Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen - Urteil vom 14.02.2025 - 3 U 13/24

Archivdruck des veröffentlichten amtlichen Entscheidungstextes

Dieser Archivdruck wurde am 31.10.2026 aus dem gespeicherten amtlichen Text erstellt. Er ist als redaktionell erstellte PDF-Fassung gekennzeichnet. Maßgeblich bleibt die angegebene amtliche Fundstelle.

Amtliche Fundstelle: https://www.oberlandesgericht.bremen.de/entscheidungen/detail.php?gsid=bremen88.c.25429.de&asl=bremen88.c.2335.de

Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen

Geschäftszeichen: 3 U 13/24 = 6 O 2008/21 Landgericht Bremen

Im Namen des Volkes

U r t e i l

In dem Rechtsstreit

[…]
- Kläger -

Prozessbevollmächtigte: […]

gegen

[…] VVaG
- Beklagter -

Prozessbevollmächtigte: […]

hat der 3. Zivilsenat des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen auf die mündliche Verhandlung vom 24. Januar 2025 durch die Präsidentin des Oberlandesgerichts Wolff, die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Kunte und den Richter am Landgericht Zimmermann für Recht erkannt:
1. Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Bremen vom 22.02.2024 zum dortigen Geschäftszeichen 6 O 2008/21 abgeändert und Ziffer 1 des Tenors des landgerichtlichen Urteils wie folgt neu gefasst:
Es wird unter insoweitiger Aufhebung des Versäumnisurteils vom 04.05.2023 festgestellt, dass der Beklagte dem Kläger wegen des fehlerhaften Einbaus von Duschrinnen in den Apartments direkt oberhalb der Appartements 2.09,

3.09 und 3.14 im Bauvorhaben […] aus der Versicherung Nr. […] Versicherungsschutz zu gewähren hat hinsichtlich der Kosten, die erforderlich sind, um die mangelhafte Werkleistung zum Zwecke der Schadensbeseitigung zugänglich zu machen und um anschließend den vorherigen Zustand wiederherzustellen.
Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
2. Die Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen trägt der Kläger.
3. Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar. Dem Kläger bleibt nachgelassen, die vorläufige Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils beizutreibenden Betrages leistet.
4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:
I.

Der Kläger begehrt die Feststellung, dass der Beklagte aus einem Betriebshaftpflichtversicherungsvertrag zur Deckung hinsichtlich bestimmter Kosten verpflichtet sei.
Die vormals im Sanitärbereich tätige und jetzt insolvente Gemeinschuldnerin, die X GmbH, Bremen (im Folgenden: GmbH oder Gemeinschuldnerin), deren Insolvenzverwalter der Kläger ist, schloss im Jahr 2001 mit dem Beklagten einen Vertrag über eine Betriebshaftpflichtversicherung (Versicherungsschein in Anlage K2) zu den sich aus Anlage K3 ergebenden Versicherungsbedingungen, auf die inhaltlich Bezug genommen wird. Ob der Vertrag im Zeitpunkt des Schadensfalles noch mit dem Beklagten bestand, ist zwischen den Parteien streitig. Teil der in den Vertrag einbezogenen Versicherungsbedingungen ist unter anderem § 38 Nr. 16, der wie folgt lautet:

„16. Erfüllungsnebenschäden
Wir versichern Sachschäden, die als Folge eines mangelhaften Werkes auftreten und erfassen insoweit auch die Kosten, die erforderlich sind, um die mangelhafte Werkleistung zum Zwecke der Schadensbeseitigung zugänglich zu machen und um den vorherigen Zustand wiederherzustellen.
Nicht gedeckt sind diese Kosten, wenn sie nur zur Nachbesserung aufgewendet werden, ohne dass ein Folgeschaden eingetreten ist. Ferner sind in jedem Fall nicht gedeckt die Kosten, die Ihnen für die Beseitigung des Mangels an der Werkleistung selbst entstehen.“
Die GmbH installierte in den Jahren 2013 und 2014 im Gebäude […] in Bremen aufgrund eines Vertragsverhältnisses mit einem Dritten (im Folgenden: Bauherr oder Geschädigter) Duschrinnen in 118 Appartements. Dabei wurden die Duschrinnen in sämtlichen Appartements mangelhaft verlegt und mit dem Abwasserkanal verbunden.
Der Kläger hat erstinstanzlich behauptet, im Zeitpunkt der mangelhaften Arbeiten habe das Versicherungsvertragsverhältnis mit dem Beklagten noch bestanden. Durch die mangelhaften Arbeiten sei es entweder zur Nichtnutzung der Duschen oder zu Durchfeuchtungen im Bereich der Wände, Decken und Fußböden gekommen. Um die mangelhafte Leistung für Beseitigungsarbeiten zugänglich zu machen (insbesondere durch Demontage der Sanitäreinrichtungen, deren Lagerung, Abbruch von Wand- und Bodenfliesen, Abbruch und Entsorgung von durchnässten Gipskartonplatten sowie mit entsprechenden Architektenkosten) und nach Beseitigung den vorherigen Zustand wieder herzustellen (insbesondere durch Fliesenarbeiten, Malerarbeiten, Montage der Sanitäreinrichtungen sowie mit entsprechenden Architektenkosten), sei mit Aufwendungen und Kosten von über 400.000,00 € zu rechnen. Bisher seien bereits etwa 480.000,00 € angefallen. Die mit weiteren 100.000,00 € zu schätzenden Kosten für den Austausch der Duschrinnen selbst sei darin nicht enthalten.
Der Beklagte hat behauptet, im Zeitpunkt der Ausführung der Arbeiten durch die GmbH habe kein Vertragsverhältnis mit dem Beklagten mehr bestanden, sondern mit der Y AG. Auch ungeachtet dessen fehle es an einer Einstandspflicht, weil zwar Mangelfolgeschäden versichert seien, aber bereits der Eintritt eines Folgeschadens zu bestreiten sei. Es habe keine Durchfeuchtungen gegeben. Der Beklagte hat gemeint, die Versicherungsleistung sei ohnehin nicht fällig im Sinne des § 106 S. 1 VVG.

