

## OLG Stuttgart, Urteil vom 31.03.2015 10U 46/14

Im Rechtsstreit

....

wegen Kostenvorschuss u.a.

hat der 10. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Stuttgart auf die mündliche Verhandlung vom 16. März 2015 unter Mitwirkung von

Vors. Richter am Oberlandesgericht Rast  
Richter am Oberlandesgericht Dr.  
Haug Richter am Landgericht Munding  
für Recht erkannt:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 20. März 2014, Az. 25 O 46/13, wird z u r ü c k g e w i e s e n .
2. Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.
3. Das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 20. März 2014, Az. 25 O 46/13, ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Das Berufungsurteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung aus dem Berufungsurteil durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung i.H.v. 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet.
4. Die Revision wird zugelassen.

Streitwert des Berufungsverfahrens: 251.145,60 Euro

### GRÜNDE:

I.

Die klagende Wohnungseigentümergeinschaft macht einen Vorschussanspruch zur Mängelbeseitigung und Schadensersatz geltend.

Die Beklagte hatte als Bauträgerin das Gebäude W. in L. errichtet. Im Erdgeschoss der Anlage befindet sich ein Kindergarten; in den Obergeschossen befinden sich sechs Eigentumswohnungen. Die Beklagte veräußerte die Miteigentumsanteile an die Mitglieder der klagenden Wohnungseigentümergeinschaft. Die Streithelferin Ziffer 1 war planende und bauleitende Architektin des Bauvorhabens; die Streithelferin Ziffer 2 ist nach dem bestrittenen Vortrag der Klägerin Rechtsnachfolgerin der von der Beklagten mit der Erstellung des Bauvorhabens beauftragten Bauunternehmung.

Wegen des Sach- und Streitstandes erster Instanz wird auf den Tatbestand des Urteils des Landgerichts Stuttgart vom 20. März 2014 - 25 O 46/13 - Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Beklagte verurteilt, einen Vorschuss für die Beseitigung der im selbständigen Beweisverfahren des Landgerichts Stuttgart, AZ: 25 OH 20/08, festgestellten Mängel am Wärmedämmverbundsystem / Attika in Höhe von 231.145,60 Euro nebst Zinsen zu bezahlen. Zudem wurde die Beklagte verurteilt, der Klägerin jegliche weiteren Kosten und Schäden zu ersetzen, die der Klägerin durch die Beseitigung der vorhandenen Mängel am Wärmedämmverbundsystem / der Attika über den bezifferten Betrag hinaus entstehen. Ferner wurde die Beklagte verurteilt, an die Klägerin vorgerichtliche Anwaltskosten in Höhe von 3.686,62 Euro nebst Zinsen sowie vorgerichtliche Gutachterkosten in Höhe von 584,15 Euro nebst Zinsen zu bezahlen.

Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, dass die Klägerin aktivlegitimiert sei, da ein entsprechender Beschluss der Wohnungseigentümer vorliege. Der Vorschussanspruch sei begründet, weil Sachmängel vorlägen. Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums sei durch den Sachverständigen B. am 12. Januar 1999 erfolgt. Die Regelung zur Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums unter IV. 1.3 der allgemeinen Vertragsbedingungen, die Bestandteil der jeweiligen Erwerbverträge geworden seien, verstoße nicht gegen § 307 BGB. Zum Zeitpunkt der Abnahme sei das Gebäude mangelhaft gewesen, wie die Sachverständigen Dipl.-Ing. G. und Dipl.-Ing. P. im selbständigen Beweisverfahren vor dem Landgericht Stuttgart, AZ: 25 OH 20/08, schlüssig und überzeugend dargelegt hätten. Bis auf den Mangel hinsichtlich der Panzerarmierung im Sockelbereich des Kindergartens seien die Mängel nicht verjährt. Die Verjährung sei durch andauernde Verhandlungen über die Mängel gehemmt worden. Die Höhe des Vorschussanspruchs ergebe sich aus den gutachterlichen Feststellungen im selbständigen Beweisverfahren. Die dort aufgeführte Variante II sei als Minimalversion geeignet, die festgestellten Mängel zu beseitigen. Nach Abzug der für die Panzerarmierung im Sockelbereich des Kindergartens veranschlagten 1.350,00 Euro netto zuzüglich Umsatzsteuer ergebe sich der Betrag von 231.145,60 Euro brutto. Auf die Sanierungsvariante III müsse sich die Klägerin nicht einlassen. Ein Abzug "neu für alt" komme nicht in Betracht.

Im gleichen Umfang sei auch der Feststellungsantrag begründet. Die Klägerin habe darüber hinaus Anspruch auf Erstattung ihrer vorgerichtlichen Anwaltskosten in Höhe von 3.686,62 Euro sowie - als erstattungsfähigen Mangelfolgeschaden - der Kosten für den Sachverständigen G. in Höhe von 584,15 Euro.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe des angegriffenen Urteils verwiesen.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten, die ihren umfassenden Klageabweisungsantrag weiter verfolgt.

Zur Begründung führen sie und ihre Streithelfer aus:

Die Klage sei unzulässig. Es stehe nicht zweifelsfrei fest, dass ein wirksamer Beschluss über die Geltendmachung der Mängelrechte durch die WEG einerseits und zur Einreichung der Klage andererseits vorliege. Selbst wenn in den Beschlüssen vom 9. März 2008 oder 21. Juli 2011, deren wirksames Zustandekommen bestritten werde, ein solches Ansichziehen der WEG zu sehen sei, sei darin nicht die Genehmigung etwaiger früherer diesbezüglicher Handlungen der WEG bzw. der

Verwalterin zu sehen. Im Übrigen sei der Beschluss in der Wohnungseigentümersversammlung unspezifiziert, da er keine Angabe dazu enthalte, in welcher Größenordnung Vorschuss eingeklagt werden solle. Es handele sich zudem um einen unzulässigen Insichprozess, da sich die Klägerin bei der Klage gegen den mit der Hausverwaltung identischen Bauträger nicht durch die Hausverwaltung vertreten lassen könne.

Die Ansprüche der Klägerin seien verjährt. Die Gewährleistungsfrist habe mit Ablauf des 12. Januar 2004 geendet. Die in den Jahren 2004 und 2005 vorgenommenen Arbeiten am Gebäude stellten weder Hemmungstatbestände noch Anerkenntnishaftungen dar. Eine einvernehmliche Prüfung der Mängel sei weder vereinbart worden noch habe eine solche stattgefunden. Auch habe es keine zweiseitigen Aktivitäten im Sinne von § 203 BGB n. F. gegeben. Doch selbst wenn man von einem Verhandeln am 21. Mai 2003 ausginge, wäre zu diesem Zeitpunkt die fünfjährige Gewährleistungsfrist bis auf sieben Monate und 22 Tage abgelaufen gewesen. Eine etwaige Hemmung hätte spätestens mit dem Ablauf der Nacherfüllungsfrist bis 28. Mai 2004 geendet. Spätere Verhandlungen habe es nicht gegeben. Es habe annähernd 14 Monate lang "Sendepause" geherrscht. Auch später habe es kein Verhandeln gegeben, zumal es an einem Vergemeinschaftungsbeschluss gefehlt habe.

Unzweifelhaft wären etwaige Ansprüche am 22. Juli 2005 verjährt. Das im Dezember 2008 eingeleitete selbständige Beweisverfahren habe keine wirksame Hemmung mehr bewirken können. Die Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens sei zudem unzulässig gewesen.

Rechtsfehlerhaft habe das Landgericht nicht nach den unterschiedlichen Mängelbehauptungen differenziert und sich mit den Einwendungen gegen diese Mängelbehauptungen nicht befasst.

Hinsichtlich der Putzschäden im Sockelbereich habe die Beklagte wie auch die Streithelferin Ziffer 2 das Vorhandensein von Mängeln stets abgelehnt. Über derartige Mängel sei nie verhandelt worden.

Für die fehlende Panzerarmierung im Sockelbereich gelte entsprechendes.

Hinsichtlich der Putzschäden unterhalb der Fensterbänke und an der Fassade sei zu berücksichtigen, dass diese nachhaltig beseitigt worden seien.

