
Datum: 16.09.2010
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 7. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 7 U 158/08
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2010:0916.7U158.08.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 14 O 490/06

Tenor:

Auf die Berufung der Kläger wird das Urteil des Landgerichtes Köln vom 30.07.2008 - 14 O 490/06 - abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Kläger als Gesamtgläubiger 46.400,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 18.10.2006 zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, den Klägern den weiteren Schaden zu ersetzen, der aus der mangelhaften Schalldämmung zwischen den Häusern L.-X.-Weg 56 und L.-X.-Weg 58 künftig, über den gemäß Ziffer 1 bezifferten Betrag hinaus entsteht.

Die Beklagte wird weiter verurteilt, an die Kläger als Gesamtgläubiger 2.800,76 € außergerichtliche Rechtsanwaltskosten zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits tragen die Kläger 8 % und die Beklagte 82 %. Von den Kosten der Streithelferin tragen die Kläger 8 %, im Übrigen trägt die Streithelferin ihre Kosten selber.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagten bleibt nachgelassen, die Vollstreckung der Kläger durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Kläger zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leisten.

Den Klägern bleibt nachgelassen, die Vollstreckung der Beklagten bzw. Streithelferin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagten bzw. die Streithelferin zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

- | | |
|---|--------|
| Die Kläger erwarben von der Beklagten gemäß Bauträgervertrag vom 18.01.2002 ein Reihenendhaus, das von der Streithelferin als Generalunternehmerin errichtet wurde. Die Abnahme erfolgte am 17.04.2002. Im Jahre 2004 veräußerte die Beklagte das Nachbarhaus. Seither fühlten sich die Kläger durch Schallübertragungen und Schwingungen gestört. Nachdem zwischen den Parteien einvernehmlich hierüber eine schiedsgutachterliche Stellungnahme des Gutachters N eingeholt wurde, begehren die Kläger klageweise von der Beklagten Kostenvorschuss für die Ersatzvornahme nebst der Feststellung der Ersatzverpflichtung diesbezüglicher weiterer noch nicht bezifferbarer Schadensbeträge sowie die Übernahme der Schiedsgutachterkosten. | 1
2 |
| Das Landgericht hat durch Urteil vom 30.07.2008, das wegen der Sachverhaltsdarstellung im Übrigen in Bezug genommen wird, die Klage abgewiesen. | 3 |
| Gegen das ihnen am 04.08.2008 zugestellte Urteil haben die Kläger Berufung eingelegt, die sie eingehend am 03.11.2008 - nach Fristverlängerung um 1 Monat - begründet haben. | 4 |
| Die Kläger verfolgen ihr erstinstanzliches Klagebegehren mit der Berufung weiter. Sie vertreten hierzu insbesondere die Meinung, auch eine Abweichung des "Ist-Soll-Kurvenverlaufes", die der Sachverständige N als Schiedsgutachter festgestellt habe, stelle schon einen Mangel im Sinne der DIN 4109 dar. Die Bauausführung sei auch nicht nach den anerkannten Regeln der Technik im Hinblick auf die fehlerhafte Verwendung der nicht druckbelastbaren Trennfugenplatte ISOVER HWM im Bereich der vorbetonierten Stahlbetondecke erfolgt. Im Übrigen behaupten die Kläger, in besonderer Weise unter der Vibration als Folge der Übertragung des Trittschalles wegen fehlender Entkopplung der beiden Hauswände durch die nicht drucksteife mineralische Faserdämmplatte zu leiden, es handele sich um einen Druckschall, den der Schiedsgutachter nach seiner Aussage im Ortstermin wegen der tiefen Frequenz überhaupt nicht habe messen können. | 5 |

