

Titel:

Kostenvorschuss, Selbstvornahme, Mängelgewährleistung, Abrechnungsverhältnis, Beweislast, Vorteilsausgleich, Schadensersatz

Schlagworte:

Kostenvorschuss, Selbstvornahme, Mängelgewährleistung, Abrechnungsverhältnis, Beweislast, Vorteilsausgleich, Schadensersatz

Rechtsmittelinstanzen:

OLG Nürnberg, Endurteil vom 25.06.2024 – 6 U 797/23

BGH, Beschluss vom 19.03.2025 – VII ZR 122/24

Tenor

I. Die Beklagte wird verurteilt, an die Kläger 70.522,37 € zu zahlen nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 68.922,42 Euro seit 03.02.2022 und aus weiteren 1.599,95 € seit 14.05.2022.

II. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, die Kosten der Beseitigung folgender Mängel an der Carportanlage auf dem Grundstück Grundbuch von F..., Gemarkung F..., Flur-Stk. ... an die Kläger zu erstatten, soweit diese den Geldbetrag in Höhe von 68.922,42 Euro übersteigen:

1. Bei der links (westlich) von der Zufahrt auf den Grundstücken Grundbuch von F..., Gemarkung F..., Flurstück ... und Flurstück ... gelegenen Carportanlage fehlt grundsätzlich die notwendige dichtungstechnische Behandlung der Sockelbereiche der Stahlbetonteile.

2. Bei der links (westlich) von der Zufahrt auf den Grundstücken Grundbuch von F..., Gemarkung F..., Flurstück ... und Flurstück ... gelegenen Carportanlage zeigt das Carportdach Feuchtigkeitsaustritt an den Stahlbetonbauteilen der Untersichten. Die Dachabdichtung ist undicht. Es ist ein Unterlaufen erkennbar.

3. Carport C 16: An der hinteren Betonwand rechts befindet sich durchgehend, annähernd auf der gesamten Höhe ein vertikal verlaufender Riss. Teilweise ist der Putz abgebröckelt.

4. Carport C 04: An der hinteren Betonwand links verläuft ebenfalls ein vertikaler Riss. Es befinden sich in diesem Bereich zahlreiche Putzabblätterungen. Unterhalb der vorspringenden Betonwand ist eine großflächige Putzabplatzung sowie ein horizontaler Riss festzustellen.

5. Carport C 13/C 01/C 10: Die Betondecke weist Flecken auf.

6. Carport B2 06: Am Unterzug an der rechten Seite des Carports blättert die Farbe großflächig ab. Es können im Bereich des Unterzuges rostbraune Wasserlaufspuren erkannt werden.

7. Carport B2 05: An der linken Seite des vorgenannten Unterzugs sind zahlreiche Ausblühungen und Farbabplatzungen.

8. Carport B2 05/B2 04/B2 03: Die Betondecke weist über Ihre gesamte Fläche auffallende Flecken, teils hellgrau, teils dunkelgrau, auf. Eine querverlaufende Betonfuge weist bräunliche Abtropfspuren auf.

9. Carport B2 03: Im Bereich des rechten Unterzugs bei B2 03 finden sich zahlreiche Farbabplatzungen.

10. Carport B2 02/B2 01/B1 06: Die Betondecke weist über ihre gesamte Breite rostbraune Streifen auf.

11. Carport B1 08: An der hinteren Betonrückwand links befindet sich über die gesamte Höhe ein vertikal verlaufender Riss mit einer Rissbreite von bis zu 1 mm.

12. Carport C4.19/A 06/A 14: Die Betondecke weist annähernd über ihre gesamte Fläche auffallende gräuliche Flecken und Lunker auf.

13. Carport A 19-A 08: Auch hier befinden sich im vorderen Bereich der Betondecke zahlreiche graue Flecken mit teilweise rostbraunen Sprenkelungen und Lunker.

[Ziffer 14 nicht vergeben]

15. Weiter schließt die Pflasterung auf der gesamten Länge offen an diese Betonwand an. Entlang der Querwände sind auffällige horizontale und teilweise vertikal verlaufende, helle Spuren zu beobachten.

16. Die Pflasterung reicht an die Betonwände sowie Pfeiler heran. Wände und Pfeiler sind ausschließlich angestrichen und weisen weiter keinerlei Schutz gegen äußerliche Einflüsse auf. Wasser kann durch die Fugen eindringen.

17. Stütze-Nr. 1 (A14/A19): Im Bereich dieser Stütze sind Farbabplatzungen und Ausblühungen zu bemerken.

18. Stütze-Nr. 2 (A01/C4.19): Im Bereich dieser Stütze sind Abplatzungen und Ausblühungen zu bemerken.

19. Stütze-Nr. 3 (B1.06/B1.08): Im Bereich dieser Stütze sind Abplatzungen und Ausblühungen zu bemerken.

20. Stütze-Nr. 4 (B203/B202): Im Bereich dieser Stütze sind Abplatzungen und Ausblühungen zu bemerken.

21. Stütze-Nr. 5 (B206/B205): Im Bereich dieser Stütze sind Abplatzungen und Ausblühungen zu bemerken.

22. Stütze-Nr. 6 (C10/C12): Im Bereich dieser Stütze sind Abplatzungen und Ausblühungen zu bemerken.

23. Pfeiler bei Stütze-Nr. 6 (C10/C12): Ebenfalls Ausblühungen und Abplatzungen weist der dahinter liegende Pfeiler auf.

24. Stütze-Nr. 7 (C09/C13): Im Bereich dieser Stütze sind Abplatzungen und Ausblühungen zu bemerken.

25. Betonwand (C04/C05): Im Bereich dieser Betonwand sind Abplatzungen und Ausblühungen zu bemerken.

26. Betonwand (C16/C04): Im Bereich dieser Betonwand sind Abplatzungen und Ausblühungen zu bemerken.

27. Entlang der Längsseite des Daches ist eine durchgehende Regenrinne in Kastenform montiert. Es sind keine Rinnenhalter angebracht. Deshalb ist die Rinne verformt.

III. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

IV. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits und des selbständigen Beweisverfahrens 17 OH 2670/20 zu tragen.

V. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags vorläufig vollstreckbar.

Beschluss

Der Streitwert wird auf 76.340,50 € festgesetzt (71.340,50 € + 5.000,00 €).

Tatbestand

1

Die Parteien streiten um Kostenvorschuss für die Selbstvornahme einer Mangelbeseitigung und Schadensersatz.

2

Die P... Wohnbau GmbH, die aufgrund Vertrags vom 20.08.2015 mit der Beklagten verschmolzen ist, errichtete als Bauträgerin in F... durch Sanierung bereits bestehender Gebäude eine Eigentumswohnungsanlage nebst zweier Carportanlagen. Die Carportanlagen befinden sich auf beiden Seiten einer Zufahrtsstraße von der öffentlichen Straße F... straße über die Grundstücke Flurnummern ... und ... zum Grundstück Flurnummer Streitgegenständlich ist die westlich dieser Zufahrtsstraße gelegene Carportanlage (von den Klägern als „links errichtet“ bezeichnet). Diese befindet sich im Wesentlichen auf dem Grundstück Flurnummer ... und zu einem kleinen Teil auf dem Grundstück Flurnummer Das Grundstück ... steht im Miteigentum des größten Teils der Kläger. Soweit sich der Stellplatz Nr. ST 01 insgesamt und der Stellplatz ST 26 zum Teil auf dem Nachbargrundstück Flurnummer

... befinden, sind die Eigentümer der zugeordneten Wohnungen Inhaber einer entsprechenden Grunddienstbarkeit.

3

In den Bauträgerverträgen mit den Erwerbern ist jeweils vereinbart, dass die Bauträgerin berechtigt ist, den Termin zur Abnahme des Vertragsobjekts festzusetzen, und dass in diesem Termin ein von beiden Vertragsteilen unterzeichnetes Abnahmeprotokoll zu erstellen sei. Derartige Protokolle wurden nicht erstellt.

4

Mit Schreiben ihres anwaltlichen Vertreters vom 14.02., 21.06.2019, 21.01., 02. und 23.03.2020 forderten die Kläger die Beklagte jeweils zur Beseitigung von Mängeln bis 15.03./12.07.2019/31.01./20./31.03.2020 auf, mit Schreiben ihres anwaltlichen Vertreters vom 20.12.2021 zur Zahlung des streitgegenständlichen Kostenvorschusses von 68.922,42 € bis 05.01.2022.

5

Die Kläger sind nicht mehr bereit, mit der Beklagten oder deren Rechtsvorgängerin zusammenzuarbeiten, und lehnen eine Nacherfüllung durch die Beklagte oder deren Rechtsvorgängerin endgültig und ernsthaft ab, selbst für den Fall, dass die Selbstvornahme nicht seiner mangelfreien Herstellung des Werkes führt.

6

Die Kläger tragen vor, dass sie mit Ausnahme des Klägers Dr. G... G... die Erwerber aus den jeweiligen Bauträgerverträgen mit der ... Wohnbau GmbH seien. Der Kläger Dr. G... habe den Stellplatz Nummer ST01 von den Ersterwerbern W... H... und M... H...-...-T... erworben, die ihm die Gewährleistungsansprüche aus dem Bauträgervertrag mit der P... Wohnbau GmbH abgetreten hätten.

7

An der Carportanlage würden die im Klageantrag Ziffer II im Einzelnen genannten Mängel bestehen, für deren Beseitigung ein Kostenvorschuss von 68.922,42 € erforderlich sei.

8

Im selbständigen Beweisverfahren seien Auslagen in Höhe von 1.599,95 € für vom gerichtlichen Sachverständigen angeordnete Bauteilöffnungen angefallen, die die Beklagte zu erstatten habe. Die Beklagte habe auch von der Hausverwaltung abgerechnete besondere Verwalterleistungen in Höhe von 818,13 € zu erstatten. Im Rahmen der Verfolgung von Gewährleistungsansprüchen seien der Verwalter mit einem Stundensatz von 75 € netto 5,5 Stunden und Sachbearbeiterinnen mit einem Stundensatz von 50 € netto 5 Stunden hinsichtlich des Beweissicherungsverfahrens tätig gewesen. Der Verwalter habe mit den Verwaltungsbeiräten den Beweissicherungsantrag besprochen, einen Ortstermin mit einem Privatgutachter zur Vorbereitung des Beweissicherungsantrags durchgeführt, verschiedene Arbeiten zur weiteren Bearbeitung des Beweissicherungsverfahrens ausgeführt, als Vertreter der Kläger 2 Stunden am Ortstermin des gerichtlichen Sachverständigen teilgenommen und bei einer Eigentümerversammlung den Stand der Verfolgung der Gewährleistungsansprüche erläutert. Die Sachbearbeiterinnen hätten zur Vorbereitung des Beweissicherungsantrags Unterlagen zusammengetragen, vor Ort die Mängel dokumentiert und Belege zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen im gegenständlichen Verfahren sowie Unterlagen zur Vorbereitung des gegenständlichen Verfahrens herausgesucht. Weiterhin sei eine Auslagenpauschale von 25 € netto für Porto, Kopien, Fax, Telefon usw. abgerechnet worden. Die Beklagte sei ferner verpflichtet, den Klägern vor Einleitung des Beweissicherungsverfahrens angefallene Rechtsanwaltskosten in Höhe von 5.258,49 € und weitere, vor Einleitung des gegenständlichen Verfahrens angefallene Rechtsanwaltskosten in Höhe von 5.784,71 € zu erstatten.

9

Die Kläger beantragen:

I. Die Beklagte wird verurteilt, an die Kläger 71.340,50 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 68.922,42 Euro seit dem 03.02.2022 und aus 1.599,95 Euro seit Rechtshängigkeit der Klage, und aus 818,13 Euro seit Rechtshängigkeit dieser Klageerweiterung zu bezahlen.

II. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, die Kosten der Beseitigung folgender Mängel an der Carportanlage auf dem Grundstück Grundbuch von F..., Gemarkung F..., Flur-Stk. ...:

1. Bei der links (westlich) von der Zufahrt auf den Grundstücken Grundbuch von F... Gemarkung F..., Flurstück ... und Flurstück ... gelegenen Carportanlage fehlt grundsätzlich die notwendige dichtungstechnische Behandlung der Sockelbereiche der Stahlbetonteile.

