OLG Nürnberg, Endurteil v. 25.06.2024 – 6 U 797/23

Titel:

Werkvertragsrecht, Mangelbeseitigungsvorschuss, Abrechnungsverhältnis, Aktivlegitimation, Parteiwechsel, Vorteilsausgleichung, förmliche Abnahme

Schlagworte:

Werkvertragsrecht, Mangelbeseitigungsvorschuss, Abrechnungsverhältnis, Aktivlegitimation, Parteiwechsel, Vorteilsausgleichung, förmliche Abnahme

Vorinstanz:

LG Nürnberg-Fürth, Endurteil vom 15.03.2023 – 1 O 2655/22

Rechtsmittelinstanz:

BGH, Beschluss vom 19.03.2025 – VII ZR 122/24

Tenor

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 15.03.2023, Az. 1 O 2655/22, mit folgenden Maßgaben aufrechterhalten:

a) Die Verurteilung der Beklagten erfolgt

aa. für den Kläger T… D… (Anlage KB1 Nr. 11) zugunsten der D… Z… S…, E… Z… S… und S… Z…i S…, jeweils wohnhaft S… weg 15, … E… (Anlage KB2a Nr. 11),

bb. für den Kläger M… K… (Anlage KB1 Nr. 14) zugunsten I… C. B… und P… M. B…, L… str. 24, … S…/Ablage KB2a Nr. 14) und

cc. für den Kläger C… P…r (Anlage KB1a Nr. 40) zugunsten der Frau I… P… S… str. 8, … A… (Anlage KB2a, Nr. 40).

b) Die Klage wird hinsichtlich der Klägerin E… R… abgewiesen.

c) Im Übrigen verbleibt es bei dem Urteil des Landgerichts.

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

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung der Kläger durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des insgesamt vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 75.522,37 € festgesetzt.

Entscheidungsgründe

1
I. Die Parteien streiten um Ansprüche aus Werkvertragsrecht (Mangelbeseitigungsvorschuss und Schadensersatz). Dem streitigen Verfahren ging ein selbständiges Beweisverfahren (Az. 1 OH 2076/20) voraus.

1) 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. In den diesbezüglichen Verträgen mit den Erwerbern (K1) heißt es auszugsweise:

„1 Abnahme

a) Nach Sanierung des geschuldeten Vertragsobjektes findet eine Abnahme statt.

… b) Der Verkäufer ist berechtigt, den Termin zur Abnahme des Vertragsobjektes mit einer Frist von 14 Tagen festzusetzen. Getrennte Abnahme und Übergabe von Wohnung und Kfz-Stellplatz ist zulässig.

c) Bei der gemeinsamen Besichtigung und Abnahme wird ein von beiden Parteien zu unterzeichnendes Abnahmeprotokoll erstellt, in das alle festgestellten Mängel und fehlenden Leistungen aufzunehmen sind, auch wenn sie eine Partei nicht anerkennt, was zu vermerken ist. …

d) Bei verschuldetem Nichterscheinen des Käufers zum Abnahmetermin gilt die Abnahme eine Woche später als erfolgt, wenn der Käufer nicht innerhalb dieser Frist widerspricht und der Verkäufer bei der Ladung gesondert hierauf hingewiesen hat. …

e) Der Verkäufer kann das Gemeinschaftseigentum gesondert übergeben. Die Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums erfolgt nach Fertigstellung durch einen öffentlich bestellten und vereidigten Bausachverständigen, der hierzu vom Käufer beauftragt und bevollmächtigt wird. …“

2
Die Carportanlagen befinden sich auf beiden Seiten einer Zufahrtsstraße von der öffentlichen Straße F… straße über die Grundstücke Fl.-Nr. … und … zum Grundstück Fl.-Nr. …

3
Streitgegenständlich ist die westlich dieser Zufahrtsstraße gelegene Carportanlage (von den Klägern als „links errichtet“ bezeichnet). Diese befindet sich im Wesentlichen auf dem Grundstück Fl.-Nr. … und zu einem kleinen Teil auf dem Grundstück Fl.-Nr. … Das Grundstück Fl.-Nr. … 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 Fl.-Nr. … befinden, sind die Eigentümer der zugeordneten Wohnungen Inhaber einer entsprechenden Grunddienstbarkeit.

4
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.

5
Mit mehreren Rechtsanwalts-Schreiben zwischen Februar 2019 und März 2020 forderten die Kläger die Beklagte jeweils zur Beseitigung von Mängeln bis zuletzt 31.03.2020 auf. Mit Rechtsanwalts-Schreiben vom 20.12.2021 forderten sie Zahlung des streitgegenständlichen Kostenvorschusses von 68.922,42 € bis 05.01.2022. Die Kläger erklärten insoweit, nicht mehr bereit zu sein, mit der Beklagten oder deren Rechtsvorgängerin zusammenzuarbeiten, und lehnten eine Nacherfüllung durch die Beklagte oder deren Rechtsvorgängerin ernsthaft und endgültig ab, selbst für den Fall, dass die Selbstvornahme nicht zu einer mangelfreien Herstellung des Werkes führen würde.

6
2) Die Kläger behaupteten erstinstanzlich, dass sie mit Ausnahme des Klägers Dr. G…r G… die Erwerber aus den jeweiligen Bauträgerverträgen mit der P… Wohnbau GmbH seien. Der Kläger Dr. G… habe den Stellplatz Nr. 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 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.

9
Die Beklagte habe auch von der Hausverwaltung abgerechnete besondere Verwalterleistungen in Höhe von 818,13 € zu erstatten.

10

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.

11
3) Die Beklagte stellte die Aktivlegitimation der Kläger in Abrede. Ihr seien die mit ihrer Rechtsvorgängerin vermeintlich geschlossenen Kaufverträge nicht bekannt.

12
Die Mängel seien bei einer Begehung am 20.07.2014 nicht vorhanden gewesen.

13
Die Grenzmauer zum nördlichen Nachbargrundstück beim Carport A 08 (Mangel 14) habe nicht zum Vertragssoll der P… Wohnbau GmbH gehört.

14
Etwaige Mängel würden nur vereinzelt bzw. stellenweise bestehen und im Toleranzbereich liegen oder auf einer fehlenden Wartung beruhen. Die Regenrinne entlang der Längsseite des Carportdaches sei durch Dritteinwirkungen verformt worden.

15
Es sei ein Abzug neu für alt vorzunehmen.

16
Die Kosten für die Bauteilöffnung im selbständigen Beweisverfahren seien weder erforderlich noch üblich oder angemessen gewesen.

17
Das Werk sei durch Ingebrauchnahme abgenommen worden.

18
Die Kosten der Mangelbeseitigung seien unverhältnismäßig.

19
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.

20
4) Im Rahmen des selbständigen Beweisverfahrens wurden zwei schriftliche Gutachten durch das Landgericht erholt (Sachverständiger Dipl.-Ing. (FH) M… E… 26.10.2021 und 09.04.2022). Im hiesigen Verfahren wurde der Sachverständige mündlich angehört.

21
Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und der in der ersten Instanz gestellten Anträge wird auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO).

22
5) Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung eines Mangelbeseitigungsvorschusses in Höhe von 68.922,42 € und Schadensersatz in Höhe von 1.599,95 € nebst Zinsen verurteilt, die Verpflichtung der Beklagten zur Mangelbeseitigung auf der Carportanlage hinsichtlich 27 Mängeln festgestellt und die Klage im Übrigen abgewiesen (ein Mangel und vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten).

23
Zur Begründung hat es ausgeführt, die Kläger seien aktivlegitimiert. Alle, bis auf einen, seien Ersterwerber. Das diesbezügliche Bestreiten der Beklagten mit Nichtwissen sei wegen der Gesamtrechtsnachfolge unwirksam. Hinsichtlich des Klägers Dr. G… G… liege eine Abtretung vor (K 35).

24
Es liege ein Abrechnungsverhältnis vor, da eine Abnahme bisher nicht erfolgt sei. Auch durch Ingebrauchnahme sei keine Abnahme erfolgt, da eine förmliche Abnahme vereinbart gewesen sei. Eine

Aufhebung der Vereinbarung über die förmliche Abnahme durch konkludente Vereinbarung sei nicht feststellbar gewesen. Die Beklagte sei darlegungs- und beweisbelastet. Die Ingebrauchnahme der Carportanlage sei nur der Parkplatzsituation in der Großstadt geschuldet.

25
Die Rechtsvorgängerin der Beklagten habe das Werk als fertiggestellt angeboten und die Kläger würden nur noch Vorschuss zur Mangelbeseitigung verlangen und eine Nacherfüllung endgültig ablehnen – auch für den Fall, dass durch die geplante Ersatzvornahme keine vollständige Nacherfüllung eintrete.

26
Aus der Beweisaufnahme folge das Vorliegen der in Ziffer II genannten Mängel sowie die Höhe des Vorschussanspruchs. Der Sachverständige habe die Mängel umfassend bewertet. Irrelevant sei, ob diese bei der Begehung am 20.07.2014 vorhanden waren, da mangels Abnahme nur der aktuelle Zustand relevant sei. Bis zur Abnahme trage der Unternehmer das Risiko.

