

Oberlandesgericht München

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§§ 254, 281, 305, 634, 637 BGB; § 264 ZPO, § 27 WEG

- 1. Verlangt der Besteller eine vom Angebot des Unternehmers abweichende Ausführungsart, so hat der Unternehmer dem Besteller - auch im Rahmen eines BGB-Werkvertrags - einen Bedenkenhinweis zu erteilen, wenn die verlangte Art der Ausführung zu einem Mangel des Werks führen kann (hier Fassadenreinigung mit Wasserniederdruck anstelle von Hochdruck). Ein Bedenkenhinweis ist auch nicht allein deshalb entbehrlich, weil der für die auftraggebende Eigentümergemeinschaft handelnde Hausverwalter bereits über Erfahrungen mit ähnlichen Werkleistungen verfügt.**
- 2. Eine endgültige Erfüllungsverweigerung ist regelmäßig dann anzunehmen, wenn der Unternehmer die Mängelbeseitigung mit der Auffassung, Mängel lägen nicht vor, beharrlich sogar dann noch verweigert, wenn die Mängel durch ein Gutachten im selbständigen Beweisverfahren bestätigt sind und auch im Gerichtsverfahren die Mängelbeseitigungspflicht aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen bestritten wird.**
- 3. Der WEG-Verwalter ist gemäß § 27 I Nr. 2 WEG berechtigt, die für die ordnungsgemäße Instandhaltung des gemeinschaftlichen Eigentums erforderlichen Maßnahmen für die Wohnungseigentümer zu treffen. Dies umfasst es auch, Mängelrügen gegenüber den mit der Instandhaltung beauftragten Unternehmern zu erheben. Eines gesonderten Beschlusses der Eigentümergemeinschaft bedarf es hierfür nicht.**
- 4. Der Vorschussanspruch gemäß § 637 Abs. 3 BGB bestimmt sich nach dem Geldbetrag, der die Kosten der Mängelbeseitigung aus Sicht eines vernünftigen, wirtschaftlich denkenden und sachkundig beratenen Bestellers voraussichtlich abdeckt. Zur hinreichenden Substanziierung der Mängelbeseitigungskosten im Prozess muss der Besteller keine sachverständige Beratung in Anspruch nehmen. Vielmehr kann er die Höhe der Kosten laienhaft schätzen.**

OLG München, Urteil vom 31.07.2018, Az.: 28 U 3161/16 Bau

Tenor:

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Endurteil des Landgerichts München 1 vom 11.07.2016, Az.: 24 O 18499/15, in der Fassung des Beschlusses vom 21.04.2017 teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

I. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Vorschuss zur Mängelbeseitigung in Höhe von 180.077,53 Euro zzgl. der MwSt. in Höhe von 34.214,73 Euro und aus dem Betrag von 180.077,53 Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 24.10.2015 und aus einem Betrag von 34.214,73 seit 05.04.2018 zu bezahlen.

II. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin Euro 26.291,07 zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 24.10.2015 zu bezahlen.

III. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin 90 % der über 257.533,68 hinausgehenden Aufwendungen und Schäden zu ersetzen, die durch Beseitigung der nachfolgend aufgelisteten Mängel aus dem Gutachten des Sachverständigen Peter K... vom 19.01.2013, welches im Rahmen des vorangegangenen selbständigen Beweisverfahrens eingeholt wurde, entstehen:

(1) Die der Hydrophobierung vorangegangene Reinigung der Fassaden ist fehlerhaft, da sie ungleichmäßig ausgeführt wurde. Die Farbunterschiede an der Fassade ergeben sich daraus, dass gut gereinigte Flächen dunkel und unzureichend oder nicht gereinigte Flächen hell sind; deshalb zeichnen sich die Bearbeitungsspuren der Reinigung an der Fassade ab. An den hellen Stellen wurde die vorhandene helle und durch Carbonatisierung zusätzlich aufgehellte Feinzementschicht nur wenig entfernt, weshalb die betreffenden Bereiche hell blieben. An den dunklen Stellen dagegen wurden die hellen Feinzementschichtbestandteile weitgehend entfernt und dadurch die oberflächennahen dunkleren Zuschlagkörner in größerem Umfang freigelegt, wodurch die betreffenden Bereiche dunkler wurden.

(2) Die Eindringtiefe des Hydrophobierungsmittels Caparol Disboxan, welches an der Süd-, Ost- und Westseite verwendet wurde, beträgt deutlich weniger als 1 mm und ist damit sehr gering. Die Eindringtiefe des Hydrophobierungsmittels „Porofin Lotopur“, welches an der Nordseite verwendet wurde, liegt bei ca. 3-4 mm. Die Verwendung des Produkts „Porofin Lotopur“ entspricht nicht den anerkannten Regeln der Technik, da es für die Anwendung als Oberflächenschutzsystem nach OS1 nicht geeignet ist.

(3) Auf der Oberfläche der Attiken befinden sich Ausbesserungen, die von den waagrechten Flächen der Oberseiten der Attiken in die senkrechten Fassadenflächen übergehen: An diesen Stellen ist der Mörtel unregelmäßig und in der Farbe abweichend. Die Kantenausbildung am Übergang ist nicht gerade hergestellt, da die Kante zwischen Attika und Fassade von Hand modelliert wurde und daher ungleichmäßig ausgefallen ist. Es gibt an den Kanten auch hin und wieder Ablösungen.

Wegen der Örtlichkeiten wird auf die tabellarische Auflistung auf Seite 15/16 des Gutachtens des Sachverständigen Dipl. Ing. K... vom 19.1.2013 Bezug genommen.

(4) Die Brüstungen weisen auf der Oberseite häufig eine graue Schlemme auf.

Wegen der Örtlichkeiten wird auf die tabellarische Auflistung auf Seite 18 des Gutachtens des Sachverständigen Dipl. Ing. K... vom 19.1.2013 Bezug genommen.

(5) Die Flacheisen sind oberflächlich auf kurze Strecken mit Mörtel bedeckt.

Wegen der Örtlichkeiten wird auf die tabellarische Auflistung auf Seite 20/21 des Gutachtens des Sachverständigen Dipl. Ing. K... vom 19.1.2013 Bezug genommen.

(6) An der Sonnenterrasse im 13. OG ist der Haftverbund zwischen dem braunen Anstrich und dem Untergrund unzureichend. An dieser Stelle sind auch Farbmarkierungen und Verschmutzungen vorhanden.

Wegen der Örtlichkeiten wird auf die tabellarische Auflistung auf Seite 22/23 des Gutachtens des Sachverständigen Dipl. Ing. K... vom 19.1.2013 Bezug genommen.

(7) Die elastoplastischen Verfügen sind teilweise fehlerhaft. Fugen sind nicht in der erforderlichen Länge ausgeführt worden, dies führt dazu, dass Schlagregen in die Konstruktion eindringen kann. Bei einigen Fugen sind die Fugenräume durch Instandsetzungsmörtel soweit eingeschränkt, dass die Fugenmasse nicht in ausreichender Breite eingebaut wurde. Thermische Längenänderungen der Betonfertigteile können so nicht aufgenommen werden. An den Stellen, an denen Betoninstandsetzungsarbeiten durchgeführt wurden, ist die notwendige Fugenbreite nicht berücksichtigt.

Am Fenster im 1 OG wurde das Fugenmaterial auf die Altfuge aufgetragen. Hierdurch wird die Fugentiefe zu gering.

Wegen der Örtlichkeiten wird auf die tabellarische Auflistung auf Seite 24/27 des Gutachtens des Sachverständigen Dipl. Ing. K... vom 19.1.2013 Bezug genommen.

(8) An den Flächen, an denen die Betonflächen instandgesetzt wurden, sind Abweichungen in Farbe und Struktur vorhanden. Die Stellen, die instandgesetzt wurden, sind von der Straße aus deutlich sichtbar. Sie zeichnen sich von den nicht instandgesetzten Flächen störend ab. Streifenförmige Verfärbungen zeichnen sich als dunkel hin- und herlaufende Bänder mit dem Aussehen von „Putzstreifen“ bzw. „Spritzstreifen“ ab. Flecken und wolkenförmige Verfärbungen treten als vorhangartige dunkle Teilflächen auf.

Wegen der Örtlichkeiten der mangelhaften Instandsetzungsstellen wird auf die tabellarische Auflistung auf Seite 32/35 des Gutachtens des Sachverständigen Dipl. Ing. K... vom 19.1.2013 Bezug genommen, wobei es sich um ca. 1.000 Stellen handelt.

(9) Festgelegte Schadstellen wurden nicht vollständig bearbeitet. Die Bewehrung im Bereich von Schadstellen wurde nicht entrostet und auch nicht mit einem Korrosionsschutz versehen. Der Instandsetzungsmörtel ist an den Rändern auf „0“ ausgezogen und schert deshalb vom Untergrund ab.

Wegen der Örtlichkeiten wird auf die tabellarische Auflistung auf Seiten 48/51 des Gutachtens des Sachverständigen K... vom 19.1.2013 Bezug genommen.

IV. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

3. Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz sowie die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens, Az.: 24 OH 15079/10 Landgericht München 1, werden gegeneinander aufgehoben.

Von den Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Klägerin 10 % und die Beklagte 90 %.

Die Klägerin trägt ferner 10 % der Kosten des Berufungsverfahrens der Streithilfe auf Beklagtenseite.

Die Beklagte trägt ferner 90 % der Kosten des Berufungsverfahrens der Streithilfe auf Klägerseite.

Im Übrigen tragen die Streithelfer ihre Kosten des Berufungsverfahrens selbst.

4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Parteien können die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die jeweils andere Partei/Streithelfer vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leisten.

Gründe:

I.

Die Klägerin begehrt von der Beklagten zuletzt Kostenvorschuss zur Mängelbeseitigung zzgl. Mehrwertsteuer, Schadensersatz sowie die Feststellung der Ersatzpflicht der Beklagten für etwaige weitere sich aus der Mängelbeseitigung ergebende Aufwendungen und Schäden wegen mangelhafter Sanierungsarbeiten an der Betonfassade des Gebäudes ... in ... München, sog. „... Haus“.

Bei der Klägerin handelt es sich um eine Wohnungseigentümergeinschaft. Diese wurde von 1984 bis Ende 2016 von der Streithelferin der Klägerin, der Hausverwaltung H... verwaltet.

Der Streithelfer der Klägerin, Rechtsanwalt Marcus C... war von dieser mit der außergerichtlichen und gerichtlichen Wahrnehmung ihrer Interessen im Zusammenhang mit den Fassadensanierungsarbeiten beauftragt worden.

Bei der Beklagten handelt es sich um eine Bauunternehmung.

Der geschäftsführende Gesellschafter der Beklagten, Dipl. Ing. F..., hatte das Gebäude ursprünglich mit einer seiner Firmen als Bauträger erstellt und war im streitgegenständlichen Zeitraum 2008/2009 nach wie vor mit verbundenen Gesellschaften Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft sowie Mitglied des Verwaltungsbeirats. Er war 22 Jahre Präsident des Deutschen und des Bayerischen Baugewerbes.

Der Verwalter der Klägerin erteilte der Beklagten mit Schreiben vom 19.3.2009 (Anlage B 1) Auftrag zur Fassadenrenovierung, wobei der Auftragsumfang zwischen den Parteien streitig ist.

Die Streithelferin der Beklagten, die H... GmbH hat die streitgegenständlichen Arbeiten als Subunternehmerin der Beklagten im Jahr 2009 durchgeführt.

Es fanden drei technische Abnahmen der Arbeiten durch den seitens der Klägerin beauftragten Architekten T... statt, wobei Mängel protokolliert wurden (Anlagen K 3, 4, 5).

Die Beklagte hat die Klägerin unter Fristsetzung bis 25.11.2009 aufgefordert, die Abnahme zu erklären (Anlage B 13).

Die Beklagte hat Schlussrechnung vom 28.9.2009 (Anlage B 12) gestellt, vom Schlussrechnungsbetrag sind unstrittig noch 82.424,53 Euro offen, wobei die Beklagte im Verfahren 11 O 19270/15 vor dem Landgericht München I hiervon bereits 4.968,38 Euro zur Aufrechnung gestellt hat.

Der Streithelfer der Klägerin, Rechtsanwalt C..., forderte die Beklagte mit Schreiben vom 27.5.2010 und 30.6.2010 (Anlagen K 6, 7) unter Fristsetzung fruchtlos zur Mängelbeseitigung auf.

Nach Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens vor dem Landgericht München 1, Az. 24 OH 15079/10 und Vorlage des dort erstellten Gutachtens des Sachverständigen K... vom 19.01.2013 wurde am 5.8.2014 ein erfolgloser Versuch einer außergerichtlichen gütlichen Einigung unternommen.

Hinsichtlich der außergerichtlichen und gerichtlichen Geltendmachung von Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüchen sowie der Ermächtigung der Hausverwaltung zur Beauftragung eines Rechtsanwalts erfolgte Beschlussfassung der Klägerin in der Eigentümerversammlung vom 24.10.2014 unter TOP 6.1., 6.2. und 6.3. (Anlage K 14).

Die Klägerin vertritt die Auffassung, dass die Beklagte die komplette Überarbeitung und Sanierung der Betonaußenfassade inklusive Planung und Bauleitung geschuldet habe. Hierbei sei eine Bearbeitung der Fassade mit einer farblosen Imprägnierung vereinbart worden, um gerade den Sichtbetoncharakter der Fassade zu erhalten.

Die Leistungen der Subunternehmerin der Beklagten, der Firma H... hätten weder technisch noch optisch dem Vereinbarten entsprochen und seien nicht abnahmefähig.

Die Reinigung der Betonoberfläche sei nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden, weshalb ein streifiges/fleckiges Erscheinungsbild entstanden sei, die Überarbeitung von Fugen und Schadstellen sei mangelhaft, die Bewehrung sei nicht entrostet und mit Korrosionsschutz versehen worden, auch würden Farb- und Strukturabweichungen vorliegen.

Es läge auch ein Planungs-, Überwachungs- und Ausführungsverschulden der Beklagten vor.

Die Klägerin beehrte erstinstanzlich zunächst Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes. Hierbei machte sie einen pauschalierten Schadensersatzanspruch in Höhe der durch den Sachverständigen Dipl. Ing. K... im selbständigen Beweisverfahren ermittelten voraussichtlichen Netto-Mängelbeseitigungskosten geltend und beehrte darüber hinaus die Erstattung von Kosten des von ihr eingeschalteten Privatgutachters M..., die Rückzahlung von bereits an die Beklagte gezahlten Abschlagszahlungen, die Feststellung der Ersatzpflicht der Beklagten für etwaige weitere Mängelbeseitigungskosten, insbesondere anfallende Umsatzsteuer, die Feststellung des Verzugs der Beklagten mit der Nacherfüllung, die Zahlung ihrer Rechtsanwaltskosten im selbständigen Beweisverfahren sowie die Tragung der Kosten des selbständigen Beweisverfahrens durch die Beklagte.

Die Klägerin hat in der ersten Instanz folgenden Antrag gestellt:

I. Die Beklagte wird verurteilt, 447.355,83 zuzüglich Verzugszinsen in Höhe von 5 % über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit Klagezustellung an die Klägerin zu bezahlen.

II. Es wird festgestellt, dass die Beklagte im Falle der Mängel-/Schadensbeseitigung der Schäden an der Fassade des Wohnhauses in der Johann-...-Str. 7/11 alle weiteren Kosten, die einen Betrag in Höhe von 286.643,53 Euro übersteigen, insbesondere die bei tatsächlicher Schadensbehebung anfallende Umsatzsteuer, zu zahlen hat.

III. Es wird festgestellt, dass die Beklagte sich mit der Nacherfüllung/Schadensbeseitigung seit dem 11.08.2010 bis zur Klagezustellung in Verzug befand.

IV. Die Beklagte wird verurteilt, 13.215,188 Euro zuzüglich Verzugszinsen in Höhe von 5 % über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit Klagezustellung als Nebenforderung an die Klägerin zu bezahlen.

Die Beklagte hat in der ersten Instanz beantragt:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Beklagte wendet ein, dass die Klägerin nicht prozessführungsbefugt sei, es fehle ein wirksamer, die Klage deckender Beschluss der Wohnungseigentümergeinschaft.

Hinsichtlich des vereinbarten Leistungssolls ist die Beklagte der Auffassung, dass sie nur die 'Reinigung der Betonflächen und die anschließende Hydrophobierung sowie die Erneuerung des Fugenmaterials waagrechter Stoßfugen geschuldet habe. Ein Planungsauftrag sei nicht erteilt worden.

Die Reinigung sei mangelfrei durchgeführt worden, die Flecken/Streifen seien Folge des durch die Klägerin gewählten Niederdrucks. Die Klägerin habe sich trotz eines Ortstermins mit Musterflächen, an denen erkennbar gewesen sei, dass ein unterschiedliches Erscheinungsbild der Betonfassade insbesondere hinsichtlich der sanierten Betonflächen deutlich sichtbar bleibe, gegen einen zusätzlichen Farbanstrich entschieden.

Bei der Abnahmebegehung am 14.9.2009 seien nur geringfügige Mängel gerügt worden, diese seien bis 22.9.2009 beseitigt worden, weshalb von einer fingierten Abnahme nach Aufforderung mit Fristsetzung bis 25.11.2009 auszugehen sei.

Das Ergebnis des selbständigen Beweisverfahrens sei nicht maßgeblich, da hierbei das Leistungssoll nicht berücksichtigt worden sei.

Mangels entsprechender Beschlussfassung fehle es an einer wirksamen Mängelrüge der Klägerin.

Gegen die Höhe der Mängelbeseitigungskosten wendet sich die Beklagte mit dem Argument, dass das gerichtliche Sachverständigengutachten nur eine grobe Schätzung enthalte, im Übrigen erhebt sie Einwände gegen einzelne, vom Sachverständigen angesetzten Kostenpositionen der Höhe nach und vertritt die Auffassung, dass sog. Sowiesokosten abzuziehen seien, ebenso sei ein Abzug neu für alt vorzunehmen.

Die geltend gemachten Privatsachverständigenkosten seien nicht belegt und im Übrigen nicht ersatzfähig.

Die Rückforderung geleisteter Abschlagszahlungen sei rechtlich nicht möglich, da die Klägerin Schadensersatz beanspruche.

Weiterhin hat die Beklagte die Hilfsaufrechnung mit ihrem noch offenen Werklohnanspruch in Höhe von 82.424,53 Euro erklärt.

Die Feststellungsanträge seien unzulässig.

Bezüglich der Kosten des selbständigen Beweisverfahrens wird deren Erstattungsfähigkeit dem Grunde und der Höhe nach bestritten.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts, insbesondere des Inhalts der jeweils geschlossenen vertraglichen Vereinbarungen, der Mängelbehauptungen der Klägerin, der seitens der Beklagten hiergegen vorgebrachten Einwände, der Ergebnisse des

selbständigen Beweisverfahrens und der Prozessgeschichte wird ergänzend vollumfänglich auf den Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Klage insgesamt als zulässig, jedoch nur zum Teil für begründet erachtet. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen.

Die Prozessführungsbefugnis der Klägerin sei aufgrund des Beschlusses der Wohnungseigentümergeinschaft vom 24.10.2014 Top 6.1 und 6.3 (Anlage K 14) gegeben.

Die Klägerin habe einen Anspruch auf Zahlung von Mangelbeseitigungskosten als Schadensersatz in Höhe von 286.643,53 Euro netto. Das Landgericht folgt dem gerichtlichen Sachverständigen Dipl. Ing. K..., welcher in seinen Gutachten im vorausgegangen selbständigen Beweisverfahren festgestellt habe, dass die Arbeiten der Subunternehmerin der Beklagten mangelhaft gewesen seien, wodurch das private Sachverständigengutachten des Dipl. Ing. Schulz bestätigt worden sei. Den Angeboten und dem Auftrag sei zu entnehmen, dass die Beklagte keine vollständige Fassadensanierung auf der Basis der einschlägigen Instandsetzungsrichtlinie mit OS 4 Beschichtung geschuldet habe, sondern lediglich eine Hydrophobierung und Überarbeitung der Fugen. Der gerichtliche Sachverständige Dipl. Ing. K... habe jedoch, beraten durch den Beirat Prof. Dr. S... festgestellt, dass gerade diese Leistungen nicht ordnungsgemäß ausgeführt worden seien. So sei die Fassade vor der Hydrophobierung nicht ausreichend und gleichmäßig gereinigt worden, die waagrechten Attiken seien nicht durchgehend hydrophobiert worden, die vorhandenen Schadstellen am Beton seien nicht behandelt worden, ferner seien einige kleinere Mängel am Blitzschutz, Anstrichen an den Fenstern und Verfugungen festgestellt worden. Das Landgericht lässt offen, ob die damalige Hausverwaltung einen niedrigeren Wasserdruck bei den Reinigungsarbeiten gewünscht habe, wie beklagtenseits behauptet wird; da dies nichts daran ändern würde, dass die Fassade von der Streithelferin der Beklagten nicht ausreichend gereinigt worden sei. Außerdem hätte die Beklagte ausdrücklich Bedenken anmelden müssen.