Die Kläger beantragen,	6
unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Köln vom 30.07.2008 – 14 O 490/06 –	7
1.	8
die Beklagte zu verurteilen, an sie – die Kläger – als Gesamtgläubiger 46.400,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 11.05.2005 zu zahlen,	9
2.	10
die Beklagte zu verurteilen, an sie – die Kläger – als Gesamtgläubiger weitere 2.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 29.12.2005 zu zahlen,	11
3.	12
die Beklagte zu verurteilen, zur Freistellung der Kläger an den Dipl.-Ing. Klaus N, Silberbauer Weg 25, 51429 Bergisch Gladbach, 873,16 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 14.07.2006 zu zahlen,	13
4.	14
festzustellen, dass sie – die Kläger – nicht verpflichtet sind, an die Beklagte 2.000,00 € zum Ausgleich des von dieser an den Sachverständigen Dipl.-Ing. Klaus N, Bergisch Gladbach, geleisteten Teilkostenvorschusses in dieser Höhe zu zahlen,	15
5.	16
die Beklagte weiter zu verurteilen, an sie - die Kläger - als Gesamtgläubiger 2.800,76 € außergerichtliche Rechtsanwaltskosten zu zahlen,	17
6.	18
sowie schließlich festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihnen – den Klägern – den weiteren Schaden zu ersetzen, der aus der mangelhaften Schalldämmung zwischen den Häusern Kurt-Weill-Weg 56 und Kurt-Weill-Weg 58 künftig, über den gemäß Antrag Ziffer 1 bezifferten Betrag hinaus, entsteht.	19
Die Beklagte und die Streithelferin beantragen,	20
die Berufung zurückzuweisen.	21
Die Beklagte verweist wesentlich darauf, die erhöhten Einzahlwerte nach DIN 4109 Blatt 2 seien eingehalten, was die Kläger nicht bestreiten; die Einhaltung höherer Werte sei nicht vereinbart; soweit der Schiedsgutachter eine Abweichung des "Ist-Soll-Kurvenverlaufes" festgestellt habe, so unterliege diese Feststellung nicht der Schiedsgutachterabrede und werde im Übrigen bestritten; die verbaute Dämmplatte sei geeignet. Es werde bestritten, dass unzulässiger Druckschall im Hause der Kläger entstehe, zudem seien etwaige Beeinträchtigungen auf die Eigenleistungen der Kläger zurückzuführen.	22
Die Streithelferin hat sich dem angeschlossen, die im Übrigen den Sachvortrag zur Eignung der verwendeten Dämmplatte vertieft und zudem hilfsweise darauf verweist, die geforderte	23

Mängelbeseitigung sei jedenfalls unverhältnismäßig.

Wegen aller weiteren Einzelheiten des wechselseitigen Vorbringens wird im Übrigen auf die
gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 24

Der Senat hat gemäß Beweisbeschluss vom 26.03.2009 (Bl. 320 ff. GA) – ergänzt durch
Beschlüsse vom 11.05.2009 (Bl. 332 GA), vom 15.10.2009 (Bl. 346 GA) und vom 09.02.2010
(Bl. 358 GA) - Beweis erhoben durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens der 25
Sachverständigen Dipl.-Ing. C /Dipl.-Ing. M. Nach einem Sachstandsbericht vom 29.01.2010
(Bl. 354 ff. GA) ist das Gutachten am 08.03.2010 schriftlich erstattet worden, das der
Sachverständige Dipl.-Ing. C in der Sitzung vom 12.08.2010 mündlich erläutert hat. Wegen
des Ergebnisses der Beweisaufnahme im Übrigen wird auf das Sitzungsprotokoll vom
12.08.2010 (Bl. 413 ff. GA) verwiesen.

Entscheidungsgründe: 26

Die prozessual bedenkenfreie Berufung ist zum überwiegenden Teil begründet. Den Klägern 27
steht der gemäß Antrag zu 1.) eingeklagte Vorschussanspruch zu, da ein Anspruch auf
Gewährleistung gegeben ist. Auch das Feststellungsbegehren gemäß Antrag zu 6.) ist
begründet, so dass das landgerichtliche Urteil abzuändern war. Die weiter geltend gemachten
Gutachterkostenerstattungsansprüche bestehen nicht; die Berufung unterlag diesbezüglich
der Zurückweisung, da das Landgericht im Ergebnis zu Recht die Klage abgewiesen hat.

