
Datum: 13.02.2007
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 21. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 21 U 69/06
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2007:0213.21U69.06.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 18 O 346/05

Tenor:

Die Berufung der Kläger gegen das am 20. April 2006 verkündete Urteil der 18. Zivilkammer des Landgerichts Essen wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Kläger können die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen. Unter Berücksichtigung des weiteren Vorbringens der Parteien stellt sich der Sachverhalt wie folgt dar:

1

2

3

4

Die Kläger erwarben gemäß Vertrag vom 28.05.1996 (K 1) von der Rechtsvorgängerin der Beklagten, der S Aktiengesellschaft, für 312.165 DM die noch zu errichtende Eigentumswohnung Nr. #, E-Straße #1 in der Wohnungseigentumsanlage E-Straße #2-#3 in F. Nach der in Bezug genommenen Baubeschreibung (K 5) sollte die Fassade einen mineralischen Kratzputz auf einem Wärmedämm-Verbundsystem erhalten (S. 52). Hinsichtlich der Schalldämmung wurde auf die DIN 4109 verwiesen (S. 51, 53). Nach § 3 Nr. 5 des Vertrages (K 1, S. 6) und nach Seite 51 der Baubeschreibung sollte die Rechtsvorgängerin der Beklagten unter bestimmten Voraussetzungen berechtigt sein, von der Baubeschreibung abzuweichen.

Nach Übergabe der Wohnungen rügten die Eigentümer u.a. Mängel des Tritt- und Körperschallschutzes sowie des Fassadenputzes, der abweichend von der Baubeschreibung als Kunstharz-Silikonputz ausgeführt worden war. Sie ließen durch den Sachverständigen Dr. E ein Gutachten erstellen. Im Anschluss an zahlreiche Begehungen schlossen die Eigentümer, vertreten durch ihren damaligen Verwalter I, und die Beklagte am 17./19.12.2001 eine Vereinbarung (K 2), nach der das Gutachtenbüro Prof. Dr.-Ing. H & H2 in S zur Klärung der noch streitigen Mängel ein Gutachten erstellen sollte. Weiter hieß es:

III. 12. 6

..... 7

Die Parteien unterwerfen sich bereits jetzt unwiderruflich dem Ergebnis des Gutachtens des beauftragten Sachverständigen. 8

..... 9

IV. 15. 10

Die Parteien sind sich darüber einig, dass die der Wohnungseigentümergeinschaft zustehenden Nachbesserungsansprüche derzeit mit Ablauf des 2001-12-31 verjähren. 11

Hinsichtlich der von der Vertragsschließenden zu 1) nicht anerkannten Mängel einigen sich die Parteien dahingehend, dass die Verjährungsfrist über den 2001-12-31 hinaus bis zum Zeitpunkt der vollständigen Durchführung und Abwicklung dieser Vereinbarung verlängert wird. 12

Im Auftrag der Vertragsschließenden erstellte Prof. Dr.-Ing. H am 20.11.2002 ein Schiedsgutachten (K 3/2). Auf Seiten 40 ff. kam er zu dem Ergebnis, die Aufbringung des Putzes als solche sei nicht fehlerhaft, es handele sich jedoch nicht um die bestellte Putzart. Auf Seiten 44 f. stellte er auf der Grundlage durchgeführter Schallmessungen fest, die Anforderungen der DIN 4109 seien an mehreren Stellen nicht erfüllt. Nachdem sich im Auftrag des Verwalters I auch der Sachverständige L am 23.09.2003 und der TÜV T am 09.10.2003 (Anlage 2 zum Schriftsatz vom 26.07.2006, Bl. 203 ff. GA) mit dem Schallschutz auseinandergesetzt hatten, beurteilte der Sachverständige Prof. Dr.-Ing. H weitere von den Eigentümern angeführte Schallschutzmängel in einem Gutachten vom 28.01.2004 (Anlage B 5 zur Anlage B 41). In einem dritten Gutachten vom 14.07.2004 (K 4/3) zog er auf Seite 128 "aufgrund des hohen Wohnstandards in den einzelnen Gebäuden" den erhöhten Schallschutz gemäß Beiblatt 2 der DIN 4109 (89) als Bewertungsgrundlage heran und beurteilte hiernach auf Seiten 128 – 133 die Schalldämmung bestimmter Räume und Bauteile. In einem Schreiben vom 14.09.2004 (K 5/4) begründete er noch einmal, warum der erhöhte Schallschutz nach Beiblatt 2 zur DIN 4109 (89) geschuldet sei. Dem trat die Beklagte mit 13

Schreiben vom 15.03.2005 (Anlage B 6 zur Anlage B 41 = Bl. 210 GA) entgegen, erkläre sich aber gleichzeitig zur Mängelbeseitigung auf der Grundlage der Normalanforderungen der DIN 4109 bereit. Nach weiterem Schriftverkehr bot die Beklagte schließlich an, die Treppenhäuser gemäß Beiblatt 2 zur DIN 4109 und alle anderen im Schiedsgutachten bemängelten Bauteile nach den Mindestanforderungen der DIN 4109 zu sanieren (siehe Schreiben vom 23.06.2005, Anlage B 7 zur Anlage B 41; Schreiben der I AG vom 07.02.2005, Anlage 3 zum Schriftsatz vom 26.07.2006, Bl. 207 ff. GA). Eine Einigung kam jedoch zunächst nicht zustande.

Nachdem dem Verwalter I bereits in einer Eigentümerversammlung vom 30.05.2001 (Protokoll Anlage 1 zum Schriftsatz vom 26.07.2006, Bl. 200 ff. GA) eine Prozessvollmacht ausgesprochen worden war und der Verwaltungsbeirat ihm am 30.06.2001 eine Vollmachtsurkunde (K 6, Bl. 213 GA) erteilt hatte, wurde die Vollmacht gemäß Seiten 6 f. des Protokolls zur Eigentümerversammlung vom 16.04.2003 (K 7, Bl. 214 ff. GA) ergänzt. 14

Gemäß Klageschrift vom 03.12.2003 nahm der Verwalter I als Prozessstandschafter der Eigentümer die Beklagte beim Landgericht Essen (Aktenz. 18 O 558/03; Beiakte I) auf Zahlung eines Vorschusses von 170.500 € nebst Zinsen für den Austausch des Fassadenputzes in Anspruch. Nachdem das Landgericht die Klage abgewiesen hatte, hat der Senat im Berufungsverfahren 21 U 94/04 den Sachverständigen Prof. Dr.-Ing. H vernommen und der Klage mit am 10.02.2005 verkündetem Urteil (K 6) abändernd bis auf eine Zinsmehrforderung aus § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB (a.F.) stattgegeben, weil die Aufbringung eines Kunstharzputzes statt des in der Baubeschreibung vorgesehenen mineralischen Kratzputzes einen Mangel darstelle, der im Vertrag vorgesehene Änderungsvorbehalt wegen Verstoßes gegen § 10 Nr. 4 AGBG unwirksam und die Nachbesserung nicht unverhältnismäßig sei. Der Senat hat dabei einen im Anschluss an die mündliche Verhandlung nachgereichten Schriftsatz vom 28.01.2005 (B 40) nicht mehr berücksichtigt, in dem die Beklagte ergänzende Ausführungen zur ihrer Meinung nach bestehenden Zulässigkeit der ausgeführten Putzart gemacht hatte. Die Beklagte legte mit Schriftsatz vom 17.03.2005 beim Bundesgerichtshof Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision ein, die sie mit Schriftsatz vom 22.08.2005 zurücknahm, nachdem der BGH in anderer Sache mit Urteil vom 23.06.2005 eine ähnlich formulierte Änderungsbefugnis wegen Verstoßes gegen das AGB-Gesetz ebenfalls für unwirksam gehalten hatte. Die Beklagte zahlte den Vorschuss einschließlich Zinsen gemäß Zahlungsanweisung vom 25.08.2005 (B 43; Bl. 112 GA). 15

