

OLG Rostock
Beschluss
vom 31.05.2019
4 U 17/16

BGB § 305c Abs. 2; AHB Ziffer 1.2

Die Mangelbeseitigungsnebenkostenklausel erfasst auch Kosten, die dadurch entstehen, dass ein Generalunternehmer zur Beseitigung eines aufgetretenen Mangels seiner Werkleistungen in Bauleistungen eingreifen muss, die er selbst erstellt hat.

OLG Rostock, Beschluss vom 31.05.2019 - 4 U 17/16

In dem Rechtsstreit

(...)

hat das Oberlandesgericht Rostock - 4. Zivilsenat - durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht ###, den Richter am Oberlandesgericht ### und den Richter am Amtsgericht ### am 31.05.2019 beschlossen:

I. Der Beklagten wird unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten anempfohlen, den Hauptanspruch der Klägerin (Gewährung von Deckungsschutz) Innerhalb der Frist gemäß Ziff. IV anzuerkennen.

II. Der Klägerin wird anempfohlen, die Klage teilweise in Bezug auf die als Nebenforderung geltend gemachten vorgerichtlichen Rechtsverfolgungskosten innerhalb der Frist gemäß Ziff. IV zurückzunehmen.

III. Der Beklagten wird anheimgestellt, in die etwaige Teilklagerücknahme gemäß vorstehender Ziff. II bereits im Vorfeld innerhalb der Frist gemäß Ziff. IV einzuwilligen (§§ 525 Satz 1, 269 Abs. 1, 2 ZPO).

III. Der Senat beabsichtigt, den Streitwert für das Berufungsverfahren auf bis zu 185.000,00 Euro festzusetzen.

IV. Es besteht Gelegenheit zur Stellungnahme binnen drei Wochen.

Gründe:

I.

Den vorgenannten Anregungen liegt nach Prüfung der Sach- und Rechtslage die Einschätzung des Senats zugrunde, dass die zulässige Berufung größtenteils Aussicht auf Erfolg hat. Die Klägerin hat einen Anspruch auf Deckungsschutz aus der mit der Beklagten bestehenden Betriebshaftpflichtversicherung zur Versicherungsnummer ###. Der als Nebenforderung geltend gemachte Schadensersatzanspruch auf vorgerichtliche

Rechtsanwaltskosten besteht indes mangels Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden nicht.

Im Einzelnen:

1. Der Senat kann über die Berufung befinden, ohne durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Streithelferin daran gehindert zu sein.

Gemäß § 240 Satz 1 ZPO wird der Rechtsstreit durch die Insolvenz einer Partei zwar unterbrochen. Der einfache Streithelfer ist jedoch nicht Prozesspartei in diesem Sinne (so auch: OLG Stuttgart, Urteil vom 6. September 2012 - 2 U 3/12; Jaspersen, in: BeckOK ZPO, 32. Edition, Stand: 1. März 2019, § 240 Rn. 5; Wöstmann, in: Saenger, Zivilprozessordnung, 8. Auflage 2019, § 240 Rn. 6), sodass die Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegen eine Person, die der Hauptpartei eines Rechtsstreits als einfache Streithelferin - wie hier - beigetreten ist, das Verfahren nach § 240 ZPO nicht unterbricht (vgl. BGH, Beschluss vom 27. Januar 2000 - I ZR 159/99, BeckRS 2000, 2086). Denn der Rechtsstreit betrifft bei einfacher Streithilfe nicht unmittelbar die Insolvenzmasse (Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 15. April 2003 -11 U 190/01).

2. Die Feststellungsklage ist zulässig.

a. Sie ist nicht subsidiär zur Leistungsklage. Die Klägerin hat zudem ein rechtliches Interesse an der begehrten Feststellung im Sinne von § 256 Abs. 1 ZPO.

aa. Die Klage auf Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses setzt gemäß § 256 Abs. 1 ZPO ein rechtliches Interesse des Klägers daran voraus, dass das Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt wird (BGH, Urteil vom 19. November 2014 - VIII ZR 79/14). Zulässiger Gegenstand einer Feststellungsklage kann daher nur das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses sein, das durch die aus einem konkreten Lebenssachverhalt entstandenen Rechtsbeziehungen von Personen zu Personen oder Sachen gebildet wird (BGH, Urteil vom 5. Mai 2011 - VII ZR 179/10). Das Feststellungsbegehren muss sich hierbei nicht auf ein Rechtsverhältnis im Ganzen beziehen, sondern kann sich auch auf einzelne Beziehungen oder Folgen aus dem Rechtsverhältnis, auf bestimmte Ansprüche oder Verpflichtungen oder auf den Umfang einer Leistungspflicht, insbesondere auch auf einen streitigen Teil des Vertragsinhalts, beschränken (BGH, Versäumnisurteil vom 2. März 2012 - V ZR 159/11). Ein rechtliches Interesse an einer alsbaldigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses besteht, wenn dem Recht oder der Rechtslage des Klägers eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit droht und wenn das erstrebte Urteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen (BGH, Urteil vom 9. Juni 1983 - III ZR 74/82). Bei einer behauptenden Feststellungsklage liegt eine solche Gefährdung in der Regel schon darin, dass der Beklagte das Recht des Klägers ernsthaft bestreitet (BGH, Urteil vom 7. Februar 1986 - V ZR 201/84). Kann der Kläger sein Leistungsziel jedoch genau bestimmen und deshalb auf Leistung oder Unterlassung klagen, fehlt das Feststellungsinteresse (Vorrang der Leistungsklage; vgl. Becker-Eberhard, Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Auflage 2016, § 256 Rn. 54 m.w.N.).

bb. Vorliegend begehrt die Klägerin im Rahmen einer sog. vorweggenommenen Deckungsklage (vgl. Langheid, in: Langheid/Rixecker, Versicherungsvertragsgesetz, 6.

