Beglaubigte Abschrift

**Hanseatisches Oberlandesgericht**
Az.: 8 U 42/18
329 O 77/12
LG Hamburg

Verkündet am 16.05.2019

[redacted]
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

EINGEGANGEN
24. Mai 2019
[redacted]

# Urteil

## IM NAMEN DES VOLKES

In der Sache

[redacted]

**- Klägerin und Berufungsbeklagte -**

Prozessbevollmächtigter:
Rechtsanwalt [redacted]

gegen

[redacted]

**- Beklagter und Berufungskläger -**

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte [redacted]

Nebenintervenient:
[redacted]

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte [redacted]

erkennt das Hanseatische Oberlandesgericht - 8. Zivilsenat - durch die Richterin am Oberlandesgericht [redacted] als Einzelrichterin auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 29.04.2019 für Recht:

1. Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 11.05.2018, Az. 329 O 77/12, wird zurückgewiesen.
2. Der Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen mit Ausnahme der Kosten des Nebenintervenienten, die dieser selbst zu tragen hat.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

   Die angefochtene Entscheidung ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

   Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung des Beklagten

durch Sicherheitsleitung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

4. Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.

## Gründe:

### I.

Die Klägerin macht Ansprüche wegen Mängeln ihrer Eigentumswohnung geltend.

Die Klägerin erwarb von dem Beklagten mit Vertrag vom 27.11.2009 (Anlage K1) einen Miteigentumsanteil von 55/1.000 an dem in der [redacted]straße [redacted] belegenen Grundstück, verbunden mit der im 1. Obergeschoss des Vorderhauses [redacted] gelegenen Wohnung Nr. [redacted] Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses renovierte der Beklagte noch das Vorderhaus, in dem auch die von der Klägerin erworbene Wohnung Nr. [redacted] liegt.

Der Kaufvertrag nimmt Bezug auf die Baubeschreibung vom 20.10.2009. Danach wurde das vorhandene Wohnhaus teilweise umgebaut, das Dachgeschoss ausgebaut und das Gebäude nach EnEV 2007 in ein Effizienzhaus 100 (Altbau auf Neubauniveau) erhöht. An der rückwärtigen Fassade wurden Balkone in Stahlkonstruktion hergestellt. Die Frontfassade erhielt neue Kunststofffenster. Die vorhandenen Holzdielen sollten geschliffen, an Fehlstellen ergänzt und versiegelt werden.

§ 8 Ziff. 1 des Kaufvertrages regelt, dass für Mängel hinsichtlich der vom Verkäufer zu erbringenden Bauleistungen das Vertragsrecht des BGB (§§ 631 ff. BGB) gilt. Für Mängel des Grundstücks sollte der Verkäufer dagegen nicht haften. Wegen der weiteren Einzelheiten des Vertrages und der Baubeschreibung wird auf die Anlagen verwiesen.

Bei den Bauarbeiten kam es zu Verzögerungen. Auf diese wies der Beklagte die Klägerin mit E-Mail vom 15.01.2010 hin, in der es wörtlich heißt:

*„Auch wenn die eingetretenen Verzögerungen (...) ärgerlich sind und vielleicht Unannehmlichkeiten bereiten: Mir ist vor allen Dingen wichtig, in der Bauqualität keine Kompromisse zu machen, auch wenn das Bauvorhaben einen Tag später fertig gestellt wird. Letztlich ist es ja auch in Ihrem Interesse, und ich freue mich, Ihnen eine attraktive und hochwertig sanierte Immobilie übergeben zu können."*

Die Klägerin zahlte den Kaufpreis und wurde im Grundbuch als Eigentümerin der Wohnung eingetragen.

Am 06.03.2010 wurde die Wohnung übergeben. Die Tochter der Klägerin bezog diese als

Mieterin. Zuvor war sie kostenfrei in einer Ersatzwohnung untergebracht worden. Bei der Übergabe wurde ein Protokoll erstellt (Anlage B2).

In der Folgezeit kam es zu einem Schaden an den Dielen unterhalb der Tür des Balkons zur [redacted]straße. Die Tür war undicht, so dass Wasser auf die Dielen gelangte und diese beschädigte. Zudem quoll die Badezimmertür auf, so dass sich das Funier löste.

Die Klägerin hat gegenüber dem Beklagten verschiedene Mängel der Wohnung geltend gemacht.

Sie hat die Ansicht vertreten, der Beklagte habe die Arbeiten an der Balkontür mangelhaft ausgeführt, so dass diese nicht dicht gewesen sei. Um ein einheitliches Erscheinungsbild zu gewährleisten sei ein großflächiger Austausch der Bodendielen erforderlich.

Die Klägerin hat zudem die Auffassung vertreten, dass das Fenster im rechten Raum, das rechte Fenster im linken Raum und die Balkontür, die zur [redacted]traße belegen ist, mangelhaft seien. Sie hat dazu behauptet, diese seien nicht fachgerecht eingebaut und aus diesem Grund nicht schalldicht. Zur Beseitigung dieser Mängel sei ein Betrag von 2.000,- netto notwendig.

Des Weiteren hat die Klägerin die Mangelhaftigkeit des Dielenfußbodens gerügt. Sie hat dazu behauptet, der Boden sei durch das Abschleifen geschwächt worden, so dass im Bereich von Nut und Feder Teile der Dielen wegbrächen. Zudem sei die Versiegelung mangelhaft ausgeführt und zu weiches Holz verwendet worden. Zur Behebung dieses Mangels seien 13.455,- € netto erforderlich.

Darüber hinaus hat die Klägerin behauptet, die Tür zum Badezimmer quelle auf, da diese nicht fachgerecht versiegelt sei, so dass das Türblatt ersetzt werden müsse. Hierfür fielen Kosten in Höhe von 900.- € netto an.

Die Klägerin hat zudem geltend gemacht, dass der Balkon mangelhaft sei. Der Belag bestehe aus sibirischer Lärche und nicht, wie vereinbart worden sei, aus Bangkirei. Zudem sei der Balkon mangelhaft ausgeführt, da der Boden nicht abgedichtet sei und Oberflächenwasser nicht ordnungsgemäß abgeführt werde. Zur Mängelbeseitigung seien 4.000 € netto notwendig.

Zudem hat die Klägerin einen Vorschuss für die Kosten der Bauleitung in Höhe von 1.785,- € brutto, für die Kosten des Ausräumens der Wohnung und der Einlagerung der Möbel in Höhe von 4.165,- € brutto und für Übernachtungskosten in Höhe von 1.400,- € brutto verlangt.

Weiter hat die Klägerin geltend gemacht, das Ventil der Fußbodenheizung/-erwärmung im Badezimmer sei nicht regulierbar, die Wohnungseingangstür entspreche nicht den Anforderungen des Brandschutzes und der Sicherheitsklasse WK 2 und das Geländer des Balkons zur [redacted]straße sei nicht 90 cm hoch.

Schließlich hat die Klägerin geltend gemacht, der Beklagte habe ihr den 01.01.2010 als Einzugstermin zugesagt. Ihr seien aus diesem Grund drei Monatsmieten in Höhe von jeweils 620,- € netto entgangen.

Die Klägerin hat erstinstanzlich beantragt,

> den Beklagten zu verurteilen, an sie einen Kostenvorschuss in Höhe von 31.572,45 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen;
>
> den Beklagten zu verurteilen, die Fußbodenheizung im Bad des Sondereigentums der Klägerin so herzustellen, dass diese regulierbar ist;
>
> den Beklagten zu verurteilen, die Wohnungseingangstür so einzubauen, dass sie dem Sicherheitsstandard WK 2 entspricht;
>
> den Beklagten zu verurteilen, das zum zur [redacted]straße hin gelegenen Balkon gehörige Geländer so herzustellen, dass es den einschlägigen DIN-Vorschriften und Sicherheitsstandards entspricht;
>
> den Beklagten zu verurteilen, die Klägerin von der Bezahlung der vorgerichtlichen Anwaltsgebühren in Höhe von 489,45 € freizustellen;
>
> den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin 1.860,- € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt,

> die Klage abzuweisen.

Der Beklagte hat die Einrede der Verjährung hinsichtlich aller Ansprüche wegen etwaiger Mängel am Gemeinschaftseigentum erhoben.

Der Beklagte hat die Ansicht vertreten, der im Kaufvertrag vereinbarte Gewährleistungsausschluss greife hinsichtlich der Mängel am Dielenboden. Bezüglich des Wasserschadens an den Dielen unterhalb der Balkontür sei es ausreichend, den Schaden mit einer Schwelle zu überdecken oder nur die schadhaften Dielen auszutauschen. Zudem treffe die Klägerin ein 100%iges Mitverschulden an dem Schaden, da sie den Wassereintritt nicht verhindert habe. Bezüglich des Balkons hat der Beklagte behauptet, dass eine Ausführung in

sibirischer Lärche vereinbart worden sei. Hinsichtlich der Badezimmertür hat der Beklagte geltend gemacht, das Aufquellen der Tür sei durch einen unsachgemäßen Gebrauch der Tochter der Klägerin verursacht worden.

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Einholung eines Sachverständigengutachtens. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. [redacted] vom 20.01.2017 sowie seine ergänzenden Angaben in der Anhörung in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 01.11.2017 (Bl. 338 ff. d. A.) verwiesen.

Das Landgericht hat der Klage mit Urteil vom 11.05.2018 überwiegend stattgegeben.

Zur Balkontür und den Fenstern hat das Landgericht ausführt, dass die Klage insoweit nicht aufgrund doppelter Rechtshängigkeit unzulässig sei. Die vorliegende Klage sei früher eingereicht worden, so dass es dahinstehen könne, ob eine doppelte Rechtshängigkeit vorliege.