Zwischenzeitlich hatten die Eigentümer V und Dr. U der Wohnung Nr. # im Hause E-Straße #4 die Beklagte mit Schreiben vom 04.03.2005 (K 7 BA I) unter Fristsetzung zunächst bis zum 30.04.2005 mit Ablehnungsandrohung zur Beseitigung von Schallschutzmängeln und zum Austausch des Putzes aufgefordert. Die Beklagte hatte am 24.05.2005 (K 7) unter Hinweis auf die anhängige Nichtzulassungsbeschwerde und ein auf der Basis der DIN 4109 vorgelegtes Sanierungskonzept zum Schallschutz eingewandt, die gesetzte Frist sei nicht umsetzbar, da Maßnahmen nur einheitlich ausführbar seien. 16

Die Eigentümer der Wohnung Nr. # nahmen die Beklagte daraufhin beim Landgericht Essen unter dem Aktenzeichen 18 O 299/05 LG Essen (Beiakte II) im Wege des großen Schadensersatzes wegen des mangelhaften Putzes und hilfsweise des unzureichenden Schallschutzes auf Rückabwicklung des Wohnungskaufvertrages in Anspruch. Nachdem das Landgericht jene Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt hat, hat der Senat über die gegen dieses Urteil gerichtete Berufung (Aktenzeichen 21 U 1/06) der Beklagten gemeinsam mit dem hiesigen Berufungsverfahren im Senatstermin vom 13.02.2007 verhandelt. 17

Zudem verklagte der Verwalter I der Wohnungseigentümergeinschaft die Beklagte mit Klageschrift vom 23.06.2005 beim Landgericht Essen unter dem Aktenzeichen 18 O 293/05 als Prozessstandschafter der Eigentümer auf Zahlung eines Vorschusses von 949.000 € nebst Zinsen zur Beseitigung der behaupteten Schallschutzmängel. Nach vorausgegangenen Verhandlungen und der Vorstellung eines Sanierungskonzeptes durch die Generalunternehmerin I AG am 14.12.2005 machte ihm die Beklagte zur Beilegung der Streitigkeit mit Schreiben vom 09.01.2006 (Anlage B 44, Bl. 113 f. GA) einen auf den 11.01.2006 datierten Vergleichsvorschlag (Anlage B 45, Bl. 115-118 GA), den die Wohnungseigentümergeinschaft in einer außerordentlichen Mitgliederversammlung am 11.01.2006 mit einer Mehrheit von 50,41% annahm. Die Beklagte stimmte trotz der zunächst nur knappen Mehrheit mit Schreiben vom 31.01.2006 (Anlage B 46, Bl. 122 GA) zu. Inzwischen sind dem Vergleich die Eigentümer weiterer Wohnungen beigetreten.

Die Kläger des hiesigen Rechtsstreits haben mit ihrer am 01.08.2005 eingereichten und der Beklagten am 24.08.2005 zugestellten Klageschrift zunächst die Beseitigung der an ihrem Sondereigentum festgestellten Schallschutzmängel und der Fassadenputzmängel am Gemeinschaftseigentum begehrt und haben der Beklagten in der Klageschrift eine Nachbesserungsfrist bis zum 25.09.2005 mit Ablehnungsandrohung gesetzt (Bl. 15 GA). Nachdem sie gegen ein diesen Antrag abweisendes Versäumnisurteil vom 01.12.2005 (Bl. 67 f. GA) Einspruch eingelegt hatten, haben sie den Antrag am 23.02.2006 zurückgenommen (Bl. 130 GA) und im Wege des großen Schadensersatzes eine Rückabwicklung des Wohnungskaufvertrages verlangt. 19

Sie haben gemeint, ihnen stehe ein solcher Anspruch unabhängig davon zu, dass der Verwalter für die Wohnungseigentümergeinschaft Vorschuss geltend gemacht habe. Der Verwalter sei niemals bevollmächtigt worden, wegen Mängeln am Sondereigentum tätig zu werden. Im Übrigen sei es einem einzelnen Eigentümer unbenommen, Rechte auch aus Mängeln des Gemeinschaftseigentums herzuleiten. 20

Wie der Sachverständige Prof. Dr.-Ing. H für die Parteien rechtsverbindlich festgestellt habe, entspreche der Schallschutz noch nicht einmal den Mindestanforderungen der DIN 4109 und erst recht nicht dem ihrer Ansicht nach geschuldeten erhöhten Schallschutz nach dem Beiblatt 2 zur DIN 4109. Der Mangel belaste auch ihr Sondereigentum. Wie aus Seite 131 i.V.m. Seiten 17, 19., 21, 25, 27 des Gutachtens H vom 20.11.2002 (Anlage K 3/2) folge sei u.a. zu beanstanden, dass der Trittschallpegel in ihrer Wohnung # bei der Übertragung vom Treppenpodest im 1. OG zum Wohnraum im 1. OG mit 79 dB, bei der Übertragung von der Wohnung # (Wohnraum im 2. OG) in ihren Wohnraum im 1. OG mit 48 dB und bei der Übertragung der Spindeltreppe der Gewerbeeinheit A in ihren Wohnraum im 1. OG mit ebenfalls 48 dB gemessen an einer Anforderung von 46 dB zu hoch sei. Auch die Übertragung des Luftschalls vom Wohnraum der Wohnung B 2 (1. OG) und vom Treppenhaus im 1. OG zu ihrem Wohnraum im 1. OG sei zu stark. 21

Ein weiterer Mangel bestehe darin, dass die Beklagte die Fassade nicht mit dem geschuldeten mineralischen Kratzputz, sondern unzulässigerweise mit einem, wie der Senat im Berufungsverfahren 21 U 94/04 bereits festgestellt habe, deutlich weniger haltbaren Kunstharz-Silikonputz habe ausführen lassen. 22

Eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung sei nicht erforderlich gewesen, weil die Beklagte die Nachbesserung abgelehnt habe und sie zudem das Vertrauen in die Beklagte verloren hätten, nachdem sich diese ihrer Nachbesserungspflicht über Jahre entzogen habe. Im übrigen hätten sie die Beklagte mit der am 24.08.2005 zugestellten Klageschrift zulässigerweise unter Fristsetzung bis zum 25.09.2005 mit Ablehnungsandrohung zur 23

Mangelbeseitigung aufgefördert.