Wegen des weiteren Sachverhalts wird auf den Tatbestand des Urteils des Landgerichts Bremen vom 22.02.2024 Bezug genommen.
Zwischen dem Bauherrn und der GmbH (später dem Kläger) ist hinsichtlich der Mangelhaftigkeit der Leistungen unter anderem der GmbH und etwaiger daraus resultierender Schäden vor dem Landgericht Bremen zum Geschäftszeichen 3 OH 49/19 ein selb-

ständiges Beweisverfahren geführt worden, an dem der Beklagte nicht beteiligt war.
Das Landgericht hat die Klage zunächst durch Versäumnisurteil vom 04.05.2023 abgewiesen. Gegen das ihm am 17.05.2023 zugestellte Versäumnisurteil hat der Kläger am 30.05.2023 Einspruch eingelegt.
Mit besagtem Urteil vom 22.02.2024 hat das Landgericht unter Aufhebung des vorherigen klagabweisenden Versäumnisurteils den Beklagten verurteilt, „dem Kläger wegen des fehlerhaften Einbaus von Duschrinnen in 118 Apartments im Bauvorhaben […] Versicherungsschutz zu gewähren hinsichtlich der Kosten, die erforderlich sind, um die mangelhafte Werkleistung zum Zwecke der Schadensbeseitigung zugänglich zu machen und um anschließend den vorherigen Zustand wiederherzustellen.“ Zur Begründung hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt, dass der Beklagte nicht hinreichend dargelegt habe, dass das Vertragsverhältnis nicht mehr mit ihm, sondern einer anderen Gesellschaft bestehe. Aus dem Sachverständigengutachten im selbständigen Beweisverfahren folge, dass die Duschrinnen fehlerhaft eingebaut seien und es deswegen zu Durchfeuchtungen gekommen sei. Deswegen handele es sich bei den Nässeschäden um einen Mangelfolgeschaden, für den Versicherungsschutz zu gewähren sei.
Gegen diese ihm am 23.02.2024 zugestellte Entscheidung wendet sich der Beklagte mit seiner am 21.03.2024 eingelegten und nach Fristverlängerung bis zum 22.05.2024 am 21.05.2024 begründeten Berufung. Das Landgericht habe den Beklagten unzutreffend als passivlegitimiert erachtet, weil es bereits die Darlegungs- und Beweislast verkenne, die beim Kläger liege. Die Y AG sei seit 2001 als Risikoträger ausgewiesen. Es gebe keine aktuelle Police, die stattdessen den Beklagten als Versicherer benenne. Die vom Kläger vorgelegte Versicherungsbestätigung aus dem Jahr 2014 bezeichne ebenfalls die Y AG als Versicherer, über die auch stets mit dem Kläger bzw. der Gemeinschuldnerin kommuniziert worden sei. Erstmals behauptet der Beklagte dazu in der Berufungsinstanz: Im Zuge einer Konzernbildung im Jahr 2001 seien Versicherungsvereine auf den Beklagten verschmolzen worden. Das aktive Versicherungsgeschäft der

bisherigen Versicherungsvereine sei dann auf verschiedene Aktiengesellschaften übertragen worden, dasjenige für die Schaden- und Unfallversicherung auf die Y AG. Das ergebe sich aus Angaben auf der Homepage www.Y.de.
Vorsorglich sei – ebenfalls erstmals jetzt in der Berufungsinstanz – der Einwand fehlender Prämienzahlung zu erheben.
Unzutreffend habe das Landgericht zudem die inhaltlichen Voraussetzungen des Versicherungsschutzes bejaht. Das Landgericht habe nicht mit der nach § 286 ZPO erforderlichen Gewissheit davon überzeugt sein können, dass auch nur ein einem Mangel zuzuordnender Folgeschaden eingetreten sei. Das sei bereits nicht ausreichend dargelegt worden. Aus dem Sachverständigengutachten des selbständigen Beweisverfahrens ergebe sich, dass es gerade unzutreffend sei, dass es Feuchtigkeitserscheinungen in den Appartements gebe. Jedenfalls könne das nicht für alle 118 Appartements angenommen werden, weil der Sachverständige nur drei davon untersucht habe, wobei auch für diese zu bestreiten sei, dass es Feuchtigkeitserscheinungen gebe und diese auf den Leistungen der GmbH beruhten. Da der Beklagte am selbständigen Beweisverfahren nicht beteiligt gewesen sei, fehle es insoweit an der Bindungswirkung. Auf den Einwand fehlender Fälligkeit sei das Landgericht nicht eingegangen. Da das Versäumnisurteil aufgehoben worden sei, könne es nicht wiederhergestellt werden, weswegen jetzt erneut Klagabweisung zu beantragen sei.
Der Beklagte beantragt,
1.
unter Aufhebung des Urteils des Landgerichts Bremen (Az. 6 O 2008/21) die Klage abzuweisen,

hilfsweise,
2.
unter Aufhebung des Urteils des Landgerichts Bremen (Az. 6 O 2008/21) die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Bremen zurückzuverweisen.
Der Kläger beantragt,
1.
die Berufung abzuweisen bzw. zurückzuweisen;

- 6 -

Seite 6 von 19

2.
für den Fall der Auffassung des Senats, die Durchfeuchtungen bedürften einer weiteren Beweisaufnahme durch zusätzliches Sachverständigengutachten, die Zurückverweisung an das erstinstanzliche Gericht gemäß § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO;
hilfsweise,
3.
festzustellen, dass der Beklagte dem Kläger wegen des fehlerhaften Einbaus der Duschrinnen in den Apartments 2.09, 3.09, 3.14 im Bauvorhaben [...] Versicherungsschutz durch Abwehr unbegründeter Forderung oder Befriedigung begründeter Forderungen hinsichtlich der gegenüber der Gemeinschuldnerin geltend gemachten oder noch geltend zu machenden Forderung, die erforderlich sind, um die mangelhafte Werkleistung zum Zwecke der Schadensbeseitigung zugänglich zu machen und um anschließend den vorherigen Zustand wiederherzustellen, zu gewähren [hat],
sowie hinsichtlich der verbleibenden 115 Apartments in dem vorgenannten Bauvorhaben festzustellen, dass der Beklagte dem Kläger Deckungsschutz nach Maßgabe der Versicherungsbedingungen zu gewähren hat.
Der Kläger verteidigt die angefochtene Entscheidung. Der Beklagte habe nach wie vor nicht dargelegt, wann und auf welche Weise der Vertrag auf eine andere Gesellschaft übergegangen sein soll. Der Einwand der fehlenden Prämienzahlung sei präkludiert. Da es allein um die Feststellung der Pflicht zur Gewährung von Versicherungsschutz gehe, sei die Frage der Fälligkeit nicht relevant. Die Feststellungen des Landgerichts zu den Durchfeuchtungen als Folge eines Mangels seien zutreffend. Der Kläger behauptet jetzt, das Appartementhotel sei in Betrieb genommen worden, demzufolge auch die Duschen in allen Appartements. Es sei dementsprechend auch richtig und zutreffend, dass alle Apartments unterhalb der obersten Etage Mangelfolgeschäden durch Durchfeuchtung aufwiesen. Es sei zudem erwiesen, dass es Mangelfolgeschäden in Form von Durchfeuchtungen in allen 118 Appartements gegeben habe, denn der Sachverständige habe dies im selbständigen Beweisverfahren festgestellt.
Der Beklagte beantragt,

