
Datum: 10.02.2005
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 21. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 21 U 94/04
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2005:0210.21U94.04.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 18 O 558/03

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 1.4.2004 verkündete Urteil des Landgerichts Essen abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 170.500,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 13.1.2004 zu zahlen.

Wegen der Mehrzinsforderung wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden der Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte kann die Zwangsvollstreckung des Klägers durch Sicherheitsleistung in Höhe von 12/10 des aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht dieser vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 12/10 des beizutreibenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:	1
I.	2
Der Kläger ist Verwalter der Wohnungseigentumsanlage E-Straße in F, die von der Beklagten im Jahre 1996 errichtet worden ist. Er macht in Prozeßstandschaft für die Eigentümer einen Vorschußanspruch gegen die Beklagte geltend, weil die Hausfassade als Kunstharz-Silikonputz anstatt, wie in der Baubeschreibung angegeben, als mineralischer Kratzputz ausgeführt worden ist. Vorgerichtlich konnten sich die Parteien trotz einvernehmlicher Beauftragung des Schiedsgutachters Prof. Dr. H nicht einigen; die Beklagte hat sich vor allem auf folgende Klausel in der Leistungsbeschreibung berufen, welche in den Wohnungskaufverträgen in Bezug genommen ist:	3
<i>"Von der Leistungsbeschreibung abweichende Ausführungen bleiben vorbehalten, sofern damit technische Verbesserungen verbunden und/oder der Gesamtwert des Objektes nicht wesentlich beeinträchtigt werden."</i>	4
Darüber hinaus hat die Beklagte die Aktivlegitimation des Klägers angezweifelt, Abnahme in Mangelkenntnis behauptet, den Zusicherungscharakter der Baubeschreibung verneint, die Neuherstellungskosten bestritten, die Unverhältnismäßigkeit einer Neuherstellung geltend gemacht und sich schließlich auf Verjährung berufen.	5
Das Landgericht hat die auf Zahlung von 170.500,00 € nebst Zinsen gerichtete Klage abgewiesen, weil die vom Kläger selbst behauptete Minderwertigkeit des Kunstharz-Silikonputzes nur 0,7 % der Gesamtbausumme von etwa 11 Mio. € ausmache und deshalb eine "unwesentliche" und damit nach der o. g. Klausel hinzunehmende Leistungsänderung vorliege.	6
Wegen der Einzelheiten des erstinstanzlichen Parteivorbringens und der Erwägungen des Landgerichts wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.	7
Mit der Berufung macht der Kläger vor allem Unwirksamkeit der o. g. Klausel aus der Leistungsbeschreibung wegen Verstoßes gegen das AGB-Gesetz geltend.	8
Er beantragt,	9
unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Beklagte zu verurteilen, an ihn 170.500,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 12.1.2001 zu zahlen,	10
hilfsweise, den genannten Betrag an die einzelnen Wohnungseigentümer auf deren Gemeinschaftskonto zu zahlen.	11
Die Beklagte beantragt,	12
die Berufung zurückzuweisen.	13
Sie hält die fragliche Klausel der Leistungsbeschreibung für wirksam und vertieft im übrigen ihre bereits erstinstanzlich vorgetragenen Argumente.	14
Der Senat hat Beweis erhoben durch Einholung eines mündlichen Gutachtens des früheren Schiedsgutachters Prof. Dr. H als Sachverständigem. Wegen des Ergebnisses der	15

Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 30.11.2004 Bezug genommen.