Die Kläger haben ihre Schadensersatzforderung unter Vorlage zahlreicher Unterlagen (Anlagenband II) auf 287.297,06 € beziffert. 24

Sie haben zuletzt beantragt, 25

das Versäumnisurteil vom 01.12.2005 aufzuheben und 26

1) 27

die Beklagte zu verurteilen, an sie als Gesamtgläubiger 287.297,06 € nebst Zinsen in Höhe 28 von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem Eintritt der Rechtshängigkeit zu zahlen Zug um Zug gegen Rückübereignung der im Wohnungsgrundbuch des Amtsgerichts Essen Blatt 8360 eingetragenen Eigentumswohnung, bestehend aus 104,1/10.000 Miteigentumsanteil am Flurstück ## (vereinigte frühere Flurstücke ##, ##, ##, ##, ##, ##, ##, ##, ##, ##, ##) der Flur ## der Gemarkung F, E-Straße #2, #5, #6, #1, #4, #3 und Gebäude- und Freifläche Dreilindenstraße #2, #5, #6, #1, #4, #3, zur Größe von 7.142 m² verbunden mit dem Sondereigentum B1 des Aufteilungsplans im Hause B, E-Straße,

2) 29

festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihnen sämtliche weitere Schäden aus der 30 mangelhaften Errichtung des Gebäudes E-Straße #2-#3 in F und der Rückabwicklung des Kaufvertrages vom 28.05.1996 zu ersetzen.

Die Beklagte hat beantragt, 31

das Versäumnisurteil vom 01.12.2005 aufrechtzuerhalten. 32

Sie hat gemeint, die Kläger könnten Gewährleistungsansprüche nicht eigenständig verfolgen. 33 Dies widerspreche der Beschlusslage und dem abgestimmten Vorgehen der Eigentümergeinschaft hinsichtlich der in Rede stehenden gemeinschaftsbezogenen Forderungen. Das gelte auch für die angeblichen Schallbeeinträchtigungen, die von fremden Sondereigentumseinheiten auf die Wohnung der Kläger wirkten. Jedenfalls ließen sich die Mängel insoweit nicht trennen, so dass ein Verwalter nach der Rechtssprechung des BGH insoweit wirksam auch mit der Durchsetzung der Rechte einzelner Eigentümer betraut werden könne.

Aus der Aufbringung einer von der Baubeschreibung abweichenden Putzart könnten keine 34 Rechte hergeleitet werden. Wie sie in dem im Berufungsverfahren 21 U 94/04 nachgereichten, nicht mehr berücksichtigten Schriftsatz vom 28.01.2005 (Anlage B 40) bereits ausgeführt habe, sei der aufgebrachte Putz bei einem Wärmedämmverbundsystem der hier ausgeschriebenen Art besser geeignet und höherwertiger als ein mineralischer Kratzputz. Ein Austausch des Putzes oder die zusätzliche Aufbringung einer weiteren Putzschicht sei, wie schon der Anhörung des Sachverständigen Prof. Dr.-Ing. H im Senatstermin vom 30.11.2004 (21 U 94/04) zu entnehmen sei, geradezu unsinnig und damit unverhältnismäßig. Zudem könnten den Klägern keine Rechte mehr zustehen, nachdem sie, die Beklagte, den von der Eigentümergeinschaft geforderten Vorschuss gezahlt habe.

Hinsichtlich des Schallschutzes seien die normalen Anforderungen nach der DIN 4109 35 zugrunde zu legen. Eine Maßgeblichkeit der Anforderungen nach Beiblatt 2 habe der

Sachverständige Prof. Dr.-Ing. H nicht festlegen wollen. Hierfür hätte ihm nach dem erteilten Auftrag auch die Kompetenz gefehlt. Er sei im Gutachten vom 20.11.2002, dem einzigen – gemeinsam beauftragten – Schiedsgutachten, selbst von den Mindestanforderungen ausgegangen. Soweit eine Unterschreitung der Normwerte der DIN 4109 festgestellt worden sei, habe sie eine Mängelbeseitigung angeboten, die die Eigentümer jedoch nicht akzeptiert hätten. Zudem sei zu berücksichtigen, dass der Schallschutz der Wohnung der Kläger auch dadurch beeinträchtigt sei, dass auf ihren Sonderwunsch hin eine Trennwand zwecks Bildung einer Diele entfallen sei.

Mit am 20.04.2006 verkündetem Urteil, wegen dessen näheren Inhalts auf Bl. 153 ff. GA verwiesen wird, hat die Kammer das klageabweisende Versäumnisurteil vom 01.12.2005 bezogen auf die zuletzt gestellten Anträge aufrecht erhalten. Der Feststellungsantrag sei bereits unzulässig, weil die Möglichkeit weiterer Schäden nicht ersichtlich sei und deshalb ein Feststellungsinteresse fehle. Den Klägern stehe zudem der auf großen Schadensersatz gerichtete Zahlungsantrag nach § 635 BGB in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung in der Sache nicht zu. Die mit der Klagezustellung am 24.08.2005 erfolgte Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung sei unberechtigt gewesen. Zwar könnten einzelne Wohnungseigentümer eine Rückabwicklung des von ihnen geschlossenen Wohnungskaufvertrages grundsätzlich unabhängig von der Gemeinschaft auch wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums verlangen. Dies gelte aber nur solange, bis die Gemeinschaft die Ansprüche selbst verfolge. Auch die gerügte Schalldämmung betreffe das Gemeinschaftseigentum, das insoweit lediglich auf das Sondereigentum ausstrahle. Da der Unternehmer vor widersprüchlichen Forderungen geschützt werden müsse, hätten die Kläger die Beklagte nicht mehr zur Nachbesserung auffordern können, als der Verwalter bereits klageweise Vorschüsse für eine von den Eigentümern in eigener Regie gewünschte Nachbesserung verlangt habe. Eine wirksame Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung durch die Kläger sei auch nicht gemäß § 634 Abs. 2 BGB entbehrlich gewesen. Ihnen gegenüber habe die Beklagte eine Nachbesserung nicht verweigert. Eine Weigerung gegenüber der Gemeinschaft als teilrechtsfähigem Verein eigener Art und gegenüber den Eigentümern V und Dr. O der Wohnung # begründe keine Rechte der Kläger.

Mit ihrer Berufung verfolgen die Kläger unter Wiederholung und Vertiefung ihres Vorbringens ihre erstinstanzlichen Anträge weiter. Sie meinen, ein Feststellungsinteresse für den Feststellungsantrag könne schon deshalb nicht verneint werden, weil die Schäden lediglich bis zum Jahre 2005 beziffert worden seien.

Die Klage sei aus § 635 BGB a.F. begründet. Das Landgericht habe die Rechte der einzelnen Wohnungseigentümer, ihre eigenen Ansprüche – auch wegen Fehlern des Gemeinschaftseigentums – zu verfolgen, unrichtigerweise beschränkt. Sie hätten der Beklagten trotz des Vorschussbegehrens des Verwalters wirksam eine Frist mit Ablehnungsandrohung setzen können. Im übrigen sei eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung entbehrlich gewesen, weil die Beklagte über Jahre trotz mehrfacher Fristsetzung der Eigentümergemeinschaft eine Nachbesserung versäumt habe.

Die Kläger beantragen,
das angefochtene Urteil abzuändern und gemäß den erstinstanzlich zuletzt gestellten Anträgen zu entscheiden.

Die Beklagte beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.