- 7 -

Seite 7 von 19

die gestellten Anträge des Klägers zurückzuweisen.
Der Hilfsantrag sei unzulässig, weil zu unbestimmt. Außerdem sei die darin liegende Klageänderung unzulässig. Einer etwaigen teilweisen Klagerücknahme werde widersprochen.
Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die in der Berufungsinstanz gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

Der Senat hat in der mündlichen Verhandlung vom 24.01.2025 die Verwertung des im selbständigen Beweisverfahren eingeholten Gutachtens zu Beweiszwecken beschlossen.

II.
Die Berufung des Beklagten ist zulässig, insbesondere statthaft (§ 511 ZPO) sowie form- und fristgerecht eingelegt (§§ 517, 519 ZPO) und begründet worden (§ 520 ZPO). Die Berufung ist zudem weit überwiegend begründet und nur zu einem kleinen Teil unbegründet. Nach § 513 Abs. 1 ZPO kann die Berufung (nur) darauf gestützt werden, dass die angefochtene Entscheidung auf einer Rechtsverletzung (§ 546 ZPO) beruht oder nach § 529 ZPO zu Grunde zu legende Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen. Das ist hier der Fall.
1.
Dabei bedarf das Klagebegehren der Auslegung.
a)
Denn der in der ersten Instanz gestellte Klägerantrag begegnet bei wörtlichem Verständnis bereits Zulässigkeitsbedenken. Das ist bei Prozessvoraussetzungen in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen (vgl. BeckOK ZPO/Bacher, 53. Ed. 1.7.2024, ZPO § 253 Rn. 10 m.w.N.). Dem Erfordernis der bestimmten Angabe eines Streitgegenstandes aus § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO wird der Antrag bei wörtlichem Verständnis, dem auch das Landgericht bei seiner Tenorierung gefolgt ist, nicht gerecht. Ein konkretes Ziel und insbesondere der Umfang der begehrten Handlung (Deckungsschutz gewähren) ist nicht erkennbar. So wäre etwa denkbar, dass bereits die Zahlung von 1 € auf den Schaden die Handlung erfüllt. Das führt dazu, dass der auf eine Leistung gerichtete Tenor des Landgerichts insoweit keinen vollstreckungsfähigen Inhalt hat.

Inhalt und Reichweite des Klagebegehrens werden aber nicht allein durch den Wortlaut des Antrags bestimmt. Dieser ist unter Berücksichtigung der Klagebegründung auszulegen. Bei der Auslegung des Klageantrags ist im Zweifel wegen des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz und rechtliches Gehör das als gewollt anzusehen, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und der recht verstandenen Interessenlage der erklärenden Partei entspricht (BGH, Urteil vom 21.06.2016 – II ZR 305/14, BeckRS 2016, 14014, Rn. 12). Daraus ergibt sich, dass das klägerische Begehren bereits erstinstanzlich tatsächlich nicht auf eine Leistung oder Handlung, sondern auf eine Feststellung gerichtet war.
Aus den klägerischen Schriftsätzen schon der ersten Instanz ergibt sich deutlich, dass der Kläger eine Klärung der Eintrittspflicht der Beklagten allein dem Grunde nach wünscht. Es soll über das Bestehen einer vertraglichen Verpflichtung geurteilt werden. Der Kläger begehrt gerade keine konkrete Handlung, da er angibt, selbst noch nicht zu wissen, in welchem Umfang die Beklagte am Ende wird zahlen müssen. Auf Seite 2 ganz oben seines Schriftsatzes vom 04.01.2024 gibt der Kläger sogar ausdrücklich an, sein Antrag laute auf Feststellung des Versicherungsschutzes. Das entspräche auch seinem wohlverstandenen Interesse. Denn nach § 100 VVG ist der Versicherer nicht zwingend verpflichtet, Deckungsschutz durch Zahlung zu gewähren, sondern kann das nach seiner Wahl auch durch Forderungsabwehr.
b)
Der Kläger hat auf Nachfrage durch den Senat zudem klargestellt (Schriftsatz vom 07.11.2024), dass er mit seinem Hauptbegehren nicht die Feststellung begehrt, dass der Beklagte Versicherungsschutz zu gewähren hat für den lediglich unterstellten Fall von Mangelfolgeschäden, sondern dass er, der Kläger, die Feststellung nach dem konkreten und tatsächlichen Lebenssachverhalt für sämtliche 118 Apartments getroffen ha-

ben möchte. Denn anderenfalls, so der Kläger auf S. 3 unten seines Schriftsatzes vom 07.11.2024, bliebe ein wesentlicher Streitpunkt zwischen den Parteien ungeklärt. Daraus ergibt sich dann auch, warum der Kläger im Verhandlungstermin vor dem Senat am 24.01.2025 zusätzlich hilfsweise beantragt hat, im Rahmen eines vorweggenommenen Deckungsprozesses für 115 Appartements die Pflicht zur Deckung seitens des Beklagten festzustellen, sollten die Voraussetzungen nach den Versicherungsbedingungen sich (in einem dem Haftpflichtprozess nachfolgenden Deckungsprozess) als gegeben herausstellen.

