
Datum: 18.06.2009
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 22. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 22 U 136/08
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2009:0618.22U136.08.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 19 U 363/07

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 13.6.2008 verkündete Urteil der 19. Zivilkammer des Landgerichts Essen wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin kann die Zwangsvollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht diese vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrages leisten.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klägerin verlangt von den Beklagten die Rückabwicklung eines notariellen Vertrages vom 11.12.2006, mit dem sie von ihnen unter Gewährleistungsausschluss eine Penthouse-

1

2

3

Eigentumswohnung in F für 279.000 € gekauft hat. Hierzu macht sie mehrere Mängel geltend, die von den Beklagten arglistig verschwiegen worden seien.

Zu Unrecht sei das Penthouse im Verkaufsexposé des von den Beklagten beauftragten Maklers und in einem Internet-Exposé als "Neubau" aus dem Jahre 1999 bezeichnet worden; tatsächlich sei auf dem darunter befindlichen Gebäude, das unstreitig 1972 errichtet worden ist, bereits vorher ein Aufsatz vorhanden gewesen, der lediglich umgebaut worden sei. 4

Die Wohnfläche der Penthousewohnung sei in dem Exposé mit 100 qm zu groß angegeben worden, ebenso die Größen einzelner Räume. 5

Ferner sei dort eine 2005 erfolgte Wärmedämmung der Fassade angegeben gewesen, die aber tatsächlich nur an einer Seite des Hauses, nämlich der gartenseitigen Rückwand, vorgenommen worden sei. 6

Schließlich bestünden an den Außenmauern des Gebäudes und damit im Bereich des Gemeinschaftseigentumes Feuchtigkeitsschäden, die in den Jahren vor dem Verkauf Gegenstand mehrerer Eigentümerversammlungen gewesen seien. Die entsprechenden Versammlungsprotokolle seien ihr nur teilweise überlassen worden, nämlich nur bis zu demjenigen vom 14.9.2005; dort habe sich neben dem betreffenden Tagesordnungspunkt ein handschriftlicher "Erledigt"-Vermerk befunden. Die jüngeren Protokolle, aus denen sich ein Fortbestand des Mangels und eine noch ausstehende Sanierung ergebe, seien ihr hingegen nicht übergeben worden. Die von ihr geforderte Nacherfüllung hätten die Beklagten trotz Fristsetzung nicht vorgenommen. 7

Das Landgericht hat die Maklerin S als Zeugin vernommen und anschließend die auf Zahlung von 279.000 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückübertragung der Wohnung sowie auf Freistellung von vorgerichtlichen Anwaltskosten gerichtete Klage abgewiesen. Ein Rücktrittsgrund liege nicht vor. Bezüglich des Alters sei die Angabe auf der ersten Seite des Maklerexposés möglicherweise irreführend, die nähere Erläuterung auf der vierten Seite, deren Kenntnisaufnahme einem Kaufinteressenten zumutbar sei, jedoch zutreffend; angesichts des Umfangs der 1999 durchgeführten Baumaßnahmen könne ohne weiteres von einer Neuerrichtung gesprochen werden. Der möglicherweise schlechtere Zustand des Altbaus sei unschädlich, weil dessen Baujahr mitgeteilt worden sei. Bezüglich der Wärmedämmung spreche das Exposé nicht davon, dass sie die gesamte Fassade betroffen habe. Bei den Feuchtigkeitsschäden könne dahinstehen, ob es sich um einen offenbarungspflichtigen Mangel gehandelt habe oder ob die Beklagten auf ein Nichtbetroffensein des Gemeinschaftseigentums hätten vertrauen dürfen. Jedenfalls hätten sich die Beklagten auf eine Nachbesserungsaufforderung der Klägerin bereiterklärt, den auf sie entfallenden Kostenanteil vollständig zu übernehmen. Das reiche nach Treu und Glauben aus, weil sie als ausgeschiedene Wohnungseigentümer zu einer eigenständigen Durchführung von Sanierungsarbeiten gar nicht in der Lage wären. Schließlich könne die Klägerin auch nicht mit Erfolg eine zu geringe Wohnungsgröße geltend machen. Aufgrund der Angabe von 100 qm im Exposé liege zwar eine Beschaffenheitsangabe vor, jedoch keine Beschaffenheitsgarantie, so dass zugunsten der Beklagten der Gewährleistungsausschluss eingreife. Ferner hätten sie auch nicht arglistig gehandelt. Sie hätten sich auf eine Wohnflächenberechnung ihres eigenen seinerzeitigen Verkäufers berufen, die mit 97,06 qm ende, was eine zu vernachlässigende Abweichung von den 100 qm im Exposé darstelle. Hinzu komme, dass eine gegenüber dieser Berechnung noch vergrößerte Terrasse realisiert worden sei. Die Klägerin gehe im übrigen selbst von den in diesem Plan enthaltenen Maßangaben aus und komme nur durch eine andere Berechnungsweise zu einer geringeren Gesamtfläche; ein Irrtum der Klägerin über die richtige Berechnungsweise könne aber höchstens Fahrlässigkeit 8

