

---

**Datum:** 26.07.2001  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 21. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 21 U 160/00  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2001:0726.21U160.00.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Essen, 18 O 273/99

---

**Tenor:**

Die Berufung des Streithelfers der Beklagten wird zurückgewiesen.

Auf die Anschlußberufung der Kläger wird das am 29.06.2000 verkündete Urteil der 18. Zivilkammer des Landgerichts Essen wie folgt abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Kläger als Gesamtberechtigte 12.014,37 DM nebst 4 % Zinsen aus 7.760,00 DM seit dem 11.06.1999, aus weiteren 4.200,00 DM seit dem 21.06.2000 und aus weiteren 54,37 DM seit dem 07.02.2001 zu zahlen.

Die Beklagte wird ferner verurteilt, gegenüber dem Streithelfer einer Auszahlung des auf Notaranderkonto hinterlegten Restkaufpreises in Höhe von 7.000,00 DM an die Kläger zuzustimmen.

Im übrigen werden die Klage abgewiesen und die Anschlußberufung zurückgewiesen.

Die Kosten der ersten Instanz trägt die Beklagte, die Kosten des Streithelfers der Beklagten fallen diesem selbst zur Last.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Streithelfer der Beklagten.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Das Urteil beschwert keine der Parteien um mehr als 60.000,00 DM.

---

Von der Darstellung des **Tatbestandes** wird gemäß § 543 Abs. 1 ZPO abgesehen. 1

**Entscheidungsgründe:** 2

Die zulässige Berufung des Streithelfers der Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg. Auf die ebenfalls zulässige Anschlußberufung der Kläger war den Klägern vielmehr der geltend gemachte Minderungsanspruch in voller Höhe zuzusprechen. Soweit ein Betrag von 7.000,00 DM noch auf dem Notaranderkonto des Streithelfers hinterlegt ist, können die Kläger statt Zahlung die Zustimmung der Beklagten zur Auszahlung verlangen. 3

I. 4

Den Klägern steht gemäß §§ 634, 465, 472, 346 BGB der geltend gemachte Anspruch auf Minderung der Vergütung für die von der Beklagten erworbene Eigentumswohnung in Höhe von insgesamt 19.014,37 DM zu. Auch nach dem Ergebnis des Berufungsverfahrens weist die von der Beklagten herzustellende Wohnung insoweit einen Mangel auf, als die zum Vertragsinhalt gewordene Wohnfläche tatsächlich erheblich unterschritten worden ist. Dies rechtfertigt die Minderung der Vergütung nach § 634 Abs. 1 BGB. 5

1. 6

Die Gewährleistung richtet sich hier nach den Regeln des Werkvertragsrechts. Nach gefestigter Rechtsprechung findet Werkvertragsrecht Anwendung, wenn ein Bauträger im Zusammenhang mit dem Verkauf von Eigentumswohnungen, die aus einem Altbau hervorgegangen sind, eine Herstellungspflicht übernommen hat, die mit Neubauarbeiten vergleichbar sind, etwa nach umfassender Sanierung der Altbausubstanz (BGHZ 100, 391; BGHZ 108, 164). Diese Voraussetzungen sind hier gegeben. Das Haus Tstr. 71, in dem sich die von den Klägern erworbene Eigentumswohnung befindet, stammt aus dem Jahre 1921 und war zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht in einem bewohnbaren Zustand. Die Beklagte hat eine umfassende Sanierung vorgenommen. Nach den vertraglichen Vereinbarungen sollte etwa das ganze Haus vollständig neu mit Wasser- und Elektroleitungen versehen werden, eine neue Gaszentralheizung sowie neue Heizkörper in allen Wohnungen sollten installiert werden, die Bäder sollten vollkommen neu ausgestattet und die Hausfassade renoviert und bearbeitet werden. Die Geschoßdecken sollten eine Wärmedämmung erhalten, verbunden mit der Erstellung einer "schwimmenden Trittschalldämmung". Schließlich sollten mehrere Geschosse zu Wohnungen dergestalt verbunden werden, daß Treppen eingebaut wurden. Diese Maßnahmen sind derart umfangreich, daß sie in ihren Auswirkungen einer Neuherstellung gleichkommen mit der Folge, daß sich die Gewährleistung der Beklagten nach Werkvertragsrecht richtet. 7

2.