Sie meint, die Kläger hätten sich mit ihrem Nachbesserungsbegehren unzulässig in Widerspruch zu dem auf Vorschuss gerichteten Gemeinschaftsbegehren gesetzt und damit schützenswerte Interessen der Wohnungseigentümer und der Beklagten verletzt. Die Eigentümergeinschaft, die sich für eine Selbstvornahme entschieden habe und dem Bauträger das Recht zur Nachbesserung durch erfolglose Fristsetzung entzogen habe, brauche eine durch einen einzelnen Eigentümer gewünschte Nachbesserung durch den Bauträger nicht zu dulden.	43
Eine wirksame Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung der Kläger habe die Kammer zu Recht für nicht entbehrlich gehalten, da eine Nachbesserung nicht ernsthaft und endgültig verweigert worden sei. Die Verwendung einer von der Baubeschreibung abweichenden Fassadenputzart habe sie nach der vereinbarten Änderungsklausel, deren Wirksamkeit erst im Berufungsverfahren 21 U 94/04 problematisiert worden sei, für zulässig halten dürfen. Hinsichtlich des Schallschutzes habe der Sachverständige Prof. Dr.-Ing. H alle gerügten Fehler mit dem Schiedsgutachten vom 20.11.2002 abschließend bewertet. Mit ihren späteren Gutachtenaufträgen habe sich die Eigentümergeinschaft außerhalb der Schiedsgutachtervereinbarung bewegt. Ihr, der Beklagten, Standpunkt, der Normalmaßstab nach DIN 4109 (89) sei maßgeblich, sei richtig, zumindest aber vertretbar. Dieser Maßstab entspreche bereits dem erhöhten Schallschutz einer Vorgängerfassung der DIN 4109, was der Sachverständige Prof. Dr.-Ing. H und der TÜV Süddeutschland übersehen hätten. Da sie die geschuldete Nachbesserung entsprechend den Normalanforderungen der DIN 4109 angeboten habe, habe sie sich vertragsgerecht verhalten.	44
Unter Berücksichtigung der Umstände sei die von den Klägern bis zum 25.09.2005 gesetzte Frist im übrigen viel zu kurz gewesen. Da die Kläger ihr Nachbesserungsbegehren vor Ablauf einer angemessenen Frist aufgegeben hätten, komme ein Schadensersatzanspruch nicht in Betracht.	45
Der Senat hat die Sachverständigen Dipl.-Ing. X und Prof. Dr.-Ing. H vernommen. Wegen des Inhaltes und des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll und den Berichterstatteervermerk zum Senatstermin vom 13.02.2007 verwiesen. Die Akten 18 O 558/03 und 18 O 299/05 LG Essen haben vorgelegen und sind Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen.	46
II.	47
Die Berufung der Kläger ist zulässig, aber unbegründet.	48
1.	49
Allerdings ist der gestellte Feststellungsantrag entgegen der Ansicht des Landgerichts nicht bereits unzulässig. Ein Feststellungsinteresse (§ 256 Abs. 1 ZPO) kann nicht verneint werden, weil die Kläger ihre Forderungen nicht abschließend – auch über das Jahr 2005 hinaus – beziffert haben und dies auch nicht gekonnt hätten. Bis zu der von ihnen angestrebten Rückabwicklung des Kaufvertrages konnten durchaus noch weitere Aufwendungen für die Wohnung entstehen, die nicht bereits Gegenstand des gestellten Zahlungsantrages waren.	50
Der Feststellungsantrag ist auch hinreichend bestimmt, nachdem die Kläger im Senatstermin vom 13.02.2007 klargestellt haben, dass er sich auf die Aufwendungen beziehen soll, deren Ausgleich sie bei einer Rückabwicklung des Erwerbsvertrages als Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen könnten.	51

2.	52
Der Feststellungsantrag ist jedoch ebenso wie der Zahlungsantrag unbegründet.	53
Den Klägern steht kein Schadensersatzanspruch nach § 635 BGB in der vor dem 01.01.2002 geltenden Fassung zu. Diese Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuches ist gemäß Art. 229 § 5 EGBGB maßgeblich, da der Erwerbsvertrag vor dem 01.01.2002 geschlossen worden ist.	54
Die geforderte Rückabwicklung des Vertrages kann weder darauf gestützt werden, dass die Beklagte den Fassadenputz mit einem von der Baubeschreibung abweichenden Material ausgeführt hat, noch darauf, dass der Schallschutz nicht den vereinbarten Anforderungen entspricht.	55
Allerdings ist die von den Klägern erworbene Eigentumswohnung unter beiden Aspekten als mangelhaft i.S.v. § 635 BGB anzusehen. Der ausgeführte Kunstharz-Silikonputz gilt – wie die beiden Sachverständigen im Senatstermin überzeugend ausgeführt haben – unabhängig davon, dass er den funktionalen Anforderungen im Prinzip genauso gerecht wird wie der geschuldete mineralische Kratzputz, als weniger wertvoll. Der der Beklagten im Vertrag eingeräumte Änderungsvorbehalt rechtfertigte die Abweichung nicht, weil eine derartige Klausel, wie der Senat bereits in seinem zum Rechtsstreit 21 U 94/04 am 10.02.2005 ergangenen Urteil dargelegt hat, wegen Verstoßes gegen §§ 9, 10 Nr. 4 AGBG unwirksam ist. Hieran hält der Senat auch nach erneuter Überprüfung fest, zumal inzwischen auch der BGH eine ähnliche Änderungsklausel für nichtig gehalten hat (NJW 2005, 3420).	56
Auch der geschuldete Schallschutz ist unabhängig davon, ob die Mindestanforderungen nach der DIN 4109 (89) oder die besondere Anforderungen nach Beiblatt 2 geschuldet sind, nicht erreicht, weil noch nicht einmal die Mindestanforderungen erfüllt sind.	57
Der im Wege des sog. großen Schadensersatzes geltend gemachte Rückabwicklungsanspruch scheitert jedoch daran, dass die sonstigen Voraussetzungen des § 635 BGB nicht erfüllt sind.	58
a)	59
Soweit es um den Fassadenputz geht, konnten die Kläger von der Beklagten keine Nachbesserung in Form der Aufbringung eines mineralischen Kratzputzes verlangen. Ohne ein solches Nachbesserungsverlangen unter Fristsetzung verbunden mit der Erklärung, die Leistung nach Ablauf der Frist abzulehnen, kann gemäß § 634 Abs. 1 BGB grundsätzlich kein Schadensersatz nach § 635 BGB begehrt werden.	60
aa)	61
Als die Kläger eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung erstmals mit ihrer am 24.08.2005 zugestellten Klageschrift bis zum 25.09.2005 aussprachen und sodann mit Schriftsatz vom 25.11.2005, von dem die Beklagte eine einfache Abschrift spätestens im Kammertermin vom 01.12.2005 erhalten hat, großen Schadensersatz verlangten, waren sie hierzu nach Auffassung des Senats bereits aus formalen Gründen wegen ihrer Einbindung in die Wohnungseigentümergeinschaft nicht mehr berechtigt.	62
Grundsätzlich kann der einzelne Erwerber zwar selbständig die gesetzlichen Voraussetzungen für seine Rechte schaffen und seinem Vertragspartner deshalb auch eine Frist mit Ablehnungsandrohung zur Beseitigung von Mängeln am Gemeinschaftseigentum als Voraussetzung für einen großen Schadensersatz setzen. Das gilt aber nicht, wenn durch sein	63