begründen. Zusätzlich gestützt werde dieses Ergebnis durch die Zeugin S, die bei der Erstellung des Exposés ebenfalls diesen Plan zugrundegelegt habe. Nach welcher Grundfläche die Größe des Miteigentumsanteiles ermittelt sei, sei für die Frage der verkauften Fläche unerheblich. Eine angeblich entgegen dem Vertragsinhalt fehlende Umbaumöglichkeit der Wohnung sei nicht hinreichend dargetan.

Wegen der Einzelheiten des erstinstanzlichen Parteivorbringens und der Feststellungen und Erwägungen des Landgerichts wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf das angefochtene Urteil Bezug genommen. 9

Gegen das Urteil richtet sich die Berufung der Klägerin. Das Penthouse hätte nicht als Neubau bezeichnet werden dürfen. Da das alte Mauerwerk fast vollständig erhalten geblieben und nur etwas aufgemauert worden, ferner die Haustechnik auf dem alten Stand geblieben sei, habe es sich nur um einen Umbau gehandelt. Die Größe der Penthousewohnung betrage objektiv nur 88,76 qm zuzüglich eines anrechenbaren Terrassenanteiles von 5,39 qm. Subjektiv hätten sich die Beklagten nach eigenem Vortrag nicht an der vom Landgericht herangezogenen Berechnung orientiert, sondern an einer anderen, nur 92,42 qm ergebenden Wohnflächenberechnung. Nach diesem Berechnungsstand noch erfolgte Planungsänderungen fielen nicht nennenswert ins Gewicht, so dass die Beklagten keinesfalls von 100 qm hätten ausgehen können. Außerdem habe das Exposé den Eindruck vermittelt, dass schon die reine Innenwohnfläche ohne Terrasse nahezu 100 qm betrage, was etwas anderes sei als eine Wohnung, die nur infolge weitgehender Anrechnung von Terrassenflächen diese Größenordnung erreiche. Tatsächlich seien alle Einzelräume jeweils kleiner als im Exposé angegeben. Das sei auch der Grund, warum sie, die Klägerin, den von ihr vorgestellten Umbau in eine Dreizimmerwohnung nicht realisieren könne. Der Begriff der Fassadendämmung beinhalte bei normalem Verständnis nicht nur eine einzelne Fassadenseite. Eine ihr gezeigte Rechnung über die Dämmarbeiten habe sie nicht näher eingesehen, da sie sich technisch nicht auskenne und die Angabe der Beklagten ohnehin nicht angezweifelt habe. Aus der Rechnung ergebe sich im übrigen ein noch geringerer Umfang der Dämmarbeiten. Bei den Feuchtigkeitsschäden wäre eine Nacherfüllungsaufforderung wegen des arglistigen Verschweigens von vornherein entbehrlich gewesen, und wenn eine tatsächliche Nacherfüllung dem Schuldner nicht möglich sei, könne nicht deswegen ein Kostenübernahmeangebot als ausreichend erachtet werden. 10