27
Soweit die Beklagte zu Mangel 1 ausgeführt habe, dass die notwendige dichtungstechnische Behandlung der Sockelbereiche der Stahlbetonteile nur an einzelnen Stellen fehle, dies jedoch nicht die gesamte Carportanlage betreffe, sei das Gericht aufgrund der vom Sachverständigen veranlassten exemplarischen Aufgrabungen an Pfeiler und Rückwand vom Gegenteil überzeugt, da kein Grund ersichtlich sei, warum dieser Arbeitsschritt nur teilweise nicht ausgeführt worden sei und der Sachverständige ausgerechnet an denjenigen Stellen Aufgrabungen veranlasst haben soll, an denen eine Nichtausführung vorliege. Außerdem habe die mangels Abnahme beweisbelastete Beklagte keinen diesbezüglichen Beweis angetreten.

28
Hinsichtlich Mangel 14 seien die Kläger beweisfällig geblieben, dass die Grenzmauer Gegenstand des Vertrags zwischen ihnen und der Rechtsvorgängerin der Beklagten sei.

29
Der Sachverständige habe insgesamt brutto Mangelbeseitigungskosten von 68.922,42 € ermittelt. Soweit darin bei Mangel 2 ein Wert „bis zu“ 20.000 € angesetzt sei, sei dies im Rahmen der Abrechnung des Vorschusses nach Ersatzvornahme zu klären.

30
Eine Vorteilsausgleichung sei nicht vorzunehmen, da mangels Abnahme noch Primärerfüllung geschuldet sei. Aber auch bei Nachbesserungsleistungen entspreche ein Abzug neu für alt nicht dem Zweck des Gesetzes.

31
Die Berufung auf Unverhältnismäßigkeit scheitere schon am Vortrag der Beklagten.

32
Die Kosten der Bauteilöffnung im selbständigen Beweisverfahren seien als Schadensersatz in Höhe von 1.599,95 € aus §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB geschuldet. Die Notwendigkeit ergebe sich aus der Anordnung des gerichtlichen Sachverständigen, der die Kosten als plausibel und nicht erhöht qualifiziert habe.

33
Vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten seien nicht erstattungsfähig, da die Voraussetzungen eines diesbezüglichen Schadensersatzanspruchs erst nach Beauftragung des Rechtsanwalts eingetreten seien.

34
Die Einschaltung der Hausverwaltung sei nicht erforderlich gewesen, da die Kosten der Schadensdurchsetzung grds. nicht erstattungsfähig seien, soweit sie keine Rechtsverfolgungskosten darstellten.

35
Die vom Sachverständigen im selbständigen Beweisverfahren dargelegten Mängel seien auch festzustellen gewesen.

36
6) Mit der Berufung macht die Beklagte geltend, das Landgericht habe zu Unrecht die Aktivlegitimation der Kläger angenommen. Ferner fehle es am Vorliegen eines Abrechnungsverhältnisses. Ein Abzug neu für alt sei vorzunehmen. Auch die Beweisaufnahme sei unvollständig, sodass die Höhe des Vorschussanspruchs fehlerhaft sei.

37
a. Die Beklagte habe die Aktivlegitimation der Kläger zulässig mit Nichtwissen bestritten. Zwar seien die Verträge durch die Rechtsvorgängerin der Beklagten abgeschlossen worden. Die Rechtsvorgängerin sei aber durch Verschmelzung und damit durch Übertragung des Vermögens, nicht aber durch Übertragung des Vollrechts und damit nicht durch Übertragung von Tatsachenkenntnis auf die Beklagte übergegangen.

38
Die Aktivlegitimation sei auch unschlüssig, da das Landgericht zu Unrecht alle klagenden Eigentümer als Ersterwerber behandelt habe. Die Beklagte habe ausdrücklich bestritten, dass einzelne Kläger von der Fa. P… Wohnbau GmbH jeweils einen 1/6-Miteigentumsanteil (Bruchteil) an dem Fl.-St. 1147/18 (Zufahrt- und Stellplatzgrundstück) erworben hätten. Hier seien auch Zweiterwerber denkbar.

39
b. Soweit das Landgericht von einer fehlenden Abnahme ausgehe und deswegen für den Vorschussanspruch auf ein Abrechnungsverhältnis vor Abnahme zurückgreife, sei eine Abnahme durch tatsächliche Ingebrauchnahme spätestens seit der am 22.07.2014 durchgeführten Begehung anzunehmen. Das diesbezügliche Bestreiten der Klägerin sei unsubstantiiert. Die Beklagte habe Beweis durch Augenschein angeboten. Dem sei das Landgericht nicht nachgekommen. Fehlerhaft sei die Annahme des Landgerichts, dass nur eine förmliche Abnahme vertraglich vereinbart worden sei. Sofern man in der gemeinsamen Begehung und Unterzeichnung eines Abnahmeprotokolls eine solche förmliche Abnahme sehen wolle, gelte diese Regelung nur für das Sonder- nicht aber das Gemeinschaftseigentum. Für dieses sei auch eine konkludente Abnahme durch Ingebrauchnahme möglich.

40
Die Kläger hätten bestritten, dass ihnen das Werk als fertiggestellt angeboten worden sei. Das habe die Beklagte hingenommen.

41
Die Abnahme habe vor allem Relevanz bei der Darlegungs- und Beweislastverteilung. Ob Mängel bereits bei der Begehung am 20.07.2014 vorhanden waren, sei nicht festgestellt worden. Da aber zuvor die Abnahme erfolgt sei, komme es auf die Beschaffenheit der Carportanlage zum Zeitpunkt der konkludenten Abnahme an, was das Erstgericht verkannt habe.

42
Die Beklagte habe das Werk aber ohnehin nicht als fertiggestellt angeboten.

43
c. Es sei auch ein Abzug neu für alt vorzunehmen. Das gelte für die optischen Mängel schon deswegen, weil diese im Rahmen turnusmäßiger Schönheitsreparaturen ohnehin beseitigt worden wären. Bei Durchführung der Mangelbeseitigungsarbeiten würden sich die Kläger diese – von ihnen sonst zu tragenden – Kosten ersparen. Nachdem Gebrauchsnachteile bis heute nicht aufgetreten seien, sei der Abzug gerechtfertigt.

44
Dies habe der Sachverständige auch dem Grunde nach bejaht (schriftliches Gutachten S. 14).

45
d. Das Landgericht habe im Hinblick auf die vorstehenden Aspekte die Beweisaufnahme auch nicht vollständig durchgeführt.

46
Bzgl. Mangel 1 (dichtungstechnische Behandlung der Sockelbereiche der Stahlbetonteile an der gesamten Carportanlage) sei nach wie vor streitig, dass sich dieser Mangel über die gesamte Carportanlage erstrecke. Es hätten alle Sockel ausgegraben werden müssen.

47
Bzgl. Mangel 2 (Hinterläufigkeit mit Feuchtigkeitsaustritt am Carportdach) sei nicht erwiesen, dass das gesamte Carportdach undicht sei, weil nur an einem Stellplatz Aufblühungen und Farbabplatzungen feststellbar seien. Daher hätte zunächst der genaue Umfang und die Ursache ermittelt werden müssen.

48
Hinsichtlich der Mängel 3, 4, 6-13, 15, 17-26 sei der Abzug neu für alt durch einen Sachverständigen zu bewerten.

49
Hinsichtlich des Mangels 5 (Helle Flecken der Betondecke im Bereich Carport C13/C01/C10) trete das beschriebene Erscheinungsbild nur vereinzelt auf. Eine Sichtbetonwand sei nicht geschuldet.

50
Bei Mangel 9 sei die Ursache der Feuchtigkeitseindringung nicht geklärt.

51
Bei Mangel 16 sei ebenso wie beim abgewiesenen Mangel 14 zu beachten, dass die Pflasterung im Bereich des Carports A08 überhaupt nicht Gegenstand des Leistungsumfangs der Rechtsvorgängerin der Beklagten gewesen sei.

52
Bei Mangel 27 sei infolge Abnahme eine andere Beurteilung geboten.

53
e. Es werde Verjährung – erstmals in der Berufungsinstanz – geltend gemacht, sofern die Kläger noch Erfüllung verlangen könnten.

54
f. Es liege eine Überraschungsentscheidung vor. Das Landgericht hätte darauf hinweisen müssen, dass trotz der Begehung am 20.07.2014 keine Abnahme vorliege. Dann hätte die Beklagte geltend gemacht, dass es keine Fertigstellungsmitteilung seitens der Beklagten oder ihrer Rechtsvorgängerin gegeben habe.

55
Die Beklagte beantragt,

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Endurteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 15.03.2023, Az.: 1 O 2655/22 aufgehoben.

2. Die Klage wird abgewiesen.

56
7) Die Kläger verteidigen das erstinstanzliche Urteil. Es sei allerdings eine Rubrumsberichtigung vorzunehmen. Denn Klageparteien sollten nicht nur die Erst- und Zweiterwerber sein, die bereits im Grundbuch eingetragen waren, als die Klage rechtshängig wurde, sondern auch solche Personen, die „lediglich“ ein Anwartschaftsrecht erworben hatten. Abzustellen sei daher nicht auf die Liste der Anlage KO, sondern die erstmals mit der Berufungserwiderung vorgelegte Liste KB1, weil dort klargestellt sei, dass z.B. Herr M… G… und Frau G… M… nicht als Eigentümer, sondern nur als Anwartschaftsrechtsinhaber klagten.

57
Bzgl. der „d… GmbH & Co. KG“ (in der Anlage KO) sei tatsächlich Eigentümer Herr A… M…, was sich aus der Anlage BK3 ergebe.

