
Datum: 19.12.2003
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 22. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 22 U 69/03
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2003:1219.22U69.03.00

Tenor:

Die Berufungen der Beklagten und ihres Streithelfers gegen das am 10. April 2003 verkündete Urteil der 10. Zivilkammer des Landgerichts Mönchengladbach werden zurückgewiesen.

Auf die Berufung der Kläger wird die weitergehende Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Die Kostenentscheidung bleibt dem Schlussurteil vorbehalten.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

-
- Gründe :** 1
- A. 2
- Mit notariellem Vertrag vom 26.02.1998 erwarben die Kläger von der Beklagten die im Tenor der landgerichtlichen Entscheidung näher bezeichneten Grundstücke (Haus- und Garagengrundstück), die bis zum 30.12.1998 von der Beklagten mit einer Doppelhaushälfte und einer Garage nach näherer Vereinbarung gemäß einer im notariellen Kaufvertrag in Bezug genommenen Beschreibung bebaut werden sollten. Die Kläger zahlten den Kaufpreis von 413.000,00 DM sowie weitere 12.710,00 DM für Sonderwünsche und zogen nach der Übergabe des Hauses am 10.11.1998 ein. 3
- Bereits während der Bauausführung hatten die Kläger den Bau wiederholt besichtigt und mit Schreiben vom 17.08. und 23.10.1998 Mängel gerügt. Anlässlich der Vorabnahmebesichtigung am 27.10.1998 rügten die Kläger erneut Mängel, ebenso sind im Protokoll der Abnahme beim Übergabetermin am 10.11.1998 Mängelrügen enthalten, darunter die Rüge, dass im Bereich des Studios im Dachgeschoss der Schallschutz zum 4

Nachbarhaus nicht ausreiche (Bl. 68 GA). Die Parteien einigten sich sodann auf die Einholung eines Schiedsgutachtens über verschiedene Mängelrügen, das am 30.06.1999 von den Sachverständigen S. und D. vorgelegt wurde. Diese stellten u.a. fest, dass im Dachgeschoss nur ein Schalldämmwert von 32 dB erreicht wurde, während mindestens 57 dB vorgeschrieben sind.

Anschließend führte die Beklagte Mängelbeseitigungsarbeiten durch. In einer Besprechung am 20.01.2000 kündigte die Beklagte diverse weitere Mängelbeseitigungsarbeiten an, darunter hinsichtlich der Frage des Schallschutzes im Dachgeschoss die Errichtung eines Gerüsts, die Öffnung der Dachfläche an der Haustrennwand, die Trennung der Firstpfette und der Dachlatten sowie Maurerarbeiten an der Haustrennwand. Durch diese anschließend durchgeführten Arbeiten verbesserte sich der Schallschutz auf 51 dB. Unter dem 25.07.2000 rügten die Kläger die unzureichende Erledigung von Mängelbeseitigungsarbeiten, darunter den noch nicht ausreichenden Schallschutz und setzten eine letzte Frist bis zum 25.08.2000. Am 11.12.2000 unterbreitete die Beklagte einen Sanierungsvorschlag unter Beifügung von Stellungnahmen der Sachverständigen M. und J. (Bl. 183 ff. GA). Darin heißt es, dass mit den Sachverständigen eine Lösung erarbeitet worden sei, die eine 2-lagige Verkleidung der Wandfläche zum Nachbarhaus nach einer Systemlösung der Fa. K. vorsehe. "Um einen Versatz in der Unterseite zu vermeiden", solle die gesamte Fläche des Spitzbodens und des Treppenhauses sowie die Firstpfette verkleidet werden. 5

Mit Schreiben vom 12.12. und 15.12.2000 (Bl. 178, 181 GA) setzten die Kläger der Beklagten eine letzte Frist bis zum 22. bzw. 21.12.2000 zur Erledigung der Mängelbeseitigungsarbeiten und erklärten, nach Fristablauf die Leistung durch die Beklagte abzulehnen. Mit Schreiben vom 22.12.2000 (Bl. 199 GA) erklärten die Kläger, dass die Ausführungen der Beklagten im Schreiben vom 11.12.2000 nichts an der fehlenden Erledigung der Mängelbeseitigung ändern würden und forderten Schadensersatz in Form der Rückabwicklung des Vertrages. 6

Die Kläger haben behauptet, die von der Beklagten im Schreiben vom 11.12.2000 vorgeschlagenen Maßnahmen seien zur Beseitigung der Schallschutzmängel unzureichend. Daneben liege noch eine Vielzahl von weiteren Mängeln vor. Sie haben deshalb Schadensersatz in Form der Rückzahlung des Kaufpreises verlangt nebst zahlreichen weiteren Schadenspositionen, im Wesentlichen Aufwendungen für das Hausgrundstück und Erwerbs- und Finanzierungskosten, wegen deren Einzelheiten auf die Aufstellung S. 8-10 der Klageschrift = Bl. 8-10 GA Bezug genommen wird. Sie haben sich auf ihre Forderung einen Betrag von 27.300,00 DM als ersparte Mietaufwendungen anrechnen lassen 7

und haben beantragt, 8

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie 510.199,84 DM nebst Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank gemäß § 1 DÜG seit dem 23.12.2000 zu zahlen, Zug um Zug gegen Rückübereignung und Rückauflassung des Hausgrundstücks M.-E.-Str. in G., eingetragen im Grundbuch des Amtsgerichts von G. sowie Grundstück Flur 4, Flurstück 850, groß 48 qm, 9
2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, den Klägern auch über den Antrag zu Ziffer 1 hinaus sämtlichen Schaden zu ersetzen, der dadurch entstanden ist und noch entstehen wird, dass die Leistungen der Beklagten an dem Bauwerk M.-E.-Str. in G. mangelhaft sind und infolge dessen im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs das Erwerbsgeschäft zurückabgewickelt werden muss; insbesondere festzustellen, dass die Beklagte auch verpflichtet ist, den Klägern eine noch nicht berechnete Vorfälligkeitsentschädigung, die bei vorzeitiger Auflösung der Finanzierungsdarlehen von der jeweiligen Bank berechnet werden

wird, zu ersetzen.

