

# Oberlandesgericht Brandenburg

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§ 633 Abs. 3 BGB a.F.

- 1. Der Veräußerer eines Grundstücks, der zugleich Bauleistungen vertraglich übernommen hat, haftet für diese nach den Gewährleistungsregeln des Werkvertrags. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Parteien den Vertrag als Kaufvertrag bezeichnet haben, oder ob das Objekt zum Zeitpunkt der einzelnen Veräußerungen fertig gestellt war.**
- 2. Der Beginn der Verjährungsfrist für das Gemeinschaftseigentum einer Wohnungseigentümergeinschaft wird nicht generell, sondern individuell bestimmt. Die Abnahme durch einzelne Erwerber oder durch eine Mehrheit von Erwerbern wirkt deshalb nicht für und gegen andere Erwerber.**
- 3. Demnach kann jeder Wohnungseigentümer, dessen Ansprüche noch nicht verjährt sind, vom Bauträger einen Vorschuss zur Mangelbeseitigung verlangen.**
- 4. Klagt die Wohnungseigentümergeinschaft in Prozessstandschaft für sämtliche Wohnungseigentümer, genügt es, wenn nur ein Wohnungseigentümer unverjährte Gewährleistungsansprüche besitzt.**
- 5. Einer konkludenten Abnahme steht entgegen, wenn der Unternehmer aufgrund von Mängeln nicht erwarten darf, der Besteller würde das Werk als im Wesentlichen vertragsgemäß hergestellt hinnehmen.**

OLG Brandenburg, Urteil vom 05.07.2012; Az.: 12 U 231/11

Der 12. Zivilsenat des Brandenburgischen Oberlandesgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 14.06.2012 durch

den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Pastewski, den Richter am Oberlandesgericht van den Bosch und den Richter am Landgericht Kalbow

für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 08.11.2011 verkündete Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Potsdam, Az.: 6 O 234/10, wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung jeweils Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

### **Tatbestand:**

I.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten Kostenvorschuss zur Beseitigung von Mängeln am Gemeinschaftseigentum der Wohneigentumsanlage Z.

Die Mitglieder der Klägerin erwarben von der Beklagten mit notariellen Kaufverträgen Wohnungseigentum an zu errichtenden Mehrfamilienwohnhäusern auf dem Grundstück Z. In den Kaufverträgen wurde jeweils vereinbart, dass die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch einen vom Verwalter bestimmten öffentlichen und vereidigten Bausachverständigen erfolgen sollte. Der Sachverständige sollte über die Abnahme ein Protokoll anfertigen und die Beseitigung der im Abnahmeprotokoll festgestellten Mängel schriftlich bestätigen. Damit sollte die mängelfreie Abnahme des Gemeinschaftseigentums als erfolgt gelten. Eine derartige Abnahme des Gemeinschaftseigentums fand nicht statt.

Auf Antrag der Wohnungseigentümer vom 19.12.2008, der Beklagten am 20.01.2009 zugestellt, haben die Parteien vor dem Landgericht Potsdam ein selbständiges Beweisverfahren zum Az.: 4 OH 8/08 geführt. Mit ihrer Klage verlangt die Klägerin einen Vorschuss für die Beseitigung der im selbständigen Beweisverfahren festgestellten Mängel in Höhe der vom Sachverständigen ermittelten Nachbesserungskosten von 101.165,90 Euro.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen, dieser wird insoweit ergänzt, dass die Klägerin behauptet hat, eine Fertigstellung des Bauvorhabens sei entsprechend der schriftlichen Anzeige der Architekten der Beklagten erst am 20.08.2000 erfolgt.

Mit einem am 08.11.2011 verkündeten Urteil hat das Landgericht die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 101.165,90 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz der EZB seit dem 27.03.2010 zu zahlen und der Beklagten die Kosten des Rechtsstreits auferlegt. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt: Der Klägerin stehe ein Anspruch auf Zahlung eines Kostenvorschusses für die Beseitigung der behaupteten Mängel zu. Das Gericht sei davon überzeugt, dass die von der Klägerin gerügten Mängel am Gemeinschaftseigentum vorliegen würden. Dies ergebe sich aus den im selbständigen Beweisverfahren getroffenen Feststellungen des Sachverständigen.

Der Sachverständige habe festgestellt, dass das durch Speier abgeleitete Wasser der

Balkone im 1. und 2. OG auf die darunter liegenden Balkone tropfen und bei ungünstigem Wind in die Balkone hineingetrieben werde. Auch weil das abtropfende Regenwasser zur Glättebildung führen könne, sei die Ausführung über Speier als mangelhaft anzusehen hätte, es hätte gemäß DIN 1986-1:1998-06 eine Entwässerung der Balkone über Fallrohre erfolgen müssen.

Ursache der Glasurabplatzungen und Risse bzw. des Ablösens der Fliesen der Balkon- und Terrassenbeläge sei die fehlende hohlraumfreie Verlegung, dies stelle einen Mangel dar. Mangelhaft sei auch, dass in großen Bereichen der Balkone ein Gefälle von weniger als 1-2 % vorliege. Bei allen Fenstertüren der Balkone und Terrassen seien die erforderlichen Anschlusshöhen für die Abdichtungsaufkantungen von 15 cm nicht eingehalten worden. Im Übrigen sei das Wärmdämmverbundsystem auf die Abdichtung heruntergeführt worden, was zur Folge habe, dass auf der Abdichtung laufendes Wasser vom Putz des Wärmedämmverbundsystems aufgesogen werde. Diese technische Lösung sei als mangelhaft anzusehen. Infolge dieses Mangels seien die Trennwände der Balkone sowie die anschließenden Wände geschädigt worden, was zu Rissen und Abplatzungen geführt habe.