58
Frau E… R… habe bereits 2015 durch Notarvertrag ihren Anspruch auf Miteigentumsverschaffung an ihren Ehemann abgetreten. Dabei habe sie die gesamten Rechte an Gemeinschaftskonten und gemeinschaftlichem Vermögen an ihn übertragen. Vermögen umfasse auch Ansprüche.

59
Herr M… R… sei bereits am 24.10.2019 verstorben und sei von mehreren Erben beerbt worden. Im Rahmen eines notariellen Auseinandersetzungsvertrages (vom 16.02.2022) sei sein Neffe T… S. B…

Alleineigentümer mit allen Rechten und Pflichten der Wohnung des Herrn R… geworden. Die Klage datiert vom 10.05.2022.

60
Der Eigentümer G… S… habe mit notariellem Vertrag vom 04.06.2021 sein ursprüngliches Eigentum auf seinen Sohn P… S… übertragen. Eine Abtretung auch der Gewährleistungsansprüche sei am 09.08.2023 erfolgt.

61
Die Ersterwerberin Frau P… K… habe durch Notarvertrag vom 13.08.2015 das Eigentum an ihrer Wohnung an Frau J… S… übertragen, wobei ausdrücklich eine Abtretung sämtlicher Ansprüche gegen den Bauträger erfolgt sei.

62
Der Ersterwerber F… B… habe durch Notarvertrag vom 04.02.2019 sein Eigentum an Herrn L… W… verkauft und habe ihm etwaige Gewährleistungsansprüche gegen Handwerker etc. abgetreten. Herr L… W… wiederum habe durch Notarvertrag vom 16.06.2020 an Herrn S… G… verkauft. Auch hier sei eine Abtretung erfolgt.

63
Die Eigentümer M… und Ma… W… hätten durch Notarvertrag vom 14.07.2017 ihr Eigentum an ihre Tochter Me… W… übertragen. Enthalten sei auch eine Abtretung sämtlicher Ansprüche gegen Dritte, u.a. Werkunternehmer wegen Mängeln.

64
Auch während des laufenden Rechtsstreits habe es Weiterveräußerungen gegeben. So habe Herr T… D… am 16.12.2022 an D… Z… S…, E… Z… S… und S… Z… S… veräußert und am 09.08.2023 explizit Ansprüche aus Gewährleistung an diese abgetreten.

65
Herr M… K… habe durch Notarvertrag vom 01.09.2022 an I… C. B… und P… M. B… verkauft und dabei die Gewährleistung, soweit gesetzlich zulässig, vollständig ausgeschlossen. Damit habe er konkludent die bestehenden Gewährleistungsansprüche gegen die Bauträgerin abgetreten. Jedenfalls im August 2023 seien die Ansprüche ausdrücklich abgetreten worden.

66
Wegen § 265 Abs. 1 Alt. 2 ZPO sei hier eine Antragsänderung auch im Berufungsverfahren und auch ohne eigene Anschlussberufung notwendig und möglich.

67
Sofern keine Rubrumsänderung zulässig sei, sei darin eine subjektive Klageänderung zu sehen.

68
Im Übrigen verteidigen die Kläger das erstinstanzliche Urteil und beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

69
II. Die Berufung ist zulässig, führt aber nur in geringem Umfang zur Abänderung des erstinstanzlichen Urteils.

A)

70
Die Berufung ist zulässig, Sie wurde form- und fristgerecht eingelegt und begründet. Das Urteil wurde der Beklagten am 16.03.2023 zugestellt. Die Berufung ging am 12.04.2023 ein. Die Frist zur Begründung der Berufung wurde bis 23.06.2023 verlängert. An diesem Tag ging die Berufungsbegründung ein. Diese wurde den Klägern am 26.06.2023 zugestellt. Die Frist zur Erwiderung wurde bis 28.08.2023 verlängert. Die Berufungserwiderung, die als Anschlussberufung auszulegen ist, ging an diesem Tag ein.

B)

71

Die Berufung ist nur in geringem Umfang begründet und führt daher nur zu einer Abänderung des landgerichtlichen Urteils im Hinblick auf die subjektive Klageänderung.

72
1) Dabei ist zunächst klarzustellen, wer (mittlerweile) Partei des Rechtsstreits auf Klägerseite ist.

73
a. Eine von den Klägern begehrte Rubrumsberichtigung kommt nicht in Betracht.

74
aa. Es entspricht ständiger Rechtsprechung des BGH, dass auch bei äußerlich unrichtiger Bezeichnung grundsätzlich das Rechtssubjekt als Partei anzusehen ist, das durch die fehlerhafte Bezeichnung nach deren objektivem Sinn betroffen werden soll. Diese Grundsätze gelten auch, wenn sich die klagende Partei selbst fehlerhaft bezeichnet hat (BGH, Urteil vom 15. Januar 2003 – XII ZR 300/99 – Rn. 13, juris). Dabei ist durch Auslegung zu ermitteln, wer bei objektiver Lesart Partei des Rechtsstreits sein sollte, auch wenn die Partei womöglich falsch bezeichnet wurde.

75
So hat der BGH eine Rubrumsberichtigung bejaht, wenn die Gesellschafter einer GbR eine Gesamthandsforderung geltend machen wollten und infolge der Rechtsprechungsänderung des BGH nunmehr die GbR die Forderung geltend machen muss.

76
bb. Die Kläger haben mit der Anlage KO klargestellt, wer (ursprünglich) Kläger des Verfahrens sein sollte. Die Bezeichnung der darin genannten Personen war eindeutig und unmissverständlich. Sie war auch nicht auslegungsfähig oder interpretationsbedürftig. Dass zum Teil Parteien nicht als Eigentümer geführt wurden (z.B. Herr G… spielt keine Rolle, weil die Ansprüche ohnehin aus dem Bauträgervertrag hergeleitet wurden.

77
Sofern vor Rechtshängigkeit aber bereits Eigentumswechsel vollzogen wurden (teilweise durch Erbschaften, teilweise durch Einzelrechtsübertragungen), folgt daraus nicht automatisch und für jedermann erkennbar, dass der neue Eigentümer auch Inhaber der hier maßgeblichen Ansprüche war. Das mag bei Gesamtrechtsnachfolge noch denkbar sein, setzt aber voraus, dass jedenfalls die Gesamtrechtsnachfolge ohne Weiteres erkennbar oder bekannt war. Bei Einzelrechtsnachfolge bzgl. des Eigentums hängt es aber maßgeblich davon ab, ob auch der vertragliche Anspruch abgetreten wurde. Dies allein durch Auslegung aller Anlagen zu ermitteln, obwohl die Klage durch anwaltlich vertretene Kläger eingereicht wurde, überspannt das Institut der Rubrumsberichtigung.

78
(1) Bzgl. Herrn M… G… und Frau G… M… spielt das keine Rolle. Diese waren schon in der Liste KO als Kläger genannt. Dass sie dort „nur“ als Anwartschaftsrechtsinhaber bezeichnet wurden, spielt keine Rolle.

79
(2) Relevant wird dies aber vor allem bei der d… GmbH & Co. KG. Diese wird in der Anlage KO als Klägerin geführt. Nunmehr wird Herr A… W. M… als Kläger geführt, weil nicht die KG, sondern er Eigentümer bzw. Vertragspartner gewesen sei. Damit liegt aber eine gänzlich andere Person vor, also gerade keine bloße Bezeichnung derselben Person oder gar eine offenkundige Verwechslung.

80
(3) Bzgl. Frau E… R… war diese infolge Übertragung auf ihren (damaligen) Ehemann, der ebenfalls Kläger ist, bei Klageerhebung nicht Rechteinhaberin. In der Anlage KO wurden beide Eheleute als Kläger geführt. In der Anlage KB1 wird unter Nr. 34 nur noch Herr Dr. H…-J… R… als Kläger geführt.

81
Damit lag eine (teilweise) Klagerücknahme bzgl. der ursprünglichen Klägerin Frau R… vor. Diese wurde auch im Termin zur mündlichen Verhandlung seitens des Prozessbevollmächtigten der Kläger erklärt. Nachdem die Beklagte aber eine solche nach Antragstellung gemäß § 269 Abs. 1 ZPO notwendige Zustimmung nicht erteilt hatte, verblieb Frau R… als Partei. Die Frage ihrer Aktivlegitimation wird weiter unten behandelt werden.

82

(4) Bzgl. Herrn M… R… ist zu beachten, dass er nie parteifähig war, § 50 ZPO, da er bei Klageerhebung schon verstorben war. Der Wechsel auf seinen Erben stellt damit einen Parteiwechsel dar.

83
(5) Bzgl. Herrn G… S… hat dieser zwar vor Rechtshängigkeit sein Eigentum auf seinen Sohn übertragen. Die Abtretung der Ansprüche aus dem Bauträgervertrag erfolgte aber erst im Berufungsverfahren (August 2023, KB10), sodass hier ein Fall von § 265 Abs. 2 S. 1 ZPO (dazu sogleich) vorliegt. Etwas anderes würde nur gelten, wenn man in den Vertrag zur Übertragung des Eigentums (vermutlich Schenkung) schon die Abtretung einbeziehen würde. Dazu findet sich im Notarvertrag (KB10) aber nichts.

84
Allerdings wird Herr G… S… in der Liste BK1 nicht mehr geführt. Dort wird nunmehr Herr P… S… unter Nr. 20 geführt. Damit wollen die Kläger offenbar einen Parteiwechsel vollziehen, der aber im Fall von § 265 Abs. 3 ZPO nicht notwendig ist (vgl. sogleich).

