
Datum: 02.04.2004
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 19. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 19 U 214/02
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2004:0402.19U214.02.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 21 O 22/01

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird unter Zurückweisung ihres weitergehenden Rechtsmittels das am 24.10.2002 verkündete Urteil der 21. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 21 O 22/01 – teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1.

Die Zwangsvollstreckung aus der vollstreckbaren Urkunde des Notars Dr. L, Urk.-Nr. ####/1999 vom 25.11.1999 ist in Höhe von 311.537,49 € unzulässig.

2.

Die Beklagten werden verurteilt, ihre Zustimmung zur Eintragung der Kläger als Eigentümer im Grundbuch des Amtsgerichts Köln bezüglich der Miteigentumsanteile gemäß Urkunde des Notars Dr. L, Urk.-Nr. ####/1999 vom 25.11.1999 Zug um Zug gegen Zahlung

eines Betrages von 2.395,73 € zu erteilen.

3.

Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Kläger 1.067,58 € nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 17.01.2001 zu zahlen.

4.

Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

5.

Die Kosten des Rechtsstreits in der 1. Instanz tragen die Beklagten zu 90%

und die Kläger zu 10 %, die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die

Beklagten zu 94 % und die Kläger zu 6 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Beide Parteien dürfen die Zwangsvollstreckung aus diesem Urteil

hinsichtlich der Ziffer 3) und 5) durch Leistung einer Sicherheit

in Höhe von 120 % des jeweils gegen sie vollstreckbaren Betrages abwenden, falls nicht die andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit

in Höhe von 125 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages

leistet. Hinsichtlich der Ziffer 2) dieses Urteils dürfen die Beklagten

die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von

315.000,00 € abwenden, falls nicht die Kläger vor der Vollstreckung

Sicherheit in gleicher Höhe leisten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Die Parteien schlossen unter dem 25.11.1999 vor dem Notar Dr. H F. L einen Kaufvertrag (Urk.-Nr.: ####/1999) über eine Eigentumswohnung im Erdgeschoss und einen Hobbyraum im Kellergeschoss des Hauses X-Straße 2 a in xxxx L. In § 6 des Kaufvertrages verpflichteten sich die Beklagten als Verkäufer, das verkaufte Wohnungs-/Teileigentum und die im Gemeinschaftseigentum stehenden Gebäudeteile gemäß der Baubeschreibung und den Bauplänen zu errichten und versicherten, dass bereits erbrachte Bauleistungen den in der Baubeschreibung und den Bauplänen beschriebenen Leistungen entsprechen. Die Baubeschreibungen zum Bauantrag vom 22.03.1999 und zum Bauantrag vom 26.05.1999 (Bl. 35-42 d. GA) wurden als Anlagen zum Kaufvertrag genommen. In § 4 des Vertrages unterwarfen sich die Kläger in Höhe des Kaufpreises von 313.933,22 € (614.000,00 DM) nebst 10 % Zinsen hieraus ab dem 31.03.2000 der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Vertragsurkunde.

In der Folgezeit zogen die Kläger in das Objekt ein und zahlten auf den Kaufpreis einen Betrag von 262.804,03 € (514.000,00 DM). Einen Kaufpreisanteil in Höhe von 51.129,19 € (100.000,00 DM) behielten die Kläger im Hinblick auf von ihnen behauptete Mängel und noch zu erledigende Restarbeiten ein. Unter dem 06.06.2000 fand ein formeller Abnahmetermin in Gegenwart der Parteien und der damaligen Bevollmächtigten beider Parteien statt. Im Rahmen dieses Abnahmetermins konnte keine Einigung bezüglich der von den Kläger behaupteten Mängel und einer Erforderlichkeit von Restarbeiten erzielt werden. Daraufhin wurde eine von beiden Bevollmächtigten der Parteien unterzeichnete Niederschrift der Begehung angefertigt, der eine umfangreiche Liste der behaupteten Mängel beigelegt war und in welcher sich beide Parteien zur Klärung durch einen Sachverständigen bereit erklärten.

Unter dem 07.08.2000 veranlassten die Beklagten die Zustellung einer vollstreckbaren Ausfertigung der notariellen Urkunde. Daraufhin fand am 31.08.2000 ein Telefonat zwischen den Bevollmächtigten beider Parteien statt, in welchem diese vereinbarten, dass eine Vollstreckung zunächst unterbleiben sollte. Weiterhin wurde vereinbart, dass die Kläger den hälftigen Betrag des Restkaufpreises, nämlich 25.564,59 € (50.000,00 DM) unmittelbar an die Beklagten überweisen sollten und der Restbetrag in Höhe von 25.564,59 € auf einem Anderkonto hinterlegt werden sollte. Der hälftige Restkaufpreis in Höhe von 25.564,39 € wurde von den Klägern an die Beklagten gezahlt. Eine Hinterlegung des noch offenen Restkaufpreises unterblieb, weil sich die Parteien nicht darüber einigen konnten, ob der Betrag auf eines der beiden Anderkonten der Bevollmächtigten oder ein Notaranderkonto hinterlegt werden sollte.