Die Klägerin beantragt, 11

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Beklagten zu verurteilen, als Gesamtschuldner 12

1. an sie 279.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz 13
seit dem 9.10.2007 Zug um Zug gegen Rückübertragung

des im Wohnungsgrundbuch des Amtsgerichts Essen von X Blatt 5050 eingetragenen 14
83,714/1000 Miteigentumsanteiles an dem Grundstück G1, Flur X, Flurstück X, verbunden
mit dem Sondereigentum Nr. 6 des Aufteilungsplanes,

sowie 15

des im Grundbuch des Amtsgerichts Essen von X Blatt ##### eingetragenen 6,980/1000 16
Miteigentumsanteiles an dem vorgenannten Grundstück, verbunden mit dem
Sondereigentum Nr. Gr. Pl. 1 des Aufteilungsplanes,

17

zu zahlen,	
2. sie von außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 3.380,79 € freizustellen.	18
Die Beklagten beantragen,	19
die Berufung zurückzuweisen.	20
Sie verteidigen das angefochtene Urteil und vertiefen ihr erstinstanzliches Vorbringen.	21
II.	22
Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Zu Recht hat das Landgericht einen Anspruch der Klägerin auf Rückabwicklung des Kaufvertrages verneint.	23
1.	24
Aus den Angaben in den Verkaufsexposés zum Alter der verkauften Penthousewohnung ist weder eine falsche Beschaffenheitsgarantie (a) noch ein von dem vereinbarten Gewährleistungsausschluss nicht umfasster (b) oder arglistig verschwiegener einfacher Sachmangel (c) herzuleiten.	25
a)	26
Eine Beschaffenheitsgarantie liegt bereits als solche nicht vor. Hierzu fehlt es jedenfalls an dem ausdrücklichen Einstandswillen, der eine Beschaffenheitsgarantie i. S. d. §§ 443, 444 BGB von einer bloßen Beschaffenheitsvereinbarung i. S. d. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB unterscheidet.	27
b)	28
Auch von einer Beschaffenheitsvereinbarung, die für den betreffenden Umstand den allgemeinen Gewährleistungsausschluss in Nr. 5.1 Abs. 1 des Kaufvertrages ggf. im Wege der Vertragsauslegung verdrängen würde (vgl. BGH NJW 2007, 1346), ist aber nicht auszugehen.	29
Zwar können theoretisch auch vorvertragliche, nicht in die notarielle Urkunde übernommene Erklärungen Beschaffenheitsvereinbarungen begründen, wenn im Einzelfall eine noch beim Vertragsschluss fortbestehende Einigkeit der Parteien über sie feststellbar ist und wenn ferner, was hier der Fall wäre, der Formmangel der Nebenabrede gemäß § 311b Abs. 1 S. 2 BGB durch die Eigentumsübertragung geheilt wird.	30
Indes geht bei einem Maklerexposé regelmäßig nicht der übereinstimmende Wille der Parteien dahin, die in ihm enthaltenen Objektbeschreibungen zum Gegenstand ihrer vertraglichen Einigung zu machen. Zum einen sind nämlich die vom Makler stammenden Erklärungen dem Verkäufer selbst grundsätzlich nicht als eigene zuzurechnen, solange er dem Makler nicht, was hier nicht ersichtlich ist, eine maßgebliche Mitwirkung bei den Vertragsverhandlungen übertragen hat. Zum anderen spricht bei einem Immobilienkauf der Warn- und Schutzzweck der notariellen Beurkundungsform dafür, dass die Parteien im Zweifel nur die vor dem Notar abgegebenen Erklärungen zum Gegenstand ihrer vertraglichen Einigung machen wollten (vgl. Senat, NJW-RR 2001, 564; OLG Koblenz NJW-RR 1993, 180 jeweils m. w. N.).	31

c)