Im Einzelnen: 28

Soweit die Kläger gemäß Klageantrag zu 1.) die Zahlung von 46.400,-- € begehren, ist der 29
eingeklagte Anspruch gemäß § 637 Abs. 3 BGB begründet.

Die Kläger haben im Termin vom 21.05.2008 (vgl. Bl. 148 GA) klargestellt, dass Vorschuss 30
begehrt wird, wie auch schon im Schreiben vom 5.10.2006 (Bl. 96 GA) erklärt. Der
Bauträgervertrag ist zwischen den Parteien am 18.01.2002 geschlossen worden, also ist
"neues Recht" anzuwenden (Art. 229 § 5 EGBGB); auf den Bauträgervertrag findet im
Hinblick auf die Bauwerkserrichtungsverpflichtung nach zu folgender Ansicht
Werkvertragsrecht Anwendung (vgl. Werner-Pastor, "Der Bauprozess", 12. Aufl., Rdnr. 1444
ff. m.w.N.; Palandt-Sprau, BGB 69. Aufl. vor § 633, Rdnr. 3).

Bezogen auf die von Klägerseite als unzureichend gerügte Schalldämmung ist auch ein 31
Mangel im Sinne der §§ 637, 635, 633 BGB zu bejahen.

Festzuhalten ist zunächst, dass der noch erstinstanzlich geltend gemachte Mangel, die 32
Bodenplatte beider Häuser sei durchgegossen ausgeführt, bereits dies ermögliche
Schallübertragungen und dies sei bei dem streitigen Haustyp nicht mehr Stand der Technik
(vgl. Ss. vom 18.06.2008, Bl. 151 ff, Bl. 153 GA), mit der Berufung nicht mehr geltend
gemacht wird.

Wohl berufen sich die Kläger unter Verweis auf die Ausführungen des Schiedsgutachtens auf 33
die fehlerhafte Verwendung der eingebauten Dämmplatte, hierdurch soll die Schalldämmung
gemindert sein, was sich in den Messergebnissen der Luft- und Schalldämmung deutlich
zeige, auch wenn die erhöhten Schallschutzeinzahlanforderungen nach DIN 4109, Blatt 2
eingehalten sind.

Hierdurch ist ein Mangel schlüssig vorgetragen. Wenn auch nicht zu verkennen ist, dass die 34
Baubeschreibung, die für die Bestimmung des Bausolls auch herangezogen werden kann

(jedoch nicht als allein maßgeblich zu betrachten ist; vgl. BGH Urteil vom 8.11.2007, VII ZR 183/05 zitiert nach juris insbesondere Rdnr. 17 ff.), nur die Angabe unter 3.14 enthält, wonach die "Anforderungen der Landesbauordnung NW und nach DIN 4109" einzuhalten sind, so ist doch bei der anzustellenden Auslegung angesichts der hohen Bedeutung des Schallschutzes im modernen Haus- und Wohnungsbau regelmäßig davon auszugehen, dass der Unternehmer jedenfalls die Bauweise wählt, die den besseren Schallschutz erbringt, jedenfalls dann, wenn dies ohne nennenswerten Mehraufwand möglich ist. Danach werden auch höhere Werte, als sie sich nach den Anforderungen der DIN 4109 ergeben, geschuldet, wenn diese durch die vereinbarte Bauweise (hier doppelschalige Trennwand) bei einwandfreier, den anerkannten Regeln der Technik entsprechender Bauausführung erreicht werden können (vgl. BGH Urteil vom 14.06.2007, VII ZR 45/06 zitiert nach juris insbesondere Rdnr. 29 ff. sowie BGH Urteil vom 4.6.2009, VII ZR 54/07 abgedruckt in MDR 2009, Seite 978 -979).