Die vom Sachverständigen Dipl.Ing. K in seinem gegenüber dem Landgericht erstatteten Gutachten vom 17.03.2000 festgestellte Wohnfläche von 106,49 qm stellt sich als Mangel dar, da Vertragsinhalt eine Wohnfläche von 114,40 qm geworden ist. 9

a) 10

Zwar haben die Parteien in dem von dem Streithelfer der Beklagten beurkundeten Vertrag vom 02.12.1998 nicht ausdrücklich eine bestimmte Fläche der von der Beklagten geschuldeten Wohnung festgelegt. Diese ergibt sich jedoch aus dem Aufteilungsplan zur Teilungserklärung vom 30.11.1998, die nach § 1 Abs. 1 des Vertrages ausdrücklich zum Vertragsbestandteil erklärt worden ist. Die mit Maßketten versehenen Grundrißpläne des Aufteilungsplans weisen eine Fläche von insgesamt 114,40 qm aus, wie der Sachverständige in seinem Gutachten ebenfalls festgestellt hat. 11

Soweit der Streithelfer der Beklagten dem Gutachten des Sachverständigen Dipl.Ing. K entnimmt, auch nach den Plänen, die Gegenstand der Teilungserklärung sind, weise die Wohnung eine Größe von nur 106,49 qm auf, beruht dies auf einem Mißverständnis. Die Antwort des Sachverständigen auf die Frage 2 betrifft nicht die Fläche, die sich aus dem Aufteilungsplan ergibt, sondern die tatsächliche Größe der Wohnung vor der Modernisierung. Daß sich auch nach Feststellung des Sachverständigen aus dem Aufteilungsplan eine Fläche von 114,40 qm entnehmen läßt, hat dieser bereits gegenüber dem Landgericht telefonisch klargestellt, wie dem Vermerk des Berichterstatters vom 17.04.2000 (Bl. 109) zu entnehmen ist. Die Richtigkeit dieser Feststellung des Sachverständigen läßt sich auch anhand der den Plänen beigefügten Maßketten rechnerisch nachvollziehen, wozu der Senat auch ohne ergänzende sachverständige Hilfe in der Lage ist. 12

Die Einbeziehung des Aufteilungsplans zur Teilungserklärung in den notariellen Vertrag zwischen den Parteien führt dazu, daß es sich bei der danach zu ermittelnden Wohnungsgröße zwar nicht um eine zugesicherte Eigenschaft handelt, doch wird die Beschaffenheit des Vertragsgegenstandes damit auch der Größe nach konkretisiert. Die Kläger als Erwerber der Eigentumswohnung durften auch von der Richtigkeit der Pläne und damit der daraus ersichtlichen Wohnungsgröße als Beschaffenheitsangabe der vertragsgemäß geschuldeten Leistung ausgehen. 13

Bei den Aufteilungsplänen handelt es sich nicht etwa um unverbindliche Skizzen, sondern um Angaben, denen im Rechtsverkehr erhebliche Bedeutung zukommt. Der Aufteilungsplan besteht aus von der Baubehörde abgestempelten Bauzeichnungen, die gemäß § 7 Abs. 4 Nr. 1 WEG beim Grundbuchamt einzureichen sind und aus denen sich u.a. die Größe der im Sondereigentum und im Gemeinschaftseigentum stehenden Gebäudeteile ergeben soll. Da dies wiederum von erheblicher Bedeutung auch für die Verteilung der Pflichten und Lasten unter den Wohnungseigentümern ist, was auch der Beklagten bekannt war, erwartet der Erwerber, daß bei der Erstellung der Teilungserklärung und des Aufteilungsplans mit der erforderlichen Sorgfalt vorgegangen wird und insbesondere gravierende Abweichungen zu den tatsächlichen Größen nicht vorkommen. Auch wenn die Teilungserklärung samt Aufteilungsplan in erster Linie die Funktion hat, die Rechtsverhältnisse zwischen den Wohnungseigentümern zu regeln, worauf der Streithelfer der Beklagten zu Recht hingewiesen hat, kommt ihnen als Konkretisierung des Vertragsgegenstandes auch eine große Bedeutung im Verhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber der Wohnung zu. 14