2.
Entgegen der Auffassung des Landgerichts steht dem Kläger die begehrte Deckung seitens des Beklagten aus § 100 VVG nebst dem zwischen den Parteien bestehenden Versicherungsvertrag nur für die direkt über den Appartements 2.09, 3.09 und 3.14 gelegenen Appartements zu.
a)
Das Landgericht hat noch zutreffend entschieden, dass die Parteien ein Versicherungsvertragsverhältnis verbindet und dieses noch im Zeitpunkt des Versicherungsfalles bestand.
Zwar ist es richtig, dass den Versicherungsnehmer die Darlegungs- und Beweislast dafür trifft, dass die für den Versicherungsfall maßgeblichen Tatsachen in die Versicherungszeit fallen (BeckOK VVG/Ruks, 23. Ed. 22.4.2024, VVG § 100 Rn. 27; Langheid/Rixecker/Langheid, 7. Aufl. 2022, VVG § 100 Rn. 63; Prölss/Martin/Lücke, 31. Aufl. 2021, VVG § 100 Rn. 41). Daraus folgt auch, dass der Versicherungsnehmer beweisen muss, dass überhaupt ein Versicherungsvertrag im Zeitpunkt des Versicherungsfalls bestand (KG, Urteil vom 31.01.2018 – 6 U 115/17, r+s 2018, 147, Rn. 15).
Zwischen den Parteien ist aber unstreitig, dass zwischen ihnen im Jahr 2001 ein unbefristeter Vertrag geschlossen wurde (so auch der Versicherungsschein in Anlage K2). Der Vertrag besteht damit solange fort, bis er beendet wird. Dass es bis zum Eintritt des Versicherungsfalls keine Beendigung gegeben hat, ist eine sog. negative Tatsache. Für diese ist anerkannt, dass den Prozessgegner der für eine negative Tatsache beweisbelasteten Partei eine sogenannte sekundäre Darlegungslast trifft, deren Umfang sich nach den Umständen des Einzelfalls richtet (etwa BGH, Beschluss vom 20.06.2017 – VI ZR 505/16, BeckRS 2017, 117730, Rn. 4 m.w.N.). Es wäre also zunächst Sache des Beklagten gewesen, im Rahmen einer sekundären Darlegungslast die Tatsachen vorzutragen, aus denen sich eine Beendigung des Vertrages (sei es durch Kündigung oder Wechsel einer Vertragspartei) ergeben soll (vgl. auch KG, Urteil vom 31.01.2018 – 6 U 115/17, r+s 2018, 147, Rn.16). Hierauf hat bereits das Landgericht mit Beschluss vom 23.05.2022 (Bl. 84 der Akte des Landgerichts) und erneut mit Verfügung vom 23.09.2022 (Bl. 97 der Akte des Landgerichts) hingewiesen. Solche Darlegungen sind erstinstanzlich nicht erfolgt. Der Beklagte hat sich darauf beschränkt darzulegen, dass es schon in irgendeiner Weise einen Wechsel der Vertragspartei gegeben haben müsse, wenn in den Anlagen B 1 bis 3 eine andere Gesellschaft die Kommunikation übernommen habe und ein Versicherungsverhältnis bestätige. Wie aber der Wechsel wirksam erfolgt sein soll, hat der Beklagte nicht dargelegt.

Der Beklagte macht nun erstmals im Berufungsverfahren geltend, dass die Übertragung des Vertrages auf die Y AG im Rahmen einer Bestandsübertragung (§ 14 Abs. 1 S. 1 und S. 4 VAG in der im Jahr 2001 geltenden Fassung, jetzt § 13 Abs. 1 S. 1, Abs. 5 VAG) geschehen sein soll. Diese Behauptung, die jeglichen Vortrag zu den der Be-

standsübertragung zugrundeliegenden Tatsachen vermissen lässt und deswegen keine Subsumtion unter die einschlägigen Normen erlaubt, ist vom Kläger bestritten und angesichts der landgerichtlichen Hinweise zu auch insoweit fehlendem Vortrag präkludiert und unberücksichtigt zu lassen (§§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 S. 1 ZPO). Warum der Vorgänge im Jahr 2001 betreffende Vortrag nicht bereits erstinstanzlich möglich gewesen sein sollte, ist weder dargelegt, noch sonst ersichtlich.

b)

Richtig hat das Landgericht auch gesehen, dass der Beklagte nach § 38 Rn. 16 der in den Versicherungsvertrag unstreitig einbezogenen Versicherungsbedingungen Deckung für die Kosten von Zugänglichmachung des mangelhaften Werkes, hier der Duschrinnen, und spätere Wiederherstellung gewähren muss, wenn und soweit ein Folgeschaden eingetreten ist. Das folgt aus einer gebotenen Auslegung der Klausel. Die streitentscheidende Klausel in den Versicherungsbedingungen ist unzweifelhaft eine Allgemeine Versicherungsbedingung. Diese ist so auszulegen, wie ein durchschnittlicher, um Verständnis bemühter Versicherungsnehmer sie bei verständiger Würdigung, aufmerksamer Durchsicht und unter Berücksichtigung des erkennbaren Sinnzusammenhangs versteht (BGH, Urteil vom 14.12.2016 – IV ZR 527/15, NJW 2017, 1620, Rn. 25).

aa)

Dass es ein mangelhaftes Werk in Form von falsch verlegten Duschrinnen in allen 118 Appartements gibt, hat der Beklagte nicht bestritten.

bb)

Versichert sind nach dem im Wortlaut insoweit eindeutigen Abs. 1 § 38 Nr. 16 der Versicherungsbedingungen als Sachschäden infolge eines Mangels auch die Kosten, die erforderlich sind, um die mangelhafte Werkleistung zum Zwecke der Schadensbeseitigung zugänglich zu machen und um den vorherigen Zustand wiederherzustellen. Die vom Kläger vorgetragenen und vom Beklagten weitestgehend nicht in Abrede gestellten Kostenpositionen fallen darunter.

(1) Das gilt nämlich auch dann, wenn das vom eigentlichen Schadensort entfernte Gewerk zugänglich gemacht werden muss, um eine Ursache des Schadens zu beheben und damit eine Ausdehnung des bereits vorhandenen Schadens oder den Eintritt

weiterer gleichartiger Schäden in den schadensbetroffenen (und ggf. reparierten) Bereichen zu verhindern (OLG Rostock, Beschluss vom 31.05.2019 – 4 U 17/16, r+s 2020, 22, Rn. 36; vgl. auch BGH, Urteil vom 20.11.1990 - IV ZR 229/89, dort unter 2.), so dass nicht nur die Beseitigung des Folgeschadens selbst umfasst ist. Im hiesigen Fall ist die Zugänglichmachung des mangelhaften Werkes zumindest erforderlich, um bei einem – einmal unterstellten – Folgeschaden in Form von Feuchtigkeit in den darunterliegenden Appartements die Ursache dieser Feuchtigkeit zu beheben und den späteren Eintritt eines gleichen Schadens zu verhindern.