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ist aber davon auszugehen, dass auf Grund nicht fachgerechter Bauausführung durch die Beklagtenseite erhebliche Schallbrücken zwischen dem Haus der Kläger und dem Nachbarhaus bestehen, die zu einer deutlichen Verschlechterung des an sich ohne weiteres möglichen Schallschutzes zwischen den Häusern geführt haben, so dass die Mangelhaftigkeit der Bauwerkserrichtung im Sinne der §§ 633 ff. BGB zu bejahen ist. 35

Denn der gerichtlich bestellte Sachverständige Dipl.-Ing C hat bei der von ihm durchgeführten Öffnung im Erdgeschossbereich festgestellt, was sich die Kläger zu eigen gemacht haben, dass im erheblichen Umfang in der Trennfuge Zementmörtelbrücken vorzufinden waren, die zu Schallbrücken geführt haben. Dadurch wird die vorhandene Dämmlage, die allerdings nicht die gewünschte Steifigkeit aufweist, ohne dass dies für die ermittelten Trittschall- bzw. Luftschallwerte von Belang wäre, unterbrochen. Dies führt zu einer deutlichen Verschlechterung des Schallschutzes zwischen den Häusern. Wie der gerichtliche Sachverständige gleichfalls nachvollziehbar und überzeugend weiter ausgeführt hat, sind diese unzulässigen Schallbrücken auf Bauausführungsmängel zurückzuführen: Beim Aufmauern auf die betonierte Decke wird die Dämmung in der Regel mit zunehmender Aufmauerung mit hochgezogen. Wenn beim Aufbringen der nächsten Steinschicht Mörtel hinter diese Dämmung fällt, kann der Mörtel dort nicht wieder hervorgeholt werden. Vergleichbares kann- so der Sachverständige weiter - auch dann geschehen, wenn beim Aufmauern gegen die Dämmung diese nachträglich noch einmal gerichtet bzw. verschoben werden muss. Der lose in die Fuge gefallene Mörtel rutscht dann nach unten durch. Danach gehören aber die vom Sachverständigen bei der Bauteilöffnung vorgefundenen Mörtelbrücken dort nicht hin und sind auch bei fachgerechter Ausführung ohne weiteres zu vermeiden. Sie sind direkte Trittschallüberträger und wirken sich, allerdings in deutlich geringerem Umfang, auch noch auf den Luftschall aus. 36

Nach den Feststellungen des Sachverständigen haben sich demgegenüber Eigenleistungen der Kläger nicht maßgeblich schallschutzmindernd ausgewirkt. Im Bereich des Obergeschosses waren danach bei der Bauteilöffnung unzulässige Schallbrücken schon nicht festzustellen. Im Erdgeschoss sind die Fliesen von Seiten der Kläger im Klebeverfahren aufgebracht worden, die Fliese selbst ist für sich genommen sauber getrennt von der angrenzenden Wand- und Putzfläche. Wie der Sachverständige weiter plausibel ausführt, sind jedoch nur im ganz geringen Umfang feine Kleberreste des Dünnbrettmörtels der Fliesen, die direkten Kontakt zum Putz haben, festzustellen, die von der Masse und dem Umfang her aber zu vernachlässigen sind, da sie in keinem Fall die erheblichen Abweichungen erklären können, die sich aus den Messkurven ergeben. 37