Vorgehen schützenswerte Interessen der Wohnungseigentümer oder des Veräußerers beeinträchtigt werden (BGH BauR 2006, 979 = NJW 2006, 2254, 2256). Eine derartige Beeinträchtigung der Interessen der Wohnungseigentümer liegt auch dann noch nicht ohne weiteres vor, wenn die Eigentümergeinschaft bereits beschlossen hat, einen Mangelbeseitigungsvorschuss zu verlangen, der Vorschuss jedoch noch nicht bezahlt ist. Derjenige Erwerber, der selbständig die Mangelbeseitigung gegen den Veräußerer verfolgt, handelt grundsätzlich selbst nach einem Entschluss der Gemeinschaft, Vorschuss zu verlangen, noch in ihrem wohlverstandenen Interesse, weil mit der zu bewirkenden Mangelbeseitigung die mit einer Selbstvornahme verbundenen Komplikationen hinfällig werden und eine schon erhobene Klage für erledigt erklärt werden kann (BGH BauR 2006, 1747, 1749 f.).

Auch für den hiesigen Fall kann davon ausgegangen werden, dass die Gemeinschaft mit der EntschlieÙung zur Vorschussverfolgung die Geltendmachung des Nachbesserungsanspruches nicht mit Wirkung des Ausschlusses des entsprechenden Rechtes der einzelnen Erwerber an sich ziehen wollte. Dies wäre rechtlich auch kaum möglich ("erhebliche Bedenken" auch bei BGH BauR 2006, 1747, 1749).

64

Rechte der Gemeinschaft werden aber beeinträchtigt, wenn sie wegen wohlverstandener Interessen eine Nachbesserung durch den Veräußerer nicht mehr zulassen will. Diese Voraussetzungen lagen nach Auffassung des Senats jedenfalls vor, als sich die Beklagte mit der Rücknahme der Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision gegen das am 10.02.2005 verkündete Urteil des Senats im Rechtsstreit 21 U 94/04 endgültig geschlagen gegeben und den geforderten Vorschuss gemäß Zahlungsanweisung vom 25.08.2005 ausgeglichen hatte. Nachdem die Beklagte Vorschuss geleistet hatte, konnte die Gemeinschaft nicht zusätzlich Nachbesserung von ihr verlangen. Nunmehr war es den einzelnen Erwerbern verwehrt, die hinsichtlich der Nachbesserung geklärte Rechtsbeziehung der Gemeinschaft zum Veräußerer durch ein dieser Klärung entgegenstehendes neues Nachbesserungsbegehren zu stören.

65

Hierdurch würden auch schützenswerte Interessen des Veräußerers, der statt Nachbesserung inzwischen wunschgemäß Vorschuss geleistet hat, beeinträchtigt. Schließlich kann eine Nachbesserungsaufforderung einzelner Erwerber im Anschluss an eine Vorschusszahlung auch deshalb keine Wirkung mehr entfalten, weil dem Veräußerer die geforderte Mängelbeseitigung unmöglich ist. Denn die Gemeinschaft wird nicht mehr bereit sein, Arbeiten am Gemeinschaftseigentum, hier der Fassade, zuzulassen.

66

Somit ist die der Beklagten am 24.08.2005 zugestellte Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung zum 25.09.2005 als unwirksam anzusehen, weil sie bereits am 25.08.2005 die Vorschusszahlung veranlasst hatte.

67

Die Kläger können sich auch nicht darauf berufen, die der Beklagten am 24.08.2005 zugegangene Fristsetzung sei deshalb entbehrlich gewesen, weil sie angesichts des vorausgegangenen ablehnenden Verhaltens der Beklagten ohnehin nur eine nutzlose Förmelerei gewesen sei. Selbst wenn man davon ausginge, die Beklagte habe auch gegenüber den Klägern die nachträgliche Anbringung eines mineralischen Kratzputzes ernsthaft und endgültig verweigert, und weiterhin berücksichtigt, dass der Erwerber ein dadurch entstandenes Lösungsrecht vom Vertrag grundsätzlich nicht verliert, wenn er trotz dieses Rechtes zunächst weiterhin Erfüllung verlangt (BGH NJW 2006, 1198 zum Rücktritt nach § 323 Abs. 1 BGB), konnten die Kläger daraus keine Rechte mehr herleiten, als sie mit Schriftsatz vom 25.11.2005 großen Schadensersatz forderten. Eine interessengerechte Abgrenzung der beiderseitigen Rechte und Pflichten ergibt, dass das Lösungsrecht des

68

Erwerbers grundsätzlich erloschen ist, wenn der Veräußerer zum Zeitpunkt der Ausübung des Rechtes durch den Erwerber inzwischen von seinem vertragswidrigen Verhalten abgerückt ist, indem er einen von dem Erwerber bzw. der Eigentümergemeinschaft geforderten Vorschuss gezahlt oder die Zahlung jedenfalls eingeleitet hat und der Erwerber bzw. die Gemeinschaft zu erkennen gegeben haben, die Nachbesserung in die eigene Hand nehmen zu wollen.

Die Kläger konnten wegen des Verbotes des widersprüchlichen Verhaltens nicht grundlos von ihrer Bereitschaft bzw. der Bereitschaft, die sie als Mitglied der Eigentümergemeinschaft zu erkennen gegeben hatten, zur Annahme eines Vorschusses abgehen, nachdem sich die Beklagte auf diese Bereitschaft bereits eingestellt und entsprechende Dispositionen getroffen hatte. Die der Beklagten später mitgeteilte Absicht zur Geltendmachung von Schadensersatz war deshalb auch im Hinblick auf die Ausnutzung einer zuvor eventuell eingetretenen Entbehrlichkeit einer Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung verspätet. 69

bb) 70

Selbst wenn man abweichend von den obigen Ausführungen davon ausginge, die Kläger seien trotz ihrer Einbindung in die Wohnungseigentümergemeinschaft aus formalen Gründen nicht gehindert gewesen, eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung auszusprechen bzw. sich im Hinblick auf das frühere Verhalten der Beklagten ausnahmsweise auch ohne eine derartige Fristsetzung vom Vertrag zu lösen, dürfte die Beklagte die geforderte Nachbesserung jedenfalls aus sachlichen Gründen verweigern. 71

Die nachträgliche Anbringung eines mineralischen Kratzputzes würde nämlich einen unverhältnismäßigen Aufwand i.S.v. § 633 Abs. 2 Satz 3 BGB erfordern. Der Vortrag der Beteiligten im hiesigen Rechtsstreit und die durchgeführte Beweisaufnahme haben zu neuen Beurteilungsgrundlagen geführt, die hinsichtlich der Bewertung der Verhältnismäßigkeit zu einer Abweichung von der im Senatsurteil vom 10.02.2005 (Aktenz. 21 U 94/04) vertretenen Auffassung zwingen. Der Senat kann hinsichtlich dieser für die Entscheidung des Rechtsstreits bedeutsamen Vorfrage nunmehr zu einem anderen Ergebnis kommen, weil die Rechtskraft des im Berufungsverfahren 21 U 94/04 ergangenen Urteils – sollte sie die Parteien des hiesigen Rechtsstreits überhaupt erfassen – diese Vorfrage nicht umfasst. 72