Hingegen stellen seit der Schuldrechtsreform die von den durch die Beklagten beauftragten Personen veröffentlichten Exposés öffentliche Äußerungen von Verkäufergehilfen dar, die nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 i. V. m. S. 3 BGB eine zu erwartende Beschaffenheit der Kaufsache begründen (vgl. Senat, OLGR 2009, 161; Palandt/ Weidenkaff, BGB, 68. Aufl., Rn. 69 zu § 434). 33

Diese Exposés waren aber bezüglich des Alters der Wohnung nicht falsch (aa), jedenfalls nicht arglistig falsch (bb). 34

aa) Aus der Klageerwiderungsschrift vom 7.1.2008, insbesondere einem Vergleich der beiden auf S. 2 eingefügten Luftbilder, ergibt sich zwar, dass die östliche Hälfte des jetzigen Penthouses – dort wo am Rand der Schornstein herausragt – in ihrer äußeren Gestalt bereits früher vorhanden war. Es spricht daher vieles dafür, dass in diesem östlichen Teil der Wohnung zumindest die äußeren Rohbauwände in ihrer vollen Höhe, d. h. entgegen den Beklagten nicht nur "Mauerwerksstummel", erhalten geblieben sind. Lediglich die westliche Hälfte hat durch das "Umdrehen" der Dachneigung erstmals eine zum Wohnen geeignete Höhe erhalten, wobei zwangsläufig entsprechend hohe Außenwände erstmals errichtet werden mussten. 35

Dennoch handelte es sich insgesamt gesehen um eine so umfassende Umgestaltung, dass ein Bauteil mit einem vollständig anderen Charakter entstanden ist. Insbesondere der mit dem Begriff "Penthouse" ausgedrückte Charakter eines eigenständigen Hauses, welches die Oberseite eines anderen Gebäudes gleichsam als Baugrundstück nutzt, bestand bei dem früher vorhandenen "Atelier" nicht. Das "Atelier" war nämlich infolge der bis zum Westrand des Gesamtgebäudes durchlaufenden Dachneigung vollständig in das Gebäude integriert. Gegenüber diesem Charakterwechsel hätte eine teilweise Weiterverwendung von bereits 27 Jahre alten Rohbauaußenwänden nur ganz untergeordnete Bedeutung; einer nennenswerten Abnutzung unterliegt das Mauerwerk als solches nämlich nicht. Auch dass, wie in der Berufungsbegründung behauptet wird, die Leitungen von der Hauszentrale bis in das Penthouse nicht neu sein sollen, ist unerheblich, denn diese Leitungen sind gerade nicht Bestandteil des Penthouses, sondern des Grundgebäudes, welches, wie die Kläger unstreitig wussten, aus dem Jahre 1972 stammte. 36

Im Ergebnis war es daher in der Sache nicht falsch, wenn in den Exposés bezüglich des Penthouses von einem Neubau die Rede war, zumal dieser Begriff zusätzlich in Anführungszeichen stand. Die Verwendung von Anführungszeichen bei einem Begriff ist ein sprachliches Anzeichen dafür, dass der Begriff in einem im Kern treffenden, aber von dem üblichen Vorstellungsbild vielleicht etwas abweichenden Sinn gebraucht wird. Auch die Formulierung *"1999 wurde die Villa von 1972 neu gestaltet, das Penthouse aufgebaut"* kann nach den obigen Darlegungen nicht als unzutreffend angesehen werden. 37

