

Oberlandesgericht München

Az.: 28 U 2778/16 Bau
18 O 15579/13 Landgericht München I

BGH NZB VII ZR 58/18

Az.: 28 U 105/17 Bau
5 O 19209/15 Landgericht München I



IM NAMEN DES VOLKES

In dem Rechtsstreit

1) **R**

- Klägerin und Berufungsbeklagte -

2) **R**

- Kläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte zu 1 und 2:

Rechtsanwälte **H**

gegen

EB

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt **K**

Streithelfer:

P

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **F**

wegen Forderung

erlässt das Oberlandesgericht München - 28. Zivilsenat - durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Z ; die Richterin am Oberlandesgericht G und den Richter am Oberlandesgericht Dr. G aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 30.01.2018 folgendes

Endurteil

1. Die Berufungen der Beklagten gegen die Endurteile des Landgerichts München I vom 11.05.2016, Az. 18 O 15579/13, und vom 20.12.2016, Az. 5 O 19209/15, werden zurückgewiesen.
2. Die Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen. Der Streithelfer auf Beklagtenseite trägt seine Kosten im Berufungsverfahren selbst.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die in Ziffer 1 genannten Urteile des Landgerichts München I sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Kläger vor der Zwangsvollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leisten.

Gründe

I.

Die Parteien streiten um werkvertragliche Ansprüche im Rahmen eines Vertrages über die Errichtung eines Einfamilienhauses.

Gegenstand des Verfahrens 28 U 2778/16 Bau (18 O 15579/13 des Landgerichts München I) sind Ansprüche auf Mängelbeseitigungsvorschuss. Gegenstand des in der Berufungsinstanz hinzuerbundenen Verfahrens 28 U 105/17 Bau (5 O 19209/15 des Landgerichts München I) sind Man-

gelfolgeschäden wegen Mietzahlungen und entgangenem gesteigerten Wohnwert.

(Blattzahlangaben im Rahmen dieses Urteils beziehen sich auf das führende Verfahren 28 U 2778/16 Bau, soweit nicht anders angegeben.)

Die Parteien sind durch einen im Jahr 2011 geschlossenen Vertrag über die Planung und Errichtung eines Einfamilienhauses in München mit Keller-, Erd- und Obergeschoss verbunden. Bereits in der Rohbauphase kam es zwischen den Parteien zu Streitigkeiten wegen Schimmels und Feuchtigkeit im Bauwerk. Beide Seiten erhielten Privatgutachten, wobei in der Folge keine Einigkeit über den Umfang der Belastung und die daraus resultierenden erforderlichen Maßnahmen erzielt werden konnte. Die Beklagte bot an, Mängelbeseitigungsmaßnahmen im Kellerraum Südost und im Obergeschoss Kinderzimmer Südwest durchzuführen. Die Kläger verlangten darüber hinaus gehende Beseitigungsmaßnahmen in allen Stockwerken. Durch die Streitigkeiten kam es zu einem Baustopp und mit Schreiben vom 15.09.2015 auch zu einer Kündigung des Vertrages durch die Kläger „aus wichtigem Grund“. Eine Abnahme erfolgte nicht.

Die **Kläger** sind der Ansicht, aufgrund der Schimmelbelastung liege Mangelhaftigkeit auch in Bezug auf weitere Räume im Haus vor. Daher müsse auch in diesen Räumen der komplette Bodenaufbau erneuert werden. Hierfür seien 65.517,26 EUR zu veranschlagen, die als Mängelbeseitigungsvorschuss geltend gemacht werden. Aufgrund der von der Beklagten zu verantwortenden Mangelhaftigkeit hätten die Kläger überdies nicht zum ursprünglich geplanten Zeitpunkt in das neu errichtete Haus einziehen können. Für den Zeitraum Februar 2013 bis August 2015 stehe ihnen daher Anspruch auf Ersatz der Mietzahlungen in der bisherigen Mietwohnung sowie des entgangenen gesteigerten Wohnwertes im Vergleich Mietwohnung - Einfamilienhaus in Höhe von insgesamt 79.660,- EUR zzgl. vorgerichtlicher Rechtsanwaltsgebühren zu.

Die **Kläger** stellten erstinstanzlich im Verfahren 18 O 15579/13 folgende Anträge:

- 1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Kläger einen Betrag von 65.517,26 EUR nebst gesetzlichem Zinssatz seit Zustellung der Klage zu bezahlen.**
- 2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, sämtliche Mängelbeseitigungskosten zu tragen, die noch nicht von Ziffer 1 die-**

ser Klageschrift umfasst sind und die im unmittelbaren oder mittelbaren Zusammenhang mit den im gesamten Anwesen BIRTHÄLNERSTRASSE 71, MÜNCHEN, festgestellten Schimmelschäden im UG, EG, OG und DG stehen.

Im Verfahren 5 O 19209/15 stellten sie folgende Anträge:

- 1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag von 82.221,83 EUR nebst gesetzlichem Zinssatz seit Zustellung der Klage zu bezahlen.**

- 2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, den gesamten Schadensersatz aus Verzug bis zur mangelfreien Fertigstellung des BV BIRTHÄLNERSTR. 71, MÜNCHEN, zu tragen, der noch nicht von Ziff. 1 dieser Klageschrift umfasst ist.**

Die **Beklagte** beantragte erstinstanzlich in beiden Verfahren

Klageabweisung.