In der Tiefgarage seien Fugen von Betonkellerwandelementen mit Bauschaum und oberflächlichem Mörtelverschluss versehen worden, dies sei nicht fachgerecht. Die Hohlräume müssten durch Zementleim und die Fugen mit entsprechendem Dichtungsmittel verpresst werden, um die geforderte Dichtigkeit der Betonwände sicherzustellen.

Im Übrigen habe der Sachverständige bei den Erdgeschosswohnungen die von der Klägerin gerügten Feuchtigkeitsschäden festgestellt und sei zu dem Ergebnis gekommen, dass die mit einer Bitumendickbeschichtung erfolgte Abdichtung mangelhaft sei, da die Mindestschichtdicke nicht vorliege und auch keine gleichmäßige Schichtdicke gegeben sei.

Schließlich würde der Farbton der Fassade des Gebäudes Z...-Straße 3a in seinem Gelbton deutlich von dem links davon liegenden Fassadenteil abweichen, diese Farbabweichung sei optisch stark auffällig, so dass der Fassadenanteil nachzustreichen sei. Da eine Farbangleichung ohne optische Beeinträchtigung nicht möglich sei, sei die gesamte Fassade zu streichen.

Die Feststellungen des Sachverständigen seien schlüssig und nachvollziehbar. Es gebe keinen Anlass, an der Sachkunde des Sachverständigen zu zweifeln. Hinsichtlich der Höhe der Mangelbeseitigungskosten sei von den durch den Sachverständigen festgestellten Beträgen auszugehen. Soweit die Beklagte die Höhe bestreite, dringe sie nicht durch, da es ihr als Bauträger ohne weiteres möglich wäre, sich zu einzelnen Positionen und Einheitspreisen konkret zu erklären. Der Sachverständige habe im Übrigen dargelegt, wie er die in Ansatz gebrachten Kosten berechnet habe. Er habe sich eines Kostenermittlungsprogramms bedient, bei der die im Bundesdurchschnitt ermittelten Richtpreise zugrunde gelegt und vom Sachverständigen auf das lokale Baupreisniveau angepasst worden seien.

Die durch die Beklagte erhobene Einrede der Verjährung habe keinen Erfolg. Ungeachtet der Frage, ob die Verjährungsfrist zu laufen begonnen habe, seien die streitgegenständlichen Mängel vor Ablauf der fünfjährigen Verjährungsfrist,

nämlich am 30.08.2002 gegenüber der Hausverwaltung, deren Geschäftsführer zum damaligen Zeitpunkt - untretig - auch der Geschäftsführer der Beklagten gewesen sei, gerügt worden. In der Folge habe die WEG Verwalterin, teilweise in Person des Geschäftsführers der Verwaltung, die Mitglieder der WEG unter Hinweis auf das im Verhältnis zwischen der Beklagten und dem Werkunternehmer geführten Verfahren davon abgehalten, ihrerseits gegen die Beklagte vorzugehen. Insoweit müsse sich die Beklagte die Anzeige der Mängel entgegenhalten lassen, jedenfalls würde es den Grundsätzen von Treu und Glauben widersprechen, wenn sie sich auf den Eintritt der Verjährung berufen könnte.

Im Übrigen sei nicht von einer Abnahme der Werkleistungen der Beklagten auszugehen. Eine konkludente Abnahme liege nicht vor, da das Werk nicht abnahmereif gewesen sei. Nach den Feststellungen des Sachverständigen könne nicht von einer wesentlichen Mangelfreiheit des Werkes ausgegangen werden.

Nach Zustellung des Urteils am 15.11.2011 hat die Beklagte mit einem am 15.12.2011 eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründung bis zum 15.02.2012 mit einem am 15.02.2012 eingegangenen Schriftsatz begründet.

Die Beklagte macht geltend, das Landgericht habe fehlerhaft auf das Schuldverhältnis der Parteien das BGB in der ab dem 01.01.2002 gültigen Fassung angewendet, obwohl die Verträge vor diesem Zeitpunkt geschlossen worden seien. Zu Unrecht sei das Landgericht von einer fehlenden Abnahme ausgegangen. Selbst wenn keine Abnahme erfolgt sei, würde nach der Rechtsprechung des BGH (NJW 2000, 133) zu Altverträgen, die vor dem 01.01.2002 abgeschlossen worden seien, nicht die Verjährungsbestimmung gem. § 638 Abs. 1 BGB a. F. von fünf Jahren, sondern die dreißigjährige Verjährungsfrist für Erfüllungsansprüche gelten. Dies habe zur Folge, dass gem. Art. 229 § 6 Abs. 4 EGBGB mit Ablauf des 31.12.2001 die Regelverjährungsfrist des § 195 BGB n. F. von drei Jahren gegolten habe, da ab dem 01.01.2002 die kürzere Verjährungsfrist des BGB maßgebend sei, soweit das BGB in der vor dem 01.01.2002 geltenden Fassung eine längere Verjährungsfrist vorsah. Damit sei eine Verjährung der Ansprüche mit Ablauf des 31.12.2004 eingetreten. Im Übrigen sei die Auffassung des Landgerichts, wesentliche versteckte Mängel würden die Abnahmereife des Bauwerkes hindern, falsch. Von einer Abnahme könne der Unternehmer ausgehen, wenn der Besteller vorbehaltlos eine abschließende Rechnung zahle und/oder das hergestellte Werk nutze, ohne in der Folgezeit Mängel zu beanstanden. Mithin wäre es darauf angekommen, ob die Rechnungsforderungen von den Wohnungseigentümern vollständig und vorbehaltlos bezahlt worden seien. Dies sei erstinstanzlich unter Beweisantritt behauptet worden. Das Bestreiten der Klägerin sei pauschal und daher unbeachtlich. Jedenfalls hätte die benannte Zeugin Frau Sc... zu der Behauptung vernommen werden müssen. Für verjährungshemmende Tatbestände sei die Klägerin darlegungs- und beweispflichtig. Verhandlungen i.S.v. § 203 BGB n. F. könnten erst nach dem 01.01.2002 berücksichtigt werden, da diese Vorschrift erst zu diesem Zeitpunkt in Kraft getreten sei. Für eine lückenlose Verjährungshemmung bis zur Einleitung des selbständigen Beweisverfahrens fehle es an schlüssigem Vortrag der Klägerin. Das Landgericht habe den konkreten Beginn und die Dauer von verjährungshemmenden Verhandlungen nicht näher festgestellt. Es sei außerdem nicht zutreffend, dass die Parteien von Anfang an über sämtliche streitgegenständlichen Mängel verhandelt hätten.