Neben dem im damaligen Rechtsstreit noch nicht gehörten Sachverständigen Dipl.-Ing. X hat nunmehr auch der Sachverständige Prof. Dr.-Ing. H ausgeführt, dass die Gebrauchstauglichkeit des Kunstharpzputzes bezogen auf die Wohnungseigentumsanlage, in der sich die den Klägern gehörende Eigentumswohnung befindet, verglichen mit dem in der Baubeschreibung vorgesehenen mineralischen Kratzputz nicht ungünstiger zu beurteilen ist. Klarstellend gegenüber seinem damaligen mündlichen Gutachten hat Prof. Dr.-Ing. H i.e. ausgeführt, dass sich zwar bei Aufkommen des Kunstharpzputzes vor einigen Jahrzehnten zunächst große Probleme mit dem Material ergeben haben, dass diese seit einiger Zeit jedoch als gelöst betrachtet werden können. Beide Sachverständige haben überzeugend dargelegt, dass beide Putzarten auf Grund ihres unterschiedlichen Materials verschiedene Eigenschaften haben, dass aber unter Berücksichtigung der jeweiligen Schwächen und Stärken in der Gesamtheit keiner der beiden Baustoffe dem anderen hinsichtlich der Funktionalität als überlegen angesehen werden kann. Beide Putzarten können verschmutzen, wobei sich insoweit beim mineralischen Kratzputz seine große unebene Oberfläche und beim Kunstharpzputz seine statische Aufladung und wegen des Bindemittels die Möglichkeit der Anhaftung organischer Stoffe negativ auswirken können. Die konkreten Standortbedingungen der Eigentumsanlage lassen aus technischer Sicht unter diesen Gesichtspunkten die Verwendung beider Putzarten zu. Der Sachverständige Dipl.-Ing. X hat bei einem kürzlich 73

durchgeführten Ortstermin auch keine Verschmutzungserscheinungen feststellen können, durch die sich ein spezielles Risiko des Kunstharzputzes verwirklicht hätte. Das Erscheinungsbild ist vielmehr, wie auch den von dem Sachverständigen und der Beklagten im Senatstermin vorgelegten Fotos zu entnehmen ist, altersgerecht. Soweit im Senatstermin einzelne Risse und Fehler im Bereich der Fensterbänke erörtert worden sind, sind diese nach den Darlegungen beider Sachverständiger nicht systembedingt, sondern stellen Ausführungsfehler dar, die einer Teilsanierung eventuell verbunden mit einem Gesamtanstrich zugänglich sind. Im Übrigen haben die Kläger eine Komplettsanierung nicht wegen einzelner Fehler, sondern wegen der abweichenden Putzart gefordert.

Die Reinigung eines Kunstharzputzes ist nicht häufiger nötig als die eines mineralischen Kratzputzes und ist zudem einfacher, weil ein Hochdruckreiniger eingesetzt werden kann, der die Oberfläche eines mineralischen Kratzputzes angreifen würde. 74

Beide Putzarten sind, wenn auch in unterschiedlicher Weise, gegenüber mechanischen Einwirkungen empfindlich. Während es beim Kunstharzputz eher zu sichtbaren Rissen kommen kann, neigt der mineralische Kratzputz eher zum Abrieb. 75

Letztlich haben beide Sachverständige ausgeführt, dass nicht mehr davon ausgegangen werden kann, dass der Alterungsprozess eines Kunstharzputzes wesentlich schneller verläuft als der eines mineralischen Kratzputzes. Zwar liegen insoweit hinsichtlich der neueren Kunstharzprodukte wegen des Zeitpunkts ihrer Markteinführung, die eine Beobachtung über die Dauer der erwünschten Lebenserwartung noch nicht ermöglichen, letztlich noch keine gänzlich abgesicherten Erkenntnisse vor. Tendenziell kann aber wohl mit einer allenfalls geringfügig schnelleren Alterung gerechnet werden. 76

Als maßgeblicher Unterschied verbleibt somit nur, dass ein mineralischer Kratzputz von den beteiligten Verkehrskreisen und wohl auch allgemein als wertvoller angesehen wird und auch eine andere optische Wirkung haben kann. Die Aufbringung eines solchen Putzes ist nach den Angaben der Sachverständigen auch um ein Drittel bis ein Viertel teurer. Diese Aspekte waren für die Kläger jedoch von allenfalls untergeordneter Bedeutung. Maßgeblich haben sie eine geringere Gebrauchstauglichkeit geltend gemacht, die jedoch gemäß den obigen Ausführungen nicht besteht. 77

Die nachträgliche Anbringung eines mineralischen Kratzputzes allein aus Gründen eines höherwertigen Eindrucks, der sich angesichts der sonstigen Gestaltung der von außen nicht gerade architektonisch feingliedrig wirkenden Anlage nicht wesentlich auswirken könnte, konnte die Beklagte als unverhältnismäßig ablehnen. Der Kostenaufwand wäre unangemessen. Die Kläger haben geltend gemacht, er könne bei Verwendung des sog. ReTec-Verfahrens, also der Verankerung eines zusätzlichen mineralischen Kratzputzes auf dem Kunstharzputz, auf 220.000 € begrenzt werden. Den im Rechtsstreit 21 U 94/04 durch den Senat zugesprochenen Vorschuss von 170.500 € halten sie selbst nicht mehr für auskömmlich. Das ReTec-Verfahren birgt nach der überzeugenden Darstellung beider Sachverständiger jedoch unverantwortbare Risiken, weil die Stabilität der unteren Putzschicht, die an mehreren Stellen zwecks Schaffung von Verankerungspunkten aufgeschnitten werden müsste, beeinträchtigt werden kann. An diesen Verankerungspunkten würde die obere Putzschicht nahezu vollständig lasten, weil beide Putzarten keine kraftschüssige Verbindung miteinander eingehen. Wenn man deshalb vom ReTec-Verfahren absähe und den Kunstharzputz abrisse, ließe sich eine Beschädigung auch der darunter befindlichen Dämmung nicht vermeiden, so dass mit erheblichen Kosten letztlich das gesamte Wärmedämmverbundsystem saniert werden müsste, bevor ein mineralischer Kratzputz aufgetragen werden könnte. 78