(2)

Einer Anwendung der Klausel steht zudem nicht entgegen, dass es um Freilegungskosten geht, die zugleich zur Beseitigung des Folgeschadens wie zur eigentlichen Mängelbeseitigung anfallen (OLG Rostock a.a.O., Rn. 40; OLG Karlsruhe, Urteil vom 16.07.2020 – 12 U 22/20, r+s 2020, 570, Rn. 39).

cc)

Die vom Kläger zur Entscheidung gestellten Kostenpositionen sind laut Klausel aber nicht gedeckt, „wenn sie nur zur Nachbesserung aufgewendet werden, ohne dass ein Folgeschaden eingetreten ist“. Die Darlegungs- und Beweislast für einen etwaigen Folgeschaden trägt der Kläger. Es handelt sich bei der Klausel nicht um einen Risikoausschluss, sondern noch um einen Teil der primären Risikobeschreibung, weil sie ins-

gesamt einen Teil des eigentlich ausgeschlossenen Erfüllungsschadens doch in den Versicherungsschutz einbezieht (vgl. OLG Rostock, Beschluss vom 31.05.2019 – 4 U 17/16, r+s 2020, 22, Rn. 36).
(1)
Mit der Formulierung ist zunächst klar, dass die Zerstörungen zur Zugänglichmachung selbst nicht der bedingungsgemäße Folgeschaden sein können und es folglich eines weiteren Folgeschadens bedarf, weil die Einschränkung in der Klausel sonst leerliefe.
(2)
Ein Folgeschaden in Form von Feuchtigkeitsaustritten ist entgegen der Ansicht des Landgerichts nur für die Appartements 2.09, 3.09 und 3.14 feststellbar.
(a)
Der Kläger hat einen Folgeschaden über die drei vorgenannten Appartements hinaus bereits nicht in zivilprozessual beachtlicher Weise ausreichend dargelegt.
Das Landgericht hat dem Kläger mit Verfügung des Vorsitzenden vom 23.05.2022 (Bl. 64 der Akte des Landgerichts) aufgegeben vorzutragen, welche konkreten Folgeschäden aufgetreten sein sollen. Der Kläger hat dazu dann im Schriftsatz vom 19.07.2022

(dort S. 3, Bl. 84 der Akte des Landgerichts) (nur) vorgetragen, dass die – unstreitige – fehlerhafte Verlegung aller Duschrinnen „zur Nichtnutzung der Duschen bzw. eben zu den Durchfeuchtungsschäden“ geführt habe. Der Sachverständige aus dem selbständigen Beweisverfahren habe, so der Kläger, ausgeführt, „dass es zum Durchtritt von Wasser an der Decke des Hotelzimmers der jeweils darunterliegenden Etage gekommen ist. (…) Somit ist vom Sachverständigen die durchfeuchteten Decken als Sachschaden festgestellt worden. (…) Das sich der angelegte Mangel noch nicht durch die Benutzung der Dusche verwirklicht hat ändert an der Mangelhaftigkeit und den immanenten Sachschäden nichts.“ (Schriftsatz vom 30.05.2023, S. 3/4; Bl. 126/127 der Akte des Landgerichts). Daraus ist insgesamt zu ersehen, dass der Kläger die Duschen in einem nicht näher bezeichneten Umfang als unbenutzt vorträgt und es insoweit keine Durchfeuchtungen gegeben habe, die Schäden aber insoweit immanent seien. Der Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils steht dem nicht entgegen, sondern erhellt insoweit den Umfang der Durchfeuchtungen ebenfalls nicht.
Aus dem Vortag ist damit bereits insgesamt nicht ersichtlich, in welchen Appartements tatsächlich Schäden aufgetreten sein sollen. Allenfalls der Verweis auf die Feststellungen des Sachverständigen im selbständigen Beweisverfahren, in dem der dortige Sachverständige Wasserschäden in den drei Appartements 2.09, 3.09 und 3.14 dokumentiert hat, lässt den Vortrag für diese drei Appartements (noch) ausreichen.
Soweit der Kläger nun im Berufungsverfahren vorträgt, dass alle Apartments unterhalb der obersten Etage Mangelfolgeschäden durch Durchfeuchtung aufwiesen, ist dieser Vortrag prozessual unbeachtet zu lassen, denn er ist bereits präkludiert (§§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 S. 1 ZPO). Gegenüber dem erstinstanzlichen Vortrag, es habe unbenutzte Duschen ohne Feuchtigkeitsschäden gegeben (s.o.), handelt es sich um erstmals in der Berufungsinstanz erfolgten neuen und widersprüchlichen Vortrag. Dieser ist seitens des Beklagten bestritten. Der Kläger macht nicht geltend und es ist nicht ersichtlich, dass und warum der Vortrag – insbesondere angesichts des erstinstanzlichen Hinweises des Landgerichts, der den Kläger sogar in die Säumnis flüchten ließ – nicht bereits in der ersten Instanz hätte möglich sein sollen. Den Kläger entlastet insoweit auch nicht, dass das Landgericht im Urteil den Vortrag sodann als ausreichend erachtet hat, ohne vorher darauf hinzuweisen, dass der Vortrag entgegen dem vorherigen Hinweis nunmehr doch ausreiche (BGH, Urteil vom 30.06.2006 - V ZR 148/05, NJW-RR 2006, 1292, Rn. 18). Einen solchen Hinweis hat die Kammer nur für die vorher als nicht

gegeben erachtete Fälligkeit der Versicherungsleistung gegeben.