Schließlich habe das Landgericht die qualifizierten Einwendungen gegen die Feststellungen des Sachverständigen unberücksichtigt gelassen bzw. aus eigener nicht bausachverständiger Sachkunde zurückgewiesen. Es hätte jedenfalls eine ergänzende Stellungnahme des Sachverständigen zu folgenden Einwendungen einholen müssen:

Die Balkonentwässerung mittels Wasserspeier sei nicht unzulässig, da die vom Sachverständigen angewandte DIN 1986 lediglich eine Soll-Vorschrift darstelle und keine allgemein anerkannte Regel der Technik. Dass Dritte durch abtropfendes Regenwasser aus den Wasserspeiern beeinträchtigt würden, habe der Sachverständige nicht selbst nachgeprüft.

Es sei vorgetragen worden, dass Balkone und Terrassen nachgearbeitet worden seien, so dass die vom Sachverständigen festgestellten Mängel nicht mehr vorhanden seien. Dass das Gefälle auf den Balkonterrassen unter 1 % liege und die Abdichtungsaufkantung im Bereich der Fenstertüranschlüsse nur 5 cm betrage, sei nicht mangelhaft, da alle Balkone jeweils durch die darüber liegenden Balkonen überdacht seien. Bei überdachten Balkonen würden die allgemeinen Regeln der Technik weder ein Gefälle von 2 % noch eine Aufkantungshöhe von mehr als 5 cm vorschreiben. Im Übrigen seien die Balkone nach vorn offen, so dass sich kein Wasser aufstauen könne.

Die Feststellungen zur mangelhaften Abdichtung der Tiefgaragenwände würden lediglich auf einer Vermutung beruhen, ohne dass der Sachverständige den Mangel tatsächlich, z. B. durch eine Kernbohrung, überprüft habe.

Hinsichtlich der Abdichtung der Außenwände sei nach den allgemeinen Regeln der Technik eine Mindestschichtdicke von 3 mm im nicht erdberührten Bereich nicht gefordert, sondern die Anbringung einer mineralischen Dichtschlämme ausreichend. Da der Sachverständige nicht überprüft habe, ob die Mindestschichtdicke von mindestens 3 mm in den aufgeschütteten Bereichen vorhanden sei, sei es nicht erforderlich, das Gebäude freizulegen.

Die Farbabweichung der südlichen Hausfassade stelle keinen Mangel dar, da ihr als Bauträgerin die Farbgestaltung obliegen habe.

Im Übrigen habe das Landgericht auch zu Unrecht die Einwendungen gegen die Kostenschätzung nicht berücksichtigt. Dem Gutachten sei als Kalkulationsgrundlage kein Mittellohn bzw. Stundenverrechnungssatz zu entnehmen, so dass die Preise nicht nachvollzogen werden könnten.

Zu Unrecht habe das Landgericht der Klägerin Verzugszinsen von 5 % über dem Basiszinssatz zugesprochen. Die Klägerin habe nur Anspruch auf den Zinssatz gem. § 246 BGB in Höhe von 4 %. Höhere Verzugszinsen seien ausgeschlossen, weil das Geld zweckgebunden für die Mängelbeseitigung zu verwenden sei. Außerdem habe der Verzugszinssatz aus § 288 Abs. 1 BGB a. F. ebenfalls nur 4 % betragen.

Schließlich hätte das Landgericht bei der Kostenentscheidung berücksichtigen müssen, dass sich die im selbständigen Beweisverfahren aufgestellten Mängelbehauptungen nicht vollständig erwiesen hätten. Das Fehlen von

Schneefanggittern sei nach den Feststellungen des Sachverständigen nicht mangelhaft und von der Klägerin auch nicht zum Gegenstand des Klageverfahrens gemacht worden. Dies habe das Landgericht bei der Kostenentscheidung nicht berücksichtigt und der Beklagten die Kosten des Rechtsstreits vollständig auferlegt, obwohl insoweit eine Quotelung vorzunehmen gewesen wäre.

Die Beklagte beantragt sinngemäß,

das Urteil des Landgerichts Potsdam vom 08.11.2011, Az.: 6 O 234/10, abzuändern und die Klage kostenpflichtig abzuweisen.

Die Klägerin beantragt sinngemäß,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Die Klägerin verteidigt das Urteil unter Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrages. Sie meint, die Einwendungen der Beklagten gegen die Feststellungen des Sachverständigen seien verspätet und nicht begründet. Die DIN-Normen würden nicht zwischen Balkonen mit und ohne Überdachung unterscheiden. Der Vortrag der Beklagten, Balkone und Terrassen seien nachgearbeitet worden, betreffe jedenfalls nicht den Zeitraum nach Erstellung des Gutachtens. In Bezug auf die Farbabweichungen weiche die Beklagte von ihrem erstinstanzlichen Vortrag ab, der aus diesem Grunde bereits unbeachtlich sei. Verjährung sei nicht eingetreten, da es an einer konkludenten Abnahme fehle. Es sei dargelegt worden, dass die Wohnungseigentümer Mängel bereits von Anfang an gegenüber der Beklagten gerügt hätten.

