
Datum: 23.10.2012
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 23. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-23 U 112/11
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2012:1023.I23U112.11.00

Vorinstanz: Landgericht Düsseldorf, 14e O 56/10

Leitsätze:

L e i t s ä t z e

1. Sieht die Abnahmeklausel in den AGB eines Bauträgervertrages vor, dass der Erwerber unwiderruflich eine bestimmte Person (insbesondere den Erstverwalter) bevollmächtigen muss bzw. darin bereits tatsächlich bevollmächtigt, ist sie unwirksam. Eine solche "verdrängende" Abnahmeklausel greift in das originäre Abnahmerecht des Erwerbers ein, weil er ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes, der auch zum Widerruf einer an sich unwiderruflichen Vollmacht berechtigt, faktisch keine Möglichkeit hat, eine Abnahme durch den vorab notarvertraglich bevollmächtigten Verwalter zu verhindern.

2. Eine Abnahmevollmacht muss daher zwangsläufig widerruflich erteilt werden. Um dem Erwerber nicht zu suggerieren, dass nur der bevollmächtigte Verwalter abnehmen darf, muss die Klausel i.S. des Transparenzgebots gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGBG bzw. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB zusätzlich ausdrücklich klarstellen, dass die Vollmacht nicht nur frei widerruflich ist, sondern der Erwerber jederzeit auch selbst die Abnahme erklären (bzw. verweigern) kann.

3. In einer als AGB vorformulierten Abnahmeklausel kann jedenfalls nur eine Person mit der Abnahme des Gemeinschaftseigentums betraut werden, die nicht aus dem potentiellen Lager des Bauträgers stammt, d.h. neutral ist. Damit

scheiden regelmäßig ein vom Bauträger bestellter oder gar mit ihm personenidentischer bzw. von ihm abhängiger Erstverwalter als taugliche Abnahmeperson aus.

4. Welchen Schallschutz die Parteien eines Vertrages über den Erwerb eines Bauwerks (hier: "Reihenhaus") vereinbart haben, richtet sich in erster Linie nach der im Vertrag getroffenen Vereinbarung, wobei die im Vertrag zum Ausdruck gebrachten Vorstellungen von der Qualität des Schallschutzes (d.h. der Beeinträchtigung durch Geräusche) maßgeblich sind. Dabei ist eine Gesamtabwägung vorzunehmen, in die nicht nur der Vertragstext einzubeziehen ist, sondern bei der auch die erläuternden und präzisierenden Erklärungen der Vertragsparteien, die sonstigen vertragsbegleitenden Umstände, die konkreten Verhältnisse des Bauwerks und seines Umfeldes, der qualitative Zuschnitt, der architektonische Anspruch sowie die Zweckbestimmung des Gebäudes zu berücksichtigen sind.

5. Für die Beurteilung des notwendigen Schallschutzes kommt es grundsätzlich nicht auf die Rechtsform des Objekts an (Realteilung bzw. eigenes Grundbuchblatt oder Wohnungseigentum), sondern auf die vertragliche Sollbeschaffenheit bzw. die bautechnischen Gegebenheiten.

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil der Einzelrichterin der 14e. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 04. August 2011 unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels der Beklagten teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

1.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin zu Händen ihres Verwalters **261.580,18 EUR** nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 19.02.2010 zu zahlen.

2.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin die darüber hinausgehenden Aufwendungen zu erstatten, die dieser entstehen für die Beseitigung der vom Sachverständigen M im Rahmen des selbständigen Beweisverfahrens LG Düsseldorf 14 e OH 9/98 in den Gutachten vom 08.04.2008 und 04.12.2009 festgestellten Mängel der Eigentumswohnanlage H in D betreffend die Beseitigung der Dachundichtigkeiten an den Häusern sowie bei den Häusern die Herstellung eines Luftschallschutzes von

mindestens 63 dB und eines Trittschallschutzes von weniger als 42 dB (einschließlich der Mehrwertsteuer auf vom Sachverständigen M insoweit mit 102.276,00 EUR netto bezifferten Mängelbeseitigungskosten) mit der Maßgabe, dass die Beklagte, für den Fall, dass die Nachbesserungsarbeiten nicht zu einer vollständigen Beseitigung der Mängel geführt haben, zur Zahlung einer angemessenen Minderung verpflichtet ist.

3.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

4.a.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen die Klägerin zu 5 % und die Beklagte zu 95 %. Die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens trägt die Beklagte in vollem Umfang.

b.

Die Kosten des Rechtsstreits zweiter Instanz trägt die Beklagte in vollem Umfang.

5.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Beide Parteien dürfen die Vollstreckung der jeweils anderen Partei gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die jeweils andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil der Einzelrichterin der 14e. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 04. August 2011 unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels der Beklagten teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:	1
1.	2
Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin zu Händen ihres Verwalters 261.580,18 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 19.02.2010 zu zahlen.	3
2.	4
Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin die darüber hinausgehenden Aufwendungen zu erstatten, die dieser entstehen für die Beseitigung der vom Sachverständigen M im Rahmen des selbständigen Beweisverfahrens LG Düsseldorf 14 e OH 9/98 in den Gutachten vom 08.04.2008 und 04.12.2009 festgestellten Mängel der Eigentumswohnanlage H in D betreffend die Beseitigung der Dachundichtigkeiten an den	5

Häusern sowie bei den Häusern die Herstellung eines Luftschallschutzes von mindestens 63 dB und eines Trittschallschutzes von weniger als 42 dB (einschließlich der Mehrwertsteuer auf vom Sachverständigen M insoweit mit 102.276,00 EUR netto bezifferten Mängelbeseitigungskosten) mit der Maßgabe, dass die Beklagte, für den Fall, dass die Nachbesserungsarbeiten nicht zu einer vollständigen Beseitigung der Mängel geführt haben, zur Zahlung einer angemessenen Minderung verpflichtet ist.

3. 6

Die weitergehende Klage wird abgewiesen. 7

4.a. 8

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen die Klägerin zu 5 % und die Beklagte zu 95 %. Die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens trägt die Beklagte in vollem Umfang. 9

b. 10

Die Kosten des Rechtsstreits zweiter Instanz trägt die Beklagte in vollem Umfang. 11

5. 12

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. 13

Beide Parteien dürfen die Vollstreckung der jeweils anderen Partei gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die jeweils andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet. 14

Die Revision wird nicht zugelassen. 15

Gründe: 16

A. 17

Die Klägerin macht als Wohnungseigentümergeinschaft gegen die Beklagte 18

- nach Teilklagerücknahmen - Gewährleistungsansprüche in Höhe von insgesamt **281.012,62 EUR** nebst Zinsen wegen Mängeln an von der Beklagten als Bauträgerin in den Jahren 2001/2002 in zwei Häuserzeilen errichteten 13 Reihenhäusern geltend (Kostenvorschuss wegen Undichtigkeit der Dächer: 19

128.243,20 EUR; Schadensersatz wegen unzureichendem Schallschutz: **152.769,42 EUR**, davon Mängelbeseitigungskosten: **121.708,44 EUR**, davon merkantiler Minderwert: **31.060,98 EUR**) und begehrt die Feststellung der weitergehenden Ersatzpflicht der Beklagten. Wegen weiterer Einzelheiten wird gemäß § 540 Abs. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen. 20

Das Landgericht hat der Klage in vollem Umfang entsprochen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt: 21

Die Klage sei zulässig. Die Klägerin, vertreten durch ihren Verwalter, sei befugt, die Rechte der Erwerber wegen Mängeln sowohl am Gemeinschaftseigentum als auch am Sondereigentum geltend zu machen. Der Zulässigkeit der Klage stehe auch nicht die 22

Schiedsgutachtenklausel (Ziff. V.4. des Vertrages) entgegen.

Die Beklagte schulde der Klägerin gemäß §§ 242, 669 BGB a.F. einen Kostenvorschuss in Höhe von **128.243,20 EUR** wegen der - entsprechend der von der Beklagten nicht angegriffenen Feststellungen des Sachverständigen M im selbständigen Beweisverfahren - vorhandenen Undichtigkeiten der Dächer an sämtlichen Häusern. Der Vorschussanspruch sei unter Anwendung des neuen Verjährungsrechts (Art. 229 § 6 EGBGB) und unter Berücksichtigung der von der Beklagten zunächst vorgetragenen Abnahme des Gemeinschaftseigentums am 22.02.2002 infolge der Hemmung durch das selbständige Beweisverfahren nicht verjährt. Eine von der Beklagten mit SS vom 30.09.2010 behaupteten Abnahme des Gemeinschaftseigentums bereits am 14.12.2001 sei unwirksam, da die Vereinbarung zu Ziff. V.3. der Kaufverträge

23

"V.3.

24

Für das Gemeinschaftseigentum findet im Regelfall eine gesonderte Abnahme statt. Der Käufer bevollmächtigt unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB, und zwar jeden für sich allein, den nachgenannten vereidigten Sachverständigen, den nach dem Wohnungseigentumsgesetz für das Kaufobjekt bestellten Verwalter sowie den Verwaltungsbeirat mit der Abnahme des Gemeinschaftseigentums. Das Gemeinschaftseigentum ist somit abgenommen, wenn entweder alle Käufer oder anstelle von Käufern der Sachverständige oder der Verwalter oder der Verwaltungsbeirat das Gemeinschaftseigentum abnimmt."

25

als AGB mit dem AGBG bzw. §§ 305 ff. BGB insoweit nicht vereinbar sei, als der Klausel sich - unter Verstoß gegen das Transparenzgebot i.S.v. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB - nicht hinreichend entnehmen lasse, dass es sich bei der erteilten Vollmacht um eine widerrufliche Vollmacht handele.

26

Die Beklagte schulde der Klägerin - ohne diesbezügliche Klageänderung - gemäß § 635 BGB a.F. Schadensersatz in Höhe von insgesamt **152.769,42 EUR**, da die von der Beklagten unstreitig an den Häusern H ausgeführte einschalige Bauweise nicht den - unter Auslegung der Kaufverträge und Berücksichtigung deren Begleitumstände sowie der konkreten Verhältnisse der Bauwerke - vertraglich geforderten Schallschutzanforderungen an (Reihen-)Einfamilienhäuser entspreche und daher - entsprechend den von der Beklagten nicht angegriffenen Feststellungen des Sachverständigen Müller im selbständigen Beweisverfahren - gemäß § 633 Abs. 1 BGB a.F. mangelhaft sei. Daran ändere auch nichts, dass für die Häuser in der Baubeschreibung/-zeichnung nur einschalige Trennwände vorgesehen seien, da diese nicht den anerkannten Regeln der Technik entsprächen. Jedenfalls habe die Beklagte insoweit - wegen der sich für einen Baulaien nach den Unterlagen und der im Wesentlichen identischen Preise nicht aufdrängenden Unterschiede der jeweiligen Trennwände in den beiden Häuserzeilen - gegen ihre Hinweispflicht verstoßen. Die - zudem unzureichend substantiierte - Behauptung der Beklagten in dem am 16.06.2011 kurz vor der letzten mündlichen Verhandlung erster Instanz vom 20.06.2011 eingegangenen Schriftsatz, eine zweischalige Bauweise sei aufgrund der Grundstücksgröße und bei Einhaltung der Abstandsflächen nicht möglich gewesen, sei wegen grob sorgfaltswidriger, unentschuldigter Verspätung gemäß §§ 296 Abs. 2, 282 ZPO nicht zu berücksichtigen. Die Höhe des Anspruchs der Mangelbeseitigungskosten von **121.708,44 EUR** folge aus den Feststellungen des Sachverständigen M im selbständigen Beweisverfahren, welche die Beklagte durch die - entsprechend der vorstehenden Ausführungen grob sorgfaltswidrig und unentschuldig verspäteten - Behauptungen in ihrem am 16.06.2011 kurz vor der mündlichen Verhandlung vom 20.06.2011 eingegangenen Schriftsatz nur unzureichend substantiiert

27

bestritten habe. Die Höhe des merkantilen Minderwerts von 31.060,98 EUR folge aus dem vom Sachverständigen M im selbständigen Beweisverfahren mit 24,30 qm x 2.500 EUR bewerteten Raumverlust infolge der Anbringung der Vorsatzschalen, welche die Beklagte ebenfalls nicht hinreichend substantiiert bestritten habe.