- 13 -

Seite 13 von 19

(b)
Der Kläger hat aber Feuchtigkeitsschäden über die Appartements 2.09, 3.09 und 3.14 hinaus jedenfalls nicht bewiesen.
(aa) Ein entsprechender Folgeschaden ist nicht zu unterstellen, etwa, weil es sich um einen reinen vorweggenommenen Deckungsprozess handelte. Zwar wären in einem solchen Fall die Angaben des Geschädigten zum Grund des Anspruchs grundsätzlich bindend (OLG Hamm, Urteil vom 25.01.2012 - 20 U 120/11 unter B.I.2.; OLG Köln, Urteil vom 27.09.2016 - 9 U 26/16, BeckRS 2016, 118576, Rn. 59; OLG Rostock, Beschluss vom 31.05.2019 – 4 U 17/16, r+s 2020, 22, Rn. 19). Das gilt hier aber schon deswegen nicht, weil der Kläger einen solchen Prozess nicht führen möchte. Der Kläger möchte gerade nicht offenlassen, ob Deckungsschutz für den Fall zu gewähren wäre, dass später tatsächlich Mangelfolgeschäden festgestellt würden. Wie sich aus Seite 3 seines Schriftsatzes vom 07.11.2024 ergibt, wünscht der Kläger vielmehr eine Klärung bereits jetzt, ob bezüglich der Kosten für die Zugänglichmachung und spätere Wiederherstellung im Hinblick auf jeden einzelnen Werkmangel Deckung zu gewähren ist. Hinzu kommt, dass der Kläger nicht vorträgt, welche Schäden in den einzelnen Appartements der Geschädigte insbesondere jetzt nach Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens (noch) behauptet, so dass auch insoweit keine Unterstellung der Richtigkeit möglich ist.
(bb) Als Beweismittel steht dem Kläger nur das Gutachten aus dem selbständigen Beweisverfahren zur Seite, das der Senat nach § 411a ZPO verwertet. Eine direkte Verwendung scheidet aus, weil der Beklagte am selbständigen Beweisverfahren nicht beteiligt war. Einen entsprechenden Beschluss zur Verwertung hat der Senat – anders als das Landgericht, das sich zwar auf das Gutachten stützt, ohne dass aber ersichtlich wäre, auf welcher rechtlichen Grundlage – im Termin zur mündlichen Verhandlung gefasst. Einwände seitens der Parteien dagegen wurden nicht erhoben. Den Parteien ist das Gutachten zudem hinlänglich bekannt, wie die zahlreichen Verweise beider Parteien darauf in ihren Schriftsätzen zeigen. Das Sachverständigengutachten behandelt exakt das hier relevante Beweisthema des Vorhandenseins von aus dem Mangel der fehlerhaften Verlegung von Duschrinnen resultierenden Folgeschäden in Form von Durchfeuchtungen. Ein neues Gutachten verspricht keine weitergehenden Erkenntnisse. Eine neue oder weitergehende Begutachtung scheidet bereits deswegen aus, weil nach dem unwidersprochenen Vortrag des Klägers im Schriftsatz vom 19.07.2022

- 14 -

Seite 14 von 19

die Sanierung bereits stattgefunden hat, wenn er die Kosten bis einschließlich zur Bauendreinigung vorträgt, die dafür angefallen seien. Ein neuer Sachverständiger könnte damit keinerlei Feststellungen mehr zum Vorhandensein von – bereits beseitigten – Feuchtigkeitsschäden und deren Ursache treffen.
Aus dem Sachverständigengutachten aus dem selbständigen Beweisverfahren lassen sich Feuchtigkeitsschäden mit der nach § 286 ZPO erforderlichen Sicherheit nur für die drei oben genannten Appartements belegen. Der Sachverständige hat dort an den Decken jeweils oberhalb der Duschen des Appartements 2.09 (S. 12 des Gutachtens vom 21.10.2020), bildlich dokumentiert mit den Bildern 7 bis 9 des Gutachtens, des Appartements 3.09 (S. 14 des Gutachtens vom 21.10.2020), bildlich nicht im Gutachten dokumentiert, und des Appartements 3.14 (S. 15 des Gutachtens vom 21.10.2020), bildlich dokumentiert mit Bild 15 des Gutachtens, Wasserlaufspuren festgestellt. Die Feststellung weiterer Feuchtigkeitsspuren findet sich im Gutachten nicht. Soweit der Kläger

meint, der Sachverständige habe mit seiner Antwort unter 3.1.2.a. des Gutachtens festgestellt, dass in allen Appartements Wasser ausgetreten sei, ist dem nicht zu folgen. Der Senat hat bereits Zweifel, ob der Sachverständige dies in der Pauschalität tatsächlich angeben oder sich nicht auf die von ihm beschriebenen beschränken wollte. Dafür spricht, dass der Sachverständige sich im Rahmen eines Versuchs zu Appartement 3.14 in das darunterliegende Appartement 2.14 begeben und dort offenbar keine Feuchtigkeit hat feststellen können (S. 16 des Gutachtens). Jedenfalls aber fände eine Schlussfolgerung, in sämtlichen Appartements hätte es Feuchtigkeitsschäden gegeben, sollte der Sachverständige eine solche Schlussfolgerung treffen wollen, im Gutachten selbst keine Stütze. Dem Gutachten lässt sich an keiner Stelle entnehmen, dass der Sachverständige weitere Appartements in Augenschein genommen hätte. Eine entsprechende Spekulation des Klägervertreters im Verhandlungstermin vor dem Senat, der Sachverständige müsse angesichts seiner – vom Kläger so interpretierten – Schlussfolgerung sämtliche Appartements angesehen haben, gelangt über diese bloße Spekulation nicht hinaus. Die Schlussfolgerung verträgt sich zudem nicht mit dem erstinstanzlichen Vortrag des Klägers, die Duschen seien teilweise nicht genutzt worden. Soweit der Sachverständige für die Appartements 2.09, 3.09 und 3.14 die Feuchtigkeitsschäden feststellt, hält der Senat dies aber für nach § 286 ZPO erwiesen. Das Gutachten, das insoweit vom Beklagten nicht qualifiziert angegriffen wird, ist gut nachvollziehbar und insoweit widerspruchsfrei. Die Feststellungen sind größtenteils mit

