

Oberlandesgericht Koblenz

BESCHLUSS

§§ 259, 634 Nr. 2, 637 Abs. 3 BGB; 10 Abs. 6 S. 3 WEG

- 1. Soweit der Besteller es versäumt hat, gemäß § 74 Abs. 2 LBauO einen Antrag auf Verlängerung der Baugenehmigung zu stellen, steht dies der Geltendmachung eines Kostenvorschussanspruchs gegen den Bauunternehmer nicht entgegen.**
- 2. Denn das Erlöschen der Baugenehmigung stellt kein dauerhaftes Hindernis für die Umsetzung des Beschlusses der Wohnungseigentümergeinschaft dar, die von ihr geplante Rampe zu errichten. Eine abgelaufene Baugenehmigung kann jederzeit wieder beantragt werden.**
- 3. Sollte wider Erwarten der Antrag der Klägerin auf Erteilung einer neuen Baugenehmigung versagt werden und dem geplanten Bauvorhaben rechtliche Hindernisse entgegenstehen, wäre die Klägerin verpflichtet, den eingeforderten Kostenvorschussanspruch wieder an die Beklagte zurückzuzahlen.**
- 4. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Vorschussanspruch per se nichts Endgültiges ist und nach Durchführung des Bauvorhabens eine Abrechnung zu erfolgen hat.**
- 5. Der Besteller kann Zinsen auf den Vorschussanspruch verlangen. Der Werkunternehmer kann auch mit der Zahlung des Kostenvorschusses zur Mängelbeseitigung in Verzug geraten (BGH, Urteil vom 20.05.1985 - VII ZR 266/84 - BGHZ 94, 330 ff. = WM 1985, 980 f. = NJW 1985, 2325 f. = BauR 1985, 569 ff.; Juris Rn. 14). Ungeachtet dessen macht die Klägerin hier keine Verzugszinsen, sondern gemäß §§ 288 Abs. 1 S. 2, 291 BGB Prozesszinsen geltend. Allerdings haben die auf den Kostenvorschuss gezahlten Verzugs- oder Prozesszinsen bei der Abrechnung des Kostenvorschusses zur Mängelbeseitigung außer Betracht zu bleiben.**

OLG Koblenz 3. Zivilsenat, Beschluss vom 27.03.2014, Az: 3 U 944/13

Tenor:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts T. vom 19. Juni 2013 wird zurückgewiesen.
2. Soweit der Beklagte die Berufung gegen das angefochtene Urteil zurückgenommen hat, ist er des eingelegten Rechtsmittels verlustig.
3. Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

4. Das vorbezeichnete Urteil des Landgerichts T. vom 19. Juni 2012 ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der Beklagten wird nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Tatbestand:

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Zahlung eines Vorschusses für Mängelbeseitigung sowie auf Feststellung einer Freistellungsverpflichtung im Falle einer Inanspruchnahme durch die Bauaufsichtsbehörde in Anspruch.

Die Beklagte veräußerte an die Mitglieder der Klägerin oder deren Rechtsvorgänger die durch Teilungserklärung gebildeten und mit Sondereigentum an bestimmten Wohnungen verbundenen Miteigentumsanteile am Grundstück K.-Straße 62 in T.. Nach Erhalt der Baugenehmigung am 17.01.2002 errichtete die Beklagte die Wohnungseigentumsanlage. Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums erfolgte am 10.08.2004. Am 11.02.2005 fand eine Nachabnahme statt (Anlage K 7 zur Klageschrift).