II.

Die Berufung ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 511, 513, 517, 519, 520 ZPO. Die Beklagte stützt ihr Rechtsmittel unter anderem darauf, dass das Landgericht eine Verjährung der mit der Klage geltend gemachten Forderungen zu Unrecht nicht angenommen hat. Die Beklagte zeigt damit einen Rechtsfehler auf, auf dem das Urteil beruhen kann, §§ 513, 546 ZPO.

Die Wohnungseigentümergeinschaft ist gemäß § 10 Abs. 6 S. 5 WEG prozessfähig. Wird die Gemeinschaft - wie vorliegend - im Rahmen ihrer Rechtsausübungskompetenz gemäß § 10 Abs. 6 S. 3 WEG tätig, liegt im Übrigen ein Fall gesetzlichen Prozessstandschaft vor (BGHZ 172, 42; NJW 2007, 3275).

In der Sache bleibt das Rechtsmittel ohne Erfolg. Den Wohnungseigentümern steht gegen die Beklagte gemäß § 633 Abs. 3 BGB a. F. ein Anspruch auf Zahlung eines Kostenvorschusses für die beabsichtigte Mängelbeseitigung i.H.v. 101.165,90 Euro zu.

Die Beklagte rügt zu Recht, dass auf das Schuldverhältnis der Parteien das BGB in

der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung Anwendung findet (Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB). Auf die Mängelgewährleistung ist Werkvertragsrecht anzuwenden, da der Erwerb des Wohnungseigentums mit einer Herstellungsverpflichtung verbunden war. Es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass der Veräußerer eines Grundstückes, der auch Bauleistungen vertraglich übernimmt, für diese nach den Gewährleistungsregeln des Werkvertrages haftet, ohne dass es darauf ankommt, ob die Parteien den Vertrag als Kaufvertrag und sich selbst als Käufer und Verkäufer bezeichnet haben (BGH NJW 2007, 3275 m.w.N.) oder, ob das Objekt zum Zeitpunkt der einzelnen Veräußerungen nicht, teilweise, weitgehend oder auch vollständig fertig gestellt war (BGHZ 68, 372; WM 1985, 664). Anspruchsgrundlage für den Anspruch der Klägerin ist § 633 Abs. 3 BGB a. F. Nach der damaligen Rechtslage war ein Vorschussanspruch für die beabsichtigte Selbstvornahme zwar nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt, das Bestehen eines solchen Anspruchs war allerdings nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung anerkannt (Palandt-Sprau, BGB, 60. Aufl., § 633 Rn. 9 m.w.N.).

Aus dem Gutachten des im selbständigen Beweisverfahren tätigen Sachverständigen vom 15.02.2010 ergibt sich, dass das Gemeinschaftseigentum der Wohneigentumsanlage Z. verschiedene Mängel aufweist. Das Beweisergebnis aus dem selbständigen Beweisverfahren konnte vom Landgericht gemäß § 493 ZPO von Amts wegen verwertet werden, da die selbständige Beweiserhebung einer Beweisaufnahme vor dem Prozessgericht gleichsteht.

Soweit die Beklagte in der ersten Instanz Zweifel an den Feststellungen des Sachverständigen geäußert hat, war dies nicht verspätet. Eine Präklusionswirkung kann nur angenommen werden, wenn eine Frist zum Vorbringen von Einwendungen gegen das Gutachten nach § 411 Abs. 4 S. 1 ZPO gesetzt wird und die Partei auf die Folgen einer Nichtbeachtung der Frist hingewiesen wurde (BGH NJW-RR 2006, 428). Das war nicht der Fall. Das Landgericht hat nach Vorlage des Gutachtens im selbständigen Beweisverfahren weder eine Frist zur Stellungnahme auf das Gutachten gesetzt noch darauf hingewiesen, dass Vortrag nach Fristablauf verspätet sein könnte.

Die Einwendungen der Beklagten - soweit sie für das Berufungsverfahren zuzulassen sind - begründen allerdings nicht die Notwendigkeit ergänzender Beweiserhebung.

Gem. § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO hat das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung die vom Gericht des ersten Rechtszuges festgestellten Tatsachen zugrunde zu legen, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Das Berufungsverfahren dient in erster Linie der Überprüfung des erstinstanzlichen Urteils auf korrekte Anwendung des materiellen Rechts sowie auf Richtigkeit und Vollständigkeit der getroffenen Feststellungen und Beseitigung etwaiger Fehler (BGH NJW 2010, 376). Allein der Umstand, dass eine Partei die Beurteilung des von der ersten Instanz beauftragten gerichtlichen Sachverständigen nicht teilt oder für falsch hält, rechtfertigt keine Verhandlung und weitere Beweisaufnahme in zweiter Instanz oder die Einholung eines Oberrgutachtens. Eine Beweiserhebung in der Berufungsinstanz wegen der theoretischen Möglichkeit, dass ein Sachverständiger seine Meinung ändert oder ein anderer Sachverständiger eine andere Meinung vertreten könnte, sieht die

Zivilprozessordnung nicht vor (vgl. OLG München, Beschl. v. 14.06.2011, 1 U 1109/11).

Die Tatsachenfeststellung des Landgerichts ist nicht zu beanstanden. Das Vorbringen der Beklagten gibt keine Veranlassung für eine Ergänzung des Sachverständigengutachtens oder für eine andere Beurteilung der Tatsachengrundlage. Konkrete Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen zu begründen vermögen, liegen nicht vor. Die Beklagte zeigt keine Lücken oder Fehler der Beweisaufnahme auf. Die Feststellungen des Sachverständigen sind nachvollziehbar und widerspruchsfrei.