Der Anspruch sei auch nicht verjährt, da bis heute keine rechtsgeschäftliche, sondern nur technische Abnahmen erfolgt seien.

Eine Mangelbeseitigungsaufforderung mit Fristsetzung sei entbehrlich gewesen, da die Beklagte Mängel- und Schadensersatzansprüche bis heute abstreite.

Hinsichtlich der Höhe des Schadensersatzanspruchs folgte das Landgericht ebenfalls dem gerichtlichen Gutachter, welcher einen Betrag in Höhe von 286.643,53 netto ermittelt habe (Tabelle 2 des Sachverständigengutachtens vom 19.1.2013). Den höheren Betrag von 440.587,88 Euro (Tabelle 3) könne die Klägerin nicht beanspruchen, da er eine OS 4 Beschichtung erfasse, welche nicht beauftragt worden sei. Ein Zuschlag von 10 % für Unvorhergesehenes sei üblich, die Kosten einer Instandsetzungsplanung i.H.v. 15 % seien ebenso zu erstatten wie Instandsetzungsfeststellungskosten i.H.v. 17.850,00 Euro. Ob, wie die Beklagte meine, ohnehin eine Komplettanierung erforderlich sei, sei ohne rechtliche Relevanz.

Ein „Abzug neu für alt“ u.a. für eine verlängerte Lebensdauer der Fugen sei nicht vorzunehmen, da die bestehende unansehnliche Fassade mit den Fugen für die Klägerin keinen erkennbaren Gebrauchswert gehabt habe und der Zeitablauf überwiegend durch die hartnäckige Weigerung der Beklagten, für die mangelhafte Leistung ihrer Subunternehmerin einzustehen, eingetreten sei.

Abziehende Sowiesokosten lägen nicht vor. Mit diesem Einwand seien die Beklagte und die Streithelferin verfahrensrechtlich ausgeschlossen, da er bereits im selbständigen Beweisverfahren innerhalb der gesetzten Frist hätte vorgebracht werden können. Auch

sei der Einwand des Vorliegens von Sowiesokosten sachlich nicht zutreffend; dies betreffe die Kosten für das Reinigen von Teilflächen mit Trockeneis, Kosten einer Endreinigung und der Behandlung der Bewehrung, Kosten der Bearbeitung der Oberseiten der Attiken und Kosten der Beseitigung der Betonschäden sowie die weiteren von der Beklagten getätigten Abzüge wegen Sowiesokosten.

Darüber hinaus sprach das Landgericht der Klägerin einen Anspruch auf Erstattung ihrer Privatgutachterkosten in Höhe von 29.9212,30 zu. (Dieser Betrag wurde durch Berichtigungsbeschluss vom 21.4.2017 auf 29.212,30 Euro korrigiert).

Einen Anspruch der Klägerin auf Rückzahlung der bereits an die Beklagte geleisteten Abschlagszahlungen i.H.v. 131.500,00 Euro lehnte das Landgericht ab, da die Klägerin sich für die Geltendmachung von Schadensersatz entschieden habe und daneben nicht kumulativ eine Minderung des Werklohns verlangen könne.

Gegen die Forderung der Klägerin könne die Beklagte mit noch offenen Restwerklohnansprüchen in Höhe von 82.424,53 aufrechnen, wobei ein Betrag in Höhe von 4.968,38 abzuziehen sei, mit dem die Beklagte bereits im Verfahren 11 O 19270/15 rechtskräftig die Aufrechnung erklärt habe.

Das Landgericht sprach zu Gunsten der Klägerin die Feststellung aus, dass für den Fall, dass die Mängelbeseitigung durch die Klägerin erfolgt, auch die dann anfallende Umsatzsteuer sowie etwaige angemessene und erforderliche Mehrkosten von der Beklagten zu erstatten seien.

Ferner habe die Klägerin einen Anspruch auf Feststellung, dass sich die Beklagte mit der Mängelbeseitigung in Verzug befunden habe.

Einen Anspruch der Klägerin auf Zahlung von Anwaltskosten aus dem vorangegangenen selbständigen Beweisverfahren lehnte das Landgericht ab, da diese Kosten Bestandteil der Kosten des sich anschließenden Hauptverfahrens seien.

Im Einzelnen wird für Umfang und Begründung der landgerichtlichen Entscheidung ergänzend auf den Tenor und die Entscheidungsgründe des erstinstanzlichen Urteils Bezug genommen.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten.

Ziel der Berufung der Beklagten ist die Aufhebung des Ersturteils, soweit der Klage stattgegeben wurde und die vollständige Klageabweisung, hilfsweise Zurückverweisung an das Landgericht.

Das Landgericht habe Ausführungen der Beklagten in 1. Instanz in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht zutreffend gewürdigt, entscheidungserhebliche Beweise nicht erhoben und den zugrunde gelegten Sachverhalt rechtlich falsch gewürdigt.

Im Einzelnen rügt die Beklagte:

I. Unzulässigkeit der Feststellungsanträge und des Tenors in Ziffer II. und III.

Die Feststellungsanträge mit dem von der Klägerin gewählten Wortlaut seien unzulässig, was das Landgericht bei der Fassung des Tenors in Ziffer II. und III nicht berücksichtigt habe.

II. Fehlende Befugnis der Klägerin zur Prozessführung und außergerichtlichen Geltendmachung von Nachbesserungsansprüchen

1. Das Tätigwerden der Kanzlei ... mit den als Anlagen K 6 und K 7 vorgelegten Schreiben sei nicht von dem von der Klägerin gefassten Beschluss der Eigentümerversammlung vom 25.11.2009 gedeckt gewesen.

Dieser Beschluss sei lediglich auf ein Tätigwerden des Verwalters und die Beauftragung eines Rechtsanwalts für den Fall einer passiven Inanspruchnahme der Klägerin gerichtet gewesen und nicht auf ein aktives Tätigwerden des Verwalters oder eines Anwalts, um mögliche Mängelbeseitigungsansprüche der Klägerin gerichtlich oder außergerichtlich geltend zu machen. Die Unwirksamkeit der Fristsetzung zur Mängelbeseitigung aus formalen Gründen sei vom Landgericht nicht berücksichtigt worden.

2. Die Ausführungen des Landgerichts zur Prozessführungsbefugnis seien unzutreffend.

Vor dem 4.12.2014 habe es keinen erforderlichen Beschluss zur aktiven gerichtlichen oder außergerichtlichen Geltendmachung von Erfüllungs- oder Gewährleistungsansprüchen wegen der streitgegenständlichen Mängel gegeben. Daraus folge, dass eine Hemmungswirkung durch die Einleitung des selbständigen Beweisverfahrens nicht stattgefunden habe. Die Hauptsacheklage habe wegen mangelnder Prozessführungsbefugnis als unbegründet abgewiesen werden müssen, da der Beschluss vom 4.12.2014 zu TOP 6.1 auch in Verbindung mit dem Beschluss zu TOP 6.3 wegen mangelnder Bestimmtheit nichtig sei und zudem keine Ermächtigung der Klägerin zur gerichtlichen Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen anstelle von Nacherfüllungsansprüchen enthalte. Die Auslegung der Beschlüsse durch das Landgericht entspreche nicht den an die Auslegung von Beschlüssen von Wohnungseigentümergeinschaften zu stellenden Anforderungen.

III. Einrede der Verjährung

Das Landgericht habe sich nicht mit den Ausführungen der Beklagten und der Streithelferin befasst, wonach zwar keine förmliche, aber eine fingierte Abnahme gem. § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB stattgefunden habe.

1. Eine fiktive Abnahme mit Wirkung zum 25.11.2009 sei dadurch erfolgt, dass die Klägerin nach der letzten Abnahmebegehung vom 14.9.2009 aufgefordert worden sei, die Abnahme unter Fristsetzung bis 25.11.2009 zu erklären. Die Klägerin habe sich binnen 'Frist nicht dazu erklärt, obwohl sie zur Abnahme verpflichtet gewesen sei, da die bei der technischen Abnahme festgestellten geringen Mängel vor dem 20.11.2009 beseitigt worden seien. Die Verjährungsfrist habe daher am 25.11.2009 zu laufen begonnen.

2. Die 5-jährige Verjährungsfrist sei somit am 25.11.2014 abgelaufen.

Durch die Einleitung des selbständigen Beweisverfahrens und des Hauptsacheverfahrens habe mangels Prozessführungsbefugnis der Klägerin keine Hemmung eintreten können. Wohnungseigentümerbeschlüsse, welche nachträglich die Einleitung von verjährungshemmenden Maßnahmen genehmigen, hätten keine rückwirkende Kraft.

3. Das Erstgericht habe nicht berücksichtigt, dass, selbst wenn man nicht von einer wirksamen Abnahme ausgehen würde, die Klageansprüche verjährt seien.

Die Verjährungsfrist betrage 3 Jahre, sie habe spätestens am 31.12.2009 zu laufen begonnen, da die behaupteten Mängel in diesem Jahr erkennbar gewesen seien. Verjährung sei zum 31.12.2012 eingetreten.

IV. Schadensersatzanspruch dem Grunde nach

Das Erstgericht habe bei seiner Bejahung des Schadensersatzanspruchs der Klägerin dem Grunde nach entscheidungserheblichen Sachvortrag der Beklagten in der Klageerwiderung nicht berücksichtigt bzw. rechtlich falsch beurteilt.

a) Es habe zu Unrecht eine wirksame Fristsetzung zur Mängelbeseitigung angenommen, obwohl durch das anwaltliche Schreiben Anlage K 7 mangels Vorliegens einer Ermächtigung des Verfahrensbevollmächtigten keine wirksamen Fristen zur Mängelbeseitigung gesetzt worden seien.

b) Die Würdigung des Erstgerichts, wonach die Aufforderung zur Mängelbeseitigung durch das anwaltliche Schreiben Anlage K 7 nicht durch nachfolgende Gespräche hinfällig geworden sei, werde dem unstreitigen Sachvortrag der Beklagten in ihrer Klageerwiderung nicht gerecht.

Aus der Einlassung der Beklagten im selbständigen Beweisverfahren könne nicht der Schluss gezogen werden, dass eine Nachfristsetzung entbehrlich ist, nachdem von der Klägerin eine Nachbesserung verlangt worden sei, welche mit Kosten in Höhe von brutto 512.399,57 Euro verbunden gewesen sei.

Unstreitig sei es am 5.8.2014 zu einer gemeinsamen Besprechung der Parteien mit dem Ziel einer gütlichen Einigung gekommen. Hierbei seien konkrete Maßnahmen zur Mängelbeseitigung und ein konkretes Vorgehen besprochen worden, aus Sicht der Beklagten und der Streithelferin sei dadurch die Aufforderung zur Mängelbeseitigung unter Fristsetzung obsolet geworden. Die Klägerin habe, für den Fall, dass sie erneut Mängel geltend machen will, der Beklagten Gelegenheit geben müssen, die Mängel zu beseitigen. Nachdem dieser Sachvortrag der Beklagten nicht bestritten worden sei, habe für die Beklagte keine Veranlassung bestanden, den Sachvortrag unter Zeugenbeweis zu stellen, was sie bei einem entsprechendem Hinweis durch Benennung der Zeugen T... und W... getan hätte.

V. (vorsorglich) Höhe Schadensersatz:

1. Soweit das Landgericht unter Bezugnahme auf die Ausführungen des Sachverständigen Dipl. Ing. K... zu dem Schluss gekommen sei, dass die Fassade vor Durchführung der Hydrophobierung nicht ausreichend und gleichmäßig gereinigt worden sei, wodurch sich ein „scheckiges“ und „streifiges“ Gesamtbild ergebe, könne diese Würdigung keinen Bestand haben.

Die Parteien hätten ausdrücklich andere Sollanforderungen für die durchzuführende Reinigung vereinbart, wobei sich die Klägerin ausdrücklich damit einverstanden erklärt habe, dass ein ungleiches und fleckiges Erscheinungsbild der Fassade nach der Reinigung und Hydrophobierung verbleibt. Von Seiten der Klägerin sei aus Sorge um Betonschäden ausdrücklich eine Reinigung mit geringem Wasserdruck (150 bar) gefordert worden, trotz ausdrücklichen Hinweises, dass es hierbei zu keinem guten Reinigungsergebnis kommen könne. Das Landgericht habe es unterlassen, die durch die Beklagte für die zwischen den Parteien vereinbarten Sollanforderungen benannten Zeugen T..., W... und H... zu vernehmen, was einen wesentlichen Verfahrensmangel darstelle. Auch der diesbezügliche Sachvortrag der Streithelferin der Beklagten sei übergangen worden.

2. Die Ausführungen des Erstgerichts, wonach es dahinstehen könne, ob die Klägerin ausdrücklich den niedrigen Wasserdruck von 150 bar gewünscht habe, könnten keinen Bestand haben.

a) Soweit das Landgericht anführe, dass selbst dann, wenn eine Reinigung mit Niederdruck zwangsläufig verbleibende Flecken zur Folge habe, die Beklagte verpflichtet gewesen wäre, das Ergebnis eines gleichmäßigen optischen Eindrucks mit anderen Maßnahmen zu erreichen, so sei dies durch keine objektiv nachvollziehbaren Fakten gedeckt, welche in erster Instanz Gegenstand des Verfahrens gewesen seien. Diese Beurteilung sei weder objektiv noch baufachlich begründet, wofür die Beklagte Sachverständigenbeweis anbietet.

b) Die Ausführungen des Landgerichts, wonach für einen wirksamen Haftungsausschluss eine schriftliche Bedenkenmitteilung der Beklagten erforderlich gewesen sei, halte einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

Es sei in Rechtsprechung und Literatur anerkannt, dass selbst bei vereinbarter VOB/B ein mündlicher Hinweis für eine Enthftung ausreiche, wenn er eindeutig, d.h. inhaltlich klar, vollständig und erschöpfend sei. Dies würde erst recht gelten, wenn - wie von der Klägerin behauptet - die VOB/B nicht wirksam vereinbart worden sei. Inhalt und Umfang der Aufklärungspflichten würden sich nach der Fachkenntnis des Auftraggebers richten. Im vorliegenden Fall habe der Verwalter der Klägerin mit dem Schreiben Anlage B 6 ausdrücklich auf seine Erfahrungen mit der Reinigung von Betonfassaden hingewiesen. Die Beklagte habe ihre Informationspflicht erfüllt.

Für die Beurteilung einer Schadensersatzpflicht und von Sowieso-Kosten und Vorteilsausgleichung sei von Bedeutung, dass der gerichtliche Sachverständige festgestellt habe, dass der Zweck der Hydrophobierung, nämlich die Verhinderung des Eindringens von Niederschlagswasser in den Beton für 5-10 Jahre, in vollem Umfang gewährleistet sei, der Sachverständige habe lediglich das nicht einheitliche optische Erscheinungsbild beanstandet. Bei dem streitgegenständlichen Gebäude handle es sich um ein Wohngebäude mit keinen besonderen Ansprüchen an das ästhetische Aussehen. Die Klägerin könne deshalb in keinem Fall die vollen Kosten beanspruchen, die anfallen, um die im Jahre 2009 voll funktionsfähig durchgeführte Hydrophobierung nach Ablauf von deren Haltbarkeitsdauer zu wiederholen. Der Minderungsbetrag könne allenfalls in Höhe eines Bruchteils der anfallenden Mängelbeseitigungskosten beansprucht werden, der geltend gemachte Schadensersatzanspruch sei vollständig abzuweisen.

3. (vorsorglich) Zu den Einzelpositionen der Tabelle 2, die vom Erstgericht zuerkannt wurden

Zu Positionen Nr. 1 und Nr. 2 in Höhe von netto 17.850,00 Euro und 35.060,00 Euro zzgl. MWSt:

Entgegen der Beurteilung durch das Erstgericht handle es sich bei den Kosten für die Ist-Zustandsfeststellung und die Instandsetzungsplanung um Sowiesokosten, nachdem diese in jedem Fall vor Beginn der Betonsanierungsmaßnahmen hätten erholt werden müssen, was die Klägerin entgegen dem ausdrücklichen Rat der Beklagten aus Kostengründen nicht getan habe, wofür die Beklagte Beweis angeboten habe. In Betracht kämen allenfalls Mehrkosten, welche allein deshalb anfielen, weil die Reinigung der Fassade fleckig durchgeführt wurde, für den Anfall solcher Mehrkosten lägen jedoch keine Anhaltspunkte vor.

Wenn das Landgericht, wozu es gem. § 139 ZPO verpflichtet gewesen sei, die Beklagte darauf hingewiesen hätte, dass es davon ausgeht, dass diese Kosten deshalb anfallen, weil die Reinigungs- und Hydrophobierungsarbeiten der Beklagten mangelhaft durchgeführt wurden, hätte die Beklagte das Gericht auf die Ausführungen des Sachverständigen in dessen Gutachten auf Seiten 37 ff verwiesen, wonach für die Instandsetzungsmaßnahmen ein fachkundiger Planer zu beauftragen sei, der Ist-

Zustand festzustellen sei, ein Instandsetzungskonzept- und plan aufzustellen gewesen wäre.

Zur Position Nr. 3 - Baustelleneinrichtung mit netto 10.000,00 Euro:

Das Landgericht habe die Ausführungen der Beklagten hierzu in der Klageerwiderung nicht berücksichtigt. Im Übrigen seien die Kosten zu hoch angesetzt, wofür Sachverständigenbeweis angeboten werde. Die Funktionsfähigkeit der Hydrophobierung für eine Standzeit von 5-10 Jahren sei erreicht worden. Bei den Kosten der Baustelleneinrichtung handle es sich um Sowieso-Kosten, da die Baustelleneinrichtung auf jeden Fall erforderlich sei, um nach der erforderlichen Instandsetzungsplanung die Betonschadstellen in Ordnung zu bringen.

Zur Position Nr. 4 - Gerüst mit Nebenleistungen 63.750,00 Euro:

Die Beklagte nimmt auf ihre Ausführungen zu Position Nr. 3 Bezug und behauptet, dass die Gerüstkosten zu hoch seien, wofür Sachverständigenbeweis angeboten wird.

Zu Positionen Nr. 5 und 6-13.500,00 Euro und 52.500,00 Euro:

Das Landgericht habe sich mit den Ausführungen der Beklagten in der Klageerwiderung und den Ausführungen der Streithelferin nicht befasst.

Es sei nicht nachvollziehbar, warum die Reinigung der Fassade im Norden mit Trockeneis und auf der Süd-, Ost- und Westseite mit einem Dampfstrahlgerät zur Beseitigung von Schäden aus der durch die Beklagte 2009 durchgeführten Reinigung erforderlich sein solle, nachdem die Beklagte nur mit der Reinigung der Fassade mittels Dampfstrahlgerät beauftragt gewesen sei. Im Übrigen sei der Schaden vom Erstgericht nicht nachvollziehbar begründet, da der Sachverständige kein Aufmaß von der Fassade genommen habe.

Zur Position Nr. 7-750,00 Euro:

Es handle sich um reine Sowieso-Kosten.

Zu Positionen Nr. 8 und 9 - jeweils 2.400,00 Euro:

Bei den Kosten für die Entrostung der Bewehrung und das Aufbringen eines Rostschutzes handle es sich um Sowieso-Kosten.

Zu Position Nr. 16 - Endreinigung mit netto 22.950,00 Euro:

Das Landgericht habe Ausführungen der Streithelferin in deren Schriftsatz vom 13.6.2016 nicht berücksichtigt.

Es sei nicht nachvollziehbar, warum nach Entfernung der Hydrophobierung und Reinigung der Fassade mit Dampfstrahlgerät und Trockeneis noch eine Endreinigung der Flächen durchgeführt werden müsse.

Zu Position Nr. 17 - Hydrophobierung mit netto 25.500,00 Euro:

Das Landgericht habe Sachvortrag der Beklagten in der Klageerwiderung nicht berücksichtigt.

Die Arbeiten der Beklagten seien im Jahre 2009 ausgeführt worden und hätten den durch die Hydrophobierung bezweckten Schutz des Betons für 5-10 Jahre erreicht.

Wenn die Arbeiten nach 7 Jahren Lebensdauer erneut ausgeführt werden, würde hierdurch der Schutz der Sichtbetonfassade erneut um 5-10 Jahre verlängert, so dass diese Kosten unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung (Abzug „Neu für Alt“) nicht der Beklagten angelastet werden könnten.