Die Klägerin habe gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung eines Kostenvorschusses in Höhe von 1.555 € brutto ohne Regiekosten aus §§ 633, 634 Nr. 2, 637 Abs. 3 BGB wegen des fehlerhaften Einbaus der Fenster und der Balkontür. Das Werkvertragsrecht finde Anwendung, da Fenster und Balkontür im Zuge der vom Beklagten zu erbringenden Bauleistungen neu hergestellt worden seien. Zwar gehörten Fenster und Balkontür zum Gemeinschaftseigentum, die Klägerin sei jedoch aktivlegitimiert, einen Anspruch auf Kostenvorschuss für eine Selbstvornahme geltend zu machen. Die WEG habe keine geborene Ausübungskompetenz gemäß § 10 Abs. 6 S. 3, 1. Alt. WEG. Denn die Herstellung des geschuldeten Zustands könne den Interessen der übrigen Mitbewohner nicht entgegenstehen. Dies ergebe sich auch aus § 8 Ziff. 4 des Kaufvertrages (Anlage K1), nach dem der Käufer nur Schadensersatz oder Minderung nicht allein geltend machen könne. Die Klägerin könne die Zahlung des Vorschusses auch an sich selbst verlangen, da sie nach Erhalt des Vorschusses die Mängelbeseitigung durchzuführen habe. Dies habe durch die WEG oder die Verwaltung zu geschehen, mit der anschließend über den Kostenvorschuss abgerechnet werden müsse. Dadurch sei die bestimmungsgemäße Verwendung gewährleistet. Zudem habe die Mehrheit der Miteigentümer der Klägerin zur Ausübung der Rechte ermächtigt. Ihnen sei damit bekannt, dass die Klägerin zweckgebundene Mittel zur Mängelbeseitigung begehre und eventuell erhalten werde.

Der Geltendmachung des Anspruchs auf einen Vorschuss der Mängelbeseitigung stehe auch nicht die fehlende Abnahme des Gemeinschaftseigentums entgegen. Der Beklagte könne sich nicht auf die fehlende Abnahme berufen, da er das Werk längst als fertiggestellt zur Abnahme angeboten und die Mängel in Abrede gestellt habe.

Der Anspruch sei auch nicht verjährt, da nach eigenem Vortrag des Beklagten die Abnahme des Gemeinschaftseigentums am 29.08.2011 erfolgt sei, die Klage jedoch bereits am 12.01.2012 rechtshängig geworden sei.

Die Fenster und die Balkontür seien auch mangelhaft. Dass der Einbau fehlerhaft erfolgt sei, stehe zur Überzeugung des Gerichts nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme fest. Der Sachverständige Dipl.-Ing. [redacted] habe festgestellt, dass die Fugen zwischen der Wand und den Türelementen nicht ausgefüllt seien. Dies sei jedoch für eine Wärme- und Schalldämmung erforderlich. Zudem ende die winddichte Folie am Fußpunkt der Balkontür und sei nicht, wie erforderlich, an die Rohdecke angearbeitet. Diesen Mangel habe die Klägerin bei der Abnahme der Wohnung nicht gekannt.

Bezüglich des Fußbodenbelags hat das Landgericht ausgeführt, dass die Klägerin einen Anspruch auf Zahlung eines Kostenvorschusses in Höhe von 16.011,45 € brutto ohne Regiekosten gegen den Beklagten aus §§ 633, 634 Nr. 2, 637 Abs. 3 BGB habe. Der Beklagte könne sich nicht auf den im Kaufvertrag vereinbarten Gewährleistungsausschluss berufen. Nach der Baubeschreibung seien die Dielen zu schleifen, an Fehlstellen zu ergänzen und zu versiegeln gewesen. Die Klägerin habe aufgrund dieser Formulierung einen funktionsfähigen Bodenbelag erwarten dürfen. Damit stelle der Zustand des Bodens einen Mangel dar. Der Sachverständige habe ausgeführt, dass an diversen Stellen die oberen Nuten weggebrochen seien, teilweise Verschmutzungen nicht entfernt worden seien und die Versiegelung ungleichmäßig ausgeführt worden sei. Da der Dielenboden über 110 Jahre alt gewesen sei und nicht mehr fachgerecht habe abgeschliffen werden können, sei der Beklagte verpflichtet gewesen, die Dielen zu erneuern. Ein Abzug neu für alt habe nicht zu erfolgen, da die Klägerin bei fachgerechten Arbeiten auch einen neuen Fußboden erhalten hätte. Mit der Verlegung eines neuen Holzbodens könne zudem auch der Wasserschaden an den Dielen vor der Balkontür behoben werden.

Bezüglich der Tür zum Bad stehe der Klägerin ebenfalls ein Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses zur Mängelbeseitigung in Höhe von 500,00 € zu. Der Sachverständige habe ausgeführt, dass das Türblatt aus MDF bei Einsatz im Feuchtraumbereich gegen Feuchtigkeit geschützt werden müsse, was hier nicht erfolgt sei. Bei vertragsgemäßem Gebrauch eines Badezimmers könne es dazu kommen, dass Wasser auf den Boden gelange und mit der Tür in Kontakt komme. Der fehlende Schutz der Tür habe dazu geführt, dass diese aufgequollen sei.

Auch bezüglich des Balkons habe die Klägerin einen Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses in Höhe von 4.760,00 € brutto ohne Regiekosten. Der Arbeiten am Balkon seien mangelhaft ausgeführt worden, da er nicht ordnungsgemäß entwässert werde und Schmutz auf den darunter liegenden Balkon gelangen könne. Übereinander liegende Balkone seien als geschlossene

Konstruktion auszuführen. Außerdem spreche die Baubeschreibung davon, dass die Entwässerungsleitungen der Balkone an die Regenfallrohre angeschlossen werden sollten. Zudem stelle es einen Mangel dar, dass die Dielen nicht aus Bangkirei, sondern aus sibirischer Lärche seien. In der Baubeschreibung sei aufgeführt, dass der Boden des Balkons aus Bangkirei bestehe. Der Beklagte habe nicht beweisen können, dass mit der Klägerin eine Änderung des notariell beurkundeten Kaufvertrages dahingehend vereinbart worden sei, dass für den Balkon sibirische Lärche verwendet werden könne.

Zur Summe der genannten Beträge von 22.826,45 € seien gemäß den Feststellungen des Sachverständigen 15 % Regiekosten hinzuzurechnen. Dies entspreche 3.423,90 €, womit der von der Klägerin geltend gemachte Betrag von 1.785,00 € gedeckt sei.

Weitere 3.500,00 € brutto seien für das Ausräumen der Wohnung, die Einlagerung der Möbel und das Einräumen anzusetzen. Die Klägerin müsse sich nicht darauf verweisen lassen, die Arbeiten erst bei einem Mieterwechsel durchzuführen. Ein solcher stehe auch nicht bevor. Zudem seien weitere 1.400,00 € für die auswärtige Unterbringung der Mieterin anzusetzen, da nach den Ausführungen des Sachverständigen die Dauer der Arbeiten drei Wochen betragen werde. Somit ergebe sich der zugesprochene Gesamtbetrag von 29.511,45 €. Zinsen seien nach §§ 291, 288 BGB geschuldet.

Darüber hinaus habe die Klägerin einen Anspruch auf Beseitigung des Mangels an dem Ventil der Fußbodenheizung im Bad aus §§ 633, 634 Nr. 1, 635 Abs. 1 BGB, da das Ventil nach den Ausführungen des Sachverständigen mangelhaft sei.

Die Klägerin habe zudem aus §§ 633, 634 Nr. 1, 635 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Beseitigung der Mängel an der Wohnungseingangstür. Für die Aktivlegitimation und die fehlende Abnahme gelte dasselbe wie bei der Balkontür und dem Fenster. Der Anspruch sei auch nicht verjährt, da die Verjährungsfrist nicht vor Fälligkeit des Anspruchs im Januar 2010 habe beginnen können und somit erst am 31.12.2013 abgelaufen sei. Der Anspruch sei aber bereits seit Mai 2012 rechtshängig gemacht worden. Die Tür sei nach den Angaben des Sachverständigen mangelhaft. Der Profilzylinder sei zu lang, und zwischen Tür und Zarge befänden sich Spalten.

Auch bezüglich des Balkons zur [redacted]straße habe die Klägerin einen Anspruch aus §§ 633, 634 Nr. 1, 635 Abs. 1 BGB auf Beseitigung des Mangels an dem Balkongeländer. Die Ausführungen zu Aktivlegitimation und Verjährung zur Wohnungseingangstür seien hier übertragbar. Das Geländer sei mangelhaft, da es nur 88,5 bis 89 cm über der Fußbodenoberfläche liege, obwohl es mindestens 90 cm von der Fußbodenoberfläche entfernt sein müsse. Der Sachverständige habe ausgeführt, dass nach dem Bauprüfdienst 3/2003, der

zur Zeit der geschuldeten Übergabe einschlägig gewesen sei, eine Höhe von 90 cm vorgeschrieben gewesen sei. Auch aus dem Bauprüfdienst 3/2013, den der Beklagte vorgelegt habe, ergebe sich nichts anderes. Nach dieser Regelung seien Brüstungen mit einer Mindesthöhe von 80 cm zulässig. Eine Brüstung erfordere jedoch eine geschlossene Innenfläche, die das streitgegenständliche Geländer nicht aufweise.

Die Klägerin habe dagegen keinen Anspruch auf Ersatz eines Mietausfallschadens, da der Schaden nicht hinreichend substantiiert vorgetragen worden sei. Nach dem unwidersprochenen Vortrag des Beklagten sei der Tochter der Klägerin kostenfrei Ersatzwohnraum zur Verfügung gestellt worden.

Schließlich habe die Klägerin einen Anspruch auf Freihaltung von den vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten aus §§ 633, 634 Nr. 4, 280 BGB.

Gegen das Urteil des Landgerichts wendet sich der Beklagte mit der Berufung, mit der er im Wesentlichen geltend macht, die Klage sei bezüglich der Zahlungsanträge, die das Gemeinschaftseigentum betreffen, bereits unzulässig. Bei dem Balkon zur [redacted] der Balkontür und dem Fenster handele es sich um Gemeinschaftseigentum. Die Klägerin sei zwar berechtigt, Mängelansprüche im eigenen Namen geltend zu machen, nicht jedoch, Zahlungen an sich selbst zu verlangen. Es läge kein Beschluss der Wohnungseigentümergemeinschaft oder eine sonstige Ermächtigung vor, die die Klägerin dazu berechtigen würde, Zahlung an sich zu verlangen.