Lichtbildern unterlegt. Soweit das nicht geschehen ist, hat der Sachverständige ausgeführt, dass sich das Bild mit dem vorherigen Schadensbild decke, was einen Verzicht auf Lichtbilder erklärt.
(cc) Ein weiteres oder neues Gutachten scheidet aus den vorgenannten Gründen aus, weil es keine weiteren Erkenntnisse bringen kann.
(dd) Der Zeugenbeweis zum – neuen – Vortrag, sämtliche Appartements unterhalb der obersten Etage seien von Feuchtigkeit betroffen, ist schon deshalb nicht zu erheben, weil dieser Vortrag nach dem oben Gesagten als neu und widersprüchlich präkludiert ist. Selbst wenn der Kläger seinen Widerspruch noch irgendwie erklären könnte bzw. erklärt hätte, wäre vor einer Beweisaufnahme ein substantiierter Vortrag zu den in den einzelnen Appartements vorhandenen Schäden erforderlich gewesen. Dies schon allein deshalb, weil sich aus dem Sachverständigengutachten des Beweissicherungsverfahrens ergibt, dass es – entgegen des Vortrags des Klägers – in einem Appartement (Nr. 2.14, über dem der Sachverständige den Versuch unternommen hatte) keine Durchfeuchtungsschäden gab und auch die Gemeinschuldnerin im Beweissicherungsverfahren vorgetragen hatte, dass sich an den meisten Appartements kein Schadensbild gezeigt habe (Schriftsatz vom 26.11.2020, Bl. 159 der Akte 3 OH 49/19 des Landgerichts Bremen). Substantiierte Tatsachen, zu denen der Zeuge zu hören gewesen wäre, hat der Kläger nicht vorgetragen. Es kommt daher nicht darauf an, ob dieser Beweisantritt auch deshalb präkludiert und damit unzulässig ist, weil er erstmals in der Berufungsinstanz erfolgt ist (§§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 S. 1 ZPO).
(3)
Ein Folgeschaden in Form eines nur angelegten Schadens für den Fall der Benutzung der Duschen, ohne dass es bereits zu dem Schaden gekommen wäre, scheidet aus (OLG Hamm, Beschluss vom 28.01.2021 – 20 U 215/20, BeckRS 2021, 14666, Rn. 16; vgl. auch BGH, Urteil vom 20.11.1990 - IV ZR 229/89, dort unter 2. a.E.). Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass der Beklagte auch dann leistungsfrei wäre, wenn die Gemeinschuldnerin in Kenntnis der Mängel nachfolgend die Duschen zur Herbeiführung des Folgeschadens aufgedreht hätte, § 81 Abs. 1 VVG.
(4)

Ein zur Deckung führender Folgeschaden ist des Weiteren nicht in einem Schaden zu erblicken, der durch die Nichtnutzung der Duschen bzw. der Appartements entstanden ist, etwa in Form des – ebenfalls bereits zur Insolvenztabelle angemeldeten (Anlage K5) – Mietausfallschadens. Denn versichert sind die Kosten, die erforderlich

sind, um die mangelhafte Werkleistung zum Zwecke der Schadensbeseitigung zugänglich zu machen. Der Mietausfallschaden wird durch die Zugänglichmachung der mangelhaften Werkleistung aber nicht beseitigt, so dass die Zugänglichmachung nicht diesen Zweck haben kann.

(5)

Ein Schaden in nur einem oder wenigen Appartements führt bei der gebotenen Auslegung der Klausel (s.o.) nicht zu einem für den Versicherungsschutz hinsichtlich aller Appartements erforderlichen Folgeschaden.

Nach Anlagenkonvolut AS4 im selbständigen Beweisverfahren (Angebot der GmbH, dort die Positionen 02.04.3.013 und 02.04.3.015, mit anschließender Angebotsannahme des Geschädigten) handelt es sich zwar – was ohnehin lebensnah wäre – insgesamt um einen Werkvertrag und nicht jeweils einen Vertrag für jede Duschrinne. Bei strenger Wortlautauslegung von Abs. 2 S. 1 der streitgegenständlichen Klausel reicht zudem ein einziger Folgeschaden. Aus Sicht eines verständigen Versicherungsnehmers ist aber die Klausel so zu verstehen, dass zur Übernahme der Kosten für jeden Mangel gesondert jeweils ein Folgeschaden eingetreten sein muss. Denn auch bei einem einheitlichen Hausbau wäre wohl eher fernliegend, dass bei einem defekten Fernseher infolge einer fehlerhaften Stromleitung nunmehr jeder andere Schaden auch abgedeckt sein soll (etwa ein Wasserschaden am Dach).

cc)

Soweit ein Folgeschaden eingetreten ist, liegen auch die weiteren Voraussetzungen für eine Deckung vor.

(a)

Der Senat hat angesichts der Feststellungen im selbständigen Beweisverfahren durch den Sachverständigen keine Zweifel (§ 286 ZPO), dass die Feuchtigkeit auf dem Werkmangel in Form der fehlerhaft verlegten Duschrinnen beruht. Zwar führte der Sachverständige einen Versuch durch und konnte bei Benutzung einer Dusche keinen Wassereintritt darunter feststellen (S. 16 des Gutachtens), was Zweifel an der Kausalität weckt. Allerdings bestätigt der Sachverständige, dass die Einbettung der Duschrinnen allein mit Montageschaum fehlerhaft und die Duschrinnen dadurch beweglich gelagert waren. Das bewirke eine Bewegung an den Rohrverbindungen, was wiederum zum Austreten des Wassers führe (S. 35 des Gutachtens). Deswegen sei auch die Kausalität zu bejahen (S. 37 des Gutachtens). Das überzeugt. Dass es im Versuchsfall nicht zu einem Wasseraustritt gekommen ist, mag etwa daran liegen, dass im konkreten Fall die Bewegung an den Rohren (noch) nicht groß genug war, um eine undichte Stelle hervorzurufen und Wasser austreten zu lassen.

(b)

Entgegen der Meinung der Berufung hindert § 106 VVG den Klageanspruch nicht. § 106 VVG regelt die Fälligkeit einer (konkreten) Versicherungsleistung (BeckOK VVG/Ruks, 23. Ed. 22.4.2024, VVG § 106 Rn. 1). Um eine solche geht es hier nicht, sondern nur um die Frage des Bestehens des Deckungsanspruchs dem Grunde nach aus § 100 VVG. Die Fälligkeit dieses Anspruchs setzt bereits mit Erhebung von Ansprüchen durch den Geschädigten ein (Prölss/Martin/Lücke, 31. Aufl. 2021, VVG § 100 Rn.