Die Beklagte hat beantragt,	10
die Klage abzuweisen.	11
Sie hat behauptet, die von ihr mit Schreiben vom 11.12.2000 vorgeschlagenen Maßnahmen seien zur Erreichung des Mindestschallschutzes von 57 dB ausreichend, auch wenn der Erfolg solcher Maßnahmen nicht genau voraussagbar sei. Die weiteren gerügten Mängel seien größtenteils beseitigt, geringfügig oder nicht von ihr zu verantworten.	12
Die von den Klägern geltend gemachten weiteren Schadenspositionen gemäß Ziffer III 2 der Klageschrift (Bl. 8 GA) seien ihr nicht bekannt, sie bestreite die Zahlung jeweils mit Nichtwissen. Gleiches gelte für die angeblich gezahlten Schuldzinsen. Die Kläger müssten sich mindestens 1.600,00 DM monatlich als ersparte Mietaufwendungen anrechnen lassen.	13
Der Streithelfer der Beklagten hat ebenfalls beantragt,	14
die Klage abzuweisen,	15
und hat behauptet, das eingebaute Fertigdach-System sei erprobt und könne nicht die Ursache für die Schallschutzmängel sein. Die Ursache sei vielmehr in Ausführungsfehlern zu sehen, da Planung und Ausschreibung fachgerecht erfolgt seien.	16
Das Landgericht hat Beweis erhoben zur Frage, ob die von der Beklagten mit Schreiben vom 11.12.2000 vorgeschlagenen Maßnahmen zur Beseitigung der Schallschutzmängel geeignet seien, durch Einholung eines Gutachtens des Sachverständigen Dr.-Ing. B. Dieser hat neben dem Gutachten eine ergänzende Stellungnahme vorgelegt und sein Gutachten in der Sitzung vom 09.01.2003 mündlich erläutert.	17
Mit Urteil vom 10.04.2003, auf dessen Feststellungen im übrigen Bezug genommen wird, hat das Landgericht der Klage überwiegend stattgegeben und die Beklagte unter Klageabweisung im übrigen zur Zahlung von 239.025,22 EUR (= 467.492,69 DM) nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückübereignung und Rückübertragung der Grundstücke verurteilt und daneben die Verpflichtung der Beklagten zu weiterem Schadensersatz wie beantragt festgestellt. Zur Begründung hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt:	18
Den Klägern stehe die verlangte Rückabwicklung des Vertrags nebst Ersatz weiterer Aufwendungen als Schadensersatz zu. Der Anspruch sei nach den vertraglichen Vereinbarungen nicht ausgeschlossen, weil die dort vereinbarte Beschränkung der Gewährleistung auf Nachbesserung oder Minderung eine Rückabwicklung in Form des Schadensersatzes nicht ausschließe.	19
Das Haus weise jedenfalls hinsichtlich des Schallschutzes unstreitig auch nach der erfolgten Nachbesserung einen Mangel auf. Eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung sowie die anschließende Ablehnung liege vor; die zuletzt gesetzte Frist sei zwar kurz, aber nicht unangemessen kurz bemessen gewesen. Die Ablehnung weiterer Mangelbeseitigungen sei nicht treuwidrig, weil die von der Beklagten angebotene Maßnahme zur Erreichung eines ausreichenden Schallschutzes ungeeignet gewesen sei. Das stehe nach dem Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme fest. Nach den Feststellungen des Sachverständigen liege das Hauptproblem der Schallübertragung im Bereich der Firstpfette, so dass die von der Beklagten vorgesehene Verkleidung zur Problembehebung ungeeignet gewesen sei. Entgegen der Auffassung der Beklagten habe diese in dem Schreiben vom 11.12.2000 nicht	20

(auch) eine Verkleidung der Firstpfette angeboten. Bei diesem Angebot habe es sich um eine lediglich optisch, nicht akustisch wirksame Maßnahme gehandelt.	
Der Höhe nach umfasse der Anspruch der Kläger zunächst die Rückzahlung des Kaufpreises einschließlich des Preises der Sonderwünsche, nicht jedoch die angeblichen Aufwendungen der Kläger für die Ausstattung des Hauses. Trotz des Bestreitens der Beklagten hätten die Kläger die Zahlungsnachweise nicht, wie angekündigt, vorgelegt und seien damit beweisfällig geblieben. Ein Hinweis sei insoweit nicht erforderlich gewesen.	21
Der durch Kontoauszüge belegte Zinsschaden von 60.072,70 DM in den Jahren 1998 bis 2000 stehe den Klägern zu, nicht dagegen das nicht belegte Agio für das Jahr 2000. Hiervon müssten sich die Kläger 41.600,00 DM ersparte Mietaufwendungen für den gleichen Zeitraum (26 Monate) abziehen lassen, weil nach dem unbestritten gebliebenen Vorbringen der Beklagten hierfür monatlich 1.600,00 DM anzusetzen seien.	22
Weiter stehe den Klägern der Ersatz von Umzugskosten, Kaufnebenkosten und nicht anrechnungsfähigen Rechtsanwaltskosten jeweils in geltend gemachter Höhe zu.	23
Gegen dieses Urteil wenden sich die Parteien mit ihren Berufungen.	24
Die Beklagte und ihr Streithelfer verfolgen ihr Begehren auf Klageabweisung weiter. Die Beklagte macht geltend: Das Landgericht habe verkannt, dass die Fristsetzungen der Kläger im Dezember 2000 zu kurz und deshalb die Ablehnung von Mängelbeseitigungsarbeiten unwirksam waren. Nach dem erstinstanzlich insoweit unstreitigen Sachverhalt hätten sich die Kläger ein Mitspracherecht ausbedungen und jede Art von Mängelbeseitigung abgelehnt, die sie nicht zuvor akzeptiert hätten. Die Kläger hätten aber auf ihren Vorschlag vom 11.12.2000, der zudem alternativ eine Minderung statt einer Mängelbeseitigung vorgeschlagen habe, keine Zustimmung erklärt, weshalb sie mit Mängelbeseitigungsarbeiten innerhalb der zu kurz gesetzten Frist nicht einmal habe beginnen können.	25
Die Beweisaufnahme habe auch nicht ergeben, dass die angebotenen Maßnahmen ungeeignet gewesen wären. Die Verkleidung der Firstpfette sei von ihr eindeutig vorgeschlagen worden. Bei unvoreingenommener Betrachtung sei dies so zu verstehen gewesen, dass der Hohlraum hinter der Verkleidung mit schalldämmendem Material ausgefüllt werden sollte, auch wenn sich das nicht eindeutig aus dem Angebot ergebe. Diese Ausführung wäre aber nach den Feststellungen des Sachverständigen geeignet gewesen, den erforderlichen Schallschutz herzustellen.	26
Der Streithelfer der Beklagten trägt vor: Die von der Beklagten vorgesehene Maßnahme sei genau das gewesen, was der Sachverständige als notwendig erachtet habe. Deshalb hätten die Kläger die vorgeschlagene Maßnahme nicht ablehnen dürfen.	27
Außerdem sei das Rückabwicklungsverlangen der Kläger treuwidrig, weil die Beklagte jederzeit nachbesserungswillig gewesen sei und die erste Nachbesserung zu einem Schalldämmwert knapp unterhalb des vertraglich vereinbarten Werts geführt habe. Die jetzt vorliegende Gebrauchsbeeinträchtigung sei geringfügig, ebenso die Kosten der weiteren Nachbesserung im Verhältnis zum Kaufpreis. Nach den Messungen des gerichtlichen Sachverständigen liege der Dämmwert jetzt bei 54 dB, während 57 dB gefordert werden könnten. Die von der Beklagten vorgesehenen Maßnahmen würden - auch bei nur einseitiger Durchführung nur im Hause der Kläger - zu einem Dämmwert weit über dem Mindestanforderung führen. Das Landgericht habe bei seiner anderslautenden Feststellung nur auf das erste Gutachten des Sachverständigen abgestellt und verkannt, dass dieser seine	28