Am 28.12.2000 beantragten die Beklagten die Pfändung der Konten der Kläger bei der C Bank e.G., Konto-Nr. #####1. Zur Abwendung der Zwangsvollstreckung erbrachten die Kläger daraufhin gemäß einstweiliger Verfügung vom 12.01.2001 eine Sicherheitsleistung durch Bankbürgschaft der M Bank eG vom 18.01.2001 in Höhe von 60.000,00 DM.

Am 04.12.2000 führte der von den Parteien zwischenzeitlich beauftragte Sachverständige I im Haus X-Straße 2 a Schallmessungen durch und besichtigte einige der gerügten Mängel. Nach einer weiteren Begutachtung erstellte der Sachverständige unter dem 02.07.2001 ein Gutachten, wonach die Beklagten zu Sanierungs- und Restarbeiten sowie zur Beseitigung von Mängeln verpflichtet sein sollten. Wegen der Einzelheiten wird auf das zu den Akten gereichte Gutachten Bezug genommen (Bl. 144-181 d.A.). Weiterhin sollte den Klägern ein Minderungsrecht für nicht mehr zu beseitigende Mängel zustehen. Die in dem Gutachten des Sachverständigen I hierfür ausgewiesenen Kosten in Höhe von 10.438,53 € wurden von den

Beklagten bis auf eine Wertminderung in Höhe von 5.693,74 € wegen nicht vertragsgemäß erstellter Zwischenwände anerkannt.

Ohne Absprache mit den Beklagten beauftragten die Kläger den Sachverständigen T mit der Erstellung eines weiteren Gutachtens, das dieser unter dem 17.08.2001 erstellte. Wegen des Inhaltes des Gutachtens wird auf die zu den Akten gereichte Ausfertigung Bezug genommen (Bl. 125-143 d.A.).

Abweichend von der Baubeschreibung wurden in der Wohnung der Kläger als Zwischenwände Gipsdielen eingebaut, welche einen geringeren Schallschutz bieten als die in der Baubeschreibung vorgesehenen Kalksandsteinwände. Weiterhin steht den Klägern nicht der in der Teilungserklärung ausgewiesene Kellerraum zur Verfügung und die Größe des Hobbyraumes entspricht nicht den Angaben im Kaufvertrag.

Mit der von ihnen erhobenen Klage haben die Kläger behauptet, dass das von ihnen erworbene Objekt mangelhaft sei und die Beklagten ihre Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag nicht erfüllt hätten. Sie haben die Ansicht vertreten, dass eine Zwangsvollstreckung wegen des von ihnen zurückbehaltenen Restkaufpreises unzulässig sei, da ihnen ein Minderungsrecht in einer den Restkaufpreis übersteigenden Höhe zustünde. Wegen der Einzelheiten der von den Klägern geltend gemachten Minderungsansprüche von insgesamt 43.313,18 € wird auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils Bezug genommen .

Weiterhin haben die Kläger die Erstattung der ihnen durch die Einholung des Gutachtens des Sachverständigen T entstandenen Kosten in Höhe von 1.067,58 € sowie die Erstattung der durch die Bankbürgschaft bei der M Bank eG angefallenen Kosten in Höhe von 1.321,69 €, insgesamt 2.389,27 €, begehrt.

Die Kläger haben beantragt,

1. die Zwangsvollstreckung aus der vollstreckbaren Urkunde,

Notar Dr. L, Urk.-Nr.: ####/1999 vom

25.11.1999 für unzulässig zu erklären,

2. festzustellen, dass die Kläger berechtigt sind, einen Betrag von

25.564,59 € einzubehalten,

3. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die

Kläger 15.748,59 € nebst 5 % Zinsen über dem Basiszins-

satz seit Rechtshängigkeit (17.01.2001) zu zahlen,

4. die Beklagten zu verurteilen, ihre Zustimmung zur Eintragung

der Kläger als Eigentümer im Grundbuch des Amtsgerichts

Köln bezüglich der Miteigentumsanteile gemäß Urkunde des

Notars Dr. L, Urk.-Nr.: ####/1999 vom 25.11.1999

zu erteilen,

5. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die 26
Kläger weitere 2.389,27 € nebst 5 % Zinsen über dem Basis- 27
zinssatz seit Rechtshängigkeit (17.01.2001) zu zahlen. 28

Die Beklagten haben die Abweisung der Klage beantragt und behauptet, dass das von ihnen 29
veräußerte Objekt mangelfrei sei. Wegen der Einzelheiten ihres Vorbringens wird auf den
Tatbestand des landgerichtlichen Urteils verwiesen.

