
Datum: 24.07.2012
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 15. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 15 U 166/08
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2012:0724.15U166.08.00

Vorinstanz: Landgericht Aachen, 9 O 563/07

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 08.08.2008 verkündete Urteil des Landgerichts Aachen, Aktenzeichen: 9 O 563/07, abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Kläger als Gesamtgläubiger 27.608,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 02.02.2008 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Gerichtskosten - einschließlich der Kosten des selbständigen Beweisverfahrens, Amtsgericht Geilenkirchen, Az. 10 H 7/05 - und außergerichtlichen Kosten der Beklagten tragen die Kläger jeweils zu 1,5 % und die Beklagte zu 85 %. Die außergerichtlichen Kosten der Kläger trägt die Beklagte zu 85%.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Beide Parteien dürfen die Vollstreckung abwenden durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgegner vor Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe :

I.

Die Kläger sind Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft D.-Straße xx – xx in V. Sie erwarben auf Grund gleichlautender Bauträgerverträge im Jahre 1998 von der Beklagten die Eigentumswohnungen in dem vorgenannten Objekt. Gemäß Abschn. VI Nr. 2 der Verträge sollte die Beklagte für Mängel am Bauwerk nach den Bestimmungen des Werkvertragsrechts des Bürgerlichen Gesetzbuchs bei einer Gewährleistungsfrist von fünf Jahren ab Abnahme haften. Die Kläger verlangen von der Beklagten als Werkunternehmerin Schadensersatz wegen Nichterfüllung aufgrund behaupteter Mängel an insgesamt sechs Balkonen.

Mit Schreiben vom 02.11.1999 beanstandete der Kläger zu 1) gegenüber dem Geschäftsführer der Beklagten die Balkone der Wohnungen Nr. x und x. Danach seien an den Balkonen „Schwingungen“ festzustellen. Außerdem habe die Balkonnutzfläche sich wegen des Randes aus Kies auf Schüttung verkleinert (Bl. 147 GA). Für die Beklagte antwortete deren Architekt, Herr L. am 12.11.1999 (Bl. 42 GA), indem er die Mängelrügen zurückwies und den Kläger zu 1) aufforderte, bis spätestens 17.11.1999 mitzuteilen, ob er seine Mängelrügen aufrechterhalte. Ansonsten gehe er davon aus, dass dieser den „Ist-Zustand“ akzeptiere.

Im Rahmen des selbständigen Beweisverfahrens legte die Beklagte ein Schreiben vom 07.12.1999 an die Kläger zu 1) und 2) vor, wonach mit diesen Detailzeichnungen der Balkone sowie die statischen Berechnungsunterlagen übersandt worden sind (Bl. 153 ff. Beiakte). Zwischen dem 17.09.1999 bis 02.03.2000 wurden Abnahmeprotokolle mit einzelnen Eigentümern gefertigt (Bl. 118 – 130 GA). In keinem der Protokolle wurden konkrete Mängel an den Balkonen gerügt. In zwei Fällen wurde jedoch festgehalten, dass die Balkone noch nicht fertig gestellt sind.

Am 28.07.2000 fand unter Mitwirkung des Verwaltungsbeirates der Eigentümergeinschaft und eines Bevollmächtigten der Beklagten ein Abnahme- und Übergabetermin statt, über den ein Protokoll errichtet wurde. Darin heißt es u.a.:

„Die Abnahme der Leistungen und die Übergabe werden bestätigt unter Vorbehalt der Nachbesserung der unten aufgeführten Mängel.“

In dem Protokoll wurden diverse Mängel der Bauausführung aufgeführt. Hinweise auf Mängel an Balkonen finden sich nicht. Wegen des Inhalts des Protokolls wird auf die Anlage 2 zum Beweissicherungsantrag vom 15.07.2005 des Verfahrens 10 H 7/05 Amtsgericht Geilenkirchen (Bl. 32 f. Beiakte) Bezug genommen.

Am 10.08.2000 erstellte die Beklagte ihre Schlussrechnungen zumindest bezüglich der Wohnungen Nr. x und x (Bl. 145 GA).

Am 26.01.2002 fand eine Eigentümerversammlung statt. Ausweislich des Protokolls der Versammlung wurden neue Baumängel gerügt, und zwar u. a. die Undichtigkeit der Balkone der Wohnungen Nr. x und x.

1

2

3

4

5

6

7

8

9

10

11

Mit Schreiben vom 10.02.2005 forderte der Prozessbevollmächtigte der Kläger die Beklagte zur Mängelbeseitigung der Undichtigkeit der Balkone der Wohnungen Nr. x – xx auf. Dabei wies der Prozessbevollmächtigte der Kläger darauf hin, dass diese Mängel bereits zweimal gerügt worden seien (Bl. 34 der Beiakte). Anschließend wurden die Balkone der Wohnungen Nr. x, x und x zwischen dem 10.02.2005 bis zum 01.07.2005 durch die Beklagte saniert. Mit Schreiben vom 01.07.2005 forderte der Prozessbevollmächtigte der Kläger die Beklagte zur Mängelbeseitigung auch hinsichtlich der Balkone der Wohnungen Nr. x, x, x, x und xx auf (Bl. 36 der Beiakte).

Am 16.07.2005 ging ein Antrag der Kläger auf Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens hinsichtlich der Überprüfung der Mangelhaftigkeit der Balkone der Wohnungen Nr. x, x, x, x und xx beim Amtsgericht Geilenkirchen ein. Der Antrag wurde der Beklagten zunächst formlos übermittelt. Die Beklagte beantragte mit Schriftsatz vom 01.08.2005, bei Gericht eingegangen am 02.08.2005, den Antrag auf Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens zurückzuweisen. Eine förmliche Zustellung des Antrags an die Beklagte erfolgte ausweislich Bl. 67 der Beiakte am 17.08.2005. 12

Im Rahmen des selbstständigen Beweisverfahrens wurde ein Gutachten des Sachverständigen I. eingeholt. Er sollte begutachten, ob die Balkone der Wohnungen x, x, x, x und xx am Objekt D.-Straße xx – xx in V mangelhaft seien. Ferner sollte der Sachverständige begutachten, welche Arbeiten zur Mängelbeseitigung notwendig seien und welche Kosten ggf. dafür entstehen würden. In seinem Gutachten vom 25.10.2006 hat der Sachverständige I. ausgeführt, dass die Balkone auf der Rückseite der Wohnungen Nr. x und Nr. x sowie beide Balkone der Wohnung Nr. xx (vorder- und rückseitig) sowie der Balkon der Wohnung Nr. x auf der Vorderseite erhebliche Dichtigkeitsmängel aufweisen würden. Die Balkone der Wohnungen Nr. x rückseitig sowie der Wohnung Nr. x wiesen keine erkennbaren Undichtigkeiten oder andere Beanstandungen auf. Die Undichtigkeit ergebe sich durch ein Schwingen der zu dünnen Bleche der Alu-Wannen. Dadurch würden die Schweißbahnen dauerhaft bewegt, weshalb davon auszugehen sei, dass diese bei hohen Temperaturunterschieden porös und undicht werden würden. An den vorderen Balkonen fehle eine geregelte Entwässerung gänzlich. Ob die Statik der Balkonanlage insgesamt in Ordnung sei, habe er im Rahmen des Gutachtens nicht prüfen können. Zur Mängelbeseitigung hat der Sachverständige vorgeschlagen, die Alu-Wannen zu verstärken und neue zusätzliche Schweißbahnen zu verlegen, um so auch das Problem des Gegengefälles zu beseitigen. Ferner müsse die Statik überprüft und nötigenfalls auch die Rohrkonstruktion der Balkone noch verstärkt werden. Für die vom Sachverständigen für erforderlich gehaltenen Arbeiten veranschlagt er eine Gesamtsumme von 27.400,00 € zuzüglich Mehrwertsteuer, wobei darin auch Kosten enthalten sind, die nur bei fehlerhafter Statik entstehen würden. Wegen der Einzelheiten wird auf das Sachverständigengutachten vom 25.10.2006, Bl. 94 ff. der Beiakte 10 H 7/05 des Amtsgerichts Geilenkirchen, Bezug genommen. 13