Soweit das Landgericht die Einwendungen der Beklagten mit der Begründung ausgeschlossen habe, dass diese bereits im selbständigen Beweisverfahren hätten vorgetragen werden müssen, sei dies fehlerhaft, da es sich bei der Frage, ob bestimmte Kosten als Sowieso-Kosten abzuziehen sind, um Rechtsfragen handle. Auch bei der Frage, welche Soll-Anforderungen die Beklagte geschuldet habe, handle es sich um eine Rechtsfrage.

Im Übrigen sei anerkannt, dass zwischen selbständigem Beweisverfahren und Hauptsacheverfahren keine Präklusion statfinde.

Zu Positionen Nr. 19 und 20-1.020,00 Euro und 4.110,00 Euro:

Diese Positionen seien gemäß den Ausführungen der Streithelferin im Schriftsatz vom 13.6.2016 von dem von der Beklagten geschuldeten Auftragsumfang nicht umfasst und damit Sowieso-Kosten.

Zu Position Nr. 21 - Sonstiges ca. 10 % aus Nr. 3 - Nr. 20 mit 21.248,50 Euro:

Diese Kosten könnten allenfalls im Rahmen einer Feststellungsklage geltend gemacht werden, da im Rahmen der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches nur die Kosten zuerkannt werden dürften, welche sicher anfallen.

5. Anwendung der Tab. 2 im Allgemeinen bezüglich der Positionen Nr. 10, Nr. 11 und Nr. 20 mit Nettobeträgen von 5.610,00 Euro, 495,00 Euro und 4.110,00 Euro

Den Ausführungen des Sachverständigen auf Seiten 77 ff seines Gutachtens sei zu entnehmen, dass es sich um Zusatzleistungen handle, welche nicht vom Leistungssoll der Beklagten umfasst gewesen seien, es handle sich um Sowieso-Kosten.

Soweit das Landgericht den Einwand der Beklagten präkludiert habe, liege ein Verfahrensfehler vor, welcher die Aufhebung und Zurückverweisung rechtfertige.

6. Kosten des Ingenieurs M... in Höhe von 29.212,30 Euro

Das Landgericht habe die Ausführungen der Beklagten in der Klageerwiderung nicht berücksichtigt.

Die Tätigkeit eines Sachverständigen als Vertreter des Auftraggebers im Zusammenhang mit der Wahrnehmung von Ortsterminen zur Vorbereitung einer Abnahme begründe keinen Anspruch auf Kostenerstattung.

7. (vorsorglich) Mitverschulden der Klägerin

Nachdem die streitgegenständlichen Mängel - soweit sie berechtigt sein sollten - auch darauf zurückzuführen seien, dass die Klägerin der Beklagten trotz deren mehrfachen und eindringlichen Hinweises auf die Erforderlichkeit, keine geeignete Planung für die Durchführung der Fassadensanierungsarbeiten zur Verfügung gestellt habe, müsse sich die Klägerin ein wesentliches Mitverschulden gem. § 254 BGB anrechnen lassen.

Die Beklagte beantragt:

I. Das Endurteil des Landgerichts München 1 vom 11.07.2016, Az. 24 O 18499/15 wird aufgehoben, soweit der Klage stattgegeben worden ist.

II. Die Klage wird insgesamt abgewiesen.

Hilfsweise: Der Rechtsstreit wird im Umfang der Aufhebung an das Gericht des ersten Rechtszuges zurückverwiesen.

Vorsorglich beantragt die Beklagte,

die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung des Rechtsstreits zuzulassen.

Die Klägerin beantragte zuletzt:

I. Die Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

II. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei einen Vorschuss zur Mängelbeseitigung in Höhe von Euro 209.187,38 zzgl. der MwSt. in Höhe von Euro 39.745,60 und aus dem Betrag von Euro 209.187,38 Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 24.10.2015 zu bezahlen und aus einem Betrag von Euro 39.745,60 Euro seit Zustellung dieses Schriftsatzes.

III. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei Euro 29.212,30 zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 24.10.2015 zu bezahlen.

IV. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtliche über Euro 286.643,63 hinausgehenden Aufwendungen und Schäden zu ersetzen, die durch Beseitigung der nachfolgend aufgelisteten Mängel aus dem Gutachten vom des Sachverständigen Peter K... vom 19.01.2013, welches im Rahmen des vorangegangenen selbständigen Beweisverfahrens eingeholt wurde, entstehen:

(1) Die der Hydrophobierung vorangegangene Reinigung der Fassaden ist fehlerhaft, da sie ungleichmäßig ausgeführt wurde. Die Farbunterschiede an der Fassade ergeben sich daraus, dass gut gereinigte Flächen dunkel und unzureichend oder nicht gereinigte Flächen hell sind; deshalb zeichnen sich die Bearbeitungsspuren der Reinigung an der Fassade ab. An den hellen Stellen wurde die vorhandene helle und durch Carbonatisierung zusätzlich aufgehellte Feinzementschicht nur wenig entfernt, weshalb die betreffenden Bereiche hell blieben. An den dunklen Stellen dagegen wurden die hellen Feinzementschichtbestandteile weitgehend entfernt und dadurch die oberflächennahen dunkleren Zuschlagkörner in größerem Umfang freigelegt, wodurch die betreffenden Bereiche dunkler wurden.

(2) Die waagrechten Attikaflächen der Dachterrassen und die Oberseiten der Balkonbrüstungen weisen keine oder keine durchgehend hydrophoben Eigenschaften auf.

(3) Die Eindringtiefe des Hydrophobierungsmittels Caparol Disboxan, welches an der Süd, Ost- und Westseite verwendet wurde, beträgt deutlich weniger als 1 mm und ist damit sehr gering. Die Eindringtiefe des Hydrophobierungsmittels „Porofin Lotopur“, welches an der Nordseite verwendet wurde, liegt bei ca. 3-4 mm. Die Verwendung des Produkts „Porofin Lotopur“ entspricht nicht den anerkannten Regeln der Technik, da es für die Anwendung als Oberflächenschutzsystem nach OS1 nicht geeignet ist.

(4) Auf der Oberfläche der Attiken befinden sich Ausbesserungen, die von den waagrechten Flächen der Oberseiten der Attiken in die senkrechten Fassadenflächen übergehen: An diesen Stellen ist der Mörtel unregelmäßig und in der Farbe abweichend.

Die Kantenausbildung am Übergang ist nicht gerade hergestellt, da die Kante zwischen Attika und Fassade von Hand modelliert wurde und daher ungleichmäßig ausgefallen sind. Es gibt an den Kanten auch hin und wieder Ablösungen.

(5) Die Brüstungen weisen auf der Oberseite häufig eine graue Schlemme auf.

(6) Die Flacheisen sind oberflächlich auf kurze Strecken mit Mörtel bedeckt.

(7) An der Sonnenterrasse im 13. OG ist der Haftverbund zwischen dem braunen Anstrich und dem Untergrund unzureichend. An dieser Stelle sind auch Farbmarkierungen und Verschmutzungen vorhanden.

(8) Die elastoplastischen Verfügen sind teilweise fehlerhaft. Fugen sind nicht in der erforderlichen Länge ausgeführt worden, dies führt dazu, dass Schlagregen in die Konstruktion eindringen kann. Bei einigen Fugen sind die Fugenräume durch Instandsetzungsmörtel soweit eingeschränkt, dass die Fugenmasse nicht in ausreichender Breite eingebaut wurde. Thermische Längenänderungen der Betonfertigteile können so nicht aufgenommen werden. An den Stellen, an denen Betoninstandsetzungsarbeiten durchgeführt wurden, ist die notwendige Fugenbreite nicht berücksichtigt. Am Fenster im 1. OG wurde das Fugenmaterial auf die Altfuge aufgetragen. Hierdurch wird die Fugentiefe zu gering.

(9) An den Flächen, an denen die Betonflächen instandgesetzt wurden, sind Abweichungen in Farbe und Struktur vorhanden. Die Stellen, die instandgesetzt wurden, sind von der Straße aus deutlich sichtbar. Sie zeichnen sich von den nicht instandgesetzten Flächen störend ab. Streifenförmige Verfärbungen zeichnen sich als dunkel hin- und herlaufende Bänder mit dem Aussehen von „Putzstreifen“ bzw. „Spritzstreifen“ ab. Flecken und wolkenförmige Verfärbungen treten als vorhangartige dunkle Teilflächen auf.

(10) Im Bereich der Balkone bestehen Dunkelfärbungen, welche von lokal aufgetragenen und/oder unvollständig wieder entfernten Farbanstrichen herrühren.

Festgelegte Schadstellen wurden nicht vollständig bearbeitet. Die Bewehrung im Bereich von Schadstellen wurde nicht entrostet und auch nicht mit einem Korrosionsschutz versehen. Der Instandsetzungsmörtel ist an den Rändern auf „0“ ausgezogen und schert deshalb vom Untergrund ab.

Die Streithelfer der Parteien schlossen sich jeweils den Anträgen der von ihnen unterstützten Hauptparteien an.

Ziel der Klägerin ist die Zurückweisung der Berufung der Beklagten. Darüber hinaus hat die Klägerin ihre Klageanträge in der Berufungsinstanz neu gefasst und begehrt nunmehr insbesondere anstatt des ursprünglich geforderten Schadensersatzes statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes aufgrund der geänderten Rechtsprechung des BGH in dessen Urteil vom 22.2.2018, Az.: VII ZR 46/17 Vorschuss zur Mängelbeseitigung zuzüglich der hierauf entfallenden Umsatzsteuer. Soweit das Landgericht die Beklagte zur Zahlung verurteilt habe, sei dies jedenfalls im Ergebnis richtig.

Die Umstellung der Schadensersatzklage in eine Kostenvorschussklage sei zulässig. Die Klägerin beabsichtige, die Mängel beseitigen zu lassen. Die Höhe der Klageforderung aus Antrag Ziffer II. ergebe sich aus dem durch den gerichtlichen Sachverständigen K... in seinem Gutachten vom 19.1.2013 angenommenen Betrag in Höhe von 286.643,53 netto, hiervon habe die Klägerin die unstrittig noch offene Werklohnvergütung der Beklagten in Höhe von 77.456,15 Euro in Abzug gebracht.

Durch die Umstellung könne die Klägerin die Umsatzsteuer bereits im Rahmen der Leistungsklage geltend machen.

Die Kosten des Privatgutachters in Höhe von 29.212,30 Euro mache sie nun unter Klageantrag Ziffer III. geltend.

I. Unzulässigkeit der Feststellungsanträge

Die Feststellungsanträge seien zulässig. Die Klägerin habe zunächst Mangelbeseitigungskosten als Schadensersatz geltend gemacht. Da die Arbeiten noch nicht durchgeführt gewesen seien, habe die Klägerin nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH keine Umsatzsteuer fordern können, weshalb der hierauf gerichtete Feststellungsantrag zulässig gewesen sei. Aufgrund des Urteils des BGH vom 22.2.2018, Az.: VII ZR 46/17 könne die Klägerin die Umsatzsteuer nunmehr bereits im Rahmen der Leistungsklage geltend machen.

Auch der weitere Feststellungsantrag sei zulässig gewesen, da sich zwar aus dem Antrag selbst nicht erschließe, für welche Mängel die Beklagte Schadensersatz zahlen müsse, wohl aber in Verbindung mit dem Sachvortrag der Klägerin im Schriftsatz vom 16.10.2015, dies sei ausreichend gewesen.

Auf rechtlichen Hinweis in der Senatsverfügung vom 13.7.2017 konkretisierte die Klägerin ihren Feststellungsantrag durch die Nennung der Mängel.

II. Prozessführungsbefugnis

1. Es läge eine wirksame Mängelbeseitigungsaufforderung gegenüber der Beklagten vor.

Der Verwalter der Klägerin sei gem. § 27 Abs. 1 Nr. 2 WEG befugt gewesen, die Beklagte unter Fristsetzung zur Mängelbeseitigung aufzufordern, ohne dass es auf das Vorliegen eines entsprechenden Mehrheitsbeschlusses ankäme. Gern. § 21 Ziffer 8 WEG habe er dazu einen Dritten beauftragen dürfen.

Eine erneute Fristsetzung durch die Klägerin sei auch entbehrlich, da die hiesige Beklagte, welche im Verfahren Az. 24 O 8893/10 vor dem Landgericht von der hiesigen Streithelferin auf Zahlung von Werklohn in Anspruch genommen worden sei, im dortigen Verfahren ausgeführt habe, dass zahlreiche Mängel vorhanden seien. Gegenüber der Klägerin habe die Beklagte hingegen stets bestritten, dass Mängel ihrer Leistung vorlägen und Mängelbeseitigung verweigert, so auch während des gesamten selbständigen Beweisverfahrens.

2. Das Landgericht habe die Prozessführungsbefugnis der Klägerin zu Recht bejaht.

Die in der Eigentümerversammlung vom 24.10.2014 gefassten unstreitig nicht angefochtenen und damit bestandskräftigen Beschlüsse seien nicht wegen mangelnder Bestimmtheit nichtig und die Geltendmachung des Anspruchs auf Schadensersatz vom Beschluss zu TOP 6.1 gedeckt. Dem Protokoll der Eigentümerversammlung sei zu entnehmen, dass die Gemeinschaft die ihr zustehenden Gewährleistungsansprüche gegen die Beklagte gerichtlich und außergerichtlich geltend machen wollte. Die konkrete Wahl des gegenüber der Beklagten geltend gemachten Anspruchs habe in das Ermessen des beauftragten Rechtsanwalts gestellt werden sollen. Die Gemeinschaft sei als Auftraggeberin von Anfang an Anspruchsinhaberin der streitgegenständlichen Ansprüche gewesen. Demgegenüber betreffe die durch die Beklagte und ihre Streithelferin zitierte Literatur und Rechtsprechung jeweils die Konstellation, dass einzelnen Erwerbern gegenüber einem Bauträger Mängelansprüche zugestanden hätten,

welche nicht gemeinschaftsbezogen gewesen seien und erst hätten vergemeinschaftet werden müssen. Es sei vorliegend keine Ermächtigung zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen erforderlich gewesen. Der Beschluss sei auch nicht widersprüchlich, da sich ihm nicht entnehmen lasse, dass die Klägerin parallel alle ihr zustehenden Rechte geltend machen wolle. Im Übrigen habe die Gemeinschaft in der Eigentümerversammlung vom 23.5.2016 unter TOP 6.6a bestandskräftig beschlossen, dass sie gegenüber der Beklagten einen Schadensersatzanspruch geltend machen will.

III. Verjährung

1. Die Ansprüche der Klägerin seien nicht verjährt.

Mit den „technischen Abnahmen“ des Architekten M... sei, wovon auch die Beklagte ausgehe, keine rechtsgeschäftliche Abnahme einhergegangen.

Eine fiktive Abnahme mit Wirkung zum 25.11.2009 habe nicht stattgefunden. Der Anlage B 13 sei keine Aufforderung der Beklagten, ihre Leistung abzunehmen. Eine Fristsetzung von 4 Werktagen sei im Übrigen zu kurz.

Auch sei die Klägerin nicht zur Abnahme verpflichtet gewesen, da die Leistung der Beklagten nicht vertragsgerecht hergestellt gewesen sei, wie sich aus den Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen im selbständigen Beweisverfahren ergebe.

Erst durch die Klage vom 16.10.2015, in welcher die Klägerin Schadensersatz geltend gemacht habe, sei die Abnahme entbehrlich geworden. Die Verjährung der Mängelansprüche der Klägerin beginne erst ab diesem Zeitpunkt zu laufen, die Beklagte könne sich daher nicht erfolgreich auf die Einrede der Verjährung berufen.

2. Die Erfüllungsansprüche der Klägerin seien ebenfalls nicht verjährt.

Der Lauf der Verjährungsfrist habe nicht am 31.12.2009 begonnen. Für die Verjährung des Schadensersatzanspruchs, der statt des Erfüllungsanspruchs geltend gemacht werde, komme es auf dessen Entstehung und die Kenntnis hiervon an. Zwischen den Parteien sei höchst streitig gewesen, ob Mängel des Werkes der Beklagten vorlagen. Erst mit Vorliegen des Gutachtens im selbständigen Beweisverfahren habe die Klägerin Kenntnis von den streitgegenständlichen Mängeln erlangt. Der Lauf der Verjährung habe daher erst Ende 2013 begonnen, die Klageeinreichung vom 16.10.2015 sei innerhalb der Verjährungsfrist erfolgt.

3. Auch ein unzulässig eingeleitetes selbständiges Beweisverfahren eines Berechtigten hemme die Verjährung.

Die Klägerin sei bei Einleitung des selbständigen Beweisverfahrens materiell berechnigte Anspruchsinhaberin gewesen.

IV. (Zu den ursprünglich geltend gemachten) Schadensersatzansprüchen

1. Die Schreiben Anlagen K 6 und 7 seien geeignet gewesen, die Beklagte zur Mängelbeseitigung unter Fristsetzung aufzufordern, die Bevollmächtigung des ehemaligen Anwalts der Klägerin sei gegeben gewesen. Im Übrigen habe die Beklagte die Leistung endgültig und ernsthaft verweigert.

2. Bei dem Gespräch am 5.8.2014 habe versucht werden sollen, eine „große Lösung“ herbeizuführen, nachdem der Sachverständige festgestellt habe, dass ungeachtet der streitgegenständlichen Mängel weitere Schäden vorhanden gewesen seien. Dies sei jedoch daran gescheitert, dass die Beklagte und ihre Streithelferin die Mangelhaftigkeit

ihrer Leistungen bestritten hätten und dass die Beklagte, wie sich aus Anlage B 14 ergebe, nicht zu weiteren Mängelbeseitigungsarbeiten bereit gewesen sei. Die Beklagte habe nicht davon ausgehen dürfen, dass die Fristsetzung obsolet sei, eine weitere Fristsetzung wäre unsinnige Förmerei gewesen.

V. Höhe des (ursprünglich geltend gemachten) Schadensersatzanspruchs

Das Landgericht habe der Klägerin zutreffend einen Anspruch auf Zahlung von Mängelbeseitigungskosten als Schadensersatz in Höhe von 286.643,53 zuerkannt.

1. Weder das Erstgericht noch der Gutachter hätten die zwischen den Parteien getroffene Beschaffensvereinbarung außer Acht gelassen. Die Beklagte habe die geschuldeten Leistungen mangelhaft erbracht. Das Landgericht, welches sich diesbezüglich auf die zutreffenden Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen im selbständigen Beweisverfahren gestützt habe, habe ebenfalls zutreffend ausgeführt, dass die zuerkannten Kosten erforderlich seien, weil die Beklagte die Reinigung der Betonoberfläche nicht ordnungsgemäß durchgeführt habe, da nach der Reinigung Farbunterschiede (Flecken) aufgetreten seien, deren Ursache eine ungleichmäßige Bearbeitung der Fassadenoberfläche sei. Die Klägerin habe sich weder ausdrücklich noch konkludent damit einverstanden erklärt, dass nach der Reinigung und dem Hydrophobieren ein ungleichmäßiges Erscheinungsbild der Fassade verbleibt. Schriftliche Bedenkenanmeldungen der Beklagten bzw. ihrer Streithelferin betreffend die Reinigung mit niedrigem Wasserdruck würden nicht existieren.

Überdies ergebe sich aus dem gerichtlichen Sachverständigengutachten, dass die Farbunterschiede auf einer handwerklich unsauberen Bearbeitung und nicht auf der Reinigung mit niedrigem Wasserdruck beruhten. Aus dem Angebot der Beklagten ergebe sich ebenfalls, dass die Fassade mit 150 bar gereinigt wird, ohne Hinweis, dass eine derartige Ausführung nicht fachgerecht sei.

Der Sachvortrag der Beklagten in ihrer Klageerwiderung widerspreche darüber hinaus diametral ihrem Vorbringen im Schriftsatz vom 13.7.2010 im Verfahren Az.: 24 O 8893/10 (H... ./.. Fritz E...) vor dem Landgericht München I. Die Klägerin habe zum Zeitpunkt der Ausführung der Arbeiten keine Anhaltspunkte dafür gehabt, dass die Ausführung der Leistungen der Beklagten zu einer streifigen und fleckigen Fassade führen könnte, die Probestfläche sei optisch einwandfrei gewesen.

Ein schriftlicher Hinweis der Beklagten auf die Notwendigkeit einer vorherigen Instandsetzungsplanung mit Prüfung der Festigkeit des Betons, einer Reinigung mit 500 bar und darauf, dass das Unterlassen eines deckenden Farbanstrichs nach Hydrophobierung zu einem Erscheinungsbild mit fleckiger Fassade führe, existiere nicht. Auf dieses Ergebnis sei die Klägerin weder schriftlich noch mündlich hingewiesen worden. Im Übrigen handle es sich um reine Ausführungsfehler, welche zu den Farbunterschieden geführt hätten.