Das Landgericht hat der Klage nach Einholung eines Gutachtens des Sachverständigen Dr. 30
Q und Erlass eines Teilanerkennnisurteils, durch welches die Beklagten verurteilt worden
sind, sämtliche Randentkopplungsfugen der im ersten Obergeschoss gelegenen Wohnung
frei zu legen, frei zu stemmen und anschließend dauerelastisch zu versiegeln, sowie den
Erfolg der durchgeführten Baumaßnahme durch bauakustische Kontrollmessung nachweisen
zu lassen, überwiegend stattgegeben. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, dass
die Zwangsvollstreckung aus der vertraglichen Zwangsvollstreckungsunterwerfung der Kläger
unzulässig sei, da den Klägern ein Anspruch auf Minderung des Kaufpreises in Höhe von
insgesamt 30.075,51 € zustehe, so dass nach Abzug dieses Minderungsbetrages vom
Gesamtkaufpreis in Höhe von 313.933,22 € kein Anspruch auf Zahlung eines
Restkaufpreises gegen die Kläger verbleibe. Die Kläger seien daher auch berechtigt, den von
ihnen noch nicht gezahlten Restkaufpreis in Höhe von 25.564,59 € einzubehalten und hätten
einen Anspruch auf Zustimmung zur Eintragung als Eigentümer im Grundbuch. Wegen der
einzelnen Minderungsansprüche und deren Höhe wird hiermit zur näheren Sachdarstellung
auf das landgerichtliche Urteil Bezug genommen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Berufung der Beklagten, mit der sie – bis auf einen 31
Betrag in Höhe von 1.779,30 € – ihren Klageabweisungsantrag weiter verfolgen.

Die Beklagten wiederholen und vertiefen ihr erstinstanzliches Vorbringen und machen 32
geltend, dass der Klageantrag zu 2) bereits unzulässig sei, da mit der Entscheidung über die
Vollstreckungsgegenklage bereits inzidenter festgestellt worden sei, dass ein
Zahlungsanspruch nicht bestehe. Das Landgericht sei auch unzutreffend von einem
unstreitigen Minderungsrecht in Höhe von 4.744,79 € ausgegangen. Es habe nämlich auch
die Kosten der Randentkopplungsmaßnahme berücksichtigt, obwohl insoweit bereits ein auf
Nachbesserung gerichtetes Teil-Anerkennnisurteil ergangen und die Vollstreckung
eingeleitet worden sei. In Bezug auf die Minderung für die Randentkopplung werde lediglich
ein Minderungsbetrag in Höhe von 1.779,30 € anerkannt und das Urteil insoweit auch nicht
angegriffen.

In Bezug auf die als Gipsdielenwände ausgeführte Zwischenwände der Wohnung könnten die 33
Kläger bereits deshalb keine Ansprüche herleiten, weil ihnen die geänderte Bauausführung
vor Vertragsschluss bekannt gewesen sei. Im September und Oktober 1999 habe der Kläger
zu 2) in der Wohnung noch diverse handwerkliche Arbeiten verrichtet, jedoch weder bei
Vertragsschluss im November 1999 noch zum Zeitpunkt des Einzuges den behaupteten
Mangel gerügt, so dass ein Minderungsanspruch auch verwirkt sei. In Bezug auf den
Hobbyraum liege eine zur Minderung berechtigende Flächenabweichung nicht vor.
Maßgeblich seien insoweit die Baupläne als Grundrisse. Diese hätten als Wohnfläche für den
Hobbyraum jedoch eine Fläche von 29,28 qm ausgewiesen, so dass keine über 1,5 %
hinausgehende Abweichung von der Grundfläche vorliege. In Bezug auf den nicht

vorhandenen Kellerraum hätte das Landgericht über die von den Beklagten unter Beweis gestellte Behauptung, dass die Zuweisung des Kellers vorläufig gewesen sei, Beweis erheben müssen. Auch habe das Landgericht unzutreffend einen Anspruch der Kläger auf Bereitstellung eines Fahrradstellplatzes in der Garage bejaht. Vielmehr sei in der den Kaufvertrag ergänzenden Baubeschreibung (Bl. 42 d. GA) ausgeführt: "Abstellplätze für Fahrräder in der Garage und im Keller", so dass die Beklagten ihre Verpflichtung aus dem Kaufvertrag auch durch Bereitstellung eines Fahrradstellplatzes im Keller hätten erfüllen können. Dieser Verpflichtung seien die Beklagten nachgekommen, indem die Kläger ihre Fahrräder im Vorraum des Kellers abstellen dürften. Schließlich habe das Landgericht zu Unrecht eine Erstattungspflicht der Beklagten für die Kosten des Privatgutachtens und der Bürgschaft angenommen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den vorgetragenen Inhalt der zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen sowie (§ 540 Abs. 1 ZPO) auf die Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung der Beklagten ist teilweise begründet.

1. Klageantrag zu 1):

Die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde ist in Höhe von 311.537,49 € unzulässig. Die Kläger haben auf den Gesamtkaufpreis in Höhe von 313.933,22 € insgesamt Zahlungen in Höhe von 288.368,63 € erbracht. Ein auf den verbleibenden Restkaufpreis in Höhe von 25.564,59 € anzurechnender Minderungsbetrag steht den Klägern entgegen den Feststellungen des Landgerichts lediglich in Höhe von 23.168,86 € zu. Von dem vom Landgericht zugrunde gelegten Minderungsbetrag in Höhe von 30.075,51 € sind nämlich die Positionen 2.091,65 € in Bezug auf den Hobbyraum und 4.815 € in Bezug auf die Fahrradabstellmöglichkeit in Abzug zu bringen (siehe unten c) und d)). Den Beklagten steht damit ein Anspruch auf Zahlung eines Restkaufpreises Höhe von 2.395,73 € aus § 433 Abs.2 BGB gegen die Kläger zu.