2. Bei der links (westlich) von der Zufahrt auf den Grundstücken Grundbuch von F... Gemarkung F..., Flurstück ... und Flurstück ... gelegenen Carportanlage zeigt sich das Carportdach im Bereich von Bauteilfugen und darüber befindlichen Fugen der Abdichtung hinterläufig mit Feuchtigkeitsaustritt an den Stahlbetonbauteilen der Untersichten. Die Dachabdichtung ist bei den Nahtstellen stellenweise undicht. Es ist ein Unter- und Hinterlaufen erkennbar.

3. Carport C 16: An der hinteren Betonwand rechts, befindet sich durchgehend annähernd auf der gesamten Höhe ein vertikal verlaufender Riss. Teilweise ist der Putz abgebröckelt.

- siehe Anlage K 12, dort Anlage 1 „C16.1“ -

4. Carport C 04: An der hinteren Betonwand links, verläuft ebenfalls ein vertikaler Riss. Es befinden sich in diesem Bereich zahlreiche Putzabblätterungen. Unterhalb der vorspringenden Betonwand ist eine großflächige Putzabplatzung sowie ein horizontaler Riss festzustellen.

- siehe Anlage K 12, dort Anlage 2 „C04.1, C04.2, C04.3“ -

5. Carport C 13/C 01/C 10: Die Betondecke weist über ihre gesamte Fläche hinweg auffällige helle Flecken, teilweise mit dunklen Einprägungen auf.

- siehe Anlage K 12, dort Anlage 3 „C13-C01-C10.1, C13-C01-C10.2“ -

6. Carport B2 06: Der Unterzug an der rechten Seite des Carports weist über seine gesamte Fläche deutliche Ausblühungen auf. Die Farbe blättert großflächig ab. Es können im Bereich des Unterzuges rostbraune Wasserlaufspuren erkannt werden.

- siehe Anlage K 12, dort Anlage 4 „B206.1, B206.2, B206.3, B206.4“ -

7. Carport B2 05: Hier kann der vorgenannte Unterzug von seiner linken Seite aus betrachtet werden. Auch hier sind zahlreiche Ausblühungen und Farbabplatzungen festzustellen.

- siehe Anlage K 12, dort Anlage 5 „B205.1, B205.2“ -

8. Carport B2 05/B2 04/B2 03: Die Betondecke weist über Ihre gesamte Fläche auffallende Flecken, teils hellgrau, teils dunkelgrau, auf. Eine querverlaufende Betonfuge weist bräunliche Abtropfspuren auf.

- siehe Anlage K 12, dort Anlage 6 „B205-B204-B203.1; B205-B204-B203.2“ -

9. Carport B2 03: Im Bereich des rechten Unterzugs bei B2 03 finden sich zahlreiche Farbabplatzungen und Ausblühungen.

- siehe Anlage K 12, dort Anlage 7 „B203.1 -

10. Carport B2 02/B2 01/B1 06: Die Betondecke weist über ihre gesamte Breite rostbraune Streifen auf, vornehmlich im ersten Drittel der Decke.

- siehe Anlage K 12, dort Anlage 8 „B202-B201-B106.1“ -

11. Carport B1 08: An der hinteren Betonrückwand links, befindet sich über die gesamte Höhe ein vertikal verlaufender Riss, mit einer Rissbreite von bis zu 1 mm.

- siehe Anlage K 12, dort Anlage 9 „B108.1“ -

12. Carport C4.19/A 06/A 14: Die Betondecke weist annähernd über ihre gesamte Fläche auffallende gräuliche Flecken und Lunker auf.

- siehe Anlage K 12, dort Anlage 10 „C419-A06-A14.1“ -

13. Carport A 19-A 08: Auch hier befinden sich im vorderen Bereich der Betondecke zahlreiche graue Flecken mit teilweise rostbraunen Sprenkelungen und Lunker. 14. Carport A 08: An der Grenzmauer zum nördlichen Nachbargrundstück befindet sich im unteren Bereich eine ca. 2 Meter lange Abplatzung sowie Ausblühungen.

- siehe Anlage K 12, dort Anlage 11 „A08.1“ -

15. Weiter schließt die Pflasterung auf der gesamten Länge offen an diese Betonwand an. Entlang der Querwände sind auffällige horizontale und teilweise vertikal verlaufende, helle Spuren, wie Auslaugungen, zu beobachten.

16. Die Pflasterung mit offenen Fugen reicht an die Betonwände sowie Pfeiler heran, dies mit unterschiedlich breiten Fugen, die lediglich mit Kies verfüllt sind. Wände und Pfeiler sind ausschließlich angestrichen und weisen weiter keinerlei Schutz gegen äußerliche Einflüsse auf. Wasser kann durch die Fugen eindringen.