85
(6) Bzgl. Frau P… K… (Veräußerung an Frau J… S…) stellt sich kein Problem, weil Frau S… in der Liste KO als Eigentümerin und damit Klägerin geführt wird. Frau K… ist dort nicht genannt.

86
(7) Bzgl. der Veräußerungskette B…-W…-G… wird in der Klägerliste KO nur Herr L… W… als Kläger (und Eigentümer) geführt. Da er aber schon vor Klageerhebung seine Ansprüche auf Herrn S… G… übertragen hatte, und nunmehr Herr G… als Partei geführt werden soll, liegt ein Fall des Parteiwechsels und nicht bloß eine Rubrumsberichtigung vor.

87
(8) Bzgl. der Eheleute W… hatten diese schon vor Klageerhebung ihr Eigentum und die Ansprüche (wegen Mängeln gegen Werkunternehmer) an ihre Tochter abgetreten. Ein Parteiwechsel war hier ebenso notwendig und wurde mit der neuen Liste der Parteien KB2/KB2a erklärt.

88
b. Soweit die Beklagte mit Schriftsatz vom 14.06.2024 eingewendet hat, bzgl. des Herrn G… und der Frau W… sei eine Klageänderung deswegen unzulässig, weil keine Abtretung der Ansprüche erfolgt sei, vermengt die Beklagte insoweit die Frage der Zulässigkeit des Parteiwechsels mit der Frage, ob die neue Partei aktivlegitimiert ist, also selbst Inhaber von Ansprüchen gegen die Beklagte geworden ist.

89
c. Die subjektive Klageänderung auf Klägerseite kann nur im Rahmen einer Anschlussberufung vorgenommen werden. Eine solche wurde hier zulässig erhoben.

90
aa. Will eine in erster Instanz obsiegende Partei im Rahmen der Berufung, die vom Gegner geführt wird, die ursprüngliche Klage ändern oder erweitern, kann dies nur mit einem eigenen Angriff gegen das erstinstanzliche Urteil erfolgen, welcher in dieser Konstellation nur mit der Anschlussberufung geführt werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 7. Mai 2015 – VII ZR 145/12 – Rn. 28; BGH, Urteil vom 31. August 2022 – VIII ZR 233/21 – Rn. 73, juris; Assmann in: Wieczorek/Schütze, ZPO, § 264 ZPO Rn. 7; Heßler in: Zöller, Zivilprozessordnung, 34. Auflage 2022, § 524 ZPO Rn. 2). Das gilt unabhängig von § 533 ZPO.

91
bb. Auch wenn die Kläger in ihrer Berufungserwiderung nicht ausdrücklich die Anschlussberufung erklärt haben, kann nur eine solche überhaupt den Parteiwechsel ermöglichen. Dagegen spricht auch nicht der Einwand der Beklagten im Schriftsatz vom 14.06.2024. Tatsächlich ist zwar in der Berufungserwiderung nicht expressis verbis eine Anschlussberufung erklärt worden. Gleichwohl hatten die Kläger ihren ursprünglichen Klageantrag bzgl. der Parteirolle (subjektive Klageänderung) modifiziert. Außerdem war aus den Gründen hinlänglich klar und eindeutig zum Ausdruck gekommen, dass eine solche Änderung angestrebt wird. Eine ausdrückliche Bezeichnung als „Anschlussberufung“ ist entgegen der Auffassung der Beklagten gerade nicht notwendig. Eine stillschweigende oder konkludente Einlegung ist – soweit die Frist gewahrt wird – möglich (Heßler in: Zöller, Zivilprozessordnung, 35. Auflage 2024, § 524 ZPO Rn. 4 nwN).

92

Die Berufungsbegründung wurde den Klägern am 26.06.2023 zugestellt. Die Frist zur Erwiderung wurde bis 28.08.2023 verlängert (Bl. 48 Berufungsakte). Bereits am 26.08.2023 ging die Erwiderung ein. Die Frist gemäß § 524 Abs. 2 S. 2 ZPO ist damit eingehalten.

93
Daher ist die Berufungserwiderung zwecks Ermöglichung des gewillkürten Parteiwechsels auf Klägerseite als Anschlussberufung auszulegen.

94
Der Umstand, dass die Kläger später durch Vorlage der Liste KB2a nochmals ihren Antrag geändert haben, spielt deswegen keine Rolle, weil damit keine subjektive Klageänderung verbunden ist, sondern nur den Vorgaben von § 265 Abs. 3 ZPO entsprochen wird (dazu sogleich).

95
d. Die subjektive Klageänderung ist auch zulässig, da dieser sachdienlich ist und auch die Voraussetzungen von § 533 ZPO erfüllt sind.

96
aa. Der gewillkürte Parteiwechsel auf Klägerseite im Berufungsverfahren ist grds. analog § 263 ZPO möglich (BGH, Urteil vom 28. Juni 1994 – X ZR 44/93). Notwendig ist zwar grds. auch die Zustimmung der Beklagten. Die fehlende oder verweigerte Zustimmung kann aber durch Sachdienlichkeit ersetzt werden.

97
Sachdienlichkeit kann bejaht werden, wenn durch die Klageänderung eine endgültige Erledigung des Streitstoffs herbeigeführt wird und ein weiterer Prozess vermieden werden kann (BGH, Urteil vom 17. Januar 1951 – II ZR 16/50 –, BGHZ 1, 65-74 Rn. 22). Irrelevant ist, ob dies erst in der zweiten Instanz erfolgt und damit eine Tatsacheninstanz abgeschnitten wird (BGH, a.a.O.) oder ob dadurch eine weitere Beweisaufnahme erforderlich wird (BGH, Urteil vom 30. November 1999 – VI ZR 219/98 –, BGHZ 143, 189-198).

98
bb. Hier war die Sachdienlichkeit deswegen zu bejahen, weil zum einen eine Vielzahl anderer Klageparteien ohnehin unverändert fortbestanden und damit die Beklagte hinsichtlich der unveränderten Parteien ohnehin verurteilt worden wäre. Aber auch hinsichtlich der geänderten Parteien diente dies der Vermeidung eines neuen Prozesses (Klage auf Mangelbeseitigung der neuen Parteien). Außerdem konnten die Ergebnisse der Beweisaufnahme sogar verwertet werden, weil die Beweise ohnehin in den übrigen Prozessrechtsverhältnissen erhoben wurden. Für die übrigen Parteien ergeben sich keinerlei Änderungen. Dabei bleibt zu betonen, dass die Kläger ohnehin auf Vorschuss zur Mangelbeseitigung gemäß § 637 Abs. 3 BGB klagen. Der sich daran anschließende Abrechnungsprozess ist ohnehin unvermeidlich und spielt bei der Beurteilung der Sachdienlichkeit keine Rolle.

99
(1) Nachdem der Senat einen Hinweis erteilt hatte, haben die Kläger unbestritten vorgetragen, tatsächlich sei Herr A… W. M… sowohl Eigentümer der Einheit als auch Vertragspartner des Bauträgervertrages mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten gewesen (Schriftsatz 24.01.2024, Anlage KB21). Damit war die d… GmbH & Co. KG aber von Anfang an weder Eigentümerin noch Inhaberin der vertraglichen Ansprüche, insbes. auf Gewährleistung. Die Klage war insoweit also von Anfang an unbegründet, weil der KG die Aktivlegitimation fehlte. Durch den Wechsel auf den Kläger A… W. M… ist nunmehr die Aktivlegitimation begründet worden, sodass damit auch eine inhaltliche Prüfung der Ansprüche erfolgen konnte. Das diente daher der Vermeidung eines weiteren Prozesses.

100
(2) Bzgl. Frau E… R… liegt keine subjektive Klageänderung, sondern eine Klagerücknahme vor (vgl. oben).

101
(3) Bzgl. Herrn R… ist der Wechsel sachdienlich, weil sonst die Klage als insoweit unzulässig mangels Parteifähigkeit hätte abgewiesen werden müssen. Der Wechsel ermöglicht die inhaltliche Prüfung und Sachentscheidung und vermeidet damit einen Folgeprozess.

102

(4) Bzgl. der Veräußerungskette B…-W…-G…dient der Parteiwechsel von Herrn W… auf Herrn G… der Vermeidung eines Folgeprouesses.

103
(5) Gleiches gilt für die Parteien W…

104
(6) Die weiteren Änderungen betreffen § 265 Abs. 3 ZPO und stellen gar keine Klageänderung dar (dazu sogleich).

105
e. Der subjektiven Klageänderung im Berufungsverfahren steht auch nicht § 533 Nr. 2 ZPO i.V.m. § 529 ZPO entgegen. Denn die für die Klageänderung relevanten Urkunden, Verträge usw. sowie der diesbezügliche Vortrag der Kläger ist seitens der Beklagten unbestritten geblieben und gilt damit als zugestanden und unstreitig, § 138 Abs. 3 ZPO. Unstreitiges ist im Rahmen von § 529 ZPO aber stets zu berücksichtigen, weil hierdurch eine Verzögerung des Rechtsstreits nicht eintreten kann.

106
f. Im Hinblick auf die Übertragungsvorgänge nach Rechtshängigkeit der Klage (13.05.2022) ist § 265 ZPO zu beachten.