Zu den Minderungsansprüchen der Kläger gilt im Einzelnen folgendes:

a)

In Bezug auf die Randentkoppelungsmaßnahmen ist das Landgericht rechtsfehlerfrei von einem Minderungsrecht in Höhe von 4.744,79 € ausgegangen. In ihrem Schriftsatz vom 08.11.2001 (Bl. 185 d. GA) haben die Beklagten ausdrücklich alle Feststellungen und Werte im Sachverständigengutachten I, mit Ausnahme des Punktes 3.2.8. anerkannt und damit unstreitig gestellt. Soweit die Beklagten jetzt geltend machen, das Landgericht habe zu Unrecht auch die Kosten der Randentkoppelungsmaßnahme berücksichtigt, obwohl insoweit bereits ein auf Nachbesserung gerichtetes Teil-Anerkenntnisurteil ergangen und die Vollstreckung eingeleitet worden sei, greift dieser Einwand nicht durch. Grundsätzlich stehen gemäß § 634 Abs. 1 BGB a.F. Nachbesserung und Minderung in einem Stufenverhältnis, das vorliegend von den Klägern beachtet worden ist. Die Kläger haben die Beklagten zunächst erfolglos zur Nachbesserung aufgefordert. Die Vollstreckung des darauf gerichteten Titels in Form des Teil-Anerkenntnisurteils war aufgrund rechtlicher Unmöglichkeit der Nachbesserung nicht durchführbar (vgl. den Beschluss des Senats vom 03. Juli 2002, Bl. 368 ff. d. GA). Jedenfalls nach Erlass des Senatsbeschlusses vom 03.07.2002 konnten die Kläger zur Minderung übergehen und gemäß § 634 Abs. 1, 2 BGB a.F. auch ohne Fristsetzung

Minderung verlangen. In ihrem Schriftsatz vom 05.08.2002 haben die Kläger auch eindeutig erklärt, dass sie nunmehr von ihrem Minderungsrecht Gebrauch machen und diese Erklärung im Termin vom 28.03.2003 ausdrücklich wiederholt. Entgegen der Ansicht der Beklagten werden Nachbesserung und Minderung auch nicht parallel verlangt. Die Kläger haben nämlich im Termin vom 28.03.2003 zu Protokoll erklärt, dass sie aus dem Teil-Anerkenntnisurteil nicht weiter vollstrecken und das Urteil nach Rechtskraft oder anderweitigem Abschluss des Verfahrens an die Beklagten herausgeben werden.

Der Minderungsanspruch ist vom Sachverständigen I auch der Höhe nach richtig bemessen worden. Nach ständiger Rechtsprechung drückt sich der Minderwert eines Bauwerkes regelmäßig mindestens in dem Geldbetrag aus, der aufgewendet werden müsste, um die vorhandenen Mängel zu beseitigen (BGH NJW 1996, 3001 (3002); BGH NJW 1972, 821 f.). Der vom Sachverständigen I insoweit auf 5.000,00 DM geschätzte Betrag ist entgegen der Auffassung der Beklagten nicht weiter zu kürzen. Der Sachverständige hat nämlich gerade nicht festgestellt, dass nur das Schlafzimmer von der nicht hinreichenden Randentkopplung betroffen sei. Vielmehr wurden lediglich stichprobenartig die übereinander liegenden Schlafzimmer des Erdgeschosses und des ersten Obergeschosses zur Messung des Trittschalls ausgewählt und in den übrigen Räumen des ersten Obergeschosses keine Messungen durchgeführt (vgl. Bl. 171 d.GA). Da Randentkopplungsfugen jedoch zwischen dem schwimmenden Estrich und den aufgehenden Wänden nicht nur im Schlafzimmer, sondern in der gesamten Wohnung starr überbrückt worden sind, ist der Sachverständige zulässig davon ausgegangen, dass der Normtrittschallpegel in sämtlichen Räumen überschritten wird. 42

b) 43

Zu Recht und mit zutreffender Begründung hat das Landgericht den Klägern auch einen Minderungsanspruch in Höhe von 5.693,74 € wegen der anstelle von Kalksandsteinwänden eingebauten Gipsdielenwänden zuerkannt. 44

Ein Minderungsrecht der Kläger ist nicht gemäß § 640 Abs. 2 BGB ausgeschlossen. Grundsätzlich genügt im Rahmen des § 640 Abs. 2 BGB ein bloßes Kennenmüssen des Mangels nicht (vgl. nur Palandt/Sprau, BGB, 62. Aufl., § 640 Rdnr. 11). Insoweit kann offen bleiben, ob der Kläger zu 2) –wie von den Beklagten behauptet- im Rahmen der von ihm in den zwei Monaten vor Vertragsschluss in der Wohnung durchgeführten handwerklichen Arbeiten hätte erkennen können, dass es sich bei den Wänden um Gipsdielenwände handelte. 45