ursprünglichen Ausführungen nicht nur relativiert, sondern vollständig zugunsten der Beklagten korrigiert habe.

Die Beklagte und ihr Streithelfer beantragen, 29

unter (teilweiser) Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen. 30

Die Kläger beantragen, 31

die Berufungen der Beklagten und ihres Streithelfers zurückzuweisen. 32

Sie machen geltend, der Beklagten sei es in mehr als zwei Jahren nicht gelungen, die 33
Schalldämmung auf das erforderliche Maß zu bringen, obwohl bereits am 30.06.1999 das
Schiedsgutachten vorgelegen habe, in dem Arbeiten vorgeschlagen worden seien. Mit
Schreiben des Sachverständigen vom 31.05.2000 sei der Beklagten bekannt gewesen, dass
ihre Versuche zur Herstellung eines ausreichenden Schallschutzes bislang nicht ausreichend
gewesen seien. Auf die Fristsetzung vom 25.07. auf den 25.08.2000 habe die Beklagte nichts
unternommen, ebenso sei die auf den 30.11.2000 gesetzte und schließlich die letzte Frist auf
den 22.12.2000 ergebnislos verstrichen. Deshalb stehe dem Rückabwicklungsbegehren Treu
und Glauben nicht entgegen.

Konkrete Vorschläge, wie vorgegangen werden solle, habe die Beklagte nicht gemacht, 34
ebenso wenig terminlich fixierte Vorschläge.

Der Streithelfer der Beklagten bagatellisiere den vorhandenen Mangel, der erheblich sei. Der 35
Sachverständige habe auch festgestellt, dass die von der Beklagten vorgeschlagenen
Maßnahmen nicht den geforderten Schalldämmwert von 57 dB gebracht hätten. Keineswegs
habe der Sachverständige sich korrigiert.

Der Mangel des Schallschutzes zusammen mit den anderen Mängeln, die die Beklagte 36
ebenfalls nicht beseitigt habe, ließen ein Festhalten der Kläger am Vertrag als unzumutbar
erscheinen.

Mit ihrer Berufung erstreben die Kläger ein höhere Verurteilung der Beklagten und machen 37
geltend: Rechtsfehlerhaft habe es das Landgericht übersehen, dass ein Teil der vorgelegten
Belege zu den Aufwendungen für die Ausstattung des Hauses Barzahlungsnachweise
enthalten habe. Im übrigen hätte es eines Hinweises des Landgerichts bedurft, dass die
angekündigten Belege nicht vorgelegt wurden. Hätte das Landgericht diesen Hinweis erteilt,
so hätten die Kläger zum Beleg Kontoauszüge überreicht und ergänzend Beweis durch
Zeugnis der Zahlungsempfänger angeboten. Teilweise habe der Bauleiter der Beklagten
auch gesehen, dass die Leistungen erbracht worden waren, weshalb das pauschale
Bestreiten der Beklagten unbeachtlich gewesen sei. Insgesamt seien Forderungen über
26.583,96 DM zu Unrecht nicht mit ausgeurteilt worden. Auch das Agio für das Jahr 2000
habe das Landgericht zu Unrecht nicht zugesprochen. Der Beleg sei bereits erstinstanzlich
vorgelegt und zudem Zeugenbeweis angeboten gewesen.

Schließlich habe das Landgericht die ersparten Mietaufwendungen unrichtig nach dem 38
Beklagtenvorbringen berücksichtigt und dabei das Klägervorbringen übergangen. Das
Landgericht hätte insoweit Beweis erheben müssen oder einen Hinweis erteilen müssen.
Nunmehr beziffern die Kläger die ersparten Aufwendungen auf monatlich 1.460,00 DM und
machen geltend, hierbei müsse berücksichtigt werden, dass der Garten nur wenig größer als
100 qm sei und für die Garage ein Mietzins von 60,00 DM zu veranschlagen sei.