Entgegen der Berufungsrüge der Beklagten habe das Landgericht keinen Beweis bzgl. der angeblich zwischen den Parteien vereinbarten Beschaffenheit erheben müssen, nachdem die Beklagte nach den Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen im selbständigen Beweisverfahren handwerklich unsauber gearbeitet habe.

2. Unabhängig von der handwerklichen Unsauberkeit habe die Beklagte die Klägerin nicht darauf hingewiesen, dass eine Reinigung mit Niederdruck zu einem optisch unsauberen Erscheinungsbild führen würde. Dem Angebot der Beklagten Anlage K 1 sei die Reinigung der Fassade mit 150 bar zu entnehmen, ohne dass ein schriftlicher Hinweis darauf vorliege, dass hiermit die Reinigung der Fassade nicht ausgeführt werden kann. Ein klarer, vollständiger und erschöpfender mündlicher Hinweis sei ebenfalls nicht

erteilt worden, dies führe die Beklagte im Verfahren Az.: 24 O 8893/10 vor dem Landgericht München I selbst aus. Bei dem Termin am 6.5.2009 sei es nicht um die Frage gegangen, wie die Fassade gereinigt werden sollte. Auch den Anlagen B 7 und 8 sei ein Bedenkenhinweis nicht zu entnehmen.

Ursache der fleckigen Fassade sei nicht die Reinigung mit Niederdruck, sondern die handwerklich unsaubere Ausführung der Leistung. Die Ausführungen der Beklagten, wonach ein einheitliches Erscheinungsbild bei Reinigung mit Niederdruck nur durch einen deckenden Farbanstrich nach der Hydrophobierung hätte erreicht werden können, sei unzutreffend. Durch einen solchen hätte man nur die Instandsetzungsarbeiten am Beton kaschieren wollen und nicht die gesamte Fassade streichen.

Das sog. „...hochhaus“ mit seiner Betonfassadenoptik sei weit über die Grenzen Münchens hinaus bekannt.

Die Klägerin könne die vollständigen Mangelbeseitigungskosten fordern.

3. Einzelpositionen:

a) Pos. Nr. 1, 2

Die Kosten der „Istzustandsfeststellung“ seien von der Beklagten zu ersetzen. Die Feststellung der Schadstellen sei zwingend erforderlich, um ein Mangelbeseitigungskonzept zu erarbeiten. Es handle sich daher nicht um Sowiesokosten.

Die Pos. Nr. 2 stelle keine Kosten zur Vorbereitung und Planung einer Sanierung dar, sondern Kosten für die Planung und Überwachung der Nachbesserungsarbeiten zur Beseitigung der mangelhaften Leistungen der Beklagten. Kosten in Höhe von 15 % der Mangelbeseitigungskosten für die Mangelbeseitigungsplanung- und überwachung seien üblich, zumal die Beklagte die Planungsleistungen vertraglich übernommen hatte.

b) Pos. Nr. 3, 4

Bei den Kosten für die Baustelleneinrichtung und den Gerüstkosten handle es sich nicht um Sowiesokosten, zumal die Beklagte mit der Sanierung der Betonschadstellen beauftragt gewesen sei.

Die hierfür angesetzten Kosten seien angesichts des Anstiegs der Baukosten seit Erstattung des Gutachtens 2013 und des eigenen Angebots der Beklagten vom 30.10.2008 nicht überhöht.

c) Pos. Nr. 5, 6

Die Kosten seien nach den Ausführungen des Sachverständigen erforderlich, um die scheckige und fleckige Fassade zu beseitigen. Auf der Nordseite müsse die wachshaltige Hydrophobierung, welche sich nicht mit Wasser oder Dampf beseitigen lasse, mit Trockeneis entfernt werden.

d) Pos. Nr. 7, 8, 9

Es handle sich nicht um Sowiesokosten. Nach den Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen würden diese Kosten für die technische Überarbeitung der Schadstellen anfallen.

e) Pos. Nr. 16

Die Endreinigung sei erforderlich, um die entfernte Hydrophobierung wieder anzubringen. Die Tatsache, dass die Beklagte diese Leistung ursprünglich nicht ausgeführt habe, sei einer der Hauptgründe für die fleckige und scheckige Fassade.

f) Pos. Nr. 17

Hinsichtlich der Kosten für die Hydrophobierung komme ein „Abzug neu für alt“ nicht in Betracht, wenn - wie hier - die erlangten Vorteile ausschließlich auf einer Verzögerung der Mängelbeseitigung beruhen und sich der Besteller jahrelang mit einem fehlerhaften Werk begnügen musste. Es widerspreche dem Gesetzeszweck der Gewährleistungsregelungen, wenn es der Unternehmer in der Hand hätte, sich durch Verzögerung der Mängelbeseitigung seiner Gewährleistungspflicht und der damit verbundenen Kostenbelastung ganz oder teilweise zu entziehen.

g) Pos. Nr. 19, 20

Die Kosten für die Beseitigung dieser Mängel seien durch die Beklagte zu erstatten, unabhängig davon, ob diese Leistungen ursprünglich beauftragt waren. Nach den Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen habe die Beklagte die Leistungen erbracht und nicht mangelfrei ausgeführt.

h) Pos. Nr. 21

Der Zuschlag von 10 % für Unvorhergesehenes sei erstattungsfähig und vom Sachverständigen zutreffend in die Kostenkalkulation eingestellt worden.

4. Positionen Nr. 10, 11, 20 (Tabelle 2)

Das Landgericht habe diese Positionen zutreffend nicht als Sowiesokosten erachtet.

5. Die Privatgutachterkosten in Höhe von 29.212,30 Euro seien als Mängelbeseitigungskosten ersatzfähig, da die Klägerin auf die Hinzuziehung der Sachverständigen angewiesen gewesen sei, um die Behauptungen der Beklagten zu überprüfen und eine Klage vorzubereiten.

Diese würden nun unter Klageantrag Ziffer III als Schadensersatz neben der Leistung geltend gemacht.

6. Der Mitverschuldenseinwand greife nicht durch, da die Beklagte gem. Ziffer 6.10 ihres Angebots vom 30.10.2008, welches durch die Klägerin beauftragt worden sei, die Planung der Maßnahme geschuldet habe. Einen Hinweis der Beklagten auf die Notwendigkeit der Feststellung des Ist-Zustandes der Fassaden sowie einer detaillierten Instandhaltungsplanung nach Betonüberprüfung habe es nicht gegeben. Ein Mitverschulden der Klägerin liege auch deshalb nicht vor, da sich diese zulässigerweise auf die Expertise ihres Beirats und Geschäftsführers der Beklagten Fritz E... verlassen habe.

Die Beklagte wendet hiergegen ein, dass der ursprünglich geltend gemachte Schadensersatzanspruch wegen fiktiver Mängelbeseitigungskosten unbegründet gewesen sei, weshalb der Klägerin keine Verzugs- bzw. Prozesszinsen hätten zugesprochen werden dürfen, was auch im Rahmen der Kostenentscheidung zu berücksichtigen sei.

Bei dem neuen Klageantrag zu Ziffer III. handle es sich um eine in der Berufungsinstanz unzulässige Klageerweiterung, deren Zulassung sich die Beklagte widersetze. Eine Erhöhung der in erster Instanz geltend gemachten Nettobeträge um die Umsatzsteuer sei

nur unter Berücksichtigung der Grundsätze einer wirksamen Anschlussberufung möglich. Die Frist für die Anschlussberufung sei abgelaufen, eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sei nicht geboten.

In den Feststellungsanträgen seien die Mängelerscheinungen z.T. nach wie vor nicht ausreichend konkret bezeichnet.

Der nunmehr geltend gemachte Kostenvorschussanspruch sei unbegründet. Zwischen den Parteien sei die VOB/B vereinbart worden, weshalb Gewährleistungs- bzw. Schadensersatzansprüche erst nach - bislang nicht erfolgter - Kündigung des Auftrags geltend gemacht werden könnten. Auch wenn die VOB/B nicht wirksam vereinbart worden wäre, könne Kostenvorschuss erst nach - bislang nicht erfolgter - Abnahme beansprucht werden.

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

Der Senat hat den Parteien mit Verfügung vom 13.7.2014 (Bl. 301/312 d.A.) einen Vergleichsvorschlag unterbreitet sowie rechtliche Hinweise gem. § 139 ZPO erteilt. Im Termin zur mündlichen Verhandlung am 5.12.2017 haben die Parteien einen für die Klägerin widerruflichen Vergleich geschlossen (Bl. 389 d.A.). Die Klägerin hat den Vergleich fristgerecht widerrufen (Bl. 399 d.A.).

Mit Verfügung vom 10.4.2018 (Bl. 413/415 d.A.) hat der Senat den Parteien weitere Hinweise erteilt. Der Senat hat am 31.7.2018 erneut mündlich verhandelt. Für das Ergebnis der mündlichen Verhandlungen wird auf die jeweiligen Sitzungsniederschriften Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung der Beklagten hat nur teilweise Erfolg. Soweit sie unbegründet ist, ist sie zurückzuweisen.

Der Klägerin steht gegen die Beklagte wegen der Mangelhaftigkeit des Werks der Beklagten gem. §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 1 und Abs. 3 BGB ein Kostenvorschussanspruch in Höhe von 180.077,53 netto zzgl. der hierauf entfallenden Mehrwertsteuer in Höhe von 34.214,73 zu. Der Kostenvorschussanspruch ist gem. §§ 291, 288 Abs. 1 BGB ab Zustellung der Klageschrift, der hierauf entfallende Mehrwertsteuerbetrag ab Zustellung der Antragsänderung am 5.4.2018 zu verzinsen.

Die Klägerin hat darüber hinaus gem. §§ 634 Nr. 4, 280 BGB einen Anspruch auf Zahlung von 26.291,30 Schadensersatz für von ihr aufgewendete Privatgutachterkosten zzgl. Prozesszinsen als Mangelfolgeschaden.

Der Feststellungsantrag der Klägerin betreffend die Einstandspflicht der Beklagten für alle über 286.643,63 Euro hinausgehenden Aufwendungen und Schäden, welche durch Beseitigung der einzeln aufgelisteten Mängel aus dem Sachverständigengutachten des Dipl. Ing. K... vom 19.1.2013 entstehen, ist nach erfolgter Antragskonkretisierung zulässig und insoweit begründet, als eine Einstandspflicht der Beklagten für 90 % der über einen Betrag in Höhe von 257.533,68 hinausgehenden Aufwendungen und Schäden festzustellen war.

Soweit das Landgericht der Klägerin einen höheren Zahlungsanspruch zugesprochen, eine weitergehende Ersatzpflicht der Beklagten für Aufwendungen und Schäden bei der Mängelbeseitigung sowie den Verzug der Beklagten mit der Mängelbeseitigung festgestellt

hat, hat die Berufung der Beklagten mit der Folge der Klageabweisung insoweit Erfolg. Im Übrigen verbleibt es bei der Klageabweisung.

Im Einzelnen:

A. Die Klage ist zulässig.

I. Prozessführungsbefugnis der Klägerin

Durch den Prozessbevollmächtigten der Klägerin wurde mit Schriftsatz vom 16.10.2015 Hauptsacheklage erhoben.

Die Berufungsrüge der Beklagten, wonach die Klägerin hierfür nicht prozessführungsbefugt gewesen sei, da der Beschluss vom 4.12.2014 (Anlage K 14) mangels hinreichender Bestimmtheit nichtig sei und im Übrigen keine Ermächtigung der Klägerin zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen anstelle von Nacherfüllungsansprüchen enthalte, greift nicht durch.

1. Die Prozessführungsbefugnis ist das Recht, einen Prozess als die richtige Partei im eigenen Namen zu führen; sie gilt sowohl für die Aktiv- als auch für die Passivprozesse. Die Prozessführungsbefugnis steht grundsätzlich dem Träger des streitigen Rechtsverhältnisses zu; das ist derjenige, der aus dem Rechtsverhältnis unmittelbar berechtigt und verpflichtet ist (Thomas/Putzo-Hüfstege, ZPO, 39. Auflage 2017, § 51 Rn. 20, 21).

2. Die Klägerin ist als Auftraggeberin der Beklagten originäre Inhaberin etwaiger Gewährleistungsansprüche gegen die Beklagte, ohne dass es hierfür eines Ermächtigungsbeschlusses bedurfte.

3. Im Übrigen teilt der Senat die Auffassung des Landgerichts unter I. der Entscheidungsgründe des Ersturteils, wonach der Beschluss vom 24.10.2014 (richtigerweise vom 4.12.2014; Anlage K 14) hinreichend bestimmt ist, nachdem ausdrücklich die Geltendmachung „aller ihr zustehenden Rechte“ beschlossen wurde und nur „insbesondere“ Schadensersatz- und Gewährleistungsrechte erwähnt werden, ohne dass es darauf ankäme, dass sich diese wechselseitig ausschließen. Nach dem Inhalt des Beschlusses sollte es dem Rechtsanwalt überlassen werden, welche Ansprüche er geltend macht.

Soweit sich die Beklagte für ihre Auffassung, dass die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen anstelle von Nacherfüllungsansprüchen ausdrücklich beschlossen werden müsse, auf das Urteil des BGH vom 12.4.2007, Az.: VII ZR 236/05 bezieht, ist dieses vorliegend nicht einschlägig, da es in dem darin entschiedenen Fall um einen Fall gewillkürter Prozessstandschaft einer Wohnungseigentümergeinschaft ging, welche einen vorangegangenen Beschluss über das „An sich ziehen“ von Rechten der Erwerber wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums erfordert. Dies ist angesichts der im hier zu entscheidenden Fall vorliegenden Anspruchsinhaberschaft der Klägerin nicht erforderlich.

Auf die Frage, ob die nachträgliche Genehmigung durch Beschluss der Eigentümerversammlung vom 23.5.2016, TOP 6.6. a (Anlage K 27) Rückwirkung hat, kommt es daher nicht entscheidungserheblich an.

II. Feststellungsanträge

1. Der zuletzt unter Ziffer IV (1) bis (11) gestellte Feststellungsantrag ist zulässig.

a) Zwar wird die Tenorierung in Ziffer II. des Ersturteils durch die Beklagte zu Recht beanstandet, dies konnte jedoch nach Konkretisierung des klägerischen Antrags auf Hinweis des Senats korrigiert werden.

Das Landgericht hat in Ziffer II. des Tenors „festgestellt, dass die Beklagte im Falle der Beseitigung der Mängel an der Fassade des Anwesens Johann-... Str. 7/11 durch die Klägerin auch die auf den Betrag von 238.399,68 Euro anfallende Umsatzsteuer sowie eventuell entstehende angemessene und notwendige Mehrkosten der Mangelbeseitigung zu zahlen hat.“

Im Tenor Ziffer II. sind dabei die Mängel, für deren Beseitigung die den Tenor gemäß Ziffer I. übersteigende Einstandsverpflichtung der Beklagten dem Grunde nach festgestellt wird, nicht aufgeführt.

Ungeachtet des Umstandes, dass eine Zwangsvollstreckung aus dem Feststellungstenor nicht stattfindet, muss sich der Umfang der Rechtshängigkeit und der Rechtskraft aus dem Urteil selbst ergeben. Wenn die Fassung der Urteilsformel zu Zweifeln Anlass gibt, muss der wahre Sinn der Urteilsformel durch Auslegung festgestellt werden. Hierfür ist die Heranziehung der Urteilsgründe statthaft und geboten (Zöller-Seibel, ZPO, 32. Auflage, § 704 Rn. 5).

Den Ausführungen des Erstgerichts unter Ziffer III. der Entscheidungsgründe ist nicht zu entnehmen, auf die Beseitigung welcher Mängel sich die Feststellung im Einzelnen bezieht.

Unter Ziffer II. der Entscheidungsgründe führt das Landgericht lediglich aus, dass es hinsichtlich der Mangelhaftigkeit der von der Subunternehmerin der Beklagten ausgeführten Arbeiten den Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen Dipl. Ing. K... in dessen beiden Gutachten im selbständigen Beweisverfahren folgt. Es wird sodann unter Ziffer II. a. unter Bezugnahme auf die entsprechenden Seitenzahlen des Gutachtens ausgeführt, dass insbesondere

-„die Fassade vor Durchführung der Hydrophobierung nicht ausreichend und gleichmäßig gereinigt wurde, wodurch sich ein „scheckiges“ und „streifiges Gesamtbild“ ergibt,

-die waagrechten Attikaflächen nicht durchgehend hydrophobiert wurden,

-vorhandene Schadstellen im Beton nicht richtig behandelt wurden

-sowie einige eher kleine Mängel am Blitzschutz und Anstrichen an den Fenstern und Verfugungen festgestellt wurden.“

Es bestanden daher erhebliche Zweifel, auf die Beseitigung welcher Mängel genau sich die Feststellungen des Erstgerichts im Einzelnen beziehen, auch wenn unter Ziffer III. c. der Entscheidungsgründe, allerdings nur hinsichtlich der Schadenshöhe, auf die Tabelle 2 zum gerichtlichen Sachverständigengutachten (Seite 82 ff) verwiesen wird, in welcher die erforderlichen Maßnahmen aufgeführt und bepreist werden.

Bei Unklarheiten im Tenor eines Urteils handelt es sich um einen Verfahrensmangel (Zöller-Heßler, ZPO, 32. Auflage, § 538 Rn. 29).

b) Diese Unklarheiten im Klageantrag konnte jedoch nach Konkretisierung der Feststellungsanträge im Schriftsatz der Klagepartei vom 7.11.2017 (Bl. 353/354 d.A.) bzw. zuletzt vom 29.3.2018 (Bl. 398/410 d.A.) auf Hinweis des Senats beseitigt werden.

Auf rechtlichen Hinweis des Senats vom 13.7.2017 an die Klagepartei, dass ihre Feststellungsanträge Ziffer II. und III. nicht hinreichend bestimmt seien (Bl. 302/303 d.A.) konkretisierte die Klägerin die maßgeblichen Mängel mit Schriftsatz vom 7.11.2017 (Bl. 353/354 d.A.) durch enumerative Aufzählung. Hierbei handelt es sich nicht um eine nach § 533 ZPO zu behandelnde Klageänderung, sondern um eine bloße Ergänzung der tatsächlichen Anführungen gem. § 264 Nr. 1 ZPO.

c) Die Feststellungsanträge wurden hierdurch genügend bestimmt und sind zulässig.

Ein Klageantrag ist genügend bestimmt, wenn der Kläger z.B. Art und Anzahl der Mängel sowie deren Lage genau beschreibt. Maßstab sind auch hier die Grundsätze der Symptomtheorie. Für die Individualisierung reicht es aus, wenn der Unternehmer die Mängel ohne Schwierigkeiten finden kann (Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Auflage 2015, Rn. 446).

Soweit die Beklagte einwendet, dass die Mängelerscheinungen zum Teil nicht ausreichend konkret, insbesondere hinsichtlich der Örtlichkeiten bezeichnet seien, trifft dies nicht zu. In Anbetracht der durch den Sachverständigen Dipl. Ing. K... ermittelten ca. 1.000 Stück Schadstellen (Tabelle 2 auf Seiten 82/83 des Gutachtens vom 19.1.2013) wäre es eine Überspannung der Anforderungen, der Klägerin aufzugeben, deren genau Lage jeweils einzeln anzugeben. Einem Unternehmer ist es mit Zuhilfenahme des gerichtlichen Sachverständigengutachtens unschwer möglich, die zu beseitigenden Mängel zu lokalisieren. Der Senat hat daher zur weiteren Präzisierung im Tenor des Berufungsurteils insoweit jeweils auf die relevanten Blattzahlen des diesem Urteil als Anlage beigefügten gerichtlichen Sachverständigengutachten vom 19.01.2013 Bezug genommen.

d) Im Einzelnen:

Der Feststellungsantrag Ziffer IV. (1) betrifft die gesamten gereinigten Fassaden.

Der Feststellungsantrag Ziffer IV. (2) betrifft die waagrechten Attikaflächen der Dachterrassen und die Oberseiten der Balkonbrüstungen. Die mangelhaften, nicht hydrophoben Stellen ergeben sich aus dem Fachgutachten des durch den gerichtlichen Sachverständigen Dipl. Ing. K... hinzugezogenen Sachverständigenbeirats Prof. Dr. K... S... vom 5.10.2012 (Beilage 2 des gerichtlichen Sachverständigengutachtens vom 19.1.2013, Seite 25/27).

Der Feststellungsantrag Ziffer IV. (3) betrifft ersichtlich sämtliche Fassadenseiten.