Soweit die Beklagten erstmals in Ihrer Berufungsbegründung behaupten, die Kläger hätten die veränderte Beschaffenheit der Wände nicht nur erkennen können, sondern auch tatsächlich erkannt, ist dies unerheblich. Daraus folgt nämlich nicht, dass die Kläger die abweichende Bauausführung auch gebilligt bzw. genehmigt hätten. Dies wäre allenfalls dann der Fall, wenn die Kläger gewusst hätten, dass die gewählte Ausführung einen geringeren Schallschutz bot. Für eine solche Kenntnis fehlen jedoch Anhaltspunkte. Von einer stillschweigenden oder konkludenten Genehmigung einer geringwertigeren Bauausführung kann aber nur dann ausgegangen werden, wenn der Berechtigte die Genehmigungsbedürftigkeit kennt. Dafür haben die Beklagten jedoch nichts vorgetragen. 46

Die Kläger haben ihr Gewährleistungsrecht auch nicht verwirkt. Dies wäre nur dann der Fall, wenn die Beklagten sich aufgrund des Verhaltens der Kläger hätten darauf einrichten dürfen, dass die Kläger ihre Rechte nicht mehr geltend machen würden (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 61. Aufl., § 242 Rdnr. 95). Allein der Umstand, dass die Kläger Minderungsrechte wegen der 47

Beschaffenheit der Wände erst rund 1 ½ Jahre nach Ihrem Einzug geltend gemacht haben, reicht hierfür angesichts der 5-jährigen Verjährungsfrist des § 638 BGB a.F. nicht aus, zumal gerade nicht feststeht, dass den Klägern der Mangel (geringerer Schallschutz) vor Erhalt des Sachverständigengutachten I bekannt war.

Soweit die Beklagten erstmals in ihrer Berufungsbegründung vorgetragen haben, dass der Sachverständige I bei seiner Berechnung des Minderwertes falsche Flächenmaße zugrunde gelegt habe, beruht dieses Vorbringen auf reiner Spekulation. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass der Sachverständige von einer Gesamtfläche der Gipsdielenwände von 118,75 qm statt 32,21 qm ausgegangen ist. Die Beklagten errechnen den Wert von 118,75 qm aus der vom Sachverständigen angegebenen Kostendifferenz von 60- 80 DM pro qm. Diese Kostenersparnis hat jedoch mit dem Minderwert aufgrund geringerer Schalldämmung, für den der Sachverständige einen Betrag von 9500 DM (5693,74 €) angesetzt hat, nichts zu tun. 48

c) 49

In Bezug auf einen Minderungsanspruch der Kläger wegen des zu kleinen Hobbyraumes ist die Berufung teilweise, und zwar in Höhe von 2091,65 €, erfolgreich. 50

Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass der 29,09 qm große Hobbyraum eine geringere Grundfläche als im Vertrag vorgesehen aufweist und sich die Minderung nach dem Quadratmeterpreis errechnet, der sich aus der vertraglich vorgesehenen Gesamtwohnfläche und dem vereinbarten Gesamtpreis für das erworbene Objekt ergibt. 51

Bei der Berechnung der Minderung ist jedoch nicht von einer vereinbarten Fläche des Hobbyraumes von 33 qm, sondern lediglich von einer vereinbarten Fläche von 32 qm auszugehen. Dies wird vom Sachverständigen auf Seite 12 f. seines Gutachtens (Bl. 272 f. d. GA) ausgeführt und entspricht auch den vor Vertragsschluss durch das Ingenieurbüro U & G ausgewiesenen Tausendstelanteilen für das Objekt, in welcher der Hobbyraum mit 94,309/1000 Anteile angegeben wird, was rechnerisch nicht zu den errechneten 33, sondern lediglich zu 32 qm führt. Da die ermittelten Tausendstelanteile sowohl in die Teilungserklärung aufgenommen worden sind als auch mit den Grundbucheintragungen übereinstimmen, handelt es sich bei dem Wert von 33 qm um einen Schreib- bzw. Rechenfehler. Bei Zugrundelegen eines Wertes von 32 qm ergibt sich ein Anspruch der Kläger auf Minderung in Höhe von 6.086,68 € (2,91 qm Differenz zwischen Ist- und Sollgröße x 2.091,16 € pro Quadratmeter (4.090,90 DM) = 6.086,68 €. 52

Soweit die Beklagten mit ihrer Berufung vortragen, die Größe des Hobbyraumes sei lediglich mit 29,28 qm vereinbart gewesen und auf eine qm-Angabe im Aufteilungsplan verweisen (Bl. 323 d. GA), greift dieser Einwand nicht durch. Maßgeblich sind insoweit allein die maßstabsgerechten Zeichnungen und die Wohnflächenberechnungen (Bl. 321, 326 d. GA), aus denen sich bei Berechnung der Tausendstelanteile die Fläche von 32 qm ergibt. 53

e) 54

Ebenfalls zutreffend hat das Landgericht den Klägern weiter einen Minderungsanspruch wegen des nicht vorhandenen Kellerraums in Höhe von 5.561,33 € zuerkannt. 55

Soweit die Beklagten behaupten, bei dem Kellerraum habe es sich lediglich um eine Übergangslösung bis zur Fertigstellung eines weiteren Gebäudes gehandelt, in welchem die Kläger dann einen Kellerraum erhalten sollten, ist vom Landgericht über diese Behauptung zu Recht kein Beweis erhoben worden. Gegen diese Behauptung spricht nämlich der eindeutige 56