Auch im Übrigen sind die Voraussetzungen des § 637 Abs. 3 BGB zu bejahen.	38
Grundsätzlich setzt § 637 Abs. 3 BGB das Recht zur Selbstvornahme voraus; dieses Recht besteht aber gemäß § 637 Abs. 1 BGB nur, wenn fruchtlos eine zur Nachbesserung gesetzte Frist verstrichen ist.	39
Hiervon ist aber auszugehen, da die Kläger mit Anwaltsschreiben vom 8.4.2005 der Beklagten gegenüber rügten, dass ihr Reihenhaus nicht DIN-gerecht errichtet sei, und unter Fristsetzung in dem Schreiben Nachbesserung verlangten. Zudem hat die Beklagte jedenfalls durch Schreiben vom 7.8.2006 (Bl. 90 GA) nach Erhalt des Schiedsgutachtens das Vorliegen eines Mangels dem Grunde nach verneint. Angesichts dessen erscheinen weitere Nachbesserungsverlangen unter Fristsetzung entbehrlich, zumal sich die Beklagtenseite im Prozess auch auf die Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserung berufen hat und auch damit die Nachbesserung verweigert.	40
Das Recht auf Nachbesserung und auf Selbstvornahme ist hier auch nicht deswegen in Wegfall geraten, weil die Nachbesserung mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden wäre (vgl. § 635 Abs. 3 BGB).	41
Dabei ist nicht zu verkennen, dass § 635 Abs. 3 BGB lediglich eine Einrede gewährt, die vom Unternehmer zu erheben ist (vgl. Palandt-Sprau, BGB 69. Aufl. § 635 Rdnr. 13). Ausdrücklich hierauf berufen hat sich hier nur die Streithelferin als Subunternehmerin der Beklagten. Dies hat sich aber die Beklagte ersichtlich auch im Verhältnis zu den Klägern zu Eigen gemacht.	42
Ob danach die Kosten unverhältnismäßig sind, hängt nicht allein von der Relation von Nachbesserungskosten und Herstellungskosten des mängelfreien Werkes ab. Der Einwand der Unverhältnismäßigkeit ist nur dann gerechtfertigt, wenn das Bestehen auf ordnungsgemäßer Vertragserfüllung mit Rücksicht auf das objektive Interesse des Bestellers an der ordnungsmäßigen Erfüllung im Verhältnis zu dem dafür erforderlichen Aufwand unter Abwägung aller Umstände einen Verstoß gegen Treu und Glauben darstellt. Ein objektiv berechtigtes Interesse an der vertragsgemäßen Erfüllung steht daher im Regelfall der Bejahung der Unverhältnismäßigkeit – auch bei hohen Kosten – entgegen. Verstöße gegen die anerkannten Regeln der Technik rechtfertigen daher regelmäßig nicht die Unverhältnismäßigkeit. Auch ist in jedem Falle zu Lasten des Unternehmers zu berücksichtigen, ob und in welchem Ausmaß er die Mängel verschuldet hat (vgl. Werner-Pastor a.a.O. Rdnr. 1575).	43
Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist jedoch von der Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserung nicht auszugehen. Denn, wie den Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen zu entnehmen ist, die ordnungsgemäße Ausbildung der Trennfuge bei Errichtung wäre <u>ohne weiteres</u> möglich gewesen, was aber zu einer <u>wesentlichen</u> Verbesserung der Schallschutzeigenschaften der errichteten Gebäude geführt hätte.	44
Dem Klagebegehren steht auch nicht die erhobene Verjährungseinrede entgegen.	45
Die Verjährungsfrist beträgt 5 Jahre gemäß § 634a Nr. 2 BGB, die Abnahme war am 17.04.2002. Die Klage wurde am 23.10.2006 eingereicht, die Gerichtskosten sind allerdings erst am 31.05.2007 gezahlt worden (vgl. Bl. 101 GA), ohne dass dies im Ergebnis von Belang wäre. Denn der Lauf der Verjährung war schon zuvor durch Verhandlung (ab Schreiben 8.4.2005, Bl. 45 GA) bzw. durch die Einleitung des Schiedsgutachterverfahrens (Schiedsgutachtervertrag vom 9.1.2006) gehemmt (§§ 203, 204 Abs. Nr.8 BGB), und zwar gemäß § 204 Abs. 2 BGB bis 6 Monate nach Beendigung, berechnet auf den Zeitpunkt des	46