107
aa. Gemäß § 265 Abs. 2 S. 1 ZPO hat die Übertragung der Rechte (Abtretung) nach Eintritt der Rechtshängigkeit zunächst keinen Einfluss auf den Rechtsstreit. Sofern aber ein Parteiwechsel auf den Rechtsnachfolger angestrebt wird, ist dies nur mit Zustimmung der Beklagten gemäß § 265 Abs. 2 S. 2 ZPO möglich. Eine solche Zustimmung wurde nicht erteilt.

108
bb. Das betrifft die Parteien T… D… und M… K…. Bei letzterem wird im Notarvertrag keine ausdrückliche Regelung zur Abtretung getroffen (KB18). Daher wurde sie ausdrücklich nochmals gesondert vorgenommen (August 2023, KB19). Zutreffend weisen die Kläger darauf hin, dass nach der sog. Relevanztheorie im Rahmen von § 265 Abs. 2 S. 1 ZPO eine Umstellung des Klageantrags erforderlich ist (MüKoZPO/Becker-Eberhard, 6. Aufl. 2020, ZPO § 265 Rn. 83). Diese Klageänderung ist nach § 264 Nr. 2 ZPO zulässig bzw. stellt letztlich keine Klageänderung dar. Daher ist sie auch im Rahmen der Berufung der Beklagten ohne eigene Anschlussberufung der Kläger möglich (BGH, Urteil vom 24. November 1977 – VII ZR 160/76, juris).

109
Das bedeutet, dass zwar Herr T… D… und Herr M… K… weiterhin Kläger sind. Sie sind auch in der Anlage KB1 weiterhin als Kläger gelistet. Die Leistung muss aber an die jeweiligen Erwerber erfolgen. Tatsächlich wurde dies im Rahmen der Beantragung durch Verweis auf die Liste KB2 und später dann KB2a deutlich, wo klargestellt wurde, dass die Kläger der Liste KB1 auf Leistung an die Personen der Liste KB2 bzw. zuletzt KB2a klagen.

110
Ferner betrifft dies die Parteie P…, die im Jahr 2024 veräußert haben.

111
2) Die geänderte Klage ist mit Ausnahme der Frau E… R… begründet.

112
a. Soweit die Beklagte die Aktivlegitimation rügt, ist zunächst klarzustellen, dass dies allein ein Problem der Begründetheit ist. Die Frage der Prozessführungsbefugnis ist nicht betroffen. Diese wäre nur relevant, wenn eine Klagepartei geltend machen würde, fremde Rechte im eigenen Namen, also im Wege der Prozessstandschaft, geltend zu machen. Das war hier aber nicht der Fall, da alle Kläger (mit einer Ausnahme) behaupteten, Ersterwerber und damit originär Rechteinhaber zu sein. Der Kläger Dr. G…r G… machte geltend, er habe die Ansprüche durch Abtretung erlangt. Auch insoweit klagte er also aus eigenem Recht. Die Frage der Prozessführungsbefugnis als von Amts wegen zu prüfende Zulässigkeitsvoraussetzung war daher nicht tangiert. Im Übrigen kann auf die vorherigen Ausführungen zur Klageänderung Bezug genommen werden.

113

Auch im Übrigen überzeugen die Einwendungen der Beklagten nicht. Lediglich die Klägerin E… R… ist nicht aktivlegitimiert.

114
(1) Das Bestreiten der Beklagten war unwirksam, weswegen der Vortrag als zugestanden gilt, § 138 Abs. 3 ZPO. Ob die Beklagte dabei tatsächlich mangels eigenen Wissens berechtigt war, den Vortrag gemäß § 138 Abs. 4 ZPO mit Nichtwissen zu bestreiten, kann deswegen offenbleiben, weil ihr aufgrund ihrer Erklärungslast gemäß § 138 Abs. 2 ZPO eine Erkundigungspflicht zukam. Eine solche Pflicht wird sogar bei rechtsgeschäftlicher Einzelrechtsnachfolge (Abtretung) angenommen (für den Insolvenzverwalter BGH NJW-RR 2012, 1004, Rn. 16; MüKoZPO/Fritsche, 6. Aufl. 2020, ZPO § 138 Rn. 35 m.w.N. in Fn. 168). Die Beklagte hat aber keinerlei Vortrag dazu gehalten, inwieweit sie sich bei ihrer Rechtsvorgängerin, deren Mitarbeitern oder Geschäftsführern oder in den übernommenen Buchhaltungs-, Abrechnungs-, Steuer- oder Rechnungsunterlagen erkundigt habe. Nachdem die Beklagte infolge der Verschmelzung in alle Verträge der P… Wohnbau GmbH als neue Vertragspartnerin eingetreten war, waren ihr im Rahmen der Verschmelzung auch die bestehenden vertraglichen Beziehungen bekannt oder zumindest zugänglich. Bei einer entsprechenden Erkundigung wäre daher für die Beklagte erkennbar geworden, ob und mit welchen Klägern vertragliche Beziehungen bestanden und bestehen. Nachdem aber zu einer solchen Erkundigung nicht vorgetragen wurde, war auch das pauschale Bestreiten (mit Nichtwissen) unzulässig.

115
(2) Entgegen der Darstellung der Berufung hat das Landgericht die Kläger nicht pauschal alle als Ersterwerber behandelt. Hinsichtlich des Klägers Dr. G… G… hat das Landgericht dezidiert dargelegt, dass dieser „nur“ Zweiterwerber sei und seine Ansprüche durch Abtretung von den Ersterwerbern W… H… und M… H…-T… erworben habe (K35, S. 11 unter 2, letzter Absatz). Die Berufungsbegründung zeigt nicht auf, inwieweit die Beklagte dem substantiiert entgegen getreten wäre.

116
(3) Bzgl. der im Rahmen der Anschlussberufung nunmehr relevanten Kläger gilt nichts anderes. Der Vortrag der Kläger, die „neuen“ Kläger hätten jeweils ihre Ansprüche durch Einzel- bzw. Gesamtrechtsnachfolge erworben, wurden von der Beklagten nicht bestritten. Die jeweils vorgelegten Verträge, Abtretungen bzw. bzgl. des Todes des Herrn R… der Erbauseinandersetzungsvertrag belegen dies im Übrigen.

117
cc. Nachdem hier vertragliche Ansprüche auf Gewährleistung geltend gemacht werden, spielt es auch keine Rolle, ob bzw. welche Kläger 1/68 Miteigentum an der streitgegenständlichen Carportanlage erworben haben. Denn die Ansprüche werden offensichtlich nicht aus dem Eigentum, sondern aus dem zwischen den Klägern und der Rechtsvorgängerin der Beklagten bestehenden Werkvertrag hergeleitet.

118
dd. Einzig bzgl. der Klägerin E… R… ist nach dem Vortrag der Kläger eine Aktivlegitimation nicht gegeben, weil sie ihre Ansprüche und Rechte bereits vor Rechtshängigkeit auf ihren (geschiedenen) Ehemann übertragen hatte. Die diesbezügliche Klagerücknahme war mangels Zustimmung der Beklagten unwirksam.

119
3) Die fehlende Abnahme ist für die Annahme eines Abrechnungsverhältnisses nicht Voraussetzung. Vielmehr dient das Abrechnungsverhältnis dazu, auch bei nicht erfolgter Abnahme bzw. genauer gesagt vor einer solchen Abnahme bereits Mängelgewährleistungsrechte zu begründen (BGH, Urteil vom 19. Januar 2017 – VII ZR 235/15 = BGHZ 213, 319-338). Läge eine Abnahme bereits vor, wäre der Rückgriff auf das Institut des Abrechnungsverhältnisses u.U. obsolet, weil nach Abnahme die Mangelgewährleistungsrechte aus § 634 BGB eröffnet sind. Aber auch vor Abnahme kann ein hier relevanter Mangelbeseitigungsvorschussanspruch aus §§ 631 Abs. 1, § 280 Abs. 1, 3, § 281 Abs. 1 BGB resultieren. Denn bei Nachfristsetzung hinsichtlich des ursprünglichen (primären) Erfüllungsanspruchs kann im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung auch Vorschuss für die Mangelbeseitigung verlangt werden, wobei dabei zwar kein fiktiver Schadensersatz geltend gemacht werden kann, gleichwohl aber ein Vorschuss für einen konkreten Schadensersatz (mit Abrechnungspflicht) geltend gemacht werden kann.

120

Relevant wird die Frage der Abnahme aber an diversen anderen Stellen der landgerichtlichen Entscheidung, namentlich an der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast für die Mangelhaftigkeit. Daher wird diese Frage aus Gründen der Übersichtlichkeit „vor die Klammer gezogen“.

121
Zutreffend hat nämlich das Landgericht eine fehlende Abnahme angenommen.

122
a. Eine förmliche Abnahme mit Abnahmeprotokoll hat unstreitig nicht stattgefunden. Entgegen der Auffassung der Berufungsbegründung bezog sich der Passus zur Durchführung der Abnahme mit Erstellung eines (förmlichen) Abnahmeprotokolls aber sowohl auf das Sonder- als auch das Gemeinschaftseigentum. Die Regelung unter V.1.c) des Bauträgervertrages (K1) ist so formuliert, dass sie allgemein für jede Abnahme gilt. Die Sonderregelung in lit. e) bzgl. der Übergabe und Abnahme des Gemeinschaftseigentums regelt nur, dass diese Abnahme mit einem zu bevollmächtigenden Sachverständigen erfolgen soll. Dass mit diesem aber kein Protokoll gemäß lit c) gefertigt werden soll, ist nicht ersichtlich und würde auch keinen Sinn ergeben. Gerade dieser Sachverständige müsste ein solches Protokoll fertigen, da nach dem vertraglichen Konzept die jeweiligen Erwerber gerade nicht anwesend sein sollten, da sie durch den Sachverständigen vertreten werden sollten. Da aber die Erwerber ein Interesse daran haben zu erfahren, hinsichtlich welcher Aspekte Mängel am Gemeinschaftseigentum festgestellt wurden, galt hier ebenso die Regelung der förmlichen Abnahme aus lit. c). Eine konkludente Abnahme scheidet damit grundsätzlich aus, weil die Parteien explizit förmliche Abnahme vereinbart hatten.