Wortlaut des Kaufvertrages sowie des Aufteilungsplanes und der Abgeschlossenheitsbescheinigung. In dem zu den Akten gereichten Aufteilungsplan (Bl. 321 d. GA), auf den in § 1 des Kaufvertrages bezüglich der Lage des Kellerraumes ausdrücklich verwiesen wird, ist der Kellerraum der Kläger – ebenso wie der Hobbyraum – farblich markiert, mit dem Namen der Kläger bezeichnet und einer qm-Angabe versehen. Ein von den Beklagten behauptetes, in ihrem Ermessen liegendes einseitiges Änderungsrecht lässt sich hiermit nicht vereinbaren. Unter Ziffer IV. des Kaufvertrages haben sich die Beklagten auch lediglich das Recht vorbehalten, die Teilungserklärung sowie den Aufteilungsplan zu ändern, soweit das Sondereigentum hierdurch nicht betroffen wird. Auch hieraus ergibt sich, dass die Vereinbarungen zum Kellerraum gerade keine provisorische Lösung darstellen sollten. Selbst wenn - wie von den Beklagten behauptet- anlässlich des Notartermins über eine mögliche andere spätere Kellerraumlösung gesprochen worden ist, läge hierin lediglich die Erklärung der Kläger, sich einer anderen zukünftigen Lösung nicht zu verschließen. Eine rechtsverbindliche Änderung oder Ergänzung der Kaufvertrages, die nach § 313 BGB a.F. formbedürftig wäre, ist nämlich gerade nicht erfolgt.

Die Höhe des Minderungsanspruches ist vom Landgericht auch zutreffend berechnet worden. 57
Da der vertraglich geschuldete Kellerraum den Klägern unstreitig auch in Zukunft nicht zur Verfügung gestellt werden wird, erleiden die Kläger insoweit einen dauernden Nutzungsverlust, so dass bei der Berechnung der Minderungssumme zutreffend die gewöhnliche Gesamtnutzungsdauer des Hauses zugrunde gelegt worden ist. Unter Berücksichtigung der Feststellungen des Sachverständigen Q ergibt sich damit bei einer Minderung von 207,90 € pro Jahr und einem Vervielfältiger für eine Nutzungsdauer von 80 Jahren von 26,75 eine Summe von 5.561,33 €.

f) 58

Weiterhin steht den Klägern wegen des erst Ende August 2002 erfolgten Rückbaus des angrenzenden Bürogebäudes eine Minderung des Kaufpreises in Höhe von 1.082,32 € zu. 59
Der Abriss von Teilen des Bürogebäudes wegen der Überdeckung von Abstandsflächen ist unter Nr.5 der Baubeschreibung zum Bauantrag vom 26.05.1999 ausdrücklich vorgesehen. Da der Kaufvertrag uneingeschränkt auf die Baubeschreibung Bezug nimmt, gehörte der Abriss zu den Leistungen, die von den Beklagten zur Erfüllung des Vertrages zu erbringen waren. Da dies erst im August 2002 geschehen ist, ergab sich aufgrund der nicht eingehaltenen Abstandsflächen bis zu diesem Zeitpunkt im Wohnraum/Essen/Küche der Wohnung der Kläger ein verminderter Licht- und Sonneneinfall, der eine – durch Minderung auszugleichende – Beeinträchtigung des Wohnwertes darstellt. Soweit die Beklagten in ihrer Berufungsbegründung auf die Rechtsprechung des Großen Senates des Bundesgerichtshofes (BGHZ 98, 212 ff.) Bezug nehmen, ist die dortige Fallgestaltung mit der Vorliegenden nicht vergleichbar: Die Grundsätze der Nutzungsausfallentschädigung wurden im dortigen Fall nämlich ausschließlich für eine Konstellation entwickelt, in der aufgrund eines deliktischen Eingriffes ein vom Eigentümer selbst genutztes Haus vorübergehend nicht bewohnbar war, ohne dass dadurch zusätzliche Kosten entstanden, so dass nach der am Vermögensbestand ausgerichteten Differenzmethode gerade kein Vermögensschaden gegeben war (vgl. BGHZ 98, 212,217). Vorliegend steht den Klägern jedoch ein vertraglicher Minderungsanspruch aufgrund einer in Geld auszugleichenden Beeinträchtigung des Wohnwertes ihrer Wohnung zu.

Bei einer Dauer der Beeinträchtigung von 2,5 Jahren ab dem 01.03.2000 ergibt sich damit 60
der vom Landgericht zuerkannte Minderungsbetrag in Höhe von 1.082,32 € (460,56 € Wertminderung pro Jahr x 2,35 Vervielfältiger für eine Dauer von 2,5 Jahren).