Der Klägerin ständen zudem keine Ansprüche aus §§ 633, 634 Nr. 2, 637 Abs. 3 BGB zu, da noch keine Abnahme stattgefunden habe. Eine Abnahme sei nur dann nicht erforderlich, wenn ein Abrechnungsverhältnis gegeben sei. Ein solches liege aber nicht vor.

Der Balkon entspreche auch den technischen Regeln. Es handele sich bei den Balkonen, die zutreffend als Loggien zu bezeichnen seien, um eine dreiseitig geschlossene Anlage. Diese bedürfe nur einer Entwässerung auf der obersten Ebene. Für eine Entwässerung des streitgegenständlichen Balkons gebe es weder eine vertragliche Grundlage noch zwingende Vorschriften eines technischen Regelwerkes.

Der Klägerin stehe auch kein Anspruch auf einen Kostenvorschuss bezüglich des Dielenbodens zu. Im notariell beurkundeten Kaufvertrag sei ein Mängelgewährleistungsausschluss vereinbart worden, der auch den Holzboden erfasse. Zudem habe sich der Boden bei Übergabe und Abnahme in einem einwandfreien Zustand befunden. Mehr habe der Beklagte nicht geschuldet.

---

Insbesondere sei aufgrund des Gewährleistungsausschlusses keine bestimmte Nutzungsdauer geschuldet gewesen. Der Dielenboden sei zudem ca. 110 Jahre alt gewesen und habe deshalb bei durchschnittlicher Nutzung nur eine Lebenserwartung von wenigen Jahren gehabt. Dies sei der Klägerin bewusst gewesen.

Bezüglich der Schäden am Dielenfußboden unterhalb der Balkontür treffe die Klägerin zudem ein 100%iges Mitverschulden, da sie nicht durch eine Feuchtigkeitssperre wie einen Feudel verhindert habe, dass Wasser eindringe.

Zudem sei die Fläche falsch berechnet worden. Die Gesamtfläche des alten Dielenfußbodens betrage nur 45,33 m² und nicht 51,75 m² wie die Klägerin errechnet habe. Die Kosten seien auch zu hoch angesetzt. Die Klägerin könne nicht mehr als 187,00 € brutto pro m² verlangen. Schließlich sei im Falle, dass das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelange, der Klägerin stehe ein Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses für die Erneuerung der Dielen zu, ein Abzug neu für alt durchzuführen. Die Erneuerung des Fußbodens stelle einen Wertzuwachs von 7.650,00 € dar, den sich die Klägerin als Abzug neu für alt entgegenhalten lassen müsse.

Bezüglich der Badezimmertür gebe es weder eine vertragliche Grundlage noch ein technisches Regelwerk, das eine Abdichtung der Tür gegen Feuchtigkeit vorsehe.

Zudem habe die Klägerin keinen Anspruch auf Kosten für die Lagerung der Möbel oder für eine anderweitige Unterbringung, da die Arbeiten schrittweise Raum für Raum durchgeführt werden könnten. Darüber hinaus könne sie auch keine Regiekosten verlangen, da die Arbeiten nicht voneinander abhängig seien.

Schließlich entspräche das Balkongeländer zur [redacted]straße den Vorgaben der HBauO und den gültigen Vorschriften. Der Handlauf des Geländers sei um 15,5 cm nach innen gekröpft und erfülle damit die Voraussetzungen für eine Umwehrung von mindestens 80 cm Höhe. Zudem liege eine Abweichung von 1,0 bis 1,5 cm von den vorgeschriebenen 90 cm im Bereich der Bau- und Messtoleranz.

Der Beklagte beantragt,

> unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Hamburg vom 11.05.2018 (Az.: 329 O 77/12) die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

> die Berufung zurückzuweisen.

---

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihrer erstinstanzlichen Argumentation.

Hinsichtlich des weiteren Sachvortrags wird ergänzend Bezug genommen auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie das Protokoll der Berufungsverhandlung vom 29.04.2019.

Nach Schluss der Berufungsverhandlung sind noch zwei Schriftsätze vom 30.04. und vom 05.05.2019 zur Akte gelangt, die keinen Anlass zur Wiedereröffnung gegeben haben.

## II.

Die Berufung hat in der Sache keinen Erfolg.

Die gemäß § 519 ZPO formgerechte und gemäß §§ 517, 520 ZPO fristgerechte und somit zulässige Berufung ist unbegründet. Die angefochtene Entscheidung beruht weder auf einer Rechtsverletzung (§§ 513 Abs. 1 Alt. 1, 546 ZPO) noch rechtfertigen die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung (§ 513 Abs. 1 Alt. 2 ZPO). Dies ergibt sich im Einzelnen aus folgenden Erwägungen:

1. Die Klägerin hat einen Anspruch auf Zahlung eines Kostenvorschusses für die Balkontür und Fenster in Höhe von 1.555,- € aus §§ 633, 634 Nr. 2, 637 Abs. 3 BGB.

a) Das Werkvertragsrecht findet Anwendung. In § 8 Nr. 1 des Kaufvertrages (Anlage K1) ist geregelt, dass für Mängel hinsichtlich der vom Verkäufer zu erbringenden Bauleistungen das Werkvertragsrecht des BGB (§§ 631 ff. BGB) gilt. Die Baubeschreibung, auf die der Kaufvertrag Bezug nimmt, legt fest, dass die Fenster und die Balkontür ausgetauscht werden sollen. Damit handelt es sich bei den Arbeiten an den Fenstern und an der Balkontür um Bauleistungen, für die das Mängelgewährleistungsrecht des Werkvertragsrechts Anwendung findet.

b) Die Klägerin ist auch aktivlegitimiert. Entgegen der Ansicht des Beklagten kann die Klägerin den Anspruch auf einen Kostenvorschuss im eigenen Namen geltend machen und Zahlung an sich verlangen, da sie hierzu wirksam ermächtigt wurde.

aa) Bei den Fenstern und der Balkontür handelt es sich gemäß § 3 der Teilungserklärung vom 20.10.2009 um Gemeinschaftseigentum der WEG[redacted].

bb) Auch bei Mängeln am Gemeinschaftseigentum ist der einzelne Wohnungseigentümer befugt, den Mangel gerichtlich geltend zu machen (BGH, Urteil vom 19.08.2010 – VII ZR 113/09 – Rn. 24 - 28, zit. nach juris; BGH, Urteil vom 12.04.2007 - VII ZR 236/05 - Rn. 18, zit. nach juris; BGH,

Urteil vom 27.07.2006 - VII ZR 276/05, zit. nach juris).

(1) Wird ein Kostenvorschuss zur Mängelbeseitigung verlangt, so ist jedoch grundsätzlich auf Zahlung an die WEG zu klagen (BGH, Urteil vom 12.04.2007 - VII ZR 236/05, Rn. 18, zit. nach juris; BGH, Urteil vom 21. Juli 2005 – VII ZR 304/03 – Rn. 10, zit. nach juris; Urteil vom 07.06.2001 - VII ZR 420/00, zit. nach juris; BGHZ 148, 85, 88BGH, Urteil vom 06.06.1991 - VII ZR 372/89; BGHZ 114, 383, 388). Dieses Vorgehen soll gewährleisten, dass die Mittel zur ordnungsgemäßen Herstellung des Gemeinschaftseigentums der Gemeinschaft zufließen. Die Mittel sollen nämlich nicht gegen die Interessen der Gemeinschaft zur Verfügung gestellt werden (BGH, Urteil vom 12.04.2007 - VII ZR 236/05 - Rn. 18, zit. nach juris).

(2) Nur ausnahmsweise kann der einzelne Eigentümer Zahlung an sich selbst verlangen, wenn er hierzu von der WEG ermächtigt wurde (OLG Düsseldorf, Urteil vom 25.11.2005 – I-22 U 71/05 – Rn. 21 - 23, zit. nach juris; BGH, Urteil vom 16.12.2004 – VII ZR 257/03 – Rn. 47, zit. nach juris BGH, Urteil vom 28.10.1999 – VII ZR 284/98, BauR 2000, 285 = ZfBR 2000, 117, 118).

Dies ist hier - entgegen der Ansicht des Beklagten - der Fall. Die Klägerin wurde durch die Erklärung der Miteigentümer aus dem Jahr 2012 (vgl. Bl. 52 d. A.) ermächtigt, die Mängel am Gemeinschaftseigentum im eigenen Namen geltend zu machen und die Zahlung eines Kostenvorschusses zur Mängelbeseitigung an sich selbst zu verlangen. In der Erklärung heißt es hierzu:

*„Wir die Unterzeichnenden erklären ausdrücklich, dass Frau* [redacted] *soweit die Klage Elemente betrifft, die dem Gemeinschaftseigentum ggf. zuzuordnen sind, diese im eigenen Namen, auf eigene Rechnung bzgl. der Mängelansprüche/ Gewährleistungsansprüche auch im Wege des Kostenvorschusses gegen Herrn* [redacted] *geltend zu machen.*

*Frau* [redacted] *ist auch befugt in dieser Klage soweit hier Mängel an dem Gemeinschaftseigentum geltend gemacht werden, die dem Gemeinschaftseigentum zuzuordnen sind an sie zu zahlenden Kostenvorschuss zu verlangen und auch diesen gegenüber Herrn* [redacted] *nach erfolgter Mängelbeseitigung soweit es das Gemeinschaftseigentum in dieser Klage betrifft, abzurechnen."*

(a) Diese Erklärung stellt eine eindeutige Ermächtigung der Klägerin dar, auch die Mängel am Gemeinschaftseigentum gerichtlich geltend zu machen und insofern einen Kostenvorschuss zur Mängelbeseitigung an sich zu verlangen. Die Interessen der WEG sind hier gewahrt, da diese bewusst darauf verzichtet hat, die Ansprüche aus den Mängeln des Gemeinschaftseigentums selbst gegenüber dem Beklagten geltend machen. Wie bereits ausgeführt, dient die vom BGH verlangte Klage auf Zahlung an die Gemeinschaft dazu, die Interessen der WEG zu schützen und keine Mängelbeseitigung gegen ihren Willen vorzunehmen. Bei einer Ermächtigung durch die Gemeinschaft ist ein solcher Schutz der Interessen der WEG jedoch nicht erforderlich.