Bezüglich der Putzschäden am oberen Fassadenanschluss und Schäden der Attikaverblendung habe es weder ein Anerkenntnis noch Verhandlungen gegeben. Die Putzschäden am oberen Fassadenanschluss, das Fehlen der Abdichtung Seekieferplatte, die Ausführung des Gefälles und eine nicht ausreichende Bitumenabdichtung seien in der Stellungnahme vom 7. Juli 2003 nicht bemängelt worden. Putzablösungen im oberen Bereich seien in unverjährter Zeit nie gerügt worden.

Das Landgericht habe daher sämtliche Mängelrügen fälschlicherweise "über einen Kamm geschert". Tatsächlich habe ein Mangel zum Zeitpunkt der Abnahme nicht vorgelegen.

Hilfsweise wird vorgebracht, dass allenfalls ein Vorschuss für die Kosten, die bei Durchführung der sogenannten Variante III anfallen würden, also 67.000,00 Euro zuzüglich Mehrwertsteuer, verlangt werden könnten. Die Ausführungen des Landgerichts zu der Sanierungsvariante III seien fehlerhaft. Sowohl der Sachverständige Dipl.-Ing. G. als auch der Sachverständige Dipl.-Ing. P. hätten die Sanierungsvariante III für Teilbereiche nicht ausgeschlossen. Der Sachverständige Dipl.-Ing. P. habe für die Sanierung des Wohnhauses eine Bruttosumme in Höhe von 67.000,00 Euro ermittelt. Die zuvor von dem Sachverständigen G. geäußerten Bedenken seien ausgeräumt.

Ferner sei ein Abzug "neu für alt" vorzunehmen. Ein erstmaliger Mängelhinweis durch die Klägerin sei am 7. Juli 2003 erfolgt. Es liege daher bezüglich einer Nutzungsdauer von mindestens 4,5 Jahren kein Verzug mit der Mängelbeseitigung vor. Aufgrund weiterer Verzögerungen der Klägerseite könne zumindest ein Zeitraum von 5,5 Jahren nicht mit einer Verzögerung der Mängelbeseitigung in Bezug gebracht werden. Es sei daher ausgehend von einer durchschnittlichen Lebensdauer eines Wärmedämmverbundsystems (WDVS) von 30 Jahren ein Abzug "neu für alt" in Höhe von 18,5 % zu berücksichtigen.

Die Beklagte und die Streithelferinnen beantragen:

Unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Stuttgart vom 20.03.2014, Az. 25 O 46/13, wird die Klage abgewiesen.

Die Klägerin beantragt:

Die Berufung der Beklagten / Berufungsklägerin wird zurückgewiesen.

Die Klage sei nicht unzulässig. Die Klägerin sei als Wohnungseigentümergeinschaft parteifähig. Die Klageerhebung sei durch die WEG beschlossen worden. Der Verwalter erfülle insoweit lediglich eine ihm obliegende Verbindlichkeit. § 181 BGB sei nicht anwendbar. Die Klägerin habe die Verfolgung der Mängelrechte der einzelnen Erwerber bereits am 27. Juni 2002 an sich gezogen. Am 9. Juni 2008 habe sie beschlossen, einen Rechtsanwalt mit der Durchsetzung ihrer Interessen unter Einleitung eines Beweissicherungsverfahrens oder einer Klage zu beauftragen. Am 20. Juli 2011 habe die Klägerin den Verwalter ermächtigt, über die jetzigen Prozessbevollmächtigten eine Vorschussklage einzureichen. Die Beschlüsse seien ordnungsgemäß ergangen und nicht angefochten worden.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts sei am 12. Januar 1999 keine wirksame Abnahme des Gemeinschaftseigentums erfolgt. Die vertraglich vereinbarten Abnahmeregeln in den allgemeinen Vertragsbedingungen seien nicht eingehalten worden. Der Sachverständige B. habe lediglich eine technische Abnahme im Auftrag der Beklagten vorgenommen. In gleicher Weise sei am 2. Juli 1999 eine technische "Nachabnahme" erfolgt. Eine wirksame rechtsgeschäftliche Abnahme durch die Wohnungseigentümer liege nicht vor. Die Klausel unter Ziffer 1.3 der allgemeinen Vertragsbedingungen sei unwirksam. Eine konkludente Abnahme könne frühestens im Juli 2000 durch Zahlung des Kaufpreises angenommen werden, allerdings nur unter Vorbehalt der nach wie vor streitbefangenen Mängel. Sonder- und Gemeinschaftseigentum könnten nicht gesondert abgenommen werden.

Zutreffend sei das Landgericht davon ausgegangen, dass die Verjährung durch die Verhandlungen der Parteien über die Mängel gehemmt gewesen sei. Darüber hinaus liege in den Schreiben der Beklagten vom 10. Juli 2000, 14. November 2003, 19. September 2006 und 8. Februar 2008 ein Anerkenntnis, ebenso in den 2003 bis 2004 und 2005 durchgeführten Arbeiten.

Selbst bei einer Abnahme zum 12. Januar 1999 sei Verjährung nicht eingetreten. Obwohl die Nachunternehmerin der Firma M. ab Sommer 2003 die gesamte Putzfassade überarbeitet habe, seien an denselben Stellen, die bereits der Sachverständige B. dokumentiert habe, die bis heute streitgegenständlichen Putzschäden wieder aufgetreten. Die Nacharbeiten stellten daher keine

nachhaltige Nachbesserung dar, sondern lediglich eine Kaschierung der Mangelerscheinungen. Die Ursachen dieser Erscheinungen seien zu keinem Zeitpunkt beseitigt worden. Die Erklärungen der Beklagten vom 19. September 2006 und 6. Mai 2008 seien eindeutig für die Klägerin bestimmt gewesen. Es habe sich keinesfalls um bloße Interna der Beklagten gehandelt.

Doch auch wenn der Beklagten die Verjährungseinrede zustünde, wäre die Geltendmachung treuwidrig.

Aufgrund der Aussagen der Bauabteilung der Beklagten sei die Hausverwaltung bis zur Vorbereitung der Wohnungseigentümersversammlung im Jahr 2008 davon abgehalten worden, rechtliche Schritte gegen die Beklagte einzuleiten.

Die im selbständigen Beweisverfahren festgestellten Mängel seien bereits Gegenstand der gutachterlichen Stellungnahme B. vom 7. Juli 2003 gewesen. Aufgrund der Vielzahl der Mängel im WDVS seien beide Sachverständige zutreffend zu dem Ergebnis gelangt, dass grundsätzlich der vollständige Rückbau des WDVS erfolgen müsse. Mit Arbeiten entsprechend der Variante III werde dem Interesse der Klägerin an einer fachgerechten Mangelbeseitigung nicht ausreichend Rechnung getragen. Ein Abzug "neu für alt" sei nicht gerechtfertigt.

Bezüglich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes zweiter Instanz wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

Der Senat hat gemäß Beweisbeschluss vom 23. Dezember 2014 den Sachverständigen Dipl.-Ing. G. ergänzend angehört. Wegen des Ergebnisses wird auf das Protokoll vom 16. März 2015 verwiesen.

II.

Die Berufung der Beklagten ist zulässig, aber in der Sache nicht begründet.

1.

Die Klage ist zulässig.

a)

Die Klägerin ist prozessführungsbefugt.

Rechtsträger der Nacherfüllungs- und Mängelansprüche auch bezüglich des Gemeinschaftseigentums ist grundsätzlich der einzelne Erwerber, da sein Erwerbsvertrag die Grundlage dieser Ansprüche ist (BGH, Urteil vom 12. April 2007 - VII ZR 236/05, BGHZ 172, 42 = BauR 2007, 1221). § 10 Abs. 6 S. 3 WEG, wonach die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer die gemeinschaftsbezogenen Rechte der Wohnungseigentümer ausübt und die gemeinschaftsbezogenen Pflichten der Wohnungseigentümer wahrnimmt, ebenso sonstige Rechte und Pflichten der Wohnungseigentümer, soweit diese gemeinschaftlich geltend gemacht werden können oder zu erfüllen sind, ist zwar erst zum 1. Juli 2007 in Kraft getreten. § 10 WEG in der bis zum 30. Juni 2007 geltenden Fassung enthielt keine vergleichbare

Regelung. Der Bundesgerichtshof hatte allerdings bereits zuvor anerkannt (vgl. nur BGH, Urteil vom 12. April 2007 - VII ZR 236/05, BGHZ 172, 42 = BauR 2007, 1221 mit Nachweisen der älteren Rechtspr.), dass die Wohnungseigentümergeinschaft im Rahmen der ordnungsgemäßen Verwaltung des Gemeinschaftseigentums die Ausübung der auf die ordnungsgemäße Herstellung des