Auflage 2019, § 100 Rn. 53a) Feststellung der aus dem Versicherungsvertrag folgenden Deckungspflicht der Beklagten.

Dies ist zulässig.

(1) Im Haftpflichtversicherungsrecht kann der Versicherungsnehmer im Allgemeinen vom Versicherer nicht die Befriedigung des Haftpflichtgläubigers verlangen (vgl. BGH, Urteil vom 21. September 1983 - IVa ZR 165/81). Dem Haftpflichtversicherer steht es vielmehr frei, ob er die gegen seinen Versicherungsnehmer geltend gemachten Haftpflichtansprüche erfüllen oder den Versuch einer Abwehr dieser Ansprüche unternehmen will. Eine Klage auf Befreiung von der Haftpflichtverbindlichkeit, mithin auf Befriedigung des Haftpflichtgläubigers, kommt demnach in der Regel nur dann in Betracht, wenn das Bestehen des Haftpflichtanspruchs rechtskräftig festgestellt ist (vgl. § 106 Satz 2 WG; OLG Koblenz, Urteil vom 29. Oktober 1999 10 U 1052/98; Langheid, in: Langheid/Rixecker, Versicherungsvertragsgesetz, 6. Auflage 2019, § 100 Rn. 55). Im Übrigen hat der Versicherungsnehmer auf Feststellung zu klagen (BGH, Urteil vom 4. Dezember 1980 - IVa ZR 32/80), wobei die Feststellung der Eintrittspflicht der Versicherung für vom Versicherten verursachte Schäden grundsätzlich nicht begehrt werden kann (OLG Karlsruhe, Urteil vom 24. März 2005 - 12 U 432/04). Der Versicherungsnehmer hat bei Inanspruchnahme durch einen Dritten gegen einen vom Versicherer abgelehnten Deckungsanspruch vielmehr auf Feststellung der Eintrittspflicht des Versicherers aus dem Versicherungsvertrag in Bezug auf ein bestimmtes Haftpflichtverhältnis zu klagen (BGH, Urteil vom 4. Dezember 1980 - IVa ZR 32/80; OLG Köln, Urteil vom 11. Juni 1996 - 9 U 260/95, ### 1998, 324 [325]).

(2) So liegt der Fall hier.

Die Beklagte hat den begehrten Deckungsschutz mit E-Mail vom 24. Oktober 2014 (vgl. Anlage SK6) abgelehnt, sodass die Klägerin berechtigterweise Klage auf Feststellung bedingungsgemäßen Versicherungsschutzes aus der bei der Beklagten bestehenden Betriebshaftpflichtversicherung zur Versicherungsnummer ### wegen der durch die ### GmbH & Co. KG gegenüber der Klägerin geltend gemachten Haftpflichtforderung aufgrund des behaupteten Mangels an der Tiefgarage des Bauvorhabens ### 21-23 in ### erhoben hat.

(3) Das Feststellungsinteresse bzw. Rechtsschutzbedürfnis der Klägerin (vgl. zur mitunter schwierigen Unterscheidung: Bacher, in: BeckOK ZPO, 32. Edition, Stand: 1. März 2019, § 256 Rn. 17; BGH, Urteil vom 10. Dezember 2009 - I ZR 46/07) ist auch weiterhin (vgl. BGH, Urteil vom 5. März 2014 - IV ZR 102/13) gegeben, da die Mängel an der Tiefgaragenabdichtung durch die Mängelbeseitigungsarbeiten der Streithelferin von Mai bis Juli 2015 nicht vollständig fachgerecht beseitigt worden sind und die Klägerin nach wie vor einer Inanspruchnahme durch die ### GmbH & Co. KG ausgesetzt ist. Der Gerichtssachverständige Prof. Dr.-Ing. ### hat insoweit in seiner gutachterlichen Stellungnahme vom 7. Oktober 2016 (vgl. Anlage SK17) in dem selbstständigen Beweisverfahren 1 OH 5/14 ausgeführt, dass die Abdichtung auf der Tiefgaragendecke auch nach durchgeführten Nachbesserungsarbeiten in den Anschlussbereichen zu den

aufgehenden Bauteilbereichen weiterhin wasserhinterläufig und daher mit hoher Wahrscheinlichkeit In der Fläche noch Leckagen vorhanden seien.

b. Der Klageantrag ist in Bezug auf das festzustellende Rechtsverhältnis entgegen den Bedenken des Landgerichts aus den vorgenannten Gründen auch hinreichend im Sinne von § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO bestimmt und rechtskräftig (zum Umfang: Saenger, in: Saenger, Zivilprozessordnung, 8. Auflage 2019, § 256 Rn. 24).

3. Die Klage ist in der Hauptsache begründet. Die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für einen Anspruch auf Gewährung von Deckungsschutz gemäß §§ 1, 100 VVG i.V.m. dem Versicherungsvertrag liegen vor.

Die von der Klägerin geltend gemachten Mängelbeseitigungsnebenkosten in Gestalt der Freilegungskosten oberhalb der Tiefgarage für die Nachbesserung/Neuherstellung der undichten Abdichtungsfolie sowie der Kosten für die Wiederherstellung der oberhalb der Folie befindlichen Aufbauten und Bepflanzungen in Höhe von prognostisch 213.639,00 Euro brutto sind aufgrund der Mängelbeseitigungsnebenkostenklausel gemäß Teil II Ziff. 10 der "Klauseln und Besonderen Vereinbarungen" der zwischen den Parteien bestehenden Betriebshaftpflichtversicherung zur Versicherungsnummer ### (Anlage SK1) in den Versicherungsschutz einbezogen.