---

(b) Die Ermächtigung durch die Untereigentümergemeinschaft des Vorderhauses der WEG [redacted] ist auch wirksam. Denn der Untereigentümergemeinschaft des Vorderhauses wurde durch die Miteigentumsordnung, die in der Teilungserklärung vom 20.10.2009 enthalten ist, die Kompetenz eingeräumt, unter Ausschluss der anderen Eigentümer verbindliche Entscheidungen für die Untereigentümergemeinschaft zu treffen. In § 20 der Teilungserklärung heißt es insoweit:

*„(1) Angelegenheiten, über die nach dem WEG oder nach dem Inhalt dieser Gemeinschaftsordnung die Sondereigentümer durch Beschluss entscheiden können, werden durch Beschlussfassungen in Versammlungen der Sondereigentümer geordnet. Dabei gelten als Eigentümerversammlungen diejenigen der Gesamteigentümergemeinschaft sowie diejenigen der Untergemeinschaften des Vorderhauses (Wohnungen 1 bis 8) einerseits und des Hinterhauses (Sondereigentumseinheiten 9 und 10) andererseits. Die Versammlung der Wohnungseigentümer des Vorderhauses ist zuständig für alle Angelegenheiten, soweit sie das in den Häusern* [redacted] *belegene Sondereigentum und die damit verbundenen gemeinschaftlichen ausschließlichen Nutzungsrechte an den Gebäuden und an dem Grundstück betreffen. (...) Die Eigentümerversammlungen der Untereigentümergemeinschaften sollen ungeachtet ihrer rechtlichen Selbstständigkeit nach Möglichkeit gemeinsam stattfinden. (...)*

*Die jeweiligen Eigentümer eines Gebäudes (Untereigentümergemeinschaft) bedürfen für bauliche Veränderungen an ihrem Gebäude oder für die Umwandlung von Teil- in Wohnungseigentum (oder umgekehrt) nicht der Zustimmung der Miteigentümer der anderen Untereigentümergemeinschaft; dies gilt ausdrücklich auch dann, wenn durch die Veränderungen im Bereich des betreffenden Gebäudes in Gemeinschaftseigentum eingegriffen wird. Zulässig sind somit alle Maßnahmen, die baurechtlich zulässig und innerhalb der betroffenen Untereigentümergemeinschaft zugelassen sind. Für bauliche Veränderungen sind die einzelnen Gebäude somit so zu behandeln, als wären sie jeweils eigenständige Wohnungseigentümergemeinschaften."*

(aa) Die Teilungserklärung spricht vorliegend selbst von einer rechtlichen Selbstständigkeit der Untereigentümergemeinschaften Vorder- und Hinterhaus und den Untergemeinschaften werden weitreichende Kompetenzen eingeräumt. Insbesondere bei baulichen Maßnahmen sollen die Untergemeinschaften so behandelt werden, als seien sie eigenständige Wohnungseigentümergemeinschaften.

(bb) Die Argumentation des Beklagten, dass § 20 der Teilungserklärung nur den Fall regele, dass aufgrund zulässiger Änderungen im Sondereigentum in einer Untergemeinschaft auch in das Gemeinschaftseigentum eingegriffen werden müsse, überzeugt nicht, denn die Regelung in § 20 stellt beide Fälle (bauliche Veränderungen an ihrem Gebäude und Umwandlung von Teil- in Wohnungseigentum) gleichrangig nebeneinander, indem sie diese mit dem Wort „oder" verknüpft. In dem nur mit einem Semikolon abgetrennten folgenden Halbsatz heißt es dann „*dies gilt ausdrücklich auch dann, wenn durch die Veränderungen im Bereich des betreffenden Gebäudes in Gemeinschaftseigentum eingegriffen wird*". Dieser Halbsatz bezieht sich auf

beide vorgenannten Fälle und nicht nur auf die Umwandlung in Sondereigentum.

In einer Gemeinschaftsordnung können im Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander Untergemeinschaften mit eigener Verwaltungszuständigkeit und selbstständiger Beschlussfassungskompetenz errichtet werden. Untereigentümergemeinschaften kann die Kompetenz eingeräumt werden, unter Ausschluss der anderen Eigentümer Maßnahmen zu beschließen, die das Gebäude betreffen, das zur jeweiligen Gemeinschaft gehört. In diesem Fall sind die Entscheidungen der einzelnen Untergemeinschaft auch ohne die Zustimmung der anderen Miteigentümer wirksam (BGH, Urteil vom 10.11.2017 - V ZR 184/16 - NJW 2018, 1309, 1310-1311, zit. nach juris).

Entgegen der Ansicht des Nebenintervenienten folgt auch nichts anderes aus der Entscheidung des OLG Nürnberg vom 16.08.2013 (2 U 2379/12, Rn. 20 f., zit. nach juris), denn im dortigen Fall regelte die Gemeinschaftsordnung gerade nicht, dass eine gerichtliche Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen, die nur eines der beiden Häuser betrifft, nur die Wohnungseigentümer des betreffenden Hauses allein treffen können.

(cc) Darüber hinaus kann der Beklagte der Klägerin auch nicht entgegenhalten, dass er selbst als Miteigentümer der WEG [redacted] die Erklärung hätte unterzeichnen müssen. Denn der Beklagte ist hier sowohl Miteigentümer als auch Klagegegner. Er hat sich spätestens mit dem Antrag auf Klageabweisung endgültig geweigert, an der Beseitigung der gerügten Mängel am Gemeinschaftseigentum mitzuwirken. In einem solchen Fall ist der Miteigentümer und Beklagte nicht schutzwürdig (BGH, Urteil vom 07.07.2001 - VII ZR 420/00,Rn. 15 f., zit. nach juris). Da der Beklagte selbst die Beseitigung der Mängel am Gemeinschaftseigentum ablehnt, kann er sich nicht darauf berufen, dass seine Interessen als Miteigentümer durch die Zahlung eines Kostenvorschusses direkt an die Klägerin berührt seien. Die anderen Miteigentümer haben ihre Zustimmung zum Vorgehen der Klägerin durch die Erklärung erklärt. Somit stehen die Interessen der WEG der Zahlung eines Vorschusses zur Mängelbeseitigung an die Klägerin nicht entgegen.

(c) Entgegen der Auffassung des Beklagten ist eine Ermächtigungserklärung der Miteigentümer ausreichend. Eines Beschlusses der Wohnungseigentümergemeinschaft bedarf es dagegen nicht. Die Ermächtigung genießt als Vereinbarung der Miteigentümer Vorrang. Denn gemäß § 10 Abs. 3 WEG können die Wohnungseigentümer ihr Verhältnis untereinander in Ergänzung oder Abweichung von Vorschriften des Gesetzes durch Vereinbarungen regeln.

(d) Darüber hinaus verdeutlicht auch die zweite Erklärung der Miteigentümer vom 12.12.2018, dass an der Ermächtigung der Klägerin festgehalten werden soll. Zwar enthält bereits die erste

Erklärung aus 2012 eine wirksame Ermächtigung der Klägerin. Die zweite Erklärung stützt diese Ermächtigung aber noch zusätzlich.

Die Erklärung vom 12.12.2018 war auch als neuer Vortrag gemäß §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO zuzulassen. Es handelt sich bei der Erklärung um neuen Tatsachenvortrag, der in der ersten Instanz bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung nicht vorgetragen wurde. Dieser ist zuzulassen, wenn die Nichtgeltendmachung im ersten Rechtszug nicht auf einer Nachlässigkeit der Partei beruht. Nachlässigkeit im Sinne von § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO ist grundsätzlich zu verneinen, wenn ein neues Angriffs- und Verteidigungsmittel erst nach Schluss der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung entstanden ist (BGH, Beschluss vom 17.05.2011 – X ZR 77/10, Rn. 12, zit. nach juris; BT-Drucks. 14/4722, S. 101). Dies ist hier der Fall. Die Erklärung ist am 12.12.2018 und damit nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung in der ersten Instanz entstanden. Zumindest die Miteigentümer, die die Erklärung unterzeichnet haben oder eine andere Person zur Unterzeichnung ermächtigt haben, bekräftigen mit dieser Erklärung erneut die Ermächtigung der Klägerin zur Geltendmachung des Anspruchs. Da jedoch bereits die Erklärung aus dem Jahr 2012 eine wirksame Ermächtigung enthält, ist die Erklärung vom 12.12.2018 nicht entscheidend. Damit kann letztendlich dahinstehen, ob sämtliche Unterschriften auf dieser Erklärung wirksam und echt sind und ob entsprechende Vollmachten zur Unterzeichnung vorgelegen haben. Die Echtheit der Unterschriften der ersten Erklärung aus dem Jahr 2012 ist demgegenüber erstinstanzlich nicht bestritten worden, sondern dieser ist nur entgegengehalten worden, dass nicht alle Eigentümer der Wohnungseigentümergemeinschaft unterzeichnet hätten (vgl. Schriftsatz vom 04.02.2013, Bl. 60 d.A., und vom 02.05.2014, Bl. 113 d.A.).

cc) Das Recht auf rechtliches Gehör des Beklagten aus Art. 103 Abs. 1 GG ist vom Landgericht nicht dadurch verletzt worden, dass das Landgericht eine Aktivlegitimation der Klägerin angenommen hat. Soweit der Beklagte geltend macht, das Landgericht habe die Klägerin wiederholt darauf hingewiesen, dass sie ihre Anträge umstellen und Zahlung an die WEG verlangen müsse, und das Landgericht habe zu keinem Zeitpunkt mitgeteilt, dass es seine Meinung in diesem Punkt geändert habe, bleibt er ohne Erfolg.