Der Feststellungsantrag Ziffer IV. (4) bezieht sich auf die Stellen an den Oberflächen der Attiken, an denen sich Ausbesserungen mit unregelmäßigem und in der Farbe abweichendem Mörtel sowie ohne Fase und ungerade hergestellte Kanten und Kanten mit Ablösungen befinden. Wegen der Örtlichkeit wird durch den Senat auf Seiten 15/16 des Gutachtens des Sachverständigen Dipl. Ing. K... vom 19.1.2013 Bezug genommen.

Der Feststellungsantrag Ziffer IV. (5) bezieht sich erkennbar nur auf Brüstungen, welche auf der Oberseite eine graue Schlemme aufweisen. Wie dem Gutachten des Sachverständigen Dipl. Ing. K... vom 19.1.2013 auf Seite 17 unten und Seite 18, auf welche durch den Senat Bezug genommen wird, zu entnehmen ist, geht es um die in der Aufstellung auf Seite 18 genannten Oberseiten der Balkonbrüstungen.

Der Feststellungsantrag Ziffer IV. (6) bezieht sich nur auf die Flacheisen, die oberflächlich auf kurze Strecken mit Mörtel bedeckt sind. Es geht hierbei um den Flachstahl der Blitzschutzanlage, welcher an einigen, auf Seite 20/21 des Gutachtens des Sachverständigen Dipl. Ing. K... vom 19.1.2013 aufgelisteten Stellen geringfügig mit

Mörtel überdeckt ist, wobei der Mörtel lediglich auf den Dachflächen, bei denen die Attiken von den Wohnungen einsehbar sind, aus optischen Gründen von den Flacheisen zu entfernen ist.

Der Feststellungsantrag Ziffer IV. (7) betrifft Mängel an der Sonnenterrasse im 13. Obergeschoss gemäß Aufstellung Seite 22/23 des Gutachtens des Sachverständigen Dipl. Ing. K... vom 19.1.2013.

Der Feststellungsantrag Ziffer IV. (8) hat die elastoplastischen Fugen an den aus der Auflistung auf Seite 24/27 des Gutachtens des Sachverständigen Dipl. Ing. K... vom 19.1.2013 zu entnehmenden Örtlichkeiten zum Gegenstand und hiervon lediglich Fugen an den Fassadenflächen im oberen Bereich und im Bereich der Fenster, da der Sachverständige Dipl. Ing. K... nur ohne Gerüst und Hubsteiger zugängliche Fugen überprüfen konnte, nachdem die Aufstellung von Gerüsten oder die Verwendung eines Hubsteigers seitens der Antragstellerin nicht gewünscht war (Seite 27/29, 83 des Gutachtens vom 19.1.2013).

Der Feststellungsantrag Ziffer IV. (9) betrifft Farb- und Strukturabweichungen an den auf Seite 32/35 des Gutachtens des Sachverständigen K... vom 19.1.2013 aufgelisteten Örtlichkeiten, welche nach den Feststellungen des Sachverständigen jeweils mit bloßem Auge erkennbar sind und zwar an ca. 1.000 Schadstellen, wobei die exakte Menge nur anhand einer genaueren Untersuchung der Fassadenflächen bzw. während der Behebung der Schadstellen festgestellt werden kann (Seite 32/35 des Gutachtens des Sachverständigen Dipl. Ing. K... vom 19.1.2013). Eine genaue Angabe der einzelnen Stellen ist daher unverhältnismäßig und würde den Rahmen der Antragstellung und Tenorierung sprengen.

Des Weiteren betrifft der Antrag die vom Sachverständigen festgestellten streifenförmigen Verfärbungen auf sämtlichen Fassadenflächen.

Der Feststellungsantrag Ziffer IV. (10) betrifft die durch den Sachverständigenbeirat Prof. Dr. S... auf Seite 11 seines Fachgutachtens vom 5.10.2012 festgestellten Dunkelfärbungen im Bereich der Balkone (Beilage 2 zum Gutachten des Sachverständigen K... vom 19.1.2013).

Der Feststellungsantrag Ziffer IV (11) betrifft die nicht oder nicht vollständig bearbeiteten Schadstellen an den der Auflistung auf Seiten 48/51 des Gutachtens des Sachverständigen K... vom 19.1.2013 zu entnehmenden Örtlichkeiten und hier die unbearbeiteten korrodierten Bewehrungsstähle sowie das „Ausziehen“ des Instandsetzungsmörtels auf „0“. Eine genaue Angabe der einzelnen Stellen erscheint in Anbetracht von durch den Gutachter festgestellten ca. 1.000 Schadstellen unverhältnismäßig.

2. Der erstinstanzlich durch die Klägerin geltend gemachte Feststellungsantrag hinsichtlich des Verzugs der Beklagten mit der Mängelbeseitigung, welchen das Landgericht im Ersturteil zugesprochen hatte, wurde in der Berufungsinstanz nicht mehr gestellt.

Für den Fall, dass er als gestellt anzusehen sein sollte, wäre der Antrag unzulässig.

Vorfragen, wie der Verzug des Schuldners können nicht Gegenstand der Feststellungsklage sein (Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, Rn. 12 m.w.N.), worauf der Senat bereits mit Verfügung vom 11.7.2017 hingewiesen hat.

III. Antragsänderung in der Berufungsinstanz

Die in der Berufungsinstanz vorgenommenen Antragsänderungen sind zulässig.

1. Kostenvorschuss

Bei der Umstellung des klägerischen Antrags auf Zahlung von Kostenvorschuss zur Mängelbeseitigung liegt gem. § 264 Nr. 3 ZPO keine Klageänderung vor, deren Zulässigkeit in der Berufungsinstanz nach § 533 ZPO zu beurteilen wäre.

Vielmehr reagiert die Klägerin, ohne dass eine Änderung des Klagegrundes vorliegen würde, lediglich zulässigerweise auf die nach Rechtshängigkeit eingetretene Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung durch das Urteil des BGH vom 22.2.2018, Az.: VII ZR 46/17.

2. Umsatzsteuer auf Kostenvorschuss

Was die Umsatzsteuer auf die zunächst beantragten Mängelbeseitigungskosten angeht, hatte die Klägerin erstinstanzlich die Feststellung der Ersatzpflicht der Beklagten hinsichtlich aller weiteren Kosten, die einen Betrag in Höhe von 286.643,63 Euro übersteigen, insbesondere der bei der tatsächlichen Schadensbehebung anfallenden Umsatzsteuer, beantragt. Sie trug dabei der damaligen gefestigten Rechtsprechung Rechnung, wonach die Umsatzsteuer erst verlangt werden kann, wenn sie im Rahmen der Durchführung der Mängelbeseitigung tatsächlich anfällt.

Das Landgericht hat diesbezüglich nur die Feststellung der Ersatzpflicht der Beklagten hinsichtlich der auf einen Betrag in Höhe von 238.399,68 Euro entfallenden Umsatzsteuer ausgesprochen.

Mit Schriftsatz vom 29.3.2018 geht die Klägerin aufgrund der vorerwähnten Antragsumstellung von einem Schadensersatzanspruch auf einen Kostenvorschussanspruch im Hinblick auf die auf die voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten entfallende Umsatzsteuer vom ursprünglichen Feststellungsantrag auf einen Leistungsantrag über, wobei der Ausgangsbetrag, aus welchem sie die Umsatzsteuer errechnet, unter dem durch das Landgericht ausgeurteilten Betrag liegt. Damit trägt sie dem Umstand Rechnung, dass der Vorschussanspruch auch die Umsatzsteuer umfasst, ohne dass hierdurch der Klagegrund geändert wird.

Der Senat versteht das Urteil des BGH vom 22.2.2018, Az.: VII ZR 46/17 (dort Rn. 53/55) dahingehend, dass es sich hierbei gem. § 264 Nr. 3 ZPO um keine Klageänderung in Form einer Klageerweiterung handelt, welche nur unter den Voraussetzungen des § 533 ZPO zulässig wäre. Hierfür ist die Einlegung einer Anschlussberufung nicht erforderlich, weshalb der Antrag der Klägerin auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Frist zur Einlegung der Anschlussberufung gegenstandslos ist.

B. Die Berufung ist nur teilweise begründet.

Die Klage ist teilweise begründet. Soweit die Klage unbegründet ist, ist sie abzuweisen bzw. verbleibt es bei der bereits erfolgten Abweisung im Übrigen.

Die weitere Teilklageabweisung beruht auf einer Verringerung des Kostenvorschussanspruchs der Klägerin wegen Wegfalls der Position Nr. 11: Steinmetzartige Nachbearbeitung der Reparaturstellen (495,00 Euro) der Tabelle 2 des Gutachtens des Sachverständigen Dipl. Ing. K... vom 19.1.2013, woraus sich ein Kostenvorschussanspruch in Höhe von zunächst 286.148,53 netto ergibt.

Hiervon ist ein Mitverschuldensanteil der Klägerin an der Schadensentstehung, welchen der Senat mit 10 % bewertet, also in Höhe von 28.614,85 abzuziehen, woraus sich als Zwischensumme ein Kostenvorschussanspruch in Höhe von 257.533,68 netto ergibt.

Hiervon ist aufgrund der Hilfsaufrechnung der Beklagten mit deren noch nicht anderweitig verbrauchter Restwerklohnforderung ein Betrag in Höhe von 77.456,15 Euro in Abzug zu bringen.

Hieraus errechnet sich ein verbleibender Kostenvorschussanspruch der Klägerin in Höhe von netto 180.077,53 Euro, zzgl. Prozesszinsen.

Darüber hinaus ist der Klägerin aufgrund ihrer zulässigen Antragsumstellung ein Anspruch auf die auf diesen Kostenvorschussanspruch entfallende Umsatzsteuer in Höhe von 34.214,73 Euro sowie ein Anspruch auf Zahlung von Privatgutachterkosten in Höhe von 26.291,07 Euro, jeweils zzgl. Prozesszinsen zuzusprechen.

Schließlich war dem zuletzt gestellten Feststellungsantrag Ziffer IV. mit Ausnahme der Ziffer IV. (2) und (10) unter Abzug eines quotalen Mitverschuldens der Klägerin in Höhe von 10 % stattzugeben.

Im Übrigen ist die Klage abzuweisen.

I. Kostenvorschussanspruch, Umsatzsteuer, Zinsen

1. Vertrag

Auf den streitgegenständlichen Werkvertrag finden die Vorschriften des BGB Anwendung.

Die Klägerin hatte in ihrer Klage vom 16.10.2015 vorgetragen, dass die VOB Teil B und C im Angebot der Beklagten zwar enthalten seien, dass diese jedoch dem Vertreter der Klägerin nicht mit Angebotsüberreichung ausgehändigt worden seien und daraus gefolgert, dass von einem BGB-Bauvertrag auszugehen sei.

Die Beklagte ist dem erstinstanzlich zu keiner Zeit entgegengetreten. Sie hat insbesondere keine Umstände dargelegt und unter Beweis gestellt, aus welchen sich eine Einbeziehung der VOB Teil B und C in den zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag gemäß § 305 Abs. 2 BGB ergeben würde.

Folgerichtig ging auch das Erstgericht, wie sich aus den in den Entscheidungsgründen angegebenen Anspruchsgrundlagen ergibt, von einem BGB-Vertrag aus.

Dies wird durch die Beklagte auch in ihrer Berufungsbegründung nicht beanstandet.

Erstmals nach der Antragsänderung der Klägerin in Richtung auf einen Kostenvorschussanspruch trägt die Beklagte mit Schriftsatz vom 11.5.2018 (Bl. 458/467 d.A.) vor, dass davon auszugehen sei, dass die Parteien unstreitig die Geltung der VOB/B vereinbart hätten und dass die Voraussetzungen der VOB/B für die Geltendmachung eines Kostenvorschussanspruchs nicht vorliegen würden.

Unabhängig davon, dass es sich insoweit um ein neues Verteidigungsmittel gem. § 531 Abs. 2 ZPO handelt, wobei die Voraussetzungen für dessen Zulassung nicht dargelegt bzw. ersichtlich nicht gegeben sind, legt die Beklagte - immer noch - nicht dar, wie die Einbeziehung der VOB/B gem. § 305 Abs. 2 BGB erfolgt sein soll.

2. Leistungssoll

a) Reinigung

Die Rüge der Beklagten, dass das Landgericht das scheckige und streitige Gesamtbild der Fassaden zu Unrecht als Mangel des Werks der Beklagten angesehen habe, obwohl die Parteien ausdrücklich andere Sollanforderungen der geschuldeten Reinigung vereinbart hätten und obwohl sich die Klägerin ausdrücklich damit einverstanden erklärt habe, dass nach der Reinigung und dem Hydrophobieren ein derartiges Gesamtbild verbleibt, wobei das Landgericht Sachvortrag und Beweisangebote der Beklagten und ihrer Streithelferin übergangen habe, greift nicht durch.

aa) Die Auftragserteilung erfolgte durch den Verwalter der Klägerin am 19.3.2009 (Anlage B 1) unter Bezugnahme auf das Angebot der Fa. H... vom 16.12.2008 (Anlage B 2).

Zwar ist in der Überschrift der Anlage B 1 vom „Angebot vom 30.10.2008 mit Preisänderung“ die Rede, jedoch ergibt sich aus dem nachfolgenden Text, dass der Auftrag „unter den im Beschluss aufgeführten Bedingungen“ erteilt wurde, wobei dem Schreiben ein Auszug des entsprechenden Beschlusses als Anlage beigelegt war, in diesem Beschluss ist wiederum vom „Angebot vom 16.12.2008“ die Rede. Hierbei handelt es sich um das Angebot der Fa. H... (Anlage B 2), welche unter Pos. 03.003 Wasserhochdruckstrahlen einer Fläche von 6.100,00 m² bis 200 bar angeboten hatte. Im Übrigen hatte auch die Beklagte in ihrem Angebot vom 30.10.2008 (Anlage K 1) unter Pos. 3.30 „Abwaschen der Betonfassade mittels Hochdruckreiniger, Hochdruckreiniger 150 Bar“ angeboten.

Hinsichtlich des vereinbarten Leistungssolls ist dabei zwischen der Reinigung zur Vorbereitung der Hydrophobierung und der Hydrophobierung selbst zu differenzieren.

bb) Auch wenn man den Sachvortrag der Beklagten als wahr unterstellt, dass diese beabsichtigt habe, die Reinigungsarbeiten mit einem höheren Druck durchzuführen, der Verwalter der Klägerin jedoch die Ausführung der Reinigung mit einem niedrigeren Druck angewiesen habe, so hat sich die Beklagte dennoch letztlich auf eine Reinigung der Sichtbetonfassade mit Niederdruck eingelassen.

Wenn sie der Auffassung gewesen wäre, dass hiermit nur ein streifiges und fleckiges Reinigungsergebnis erzielbar war, hätte sie als Fachfirma gegenüber der Klägerin Bedenken anmelden müssen. Eine dahingehende Bedenkenanmeldung hat aber die Beklagte selbst nicht vorgetragen.

Vielmehr hat die Beklagte erstinstanzlich lediglich Bedenkenhinweise im Hinblick auf die klägerseits gewünschte bloße Hydrophobierung und den Verzicht auf einen Farbanstrich vorgetragen (Bl. 51, 52 d.A.) sowie Bedenkenhinweise des darüber hinaus nicht der Beklagten zuzurechnenden Fachplaners für Betoninstandsetzungsarbeiten, des Zeugen Z..., welche sich auch nach dem eigenen Sachvortrag der Beklagten ebenfalls nicht auf das mit dem Niederdruck erzielbare Reinigungsergebnis sondern vielmehr auf die Notwendigkeit der Durchführung von Betonprüfungen und einer Überprüfung der Aufhängungen der Betonfertigteile vor Beginn der Sanierung bezogen hatten (Bl. 53 d.A.).

Einen konkreten Bedenkenhinweis der Beklagten bzw. eines hierzu bevollmächtigten Vertreters der Beklagten im Hinblick auf das mit dem Niederdruck erzielbare Reinigungsergebnis hatte die Beklagte nicht vorgetragen. Die Vernehmung der beklagtenseits benannten Zeugen T..., W..., H... und Z... unterblieb daher erstinstanzlich zu Recht. Eine Entbehrlichkeit einer Bedenkenanmeldung betreffend das mit Niederdruck erzielbare Reinigungsergebnis ergibt sich auch nicht aus der beklagtenseits durch Vorlage der Anlage B 6 eingewandten Erfahrung des Verwalters der Klägerin mit der Reinigung von Betonfassaden. Zwar ergibt sich hieraus, dass der Verwalter der

Kläger aufgrund einer im Jahr 1997 durchgeführten Fassadenreinigung durchaus Erfahrungen mit Niederdruck gemacht hat, allerdings geht es wiederum nicht um das hierdurch erzielbare Reinigungsergebnis sondern um die Vermeidung von Betonschäden durch Reinigung mit hohem Druck, Im Übrigen vermag dieser Umstand nichts an dem vergleichsweise überragenden Fachwissen der Beklagten als Fachfirma gegenüber dem lediglich in der Praxis der Hausverwaltung erworbenen Wissen des Verwalters zu ändern.

cc) Soweit die Beklagte erstmals in ihrer Berufungsbegründung (Bl. 191 d.A.) vorträgt, einen ausdrücklichen Hinweis erteilt zu haben, dass es bei einer Reinigung mit geringem Wasserdruck zu keinem guten Reinigungsergebnis kommen würde, handelt es sich um ein neues Verteidigungsmittel gem. § 531 Abs. 2 ZPO, ohne dass die Voraussetzungen für dessen Zulassung vorliegen würden.

Im Übrigen ist dem neuen Sachvortrag in der Berufungsinstanz nicht zu entnehmen, wer, wann, in welcher Form und an wen einen entsprechenden Hinweis erteilt haben soll, eine Vernehmung der benannten Zeugen T... und W... hatte daher auch wegen unzulässiger Ausforschung zu unterbleiben.

b) Hydrophobierung

Hinsichtlich der Hydrophobierung der Fassadenflächen sollte diese, wie sich aus dem Auftrag der Klägerin vom 19.3.2009 (Anlage B 1, dortige Anlage K 2 b) ergibt, in noch zu beschließender Ausführung laut Mustertafel erfolgen.

Es ist unstrittig, dass sich die Klägerin hierbei für eine Hydrophobierung mit einem farblosen Imprägniermittel und gegen einen zusätzlichen Farbanstrich entschieden hat, um den Sichtbetoncharakter der Fassade zu erhalten.

c) Fugen

Das durch die Klägerin gegenüber der Beklagten beauftragte Angebot der Fa. H... vom 16.12.2008 enthält hierzu unter Pos. 03.001 die Entfernung von 940,00 lfdm Fugenmaterial sowie unter der Pos. 03.005 940 lfdm Gebäudedehnfugensanierung.

d) Schadstelleninstandsetzung

Das Leistungssoll der Beklagten hinsichtlich der Schadstelleninstandsetzung ergibt sich aus dem durch die Klägerin erteilten 3. Nachtragsauftrag gem. Angebot vom 10.6.2009 (Anlage B 5).

e) Planung

Eine vertragliche Verpflichtung der Beklagten zur Durchführung einer Instandsetzungsplanung vor Durchführung der Reinigung und Hydrophobierung bzw. vor Beginn der Schadstelleninstandsetzung ergibt sich aus den durch die Klägerin erteilten Aufträgen nicht.

Insbesondere ergibt sich dies hinsichtlich der Schadstelleninstandsetzung ersichtlich nicht bereits aus Pos. 01.005 des 3. Nachtragsauftrags (Anlage B 5), diese Position betrifft lediglich eine Dokumentation der Schadstellen.

3. Vorliegen von Mängeln

a) Reinigung

aa) Die Reinigung weist nach den Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen Dipl. Ing. K... und dessen Sachverständigenbeirat Prof. Dr. S... Ausführungsfehler aus, nämlich streifenförmige Verfärbungen, wie sie bei ungleichmäßiger Anwendung von Druckstrahlern bzw. Spritzdüsen entstehen sowie flecken- und wolkenförmige Verfärbungen mit dem Aussehen von abschnittsweise ungleichmäßig ausgeführten Bearbeitungszonen (S. 31 ff Fachgutachten Prof. Dr. S... v. 5.10.2012), was einen optischen Mangel darstellt. Der Ist-Zustand der Fassadenflächen nach durchgeführter Reinigung wurde durch die Beklagte auch nicht bestritten.