Mit Schreiben vom 23.07.2008 erteilte die Stadt T. der Beklagten eine Baugenehmigung für die Errichtung einer Behinderten-Rampe als Zugang für behindertengerechte Wohnungen. Die Beklagte war bereits unter dem 14.04.2008 entsprechend einem Beschluss der Eigentümerversammlung vom 13.02.2008 von der Klägerin aufgefordert worden, bis 13.06.2008 den behindertengerechten Zugang zu schaffen. In der Eigentümerversammlung vom 14.01.2009 (Anlage K 14 zur Klageschrift) fasste die Klägerin den Beschluss, der Beklagten die Errichtung des barrierefreien Zugangs nach der Baugenehmigung ohne Anerkennung einer Rechtspflicht zu gestatten, unter anderem unter der Bedingung, dass bis 28.02.2009 eine prüffähige Werkplanung und Ausstattungsbeschreibung der geplanten Baumaßnahme vorliegt. Für den Fall, dass die Bedingungen nicht erfüllt werden sollten, wurde die Verwalterin beauftragt, einen Kostenvorschussanspruch gerichtlich geltend zu machen. Der barrierefreie Zugang sollte am 30.06.2009 fertiggestellt sein. Nach Erhalt des Beschlusses ließ die Beklagte durch den Architekten B. eine Werkplanung fertigen und der Klägerin zuleiten. Entsprechend dem Beschluss des Verwaltungsbeirates der Klägerin vom 04.03.2009 teilte die Klägerin der Beklagten mit Schreiben vom 10.03.2009 mit, die vorgelegten Unterlagen entsprächen nicht den Anforderungen, seien unvollständig und deshalb nicht prüfbar.

Die Klägerin hat mit Klageantrag zu 1) einen Vorschuss für die Mängelbeseitigung in Höhe von brutto 51.554,45 € gemäß der Planung und Kostenschätzung des Architekten Bi. vom 15.06.2009 geltend gemacht. Sie befürchtet aufgrund einer Stellungnahme der SGD Nord vom 04.03.2005 weitere Bescheide/Interventionen der Bauaufsichtsbehörde wegen Verstößen gegen die Vorgaben der Baugenehmigung, des Bebauungsplans und der Vorschriften der LBauO. Mit dem Klageantrag zu 2) hat sie daher die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zur Freistellung von den sich daraus möglicherweise künftig ergebenden Verpflichtungen begehrt.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie 51.554,45 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit der Klage zu zahlen,

2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet sei, sie von allen Verpflichtungen freizustellen, die ihr durch an sie adressierten Bescheide der Stadt T. entstünden, die der Durchsetzung der in der Baugenehmigung der Stadtverwaltung T. vom 17. Januar 2002 (Az. 01102575/007) enthaltenen Auflagen, der Festsetzungen des Bebauungsplanes BN 23 SÄ „Zwischen St. Mergener Straße, Benediktiner Straße, K.-Straße und Maarstraße“ der Stadt T. und/oder der für die auf dem Grundstück K.-Straße 62 vorhandenen baulichen Anlagen geltenden Bestimmungen der Landesbauordnung Rheinland-Pfalz, insbesondere der Beseitigung folgender Baurechtsverstöße dienen;

a) entgegen der Auflage Nr. 21 in der Anlage „Hinweise und Nebenbestimmungen“ zur Baugenehmigung der Stadt T. für den „Neubau eines Mehrfamilienhauses Block C, 15 Wohneinheiten“ auf dem Grundstück K.-Straße 62 vom 17. Januar 2002 seien in dem Gebäude nicht mindestens 2 Wohnungen barrierefrei erreichbar;

b) entgegen der Auflage Nr. 13 zur Baugenehmigung der Stadt T. vom 17. Januar 2002 seien auf dem Grundstück K.-Straße keine 19 Stellplätze für Kraftfahrzeuge anfahrbereit angelegt;

c) entgegen der Auflage Nr. 19 zur Baugenehmigung der Stadt T. vom 17. Januar 2002 habe die Beklagte für die Wohnungen über dem zweiten Geschoss keine Abstellräume für Kinderwagen hergestellt;

d) der Bebauungsplan BN 23 SÄ der Stadt T. sehe für das Grundstück K.-Straße 62 maximal drei Vollgeschosse vor. Das von der Beklagten errichtete Gebäude K.-Straße 62 weise vier Vollgeschosse auf;