Sie behauptet, sämtliche Räume außer den genannten beiden Räumen, für die Mängelbeseitigung angeboten wurde, seien in Bezug auf Schimmelbelastung mangelfrei. Mängelbeseitigungskosten in Höhe der klägerischen Forderung würden nicht anfallen. Die formellen Voraussetzungen für ein Gewährleistungsrecht lägen nicht vor. Die Verzögerung des Einzugs der Kläger in das Haus beruhe auf den grundlos gerügten Mängeln, dem von Klägerseite verhängten Baustopp sowie dem ausgesprochenen Hausverbot. Der Beklagten sei die Möglichkeit der Nacherfüllung nicht gegeben worden.

Wegen der Einzelheiten des Sachverhalts, der erstinstanzlich durchgeführten Beweisaufnahme und der Prozessgeschichte wird vollumfänglich auf den Tatbestand der erstinstanzlichen Urteile (Bl. 227/236 d.A. sowie Bl. 78/87 d.A. im Verfahren 28 U 105/17 Bau) Bezug genommen.

Das **Landgericht** hat die Klage auf Mangelbeseitigungsvorschuss im Verfahren 18 O 15579/13 in Höhe von 61.870,34 EUR nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 23.07.2013 (Zustellung der Klage) zugesprochen. Ferner hat es eine Feststellung ausgesprochen, dass die Beklagte zum Ersatz darüber hinausgehender Kosten für Mangelbeseitigung in einigen einzeln bezeichneten Räumen bzw. Raumteilen verpflichtet ist. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Ein Anspruch aus §§ 631, 633, 634 Nr. 2, 637 Abs. 3 BGB sei zu bejahen. Aufgrund des eingeholten Gutachtens sei das Gericht von Mangelhaftigkeit in verschiedenen Teilen des Hauses überzeugt. Das Verhalten der Beklagten nach Geltendmachung der Mängel durch die Kläger sei als endgültige Leistungsverweigerung zu qualifizieren. Eine ordnungsgemäße Mangelbeseitigung erfordere es, den Schimmelpilz vollständig und endgültig zu beseitigen. Bei der Berechnung sei den Ausführungen des Sachverständigen zu folgen.

Das Landgericht hat ferner die Klage auf Ersatz der Mietzahlungen und des entgangenen gesteigerten Wohnwertes im Verfahren 5 O 19209/15 weit überwiegend in Höhe von 79.660,- EUR nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 10.11.2015 (ein Tag nach Zustellung der Klage) zugesprochen. Es bestehe ein Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB. Die Pflichtverletzung der Beklagten bestehe in der Mangelhaftigkeit aufgrund der Schimmelbelastung, die durch Gutachten im Parallelverfahren festgestellt worden sei. Den Klägern könne es nicht zugemutet werden, ein Haus zu beziehen, in welchem nach Meinung gewisser Sachverständiger ein erheblicher Befall in mehreren Räumen bestehe. Es sei von einer vereinbarten Ausführungszeit des Baus von 7 Monaten auszugehen, so dass jedenfalls Schadensersatzansprüche für die Zeit ab Februar 2013 bestünden. Es seien die monatliche Miete von 1.500,- EUR (2/13 - 8/13) bzw. 1.590,- EUR (9/13 - 8/15), ferner ein entgangener gesteigerter Wohnwert aufgrund größerer Fläche im Einfamilienhaus von 1.000,- EUR pro Monat für 31 Monate anzusetzen, was in der Summe 79.660,- EUR ergebe.

Im Einzelnen wird auf Tenor und Entscheidungsgründe der landgerichtlichen Urteile Bezug genommen.

Gegen die landgerichtlichen Urteile hat die **Beklagte** jeweils Berufung eingelegt (Bl. 251 d.A. sowie Bl. 97 d.A. im Verfahren 28 U 105/17 Bau).

Im Verfahren 28 U 2778/16 Bau wird in erster Linie eine Verletzung des rechtlichen Gehörs gerügt. Aus dem Urteil sei nicht erkennbar, ob das Landgericht die wechselseitig vorgelegten partei-

gutachterlichen Äußerungen überhaupt zur Kenntnis genommen habe. Insbesondere seien die im nachgelassenen Schriftsatz vom 13.04.2016 erhobenen Einwendungen mit den Stellungnahmen der Sachverständigen B und R ignoriert worden. Danach beginne eine relevante Belastung erst ab einer Konzentration von 10^5 KBE/g, die der gerichtliche Sachverständige aber nicht festgestellt habe. Diese Diskrepanz habe der Sachverständige bisher nicht erläutert. Auch der Frage, warum aufgrund Kondensation ein Schimmelbefall im Randfugenbereich und in der Trittschalldämmung aufgetreten sein soll, sei nicht nachgegangen worden. Es hätte daher zur Fortsetzung der Beweisaufnahme kommen müssen.

Nach den Privatgutachten sei ein Teilaustausch des Fußbodens ausreichend. Der entsprechende Sachvortrag erster Instanz sei missachtet worden.

Eine ernsthafte und endgültige Verweigerung der Nachbesserung durch die Beklagte sei nicht anzunehmen, vielmehr habe die Klägerseite die Nacherfüllung durch ihr Verhalten unmöglich gemacht.

Im Verfahren 28 U 105/17 Bau wird ebenfalls eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör gerügt. Der Vortrag, dass die Verzögerung auf der von Klägerseite ausgesprochenen Zutrittsverweigerung beruhe, sei übergangen worden. Der Beklagten könne auch nicht vorgeworfen werden, nicht zur Nacherfüllung bereit gewesen zu sein, die Verzögerung sei also auch nicht ihr anzulasten. In Bezug auf die Mangelhaftigkeit habe das Landgericht das Ergebnis der noch nicht abgeschlossenen Beweisaufnahme im Parallelverfahren vorweggenommen. Die sachverständigen Feststellungen würden auch nicht den begehrten Kompletttausch der Fußbodenkonstruktion rechtfertigen.