Es kann dahingestellt bleiben, ob die der Teilungserklärung zu entnehmenden Maße immer exakt die Beschaffenheit der vertraglich geschuldeten Leistung angibt und ein Erwerber dies erwartet. Selbst wenn man geringfügige Abweichungen als unerheblich ansehen wollte, zumal bei der Schaffung von Wohnungseigentum in einem zu sanierenden Altbau, gingen die Erwerber hier zu Recht davon aus, daß die Flächenangaben jedenfalls im großen und ganzen stimmten. Dies gilt auch unter Berücksichtigung der den Klägern vor Vertragsschluß überreichten Unterlagen. Zwar hat die Beklagte in ihrem Schreiben vom 25.11.1998 an die Kläger erklärt, für die Größe des Kaufobjekts keine Gewähr zu übernehmen. Die Wohnflächenberechnung sei auf Grundlage der alten Baupläne erfolgt, die Übereinstimmung mit den örtlichen Gegebenheiten sei nicht geprüft worden. Entgegen der Auffassung des Streithelfers der Beklagten kann diese Erklärung nicht dazu führen, daß die Größenangaben insbesondere auch im späteren notariellen Vertrag gänzlich unverbindlich sind. Bereits die den Klägern gleichzeitig vorgelegte exakte Wohnflächenberechnung, die die Flächen bis zwei Stellen hinter dem Komma ausweist, erweckt den Anschein einer genauen Ermittlung der Wohnflächen. Daß die Beklagte sich über die Größe der Wohnungen selbst Klarheit verschafft haben mußte, durften die Kläger auch daraus entnehmen, daß diese für die Kalkulation der vorzunehmenden Sanierungsarbeiten bedeutsam war, die von der Beklagten auszuführen waren und deren Kosten von der Gesamtvergütung erfaßt wurden.

Konnten die Kläger somit den Umständen entnehmen, daß die vorvertraglich genannten Wohnflächen zwar Abweichungen zum tatsächlichen Zustand zuließen, sich diese aber innerhalb einer geringfügigen Größenordnung bewegten, so galt dies erst recht bei Beurkundung des Vertrages. Während in dem Schreiben vom 25.11.1998 die Unverbindlichkeit der Wohnflächenberechnung damit begründet wurde, daß sie auf alten Bauplänen beruhte, lag nunmehr der aktuell erstellte Aufteilungsplan zur Teilungsgenehmigung vor. Hierbei handelte es sich auch nicht um die schlichte Kopie alter Baupläne, sondern dem äußeren Bild nach war der Aufteilungsplan neu gezeichnet worden, wie auch der Sachverständige Dipl.Ing. K bei seiner Anhörung im Parallelverfahren 21 U 143/00 erklärt hat. Die noch zuvor gemachte Einschränkung im Schreiben vom 25.11.1998 ist dann auch in den notariellen Vertrag mit dieser Deutlichkeit nicht aufgenommen worden.

b) 17

Da die Wohnung tatsächlich lediglich eine Größe von 106,49 qm aufweist, ist sie wegen der Mindergröße fehlerhaft. Die Wohnfläche einer Wohnung ist nach der Verkehrsauffassung ein Merkmal, das von wesentlicher Bedeutung für ihren Wert ist (BGH NJW 1997, 2874, 2875). Die Abweichung von fast 8 qm, das sind mehr als 6,9 %, übersteigt auch eine evtl. Toleranz, mit der die Kläger hier billigerweise noch rechnen mußten und die sie hinzunehmen hatten, da mit einer derart großen Abweichung eine Minderung der Gebrauchstauglichkeit verbunden ist. Bei der Frage, wann eine verminderte Wohnfläche zu einer Minderung der Gebrauchstauglichkeit führt und damit einen Mangel darstellt, ist eine Bewertung des jeweiligen Einzelfalls geboten; exakte Grenzwerte, bis zu denen die Überschreitung lediglich eine geringfügige und damit unerhebliche Abweichung darstellt, sind von der Rechtsprechung bisher nicht entwickelt worden und erscheinen auch nicht sachgerecht. Soweit der Bundesgerichtshof eine Überschreitung von mehr als 10 % als mangelhaft angesehen hat (BGH NJW 1997, 2874; BGH NJW 1999, 1859, 1860), läßt sich daraus nicht der Schluß ziehen, daß bei geringeren Mindergrößen eine Minderung nicht in Betracht käme (so auch OLG Nürnberg, BauR 2000, 1883, 1885). Der Senat hält die hier vorliegende Größenabweichung von fast 7 % nicht mehr für geringfügig, zumal sich die Verringerung der Fläche bei fast allen Räumen ausgewirkt hat mit der Folge, daß evtl. zuvor angestellte

