
Datum: 09.12.2016
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 19. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 19 U 43/16
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2016:1209.19U43.16.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 17 O 160/13

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil der 17. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 19.2.2016 (17 O 160/13) abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin 27.748,35 € sowie vorgerichtliche Anwaltskosten in Höhe von 1.385,84 €, jeweils nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 31.1.2014 zu zahlen.

Die Beklagten werden ferner als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin weitere 72,98 € zu zahlen.

Die Anschlussberufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster und zweiter Instanz tragen die Beklagten als Gesamtschuldner.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

1

2

3

Der Darstellung eines Tatbestandes bedarf es mangels Vorliegens der Voraussetzungen für eine Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision gemäß §§ 313 a Abs. 1 Satz 1, 540 Abs. 2 Satz 2 ZPO i.V.m. § 26 Nr. 8 Satz 1 EGZPO nicht.

II. 4

Die zulässige Berufung der Klägerin ist begründet, während die ebenfalls zulässige Anschlussberufung der Beklagten keinen Erfolg hat. Denn der Klägerin steht gegen die Beklagten als Gesamtschuldner ein Minderungsanspruch in der verlangten Höhe von 27.500,00 € (nebst Sachverständigenkosten von 248,35 € und 72,98 € sowie außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 1.385,84 €) aus §§ 634 Nr. 3, 638, 426 BGB, §§ 161 Abs. 2, 128 HGB in Verbindung mit dem notariellen Vertrag vom 5.11.2007 zu. 5

1. Dass die von der Beklagten zu 1) verkaufte Eigentumswohnung verschiedene Schallschutzmängel aufweist, weil es zu Luft- und Trittschallübertragungen zwischen den Wohnungen sowie Geräuschübertragungen über die Wasserinstallationen kommt, ist zwischen den Parteien ebenso unstreitig wie die Messergebnisse des Privatgutachtens G. 6

Auch das Vorliegen der weiteren Voraussetzungen für den von der Klägerin geltend gemachten Minderungsanspruch (vgl. Werner, in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Auflage 2015, Rn 2192) ist aus den vom Landgericht zutreffend dargelegten und zweitinstanzlich nicht angegriffenen Gründen zu bejahen. 7

Die erstinstanzlich erhobenen Einwände der Beklagten hinsichtlich der Aktivlegitimation der Klägerin greifen aus den zutreffenden Ausführungen in dem angefochtenen Urteil ebenfalls nicht durch. Dies gilt auch für die Verjährungseinrede. Auch diese Beurteilung greifen die Beklagten und die Nebenintervenientin zweitinstanzlich nicht an. 8

2. Danach steht der Klägerin dem Grunde nach ein Anspruch auf Rückzahlung eines Teils des Kaufpreises zu, weil sie berechtigt ist, diesen zu mindern. Die gegen die erstinstanzlich zugesprochene Höhe der Minderung von 23.464,90 € gerichteten Einwände der Klägerin greifen insofern durch, als ihr ein über den vom Landgericht zugesprochenen Minderungsbetrag hinausgehender Zahlungsanspruch zusteht, der betragsmäßig die insofern geltend gemachte Forderung von insgesamt 27.500,00 € erreicht, während die gegen die Höhe des vom Landgericht zugesprochenen Minderungsbetrags erhobenen Einwände der Beklagten und ihrer Streithelferin nicht durchgreifen. 9

Im Ausgangspunkt zutreffend und von den Parteien zweitinstanzlich auch nicht – jedenfalls nicht in erster Linie angegriffen - geht das Landgericht nach der in dem angefochtenen Urteil zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (etwa Urteil vom 9.1.2003 – VII ZR 181/00, in: BGHZ 153, 279 ff.) davon aus, dass sich der Umfang der Minderung grundsätzlich an den Nachbesserungskosten zu orientieren hat. Danach ergibt sich die Höhe des Minderungsanspruches in aller Regel aus den Kosten der etwaigen Mängelbeseitigung zuzüglich eines etwaigen verkehrsmäßigen (merkantilen) und eines ggf. verbleibenden technischen Minderwertes (vgl. Pastor, a.a.O., Rn 2194 m.w.N.). 10

Die danach für die Höhe der Minderung maßgeblichen Nachbesserungskosten (zuzüglich merkantilem und ggf. technischem Minderwert) sind jedoch nach Auffassung des Senats höher zu bemessen als vom Landgericht angenommen, weil zum einen durch eventuelle Mangelbeseitigungsarbeiten neben den eigenen Interessen der Klägerin weitere Belange (z.B. der Wohnungseigentümergeinschaft und ihrer Mitglieder) tangiert werden und zum 11