Die Beklagte beantragt (Bl. 271 d.A.):

1. **Das Endurteil des Landgerichts München I vom 11.05.2016 - Az. 18 O 15579/13 - wird aufgehoben.**
2. **Die Klage wird abgewiesen.**

Hilfsweise wird beantragt (Bl. 275 d.A.):

Zurückverweisung des Verfahrens an das LG München I.

Die Beklagte beantragt ferner (Bl. 105 d.A. im Verfahren 28 U 105/17 Bau):

Das Urteil des Landgerichts München I vom 20.12.2016 - Az. 5 O 19209/15 - wird aufgehoben. Die Klage wird abgewiesen.

Hilfsweise wird beantragt (Bl. 121 d.A. im Verfahren 28 U 105/17 Bau):

Zurückverweisung an das Landgericht.

Die Kläger beantragen (Bl. 287 d.A.),

die Berufung der Beklagten gegen das Endurteil des Landgerichts München I vom 11.05.2016 (Az. 18 O 15579/13) kostenpflichtig zurückzuweisen,

ferner beantragen sie in Bezug auf das Verfahren 28 U 105/17 Bau (Bl. 100 und 114 d.A. im Verfahren 28 U 105/17 Bau),

die Berufung der Beklagten kostenpflichtig zurückzuweisen.

Die Kläger verteidigen die erstinstanzlichen Urteile als zutreffend.

In Ergänzung des tatsächlichen Vorbringens der Parteien in der Berufungsinstanz wird auf die Schriftsätze der Parteien Bezug genommen.

Der **Senat** hat im Verfahren 28 U 2778/16 Bau am 06.12.2016 sowie 30.01.2018 mündlich verhandelt. Im letztgenannten Termin hat er mit Einverständnis der Parteien das Parallelverfahren 28 U 105/17 Bau zu Beginn der Sitzung hinzuverbunden. Auf die Verhandlungsprotokolle (Bl. 290/293 und 403/411 d.A.) wird Bezug genommen.

Der Senat hat Beweis erhoben durch Einholung ergänzender Gutachten des bereits erstinstanz-

lich tätigen Sachverständigen Dipl.-Ing R . Auf die schriftlichen Ausarbeitungen vom 16.07.2017 (Bl. 315/337 d.A.) und 29.12.2017 (Bl. 370/387 d.A.) wird Bezug genommen. Der Senat hat ferner die Sachverständigen Dipl.-Ing. R und Dr. C in der mündlichen Verhandlung vom 30.01.2018 angehört. Auf das Verhandlungsprotokoll (Bl. 403/411 d.A.) wird Bezug genommen.

II.

Die zulässigen Berufungen sind in vollem Umfang unbegründet.

A

Im Ergebnis zutreffend hat das Landgericht im Verfahren 18 O 15579/13 einen Anspruch auf Kostenvorschuss zur Mangelbeseitigung in Höhe von 61.870,34 EUR aus §§ 631, 633, 634 Nr. 2, 637 Abs. 3 BGB angenommen. Auch die ergänzende Beweisaufnahme, die aufgrund der nicht ausreichenden Berücksichtigung des nachgelassenen Schriftsatzes der Beklagten vom 13.04.2016 (Bl. 281/221 d.A. nebst Anlagen B 19 und B 20) erforderlich wurde, hat zu keinem vom Ersturteil abweichenden Ergebnis geführt.

Sämtliche ergänzenden Fragen und Vorhalte der Beklagtenseite wurden dem gerichtlich bestellten Sachverständigen Fuchs im Berufungsverfahren zur Beantwortung vorgelegt, im Rahmen der Anhörung am 30.01.2018 hatte die Beklagte Gelegenheit, noch offene Fragen an die Sachverständigen F und T zu richten.

1.

Auch jenseits der aus dem Verfahren ausgeklammerten Räume Kellerraum Südost (z.T. auch als „Arbeitszimmer“ bezeichnet) und Kinderzimmer OG Südwest (z.T. auch als „Kind 1“ bezeichnet) ist im streitgegenständlichen Anwesen von Mangelhaftigkeit i.S.d. § 633 BGB aufgrund von Schimmelbelastung auszugehen.

Die Beklagte konnte trotz ihr obliegender Beweislast den Beweis der Mangelfreiheit nicht führen.

a)

Da unstreitig bis heute keine Abnahme des Werkes erfolgte, obliegt der Beklagten als Unternehmerin die Beweislast, dass die von Klägerseite gerügte Belastung mit Schimmel in nahezu allen Räumen des streitgegenständlichen Hauses nicht vorliegt. Nach Abschluss der Beweisaufnahme konnte sich der Senat keine in diese Richtung gehende Überzeugung bilden.

b)

Das Ergebnis der Untersuchungen des Sachverständigen F bereits im Basisgutachten vom 10.06.2014 lässt sich - verteilt auf die Räume im Haus - wie folgt zusammenfassen (vgl. Tabellen auf den Seiten 21, 24 und 30 des Basisgutachtens):