e) Der Bebauungsplan BN 23 SÄ der Stadt T. weise für das Grundstück K.-Straße 62 eine Geschossflächenzahl von 1,2 aus. Die auf dem Grundstück geschaffene Geschossfläche übersteige die nach dem Bebauungsplan höchstzulässige Geschossfläche um ca. 50 %;

f) nach § 11 LBauO Rh.-Pf. sei bei der Errichtung von Gebäuden mit mehr als drei Wohnungen auf dem zu bebauenden Grundstück ein Spielplatz für Kleinkinder herzustellen. Ein Spielplatz für Kleinkinder sei auf dem Grundstück K.-Straße 62 nicht vorhanden.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat vorgetragen,

die in dem Beschluss vom 14.01.2009 aufgestellten Bedingungen seien fristgerecht erfüllt, weshalb ihr Nachbesserungsrecht fortbestehe. Zinsen könnten auf den Vorschussanspruch nicht verlangt werden. Für den Klageantrag zu 2) fehle es an einem Feststellungsinteresse, weil die Bauaufsichtsbehörde bislang keine Bescheide erlassen oder in Aussicht gestellt habe.

Das Landgericht hat Beweis erhoben gemäß den Beweisbeschlüssen vom 10.02.2010 (GA 46 f.) und 13.07.2012 (GA 153 f. d. A.) durch Einholung

schriftlicher Gutachten der Sachverständigen Dipl.-Ing (FH) Wolfgang Sch. vom 12.01.2012 und Christian Kurt A. vom 10.12.2012 (GA 167).

Das Landgericht hat die Beklagte nach den zuletzt gestellten Anträgen antragsgemäß verurteilt und zur Begründung ausgeführt, die Beklagte sei der Klägerin zur Zahlung des begehrten Vorschusses verpflichtet, weil sie die gesetzte Frist zur Nacherfüllung fruchtlos habe verstreichen lassen. Die Bedingungen gemäß dem Beschluss der Eigentümerversammlung vom 14.01.2009 habe die Beklagte innerhalb der Frist nicht erfüllt, weil die von ihr vorgelegte Werkplanung des Architekten B. nicht die Anforderungen an eine prüffähige Werkplanung und Ausstattungsbeschreibung erfülle. Auch der Feststellungsantrag sei begründet. Da ausweislich des Gutachtens des Sachverständigen Dipl.-Ing. (FH) Wolfgang Sch. das errichtete Gewerk den Vorgaben widerspreche, sei ein Sachmangel des Gemeinschaftseigentums gegeben. Es bestehe ein berechtigtes Feststellungsinteresse. Dem stehe eine bestandskräftige Baugenehmigung nicht entgegen. Denn es bestehe die Möglichkeit einer nachträglichen Abänderung der erteilten Baugenehmigung.

Hiergegen wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung.

Die Beklagte trägt unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens vor,

der Klägerin stehe kein Anspruch auf Kostenvorschuss zur Mängelbeseitigung zu. Denn die Klägerin habe in Kenntnis, dass ein behindertengerechter Zugang fehle, ihre Werkleistung abgenommen. Das Abnahmeprotokoll zum Gemeinschaftseigentum beinhalte keinen Vorbehalt zur Problematik behindertengerechter Zugang, so dass Gewährleistungsansprüche ausschieden. Zur Erfüllung der Bedingung des Beschlusses der Eigentümerversammlung vom 14.01.2009 sei keine Werkplanung im Sinne der HOAI geschuldet gewesen. Die Bedingung sei daher durch Vorlage der Werkplanung des Architekten B. erfüllt. Es sei für die Klägerin erkennbar gewesen, in welcher Art und Weise der behindertengerechte Zugang errichtet werden sollte. Sie habe auch mehrfach die Bereitschaft erklärt, den barrierefreien Zugang zu errichten. Mit der Errichtung des barrierefreien Zugangs seien auch mindestens 2 Wohnungen barrierefrei erreichbar. Es seien 19 Stellplätze vorhanden. Im Hinblick auf die Problematik Kinderwagen bestehe kein Rechtsschutzbedürfnis, da die Stadt T. diesbezüglich keine Rügen erhoben habe. Soweit das Gebäude 4 Vollgeschosse aufweise, seien diese auch im Hinblick auf die Geschossflächenzahl genehmigt. In Bezug auf den Spielplatz bestehe ebenfalls kein Rechtsschutzbedürfnis, da sie mehrfach die Errichtung eines Spielplatzes zugesagt habe, indes von der Klägerin hieran gehindert worden sei.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung gegen das angefochtene Urteil zurückzuweisen.