g)	61
In Bezug auf die fehlenden Fahrradabstellmöglichkeit hat die Berufung der Beklagten Erfolg. Zu Unrecht ist das Landgericht insoweit davon ausgegangen, dass von den Beklagten ein Fahrradabstellplatz in der Garage geschuldet gewesen sei. Zwar ist in der Baubeschreibung zum Bauantrag vom 22.03.1999, auf den im Kaufvertrag Bezug genommen worden ist, ausgeführt, dass Abstellplätze für Fahrräder in der vorhandenen Garage geschaffen würden (Bl. 38 d. GA). In der Baubeschreibung zum Bauantrag vom 26.05.1999 (Bl. 42 d. GA), auf die ebenfalls im Kaufvertrag Bezug genommen worden ist, ist jedoch ausgeführt, dass Abstellplätze für Fahrräder in der Garage und im Keller des vorhandenen Wohnhauses geschaffen würden. Da in dem zwischen den Parteien geschlossenen notariellen Kaufvertrag auf beide Baubeschreibungen Bezug genommen worden ist, konnten die Kläger gemäß § 133, 157 BGB a.F. nicht davon ausgehen, dass die Beklagten den Klägern das Unterstellen in der Garage gestatten würden. Die Baubeschreibung hat ursprünglich lediglich der Beantragung einer Baugenehmigung gedient und die Beklagten wollten mit den Angaben ersichtlich ihrer sich aus § 51 BauO NRW ergebenden Verpflichtung, Abstellplätze für Fahrräder zu schaffen, nachkommen. Da die Beklagten nach ihrem Vortrag die den Klägern veräußerte Wohnung ursprünglich selbst nutzen wollten, lag es insoweit nahe, auch die Garage als Fahrradabstellplatz anzugeben. Aufgrund der Angaben in der zweiten Baubeschreibung (Bl. 42 d. GA) waren die Beklagten daher lediglich verpflichtet, Fahrradabstellplätze im Keller des Hauses zur Verfügung zu stellen.	62
Diese Verpflichtung haben die Beklagten erfüllt. Sie haben vorgetragen, dass die Kläger ihre Fahrräder im Vorraum vor dem Keller abstellen könnten und dass dies von der einzigen weiteren Miteigentümerin F1 gestattet werde. Die Beklagten haben den Klägern damit – wie vertraglich geschuldet - die Möglichkeit eingeräumt, ihre Fahrräder im Gemeinschaftseigentum abzustellen. Soweit die Kläger in ihrer Berufungserwiderung vom 28.02.2003 pauschal bestritten haben, dass eine Fahrradabstellmöglichkeit im Keller vorhanden sei, ist dies unbeachtlich: Die Kläger haben nämlich nicht vorgetragen, dass sie erfolglos versucht hätten, ihre Fahrräder im Vorraum vor dem Keller abzustellen oder dass ihnen eine solche Abstellmöglichkeit verwehrt worden sei.	63
Klageantrag zu 2)	64
In Bezug auf den vom Landgericht zuerkannten Feststellungsanspruch hat die Berufung der Beklagten Erfolg. Die von den Klägern neben ihrer Vollstreckungsgegenklage erhobene Feststellungsklage ist unzulässig.	65
Zwar beseitigt die Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO grundsätzlich lediglich die Vollsteckbarkeit eines Titels, führt also nicht zu einer rechtskraftfähigen Bejahung oder Verneinung des titulierten materiell-rechtlichen Anspruchs (BGH MDR 1985, 138; Münch.Komm.ZPO, § 767 Rn.96; Zöller/Herget, ZPO, 3. Aufl., §767 Rn,5). Auch die Entscheidung über das Bestehen einer materiellrechtlichen Einwendung erwächst daher nicht in Rechtskraft, so dass grundsätzlich eine auf Feststellung des Bestehens eines solchen Anspruchs gerichtete Klage neben der Vollstreckungsgegenklage erhoben werden kann (BGH MDR 1985,138; BGH WM 1989, 1514,1516; Wieczorek/Schütze, ZPO, 3.Aufl., § 767 Rn 5).	66
Dies ist jedoch dann nicht der Fall, wenn eine Vollstreckungsgegenklage mit einer Aufrechnung gegen den titulierten Anspruch begründet wird: Vorliegend haben die Kläger im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage gegen den titulierten Restkaufpreis mit von ihnen geltend gemachten Minderungsansprüchen aufgerechnet. Begründet aber der Kläger eine	67

Vollstreckungsgegenklage mit einer Aufrechnung gegen den titulierten Anspruch, erstreckt sich die materielle Rechtskraft gemäß § 322 Abs. 2 ZPO auch auf die Zu- oder Aberkennung der geltend gemachten Aufrechnungsforderung (BGHZ 48, 357, 359; Münch.Komm.ZPO, § 322 Rn. 187; Schuschke/ Walker, ZPO, 2. Aufl.; §767 Rn.40). Gemäß § 322 Abs.2 ZPO sollen zwei Forderungen, die von einer Aufrechnung (wenn sie begründet ist) notwendig gemeinsam gestaltet werden, auch hinsichtlich der materiellen Rechtskraft nicht verschieden behandelt werden. Dieser Gesetzeszweck trifft bei der Aufrechnung des Klägers einer Vollstreckungsgegenklage in gleicher Weise zu wie bei der Aufrechnung eines Beklagten im Rechtsstreit (BGHZ 48, 357, 360). Das der Klage stattgebende Urteil enthält dann die der Rechtskraft fähige Feststellung über die Zuerkennung der geltend gemachten Aufrechnungsforderung (BGHZ 48, 357,360; Schuschke/Walker; a.a.O., § 767 Rn.40). Wird aber bereits im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage rechtskräftig über die zur Aufrechnung gestellte Forderung entschieden, besteht für eine auf das Bestehen des zur Aufrechnung gestellten Anspruchs gerichtete Feststellungsklage kein Feststellungsinteresse.