Hinsichtlich der Entwässerung der Balkone über Speier ist der Senat nach den Feststellungen des Sachverständigen von der Mangelhaftigkeit der gewählten Ausführung überzeugt (§ 286 ZPO). Auf den durch den Sachverständigen gefertigten Fotos (Foto 15, 20, 37) zum Gutachten ist zu erkennen, dass die Wasserspeier so kurz sind, dass starker Wind abtropfendes Wasser in die darunter liegenden Balkone bzw. Terrassen treiben kann. Überdies führt die Ableitung von Regen- bzw. Tauwasser über Wasserspeicher auf geflieste Terrassen- bzw. Gehwegbereiche - wie auf Foto 15 und 20 erkennbar - im Winter zur Gefahr verstärkter Glatteisbildung, woraus sich die grundsätzliche Mangelhaftigkeit der Balkonentwässerung ergibt.

Soweit die Beklagte hinsichtlich der vom Sachverständigen festgestellten Mängel an dem Balkon- und Terrassenbelag behauptet hat, Balkone und Terrassen seien nachgearbeitet worden, fehlt jeglicher substantzierter Vortrag wann, wo, welche Arbeiten durchgeführt worden sein sollen. Die Klägerin hat behauptet, dass nach dem Ortstermin durch den Sachverständigen keine Arbeiten stattgefunden hätten. Aus dem pauschalen Vortrag der Beklagten ergibt nichts anderes. Der Einwand ist daher nicht beachtlich.

Zu dem durch den Sachverständigen festgestellten unzureichenden Gefälle der Balkone und der zu geringen Höhe der Abdichtungsaufkantungen hat der Beklagte erstmals mit der Berufungsbegründung vorgetragen, dass ein Gefälle von 2 % und Abdichtungshöhen von mehr als 5 cm bei überdachten Balkonen nicht erforderlich seien. Die Klägerin ist dem entgegengetreten. Der streitige Vortrag ist neu und für das Berufungsverfahren nicht zuzulassen, § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO. Es ist nicht ersichtlich, warum die Beklagten diesen Einwand nicht bereits erstinstanzlich erhoben hat, zumal ihr der Inhalt der Sachverständigengutachtens bereits vor Klagerhebung bekannt war. Umstände, dass sie insoweit erstinstanzlich nicht nachlässig war, hat die Beklagte nicht dargelegt.

Soweit der Sachverständige eine mangelhafte Ausführung darin gesehen hat, dass das Wärmedämmverbundsystem bis auf Abdichtungsebene hinuntergeführt wurde, ist der Einwand der Beklagten, der Putz des Wärmedämmverbundsystems sei wasserbeständig, unbeachtlich. Nach den überzeugenden Feststellungen des Sachverständigen liegt eine Mangel in der Ausführung vor, weil der Putz aufstauendes Wasser aus der Abdichtungsebene aufsaugt. Dass es dadurch bereits zu Feuchte- und Frostschäden am Putz des Wärmedämmverbundsystems gekommen ist, lässt sich anhand der durch den Sachverständigen gefertigten Fotos (Foto 21, 24, 25, 26, 32, 33, 43, 55, 56, 65 und 66) ohne weiteres nachvollziehen.

Der Sachverständige hat an den Kellerwänden der Tiefgarage eine mangelhafte Fugenausbildung mit Bauschaumverfüllung und oberflächlichem Mörtelverschluss festgestellt. Diese Feststellungen sind nachvollziehbar und nicht zu beanstanden. Gleiches gilt hinsichtlich der Ausführungen des Sachverständigen zur mangelhaften Herstellung der Ortbetonwände. Der Sachverständige hat nachvollziehbar ausgeführt, dass die an den Kellerwänden der Tiefgarage festzustellenden Feuchteschäden auch darauf zurückzuführen sind, dass eine Wasserundurchlässigkeit der Wände nicht erreicht wurde, was letztlich nur auf Hohlräume zurückgeführt werden kann. Diese sind entweder dadurch entstanden, dass für den Wandfuß nicht - wie erforderlich - fließfähiger Beton mit 8 mm Größtkorn verwendet wurde oder der Beton durch Innenrüttler nicht sorgfältig genug verdichtet wurde, um Kiesnester und Hohlstellen zu vermeiden. Die Feststellungen des Sachverständigen überzeugen. Es handelt sich insoweit auch nicht - wie die Beklagte meint - um eine bloße Vermutung. Vielmehr ergibt sich die Feststellung von Hohlstellen bereits daraus, dass die Kellerbetonwände - wie die Feuchtigkeitsschäden zeigen - nicht wasserundurchlässig hergestellt sind.

Auch die Feststellungen des Sachverständigen zur mangelhaften Abdichtung des nicht erdberührten Außenwandmauerwerks sind nicht zu beanstanden. Soweit die Beklagte behauptet, eine Mindestschichtdicke von 3 mm für nicht erdberührte Bereiche sei nicht erforderlich, die Feuchtigkeitsschäden würden sich kostengünstiger mittels einer mineralischen Dichtschlemme beseitigen lassen und es sei nicht notwendig, das Gebäude umlaufend freizulegen, setzt sie lediglich ihre Auffassung gegen die Feststellungen des Sachverständigen, ohne zugleich konkrete Umstände aufzuzeigen, die geeignet wären, Zweifel an der Richtigkeit Feststellungen des Sachverständigen zu begründen.