Die Kläger beantragen,	39
das Urteil des Landgerichts Mönchengladbach vom 10.04.2003 im Zahlungsausspruch (Ziff. 40 des Tenors) abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, an sie 254.757,23 EUR (= 498.261,82 DM) nebst Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank gemäß § 1 DÜG seit dem 23.12.2000 zu zahlen, Zug um Zug gegen Rückübereignung und Rückauflassung des Hausgrundstücks M.-E.-Str. in G., eingetragen im Grundbuch des Amtsgerichts G., Flur 4, Flurstück 1123, groß 186 qm, sowie Grundstück Flur 4, Flurstück 850, groß 48 qm,	40
Die Beklagte und ihr Streithelfer beantragen,	41
die Berufung der Kläger zurückzuweisen.	42
Die Beklagte hat auf die Berufung der Kläger nicht erwidert. Der Streithelfer der Beklagten macht geltend: Eines Hinweises des Landgerichts zu den nicht vorgelegten Zahlungsbelegen habe es nicht bedurft, da die Kläger selbst ausdrücklich erkannt hätten, dass die Belege vorzulegen waren. Im übrigen habe die Beklagte jede einzelne Schadensposition dem Grunde und der Höhe nach erstinstanzlich bestritten. Deshalb sei das neue Vorbringen der Kläger in zweiter Instanz nicht zuzulassen.	43
Hinsichtlich der Frage der ersparten Mietaufwendungen seien die Darlegungen ebenfalls verspätet; allerdings sei nunmehr unstreitig von der Wohnfläche von 122,17 qm auszugehen. Deshalb sei das landgerichtliche Urteil in diesem Punkt nicht zu beanstanden.	44
B.	45
Der Rechtsstreit ist teilweise, nämlich hinsichtlich der Berufungen der Beklagten und ihres Streithelfers, zur Entscheidung reif. Hinsichtlich der Berufung der Kläger bedarf es noch weiterer Hinweise und einer Sachaufklärung, wie es sich aus dem zugleich mit diesem Urteil verkündeten Hinweis- und Beweisbeschluss ergibt. Deshalb macht der Senat von der Möglichkeit einer Teilentscheidung nach § 301 ZPO Gebrauch.	46
C.	47
Die Berufungen der Beklagten und ihres Streithelfers bleiben ohne Erfolg. Die Berufung der Kläger hat dem Grunde nach Erfolg, ist aber der Höhe nach noch nicht entscheidungsreif.	48
1.	49
Die zulässigen Berufungen der Beklagten und ihres Streithelfers sind unbegründet. Zu Recht und jedenfalls weitgehend mit zutreffender Begründung hat das Landgericht die Voraussetzungen des den Klägern zustehenden "großen" Schadensersatzanspruchs gem. § 635 BGB a.F. bejaht.	50
a)	51
Der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag über den Grundstückskauf mit noch zu errichtender Bebauung ist im Hinblick auf die Bebauung nach Werkvertragsrecht zu beurteilen (std. Rspr. seit BGHZ 63, 96).	52
b)	53
	54

Nach den Feststellungen des Landgerichts, an die der Senat nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO gebunden ist, steht unstreitig zwischen den Parteien fest, dass das errichtete Haus zum Zeitpunkt der Übergabe und auch jetzt noch einen Mangel des Schallschutzes aufweist, weil der Schalldämmwert im Dachgeschoss jetzt nach den Feststellungen des Sachverständigen Dr.-Ing. B. 54 dB beträgt, mindestens aber 57 dB, evtl. auch ca. 63 dB zu fordern sind, was an dieser Stelle offen bleiben kann, ebenso wie die Frage, ob noch weitere Mängel des Bauwerks vorlagen bzw. vorliegen (vgl. Auflistung der Mängelrügen im Schreiben der Kläger vom 12.12.2000 (Bl. 178 GA).

c) 55

Ob die von den Klägern mit dem Schreiben ihrer Bevollmächtigten vom 11.12.2000 nach § 634 Abs. 1 BGB a.F. gesetzte Frist zur Beseitigung u.a. des Schallschutzmangels auf den 22.12.2000 wegen ihrer Kürze unwirksam gewesen ist, wie die Beklagte und ihr Streithelfer rügen, bedarf keiner Entscheidung, denn eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung war nach § 634 Abs. 2 Alt. 3 BGB a.F. entbehrlich. 56

Nach dieser Vorschrift bedarf es einer Fristbestimmung nicht, wenn die sofortige Geltendmachung des Anspruchs auf Minderung oder Wandelung oder wie hier auf Schadensersatz gem. § 635 BGB a.F. durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt wird. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass ein solches besonderes Interesse in der Unzumutbarkeit der Nachbesserung liegen kann, insbesondere bei wiederholter Nachbesserung desselben Mangels (BGH NJW-RR 1998, 1268) oder wenn das Vertrauen auf ordnungsgemäße Durchführung der Mangelbeseitigung erschüttert ist (BGHZ 46, 242). So liegt der Fall hier. 57

Nach der Übergabe des Hauses am 10.11.1998 hatten die Kläger der Beklagten bereits mehr als zwei Jahre lang Gelegenheit zur Nachbesserung gegeben, bevor sie mit Schreiben vom 22.12.2000 weitere Mängelbeseitigungsarbeiten der Beklagten ablehnten. Zwischen der Übergabe des Hauses und den ersten (erfolglosen) Versuchen der Beklagten, den geschuldeten Zustand herzustellen, waren nahezu eineinhalb Jahre verstrichen, denn die Beklagte ging das Problem des mangelnden Schallschutzes erst im Frühjahr 2000 an, nachdem bereits am 30.06.1999 das Schiedsgutachten vorgelegen hatte, ausweislich dessen massive Schallschutzmängel vorlagen. Bereits der Ablauf eines derart langen Zeitraums legt nahe, ein besonderes Interesse der Kläger daran zu bejahen, keine (weitere) Frist mehr setzen zu müssen, weil sie das Vertrauen in die ordnungsgemäße Beseitigung des Mangels verloren hatten. Das gilt auch dann, wenn - wie die Beklagte in der Berufungsverhandlung geltend gemacht hat - die Kläger auf Vorschläge der Beklagten zum weiteren Vorgehen, insbesondere auf einen im Oktober 2000 erfolgten Minderungsvorschlag, teilweise erst nach einem Monat geantwortet haben sollen. 58