123
b. In Betracht käme hier allenfalls die Frage, ob sich die Kläger infolge langjähriger Nutzung der Carportanlage auf die fehlende förmliche Abnahme nicht mehr berufen können. So darf sich der Auftraggeber jedenfalls dann nach Treu und Glauben nicht (mehr) auf die fehlende förmliche Abnahme berufen, wenn die Voraussetzungen der Abnahme vorliegen und die Handlungen des Auftraggebers auf eine Billigungserklärung schließen lassen (Thüringer Oberlandesgericht, Urteil vom 25. Mai 2005 – 4 U 159/02 – Rn. 34, juris). Voraussetzung ist, dass die Parteien von der eigentlich vereinbarten förmlichen Abnahme abgewichen sind (OLG Düsseldorf, Urteil vom 19. November 2013 – I-23 U 15/13 – Rn. 16, juris). Das korrespondiert mit der Voraussetzung, dass eine konkludente Abnahme nur bei Abnahmefähigkeit in Betracht kommt, also dann nicht, wenn das Werk nicht nur unerhebliche Mängel aufweist (Retzlaff in Grüneberg, 82. Auflage, § 640 BGB, Rn. 6 und 10).

124
Hier jedoch wiesen die Werkleistungen der Rechtsvorgängerin der Beklagten erhebliche Mängel auf (immerhin 27 vom Landgericht festgestellte Mängel), deren Behebung einen mittleren fünfstelligen Betrag verursachen wird. Vor diesem Hintergrund kann sich die Beklagte schon nicht darauf berufen, die Kläger wären nach Treu und Glauben gehindert, sich auf die förmliche Abnahme zu berufen, da dies eine Schutzwürdigkeit der Beklagten voraussetzen würde, also ein eigenes vertragstreues und vertragskonformes Verhalten. Angesichts der erheblichen Mängel und der dadurch bedingten Vertragsverletzungen des Bauträgervertrages ist dies aber nicht ersichtlich.

125
c. Der weitere Vortrag der Beklagten ist in sich widersprüchlich. Einerseits habe sie das Werk nie als fertiggestellt angeboten. Andererseits sei es (konkludent) abgenommen worden. Das widerspricht sich, weil eine Abnahme eines nicht fertiggestellten Werks kaum vorstellbar ist. Unklar bleibt dann auch, ob die Kläger das nicht fertiggestellte Werk in Kenntnis der nicht vollständigen Fertigstellung abgenommen haben sollen und woraus sich dies ggf. ergeben soll.

126
Entscheidend für die Annahme des Abrechnungsverhältnisses ist aber ohnehin nur, dass das Werk als fertiggestellt vom Werkunternehmer angeboten wurde. Ob es tatsächlich fertiggestellt ist oder nicht vielmehr mangelhaft ist, ist nicht Voraussetzung des Abrechnungsverhältnisses, sondern wirkt sich regelmäßig erst bei den Folgen eines solchen aus. Nachdem sogar eine Begehung stattfand, ist darin eine konkludente Fertigstellungserklärung zu sehen. Denn durch diese Begehung sollte ja gerade das vermeintlich mangelfrei hergestellte Werk den Klägern angeboten werden. Die Kläger lehnen zwischenzeitlich die Primärleistungen durch die Beklagte ab, was auch die Beklagte billigt.

127
4) Eine Vorteilsausgleichung in Form eines „Abzugs neu für alt“ war nicht vorzunehmen.

128
a. Ein Abzug neu für alt bzw. eine Vorteilsausgleichung ist vom Landgericht verneint worden, weil mangels Abnahme die Beklagte nach wie vor primäre Erfüllung geschuldet habe, als das Abrechnungsverhältnis begründet wurde. Zutreffend ist insoweit, dass es bis zur Abnahme dem Werkunternehmer obliegt, das Werk abnahmereif, also ohne wesentliche Mängel, herzustellen. Verzögerungen bis zur Abnahme fallen grundsätzlich in die Risikosphäre des Werkunternehmers.

129
Allerdings ist hier zu beachten, dass mit dem Abrechnungsverhältnis letztlich nur die notwendige Abnahme als Voraussetzung der Geltendmachung von Gewährleistungsrechten obsolet wird. Das bedeutet, dass der Vorschussanspruch selbst letztlich ein Gewährleistungsrecht darstellt und damit aus § 637 Abs. 3 BGB folgt. Für diesen Vorschussanspruch bzw. den Anspruch auf Nachbesserung ist aber der Abzug neu für alt grundsätzlich nur in Ausnahmefällen denkbar und anerkannt.

130
b. Grds. wird eine solche Abzugsposition dann verneint, wenn zwar durch die Mangelbeseitigung eine längere Lebensdauer der Werkleistung und ersparte Instandhaltungssaufwendungen eintreten, dies aber ausschließlich auf einer Verzögerung der Mängelbeseitigung beruht und sich die Kläger jahrelang mit einem fehlerhaften Werk begnügen mussten (vgl. Werner/Pastor, Der Bauprozess, 18. Auflage, Rn. 2937). Der Werkunternehmer darf dadurch, dass der Vertragszweck nicht sogleich, sondern erst später im Rahmen der Gewährleistung erreicht wird, keine Besserstellung erfahren. Ein solches Ergebnis widerspräche dem Gesetzeszweck der Gewährleistung im Werkvertragsrecht, denn der Unternehmer brauchte sonst umso weniger eigene Mittel einzusetzen, je länger er die Nachbesserung pflichtwidrig hinauszögern könnte. Auf der anderen Seite müsste der Besteller das mangelhafte Werk hinnehmen und hätte nach einiger Zeit, insbesondere bei kurzlebigen oder stark wartungsbedürftigen Gütern, eine weitgehende Entwertung seiner Gewährleistungsansprüche zu befürchten. Im äußersten Fall müsste er die volle Vergütung entrichten, ohne jemals in den Genuss einer einwandfreien Leistung gelangt zu sein. Gerade das aber soll durch die Gewährleistungsvorschriften verhindert werden. Deren vorrangiges Ziel besteht darin, dem Besteller zumindest nachträglich zu einem vertragsgemäßen Werk zu verhelfen, und zwar ohne zusätzliche Kosten und grundsätzlich ohne Rücksicht auf die inzwischen vergangene Zeit (BGH, Urteil vom 17. Mai 1984 – VII ZR 169/82 –, juris Rn. 30 ff.; vgl. auch BGH, Urteil vom 13. September 2001 – VII ZR 392/00 –, juris Rn. 22; OLG Frankfurt, Urteil vom 22. Januar 2014 – 4 U 38/13 – Rn. 65, juris).

131
c. Etwas anderes kann aber gelten, wenn durch die Mängelbeseitigung eine deutlich verlängerte Nutzungsdauer entsteht und der Mangel sich verhältnismäßig spät ausgewirkt hat und der Besteller bis dahin keine Gebrauchsnachteile hinnehmen musste. (BGH v. 27.09.2018 – VII ZR 45/17 – juris Rn. 86). Auch dies gilt aber nur, wenn dies nicht auf eine verzögerte Leistung des Werkunternehmers zurückzuführen ist.

132
d. Dem steht auch nicht die von der Beklagten zitierte Entscheidung des OLG Naumburg (Urteil vom 13. Oktober 2021 – 2 U 29/20 – ab Rn. 88, juris) entgegen. Richtig ist zwar, dass dort ein Abzug neu für alt vorgenommen wurde (1/3). Hintergrund war aber, dass im Rahmen der Mangelbeseitigung ein mangelhaftes Wärmedämmverbundsystem vollständig entfernt und neu errichtet bzw. angebracht werden musste, um die mangelhafte Werkleistung zu beseitigen. Dabei wurden auch Schmutzablagerungen am Außenputz entfernt, für welche die dortige Werkunternehmerin gar nicht verantwortlich war. Die dortigen Auftraggeber erhielten also nach Durchführung der Mangelbeseitigung letztlich ein neues Werk (neues Wärmedämmverbundsystem) mit entsprechender neu anlaufender Haltbarkeit. Außerdem erlangten sie einen Vorteil durch die Schmutzbeseitigung. Das ist hier nicht der Fall.

133
Das gilt ebenso für die Entscheidung des OLG Düsseldorf (Urteil vom 11. Dezember 2001 – 21 U 92/01 – ab Rn. 20, juris). Maßgeblich für die dortige Entscheidung war, dass die Besteller das Werk mehrere Jahre (ca. 4,5 Jahre) uneingeschränkt nutzen konnten und sich Mängel erst danach zeigten. Das ist hier nicht übertragbar.