17. Stütze-Nr. 1 (A14/A19): Im unteren Bereich dieser Stütze sind Farbabplatzungen und Ausblühungen zu bemerken.

- siehe Anlage K 12, dort Anlage 12 „Stütze 1.1-1.3“ -

18. Stütze-Nr. 2 (A01/C4.19): Im Bereich dieser Stütze sind Abplatzungen und Ausblühungen zu bemerken.

- siehe Anlage K 12, dort Anlage 13 „Stütze 2.1-2.2“ -

19. Stütze-Nr. 3 (B1.06/B1.08): Im Bereich dieser Stütze sind Abplatzungen und Ausblühungen zu bemerken.

- siehe Anlage K 12, dort Anlage 14 „Stütze 3.1-3.2“ -

20. Stütze-Nr. 4 (B203/B202): Im Bereich dieser Stütze sind Abplatzungen und Ausblühungen zu bemerken.

- siehe Anlage K 12, dort Anlage 15 „Stütze 4.1-4.2“ -

21. Stütze-Nr. 5 (B206/B205): Im Bereich dieser Stütze sind Abplatzungen und Ausblühungen zu bemerken.

- siehe Anlage K 12, dort Anlage 16 „Stütze 5.1-5.2“ -

22. Stütze-Nr. 6 (C10/C12): Im Bereich dieser Stütze sind Abplatzungen und Ausblühungen zu bemerken.

– siehe Anlage K 12, dort Anlage 17 „Stütze 6.1-6.5“ -

23. Pfeiler bei Stütze-Nr. 6 (C10/C12): Ebenfalls Ausblühungen und Abplatzungen weist der dahinter liegende Pfeiler auf.

- siehe Anlage K 12, dort Anlage 18 „Stütze 6.6“ -

24. Stütze-Nr. 7 (C09/C13): Im Bereich dieser Stütze sind Abplatzungen und Ausblühungen zu bemerken.

– siehe Anlage K 12, dort Anlage 19 „Stütze 7.1-7.2“ -

25. Betonwand (C04/C05): Im Bereich dieser Betonwand sind Abplatzungen und Ausblühungen zu bemerken.

- siehe Anlage K 12, dort Anlage 20 „Betonwand C04-C05.1-2“ -

26. Betonwand (C16/C04): Im Bereich dieser Betonwand sind Abplatzungen und Ausblühungen zu bemerken.

- siehe Anlage K 12, dort Anlage 21 „Betonwand C16.1“ -

27. Entlang der Längsseite des Daches ist eine durchgehende Regenrinne in Kastenform montiert. Es sind keine Rinnenhalter angebracht. Deshalb ist die Rinne verformt. Zwischen Pfeiler-Nr. 5 (B2 06/B2 05) und Pfeiler-Nr. 6 (C 10/C 12) hängt die Rinne durch. Ebenso zwischen Pfeiler-Nr. 2 und 3 (B1 06/B1 08 und A 01/C 4.19).

- siehe Anlage K 12, dort Anlage 22 „Carport Gesamt“ –,

die im Beweissicherungsverfahren vor dem Landgericht Nürnberg-Fürth mit dem Aktenzeichen 17 OH 2670/20 in den Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. (FH) M... E... vom 26.10.2021 und 19.04.2022 festgestellt wurden, an die Kläger zu erstatten, soweit diese den Geldbetrag in Höhe von 68.922,42 Euro übersteigen.

III. Die Beklagte wird verurteilt, an die Kläger vorgerichtlich entstandene Rechtsanwaltskosten in Höhe von 5.258,49 Euro und weiteren 5.784,71 Euro nebst Zinsen daraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit dieser Klage zu erstatten.

10

Die Beklagte beantragt

Klageabweisung.

11

Die Beklagte bestreitet die Aktivlegitimation der Kläger. Sie kenne die mit ihrer Rechtsvorgängerin vermeintlich geschlossenen Kaufverträge nicht.

12

Sie bestreitet weiterhin, dass die streitgegenständlichen Mängel schon bei einer Begehung am 20.07.2014 vorhanden gewesen sein.

13

Die Grenzmauer zum nördlichen Nachbargrundstück beim Carport A 08 (Mangel 14) habe nicht zum Leistungsumfang der P ... Wohnbau GmbH gehört.

14

Die Beklagte trägt vor, dass etwaige Mängel nur vereinzelt bzw. stellenweise bestehen würden, noch im Toleranzbereich liegen oder auf einer fehlenden Wartung beruhen würden. Die Regenrinne entlang der Längsseite des Carportdaches sei durch Dritteinwirkungen verformt worden. Es sei ein Abzug neu für alt vorzunehmen.

15

Die Kosten für die Bauteilöffnung im selbständigen Beweisverfahren seien weder erforderlich gewesen, noch seien sie üblich oder angemessen.

16

Die Beklagte ist der Auffassung, dass die Abnahme durch Ingebrauchnahme erfolgt sei.

17

Vermeintliche Gewährleistungsansprüche der Kläger würden sich als unverhältnismäßig erweisen.

18

Die geltend gemachten Kosten der Hausverwaltung seien nicht erstattungsfähig, da die Bruchteilsgemeinschaft nicht unter die Regelungen des WEG falle. Mangels Gemeinschaftseigentums bestehe kein Anlass für eine solche Verwaltung.

19

Das Gericht hat Beweis erhoben durch Einholung der beiden schriftlichen Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. (FH) M... E... vom 26.10.2021 und 19.04.2022 im selbständigen Beweisverfahren 1 OH 2076/20 sowie Anhörung des Sachverständigen im gegenständlichen Verfahren. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird Bezug genommen auf die Gutachten und das Sitzungsprotokoll.

20

Wegen des Sach- und Streitstands im Übrigen wird Bezug genommen auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze und das Sitzungsprotokoll, jeweils nebst Anlagen.

Entscheidungsgründe

21

Die zulässige Klage ist begründet.

I.

22

Die Kläger können von der Beklagten brutto 68.922,42 € Kostenvorschuss für die Selbstvornahme der Mangelbeseitigung aus §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 1 und 3 BGB verlangen.

23

1. Die Kläger sind aktivlegitimiert.

24

Die Personen der Ersterwerber von der P... Wohnbau GmbH gemäß Anlage KO, die als Anlage zum Urteil genommen und auf die Bezug genommen wird, als deren Vertragspartner stehen fest. Das diesbezügliche Bestreiten der Beklagten ist unbeachtlich. Eine Erklärung mit Nichtwissen ist nur über Tatsachen zulässig, die weder eigene Handlungen der Partei noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind (§ 138 Abs. 4 ZPO). Die Vertragspartnerin der Ersterwerber ist mit der Beklagten verschmolzen. Die Vertragsabschlüsse sind daher als eigene Handlungen der Beklagten zu behandeln.

25

Hinsichtlich des Klägers Dr. G... G... sind die Ansprüche der Ersterwerber gegen die P ... Wohnbau GmbH wegen Mängeln nach Werkvertragsrecht gemäß Ziffer IV 2 des Kaufvertrags vom 17.12.2015 (Anlage K 35) abgetreten.