Soweit die Beklagte sich darauf beruft, die Kläger hätten sich ein "Mitspracherecht ausbedungen", stand dies der Verpflichtung und Berechtigung der Beklagten zur Mangelbeseitigung nicht entgegen. Der Beklagten stand das Recht zu, den Mangel auf dem ihr richtig erscheinenden Weg zu beseitigen, ohne dass es hierzu der Zustimmung der Kläger bedurfte. Diese Arbeiten waren die Kläger zu dulden verpflichtet. Richtig ist zwar, dass die Beklagte zur Mangelbeseitigung auf die Mitwirkung der Beklagten angewiesen war, die diese nach § 642 BGB a.F. schuldeten, denn sie allein konnten den Handwerkern Zugang zum Haus ermöglichen oder verwehren. Diese Mitwirkungspflicht der Kläger hat sich aber nicht realisiert, weil die Beklagte nicht um Einlass zum Zweck der Mangelbeseitigung nachsuchte. 59

Die Beklagte hatte auch wiederholt erfolglos versucht, den Mangel zu beheben. Nach den vorerwähnten Arbeiten der Beklagten im Frühjahr 2000, die nach den Feststellungen des von der Beklagten beauftragten Sachverständigen J. zu einem Schalldämmwert von 51 dB geführt hatten, hat die Beklagte ausweislich der nicht angegriffenen Ausführungen von Dr.-Ing. B. weitere Mängelbeseitigungsversuche unternommen, die zu einer Verbesserung des Schalldämmwerts auf 54 dB geführt haben, aber immer noch nicht den vertraglich geschuldeten Erfolg herbeigeführt haben, selbst wenn man es mit der Beklagten lediglich als vertraglich vereinbart ansehen würde, dass die Schalldämmung lediglich 57 dB entsprechend den Mindestanforderungen der DIN 4109 betragen musste. Angesichts der mit solchen Arbeiten erfahrungsgemäß verbundenen Beeinträchtigungen wie Terminabstimmungen, Handwerkern im Haus und Bauverschmutzungen legt auch dies nahe, dass den Klägern weitere Mängelbeseitigungsversuche nicht zuzumuten waren.

Außerdem bestanden zumindest nachvollziehbare Zweifel der Kläger, ob die Beklagte dem Problem auf den Grund gegangen wäre und die tatsächliche Ursache des Mangels des Schallschutzes festgestellt hätte. Zwei Mängelbeseitigungsversuche der Beklagten hatten nicht den geschuldeten Erfolg gebracht. Diese Zweifel stellten sich durch das gerichtliche Gutachten des Sachverständigen als berechtigt heraus, denn dort ist festgestellt worden, dass die Ursache der Schallschutzprobleme allein im Bereich der Firstpfette zu suchen war, während die Beklagte die Ursache in dem verwendeten "Systemdach" suchte und eine vollständige Verkleidung der gesamten Dachfläche einschließlich des Giebels der Haustrennwand von innen vornehmen wollte, um sicher zu gehen, dass hierbei alle denkbaren Schallübertragungswege gedämmt würden. Selbst wenn man zugunsten der Beklagten unterstellt, dass sie die angebotenen Arbeiten so durchgeführt hätte, wie sie ihr Angebot verstanden wissen will (also einschließlich der Einbringung von Schalldämm-Material hinter der Verkleidung der Firstpfette), so hätte diese Mängelbeseitigung zu einer unnötig umfangreichen Baumaßnahme geführt und zu bleibenden nachteiligen Folgen für die Kläger (elastisch gelagerte doppelte GK-Platten im ganzen Dachgeschoss mit dem hierfür erforderlichen Raumbedarf und wohl höheren Unterhaltungsaufwendungen). Auch dieser Umstand lässt erkennen, dass das Vertrauen der Kläger in die ordnungsgemäße Mängelbeseitigung durch die Beklagte nachvollziehbar erschüttert war.

61

Schließlich fällt auch ins Gewicht, dass die Beklagte in ihrem gesamten Schriftverkehr einschließlich ihrer prozessualen Schriftsätze sich lediglich verpflichtet gesehen hat, die Mindestanforderungen nach der DIN 4109 einzuhalten und einen Schalldämmwert von 57 dB herzustellen, der einen Mindestwert darstellt und nach den nachvollziehbaren und überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen Dr.-Ing. B. bei mangelfreier Ausführung einer (geschuldeten) doppelten Haustrennwand weit übertroffen werden müsste. Demgegenüber ist daran festzuhalten, dass der Erwerber grundsätzlich einen Anspruch auf mangelfreie Bauausführung und den dadurch erzielbaren Schallschutz hat (BGH, BauR 1998, 872 (873); Senat, BauR 1993, 622).

62

Zu Unrecht meint die Beklagte, dass im vorliegenden Fall nur die Einhaltung der Mindestanforderungen der DIN 4109 vereinbart worden sei. Es ist zwar zutreffend, dass in der Baubeschreibung die Einhaltung der Mindestanforderungen im Hinblick auf den Schallschutz nach DIN 4109 vereinbart wurde (Bl. 44 GA). Gleichwohl enthält die Baubeschreibung aber auch das Versprechen einer doppelschaligen Haustrennwand (Bl. 41 GA). Darin liegt ein Widerspruch oder zumindest eine Unklarheit der vertraglichen Vereinbarungen, denn eine doppelschalige Haustrennwand hat zumindest auch den Sinn einer Erhöhung des erzielbaren Schallschutzes. Da es sich bei der Baubeschreibung im Zweifel um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt (BGH NJW 1992, 2162;