Im Einzelnen:

a. Für den Rechtsstreit ist davon auszugehen, dass die Klägerin ihre Verpflichtungen aus dem Bauwerkvertrag mit der ### GmbH & Co. KG vom 20. Mai 2010 (vgl. Anlage SK2) nicht ordnungsgemäß erfüllt hat.

aa. In der Haftpflichtversicherung gilt das prozessuale Trennungsprinzip (vgl. instruktiv: Armbrüster: Prozessuale Besonderheiten in der Haftpflichtversicherung, ### 2010, 441 [442 und 445]). Das Haftpflichtverhältnis, das zwischen dem geschädigten Dritten und dem haftpflichtigen Versicherungsnehmer besteht, ist von dem Deckungsverhältnis zwischen Versicherungsnehmer und Haftpflichtversicherer zu trennen. Das Pflichtversicherungsrecht geht insoweit davon aus, dass der Geschädigte bzw. der an seine Stelle getretene Versicherungsträger den Anspruch auf Schadenersatz zunächst gegenüber dem Schädiger selbst geltend macht und dadurch - ggf. unter Inanspruchnahme von Rechtsschutz - den Anspruch dem Grund und der Höhe nach feststellen lässt (Haftpflichtprozess; BGH, Urteil vom 20. Juni 2001 - IV ZR 101/00). Erst im Anschluss daran soll aus abgetretenem oder durch Pfändungs- und Überweisungsbeschluss übergegangenem Recht geklärt werden, ob die Haftpflichtversicherung des Schädigers dafür eintrittspflichtig ist (Deckungsprozess; BGH, Urteil vom 30. September 1992 IV ZR 314/91).

Das Trennungsprinzip findet seine notwendige Ergänzung in der Bindungswirkung des rechtskräftigen Haftpflichturteils für den nachfolgenden Deckungsrechtsstreit, soweit Voraussetzungsidentität besteht (BGH, Urteil vom 18. Februar 2004 - IV ZR 126/02). Sie folgt aus dem Leistungsversprechen, das der Haftpflichtversicherer dem Versicherungsnehmer gegeben hat, und bedeutet, dass das Ergebnis des vorangegangenen Haftpflichtprozesses für die Deckungsfrage verbindlich ist (BGH, Urteil vom 28. September 2005 - IV ZR 255/04), Damit wird verhindert, dass die im Haftpflichtprozess getroffene

Entscheidung und die zugrunde liegenden Feststellungen im Deckungsprozess erneut überprüft werden können (vgl. Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, Urteil vom 20. Dezember 2006 - 5 U 65/06).

Darüber hinaus lässt das Trennungsprinzip aber auch einen vorweggenommenen Deckungsprozess des Schädigers gegen seinen Haftpflichtversicherer zu, wenngleich ein Rechtsschutzinteresse regelmäßig das Bestehen eines Haftpflichtanspruchs des Geschädigten gegen den Schädiger voraussetzt (Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 25. Juli 2013 - 2 U 23/13). Denn der Schädiger hat als Versicherungsnehmer einen Anspruch auf eine eindeutige Auskunft darüber, ob sein Versicherer, der aus dem Versicherungsvertrag i.V.m. Ziff. 5,1 Abs. 1 AHB, § 100 WG sowohl zur Befriedigung begründeter Haftpflichtansprüche als auch zur Abwehr unberechtigter Ansprüche verpflichtet ist (Rechtsschutz- und Abwehranspruch, vgl. Langheid, in: Langheid/Rixecker, Versicherungsvertragsgesetz, 6. Auflage 2019, § 100 Rn. 27), im Haftpflichtprozess den Rechtsschutz übernimmt (vgl. BGH, Urteil vom 7. Februar 2007 - IV ZR 149/03). Im vorweggenommenen Deckungsprozess findet jedoch keine objektive Prüfung des Haftpflichtanspruchs und der damit zusammenhängenden Tatfragen im Übrigen statt. Denn Aufgabe des Haftpflichtversicherungsschutzes ist es, nicht nur festzustellen, ob der Versicherer Befreiung von begründeten Ersatzansprüchen schuldet, sondern vor allem auch, dass er die Abwehr von unbegründeten Ansprüchen in eigener Zuständigkeit herbeizuführen hat (OLG Karlsruhe, Urteil vom 24. März 2005 - 12 U 432/04). Für den vorweggenommenen Deckungsprozess ist daher allein maßgeblich, ob sich aus den als richtig zu unterstellenden Behauptungen, aus denen der Dritte seinen Anspruch herleitet, ein gedeckter Anspruch aus dem Versicherungsversprechen ergibt (BGH, Urteil vom 15. November 2000 - IV ZR 223/99). Es kommt daher nicht darauf an, ob der vom Dritten behauptete Sachverhalt objektiv vorliegt (OLG Köln, Urteil vom 27. September 2016 - 9 U 26/16).

Demgemäß wird nur geprüft, ob der Geschädigte gegen den Versicherungsnehmer Schadensersatzansprüche geltend macht und diese in den zeitlichen, räumlichen und sachlichen Umfang des versicherten Risikos fallen (OLG Hamm, Urteil vom 25. Januar 2012 - 20 U 120/11).

bb. Unter Anwendung dieser Rechtsgrundsätze ist für die Frage der Gewährung von Deckungsschutz eine mangelhafte Werkleistung der Klägerin zugrunde zu legen, die zu Sachschäden an der Tiefgarage sowie dort eingestellten Fahrzeugen geführt hat.