Nutzungsüberlegungen (z.B. Art und Umfang der Möblierung) beeinträchtigt werden.

3. 19
- Da die Beseitigung des Mangels nicht möglich ist, § 634 Abs. 2 BGB, haben die Kläger Anspruch auf Minderung, deren Höhe sie in Anlehnung an die Ausführungen des Landgerichts auf Seite 13 des Urteils zutreffend mit 19.014,37 DM berechnet haben. Ausgehend von einem Quadratmeterpreis von 2.403,84 DM und einer um 7,91 qm reduzierten Fläche errechnet sich der hierfür anzusetzende Betrag von 19.014,37 DM. 20
- Die Minderung ist nicht nur für die Fläche jenseits eines von den Klägern evtl. hinzunehmenden Toleranzbereichs zu berechnen. Für den Fall, daß die Vertragsparteien eine lediglich geringfügige Unterschreitung der geschuldeten Wohnungsgröße als unbeachtlich vereinbart haben, hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, daß bei Überschreiten der Geringfügigkeitsgrenze die gesamte Minderfläche bei der Berechnung der Minderung zu berücksichtigen sei und nicht nur der jenseits der Geringfügigkeitsgrenze liegende Teil (BGH NJWRR 2000, 202). Diese an den gesetzlichen Regelungen der §§ 459 Abs. 1 S. 2 und 634 Abs. 3 BGB orientierte Wertung ist auch für den vorliegenden Fall gültig, wo die Erwerber möglicherweise geringfügige Abweichungen von derjenigen Fläche hinzunehmen haben, die sich aus dem Aufteilungsplan ergibt. 21
- Der danach berechnete Minderungsanspruch führt in Höhe von 12.014,37 DM zu einem Zahlungsanspruch, während wegen der auf dem Notaranderkonto des Streithelfers der Beklagten hinterlegten 7.000,00 DM die Zustimmung der Beklagten zur Auszahlung an die Kläger verlangt werden kann. 22
4. 23
- Dem geltend gemachten Minderungsanspruch steht schließlich nicht ein Gewährleistungsausschluß im notariellen Vertrag entgegen. Zwar heißt es in § 4 Abs. 1 des Vertrages: 24
- Der Kaufgegenstand geht auf den Käufer über in dem Zustand, in dem er sich heute befindet und der dem Käufer, wie dieser erklärt, bekannt ist. Der Käufer übernimmt keine Gewähr für eine bestimmte Grenze, Größe, Güte und Beschaffenheit des Kaufgegenstandes; seine Haftung für Fehler und Mängel wird ausgeschlossen. 25
- Diese Klausel verstößt gegen § 11 Nr. 10 a AGBG und ist deshalb unwirksam. 26
- Die Inhaltskontrolle nach dem AGBG ist zulässig, da es sich bei dem hier in Rede stehenden Vertrag um einen von der Beklagten gestellten Formularvertrag handelt mit der Folge, daß die Klausel in § 4 Abs. 1 als allgemeine Geschäftsbedingung anzusehen ist. Diese Feststellung des Landgerichts wird von der Berufung nicht angegriffen. 27
- Die Voraussetzungen des § 11 Nr. 10 a AGBG liegen vor. Nach dieser Vorschrift ist in allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Bestimmung unwirksam, durch die bei Verträgen über Lieferungen neu hergestellter Sachen und Leistungen die Gewährleistungsansprüche gegen den Verwender einschließlich etwaiger Nachbesserungs- und Ersatzlieferungsansprüche insgesamt oder bezüglich einzelner Teile ausgeschlossen sind. Es kann dahingestellt bleiben, ob es sich bei der von der Beklagten erstellten Eigentumswohnung um eine neue Sache im Sinne der Vorschrift handelt, denn aufgrund ihres weiten Wortlauts erfaßt die Regelung des § 11 Nr. 10 a AGBG alle Werkverträge, 28