Er ist für den Senat im Übrigen anschaulich den anlässlich der Gutachtenserstellung gefertigten Lichtbildern des Sachverständigen Dipl. Ing. K... in dessen Gutachten vom 19.1.2013 und des Sachverständigenbeirats Prof. Dr. S... in dessen Fachgutachten vom 5.10.2012 zu entnehmen.

bb) Mit ihrem Einwand, dass dieses Reinigungsergebnis bei dem durch die Klägerin beauftragten Niederdruck unvermeidlich sei, dringt die Beklagte ungeachtet der Notwendigkeit eines entsprechenden Bedenkenhinweises (insoweit wird auf die obigen Ausführungen unter Ziffer B.I.2.a) Bezug genommen) ebenso wenig durch.

Die Beweisaufnahme hat vielmehr das Gegenteil bewiesen. Die Erholung eines weiteren Sachverständigen Gutachtens war und ist nicht veranlasst, da die Beweisfrage erschöpfend beantwortet wurde.

Dies ergibt sich für den Senat aus dem ausführlichen, sorgfältig und nachvollziehbar dargestellten Fachgutachten des Sachverständigenbeirats Prof. Dr. S... vom 5.10.2012. Der gerichtliche Sachverständige Dipl. Ing. K... hatte diesen für die Beurteilung der Frage beigezogen, ob die Fassaden vor dem Auftragen der Hydrophobierung ausreichend gereinigt wurden und darüber hinaus für die Überprüfung der vorgenommenen Hydrophobierung.

Prof. Dr. S... hat bei mehreren Ortsterminen streifenförmige Verfärbungen als dunkel hin- und herverlaufende Bänder mit dem Aussehen von „Putzstreifen“ bzw. „Spritzstreifen“, wie sie bei ungleichmäßiger Anwendung von Druckstrahlern bzw. Spritzdüsen entstehen, flecken- und wolkenförmige Verfärbungen als vorhangartige dunkle Teilflächen mit dem Aussehen von abschnittsweise ungleichmäßig ausgeführten Bearbeitungszonen festgestellt und in Form von Lichtbildern nachvollziehbar dokumentiert. Er hat seine Feststellungen sodann einer Überprüfung unterzogen, indem er die bei den Ortsterminen entnommenen Proben visuell, mikroskopisch und sensorisch untersucht hat und infrarotspektroskopische Untersuchungen der Fassadenoberflächen durchgeführt hat, was ebenfalls durch Lichtbilder dokumentiert und nachvollziehbar erläutert wurde. Prof. Dr. S... kam danach zu dem Schluss, dass die von ihm festgestellten streifen-, flecken- und wolkenförmigen Hell-/Dunkelverfärbungen das Abbild von unterschiedlich intensiv ausgeführten Putz- oder Spritzstreifen sowie Bearbeitungszonen darstellen, wie sie typischerweise durch die ungleichmäßige Anwendung von Druckstrahlern bei Reinigungsmaßnahmen bzw. Spritzdüsen beim Auftrag von Oberflächenbehandlungsmitteln entstehen. Ein deutliches Zeichen hierfür sieht er in dem Auftreten der Verfärbungen in geometrischen Mustern. Die visuellen und mikroskopischen Laboruntersuchungen haben schließlich den Beweis dafür erbracht, dass die Hell-/Dunkelfarbunterschiede der Fassade im Wesentlichen durch die Ungleichmäßigkeit der vorgenommenen Reinigung der Fassade verursacht wurden. Einen weiteren Beweis hierfür ergab die infrarotspektroskopische Untersuchung.

Das Fachgutachten Prof. Dr. S... ist somit in erschöpfender sowie für den Senat verständlicher Art und Weise den Ursachen der Verfärbungen nachgegangen. Der Senat stützt sich insoweit vollumfänglich auf die sachverständigen Feststellungen. Die Berufungsbegründung erschöpft sich diesbezüglich darin, die Richtigkeit der im

selbständigen Beweisverfahren gewonnenen Gutachtensergebnisse in Zweifel zu ziehen und ein weiteres Sachverständigengutachten anzubieten, ohne konkret vorzutragen, in welchem Punkt die gutachterlichen Feststellungen unzutreffend sein sollen. Eine weitere Begutachtung war und ist nicht erforderlich.

cc) Der Einwand, wonach die Klägerin dieses Reinigungsergebnis durch eine fehlende Instandsetzungsplanung in Kauf genommen habe, greift in Anbetracht des Umstandes, dass es sich nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme um handwerkliche Ausführungsfehler bei der Fassadenreinigung handelt, nicht durch.

Aus dem Umstand, dass die Klägerin weit nach Vertragsschluss beim Ortstermin vom 6.5.2009 auf den Musterflächen Reinigungsspuren erkennen konnte, kann nicht geschlossen werden, dass hierdurch nachträglich das Leistungsoll der Beklagten hinsichtlich der Reinigung abgeändert werden sollte. Ausweislich Anlage B 1 sollte die nachfolgende Hydrophobierung in noch zu beschließender Ausführung laut Mustertafel erfolgen, hierzu gab es einen Ortstermin vom 6.5.2009. Zu diesen Musterflächen hat der Sachverständigenbeirat Prof. Dr. S... in seinem Fachgutachten vom 5.10.2012 (Seite 12) festgestellt, dass am Hydrophobierungsmuster Hell-Dunkel-Farbungleichmäßigkeiten sowie Reinigungsspuren vorhanden sind.

Bei dem Ortstermin vom 6.5.2009 ging es um die Hydrophobierung und zwar darum ob diese mit oder ohne weiteren Farbanstrich ausgeführt werden sollte. Es ist unstrittig, dass sich die Klägerin gegen einen weiteren Farbanstrich entschieden hat, weil sie den Sichtbetoncharakter der Fassade nicht verändern wollte. Die Vernehmung der für den Ablauf dieses Ortstermins benannten Zeugen T..., W... und H... (Bl. 51 d.A) war daher entbehrlich. Dass sie sich hierdurch mit einer ausführungsfehlerhaften Reinigung einverstanden erklärt hätte, ist ersichtlich nicht der Fall. Die Klägerin war auch nicht verpflichtet, ein schlechtes Reinigungsergebnis dadurch auszugleichen, dass sie sich für einen deckenden Anstrich entschied.

b) Hydrophobierung

Die Hydrophobierung wurde nach den Feststellungen des Sachverständigenbeirats Prof. Dr. S... in seinem Fachgutachten vom 5.10.2012 (Seite 40) am weit überwiegenden Teil der Sichtbetonfassade ordnungsgemäß ausgeführt, mit Ausnahme der hydrophoben Eigenschaften der Oberseiten oder oberen Kanten der Balkonbrüstungen und Attiken der Dachterrassen, wobei sich nicht mehr feststellen ließ, ob dies auf Ausführungsfehlern der Beklagten beruht. Dies vermag jedoch nichts an dem Umstand zu ändern, dass die aufgebrachte Hydrophobierung bereits wegen des darunter sichtbaren mangelhaften Reinigungsergebnisses, zu entfernen ist.

c) Fugen

Soweit der Sachverständige Dipl. Ing. K... die klägerseits behaupteten Mängel an den durch die Beklagte bzw. deren Streithelferin bearbeiteten Fugen ohne Gerüst und Hubsteiger überprüfen konnte, kam er zu dem Ergebnis, dass Ausführungsfehler vorliegen.

So sind einige Fugen nicht in der erforderlichen Länge ausgeführt worden, bei manchen sind die Fugen durch Instandsetzungsmörtel so eingeschränkt, dass die Fugenmasse nicht in ausreichender Breite eingebaut werden konnte, am Fenster im 1. OG wurde das Fugenmaterial auf die Altfuge aufgetragen (Gutachten vom 19.1.2013, Seiten 24/31). Die Feststellungen sind durch entsprechende Lichtbilder dokumentiert und somit für den Senat nachvollziehbar.

d) Schadstelleninstandsetzung

Diesbezüglich hat die Begutachtung im selbständigen Beweisverfahren ebenfalls deren Mangelhaftigkeit nachgewiesen.

Nach den durch Lichtbilder für den Senat nachvollziehbar dokumentierten Feststellungen des Sachverständigen Dipl. Ing. K... in seinem Gutachten vom 19.1.2013 sind die instandgesetzten Stellen von der Straße aus deutlich störend sichtbar, es liegen Farb- und Strukturabweichungen vor. Zudem wurden Schadstellen nicht oder nicht vollständig bearbeitet, die Bewehrung im Bereich von Schadstellen wurde nicht entrostet, auch liegt ein fehlerhaftes Ausziehen des Instandsetzungsmörtels auf „0“ vor. Auf die Ausführungen auf Seiten 32/53 des Gutachtens vom 19.1.2013 wird verwiesen.

4. Fristsetzung zur Mängelbeseitigung

a) Entbehrlichkeit

Soweit das Landgericht eine Fristsetzung zur Mängelbeseitigung für entbehrlich gehalten hat, ist dies nicht zu beanstanden.

aa) Gem. §§ 636, 281 Abs. 2 BGB ist die Fristsetzung entbehrlich, wenn der Schuldner die Mängelbeseitigung endgültig und ernsthaft verweigert. Diese Voraussetzung ist nur erfüllt, wenn der Schuldner insbesondere durch seine Erklärungen und sein Verhalten eindeutig zum Ausdruck bringt, er werde seinen Verpflichtungen nicht nachkommen und es damit ausgeschlossen erscheint, dass er sich durch eine Aufforderung zur Leistung umstimmen ließe. Die Erfüllungsverweigerung muss das letzte Wort des Schuldners zu seiner Leistungsbereitschaft sein (BGH, Urteil vom 7.3.2013, Az. VII ZR 162/12).

Eine endgültige Erfüllungsverweigerung ist regelmäßig anzunehmen, wenn der Auftragnehmer die Mängelbeseitigung mit der Auffassung, Mängel lägen nicht vor, beharrlich sogar dann verweigert, wenn die Mängel durch ein Gutachten im selbständigen Beweisverfahren bestätigt sind und auch im Gerichtsverfahren die Mängelbeseitigungspflicht aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen bestritten wird (BGH, Urteil vom 9.10.2008, Az.: VII ZR 80/07).

bb) So liegt der Fall hier.

Zwar bot die Beklagte mit Schreiben vom 9.7.2010 (Anlage K 10) zunächst „Konsensgespräche“ unter Einbeziehung der Fa. H... an. Auch ist den Bl. 62 ff der Akten des selbständigen Beweisverfahrens, Landgericht München I, Az.: 24 OH 15079/10 zu entnehmen, dass während des Laufs dieses Verfahrens Vergleichsverhandlungen zwischen den Parteien geführt wurden. Ein weiterer Versuch einer gütlichen Einigung wurde nach Beendigung des selbständigen Beweisverfahrens unstrittig am 5.8.2014 unternommen (Anlage B 14) wobei die Fa. H... allerdings nur gegen zusätzliche Bezahlung, wenn auch zu günstigen Konditionen, tätig werden wollte.

Jedoch ist zu sehen, dass die Beklagte auch nach Vorliegen der Gutachten im selbständigen Beweisverfahren, welche die Mängelbehauptungen der Klägerin überwiegend bestätigt hatten, während des Rechtsstreits erster Instanz und auch während des gesamten Berufungsverfahrens eine Mangelhaftigkeit ihres Werks konstant aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen negiert hat und keine Bemühungen unternommen hat, die Mängel zu beseitigen.

b) Wirksame Mängelbeseitigungsaufforderungen

Selbst wenn man sich dieser Auffassung nicht anschließen wollte, hat die Klägerin der Beklagten mit Schreiben vom 27.5.2010 und 30.6.2010 (Anlagen K 6 und K 7) wirksam Frist zur Mängelbeseitigung gesetzt.

Die Schreiben wurden vom damaligen anwaltlichen Vertreter der Klägerin gefertigt. Dieser war durch die Streithelferin und damalige Verwalterin der Klägerin, die Hausverwaltung W... beauftragt worden. Die Hausverwaltung bedurfte hierfür keines Beschlusses der WEG. § 27 Abs. 1 Nr. 2 WEG berechtigt und verpflichtet den Verwalter im Innenverhältnis gegenüber den Wohnungseigentümern, die für die ordnungsgemäße Instandhaltung und Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Nach der überwiegenden Meinung in der Rechtsprechung muss der Verwalter, wenn ein Auftrag zur Sanierung von Mängeln erteilt wurde, diese Arbeiten betreuen und zur Abwendung von Nachteilen für die Gemeinschaft ggf. Mängelrügen erheben, andernfalls er sich gegenüber den Eigentümern schadensersatzpflichtig macht (OLG Frankfurt, Beschluss vom 10.2.2009, Az.: 20 W 356/07, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.3.1997, Az.: 3 Wx 186/95, KG Berlin, Beschluss vom 10.3.1993, Az.: 24 W 5506/92).

Aus § 21 Ziffer 8 der Gemeinschaftsordnung (Anlage K 20) ergibt sich, dass der Verwalter sich zur Erfüllung seiner Aufgaben geeigneter Dritter bedienen kann. Die Berechtigung des Verwalters zur Beauftragung eines Rechtsanwalts ergibt sich zudem aus Ziffer II. 6. des Verwaltervertrages (Anlage K 21).

Auf die Beantwortung der Frage, ob sich aus dem Beschluss der Eigentümerversammlung vom 25.11.2009 (Anlage ASt 4, Akten 24 O 8893/10 Landgericht München I) eine Rechtsgrundlage für die Erhebung einer Mängelrüge durch die Hausverwaltung ergibt, kam es daher nicht entscheidungserheblich an.

c) Hinfälligkeit der Aufforderung zur Mängelbeseitigung durch nachfolgende Gespräche

Ungeachtet des Umstandes, dass eine Mängelbeseitigung nach Auffassung des Senats wegen endgültiger und ernsthafter Erfüllungsverweigerung der Beklagten entbehrlich war (siehe oben Ziffer B.4.a), war jedenfalls auch eine Wiederholung der tatsächlich erfolgten Mängelbeseitigungsaufforderungen der Klägerin nach den zwischen den Parteien stattgefundenen Gesprächen nicht erforderlich.

Die Klägerin hatte der Beklagten durch die beiden Mängelbeseitigungsaufforderungen hinreichend deutlich gemacht, dass sie das Werk der Beklagten für mangelhaft erachtet und eine Mängelbeseitigung verlangt. Es ist nicht ersichtlich, dass die Klägerin hiervon zu einem späteren Zeitpunkt, insbesondere in der Besprechung vom 5.8.2010, abgerückt wäre.

Die Klägerin hat den beklagtenseits behaupteten Inhalt der Besprechung nicht bestritten. Die Vernehmung der durch die Beklagte hierzu benannten Zeugen war daher entbehrlich. Im Übrigen war in Anbetracht des Prozessverhaltens der Beklagten in beiden Instanzen nicht zu erwarten, dass sich diese von einer weiteren Mängelbeseitigungsaufforderung hätte beeindruckt lassen, weshalb es sich um einen bloßen Formalismus handeln würde.

5. Kostenvorschussanspruch vor Abnahme

Der Einwand der Beklagten, wonach die Klägerin Mängelrechte gem. §§ 634 ff BGB grundsätzlich erst nach Abnahme des Werks geltend machen könne, wobei nach dem eigenen Sachvortrag der Klägerin eine Abnahme nicht erfolgt sei, greift nicht durch.

a) Die Beklagte stützt sich für ihre Auffassung auf das Urteil des BGH vom 19.1.2017, Az.: VII ZR 301/13. Zwar hat der BGH in dieser Entscheidung ausgeführt, dass der Besteller Mängelrechte nach § 634 BGB grundsätzlich erst nach Abnahme des Werks mit Erfolg geltend machen kann. Jedoch hat er weiter dargelegt, dass der Besteller berechtigt sein kann, Mängelrechte nach § 634 Nr. 2 bis 4 BGB ohne Abnahme geltend zu machen, wenn er nicht mehr die (Nach-)Erfüllung des Vertrages verlangen kann und das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist.

b) Im vorliegenden Fall liegt ein solches Abrechnungsverhältnis vor, da die Klägerin von der Beklagten nach dem Scheitern der außergerichtlichen Einigungsbemühungen nach Beendigung des selbständigen Beweisverfahrens zunächst Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes geltend gemacht hat und hierdurch zum Ausdruck gebracht hat, dass es ihr nicht mehr um die Erfüllung des Vertrages durch die Beklagte geht. Dieses Verhalten ist für die Annahme der Abstandnahme von Erfüllungsansprüchen jedenfalls schon deshalb als ausreichend anzusehen, weil das insoweit einschränkende Urteil des Bundesgerichtshofs zeitlich später erging.

In diesem Fall findet somit eine Abrechnung der beiderseitigen Ansprüche statt (BGH, Urteil vom 19.1.2017, Az.: VII ZR 301/13 Rn. 44).

6. Höhe des Netto - Kostenvorschussanspruchs

Die Klägerin kann von der Beklagten einen Kostenvorschuss in Höhe von netto 180.077,53 Euro beanspruchen.

Dieser Betrag ergibt sich aus nachgewiesenen voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten in Höhe von netto 286.148,53 Euro (Nettobetrag der Tabelle 2 des Sachverständigengutachtens vom 19.1.2013 unter Abzug der Position Nr. 11), wobei sich der Anspruch der Klägerin wegen eines 10 %-igen Mitverschuldens gem. § 254 BGB um 28.614,85 Euro verringert. Von dem verbleibenden Betrag in Höhe von netto 257.533,68 Euro ist sodann der beklagtenseits zur Aufrechnung gestellte Restwerklohnanspruch, soweit er nicht durch anderweitige Aufrechnung bereits verbraucht ist, in Höhe von 77.456,15 Euro abzuziehen.

Der Anspruch geht auf den Geldbetrag, der diese Kosten mutmaßlich, d.h. aus der Sicht eines vernünftigen, wirtschaftlich denkenden und sachkundig beratenen Bestellers voraussichtlich abdeckt. Die Höhe kann bei Vorliegen greifbarer Anhaltspunkte grob geschätzt werden (Palandt-Sprau, BGB, 77. Auflage, § 637 BGB, Rn. 9 m.w.N.).

Zu den Einzelpositionen gemäß Tabelle 2 des Gutachtens des Sachverständigen Dipl. Ing. K... vom 19.1.2013 (Bl. 101/191 d.A., S. 82/83):

Nr. 1 (Istzustandsfeststellung 17.850,00 Euro) und Nr. 2 (Instandsetzungsplanung. Bauleitung 36.060,03 Euro):

Hierbei handelt es sich, wie vom Landgericht zutreffend ausgeführt, nicht um Sowiesokosten.

Der Unternehmer darf nicht mit den Kosten solcher Maßnahmen belastet werden, um die das Werk bei ordnungsgemäßer Ausführung von vornherein teurer geworden wäre (Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 6. Teil Rn. 55 m.w.N.)

Die Berufung hält diese Kostenpositionen für Sowiesokosten, da der Sachverständige Dipl. Ing. K... festgestellt hatte, dass die streitgegenständliche Sanierungsmaßnahme nach der Instandsetzungsrichtlinie durchzuführen gewesen wäre, was eine vorherige Feststellung des Ist-Zustands und eine Planung der Instandsetzung notwendig gemacht

hätte, worauf die Beklagte die Klägerin hingewiesen habe, welche die Klägerin aber nicht erhält habe. Die Kosten würden also für die Nachholung dieser von vornherein erforderlichen Tätigkeiten anfallen.

Die Klägerin meint, dass die Feststellung des Ist-Zustands und die Entwicklung eines Mängelbeseitigungskonzepts erforderlich seien, um die Mängelbeseitigung durchzuführen.

Der Sachverständige Dipl. Ing. K... hat in der Tabelle 2 seines Gutachtens vom 19.1.2013 die Kosten angegeben, welche für die Instandsetzung der von ihm festgestellten Mängel grob geschätzt anfallen werden. Die vom Sachverständigen hinsichtlich der Kosten zu beantwortende Fragestellung betraf ausschließlich den Kostenaufwand, welcher für die vollständige Beseitigung der Mängel entstehen wird und gerade nicht den Kostenaufwand einer nach der Instandsetzungsrichtlinie erforderlichen ursprünglichen Instandsetzungsplanung. Der Senat teilt daher die Meinung des Landgerichts, wonach es bei den Kostenpositionen Nr. 1 und 2 nicht um die Feststellung des ursprünglichen Zustands der Fassade und die Durchführung der ursprünglich vorzunehmenden, aber unterbliebenen Sanierungsplanung geht, sondern um die Feststellung des Ist-Zustands der Fassaden nach den durch die Beklagte bzw. deren Streithelferin mangelhaft durchgeführten Arbeiten sowie um die Planung der Mängelbeseitigungsarbeiten, welche Voraussetzung für eine erfolgreiche Mängelbeseitigung ist.