26

2. Die Kläger können Mängelrechte vor Abnahme geltend machen, weil sich die Parteien im Abrechnungsverhältnis befinden.

27

a) Die Abnahme wurde nicht ausdrücklich erklärt. Eine konkludente Abnahme durch Ingebrauchnahme kann nicht festgestellt werden. Sie wäre vorliegend nur möglich, wenn die Vertragsparteien die Vereinbarung über die förmliche Abnahme einvernehmlich aufgehoben hätten. Die Vereinbarung einer förmlichen Abnahme kann ihrerseits konkludent wieder aufgehoben werden. Für eine derartige Aufhebungsvereinbarung muss der Tatrichter hinreichende Anhaltspunkte feststellen. An die Voraussetzungen einer konkludenten Aufhebung sind strenge Anforderungen zu stellen (BGH, Urteil vom 22. Dezember 2000 – VII ZR 310/99 –, juris Rn. 37). Ausreichende Anhaltspunkte hat die darlegungs- und beweisbelastete Beklagte nicht vorgetragen. Alleine die Ingebrauchnahme der Carportanlage durch die Kläger rechtfertigt die Annahme einer konkludenten Abnahme noch nicht. Es ist vielmehr naheliegend, dass die Nutzung der Carportanlage durch die Kläger lediglich der Parkplatzknappheit im großstädtischen Bereich geschuldet ist.

28

b) Ein Abrechnungsverhältnis liegt vor, weil die Rechtsvorgängerin der Beklagten das Werk als fertiggestellt angeboten hat und die Kläger keine (Nach-)Erfüllung mehr verlangen (BGH, Urteil vom 19. Januar 2017 – VII ZR 301/13 –, juris Rn. 44, 47).

29

3. Die Beweisaufnahme hat das Vorliegen der im Klageantrag Ziffer II genannten Mängel in dem sich aus dem Tenor Ziffer II ergebenden Umfang und die Höhe der voraussichtlichen Mangelbeseitigungskosten bestätigt.

30

a) Der Sachverständigen Dipl.-Ing. (FH) ... hat Folgendes ausgeführt:

zu Mangel 1:

Mit den Beteiligten sei gemeinsam festgelegt worden, an welchen Stellen Aufgrabungen und Betonuntersuchungen durchgeführt werden. Bei Stellplatz B 14 seien im Bereich der Stütze und vor der Rückwand Aufgrabungen, jeweils bis zur Oberkante des Fundaments, erstellt worden. Ein Oberflächenschutz zum Schutz des Betons sei nicht vorgefunden worden. Durch die LGA seien Betonuntersuchungen an Stützen und Wänden durchgeführt worden. Dabei seien keine Anzeichen für chloridinduzierte Bewehrungskorrosion festgestellt worden. Dennoch bestehe aufgrund der Untersuchungsergebnisse die unmittelbare Gefahr einer einsetzenden Bewehrungskorrosion. Folglich fehle eine Beschichtung, was daran zu sehen sei, dass bereits Betonschädigungen eingetreten seien. Es liege ein fachtechnischer Mangel vor. Es seien Instandsetzungs- und Beschichtungsmaßnahmen erforderlich. Die Instandsetzungskosten für Stützen und Querwände schätze er auf 21.138 € netto, die Baunebenkosten auf 10.000 € netto.

zu Mangel 2:

An den Unterzügen zwischen den Stellplätzen B2 06 und B2 05 und zwischen den Stellplätzen B2 03 und B2 02 seien Farbabplatzungen und Sinterspuren, die zeigen würden, dass Wasser durch die Betondecke gelangt sei. An der Stirnseite der Decke würde sich bei den Stellplätzen B1 08, B2 01 und B2 03 Sinterspuren befinden, die ebenfalls darauf hindeuten würden, dass Wasser durch die Betondecke gelangt sei. Der Aufbau der Dachfläche sei (von oben gesehen) wie folgt: Begrünung bzw. Kies, Vlies, Folienabdichtung, Vlies, Betondecke. Unter der Abdichtung habe sich im Bereich der Öffnungsstelle oberhalb der Unterzüge zwischen den Stellplätzen B2 06 und B2 05 Feuchtigkeit befunden. Im von ihm freigelegten Bereich habe er an den Abdichtungsbahnen weder Fehlstellen noch Verklebungsfehler festgestellt. Als plausible Ursache sei zu sehen, dass die Abdichtung nicht überall lückenlos dicht sei, was als fachtechnischer Mangel anzusehen sei. Da die Abdichtung nicht mit dem Untergrund verbunden sei, könne sich über eine Undichtigkeit eindringendes Wasser auf der Betondecke verteilen und an ganz anderer Stelle unten zum Vorschein kommen. Die Dachfläche müsse geräumt werden, um die Abdichtung auf Undichtigkeiten überprüfen zu können. Sinnvoll erscheine, eine Überprüfung zunächst zwischen den Stellplätzen C12 und A01 vorzunehmen, da sich die Ausblühungen und Sinterspuren in diesen Bereichen befinden würden. Es sei durchaus möglich, dass es erforderlich werde, die komplette Dachfläche zu räumen, sie zu überprüfen und Undichtigkeiten abzudichten. Außerdem müsse der Anschluss an die aufgehende Wand geöffnet werden. Es sei jedoch sinnvoll, zunächst die Dachfläche auf Undichtigkeiten zu prüfen. Wenn das komplette Räumen erforderlich werde, würde er die Kosten für die Mangelbeseitigung auf 20.000 € netto schätzen. Sie seien abhängig davon, wie schnell die undichte Stelle gefunden werde. Einen Mindestbetrag könne er nicht angeben. Es sei denkbar, dass die Ursache der Durchfließung des Betons mit Wasser auch in Undichtigkeiten an der Abdichtung liege, die durch Dritte verursacht worden seien.

zu Mangel 3:

Der beschriebene Zustand sei zu bestätigen. Bei Carport C16 befinde sich beim Anschluss der Rückwand an die rechte Seitenwand ein Riss mit Abplatzungen. Dies sei als fachtechnischer Mangel einzustufen. Als plausible Ursache sei zu sehen, dass Abplatzungen der Fugenfüllung durch zum Beispiel Schwindverformungen entstanden seien. Die Ursache liege nicht in fehlender Wartung. Die Fuge sei aufzuschneiden und mit elastischem Material zu schließen. Hierfür kalkulierte er Kosten von 130 € netto.

zu Mangel 4:

Bei Carport 04 würden sich im Bereich der Rückwand auf der linken Seite Rissbildungen mit Abplatzungen befinden. Der beschriebene Zustand sei zu bestätigen. Er sei als fachtechnischer Mangel einzustufen. Als plausible Ursache sei zu sehen, dass die Bewegung von vorhandenen Fugen nicht berücksichtigt worden sei. Die Abplatzungen der Fugenfüllung könnten zum Beispiel durch Schwindverformung entstanden sein. Die Ursache liege nicht in fehlender Wartung. Die Fugen seien aufzuschneiden und mit elastischem Material zu schließen. Die Kosten kalkuliere er auf 260 € netto.

zu Mangel 5:

Die Betondecke im Bereich der Stellplätze C13, C01, C 10 sei fleckig. Die Fleckenbildung sei unter gebrauchstüblichen Bedingungen optisch störend und deshalb zu bemängeln. Als plausible Ursache sei anzusehen, dass die Oberfläche stellenweise nachgeschliffen worden sei. Die Decke sei unterseitig zu streichen aufgrund des gleichmäßigen Erscheinungsbildes bei allen Carports. Die Kosten kalkuliere er auf 4.000 € netto.

zu Mängeln 6 und 7:

Der Unterzug zwischen den Carports B2 05 und B2 06 weise auf Seiten beider Carports über die gesamte Länge verteilt Farbabplatzungen und Laufspuren auf. Die Farbabplatzungen seien aus optischen Gründen zu bemängeln. Als Ursache seien Undichtigkeiten an der Dachfläche zu sehen. Nach Abdichtung des Daches müsse der Bereich neu gestrichen werden. Die Kosten seien in den genannten 4.000 € enthalten.

zu Mangel 8:

Die Betondecke sei im Bereich der Stellplätze B2 05, B2 04, B2 03 fleckig. Bei der in Nord-Süd-Richtung verlaufenden Fuge seien tropfenartige Abzeichnung zu sehen. Bei Stellplatz B2 04 befinde sich ein Riss in Ost-West-Richtung mit Sinterspuren. Die Fleckigkeit und die Sinterspuren seien aus optischen Gründen zu bemängeln. Als plausible Ursache der grauen Flecken sei anzusehen, dass die Oberfläche stellenweise nachgeschliffen worden sei. Außerdem sei augenscheinlich mit Betonschlämme nachgearbeitet worden. Als

Ursache der Sinterspuren seien Undichtigkeiten an der Dachfläche zu sehen. Nach Abdichtung des Daches müsse der Bereich neu gestrichen werden. Die Kosten seien in den genannten 4.000 € enthalten. Soweit das Streichen aufgrund des Nachschleifens der Decke erforderlich sei, handele es sich nicht um Sowiesokosten.

zu Mangel 9:

Der Unterzug zwischen den Carports B2 03 und B2 02 weise auf Seite des Carports B2 03 Farbabplatzungen auf. Diese seien aus optischen Gründen zu bemängeln. Als Ursache seien Undichtigkeiten an der Dachfläche zu sehen. Nach Abdichtung des Daches müsse der Bereich neu gestrichen werden. Die Kosten seien in den genannten 4.000 € enthalten.

zu Mangel 10:

Bei den Stellplätzen B2 02, B2 01, B1 06 weise die Deckenuntersicht auf die gesamte Breite in Nord-Süd-Richtung streifenförmige, braune Abzeichnung auf. Diese seien aus optischen Gründen zu bemängeln. Als Ursache seien Schleifspuren von Metallteilen im Zuge der Bauphase plausibel, die korrodiert sein. Der Bereich müsse neu gestrichen werden. Die Kosten hierfür seien in den genannten 4.000 € enthalten. Es handelt sich nicht um Sowiesokosten.

zu Mangel 11:

Bei Carport B1 08 sei beim Anschluss des Wandpfeilers an die Rückwand ein bis zu 1 mm breiter, senkrechter Riss, der als fachtechnischer Mangel einzustufen sei. Als plausible Ursache sei zu sehen, dass eine Fuge vorhanden und der Riss durch zum Beispiel Schwindverformungen entstanden sei. Die Ursache liege nicht in fehlender Wartung. Der Riss sei aufzuweiten und die Fuge mit elastischem Material herzustellen. Die Kosten kalkuliere er auf 130 € netto.

zu Mangel 12:

Im Bereich der Stellplätze C4 19, A06, A14 sei die Betondecke fleckig. An den dunkleren Stellen liege teilweise Lunker mit scharfkantigen Rändern frei. Die Fleckenbildung sei unter gebrauchstüblichen Bedingungen optisch störend und deshalb zu bemängeln. Als plausible Ursache sei anzusehen, dass die Oberfläche stellenweise nachgeschliffen worden sei. Die Decke sei unterseitig zu streichen. Die Kosten seien in den genannten 4.000 € enthalten. Es handelt sich nicht um Sowiesokosten.

zu Mangel 13:

Im Bereich der Stellplätze A 19, A09, A08 habe die Betondecke Flecken in unterschiedlichem Grauton. An den dunkleren Stellen liege teilweise Lunker mit scharfkantigen Rändern frei. Außerdem würden sich braune Flecken darauf befinden. Die Fleckenbildung sei unter gebrauchstüblichen Bedingungen optisch störend und deshalb zu bemängeln. Als plausible Ursachen seien anzusehen, dass die Oberfläche stellenweise nachgeschliffen worden sei, bzw. Schleifspuren von Metallteilen im Zuge der Bauphase plausibel, die korrodiert seien. Die Decke sei unterseitig zu streichen. Die Kosten seien in den genannten 4.000 € enthalten. Es handelt sich nicht um Sowiesokosten.

zu Mängeln 14-26:

Bei Stellplatz A08 befindet sich im unteren Bereich der nördlichen Grenzmauer eine Abplatzung mit Ausblühungen. Die Pflasterung schließe an allen Wand- und Stützenbereichen unmittelbar an. Bei Querwänden und Stützen seien helle Spuren. Die Pflasterung gehe bis zu Betonwänden und -stützen. Ein funktionierender Oberflächenschutz sei nicht vorhanden. An den Stützen A 14/A 19, A01/C4 19, B1 06/B1 08, B2 03/B2 02, B2 06/B2 05, C10/C12, C09/C13, am Pfeiler C10/C12 und an den Betonwänden C04/C05, C16/C04 würden sich Ausblühungen und Farbabplatzungen befinden.