(1) Die Wohnungseigentümergeinschaft der streitgegenständlichen Wohnanlage hat unter dem 9. Juli 2012 den öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen Dipl.-Ing. Architekt ### im Rahmen eines Privatgutachtens mit der Feststellung der Bausubstanz des Wohngebäudes ### 21-23, ### ###, und der Außenanlagen einschließlich der Bewertung von Mängeln beauftragt. Dieser ist in seinem ersten Ergänzungsgutachten vom 19. Dezember 2013 (vgl. Anlage SK4) zu dem Ergebnis gekommen, dass es aufgrund einer unzureichenden Abdichtungshochführung an den aufgehenden Bauteilen der Tiefgarage zu Niederschlagswasser-Durchtritten an mehreren Stellen an der Gebäudefuge der Tiefgaragendecke/Auflagerfuge gekommen sei. Zusätzlich seien die Anschlüsse der

Abdichtung an die Fensterelemente aufgrund einer fehlenden Hinterlegung des Abdichtungsanschlusses mit Fugendichtband schadensgeneigt ausgeführt worden, sodass an den Fensterelementen herabrinnesendes Niederschlagswasser kapillar hinter die Abdichtung treten könne. Zur Schadensbeseitigung seien entweder die Tiefgaragenabdichtung am Gebäude weiter hochzuführen oder das umgebende Terrain, also die gebäudeanschließenden Terrassen- und Rasenflächen gegenüber der Tiefgaragenabdichtungsoberkante, weiter abzusenken sowie die Anschlüsse der Abdichtung an den Fensterelementen hinterlaufsicher auszuführen.

Aufgrund dieser Mängelfeststellungen nimmt die #### GmbH & Co. KG die Klägerin in Anspruch.

(2) Im selbstständigen Beweisverfahren vor dem Landgericht Schwerin unter dem Aktenzeichen 1 OH 5/14 ist der Gerichtssachverständige Prof. Dr.-Ing. #### in seinem schriftlichen Gutachten vom 19. Februar 2015 (vgl. Anlage N1) zu der weitergehenden Feststellung gelangt, dass es aufgrund einer mangelhaften Abdichtung der aufgehenden Außenwandkonstruktion im Bereich des Anschlusses der Flächendichtung an den Sockel im Bereich der Putzschale sowie im Bereich der Sickerwasserdichtung am Fußpunkt der Vorsatzschale des Verblendmauerwerks über den Deckenbereich zu Wassereintritten und akuten Durchfeuchtungen in der Tiefgarage komme. Die Streithelferin habe die Dichtungsbahn der Flächendichtung bzw. die Anschlussbahn in den Sockelwandflächen über eine Ausdehnung von 30 m nicht ausreichend hoch geführt, nicht mechanisch fixiert bzw. gesichert und die ebenfalls nicht mechanisch gesicherte, auf ein Gewebevlies aufgetragene ungeschützte Flüssigkunststoffdichtung nicht normgerecht ausgeführt. Zusätzlich sei die Sickerwasserdichtung im Eckpunktbereich der Außenwand zwischen Putzschale und Verblendmauerwerk durch die Streithelferin mangelhaft ausgeführt worden. Zur Mangelbeseitigung hält der Gerichtssachverständige die Freilegung und Aufnahme des Dichtungsanschlusses im Sockelbereich der Putzschale und des Verblendmauerwerks, die Überprüfung und Angrenzung zwischen den bereits nachgearbeiteten und nicht nachgearbeiteten Bereichen, die Zustandsanalyse der nachgearbeiteten Bereiche auf eine fachgerechte Ausführung, die sach- und fachgerechte Nacharbeitung der Dichtungsanschlüsse an das Sockelmauerwerk mit Fixierung der Abdichtungsbahn sowie die Komplettierung des Systemanschlusses mit durchgehender Anordnung von Anschlussbahnen mit konfektionierten Klemmprofilen und die Wiederherstellung des Sockelaußenbereichs für notwendig. Mit 'gutachterlicher Stellungnahme vom 7. Oktober 2016 (vgl. Anlage SK17) hat Prof. Dr.-Ing. #### ergänzend ausgeführt, dass die Abdichtung auf der Tiefgaragendecke auch nach zwischenzeitlich durchgeführten Nachbesserungsarbeiten in den Anschlussbereichen zu den aufgehenden Bauteilbereichen weiterhin wasserhinterläufig und daher mit hoher Wahrscheinlichkeit in der Fläche noch Leckagen vorhanden seien. Dadurch sei zur Mängelbeseitigung die Erneuerung der kompletten Abdichtung bzw. die Anordnung einer zweiten Abdichtung auf der Tiefgaragendecke angezeigt, wozu die Begrünung einschließlich des Terrassenbelages auf der Abdichtung großflächig zu entfernen, die dann neu zu verlegenden Abdichtungsbahnen an den aufgehenden Bauteilen unter Beachtung der Flachdachrichtlinie in ausreichender

Anschlusshöhe hochzuführen und im oberen Anschlussbereich gegen Abrutschen zu sichern und regensicher zu verwahren seien.