Die Kläger haben erstinstanzlich die Ansicht vertreten, die Beklagte schulde nach Maßgabe des Gutachtens des selbstständigen Beweisverfahrens Schadensersatz wegen der mangelhaft hergestellten Balkone. Eine Verjährung der Ansprüche sei nicht eingetreten, da die Abnahme der Werkleistung erst am 28.07.2000 erfolgt und die Verjährung durch den Antrag auf Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens gehemmt worden sei. 14

Die Kläger haben beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an sie als Gesamtgläubiger 32.606,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit des Beweissicherungsverfahrens 10 H 7/05 vor dem Amtsgericht 15

Geilenkirchen zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

16

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, das Gutachten des Sachverständigen I. aus dem selbstständigen Beweisverfahren sei nicht zu verwerten. Es sei nicht geeignet, einen schlüssigen Sachvortrag der Kläger zum Vorliegen von Mängeln und erst recht nicht zur Schadenshöhe zu ersetzen. Das Sachverständigengutachten sei auch inhaltlich unzutreffend. Eine Mangelhaftigkeit der Balkone liege nicht vor, da die Abläufe geeignet seien, zu erwartende Wassermengen abzuleiten. Es gebe auch keine DIN-Vorschriften für die an eine Bodenwanne auf Balkonen zu stellenden Anforderungen. Eine Entwässerung der vorderen Balkone sei ebenfalls nicht notwendig; entsprechende Bestimmungen gebe es nicht. Im Übrigen sei dies auch vertraglich nicht vorgesehen gewesen. Zudem sei nicht festgestellt, dass die seitens des Sachverständigen befürchteten Undichtigkeiten an den Schweißnähten überhaupt inzwischen aufgetreten seien. Der Sachverständige I. verfüge als Schlosser und Metallbauer nicht über den erforderlichen Sachverstand zur Ermittlung der für eine Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten. Außerdem sei auch die Kostenaufstellung im Ergebnis falsch. Eine Statik sei nicht anzufertigen, weil eine solche bereits vorhanden sei. Auch die Herstellung neuer Alu-Wannen sei nicht notwendig; ausreichend sei die Verlegung neuer, hochwertiger Schweißbahnen.

17

Die Beklagte hat sich ferner auf Verjährung berufen und dazu vorgetragen, die Abnahme der Balkone sei bereits im Jahr 1999 durch die Fortsetzung der Bauarbeiten nach Fertigstellung der Balkone durch das Aufbringen von Kies und Plattenbelägen, den Bezug der Wohnungen sowie die Bezahlung des Kaufpreises erfolgt. Auf die förmliche Abnahme im Juli 2000 komme es insoweit nicht an.

18

Außerdem hätten die Kläger ihre Schadensersatzansprüche wegen der behaupteten Mängel an den Balkonen verwirkt, weil derartige Mängel im Abnahmeprotokoll vom 28.07.2000 nicht aufgeführt worden seien.

19

Das Landgericht hat der Klage in voller Höhe stattgegeben. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, der Anspruch der Kläger ergebe sich aus §§ 634, 635 BGB a. F., da die Balkone der Wohnungen Nr. x, x, x und xx nach dem Ergebnis des im Beweissicherungsverfahren eingeholten Gutachtens des Sachverständigen I. erhebliche Dichtigkeitsmängel aufwiesen. Dabei ist das Landgericht dem Sachverständigen insbesondere auch zu der von ihm bezifferten Schadenshöhe gefolgt und hat insoweit ausgeführt, dass es sich zwar um eine grobe Schadensschätzung handle, die Beklagte dagegen aber keine konkreten Einwände erhoben habe. Weiter hat das Landgericht ausgeführt, dass der Schadensersatzanspruch nicht verjährt sei, da die vertraglich vereinbarte fünfjährige Verjährungsfrist durch Einleitung des selbstständigen Beweisverfahrens gehemmt worden sei. Die Verjährungsfrist habe mit der Abnahme am 28.07.2000 begonnen, eine Abnahme bereits im Jahre 1999 habe nicht stattgefunden, da das bloße Fortführen der Werkausführung grundsätzlich nicht zu einer konkludenten Abnahme bereits fertig gestellter Bauteile führe. Die Beklagte könne sich auch nicht auf § 640 Abs. 2 BGB berufen, da von erkennbaren Undichtigkeiten der Balkone zum Zeitpunkt der Abnahme nicht ausgegangen werden könne. Insofern sei die Beklagte an ihrem eigenen Vortrag festzuhalten, nach dem sich nach ihren unstreitig vorgenommenen Mängelbeseitigungsarbeiten bei der Abnahme im Jahr 2000 an den Balkonen keine weiteren Mängel gezeigt hätten.

20

21

Mit der Berufung verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter und wiederholt ihre schon erstinstanzlich vertretene Ansicht, dass die Abnahme bereits im Jahr 1999 erfolgt und der Anspruch daher verjährt sei. Es gehe insoweit entgegen der Annahme des Landgerichts nicht um ein „Fortführen von Werkausführungsleistungen“, sondern darum, dass das Gebäude komplett im Jahr 1999 erstellt, von den Erwerbern bezogen und die Kaufpreise bzw. Werklohnleistungen erbracht worden seien. Durch diese Umstände, die sie – die Beklagte – bereits in erster Instanz dargelegt habe, und die sich daraus ergebende Nutzung der Eigentümer sei unzweifelhaft bereits im Jahr 1999 eine Abnahme erfolgt. Ein – vom Landgericht angenommenes – Bedürfnis für eine förmliche Abnahme im Jahr 2000 habe es jedenfalls auf Seiten der Beklagten nicht gegeben. In tatsächlicher Hinsicht sei das Landgericht zu Unrecht davon ausgegangen, dass sie vorgetragen habe, dass zum Zeitpunkt der Abnahme bereits Mängelbeseitigungsarbeiten in Bezug auf Balkone ausgeführt worden seien; das habe sie zu keinem Zeitpunkt behauptet. Mängelbeseitigungsarbeiten seien hinsichtlich der Balkone der Wohnungen Nr. x, x und x ausweislich der vorgelegten Korrespondenz erst im Jahre 2005 erfolgt. Auch habe das Landgericht ausgehend von einem unzutreffend festgestellten Sachverhalt zu Unrecht den Tatbestand der Verwirkung verneint. Die Beklagte vertritt weiterhin die Ansicht, dass Ansprüche jedenfalls gemäß § 640 Abs. 2 BGB a. F. ausgeschlossen seien, da einerseits die Kläger vorgetragen hätten, dass seit Ende 1999 immer wieder die Undichtigkeit bezüglich sämtlicher Balkone gerügt worden sei, dass es aber andererseits insoweit im Abnahmeprotokoll vom 28.07.2000 keinen Vorbehalt bezüglich der behaupteten Undichtigkeit gebe. Schließlich seien die Feststellungen in dem angefochtenen Urteil zur Schadenshöhe nicht haltbar. Der Gutachter habe ausgeführt, dass die Frage, ob Alu-Wannen neu hergestellt und die Rohrkonstruktion verstärkt werden müssen, von statischen Gegebenheiten abhängen. Einen diesbezüglichen Mangel habe der Gutachter nicht festgestellt. Kosten für eine neu zu erstellende Statik seien aber unter keinen Umständen ersatzpflichtig, da es bereits eine von der Beklagten erstellte Statik gebe. Auch die Position „Erstellung von neuen Entwässerungen“ sei nicht zu ersetzen, da das Objekt entsprechend den Plänen ordnungsgemäß erstellt worden sei; eine Entwässerung in der vom Sachverständigen geforderten Form sei nicht vorgegeben bzw. nicht erforderlich. Schließlich sei das Gutachten auch hinsichtlich der Position „Überarbeitung von Schweiß- und Stoßstellen/Verlegung einer Schweißbahn“ zu beanstanden, da die diesbezüglichen Ansätze des Sachverständigen viel zu pauschal seien; es sei in diesem Zusammenhang auch zu berücksichtigen, dass die Kläger nicht Vorschuss, sondern Schadensersatz verlangten.