Im Bereich der Stützen und Wände sei kein Oberflächenschutz aufgebracht. Oberhalb Gelände sei nur ein grauer Anstrich ausgeführt und unter Gelände sei der Beton nicht beschichtet. Die Ausblühungen und Abplatzungen würden zeigen, dass der Anstrich unterwandert werde und keinen Oberflächenschutz darstelle. Die geschädigten Bereiche würden im Bereich der Einfahrt liegen, wo mit der stärksten Tausalzbelastung durch einfahrende Fahrzeuge zu rechnen sei.

zu Mangel 27:

Die Rinne an der Traufe der Dachfläche sei nicht durch Rinnenhalter unterstützt. Sie sei gravierend verformt, d.h. der Rinnenboden sei unterschiedlich stark quer zur Rinne geneigt. Dies sei bereits aus optischen Gründen aus fachtechnischer Sicht zu bemängeln. Die Rinne habe an zahlreichen Stellen Beschädigungen in Form von Beulen. Als plausible Ursache der Verformungen sei zu sehen, dass die unzureichend unterstützte Rinne überlastet worden sei. Die Beulen würden zeigen, dass mechanische Belastungen, zum Beispiel Anlegen von Leitern, Anfahren etc. stattgefunden hätten. Unter anderem aufgrund der unzureichenden Unterstützung seien dann die festgestellten Verformungen in diesem Ausmaß entstanden. Die Rinne müsse gerichtet und mit zusätzlichen Haltern unterstützt werden. Die Kosten kalkuliere er auf 2.260 € netto. Davon würden 240 € auf die Beseitigung der Beschädigungen entfallen.

31

b) Das Gericht schließt sich den nachvollziehbaren, schlüssigen und überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen nach eigener kritischer Prüfung an.

32

aa) Es kommt nicht darauf an, ob die Mängel bei einer Begehung am 20.07.2014 vorhanden waren. Mangels Abnahme ist die aktuelle Beschaffenheit der Carportanlage maßgebend.

33

bb) Mangels Abnahme kommt es auch nicht darauf an, ob bzgl. Mangel 1 die Undichtigkeit des Daches oder bzgl. Mangel 27 die Beschädigungen der Dachrinne durch andere Personen als die Beklagte bzw. deren Rechtsvorgängerin und deren Subunternehmern mitverursacht worden sein könnten. Denn der Werkunternehmer trägt grundsätzlich die Leistungsgefahr bis zur Abnahme (§ 645 Abs. 1 S. 1 BGB).

34

cc) Soweit die Beklagte zu Mangel 1 in der Klageerwiderung unter Ziffer I 1 ausführt, dass die notwendige dichtungstechnische Behandlung der Sockelbereiche der Stahlbetonteile nur an einzelnen Stellen fehle, dies jedoch nicht die gesamte Carportanlage betreffe, ist das Gericht aufgrund der vom Sachverständigen veranlassten exemplarischen Aufgrabungen an Pfeiler und Rückwand vom Gegenteil überzeugt, da kein Grund ersichtlich ist, warum dieser Arbeitsschritt nur teilweise nicht ausgeführt worden sein soll und der Sachverständige ausgerechnet an denjenigen Stellen Aufgrabungen veranlasst haben soll, an denen eine Nichtausführung vorliegen soll. Im Übrigen wäre die Beklagte mangels Abnahme für das Nichtvorliegen des Mangels an den übrigen Teilen der Carportanlage beweisbelastet. Beweis hat sie insoweit nicht angeboten. Weder schriftsätzlich noch in der mündlichen Verhandlung hat sie die Aufgrabung des gesamten Sockelbereichs der Carportanlage durch den Sachverständigen verlangt.

35

dd) Hinsichtlich Mangel 14 sind die Kläger hingegen beweisfällig geblieben, dass die Grenzmauer Gegenstand des Vertrags zwischen ihnen und der Rechtsvorgängerin der Beklagten ist.

36

4. Die gesetzten Fristen zur Mängelbeseitigung sind erfolglos abgelaufen.

37

5. Aus den Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen ergeben sich Mängelbeseitigungskosten von 31.138 € netto für die Mängel 1, 15-26, 20.000 € netto für Mangel 2, 4.000 € netto für die Mängel 5-10, 12, 13, 2.260 € für die Mängel 27, 260 € für Mangel 4 und jeweils 130 € für die Mängel 3 und 11, zusammen 57.918,00 € netto, damit brutto 68.922,42 €.

38

Hinsichtlich der Beseitigung der Undichtigkeit des Daches (Mangel 2) können Kosten bis zu 20.000 € entstehen. Der entsprechende Kostenvorschuss ist nach erfolgter Selbstvornahme der Mängelbeseitigung abzurechnen. Die Mängelbeseitigung hat gemäß der vom Sachverständigen vorgeschlagenen Vorgehensweise zu erfolgen, wollen sich die Kläger nicht bei der Abrechnung dem Vorwurf einer schadens erhöhenden Mitverursachung ausgesetzt sehen.

39

6. Der Sachverständige hat zwar ausgeführt, dass durch die Sanierung der Oberflächenschutz neu wäre, sodass Wartungsarbeiten, die bei derartigen Beschichtungen turnusgemäß erforderlich seien, erspart werden würden.

40

Ein Abzug neu für alt als Vorteilsausgleich ist jedoch nicht vorzunehmen, weil eine Abnahme bisher nicht stattgefunden hat und mangels Abdichtung der Sockelbereiche der Stahlbetonbauteile auch keine Abnahmefähigkeit vorlag. Maßgebender Bezugspunkt ist daher der aktuelle Zustand der Carportanlage, nicht der Zustand im Zeitpunkt ihrer Errichtung. Auszugleichende Vorteile sind damit noch nicht entstanden.