Gemeinschaftseigentums gerichteten Rechte der einzelnen Erwerber aus den Verträgen mit dem Veräußerer durch Mehrheitsbeschluss an sich ziehen kann. Soweit die ordnungsgemäße Verwaltung ein gemeinsames Vorgehen erfordert, was regelmäßig der Fall ist, kann dies in einer Weise geschehen, die den einzelnen Erwerber von der Verfolgung seiner Rechte insoweit ausschließt (BGH, Urteil vom 12. April 2007 - VII ZR 236/05). Zieht die Wohnungseigentümergeinschaft die Durchsetzung der auf die ordnungsgemäße Herstellung des Gemeinschaftseigentums gerichteten Rechte an sich, begründet sie damit ihre alleinige Zuständigkeit. Diese schließt ein selbständiges Vorgehen der Erwerber aus (BGH, Urteil vom 12. April 2007 - VII ZR 236/05). Im Gerichtsverfahren tritt die Wohnungseigentümergeinschaft als gesetzlicher Prozessstandschafter auf (BGH, Urteil vom 12. April 2007 - VII ZR 236/05, BGHZ 172, 42; BGH, Urteil vom 15. Januar 2010 - V ZR 80/09; Zöller/Vollkommer, ZPO, 30. Aufl. vor § 50 Rn. 23; Lindacher in MünchKomm-ZPO, 4. Aufl., Vorbem. zu §§ 50 ff. Rn. 29).

Vorliegend hat die Klägerin die gerichtliche Geltendmachung der die Fassade betreffenden Mängelbeseitigungsansprüche mit Beschluss der Wohnungseigentümersammlung vom 9. Juni 2008

(Anlage K 8 sowie GA III 344 f.) an sich gezogen, was auch für einen Mängelbeseitigungsanspruch vor Abnahme möglich ist. Die Wohnungseigentümergeinschaft beschloss, "einen Rechtsanwalt mit der Durchsetzung ihrer Interessen, Einleitung eines Beweissicherungsverfahrens oder einer Klage, in Bezug auf die Mängelbeseitigung an der Fassade zu beauftragen." Zweifel an der Ordnungsmäßigkeit dieses Beschlusses bestehen nicht. Die Streithelferin Ziffer 2 hat zwar bestritten, dass der Beschluss wirksam zustande gekommen sei. Nachdem die Klägerin mit der Berufungserwiderung erstmals das Muster des Einladungsschreibens zur Wohnungseigentümersammlung vom 9. Juni 2008 vorgelegt hatte, hat sie mit Schriftsatz vom 24. Oktober 2014 bestritten, dass diese tatsächlich sämtlichen Eigentümern ordnungsgemäß zugestellt worden sei. Jedoch ergibt sich bei der gebotenen interessengerechten Auslegung des Beschlusses der Wohnungseigentümersammlung vom 20. Juli 2011 (GA II 123/125), dass damit die zuvor eingeleiteten Maßnahmen nochmals bestätigt wurden. Für eine erfolgreiche Anfechtung der Beschlüsse der Wohnungseigentümergeinschaft (§ 23 Abs. 4 S. 2 WEG) gibt es keine Anhaltspunkte.

b)

aa)

Die Verwalterin der Klägerin wurde mit Beschluss der Wohnungseigentümersammlung vom 20. Juli 2011 zur gewillkürten Vertreterin für den vorliegenden Prozess bestellt (§ 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG; vgl. Protokoll vom 20.7.2011, Anlage BK 7, Bl. 440). Nach Vorlage dieses Beschlusses wurde die Beschlussfassung als solche nicht mehr bestritten. Anhaltspunkte für eine Nichtigkeit des Beschlusses oder eine erfolgreiche Anfechtungsklage sind nicht vorgetragen oder ersichtlich.

bb)

Es liegt kein sogenannter Insichprozess vor.

Die Wohnungseigentümergeinschaft als Klägerin und die Bauträgerin als Beklagte sind nicht personenidentisch.

Allerdings ist hier die Beklagte personenidentisch mit der Verwalterin der Klägerin, auch wenn es sich dabei jeweils um unterschiedliche Abteilungen derselben juristischen Person handelt.

Die Verwalterin der Klägerin ist jedoch nicht von der Vertretung der Klägerin ausgeschlossen, weil sie mit der Beklagten personenidentisch ist.

Zwar wird ein Fall ausgeschlossener Vertretung angenommen, wenn der gesetzliche Vertreter einer Partei und die Gegenpartei identisch sind (vgl. BGH, Urteil vom 11. Dezember 1995 - II ZR 220/94, NJW 1996, 658; RGZ 66, 240, 242; Zöller/Vollkommer, ZPO, 30. Aufl., vor § 50 Rn. 1). Dies beruht jedoch auf der besonderen Bedeutung, die nach der Zivilprozessordnung dem gesetzlichen Vertreter einer prozessunfähigen Partei zukommt, und gilt nicht für andere Vertreter wie hier den gewillkürten Bevollmächtigten (RGZ 66, 240, 242).

Es kann dahingestellt bleiben, ob hier § 181 BGB analog anzuwenden ist, denn mit der Beauftragung der Beklagten als Verwalterin, gegen sich selbst zu klagen, wurde sie von der Wohnungseigentümergeinschaft konkludent von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.

Die Verwalterin konnte für den vorliegenden Rechtsstreit wirksam einer Anwaltskanzlei Prozessvollmacht erteilen, was sie gemäß dem Beschluss der Wohnungseigentümersammlung vom 20. Juli 2011 gemacht hat.

2.

Der Klägerin steht ein Anspruch auf Kostenvorschuss zur Mängelbeseitigung zu, da die Fassade und die Attika des Objekts W. in L. mit erheblichen Mängeln behaftet ist.

Die Klägerin macht aus den Erwerbverträgen eine mangelhafte Erfüllung der Herstellungsverpflichtungen der Beklagten geltend. Auf die Herstellungsverpflichtung aus einem Bauträgervertrag findet Werkvertragsrecht Anwendung. Maßgeblich für die rechtliche Beurteilung der Beziehung sind die Regelungen in dem "Kaufvertrag" sowie die Baubeschreibung (Anlage K 2) und die Allgemeinen Vertragsbedingungen (Anlage K 11) gemäß der notariellen Beurkundung vom 6. Februar 1998, auf die unter I.2. des Kaufvertrags verwiesen wird. Ferner ist das BGB in der damaligen Fassung anwendbar.

Die von der Beklagten erbrachten Fassadenarbeiten waren mangelhaft im Sinne von § 633 Abs. 1 BGB a.F.

Das Landgericht hat auf der Grundlage der schriftlichen und mündlichen Äußerungen der Gerichtsgutachter Dipl.-Ing. (FH) G. und Dipl.-Ing. P. im selbstständigen Beweisverfahren vor dem Landgericht Stuttgart, Az. 25 OH 20/08, und im erstinstanzlichen Verfahren rechtsfehlerfrei und überzeugend festgestellt, dass die Werkleistung der Beklagten mit zahlreichen Mängeln behaftet ist (vergleiche S. 16 bis 18 sowie S. 25/26 des erstinstanzlichen Urteils). Diese Feststellungen sind daher gemäß § 529 ZPO für das Berufungsgericht bindend.