Auf einen entsprechenden prozessleitenden Hinweis an die Parteien hat die Beklagte die Abnahmeprotokolle der einzelnen Erwerber vorgelegt, die aus der Zeit zwischen dem 17.09.1999 und 02.03.2000 datieren. Dabei weist sie darauf hin, dass lediglich hinsichtlich des Klägers zu 10) ein derartiges Protokoll nicht existiere; insoweit sei aber zulässigerweise auf das Erfordernis einer förmlichen Abnahme verzichtet worden. 22

Die Beklagte beantragt, 23

in Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen. 24

Die Kläger beantragen, 25

die Berufung zurückzuweisen. 26

Mit der Berufungserwidrerung verteidigen die Kläger das angefochtene Urteil und tragen auf entsprechenden prozessleitenden Hinweis vor, dass der Vortrag im Beweissicherungsverfahren, Ende 1999 seien bereits Undichtigkeiten hinsichtlich sämtlicher Balkone gerügt worden, nicht aufrechterhalten werde. Nach Auswertung der zur Verfügung 27

gestellten Unterlagen ergebe sich, dass bis zur förmlichen Abnahme weder Undichtigkeiten der Balkone gerügt, noch diesbezügliche Abdichtungsarbeiten vorgenommen worden seien. Erstmalig in einer Eigentümerversammlung vom 29.06.2001 hätten mehrere Eigentümer die Undichtigkeit der Balkone gerügt. Die Wohnungen seien keinesfalls sämtlich noch im Jahr 1999 fertig gestellt worden; dies belege auch die erst am 10.08.2000 erteilte Schlussrechnung. Die Kläger verteidigen das Gutachten des Sachverständigen I. aus dem selbständigen Beweisverfahren, welches sie inhaltlich für richtig halten. Die Beklagte habe zudem bereits im Beweissicherungsverfahren ausreichend Gelegenheit gehabt, Stellung zu nehmen und eigene Anträge zu stellen; dort habe sie aber darauf verzichtet, einen Auslagenvorschuss einzuzahlen. Insoweit seien ihr nunmehr Einwendungen gegen das Gutachten verwehrt.

Der Senat hat Beweis erhoben durch Einholung von Sachverständigengutachten sowie durch ergänzende Befragung der Sachverständigen C. und M. im Termin zur mündlichen Verhandlung. Auf die Beweisbeschlüsse und ergänzenden Beweisbeschlüsse vom 26.02.2009 (Bl. 180 – 181 GA), vom 01.12.2009 (Bl. 270 GA), vom 27.04.2010 (Bl. 302 GA) und vom 10.05.2011 (Bl. 440 GA) wird Bezug genommen. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die schriftlichen Gutachten des Sachverständigen I. vom 03.09.2009, Bl. 226 GA nebst gutachterlicher Stellungnahme zur Standsicherheit des Herrn N. vom 31.08.2009, Bl. 235 ff. GA, das Gutachten der Sachverständigen C. und M. vom 30.11.2010, Bl. 334 GA, und ihr ergänzendes Gutachten vom 19.12.2011, Bl. 433 ff. GA, sowie auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 05.04.2011, Bl. 396 ff GA, zu den Ausführungen des Sachverständigen M. im Termin verwiesen. 28

Im Hinblick auf die durch den Senat angeordneten Beweiserhebungen wendet die Beklagte ein, dass diese jeweils unzulässig und damit im Ergebnis nicht verwertbar seien. Für die Zulässigkeit einer Beweiserhebung fehle es bereits an einem hinreichend konkreten Sachvortrag der Kläger; insbesondere jedoch fehle ein entsprechender Beweisantritt. Grundlage des zu beurteilenden Sachverhalts sei allein das Gutachten des Sachverständigen I. im selbstständigen Beweisverfahren. Dieses habe den von den Klägern geltend gemachten Zahlungsantrag zu keinem Zeitpunkt stützen können. Der Senat sei nicht befugt gewesen, durch die angeordneten Beweiserhebungen die Schlüssigkeit der Klage herbeizuführen. 29

Die Akte des Amtsgerichts Geilenkirchen, Az. 10 H 7/05, war Gegenstand der mündlichen Verhandlung. 30

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die in beiden Instanzen zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 31

II. 32

Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache nur teilweise Erfolg. 33

Die Kläger haben gegen die Beklagte einen Schadensersatzanspruch in Höhe des ausgerichteten Betrages aus § 635 BGB a. F. in Verbindung mit §§ 634, 633 BGB a.F. Dieser Betrag setzt sich zusammen aus den festgestellten Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 23.200,00 € zuzüglich Mehrwertsteuer in Höhe von 4.408,00 €. 34

Gemäß Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB gilt für Ansprüche aus dem streitgegenständlichen Vertragsverhältnis aus dem Jahr 1998 das bis zum 31.12.2001 geltende Recht. 35

Das Werk der Beklagten ist mangelhaft.

37

Dies steht auf Grund der Feststellungen des Sachverständigen I. in seinem, im selbstständigen Beweisverfahren erstatteten, schriftlichen Gutachten vom 25.10.2006, sowie bestätigend und ergänzend auf Grund des Ergebnisses des Gutachtens der Sachverständigen C. und M. vom 30.11.2010, fest.

38

Es ist zunächst nicht zu beanstanden, dass das Landgericht das o.g. Gutachten seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat. Die Verwertung des im selbstständigen Beweisverfahren gewonnenen Beweisergebnisses im Hauptsacheprozess erfolgt, sobald sich die beweisbelastete Partei auf Tatsachen beruft, über die selbstständiger Beweis erhoben wurde; eines Beweisantrages bedarf es hierfür nicht mehr. Das Ergebnis der selbstständigen Beweiserhebung ist dann gemäß § 493 ZPO bei Identität der Beteiligten beider Verfahren wie eine vor dem Prozessgericht durchgeführte Beweisaufnahme zu behandeln (Zöller/Herget, ZPO, 29. Aufl., § 493, Rn. 1). So liegt es hier. Antragsteller und Antragsgegner des selbstständigen Beweisverfahrens sind mit den hiesigen Verfahrensbeteiligten identisch. Zur Klagebegründung berufen die Kläger sich auf Tatsachen, über die zuvor selbstständiger Beweis erhoben wurde, nämlich die Mangelhaftigkeit der streitgegenständlichen Balkone.

39

Die Beklagte hat die geschuldete Bauleistung hinsichtlich der Balkone der Wohnungen Nr. x (vorderseitig), Nr. x (vorder- und rückseitig), Nr. x (rückseitig) und Nr. xx (zwei Balkone rückseitig) mangelhaft erbracht, da diese erhebliche Dichtigkeitsmängel aufweisen und bei den vorderseitigen Balkonen ein Abfluss fehlt.