bb) Selbst wenn man aber den vorstehenden Ausführungen zum objektiven Aussagegehalt des Exposés nicht folgen und einen Sachmangel daher bejahen sollte, wäre zumindest die subjektive Seite einer Arglist der Beklagten, also die positive Kenntnis oder das Fürmöglichthalten (bedingter Vorsatz) der Unrichtigkeit des Exposés, nicht feststellbar. Den Beklagten ist nämlich nicht zu widerlegen, dass sie jedenfalls subjektiv den Begriff des "Neubaus" als sprachlich vertretbare Beschreibung für das Penthouse angesehen haben. Dann hätte ihnen zugleich auch der weiter erforderliche Vorsatz bezüglich der Ursächlichkeit der objektiv falschen Angabe für den Kaufentschluss der Klägerin gefehlt. 38

Soweit die Klägerin mit Schriftsatz vom 24.2.2009 neu behauptet hat, auch Teile der Dachfläche – womit nach dem oben Ausgeführten ggf. die Osthälfte gemeint sein kann – seien bei Errichtung des Penthouses unverändert geblieben, braucht der Zulässigkeit und Richtigkeit dieser Behauptung nicht nachgegangen zu werden. Auch wenn sich nämlich die Weiterverwendung von Teilen der Dachfläche objektiv bestätigen würde, wären Anhaltspunkte dafür, dass sie den Beklagten bekannt oder von ihnen für möglich gehalten worden wäre, ihnen also subjektiv Arglist zur Last fiele, nicht ersichtlich.

2. 40

Auch aus der Angabe in den Exposés, die Wohnfläche des Penthouses betrage 100 qm, kann die Klägerin keine Gewährleistungsrechte herleiten. 41

Zu diesem Punkt ergibt sich aus dem eigenen Vortrag der Klägerin in der Berufungsbegründung, dass die Innenräume objektiv 88,76 qm groß sein sollen, wozu eine Terrasse mit brutto 21,77 qm komme. Angesichts dieser Werte war die aus der Exposéangabe folgende Beschaffenheitserwartung (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 i. V. m. S. 3 BGB) schon objektiv nicht unzutreffend, wenn man die Obergrenze der Anrechnung von Terrassenflächen zugrundelegt, die sowohl nach § 44 Abs. 2 a. F. der II. Berechnungsverordnung als auch nach § 4 Nr. 4 Wohnflächenverordnung 50 % der tatsächlichen Grundfläche beträgt. Dann ergibt sich nämlich eine Gesamtwohnfläche von 99,645 qm, d. h. auf ganze qm gerundet 100 qm. 42

Soweit nach beiden Vorschriften auch eine geringere Anrechnung der Terrassenfläche mit 25 % in Betracht kommt bzw. nach der Wohnflächenverordnung die hälftige Anrechnung eine besondere Qualität der Terrasse voraussetzt, ist den Beklagten zumindest nicht zu widerlegen, dass sie subjektiv die hälftige Anrechnung für zutreffend bzw. die qualitativen Voraussetzungen hierfür – gerade angesichts der Hochwertigkeit des vorliegenden Objektes – als erfüllt angesehen haben. Damit würde es an einem arglistigen Verschweigen der objektiv gegebenen Abweichung von der zu erwartenden Beschaffenheit fehlen. Ohne die Feststellung von Arglist kommt aber auch hier keine Haftung der Beklagten in Betracht, weil die Exposéangaben, wie oben (1 a, b) ausgeführt, nicht zu vertraglichen Beschaffenheitsgarantien oder auch nur Beschaffenheitsvereinbarungen führen. 43