[Kellerraum Südost (z.T. auch „Arbeitszimmer“ genannt)]	Befall der Schadenskategorie 3 in der Trittschalldämmung, allerdings Raum <u>nicht</u> streitgegenständlich
Kellerraum Nordwest (z.T. auch „Hobbyraum“ genannt)	Befall der Schadenskategorie 3 in der Trittschalldämmung, zudem Befall der Randfugendämmung und des Putzsockels
Kellerflur	Befall der Schadenskategorie 3 in der Trittschalldämmung
Wohnraum Erdgeschoss Südostecke (Küchenbereich)	Befall der Schadenskategorie 3 in der Trittschalldämmung, zudem Befall der Randfugendämmung
Wohnraum Erdgeschoss Nordwestecke	Befall der Schadenskategorie 2 in der Trittschalldämmung, zudem Befall der Randfugendämmung
[Obergeschoss Kinderzimmer 1 Südwest]	Befall der Schadenskategorie 3 in der Trittschalldämmung, allerdings Raum <u>nicht</u> streitgegenständlich
Obergeschoss Kinderzimmer 2 Südost	Befall der Randfugendämmung
Obergeschoss Schlafzimmer Nordwest	Befall der Randfugendämmung und der Mineralwolldämmung der Dachschräge
Obergeschoss Bad Nordost	Befall der Mineralwolldämmung der Dachschräge

c)

Den Beweis, dass der jeweils festgestellte Befall nicht den Grad einer Mangelhaftigkeit erreicht bzw. einer auch bei Neubauten völlig normalen „Hintergrundbelastung“ entspricht, konnte die Beklagte nicht führen.

Ergänzend zu den entsprechenden Feststellungen des Sachverständigen F hat auch der Sachverständige T im Termin vom 30.01.2018 bestätigt, dass der Untersuchungsbe- fund in der Südostecke des Wohnraums EG in Richtung einer angehenden Besiedelung zu inter- pretieren und eine vorherige Kontamination sehr unwahrscheinlich sei.

Auch im Hinblick auf die übrigen oben aufgelisteten streitgegenständlichen Räume ist aber der Nachweis der Mangelfreiheit nicht gelungen.

aa)

Der Sachverständige F hat seine Vorgehensweise, die zum dargestellten Ergebnis geführt hat, im Hinblick auf Probenentnahme und labortechnische Analyse eingehend und auch für den Senat nachvollziehbar beschrieben.

Der Senat ist damit davon überzeugt, dass der Sachverständige F nach anerkannten wis- senschaftlichen Standards vorgegangen ist. Besonders überzeugend für den Senat ist vor allem die Probenentnahme an verschiedenen Stellen im Raum (Randfuge, Putzsockel, Trittschalldäm- mung mit gewissem Abstand von der Wand), die Analyse sowohl mittels Mikroskopie als auch Bebrütung und die Differenzierung nach verschiedenen Arten von Pilzen.

Der Senat verkennt nicht, dass die von der Beklagten vorgelegten privatgutachterlichen Stellung- nahmen die Vorgehensweise des Sachverständigen F an einigen Stellen anzweifeln oder ih- re eigene Vorgehensweise für besser geeignet halten. Für den Nachweis der Mangelfreiheit müsste die Beklagte aber den Senat davon überzeugen, dass die Vorgehensweise des Sachver- ständigen völlig ungeeignet ist, um zu tragfähigen Ergebnissen zu kommen. Allein der Umstand, dass andere Sachverständige eine andere Vorgehensweise für vorzugswürdig halten oder dass ggf. innerhalb der Wissenschaft ein Streit über die beste geeignete Vorgehensweise besteht, reicht jedenfalls nicht aus, um eine entsprechende Überzeugung beim Senat herbeizuführen.

Dabei ist auch zu beachten, dass der gerichtlich bestellte Sachverständige F sein Gutachten unter Auswertung des gesamten Akteninhalts und unter eigenverantwortlicher Durchführung der Probenentnahme und labortechnischen Analyse erstellt hat, während die von Beklagtenseite be-

mühten Privatgutachter B (Anlage B 19), R (Anlage B 20 und Anlage zum Schriftsatz vom 29.09.2017) und Summer (Anlage zum Schriftsatz vom 29.09.2017) in erster Linie Stellung zu vorhandenen schriftlichen Ausarbeitungen nehmen sollten.

Im Übrigen kann die von der Gutachterin R als ausreichend verteidigte Folienkontakt-Methode schon vom Ansatz her keine Überzeugung beim Senat dahingehend herbeiführen, dass diese aussagekräftiger sein solle als die aufwändigen Analysemethoden des Sachverständigen F mit mikroskopischer Untersuchung und labortechnischer Bebrütung.

Soweit der Gutachter S ferner in seinem Schreiben vom 30.08.2017 auf S. 3 ausführt, in keinem der untersuchten Räume wäre mikroskopisch ein eindeutiges Wachstum von Schimmelpilzen nachgewiesen worden, so kann dies die Beweisfrage nicht zugunsten der Beklagten beantworten, die ja gerade die völlige Mangelfreiheit nachweisen muss. Ein mögliches Wachstum schließt die Formulierung jedenfalls nicht aus.

bb)

Der Senat verkennt auch nicht, dass offenbar innerhalb der Wissenschaft ein Streit über den zutreffenden „Grenzwert“ bei der Schimmelbelastung herrscht, wobei offensichtlich in der Zone zwischen einer Konzentration von 10^4 und 10^5 KBE/g strittig ist, ob von einer relevanten Besiedlung auszugehen ist, welche die übliche Hintergrundbelastung übertrifft.