Soweit die Beklagte erstinstanzlich gegen die Feststellung des Sachverständigen zur Farbabweichung der südlichen Hausfassade des Hauses 3a eingewandt hat, ein die Gebrauchstauglichkeit einschränkender Mangel liege nicht vor, ergibt sich aus dem Foto 147 zum Gutachten nachvollziehbar eine erhebliche, nicht hinnehmbare Farbabweichung. Die bis zur Abnahme darlegungs- und beweispflichtige Beklagte hat nicht nachvollziehbar dargelegt, dass diese erhebliche farbliche Abweichung dem Bausoll entsprach und daher keinen Mangel darstellt. Wie sich aus den Lichtbildern zum Sachverständigengutachten ergibt, wurden die durch die Beklagte errichteten Mehrfamilienhäuser mit einem einheitlichen gelben Anstrich versehen. Insoweit ist nicht ersichtlich, dass die durch den Sachverständigen dokumentierte Farbabweichung ein gestalterisches Element darstellen sollte. Soweit die Beklagte erstmals im Berufungsverfahren vorträgt, die Farbgestaltung habe dem Bauträger obliegen, ist diese pauschale Behauptung im Hinblick auf die genannten Umstände nicht geeignet, eine vertragsgemäße Ausführung zu begründen. Andernfalls wäre der Einwand nicht zuzulassen (§ 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO), da auch hier nicht ersichtlich ist, warum die Beklagte ihn nicht bereits erstinstanzlich vorgetragen hat.

Die Beklagte befindet sich mit der Beseitigung der genannten Mängel in Verzug, § 633 Abs. 3 BGB a. F. Die Klägerin hat die Beklagte unter anderem nach Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens mit Schreiben vom 26.02.2010 unter Fristsetzung fruchtlos aufgefordert, die durch den Sachverständigen festgestellten Mängel zu beseitigen.

Auch hinsichtlich der geschätzten Kosten der Mangelbeseitigung sind die Ausführungen des Sachverständigen nicht zu beanstanden. Erhebliche Einwendungen hat die Beklagte erstinstanzlich nicht erhoben. Wie der Sachverständige die Kosten ermittelt hat, ergibt sich nachvollziehbar aus dem Gutachten. Dass die Einheitspreise überhöht wären, hat die Beklagte nicht dargetan. Die Angabe eines Stundenverrechnungssatzes ist nicht erforderlich, es kommt allein auf die Ortüblichkeit der durch den Sachverständigen ermittelten Einheitspreise an. Im Übrigen macht die Klägerin einen Vorschussanspruch geltend, über den sie abrechnen muss. Für den Fall, dass sich die durch den Sachverständigen ermittelten Preise als übersetzt erweisen, muss die Klägerin den nicht verbrauchten Teil des Vorschusses zurückerstatten.

Im Ergebnis zu Recht ist das Landgericht schließlich davon ausgegangen, dass die Kostenvorschussansprüche nicht verjährt sind. Dabei kann es dahinstehen, ab welchem Zeitpunkt zwischen den Parteien verjährungshemmende Verhandlungen i.S.d. § 203 BGB schwebten, weil die Parteien sich zumindest stillschweigend darüber einig waren, den Abschluss des Verfahrens gegen den Generalunternehmer abzuwarten bzw. inwieweit der Beklagten der Verjährungseinwand nach Treu und Glauben versagt ist. Es kann bereits nicht festgestellt werden, dass es hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums in der Vergangenheit zu einer Abnahme und damit zu einem Beginn der Verjährung gekommen wäre.

Soweit die Beklagte meint, für Verträge vor dem 01.01.2002 gelte bei fehlender Abnahme eine dreißigjährige Verjährungsfrist für Erfüllungsansprüche (so BGH, Urt. v. 30.09.1999, Az: VII ZR 162/07, NJW 2000, 133), so dass gem. Art. 229 § 6 Abs. 4 EGBGB mit Ablauf des 31.12.2001 die kürzere Regelverjährungsfrist des § 195 BGB n. F. von drei Jahren laufe, so folgt der Senat dem nicht. Mit Urteil vom 08.07.2010 hat der BGH die durch die Beklagte zitierte Rechtsprechung ausdrücklich aufgegeben (Urt. v. 08.07.2010, Az: VII ZR 171/08, NJW 2010, 3573). Es sei geboten, dass die Verjährungsfrist erst zu laufen beginne, wenn die Abnahme erfolgt oder endgültig verweigert worden sei. Der Umstand, dass in diesem Fall die Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche unter Umständen längere Zeit nicht zu laufen beginne, obwohl Gewährleistungsansprüche bereits entstanden seien, widerspreche nicht dem vom Gesetzgeber verfolgten Zweck, die Gewährleistungsverpflichtung des Unternehmers zeitlich zu begrenzen, denn die Notwendigkeit einer zeitlichen Begrenzung bestehe nur für den Zeitraum nach der Abnahme. Bis zur Abnahme sei der Unternehmer zur Erfüllung verpflichtet. Erst nach der billigen Entgegennahme seiner Werkleistung sei es gerechtfertigt, den Unternehmer davor zu schützen, über den vom Gesetzgeber für ausreichend erachteten Zeitraum von fünf Jahren wegen eines Mangels der Bauleistung in Anspruch genommen werden zu können. Solange das Werk nicht abgenommen sei und auch sonst keine Umstände vorliegen würden, nach denen das vertragliche Erfüllungsverhältnis, insbesondere durch die endgültige Verweigerung der Abnahme, als beendet angesehen werden könne, beginne die Verjährungsfrist für die Gewährleistungsansprüche des Bestellers nicht zu laufen (BGH a.a.O.). Der Senat schließt sich dem an.