Nach den schriftlichen Gutachten und Ergänzungsgutachten der Sachverständigen Dipl.-Ing. P. und Dipl.-Ing. G. in dem selbstständigen Beweisverfahren (Az.: 25 OH 20/08) sowie den ergänzenden mündlichen Angaben des Sachverständigen Dipl.-Ing. G. im selbstständigen Beweisverfahren und im Berufungsverfahren sowie des Sachverständigen Dipl.-Ing. P. in dem Klageverfahren lagen zusammengefasst folgende Mängel vor:

a) Sockelbereich:

Der Plattenbelag und Sockelanschluss ist bis an die Fassade geführt. Es ist keine Abdichtung und keine Schutzschicht vorhanden. Dies hat zur Folge, dass der Putz im Anschlussbereich des

Fassadensockels schadhaft und teilweise abgefallen ist, wo der Plattenbelag direkt an die Fassade geführt wurde. Die Putzausführung im Sockelbereich entspricht nicht den anerkannten Regeln der Technik. Im Bereich des Kindergartens entspricht die Putzausführung nicht der geschuldeten erhöhten Beanspruchbarkeit aufgrund der Nutzung der Räumlichkeiten als Kindergarten.

b) Putzschäden, insbesondere unterhalb der Fensterbänke sowie Durchdringungen im Bereich von Lüftern und Stahlträgern

Im Fassadenbereich kam es zu Putzschäden, insbesondere unterhalb der Fensterbänke sowie zu Durchdringungen im Bereich von Lüftern und Stahlträgern. Die Putzschäden wurden im Wesentlichen durch die fehlerhafte Ausführung des WDVS verursacht. Festgestellt wurden folgende Ausführungsfehler:

- \* Falsche Dämmplattenverklebung
- \* Dämmplatten nicht dicht gestoßen
- \* Dämmplatten nicht in ausreichendem Überbindmaß im Fenstereckbereich verklebt
- \* Armierungsspachtel/Unterputz als Leichtputz ausgeführt ohne zusätzliche mechanische (Dübel-) Befestigung
- \* Geringe Putzdicken und fehlende Zusatzbewehrung im Bereich hoher mechanischer Beanspruchung
- \* Anschlüsse an Fenster, Dach usw. nicht schlagregendicht.

c) Putzschäden am oberen Fassadenanschluss/Attikaverblendung

Am oberen Fassadenabschluss wurden ebenfalls Putzschäden festgestellt. Der Putz blättert auf der Südseite praktisch auf der gesamten Fassadenlänge ab. Die Schäden sind unter anderem auf die fehlerhafte Ausführung des Anschlusses des WDVS an die Seekieferplatte zurückzuführen. Die Attikaabdichtung ist nicht auf der Seekieferplatte verklebt. d)

Hinsichtlich der Putzschäden an der Fassade, insbesondere unterhalb der Fensterbänke lagen nicht lediglich dünne und kaum sichtbare Haarrisse vor, die nicht als Mangel zu bewerten wären. Grund für die Abplatzungen unterhalb der Fensterbänke war auch nicht, zumindest nicht lediglich eine nicht korrekte Verankerung der Fensterbänke und die starre Verbindung des Putzes mit den Fensterbänken, was durch die Einwirkung von Windsog auf die Fensterbänke zu einer Trennung zwischen der Fensterbankunterseite und der Putzauflagefläche geführt hat. Es liegt vielmehr nicht nur eine punktuell fehlerhafte Ausführung des Putzes bzw. des Putzanschlusses an die Fensterbänke vor, sondern eine in mehrfacher Hinsicht fehlerhafte Ausführung des WDVS. Das Überstreichen von dünnen Rissen sowie die Instandsetzung des Anschlusses der Fensterbänke haben nicht zu einer Beseitigung des grundlegenden Mangels der fehlerhaften Ausführung des WDVS geführt. e)

Die Angriffe der Beklagten und der Streithelferin Ziffer 2 gegen die tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts sind nicht berechtigt.

Insbesondere handelt es sich bei den von den Sachverständigen festgestellten Putzschäden im Sockelbereich um Mängel im Rechtssinne und nicht um nachträgliche Beschädigungen Dritter. Anhaltspunkte dafür, dass Risse oder Löcher im Putz in wesentlichem Umfang auf mechanische Einwirkungen dritter Personen oder sonstige mechanische Einwirkungen nach Gefahrübergang (beispielsweise durch Vögel) zurückzuführen sind, sind nicht vorhanden. Nicht ausgeschlossen werden kann, dass es im unteren Fassadenbereich beim Kindergarten zu nachträglichen Beschädigungen gekommen ist. Dies ändert aber nichts an der grundsätzlichen Mangelhaftigkeit der Fassade bzw. des WDVS. Zudem haben die Sachverständigen ausgeführt, dass der Putz nicht ausreichend widerstandsfähig gegen Stoßbelastung ist. Die Putzausführung im Bereich des Kindergartens



entspricht nicht der geschuldeten erhöhten Beanspruchbarkeit aufgrund der der Beklagten bei Ausführung der Bauarbeiten bekannten beabsichtigten Nutzung der Räumlichkeiten als Kindergarten. Es wurden keine Platten mit erhöhter Festigkeit oder sonstige baulichen Maßnahmen zur Erreichung des erforderlichen Widerstands gegen Stoßbelastung ausgeführt. f)

Es besteht die nicht auszuräumende Gefahr, dass die ausgeführte Verklebung der Dämmplatten nicht ausreichend ist. Mangels Vorlage einer allgemeinen baurechtlichen Zulassung oder von Herstellerhinweisen ist die erforderliche Art der Verklebung für eine dauerhafte Befestigung der Dämmplatten nicht bekannt.

g)

Darüber hinaus ist die Leistung der Beklagten mangelhaft, weil nicht festzustellen ist, dass das verbaute WDVS die zum Zeitpunkt des Einbaus erforderliche allgemeine bauaufsichtliche Zulassung oder eine Zustimmung im Einzelfall hatte.

Am 9. September 1995 sind die §§ 17 bis 25 der neuen Landesbauordnung für Baden-Württemberg (LBO) in Kraft getreten, mit der die Bestimmungen der EG-Bauproduktenrichtlinie umgesetzt wurde (vgl. § 79 S. 2 LBO). Seit diesem Zeitpunkt dürfen Bauprodukte für die Errichtung baulicher Anlagen nur verwendet werden, wenn der Nachweis der Brauchbarkeit durch Normen oder bei nicht geregelten Bauprodukte gemäß § 17 Abs. 3 LBO durch eine allgemeine baurechtliche Zulassung, ein allgemeines baurechtliches Prüfzeugnis oder eine Zustimmung im Einzelfall belegt ist. Da für Wärmedämmverbundsysteme keine Regelung bestand und weiterhin nicht besteht, bedürfen diese seit dem 9. September 1995 einer allgemeinen baurechtlichen Zulassung (§ 18 LBO) oder einer Zustimmung im Einzelfall (§ 20 LBO). Ein allgemeines baurechtliches Prüfzeugnis genügt nicht, weil ein WDVS statischen Anforderungen genügen muss und damit auch der Erfüllung erheblicher Anforderungen an die Sicherheit der baulichen Anlagen dient. Ergänzend ist insoweit auf die Ausführungen des

Sachverständigen Dipl.-Ing. (FH) G. auf Seite 22 seines Sachverständigengutachtens vom 23. Dezember 2010 (Az. 25 OH 20/08 LG Stuttgart) und Seite 3 des Protokolls seiner Anhörung vom 30. August 2012 (Az. 25 OH 20/08 LG Stuttgart) sowie seine Ausführungen in der ergänzenden Anhörung durch den Senat (Sitzungsprotokoll vom 16. März 2015, S. 3) zu verweisen, wobei der Sachverständige von der Zulassungsbedürftigkeit ab dem 1. Januar 1997 ausgegangen ist, weil er sich nicht über den Zeitpunkt des Inkrafttretens der LBO BW vergewissert hatte (vgl. Sitzungsprotokoll vom 16. März 2015, S. 3).

Der Generalunternehmervertrag der Beklagten stammt vom 29. Januar 1998, also nach Inkrafttreten der §§ 17 ff. LBO n.F. Das WDVS wurde im Auftrag der Beklagten jedenfalls nach dem 9. September 1995, angesichts der Abnahmeverhandlung am 15. Januar 1999 vermutlich im Jahr 1998 eingebaut. Die Parteien und die Streithelfer haben gegen diese Annahme des Senats auf Nachfrage in der mündlichen Verhandlung vom 16. März 2015 keine Einwendungen erhoben.

Die Beklagte konnte nicht darlegen, welche Komponenten im Zusammenhang mit dem WDVS verbaut wurden und ob diese als System eine allgemeine baurechtliche Zulassung nach § 18 LBO gehabt haben. Es war deshalb nicht festzustellen, dass das verbaute WDVS mit der erforderlichen allgemeinen baurechtlichen Zulassung nach § 18 LBO ausgestattet war.