Zwar ist dem Unternehmer eine Berufung auf eine Unverhältnismäßigkeit i.S.v. § 633 Abs. 2 Satz 3 BGB grundsätzlich verwehrt, wenn er bewusst von einer vereinbarten Ausführung wesentlich abgewichen ist (siehe Senatsurteil vom 10.02.2005, Aktz. 21 U 94/04 unter Hinweis z.B. auf BGH BauR 1995, 540, 541). Ausgehend von den neuen Erkenntnissen des Senats zur grundsätzlich gleichen Gebrauchstauglichkeit beider Putzarten kommt diesem Aspekt im hiesigen Rechtsstreit jedoch nicht die Bedeutung zu, die ihm der Senat im Vorschussprozess des Verwalters zuerkannt hat. Zwar kann davon ausgegangen werden, dass der Beklagten die Abweichung von der Baubeschreibung bewusst war. Dennoch kann ihr kein vorsätzlicher Vertragsverstoß unterstellt werden, da sie sich nach dem Vertragstext gewisse technische Änderungen vorbehalten hatte. Die entsprechenden Klauseln sind zwar nach zwischenzeitlich ergangener Rechtsprechung unwirksam. Es ist jedoch nicht ersichtlich, dass die Beklagte dies damals bereits ebenso gesehen hat und ihre Vertragspartner übervorteilen wollte.	79
cc)	80
Dass die Beklagte die Nachbesserung zu Recht als unverhältnismäßig abgelehnt hat, führt allerdings noch nicht zwangsläufig dazu, dass die Kläger keinen Schadensersatz nach § 635 BGB beanspruchen können. Vielmehr kann auch eine als unverhältnismäßig endgültig abgelehnte Nachbesserung gemäß § 634 Abs. 2 BGB dazu berechtigen, ohne Einhaltung weiterer Formalien Schadensersatz zu fordern.	81
Ein solcher Anspruch besteht hier jedoch nicht. Zum einen ist oben bereits ausgeführt worden, dass die Kläger ein eventuell entstandenes Recht zur Rückabwicklung des Vertrages nicht mehr ausüben durften, nachdem sie als Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft ein rechtskräftiges Urteil auf Zahlung eines Vorschusses erstritten hatten und die Beklagte sich hierauf eingelassen und den Vorschuss alsbald nach Eintritt der Rechtskraft gezahlt hatte.	82
Zum anderen schied ein Anspruch auf Rückabwicklung des Vertrages gemäß § 634 Abs. 3 BGB auch aus sachlichen Gründen aus. Nach dieser Vorschrift, die nicht nur für die Wandlung, sondern auch für den großen Schadensersatz gilt, kommt eine Rückabwicklung eines Vertrages nicht in Betracht, wenn der geltend gemachte Mangel den Wert oder die Tauglichkeit des Werkes nur unerheblich beeinträchtigt. Das ist hinsichtlich der abweichenden Putzart der Fall. Wie oben bereits dargelegt, ist der Kunstharzputz ebenso tauglich wie ein mineralischer Kratzputz. Auch der Wert der Wohnung der Kläger ist durch die Verwendung des Kunstharzputzes allenfalls unerheblich gemindert. Der auf der Wärmedämmung aufgebrachte Putz stellt im Verhältnis zu den sonstigen Bauteilen einen ersichtlich untergeordneten Kostenfaktor dar. Auch wenn zwischen beiden Putzarten gemäß den Angaben der Sachverständigen ein Preisunterschied von einem Viertel bis einem Drittel besteht, kann sich dies bezogen auf die Gesamtkosten des Bauwerks nur unwesentlich auswirken. Das äußere Bild des Bauwerks wird bei Berücksichtigung der optischen Gesamterscheinung, wie oben bereits ausgeführt, auch nur unwesentlich tangiert, so dass eine mehr als unerhebliche Wertminderung ausscheidet.	83
Zwar wird in Rechtsprechung und Literatur vertreten, § 634 Abs. 3 BGB schließe einen Anspruch bei unerheblichen Mängeln dann nicht aus, wenn nicht lediglich ein Fehler gegeben sei, sondern darüber hinaus eine zugesicherte Eigenschaft fehle. Die Verwendung eines anderen Putzes kann jedoch lediglich als Fehler, jedoch nicht als Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft angesehen werden. Es ist nicht ersichtlich, dass es den Beteiligten bei Vertragsschluss auf dieses Ausstattungsmerkmal besonders angekommen ist. Es handelte sich um eine reine Leistungsbeschreibung. Nach dem Gesamtgefüge des Vertrages, der	84

einen Änderungsvorbehalt enthielt, war ersichtlich, dass die Beklagte Ausstattungen nicht zusichern wollte, die funktionell gleichwertig auch anders machbar waren. An dieser erkennbaren Willensrichtung ändert nichts, dass der Änderungsvorbehalt nicht wirksam Vertragsbestandteil geworden ist.

b) 85

Auch wegen der Schallschutzproblematik können die Kläger von der Beklagten keine Rückabwicklung des Vertrages nach § 635 BGB verlangen. 86

aa) 87

Diesbezüglich haben die Kläger der Beklagten allerdings mit der am 24.08.2005 zugestellten Klageschrift ohne Verstoß gegen schützenswerte Interessen der Wohnungseigentümergeinschaft und der Beklagten formal zulässig eine Frist mit Ablehnungsandrohung zur Mangelbeseitigung gesetzt. Die Eigentümergeinschaft hat einer vergleichweisen Regelung der Problematik erst später im Januar 2006 zugestimmt. Von der Vereinbarung sind unter Nr. 7 Abs. 2 (Bl. 116 GA) ausdrücklich bis zum 31.12.2005 rechtshängig gemachte Rückabwicklungsansprüche einzelner Eigentümer ausgenommen worden. 88

Die bis zum 25.09.2005 gesetzte Nachbesserungsfrist dürfte unter Berücksichtigung des anzulegenden strengen Maßstabes (siehe BGH NJW 2006, 2254, 2257) auch nicht zu kurz bemessen gewesen sein. Die Aufforderung bezog sich hinsichtlich des Schallschutzes nicht auf die gesamte Anlage, sondern nur auf die Mängel, die sich auf das Sondereigentum der Kläger auswirkten. Zudem wird bei einer zu kurz bemessenen Frist eine angemessene Frist in Gang gesetzt. Jedenfalls als die Kläger mit Schriftsatz vom 25.11.2005 großen Schadensersatz geltend machten, war eine angemessene Frist abgelaufen. Selbst für die Sanierung der gesamten Anlage hat die I AG in ihrem Konzept vom 07.02.2005 nur sieben bis zehn Wochen angesetzt (Bl. 209 GA). 89

bb) 90

Die Fristsetzung war jedoch in der Sache nicht gerechtfertigt. Die Kläger haben so wörtlich "auf der Basis der Gutachten des Herrn Prof. Dr.-Ing. H vom 14.07. und 14.09.2004" eine Beseitigung der in Bezug auf ihre Eigentumswohnung bestehenden Schallschutzmängel gefordert. In diesen Schriftstücken hatte der Sachverständige nicht die Mindestanforderungen der DIN 4109 (89), sondern den erhöhten Schallschutz nach Beiblatt 2 zugrunde gelegt. 91

Die Beklagte schuldete jedoch keinen dermaßen erhöhten Schallschutz. Zwar war auch dem nach der DIN 4109 (89) vorgesehenen normalen Schallschutz nicht genüge getan. Die Beseitigung dieses Mangels hat die Beklagte jedoch stets angeboten (siehe ihre Schreiben vom 15.03.2005, 23.06.2005 und Schreiben der I AG vom 07.02.2005), ohne dass sich die Eigentümer unter Einschluss der Kläger hierauf einlassen wollten. 92

Die Maßgeblichkeit des Beiblattes 2 zur DIN 4109 (89) mit den darin genannten erhöhten Schallschutzanforderungen steht zwischen den Parteien auf Grund der entsprechenden vorprozessualen gutachterlichen Äußerungen des Sachverständigen Prof. Dr.-Ing. I entgegen der Ansicht der Kläger nicht bindend fest. Zwar ist im Dezember 2001 ein Schiedsgutachtervertrag geschlossen worden, nach dem das Ergebnis des einzuholenden Gutachtens verbindlich sein sollte. Dies sollte aber ersichtlich nur für die Beurteilung der damals streitigen technischen Fragen durch den Schiedsgutachter, nicht jedoch für 93