Zu dieser Frage ist der gerichtlich bestellte Sachverständige F bis zum Schluss der Beweisaufnahme und trotz diverser Nachfragen und Vorhalte bei seiner Einschätzung geblieben, dass ab einer Konzentration ab 10^4 KBE/g zwar nicht von einer hohen, aber doch auffälligen Konzentration auszugehen ist. Selbst wenn dies eine besonders vorsichtige Mindermeinung in der Wissenschaft wäre, hieße dies noch nicht, dass es sich um eine völlig abwegige Meinung handelt. Dass in der Fachwelt „einhellig“ von anderen Abgrenzungskriterien ausgegangen wird (wie das die Beklagte vortragen lässt), kann auch den von Beklagtenseite vorgelegten Privatgutachten so nicht entnommen werden (so spricht z.B. auch die Gutachterin B r auf S. 3 der Anlage B 19 von einem „Übergangsbereich“, was schon rein begrifflich eine „einhellige“ Grenzziehung erst bei 10^5 KBE/g ausschließt).

Aus den vorliegenden Gutachten konnte sich der Senat jedenfalls dahingehend eine Überzeugung bilden, dass die Frage einer relevanten Schimmelpilzbelastung wissenschaftlich nicht restlos geklärt ist (so ja auch die Beklagte im Schriftsatz vom 29.09.2017, S. 4). Da es somit wissenschaftlich nicht möglich ist zu beurteilen, welcher Grenzwert nun das Unbedenkliche vom Bedenklichen

bzw. die normale Hintergrundbelastung von einer abnormen Belastung unterscheidet, ist die Frage nach Beweislastgesichtspunkten zu entscheiden. Angesichts des Streits würde auch die Einholung weiterer Gutachten keinen weiter gehenden Erkenntnisgewinn bringen. Damit konnte die Beklagte, soweit der Sachverständige eine Konzentration von 10^4 KBE/g oder höher festgestellt hat, die Mangelfreiheit nicht beweisen.

Zu bedenken ist ferner, dass sich der Sachverständige F bei seiner Einschätzung nicht nur auf das Kriterium der Konzentration nach Bebrütung gestützt hat, sondern ergänzend auch die Befunde nach mikroskopischer Auswertung sowie die Auffälligkeit der Arten der vorgefundenen Pilzsporen herangezogen hat. Auch für den Senat ist nachvollziehbar, dass sich ein relevanter Befall auch bei niedriger Konzentration ergeben kann, wenn mikroskopisch Auffälligkeiten zu erkennen sind oder die Besonderheit in der Art der vorgefundenen Schimmelpilze liegt. Die Berufung setzt sich mit diesen Aspekten an keiner Stelle dezidiert auseinander. Dass der Sachverständige F allein die Bebrütungsmethode vorziehen würde, lässt sich seinen Gutachten nicht entnehmen. Im Gegenteil führt er die Erkenntnisse aus verschiedenen Beprobungen und Untersuchungsmethoden für jeden Raum zu einem Gesamtergebnis zusammen.

Eine Analyse der Tabellen auf den Seiten 17 bis 29 des Basisgutachtens vom 10.06.2014 belegt, dass sich den oben unter b) dargestellten Ergebnissen in jedem Fall Konzentrationen von mindestens 10^4 KBE/g, auffällige mikroskopische Befunde oder sogar beides zuordnen lassen. In allen Fällen hoher oder auffälliger Konzentration wurden dabei auch auffällige oder sehr auffällige Arten an Schimmelpilzen festgestellt.

2.

Zutreffend hat das Landgericht entschieden, dass der Beklagten keine weitere Gelegenheit zur Nachbesserung eingeräumt werden muss, weil deren ernste und endgültige Verweigerung vorliegt, §§ 635, 281 Abs. 2 BGB.

Die Beklagte hat zwar eine Mangelbeseitigung in den hier nicht streitgegenständlichen Räumen Kellerraum Südost und Kinderzimmer OG Südwest angeboten, sich in Bezug auf die hier streitgegenständlichen Räume aber stets auf den Standpunkt gestellt, sie schulde mangels Vorliegen eines Mangels keine Nachbesserung.

Da wie oben unter 1. dargelegt von Mangelhaftigkeit auch der streitgegenständlichen Räume auszugehen ist, kann die von Anfang an bestehende und bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung andauernde ablehnende Haltung der Beklagten nur als ernste und endgültige Verweigerung

gesehen werden. Vor diesem Hintergrund bedurfte es auch keiner nochmaligen Mängelbeseitigungsaufforderung nach der Kündigung durch die Kläger.

Ein von der Beklagten reklamiertes Recht „auf eine eigene Sichtweise“ während der vorgerichtlichen Diskussionen zwischen den Parteien kann zu keiner anderen Beurteilung führen und ändert vor allem nichts daran, dass die Beklagte vorgerichtlich eine über die beiden unstreitigen Räume hinausgehende Mängelbeseitigung abgelehnt hat. Die Begründetheit der Klage mit dem Argument zu verneinen, man hätte sich stets zur Mängelbeseitigung in einem gerichtlich festgestellten Umfang bereit erklärt (so versteht der Senat die Argumentation der Beklagten), ist nicht tragfähig, weil die vorgerichtliche Verweigerungshaltung der Beklagten gerade Auslöser des dann folgenden Rechtsstreits war.

3.

Die Kläger können damit nach ihrer Wahl Mängelbeseitigungsvorschuss nach § 637 Abs. 3 BGB verlangen.

a)

Dieser Anspruch ist auch nicht aus Rechtsgründen ausgeschlossen.