Üblicherweise verspricht der Unternehmer stillschweigend bei Vertragsschluss die Einhaltung der einschlägigen Gesetze und der allgemein anerkannten Regeln der Technik. Entspricht die

Werkleistung diesen nicht, liegt regelmäßig ein Werkmangel vor (BGH, Urteil vom 7. März 2013 - VII ZR 134/12, NJW 2013, 1226). Ein Werk ist bereits dann mangelhaft, wenn die Werkstoffe nicht einen nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik notwendigen Gebrauchstauglichkeitsnachweis haben (BGH, Urteil vom 7. März 2013 - VII ZR 134/12, NJW 2013, 1226). Die rechtliche Verpflichtung aus § 18 LBO, die als gesetzliche Verpflichtung auch Teil der allgemein anerkannten Regeln der Technik ist, soll dazu dienen, mit der notwendigen Gewissheit sicherzustellen, dass bestimmte Eigenschaften des Werkes erreicht werden, indem Bauprodukte verbaut werden, deren Verwendbarkeit für einen dem Zweck entsprechenden angemessenen Zeitraum und deren Gebrauchstauglichkeit nachgewiesen ist (§ 3 Abs. 2 LBO). Es kommt für die Frage, ob die Regeln verletzt sind, nicht darauf an, ob die Eigenschaften möglicherweise auf anderem Wege erreicht werden, und deshalb die Nichteinhaltung der Regeln im Einzelfall keine weiteren nachteiligen Folgen hat. Das ändert nichts daran, dass die stillschweigend vereinbarte Beschaffenheit der Einhaltung der gesetzlichen Regeln und der allgemein anerkannten Regeln nicht erfüllt ist (vgl. BGH, Urteil vom 7. März 2013 - VII ZR 134/12, NJW 2013, 1226). Allein dass bei Errichtung des WDVS Bauprodukte verwendet wurden, für die eine allgemeine baurechtliche Zulassung nicht festzustellen ist, macht das Werk der Beklagten mangelhaft. h)

Der Sachverständige G. hat bei seinen Bauteilöffnungen unterschiedliche Putzdicken festgestellt (vgl. die Ausführungen in seinem Gutachten vom 23. Dezember 2010 auf S. 9, 15 f. und Anlage 2 sowie bei seiner Anhörung durch den Senat am 16. März 2015). Da nicht bekannt ist, welches WDVS verbaut wurde und welche Vorgaben hinsichtlich der Putzdicke an dieses System zu stellen sind, ist nicht auszuschließen, dass der Putz stellenweise zu dick aufgetragen wurde. Ohne nähere Informationen zum verbauten WDVS ist deshalb der dick aufgetragene Putz abzunehmen und durch einen dünneren, im Zweifel systemkonformen Putz zu ersetzen, um die statischen Belastungen des WDVS zu reduzieren.

3.

Das Gemeinschaftseigentum ist bislang weder ausdrücklich noch konkludent abgenommen worden. Insbesondere ist durch den Privatsachverständigen Dipl.-Ing. B., der im Auftrag der Wohnungseigentümergeinschaft eine Abnahmebegehung am 12. Januar 1999 durchgeführt hat, eine

Abnahme nach § 640 BGB nicht wirksam erklärt worden. Die Erwerber haben das Recht, sich auf das Fehlen einer Abnahme des Gemeinschaftseigentums zu berufen, nicht verwirkt a)

In der Abnahmebegehung vom 12. Januar 1999 hat der Privatsachverständige Dipl.-Ing. B. nicht die Abnahme des Gemeinschaftseigentums im Auftrag der Wohnungseigentümergeinschaft erklärt.

Gemäß dem Beauftragungsschreiben vom 21. Dezember 1998, das von der Bauabteilung der Beklagten stammt und das die Klägerin mit der Berufungserwiderung als Anlage BK 2 vorgelegt hat, sollte der Privatsachverständige Dipl.-Ing. B. die Abnahmefähigkeit des Gemeinschaftseigentums im Auftrag der Wohnungseigentümergeinschaft prüfen und gegebenenfalls die Abnahme nach § 640 BGB erklären. Darin wird Bezug genommen auf einen Beschluss der Wohnungseigentümergeinschaft vom 3. November 1998, mit welchem Herr Dipl.-Ing. B. zur Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums bestimmt worden ist. Weiter heißt es u. a.: "Im Namen und in Vollmacht der Wohnungseigentümer beauftragen wir Sie hiermit, als Bevollmächtigter für die Wohnungseigentümer, das gemeinschaftliche Eigentum abzunehmen."

Im Abnahmeprotokoll des Sachverständigen Dipl.-Ing. B. vom 15. Januar 1999 (Anlage K 3) ist demgegenüber unter "Aufgabenstellung" eine Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums aus technischer Sicht vermerkt:

"Im Auftrag der Wohnungseigentümergeinschaft soll das v.g. Bauvorhaben aus technischer Sicht abgenommen werden. Die Abnahme umfasst nicht die Haustechnikgewerke. Diese werden gesondert durch Fachingenieure abgenommen."

Es wurden zahlreiche Mängel und noch ausstehende Restleistungen festgestellt, ohne dass daraus ausdrücklich eine Konsequenz für die Frage, ob das gemeinschaftliche Eigentum abnahmefähig errichtet wurde, gezogen wurde. Lediglich aus einzelnen Formulierungen wie "Tag der Abnahme" oder "Zeitpunkt der Abnahme" können Hinweise auf eine Erklärung des Werks als im Wesentlichen vertragsgemäß entnommen werden. Für die Erklärung der Abnahme bei der Begehung am 12. Januar 1999 bzw. durch das Abnahmeprotokoll vom 15. Januar 1999 spricht weiter die Überschrift des Protokolls vom 3. August 1999 über eine weitere Abnahmebegehung für das gemeinschaftliche Eigentum am 2. Juli 1999. Dort wird das Protokoll als "Nach-Abnahme-Protokoll" bezeichnet, was eine vorherige Abnahme voraussetzt. Im Übrigen sind dem "Nach-Abnahme-Protokoll" vom 3. August 1999 wesentliche Mängel des Gemeinschaftseigentums, die einer Abnahme entgegenstehen könnten, nicht zu entnehmen.

Allerdings hat der Privatsachverständige Dipl.-Ing. B. auch im "Nach-Abnahme-Protokoll" wie bereits in dem Abnahmeprotokoll vom 15. Januar 1999 seine Aufgabenstellung damit beschrieben, dass das Bauvorhaben im Auftrag der Wohnungseigentümergeinschaft aus technischer Sicht abgenommen werden soll und sich die Abnahme nicht auf die Haustechnikgewerke bezieht, die von Fachingenieuren abgenommen werden sollen. Eine solche technische Abnahme beschränkt sich jedoch auf die Prüfung, ob das Werk den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht und vor diesem Hintergrund mangelfrei ist. Demgegenüber verlangt eine Abnahme nach § 640 Abs. 1 BGB die Entgegennahme des Werks als im Wesentlichen vertragsgemäß. Eine solche Abnahme geht über die technischen Voraussetzungen hinaus, weil sie eventuelle besondere vertragliche Vereinbarungen der Parteien insbesondere zur Beschaffenheit des Werks mit einbezieht. Der Privatsachverständige Dipl.-Ing. B. hat mit der selbst auferlegten Beschränkung auf eine Abnahme aus technischer Sicht lediglich eine Vorarbeit für eine Abnahme nach § 640 Abs. 1 BGB erbracht, aber nicht selbst, obwohl er dazu beauftragt war, die Abnahme nach § 640 Abs. 1 erklärt, weil er die Übereinstimmung der Ist-Beschaffenheit des Werks mit der vertraglich geschuldeten Soll-Beschaffenheit nicht umfassend geprüft und festgestellt hat. Seine Abnahme-Protokolle durfte die Beklagten daher nicht als Abnahme im Sinn des § 640 Abs. 1 BGB verstehen, sondern lediglich als eine die Abnahme vorbereitende Erklärung, ob und in welchem Umfang das erstellte Werk den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht. b)

Der Privatsachverständige Dipl.-Ing. B. wurde von der Wohnungseigentümergeinschaft nicht wirksam bevollmächtigt, für die einzelnen Wohnungseigentümer die Abnahme des Gemeinschaftseigentums zu erklären.

Nach Ziffer 1.3 der Allgemeinen Vertragsbedingungen, die Vertragsbestandteil geworden sind, wird das gemeinschaftliche Eigentum "für die Wohnungseigentümer durch einen vereidigten Sachverständigen abgenommen," wobei die Kosten des Sachverständigen im Kaufpreis bereits berücksichtigt sind. Weiter heißt es in der Klausel:

"Der Sachverständige ist in der ersten Wohnungseigentümer-Versammlung durch Beschluß zu bestellen; er führt die Abnahme in Vertretung der einzelnen Wohnungseigentümer für diese durch, wozu er heute schon vom Käufer bevollmächtigt wird."