40

Ursache der bereits bestehenden (s. dazu Ausführungen und Fotos S. 11 und 12 des Sachverständigengutachtens I. vom 25.10.2006) und noch drohenden Undichtigkeiten (im Folgenden nur: Undichtigkeiten) sind zu dünne Aluminium-Bleche. Dadurch ist ein „Schwingen“ der Alu-Wannen möglich, wodurch die Schweißbahnen dauerhaft bewegt und bei hohen Temperaturunterschieden porös und undicht werden. Der Sachverständige I. hat mehrere Ortstermine durchgeführt und hierbei die Dichtigkeit der Balkone durch eingehende Untersuchung der Konstruktion begutachtet. Dabei hat er den Split- und Steinbelag aufgenommen und die darunter liegenden Alu-Wannen und Schweißbahnen geprüft. Um die Entwässerung der Balkone zu testen, hat er auf dem Balkon der Wohnung Nr. xx Wasser auf die Balkonfläche gegossen. Dabei stellte er fest, dass das Wasser in der abgeschweißten Alu-Wanne stehen bleibt. Ferner konnte er bei einem „Wippen“ auf dem nicht entfernten Steinbelag erkennen, dass die untermontierte Alu-Wanne schwingt und vibriert. Insoweit legt der Sachverständige überzeugend dar, dass dieses Schwingen und Vibrieren einer dauerhaften Dichtigkeit der Abschweißungen entgegensteht. Die gleichen Mängel hat der Sachverständige nach eingehender Untersuchung auch bei den Balkonen der Wohnungen Nr. x und x festgestellt. Nach einer Besichtigung der jeweils nach vorne (straßenseitig) gelegenen Balkone der Wohnungen Nr. x und x hat der Sachverständige darüber hinaus festgestellt, dass diese über gar keine geregelte Entwässerung verfügen.

41

Das Ergebnis zur Mangelhaftigkeit der streitgegenständlichen Balkone wird auch durch das Gutachten der Sachverständigen C. und M. vom 30.11.2010 gestützt. Diese haben im Rahmen der vor dem Senat durchgeführten Beweisaufnahme in ihrem Gutachten bestätigt, dass die nur 5 mm starken Aluminium-Bleche zur Aufnahme der Flächenlasten nicht geeignet sind. Nach ihren Berechnungen bedarf es Aluminium-Blechen mit einer Mindeststärke von 12 mm, um Verformungen der Alu-Wannen zu vermeiden. Die Sachverständigen C. und M. haben ihre Feststellungen ebenfalls nach Durchführung eines Ortstermins sowie nach

42

eingehender Untersuchung der Balkone getroffen. Dabei hat der Sachverständige M. zahlreiche Lichtbilder angefertigt, die jeweils mit Erläuterungen versehen sind und so die Ausführungen der Sachverständigen anschaulich darstellen.

Der Senat folgt im Ergebnis den übereinstimmenden Feststellungen der Sachverständigen. Die Sachverständigen haben sämtliche streitgegenständlichen Balkone eingehend untersucht und das Ergebnis ihrer Untersuchungen im Einzelnen, auch durch die Anfertigung von Lichtbildern, ausführlich dokumentiert. Die festgestellten Mängel sind nachvollziehbar und plausibel dargelegt. Sie stellen somit eine hinreichende Grundlage für eine eigene Überzeugung des Senats dar. 43

Die Einwände der Beklagten greifen nicht. Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, ist es zunächst für die Frage des Vorliegens eines Mangels ohne Bedeutung, dass es keine anerkannte Norm betreffend die Ausführung von Balkon-Wannen und ihre Bodenabläufe oder die Anbringung von Fallrohren gibt. 44

Eine Mangelhaftigkeit des Werkes ist anzunehmen, wenn eine Abweichung der Ist-Beschaffenheit von seiner Soll-Beschaffenheit vorliegt. Dies bedeutet, dass, soweit sich aus dem Vertrag nichts anderes ergibt, ein funktionstaugliches Werk geschuldet ist (Palandt/Sprau, BGB, 70. Aufl., § 633, Rn. 5). Dabei ist davon auszugehen, dass die Funktionstauglichkeit des Werkes dem Willen der Parteien bei Vertragsschluss entspricht, so dass diese in der Regel Bestandteil der Beschaffenheitsvereinbarung des zu erstellenden Werkes ist (vgl. BGH NJW 2008, 511). Selbst unter der Annahme, eine Vereinbarung zur Beschaffenheit hätten die Parteien nicht getroffen, so kommt es im Ergebnis letztlich auch auf die Gebrauchstauglichkeit des Werkes an (vgl. dazu BGH NJW 1997, 1772). 45

Die Gebrauchstauglichkeit der Balkone ist vorliegend stark eingeschränkt. Die Undichtigkeit führt dazu, dass es auf den jeweils darunter liegenden Balkonen oder Hauseingängen zu Nässe kommt. Ferner führt eine nicht vorhandene oder unzureichende Entwässerung dazu, dass nach Niederschlägen das Wasser auf der Balkonfläche steht und der Balkon damit nicht nutzbar ist. Auch die bei Betreten des Balkons beschriebenen „Schwingungen“ schränken den gewöhnlichen Gebrauchswert ein. 46

Auf den Einwand der Beklagten, es stehe nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht fest, dass Verformungen der Alu-Wannen bereits zu einer Undichtigkeit der Schweißnähte geführt hätten, kommt es nicht an. Einerseits führt der Sachverständige I. aus - und belegt dies durch Fotos (S. 12 seines Gutachtens vom 25.20.2006) -, dass einige Balkone bereits Undichtigkeiten aufweisen. Andererseits legen die Sachverständigen in Kenntnis der Einwendung der Beklagten nachvollziehbar dar, dass durch die Verformungen der zu dünnen Aluminium-Bleche jedenfalls auf Dauer sicher damit zu rechnen sei, dass die Nähte der Schweißbahnen porös und undicht werden. Diese Feststellung reicht zur Annahme des Vorliegens eines Mangels aus. 47

2. 48

Auch die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen des § 635 BGB a. F. liegen nach den zutreffenden Feststellungen des Landgerichts vor. 49

Durch die mangelhafte Werkleistung der Beklagten ist den Klägern ein Schaden entstanden. Dieser liegt bereits in dem im Vertragsverhältnis zu den Klägern von der Beklagten verursachten Mangel selbst (Palandt/Sprau, BGB, 57. Aufl., § 635 a.F., Rn. 6). Es ist nicht erforderlich, dass der Mangel einen weiteren Schaden verursacht (OLG Frankfurt, Urteil vom 50

04.10.2011, 10 U 264/07, zitiert nach juris). Entgegen der Auffassung der Beklagten kommt es daher nicht darauf an, ob es aufgrund der festgestellten Mangelhaftigkeit des Werkes tatsächlich schon bei sämtlichen streitgegenständlichen Balkonen zu einer Beschädigung der Schweißbahnen und zu weiteren Feuchtigkeitsschäden gekommen ist. Der Schaden besteht darin, dass die Balkonabdichtung und die Entwässerung nicht fachgerecht hergestellt sind.