Ob die VOB/B in den Vertrag einbezogen worden ist, kann dahinstehen, da auch im Fall der Einbeziehung gemäß § 4 Abs. 7 Sätze 1 und 3 i.V.m. § 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1, Nr. 2 Satz 1 VOB/B Anspruch auf Vorschuss geltend gemacht werden kann, der sich im vorliegenden Fall weder inhaltlich noch von den Voraussetzungen her vom Vorschussanspruch nach § 637 Abs. 3 BGB unterscheidet. Soweit die Berufungsbegründung eine fehlende Auseinandersetzung des Landgerichts mit der Einbeziehung der VOB/B in den Vertrag bemängelt, zeigt sie auch nicht auf, inwiefern das Ersturteil auf etwaigen fehlenden Feststellungen des Landgerichts im Ergebnis beruhen soll.

b)

Soweit die Beklagte einwendet, das gesamte Vertragswerk sei unschlüssig, ohne dass das Landgericht diesem Umstand nachgegangen sei, ist auch insofern nicht dargelegt, inwieweit das landgerichtliche Urteil hierauf beruhen soll.

Auch die Beklagtenseite geht offenbar vom Bestehen eines Werkvertrages aus. Auswirkungen der von der Beklagten gerügten Unklarheiten zum Vertragsinhalt auf den Vorschussanspruch sind

weder dargelegt noch sonst ersichtlich.

c)

Dem Vorschussanspruch nach § 637 Abs. 3 BGB steht auch die fehlende Abnahme nicht entgegen, weil das Vertragsverhältnis spätestens mit der Kündigung durch die Kläger in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist und es damit nicht mehr zu einer Abnahme kommen kann.

Bei Einbeziehung der VOB/B ergibt sich dies bereits aus der genannten Anspruchsgrundlage, die gerade in Fällen schon vor der Abnahme festgestellter Mängel Anwendung findet.

4.

Auch der Höhe nach ist der vom Landgericht ausgerichtete Betrag von 61.870,34 EUR zutreffend.

a)

Maßstab für die Kalkulation der erforderlichen Aufwendungen im Rahmen eines Mangelbeseitigungsvorschusses ist - wie vom Landgericht zutreffend ausgeführt - dasjenige, was ein wirtschaftlich denkender Bauherr aufgrund sachkundiger Beratung für eine vertretbare, d.h. geeignete und Erfolg versprechende Maßnahme zu Herstellung des vertragsgemäßen Zustands halten darf.

Damit muss sich der Besteller nicht auf die billigste Lösung einlassen, wie dies die Berufungsbeurteilung teilweise suggeriert. Der Besteller hat lediglich die Pflicht nach § 254 BGB, die Kosten in angemessenen Grenzen zu halten. Er kann aber jedenfalls den sichersten Weg zur Mangelbeseitigung gehen (Palandt-Sprau, BGB, Kommentar, 77. Auflage, § 637 Rz. 6).

b)

Vor dem Hintergrund dieses Maßstabs ist der vom Landgericht zugesprochene Betrag zutreffend.

Der Betrag entspricht der vom Sachverständigen F in seinem Ergänzungsgutachten vom 20.03.2015 vorgenommenen Kalkulation. Konkrete Berufungsangriffe gegen Details des Zahlenwerkes wurden nicht vorgebracht.

Was den Umfang der Demontage- und Reinigungsleistungen betrifft (Zahlenwerk ganz am Ende des Ergänzungsgutachtens) folgt der Sachverständige F seiner auch im Termin vom 30.01.2018 dargelegten Richtschnur, dass bei festgestelltem Befall in der Trittschalldämmung die

Kosten für den Komplettausbau des Bodens anzusetzen sind (so für die Kellerräume Nordwest und Flur sowie den gesamten Wohnraum im Erdgeschoss) und bei bloßen Auffälligkeiten in Putzsockel und/oder Randfuge nur diese Teilbereiche isoliert zu bearbeiten sind. Mit dieser vom Sachverständigen F bereits erstinstanzlich vorgenommenen Differenzierung je nach Intensität und Verortung eines Befalls setzt sich die Beklagte im Berufungsverfahren nur unzureichend auseinander, so z.B. auf S. 14 der Berufungsbegründung vom 29.07.2016, wo unterschiedslos auch auf das OG Bezug genommen wird, obwohl der Sachverständige dort in den streitigen Räumen gar keinen kompletten Fußbodenaustausch empfohlen hat.

c)

Soweit die Beklagte lediglich eine Teilsanierung - insbesondere im großen Wohnraum im Erdgeschoss - für geboten erachtet, folgt dem der Senat aus Rechtsgründen nicht.

Der Sachverständige F hat zwar in seiner ergänzenden Stellungnahme vom 16.07.2017 (dort S. 22) und auch bei seiner Anhörung am 30.01.2018 ausgeführt, dass aus technischer Sicht eine Teilmontage grundsätzlich nicht ausgeschlossen ist, wenn Lösungen für die Heizschleifen gefunden werden. Ob sich die Klägerseite aber auf eine solche Teilbereinigung einlassen muss oder auf einer Komplettisanierung bestehen kann, ist in erster Linie eine Rechtsfrage und nach dem oben unter a) dargelegten Maßstab zu entscheiden.

aa)

Hier führt die Anwendung dieses Maßstabs nach Auffassung des Senats dazu, dass sich die Kläger nicht - auch nicht im großen Wohnraum im Erdgeschoss - auf eine Teilsanierung einlassen müssen.