Die Klägerin sei - auch soweit durch die Anbringung der Vorsatzschalen Sondereigentum betroffen sei - im Hinblick auf die Ermächtigung durch Beschlüsse vom 26.01.2010 bzw. vom 14.12.2010 berechtigt, Zahlung an sich zu verlangen. Auch das erstmalige Bestreiten der Aktivlegitimation bzw. die Behauptung von Eigentumswechseln im Schriftsatz der Beklagten vom 16.06.2011 sei unsubstantiiert und zudem ebenfalls verspätet. 28

Die Forderung hinsichtlich der mangelhaften Schallisolierung sei infolge der Hemmung durch das selbständige Beweisverfahren auch unter Berücksichtigung der Umstellung der Klage von Schadensersatz auf Kostenvorschuss (§ 213 BGB) selbst dann nicht verjährt, wenn - die Werkleistung der Beklagten als mangelfrei unterstellt - die Beklagte Schadensersatz wegen Verletzung einer Hinweispflicht aus positiver Vertragsverletzung schulde, da insoweit ebenfalls eine fünfjährige Verjährungsfrist gemäß § 634a BGB gelte, die ebenso durch das selbständige Beweisverfahren rechtzeitig gehemmt worden sei. 29

Zinsen schulde die Beklagte der Klägerin aus §§ 286, 288 BGB. 30

Der gemäß § 256 ZPO zulässige Feststellungsantrag sei im Hinblick auf die nicht abschließenden Feststellungen des Sachverständigen M im selbständigen Beweisverfahren zur Schadenshöhe begründet. 31

Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten, zu deren Begründung sie unter Bezugnahme auf ihr erstinstanzliches Vorbringen vorträgt: 32

Die fünfjährige Verjährungsfrist für den Vorschussanspruch im Hinblick auf die - unstreitigen - Mängel der Dächer sei nach wirksamer Abnahme durch den Verwalter am 14.12.2001 bereits vor Eingang des Beweissicherungsantrages der Klägerin am 22.12.2006 abgelaufen. Die Regelung zu Ziff. V.3. der Kaufverträge stelle sich zwar als AGB dar, halte jedoch - auch unter Berücksichtigung des Urteils des OLG Koblenz vom 17.10.2002 (5 U 263/02, BauR 2003, 546), dem ein völlig anders gelagerter Sachverhalt (Bestellung des zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums berechtigten Sachverständigen durch den Bauträger) zugrundegelegt habe, einer Inhaltskontrolle stand. Zudem habe das LG unberücksichtigt gelassen, dass auch die Käufer zur Abnahme berechtigt gewesen seien, § 640 BGB dispositives Recht sei, das hinter die vorrangigen vertraglichen Regelungen zurücktrete und die Zulässigkeit eines Widerrufs der dem Verwalter eingeräumten Vollmacht ohne die Notwendigkeit eines entsprechenden Hinweises in der Klausel bereits aus § 168 Satz 2 BGB folge. 33

Dass die Abnahme des in diesem Zeitpunkt bereits fertiggestellten Gemeinschaftseigentums am 14.12.2001 durch den Verwalter stattgefunden habe, habe sie bereits in erster Instanz hinreichend substantiiert dargelegt und durch die hierfür und auch für die von der Klägerin bestrittene Authentizität des vorgelegten Abnahmeprotokolls benannte Zeugin B B unter Beweis gestellt habe, die das LG indes fehlerhaft nicht vernommen habe. 34

Das LG habe den Schallschutz der Häuser fehlerhaft und unter unzureichender Gesamtabwägung der Vertragstexter, aller vertragsbegleitenden Umstände und der konkreten Verhältnisse des Bauwerks als mangelhaft bewertet, wonach sie nur die Erstellung von Wohnungs-, nicht von Haustrennwänden geschuldet habe. Ob die Objekte im Rahmen 35

des Verkaufsexposés (Anlage K 3) möglicherweise als(Reihen-)Einfamilienhäuser offeriert worden seien, sei irrelevant, da das Exposé nicht Vertragsbestandteil geworden sei und Angaben zur baulichen Ausgestaltung nicht enthalte. Die Kaufverträge enthielten unter Ziff. II.1 die Verpflichtung, die zu veräußernden Wohnungen gemäß der Bezugsurkunde vom 12.04.2001 zu errichten. Zudem sei den vorläufigen Aufteilungsplänen (Anlage B3) als Vertragsbestandteilen zu entnehmen, dass die Trennwände der Einheiten als "einfache Wohnungstrennwände" und die der Einheiten als "zweischalige Wohnungstrennwände" ausgestaltet seien. Der vom LG herangezogenen Entscheidung des OLG München (9 U 3922/97, BauR 1999, 399) habe insoweit ein anderer Sachverhalt zugrundegelegen, als dort die Ausführung eines zweischaligen Wandaufbaus vertraglich vereinbart gewesen sei. Insoweit habe auch der Sachverständige M fehlerhaft als vertragliche Sollbeschaffenheit einen zweischaligen Wandaufbau zugrundegelegt. Im Hinblick auf die vertraglich getroffene Beschaffenheitsvereinbarung i.S.v. § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB sei § 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB hier nicht anwendbar.

Das LG habe zudem fehlerhaft angenommen, sie - die Beklagte - habe eine Pflicht zu einem Hinweis auf die bloß einschalige Ausführung der Trennwände der Häuser Nr. getroffen, da sich durch die zeichnerische Darstellung in Anlage B 3 die unterschiedliche Ausgestaltung der beiden Häuserzeilen in schallschutztechnischer Hinsicht (durchgehender Strich bzw. durch die Trennwände verlaufende gestrichelte Linie) nahezu habe aufdrängen müssen. 36

Das LG habe ihren Einwand, dass eine Beseitigung des klägerseits behaupteten Mangels unmöglich sei, rechtsfehlerhaft wegen Verspätung zurückgewiesen, da sie diesen Einwand bereits mit Schriftsatz vom 27.01.2011 (dort Seite 2, Ziff. 4) erhoben habe und durch Schriftsatz vom 16.06.2011 nur dahin - unter Beweisantritt - ergänzt habe, dass ein bei zweischaliger Bauweise um insgesamt 84 cm (6 x 14 cm) vergrößerter Baukörper unter Einhaltung der Abstandsflächen nicht mehr auf das Grundstück gepasst hätte und hierzu der Sachverständige M im folgenden Verhandlungstermin ergänzend hätte gehört werden können. 37

Entsprechendes gelte für ihre - durch das Urteil des OLG Hamm vom 11.03.2010(21 U 148/09, NJW-RR 2011, 14) bestätigte - Behauptung, dass eine Schalldämmung der Haustrennwände durch das nachträgliche Aufbringen von biegeweichen Vorsatzschalen nicht erreicht werden könne, wozu das LG den Sachverständigen M zumindest ergänzend habe befragen müssen. Die Klägerin habe daher - allenfalls - einen Anspruch auf Erstattung des vom Sachverständigen M mit **89.156,52 EUR** ohne Vornahme von Mängelbeseitigungsmaßnahmen bezifferten merkantilen Minderwerts. 38

Ihre mit Schriftsatz vom 16.06.2011 erstmals erhobene Rüge der Aktivlegitimation der Klägerin im Hinblick auf Maßnahmen, die ausschließlich auf Verbesserung des jeweiligen Sondereigentums gerichtet seien, habe vom LG schon deswegen nicht wegen Verspätung zurückgewiesen werden dürfen, da diese Rüge - als Rechtsfrage - einer Präklusion i.S.v. § 296 Abs. 2 ZPO nicht zugänglich sei. 39

Das LG habe zudem fehlerhaft ihre dezidierten Einwände im Schriftsatz vom 27.01.2011 gegen die durch den Raumverlust infolge Anbringung biegeweicher Vorsatzschalen vom Sachverständigen angenommene Wertminderung in Höhe von 31.060,98 EUR als unsubstantiiert angesehen, sich damit nur unzureichend auseinandergesetzt und hierzu den Sachverständigen ergänzend anhören müssen. 40

Zudem seien auch alle etwaigen auf den Schallschutz bezogenen Schadensersatz- und Minderungsansprüche der Klägerin aufgrund der bereits am 14.12.2001 durch den Verwalter 41

erfolgten Abnahme bereits vor Eingang des Beweissicherungs-antrages jedenfalls verjährt.	
Der Feststellungsantrag sei wegen Bezifferbarkeit der Ansprüche aufgrund des Sachverständigengutachtens bereits gemäß § 256 ZPO unzulässig und jedenfalls ebenfalls verjährt.	42
Zudem beständen ernsthafte Zweifel, ob der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten nicht durch die in Ziff. V.4. der Kaufverträge vereinbarte Schiedsklausel ausgeschlossen sei. Da die Frage des Bestehens vom Baumängeln der Bezifferung der Höhe des Kostenbetrages für Baumängel denknotwendig vorgreiflich sei, unterfielen alle hier streitgegenständlichen Gewährleistungsansprüche der Schiedsklausel. Das LG habe dabei verkannt, dass sich der vorliegende Rechtsstreit nicht lediglich auf Gewährleistungsansprüche dem Grunde nach, sondern auch der Höhe nach verhalte, über die zumindest und jedenfalls ein Schiedsgericht habe entscheiden müssen, so dass schon aus Gründen der Prozessökonomie und Sachdienlichkeit der Rechtsstreit umfassend - dem Grunde und der Höhe nach - durch ein Schiedsgericht hätte entschieden werden müssen. Das LG habe statt auf die systematische Stellung der Klausel im Wege der Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB auf den mutmaßlichen Parteiwillen abstellen müssen, woraus sich ergeben hätte, dass die Parteien auch Gewährleistungsansprüche betreffende Streitigkeiten - sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach - durch ein Schiedsgericht entschieden haben möchten.	43
Die Beklagte beantragt,	44
das Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen.	45
Die Klägerin beantragt,	46
die Berufung zurückzuweisen.	47
Die Klägerin trägt zur Berufungserwiderung unter Bezugnahme auf ihr erstinstanzliches Vorbringen vor:	48
Die zu Ziff. V.3. - nunmehr unstreitig formularvertraglich - erfolgte Vollmacht in Bezug auf die Abnahme des Gemeinschaftseigentums sei in mehrfacher Hinsicht unwirksam, weil die Bevollmächtigung des Verwalters nicht individualvertraglich, nicht ausdrücklich und nicht hinreichend transparent widerruflich ausgestaltet worden sei, mit der Fa. G keine neutrale Person, sondern eine mit der Beklagten als Bauträgerin personell und wirtschaftlich eng verflochtene Gesellschaft bevollmächtigt worden sei und auch nicht sichergestellt worden sei, dass die bevollmächtigte Verwalterin über die hierzu erforderliche Sachkunde verfüge. Daran ändere auch die - nicht hinreichend transparent vereinbarte - Möglichkeit nichts, dass die Abnahme durch die Käufer hätte erfolgen können (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.09.2011, 8 U 106/10, NJW 2012, 237 mit Anm. Olrik, jurisPR-PrivBauR 12/2011, Anm.1)	49
Das LG habe zutreffend festgestellt, dass die Erwerber nach dem Vertragsinhalt und allen sonstigen Umständen, insbesondere der Gleichartigkeit der beiden Häuserzeilen und des gleichen Erwerbspreises, davon hätten ausgehen können und dürfen, Reihenhäuser zu erwerben und damit auch den für Reihenhäuser maßgeblichen Schallschutz. Etwas anderes habe sich für die Erwerber als bautechnische Laien insbesondere auch nicht aus den Plänen ergeben.	50
Der Einwand der Beklagten, bei den Häusern hätten wegen der beengten Platzverhältnisse keine zweischaligen Trennwände errichtet werden können sei - ungeachtet der Frage seiner	51

Verspätung - unerheblich, da es alleine Sache der Beklagten gewesen sei, eine ordnungsgemäße Planung zu gewährleisten, ggf. zur Einhaltung der Abstandsflächen die Hausanzahl von 7 auf 6 zu reduzieren oder den Mangel einschaliger Trennwände durch biegeweiße Vorsatzschalen zu kompensieren.