II.	16
1.	17
Der Kläger ist zur Einziehung eines gemeinschaftlichen Gewährleistungsanspruchs der Eigentümer im eigenen Namen befugt. Das ergibt sich aus dem Wortlaut des Eigentümerbeschlusses lt. Seite 7 oben des Protokolls vom 16.4.2003 (Anlage K 13 zur Klageschrift). Doch selbst ein "nur bevollmächtigter" Verwalter wäre nach obergerichtlicher Rechtsprechung (OLG Koblenz NZM 2000, 518; KG NJW-RR 1991, 1363) auch im eigenen Namen als klagebefugt anzusehen.	18
2.	19
Die Wohnungseigentümer haben gegen die Beklagte einen Anspruch auf Bevorschussung der Kosten, die ihnen voraussichtlich durch den Austausch des Kunstharz-Silikonputzes gegen einen mineralischen Fassadenputz entstehen werden. Zu tragen hat die Beklagte diese Kosten gemäß § 633 Abs. 3 (a. F.) BGB, weil sie den Austausch des Fassadenputzes als Nachbesserung gemäß § 633 Abs. 2 S. 1 BGB schuldet und sich damit in Verzug befindet.	20
a)	21
Die Aufbringung eines Kunstharzputzes anstatt des in der Baubeschreibung vorgesehenen mineralischen Kratzputzes stellt einen Mangel dar.	22
aa)	23
Durch die Baubeschreibung, die Bestandteil der Erwerbverträge geworden ist, ist der mineralische Kratzputz zur Sollbeschaffenheit des herzustellenden Gemeinschaftseigentums geworden. Das gilt auch bezüglich der Erwerber H2, sofern bei ihnen die Baubeschreibung mangels Beifügung nicht wirksam zum Bestandteil des notariellen Vertrages gemacht worden sein sollte. Schon dadurch, daß die Baubeschreibung in dem Notarvertrag erwähnt worden ist, ist eine stillschweigende Sollbeschaffenheitsvereinbarung getroffen worden. Sofern diese wegen fehlender Umfassung von der notariellen Urkunde zunächst formunwirksam gewesen sein sollte, wäre der Formmangel durch die Eintragung der Erwerber im Grundbuch gemäß § 313 S. 2 BGB geheilt worden.	24
Ob über die Sollbeschaffenheitsvereinbarung hinaus eine Eigenschaftszusicherung vorliegt, kann offenbleiben, weil sich hieraus im Werkvertragsrecht, welches auf den Erwerb neu herzustellender Eigentumswohnungen Anwendung findet, keine weitergehenden Rechtsfolgen ergeben würden.	25
Die Istbeschaffenheit, also die tatsächliche Ausführung des Fassadenputzes aus einem Kunstharzmaterial, weicht von der Sollbeschaffenheit ab, wodurch sich eine nicht nur unerhebliche Einschränkung seines Wertes und seiner Gebrauchstauglichkeit ergibt. Das hat der Sachverständige Prof. Dr. H zur Überzeugung des Senats dargelegt. Insbesondere die Lebensdauer sei bei einem Kunstharzputz deutlich kürzer als bei einem Mineralputz. Während Mineralputze teilweise ein Alter von mehreren Jahrhunderten oder gar Jahrtausenden erreichen könnten, jedenfalls aber die normale Standzeit eines Gebäudes von ca. 100 Jahren überdauern, sei das bei Kunstharzputzen nicht der Fall. Sie begännen nach einem gewissen Zeitraum zu verspröden, neigten dann zu Rissen und würden unansehnlich.	26

Ferner sei der Reinigungsaufwand bei Kunstharzputzen höher; eine Reinigung sei etwa alle fünf Jahre notwendig. Schließlich nehme ein Kunstharzputz keine Feuchtigkeit auf, was dazu führen könne, daß er grundsätzlich anfällig für Algenbildung sei. Dem werde zwar vielfach mit Erfolg durch eine Ausrüstung mit Fungiziden begegnet, welche aber ihrerseits in der Öffentlichkeit kritisch betrachtet (und deshalb von den Herstellern meistens nicht publik gemacht) werde.

Daß der Kunstharzputz andererseits auch Vorteile gegenüber einem Mineralputz haben mag, kann an der Bejahung eines Fehlers schon deshalb nichts ändern, weil als Sollbeschaffenheit nicht nur eine Fassade von insgesamt mittlerer Art und Güte, sondern eine bestimmte Putzart geschuldet war. Nach Aussage des Sachverständigen verbleibt es aber trotz etwaiger Vorteile ohnehin dabei, daß ein Mineralputz höherwertig ist als ein Kunstharzputz. 27

bb) 28

Die Abweichung der Ist- von der Sollbeschaffenheit ist nicht von der oben zitierten Klausel in der Leistungsbeschreibung gedeckt, die der Beklagten Abweichungen unter bestimmten Voraussetzungen gestattet. Diese Klausel verstößt nämlich gegen § 10 Nr. 4 AGBG und ist daher unwirksam. 29

Das AGBG ist anwendbar, weil die Verträge während seiner Geltungsdauer geschlossen worden sind und die Baubeschreibung von der Beklagten für sämtliche Erwerbverträge vorformuliert worden ist. 30