Eine Sanierung z.B. allein des Küchenbereichs, in dem eine relativ hohe (also im oberen Übergangsbereich liegende) Konzentration von 89.000 KBE/g an Schimmelpilz festgestellt wurde, ist aus mehreren Gründen keine sichere Maßnahme zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes. Aus der Warte eines vernünftigen Bauherrn dürfen die Kläger damit berechtigt in den drei Räumen Keller NW, Keller Flur und auch im kompletten Wohnbereich EG eine Komplettisanierung in dem vom Sachverständigen F kalkulierten Umfang durchführen und die entsprechenden Kosten von der Beklagten verlangen.

bb)

Dies ergibt sich aus den folgenden Erwägungen:

Der Sachverständige hat keineswegs nur in der Südostecke des Wohnbereichs im EG eine Belastung festgestellt, sondern auch in der Nordwestecke ergab sich eine zwar geringere, aber immerhin leicht auffällige Konzentration mit auffälligen Arten in der EPS-Dämmung des Fußbodens (vgl. Tabellen auf S. 22 und 24 des Basisgutachtens vom 10.06.2014). Bei dieser Sachlage müssen es die Kläger nicht hinnehmen, dass nur ein Teil des großen Wohnraums saniert wird. Zwei Proben haben quer durch den Raum auffällige Befunde gezeigt. Die Kläger haben daher Anspruch darauf, dass eine Maßnahme durchgeführt wird, die die Belastung für den gesamten Raum definitiv ausschließt.

Unter Auswertung aller sachverständiger Äußerungen hält der Senat eine Teilsanierung auch im Hinblick auf die verlegte Fußbodenheizung für nicht zumutbar. Aus Sicht des Senats verbleiben technische Unsicherheiten, die nach dem unter a) dargelegten Maßstab rechtlich dazu führen, dass die Kläger die sichere Variante eines Komplett austauschs im ganzen Raum wählen dürfen. Eine Maßnahme unter Verwendung von Kopplungsstücken in den Heizschleifen scheidet rechtlich schon deshalb aus, weil eine mit Kopplungsstücken ausgestattete Fußbodenheizung nicht dem ursprünglich geschuldeten Werk entspricht. Dies gilt auch dann, wenn eine vor Wasserschäden sichere Lösung gefunden werden könnte. Auch eine Lösung unter „Hochbiegen“ der Heizschleifen (also ohne Kappung) erscheint dem Senat im Hinblick auf die geschuldete und ursprünglich auch durchgeführte fachgerechte Verlegung nicht gleichwertig und risikobehaftet. Aus Sicht des Senats kann damit nur eine Komplettsanierung des Bodens unter Neuverlegung der Fußbodenheizung zu einer sicheren Mangelbeseitigung führen. Der Senat würdigt dabei auch die Aussagen des Sachverständigen Fuchs im Termin vom 30.01.2018. Auch dieser hat auf die Problematik der Fußbodenheizung hingewiesen. Ihm seien auch Gefahren für verlegte Fußbodenheizungen bei einer Teilsanierung bekannt.

Schließlich hält der Senat auch die Vorgehensweise über eine Teilsanierung mit Nachbeprobung an den Rändern für nicht konform mit dem rechtlichen Maßstab für die Kalkulation eines Vorsschusses. Diese Vorgehensweise würde - im schlimmsten Fall mehrmals - zu Sanierungsschritten mit Pausen für die Analyse der Randbereiche führen, die für die im Haus bereits wohnenden Kläger auch unter Berücksichtigung des § 254 BGB nicht zumutbar sind. Der Senat bezweifelt überdies, ob durch diese Vorgehensweise tatsächlich relevante Einsparungen zu erzielen sind (vgl. angesetzter Nettobetrag für die Sanierung - ohne Wiederherstellung - lt. Gutachten F

vom 20.03.2015: 2.594,70 EUR).

5.

Auch beim Feststellungsausspruch des Landgerichts in Ziff. 2 des Urteilstenors im Verfahren 18 O 15579/13 hat es sein Bewenden. Der Inhalt des Tenors entspricht den Feststellungen des Sachverständigen F auf S. 41 des Basisgutachtens vom 10.06.2014.

Soweit von der Beklagten Schwierigkeiten im Hinblick auf die Rechtskrafterstreckung gesehen werden, kann dies der Senat nicht nachvollziehen. Die Kläger haben ihren Feststellungsantrag auf alle Geschosse des Hauses erstreckt. Das Landgericht legt im Urteilstenor zum Feststellungsantrag räumlich genau fest, auf welche Bereiche sich die festgestellte Verpflichtung der Beklagten zur Kostentragung erstreckt. Durch die Klageabweisung im Übrigen (die sich auch kostentechnisch negativ für die Kläger auswirkte) ist auch vor dem Hintergrund der Rechtskrafterstreckung ausreichend deutlich, dass im Hinblick auf die übrigen Örtlichkeiten im Haus keine Kostentragungspflicht der Beklagten festgestellt worden ist. Einer genaueren Bezeichnung dieser übrigen Örtlichkeiten im Urteilstenor bedurfte es nicht.

B

Im Ergebnis zutreffend hat das Landgericht auch einen Schadensersatzanspruch der Kläger gegen die Beklagte wegen der Mietzahlungen und des entgangenen gesteigerten Wohnwertes in Höhe von 79.660,- EUR angenommen. Der Anspruch ergibt sich als Mangelfolgeschaden aus §§ 633, 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB.

1.

Zutreffend hat das Landgericht den Anspruch bei § 280 Abs. 1 BGB verortet und dabei die Mangelhaftigkeit als Pflichtverletzung herangezogen.