Die Beklagte wende sich im Hinblick auf den Beschluss vom 14.12.2010 auch zu Unrecht gegen die Aktivlegitimation der Gemeinschaft, diesen Anspruch für die einzelnen Eigentümer geltend zu machen. 52

Warum der Berechnungsweise des Sachverständigen M zum merkantilen Minderwert nicht zu folgen sein solle, sei von der Beklagten nicht bzw. zumindest nicht hinreichend substantiiert dargetan, nachdem sie im selbständigen Beweisverfahren insoweit keine Einwendungen erhoben habe. 53

Die Schiedsklausel zu Ziff. V.4. der Verträge greife bereits vom Wortlaut her nicht ein. Zudem sei sie als AGB unwirksam. 54

B. 55

Die zulässige Berufung der Beklagte ist mit der aus dem Tenor ersichtlichen Maßgabe, dass die Mehrwertsteuer auf die Schadensersatzbeträge nicht im Rahmen des Leistungs- sondern im Rahmen des Feststellungsantrages geltend zu machen ist, unbegründet. 56

Die Entscheidung des Landgerichts beruht insoweit nicht auf einer Rechtsverletzung (§ 546 ZPO) und die nach § 529 ZPO zu Grunde zu legenden Tatsachen rechtfertigen keine andere Entscheidung (§ 513 ZPO). 57

Auf das vorliegende Schuldverhältnis der Parteien ist die bis zum 31.12.2001 geltende Fassung des BGB anzuwenden, da die Erwerbverträge vor diesem Zeitpunkt abgeschlossen worden sind (Art. 229 § 5 EGBGB). 58

I. 59

Die Klage ist zulässig. 60

Der Zulässigkeit der Klage steht - wie vom Landgericht zutreffend ausgeführt - insbesondere nicht die Vereinbarung in Ziff. V.4. des Vertrages entgegen, wonach bei einem Streit zwischen den Beteiligten über die *"Frage der vollständigen Fertigstellung oder über den Kostenbetrag für die Baumängel"* auf Antrag auch nur eines Beteiligten hierzu verbindliche Feststellungen eines von der IHK Düsseldorf zu bestimmenden vereidigten Sachverständigen als Schiedsgutachter getroffen werden sollen. 61

1. 62

Diese Vereinbarung stellt sich - ungeachtet der Frage ihres Inhalts und ihrer Wirksamkeit - bereits nach ihrem ausdrücklichen Wortlaut ("*... als Schiedsgutachter ...*", *Hervorhebung durch den Senat*) nicht als Schieds(gerichts)vereinbarung mit der Möglichkeit einer prozesshindernden Einrede i.S.v. § 1032 ZPO (vgl. Werner/Pastor, Der Bauprozess, 13. Auflage 2012, Rn 529 ff. mwN), sondern allenfalls als Schiedsgutachtenvertrag (vgl. Werner/Pastor, a.a.O., Rn 538 ff. mwN) dar. Ein Schiedsgutachtenvertrag erlaubt indes keine prozesshindernde Einrede i.S.v. § 1032 ZPO und lässt daher die Zulässigkeit der Klage vor dem Zivilgericht unberührt. Sie hindert vielmehr das angerufene Zivilgericht allenfalls daran, die vom Schiedsgutachter nach dem Willen der Parteien bereits getroffenen oder noch zu 63

treffenden Tatsachenfeststellungen selbst im Wege einer gerichtlichen Beweisaufnahme vorzunehmen (vgl. Werner/Pastor, a.a.O., Rn 539 mwN).

2. 64

Die Vereinbarung zu V.4. betrifft zudem - schon nach ihrer systematischen Stellung im Text des notariellen Kaufvertrages unter der Überschrift "*Übergabe*" (Ziff. V.) - allein die "*Frage der vollständigen Fertigstellung und den Kostenbetrag dabei festgestellter Baumängel*" (vgl. auch die Bevollmächtigung des Sachverständigen zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums zu Ziff. V.3.) und nicht die hier Streitgegenständlichen Gewährleistungsansprüche nach erfolgter Übergabe, die unter Ziff. VII. unter der Überschrift "*Gewährleistung für Sachmängel und Vertragserfüllung*" ohne Erwähnung einer Schiedsgutachtenklausel geregelt worden sind. 65

Die Vereinbarung zu V.4 betrifft in diesem systematischen Zusammenhang mit der Übergabe bzw. der Frage der vollständigen Fertigstellung nach ihrem ausdrücklichen Wortlaut zudem auch nur den "*Kostenbetrag für die Baumängel*" (Hervorhebung durch den Senat) und damit jedenfalls nicht die hier Streitgegenständliche Frage, ob und in welchem Umfang nach erfolgter Übergabe solche Mängel vorliegen. Der Berufungseinwand der Beklagten, da die Frage des Bestehens vom Baumängeln der Bezifferung der Höhe des Kostenbetrages für Baumängel denknötwendig vorgreiflich sei, unterfielen alle hier Streitgegenständlichen Gewährleistungsansprüche der Vereinbarung zu V.4, verkennt insoweit sowohl die sich aus der systematischen Stellung als auch den Wortlaut ergebende Beschränkung der Vereinbarung zu V.4. auf die "*Frage der vollständigen Fertigstellung oder über den Kostenbetrag für die Baumängel*" und zwar nur in Zusammenhang mit der Übergabe. 66

3. 67

Der weitere Berufungseinwand der Beklagten, das LG habe statt auf die systematische Stellung der Klausel im Wege der Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB auf den mutmaßlichen Parteiwillen abstellen müssen, woraus sich ergeben hätte, dass die Parteien auch Gewährleistungsansprüche betreffende Streitigkeiten - sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach - durch ein Schiedsgericht hätten entschieden haben wollen, ist ebenfalls unbegründet. Da die Parteien zweifelsfrei überhaupt keine Schieds(gerichts)vereinbarung getroffen haben, sondern - allenfalls - eine Schiedsgutachtenvereinbarung zur "*Frage der vollständigen Fertigstellung oder über den Kostenbetrag für die Baumängel*" und zwar nur in Zusammenhang mit der Übergabe, besteht hier für eine ergänzende Vertragsauslegung gemäß § 157 BGB, bei der es allenfalls auf den mutmaßlichen Parteiwillen ankommen könnte (vgl. Palandt-Ellenberger, BGB, 71. Auflage 2012, § 157, Rn 7 mwN), ersichtlich kein Raum. Der Notarvertrag enthält bereits keine für eine ergänzende Vertragsauslegung zwingend notwendige Regelungslücke im Sinne einer "planwidrigen Unvollständigkeit" (vgl. Palandt-Ellenberger, a.a.O., § 157, Rn 3). . 68

4. 69

Aus den vorstehenden Gründen hat dementsprechend auch der Berufungseinwand der Beklagten keinen Erfolg, da sich der vorliegende Rechtsstreit nicht lediglich auf Gewährleistungsansprüche dem Grunde nach, sondern auch der Höhe nach verhalte, über die zumindest und jedenfalls ein Schiedsgericht habe entscheiden müssen, hätte schon aus Gründen der Prozessökonomie und Sachdienlichkeit der Rechtsstreit umfassend - dem Grunde und der Höhe nach - durch ein Schiedsgericht entschieden werden müssen. 70

II. 71

Die Klage ist - entsprechend der zutreffenden Feststellungen des Landgerichts im angefochtenen Urteil - mit der aus dem Tenor ersichtlichen Maßgabe, dass die Geltendmachung der Umsatzsteuer auf den Schadensersatzbetrag zur Beseitigung der Schallschutzmängel nicht im Rahmen des Leistungs- sondern im Rahmen des Feststellungsantrages berechtigt ist, begründet, so dass sich der Zahlbetrag zu 1. des Tenors von 281.012,62 EUR um einen entsprechenden Teilbetrag an Umsatzsteuer von 19.432,44 EUR auf 261.580,18 EUR reduziert, davon	72
-Vorschuss zur Beseitigung der Undichtigkeiten der Dächer: 128.243,20 EUR brutto	73
dazu unter 2.)	74
-Schadensersatz wegen der Schallschutzmängel: 133.336,98 EUR	75
davon Mängelbeseitigungskosten: 102.276,00 EUR netto (dazu unter 3.a.),	76
davon merkantiler Minderwert: 31.060,98 EUR bzw. 60.750 DM (dazu unter 3.b.)	77
1.	78
Die Klägerin, vertreten durch ihren Verwalter, ist - wie vom Landgericht zutreffend ausgeführt - im Sinne der sog. Aktivlegitimation befugt, die Rechte der Erwerber wegen Mängeln sowohl am Gemeinschaftseigentum als auch am Sondereigentum geltend zu machen (vgl. Werner/Pastor, Der Bauprozess, 13. Auflage 2011, Rn 485 mwN).	79
Die Klägerin ist - insbesondere auch, soweit durch die Anbringung von Vorsatzschalen zur Herstellung vertragsgerechter Schalldämmmaße Sondereigentum betroffen ist - auch unter Berücksichtigung des Urteils des OLG Hamm vom 11.03.2010 (21 U 148/09, NJW-RR 2011, 14) im Hinblick auf die Ermächtigung durch Beschlüsse der Wohnungseigentümerversammlung vom 26.01.2010 (vgl. dazu 9/190 GA) bzw. vom 14.12.2010 (vgl. Anlage K12) berechtigt, Zahlung an sich zu verlangen.	80
Der Berufungseinwand der Beklagten, ihre mit Schriftsatz vom 16.06.2011 erstmals erhobene Rüge der Aktivlegitimation der Klägerin im Hinblick auf Maßnahmen, die ausschließlich auf Verbesserung des jeweiligen Sondereigentums gerichtet seien, habe vom LG schon deswegen nicht wegen Verspätung zurückgewiesen werden dürfen, da diese Rüge - als Rechtsfrage - einer Präklusion i.S.v. § 296 Abs. 2 ZPO nicht zugänglich sei, kann dahinstehen. Das Landgericht hat den diesbezüglichen Einwand der insoweit vermeintlich fehlenden Aktivlegitimation der Klägerin mit der o.a. zutreffenden materiell-rechtlichen Begründung zurückgewiesen (vgl. Seite 21, dort zu ee., 1./2. Absatz).	81
Soweit das Landgericht diesen Einwand - lediglich hilfsweise und im Sinne einer doppelten Begründung - zugleich wegen Verspätung prozessrechtlich als unzulässig zurückgewiesen hat (vgl. Seite 21, dort zu ee., 3. Absatz), sind diese Ausführungen des Landgericht im Berufungsverfahren nicht entscheidungserheblich, indes gleichwohl zutreffend. § 296 ZPO ahndet nämlich die Verzögerung von allen (Angriffs- und) Verteidigungsmitteln, d.h. jeglicher zur Verteidigung gegen den Klageantrag vorgebrachten tatsächlichen und rechtlichen Behauptungen, Einwendungen, Bestreiten, Einreden und Beweisanträge (vgl. Zöller-Greger, ZPO, 29. Auflage 2012, § 296, Rn 4; § 282, Rn 2 mwN).	82
2.	83
	84