63

Palandt/Heinrichs, BGB, 61. Aufl., § 1 AGBG, Rn. 8 a.E.), geht diese Unklarheit gemäß § 5 AGBG zu Lasten der Beklagten als der Verwenderin dieser Bedingungen. Mithin ist es vertragliche Pflicht der Beklagten gewesen, denjenigen Schallschutz herzustellen, der sich bei einer mangelfreien Ausführung einer doppelschaligen Haustrennwand ergibt. Das ist aber nach den nicht angegriffenen Feststellungen von Dr.-Ing. B. ein Schalldämmmaß von 62 - 63 dB.	
Das Verhalten der Beklagten, diese Verpflichtung in Abrede zu stellen, unterstreicht die Unzumutbarkeit weiterer Mängelbeseitigungsversuche.	64
Bei der gebotenen Gesamtabwägung ist auch zu beachten, dass der ursprüngliche Mangel, der in einem Schalldämmwert von nur 32 dB bestand, eine gravierende Abweichung vom vertraglich geschuldeten dargestellt hat und die Beklagte den Klägern ihr Werk trotz dieses erheblichen Mangels als mangelfrei zur Abnahme übergeben hat. Zudem waren noch zahlreiche weitere Mängel gerügt worden, die die Beklagten teilweise behoben hat, wodurch von den Klägern ebenfalls Belastungen durch Mängelbeseitigungsarbeiten hingenommen werden mussten.	65
Diesen für eine Unzumutbarkeit weiterer Mängelbeseitigungsversuche sprechenden Umständen stehen keine ebenso gewichtigen Gesichtspunkte entgegen, aus denen weitere Mängelbeseitigungsversuche der Beklagten zumutbar erschienen und die die Kläger deshalb hinzunehmen gehabt hätten. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass die Zumutbarkeitsschwelle um so höher anzusetzen ist, je komplizierter und technisch aufwendiger der Leistungsgegenstand ist (OLG Düsseldorf (6. Zivilsenat), CR 1992, 724 für die Entwicklung einer Software für ein Tankstellen-Abrechnungssystem). Ein solcher Fall liegt jedoch hier nicht vor. Die Beklagte befasst sich gewerbsmäßig mit der Veräußerung von neu errichteten Häusern, die Errichtung von doppelschaligen Haustrennwänden zwischen Doppelhaushälften stellt keine übermäßig komplizierten oder technisch aufwändigen Anforderungen. Auch wenn der Beklagten zuzubilligen ist, dass die Ursachenfeststellung und Behebung eines durch eine fehlerhafte Bauausführung verursachten Schallschutzmangels im Einzelfall schwierig sein kann, so liegt ein solcher Fall nicht vor. Vielmehr standen die gravierenden Ausführungsmängel und damit die Ursache der Mängel mit dem Schiedsgutachten vom 30.06.1999 fest. Es ist nicht erkennbar, dass der Beklagten die Behebung der Mängel innerhalb der folgenden 18 Monate nicht möglich oder nicht zuzumuten gewesen wäre.	66
d)	67
Die weiteren Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs nach § 635 BGB a.F. sind zu bejahen. Das Werk der Beklagten ist mit Übergabe des Hauses am 10.11.1998 abgenommen worden. Der Schallschutzmangel ist auch von der Beklagten zu vertreten (Werner/Pastor, Der Bauprozess, 10. Aufl., Rn. 1676 m.w.N.).	68
e)	69
Der von den Klägern geltend gemachte sog. "große" Schadensersatzanspruch, der in der Zurückweisung des Werks als Ganzem liegt und deshalb in seinen Auswirkungen der Rückabwicklung des Vertrags nach Wandlung ähnelt, ist auch weder durch vertragliche Vereinbarung noch wegen Treuwidrigkeit dieses Begehrens ausgeschlossen.	70
Im Kaufvertrag haben die Parteien einen Ausschluss der Wandlung vereinbart (Bl. 23 GA), was aber weder wirksam ist (BGH BauR 2002, 310) noch im Falle der Wirksamkeit den hier	71

geltend gemachten - ebenfalls auf Rückabwicklung hinauslaufenden - "großen" Schadensersatzanspruch ausschließen würde (OLG Hamm, NJW-RR 1998, 1031, 1032). Insoweit kann auf die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen werden. Das wird von den Berufungen der Beklagten und ihres Streithelfers auch nicht angegriffen.

Das Rückabwicklungsverlangen ist auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil sich die Kläger mit diesem Begehren treuwidrig verhalten würden. Die für die Wandelung geltende Regelung des § 634 Abs. 3 BGB a.F., wonach diese bei unerheblichen Mängeln ausgeschlossen ist, gilt nicht für den "großen" Schadensersatzanspruch (Palandt/Sprau, a.a.O., § 635 Rn. 5). Allerdings ist anerkannt (BGHZ 27, 215), dass dieser Gesichtspunkt im Rahmen einer Überprüfung nach § 242 BGB zum Tragen kommen und deshalb das Verlangen nach "großem" Schadensersatz im Einzelfall treuwidrig sein kann. 72

In Anlehnung an den Rechtsgedanken des § 634 Abs. 3 BGB a.F. kann eine Treuwidrigkeit des Verlangens nach "großem" Schadensersatz damit insbesondere dann in Betracht kommen, wenn der Mangel den Wert oder die Tauglichkeit des Werks nur derart unerheblich mindert, dass es mit den Geboten von Treu und Glauben nicht vereinbar erscheint, das Werk als ganzes zurückzuweisen. Das ist aber im vorliegenden Fall zu verneinen. Insbesondere vermag der Senat den Darlegungen des Streithelfers nicht zu folgen, wonach lediglich eine "geringfügige" Differenz von nur 3 dB am erforderlichen Schallschutz fehlen würden und dies durch die von der Beklagten angebotene Mängelbeseitigung ausgeglichen und überschritten worden wäre. Das ergibt sich schon daraus, dass nach den insoweit nicht angegriffenen Feststellungen von Dr.-Ing. B. bei mangelfreier Ausführung der Haustrennwand ein Schallschutzmaß von 62 - 63 dB hätte erreicht werden müssen, mithin der geschuldete Schallschutz (s.o.) um 8 - 9 dB unterschritten ist. Zudem handelt es sich bei einem Unterschied von 3 dB, mehr noch bei 8 dB, nicht um einen geringfügigen Mangel. Hierzu kann auf die anschaulichen Darlegungen der praktischen Auswirkungen solcher Zahlenwerte durch den Sachverständigen Bezug genommen werden. Dieser empfindliche Schallschutzmangel stellt keine unerhebliche Wert- oder Gebrauchstauglichkeitsminderung dar. Die Kläger nutzten das Dachstudio als Kinderzimmer, wo jedenfalls keine unterdurchschnittlichen Schallschutzbedürfnisse anzunehmen sind. Es liegt deshalb schon eine spürbare Einschränkung der Nutzbarkeit des Dachgeschosses vor, die beim Verkauf des Hauses auch ein willkommenes Preisminderungsargument für einen Kaufinteressenten darstellen würde. 73