Gleiches gilt, soweit die Exposés auch Wohnflächenangaben für einzelne Räume enthalten und diese Angaben teilweise von den klägerseits behaupteten Istgrößen abweichen. Dass die Beklagten die Unrichtigkeit der dort veröffentlichten Größen gekannt oder im Sinne bedingten Vorsatzes für möglich gehalten hätten, ist nicht feststellbar. Hinzu kommt, dass es bezüglich der Einzelräume angesichts der konkreten Umstände auch an einer Offenbarungspflicht fehlte. Diese setzt nämlich voraus, dass der Käufer sich nicht selbst bei einer üblichen Besichtigung des Kaufgegenstandes über das betreffende Merkmal informieren kann. Grundsätzlich gehört es zwar nicht zu einer üblichen Besichtigung einer Immobilie, einen Zollstock mit sich zu führen und mit diesem die Einzelräume auszumessen. Hier war es hingegen nach eigener Angabe der Klägerin vor dem Landgericht (S. 2 des Protokolls vom 1.2.2008) so, dass sie bei einem Besichtigungstermin zumindest eine Wand abgemessen hat. Sie hatte also ein entsprechendes Messwerkzeug dabei und hätte folglich weitere sie interessierende Messungen in den Einzelräumen, die ihr wichtig erschienen, vornehmen können. Das für die Bejahung von Arglist erforderliche Informationsgefälle zwischen Käufer und Verkäufer war demnach nicht vorhanden. 44

3. 45

46

Bezüglich der Fassadendämmung ist den zutreffenden Ausführungen in dem angefochtenen Urteil zu folgen. Die neue Behauptung in der Berufungsbegründung, dass die vorgelegte Rechnung nicht einmal mit einer kompletten Dämmung der gartenseitigen Fassade in Einklang bringen lasse, d. h. diese Fassadenfläche größer sei als ca. 65 qm, ist gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht mehr zuzulassen.	
4.	47
Schließlich hat das Landgericht auch eine Haftung der Beklagten für den Feuchtigkeitsschaden mit im wesentlichen richtiger Begründung verneint.	48
a)	49
Bei dem Feuchtigkeitsschaden an der Außenwand im Bereich der Wohnung Dr. L handelt es sich um einen offenbarungspflichtigen Mangel des Gemeinschaftseigentumes und damit auch des der Klägerin verkauften Wohnungseigentumes. Auf den vertraglichen Gewährleistungsausschluss können sich die Beklagten bei diesem Mangel gemäß § 444 BGB nicht berufen. Indem sie ihn der Klägerin vor dem Vertragsschluss nicht mitteilten, sondern ihr im Gegenteil u. a. das Eigentümerversammlungsprotokoll vom 14.9.2005 mit dem handschriftlichen Vermerk " <i>erledigt</i> " überließen, obwohl sie aus neueren, der Klägerin nicht überlassenen Protokollen von dem Fortbestand des Mangels wussten, haben sie ihn ihr nämlich arglistig verschwiegen.	50
b)	51
Aufgrund des arglistigen Verhaltens der Beklagten wäre es der Klägerin nicht zuzumuten (§ 440 S. 1 a. E. BGB) gewesen, ihnen vor einem Übergang zu weitergehenden Gewährleistungsrechten wie insbesondere dem Rücktritt gemäß § 437 Nr. 2 BGB eine Nacherfüllungsfrist (§ 323 Abs. 1 BGB) zu setzen und den fruchtlosen Fristablauf abzuwarten (vgl. BGH NJW 2008, 1371 [8. ZS]; 2007, 835 [5. ZS]).	52
c)	53
Da sie den Beklagten aber trotzdem mit Anwaltsschreiben vom 14.8.2007 eine solche Nacherfüllungsgelegenheit eingeräumt hat und die Beklagten innerhalb der dazu gesetzten Frist darauf in angemessener Weise reagiert haben, musste sie sich redlicherweise daran festhalten lassen und konnte sich daher nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht ohne weitere Umstände doch auf ein Rücktrittsrecht berufen.	54
aa) Auch wenn die Klägerin den Beklagten die Nacherfüllungsfrist gesetzt hat, ohne rechtlich hierzu verpflichtet zu sein, hat sie ihnen damit gleichwohl verbindlich die Gelegenheit eingeräumt, das an sich bereits verwirkte Rücktrittsrecht doch noch abzuwenden. Ihnen diese Gelegenheit einseitig wieder zu entziehen, würde ein treuwidriges und daher unzulässiges widersprüchliches Verhalten bedeuten.	55
bb) Eine andere Beurteilung ergibt sich entgegen der Auffassung der Klägerin auch nicht daraus, dass die Beklagten innerhalb der eingeräumten Frist die verlangte Nacherfüllung nicht tatsächlich vorgenommen, sondern nur die Erstattung der Mängelbeseitigungskosten zugesagt und ihre Bereitschaft zu einer Sicherheitsleistung bekundet haben.	56
Dabei bedarf es keiner Vertiefung der Frage, ob eine Mängelbeseitigung in natura den Beklagten innerhalb der gesetzten Frist oder sogar gänzlich unmöglich gewesen wäre, oder ob die theoretische Möglichkeit zu berücksichtigen ist, die	57