Die Beklagte schuldet der Klägerin - entsprechend der zutreffenden Feststellungen des Landgerichts im angefochtenen Urteil - einen Kostenvorschuss in Höhe von **128.243,20 EUR** zur Beseitigung der Undichtigkeiten der Dächer an sämtlichen Häusern beider Häuserzeilen gemäß §§ 242, 669 BGB a.F. (vgl. zum Vorschussanspruch im BGB in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung vgl.: Werner/Pastor, a.a.O., Rn 2114 mwN in Fn 207)

a. 85

Selbst wenn der Senat - entgegen den o.a. Feststellungen zur Abgrenzung der Vereinbarungen zu Ziff. V. des notariellen Kaufvertrages ("*Übergabe*") und Ziff. VII. ("*Gewährleistung für Sachmängel und Vertragserfüllung*") - davon ausgehen wollte, dass die Parteien zu Ziff. V.4. die Gewährleistung als Ganzes (d.h. dem Grunde und der Höhe nach) den verbindlichen Feststellungen eines von der IHK Düsseldorf zu bestimmenden Sachverständigen als Schiedsgutachters unterwerfen wollten, wäre eine solche - unterstellte - Schiedsgutachtenvereinbarung als formularmäßige Vereinbarung in einem notariellen Bauträgervertrag wegen Verstoßes gegen § 9 AGBG (bzw. nunmehr § 307 BGB) unwirksam (vgl. BGH, Urteil vom 10.10.1991, VII ZR 2/91, BauR 1992, 223; OLG Düsseldorf, Urteil vom 20.07.1994m 22 U 19/94, BauR 1995, 559; OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.06.1993, 22 U 293/92, BauR 1994, 128; Werner/Pastor, a.a.O., Rn 543 mwN in Fn 104/105).

b. 87

Die Undichtigkeiten der Dächer im Sinne von werkvertraglichen Gewährleistungsmängeln folgen beweiskräftig aus den Feststellungen des Sachverständigen Müller im selbständigen Beweisverfahren (Gutachten vom 08.04.2008, Anlage K6; Gutachten vom 04.12.2008, Anlage K7; Gutachten vom 27.04.2010, Anlage K8), welche die Beklagte in beiden Instanzen nicht angegriffen hat, vielmehr im Berufungsverfahren ausdrücklich unstreitig gestellt hat (vgl. 176 GA, 2. Absatz).

c. 89

Der Vorschussanspruch ist unter Anwendung des neuen Verjährungsrechts (Art. 229 § 6 EGBGB) und unter Berücksichtigung einer Abnahme des Gemeinschaftseigentums nicht vor dem 22.02.2002 infolge der Hemmung durch das selbständige Beweisverfahren entsprechend der zutreffenden Feststellungen im angefochtenen Urteil nicht verjährt.

Der Berufungseinwand der Beklagten, die fünfjährige Verjährungsfrist für den Vorschussanspruch sei im Hinblick auf die - unstreitigen - Mängel der Dächer nach wirksamer Abnahme durch den in der Teilungserklärung vom 12.04.2001 bestellten Erstverwalter (G GmbH, vgl. 60 GA) am 14.12.2001 (gemäß Protokoll Anlage B4, 55 GA) bereits vor Eingang des Beweissicherungsantrages der Klägerin am 22.12.2006 abgelaufen, hat keinen Erfolg. Eine von der Beklagten mit Schriftsatz vom 30.09.2010 behauptete Abnahme des Gemeinschaftseigentums bereits am 14.12.2001 ist unwirksam, da die (Erst-)Verwalterin aus mehreren Gründen durch Ziff. V.3. der Notarverträge nicht wirksam zu einer solchen - unterstellten - Abnahme bevollmächtigt worden ist.

aa. 92

Die Vereinbarung zu Ziff. V.3. der Kaufverträge, deren vom Landgericht zutreffend vorgenommene Einordnung als AGB die Berufung der Beklagten nicht mehr in Frage stellt, ist bereits insoweit mit dem AGBG bzw. §§ 305 ff. BGB nicht vereinbar ist, als der Klausel sich - unter Verstoß gegen das Transparenzgebot i.S.v § 2 Abs. 1 Nr. 2 BGB a.F. (bzw. § 307

Abs. 1 Satz 2 BGB n.F.) - nicht hinreichend entnehmen lässt, dass es sich bei der erteilten Vollmacht an den Verwalter um eine frei widerrufliche Vollmacht handelt.

Sieht die Abnahmeklausel - wie hier - vor, dass der Erwerber unwiderruflich eine bestimmte Person bevollmächtigen muss bzw. bereits tatsächlich bevollmächtigt, ist sie unwirksam. Die vom Bauträger geschuldete Leistung entgegenzunehmen und über ihre Ordnungsgemäßheit zu befinden, ist allein Sache der Erwerber, denen es überlassen bleiben muss, den zur Abnahme Berechtigten jederzeit selbst frei zu bestimmen (vgl. BGH, Urteil vom 21.02.1985, VII ZR 72/84, BauR 1985, 314; OLG Koblenz, Urteil vom 17.10.2002, 5 U 263/02, BauR 2003, 546, dort Rn 85; OLG Hamm, Urteil vom 23.10.2003, 21 U 58/03, BauR 2004, 690; Werner/Pastor, a.a.O., Rn 507; Kniffka, Kompendium des Baurechts, 3. Auflage 2008, 11. Teil, Rn 238 mwN).

94

Eine "verdrängende" Abnahmeklausel greift in das originäre Abnahmerecht des Erwerbers ein, weil er ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes, der auch zum Widerruf einer an sich unwiderruflichen Vollmacht berechtigt (vgl. BGH, Urteil vom 08.02.1985, V ZR 32/84, WM 1985, 646; BGH, Urteil vom 12.05.1969, VII ZR 15/67, WM 1969, 1009;; Palandt-Ellenberger, BGB, 71. Auflage 2012, § 168, Rn 6 a.E.), faktisch keine Möglichkeit hat, eine Abnahme durch den vorab notarvertraglich bevollmächtigten Verwalter zu verhindern. Eine Abnahmevollmacht muss daher zwangsläufig widerruflich erteilt werden. Um dem Erwerber nicht zu suggerieren, dass nur der bevollmächtigte Verwalter abnehmen darf, muss die Klausel i.S. des Transparenzgebots gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGBG (bzw. nunmehr § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) zusätzlich ausdrücklich klarstellen, dass die Vollmacht nicht nur frei widerruflich ist, sondern der Erwerber jederzeit auch selbst die Abnahme erklären (bzw. verweigern) kann. Nur auf diese Weise wird klar- und sichergestellt, dass das o.a. originäre Abnahmerecht des Erwerbers nicht intransparent bzw. unangemessen beeinträchtigt wird bzw. von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen (§§ 640, 641 BGB) in einer den Erwerber benachteiligenden Weise i.S.v. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG (bzw. nunmehr § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) abgewichen wird (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.09.2011, 8 U 106/10, NJW 2012, 237 mit Anm. Orlík, jurisPR-PrivBauR 12/2011, Anm.1; Vogel, NZM 2010, 377; Bastý, Der Bauträgervertrag, 9. Auflage 2009, Rn 1013; vgl. auch van Oefe, DNotZ 2011, 249; Kniffka, Kompendium des Baurechts, 3. Auflage 2008, 11. Teil, Rn 239 mwN).

95

Im Hinblick auf die vorstehenden Grundsätze hat der Berufungseinwand der Beklagten, die Regelung zu Ziff. V.3. der Kaufverträge halte als AGB - auch unter Berücksichtigung des Urteils des OLG Koblenz vom 17.10.2002, (5 U 263/02, BauR 2003, 546) einer Inhaltskontrolle stand, da diesem Urteil ein völlig anders gelagerter Sachverhalt (Bestellung eines Sachverständigen durch den Bauträger) zugrundegelegt habe, keinen Erfolg. Maßgeblich ist, dass auch durch die hier von der Beklagten verwendete Klausel zu V.3. in den durch die Regelungen des AGBG (bzw. nunmehr §§ 305 ff. BGB) geschützten Kernbereich der Rechtsstellung des Erwerbers eingegriffen wird, ohne dass dies durch gewichtige und schützenswerte Interessen der Beklagten als Bauträgerin gerechtfertigt wäre.

96

Der Berufungseinwand der Beklagten, § 640 BGB sei dispositives Recht, das hinter die vorrangigen vertraglichen Regelungen zurücktrete, so dass die Erwerber daher ohne weiteres die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch einen Dritten (z.B. den Verwalter) vereinbaren könnten, und die Bezugnahme der Beklagten auf Entscheidungen des BayObLG (Beschluss vom 20.03.2011, 2Z BR 75/00, RNotZ 2001, 586; Beschluss vom 30.04.1999, 2Z BR 1543/98, NJW-RR 2000, 15), des OLG Nürnberg (Urteil vom 12.12.2006, 9 U 429/06, IBR 2009, 585) und die Kommentierung von Palandt (-Sprau, BGB, 71. Auflage 2012, § 640, Rn 5 a.E. mwN) rechtfertigen keine abweichende Beurteilung. Dieser Berufungseinwand der

97

Beklagten verkennt, dass insoweit zwischen individualvertraglichen und formular-mäßigen Vereinbarungen bzw. Vollmachten (im Sinne einer Einschränkung des originären Rechts der Erwerber auf Abnahme auch des Gemeinschaftseigentums i.S.v. § 640 BGB) unterschieden werden muss, wobei für letztere die o.a. besonderen Anforderungen des AGBG bzw. nunmehr §§ 305 ff. BGB an Transparenz und Angemessenheit gelten. Zudem betreffen die beiden von der Beklagten zitierten Beschlüsse des BayObLG allein das Innenverhältnis zwischen der Wohnungseigentümergeinschaft und dem Verwalter und nicht das Außenverhältnis zum Verkäufer bzw. Bauträger.