134
e. Im Rahmen der mündlichen Anhörung des Sachverständigen im Termin vom 07.12.2022, S. 3 Mitte, führte er aus, dass er hinsichtlich des Oberflächenschutzes grundsätzlich einen solchen Abzug bejahe (vgl. schriftliches Ergänzungsgutachten S. 14). Der Höhe nach konnte er aber ohne Recherche dazu keine Angaben machen.

135
Die Kläger nutzten die Anlage jedenfalls ab Juli 2014 (vgl. die gemeinsame Begehung am 22.07.2014). Die ersten Mängel wurden vom Privatgutachter N… in seinem Gutachten vom 17.02.2016 (Anlage AS10 im selbständigen Beweisverfahren Az. 17 OH 2670/20) festgestellt. Weitere Mängel wurden dann 2019 in einem weiteren Privatgutachten dokumentiert. Eine Nutzung der Carportanlage war aber offenbar durchgängig möglich.

136
Dabei ist zwar der Beklagten zuzustimmen, dass die Carportanlage durch die Kläger nutzbar war. Gleichwohl zeigten sich die Mängel nach noch nicht einmal 2 Jahren. Seit Erholung des Privatgutachtens streiten die Parteien um die Mangelbeseitigung, sodass jedenfalls schon nach weniger als 2 Jahren der Nutzung die Beklagte die ihr obliegende Nachbesserungspflicht grundlos verweigerte. Für diesen sehr kurzen Zeitraum vermag der Senat bei den festgestellten Mängeln keinen Abzug neu für alt vorzunehmen, da eine solch kurze Zeit noch nicht einmal Schönheitsreparaturen veranlasst hätte. Erst recht waren nach weniger als 2 Jahre noch keine Wartungsarbeiten veranlasst – auch nicht in Bezug auf vermeintlich dauerelastische Fugen oder andere Wartungsstellen. Auch wenn die Kläger in der Folge – nach Beginn der Auseinandersetzung mit der Beklagten – die Carportanlage weiter nutzen konnten, war jedenfalls ab dem Auftreten der Mängel und der Aufforderung an die Beklagte, diese zu beseitigen, ein solcher Abzug nicht unter Wertungsgesichtspunkten nicht gerechtfertigt.

137
Soweit die Beklagte hier jährliche Wartungskosten von 1.500 € offenbar bereits ab dem ersten Jahr der Nutzung in Ansatz bringen will, ist das schon deswegen nicht nachvollziehbar, weil in den ersten Jahren typischerweise gar keine Wartung – auch keine Malerarbeiten – an den Außenanlagen erforderlich sein dürften. Jedenfalls aber legt die Beklagte – trotz der Erörterung im Termin zur mündlichen Verhandlung und der Erteilung des gerichtlichen Hinweises – nicht dar, welche konkreten Wartungsintervalle für welche Bauteile notwendig seien. Die Behauptung von 1.500 € jährlichen Kosten erfolgt ohne jede nachvollziehbare Basis letztlich ins Blaue hinein.

138
5) Bzgl. der vermeintlich unterbliebenen Beweisaufnahme ist ein Fehler des Landgerichts nicht gegeben.

139
a. Bzgl. Mangel 1 verkennt die Berufung, dass das Berufungsgericht an die vom Landgericht festgestellten Tatsachen gebunden ist, soweit keine Fehler bei der Beweiswürdigung oder Verfahrensfehler aufgezeigt werden.

140
aa. Das Landgericht hat die ihm zur Verfügung stehenden Beweismittel umfassend erholt und sorgfältig bewertet. Nach Ansicht des Berufungsführers hätte zwar die Beweiswürdigung anders vorgenommen werden und zu einem anderen Ergebnis führen müssen. Das Berufungsverfahren eröffnet jedoch nach § 513 Abs. 1 ZPO keine umfassende zweite Tatsacheninstanz, sondern beschränkt die Überprüfungsmöglichkeit des erstinstanzlichen Urteils im Grundsatz auf Rechtsverletzungen. Nach der Rechtsprechung (BGH NJW 2004, S. 2152; NJW 2004, S. 876) wird danach die Bindung des Berufungsgerichts an die erstinstanzlichen Tatsachenvorstellungen zunächst dann durchbrochen, wenn diesen Verfahrensfehlern zugrunde liegen oder neue Angriffs- und Verteidigungsmittel – zulässigerweise (§ 531 Abs. 2 ZPO) – zu berücksichtigen sind. Zudem können sich Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen daraus ergeben, dass das Berufungsgericht zu einer von der ersten Instanz abweichenden Wertung des Beweisergebnisses gelangt (BVerfG NJW 2003, S. 2524; NJW 2005, S. 1487), etwa bei einer anderen Würdigung des Ergebnisses einer erstinstanzlichen Beweisaufnahme (vgl. BGH NJW 2005, S. 1583). Es muss dann nach Auffassung des Berufungsgerichts eine gewisse, nicht notwendige überwiegende Wahrscheinlichkeit darin bestehen, dass sich im Fall einer neuen Beweisaufnahme die Unrichtigkeit der erstinstanzlichen Feststellungen herausstellen wird. Lediglich

subjektive Zweifel, abstrakte Erwägungen und Vermutungen über die Unrichtigkeit, die nicht von tragfähigen, greifbaren Anhaltspunkten gestützt werden, reichen dafür nicht aus (BGH NJW 2006, S. 152; NJW 2004, Seite 2828). Die Beweiswürdigung des erstinstanzlichen Gerichts ist nach diesen Grundsätzen nicht allgemein durch eine neue Beweiswürdigung des Berufungsgerichts zu ersetzen. In § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO kommt vielmehr die grundsätzliche Bindung des Berufungsgerichts an die erstinstanzliche Tatsachenverstellung zum Ausdruck; eine erneute Tatsachenfeststellung durch das Berufungsgericht ist nach der Formulierung der Bestimmung nur als Ausnahme („soweit nicht …“) vorgesehen (BGH NJW 2005, S. 1583).

141
Dabei hat das Berufungsgericht gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO seiner Verhandlung und Entscheidung die vom Gericht des ersten Rechtszuges festgestellten Tatsachen zugrunde zu legen, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten, und neue Tatsachen, soweit deren Berücksichtigung zulässig ist, weil sie insbesondere unstreitig geblieben sind.

142
Solche Fehler liegen insbesondere vor, wenn das Beweismaß verkannt wurde, wenn die Beweiswürdigung nachvollziehbarer Grundlagen entbehrt, wenn gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verstoßen wurde oder wenn Verfahrensfehler bei den Tatsachenfeststellungen unterlaufen sind (Kostuch in: Kern/Diehm, ZPO, 2. Aufl. 2020, § 529 ZPO Rn. 6).

143
bb. Die Beklagte hat nicht aufgezeigt, wieso die Würdigung des Landgerichts fehlerhaft sei. Tatsächlich ist dem Landgericht aber beizupflichten, dass es letztlich ein kaum vorstellbarer Zufall wäre, wenn der Sachverständige ausgerechnet diejenigen Sockelbereiche aufgegraben hätte, an denen Mängel vorhanden waren, während dies bei anderen Bereichen nicht der Fall sein soll. Dabei hat die Beklagte auch nicht dargelegt, ob sie bzw. ihre Rechtsvorgängerin an anderen Stellen andere Verarbeitungsmethoden, andere Materialien oder andere Arbeitsprozesse angewendet hatte. Vielmehr musste das Landgericht davon ausgehen, dass die Methodik der Herstellung der dichtungstechnischen Behandlung der Sockelbereiche der Stahlbetonteile an der gesamten Carportanlage einheitlich erfolgt war. Daher war aber auch der Rückschluss zulässig, dass angesichts der aufgegrabenen Stellen dies an allen anderen Stellen ebenso der Fall ist. Für die gerichtliche Überzeugung von der Wahrheit einer Behauptung genügt, da eine absolute Gewissheit nicht zu erreichen und jede Möglichkeit des Gegenteils nicht auszuschließen ist, ein für das praktische Leben brauchbarer Grad von Gewissheit, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen (vgl. etwa BGH, Urt. v. 14.12.1993 – VI ZR 221/92, NJW-RR 1994, 567, 568; grundlegend BGH, Urt. v. 17.2.1970 – III ZR 139/67 = BGHZ 53, 245 = MDR 1970, 491). Dieses Beweismaß hat das Landgericht beachtet. Die Beklagte zeigt nicht auf, warum dies an den anderen Stellen anders zu bewerten wäre. Nachdem aber bereits im selbständigen Beweisverfahren schriftliche Sachverständigengutachten eingeholt waren, hätte die Beklagte explizit darlegen müssen, warum entweder die gutachterlichen Feststellungen fehlerhaft sind oder das an anderen Stellen ein anderes Ergebnis aufgrund welcher Tatsachen zu erwarten wäre. Das war aber auch im Berufungsverfahren nicht erfolgt.

144
b. Bzgl. Mangel 2 (undichtes Carportdach) verkennt die Beklagte die rechtlichen Vorgaben zur Bemessung der Höhe.