Stellt das Gericht ohne vorherigen Hinweis auf einen rechtlichen Gesichtspunkt ab, mit dem auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter nicht zu rechnen brauchte, so kann dies im Ergebnis der Verhinderung eines Vortrags zur Rechtslage gleichkommen. Demnach kann Art. 103 Abs. 1 GG verletzt sein, wenn das Gericht durch eindeutig formulierte Hinweise seine Rechtsauffassung zu erkennen gibt und später ohne vorherigen Hinweis davon abrückt, sodass den Prozessbeteiligten kein Vortrag zur gewandelten Rechtsauffassung mehr möglich ist

(BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 29.09.2006 – 1 BvR 247/05 – Rn. 29, zit. nach juris; BVerfG, Beschluss vom 07.10.2003 -1 BvR 10/99 BGH, Beschluss vom 01.02.2007 - V ZR 200/06).

Ein solcher Verstoß ist vorliegend nicht gegeben. Das Landgericht hat die Parteien vielmehr darauf hingewiesen, dass es die Klägerin als aktivlegitimiert erachte. Aus dem Protokoll vom 20.03.2013 (Bl. 93 ff. d. A.) ergibt sich, dass das Landgericht darauf hingewiesen hat, dass hinsichtlich einiger Punkte geklärt werden müsse, inwieweit die Klägerin aktivlegitimiert sei. In der mündlichen Verhandlung vom 15.11.2013 (Bl. 103 ff. d. A.) erörterte das Landgericht mit den Parteien den Einfluss des WEG-Rechts. Das Landgericht wies dabei darauf hin, dass es die Geltendmachung eines entsprechenden Kostenvorschusses durch die Klägerin für zulässig erachte. Allenfalls könne es nötig sein, die Leistung des Kostenvorschusses an die Gemeinschaft zu verlangen. Dies hänge aber von den im Einzelnen getroffenen Regelungen in der Teilungserklärung und den sonstigen Beschlüssen ab. Damit hat das Landgericht keine überraschende Entscheidung getroffen, die eines weiteren Hinweises bedurft hätte, denn dass Landgericht hat erörtert, dass die Aktivlegitimation problematisch sei und es entscheidend auf die konkreten Regelungen in der Teilungserklärung ankomme. Dem Beklagten war es möglich, zur Aktivlegitimation der Klägerin vorzutragen und von seinem Recht auf rechtliches Gehör Gebrauch zu machen.

c) Die Balkontür und die Fenster sind ebenfalls mangelhaft.

Gemäß § 633 Abs. 2 BGB ist ein Werk frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat. Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist das Werk frei von Sachmängeln, wenn es sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte, sonst für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art des Werkes erwarten kann.

Der Sachverständige [redacted] hat festgestellt, dass die Arbeiten an den zwei Fenstern und der Balkontür nicht fachgerecht durchgeführt wurden. Die Bauteilöffnung habe ergeben, dass zwischen den Fensterrahmen und den angrenzenden Wänden Hohlräume vorlägen. Zudem weise der Fußpunkt der Balkontür unterhalb des Rahmens nicht die ausreichende Dämmung auf und es fehle eine winddichte Abdichtung. Es müsse eine geeignete Dämmung eingebaut werden (S. 11 des Gutachtens vom 20.01.2017). Bei Fenstern und einer Balkontür ist eine Dämmung üblich und darf auch von dem Besteller erwartet werden. Das Fehlen der Dämmung stellt damit einen Mangel dar. Die Kosten für die Mängelbeseitigung schätzt der [redacted] auf 1.555,- € (S. 38 des Gutachtens).

d) Die Klägerin kann den Anspruch auf einen Kostenvorschuss zur Mängelbeseitigung auch geltend machen, obwohl keine Abnahme des Gemeinschaftseigentums erfolgt ist.

aa) Die Abnahme am 29.08.2011 entfaltet keine Wirkung für die Klägerin.

Grundsätzlich ist bei Wohnungseigentum jeder Eigentümer Besteller bezüglich seines Anteils am Gemeinschaftseigentum (Sprau, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 76. Auflage 2017, § 640, Rn. 5). Damit kann nur jeder Eigentümer für sich selbst die Abnahme erklären. Es liegt grundsätzlich bei dem einzelnen Eigentümer, zu entscheiden, ob er das Werk als eine in der Hauptsache dem Vertrag entsprechende Erfüllung gelten lassen will. (BGH, Urteil vom 12.05.2016 - VII ZR 171/15, Rn. 33, zit. nach juris; BGH, Urteil vom 21.02.1985 - VII ZR 72/84, zit. nach juris). Es ist dem Bauträger zumutbar, eine Abnahme auch des Gemeinschaftseigentums durch jeden Erwerber herbeizuführen.

(1) Da die Klägerin selbst nicht bei der Abnahme anwesend war, hat sie das Gemeinschaftseigentum nicht abgenommen. Dass eine der anwesenden Personen wirksam von der Klägerin zur Abnahme bevollmächtigt wurde, hat der Beklagte nicht vorgetragen. Die bloße Anwesenheit des Verwalters und anderer Miteigentümer war dagegen nicht geeignet, eine Abnahme durch die Klägerin herbeizuführen. Denn selbst wenn dem Verwalter der Wohnungseigentümergemeinschaft in der Teilungserklärung vom 20.10.2009 die Befugnis eingeräumt wurde, mit Wirkung für und gegen die Eigentümer im Rahmen seiner Verwaltungsaufgaben Verträge abzuschließen und sonstige Rechtsgeschäfte vorzunehmen, so berechtigt ihn dies nicht zur Abnahme einer Werkleistung am Gemeinschaftseigentum. Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums betrifft nicht das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander, so dass weder eine Beschlusskompetenz der Gemeinschaft besteht noch eine entsprechende Regelung in der Gemeinschaftsordnung getroffen werden kann (BGH, Urteil vom 12.05.2016 - VII ZR 171/15 - Rn. 34, zit. nach juris; OLG München, Urteil vom 06.12.2016 - 28 U 2388/16 - Rn. 121-125, zit. nach juris; OLG Stuttgart, Urteil vom 31.03.2015 - 10 U 46/14 - Rn. 86, zit. nach juris). Eine ausdrückliche Abnahme scheidet damit aus.

(2) Auch eine konkludente Abnahme kommt nicht in Betracht. Die Klägerin hatte den Kaufpreis bereits vor der Übergabe gezahlt, so dass eine stillschweigende Abnahme durch Zahlung des Werklohns ausscheidet. Darüber hinaus hat die Klägerin auch keine Erklärungen abgegeben, die eine Abnahme darstellen könnten. Es kann auch keine Abnahme darin gesehen werden, dass die Klägerin nicht gegen die Abnahme durch die Verwalterin protestierte. Ein bloßes Schweigen stellt keine rechtserhebliche Willenserklärung dar.

bb) Die Klägerin kann dennoch einen Kostenvorschuss vom Beklagten verlangen. Denn der

Beklagte hat selbst stets den Eindruck erweckt, dass eine Abnahme erfolgt und das Erfüllungsstadium nunmehr beendet sei. Nach den Grundsätzen von Treu und Glauben ist es dem Beklagten aus diesem Grund verwehrt, sich nunmehr mit Erfolg auf die fehlende Abnahme zu berufen.

(1) In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass der Verwender von allgemeinen Geschäftsbedingungen, nach denen eine Abnahme für die Wohnungseigentümergemeinschaft durch den Verwalter oder einen Sachverständigen erfolgen soll, sich nicht auf die fehlende Abnahme berufen kann (BGH, Urteil vom 25.02.2016 – VII ZR 49/15 – Rn. 41, zit. nach juris; BGH, Urteil vom 12.05.2016 – VII ZR 171/15 – Rn. 57- 59, zit. nach juris). Diese Wertung ergibt sich daraus, dass der Verwender durch seine Klauseln den Eindruck erweckt, dass das Erfüllungsstadium aufgrund erfolgter Abnahme des Gemeinschaftseigentums beendet sei.

(2) Diese Rechtsprechung lässt sich auf den vorliegenden Fall übertragen.

Zwar hat der Beklagte keine allgemeinen Geschäftsbedingungen gestellt, die eine Abnahme des Gemeinschaftseigentums regeln. Es trifft auch zu, dass der Beklagte zum Zeitpunkt der Abnahme des Gemeinschaftseigentums am 29.08.2011 gerade nicht Geschäftsführer der [redacted] GmbH, die Verwalterin der Wohnungseigentümergemeinschaft ist, war, sondern dies erst wieder Anfang 2012 wurde. Darauf hat der Beklagte mit Schriftsatz vom 05.05.2019 hingewiesen.

Darauf kommt es jedoch auch nicht an, denn jedenfalls hat sich der Beklagte über Jahre gegenüber Mängelansprüchen der Miteigentümer auf die Abnahme und eine daraus resultierende Verjährung berufen. Der Beklagte hat damit durch sein Verhalten den Eindruck erweckt, eine Abnahme im Namen der gesamten Wohnungseigentümergemeinschaft habe stattgefunden und die Erfüllungsphase sei nunmehr beendet. Auch erstinstanzlich hat der Beklagte der Klägerin gegenüber die erfolgte Abnahme entgegengehalten und das Abnahmeprotokoll vom 30.08.2011 als Anlage B3 vorgelegt, so dass er sich nunmehr nicht darauf berufen kann, es sei keine Abnahme erfolgt.

(3) Diese Wertung stellt auch keinen Widerspruch zur Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 19.01.2017 (Az.: VII ZR 193/15, Rn. 25, zit. nach juris) dar, wonach der Besteller Mängelrechte grundsätzlich erst nach Abnahme des Werks mit Erfolg geltend machen kann, denn von einem Grundsatz sind Ausnahmen denkbar und möglich.