Rechtsfragen, etwa im Hinblick auf die Auslegung der geschlossenen Erwerbsverträge hinsichtlich des Umfangs der geschuldeten Schalldämmung gelten. Zudem ist nicht ersichtlich, dass der Sachverständige über sein erstes Gutachten vom 20.11.2002 hinaus auch die späteren Gutachten, in denen er von den Anforderungen des Beiblattes 2 ausgegangen ist, in Erfüllung des Schiedsgutachtervertrages und nicht nur einseitig auf Veranlassung der Eigentümer erstellt hat. Schließlich hat er im Senatstermin ausgesagt, dass er auf Nachfrage der Eigentümer lediglich unverbindlich darauf habe hinweisen wollen, die Maßgeblichkeit erhöhten Schallschutzes werde seines Wissens von Gerichten teilweise aus einer gehobenen Ausstattung von Wohngebäuden hergeleitet.

Da dieser Äußerung für die Parteien keine Bindungswirkung zukommt, hat der Senat durch Auslegung des von den Parteien geschlossenen Erwerbsvertrages zu ermitteln, welcher Schallschutz geschuldet ist. Ergibt die Vertragsauslegung, dass bestimmte Schalldämm-Maße ausdrücklich vereinbart oder mit der vertraglich geschuldeten Ausführung zu erreichen sind, so ist die Werkleistung unabhängig vom jeweiligen Stand der anerkannten Regeln der Technik mangelhaft, wenn diese Werte nicht erreicht werden. Lassen sich aus dem Vertrag keine bestimmten Anforderungen entnehmen, kann der Erwerber die Vereinbarung grundsätzlich dahin verstehen, dass das Bauwerk dem Stand der anerkannten Regeln der Technik zur Zeit der Abnahme entspricht. Dabei sind nicht unbedingt die DIN-Normen maßgeblich, die keine Rechtsnormen darstellen und die die anerkannten Regeln der Technik wiedergeben aber auch hinter ihnen zurückbleiben können (BGH BauR 1998, 872; siehe auch Senatsurteil BauR 2001, 1262). 94

In der Baubeschreibung ist hinsichtlich der Schalldämmung auf die DIN 4109 Bezug genommen worden. Dies muss ein Vertragspartner in der Regel dahin verstehen, dass die Mindestanforderungen gemeint sind (siehe OLG Frankfurt BauR 2005, 1327). Die höheren Anforderungen des Beiblattes 2 sollen auch nach dem Text des Beiblattes nur maßgeblich sein, wenn sie über die Mindestanforderungen hinaus vereinbart werden. Etwas anderes ergab sich hier auch nicht aus den Umständen. Es ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass die vertraglich geschuldete Bauleistung bei ordnungsgemäßer Ausführung den von den Klägern geforderten erhöhten Schallschutz nach Beiblatt 2 hätte gewährleisten müssen. Im Übrigen hat die Beklagte mit Schreiben vom 23.06.2005 angeboten, die Treppenhäuser gemäß den erhöhten Anforderungen nach Beiblatt 2 und die anderen Bauteile auf Basis der DIN 4109 zu sanieren verbunden mit der Zusage, die Mindestanforderungen auch insoweit deutlich zu übertreffen. 95

Weitergehende Pflichten können über den Wortlaut der Baubeschreibung hinaus auch bei Berücksichtigung des sonstigen Ausstattungsstandards der Eigentumswohnungen nicht als vereinbart angesehen werden. Zwar sind die Wohnungen positiv beworben worden. Wie die im Senatstermin eingesehenen Fotos der Gesamtanlage zeigen, macht sie aber keinen herausgehobenen, exklusiven Eindruck. Auch nach der Darstellung des Sachverständigen Dipl.-Ing. X ist keine Bewertung dahin gerechtfertigt, dass wegen des sonstigen Ausstattungsstandards entgegen den Angaben zum Schallschutz in der Baubeschreibung auf eine besonders hochwertige Schalldämmung geschlossen werden konnte. Selbst wenn der Schallschutz ausdrücklich als "hochwertig" bezeichnet worden wäre, müsste dies im Übrigen nicht ohne weiteres als Vereinbarung der besonderen Anforderungen nach Beiblatt 2 verstanden werden, sondern könnte auch als geringere Überschreitung der Mindestanforderungen auszulegen sein (OLG Frankfurt BauR 2005, 1327). 96

Eine vertragliche Vereinbarung hinsichtlich der Maßgeblichkeit des Beiblattes 2 kann schließlich nicht daraus hergeleitet werden, dass ein Dipl.-Ing. E2 gemäß im Senatstermin 97

vom Kläger des Verfahrens 21 U 1/06 überreichten Unterlagen für die I AG am 20.10.1995 eine schalltechnische Bearbeitung aufgestellt hat, die auch auf das Beiblatt 2 Bezug nimmt, und diese im Baugenehmigungsverfahren Verwendung gefunden haben soll. Es ist schon nicht dargetan, dass entsprechende Vorgaben dadurch bauordnungsrechtlich vorgeschrieben werden sollten. Erst recht ist, wie im Senatstermin erörtert, nicht ersichtlich, dass der Inhalt der schalltechnischen Bearbeitung den Klägern bekannt war und darüber hinaus die in ihr genannten Vorgaben nach den Umständen zwischen den Parteien privatrechtlich vereinbart worden sind.

Soweit die Kläger am Schluss des Senatstermins vom 13.02.2007 erstmals behauptet haben, 98 eine Sanierung der Schallschutzproblematik sei technisch unmöglich, können sie mit diesem bestrittenen Vorbringen gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht mehr gehört werden. Im Übrigen ist die Behauptung auf der Grundlage des bisherigen Aktenstands ersichtlich ins Blaue hinein aufgestellt worden. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob im Falle der Richtigkeit der Behauptung großer Schadensersatz auch ohne eine wirksame Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung begehrt werden könnte.

Den Parteien braucht keine Gelegenheit mehr zur Stellungnahme zu den kurz vor dem 99 Senatstermin überreichten gegnerischen Schriftsätzen gegeben zu werden, weil die Entscheidung des Senats auf diesen Schriftsätzen nicht beruht. Außerdem bestand keine Notwendigkeit, vor einer Entscheidung eine Äußerung der Kläger zum Ergebnis der Beweisaufnahme abzuwarten. Die technischen Fragen sind im Senatstermin ausgiebig mit zwei Sachverständigen erörtert worden, die alle maßgeblichen Probleme nachvollziehbar und überzeugend darstellen und lösen konnten, ohne dass klärungsbedürftige Punkte verblieben sind. Auch die Kläger haben ein Bedürfnis für eine weitere Auseinandersetzung mit technischen Fragen im Anschluss an die Beweisaufnahme nicht dargelegt.

Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 100

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor, 101 weil die Entscheidung wesentlich auf der Beurteilung technischer Fragen zum Fassadenputz und Schallschutz und nicht auf grundsätzlichen Rechtsfragen bzw. Fragen, die für eine Fortbildung des Rechts oder eine Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung relevant sind, beruht.