Sie trägt hierzu vor,

die Beklagte könne sich auf eine vorbehaltlose Abnahme nicht berufen. Das Vorbringen sei verspätet, weil die Beklagte im ersten Rechtszug nicht bestritten habe, dass sie nach der erteilten Baugenehmigung einen barrierefreien Zugang zu mindestens zwei Wohnungen hätte schaffen müssen und die von ihr erbrachte Werkleistung in Folge dessen an einem Sachmangel leide. Sie habe sich vielmehr

während des gesamten Prozesses darauf berufen, ihr stünde in Bezug auf diesen Mangel noch ein Recht zur Mängelbeseitigung zu. Es sei nicht richtig, dass sie, die Klägerin, in Kenntnis dass ein behindertengerechter Zugang fehle, die Werkleistung der Beklagten abgenommen habe. Sie könne als an der Abnahmeverhandlung selbst nicht beteiligte juristische Person keine Vorstellung davon gehabt haben, ob ein barrierefreier Zugang vorhanden sei oder nicht. Die Beklagte habe die Bedingung des Beschlusses der Eigentümerversammlung vom 14.01.2009 nicht erfüllt, da sie nach den Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen Dipl.-Ing. Architekt Christian K. A. keine prüffähige Werkplanung und Ausstattungsbeschreibung der geplanten Baumaßnahme vorgelegt habe. Die Einwände der Beklagten gegen den Feststellungsausspruch seien nicht berechtigt, da sie, die Klägerin, auf unbestimmte Zeit damit rechnen müsse, von der Bauaufsichtsbehörde zur Erfüllung der in der Baugenehmigung erteilten Auflagen und Bedingungen verpflichtet zu werden. Entgegen dem Vortrag der Beklagten habe diese ausweislich der gutachterlichen Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen Dipl.-Ing. (FH) Wolfgang Sch. keine 19 Stellplätze geschaffen. Für die Problematik Kinderwagen bestehe ein Rechtsschutzbedürfnis, weil nicht ausgeschlossen werden könne, dass die Stadt T. zukünftig von entsprechenden verwaltungsrechtlichen Anordnungs-kompetenzen Gebrauch machen werde.

Im Übrigen wird auf die tatsächlichen Feststellungen im angegriffenen Urteil sowie die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 ZPO).

Gründe:

Der Senat hat gemäß § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO mit Hinweisbeschluss vom 03.02.2014 (GA 276 ff.) darauf hingewiesen, dass die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts nicht erfordern (§ 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Auch sind die offensichtlichen Erfolgsaussichten der Berufung verneint worden. Der Senat nimmt zur Vermeidung von Wiederholungen auf Hinweisbeschluss vom 03.02.2014 Bezug.

Die Beklagte hat mit Schriftsatz vom 12.03.2014 (GA 299 ff.) die Berufung hinsichtlich des Feststellungsausspruchs zurückgenommen und im Übrigen der Zurückweisung der Berufung in Anwendung des § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO widersprochen. Die Ausführungen geben dem Senat zu einer abweichenden Beurteilung keine Veranlassung.