Ein Ausnahmefall ist vorliegend nach Ansicht des Berufungsgerichts aufgrund des Verhaltens des Beklagten, der über Jahre den Eindruck einer erfolgten Abnahme erweckt und sich erstinstanzlich ausdrücklich auf diese berufen hat, gegeben. Unter dem Gesichtspunkt

widersprüchlichen Verhaltens (venire contra factum proprium) ist es dem Beklagten nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) vorliegend verwehrt, sich nach diesem Zeitablauf vorliegend auf eine fehlende Abnahme des Gemeinschaftseigentums zu berufen.

Somit kann vorliegend trotz fehlender Abnahme des Gemeinschaftseigentums ausnahmsweise ein Anspruch der Klägerin auf einen Kostenvorschuss nach §§ 633, 634 Nr. 2, 637 Abs. 3 BGB bejaht werden.

2. Die Klägerin hat auch wegen des mangelhaften Holzdielenfußbodens einen Anspruch auf Zahlung eines Kostenvorschusses in Höhe von 16.011,45 € brutto ohne Regiekosten gegen den Beklagten aus §§ 633, 634 Nr. 2, 637 Abs. 3 BGB.

a) Auch hinsichtlich des Fußbodens findet Werkvertragsrecht Anwendung. Die Baubeschreibung enthält in Bezug auf den Bodenbelag die Regelung, dass die vorhandenen Dielen geschliffen, an Fehlstellen ergänzt und versiegelt werden sollten. Damit handelt es sich bei den Arbeiten an dem Fußboden um eine Bauleistung des Beklagten, für die gemäß § 8 des Kaufvertrages (Anlage K1) das Werkvertragsrecht gilt.

b) Der Fußboden ist mangelhaft im Sinne des § 633 Abs. 2 BGB.

Nach dieser Vorschrift ist ein Werk frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat. Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist das Werk frei von Sachmängeln, wenn es sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte, sonst für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art des Werkes erwarten kann. Hier weist der Fußboden nicht die vereinbarte Beschaffenheit auf. Die vorhandenen Holzdielen sollten nach der Baubeschreibung geschliffen, an Fehlstellen ergänzt und versiegelt werden. Aus der Beschreibung ergibt sich somit, dass der Beklagte einen funktionsfähigen und belastbaren Fußboden schuldete. Die Dielen sollten so überarbeitet werden, dass der Boden genutzt werden konnte. Darüber hinaus muss ein Holzfußboden in einer Wohnung auch betreten werden können, um für die gewöhnliche Verwendung geeignet zu sein.

Nach den in sich stimmigen und überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen [redacted] waren bei dem Ortstermin am 02.08.2016 diverse Nuten aus der Dielung herausgebrochen. Im Flur waren insgesamt acht Stellen vorhanden, an denen die Nuten gebrochen waren. Der Sachverständige [redacted] hat dazu ausgeführt, dass die Dielen bei Belastung in den Teilbereichen nachgeben würden, so dass die Holznuten abscheren (S. 13 des Gutachtens vom 20.01.2017).

Entgegen der Ansicht des Nebenintervenieten ist der Mangel am Holzboden auch nachgewiesen.

Soweit der Nebenintervenient einwendet, dass der Sachverständige in der Anhörung erklärt habe, dass die auf dem Foto Nr. 17 abgelichtete Nut auch nachträglich ausgebrochen sein könnte und es auch verschiedene Ursachen für ein nachträgliches Brechen geben könnte, kommt es darauf nicht entscheidungserheblich an. Denn ursächlich für das Brechen ist nach den schlüssigen Feststellungen des Sachverständigen die aufgrund des Abschleifens geschwächte Materialstärke der Dielen, die bei den Dielen auf dem Foto 11 mit ca. 4 mm und auf dem Foto 12 bis knapp 5 mm gemessen worden ist (Bl. 12 des Gutachtens). Wann genau die Nuten gebrochen sind, spielt in diesem Zusammenhang keine maßgebliche Rolle, zumal der Sachverständige auch Nägel festgestellt hat, die bereits im Zeitpunkt der Überarbeitung des Bodens eingebracht worden sind, um die Dielen zu befestigen.

Der Boden ist nach dem Abschleifen mithin derart geschwächt gewesen und damit mangelhaft, dass er bei der gewöhnlichen Nutzung, dem Betreten, im Bereich der Nut bricht.

c) Entgegen der Ansicht des Beklagten greift hinsichtlich der Holzdielen nicht der im Kaufvertrag vereinbarte Gewährleistungsausschluss. Zwar können die Parteien in einem Individualvertrag über den Erwerb von Altbauwohnungen wirksam den Ausschluss der verschuldensunabhängigen Sachmängelgewährleistung für Mängel der von der Modernisierung des erworbenen Objekts unberührt gebliebenen Altbausubstanz vereinbaren (BGH, Urteil vom 06.10.2005 – VII ZR 117/04 - zit. nach juris: BGHZ 164, 225-235, Rn. 20). Hier wurde vertraglich jedoch nur ein Gewährleistungsausschluss für bestimmte Mängel vereinbart. Ein Gewährleistungsausschluss für den Dielenboden ist dagegen nicht im Vertrag enthalten. Der Kaufvertrag trifft in § 8 Ziffer 1 folgende Regelungen:

*„Übliche Spannungs-, Setz- und Trockenrisse gelten nicht als Mängel und sind von der Haftung ausgeschlossen. .... Ein Schallschutz zum Treppenhaus und ein Trittschallschutz nach neuen Vorschriften kann aus konstruktiven Gründen im Altbau nicht gewährleistet werden. Für Mängel des Grundstücks haftet der Verkäufer jedoch nicht. Der Verkäufer erklärt, dass ihm nicht erkennbare Mängel nach pflichtgemäßer Prüfung der Beschaffenheit des Grundstücks und der vorhandenen Baulichkeiten nicht bekannt sind und dass keine erheblichen Bodenverunreinigungen bestehen."*

Diese Regelung stellt bereits keinen Gewährleistungsausschluss für die gesamte Altbausubstanz dar. sondern erfasst nur partiell genannte Mängel.

Selbst wenn man in dieser Regelung einen Gewährleistungsausschluss für die gesamte Altbausubstanz sehen wollte, erfasst dieser nicht die Holzdielen. Laut der Baubeschreibung sollte der Dielenboden durch den Beklagten überarbeitet werden. Damit handelt es sich bei dem Holzfußboden um einen Teil des Wohnungseigentums, der vom Beklagten überarbeitet werden sollte. Damit unterliegt der überarbeitete Fußboden gemäß dem Kaufvertrag als Werk des

Beklagten den Mängelrechten des Werkvertragsrechts und kann deshalb nicht von einem Gewährleistungsausschluss für Altbausubstanz erfasst werden.

d) Die Klägerin trifft zudem auch kein Mitverschulden. Der Beklagte hatte bezüglich des Wasserschadens an den Dielen vor der Balkontür vorgetragen, die Klägerin treffe ein 100%iges Mitverschulden, da sie den Wassereintritt nicht verhindert habe.

Der Sachverständige [redacted] hat ausgeführt, dass die Feuchtigkeitsschäden an dem Fußbodenbelag durch die fehlende Wärmedämmung entstanden seien. Zudem fehlt unterhalb der Balkontür eine winddichte Folie (S. 9 des Gutachtens). Es erscheint bereits fragwürdig, ob das Auslegen eines Feudels geeignet gewesen wäre, einen Schaden, der durch das Fehlen einer winddichten Folie und einer Wärmedämmung in der Mauer unterhalb der Tür entstanden ist, zu verhindern. Jedenfalls ist es nicht zumutbar, ständig einen Feudel an der Balkontür auslegen zu müssen, wenn mit Regen gerechnet werden muss.

Darüber hinaus kann der Beklagte der Klägerin auch nicht entgegenhalten, dass sie einen Schadenseintritt nicht verhindert habe, da er sich selbst mit der Nacherfüllung im Verzug befand. Bereits im Übergabeprotokoll vom 06.03.2010 ist unter der Nummer 06 die Mangelbeschreibung „Abdichten des kleinen Balkons zur Tür" aufgenommen worden. Dieser Mangel sollte bis zum 08.03.2010 behoben werden. Da der Beklagte den Mangel nicht wie vereinbart behoben hat, ist es ihm verwehrt, sich darauf zu berufen, dass die Klägerin keine Maßnahmen ergriffen habe, um einen Schaden zu verhindern.

e) Der Beklagte ist zudem mit dem Einwand, die Dielenfläche sei falsch berechnet worden, präkludiert. Der Beklagte hat erstmalig in der Berufungsbegründung vorgetragen, die Fläche der Dielen sei vom Sachverständigen falsch berechnet worden, was die Klägerin ihrerseits bestritten hat.

Gemäß § 531 Abs. 2 S. 1 ZPO sind neue Angriffs- und Verteidigungsmittel nur zuzulassen, wenn sie einen Gesichtspunkt betreffen, der vom Gericht des ersten Rechtszuges erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten worden ist, infolge eines Verfahrensmangels im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht wurden oder im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht worden sind, ohne dass dies auf einer Nachlässigkeit der Partei beruht. Es kann nicht mehr vorgetragen werden, was der Partei vor Schluss der mündlichen Verhandlung in 1. Instanz hätte bekannt sein müssen, also bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt bereits hätte vorgetragen werden können, wobei die einfache Fahrlässigkeit als Verschuldensmaßstab anzulegen ist (Heßler in: Zöller, Zivilprozessordnung, 32. Aufl. 2018, § 531 ZPO, Rn. 20).

Dem Beklagten war bereits in der 1. Instanz bekannt, welche Fläche einerseits die Klägerin der

Klage und andererseits der Sachverständige der Kostenschätzung in dem von ihm erstellten Gutachten zugrunde gelegt hatten. Das Gutachten des Sachverständigen [redacted] vom 20.01.2017 nennt bei der Kostenschätzung auf Seite 38 konkrete Maße der zu erneuernden Fläche von 52,36 m². Eventuelle Rechenfehler des Sachverständigen hätte der Beklagte mit der gebotenen Sorgfalt bereits in der ersten Instanz erkennen können und geltend machen müssen.