Der weitere Berufungseinwand der Beklagten, das LG habe fehlerhaft unberücksichtigt gelassen, dass auch die Käufer zur Abnahme berechtigt gewesen seien und die Zulässigkeit eines Widerrufs der dem Verwalter eingeräumten Vollmacht ohne die Notwendigkeit eines entsprechenden Hinweises in der Klausel bereits aus § 671 Abs. 1 BGB (bzw. § 168 Satz 2 BGB) folge, hat ebenfalls keinen Erfolg, da er die o.a. Anforderungen des § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGBG (bzw. nunmehr § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) an die Verständlichkeit bzw. Transparenz einer in den Kernbereich der Rechtsstellung der Erwerber eingreifende AGB-Klausel zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums für den Erwerber eines Bauträgerobjekts, bei denen von den Verständnismöglichkeiten eines rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden auszugehen ist, d.h. nach dessen laienhaftem Empfängerhorizont (vgl. BGH, Urteil vom 21.10.2009, VIII ZR 244/08, NJW 2010, 293) nicht hinreichend berücksichtigt. Insoweit ändert auch die in der Klausel zu V.3. - ebenfalls nicht hinreichend klar und verständlich dargestellte - Alternative, dass die Abnahme durch *"alle Käufer"* hätte erfolgen können, in der Gesamtschau nichts an der Intransparenz und Unwirksamkeit der Klausel. Im Hinblick auf die vorstehenden Anforderungen an die Transparenz einer AGB-Klausel war - unabhängig von der Existenz der o.a. gesetzlichen Regelungen zur Widerrufbarkeit einer Vollmacht - in den vorformulierten Notarverträgen zu Ziff. V.3. ein ausdrücklicher Hinweis an die Erwerber auf diese freie Widerruflichkeit der dem von der Beklagten als Bauträgerin bestellten (Erst-)Verwalter vorab erteilten Vollmacht zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums erforderlich, um dieser Klausel die gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGBG (bzw. nunmehr § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) notwendige Transparenz für die Erwerber und Angemessenheit zu verleihen.

98

bb.

99

Zudem kann in einer als AGB vorformulierten Abnahmeklausel jedenfalls nur eine Person mit der Abnahme des Gemeinschaftseigentums betraut werden, die nicht aus dem potentiellen Lager des Bauträgers stammt, d.h. neutral ist. Denn anderenfalls könnte der Bauträger entscheidenden Einfluss auf dem im Wesentlichen für ihn günstigen Rechtsakt der Abnahme nehmen. Damit scheiden der regelmäßig vom Bauträger bestellte oder gar mit ihm personenidentische bzw. von ihm abhängige Erstverwalter als taugliche Abnahmeperson aus (OLG Stuttgart, Urteil vom 19.12.1979, 13 U 7/79, MDR 1980, 495; Vogel, a.a.O. mwN in Fn 23). Eine solche Klausel benachteiligt den Erwerber unangemessen, weil der zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums Bevollmächtigte nicht abstrakt unparteilich ist, sondern letztlich vom Bauträger (durch die Bestellung des Erstverwalters) selbst bestimmt worden ist (vgl. Vogel, a.a.O. mwN in Fn 25).

100

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze richtete sich hier die von den Erwerbern erteilte Vollmacht an die Fa. G als eine mit der Beklagten als Bauträgerin - unabhängig von der Frage der Scheidung der Eheleute Becker (vgl. 95 GA) - personell und wirtschaftlich eng verflochtene Gesellschaft (vgl. 61/62 GA, dort zu 3., vgl. 87 GA, dort zu 4.; vgl. 101 GA, dort zu 6., vgl. auch Anlagen K 13-15) und damit keine neutrale Person im vorstehenden Sinne.

101

102

Der Berufungseinwand der Beklagten, dass die Abnahme des in diesem Zeitpunkt bereits fertiggestellten Gemeinschaftseigentums am 14.12.2001 durch den Verwalter stattgefunden habe, habe sie bereits in erster Instanz hinreichend substantiiert dargelegt und durch die hierfür und auch für die von der Klägerin bestrittene Authentizität des vorgelegten Abnahmeprotokolls benannte Zeugin Barbara Becker unter Beweis gestellt habe, die das LG indes fehlerhaft nicht vernommen habe, ist dementsprechend ebenfalls unbegründet, da eine solche Abnahme - auch bei Wahrunterstellung - aus den vorstehenden Gründen jedenfalls in mehrfacher Hinsicht unwirksam wäre.

cc. 103

Die Frage der notwendigen Fachkunde der zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums bevollmächtigten Person ist nach alledem nicht entscheidungserheblich (vgl. Vogel, a.a.O., mwN in Fn 26). 104

d. 105

Die Höhe des Vorschussanspruchs ergibt sich aus den - von der Berufung der Beklagten nicht angegriffenen - Feststellungen des Sachverständigen Müller im selbständigen Beweisverfahren (vgl. Gutachten vom 04.12.2008, dort Blatt 57 ff., vgl. auch 5 ff. GA) wie folgt: 106

Detailplanung	6.000,00 EUR	107
Umsetzung der Planung (13 x 7.489,80 EUR)	97.367,40 EUR	108
Wärmedämmung auf Hausgiebeln		109
(8 x 300 EUR)	2.400,00 EUR	110
Malermäßige Beseitigung der Folgeschäden		111
<u>in den Häusern</u>	<u>2.000,00 EUR</u>	112
Zwischensumme	107.767,40 EUR	113
<u>zzgl. 19 % Mwst.</u>	<u>20.475,81 EUR</u>	114
Summe Brutto	128.243,20 EUR	115

e. 116

Der nunmehr von der Beklagten erhobene Einwand, Umsatzsteuer auf den Vorschussbetrag könne die Klägerin nach der Rechtsprechung des BGH nicht geltend machen, solange sie die Mängelbeseitigung nicht durchführe, ist nicht berechtigt. Daran, dass es sich bei den Ansprüchen auf Ersatz der Kosten der Selbst- bzw. Ersatzvornahme bzw. auf einen diesbezüglichen Vorschuss nicht um Schadensersatzansprüche handelt, hat sich weder durch die Neufassung des § 249 Abs. 2 Satz 2 BGB (seit 19.07.2002) noch durch die Entscheidung des BGH vom 22.07.2010 (VII ZR 176/09, BauR 2010, 1752) etwas geändert (vgl. jurisPK-BGB-Genius, 5. Auflage 2010, § 637, Rn 20 mwN in Fn 28; Werner/Pastor, a.a.O., Rn 2222). Dies gilt um so mehr, als der BGH in seiner vorstehenden Entscheidung vom 22.07.2010 (a.a.O., dort Rn 16) den Besteller ausdrücklich auf die Möglichkeit eines Vorschussanspruchs gemäß § 637 Abs. 3 BGB verwiesen hat, wenn er vor der

Mängelbeseitigung verhindern will, dass er bei den anstehenden Mängelbeseitigungsmaßnahmen mit der Mehrwertsteuer in Vorleistung treten muss. Zudem bestehen die Bedenken des BGH hinsichtlich einer Überkompensation des Schadens des Bauherrn bei Berücksichtigung einer - bei Nichtausführung der Mängelbeseitigung - nicht anfallenden Umsatzsteuer (vgl. BGH, a.a.O, dort Rn 14) bei einem Vorschussanspruch gemäß § 637 Abs. 3 BGB schon deswegen nicht, weil die Klägerin als Auftraggeberin die Pflicht zu dessen späteren exakten Abrechnung (einschließlich der vom Auftragnehmer bevorschussten Umsatzsteuer) trifft (vgl. im Einzelnen: Werner/Pastor, a.a.O., Rn 2132 ff. mwN; Kniffka/Koeble, a.a.O., Teil 6, Rn 144 ff. mwN; Kuffer/Wirth-Drossart, Handbuch des Fachanwalts für Bau- und Architektenrecht, 3. Auflage 2011, 2. Kap., Teil B, Rn 118/119 mwN; Palandt-Sprau, a.a.O., § 637, Rn 10 mwN).

3. 118

Die Beklagte schuldet der Klägerin gemäß § 635 BGB a.F. Schadensersatz in Höhe von insgesamt **133.336,98 EUR** (davon Mängelbeseitigungskosten: **102.276,00 EUR netto**, davon merkantiler Minderwert: **31.060,98 EUR**).

a. 120

Selbst wenn der Senat - entgegen den o.a. Feststellungen zur Abgrenzung der Vereinbarungen zu Ziff. V. des notariellen Kaufvertrages ("Übergabe") und Ziff. VII. ("Gewährleistung für Sachmängel und Vertragserfüllung") - davon ausgehen wollte, dass die Parteien zu Ziff. V.4. die Gewährleistung als Ganzes (d.h. dem Grunde und der Höhe nach) den verbindlichen Feststellungen eines von der IHK Düsseldorf zu bestimmenden Sachverständigen als Schiedsgutachters unterwerfen wollten, wäre eine solche - unterstellte - Schiedsgutachtenvereinbarung als formularmäßige Vereinbarung in einem notariellen Bauträgervertrag - wie bereits oben zum Vorschussanspruch (mit entsprechenden Nachweisen) ausgeführt - wegen Verstoßes gegen § 9 AGBG (bzw. nunmehr § 307 BGB) unwirksam.

b. 122

Die von der Beklagten unstreitig an den Häusern H ausgeführte einschalige Bauweise erfüllt - 123 wie vom Landgericht zutreffend ausgeführt - unter Auslegung der Kaufverträge und unter Berücksichtigung deren Begleitumständen sowie der konkreten Verhältnisse der Bauwerke nicht die vertraglich vereinbarten Schallschutzanforderungen an Einfamilien(reihen-)häuser und ist dementsprechend gemäß § 633 Abs. 1 BGB a.F. - entsprechend der von der Beklagten als solchen nicht angegriffenen Feststellungen des Sachverständigen Müller im selbständigen Beweisverfahren - mangelhaft.

Nach § 633 BGB a.F. war der Unternehmer verpflichtet, das Werk so herzustellen, dass es 124 die zugesicherten Eigenschaften hatte und nicht mit Fehlern behaftet war, die den Wert oder die Tauglichkeit des Werks "für den nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch" oder "für den gewöhnlichen Gebrauch" aufheben oder mindern. Ein Baumangel setzte danach voraus, dass die Istbeschaffenheit der Werkleistung hinter deren Sollbeschaffenheit zurückblieb und dadurch der Wert und/oder die Gebrauchstauglichkeit des Werks beeinträchtigt wurde. Nach der Rechtsprechung des BGH war der Begriff des Baumangels vor allem subjektiv zu verstehen, d.h. das Werk war fehlerhaft, wenn es nicht die bei Vertragsschluss ausdrücklich oder stillschweigend vereinbarte Beschaffenheit aufwies, selbst wenn die anerkannten Regeln der Technik im übrigen eingehalten wurden. Maßgeblich war die Einzelfallprüfung, was der Unternehmer nach dem Vertrag und "vertraglich vorausgesetzten Gebrauch" als

Werkleistung schuldet (vgl. Werner/Pastor, a.a.O., Rn 1960 mwN).