In Anlehnung an die unwidersprochen gebliebene diesbezügliche Schadensschätzung des Gutachters N ist dabei der Mängelbeseitigungsaufwand für das hier anzuwendende – so ausdrücklich auch der gerichtliche Sachverständige Dipl. Ing C – Sägeverfahren mit einem Betrag von 40.000,00 € netto zu veranschlagen, auf den antragsgemäß zuzüglich Mehrwertsteuer zu erkennen war, auch wenn die Kläger bisher die Mängelbeseitigung nicht durchgeführt haben; denn im vorliegenden Verfahren ist der Vorschussanspruch gemäß § 637 Abs. 3 BGB und nicht der Schadensersatzanspruch gemäß § 634 Nr. 4, § 280 Abs. 3, § 281 BGB eingeklagt (vgl. BGH Urteil vom 22.07.2010, VII ZR 176/09, zitiert nach juris Rz 13 und Rz 16).

47

Weitere Kosten sind angesichts einer Schadensschätzung nicht auszuschließen, so dass gleichfalls dem zulässigen, als Antrag zu 6.) gestellten Feststellungsbegehren zu entsprechen ist.

48

Soweit die Kläger mit der Berufung ihre Anträge 2.) – 4.) weiter verfolgen, so ist die Berufung allerdings unbegründet, da diesbezüglich Erstattungsansprüche nicht bestehen. Gemäß dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Schiedsgutachtervertrag (Anlage K 8 zur Klageschrift, Bl. 53 ff.) ist nämlich zwischen den Parteien vorrangig vereinbart, dass intern die Kosten des Schiedsgutachtens nach dem Obsiegen und Unterliegen zu tragen sind. Ausdrücklich ist in dem Vertrag insbesondere festgehalten, dass bei einem vollständigen Unterliegen einer Partei diese die Kosten vollständig zu tragen hat und sie verpflichtet ist, der obsiegenden Partei die verauslagten Kosten zu erstatten. Nach dem in Ziffer 1 der Urkunde festgehaltenen Begutachtungsumfang war jedoch Gegenstand des Schiedsgutachterauftrages allein die Frage, ob die nach DIN 4109 geforderten Werte zum Schallschutz eingehalten sind. Diese Frage ist allerdings mit dem Schiedsgutachten vom 16.06.2006 zu Gunsten der Beklagten und zu Lasten der Kläger dahingehend beantwortet worden, dass die nach DIN 4109 geforderten Einzahlanforderungen eingehalten sind. Bezogen auf die hier im Zusammenhang als maßgeblich anzusehende Schiedsgutachterabrede der Parteien sind danach die Kläger voll unterlegen, so dass sie auch vereinbarungsgemäß vollständig die durch die Schiedsbegutachtung angefallenen Kosten zu tragen haben. Erstattungs-/Freistellungsansprüche der Kläger gegenüber der Beklagten sind daher nicht gegeben.

49

Die ausgeurteilten Nebenforderungen ergeben sich aus Verzug. Der gemäß Antrag zu 1.) eingeklagte Zahlungsanspruch ist allerdings von Seiten der Kläger erst mit Schreiben vom 05.10.2006 (Anlage K 22 der Klageschrift, Bl. 96 ff. GA) unter Fristsetzung zum 17.10.2006 angemahnt worden. Mit Schreiben vom 08.04.2005 (Anlage K 4 zur Klageschrift Bl. 45 ff. GA) ist demgegenüber nur die Aufforderung zur Nachbesserung unter Fristsetzung zum 10.05.2005 erklärt worden.

50

Die prozessualen Nebenentscheidungen ergeben sich aus §§ 91, 92, 97, 101, 708 Nr. 1, 711 ZPO.

51

Es besteht kein Anlass, die Revision zuzulassen. Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Es handelt sich um eine Einzelfallentscheidung ohne grundsätzliche Bedeutung.

52

Streitwert: bis zu 65.000,-- €

53