145
aa. Der Vorschussanspruch umfasst die mutmaßlichen Nachbesserungskosten. Neben den Kosten der Mängelbeseitigung selbst sind davon alle Vor- und Nacharbeiten erfasst (BeckOGK/Rast, 1.10.2023, BGB § 637 Rn. 206). Da die künftigen Aufwendungen noch nicht fest stehen, muss auf der Grundlage des Mangels eine Schätzung der voraussichtlich für die Mängelbeseitigung anfallenden Kosten erfolgen. Es gilt § 287 ZPO. Ist nicht ein fester Betrag der zu erwartenden Mängelbeseitigungskosten zu bestimmen, sondern bewegen sich diese in einer Bandbreite, hat das Gericht im Rahmen seines Schätzungsermessens nach § 287 ZPO in der Regel einen mittleren Betrag als Vorschuss zuzusprechen, da die Orientierung am Zweck des § 637 Abs. 3 zu einem Betrag zumindest in mittlerer Höhe führt (Kast, a.a.O., Rn. 208). Zweck des Vorschussanspruchs ist es, dem Besteller die notwendige Liquidität zur Mangelbeseitigung zu verschaffen und das von ihm bei einer Vorleistung zu tragende Insolvenzrisiko des Unternehmers zu begrenzen. Im

Einzelfall kann aber innerhalb der Bandbreite der zu erwartenden Mangelbeseitigungskosten ein höherer Betrag zugesprochen werden, wenn das Insolvenzrisiko des Bestellers gering und daher ein Rückerstattungsanspruch des Unternehmers nicht gefährdet ist. Anders als beim Schadensersatz droht wegen der Abrechnungspflicht des Vorschusses keine Überkompensation (Kast, a.a.O.).

146
bb. Der Sachverständige stellte in seinem schriftlichen Gutachten vom 26.10.2021 (S. 29) fest, dass zwischen den beiden Stellplätzen B2 06 und B2 05 Feuchtigkeit im Carportdach feststellbar sei. Wo sich aber die undichte stelle befindet, durch die die Feuchtigkeit eingedrungen sei, habe der Sachverständige nicht ermitteln können.

147
Zum einen wird damit aber bereits die Mangelhaftigkeit der Leistung der Rechtsvorgängerin der Beklagten bewiesen. Die Ursachenermittlung war und ist nicht notwendig, weil der Mangel durch die eindringende Feuchtigkeit feststeht. Freilich wird im Rahmen der Mangelbeseitigung allerdings eine Ortung der undichten stelle sinnvoll sein. Allerdings – so der Sachverständige auf S. 30 des Gutachtens – wird sich die Leckageortung als technisch sehr schwierig gestalten und unter Umständen die vollständige Räumung der Dachfläche erforderlich machen. In diesem Fall sei mit Mangelbeseitigungskosten von 20.000 € zu rechnen (vgl. auch die mündliche Anhörung, Protokoll 07.12.2022, S. 2Bl. 88).

148
cc. Vor diesem Hintergrund ist hier nicht von einer Spanne auszugehen. Vielmehr hängt die Mangelbeseitigung letztlich davon ab, ob die Undichtigkeit bereits durch eine kleinere Öffnungsfläche oder durch vollständige Räumung der gesamten Dachfläche gefunden werden kann. Dabei muss festgehalten werden, dass die Ortung bei vollständiger Räumung des Daches relativ sicher ist, während die Ortung bei nur Räumung einer kleineren Dachfläche Unsicherheiten und Ungewissheiten birgt. Vor diesem Hintergrund ist es nachvollziehbar und wird vom Senat geteilt, wenn hier die Kosten für den sicheren Weg als Mangelbeseitigungskosten geschätzt werden. Denn nur dieser Weg bietet auch die Garantie einer vollständigen Mangelbehebung. Soweit dann im Rahmen der Abrechnung nach konkreter Durchführung der Mangelbehebung sich herausstellen sollte, dass schon nach Räumung eines wesentlich kleineren Teils der Dachfläche die Undichtigkeit entdeckt und beseitigt werden konnte, wird der nicht verbrauchte Vorschuss zu erstatten sein. Angesichts der Vielzahl von Klägern, die für den Rückzahlungsanspruch gesamtschuldnerisch haften und deren Bonität durch ihr jeweiliges Eigentum an der Immobilie abgesichert ist, ist das Insolvenzrisiko für die Beklagte hinnehmbar.

149
c. Bzgl. Mangel 5 ist klarzustellen, dass der optische Mangel nur deswegen vorliegt, weil die Rechtsvorgängerin der Beklagten stellenweise die Flächen nachgeschliffen hatte. Dadurch wurde ein uneinheitliches Erscheinungsbild geschaffen. Die Beklagte schuldete aber zumindest ein einheitliches und nicht optisch störendes Erscheinungsbild. Um aber einen einheitlichen Anstrich zu gewährleisten, muss daher die gesamte Fläche einheitlich gestrichen werden, was ohne die Schleifarbeiten nicht notwendig gewesen wäre. Der Ansatz von 10 € pro m^2 Außenanstrich (schriftliches Gutachten S. 39) erscheint weder übersetzt noch unüblich, zumal darin Materialkosten und Arbeitsleistung enthalten sind und ein Außenanstrich erforderlich ist.

150
d. Die Ursache der Feuchtigkeitseindringung bei Mangel 9 spielt für die Pflicht zur Mangelbeseitigung zunächst keine Rolle, weil der Mangel als solches festgestellt wurde (eindringende Feuchtigkeit). Wo die Undichtigkeit sich befindet, wird im Rahmen der Mangelbeseitigung zu klären sein.

151
e. Auf den Mangel 15 geht die Berufungsbegründung inhaltlich nicht ein.

152
f. Mangel 16 ist entgegen der Berufungsbegründung kein Mangel der Pflasterung, sondern der Stützen und Wände der Carportanlage, die über keinen ausreichenden Oberflächenschutz verfügen (vgl. schriftliches Gutachten S. 58 und 78). Die Stützen und Wände gehörten freilich zum Leistungsumfang der Rechtsvorgängerin der Beklagten. Der Mangelvorwurf besteht hier nicht darin, dass Pflaster unmittelbar anschließend an die Stützen und Wände verlegt wurde, sondern dass diese Stützen und Wände keinen

ausreichenden Oberflächenschutz aufweisen. Dies gehörte aber (noch) zum Leistungsumfang der Beklagten.

153
g. Soweit für diverse Mängel ein Abzug neu für alt eingewandt wurde, kommt es auf die Bewertung bei Ziffer 5 an. Sofern ein solcher Abzug aus Rechtsgründen verneint werden sollte, wäre auch die Beweisaufnahme nicht notwendig.

154
h. Hinsichtlich Mangel 27 war die Abnahme gerade zutreffend vom Landgericht verneint worden (vgl. oben).

155
6) Die Einrede der Verjährung greift schon deswegen nicht durch, weil der Anspruch infolge Abrechnungsverhältnis letztlich aus den Gewährleistungsrechten folgt und das Abrechnungsverhältnis frühestens 2019 entstanden ist. Das selbständige Beweissicherungsverfahren (eingeleitet am 29.04.2020) hat diese Verjährung vollständig für alle Mängel bis zu dessen Beendigung gehemmt (BGH, Urteil vom 22. Juni 2023 – VII ZR 881/21, juris). Als dieses endete, war bereits die Klage vor dem Landgericht rechtshängig, wodurch ein neuer Hemmungstatbestand vorlag.

156
7) Eine Überraschungsentscheidung liegt nicht vor. Ein Hinweis zur Rechtsfrage, ob die vereinbarte förmliche Abnahme nicht vorliegt, war nicht geboten. Die relevanten Vertragsunterlagen waren insbesondere der Beklagten bekannt. Die rechtliche Bewertung oblag ihr ebenso wie den Klägern und dem Landgericht. Dabei ist auch zu beachten, dass die Rechtsvorgängerin der Beklagten die vorformulierten Vertragsbedingungen selbst er- und gestellt hatte und damit mit deren Inhalt vertraut war.

157
Aber auch bei einer unterstellten Hinweispflicht ist nicht ersichtlich, dass der weitere Vortrag der Beklagten zu einer anderen Entscheidung geführt hätte. Dass die Leistungen der Rechtsvorgängerin der Beklagten nicht als fertiggestellt angeboten worden wären, ist angesichts der Begehung vom 22.07.2014 nicht nachvollziehbar. Nachdem die Kläger fast 5 Jahre lang sowohl das Sonder- als auch das Gemeinschaftseigentum nutzten, also auch die Carportanlage, und die Beklagte und deren Rechtsvorgängerin Nachbesserung ablehnten, ist nicht nachvollziehbar, wieso dann keine Fertigstellung seitens der Beklagten gegeben sein soll. Abermals ist hier das Berufungsvorbringen in sich widersprüchlich.

158
8) Der ausgeurteilte Schadensersatzanspruch in Höhe von 1.599,95 € wird mit der Berufungsbegründung inhaltlich gar nicht angegriffen. Die vom Landgericht ausgeführten Gründe sind auch zutreffend. Insbesondere ist hier der subjektbezogene Schadensbegriff zu beachten, wonach der Geschädigte all die Aufwendungen tätigen durfte, die ein vernünftig und wirtschaftlich denkender Geschädigter in derselben Situation für erforderlich halten durfte, um eine zweckentsprechende Rechtsverfolgung zu ermöglichen (Grüneberg in Grüneberg, 82. Auflage, § 249 BGB Rn. 58).

159
III. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91 Abs. 1 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Denn ein Unterliegen der Kläger trat nur hinsichtlich der Klägerin Elke Reges ein. Nachdem hier aber 53 Kläger vorhanden sind, ist das Unterliegen mit 1/53 als geringfügig anzusehen.

160
Der Streitwert folgt der Festsetzung der ersten Instanz. Die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

161
Ein Grund zur Zulassung der Revision lag nicht vor.