Da es sich unstreitig um eine für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsklausel handelt, ist sie nach § 9 Abs. 1 AGBG (jetzt: § 307 Abs. 1 BGB) unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Die notarielle Beurkundung steht dem Formularcharakter nicht entgegen.

Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind nach § 9 Abs. 1 AGBG (a.F.) bzw. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB (n.F.) unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Von einer unangemessenen Benachteiligung ist im Zweifel auszugehen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist, oder wesentliche Rechte so eingeschränkt werden, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist (§ 9 Abs. 2 AGBG bzw. § 307 Abs. 2 BGB).

Ob eine unangemessene Benachteiligung vorliegt, ist zunächst ausgehend von den Vorschriften des dispositiven Rechts zu beurteilen, die ohne die Klausel gelten würden. Eine unangemessene Benachteiligung setzt voraus, dass die Abweichung vom dispositiven Recht Nachteile von einigem Gewicht begründet. Sie liegt vor, wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen. Zur Beurteilung bedarf es einer umfassenden Würdigung, in die die Interessen beider Parteien und die Anschauungen der beteiligten Verkehrskreise einzubeziehen sind. Auszugehen ist dabei von Gegenstand, Zweck und Eigenart des Vertrages, wobei der gesamte Vertragsinhalt zu berücksichtigen ist (Palandt/Grüneberg, BGB, 74. Aufl., § 307 Rn. 12 m.w.N.). Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch aus der Unklarheit oder Undurchschaubarkeit der Regelung ergeben (jetzt geregelt in § 307 Abs. 1 S. 2 BGB). Das Transparenzgebot verpflichtet den Verwender, Rechte und Pflichten seines Vertragspartners in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen möglichst klar, einfach und präzise darzustellen (BGH, Urteil vom 15. April 2010 - Xa ZR 89/09, NJW 2010, 2942 m.w.N.).

Die Klauseln in den Allgemeinen Vertragsbedingungen modifizieren das Abnahmerecht des Erwerbers in § 640 BGB (a.F. und n.F.). Die Regelung in Ziffer 1.3 begründet eine Bindung der Erwerber an die Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums durch einen in der ersten Wohnungseigentümersversammlung zu bestellenden Sachverständigen. Die Abnahme stellt ein originäres Erwerberrecht dar. Dem Erwerber darf deshalb nicht die Möglichkeit genommen werden, selbst frei darüber zu entscheiden, ob er die erbrachten Leistungen als im Wesentlichen vertragsgemäß anerkennen möchte.

aa)

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine von einem Bauträger in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Erwerbsvertrags verwendete Klausel, die die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch einen vom Bauträger bestimmbaren Erstverwalter ermöglicht, gemäß § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam (BGH, Beschluss vom 12. September 2013 - VII ZR 308/12, NJW 2013, 3360; ebenso OLG Karlsruhe, Urteil vom 27. September 2011 - 8 U 106/10, BauR 2012, 138; OLG Frankfurt, Urteil vom 30. September 2013 - 1 U 18/12, NJW-RR 2013, 1487). Da der Bauträger als teilender Eigentümer die Möglichkeit habe, den ersten Verwalter bereits in der Teilungserklärung zu

bestellen, bestehe die Gefahr, dass ein vom Bauträger bestellter Verwalter die Voraussetzungen der Abnahmefähigkeit des Gemeinschaftseigentums nicht neutral prüfe. Solche Bedenken bestehen im vorliegenden Fall nicht, weil die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer in der Auswahl eines unabhängigen - Sachverständigen für die Abnahme frei war. Bedenken gegen die Unabhängigkeit des Sachverständigen bestehen allerdings insoweit, als er von der Beklagten aus den Kaufpreisen bezahlt werden sollte. Ob diese Bedenken für sich allein durchgreifend wären, kann angesichts der folgenden Ausführungen dahingestellt bleiben.

bb)

Die Vertragsklausel zur Abnahme durch einen Sachverständigen ist deswegen unwirksam, weil sie dem einzelnen Erwerber nicht die Möglichkeit offen gelassen hat, das Gemeinschaftseigentum selbst abzunehmen oder von einer Vertrauensperson eigener Wahl abnehmen zu lassen. Damit werden die Erwerber von ihrer gesetzlichen Möglichkeit, als Besteller gemäß § 640 Abs. 1 BGB die Abnahme des Werks selbst zu prüfen und zu erklären, in unzulässiger Weise durch eine allgemeine Geschäftsbedingung ausgeschlossen (vgl. Scheffelt BauR 2014, 163, 164 m.w.N.). Durch die Klausel "Das gemeinschaftliche Eigentum wird für die Wohnungseigentümer durch einen vereidigten Sachverständigen abgenommen." verpflichtet sich der einzelne Erwerber unwiderruflich, mit der Abnahme einen Sachverständigen zu beauftragen, und verzichtet ebenso unwiderruflich auf sein Recht als Besteller aus § 640 Abs. 1 BGB, die Prüfung der Abnahmefähigkeit selbst vorzunehmen und die Abnahme selbst zu erklären. Insoweit bindet die schuldrechtliche Verpflichtung den Erwerber noch enger als lediglich die Bevollmächtigung eines Dritten, die für ihn frei widerruflich sein kann. Auch wenn es sich bei § 640 BGB um dispositives Recht handelt, kann dessen wesentlicher Gehalt, nämlich die Abnahme durch den Besteller, dem Erwerber von Wohnungseigentum nicht durch eine allgemeine Geschäftsbedingung unwiderruflich entzogen werden, weil ansonsten gegen den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung verstoßen würde (a.A. OLG Nürnberg, Urteil vom 12.12.2006, Az. 9 U 429/06).

cc)

In Ziff. 1.3 S. 5, 2. Halbsatz der Allgemeinen Vertragsbestimmungen, die Bestandteil der Erwerbverträge sind, wird durch Allgemeine Geschäftsbedingung bestimmt, dass der von der Wohnungseigentümer-Versammlung durch Beschluss zu bestellende Sachverständige vom Käufer zur Abnahme bevollmächtigt wird.

Diese Klausel ist gemäß § 9 Abs. 2 AGBG bzw. § 307 Abs. 2 BGB unwirksam, weil auch dadurch dem Erwerber das Recht genommen wird, über die Abnahmefähigkeit des Werks selbst zu entscheiden. Darüber hinaus verstößt die Klausel gegen das Transparenzgebot, weil für den jeweiligen Erwerber nicht erkennbar wird, dass die Vollmacht widerruflich ist und er jederzeit selbst die Abnahme erklären kann (vergleiche OLG Karlsruhe, Urteil vom 27. September 2011 - 8 U 106/10, BauR 2012, 138; OLG Brandenburg, Urteil vom 13. Juni 2013 - 12 U 162/12; offen gelassen in BGH, Beschluss vom 12. September 2013 - VII ZR 308/12, NJW 2013, 3360). Vielmehr wird durch den gesamten Absatz mit der unwirksamen - Verpflichtung, das gemeinschaftliche Eigentum durch einen Sachverständigen abnehmen zu lassen, und der Vereinbarung, dass der Sachverständige durch Beschluss der Wohnungseigentümerversammlung zu bestellen ist, der Eindruck beim Vertragspartner des Verwenders verstärkt, die Abnahme durch einen Sachverständigen sei für ihn verpflichtend und unwiderruflich. Damit ist auch die Vollmachtserteilung für den Sachverständigen zur Abnahme nach § 9 AGBG unwirksam.

dd)

Wenn die Verpflichtung, das gemeinschaftliche Eigentum durch einen Sachverständigen abnehmen zu lassen, unwirksam ist, ergreift diese Unwirksamkeit auch die damit zusammenhängende Verpflichtung, in der ersten Wohnungseigentümer-Versammlung den Sachverständigen durch Beschluss zu bestellen.