Der Beginn der Verjährung der Ansprüche wegen der durch die Klägerin geltend gemachten Mängel lässt sich nicht feststellen. Die zwischen den Parteien vereinbarte Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch einen öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen hat nicht stattgefunden. Auch eine endgültige

Abnahmeverweigerung wird nicht behauptet. Die für die Voraussetzungen einer Abnahme darlegungs- und beweisbelastete Beklagte hat auch keine Umstände vorgetragen, die die Annahme einer konkludenten Abnahme des Gemeinschaftseigentums rechtfertigen würden. Dabei steht allerdings einer konkludenten Abnahme nicht bereits entgegen, dass das Werk - wie im selbständigen Beweisverfahren festgestellt - mangelhaft ist. Mängel können einer konkludenten Abnahme entgegenstehen, wenn der Unternehmer wegen ihres Vorliegens oder vom Besteller behaupteten Vorliegens nicht davon ausgehen kann, der Besteller würde das Werk als im Wesentlichen vertragsgemäß hergestellt hinnehmen. Hiervon kann regelmäßig nur ausgegangen werden, wenn die Mängel den Vertragsparteien bekannt bzw. durch den Besteller gerügt sind. Nicht bekannte Mängel stehen einer konkludenten Abnahme daher grundsätzlich nicht entgegen. Soweit die Klägerin behauptet, die Wohnungseigentümer hätten bereits kurz nach Fertigstellung des Bauvorhabens die streitgegenständlichen Mängel immer wieder gerügt, ist der Vortrag zu pauschal und damit unbeachtlich.

Vereinbaren die Vertragsparteien - wie vorliegend - eine förmliche Abnahme, setzt eine konkludente Abnahme allerdings voraus, dass die Vereinbarung einvernehmlich aufgehoben wurde, was ebenfalls konkludent erfolgen kann. An die Voraussetzungen eines konkludenten Verzichtes auf die vereinbarte förmliche Abnahme sind strenge Anforderungen zu stellen (BGH BauR 1977, 344 ff; NJW 1993, 1063 f; NJW 2001, 818). Dazu müssen Tatsachen festgestellt sein, aus denen sich der Verzicht unzweideutig ergibt (BGH NJW 1993, 1063).

Der trotz des Bestreitens der Klägerin substanzlos gebliebene Vortrag der Beklagten rechtfertigt nicht die Annahme eines Verzichtes der Wohnungseigentümer auf die vereinbarte förmliche Abnahme. Es fehlt bereits substanzierter Vortrag der Beklagten, wann die vollständige Fertigstellung des Gemeinschaftseigentums erfolgte. Die pauschale Behauptung einer Fertigstellung im Jahre 1998 hat die Klägerin jedenfalls dadurch hinreichend bestritten, dass sie eine Fertigstellungsanzeige des Planungsbüros D vom 20.08.2000 vorgelegt hat, mit dem die Fertigstellung des Bauvorhabens zum 11.08.2000 angezeigt wurde. Eine Fertigstellung des Gemeinschaftseigentums vor diesem Zeitpunkt hat die Beklagte nicht dargetan. War das Gemeinschaftseigentum erst im Sommer 2000 vollständig fertiggestellt, sind Handlungen der Wohnungseigentümer vor diesem Zeitpunkt nur bedingt geeignet, um auf eine konkludente Abnahme bzw. den Verzicht auf eine förmliche Abnahme zu schließen. Eine konkludente Abnahme setzt nach höchstrichterlicher Rechtsprechung jedenfalls voraus, dass das Werk im Wesentlichen vollständig erbracht ist (BGH, Beschl. v. 27.01.2011, VII ZR 175/09). Kaufpreiszahlungen der Wohnungseigentümer bzw. die Ingebrauchnahme von Wohnungen vor dem Zeitpunkt der vollständigen Fertigstellung des Gemeinschaftseigentums rechtfertigen daher für sich nicht die Annahme, die Wohnungseigentümer würden das Werk konkludent abnehmen und gleichzeitig auf die vereinbarte förmliche Abnahme verzichten wollen.

Ebenso substanzlos ist der seitens der Klägerin bestrittene Vortrag der Beklagten zu den, eine konkludente Abnahme rechtfertigenden Handlungen der Wohnungseigentümer. Den Vortrag, die Gebäude seien im Jahre 1998 bezogen bzw. übergeben worden, hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 27.01.2011 dahin eingeschränkt, dass "verschiedene Mitglieder" der Klägerin die Vermietung und damit die Nutzung und bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme "schon" im Jahre

1998 vorgenommen hätten. Das schließt ein, dass andere Wohnungseigentümer die Nutzung erst später begonnen haben, ohne, dass hierzu näherer Vortrag erfolgt wäre.

Im Übrigen hat die Beklagte pauschal vorgetragen, dass sämtliche Eigentümer den jeweiligen Kaufpreis vollständig bezahlt hätten. Dem Vortrag der Beklagten lässt sich nicht entnehmen, wann die einzelnen Wohnungseigentümer den Kaufpreis vollständig gezahlt haben. Entgegen der Auffassung der Beklagten war es nicht Aufgabe der Klägerin, hier näher vorzutragen. Da die Darlegungslast für die Voraussetzungen der Verjährung bei der Beklagten liegt und nicht ersichtlich ist, dass ihr substantiierter Vortrag nicht möglich gewesen wäre, konnte die Klägerin sich auf pauschales Bestreiten beschränken. Dabei war auch zu berücksichtigen, dass der Beginn der Verjährungsfrist für das Gemeinschaftseigentum nicht generell, sondern individuell bestimmt wird, d. h., die Abnahme durch einzelne Erwerber oder durch eine Mehrheit von Erwerbern wirkt nicht für und gegen andere, hieran nicht beteiligte Erwerber (vgl. BGH NJW 1985, 1551; OLG Dresden BauR 2005, 766). Jeder Wohnungseigentümer, dessen Gewährleistungsansprüche noch nicht verjährt sind, kann daher vom Bauträger Vorschuss zur Mängelbeseitigung verlangen (vgl. OLGR Hamm 1994, 74). Klagt die Wohnungseigentümergeinschaft - wie vorliegend - in Prozesstandschaft für sämtliche Wohnungseigentümer, reicht es aus, wenn nur ein Wohnungseigentümer unverjährte Gewährleistungsansprüche innehat. Dementsprechend hätte die Beklagte für jeden Wohnungseigentümer vortragen müssen, aus welchen konkreten Umständen sie bei jedem Einzelnen (nach Fertigstellung des Gemeinschaftseigentums) davon ausgehen konnte, er würde auf eine förmliche Abnahme verzichten und das Werk konkludent abnehmen. Daran fehlt es. In Ermangelung einer Abnahme und damit eines Verjährungsbeginns kann der Eintritt der Verjährung nicht festgestellt werden.