(3) Wegen der behaupteten Durchfeuchtungsschäden an der Bausubstanz der Tiefgarage (insbesondere Schimmelbildung, abblätternde Farbe, schadhafter Putz, rostige Ausblühungen) wird ergänzend auf die Abbildungen Nrn. 1 bis 9 (Seiten 14 bis 16), 10 bis 13 (Seite 18), 14 bis 23 (Seiten 20 bis 23), 40 bis 51 (Seiten 32 bis 35), 52 bis 55 (Seiten 38 und 39) im schriftlichen Gutachten vom 19. Februar 2015 (vgl. Anlage N1) und wegen der behaupteten Leckageschäden an in der Tiefgarage eingestellten Fahrzeugen auf das Schreiben der Wohnungseigentümer ### und ### vom 14. November 2015 (vgl. Anlage SK 9) Bezug genommen.

b. Die Klägerin sieht sich aufgrund der mangelhaften Tiefgaragenausführung vertraglichen Ansprüchen ausgesetzt, die die Freilegung des Tiefgaragendaches, die Nachbesserung bzw. Neuherstellung der undichten Abdichtungsfolie sowie die Wiederherstellung der oberhalb der Folie befindlichen Aufbauten und Bepflanzungen bedingen.

c. Für diese von der ### GmbH & Co. KG geltend gemachten gewährleistungsrechtlichen Ansprüche besteht im Umfang der Mängelbeseitigungsnebenkosten antragsgemäß Versicherungsschutz.

aa. Die Mängelbeseitigungsnebenkosten werden grundsätzlich vom Erfüllungsausschluss der Ziff. 1.2 AHB erfasst.

(1) Im Ausgangspunkt ist der Beklagten zuzustimmen, dass die werkvertraglichen Ansprüche auf Neuherstellung, Nachbesserung und Mängelbeseitigung an die Stelle des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs der Bestellerin treten und im versicherungsvertraglichen Sinn deren Vertragserfüllungs- bzw. Äquivalenzinteresse aus dem Werkvertrag betreffen. (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 31. Oktober 2013 - 9 U 84/12), das gemäß Ziff. 1.2 AHB grundsätzlich vom Versicherungsschutz ausgeschlossen ist (BGH, Urteil vom 20. November 1990 - IV ZR 229/89). Auf die werkvertragliche Einordnung der von der Bestellerin erhobenen Ansprüche kommt es versicherungsvertraglich nicht an (BGH, Beschluss vom 28. September 2011 - IV ZR 170/10). Deshalb sind alle Ansprüche, die mit dem Ausgleich oder der Beseitigung des Mangelschadens zusammenhängen, und daher dem unmittelbaren Interesse des Bestellers an dem vertraglich geschuldeten Leistungsgegenstand entsprechen, dem nicht versicherten vertraglichen Erfüllungsbereich zuzuordnen (BGH, Beschluss vom 29. September 2004 - IV ZR 162/02; Urteil vom 7. Dezember 1977 - IV ZR 150/76). Sie sind ebenso vom Versicherungsschutz ausgeschlossen wie Ansprüche wegen Schäden, die im Rahmen der Durchführung der Nacherfüllung verursacht werden (Mängelbeseitigungsnebenkosten; vgl. Lücke, in: Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz: WG, 30. Auflage 2018, AHB Ziff. 1 Rn. 54; von Rintelen, in: Späte/Schimikowski, Haftpflichtversicherung, 2. Auflage 2015, Ziff. 1 AHB Rn. 512 f. m.w.N.). Dazu zählen bspw. Such-(OLG Koblenz, Beschluss vom 21. Dezember 1998 - 10 W 841/98), Freilegungs- (OLG Karlsruhe, Urteil vom 31. Oktober 2013 - 9 U 84/12) und Wiederherstellungskosten (BGH, Urteil vom 20. November 1990 - IV ZR 229/89). Versichert bleiben dagegen Mangelfolgeschäden, also solche, die wegen des

Mangels an von der Werkleistung fremden Sachen eingetreten sind (BGH, Urteil vom 21. September 1983 - IVa ZR 154/81; vom 13. Mai 1981 - IVa ZR 96/80).

(2) Dieses Verständnis zugrundegelegt, handelt es sich bei den Durchfeuchtungsschäden an der Bausubstanz der Tiefgarage auch um Mangelschäden im versicherungsrechtlichen Sinn. Denn die Klägerin schuldete als Generalunternehmerin die komplette und funktionsfähige Errichtung einer altengerechten Wohnanlage nebst Tiefgarage im ### 21-23 in ### ### (vgl. § 1 der Anlage SK2, Ziff. 2,1 der Anlage SK3). Sämtliche in diesem Zusammenhang notwendige Aufwendungen, betreffen daher die (Nach-)Erfüllung selbst und damit den von Ziff. 1.2 AHB grundsätzlich dem Haftpflichtversicherungsschutz entzogenen Bereich der vertraglichen Erfüllungsleistung bzw. der an deren Stelle tretenden Ersatzleistung. Denn beim Werkvertrag schuldet der Auftragnehmer im Rahmen der getroffenen Vereinbarung ein funktionstaugliches und zweckentsprechendes Werk (BGH, Urteil vom 9. Juli 2002 - X ZR 242/99). Erreicht die Leistung die vereinbarte Beschaffenheit nicht, ist sie mangelhaft und löst - wie hier - Gewährleistungsansprüche aus, die dem nach Ziff. 1.2 AHB nicht versicherten vertraglichen Erfüllungsbereich zuzuordnen sind (BGH, Urteil vom 7. Dezember 1977 - IV ZR 150/76).