Das gemäß § 635 BGB a. F. erforderliche Verschulden der Beklagten ist anzunehmen. Nach den allgemeinen Regeln der Beweislast nach Gefahrenbereichen trägt der Unternehmer bei Vorliegen eines objektiv mangelhaften Werkes die Beweislast für fehlendes Verschulden (BGH BauR 2005, 1521 ff., zitiert nach juris). Für ein Verschulden von ggf. beauftragten Subunternehmern hätte die Beklagte gemäß § 278 BGB einzustehen. Umstände, die sie oder von ihr beauftragte Unternehmer entlasten könnten, hat die Beklagte nicht vorgetragen. 51

Eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung war entsprechend §§ 635, 634 Abs. 2 BGB a.F. entbehrlich. Die Kläger haben der Beklagten ausreichend Gelegenheit zur Nachbesserung gegeben. Die Beklagte ist den Aufforderungen der Kläger jedoch nicht nachgekommen. Dadurch, dass die Beklagte den erhobenen Mängelrügen stets – auch noch nach Abschluss des selbständigen Beweisverfahrens - entgegengetreten ist, kann von ihrer endgültigen Verweigerung der Mängelbeseitigung ausgegangen werden. 52

3. 53

Das Landgericht geht im Ergebnis zu Recht davon aus, dass sich die Beklagte nicht auf einen Gewährleistungsausschluss gemäß § 640 Abs. 2 BGB a. F. berufen kann. 54

Nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 640 Abs. 2 BGB a. F. erstreckt sich der Gewährleistungsausschluss lediglich auf die Ansprüche nach §§ 633, 634 BGB a. F. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bleiben Schadensersatzansprüche in Geld, ggf. einschließlich der Mängelbeseitigungskosten erhalten (BGHZ 77, 134 ff.; BGHZ 127, 378 ff.; jeweils zitiert nach juris; Palandt/Sprau, BGB, 57. Aufl., § 640, Rn. 6). Die Kläger machen vorliegend gerade einen solchen, auf § 635 BGB a.F. gestützten Schadensersatzanspruch geltend. Auf den Schadensersatzanspruch gemäß § 635 BGB a. F. ist § 640 Abs. 2 BGB jedoch nicht anwendbar (Palandt/Sprau, a.a.O.). 55

Zwar kann – über den Anwendungsbereich des § 640 Abs. 2 BGB hinaus – fortgesetzter Gebrauch nach vorbehaltloser Abnahme trotz positiver Kenntnis eines Mangels als Verzicht auf die Rechte aus § 635 BGB a. F. auszulegen sein (Palandt/Sprau, a.a.O.). Ein Verzicht seitens der Kläger ist jedoch bereits deshalb nicht anzunehmen, weil die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Beklagte eine positive Kenntnis der Kläger von den konkreten Mängeln zum Zeitpunkt der förmlichen Abnahme nicht dargelegt hat. Ausgehend davon, dass § 640 Abs. 2 BGB auf Schadensersatzansprüche nicht anwendbar ist, müssen die Anforderungen an die hinreichende Darlegung eines Verzichtes hoch angesetzt werden, da die genannte Rechtsprechung zur Systematik des § 640 Abs. 2 BGB a. F. sonst unterlaufen würde. Zwar könnte für einen Verzicht der ursprüngliche, recht pauschale Vortrag der Kläger sprechen, bereits seit 1999 seien immer wieder Undichtigkeiten sämtlicher Balkone gerügt worden. Diesen Vortrag haben die Kläger jedoch auf prozessleitenden Hinweis mit der Berufungserwiderung hinsichtlich der zeitlichen Einordnung ausdrücklich fallen gelassen. Sie tragen nunmehr vor, dass sich nach Auswertung der zur Verfügung gestellten Unterlagen ergebe, dass bis zur förmlichen Abnahme im Juli 2000 weder Undichtigkeiten der Balkone gerügt, noch diesbezügliche Abdichtungsarbeiten vorgenommen worden seien. Erstmalig in der Eigentümerversammlung vom 29.06.2001 hätten mehrere Eigentümer die Undichtigkeit der Balkone gerügt. Dieser neue Vortrag der Kläger ist nicht präkludiert. Das Landgericht 56

hatte den vorliegenden Gesichtspunkt erkennbar übersehen, so dass der entsprechende Hinweis in zweiter Instanz nachgeholt wurde und der daraufhin erfolgte Sachvortrag im Hinblick auf § 531 Abs. 2 Nr. 1 und 2 ZPO nicht verspätet ist. Für die Richtigkeit des neuen Vortrags der Kläger sprechen im Übrigen die vorgelegten Unterlagen. Insbesondere ergibt sich aus dem Schreiben vom 01.07.2005 des Prozessbevollmächtigten der Kläger (Bl. 36 der Beiakte), dass Mängelbeseitigungsarbeiten an den Balkonen der Wohnungen Nr. x, x und x erst im Jahre 2005 – und nicht wie vom Landgericht angenommen – vor der förmlichen Abnahme im Jahr 2000 erfolgt sind. Beanstandungen im Hinblick auf Undichtigkeiten der Balkone ergeben sich aus den vorliegenden Unterlagen erstmals aus dem Protokoll der Eigentümerversammlung vom 26.01.2002. Insoweit kann nicht angenommen werden, dass die Kläger die konkreten Mängel bereits im Sommer 2000 kannten und das Objekt dennoch vorbehaltlos abgenommen und genutzt haben. Positive Kenntnis als Voraussetzung eines möglichen Verzichts lässt sich auch nicht daraus ableiten, dass die Kläger zu 1) und 2) mit ihrem Schreiben vom 02.11.1999 bereits beanstandet haben, dass trotz Aufbringens des Fußbodenbelages auf den Balkonen immer noch unzumutbare Schwingungen auftreten würden, denn dabei handelt es sich lediglich um Symptome, mithin um Mangelerscheinungen. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Kläger oder jedenfalls einzelne Kläger die Ursachen der von ihnen gerügten Erscheinungen - zu dünne Alu - Bleche –, deren Art und Ausmaß sowie möglichen Folgeschäden (Undichtigkeit) kannten oder auch nur vermuteten. Die positive Kenntnis, die Voraussetzung eines Verzichts wäre, muss sich aber - ebenso wie im Rahmen des § 640 Abs. 2 BGB a. F. – auf den konkreten Mangel, das heißt auf die Tatsachen beziehen, die in ihrer Gesamtheit den Mangel begründen (Palandt/Sprau, a.a.O.). Dafür reicht die bloße Kenntnis der Mangelerscheinungen aber nicht.

4. 57
- Das Landgericht hat weiterhin im Ergebnis zu Recht angenommen, dass der geltend gemachte Schadensersatzanspruch aus § 635 BGB a. F. nicht verjährt ist. 58
- Die vertraglich vereinbarte fünfjährige Gewährleistungsfrist (Ziff. VI. 2. des Vertrages, Bl. 19 GA) begann mit der förmlichen Abnahme am 28.07.2000. Diese erfolgte ausweislich des Protokolls (Bl. 32 der Beiakte) für das „Gemeinschaftseigentum des Wohn- und Geschäftshauses“, wobei die Eigentümergemeinschaft anlässlich dieses Treffens von dem Verwaltungsbeirat „vertreten“ wurde. Mit diesem Termin korrespondiert in zeitlicher Hinsicht die Schlussrechnung, die kurz danach, nämlich am 10.08.2000, seitens der Beklagten erteilt wurde. 59
- Eine konkludente Abnahme durch Fertigstellung und Bezug der Wohnungen liegt nicht vor. Aus Ziff. V. 4. des vorgelegten Kaufvertrages ergibt sich eine Vereinbarung über die Durchführung einer förmlichen Abnahme. Diese hat hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums – und somit auch der Balkone, die unstreitig im Gemeinschaftseigentum der Kläger stehen - am 28.07.2000 stattgefunden. Zudem ergibt sich aus den Abnahmeprotokollen der einzelnen Wohnungen, dass die Arbeiten Ende des Jahres 1999 noch nicht in allen Teilen abgeschlossen waren. Für die Annahme einer konkludenten Abnahme im Jahr 1999 durch die Fertigstellung der Wohnungen und deren Bezug fehlt es insoweit auch an der erforderlichen Substanz des Vortrags auf Beklagtenseite. 60
- Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den durch die Beklagte mit Schriftsatz vom 26.11.2008 vorgelegten Abnahmeprotokollen. Der diesbezügliche Vortrag der Beklagten ist zwar im Hinblick auf §§ 531 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 ZPO wegen unterbliebenen Hinweises des Landgerichts nicht präkludiert, zumal die Kläger die Existenz der Abnahmeprotokolle nicht 61