Hinzukommt, dass das Gutachten - entgegen der Ansicht des Beklagten - jedenfalls nicht offensichtlich falsch ist. Legt man den Grundriss der Wohnung in der Anlage 1 des Gutachtens (Seite 39 des Gutachtens) zugrunde, so ist die zu erneuernde Fläche dort vom Sachverständigen gelb umrandet worden. Nicht gelb umrandet und damit ausgenommen sind davon die Balkonflächen, die Küche, das Bad sowie das Treppenhaus, so dass das Berufungsgericht die Anlage 1 so versteht, dass der Sachverständige bei seiner Berechnung auch nur diese gelb umrandete Fläche berücksichtigt hat. Dafür spricht auch, dass der Sachverständige auf S. 12 des Gutachtens ausgeführt hat, die Fußbodendielen in den drei Aufenthaltsräumen und im Flur seien untersucht worden, während in der Küche und im Bad die Dielen mit anderen Belägen abgedeckt seien. Dass der Sachverständige also fälschlicherweise auch die Fläche des Bades mitberechnet haben könnte, drängt sich deshalb nicht auf.

Sollte gleichwohl ein Berechnungsfehler des Sachverständigen vorliegen, so dürfte sich dieser Fehler jedenfalls als nicht so schwerwiegend darstellen, weil die Klägerin ja zunächst ohnehin nur einen Kostenvorschuss erhält, später dann aber nur die tatsächlich erneuerte Fläche abrechnen kann, so dass ein eventueller Berechnungsfehler hinsichtlich der Fläche spätestens darüber korrigiert werden könnte.

f) Ohne Erfolg bleibt der Beklagte zudem mit dem Einwand, es sei ein Abzug neu für alt vorzunehmen.

Der Beklagte schuldete nach dem Vertragszweck einen funktionsfähigen Fußboden. Bei einer fachgerechten Sanierung wären die Dielenbohlen bereits nach dem Abschleifen ausgetauscht worden. In der Baubeschreibung ist bezüglich des Bodenbelags festgehalten, dass „Fehlstellen ergänzt" werden sollten. Wenn die Dielen nach dem Abschleifen aber mit 4 - 6 mm Stärke derart geschwächt und deshalb nicht mehr belastbar waren und dieser Zustand richtig eingeschätzt worden wäre, so hätte man nicht nur Fehlstellen ergänzt und genagelt, sondern die Dielen bereits vor dem Bezug der Klägerin austauschen müssen.

Dies ergibt sich im Einzelnen aus Folgenden:

aa) Nach den Feststellungen des Sachverständigen beträgt die Materialstärke der vorhandenen Nuten zwischen 4 und knapp 5 bzw. 6 mm (vgl. Bl. 12 des Gutachtens). Nach seinen

nachvollziehbaren Erläuterungen entsteht das Ausbrechen dadurch, dass der Bereich oberhalb der Felder durch das Abschleifen geschwächt und so dünn ist, dass er durch ein Hochdrücken der Feder, wenn die entsprechende Diele belastet wird, versagt und abbricht (Bl. 342 f. d.A.).

Das Berufungsgericht hält die Feststellungen des Sachverständigen auch für in sich schlüssig und überzeugend. Bei einer solchen Schwächung des Materials hilft auch eine bloße Ausbesserung einzelner Stellen nicht, um den Boden als solchen belastbar zu machen, so dass es insgesamt eines Austausches des Belages bedarf.

Der Sachverständige hat in seiner Anhörung nachvollziehbar erläutert, dass eine Sanierung der geschädigten Bereiche durch eine Ergänzung und Versiegelung von Fehlstellen aus technischer Sicht nicht funktionieren würde, weil im Bereich von Feder und Nut die Bewegung aufgenommen werden müsse (Bl. 343 d.A.). Diese Erläuterung hat er auf Vorhalt der Vertreterin des Nebenintervenientin auch nicht relativiert, sondern weiter ausgeführt, dass auch ein partielles Abschleifen und Lackieren nicht in Frage komme, da kein nicht erkennbarer Lackübergang geschaffen würde und nicht isoliert nur die jeweils eingesetzten Holzteile ausreichend abgeschliffen werden könnten. Dies überzeugt, zumal auch ein erneutes Abschleifen an den Übergangsstellen zusätzlich zu einer weiteren Materialschwächung führen würde.

bb) Der Beklagte wendet weiter ohne Erfolg ein, dass ein neuer Bodenbelag einen von der Klägerin auszugleichenden Wertzuwachs darstelle.

(1) Der Beklagte hat der Klägerin einen „hochwertig sanierten Altbau" versprochen. Bereits im Exposé [redacted] war damit geworben worden, dass sich „in den Wohnräumen und Fluren die original Holzdielen" wiederfinden.

Es ist gerichtsbekannt, dass original erhaltene Pitch-Pine-Holzdielen in Jugendstilaltbauten einen werterhöhenden Faktor darstellen, weil sie zu den stilbildenden Elementen zählen und auch den besonderen Charme einer Altbauwohnung ausmachen.

Auch unter Berücksichtigung des Einwands des Beklagten, die Klägerin hätte schon nach dem Vertrag nur mit einem hinsichtlich von Fehlstellen ergänzten und damit lediglich ausgebesserten Boden rechnen müssen, ist ein insgesamt neuer und damit in zeitlicher Hinsicht möglicherweise langlebigerer Holzboden per se kein Wertzuwachs. Denn bei einer bloßen Ergänzung einzelner Fehlstellen wären doch die gerichtsbekannt besonderen Merkmale, insbesondere der Farbton, aber auch die Maserung der in der Jugendstilzeit verbauten original Pitch-Pine-Dielenbohlen und damit die besonderen Stilelemente des Altbaus erhalten geblieben, die der Klägerin im Vertrag versprochen worden waren. Dies führt dazu, dass nach Auffassung des Berufungsgerichts auch nicht davon ausgegangen werden kann, dass ein neuer Boden gegenüber einem an einzelnen

Fehlstellen ausbesserten, aber insgesamt doch funktionstüchtigen und belastbaren original Pitch-Pine-Boden eine von ihr auszugleichende Wertsteigerung bedeutet. Die Klägerin erhält mit dem Austausch des Bodens etwas ganz Anderes als das vertraglich primär Geschuldete, aber letzlich auch nur das, was sie schon von Beginn hätte erhalten müssen, als die vorhandene Substanz der alten Dielen so geschwächt war, dass sie nach dem Abschleifen an mehreren Stellen wegbrachen und genagelt werden mussten und deshalb bereits damals hätten ausgetauscht werden müssen. Dann hätte man bereits vor dem Bezug der Wohnung die Dielenbohlen durch einen funktionsfähigen anderen Holzboden ersetzen müssen.

Ein Abzug neu für alt hat deshalb nach Abwägung aller Gesichtspunkte, insbesondere im Hinblick auf den besonderen Charme und die besondere Optik eines original Pitch-Pine-Bodens, nicht zu erfolgen.

(2) Zudem setzt eine Vorteilsausgleichung voraus, dass diese aus der Sicht des Geschädigten zumutbar ist, was vorliegend ebenfalls nicht der Fall ist.

Eine Anrechnung kommt nicht in Betracht, wenn die Vorteile ausschließlich auf einer Verzögerung der Mängelbeseitigung beruhen und sich der Auftraggeber jahrelang mit einem fehlerhaften Werk begnügen musste. Der Auftragnehmer darf dadurch, dass der Vertragszweck nicht sogleich, sondern erst später im Rahmen der Gewährleistung erreicht wird, keine Besserstellung erfahren (Werner/Pastor, Der Bauprozess, 16. Auflage, Rn 2948 f, m. w. N.). Auch nach diesen Grundsätzen verneint das Berufungsgericht vorliegend einen Vorteilsausgleich. Der Holzbodenboden war vom Beginn an aufgrund des Abschleifens derart geschwächt, dass er nicht mehr belastbar war. Die Klägerin ist in all den - inzwischen über 9 - Jahren nicht in den Genuss einer mangelfreien Leistung gelangt. Es besteht daher hinsichtlich des Bodenbelags also auch unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit und des Zeitablaufs kein Anlass für eine Vorteilsausgleichung.

3. Die Klägerin hat auch einen Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses in Höhe von 500,00 € brutto aufgrund der Mängel an der Badezimmertür aus §§ 633, 634 Nr. 2, 637 Abs. 3 BGB.

Der Beklagte hat mit der Berufung gerügt, es läge weder eine vertragliche Grundlage noch ein technisches Regelwerk vor, nach dem er verpflichtet gewesen sei, die Unterseite der Tür gegen einen Wassereintritt zu schützen.

Der Sachverständige [redacted] hat hierzu ausgeführt, dass das Türblatt aus MDF (mitteldichter Holzfaserplatte) hergestellt ist. Dieses Material sei gegenüber Feuchtigkeit empfindlich und neige bei anhaltender Feuchte zum Aufquellen. Zudem sei das Türblatt vor dem Einbau der Höhe nach gekürzt worden. Nach der Einschätzung des Sachverständigen hätte das Türblatt aus MDF

gegen das Eindringen von Feuchtigkeit geschützt werden müssen (S. 14 Gutachten 20.01.2017).

Das Gericht hält die Einschätzung des Sachverständigen, dass ein Türblatt aus MDF bei Einsatz im Feuchteraumbereich gegen das Eindringen von Feuchtigkeit geschützt werden müsse, für überzeugend. Gemäß § 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BGB liegt auch ein Mangel vor, wenn sich das Werk nicht für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung eignet. Bei einer Badezimmertür ist aber die vertraglich vorausgesetzte Verwendung, dass die Tür den besonderen Belastungen des Einsatzes in einem Feuchteraum standhält.

4. Die Klägerin hat auch einen Anspruch auf einen Kostenvorschuss in Höhe von 4.760,- € brutto hinsichtlich der Mängel am Balkon zur Hofseite aus §§ 633, 634 Nr. 2 637 Abs. 3 BGB.

Der Beklagte macht mit der Berufung geltend, es gebe weder eine vertragliche Grundlage noch zwingende Vorschriften eines technischen Regelwerkes für eine Entwässerung von Loggien. Der Balkon entspreche damit den technischen Regeln und sei nicht mangelhaft.