Eine andere Bewertung folgt auch nicht unter Berücksichtigung des funktionalen Zusammenhangs der Leistungsgegenstände (vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 29. Oktober 1999 - 10 U 1052/98; OLG Hamm, Urteil vom 20. November 1996 - 20 U 256/93). Denn soweit der Werkunternehmer wie im vorliegenden Fall als Generalunternehmer die komplette und funktionsfähige Errichtung einer Wohnanlage nebst Tiefgarage schuldet, ist von einem einheitlichen Leistungsgegenstand auszugehen, der durch den inneren Funktionszusammenhang der Schlüsselfertigkeit geprägt ist (vgl. OLG Dresden, Urteil vom 23. Oktober 2013 - 7 U 548/13).

(3) Anders verhält es sich bei den Leckageschäden an den in der Tiefgarage eingestellten Fahrzeugen der Wohnungseigentümer ### und ### ###. Diese liegen jenseits des Erfüllungsinteresses der ### ### GmbH & Co. KG und sind daher als Mangelfolgeschäden grundsätzlich vom Versicherungsschutz umfasst. Deren Beseitigung bedingt jedoch nicht die Nachbesserung bzw. Neuherstellung der undichten Abdichtungsfolie der Tiefgaragendecke einschließlich Vor- und Nacharbeiten.

bb. Die Mängelbeseitigungsnebenkosten sind jedoch über die zwischen den Parteien vereinbarte Mängelbeseitigungsnebenkostenklausel gemäß Teil II Ziff. 10 der "*Klauseln und Besonderen Vereinbarungen*" in den insoweit erweiterten Versicherungsschutz einbezogen.

(1) Abweichend von Ziff. 1.2 AHB kann Versicherungsschutz durch Deckungserweiterungen geschaffen werden (vgl. von Rintelen, in: Beckmann! Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch, 3. Auflage 2015, § 26 Rn. 114ff.). So kann insbesondere Deckung bestehen, wenn im Rahmen einer Betriebshaftpflichtversicherung für Bauhandwerker eine Mängelbeseitigungsnebenkostenklausel vereinbart ist (vgl. Schimikowski, in: Ruffer/Haibach/Schimikowski, Versicherungsvertragsgesetz, 3. Auflage 2015, Ziff. 1 AHB Rn. 41). Denn für Handwerker haben Mängelbeseitigungsnebenkosten

betriebswirtschaftlich regelmäßig Schadenscharakter (von Rintelen, in: Späte/Schimikowski, Haftpflichtversicherung, 2. Auflage 2015, Ziff. 1 AHB Rn. 521).

(2) Eine solche Mangelbeseitigungsnebenkostenklausel haben die Parteien vereinbart. Nach Teil II Ziff. 10 der *"Klauseln und Besonderen Vereinbarungen"* der zwischen den Parteien bestehenden Betriebshaftpflichtversicherung bezieht sich der Versicherungsschutz in Erweiterung zu Ziff. 1.2 AHB auch auf die Haftpflicht wegen *"Schäden, die als Folge eines mangelhaften Werkes auftreten, und erfasst insoweit auch die Kosten, die erforderlich sind, um die mangelhafte Werkleistung zum Zwecke der Schadensbeseitigung zugänglich zu machen und um den vorherigen Zustand wieder herzustellen. Nicht versichert sind diese Kosten jedoch dann, wenn sie nur zur Nachbesserung aufgewendet werden, ohne dass ein Folgeschaden aufgetreten ist. Ferner sind in jedem Fall nicht versichert die Kosten des Versicherungsnehmers für die Beseitigung des Mangels an der Werkleistung selbst."*

(3) Die vorgenannte Mängelbeseitigungsnebenklausel schließt die von der Klägerin geltend gemachten Mängelbeseitigungsnebenkosten (Freilegungs- und Wiederherstellungskosten) unter Berücksichtigung des Verständnisses eines durchschnittlichen Versicherungsnehmers entgegen der Ansicht des Landgerichts in den Versicherungsschutz mit ein.

(aa) Die Klausel hat konstitutiven Charakter (Schimikowski, in: Rüffer/Halbach/Schimikowski, Versicherungsvertragsgesetz, 3. Auflage 2015, Ziff. 1 AHB Rn. 41; von Rintelen, in: Späte/Schimikowski, Haftpflichtversicherung, 2. Auflage 2015, Ziff. 1 AHB Rn. 522ff.) und schränkt den Erfüllungsschadensausschluss aus Ziff. 1.2 AHB ein. Der durch sie erweiterte Versicherungsschutz erstreckt sich auf Schäden, die als Folge eines mangelhaften Werkes auftreten, und erfasst insoweit zusätzlich die Kosten, die erforderlich sind, um die mangelhafte Werkleistung zum Zwecke der Schadensbeseitigung zugänglich zu machen und den vorherigen Zustand wiederherzustellen (BGH, Urteil vom 20. November 1990 - IV ZR 229/89; bestätigend: BGH, Beschluss vom 16. Juni 2010 - IV ZR 92/09; vom 19. Dezember 2012 IV ZR 258/12, zit. n.: Harsdorf-Gebhardt, Die Rechtsprechung des IV. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs zur Haftpflichtversicherung, ### 2014, 439 1440 f.). Hat der Versicherungsnehmer folglich Werkleistungen mangelhaft ausgeführt und ist es dadurch zu Folgeschäden gekommen, sind alle Kosten zu deren Beseitigung - bspw. Such-, Freilegungs- und Gutachterkosten sowie Kosten für Abriss und Wiederherstellung von Außenanlagen - gedeckt (Schimikowski, in: Rüffer/Halbach/Schimikowski, Versicherungsvertragsgesetz, 3. Auflage 2015, Ziff. 1 AHB Rn. 41). Dies gilt auch für Vermögensfolgeschäden (von Rintelen, in: Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch, 3. Auflage 2015, § 26 Rn. 118), Denn nur die unmittelbaren Beseitigungskosten für den Mangel werden durch die Klausel ausgeschlossen (von Rintelen, In: Späte/Schimikowski, Haftpflichtversicherung, 2. Auflage 2015, Ziff. 1 AHB Rn. 530). Im Ergebnis ist über die Mangelbeseitigungsnebenkostenklausel auch die Schadensbeseitigung versichert, soweit 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 (Schanz, in: Veith/Gräfe/Gebert, Der Versicherungsprozess, 3. Auflage 2016, § 15 Rn. 37).