Die Beklagte führt in ihrem dem Hinweisbeschluss des Senats teilweise widersprechenden Schriftsatz an, dass ein behindertengerechter und barrierefreier Zugang zu der Wohnungseigentumsanlage aufgrund der von der Stadt T. am 23.07.2008 erteilten Baugenehmigung nicht mehr möglich sei.

Zutreffend ist, dass gemäß § 74 Abs. 1 Satz 1 LBauO eine Baugenehmigung erlischt, wenn nicht innerhalb von vier Jahren nach ihrer Zustellung mit der Ausführung des Bauvorhabens begonnen wurde oder die Ausführung unterbrochen worden ist. Gemäß § 74 Abs. 2 LBauO kann auf schriftlichen Antrag die Frist von § 74 Abs. 1 LBauO bis zu vier Jahren verlängert werden.

Soweit die Beklagte ausführt, die Klägerin habe es versäumt, gemäß § 74 Abs. 2 LBauO einen Antrag auf Verlängerung der Baugenehmigung zu stellen, steht dies der Geltendmachung eines Kostenvorschussanspruchs nicht entgegen. Denn das Erlöschen der Baugenehmigung stellt kein dauerhaftes Hindernis für die Umsetzung des Beschlusses der Wohnungseigentümergeinschaft dar, die von ihr geplante Rampe zu errichten. Eine abgelaufene Baugenehmigung kann jederzeit wieder beantragt werden. Der Antragsteller hat einen Anspruch auf Erteilung einer der ursprünglichen Baugenehmigung entsprechenden Baugenehmigung, wenn sich zwischenzeitlich keine genehmigungsrelevanten Änderungen ergeben haben.

Die Klägerin hat diesbezüglich vorgetragen, dass sie in kurzer Zeit einen neuen Bauantrag für die Rampenplanung vorlegen werde. Es sind keine Anhaltspunkte vorgetragen und auch nicht ersichtlich, dass die Klägerin nicht erneut in Besitz einer der im Jahre 2008 erteilten Baugenehmigung gelangen wird.

Dem steht nicht entgegen, dass der Wohnungseigentümer K. mit Schreiben der Stadt T. vom 11.10.2013 (Anlage B1, GA 302) einen Bauvorbescheid erlangt hat, der einen barrierefreien Hauszugang im vorderen Bereich des Anwesens vorsieht.

Die Klägerin hat dazu vorgetragen, dass der Wohnungseigentümer K. im eigenen Namen und nicht für die klagende Wohnungseigentümergeinschaft einen Bauvorbescheid für einen barrierefreien Hauszugang beantragt hat. Dies bedeutet aber nicht, dass die Klägerin für die Planung der Hauszugangsrampe im rückwärtigen Bereich des Gebäudes keine Baugenehmigung mehr erhalten kann.

Die Klägerin hat hierzu nachvollziehbar dargelegt, dass die Wohnungseigentümergeinschaft der von dem Wohnungseigentümer K. favorisierten Umplanung zugunsten einer Zugangsrampe, die zum vorderen, straßenseitigen Zugang der Wohnungseigentumsanlage führen soll, mit großer Mehrheit widersprochen habe. Dies sei der Grund dafür gewesen, dass der Wohnungseigentümer K. den für sein persönliches Alternativprojekt gestellten Antrag auf Erlass eines positiven Bauvorbescheids nur im eigenen Namen, nicht jedoch für die Klägerin gestellt habe.

Sollte wider Erwarten der Antrag der Klägerin auf Erteilung einer neuen Baugenehmigung versagt werden und dem geplanten Bauvorhaben rechtliche Hindernisse entgegenstehen, wäre die Klägerin verpflichtet, den eingeforderten Kostenvorschussanspruch wieder an die Beklagte zurückzuzahlen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Vorschussanspruch per se nichts Endgültiges ist und nach Durchführung des Bauvorhabens eine Abrechnung zu erfolgen hat. Der Auftraggeber hat dem Bauunternehmer vollständig Auskunft über die Verwendung des Vorschusses zu geben, der Unternehmer kann entsprechend § 259 BGB Rechenschaftslegung verlangen. Dem Auftraggeber obliegt der Nachweis, dass er den Vorschuss zur zweckentsprechenden Nacherfüllung verwendet hat. Den nicht benötigten Teil muss er an den Unternehmer zurückzahlen (Werner/Pastor, Der Bauprozess, 13. Auflage 2011, Rn. 2132).