bestreiten. Der neue Vortrag ist jedoch nicht geeignet, der Berufung zum Erfolg zu verhelfen. Insoweit kann offen bleiben, ob einzelne Eigentümer überhaupt mit Rechtsfolgen auslösender Wirkung Teile der Werkleistung abnehmen konnten, die das Gemeinschaftseigentum betrafen. Bedeutsam könnten allein die Abnahmeprotokolle der Wohnungen Nr. x, x, x und xx sein. Die Beklagte hat insoweit nur die Protokolle der Wohnung Nr. x (Bl. 125 GA) und der Wohnung Nr. x (Bl. 129 GA) vorgelegt. Aus beiden Abnahmeprotokollen ergibt sich, dass die jeweiligen Balkone zu den genannten Zeitpunkten nicht fertiggestellt waren („Wohnung Nr. x: Balkone nicht nutzbar, Bodenbelag fehlt“; Wohnung Nr. x „Balkonabnahme nach Fertigstellung“). Daraus folgt, dass eine Abnahme hinsichtlich der hier in Streit stehenden Objektteile gerade nicht erfolgt ist.

Bezüglich der Wohnung Nr. xx enthält das Anlagenkonvolut entgegen des Vortrags der Beklagten kein Teil-Abnahmeprotokoll. Bezüglich der Wohnung Nr. x trägt die Beklagte vor, ein Abnahme- und Übergabeprotokoll sei im Einvernehmen mit Herrn T., dem Kläger zu 10.), nicht erstellt worden. Insofern sei die einverständliche und beanstandungslose Übergabe Mitte Juni 2000 erfolgt. Die in diesem Zusammenhang vertretene Ansicht der Beklagten, dass das Fehlen der förmlichen Abnahme unschädlich sei, da darauf in zulässiger Weise habe verzichtet werden können, geht fehl. Zwar ist ein derartiger Verzicht grundsätzlich möglich (vgl. Werner/Pastor, Der Bauprozess, 12. Aufl., Rn. 1351), ein diesbezüglicher Wille des Klägers zu 10.) lässt sich dem Vortrag der Beklagten jedoch nicht entnehmen. Allein der Bezug eines – noch nicht einmal in allen Teilen vollständig – errichteten Objekts reicht zweifellos nicht aus, zumal eine förmliche Abnahme des Gemeinschaftseigentums im Juli 2000 noch stattgefunden hat. Daraus ergibt sich, dass jedenfalls die Kläger oder auch nur einzelne von ihnen auf das vertraglich normierte Erfordernis einer förmlichen Abnahme weder verzichten wollten, noch tatsächlich verzichtet haben.

62

Ausgehend von dem zutreffend angenommenen Verjährungsbeginn am 28.07.2000 sind auch die weiteren Ausführungen des Landgerichts zur Verjährungsfrage nicht zu beanstanden. Gemäß Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 EGBGB findet auf den am 01.01.2002 bestehenden und noch nicht verjährten Anspruch der Kläger das neue Verjährungsrecht Anwendung, so dass das Landgericht zu Recht § 204 Abs. 1 Nr. 7, Abs. 2 BGB n. F. angewandt und eine Hemmung der Verjährung angenommen hat. Gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB wird die Verjährung durch die Zustellung des Antrags auf Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens gehemmt.

63

Vorliegend wurde der am 16.07.2005 beim Amtsgericht Geilenkirchen eingegangene Antrag der Beklagten zunächst nicht förmlich zugestellt. Da sich die Beklagte jedoch auf den Antrag rügelos eingelassen hat, steht die formlose Übermittlung einer Zustellung gleich (Palandt/Heinrichs, BGB, 69. Aufl., § 204, Rn. 22). Die Anordnung der formlosen Übermittlung des Antrags auf Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens erfolgte ausweislich Bl. 38 der Beiakten durch richterliche Verfügung vom 21.07.2005, ausgeführt am 25.07.2005. Darüber hinaus wurde der Antrag letztlich am 17.08.2005 der Beklagten noch förmlich zugestellt, vgl. Bl. 67 BA. Da die Verzögerung der Zustellung nicht auf einem Verschulden der Kläger beruhte, sondern gerichtsinterne Gründe hatte, gilt der Antrag wegen der in § 167 ZPO geregelten Rückwirkungsfiktion mit Eingang bei Gericht, hier also dem 16.07.2005 als zugestellt. Die Hemmung der Verjährung begann damit jedenfalls vor dem 28.07.2005 und mithin vor Ablauf der fünfjährigen Gewährleistungsfrist.

64

Das selbstständige Beweisverfahren war durch Beschluss vom 22.01.2008 beendet. Die Hemmung der Verjährung endet gemäß § 204 Abs. 2 BGB sechs Monate nach Beendigung des eingeleiteten Verfahrens, mithin im Juli 2008. Bereits am 02.02.2008 war die hier zu

65

Grunde liegende Klage beim Landgericht Aachen rechtshängig.

5. 66
- Ebenfalls nicht zu beanstanden sind die Ausführungen des Landgerichts, soweit dieses den Tatbestand der Verwirkung verneint. 67
- Ein Recht ist verwirkt, wenn der Berechtigte es längere Zeit hindurch nicht geltend gemacht und der Verpflichtete sich darauf eingerichtet hat und sich nach dem gesamten Verhalten des Berechtigten auch darauf einrichten durfte, dass dieser das Recht nicht mehr geltend machen werde (Palandt/Heinrichs, BGB, 69. Aufl., § 242, Rn. 87). Die Geltendmachung des Rechts müsste eine mit Treu und Glauben (§ 242 BGB) unvereinbare Härte darstellen (vgl. dazu BGH NJW 2006, 219; 2010, 3716). 68
- Vorliegend ist weder das erforderliche Zeit- noch das Umstandsmoment erfüllt. Nach vorstehenden Ausführungen kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Kläger vor dem Jahr 2001 Kenntnis von der festgestellten Undichtigkeit der Balkone hatten, da die vorher gerügten „Schwingungen“ lediglich die Mangelerscheinungen betrafen, aber keinesfalls positive Kenntnis von Art und Umfang des Mangels begründeten. Selbst wenn – entsprechend des Vortrags der Beklagten – auf eine Kenntnis der Kläger seit dem Herbst 1999 bis zur Einleitung des Beweissicherungsverfahrens im Juli 2005 abzustellen wäre, würde dies zur Annahme der Verwirkung nicht ausreichen. Dazu bedürfte es eines erheblich längeren Zeitraums. Das Schreiben des Architekten der Beklagten vom 12.11.1999 (Bl. 42 GA) vermag das erforderliche Umstandsmoment auch im Hinblick auf die darin enthaltene Fristsetzung an die Kläger nicht zu begründen. Zum einen erscheint die bis zum 17.11.1999 bemessene Frist unangemessen kurz; zum anderen haben die Kläger durch ihr bloßes Schweigen gerade keinen Vertrauenstatbestand gegenüber der Beklagten begründet, der diese zu der Annahme veranlassen konnte, die Kläger würden die Sache „auf sich beruhen lassen“. Dafür spricht auch, dass die Beklagte unstreitig zwischen Februar und Juli 2005 nach Aufforderung durch die Kläger die Balkone der Wohnungen Nr. 4, 7 und 8 noch saniert hat. Die Beklagte ging zu diesem Zeitpunkt mithin selbst nicht von einer Verwirkung der klägerischen Ansprüche aus. 69
6. 70
- Der Schadensersatzanspruch der Kläger gemäß § 635 BGB a.F. ist in Höhe von 23.200,00 € zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer, mithin in Höhe von 27.608,00 €, begründet. 71
- Die Höhe des Ersatzanspruches bemisst sich nach dem Schaden, der in der Mangelhaftigkeit des Werkes zu sehen ist und damit entweder nach der mangelbedingten Wertminderung oder nach den für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Aufwendungen (Palandt/Sprau, BGB, 57. Aufl., zu § 635 a.F., Rn. 6). 72
- a. 73
- In der tenorierten Höhe schätzt der Senat gemäß § 287 Abs. 1 ZPO die Kosten, die den Klägern zur vollständigen und nachhaltigen Beseitigung der festgestellten Mängel entstehen würden. 74
- Die Schätzung erfolgt auf Grundlage der im Rahmen der Beweisaufnahme vor dem Senat eingeholten Sachverständigengutachten. 75