(bb) So liegt der Fall hier.

Die Bestellerin nimmt die Klägerin auf der Grundlage einer mangelhaften Abdichtung der Tiefgaragendecke in Anspruch. Die Streithelferin habe als Subunternehmerin der Klägerin die Abdichtung der Tiefgarage mangelhaft ausgeführt, wodurch es zu erheblichen Folgeschäden an der Bausubstanz der Tiefgarage (insbesondere Durchfeuchtung, Schimmelbildung, abblätternde Farbe, schadhafter Putz, rostige Ausblühungen) sowie an in der Tiefgarage eingestellten Fahrzeugen gekommen sein soll.

Mithin liegen aus Sicht eines durchschnittlichen, juristisch nicht vorgebildeten Versicherungsnehmers (vgl. BGH, Urteil vom 29. September 2004 - IV ZR 189/03; Schimikowski, Der Erfüllungsschadenausschluss in der Haftpflichtversicherung - Rechtscharakter, Reichweite, Transparenz, ### 2005, 442 [448 f.]) Folgeschäden vor, die jedenfalls hinsichtlich der Durchfeuchtungsschäden in der Tiefgarage die Mängelbeseitigung (ordnungsgemäße Abdichtung der Tiefgaragendecke) erforderlich machen.

Dies genügt für das Eingreifen der den Erfüllungsausschluss gemäß Ziff. 1.2 AHB weitgehend einschränkende und daher dieser vorgehenden (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 27. März 2009 I-20 U 87/08) Mängelbeseitigungsnebenkostenklausel. Denn sie richtet sich primär an Werkunternehmer, die ihr bei unbefangenen Verständnis entnehmen, dass der Sachschaden der maßgebliche Auslöser für die Deckung sein soll und daher sämtliche Mängelbeseitigungsnebenkosten versichert sind, solange nur ein über den Mangel hinausgehender Folgeschaden eingetreten ist und dieser die Mängelbeseitigung erforderlich macht (vgl. OLG Gelle, Urteil vom 5. Juli 2012 - 8 U 28/12; von Rintelen, in: Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch, 3. Auflage 2015, § 26 Rn. 118). Ausgeschlossen werden ausdrücklich nur die Kosten für die Mängelbeseitigung selbst (vgl. Satz 3 der Klausel). Ebenso wenig ist eine einschränkende Auslegung des Deckungsschutzes auf diejenigen Freilegungskosten vorzunehmen, die zugleich zur Beseitigung des Folgeschadens wie zur eigentlichen Mängelbeseitigung anfallen (von Rintelen, in: Späte/Schimikowski, Haftpflichtversicherung, 2. Auflage 2015, Ziff. 1 AHB Rn. 527). Sie würde darüber hinaus aber auch daran scheitern, dass eine ordnungsgemäße Schadensbeseitigung regelmäßig - und so auch hier - die Reparatur der Schadensursache und damit die Freilegungskosten insgesamt erfordert (vgl. BGH, Urteil vom 20. November 1990 - IV ZR 229/89).

(cc) Eine andere Bewertung folgt auch nicht aus der Generalunternehmerstellung der Klägerin und der daraus resultierenden Einordnung der Durchfeuchtungsschäden an der Bausubstanz der Tiefgarage als Mangelschäden im versicherungsrechtlichen Sinn. Die gegenständliche Mängelbeseitigungsnebenkostenklausel enthält, anders als bspw. die Nachbesserungsbegleitklausel, weder eine Einschränkung dahin, dass der Schaden außerhalb der Werkleistung des Versicherungsnehmers auftreten muss (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 1. Juli 2004 - 12 U 117/04), noch auf Freilegungs- und Wiederherstellungskosten in anderen Gewerken, was jedenfalls gemäß § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten der beklagten Versicherung als Verwender geht. Dies gilt erst Recht, soweit die Mängelbeseitigungsnebenkostenklausel in Versicherungsverträgen von General- bzw. Hauptunternehmern - wie hier - Verwendung findet (vgl. zur verbreiteten Anwendung im Bau-

und Anlagenbaugewerbe: Dancz, Sowiesokosten - Haftung und Deckung im Rahmen der Bauversicherungen, VersR 2012, 688 [691]). Denn bei diesen treten die über den Mangel hinausgehenden Schäden regelmäßig nur im eigenen Leistungsbereich ein und müssen daher gedeckt sein, soll die Klausel nicht weitestgehend leerlaufen (vgl. von Rintelen, in: Späte/Schimikowski, Haftpflichtversicherung, 2. Auflage 2015, Ziff. 1 AHB Rn. 533).