Der Wert oder die Tauglichkeit der Werkleistung zu dem "gewöhnlichen Gebrauch" bestimmte sich nach § 633 BGB a.F. dagegen objektiv, d.h. also danach, wie das Werk im Allgemeinen beschaffen sein muss, damit es den Ansprüchen eines Durchschnittsbauherrn genügt, wobei vor allem die anerkannten Regeln der Baukunst bzw. Technik i.S.v. § 13 VOB/B eine überragende Bedeutung gewannen (vgl. Werner/Pastor, a.a.O., Rn 1961 mwN). 125

Welchen Schallschutz die Parteien eines Vertrages über den Erwerb eines Bauwerks vereinbart haben, richtet sich dementsprechend in erster Linie nach der im Vertrag getroffenen Vereinbarung, wobei die im Vertrag zum Ausdruck gebrachten Vorstellungen von der Qualität des Schallschutzes (d.h. der Beeinträchtigung durch Geräusche) maßgeblich sind. Dabei ist eine Gesamtabwägung vorzunehmen, in die nicht nur der Vertragstext einzubeziehen ist, sondern auch die erläuternden und präzisierenden Erklärungen der Vertragsparteien, die sonstigen vertragsbegleitenden Umstände, die konkreten Verhältnisse des Bauwerks und seines Umfeldes, der qualitative Zuschnitt, der architektonische Anspruch und die Zweckbestimmung des Gebäudes zu berücksichtigen sind. Der Erwerber einer Wohnung oder Doppelhaushälfte mit üblichen Komfort- und Qualitätsansprüchen darf in der Regel einen diesem Wohnraum entsprechenden Schallschutz erwarten, der sich nicht nur aus den Schalldämmmaßen nach DIN 4109 ergibt (vgl. BGH, Urteil vom 04.06.2009, VII ZR 54/07, BGHZ 181, 225; vgl. bereits BGH, Urteil vom 14.06.2007, VII ZR 45/06, BGHZ 172, 346; vgl. auch OLG Hamm, Beschluss vom 03.12.2007, 17 U 19/07, NZM 2009, 587; OLG München, Urteil vom 03.02.1998, 9 U 3922/97, BauR 1999, 399). 126

Unter Berücksichtigung der vorstehenden Grundsätze sind die Werkleistungen der Beklagten zur Errichtung der Einfamilien(reihen)häuser 14a-g im Hinblick auf die Ausführung bzw. das Maß des Schallschutzes der Hauszwischenwände (Innengiebelwände) mit Fehlern behaftet, die sowohl den Wert oder die Tauglichkeit "für den nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch" (dazu unter aa.) als auch "für den gewöhnlichen Gebrauch" (dazu unter bb.) zumindest mindern, wenn nicht vollständig aufheben. 127

aa. 128

Die für den "nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch" maßgebliche Sollbeschaffenheit der gemäß ausdrücklicher Bezeichnung in Ziff. I. und Ziff. V.1. des Notarvertrages (UR-Nr. 1220/2001, Anlage K 1) bzw. in der Bezugsurkunde (UR-Nr. 1015/2001, Anlage K9) zu errichtenden 13 "Einfamilien(reihen)häuser" (vgl. auch Bezeichnung "Häuser" in der Baubeschreibung, Anlage K 4, dort Seite 6/8) i.S.v. § 633 Abs. 1 BGB folgt aus Ziff. III. der Notarverträge. Danach war die Beklagte als Verkäuferin verpflichtet, die Bauwerke "... nach den anerkannten Regeln der Baukunst technisch einwandfrei unter Verwendung normgerechter Baustoffe ..." zu errichten, wobei die "Baugestaltung und Ausstattung grundsätzlich nach Maßgabe der Leistungsbeschreibung - Baubeschreibung -, der Baupläne ... zu erfolgen hatte, die als Anlage zur Bezugsurkunde vom 12.04.2001 (UR-Nr. 1015/2001, - Anlage K 9 -) genommen wurden, vorbehaltlich behördlicher Auflagen und technisch notwendiger Änderungen". Außerdem wurde zu Ziff. III.1. vereinbart, dass die "Baubeschreibung den Bauplänen vorgeht." 129

Danach war Sollbeschaffenheit der Werkleistung der Beklagten bereits im Ausgangspunkt jeweils nicht nur eine "Reihenwohnung" bzw. eine "Wohnung in einem Mehrfamilienhaus", sondern nach mehrfacher ausdrücklicher Bezeichnung sowohl im Notarvertrag als auch in der Bezugsurkunde als auch in der dieser beigefügten Baubeschreibung ein "Einfamilien(reihen)haus" (Hervorhebungen durch den Senat). Schon wegen dieser im 130

Ausgangspunkt eindeutigen Bezeichnung der Werkleistung schuldete die Beklagte - auch unter Berücksichtigung der bereits nach dem Vertragsinhalt subjektiv berechtigten Erwartungshaltung der Erwerber - als Vertragsoll jeweils nicht lediglich eine mehrgeschossige, vertikal lediglich durch einschalige Wohnungszwischenwände (Innengiebelwände) getrennte (Reihen)"Wohnung" in einem Mehrfamilienhaus, sondern jeweils ein (Reiheneinfamilien)"Haus" mit - nach den hierfür insoweit unstrittig geltenden schärferen Schallschutzanforderungen - zu fordernden zweischaligen Hauszwischenwänden (Innengiebelwänden)

Auch im Verkaufsexposé (Anlage K 3), das als vorvertragliche Unterlage bei der Auslegung der Leistungspflichten der Beklagten bzw. der Feststellung der Sollbeschaffenheit der Werkleistung ergänzend zu berücksichtigen ist (vgl. BGH, Urteil vom 07.05.1987, VII ZR 366/85, BGHZ 100, 391 = NJW 1988, 490; Kniffka, Kompendium des Baurechts, 3. Auflage 2008, 5. Teil, Rn 73 mwN in Fn 250), ist von der Errichtung von "13 Reihenhäusern in Wohnungseigentum" bzw. "13 Eigentumswohnungen in Form von Reihenhäusern" (Hervorhebung durch den Senat) die Rede. 131

Zudem handelt es sich - wie bereits vom Sachverständigen M zutreffend festgestellt (vgl. Gutachten vom 08.04.2008, dort Bl. 35) - nach der Baubeschreibung auch bei den Häusern um so gut wie völlig autarke Häuser, die lediglich eine gemeinsame Übergabestation für die Fernwärme haben, für die indes jedes Haus wiederum einen eigenen Zähler hat. Die Häuser verfügen zudem unstrittig über separate Hauseingänge und Hausanschlüsse, getrennte postalische Anschriften und sind insgesamt - in beiden Häuserzeilen - jeweils als selbständige Einheiten geplant und ausgestaltet worden (vgl. auch Gutachten vom 08.04.2008, dort Bl. 36). 132

Zugleich geht mit dem geringeren Schalldämmmaß der von der Beklagten lediglich erstellten einschaligen Wohnungszwischenwände (Innengiebelwände) gegenüber dem höheren Schalldämmmaß der von der Beklagten vertraglich geforderten zweischaligen Hauszwischenwände (Innengiebelwände) - insoweit ebenfalls als solches unstrittig - eine erhebliche Beeinträchtigung des Werts und auch der Gebrauchstauglichkeit des Werks einher. 133

bb. 134

Durch die einschalige statt zweischalige Ausführung der Hauszwischenwände (Innengiebel) ist nach den vorstehenden Grundsätzen zugleich der objektiv zu bestimmende Wert und die Tauglichkeit der Werkleistung zu dem "gewöhnlichen Gebrauch" i.S.v. § 633 BGB a.F. beeinträchtigt. Die von der Beklagten erstellten Einfamilien(reihen)häuser sind - wegen Verstoßes gegen die DIN-Normen zum Schallschutz von Einfamilienreihenhäusern bzw. die entsprechenden anerkannten Regeln der Baukunst bzw. Technik i.S.v. § 13 VOB/B sowie der diesbezüglichen überzeugenden Feststellungen des Sachverständigen Müller im selbständigen Beweisverfahren, welche die Beklagte - abgesehen von der Frage der zugrundezulegenden vertraglichen Sollbeschaffenheit - als solche nicht in Frage stellt, nicht derart beschaffen, dass sie objektiv den Ansprüchen eines Durchschnittsbauherrn genügen (vgl. zur Abgrenzung der DIN-Normen und der allgemeinen Regeln der Technik im Hinblick auf den Schallschutz: BGH, Urteil vom 14.05.1998, VII ZR 184/97, BGHZ 139, 16; BGH, Urteil vom 19.01.1995, VII ZR 131/93, BauR 1995, 230; OLG Stuttgart, Urteil vom 22.11.1995, 1 U 1999/93, BauR 1996, 718; LG Stuttgart, Urteil vom 15.07.2005, 26 O 167/04, BauR 2006, 550). 135

cc. 136

Unter Berücksichtigung der vorstehenden Feststellungen stellt die Berufung der Beklagten die Mangelhaftigkeit ihrer Werkleistungen im Hinblick auf den vertikalen Schallschutz der Häuser weiterhin ohne Erfolg in Abrede.	137
(1)	138
Der Berufungseinwand der Beklagten, das LG habe den Schallschutz der Häuser fehlerhaft und unter unzureichender Gesamtabwägung von Vertragstext, aller vertragsbegleitenden Umstände und der konkreten Verhältnisse des Bauwerks als mangelhaft bewertet, wonach sie nur die Erstellung von Wohnungs- nicht von Haustrennwänden geschuldet habe, verkennt die vorstehend festgestellten Anforderungen an die Sollbeschaffenheit der Häuser.	139
(2)	140
Der weitere Berufungseinwand der Beklagten, ob die Objekte im Rahmen des Verkaufsexposés (Anlage K 3) möglicherweise als (Reihen-)Einfamilienhäuser offeriert worden seien, sei irrelevant, das das Exposé nicht Vertragsbestandteil geworden sei und Angaben zur baulichen Ausgestaltung nicht enthalte, hat ebenfalls keinen Erfolg. Soweit die Beklagte damit - im Umkehrschluss - auch im Berufungsverfahren weiterhin geltend machen will, sie schulde lediglich (mehrgeschossige) Reihenwohnungen bzw. ein Mehrfamilienhaus, verkennt sie, dass die ausdrückliche Bezeichnung der von ihr geschuldeten Werkleistung als " <u>Einfamilienhäuser</u> " bzw. " <u>Einfamilienreihenhäuser</u> " (Hervorhebungen durch den Senat) - wie oben bereits ausgeführt - sowohl im Notarvertrag als auch in der Bezugsurkunde, d.h. unmittelbar im maßgeblichen Vertragstext, als auch in der der Bezugsurkunde beigefügten Baubeschreibung enthalten ist.	141
Der Begriff "Wohnung" bzw. "Eigentumswohnung" erscheint in der Formulierung der maßgeblichen Vertragstexte vielmehr lediglich in Zusammenhang mit der Aufteilung in <u>Wohnungseigentum</u> (Hervorhebung durch den Senat, vgl. z.B. Vorbemerkung sowie Ziff. II des Notarvertrages). Gleiches gilt für die Formulierungen des Verkaufsexposés (vgl. Anlage K 3, Seiten 1-4), das zur Auslegung des Vertragsinhalts ergänzend heranzuziehen ist. Im Übrigen wird auch den Plänen zum Bauantrag der Beklagten vom 28.08.2000 (hinter Anlage K3) das Bauvorhaben mit der " <i>Errichtung von 13 Einfamilienhäusern</i> " bezeichnet, ohne dass dort zwischen der Zeile unterschieden wird. Auch die Werkplanung der Beklagten vom 12.12.2000 (hinter Anlage K3) bezeichnet das Bauvorhaben zu Haus als " <i>Errichtung eines Einfamilienhauses</i> ".	142
Die vorgenommene Aufteilung der zwei Zeilen von 7 bzw. 6 Einfamilienreihen-häusern in Wohnungseigentum rechtfertigt - ungeachtet der Frage, aus welchen etwaig bauplanungs-/ordnungsrechtlichen oder sonstigen Gründen die Beklagte hier so verfahren worden ist - im Hinblick auf die sonstigen oben dargestellten Auslegungskriterien keinesfalls, dass als Kaufgegenstand für die Zeile - in dann eklatantem Widerspruch zur ausdrücklichen Bezeichnung der herzustellenden Bauwerke als " <i>Einfamilienhäuser</i> " bzw. " <i>Einfamilienreihenhäuser</i> " - lediglich eine mehrgeschossige "Reihenwohnung" (mit verminderten Schallschutzanforderungen an die Zwischenwände/Trenngiebel) vereinbart worden ist. Für die Beurteilung des notwendigen Schallschutzes kommt es grundsätzlich nicht auf die Rechtsform des Objekts an (Realteilung bzw. eigenes Grundbuchblatt oder Wohnungseigentum), sondern maßgeblich ist bzw. sind allein die vertragliche Sollbeschaffenheit bzw. die bautechnischen Gegebenheiten (vgl. OLG München, Urteil vom 03.02.1998, 9 U 3922/97, BauR 1999, 399, dort Leitsatz 2 bzw. Rn 31 mwN).	143
(3)	144