14 m.w.N.), die hier schon angesichts des geführten selbständigen Beweisverfahrens und spätestens seit der Anmeldung zur Insolvenztabelle (Bl. 33 der Akten des Landgerichts) nicht zweifelhaft ist. Denn der Versicherer schuldet dem Versicherungsnehmer bereits die Abwehr unberechtigter Ansprüche.
(c)
Dem Beklagten hilft auch nicht der Einwand einer fehlenden Prämienzahlung nach § 37 Abs. 2 S. 1 VVG. Danach ist der Versicherer nicht zur Leistung verpflichtet, wenn seitens des Versicherungsnehmers schuldhaft die einmalige oder die erste Prämie bei Eintritt des Versicherungsfalles nicht gezahlt ist. Voraussetzung dafür ist aber nach § 37 Abs. 2 S. 2 VVG ein Hinweis auf diese Rechtsfolge an den Versicherungsnehmer. Der insoweit darlegungsbelastete Beklagte (BeckOK VVG/Klimke, 25. Ed. 1.11.2024, VVG § 37 Rn. 64) trägt dazu nichts vor. Dem Versicherungsschein (Anlage K2) ist ein derartiger Hinweis nicht zu entnehmen.
Die Voraussetzungen der Leistungsfreiheit nach § 38 Abs. 2 VVG bei Nichtzahlung von Folgeprämien ist seitens des Beklagten ebenfalls nicht hinreichend dargetan. Denn der insoweit darlegungs- und beweisbelastete Beklagte (BeckOK VVG/Klimke, 23. Ed. 22.4.2024, VVG § 38 Rn. 42) hat nicht dargelegt, dass er die GmbH wegen fehlender Folgeprämien qualifiziert gemahnt hätte, § 38 Abs. 1 VVG.
Ob der erstmalig in der Berufungsinstanz erhobene Einwand präkludiert wäre, kann deswegen dahinstehen. Ebenso kann dahinstehen, ob der Beklagte mit dem Einwand fehlender Prämienzahlung überhaupt durchdringen kann, wenn die Prämie, was der Kläger unwidersprochen vorträgt, mit Wissen und Wollen des Beklagten an die Y AG gezahlt wurde (vgl. § 362 Abs. 2 BGB).
c)
Bedarf es keiner weiteren Beweisaufnahme (s.o.), scheidet bereits deswegen die Zurückverweisung an das Landgericht aus.

- 18 -

Seite 18 von 19

d)
Beim Tenor ist zu berücksichtigen, dass die Ansicht des Beklagten, das bereits vom Landgericht aufgehobene klagabweisende Versäumnisurteil könne nicht wiederhergestellt werden, zutrifft (OLG München, Endurteil vom 24.06.2020 – 10 U 5582/19, BeckRS 2020, 14075, Rn. 4 m.w.N.), so dass, soweit der geltend gemachte Anspruch nicht besteht, die Klage unter Abänderung des angefochtenen Urteils erneut abzuweisen ist.
4.
Der zuletzt erstmals im Berufungsverfahren gestellte klägerische Hilfsantrag ist nicht relevant oder – soweit relevant – unzulässig.
a)
Soweit der Kläger mit seinem bei der gebotenen Auslegung bereits auf Feststellung gerichteten Hauptantrag hinsichtlich dreier Appartements obsiegt, gelangt der Hilfsantrag bereits nicht zur Entscheidung. Das betrifft den gesamten ersten Teil des Hilfsantrages.
b)
Im Übrigen ist der Hilfsantrag in seinem zweiten Teil hinsichtlich der weiteren 115 Appartements unzulässig. Dabei kann dahinstehen, ob der Antrag der Bestimmtheit genügt.
aa)
Bei dem Hilfsantrag handelt es sich insoweit um eine unzulässige Klageerweiterung. Denn es handelt sich um einen neuen Streitgegenstand.
Der Streitgegenstand wird bestimmt durch das Rechtsschutzbegehren (Antrag), in dem sich die vom Kläger in Anspruch genommene Rechtsfolge konkretisiert, und den Le-

benssachverhalt (Anspruchsgrund), aus dem der Kläger die begehrte Rechtsfolge herleitet. Zum Anspruchsgrund sind alle Tatsachen zu rechnen, die bei einer natürlichen, vom Standpunkt der Parteien ausgehenden und den Sachverhalt seinem Wesen nach erfassenden Betrachtung zu dem zur Entscheidung gestellten Tatsachenkomplex gehören, den eine Partei zur Stützung ihres Rechtsschutzbegehrens vorträgt (BGH, Beschluss vom 03.03.2016 – IX ZB 33/14, NJW 2016, 1818, Rn. 27). Schon der Antrag ist bei Betrachtung von Haupt- und Hilfsantrag jeweils unterschiedlich, aber auch der diesen Anträgen jeweils zugrundeliegende Sachverhalt. Denn im Rahmen des Hauptantrages ist entscheidender Sachverhalt, ob tatsächlich Mangelfolgeschäden bestehen. Der Hilfsantrag ist hinsichtlich der 115 Appartements dagegen auf die vorweggenommene Deckung gerichtet, bei der es auf die Frage, ob tatsächlich Mangelfolgeschäden bestehen, nicht ankäme, sondern allein auf den Inhalt etwaiger Behauptungen des Geschädigten.

Um als erstinstanzlich obsiegender Kläger eine Klageerweiterung vorzunehmen oder neue Ansprüche einzuführen und sich damit nicht nur auf die Abwehr der Berufung zu beschränken, hätte sich der Kläger der Berufung des Beklagten anschließen müssen (BGH, Urteil vom 07.05.2015 – VII ZR 145/12, Rn. 28 m.w.N.). Eine solche Anschlussberufung hat der Kläger aber nicht eingelegt, § 524 Abs. 1 S. 2 ZPO.

bb)

Selbst wenn es sich bei dem zweiten Teil des Hilfsantrags um ein Weniger zum bisherigen Antrag handeln sollte, wäre der Antrag unzulässig. Denn dann wäre das eine teilweise Klagerücknahme, die unwirksam wäre. Die teilweise Klagerücknahme setzt die Zustimmung des Beklagten voraus, § 269 Abs. 1 ZPO. Diese Zustimmung hat der Beklagte ausdrücklich verweigert.

III.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Das Klagebegehren des Klägers hat nur für drei von 118 Appartements Erfolg. Das insgesamt klagabweisende Begehren des Beklagten ist deswegen eine nur geringfügige Zuvielforderung. Da die reine Feststellung nicht vollstreckbar ist, bedarf es insoweit keiner Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit. Hinsichtlich der Kosten ergibt sich die Entscheidung insoweit aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Revisionszulassungsgründe (§ 543 Abs. 2 S. 1 ZPO) bestehen nicht.

Wolff
Dr. Kunte
Zimmermann