Entgegen der Auffassung des Beklagten stellt die Ausführung des Balkons einen Mangel im Sinne des § 633 Abs. 2 BGB dar. Der Sachverständige [redacted] hat überzeugend ausgeführt, dass nach den anerkannten Regeln der Technik eine Ableitung für anfallendes Regenwasser erforderlich ist (S. 15 des Gutachtens). Nach den Ausführungen des Sachverständigen ist ein geschlossener Bodenbelag bei einem Balkon üblich, was auch gerichtsbekannt ist. Ein Besteller wird regelmäßig erwarten können, dass die Balkonfläche geschlossen ist und man nicht durch Spalten den darunter liegenden Balkon sieht sowie das anfallende Regenwasser nicht einfach über Zwischenräume im Boden auf den darunterliegenden Balkon tropft, sondern abgeleitet wird. Damit weist der Balkon nicht die Beschaffenheit auf, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art des Werkes erwarten kann.

Darüber hinaus stellt auch die Ausführung des Balkons in sibirischer Lärche einen Mangel dar. Der Beklagte konnte nicht beweisen, dass er sich mit der Klägerin auf sibirische Lärche geeinigt habe. Auch die Gleichwertigkeit von sibirischer Lärche und Bangkirei konnte der Beklagte nach den Feststellungen des Landgerichts nicht beweisen. Damit hat der Balkon auch im Hinblick auf das verwendete Material nicht die vereinbarte Beschaffenheit.

Laut dem Sachverständigen [redacted] belaufen sich die Kosten für die Instandsetzung zweier Balkone auf 15.500,- € (S. 38 des Gutachtens). Die Klägerin hat lediglich 4.760,- € brutto als Kostenvorschuss verlangt. Dieser Betrag ist von der Schätzung des Sachverständigen gedeckt.

5. Darüber hinaus hat die Klägerin einen Anspruch auf Regiekosten in Höhe von 1.785,- €. Dieser Betrag stellt 15% der Summe der zugesprochenen Beträge 22.826,45 € dar. Der

Sachverständige [redacted] hat ausgeführt, dass 15% Regiekosten für die durchzuführenden Arbeiten zur Mängelbeseitigung zum Kostenvorschuss hinzu gerechnet werden müssen.

Der Beklagte hat mit der Berufung geltend gemacht, Regiekosten seien nicht erforderlich, da für die Arbeiten Fachfirmen zu beauftragen seien, die über eigenes fachkundiges Personal verfügten. Zudem seien die Arbeiten nicht voneinander abhängig. Dieser Einwand des Beklagten kann nicht greifen, da eine der erforderlichen Arbeiten der Austausch des Holzfußbodens in mehreren Räumen und im Flur der Wohnung ist. Während dort die Holzdielen ausgetauscht werden und lackiert werden, können nicht zeitgleich andere Arbeiten stattfinden. Um die erforderlichen Arbeiten zu koordinieren und so zu einer möglichst kurzen Dauer der Arbeiten zu gelangen, ist die Beauftragung eines Bauleiters erforderlich.

6. Die Klägerin kann auch einen Vorschuss für Übernachtungskosten und Kosten für das Ausräumen und die Lagerung der Möbel geltend machen. Die Klägerin muss sich nicht darauf verweisen lassen. die Arbeiten bei einem Mieterwechsel oder während eines Urlaubs ihrer Tochter vorzunehmen. Ein Mieterwechsel ist in naher Zukunft nicht vorgesehen. Darüber hinaus ist nach allgemeiner Lebenserfahrung bei Bauarbeiten oftmals notwendig, dass der Inhaber der Wohnung anwesend ist. Zwar ist nach den Ausführungen des Sachverständigen eine Erneuerung des Fußbodens abschnittsweise Raum für Raum zu erwarten (S.38 des Gutachtens). Dies bedeutet jedoch nicht, dass es der Tochter der Klägerin zuzumuten ist, während der Arbeiten in der Wohnung zu wohnen. Insbesondere im Hinblick auf die zu erwartende Staubentwicklung und die eingeschränkte Benutzbarkeit des Bodens nach dem Lackieren ist eine anderweitige Unterbringung der Tochter der Klägerin auch nach Auffassung des Berufungsgerichts angezeigt.

7. Die Klägerin hat darüber hinaus einen Anspruch auf Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 29.511,45 € seit dem 13.01.2012 aus §§ 291, 288 BGB. Die Klage ist am 13.01.2012 rechtshängig geworden, so dass der Beklagte Prozesszinsen schuldet.

8. Die Klägerin hat auch einen Anspruch auf Mangelbeseitigung an dem Ventil zur Regulierung

der Fußbodenheizung/-erwärmung im Badezimmer aus §§ 633, 634 Nr. 1, 635 Abs. 1 BGB. Der Sachverständige [redacted] hat ausgeführt, dass das Ventil nicht funktionsfähig ist und erneuert werden muss (S. 16 Gutachten vom 20.01.2017). Dies stellt einen Mangel dar, den der Beklagte zu beheben hat.

9. Auch hinsichtlich der Wohnungseingangstür hat die Klägerin einen Anspruch auf Mangelbeseitigung aus §§ 633, 634 Nr. 1, 635 Abs. 1 BGB. Nach den Ausführungen des Sachverständigen [redacted] entspricht die Tür nicht der Widerstandsklasse WK 2, da der Profilzylinder zu lang ist. Zudem ist das Türblatt verformt, so dass die Tür nicht dicht schließt.

Damit erfüllt die Wohnungseingangstür nicht die Anforderungen der HBauO. Außerdem ist die Schwelle unterhalb des Türblattes nicht entsprechend den Vorgaben aus der Zulassung der Tür hergestellt worden (S. 19 Gutachten vom 20.01.2017).

10. Die Klägerin hat zudem einen Anspruch auf Mangelbeseitigung hinsichtlich des Geländers am Balkon zur [redacted]straße aus §§ 633, 634 Nr. 1, 635 Abs. 1 BGB. Entgegen der Ansicht des Beklagten hat das Landgericht zu Recht einen Mangel des Geländers angenommen.

Der Beklagte hat geltend gemacht, dass Geländer entspreche der HBauO und den gültigen Vorschriften. Gehe man von einer erforderlichen Höhe des Geländers von 90 cm aus, so liege eine Abweichung von 1,0 bis 1,5 cm von der vorgeschriebenen Höhe im Bereich der Bau- und Messtoleranz. Zudem habe der Sachverständige die Höhe falsch gemessen. Das Geländer des Balkons weist laut des Sachverständigen [redacted] nur eine Höhe von 88,5 bis 89 cm auf. Die Umwehrung ist um 155 mm nach innen abgekröpft. Nach der Einschätzung des Sachverständigen ist das Geländer damit zu niedrig und entspricht nicht den Vorgaben der HBauO (S. 20, 21 des Gutachtens).

Mit dem Argument, der Sachverständige habe die Höhe des Geländers falsch gemessen, ist der Beklagte präkludiert. Dieser Einwand ist verspätet, da er bereits erstinstanzlich hätte geltend gemacht werden können. Entgegen der Ansicht des Beklagten entspricht das Balkongeländer nicht den Anforderungen des Bauprüfdienstes 3/2013. Punkt 7.1 (S. 4) legt fest, dass bei Umwehrungen eine Mindesthöhe von 0,90 m erforderlich ist. Für Brüstungen mit einer Tiefe von 15 cm oder mehr ist eine Mindesthöhe von 0,80 m ausreichend. Brüstungen werden unter Punkt 3.2 (S. 3) als *„Absturzsicherungen, die unmittelbar über der Standfläche beginnen und, im Gegensatz zu meist durchbrochenen Geländern, eine geschlossene Innenfläche besitzen, wie z. B. Fenster- und Balkonbrüstungen“* definiert. Nach dieser Definition liegt hier keine Brüstung, sondern eine Umwehrung vor.

Diese Regelung ergibt sich auch aus der HBauO, auf die sowohl der Bauprüfdienst 3/2003, als auch der Bauprüfdienst 3/2013 verweisen. Auf Seite 3 des Bauprüfdienstes 3/2013 heißt es: *„Umwehrungen müssen grundsätzlich die Anforderungen gemäß § 36 HBauO erfüllen.“* Auch nach § 36 Abs. 3, 4 HBauO müssen Umwehrungen eine Mindesthöhe von 90 cm und Brüstungen von 80 cm einhalten.

Die Abweichung des Balkongeländers von der gesetzlichen Mindesthöhe stellt auch keine bloße Abweichung im Bereich der Bau- und Messtoleranz dar. Die Einhaltung der gesetzlich geforderten Mindesthöhe stellt das Mindestmaß dessen dar, was für die Höhe von Umwehrungen zu fordern ist; eine Geländerhöhe von 90 cm darf keinesfalls unterschritten werden. Im Einzelfall

kann es sogar aufgrund der örtlichen Gegebenheiten erforderlich sein, dass eine Umwehrung höher sein muss (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 02.02.1976 – 22 U 217/75, Rn. 26, zit. nach juris). Eine Abweichung von der in der HBauO festgelegten Mindesthöhe ist deswegen auch bei einer geringen Abweichung ein Mangel.

11. Schließlich hat die Klägerin auch einen Anspruch auf Freihaltung von den vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 489,45 € aus §§ 633, 634 Nr. 4, 280 BGB. Der Beklagte hat die Mängelbeseitigung verweigert, so dass die Klägerin die vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten als Schadensersatz geltend machen kann.

12. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 Abs. 1, 101 Abs. 1, 2. Alt. ZPO.

13. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 S. 1 ZPO.

14. Die Revision ist nicht zuzulassen. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung, noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. § 543 Abs. 2 S. 1 ZPO.

[redacted]
Richterin am Oberlandesgericht

Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg

Für die Richtigkeit der Abschrift
Hamburg, 20.05.2019

[redacted] JAng
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle
Durch maschinelle Bearbeitung beglaubigt
- ohne Unterschrift gültig