Die Beklagte stützt sich auch ohne Erfolg darauf, den vorläufigen Aufteilungsplänen (Anlage B3) sei als Vertragsbestandteilen zu entnehmen, dass die Trennwände der Einheiten als "einfache Wohnungstrennwände" und die der Einheiten als "zweischalige Wohnungstrennwände" ausgestaltet seien. Bei lebensnaher Bewertung der nur laienhaften Erkenntnismöglichkeiten eines Durchschnitts-bauherrn/-erwerbers war die unterschiedliche zeichnerische Darstellung der Trennwände in den "Bauplänen" (Planstufe Abgeschlossenheit vom 10.04.2001, in Originalgröße = Anlage B 3, kleinkopiert als Anlage zur Bezugsurkunde UR-Nr. 1015/2001, Anlage K 9) als solche schon nicht hinreichend zu erkennen. Erst recht musste ein Durchschnittsbauherr/-erwerber bei lebensnaher Bewertung seiner nur laienhaften Erkenntnismöglichkeiten daraus - jedenfalls mangels sonstiger Hinweise oder Anzeichen - nicht den Schluss ziehen, dass die Häuserzeile und die Häuserzeile hinsichtlich der Trenngiebel in einem derart wichtigen Ausführungsmerkmal völlig unterschiedlich erstellt würden. Dies gilt umso mehr, als die Beklagte im Verkaufsexposé zu den Kaufpreisen ausdrücklich herausgestellt hat, dass die unterschiedliche Höhe der Kaufpreise zwischen 343.335 EUR und 356.000 EUR für die "*13 Reihenhäuser in Wohnungseigentum*" lediglich "*aus den unterschiedlichen Gartenanteilen*" resultiere (vgl. Anlage K3). An keiner Stelle des Verkaufsexposés oder der Vertragsunterlagen hat die Beklagte - und sei es auch nur ansatzweise - in Textform angedeutet, dass die Häuserzeile und die Häuserzeile hinsichtlich der Trenngiebel unterschiedlich erstellt würden. Auch in der Baubeschreibung (Anlage K 4, dort zu Ziff. 1.b. Außenmauerwerk) findet sich lediglich - ohne jede Differenzierung - die lapidare Bezugnahme "*Wandstärken nach Zeichnung*". Wandstärken der Trenngiebel sind indes in den insoweit vertraglich maßgeblichen Zeichnungen, nämlich den "Bauplänen" (Planstufe Abgeschlossenheit vom 10.04.2001, in Originalgröße = Anlage B 3, kleinkopiert als Anlage zur Bezugsurkunde UR-Nr. 1015/2001, Anlage K 9) nicht konkret mit Maßen versehen, so dass die Erwerber auch insoweit keinen Anlass für die Annahme hatten, die Beklagte schulde - trotz völlig identischer Preise für die zu erstellenden Einfamilienreihenhäuser als solche - hinsichtlich der Häuser der Zeile nur einschalige Trenngiebel (von 24 cm Stärke).

Abgesehen davon verkennt dieser Berufungseinwand der Beklagten jedenfalls, dass sie mit den Erwerbern zu Ziff. III.1. des notariellen Kaufvertrages vereinbart, dass die "*Baubeschreibung den Bauplänen vorgeht*". Im Text der Baubeschreibung ist indes - wie ausgeführt - mehrfach von (Reihen)"Häusern" als Werkleistung/-erfolg die Rede, bei denen lediglich einschalige Trenngiebel nicht fachgerecht sind.

(4) 147

Die Beklagte stützt sich auch ohne Erfolg darauf, der vom LG herangezogenen Entscheidung des OLG München vom 03.02.1998 (9 U 3922/97, BauR 1999, 399) habe insoweit ein anderer Sachverhalt zugrundegelegen, als dort die Ausführung eines zweischaligen Wandaufbaus vertraglich vereinbart gewesen sei und insoweit habe auch der Sachverständige Müller fehlerhaft als vertragliche Sollbeschaffenheit einen zweischaligen Wandaufbau zugrundegelegt. Dieser Berufungseinwand der Beklagten ist bereits im Ausgangspunkt unbegründet, als in dem vom OLG München (a.a.O.) zu beurteilenden Sachverhalt nach dem dortigen Vertragstext nur eine der beiden Haustrennwände des jeweiligen Reihenhauses (in geschossweise unterschiedlicher Dicke) zweischalig, hingegen die "gegenüberliegende Haustrennwand in allen Geschossen einschalig" ausgeführt werden sollte (vgl. Tatbestand, dort Rn 4) . Zu diesem insoweit jedenfalls hinsichtlich einer der beiden Haustrennwände eines Reihenhauses vergleichbaren Sachverhalt hat das OLG München die vom LG zu Recht als zutreffend erachtete Feststellung getroffen, dass es für die Beurteilung des notwendigen Schallschutzes nicht auf die Rechtsform des Objekts ankommt (Realteilung

bzw. eigenes Grundbuchblatt oder Wohnungseigentum), sondern maßgeblich allein die vertragliche Sollbeschaffenheit bzw. die bautechnischen Gegebenheiten ist bzw. sind (vgl. Leitsatz 2 bzw. Rn 31 mwN).

(5) 149

Der Berufungseinwand der Beklagten, Im Hinblick auf die vertraglich getroffene Beschaffenheitsvereinbarung i.S.v. § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB (n.F.) komme es auf die gewöhnliche Verwendungseignung bzw. die übliche bzw. zu erwartende Beschaffenheit i.S.v. § 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB (n.F.) nicht an, verkennt, dass ihre Werkleistung - entsprechend der vorstehenden Feststellungen und der Ergebnisse des selbständigen Beweisverfahrens - mit Fehlern behaftet ist, die den Wert und die Tauglichkeit des Werks sowohl "für den nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch" als auch "für den gewöhnlichen Gebrauch" im Sinne des hier maßgeblichen § 633 BGB a.F. zumindest erheblich mindern. 150

(6) 151

Ob der erstinstanzliche Einwand der Beklagten in dem am 16.06.2011 kurz vor der mündlichen Verhandlung erster Instanz vom 20.06.2011 eingegangenen Schriftsatz vom 16.06.2011 (110 ff. GA, dort zu 1.), eine zweischalige Bauweise sei bei der Häuserzeile 14 a-g aufgrund der Grundstücksgröße und bei Einhaltung der Abstandsflächen nicht möglich gewesen, vom LG zu Recht wegen grob sorgfaltswidriger, unentschuldigter Verspätung gemäß §§ 296 Abs. 2, 282 ZPO nicht berücksichtigt worden ist, kann dahinstehen, da dieser von der Berufung der Beklagten aufrechterhaltene Einwand jedenfalls nicht begründet ist. 152

Soweit sich die Beklagte weiterhin darauf stützt, dass sich der bei zweischaliger Bauweise um insgesamt 84 cm (6 x 14 cm) vergrößerte (Gesamt-)Baukörper unter Einhaltung der Abstandsflächen nicht mehr auf das Grundstück gepasst hätte und hierzu der Sachverständige M bereits in erster Instanz ergänzend habe gehört werden müssen, macht die Klägerin demgegenüber mit Recht geltend, dass es alleine Sache der Beklagten als Bauträgerin war, eine ordnungsgemäße Planung auf dem 2.209 qm großen Gesamtgrundstück (vgl. Anlage K3) vorzunehmen, ggf. zur Einhaltung der Abstandsflächen die Hausanzahl bei der Häuserzeile von 7 auf 6 zu reduzieren bzw. auf sonstige Weise den Mangel einschaliger Trennwände zu vermeiden bzw. ggf. sogleich - etwaig durch die Planung biegeeweiche Vorsatzschalen und/oder sonstige Maßnahmen - zu kompensieren. Die Beklagte hat auch nicht substantiiert dargetan, aus welchen Gründen sie dazu gezwungen gewesen sein will, auf dem Gesamtgrundstück 13 Reihenhäuser in der von ihr konzipierten und durchgeführten - mangelhaften - Ausgestaltung unterzubringen. Zu einer diesbezüglichen ergänzenden Anhörung des Sachverständigen M bestand bzw. besteht daher weder in erster Instanz noch in zweiter Instanz dieses Verfahrens Anlass. 153

c. 154

Jedenfalls hat die Beklagte insoweit wegen der sich bautechnischen Laien nach den Unterlagen und der identischen Preise für den reinen Baukörper nicht aufdrängenden Unterschiede der jeweiligen Trennwände in den beiden Häuserzeilen gegen ihre Hinweispflicht im Sinne einer Nebenpflichtverletzung verstoßen (vgl. (vgl. BGH, Urteil vom 04.06.2009, VII ZR 54/07, BGHZ 181, 225, dort Rn 15). Auch gegen diese zutreffende Feststellung des LG im angefochtenen Urteil wendet sich die Berufung der Beklagten ohne Erfolg. Ihr Einwand, durch die zeichnerische Darstellung in Anlage B 3 (auf DIN-A-4 verkleinerte Kopie als Anlage zur Bezugsurkunde UR-Nr. 1015/2001, Anlage K9) habe sich 155

die unterschiedliche Ausgestaltung der beiden Häuserzeilen in schallschutztechnischer Hinsicht (durchgehender Strich bzw. durch die Trennwände verlaufende gestrichelte Linie) nahezu habe aufdrängen müssen, ist unter Berücksichtigung des insoweit zugrundezulegenden laienhaften Empfängerhorizonts eines Durchschnittserwerbers - wie bereits oben ausgeführt - nicht zu folgen.

d. 156

Die Höhe des Anspruchs der von der Beklagten gemäß § 635 BGB a.F. als Schadensersatz zu erstattenden Mängelbeseitigungskosten von **102.276,00 EUR netto** folgt aus den Feststellungen des Sachverständigen M im selbständigen Beweisverfahren (vgl. Gutachten vom 04.12.2008, dort Aufstellung Bl. 65). 157

aa. 158

Die Beklagte wendet nunmehr mit Erfolg ein, dass die Klägerin eine auf den Schadensersatzbetrag in Höhe von **102.276,00 EUR netto** im Falle der Mängelbeseitigung anfallende Umsatzsteuer (19 % = 19.432,44 EUR), somit einen Bruttobetrag in Höhe des vom LG zuerkannten Zahlbetrages von insgesamt 121.708,44 EUR, auch nur im Falle der tatsächlichen Durchführung entsprechender Mängelbeseitigungsmaßnahmen geltend machen kann und bis dahin auf die Möglichkeit eines entsprechenden Feststellungsantrages zu verweisen ist (vgl. BGH, Urteil vom 22.07.2010, VII ZR 176/09, BGHZ 186, 330, dort Rn 16). 159

bb. 160

Die Berufung der Beklagten macht ohne Erfolg geltend, die Klägerin habe - allenfalls - einen Anspruch auf Erstattung des vom SV M mit **89.156,52 EUR** (bzw. 174.375,00 DM) ohne Vornahme von Mängelbeseitigungsmaßnahmen bezifferten merkantilen Minderwerts (vgl. Gutachten vom 04.12.2008, dort Bl. 67 i.V.m. der Korrektur zur Währungsumstellung, vgl. Gutachten vom 27.04.2010, dort Bl. 5). 161