(dd) Dass die streitbetroffenen Mängelbeseitigungsbegleitmaßnahmen damit im Ergebnis zugleich der Beseitigung eines nicht versicherten Werkmangels als auch der Behebung eines versicherten Folgeschadens dienen und damit letztlich Erfüllungsinteressen versichert werden, ist aufgrund bewusster Deckungserweiterung unerheblich (so auch: Schimikowski, In: Rüffer/Halbach/Schimikowski, Versicherungsvertragsgesetz, 3. Auflage 2015, Ziff. 1 AHB Rn. 41). Nach Teil II Ziff. 10 der "*Klauseln und Besonderen Vereinbarungen*" besteht insgesamt Leistungspflicht, soweit der Folgeschaden ohne die Begleitmaßnahme nicht beseitigt werden kann (BGH, Urteil vom 20. November 1990 - IV ZR 229/89). Der durchschnittliche, juristisch nicht vorgebildete Versicherungsnehmer kann die Klausel nämlich nicht dahin verstehen, dass versicherte Folgeschäden nur deshalb nicht erstattungspflichtig sind, weil die Maßnahme zugleich zur Erfüllung beiträgt (vgl. Lücke, in: Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz: VVG, 30. Auflage 2018, AHB Ziff. 1 Rn. 54). Ein anderes Verständnis hätte in der gegenständlichen Klausel, was nicht geschehen ist, Ausdruck finden müssen. Dies entspricht letztlich auch dem Verständnis des Bundesgerichtshofs bei Konkurrenz versicherter und nicht versicherter Ansprüche (vgl. BGH, Urteil vom 20. Dezember 2006 - IV ZR 325/05).

(ee) Schließlich kommt es für die Eintrittspflicht der Beklagten nicht darauf an, ob durch die streitbetroffenen Begleitmaßnahmen zugleich die Mangelfolgeschäden in der Tiefgarage konkret behoben werden. Eine ordnungsgemäße Beseitigung der in der Tiefgarage aufgetretenen Folgeschäden kann nämlich jedenfalls nur dadurch erfolgen, dass die Undichtigkeit der Tiefgaragendecke behoben wird. Die dazu erforderlichen Arbeiten gehören daher zum Aufwand zur Beseitigung des Folgeschadens (vgl. BGH, Urteil vom 20. November 1990 - IV ZR 229/89).

d. Die weiteren Voraussetzungen gemäß Teil II Ziff. 10 der "*Klauseln und Besonderen Vereinbarungen*" der zwischen den Parteien bestehenden Betriebshaftpflichtversicherung zur Versicherungsnummer ### (Anlage SK1) sind im Übrigen erfüllt.

Im Streitfall sind Folgeschäden mindestens substantiiert behauptet (vgl. zuvor unter Ziff. 3 lit. a. bb.).

Bei den geltend gemachten Mängelbeseitigungsnebenkosten - Freilegungskosten oberhalb der Tiefgarage für die Nachbesserung/Neuherstellung der undichten Abdichtungsfolie sowie Kosten für die Wiederherstellung der oberhalb der Folie befindlichen Aufbauten und Bepflanzungen handelt es sich auch nicht um die eigentlichen Nachbesserungskosten im Sinne des Erfüllungsschadens (Erneuerung der Tiefgaragenabdichtung), sondern um darüber hinausgehende, erweitert versicherte Nachbesserungsbegleitkosten.

4. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Ersatz der vorgerichtlich angefallenen Rechtsverfolgungskosten in Höhe von (2.506,40 Euro [1,3-fache Geschäftsgebühr gemäß

Nr. 2300, 1008 VV RVG] + 20,00 Euro [Auslagen gemäß Ziff. 7001, 7002 VV RVG] + 480,02 Euro [MwSt] =) 3.006,42 Euro.

Eine unberechtigte Leistungsverweigerung kann zwar ebenso wie eine verzögerte Regulierung eine zum Schadensersatz verpflichtende Verletzung vertraglicher (Neben-)Pflichten darstellen und gemäß § 280 Abs. 1 BGB zum Ersatz vorgerichtlicher Rechtsverfolgungskosten verpflichten. Anderes gilt jedoch für die (erstmalige) Leistungsanmeldung. Denn da der Gebührenanspruch des Rechtsanwalts bereits mit seinem ersten Tätigwerden entsteht (vgl. von Seltmann, in: BeckOK RVG, 43. Edition, Stand: 1. Dezember 2018, § 8 Rn. 1), fehlt es insoweit regelmäßig an einer kausalen Folge einer Pflichtverletzung (ggf. in Gestalt des Verzuges).

So liegt der Fall hier.

Ausweislich der als Anlage SK5 abgereichten E-Mail vom 14. Oktober 2014 hat der zu diesem Zeitpunkt offensichtlich bereits mandatierte Prozessbevollmächtigte der Klägerin der Beklagten das Sanierungsangebot der Zimmerei/Dachdeckerei ### GmbH vom 7. Oktober 2014 zur Kenntnisnahme und weiteren Verwendung übersandt. Die Beklagte lehnte eine Deckungsübernahme erst im Nachgang mit E-Mail vom 24. Oktober 2014 an den Prozessbevollmächtigten der Klägerin ab (vgl. Anlage SK6). Dass Deckungsschutz bereits im Vorfeld vor Mandatierung durch die Beklagte zu Unrecht versagt worden wäre, ergibt sich danach schlüssig nicht.

II.

Der Senat beabsichtigt, den Streitwert gemäß §§ 47 Abs. 1 Satz 1, 48 Abs. 1 Satz 1 GKG i.V.m. § 3 ZPO unter Zugrundelegung der behaupteten Mängelbeseitigungsnebenkosten in Höhe von 213.639 Euro und eines Feststellungsabschlages von 20 Prozent (vgl. BGH, Beschluss vom 10. Dezember 2014 - IV ZR 116/14) auf bis zu 185.000 Euro festzusetzen.