Mit der Klausel sollte der Beklagten das Recht eingeräumt werden, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen. Dabei umfaßt sie auch solche Änderungen und Abweichungen, die selbst unter Berücksichtigung der Interessen der Beklagten für die Erwerber nicht zumutbar sind. Die Kombination "und/oder" bedeutet sprachlich, daß eine Abweichung zulässig sein soll, wenn entweder beide oder nur eine der aufgeführten Voraussetzungen erfüllt sind. Folglich soll es genügen, wenn durch die Abweichung der Gesamtwert des Objektes nicht wesentlich beeinträchtigt ist, auch wenn mit ihr keine technische Verbesserung, sondern eine Verschlechterung einhergeht. Das Abstellen auf den Gesamtwert des Objektes bringt es dabei mit sich, daß ein Einzelgewerk erheblich in Qualität oder Quantität reduziert oder ein kleineres Gewerk, dessen Volumen nur einen geringen Prozentsatz des Gesamtbauwertes ausmacht, u. U. sogar ganz weggelassen werden könnte. So würde z. B. der Fassadenputz insgesamt, wenn man für ihn die Größenordnung der Klageforderung veranschlagt, immer noch lediglich 1,55 % des Bauwertes ausmachen und damit unwesentlich im Sinne der fraglichen Klausel sein. Daß ein Weglassen des gesamten Putzes indes den Erwerbern nicht zumutbar wäre, bedarf keiner näheren Ausführung. Ein schutzwürdiges Interesse der Beklagten an der Einräumung derart weitgehender Änderungsbefugnisse ist ebenfalls nicht gegeben. Soweit ein Interesse an qualitätsverschlechternden Änderungen überhaupt anzuerkennen sein sollte, könnte dem in unbedenklicher Form z. B. dadurch Rechnung getragen werden, daß die Baubeschreibung für einzelne Gewerke von vornherein mehrere Ausführungsvarianten offenläßt bzw. gar keine bestimmte Ausführungsart vorsieht. 31

Ein globaler Änderungsvorbehalt bei Unwesentlichkeit im Verhältnis zum gesamten Bauwert ist jedenfalls nicht möglich (vgl. OLG Schleswig AGBE II Nr. 45; Palandt/ Heinrichs, BGB, 64. Aufl. 2005, Rn. 23 zu § 308). Auch eine Auslegung der Klausel dahingehend, daß es auf das Verhältnis der Abweichung zum Wert des betroffenen Einzelgewerks ankommt, ist ausgeschlossen, weil sie mit dem Wortlaut nicht mehr vereinbar wäre und folglich eine unzulässige sog. geltungserhaltende Reduktion der Klausel darstellen würde. 32