41

Zudem wäre eine Anrechnung ersparter Instandhaltungsaufwendungen mit dem Gesetzeszweck der werkvertraglichen Sachmängelgewährleistung nicht zu vereinbaren. Verzögert der Werkunternehmer die ihm obliegende Nachbesserung über einen längeren Zeitraum, dürfen dem Besteller daraus keine finanziellen Nachteile erwachsen. Sähe man den ersparten Instandhaltungsaufwand als auszugleichenden Vorteil an, so hätte es der Werkunternehmer in der Hand, sich durch Verzögerung der Mängelbeseitigung seiner Gewährleistungspflicht und der damit verbundenen Kostenbelastung teilweise oder sogar ganz zu entziehen. Er bräuchte umso weniger eigene Mittel einzusetzen, je länger er die Nachbesserung hinauszuzögern verstünde (BGH, Urteil vom 17. Mai 1984 – VII ZR 169/82 –, juris Rn. 35, 37).

42

7. Soweit die Beklagte Unverhältnismäßigkeit einwendet, ist ihr Vortrag unsubstantiiert. Es wird schon nicht mitgeteilt, was wozu ins Verhältnis gesetzt werden soll.

II.

43

Die Kläger können von der Beklagten 1.599,95 € aus §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB verlangen. Bei den Kosten für die Bauteilöffnungen im selbstständigen Beweisverfahren handelt es sich um eine Schadensersatzposition neben der Leistung. Die Bauteilöffnungen waren erforderlich, weil sie vom gerichtlichen Sachverständigen angeordnet wurden. Die hierfür angefallenen Kosten sind nach den Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen plausibel und nicht überhöht.

III.

44

Der Ausspruch über die Verzinsung beruht auf §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 Abs. 1 S. 1, 288 Abs. 1 BGB, 308 Abs. 1 ZPO.

IV.

45

Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten können die Kläger nicht verlangen. Bis zur Abnahme hat der Besteller Anspruch auf Herstellung des mangelfreien Werks; die Sekundärrechte richten sich nach allgemeinem Leistungsstörungsrecht (Palandt/Retzlaff, BGB, 82. Aufl. 2023, § 634/5). Schadensersatz statt der Leistung kann der Besteller nach §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB nur verlangen, wenn er dem Werkunternehmer erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat. Die Fristsetzung ist nur entbehrlich, wenn der Werkunternehmer die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert. Derartiges ist für die Mängelbeseitigung im Zeitpunkt des vorgerichtlichen Tätigwerdens des Rechtsanwalts nicht dargetan. Vielmehr ist Frist zur Mängelbeseitigung erst durch Schreiben des Rechtsanwalts vom 14.02.2019 gesetzt worden.

46

Soweit Kostenvorschuss für die Mängelbeseitigung durch Selbstvornahme gefordert wird, besteht der Anspruch vor Abnahme erst mit Eintritt des Abrechnungsverhältnisses, das den Verzicht auf den (Nach-)Erfüllungsanspruch voraussetzt. Dieser wurde erst mit Schriftsatz vom 07.11.2022 erklärt, so dass die Anspruchsvoraussetzungen im Zeitpunkt der Aufforderung zur Zahlung mit vorgerichtlichem Schreiben des Rechtsanwalts vom 20.12.2021 noch nicht vorlagen. Zahlung von noch nicht entstandenen Mängelbeseitigungskosten kann vor Eintritt des Abrechnungsverhältnisses nicht als Schadensersatz nach allgemeinem Leistungsstörungsrecht verlangt werden, da der Schaden im Werkvertragsrecht nicht durch fiktive Mängelbeseitigungskosten bewertet werden kann (Palandt/Retzlaff, BGB, 82. Aufl. 2023, § 636/13), was der Besteller nicht durch Nichterklärung der Abnahme umgehen kann.

V.

47

Ersatz der geltend gemachten Kosten der Hausverwaltung können die Kläger nicht verlangen. Zwar ist vorgetragen, dass Tätigkeiten der Hausverwaltung zugrundeliegen, die nach fruchtloser Fristsetzung zur Mängelbeseitigung durch den Klägervertreter zum Betrieb des selbständigen Beweisverfahrens bzw. nach fruchtloser Fristsetzung zur Zahlung des Kostenvorschusses und Verzicht auf den (Nach-)Erfüllungsanspruch für den Betrieb des gegenständlichen Verfahrens erfolgten, so dass §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB direkt oder über § 634 Nr. 4 BGB im Abrechnungsverhältnis als Anspruchsgrundlagen in Betracht kommen. Der Anspruch scheidet jedoch an der fehlenden Erforderlichkeit der Einschaltung der Hausverwaltung (§ 249 Abs. 2 S. 1 BGB). Der Zeitaufwand des Geschädigten bei der Schadensabwicklung ist nicht ersatzfähig, sondern fällt in seinen eigenen Verantwortungsbereich. Es handelt sich nicht um Kosten der Rechtsverfolgung. Dies gilt auch, wenn der Geschädigte diese Aufgabe von anderen Unternehmen erledigen lässt (Palandt/Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 249/89; BGH, Urteil vom 10. Juni 2020 – VIII ZR 289/19 –, juris Rn. 57 f.).

VI.

48

Der Feststellungsantrag ist begründet, soweit die Beweisaufnahme – wie oben dargestellt – Mängel ergeben hat. Das Feststellungsinteresse ergibt sich daraus, dass die Höhe der Mängelbeseitigungskosten vorab nicht abschließend festgestellt werden kann.

49

Der Feststellungsantrag war abzuweisen, soweit die Kläger im Klageantrag darüber hinaus gehende Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen im selbständigen Beweisverfahren behauptet haben („die im Beweissicherungsverfahren vor dem Landgericht Nürnberg-Fürth mit dem Aktenzeichen 17 OH 2670/20 in den Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. (FH) M... E... vom 26.10.2021 und 19.04.2022 festgestellt wurden“).

50

Ebenso hat der gerichtliche Sachverständige nicht auf das im Klageantrag Ziffer II in Bezug genommene, als Anlage K12 vorgelegte Privatgutachten Bezug genommen, so dass die diesbezüglichen Verweise nicht zu tenorieren waren.

VII.

51

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, diejenige über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf § 709 S. 1 und 2 ZPO.