Eine Treuwidrigkeit des Verlangens nach "großem" Schadensersatz lässt sich schließlich auch nicht daraus herleiten, dass die von der Beklagten mit Schreiben vom 11.12.2000 vorgeschlagenen Maßnahmen zur Erreichung des geschuldeten Schallschutzes geführt hätten. Weder für die Frage der Zumutbarkeit weiterer Mängelbeseitigungsversuche noch für die Frage der Treuwidrigkeit der Ablehnung solcher Versuche kann es darauf ankommen, ob sich die beabsichtigte Maßnahme im Nachhinein als erfolgreich oder als Fehlschlag herausstellt. Vielmehr kann es allein darauf ankommen, wie ein besonnener und verständiger Erwerber in der Situation der Kläger auf der Grundlage der damals zur Verfügung stehenden Informationen zu handeln verpflichtet oder berechtigt war. Nach den vorstehenden Erwägungen war es aus Sicht der Kläger keineswegs gesichert, dass die angebotenen Maßnahmen tatsächlich zum Erfolg führen würde. Nach den vorgelegten Äußerungen der Sonderfachleute bestanden lediglich gute Aussichten, die aber letztlich nur Vermutungen darstellten, weil der zur Mängelbeseitigung vorgesehene Weg (Anbringung von Schalldämmmaterial hinter elastisch gelagerten Gipskartonplatten) nicht der vom Schiedsgutachter S. vorgeschlagene Weg war (Lagerung der Firstpfette auf den beiden 74

Schalen der Haustrennwand mittels eines Pfettenschuhs). In diesem Licht war es nicht treuwidrig, dieses späte und mit Risiken behaftete Angebot der Beklagten abzulehnen.

Die übrigen von der Beklagten und insbesondere von ihrem Streithelfer aufgeführten Gesichtspunkte tragen eine Treuwidrigkeit des Rückabwicklungsverlangens ebenfalls nicht. Soweit insbesondere vorgetragen wird, die Kosten der Nachbesserung (ca. 12.000,00 DM, Bl. 185 GA) seien gering im Verhältnis zum Kaufpreis (413.000,00 DM), mag dies zutreffen. Das war aber zum Zeitpunkt der Ausübung des Wahlrechts der Kläger so noch nicht abzusehen, vielmehr war zu befürchten, dass die Durchführung der vorgeschlagenen Maßnahmen allein noch keinen Erfolg bringen würde und weitere Kosten entstehen würden.

75

Eine Treuwidrigkeit des Schadensersatzverlangens lässt sich auch nicht damit begründen, dass die Beklagte in ihrem Schreiben vom 11.12.2000 alternativ zur von ihr vorgeschlagenen Mängelbeseitigung auch eine Minderung angeboten hatte und die Kläger gehalten gewesen wären, sich zunächst zum Minderungsvorschlag zu äußern. Ein Minderungsvorschlag der Beklagten war bereits zuvor im Oktober 2000 abgelehnt worden. Die (hier tatsächlich erfolgte, wenn auch entbehrliche) Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung soll dem Unternehmer letztmalig die Gelegenheit geben, den Mangel zu beseitigen, um damit die Entstehung des Minderungs- wie des Schadensersatzanspruchs nach Wahl des Auftraggebers zu verhindern. In diesem Lichte stellt sich das erneute Minderungsangebot der Beklagten als konkludente Erklärung dar, von der letzten Möglichkeit zur Mängelbeseitigung keinen Gebrauch machen zu wollen. Tatsächlich hat die Beklagte auch keinen Versuch unternommen, vor Ablauf der gesetzten Frist wenigstens mit den vorgeschlagenen Arbeiten zu beginnen.

76

Im Ergebnis bleiben daher die Berufungsangriffe gegen das dem Grunde nach berechnete Rückabwicklungsverlangen ohne Erfolg.

77

e)

78

Der Höhe nach haben die Beklagte und ihr Streithelfer das angefochtene Urteil nicht angegriffen. Im Umfang der Verurteilung sind Fehler auch nicht erkennbar.

79

Entsprechendes gilt für die Feststellung der Schadensersatzpflicht hinsichtlich weiterer Schäden in Ziff. 2 des Tenors der angefochtenen Entscheidung.

80

Mithin muss den Berufungen der Beklagten und ihres Streithelfers der Erfolg versagt bleiben.

81

2.

82

Die Berufung der Kläger hat dem Grunde nach Erfolg. Soweit das Landgericht den Klägern Schadensersatz hinsichtlich einiger Schadenspositionen versagt hat, kann diese Entscheidung nicht in vollem Umfang aufrechterhalten werden.

83

a)

84

Das Landgericht hat die Klage hinsichtlich der in der Klageschrift auf Seite 8 zusammengefassten und durch die Anlagen 33 - 48 zur Klageschrift näher dargelegten Schadenspositionen zu Unrecht mit der Begründung abgewiesen, die Kläger hätten für die Bezahlung dieser für das Hausgrundstück getätigten Aufwendungen keine Belege vorgelegt. Dem Grunde nach handelt es sich bei allen geltend gemachten Aufwendungen um solche, die nützliche Verwendungen für das Hausgrundstück darstellen und deshalb aus Sicht der Kläger wegen der Rückabwicklung des Vertrages fehlgeschlagen sind und als fehlgeschlagene Aufwendungen zu ersetzen sind (Palandt/Heinrichs, vor § 249 Rn. 32).