Hinzu kommt, daß die fragliche Klausel intransparent ist und damit auch gegen § 9 AGBG verstößt. Die Wortkombination "und/oder", mag sie auch tatsächlich sprachlich eindeutig sein, kann auf den Leser verwirrend wirken und lenkt davon ab, daß auch gewichtige technische Verschlechterungen von der Klausel gedeckt sind und Detailangaben bei den einzelnen Gewerken praktisch entwertet werden.	33
b)	34
Die Berufung auf den Mangel ist nicht gemäß § 640 Abs. 2 BGB ausgeschlossen, weil die Beklagte beweisfällig dafür geblieben ist, daß ein oder mehrere Erwerber bei der Abnahme ihres Wohnungseigentums positive Kenntnis von der nicht vertragsgemäßen Fassadenausführung hatten.	35
c)	36
Infolgedessen ist die Beklagte verpflichtet, den Kunstharzputz im Wege der Nachbesserung durch den vertragsgemäßen Mineralputz zu ersetzen. Dem steht nicht entgegen, daß der hierfür erforderliche Kostenaufwand zu dem mangelbedingten Minderwert der Fassade außer Verhältnis stünde und die Eigentümer deshalb nur den Ausgleich des Minderwertes verlangen könnten.	37
Da der Einwand der Unverhältnismäßigkeit einen Ausnahmetatbestand gegenüber der grundsätzlich bestehenden Nachbesserungspflicht darstellt, müßte er positiv feststehen. Das ist aber schon deshalb nicht der Fall, weil der Minderwert der Kunstharzputzfassade gegenüber einer Mineralputzfassade nicht hinreichend genau bestimmt werden kann. Dies beruht darauf, daß die Minderwertigkeit des Kunstharzputzes zu einem wesentlichen Teil in dessen geringerer Lebensdauer begründet ist, die Lebensdauer indes nach der Darlegung des Sachverständigen nur sehr grob eingeschätzt werden kann. Eine sichere Aussage war ihm nur insoweit möglich, als der Kunstharzputz die angenommene Standzeit des Gesamtbauwerks von ca. 100 Jahren eindeutig nicht erreichen werde. Um wieviel genau die Lebensdauer unter diesem Wert liege, ob sie nur ca. 15 Jahre oder ggf. bis zu 60 Jahren betrage, vermochte er vor allem deshalb nicht festzulegen, weil es Kunstharzputze als solche noch nicht lange genug gebe und der technische Fortschritt seit ihrer Einführung außerdem dazu geführt haben könne, daß sich die Haltbarkeit mittlerweile verbessert hat. Auszugehen ist nach allem aber jedenfalls von der Notwendigkeit, die Kunstharzputzfassade im Laufe der Standzeit des Gebäudes mindestens einmal zu erneuern, was bei einer Mineralputzfassade nicht erforderlich wäre. Berücksichtigt man zusätzlich, daß der Kunstharzputz ca. alle fünf Jahre gereinigt werden muß, so ist der Minderwert der Fassade in dem Privatgutachten L – im Ergebnis – mit etwa der Hälfte ihrer Herstellungskosten (ca. 80.000 €) nicht zu hoch angesetzt. Demgegenüber kann der Nachbesserungsaufwand nach Angabe des Sachverständigen zwar deutlich höher liegen als der mit der Klage verlangte Betrag, der ebenfalls auf dem Privatgutachten beruht. Eine Verdopplung oder gar eine noch stärkere Erhöhung ist andererseits aber nicht zu erwarten, weil selbst dann, wenn der Privatgutachter die Entfernungs- und Entsorgungskosten für den jetzigen Fassadenputz völlig außer Betracht gelassen haben sollte, diese die Kosten für die Aufbringung des neuen Putzes nicht erreichen werden.	38
Hinzu kommt, daß bei der Frage der Unverhältnismäßigkeit auch Wertungsgesichtspunkte zu berücksichtigen sind. Insoweit ist es ein Unterschied, ob ein Baumangel darauf beruht, daß sich trotz besten Bemühens um eine vertragsgemäße Herstellung Ausführungsfehler nicht vermeiden ließen, oder ob, wie hier, von vornherein von der vereinbarten Ausführungsart klar abgewichen worden ist. In diesem Fall kann dem Unternehmer die Berufung auf	39

Unverhältnismäßigkeit entweder gar nicht oder nur in Extremfällen gestattet werden (vgl. BGH BauR 1995, 540 [541]: Berücksichtigung der Schwere der Vertragsverletzung und des Verschuldensgrades; OLG Düsseldorf BauR 2001, 1922 [1923]: grob fahrlässig verursachter Mangel; OLG Hamburg MDR 1974, 489: bewußte Abweichung vom Leistungsverzeichnis; Ingenstau/Korbion, VOB, 15. Aufl. 2003, Rn. 46 zu § 13 Nr. 6 VOB/B), und ein solcher Extremfall liegt angesichts der obigen Erwägungen zum mangelbedingten Minderwert und zu den Nachbesserungskosten nicht vor. Ebenfalls nicht hinnehmen muß es der Besteller, wenn die Bauleistung in ihrem Charakter verändert ist, was bei einer abweichenden Oberflächenstruktur des Fassadenputzes der Fall ist (vgl. Werner/Pastor, Der Bauprozess, 10. Aufl. 2002, Rn. 1575). Daß sich ein Kunstharzputz durch seinen Körnungscharakter von der bekannten, typischen Oberflächenstruktur eines Kratzputzes unterscheidet, hat der Privatgutachter L ausgeführt (Anlage K 16 zur Klageschrift, Seite 10) und war auch im Senatstermin für die Prozeßbeteiligten sichtbar, nachdem der Sachverständige Prof. Dr. H das Aussehen eines Kunstharzputzes am Beispiel der Fassade des Oberlandesgerichtsgebäudes veranschaulicht hat.