unabhängig davon, ob sie auf eine neu zu erstellende Sache gerichtet sind (Palandt-Heinrichs, 60. Aufl. § 11 AGBG Rdn. 46).

Entgegen der Auffassung des Streithelfers der Beklagten enthält die Vertragsklausel auch einen generellen Gewährleistungsausschluß. Zwar könnte der erste Teil des ersten Satzes der Klausel darauf hindeuten, daß lediglich die Gewährleistung für die nicht renovierte und nicht modernisierte Eigentumswohnung ausgeschlossen werden soll. Durch den letzten Halbsatz, in dem die Haftung für Fehler und Mängel ausgeschlossen wird, ist die vorgenannte Trennung aber wieder aufgehoben worden. Ob mit der Formulierung auch die noch zu erbringenden Herstellungsleistungen erfaßt sein sollten, ist damit zumindest unklar, auch wenn im nachfolgenden Satz erst die Herstellungsverpflichtung festgeschrieben wird. Nach § 5 AGBG geht diese Unklarheit jedoch zu Lasten des Verwenders mit der Folge, daß bei der hier vorzunehmenden Beurteilung in der Klausel ein genereller Gewährleistungsausschluß gesehen werden muß, der gemäß § 11 Nr. 10 a AGBG unwirksam ist. 29

Auf die Frage, ob der Gewährleistungsausschluß auch als Individualvereinbarung gemäß § 242 BGB unwirksam wäre, kommt es somit nicht an. Auch der Hinweis in dem vorangegangenen Schreiben vom 25.11.1998, für die Größe werde keine Gewähr übernommen, rechtfertigt keine andere Beurteilung etwa unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben. Ein wirksamer Ausschluß der Gewährleistung für die geschuldete Wohnungsfläche ist damit nicht verbunden. 30

II. 31

Der Zinsanspruch beruht auf §§ 288 Abs. 1, 284 Abs. 1 BGB. Die mit der Anschlußberufung geltend gemachte Verzinsung seit dem 11.06.1999 ist lediglich in Höhe von 7.760,00 DM berechtigt, da die Kläger vorprozessual nur eine Zahlung von 14.760,00 DM verlangt hatten und die Beklagte nur in Höhe des 7.000,00 DM übersteigenden Betrages in Verzug geraten war, wovon das Landgericht zutreffend ausgegangen ist. Der klageerhöhende Betrag ist erst seit Zustellung des Schriftsatzes vom 09.06.2000 am 21.06.2000 zu verzinsen. Soweit die Kläger im Berufungsverfahren ihre Klage um weitere 54,37 DM erhöht haben, besteht der Zinsanspruch nach § 291 BGB erst mit Zustellung des Schriftsatzes vom 05.02.2001 am 07.02.2001. 32

Der Höhe nach können die Kläger lediglich den gesetzlichen Zinssatz verlangen. Soweit sie unter Vorlage einer Bescheinigung der Sparkasse F vom 16.06.2000 den dort ausgewiesenen effektiven Zinssatz von 5,33 % geltend machen, fehlt es an Darlegungen darüber, daß das Darlehen über 100.000,00 DM jederzeit vorzeitig getilgt werden kann, was hier zweifelhaft ist, da es sich den äußeren Umständen nach um ein Hypothekendarlehen handeln könnte, bei dem ohne gesonderte Vereinbarungen üblicherweise eine vorzeitige Sondertilgung nicht zulässig ist. 33

III. 34

Die Kostenentscheidung ergeht nach §§ 91 Abs. 1, Abs. 2, 97 Abs. 1, 101 ZPO. 35

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO. 36

---