Klageantrag zu 3)

68

In Bezug auf den den Klägern vom Landgericht weiter zuerkannten Zahlungsanspruch in Höhe von 4.510,92 € hat die Berufung ebenfalls Erfolg. Entgegen den Feststellungen des Landgerichts steht den Klägern ein Minderungsanspruch lediglich in Höhe von 23.168,86 € zu. Damit ergibt sich kein Rückzahlungsanspruch der Kläger, da die Gesamtsumme der Minderungsansprüche den von den Klägern einbehaltenen Betrag in Höhe von 25.564,59 € nicht übersteigt.

69

Klageantrag zu 4):

70

Den Klägern weiter ein Anspruch auf Zustimmung zur Eintragung als Eigentümer in das Grundbuch aus dem Kaufvertrag des Notars Dr. L, Urk.-Nr.: ####/1999 vom 25.11.1999 Zug um Zug gegen Zahlung des Restkaufpreises in Höhe von 2.395,73 € zu. Die Beklagten haben sich durch den notariellen Vertrag zur Eigentumsverschaffung verpflichtet. Da die Kläger unter Anrechnung der in Abzug zu bringenden Minderungsbeträge den ihnen obliegenden Teil der vertraglichen Verpflichtungen durch Zahlung des Kaufpreises jedoch lediglich in Höhe von 311.537,49 € erfüllt haben, steht den Beklagten wegen des noch offenen Restkaufpreises ein Zurückbehaltungsrecht zu, einen Anspruch auf Zustimmung zur Eintragung als Eigentümer haben die Kläger daher lediglich Zug um Zug gegen Zahlung des Restkaufpreises.

71

Klageantrag zu 5):

72

Zu Recht hat das Landgericht angenommen, dass den Klägern wegen der Kosten für das Gutachten des Sachverständigen T ein Erstattungsanspruch in Höhe von 1.067,58 € zusteht. Grundsätzlich sind die Kosten eines vor- oder während eines Rechtsstreits eingeholten Privatgutachtens dann erstattungsfähig, wenn das Gutachten zur Durchsetzung des mit der Klage verfolgten Anspruchs erforderlich war (OLG Stuttgart, NJW-RR 1996, 255). Die Kosten eines solchen Privatgutachtens über Mängel sind dann als Mangelfolgeschaden zu betrachten, die eine Haftung nach § 635 BGB auslösen (Palandt/Sprau, BGB, 61. Aufl., Vorb v § 633 Rdnr. 24). Durch die Einschaltung und die Ausführung des Gutachters T waren die Kläger erst in der Lage, eine Grundlage für ihr weiteres Vorbringen zu schaffen. Ohne Einschaltung des Gutachters wäre es ihnen nicht möglich gewesen, die Klageanträge zu beziffern und die Höhe der Kaufpreisminderung realistisch zu bewerten. Vielmehr wären sie genötigt gewesen, pauschale Angaben zu machen und ohne sachverständige Hilfe zu einem Vortrag in Bezug auf die einzelnen Minderungsgründe nicht in der Lage gewesen.

73

Mit Erfolg wenden sich die Beklagten jedoch gegen das landgerichtliche Urteil, als das Landgericht auch die Kosten für die Bürgschaft in Höhe von 1.321,69 € für erstattungsfähig gehalten hat. Bei den Auslagen der Kläger für die Bankbürgschaft handelt es sich um Kosten des Rechtsstreits im Sinne der §§ 91 ff. ZPO. Grundsätzlich können mit einer Bankbürgschaft verbundene Kosten nicht im Rahmen eines Schadensersatzanspruches verfolgt werden. Weder ist § 717 Abs. 2 ZPO auf vollstreckbare Urkunden im Sinne des § 794 Abs. 1 Nr. 5 anwendbar, noch greift § 788 Abs. 3 ZPO, da der Titel, aus dem vollstreckt wird, im Rahmen des § 767 ZPO nicht aufgehoben wird. Vielmehr sind die Kosten für die Bürgschaft – auch unter dem Aspekt, dass § 769 ZPO die Sicherheitsleistung durch Bankbürgschaft vorsieht – Kosten, die mit dem Rechtsstreit verbunden sind und als Prozesskosten anzusehen sind (OLG Karlsruhe, Die Justiz 1975, 100, 102 m.w.N.).	74
Der Zinsanspruch folgt aus §§ 284, 288 BGB	75
6.	76
Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO.	77
7.	78
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 708 Nr. 10, 711 ZPO.	79
8.	80
Die Revision wird nicht zugelassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen.	81
Streitwert für das Berufungsverfahren: 349.375,75 € (Antrag zu 1: 23.785,29 €; Antrag zu 2: 4.757,05 € (20 % von 23.785,29 €); Antrag zu 3: 4.510,92 €; Antrag zu 4: 313.933,22 €; Antrag zu 5: 2.389,27 €).	82