Schließlich führt es auch nicht zu einer anderen Beurteilung, daß der Sachverständige einen Austausch des Fassadenputzes als derzeit nicht sinnvoll bezeichnet hat. Die Überlegung, daß man bei einer verringerten Lebensdauer zunächst abwarten könnte, bis diese tatsächlich abgelaufen ist, ändert nichts daran, daß es sich bereits jetzt um einen Mangel handelt und deshalb auch bereits jetzt ein Mangelbeseitigungsanspruch besteht. Außerdem ist der weitere Nachteil, der in der ca. alle fünf Jahre erforderlichen Reinigung des Putzes besteht, zu berücksichtigen. Es würde eine erhebliche Belastung für die Eigentümer darstellen, dies für einen jetzt noch kaum vorhersehbaren Zeitraum in Kauf nehmen zu müssen. 40

d) 41

Die Beklagte ist mit ihrer Nachbesserungsverpflichtung in Verzug, da sie auch nach Vorlage des ergänzenden Schiedsgutachtens und erneuter Mängelbeseitigungsaufforderung ihre Verantwortlichkeit für den Fassadenmangel ausdrücklich abgelehnt hat und im vorliegenden Rechtsstreit weiterhin ablehnt. 42

e) 43

Die Eigentümer können daher von der Beklagten die Kosten einer Ersatzvornahme beanspruchen, und zwar auch bereits vor ihrer Durchführung als Vorschuß, über den dann in angemessener Zeit abzurechnen ist. Daß der mit der Klage verlangte Betrag der Höhe nach mindestens angemessen ist, hat der Sachverständige, wie bereits ausgeführt, aufgrund der groben Ermittlung durch den Privatgutachter L bestätigt. Eine detailliertere Kostenermittlung ist bei einer Vorschußklage nicht erforderlich. 44

f) 45

Gewährleistungsansprüche sind schließlich nicht verjährt. 46

Der Begriff der "vollständigen Durchführung und Abwicklung" in der Vereinbarung der Parteien vom 17./19.12.2003 kann nämlich redlicherweise nur so verstanden werden, daß er einerseits auch die einvernehmliche Einholung einer Ergänzung zu dem vorgesehenen Schiedsgutachten umfaßt und andererseits eine angemessene Überlegungszeit, ob nach der abschließenden Reaktion der Beklagten auf das Schiedsgutachten der Rechtsweg beschritten werden sollte. Diesen angemessenen Überlegungszeitraum hat der Kläger nicht überzogen, indem er nach Eingang des Ablehnungsschreibens der Beklagten am 25.11.2003 47

wenige Tage später, nämlich am 4.12.2003, die Klage einreichte.

Im übrigen würde sich aber auch ohne die ausdrückliche Verjährungsregelung in der Vereinbarung vom 17./19.12.2003 aufgrund der Gesetzeslage nichts anderes ergeben. Daß die Verjährung regulär am 31.12.2001 abgelaufen gewesen wäre, wie in der Vereinbarung vom 17./19.12.2001 festgelegt, ist zwischen den Parteien nicht streitig. Seit der Vereinbarung vom 17./19.12.2001 unterzog sich die Beklagte i. S. d. § 639 Abs. 2 (a. F.) BGB einer Prüfung des Mangels. Damit war die Verjährung gehemmt, so daß sie am 1.1.2002 noch nicht abgelaufen war. Ab dem 1.1.2002 war sodann gemäß Art. 229 § 6 Abs. 1 S. 1, 2 EGBGB neues Verjährungsrecht anwendbar. Die weitere Durchführung des Schiedsgutachterverfahrens war deshalb ab diesem Zeitpunkt als Verhandlungen i. S. d. § 203 (n. F.) BGB anzusehen (vgl. Palandt/Heinrichs a. a. O. Rn. 2 zu § 203), so daß die Verjährung nunmehr nach dieser Vorschrift weiterhin gehemmt war. Diese Hemmung dauerte bis 3 Monate nach Scheitern der Verhandlungen, d. h. nach dem 25.11.2003 und damit bis zum 25.2.2004 an. 48

Der Zinsanspruch ist gemäß §§ 291, 288 Abs. 1 S. 2 BGB gerechtfertigt, jedoch erst ab dem auf die Klagezustellung folgenden Tag (§ 187 Abs. 1 BGB). 49

Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 92 Abs. 2, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor. 50