Die Abnahme des Gemeinschaftseigentumes ist keine originäre Angelegenheit der Wohnungseigentümer-Gemeinschaft, sondern der einzelnen Vertragspartner des Bauträgers. Es fehlte daher der Wohnungseigentümer-Versammlung ohne eine entsprechende Vereinbarung der Wohnungseigentümer die Kompetenz für eine Beschlussfassung zur Auswahl eines Sachverständigen (§ 23 Abs. 1 WEG).

ee)

Der Privatsachverständige Dipl.-Ing. B. konnte daher nicht rechtswirksam ohne eine gesonderte Zustimmung der jeweiligen Wohnungseigentümer für diese die Abnahme des Gemeinschaftseigentumes erklären.

c)

Es liegt keine konkludente Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch die Wohnungseigentümer vor (vergleiche Pause/Vogel, Die Folgen einer unwirksamen Abnahmeklausel im Bauträgervertrag, BauR 2014, 764, 766 m.w.N.). Eine solche konkludente Abnahme liegt insbesondere nicht in der Zahlung des

Restkaufpreises oder der Ingebrauchnahme der Wohnungen. Nachdem beide Parteien der jeweiligen Erwerbverträge davon ausgegangen sind, dass die Abnahme durch einen Sachverständigen erfolgen würde bzw. erfolgt ist, enthielt die Zahlung des Restkaufpreises oder die Ingebrauchnahme der Wohnungen nicht die Erklärung, das Gemeinschaftseigentum sei im Wesentlichen vertragsgerecht hergestellt. Denn die Erwerber gingen davon aus, dass die Abnahmeerklärung hinsichtlich des Gemeinschaftseigentumes gesondert erfolgen würde. Auch die Beklagte konnte die Restzahlungen und die Ingebrauchnahme der Wohnungen nicht als Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch die Erwerber verstehen, weil sie ebenfalls davon ausging, dass diese Abnahme gesondert durch einen Sachverständigen erfolgen würde bzw. erfolgt ist.

Die Erwerber haben das Recht, sich auf die fehlende Abnahme zu berufen, nicht verwirkt. Es kann dahingestellt bleiben, unter welchen Voraussetzungen eine Verwirkung in Betracht kommen kann. Die Wohnungseigentümer K. hatten bereits mit Telefaxschreiben vom 10. Juli 2000 (Anlage K 21) optische Veränderungen der Fassade gerügt und damit ein Mangelerscheinungsbild der im Rechtsstreit festgestellten Mängel geltend gemacht. Damit waren bereits 1,5 Jahre nach der vermeintlichen Abnahme des Gemeinschaftseigentums wesentliche Mängel gerügt worden. Vor diesem Hintergrund fehlen sowohl das Zeitmoment als auch das Umstandsmoment, die beide für eine Verwirkung notwendig wären.

4.

Der Anspruch der Klägerin auf Kostenvorschuss zur Mängelbeseitigung ergibt sich aus § 633 Abs. 3 BGB a. F. in Verbindung mit Richterrecht (vgl. BGH, Urteil vom 14. Januar 2010 - VII ZR 108/08, BGHZ 183, 366 m.w.N.; Palandt/Sprau, BGB 61. Aufl., § 633 Rn. 9).

Dieser Anspruch kann bereits vor Abnahme geltend gemacht werden, denn aus § 634 Abs. 1 S. 2 BGB a. F. ergibt sich, dass die Geltendmachung von Mängelbeseitigungsansprüchen nach damaligem Recht bereits vor Ablieferung des Werks möglich war (vgl. Palandt/Sprau, BGB 61. Aufl., § 633 Rn. 5). Das Bestehen eines Mängelbeseitigungsanspruchs ist Voraussetzung für einen Kostenvorschuss nach § 633 Abs. 3 BGB a. F.

Die Beklagte befindet sich mit der Mängelbeseitigung aufgrund der Aufforderung der Klägerin in dem Anwaltsschreiben vom 7. Juli 2008 (Anlage K 7) seit dem 4. August 2008 in Verzug. Die Klägerin hat die Mängel in diesem Schreiben hinreichend genau nach ihrem Erscheinungsbild beschrieben.

Der Vorschussanspruch ist damit entstanden.

5.  
Der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch ist nicht verjährt.

Der Vorschussanspruch aus § 633 Abs. 3 BGB in Verbindung mit Richterrecht verjährt nach § 638 BGB a. F. (BGH, Urteil vom 16. Juni 1987 - X ZR 61/86, NJW 1987, 3254). Die Verjährung beginnt nach § 638 S. 2 BGB a. F. mit der Abnahme des Werkes. Nachdem hier eine Abnahme nach § 640 BGB nicht erfolgt ist, hat die Verjährungsfrist nicht zu laufen begonnen. Der Klageanspruch ist unverjährt.

6.  
Der von der Klägerin geltend gemachte Vorschussanspruch besteht in Höhe der erstinstanzlich zugesprochenen 231.145,60 Euro, weil zur Mängelbeseitigung zumindest diejenigen Maßnahmen erforderlich sind, die die Gerichtssachverständigen Dipl.-Ing. P. und Dipl.-Ing. G. als Sanierungsvariante II beschrieben haben.

a)  
Die Sanierungsvariante I, die den Austausch des gesamten WDVS gegen ein solches mit einer allgemeinen baurechtlichen Zulassung vorgesehen hat, wurde von der Klägerin nicht weiterverfolgt, nachdem gemäß den gerichtlich bestellten Sachverständigen die Sanierungsvariante II mit einem geringeren Aufwand ebenfalls zu einem mängelfreien Werk führt. b)

Die vom Sachverständigen Dipl.-Ing. P. beschriebene Sanierungsvariante III ist nach der ergänzenden Anhörung des Sachverständigen Dipl.-Ing. G. vom 16. März 2015 nicht geeignet, eine vollständig mangelfreie Fassade mit einem funktionstüchtigen und haltbaren WDVS zu errichten. Nach der vom Sachverständigen Dipl.-Ing. P. berechneten Sanierungsvariante III wären Teile der Fassade, die keine sichtbaren Schäden aufweisen, nur mit einem Fassadenanstrich bearbeitet worden. Nach den Angaben des Sachverständigen Dipl.-Ing. G. in seiner Anhörung vom 16. März 2015 hatte er im Hinblick auf einen Fassadenanstrich nur die Frage nach den Kosten für eine Renovierungsanstrich beantwortet, aber insoweit keine Mängelbeseitigung vorgeschlagen, und deshalb nicht von einer Instandsetzung, sondern einer Instandhaltung gesprochen. Insbesondere wird durch einen Instandhaltungsanstrich in den Bereichen, in denen visuell keine Schäden festgestellt worden sind, der Mangel eines möglicherweise zu dicken, auf das WDVS nicht abgestimmten Putzes nicht beseitigt. Um die Mängel der Fassade zu beseitigen, muss danach zumindest die Minimallösung der Variante II durchgeführt werden.

c)  
Ausgehend hiervon ergeben sich folgende, von den Sachverständigen in dem selbständigen Beweisverfahren geschätzte Mängelbeseitigungskosten gemäß der Variante II:

Sockelbereich 15.600,00 Euro

Fassadenbereich 109.590,00 Euro

Putzschäden oberer Fassadenbereich/Attikaverblend. 26.310,00 Euro

Bitumenabdichtung Dachterrasse 42.740,00  
Euro insgesamt 194.240,00 Euro netto  
zuzüglich 19 % Mehrwertsteuer 36.905,60 Euro  
ergibt: 231.145,60 Euro brutto.

Darin sind 2 % für Nebenarbeiten und Unvorhergesehenes, 10 % Baunebenkosten für Planung und Beauftragung sowie 15 % Baunebenkosten für Bauleitung und Abrechnung enthalten.

Bei einer Mängelbeseitigung gemäß der Variante II bedarf die Fassade einer Zustimmung im Einzelfall gemäß § 20 LBO n.F., weil kein WDVS mit einer allgemeinen baurechtlichen Zulassung verwendet wurde. Die dafür anfallenden Kosten sind im Kostenvorschuss noch nicht berücksichtigt.

Der Betrag von 231.145,60 Euro ist ab dem 1. April 2011 mit Jahreszinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz zu verzinsen.

Die Beklagte befand sich mit der Mängelbeseitigung seit dem 5. August 2008 in Verzug, da sie trotz der Aufforderung der Klägerin mit Anwaltsschreiben vom 7. Juli 2008 (Anlage K 7), die Mängel bis zum 4. August 2008 vollständig und fachgerecht zu beseitigen, keine Mängelbeseitigungsarbeiten durchgeführt hat. Die Klägerin hat die Mängel in diesem Schreiben hinreichend genau nach ihrem Erscheinungsbild beschrieben.