Ob der - auf das Urteil des OLG Hamm vom 11.03.2010 (21 U 148/09, NJW-RR 2011, 14) gestützte - erstinstanzliche Einwand der Beklagten in dem am 16.06.2011 kurz vor der mündlichen Verhandlung vom 20.06.2011 eingegangenen Schriftsatz vom 16.06.2011 (110 ff. GA, dort zu 5.), dass eine Schalldämmung der Haustrennwände durch das nachträgliche Aufbringen von biegeweichen Vorsatzschalen nicht (bzw. nicht hinreichend) erreicht werden könne, wozu das LG den Sachverständigen M zumindest ergänzend habe befragen müssen, vom LG zu Recht wegen grob sorgfaltswidriger, unentschuldigter Verspätung gemäß §§ 296 Abs. 2, 282 ZPO nicht berücksichtigt worden ist, kann dahinstehen, da dieser von der Berufung der Beklagten aufrechterhaltene Einwand jedenfalls nicht begründet wäre. 162

Da die Klägerin ihr beziffertes Schadensersatzbegehren gemäß § 635 BGB a.F. (Klageantrag bzw. Tenor zu 1.) - im Sinne eines Mindestbegehrens - auf die Kosten für die nachträgliche Herstellung biegeweicher Vorsatzschalen in Höhe von **102.276,00 EUR netto** begrenzt hat, ist es insoweit nicht entscheidungserheblich, ob bei Bau eines (Einfamilien-)Reihenhauses zu fordernden Schallschutzwerte mit den hier errichteten 24 cm starken Trenngiebeln/Hauszwischenwänden durch eine "Nachrüstung" mit biegeweichen Vorsatzschalen bereits vollständig erreicht werden können oder ob ggf. sogar noch weitergehende Maßnahmen zur Mängelbeseitigung erforderlich sind, die der Sachverständige M ausdrücklich einer Detailplanung vorbehalten hat (vgl. dazu im Einzelnen noch unten zum Feststellungsantrag). 163

Insoweit ist es auch nicht entscheidungserheblich, dass der im von der Beklagten zitierten Verfahren OLG Hamm I-21 U 148/09 (a.a.O., Rn 28) beauftragte Sachverständige dort dargelegt hat, dass sich ein im Einfamilienreihenhausbau übliches Schalldämmmaß von über 60 dB "normalerweise selbst mit biegeweichen Vorsatzschalen nicht erreichen lasse."	164
Abgesehen davon sind die diesbezüglichen Einwände der Beklagten - wie vom Landgericht bereits zutreffend ausgeführt - weiterhin unsubstantiiert, da auch die Berufungsbegründung der Beklagten eine hinreichend konkrete Auseinandersetzung und tatsächliche Angriffe gegen die diesbezüglichen detaillierten und überzeugenden Feststellungen des Sachverständigen M im selbständigen Beweisverfahren (vgl. Gutachten vom 04.12.2008, dort Blatt 61 ff.), wonach jedenfalls eine deutliche Verbesserung der Schalldämmung der Haustrennwände durch nachträgliches Aufbringen einer biegeweichen Vorsatzschale erreicht werden kann, vermissen lässt. Das Berufungsvorbringen der Beklagten enthält auch keinerlei vom Sachverständigen M noch nicht berücksichtigte Anschlussstatsachen, die dem Senat Anlass geben könnten, den Sachverständigen M dazu ergänzend anzuhören.	165
Die Prüfung und Feststellung etwaig notwendigen bzw. möglichen Maßnahmen zur Beseitigung der Mängel der Schalldämmung der Trenngiebel/Hauszwischenwände der Häuserzeile im Rahmen des weitergehenden Feststellungsantrages bzw. -tenors zu 2. bzw. die Abgrenzung zu der dort der Klägerin ggf. vorbehaltenen Minderung des Werklohns (wegen trotz Aufbringen biegeweicher Vorsatzschalen verbleibender Schallschutzmängel) sind dem späteren Betragsverfahren zur Höhe vorzubehalten (vgl. Werner/Pastor, a.a.O., Rn 433 ff./438 mwN).	166
e.	167
Die Höhe des nach Mängelbeseitigung verbleibenden merkantilen Minderwerts von 31.060,98 EUR (bzw. 60.750 DM) folgt aus dem vom Sachverständigen M im selbständigen Beweisverfahren mit 24,30 qm x 2.500 EUR bewerteten Raumverlust infolge der Anbringung der Vorsatzschalen (vgl. Gutachten vom 04.12.2008, Anlage K 7, dort Bl. 65 i.V.m. der Korrektur zur Währungsumstellung, vgl. Gutachten vom 27.04.2010, Anlage K 8, dort Bl. 5, welche die Beklagte in beiden Instanz des vorliegenden Verfahrens nicht hinreichend substantiiert bestritten hat.	168
aa.	169
Das erstinstanzliche Bestreiten der Beklagten im SS vom 27.01.2011 (94 GA, dort zu Ziff. 4), auf welches ihre Berufung Bezug nimmt, geht - entsprechend der vorstehenden Feststellungen des Senats - in mehrfacher Hinsicht von falschen Prämissen aus, so dass zu einer diesbezüglichen ergänzenden Anhörung des Sachverständigen kein Anlass bestand bzw. besteht.	170
Zum einen geht die Beklagte dort fehlerhaft davon aus, sie schulde lediglich das bei Wohnungstrennwänden maßgebliche Maß der Schalldämmung. Zum anderen geht die Beklagte fehlerhaft davon aus, der Mangel des Schallschutzes könne nicht - insbesondere nicht durch Anbringung biegeweicher Vorsatzschalen und ggf. weitere vom Sachverständigen einer Detailplanung vorbehaltene Maßnahmen - beseitigt werden.	171
bb.	172
Das erstinstanzliche Bestreiten der Beklagten im SS vom 16.06.2011 (dort zu 6., 113 GA) bezog sich ausdrücklich nur auf die Höhe des vom Sachverständigen M als angemessen	173

errechneten Minderwert von 89.156,52 EUR für den Fall, dass keinerlei Mängelbeseitigung der Schallschutzmängel vorgenommen wird.

cc. 174

Soweit die Beklagte bei der Höhe der Minderung nur auf die von ihr im Rahmen der einschaligen (statt zweischaligen) Bauweise der Giebelwände ersparten Einstandskosten abstellen will, handelt es sich dabei nicht um eine zur Berechnung der Minderung taugliche Anschlusstatsache (vgl. Palandt-Sprau, a.a.O., § 638, Rn 4 mwN), so dass es auch dazu keiner Anhörung des Sachverständigen bedarf. 175

f. 176

Der Berufungseinwand der Beklagten, auch die auf den Schallschutz bezogenen Schadensersatzansprüche der Klägerin seien aufgrund der bereits am 14.12.2001 durch den Verwalter erfolgten Abnahme bereits vor Eingang des Beweis-sicherungsantrages jedenfalls verjährt, hat keinen Erfolg. Zur Vermeidung von Wiederholungen nimmt der Senat insoweit Bezug auf seine o.a. Feststellungen zur rechtzeitigen Hemmung der Verjährung des Vorschussanspruchs wegen der Dachundichtigkeiten, da eine Abnahme des Gemeinschaftseigentums – ent-sprechend der zutreffenden Feststellungen im angefochtenen Urteil (vgl. Seite 12/13 des angefochtenen Urteils) - frühestens am 22.02.2002 erfolgt ist. 177

g. 178

Die Forderung hinsichtlich der mangelhaften Schallisolierung ist - wie vom LG zutreffend festgestellt - infolge der Hemmung durch das selbständige Beweisverfahren auch unter Berücksichtigung der Umstellung der Klage von Schadensersatz auf Kostenvorschuss (§ 213 BGB) auch dann nicht verjährt, wenn die Beklagte - ihre Werkleistung als mangelfrei unterstellt - Schadensersatz wegen Verletzung einer Hinweispflicht aus positiver Vertragsverletzung schuldet, da insoweit ebenfalls eine fünfjährige Verjährungsfrist gemäß § 634a BGB n.F. i.V.m. § 6 Abs. 4 Satz 2 EGBGB (vgl. Werner/Pastor, Der Bauprozess, 12. Auflage 2008, Rn 2344 mwN) gilt, die - wie oben bereits ausgeführt - durch das selbständige Beweisverfahren rechtzeitig gehemmt worden ist. 179

4. 180

Zinsen schuldet die Beklagte der Klägerin aus §§ 286, 288 BGB. 181

5.a. 182

Der gemäß § 256 ZPO zulässige Feststellungsantrag ist im Hinblick auf die ausdrücklich nicht abschließenden Feststellungen des Sachverständigen M im selbständigen Beweisverfahren zur Schadenshöhe und die dort vom Sachverständigen ausdrücklich geäußerten Vorbehalte unter Hinweis auf eine notwendige Detailplanung sowohl zu den Undichtigkeiten (vgl. Gutachten vom 04.12.2008, dort Blatt 57 ff.) als auch zu den Schallschutzmängeln (vgl. Gutachten vom 04.12.2008, dort Blatt 62 ff., 65: Eventualmaßnahmen in den Treppenbereichen: ggf. weitere 25.920 EUR zzgl. Mwst.) sowie im Hinblick auf die im Falle der Mängelbeseitigung anfallende und von der Beklagten zu erstattenden Umsatzsteuer auf den Schadensersatzbetrag (vgl. BGH, Urteil vom 22.07.2010, VII ZR 176/09, BGHZ 186, 330, dort Rn 16) zulässig (vgl. Werner/Pastor, a.a.O., Rn 433 ff./438/440 mwN). Die Berufung der Beklagten macht demgegenüber ohne Erfolg geltend, der Feststellungsantrag sei wegen Bezifferbarkeit der Ansprüche aufgrund des Sachverständigengutachtens gemäß § 256 ZPO 183

unzulässig. Dies gilt schon deswegen, weil sie eine angeblich mögliche Bezifferung über die vom LG zuerkannten Zahlungsansprüche hinausgehender weitergehender Gewährleistungsansprüche der Klägerin selbst nicht ansatzweise darstellt oder insoweit konkrete Anschlusstatsachen vorträgt, die eine hinreichend zuverlässige gerichtliche Schätzung gemäß § 287 ZPO ermöglichen könnten.

b.	184
Der Feststellungsantrag ist - entsprechend der vorstehenden Feststellungen zur Mangelhaftigkeit der Werkleistungen der Beklagten und zur Ersatzpflicht betreffend die Umsatzsteuer auf den Schadensersatzbetrag erst nach tatsächlicher Durchführung entsprechender Mängelbeseitigung - auch begründet. Die von der Beklagten auch insoweit erhobene und mit der Berufung aufrechterhaltene Verjährungseinrede hat aus dem vom LG zutreffend ausgeführten Gründen mit den oben erfolgten Ergänzungen des Senats zu den diesbezüglichen Berufungseinwänden der Beklagten weiterhin keinen Erfolg.	185
III.	186
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO. Die in zweiter Instanz sich ergebende Abänderung der angefochtenen Entscheidung, dass die Umsatzsteuer auf den Schadensersatzbetrag von der Klägerin nicht im Wege der Leistungs- sondern im Wege des Feststellungsklage beansprucht werden kann, hat - jedenfalls unter Berücksichtigung von § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO - keine kostenrechtlichen Auswirkungen.	187
IV.	188
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	189
V.	190
Der Streitwert für die Berufungsinstanz wird auf bis 320.000 EUR festgesetzt.	191
VI.	192
Zur Zulassung der Revision besteht kein Anlass.	193