Die Berufung der Beklagten hat offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg.

Das Landgericht hat zu Recht die Beklagte verurteilt, an die Klägerin einen Kostenvorschuss zur Mängelbeseitigung gemäß §§ 634 Nr.2, 637 Abs. 3 BGB in Höhe von 51.554,45 € nebst Zinsen zu verlangen. Gemäß § 10 Abs. 6 S. 3 WEG übt

die Wohnungseigentümergeinschaft die gemeinschaftsbezogenen Rechte der Wohnungseigentümer, deren gemeinschaftsbezogenen Pflichten und sonstige Rechte und Pflichten, soweit diese gemeinschaftlich geltend oder erfüllt werden können, aus.

Zutreffend führt das Landgericht aus, dass das Gebäude unstreitig einen Sachmangel insoweit aufweist, als der nach der Baugenehmigung erforderliche behindertengerechte/barrierefreie Zugang zu mindestens zwei Wohnungen bislang nicht geschaffen worden sei. Die Klägerin hat der Beklagten fruchtlos eine Frist zur Nachbesserung bis zum 13.06.2008 gesetzt. Die Beklagte war nach Ablauf der Frist nicht zu einer weiteren Nacherfüllung berechtigt. Nach Ablauf der gemäß § 637 Abs. 1 BGB gesetzten Nacherfüllungsfrist steht dem Auftraggeber das Recht zur Selbstvornahme zu. Der Auftragnehmer ist ohne Zustimmung des Auftraggebers gehindert, die Nachbesserung vorzunehmen. Nach Ablauf der Frist ist der Auftraggeber nicht verpflichtet, die vom Auftragnehmer angebotene Nachbesserung vornehmen zu lassen (BGH, Urteil vom 27.02.2003 - VII ZR 338/01 - BGHZ 154, 119 ff. = ZIP 2003, 630 ff. = NJW 2003, 1526 f. = MDR 2003, 623 = IBR 2003, 185; 23 = BauR 2003, 693 ff. = Juris Rn. 2; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 13. Auflage 2011, Rn. 2115). Dem steht nicht entgegen, dass die Klägerin in der Eigentümerversammlung vom 14.01.2009 beschlossen hat, der Beklagten unter bestimmten Bedingungen ohne Anerkenntnis einer Rechtspflicht weiterhin eine Nacherfüllung zu gestatten. Bietet der Auftraggeber dem Auftragnehmer trotz Fristablaufs zur Nacherfüllung eine Nachbesserungsmöglichkeit an, kann er sich widersprüchlich verhalten, wenn er trotz Nachbesserungsanbieten des Auftragnehmers dann eine Nachbesserung ablehnt, mit der Folge das er des Selbstvornahmerechts und des Anspruch auf Kostenvorschuss zur Mängelbeseitigung gemäß § 637 Abs. 1 und 3 BGB verlustig geht (BGH, Urteil vom 27.11.2003 - VII ZR 93/01 - BauR 2004, 501 ff. = WM 2004, 789 f. = IBR 2004, 64 =NJW-RR 2004, 901 ff.).