Wohnungseigentümergeinschaft, der sie gar nicht mehr selbst angehörten, mit welchen Mitteln auch immer zu einer eiligen Zustimmung zu einer eiligen Mängelbeseitigung zu bewegen.

Denn jedenfalls konnte die Klägerin in der konkret gegebenen Situation von den Beklagten ein solches Vorgehen redlicherweise auch unter Berücksichtigung des Umstandes nicht verlangen, dass Nacherfüllung im Rechtssinne nur die tatsächliche Beseitigung des Mangels ist. Innerhalb der Wohnungseigentümergeinschaft war nämlich bereits in wiederholten Eigentümerversammlungen mit sachverständiger Beratung ein Vorgehen zur Mängelbeseitigung abgestimmt worden. Dabei war in der Versammlung vom 23.4.2007 eine konkrete Inangriffnahme der Sanierung beschlossen worden. Ausweislich des Versammlungsprotokolls hatte sich die Klägerin mit ihren 90,694/1000 Miteigentumsanteilen bei der Abstimmung enthalten, d. h. sie hatte den Sanierungsmaßnahmen nicht ausdrücklich zugestimmt, war ihnen aber auch nicht entgegengetreten. Zumindest wusste sie von der bevorstehenden Vorgehensweise. Wenn sie daher mit der kurze Zeit später von den Beklagten geforderten "Nacherfüllung" tatsächlich gemeint hätte, dass die Beklagten dieses bereits abgestimmte und fachlich begleitete Vorgehen hätten "über den Haufen werfen" und eine vollständige Sanierung innerhalb von drei Wochen hätten herbeiführen sollen, so hätte auch dies ein widersprüchliches Verhalten dargestellt. Zumindest hätte sie es in der Nacherfüllungsaufforderung deutlich zum Ausdruck bringen müssen, dass sie von den Beklagten ein von den gefassten Eigentümerbeschlüssen abweichendes eigenes Sanierungsbemühen erwartete. Ohne eine solche Klarstellung muss sie es daher wie eine Nacherfüllung gegen sich gelten lassen, dass die Beklagten ihr vorbehaltlos das in der gegebenen Situation Sinnvolle zusagten, nämlich eine Kostenerstattung mit der zusätzlichen Bereitschaft zur Sicherheitsleistung.

58

d)

59

Ob eine Durchsetzung des Rückabwicklungsbegehrens darüber hinaus auch deshalb nicht mehr in Betracht käme, weil der Mangel inzwischen – wenn auch erst nach der Rücktrittserklärung, aber nicht gegen den Willen der Klägerin – beseitigt ist, kann nach allem dahingestellt bleiben.

60

Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Der Senat hat die Revision zugelassen, weil seit den Entscheidungen des BGH, die eine Nacherfüllungsaufforderung bei Arglist des Verkäufers für grundsätzlich entbehrlich erklärt haben (NJW 2008, 1371; 2007, 835), noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung zu der Frage ergangen ist, ob der Käufer sich an einer dennoch erklärten Nacherfüllungsaufforderung festhalten lassen muss.

61