Eines rechtlichen Hinweises des Landgerichts gem. § 139 ZPO auf diese Sichtweise hatte es entgegen der Auffassung der Beklagten nicht bedurft, da sich - wie dargelegt - aus dem Sachverständigengutachten eindeutig ergab, dass es sich bei diesen beiden Kostenpositionen um solche Kosten handelt, welche voraussichtlich im Rahmen der Mängelbeseitigung anfallen werden.

Pos. Nr. 3 Baustelleneinrichtung netto 10.000,00 Euro:

Auch hierbei handelt es sich nicht um Soviesokosten.

Es handelt sich vielmehr um die voraussichtlichen Kosten für die Einrichtung der Baustelle in Vorbereitung der Mängelbeseitigungsarbeiten. Der Einwand der Beklagten, wonach nach Ablauf der Lebensdauer der Hydrophobierung heute ohnehin eine Sanierung erforderlich sei, greift nicht durch. Zum einen ist es die Entscheidung der Klägerin, ob sie sich für eine solche erneute Sanierung entscheidet. Zum anderen kommt eine Anrechnung dann nicht in Betracht, wenn, wie hier, diese Vorteile ausschließlich auf einer Verzögerung der Mängelbeseitigung beruhen und sich der Auftraggeber jahrelang mit einem fehlerhaften Werk begnügen musste (BGH, Urteil vom 17.5.1984, Az.: VII ZR 169/82).

Die Beklagte hat im selbständigen Beweisverfahren keine fristgerechten Einwendungen gegen die Höhe der vom Sachverständigen angesetzten Kosten für Baustelleneinrichtung erhoben. In erster Instanz des Hauptsacheverfahrens hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 3.3.2016 (Bl. 65 d.A.) pauschal eingewandt, dass die vom Sachverständigen in Ansatz gebrachten Mängelbeseitigungskosten um mindestens 20 % überhöht seien. In ihrer Berufungsbegründung hat die Beklagte nunmehr gerügt, dass ihr erstinstanzlicher Sachvortrag nicht berücksichtigt worden sei, und behauptet, dass die Kosten für Baustelleneinrichtung überhöht seien und erneut Sachverständigenbeweis angeboten (Bl. 199 d.A.).

Es kann dahingestellt bleiben, ob das Landgericht im Rahmen der Prüfung der Höhe des erstinstanzlich geltend gemachten Schadensersatzanspruchs dem Beweisangebot der Beklagten hätte nachkommen müssen und die Höhe der durch den Sachverständigen

Dipl. Ing. K... angesetzten Kostenpositionen durch Erholung eines neuen Sachverständigengutachtens hätte überprüfen müssen, nachdem die Klägerin ihre Klage in der Berufungsinstanz in Reaktion auf das Urteil des BGH vom 22.2.2018, Az.: VII ZR 46/17 nunmehr auf eine Kostenvorschussklage umgestellt hat.

Die Anforderungen an die Darlegung der voraussichtlichen Kosten sind daher niedriger. Der Auftraggeber muss keine sachverständige Beratung in Anspruch nehmen, um die voraussichtlichen Kosten zu substantiieren. Der Auftraggeber muss keine sachkundige Beratung in Anspruch nehmen, um die voraussichtlichen Kosten zu substantiieren. Nicht notwendig sind die Vorlage von Kostenvoranschlägen oder gar Sachverständigengutachten, mit denen die geltend gemachten Kosten untermauert werden müssten. Der Auftraggeber kann laienhaft schätzen, womit er allerdings der Gefahr unterliegt, bei einer zu hohen Schätzung mit der Klage abgewiesen zu werden (Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 6. Teil, Rn. 218 m.w.N.). Dem Gericht wird in aller Regel eine grobe Schätzung durch den Sachverständigen ausreichen, weil Überschüsse zurückgezahlt werden müssen und andererseits der Auftraggeber das Nachforderungsrecht hat (Kniffka/Koeble, a.a.O., 6. Teil, Rn. 221 m.w.N.).

Vorliegend stellt das im vorangegangenen selbständigen Beweisverfahren erstellte Gutachten des Sachverständigen Dipl. Ing. K... vom 19.1.2013 eine ausreichende Grundlage für die Bezifferung des Kostenvorschussanspruchs dar. Der gerichtliche Sachverständige hat eine Grobkostenschätzung der Mängelbeseitigungskosten basierend auf den durch die Streithelferin der Beklagten abgerechneten Mengen der Instandsetzungsstellen, Fassadenflächen und Fugen vorgenommen. Hierbei handelt es sich um eine geeignete Grundlage für die Bezifferung des Kostenvorschussanspruchs der Klägerin. In Anbetracht des Umstandes, dass das Gutachten bereits fünf Jahre alt ist, dürften sich die Mängelbeseitigungskosten zwischenzeitlich eher erhöht haben.

Pos. Nr. 4 Gerüst mit Nebenleistungen 63.750,00 Euro:

Diese Kosten wurden der Klägerin durch das Landgericht zu Recht zugesprochen.

Soweit die Beklagte einwendet, dass die Gerüstkosten wesentlich zu hoch seien, greift dieser Einwand nicht durch. Auf die obigen Ausführungen zu Pos. Nr. 3 wird verwiesen.

Pos. Nr. 5. 6 Entfernung der Hydrophobierung u. Reinigung der Fassade mit Dampfstrahlgerät (Süd.Ost.West) 13:500,00 Euro bzw. mit Trockeneis (Nord) 52.500,00 Euro:

Die Klägerin hat einen Anspruch auf Vorschuss auch in Höhe der voraussichtlichen Kosten für die Entfernung der Hydrophobierung und Reinigung der Fassaden mit einem Dampfstrahlgerät bzw. der Nordfassade mit Trockeneis in der vom Sachverständigen geschätzten Höhe von 13.500,00 und 52.500,00 Euro.

Zwar war die Beklagte vertraglich lediglich zur Reinigung mittels Dampfstrahlens verpflichtet. Der Sachverständige hat jedoch in seinem Gutachten vom 19.1.2013 nachvollziehbar erörtert, dass auf der Nordseite eine wachshaltige Hydrophobierung verwendet wurde, welche sich nicht mittels Wasserdruck entfernen lässt, sondern entweder mittels hochgiftiger Flusssäure, was ungeeignet sei, bzw. mittels Trockeneis, was er für eine mögliche Beseitigungsmethode erachtet. Die Entfernung der Hydrophobierung ist erforderlich, damit die darunterliegende Fassade ordnungsgemäß gereinigt werden kann.

Der Einwand der Streithelferin der Beklagten, wonach die Hydrophobierung zwischenzeitlich verwittert sei und mittels eines Dampfstrahlgeräts entfernt werden

könne, weshalb die Entfernung mit Trockeneis nicht mehr notwendig sei, wodurch sich die Kosten der Position Nr. 6. nach den Ausführungen des Sachverständigen um ca. 50.000,00 brutto verringern würden, greift nicht durch.

Es kann auch dahingestellt bleiben, ob dieser Einwand im Rahmen der zunächst angestregten Schadensersatzklage zu berücksichtigen gewesen wäre, im Rahmen der Prüfung der Höhe des Kostenvorschusses ist er es nicht. Zwar beträgt die Lebensdauer einer Hydrophobierung nach den Ausführungen des Sachverständigen K... 5-10 Jahre, wobei diese nicht nur vom verwendeten Material, sondern auch von den Witterungseinflüssen abhängig ist (S. 81). Ob die Hydrophobierung derart verwittert ist, dass ihre Entfernung ohne Trockeneis möglich ist, wäre durch die Ausführung von Muster-/Probeflächen zu klären (S. 90). Hierzu ist die Klägerin im Rahmen der Darlegung ihres Kostenvorschussanspruchs nicht verpflichtet, vielmehr kann sie die sichere Methode der Mängelbeseitigung wählen.

Weiter rügt die Beklagte, dass durch den Sachverständigen kein Aufmaß genommen worden sei, das Landgericht den Schaden daher nicht nachvollziehbar begründet habe. Dieser Einwand ist treuwidrig.

Im selbständigen Beweisverfahren hatte der Sachverständige die voraussichtlichen Kosten für die Erstellung eines exakten Aufmaßes mitgeteilt (Bl. 221/222 d.A. 24 OH 15079/10 Landgericht München I). Die Klägerin und damalige Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 28.1.14 (BL 225/226 d.A. 24 OH 15079/10 Landgericht München I) mitgeteilt, dass sie keine derartig exakte Ermittlung wünsche, der Vorschuss sei finanziell nicht darstellbar. Die Beklagte und damalige Antragsgegnerin hat mit Schriftsatz vom 17.2.2014 (Bl. 230 d.A. 24 OH 15079/10 Landgericht München I) mitgeteilt, dass eine Aufmaßermittlung nicht erforderlich sei und binnen der durch das Landgericht im selbständigen Beweisverfahren gesetzten Frist zur Stellungnahme zum Sachverständigengutachten keinen derartigen Einwand erhoben.

Der Einwand fehlender Aufmaßnahme erscheint in Anbetracht des vorangegangenen Prozessverhaltens der Beklagten daher treuwidrig.

Im Übrigen verfängt der Einwand fehlender Aufmaßnahme im Rahmen der Prüfung des Kostenvorschussanspruchs, an dessen Darlegung wesentlich geringere Anforderungen zu stellen sind als an die Darlegung des zunächst eingeklagten Schadensersatzanspruchs, nicht. Auf die obigen Ausführungen zu Pos. Nr. 3 wird verwiesen.

Pos. Nr. 7 Abbruch Instandsetzungsstellen 750,00 Euro:

Die Klägerin kann auch für diese Kostenposition Vorschuss beanspruchen.

Die fehlerhaft bearbeiteten Instandsetzungsstellen müssen wieder abgebrochen werden.

Die Beklagte hat ihre erstmalig in der Berufungsinstanz aufgestellte Behauptung, es handle sich hierbei um Sowiesokosten, nicht begründet, weshalb hierauf nicht eingegangen werden konnte.

Pos. Nr. 8 und Nr. 9 Entrosten der Bewehrung und Rostschutz der Bewehrung 2.400.00 und 2.400,00 Euro:

Der Klägerin ist auch für diese beiden Kostenpositionen Vorschuss zuzusprechen.

Es handelt sich nicht um Sowiesokosten.

Unstreitig hat die Klägerin das 3. Nachtragsangebot (Anlage B 5) beauftragt. Die Beklagte schuldete folglich in dem darin aufgeführten Umfang die Entrostung der Bewehrung und das Aufbringen von Rostschutz.

Der Sachverständige Dipl. Ing. K... hat festgestellt und durch Lichtbilder anschaulich dokumentiert, dass diese Arbeiten nicht durchgeführt wurden (S. 48/52 des Gutachtens vom 19.1.2013).

Dies ist im Rahmen der Mängelbeseitigung nachzuholen.

Pos: Nr. 10. Nr. 11 Ausbruchstellen reprofiliert 5.610,00 Euro.

Steinmetzartige Nachbearbeitung der Reparaturstellen 495,00 Euro:

Der Klägerin ist für die im Rahmen der Mängelbeseitigung durchzuführende Reprofilierung der Ausbruchstellen ein Vorschuss in Höhe von 5.610,00 zuzusprechen. Für die steinmetzartige Nachbearbeitung der Ausbruchsstellen kann sie hingegen keinen Vorschuss beanspruchen, da es sich insoweit um Sowiesokosten handelt.

Die Beklagte schuldete nach der Beauftragung des 3. Nachtrags (Anlage B 5) eine Schadstellenkomplettsanierung mit Freilegung, Entrostung und zweimaliger Beschichtung als Korrosionsschutz sowie Reprofilierung der Ausbruchsstellen. Sie schuldete demgegenüber keine steinmetzartige Nachbearbeitung der Reparaturstellen.

Der Sachverständige Dipl. Ing. K... hat durch Lichtbilder für den Senat nachvollziehbar dokumentiert, dass die Schadstellenbearbeitung gerade nicht dem 3. Nachtragsauftrag entsprechend durchgeführt wurde und dass für die Reprofilierung der Ausbruchsstellen voraussichtlich der obengenannte Betrag anfallen wird.

Auf den Einwand der Beklagten, wonach sich das Landgericht mit dem Einwand des Vorliegens von Sowieso-Kosten verfahrensfehlerhaft nicht auseinandergesetzt habe, weil es fälschlich von einer Präklusion dieses Einwands ausgegangen sei, kam es hinsichtlich der zuzusprechenden Pos. Nr. 10 nicht an, weil es sich auch unter Berücksichtigung dieses Einwands der Beklagten gerade nicht um Sowieso-Kosten handelt.

Pos. Nr. 12-15 kein Kostenansatz:

Für diese Positionen wurden seitens des Sachverständigen keine Mängelbeseitigungskosten angesetzt.

Pos. Nr. 16 Endreinigung netto 22.950,00 Euro:

Der Klägerin ist auch für diese Position Vorschuss zuzusprechen.

Der Einwand der Beklagten und ihrer Streithelferin, wonach die Erforderlichkeit dieser Position nicht nachvollziehbar sei und es sich um Sowiesokosten handle, greift nicht durch. Die Erholung eines weiteren Sachverständigengutachtens war nicht notwendig. Die Frage ist beantwortet.

Der Sachverständige Dipl. Ing. K... hat eine Endreinigung als zur Mängelbeseitigung erforderlich erachtet. Diese Position findet sich sowohl in der Tabelle 1. des Gutachtens vom 19.1.2013, in welcher die Kosten nur für die Fehlerbeseitigung für eine der streitgegenständlichen adäquaten Ausführung der Leistung aufgelistet sind, als auch in den nachfolgenden Tabellen 2. und 3. (S. 74/98 des Gutachtens).

Es ist für den Senat ohne weiteres verständlich, dass nach der Reinigung der streifigen und scheckigen Fassaden im Anschluss an die Entfernung der Hydrophobierung und die technische Überarbeitung der durch die Beklagte nicht bzw. mangelhaft bearbeiteten Schadstellen noch eine abschließende Endreinigung erforderlich ist. Dass die Endreinigung auch im Falle einer mangelfreien Leistungserbringung der Beklagten bzw. ihrer Streithelferin erforderlich gewesen wäre, erschließt sich aus deren Sachvortrag nicht.

Pos. Nr. 17 Hydrophobierung netto 25.500,00 Euro:

Der Klägerin steht auch für diese Position ein Vorschussanspruch in voller Höhe, wie vom Sachverständigen angesetzt, zu.

Die Berufungsrüge, wonach das Landgericht den diesbezüglichen Beklagtenvortrag nicht berücksichtigt habe, greift nicht durch. Das Landgericht hat sich in den Entscheidungsgründen seines angefochtenen Urteils unter Ziffer A. II. g. mit der Frage eines „Abzugs neu für alt“ nicht nur, sondern „unter anderem“ im Hinblick auf eine verlängerte Lebensdauer der Fugen befasst und diesen zutreffend unter Hinweis auf die einschlägige Kommentarliteratur verneint.

Diese Rechtsauffassung wird vom Senat geteilt.

Eine Vorteilsausgleichung durch Abzug neu für alt“ ist nicht veranlasst, da die Verlängerung des Schutzes der Fassade durch Neuhydrophobierung auf die bislang verweigerte Mängelbeseitigung der Beklagten zurückzuführen ist. Es ist allgemein anerkannt, dass der Unternehmer dadurch, dass der Vertragszweck nicht sogleich, sondern erst später im Rahmen der Gewährleistung erreicht wird, keine Besserstellung erfahren soll (Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 6. Teil, Rn. 57 m.w.N.).

Auf die Frage einer etwaigen Präklusion des Sachvortrags der Beklagten im Hinblick auf das vorangehende selbständige Beweisverfahren kam es nicht entscheidungserheblich an.

Pos. Nr. 18 Fugen (Fassadenflächen nur oberer Bereich. Fenster) 7.500,00 Euro:

Die vom Sachverständigen K... angegebenen Schadensbeseitigungskosten beziehen sich nur auf die von ihm (ohne Gerüst bzw. Hubsteiger) untersuchten Fugen.

Gegen die Höhe dieser Kostenposition wurden durch die Berufung keine Einwände erhoben.

Pos. Nr. 19 und Nr. 20 Blitzschutz reinigen, nachbefestigen, messen. Attiken(Oberseite) überarbeiten 1.020,00 und 4.110,00 Euro:

Der Klägerin ist auch für diese Mängelbeseitigungsarbeiten ein Kostenvorschuss zuzusprechen.

Auch wenn diese Arbeiten vom Auftragsumfang ursprünglich nicht umfasst waren, hat der Sachverständige doch festgestellt und mit Lichtbildern nachvollziehbar dokumentiert, dass an Stellen, an denen Betoninstandsetzungsarbeiten durchgeführt wurden, der Flachstahl der Blitzschutzanlage teilweise mit Mörtel überschichtet ist (S. 20/22 des Gutachtens vom 19.1.2013) und dass punktuell auf den Attiken Instandsetzungsmaßnahmen durchgeführt wurden, wobei der Mörtel unregelmäßig und in der Farbe abweichend ist (S. 15/17 des Gutachtens vom 19.1.2013).

Wenn die Beklagte, wie geschehen, Arbeiten durchführt bzw. mittels ihrer Streithelferin durchführen lässt, müssen diese mangelfrei sein. Die Kosten der Beseitigung der festgestellten Mängel sind daher durch die Beklagte zu tragen.

Pos. Nr. 21 Sonstiges ca. 10 % aus Nr. 3 - Nr. 20. 21.248,50 Euro:

Die Klägerin kann auch für diese Position Kostenvorschuss verlangen.

Der Einwand der Beklagten, wonach nur sicher anfallende Kosten zu berücksichtigen seien, greift nicht durch. Es kann dahingestellt bleiben, ob dies bei der Prüfung eines Schadensersatzanspruchs eventuell anders zu bewerten wäre, nachdem die Klägerin zuletzt einen Kostenvorschussanspruch geltend macht. Wie oben dargelegt, sind für diesen die voraussichtlich für die Mängelbeseitigung anfallenden Kosten maßgeblich.

Nach der Grobkostenschätzung des Sachverständigen Dipl. Ing. K... werden voraussichtlich Kosten für „Sonstiges“ in dieser Höhe anfallen und zwar für Arbeiten, welche auf S. 74 des Gutachtens vom 19.1.2013 beispielhaft aufgeführt wurden. Es handelt sich hierbei um Arbeiten, welche im Rahmen der Mängelbeseitigung anfallen werden, jedoch nicht in den vom Sachverständigen erstellten Tabellen einzeln aufgeführt sind.

7. Mitverschulden der Klägerin

Der Kostenvorschussanspruch ist um den quotalen Haftungsanteil der Klägerin, welchen diese an der Mangelhaftigkeit des Werks der Beklagten hat, nach dem Rechtsgedanken des § 254 BGB zu kürzen.

Der Senat nimmt einen Mitverschuldensanteil der Klägerin in Höhe von 10 % an.

Lediglich für die Ermittlung eines Vergleichsbetrages wurde durch den Senat in der Verfügung vom 13.7.2017 vorläufig nach dem damaligen Sachstand ein Mitverschulden der Klägerin von 20 % angesetzt. Nachdem es nicht zu einem Vergleichsabschluss gekommen war und die Parteien weiter vorgetragen haben, hat der Senat mit Verfügung vom 10.4.2018 (Bl. 413/415 d.A.) darauf hingewiesen, dass ein Mitverschuldensanteil von 5-15 % in Betracht kommt.

Der nun abschließend zugrunde gelegte Mitverschuldensanteil der Klägerin in Höhe von 10 % beruht auf folgenden Erwägungen:

a) An der fehlerhaft durch die Beklagte bzw. deren Streithelferin durchgeführten Reinigung der Fassaden vor der anschließenden Hydrophobierung trifft die Klägerin kein Mitverschulden, vielmehr handelt es sich um einen allein der Beklagten zuzurechnenden handwerklichen Ausführungsfehler, welcher auch durch eine vorherige Instandsetzungsplanung nach der Instandsetzungsrichtlinie nicht vermieden worden wäre. Das gleiche gilt hinsichtlich der durch die Beklagte nicht durchgeführten Entrostung und des nicht erfolgten Schutzes der Bewehrung sowie sämtlicher anderen handwerklichen Ausführungsfehler, wie insbesondere die Verwendung eines in der Farbe abweichenden Mörtels, der unregelmäßige Auftrag des Mörtels sowie die festgestellten Mängel bei der Bearbeitung der Fugen.