Eine solche Situation hat hier aber nicht vorgelegen. Denn die Beklagte hat innerhalb der ihr gesetzten Frist diese Bedingungen nicht erfüllt. Der Sachverständige Dipl.-Ing. Architekt Christian A. hat in seinem Gutachten vom 10.12.2012 (GA 167-173) auch für den Senat überzeugend dargelegt, dass die von der Beklagten vorgelegte Werkplanung des Architekten B. betreffend die Einrichtung einer Rampe nicht den nach dem Beschluss vom 14.01.2009 gestellten Anforderungen an eine prüffähige Werkplanung und Ausstattungsbeschreibung genügt. Dass der Sachverständige Dipl.-Ing. Christian J. A. zur Beurteilung der Frage, ob die von dem Architekten B. erstellte Werkplanung prüffähig war, auf in der damals geltenden HOAI formulierte Leistungsbilder zurückgegriffen hat, ist nicht zu beanstanden. Unerheblich ist dabei der Einwand der Beklagten, dass sie keine Architektin, sondern nur Bauträgerin sei.

Soweit die Beklagte mit ihrer Berufung rügt, die Klägerin habe in Kenntnis, dass ein behindertengerechter Zugang zu den Wohneinheiten nicht bestehe, das Werk vorbehaltlos im Sinne von § 640 Abs. 2 BGB abgenommen und sei deshalb mit ihren Gewährleistungsansprüchen gemäß § 634 Nr. 1 bis 3 BGB ausgeschlossen, vermag sie mit dieser Vorbringen keinen Erfolg zu haben. Die Klägerin hat diesen Vortrag in ihrer Berufungserwiderung bestritten und zu Recht darauf hingewiesen, dass die Beklagte in erster Instanz selbst von einem Sachmangel ausgegangen ist, sich aber auf ihr Nachbesserungsrecht berufen hat.

Die Beklagte ist mit diesem (bestrittenen) Vortrag gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO im Berufungsverfahren ausgeschlossen, weil sie dieses Verteidigungsvorbringen im

ersten Rechtszug nicht ohne Nachlässigkeit geltend gemacht hat (vgl. OLG Koblenz, Hinweisbeschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO vom 26.09.2012 - 2 U 1127/11 -; Hinweisbeschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO vom 12.06.2012 - 2 U 561/11 - IBR 2012 online; Beschluss vom 12.06.2012 - 2 U 561/11 - BauR 2012, 1838).

Im Übrigen verweist die Klägerin in ihrer Berufungserwiderung zu Recht darauf, dass die Klägerin als Wohnungseigentümergeinschaft keine Abnahmeerklärung bezüglich des Gemeinschaftseigentums abgegeben habe. Auch die einzelnen Mitglieder der Klägerin seien nicht in die Abnahmeverhandlungen einbezogen worden. Vielmehr sei das Gemeinschaftseigentum aufgrund einer rechtlich zumindest zweifelhaften Klausel in von der Beklagten abgeschlossenen Kaufverträgen von dem Sachverständigen Dipl.-Ing. Architekt Hans W. T. abgenommen worden, der selbst von der Beklagten für die ihm zugewiesene Aufgabe ausgesucht und bestellt worden sei. Der Sachverständige habe in seinem Nachabnahmeprotokoll vom 29.03.2005 (Anlage K 7 zur Klageschrift) ausdrücklich festgestellt, dass er die Auflagen in der Baugenehmigung nicht geprüft habe, da die Prüfung bei einer Abnahme durch das Bauaufsichtsamt der Stadt T. erfolgen müsse. Der Sachverständige hat demnach nicht festgestellt, ob ein behindertengerechter Zugang zu den Wohneinheiten entsprechend der Baugenehmigung der dort enthaltenen Auflagen fachgerecht erstellt worden ist.

Die Berufung wendet sich auch ohne Erfolg gegen den Feststellungsausspruch.

Der Einwand der Beklagten, es fehle an einem Rechtsschutzbedürfnis greift nicht. Die Klägerin hat vielmehr im Hinblick auf mögliche zukünftige Verpflichtungen seitens der Stadt ein berechtigtes Interesse an der begehrten Feststellung. Es kommt auch nicht darauf an, ob die Beklagte die Bereitschaft erklärt hat, einen barrierefreien Zugang zu errichten. Maßgebend ist, dass sie diese Leistung innerhalb der ihr gesetzten Frist nicht erbracht hat.