Mit Anwaltsschreiben vom 10. März 2011 (Anlage K 8) wurde die Beklagte zur Zahlung eines Kostenvorschusses zur Mängelbeseitigung in Höhe von 270.689,30 Euro bis spätestens 31. März 2011 aufgefordert. Da die Beklagte aber auf dieses Schreiben keine Vorschusszahlung erbrachte, geriet sie mit Ablauf des 31. März 2011 in Zahlungsverzug.

Die Höhe des Zinssatzes ergibt sich aus § 288 Abs. 1 S. 2 BGB. d)

Ein Abzug "neu für alt" ist nicht vorzunehmen.

Eine Vorteilsausgleichung ist nicht nur bei Schadensersatzansprüchen zu berücksichtigen, sondern auch bei Kostenvorschussansprüchen (Pastor in Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Aufl., Rn. 2947). Eine Anrechnung kommt aber jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn diese Vorteile ausschließlich auf einer Verzögerung der Mängelbeseitigung beruhen und sich der Auftraggeber jahrelang mit einem fehlerhaften Werk begnügen musste. Der Auftragnehmer darf dadurch, dass der Vertragszweck nicht sogleich, sondern erst später im Rahmen der Gewährleistung erreicht wird, keine Besserstellung erfahren. Ein solches Ergebnis widerspricht dem Gesetzeszweck der Gewährleistung im Werkvertragsrecht (BGH, Urteil vom 17. Mai 1984 - VII ZR 169/82, BGHZ 91, 206; OLG Stuttgart, Urteil vom 17. März 2010 - 3 U 160/09, BauR 2010, 1599; Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 6. Teil Rn. 57). Im Grundsatz muss sich ein Auftraggeber nicht darauf verweisen lassen, er habe das - wenn auch fehlerhafte - Werk immerhin längere Zeit benutzen können. Dabei handelt es sich um eine unvermeidliche Nutzung, die gerade nicht den vertraglich geschuldeten, unbeeinträchtigten Gebrauch ermöglicht und deshalb keinen Abzug rechtfertigt (BGH, Urteil vom 17. Mai 1984 - VII ZR 169/82, BGHZ 91, 206). Haben sich die Mängel aber erst verhältnismäßig spät ausgewirkt und musste der Auftraggeber bis dahin keine Gebrauchsnachteile hinnehmen, kann es nach Treu und Glauben geboten sein, die mit der Nachbesserung erzielte längere Lebensdauer sowie den ersparten Instandhaltungsaufwand anspruchsmindernd zu berücksichtigen (BGH, Urteil vom 17. Mai 1984 - VII ZR 169/82, BGHZ 91, 206; BGH, Urteil vom 13. September 2001 - VII ZR 392/00).



Die einzelnen Wohnungseigentümer der Klägerin haben bis heute keine mangelfreie Immobilie erhalten.

Die von der Beklagten bzw. deren Generalunternehmerin in die Wege geleiteten Mängelbeseitigungsmaßnahmen haben nicht zu einer grundlegenden und nachhaltigen Beseitigung der vorhandenen Mängel geführt. Entgegen der Auffassung der Beklagten und der Streithelferin Ziffer 2 ist auch nicht für den Zeitraum ab Bezug der Immobilie bis zu der Begehung durch den Sachverständigen Dipl.-Ing. B. im Mai 2003 ein Abzug neu für alt vorzunehmen. Die Wohnungseigentümer K. hatten die Beklagte bereits in dem als Anlage K 21 vorgelegten Telefaxschreiben vom 10. Juli 2000 auf optische Veränderungen der Fassade hingewiesen und deswegen die angeforderte letzte Kaufpreisrate zunächst nicht bezahlt. Die Beklagte reagierte darauf mit dem als Anlage K 22 vorgelegten Schreiben, in welchem sie mitteilte, dass die Informationen an die technische Abteilung weitergegeben werden. Diese werde sich die Fassadenmängel anschauen und geeignete Maßnahmen einleiten. Es ist daher davon auszugehen, dass sich erste Anzeichen der Mängelhaftigkeit der Fassade bereits wenige Monate nach Bezug der Immobilie gezeigt haben.

Ein Abzug neu für alt kommt auch insoweit nicht in Betracht, als bei einer Mangelherstellung zugleich auch solche Schäden am Putz beseitigt werden, die nachträglich durch Einwirkungen Dritter entstanden sind. Dies betrifft insbesondere den Sockelbereich im Kindergarten. Bis zur Abnahme, die hier nicht erfolgt ist, trägt der Unternehmer die Gefahr der Verschlechterung des Werks aufgrund von Einwirkungen durch Dritte.

7.

Ist der Klageantrag Ziffer 1 auf Zahlung eines Kostenvorschusses für die Mängelbeseitigung begründet, hat auch der als Klageantrag Ziffer 2 geltend gemachte Feststellungsantrag Erfolg.

Zwar enthält ein Vorschussurteil gleichzeitig auch Elemente eines Feststellungsurteils, weil dem Grunde nach die Verpflichtung des Auftragnehmers festgestellt wird, die voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten zu tragen, auch wenn das so im Tenor des Urteils keinen Ausdruck findet (BGH, Urteil vom 25. September 2008 - VII ZR 204/07, BauR 2008, 2041). Wird sie dennoch erhoben, ist sie nach bisheriger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs trotz Zweifel an einem Feststellungsbedürfnis aber nicht unwirksam, sondern hat lediglich klarstellende Funktion (BGH, Urteil vom 10. November 1988 - VII ZR 140/87, BauR 1989, 81; BGH, Urteil vom 25. September 2008 - VII ZR 204/07, BauR 2008, 2041).

8.

Das Landgericht hat der Klägerin vorgerichtliche Anwaltskosten in Höhe von 3.686,62 Euro nebst Zinsen zuerkannt. Einwendungen werden mit der Berufung nicht vorgebracht.

Der Klägerin steht ein Anspruch auf Ersatz der durch die vorprozessuale Beauftragung ihrer jetzigen Prozessbevollmächtigten entstandenen Kosten als sog. Mangelfolgeschaden zu.

Vorgerichtliche Anwaltskosten des Auftraggebers in Zusammenhang mit der Mangelverfolgung können unabhängig von einem Verzug des Auftragnehmers - als erstattungsfähig angesehen werden, wenn die Beauftragung eines Rechtsanwalts unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles nach Zeitpunkt, Inhalt und Umfang des Anwaltsmandats für den Auftraggeber bei objektiver, verständiger Sicht als zur zweckentsprechenden Wahrung bzw. Verfolgung seiner Rechtsposition/en erforderlich erscheinen durfte (OLG Düsseldorf, Urteil vom 9. August 2013 - I-22 U 4/13, 22 U 4/13 m.w.N.). Diese Voraussetzungen sind vorliegend gegeben.

Die Höhe des Schadens entspricht der gesetzlichen Anwaltsvergütung. Bei einem Gegenstandswert von 239.249,50 Euro beträgt eine Gebühr nach Anlage 2 zum RVG a. F. 2.052,00 Euro. Bei Ansatz einer 1,5 Gebühr errechnet sich ein Nettobetrag von 3.078,00 Euro. Zuzüglich 20,00 Euro Pauschale gemäß Nr. 7002 der Anlage 1 zum RVG und Mehrwertsteuer ergibt sich ein Gesamtbetrag von 3.686,62 Euro.

9.

Schließlich hat die Klägerin auch Anspruch auf Ersatz der Kosten, die ihr durch die Beauftragung des Sachverständigen G. entstanden sind. Der Sachverständige wurde im Oktober 2007 von dem Wohnungseigentümer S. mit einer gutacherlichen Stellungnahme beauftragt.

Der Sachverständige hat der Klägerin mit der als Anlage K 10 vorgelegten Rechnung vom 28. November 2007 584,15 Euro in Rechnung gestellt.

Einwendungen werden in der Berufungsinstanz nicht mehr geltend gemacht. Die Rechnung ist zwar an Herrn S. gerichtet. Es ist aber davon auszugehen, dass dieser die Klägerin zur Geltendmachung des Rechnungsbetrags ermächtigt hat.

10.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus den §§ 708 Nr. 10 S. 1 und S. 2, 711, 709 S. 2 ZPO.

Die Revision wird wegen grundsätzlicher Bedeutung des Verfahrens, zur Fortbildung des Rechts und zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zugelassen (§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 2 ZPO).