Die Sachverständigen C. und M. haben in ihrem ergänzenden Gutachten vom 19.12.2011 mit überzeugender Begründung die Kosten für die Beseitigung der festgestellten Mängel mit insgesamt 21.200,00 € netto sowie mit weiteren 2.000,00 € netto für den Einsatz einer Hebebühne ermittelt.

Zur Ermittlung der Kosten der Mängelbeseitigung haben die Sachverständigen erneut einen Ortstermin durchgeführt und auch die straßenseitigen Balkone besichtigt. Sie haben die Größe der streitgegenständlichen Balkone exakt ermittelt und ihren Berechnungen zu Grunde gelegt. Die Ausführungen der Sachverständigen sind daher in jeder Hinsicht nachvollziehbar und plausibel. 77

Für die Ermittlung der Mängelbeseitigungskosten hinsichtlich des Ersatzes der Aluminium-Bleche einschließlich Material, Montage, Demontage und Entsorgung haben die Sachverständigen ein Angebot einer ortsansässigen Metallbau-Firma eingeholt. Die Metallbau-Firma G. GmbH schätzt die insoweit anfallenden Kosten auf 10.900,00 € zuzüglich Mehrwertsteuer (ohne Kosten einer Hebebühne). Damit korrespondiert im Wesentlichen auch das Ergebnis der durch den Gutachter I. ermittelten Kosten des „Metallbaus“ in seinem Gutachten vom 03.09.2009. Dieser schätzt die Kosten auf 12.000,00 € zuzüglich Mehrwertsteuer (inklusive Hebebühne). Die Sachverständigen C. und M. legen in ihrem Gutachten daraufhin einen gerundeten Betrag von 11.000,00 € netto für die Position „Metallbaukosten“ zugrunde. 78

Für das Entfernen und seitliche Lagern der Betonplatten, Entfernen und Entsorgen des Split-Bettes veranschlagen die Sachverständigen 2.300,00 € zuzüglich Mehrwertsteuer. Für das Verlegen neuer Schweißbahnen und das Verschweißen der Kanten werden nach überzeugender Darlegung der Sachverständigen 3.400,00 € zuzüglich Mehrwertsteuer anfallen. Hinsichtlich der vorderen, straßenseitigen und überdachten Balkone halten die Sachverständigen C. und M. die Montage einer Balkonentwässerung durch Ausbildung eines Fallrohres DN 70, verzinkt, mit Anschluss an die beiden Balkone für ausreichend, um die Mangelfreiheit des Werkes herzustellen. Dafür werden Kosten in Höhe von 1.300,00 € zuzüglich Mehrwertsteuer entstehen. Für die Neuverlegung von Stein- und Splitbelag errechnen die Sachverständigen entstehende Kosten von ca. 3.200,00 € zuzüglich Mehrwertsteuer. Zur Montage der Aluminium-Bleche wird nach den überzeugenden Ausführungen der Sachverständigen eine Hebebühne erforderlich sein, die bei mehreren Einsätzen und zu erwartenden Standortwechseln zusätzliche Kosten in Höhe von ca. 2.000,00 € auslösen wird. Unschädlich ist insofern, dass die Sachverständigen diesen Betrag bei der Summierung der Mängelbeseitigungskosten - offenbar versehentlich - unberücksichtigt ließen. 79

Darüber hinaus ist der Sachverständige I. anlässlich der durch den Senat angeordneten ergänzenden Beweisaufnahme in seinem Gutachten vom 03.09.2009 zu ähnlich hohen Mängelbeseitigungskosten gekommen. 80

Der Senat hat daher insgesamt keine Bedenken, die Kostenermittlung der Sachverständigen C. und M. in ihrem ergänzenden Gutachten vom 19.12.2011 als hinreichende Schätzgrundlage zur Ermittlung der Schadenshöhe zu Grunde zu legen (§ 287 ZPO). 81

Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß § 635 BGB a.F. umfasst die gesetzliche Mehrwertsteuer. Diese beträgt vorliegend 4.408,00 € (19% von 23.2000,00 €). Auch insoweit handelt es sich um Kosten, die zur Mängelbeseitigung aufgewendet werden müssen. § 249 Abs. 2 S. 2 BGB n.F. findet auf den vorliegenden Anspruch keine Anwendung, da das schädigende Ereignis noch vor dem 31.07.2002 lag, vgl. Art. 229 § 8 EGBGB. 82

Letztlich erhebt die Beklagte auch keine konkreten Einwendungen gegen die Höhe der von den Sachverständigen ermittelten Kosten zur Mängelbeseitigung. Die Beklagte wiederholt insoweit lediglich ihre Auffassung, wonach es in Ermangelung von entsprechenden Vorschriften bzw. einer vertraglichen Vereinbarung der Parteien an der Mangelhaftigkeit des Werkes fehle. Im Übrigen wendet sie ein, die Kosten der Mängelbeseitigung wären deutlich geringer, da es insoweit ausreichend sei, die Schweißbahnen neu zu verlegen und die Abklebungen zu erneuern. 83

Der Senat hält indes, aufgrund der überzeugenden Ausführungen der Sachverständigen, denen der Senat folgt, die bloße Erneuerung der Schweißbahnen nebst Erstellung neuer Verklebungen und Anschlüsse für nicht ausreichend, um die Mangelhaftigkeit des Werkes – hier die Undichtigkeit der streitgegenständlichen Balkone – dauerhaft zu beseitigen. Denn auch bei Verwendung neuer, qualitativ hochwertiger Schweißbahnen, besteht die Gefahr, dass diese durch ständige Bewegung wegen der Verformung der zu dünnen Alu-Bleche und hoher Temperaturunterschiede auf Dauer porös und undicht werden. Ein Werk ist aber – wie oben bereits ausgeführt – nur dann mangelfrei, wenn es nach seiner Beschaffenheit auch dauerhaft funktionstauglich bleibt. 84

b. 85

Die Kosten für die Überprüfung der Statik können die Kläger nicht (mehr) als Teil ihres materiellrechtlichen Schadensersatzanspruches mit Erfolg geltend machen. 86