Auch hinsichtlich der durch das Landgericht zuerkannten Verzugszinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz hat die Berufung keinen Erfolg. Entgegen der Auffassung der Beklagten hat die Klägerin nicht nur Anspruch auf Zinsen gem. § 246 BGB i.H.v. 4 %. Die auf den Kostenvorschuss infolge Verzuges oder Rechtshängigkeit (§§ 288 Abs. 1, 291 BGB) zu zahlenden Zinsen stellen ungeachtet der Zweckgebundenheit des Vorschusses einen gesetzlich festgelegten Mindestersatz für die zeitweilige Vorenthaltung der Hauptsumme ohne Rücksicht darauf dar, ob und in welcher Höhe dem Gläubiger tatsächlich ein Schaden erwachsen ist. Der Gesetzgeber hat damit in typisierender Betrachtungsweise der Tatsache Rechnung getragen, dass die mit dem Besitz von Geld verbundenen Nutzungsmöglichkeiten in aller Regel geldwerten Vorteile bieten, deren Vorenthaltung rechtlich als Schaden anzusehen ist, gleichviel ob der Gläubiger das Geld verzinslich hätte anlegen können oder - wie hier - alsbald zur Mängelbeseitigung zu verwenden hatte (BGHZ 94, 330). Demgemäß ist der Vorschussanspruch nach §§ 291, 281 Abs. 1 S. 2 BGB zu verzinsen (vgl. OLG Karlsruhe BauR 2006, 540; Ingenstau/Korbion-Wirth, VOB, 17. Aufl., § 13 Abs. 5 Rn. 224). Dabei ist - entgegen der Auffassung der Beklagten - nicht auf den gesetzlichen Verzugszins in der vor dem 01.05.2000 geltenden Fassung des BGB abzustellen. § 288 BGB in der Fassung seit 01.05.2000 ist auf alle Forderungen anzuwenden, die von diesem Zeitpunkt an fällig werden (Art. 229 § 1 Abs. 1 EGBGB). Da der Vorschussanspruch erst entstanden ist, nachdem die Beklagte mit der Mängelbeseitigungsaufforderung in Verzug geraten ist, und die Fristsetzung

erst nach dem 01.05.2000 erfolgte, ist der Anspruch auch erst nach diesem Zeitpunkt entstanden.

Auch hinsichtlich der erstinstanzlichen Kostenentscheidung hat die Berufung keinen Erfolg. Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht der Beklagten die gesamten Kosten des Rechtsstreits auferlegt. Im Klageverfahren ist auch über die Kosten des vorangegangenen selbständigen Beweisverfahrens zu entscheiden. Im Hinblick auf nicht weiterverfolgte Teile des vorangegangenen Beweisverfahrens ist grundsätzlich analog § 96 ZPO eine Kostenquote zu bilden (Werner/Pastor, Der Bauprozess, 13. Aufl., Rn. 125). Etwas anderes kann jedoch dann unter Berücksichtigung des Rechtsgedankens von § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO gelten, wenn der nicht weiterverfolgte Mangel verhältnismäßig geringfügig war und keine oder nur geringfügig höhere Kosten verursacht hat. Diese Voraussetzungen liegen vor. Die Klägerin verfolgt lediglich den behaupteten Mangel fehlender Schneefanggitter nicht weiter. Unter Zugrundelegung der durch den Sachverständigen festgestellten voraussichtlichen Nachbesserungskosten in Höhe von 101.165,90 Euro schätzt der Senat die Kosten der Nachrüstung von Schneefanggittern auf maximal 8.800,00 Euro, so dass wegen des erst bei 110.000,00 Euro liegenden Gebührensprungs keine zusätzlichen Gerichts- und Anwaltskosten entstanden sind. Soweit unter Berücksichtigung der knappen, drei Sätze einnehmenden Ausführungen des Sachverständigen zu den fehlende Schneefanggittern geringfügig höhere Sachverständigenkosten entstanden sind, ist es in Anbetracht der verhältnismäßig geringfügigen Zuvielforderung gleichwohl angemessen, der Beklagten die gesamten auf das selbständige Beweisverfahren entfallenden Kosten aufzuerlegen.

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 S. 1 u. 2 ZPO.

Gründe, die die Zulassung der Revision gem. § 543 Abs. 2 ZPO rechtfertigen würden, sind nicht gegeben. Mit Rücksicht darauf, dass die Entscheidung einen Einzelfall betrifft, ohne von der höchst- oder obergerichtlichen Rechtsprechung abzuweichen, kommt der Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung zu noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts.

Der Streitwert für die Berufungsinstanz wird auf 101.165,90 Euro festgesetzt, § 47 Abs. 1 GKG.