Soweit die Beklagte in der Berufungsbegründung damit argumentiert, ein „Verzug“ liege nicht vor, verkennt sie, dass das Landgericht sein Urteil nicht auf Verzug gestützt hat.

2.

Die im Rahmen von § 280 Abs. 1 erforderliche Pflichtverletzung liegt vor.

Wie oben unter A aufgezeigt, konnte die Beklagte die Mangelfreiheit des Werkes im Hinblick auf die klägerseits monierte Schimmelbelastung in zahlreichen Räumen des Hauses trotz vor Abnahme bestehender Beweislast nicht beweisen.

Da die Beklagte verpflichtet war, den Klägern ein mangelfreies Werk zu verschaffen (§ 633 Abs. 1 BGB), trägt sie auch die Verantwortung für die Mangelhaftigkeit.

3.

Der Schadensersatzanspruch scheidet - ebenso wie der Vorschussanspruch - auch nicht daran, dass der Beklagten noch Gelegenheit zur Nachbesserung gegeben werden müsste.

Wie oben unter A dargelegt, ist im Hinblick auf die streitigen Räume von einer ernststen und endgültigen Verweigerung seitens der Beklagten auszugehen.

4.

Der verzögerte Einzug der Kläger in das Haus beruht auch kausal auf der von der Beklagten zu verantwortenden Pflichtverletzung (Mangelhaftigkeit).

Den Klägern war es nämlich nicht zuzumuten, in ein mit Schimmel belastetes Haus einzuziehen. Dass sich die Beklagte bereit erklärt hatte, zwei Räume (Keller Südost und Kinderzimmer OG Südwest) zu sanieren, ändert daran nichts, denn auch diese Teilsanierung hätte nichts daran geändert, dass aufgrund der Mangelhaftigkeit der anderen Räume ein Einzug für die Kläger nicht zumutbar gewesen wäre. Die Differenzierung zwischen den unstreitigen Räumen und den übrigen Räumen ist vor diesem Hintergrund auch nicht „künstlich“, sondern von rechtlicher Relevanz. Die streitigen und ebenfalls als mangelhaft anzusehenden Räume befinden sich in allen Teilen des Hauses. Damit konnte die Beklagte ihren Pflichten nicht mit dem bloßen Angebot der Sanierung der beiden unstreitigen Räume Genüge tun.

Aus Sicht des Senats führt allein schon die Mangelhaftigkeit in der Südostecke des Wohnraums EG, die der Vertreter der beklagten im Termin vom 30.01.2018 selbst als nicht widerlegt erachte-

te, zu einer Unzumutbarkeit für die Kläger, so dass bei Schluss der mündlichen Verhandlung selbst unter Zugrundelegung der Auffassung der Beklagten von einer Kausalität der Pflichtverletzung für den verspäteten Einzug auszugehen ist.

Der von Beklagtenseite ins Feld geführte Baustopp sowie das Betretungsverbot können an diesem Ergebnis schon deshalb nichts ändern, weil die Beklagte Mangelbeseitigungsmaßnahmen über die zwei streitgegenständlichen Räume hinaus stets ablehnte und es damit selbst ohne Baustopp und Betretungsverbot nicht zu einer Mängelbeseitigung im gebotenen Umfang und damit auch nicht zur Zumutbarkeit eines Einzugs gekommen wäre.

Im Übrigen war der Baustopp angesichts des unzureichenden Angebots der Beklagten auf Mängelbeseitigung auch gerechtfertigt. Ohne ihn wäre das Haus unter Belassung der Schimmelbelastung in den weiteren Räumen fertig gestellt worden. Das Betretungsverbot versteht der Senat im Übrigen nicht als endgültige Verweigerung des Nachbesserungsrechts seitens der Kläger, sondern als Maßnahme, um Vorgehensweisen der Beklagten ohne vorherige Absprache mit den Klägern zu verhindern. Hierzu hatten sie als Grundstückseigentümer auch die Berechtigung.

Unabhängig von der rechtlichen Relevanz dieses Einwandes lag somit seitens der Kläger auch kein „Annahmeverzug“ im Hinblick auf die angebotene Nachbesserung der beiden unstrittigen Räume vor.

5.

Umstände, die den Schadensersatzanspruch ausschließen sind nicht ersichtlich.

Ob die VOB/B einbezogen wurde, kann auch hier dahinstehen, weil sich im Fall der wirksamen Einbeziehung ein inhaltsgleicher Anspruch aus § 4 Abs. 7 Satz 2 VOB/B ergäbe.

6.

Auch der Höhe nach ist der Anspruch auf Zahlung von 79.660,- EUR nicht zu beanstanden.

Gegen das Rechenwerk des Landgerichts (Beginn und Ende des maßgeblichen Zeitraums, Höhe der Miete in der Mietwohnung, Höhe des entgangenen gesteigerten Wohnwertes) finden sich keine Berufungsangriffe.

Die Berufungen sind daher zurückzuweisen.

C

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 Abs. 1, 101 Abs. 1 ZPO.

Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Anhaltspunkte, welche die Zulassung der Revision rechtfertigen könnten, ergeben sich weder aus dem Vortrag der Parteien noch aus den Umständen.

gez.

Z
Vorsitzender Richter
am Oberlandesgericht

G
Richterin
am Oberlandesgericht

Dr. G
Richter
am Oberlandesgericht

Verkündet am 30.01.2018

gez.
Ucarkus, JAng
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Für die Richtigkeit der Abschrift
München, 06.02.2018

Ucarkus, JAng
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle
Durch maschinelle Bearbeitung beglaubigt
- ohne Unterschrift gültig