85

b)	86
Zu Recht rügen die Kläger, dass das Landgericht gem. § 139 ZPO auf die fehlenden Zahlungsbelege hätte hinweisen müssen, bevor es die Klage teilweise abwies. Zwar dürfte grundsätzlich zutreffen, dass die Kläger ausweislich ihres Schriftsatzes vom 25.06.2001 (dort S. 9, Bl. 268 GA) die Notwendigkeit der Vorlage der Kontoauszüge selbst erkannt hatten und es deshalb (zunächst) keines Hinweises bedurfte. Dem steht aber zum einen entgegen, dass die Kläger dort unmittelbar vor der Ankündigung, die Zahlungsbelege herauszusuchen, zum Ausdruck gebracht hatten, nach ihrer Auffassung würden "die Rechnungsbeträge" bereits unter Beweis stehen, es sei also bereits Beweis angeboten, was aber offensichtlich falsch ist und deshalb einen Irrtum offenbart. Ein versehentliches Unterbleiben eines erkennbar gewollten Beweisangebots ist aber ein anerkannter Fall einer Hinweispflicht des Gerichts (BGH NJW 1998, 155 (156); Zöller/Greger, ZPO, 23. Aufl., § 139 Rn. 16). Zum anderen war das Augenmerk der Parteien und des Gerichts unmittelbar nach der Ankündigung der Vorlage der Belege auf den Haftungsgrund gelenkt worden, indem in der folgenden mündlichen Verhandlung wesentlich über den Haftungsgrund gesprochen wurde (Bl. 290 GA) und danach "zunächst" die Beweisaufnahme zu dieser Frage angeordnet wurde, was suggeriert, es werde danach möglicherweise weiterer Beweis erhoben werden müssen, Bl. 314 GA). Nach eineinhalbjähriger Beweisaufnahme zur Frage des Haftungsgrunds bestand deshalb Anlass nachzufragen, ob entgegen der Ankündigung nun doch nicht die Belege vorgelegt werden sollten.	87
Für die zweite Instanz hat der unterbliebene Hinweis zur Folge, dass das neue Vorbringen der Kläger zugelassen werden muss, weil anzunehmen ist, dass dieses Vorbringen auf den entsprechenden Hinweis bereits in erster Instanz erfolgt wäre. Der Sachvortrag der Kläger zu den Aufwendungen ist deshalb zuzulassen und (nach wie vor) schlüssig, insbesondere ist (im reduzierten Umfang der Berufung) auch schlüssig die Bezahlung der Rechnungen dargelegt und unter Beweis gestellt, soweit man dies als erforderlich für den Schadensersatzanspruch ansieht.	88
c)	89
Die Beklagte hat in erster Instanz das Vorbringen der Kläger zur Zahlung der geltend gemachten Beträge in Abrede gestellt (Bl. 247 GA) und an anderer Stelle ("wird hiermit nochmals jede einzelne Schadensposition bestritten", Bl. 284 GA) erneut zu erkennen gegeben, die Darlegungen der Kläger nicht ohne Überprüfung hinnehmen zu wollen. Dieses Bestreiten war aber lediglich pauschal gehalten und deshalb angesichts der vorgelegten differenzierten Belege nicht nachvollziehbar, denn es ist nicht ersichtlich, was genau in Zweifel gezogen werden sollte. Die vorhergehende Rüge, dass ein Ersatz für eine Tomatenpflanze nicht geschuldet werde, weil es sich um eine einjährige Pflanze handele, lässt jedenfalls keine Rückschlüsse auf ein tatsächliches Bestreiten zu.	90
In zweiter Instanz ist die Beklagte dem vertieften Vorbringen der Kläger zu den einzelnen Schadenpositionen nicht entgegengetreten, weshalb ihr Vorbringen nach wie vor nicht erkennen lässt, welche von den Klägern behaupteten Tatsachen in Abrede gestellt werden sollen. Einer Erhebung der angebotenen Beweise bedarf es deshalb nicht.	91
Soweit der Streithelfer der Beklagten in zweiter Instanz vertiefte Einwände erhoben hatte, sind diese auf Nachfrage des Senats in der mündlichen Verhandlung vom 07.11.2003 im Wesentlichen ausdrücklich auf das Vorbringen der Hauptpartei beschränkt worden.	92
d)	93

Hinsichtlich einzelner mit der Berufung noch verfolgter Schadenspositionen (Anlagen 39, 40, 47 und 48 zur Klageschrift, die sich über die Kosten der Duschtürmontage, für Teppichboden, Fliesenmaterial und für die Gartenbepflanzung verhalten), rügen die Kläger zu Recht, dass das Landgericht die vorgelegten Belege nicht als Barzahlungsbelege erkannt hat. Zumindest insoweit ist ein Erfolg der Berufung der Kläger absehbar. Das rechtfertigt es, die Berufung der Kläger dem Grunde nach für gerechtfertigt zu erklären. 94

Hinsichtlich anderer Positionen steht ein Erfolg der Berufung der Kläger noch nicht fest, weshalb die Höhe des den Klägern zustehenden Anspruchs noch nicht abschließend beurteilt werden kann. Insoweit kann auf den Hinweis- und Beweisbeschluss vom heutigen Tage Bezug genommen werden. 95

D. 96

Wegen des Grundsatzes der Einheitlichkeit der Kostenentscheidung kann diese erst in der Schlussentscheidung erfolgen. Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 708 Nr. 10 ZPO. Schuldnerschutzanordnungen i.S.v. § 711 ZPO sind entbehrlich, weil das Urteil keinen vollstreckungsfähigen Inhalt hat. 97

Die Voraussetzungen, unter denen nach § 543 Abs. 2 ZPO die Revision zuzulassen ist, liegen nicht vor. 98

Streitwert: 264.757,23 EUR (254.757,23 EUR Zahlungsantrag, 10.000,00 EUR Feststellungsantrag) 99

a. M. 100