Im Rahmen der vor dem Senat durchgeführten Beweisaufnahme ist nunmehr unbestritten festgestellt, dass die von der Beklagten erstellte Statik ordnungsgemäß war und eine Standfestigkeit der Balkone gegeben ist. Dies hat der Sachverständige N. in seiner gutachterlichen Stellungnahme zur Standsicherheit vom 31.08.2009 nachvollziehbar ausgeführt. Zum Schadenersatzanspruch gemäß § 635 BGB a. F. gehören zwar grundsätzlich auch die Kosten für ein Gutachten, welches bei vorliegenden Mängeln klären soll, um welche Mängel es sich im Einzelnen handelt und welche Möglichkeiten der Beseitigung bestehen (vgl. BGH NJW 1985, 381). 87

Diese Kosten sind nunmehr allerdings im Rahmen der Beweisaufnahme als Auslagen für den Sachverständigen N. in Höhe von 748,00 Euro angefallen und mithin ein Teil der Prozesskosten im Sinne der §§ 91 ff. ZPO. Die Auslagen für das Gutachten sind somit Bestandteil des prozessualen Kostenerstattungsanspruches geworden. Dieser beruht allein auf den Vorschriften der Zivilprozessordnung, ist aber ein privatrechtlicher Anspruch, der nur in dem Rechtsstreit, in dem er entsteht, im Kostenfestsetzungsverfahren, nicht aber in einem selbstständigen Prozess verfolgt werden kann (vgl. dazu OLG Köln, MDR 1981, 763). 88

c. 89

Entgegen der Auffassung der Beklagten waren die vor dem Senat durchgeführten Beweiserhebungen durch Einholung von Sachverständigengutachten zulässig. Die vorgelegten Gutachten sind verwertbar. 90

Die Beklagte hat sich wiederholt auf den Standpunkt gestellt, die Zahlungsklage der Kläger sei von Anfang an unschlüssig gewesen. Die Angaben des Sachverständigen I. im selbstständigen Beweisverfahren seien derart unpräzise gewesen, dass sie als Grundlage für den geltend gemachten Zahlungsanspruch nicht ausreichend gewesen sei. Jedwede Beweisaufnahme, die diesen Zustand beseitigen solle, würde nicht in Ausübung pflichtgemäßen Ermessens erfolgen. Eine solche Möglichkeit biete § 287 ZPO nicht. 91

Diese Auffassung der Beklagten teilt der Senat nicht. Die Kläger haben durch zulässige Bezugnahme auf das Gutachten des Sachverständigen I. vom 25.10.2006 im selbstständigen Beweisverfahren, <u>dem Grunde nach</u> schlüssig zu den Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs gemäß § 635 BGB a. F. vorgetragen. Wie oben bereits näher ausgeführt, hat der Sachverständige I. dort unzweifelhaft Mängel, nämlich eine Undichtigkeit bzw. gänzlich fehlende Entwässerung der Balkone der Wohnungen Nr. x, x, x und xx festgestellt. Dass der Sachverständige I. im Rahmen dieses Gutachtens die Mangelfreiheit der Statik in Frage stellt und entsprechende Kosten für die Überprüfung der Statik in seinem Gutachten aufführt, steht dem nicht entgegen. Denn er hat die Kosten für die Beseitigung der sicher festgestellten Mängel – ebenso wie die mit der Statik zusammenhängenden Kosten – separat ausgewiesen. Die über die Frage der Statik hinausgehende grundlegende Feststellung der Mangelhaftigkeit der Balkone (zu dünne Aluminium-Bleche, fehlende Entwässerung) bleibt davon unberührt.	92
Steht indes der geltend gemachte Anspruch auf Ersatz eines Schadens dem Grunde nach fest und ist der Anspruchsteller der ihm obliegenden Darlegungs- und Beweislast zur Schadenshöhe nur unvollständig oder gar nicht nachgekommen, darf die Klage grundsätzlich nicht vollständig abgewiesen werden, sondern der Tatrichter muss im Rahmen des Möglichen den Schaden nach § 287 ZPO schätzen (vgl. BGH, Urteil vom 23.10.1991, XII ZR 144/90, zitiert nach juris; BGHZ 54, 45). Der Richter hat die schätzungsbe gründenden Tatsachen festzustellen und selbst vom Anspruchsteller nicht vorgetragene Tatsachen nach freiem Ermessen zu berücksichtigen. Dazu hat das Gericht ggf. auch über den Sachvortrag hinaus eine Aufklärung durch die Einholung von Sachverständigengutachten zu veranlassen (BGH, Urteil vom 12.10.1993, X ZR 65/92; BGH, Urteil vom 24.06.1968, III ZR 37/66, VersR 1968, 987; jeweils zitiert nach juris). Ein Sachverständigengutachten muss das Gericht von Amts wegen dann einholen, wenn dies sachdienlich ist. Das ist stets dann der Fall, wenn das Gericht bei seiner Ermessensausübung sich eine eigene Sachkunde nicht zutrauen darf (vgl. § 144 Abs. 1 ZPO; vgl. dazu: BGH, Urteil vom 22.06.1989, III ZR 156/86; Zöller/Greger, ZPO, 28. Aufl., § 287, Rn. 6). Eine Schadensschätzung - und mithin auch die Einholung von dazu für erforderlich gehaltenen Sachverständigengutachten – ist nur dann zu unterlassen, wenn sie mangels jeglicher konkreter Anhaltspunkte völlig in der Luft hänge und daher willkürlich wäre (vgl. BGH, Urteil vom 23.10.1991, XII ZR 144/90; BGHZ 91, 243).	93
Auf Grund des Gutachtens des Sachverständigen I. im selbstständigen Beweisverfahren war jedoch – wie oben ausgeführt – die Mangelhaftigkeit des Werkes, hier die Undichtigkeit der Balkone, dem Grunde nach festgestellt. Auf das Ergebnis des Gutachtens haben die Kläger zur Begründung der Klage im Hauptsacheverfahren in nicht zu beanstandender Weise Bezug genommen, §§ 493, 285 ZPO. Bedenken, die der Senat hinsichtlich der Ausführungen des Sachverständigen zur Höhe der Kosten der Mängelbeseitigung hatte, konnten und mussten auf Grund fehlender eigener Sachkunde des Senats durch die Einholung von weiteren Sachverständigengutachten beseitigt werden. Genau dies hat der Senat durch die den Gutachten jeweils zu Grunde liegenden Beweisbeschlüssen getan, bis letztlich nach Auffassung des Senats eine hinreichende Schätzgrundlage im Sinne von § 287 ZPO gegeben war.	94
7.	95
Der von den Klägern geltend gemachte Zinsanspruch ist nur teilweise begründet.	96
Den Klägern steht ein Anspruch auf Zahlung von Prozesszinsen gemäß §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit der Klage am 02.02.2008 zu. Ein Anspruch auf Verzinsung besteht nicht	97

bereits aus einem früher eingetretenen Verzug der Beklagten mit der Mängelbeseitigung; insbesondere nicht – wie beantragt - seit Rechtshängigkeit des selbständigen Beweisverfahrens. Zum damaligen Zeitpunkt hatten die Kläger noch Nachbesserung verlangt. Wegen des hier geltend gemachten Schadensersatzanspruches war die Beklagte vorprozessual nicht in Verzug gesetzt worden.

III. 98

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 100 Abs. 1 ZPO. Die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens sind Kosten des Rechtsstreits, sofern Identität der Parteien und des Streitgegenstandes besteht (BGH NJW 2006, 2557; Zöller/Herget, ZPO, 29. Aufl., § 91, Rn. 13 – selbstständiges Beweisverfahren). So liegt es – wie oben bereits ausgeführt - hier. 99

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 100

Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Es handelt sich um eine Einzelfallentscheidung. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs. 101