Entgegen der Auffassung der Berufung (BB 3, GA 246) sind ausweislich des Gutachtens des gerichtlichen Sachverständigen Dipl. Ing. (FH) Wolfgang Sch. vom 12.01.2012 (Gutachten S. 8) keine 19 Stellplätze, sondern nur 4 PKW-Außenstellplätze vorhanden.

Soweit die Beklagte sich gegen den Feststellungsausspruch bezüglich der Nichtherstellung von Abstellräumen für Kinderwagen wendet und ein mangelndes Rechtsschutzbedürfnis rügt (BB 3, GA 246), bleibt diese Rüge ohne Erfolg. Denn es ist nicht auszuschließen, dass die Stadt T. zukünftig von entsprechenden Anordnungskompetenzen, ggf. unter Androhung von Zwangsmitteln, Gebrauch machen wird.

Entgegen der Behauptung der Beklagten (BB 3, GA 246) entspricht das Gebäude, das 4 Vollgeschosse aufweist, nicht den baurechtlichen Bestimmungen. Der Sachverständige Dipl. Ing.(FH) Wolfgang Sch. hat in seinem vorbezeichneten Gutachten ausgeführt, dass das nach dem Bebauungsplan einzuhaltende höchstzulässige Maß der baulichen Nutzung in Bezug auf die Anzahl der Vollgeschosse, der Geschossfläche und der Geschossflächenzahl überschritten sei. Das Bauvorhaben entspreche nicht den baulichen Vorgaben des Bebauungsplans bzw. der Baunutzungsverordnung (Gutachten S. 27).

Soweit die Berufung vorträgt, es bestehe in Bezug auf die Errichtung eines Spielplatzes kein Rechtsschutzbedürfnis, da sie die Errichtung mehrfach zugesagt habe, aber von der Klägerin daran gehindert worden sei, hat die Klägerin dies

bestritten und zu Recht darauf hingewiesen, dass dieser erstmals im Berufungsverfahren erhobene Vortrag nicht hinreichend substantiiert und im Übrigen verspätet ist. Die Beklagte ist auch mit diesem (bestrittenen) Vortrag gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO im Berufungsverfahren ausgeschlossen, weil sie dieses Verteidigungsvorbringen im ersten Rechtszug nicht ohne Nachlässigkeit geltend gemacht hat.

Die Klägerin kann auch Zinsen auf den Vorschussanspruch verlangen. Der Werkunternehmer kann auch mit der Zahlung des Kostenvorschusses zur Mängelbeseitigung in Verzug geraten (BGH, Urteil vom 20.05.1985 - VII ZR 266/84 - BGHZ 94, 330 ff. = WM 1985, 980 f. = NJW 1985, 2325 f. = BauR 1985, 569 ff.; Juris Rn. 14). Ungeachtet dessen macht die Klägerin hier keine Verzugszinsen, sondern gemäß §§ 288 Abs. 1 S. 2, 291 BGB Prozesszinsen geltend. Allerdings haben die auf den Kostenvorschuss gezahlten Verzugs- oder Prozesszinsen bei der Abrechnung des Kostenvorschusses zur Mängelbeseitigung außer Betracht zu bleiben (BGH, Urteil vom 20.05.1985, aaO; Werner/Pastor, aaO, Rn. 2136).

Die Berufung der Beklagten hat aus den dargelegten Gründen offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg.

Der Senat beabsichtigt, den Streitwert für das Berufungsverfahren auf 64.887,78 € festzusetzen.

Die Berufung der Beklagten hat aus den dargelegten Gründen keinen Erfolg.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97 Abs. 1, 516 Abs. 3 ZPO. Die Feststellung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit des angefochtenen Urteils erfolgte gemäß §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird bis zum 13.03.2014, Eingang der Berufungsrücknahme hinsichtlich des Feststellungsantrags auf 64.887,78 €, für die Zeit danach auf 51.554,45 € (Kostenvorschuss) festgesetzt.