Ebenso wenig war die Klägerin gehalten, nach der fehlerhaft durchgeführten Fassadenreinigung und Schadstelleninstandsetzung diesen Mangel dadurch zu kaschieren, dass sie sich an Stelle der von ihr favorisierten transparenten Hydrophobierung für einen deckenden Anstrich entschied. Dies gilt auch, wenn man als wahr unterstellt, dass das mangelhafte Reinigungsergebnis für die Klägerin aufgrund der vor der Entscheidung über die Hydrophobierung erstellten Musterflächen erkennbar

gewesen ist und dass der Klägerin bewusst war, dass die bearbeiteten Schadstellen sichtbar bleiben können. Aus den Lichtbildern dieser „Musterflächen“ (Bild 8 auf S. 10 des SVGA) ergibt sich i.Ü. nicht, wie sich die Wahl der farblosen Hydrophobierung bzw. die verschiedenen grau getönten Farbanstriche auf die Sichtbarkeit instandgesetzter Schadstellen auswirkt.

b) Ein Mitverschulden der Klägerin ist jedoch darin zu sehen, dass diese vor Beginn der Instandsetzungsmaßnahmen keine Instandsetzungsplanung durchgeführt bzw. keinen Planer hiermit beauftragt hat.

Der Sachverständige Dipl. Ing. K... hat festgestellt, dass eine Feststellung des Istzustandes und eine darauf abzielende Instandsetzungsplanung nach der Instandsetzungs-Richtlinie hätte durchgeführt werden müssen. Wenn dies erfolgt wäre, hätte man eine OS4 - Beschichtung, anstatt der tatsächlich gewählten OS 1 - Hydrophobierung durchführen müssen. Bei dieser wären die instandgesetzten Stellen nicht aufgefallen, weil sie durch die Beschichtung überdeckt worden wären. Außerdem wäre dann eine andere Reinigungsart veranlasst gewesen, welche so gut wie sämtliche Verschmutzungen entfernt.

Das Ziel der Klägerin, wonach der Sichtbetoncharakter der Fassade erhalten bleiben sollte und die instandgesetzten Stellen nicht störend in Erscheinung treten, wäre nach den Feststellungen des Sachverständigen nur durch eine wesentlich aufwendigere sog. „behutsame“ Instandsetzung, welche sich einer denkmalpflegerischen Instandsetzung nähert und wesentlich aufwändiger gewesen wäre, zu erreichen gewesen, wobei dies allerdings nicht der Instandsetzungsrichtlinie entsprochen hätte.

Unstreitig ist eine Instandsetzungsplanung weder durch die Klägerin noch durch die Beklagte erfolgt. Der Senat geht davon aus, dass es Sache der Klägerin gewesen wäre, eine Instandsetzungsplanung durchzuführen bzw. hiermit einen geeigneten Planer zu beauftragen. Allerdings handelt es sich bei der Beklagten um eine Fachfirma, welcher die Notwendigkeit der vorherigen Durchführung einer Instandsetzungsplanung bekannt sein musste. Wenn die Beklagte der Auffassung gewesen wäre, dass eine Instandsetzungsplanung erforderlich war, hätte sie die Klägerin darauf hinweisen müssen. Dies umso mehr, als der Geschäftsführer der Beklagten das streitgegenständliche Gebäude mit einer seiner Firmen errichtet hatte und nach wie vor mit verbundenen Gesellschaften Mitglied dieser Wohnungseigentümergeinschaft war.

Es kann dahingestellt bleiben, ob der Verwalter der Klägerin durch einen Fachplaner für Betoninstandsetzungsarbeiten, den Zeugen Z... auf die Notwendigkeit einer Prüfung der Betonteile der Fassade und ihrer Aufhängung und einer Betonsanierungsplanung hingewiesen wurde, wie von der Beklagten behauptet (Bl. 53 d.A.) und von der Klägerin bestritten (Bl. 91 d.A.). Auch wenn man den diesbezüglichen Sachvortrag der Beklagten als wahr unterstellt, so handelt es sich beim dem Zeugen Z... um den Mitarbeiter einer Drittfirma, dessen etwaige Äußerungen zwar im Rahmen der Beurteilung der Fachkenntnisse der Klägerin zu berücksichtigen sind, die Beklagte ihrerseits aber nicht von ihrer Bedenkenhinweispflicht entbinden. Eine Vernehmung des Zeugen Z... konnte daher unterbleiben.

Soweit die Beklagte auch eine entsprechende Empfehlung der Streithelferin behauptet hatte (Bl. 53 d.A.), verbot sich eine Vernehmung der Zeugen T... und Z... wegen unzulässiger Ausforschung.

In ihrer Berufungsbegründung (Bl. 198 d.A.) wird diese Behauptung unter Wiederholung des Beweisangebots erneuert, ohne den diesbezüglichen Sachvortrag zu konkretisieren und erstmals, ohne dies näher darzulegen; behauptet, dass auch die Beklagte die Klägerin auf die Notwendigkeit einer Instandsetzungsplanung hingewiesen habe.

Erstinstanzlich war weder durch die Beklagte noch deren Streithelferin vorgetragen worden, dass die Beklagte die Klägerin auf die Notwendigkeit einer Instandsetzungsplanung nach der Instandsetzungsrichtlinie hingewiesen hatte. Hierbei handelt es sich um ein neues Verteidigungsvorbringen in der Berufungsinstanz, wobei die Voraussetzungen für dessen Zulassung gem. § 531 Abs. 2 ZPO nicht dargetan wurden.

Allerdings ist das der Klägerin zuzurechnende Verschulden im Verhältnis zu der überragenden Fachkompetenz und des daraus resultierenden Einflusses des Geschäftsführers der Beklagten als Erbauers des Gebäudes, Mitglieds der Wohnungseigentümergeinschaft sowie des Verwaltungsbeirats und Auftragnehmers der Fassadensanierung als untergeordnet anzusehen, der Senat gewichtet es mit einem Anteil von 10 % an der Entstehung des Schadens.

8. Umsatzsteuer

Die Klägerin hat einen Anspruch auf Zahlung des auf den Kostenvorschussanspruch in Höhe von 180.077,53 Euro entfallenden Umsatzsteuerbetrages in Höhe von 34.214,73 Euro.

Ist der Besteller nicht vorsteuerabzugsberechtigt, umfasst der Vorschussanspruch auch die Umsatzsteuer, denn diese ist Teil der Aufwendungen, die der Besteller im Rahmen der Selbstvornahme tätigen muss (BeckOK, BGB, § 637 Rn. 12 - beck-online, Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 6. Teil, Rn. 217).

Anhaltspunkte, aus denen sich eine Vorsteuerabzugsberechtigung der Klägerin ergeben würden, sind nicht vorgetragen.

9. Zinsen

Die Klägerin hat einen Anspruch auf Zahlung von Prozesszinsen gem. §§ 291, 288 Abs. 1 BGB auf den Kostenvorschussanspruch in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Klagezustellung am 24.10.2015.

Soweit die Beklagte mit Schriftsatz vom 11.5.2018 einwendet, dass der von der Klägerin bis zur Umstellung ihrer Klageanträge mit Schriftsatz vom 29.3.2018 geltend gemachte Schadensersatzanspruch wegen fiktiver Mängelbeseitigungskosten unbegründet gewesen sei, weshalb die Klägerin die geltend gemachten Verzugs- bzw. Prozesszinsen für den Zeitraum bis zur Zustellung der Klageänderung am 5.4.2018 nicht zugesprochen werden dürften, geht dies fehl.

Der ursprünglich geltend gemachte Schadensersatzanspruch wegen fiktiver Mängelbeseitigungskosten war bis zur Klageänderung in einen Kostenvorschussanspruch nicht unbegründet. Bis zur Entscheidung des BGH vom 22.2.2018, Az.: VII ZR 46/17 entsprach es der gefestigten Rechtsprechung, dem Besteller, der das Werk behielt und den Mangel nicht beseitigen ließ, alternativ den Schaden nach dem konkreten Mindererlös der Sache bemessen zu lassen oder einen Zahlungsanspruch in Höhe der fiktiven Mängelbeseitigungskosten zuzubilligen.

Die Änderung der Rechtsprechung des BGH hatte nicht zur Folge, dass die ursprünglich begründete Klage rückwirkend unbegründet wurde. Nachdem der ursprünglich geltend gemachte Schadensersatzanspruch wegen fiktiver Mängelbeseitigungskosten lediglich auf eine andere Anspruchsgrundlage gestützt wurde und als Kostenvorschussanspruch weiterverfolgt wurde, waren der Klägerin auch auf den betragsmäßig nicht weitergehenden Kostenvorschussanspruch die Prozesszinsen ab Klagezustellung und nicht erst ab Zustellung der Klageänderung zuzusprechen.

10. Verjährung

Der Kostenvorschussanspruch ist nicht verjährt.

Die Verjährungsfrist beträgt gem. § 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB 5 Jahre.

Gemäß § 634 a Abs. 2 BGB beginnt die Verjährung mit der Abnahme.

Eine rechtsgeschäftliche Abnahme des Werks der Beklagten hat nicht stattgefunden, vielmehr kam es lediglich zu technischen Abnahmen (Anlagen K 3, 4, 5).

Die Beklagte meint, dass eine fingierte Abnahme gem. § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB mit Wirkung zum 25.11.2009 erfolgt sei, weshalb die Verjährungsfrist ab diesem Tag zu laufen begonnen habe.

Dies kann dahingestellt bleiben, denn selbst wenn man einen Verjährungsbeginn am 25.11.2009 annimmt, waren die streitgegenständlichen Ansprüche bei Klageerhebung mit Schriftsatz 16.10.2015, der Beklagten zugestellt am 24.10.2005, nicht verjährt.

Wenn man eine Abnahme am 25.11.2009 annehmen würde, liefe die Verjährungsfrist somit vorbehaltlich einer Hemmung am 25.11.2014 ab. Vorliegend trat jedoch eine Hemmung gem. § 204 Nr. 7 BGB durch die Zustellung des Antrags auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens ein. Der Antrag vom 11.8.2010 wurde der Beklagten am 27.8.2010 zugestellt. Hemmung trat gem. § 167 ZPO bereits mit Einreichung ein, da die Zustellung „demnächst“ erfolgte.

Das Landgericht hat durch Beschluss vom 20.8.2014 die Beendigung des selbständigen Beweisverfahrens festgestellt. Aufgrund des für die Dauer des selbständigen Beweisverfahrens gehemmten Laufs der Verjährung, erfolgte die Klageerhebung im Oktober 2015 ersichtlich vor Ablauf der 5-jährigen Verjährungsfrist.

Der Einwand der Beklagten, wonach durch die Einleitung des selbständigen Beweisverfahrens mangels Prozessführungsbefugnis keine Hemmung habe eintreten können, verhilft der Berufung der Beklagten nicht zum Erfolg.

Selbst wenn die Einleitung des selbständigen Beweisverfahrens mangels Ermächtigung des Verwalters hierzu und zur Bevollmächtigung eines Rechtsanwalts unzulässig gewesen sein sollte, was hier nicht abschließend zu entscheiden ist, vermochte sie verjährungshemmende Wirkung zu entfalten.

Eine wirksame Klageerhebung hemmt die Verjährung auch dann, wenn zum Zeitpunkt der Klageerhebung - von der Sachbefugnis abgesehen - noch nicht alle Anspruchsvoraussetzungen vorliegen, etwa eine für einen Schadensersatzanspruch erforderliche Fristsetzung noch fehlt (BGH, Urteil vom 8.1.2014, Az.: XII ZR 12/13 m.w.N., s. auch BGH, Urteil vom 3.5.1999, Az.: II ZR 119/98, BGH, Urteil vom 3.7.1980, Az.: IV a ZR 38/80, OLG München, Urteil vom 11.8.2009, Az.: 9 U 1776/09).

Nichts anderes kann für die Einleitung eines selbständigen Beweisverfahrens gelten. Maßgeblich für die Hemmungswirkung ist somit lediglich, ob die Klägerin Berechtigte war. Nachdem ihr als Vertragspartnerin der Beklagten aus dem BGB-Bauvertrag im Falle der Mangelhaftigkeit des Werks der Beklagten Ansprüche zustanden, war sie zur Einleitung des selbständigen Beweisverfahrens berechtigt.

Die Ausführungen der Beklagten zum Ablauf einer 3-jährigen Verjährungsfrist für Erfüllungsansprüche der Klägerin sind nicht nachvollziehbar, nachdem die Klägerin im

vorliegenden Verfahren gerade keine Erfüllungsansprüche gegen die Beklagte geltend macht.

II. Privatgutachterkosten

Die Klägerin kann 90 % der von ihr aufgewendeten Privatgutachterkosten in Höhe von 29.212,30 Euro, also einen Betrag in Höhe von 26.291,07 Euro als Mangelfolgeschaden gem. §§ 634 Nr. 4, § 280 BGB von der Beklagten beanspruchen. Der Anspruch ist gem. § 291 BGB zu verzinsen.

Gutachterkosten, die z.B. von einem Bauträger, einem Erwerber oder dem Bauherrn aufgewandt worden sind, um evtl. Schäden festzustellen oder um abzuklären, welche Maßnahmen zur Schadensbeseitigung erforderlich sind, sind Mangelfolgeschäden. Hiervon sind indes die Fälle zu unterscheiden, bei denen nur vorbeugend die Vollständigkeit und Mangelfreiheit der Bauleistungen überwacht werden soll (Werner/Pastor, Der Bauprozess, 16. Auflage 2018, Rn. 159 m.w.N.).

Unter Zugrundelegung dieses Maßstabs handelt es sich bei den Kosten des durch die Klägerin hinzugezogenen Privatgutachters M... um Mangelfolgeschäden der mangelhaften Werkleistung der Beklagten. Aufgrund des 10 %-igen Mitverschuldens der Klägerin an der Schadensentstehung waren diese entsprechend zu kürzen.

Jedenfalls nach dem Senatshinweis in der Verfügung vom 13.7.2017 (Bl. 301/312 d.A.) hat die Klägerin das Rechnungskonvolut über den geforderten Betrag (Anlage BB 1) vorgelegt und sich wegen der erbrachten Leistungen des Privatgutachters auf den Inhalt der Rechnungen bezogen.

Es kann dahingestellt bleiben, ob eine solche Bezugnahme in jedem Fall zulässig ist, nachdem die jeweiligen vom Privatgutachter abgerechneten Leistungen in den vorgelegten Rechnungen nach Datum und Art der Leistungserbringung ausreichend detailliert aufgeführt wurden, um eine Beurteilung ihrer Erstattungsfähigkeit vornehmen zu können. Den Rechnungen ist zu entnehmen, dass die Privatgutachterkosten weit überwiegend für Leistungen im Bereich der Mängelprotokollierung, Verfolgung der Mängelbeseitigung sowie der fachlichen Begleitung des durch die Klägerin eingeleiteten selbständigen Beweisverfahrens aufgewendet wurden. Die selbst nicht fachkundige Klägerin hatte aufgrund der mangelhaften Leistungen der Beklagten Veranlassung, einen Privatgutachter hinzuzuziehen, es handelte sich nicht um eine anlasslose baubegleitende Beratung.

Der Anspruch ist nicht verjährt. Auf die obigen Ausführungen unter Ziffer B.I.10. wird verwiesen.

III. Feststellungsantrag

Der Feststellungsantrag ist teilweise begründet. Im Übrigen war er abzuweisen

1. Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Feststellung der Einstandspflicht der Beklagten für 90 % der über einen Betrag in Höhe von 257.533,68 Euro hinausgehenden Aufwendungen und Schäden, die durch Beseitigung der Mängel gemäß Ziffer (1), (3), (4), (5), (6), (7), (8), (9) und (11) des Klageantrags zu Ziffer III. entstehen werden.

Der gegenüber dem Klageantrag verringerte Ausgangsbetrag ergibt sich aufgrund des Wegfalls der Kostenposition Nr. 11 der Tabelle 2 des gerichtlichen Sachverständigengutachtens vom 19.1.2013 und des 10 %-igen Mitverschuldensanteils der Klägerin an der Schadensentstehung.

2. Die Feststellungsanträge Ziffer III. (2) und (10) sind unbegründet.

Hinsichtlich der z.T. fehlenden hydrophoben Eigenschaften der waagrechten Attikaflächen der Dachterrassen und der Oberseiten der Balkone konnte der Sachverständigenbeirat Prof. Dr. S... in seinem Fachgutachten vom 5.10.2012 (S. 36/40 d. Gutachtens) nicht feststellen, dass dies auf einem Ausführungsfehler der Antragsgegnerin beruht.

Bezüglich der Dunkelfärbungen im Bereich der Balkone hat die Begutachtung ergeben, dass diese von in der Vergangenheit lokal aufgetragenen und/oder unvollständig wieder entfernten Farbanstrichen herrühren. Eine Verantwortlichkeit der Beklagten hierfür ist weder dargelegt noch nachgewiesen (S. 33 d. Fachgutachtens vom 5.10.2012).

3. Im Übrigen ist der Feststellungsantrag zulässig und begründet, da derartige Aufwendungen und Schäden im Rahmen der durch die Klägerin beabsichtigten Mängelbeseitigungsmaßnahmen denkbar, jedoch derzeit noch nicht absehbar und bezifferbar sind.

4. Der der Feststellung zu Grunde liegende Anspruch ist nicht verjährt.

Der ursprüngliche Antrag auf Feststellung der Ersatzpflicht der Beklagten hinsichtlich der auf die Mängelbeseitigungskosten entfallenden Umsatzsteuer führte zu einer Hemmung der Verjährung (Palandt-Ellenberger, a.a.O., § 204 BGB, Rn. 2). Im Übrigen wird auf die Ausführungen oben unter B.I.10. Bezug genommen.

IV. Schriftsatzfrist

Soweit die Beklagte im Termin vom 31.7.2018 die Gewährung einer Schriftsatzfrist auf den Schriftsatz der Klägerin vom 23.7.2018 und den Schriftsatz der Streithelferin der Klägerin ebenfalls vom 23.7.2018 beantragt hatte, war dies nicht zu gewähren.

Der Schriftsatz der Klägerin vom 23.5.2018 enthält in Erwiderung auf das Vorbringen der Beklagten rechtliche Ausführungen zur Auswirkung des Urteils des BGH vom 22.2.2018, Az.: VII ZR 46/17 auf die Geltendmachung von Verzugs- bzw. Prozesszinsen sowie Umsatzsteuer und zur Frage der wirksamen Einbeziehung der VOB/B in den Vertrag sowie zur Problematik eines Abrechnungsverhältnisses und der Bestimmtheit der zuletzt gestellten Feststellungsanträge ohne neuen Tatsachenvortrag.

Auch der Schriftsatz der Streithelferin der Klägerin vom 23.7.2018 beinhaltet eine Erwiderung auf die rechtlichen Ausführungen der Beklagten in deren Schriftsatz vom 11.5.2018 und darüber hinaus lediglich eine zusammenfassende Wiederholung des bisherigen Sachvortrags und Beweisangebots der Streithelferin zur Rolle des Beirats Fritz E....

1. Kosten

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 101 Abs. 1 ZPO.

a) Die durch das Landgericht vorgenommene Kostenaufhebung hinsichtlich der Kosten des Rechtsstreits erster Instanz ist zutreffend, sie wird daher aufrechterhalten.

Entgegen der Auffassung der Beklagten (Bl. 459 d.A.) ist ein Teilunterliegen der Klägerin mit den geltend gemachten Zinsen bei der Kostenentscheidung nicht zu berücksichtigen, da es sich hierbei um nicht streitwerterhöhende Nebenforderungen gem. § 4 Abs. 1 ZPO handelt.

b) Von den Kosten des Berufungsverfahrens haben die Klägerin 10 % und die Beklagte 90 % zu tragen.

Das Obsiegen der Beklagten im Berufungsverfahren besteht im Wesentlichen in der Bejahung einer Mitverschuldensquote der Klägerin in Höhe von 10 %, welche deren Kostenvorschussanspruch ebenso wie den Schadensersatzanspruch wegen aufgewendeter Privatgutachterkosten vermindert und auch im Rahmen des Feststellungstenors zu berücksichtigen war.

Hinsichtlich der Kosten der Streithelfer in der Berufungsinstanz beruht die Entscheidung auf § 101 Abs. 1 ZPO

c) Die Entscheidung über die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens beruht auf der Überlegung, dass die Klägerin zunächst, gestützt auf eine Kostenschätzung ihres Privatgutachters Dipl. Ing. M. von Mängeln ausging, welche Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 640.533,98 Euro zur Folge haben würden, wohingegen die Begutachtung im selbständigen Beweisverfahren lediglich Mängel mit voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 341.105,80 Euro ergeben hat.

Dementsprechend hat das Landgericht den Streitwert des selbständigen Beweisverfahrens auch in der letztgenannten Höhe festgesetzt.

2. Vorläufige Vollstreckbarkeit

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

3. Revisionszulassung

Anhaltspunkte, die eine Zulassung der Revision nahelegen könnten, ergeben sich weder aus dem Sachvortrag der Parteien noch aus den Umständen