anderen die von dem Sachverständigen N, der die Nachbarwohnungen nicht in Augenschein nehmen konnte, vorgeschlagenen Maßnahmen teilweise auf nicht verifizierten Annahmen (vgl. etwa Bl. 223 GA: „geht der Unterzeichner davon aus, ...“) beruhen, in einigen Punkten nur als möglicherweise erfolgversprechend bzw. erste Schritte zur Erarbeitung eines Mangelbeseitigungskonzepts dargestellt wurden (vgl. etwa Bl. 224 GA: „Wenn sich der gewünschte Erfolg nicht einstellen sollte, sind weitergehende Untersuchungen zur Klärung der genauen Ursache des mangelhaften Schallschutzes unvermeidbar.“) und sich hinsichtlich der Geräuschübertragungen durch die Wasserinstallationen auf Ursachenforschung beschränken (vgl. auch Angaben bei der Erläuterung des schriftlichen Gutachtens in der mündlichen Verhandlung vom 23.10.2015, Bl. 284 ff. GA). Das damit aufgezeigte Risiko, dass die von dem Sachverständigen in Ansatz gebrachten Nachbesserungskosten (deutlich) zu gering sind, wirkt sich auch nicht - wie die Beklagten und die Nebenintervenientin meinen - einseitig zulasten der Klägerin aus, auch wenn sie Minderung statt Nachbesserung verlangt, bei der sie ggf. Vorschuss und Nachzahlung im Fall einer etwaigen Kostensteigerung verlangen könnte, und für die Höhe des Minderungsbetrags darlegungs- und beweispflichtig ist. Denn auch wenn eine exakte Feststellung der notwendigen Nachbesserungskosten aufgrund der oben genannten Umstände nicht möglich ist, hat die Klägerin nicht nur einen Anspruch auf Minderung in Höhe des „sicher“ feststehenden Minderungsbetrags, sondern bei der gemäß § 287 ZPO vorzunehmenden Schätzung sind alle hinreichend zuverlässig zu ermittelnden Nachbesserungskosten zu berücksichtigen.

Vor diesem Hintergrund ist im Hinblick auf die zweitinstanzlich erhobenen Einwände der Parteien gegen den vom Landgericht berücksichtigten Gesamtbetrag von 23.464,90 €, der sich aus den Nachbesserungskosten für Luftschallschutzmängel (12.087,94 €), Trittschallschutzmängel (8.996,96 €) und Schallübertragungen durch Wasserinstallationen (2.380,00 €) zuzüglich Sachverständigenkosten in Höhe von 248,35 € und (im Tenor gesondert ausgewiesen) 72,98 € zusammensetzt, Folgendes auszuführen: 12

a. Der erste Betrag für die Mangelbeseitigungskosten hinsichtlich unzureichenden Luftschallschutzes im Bereich der Haus-/Wohnungstrennwand (12.087,94 €) besteht wiederum aus drei Positionen, nämlich 6.390,00 € netto (7.604,10 € brutto) für das Anbringen einer biegeweichen Vorsatzschale u.a. an Trennwand und Außenwand in der Nachbarwohnung, 950,00 € netto (1.130,50 € brutto) Nachmesskosten und merkantile Wertminderung wegen des Flächenverlusts in Höhe von 3.353,54 €. 13

Die Klägerin will dafür mindestens weitere 1.800,00 € in Ansatz bringen, weil ihres Erachtens abweichend vom Vorschlag des Sachverständigen N (Bl. 223 f. GA) eine Vorsatzschale nicht in der Nachbarwohnung, sondern in ihrer Küche angebracht werden sollte und dadurch die mit der Berufung geltend gemachten Zusatzkosten entstünden. Dieser Einwand ist nach Auffassung des Senats berechtigt, da die Nachbarn der Klägerin nicht unnötig in Anspruch genommen werden können/sollten und die Mehrkosten wegen des bei einer Durchführung der Nachbesserungsarbeiten in der Wohnung der Klägerin erforderlichen Aus- und Einbaus der Küchenmöbel und ggf. notwendiger Anpassungsarbeiten vom Sachverständigen zwar als erheblich bezeichnet (vgl. Bl. 224, 285R f. GA), aber nicht beziffert wurden und der von der Klägerin in Ansatz gebrachte (beklagtenseits nicht substantiiert bestrittene) Betrag nicht unrealistisch (§ 287 ZPO), aber auch nicht so hoch erscheint, dass statt dessen eine Inanspruchnahme der Nachbarn erfolgen müsste. Dafür kann dahinstehen, ob – wie die Klägerin meint – ein vom Landgericht bejahter Duldungsanspruch (der Klägerin und/oder der Wohnungseigentümergeinschaft, auf deren Abtretung vom 7.5.2013 sie die Klageforderung u.a. stützt) gemäß § 14 WEG gegen die anderen Wohnungseigentümer, in deren Wohnungen die von dem Sachverständigen N vorgeschlagenen 14

Mangelbeseitigungsarbeiten ausgeführt werden müssten, bereits aus Rechtsgründen ausscheidet, weil die Durchsetzung eines etwaigen Anspruchs jedenfalls unzumutbar ist. Nachdem einer der betroffenen Eigentümer seine Zustimmung endgültig verweigert und der andere jedenfalls nicht zugestimmt hat (vgl. Bl. 248 ff., 259 f. GA), müssten die Klägerin bzw. die Wohnungseigentümergeinschaft einen etwaigen Duldungsanspruch ggf. gerichtlich durchsetzen. Abgesehen davon, dass damit ein erhebliches Kosten- und Prozessrisiko verbunden ist, ohne dass der vom Landgericht zugesprochene Minderungsbetrag die Verfahrenskosten erfasst, kann von der Klägerin ebenso wenig wie von der Wohnungseigentümergeinschaft erwartet werden, solche Prozesse gegen die Miteigentümer zu führen, zumal die Beklagte zu 1) selbst offenbar keine Versuche unternommen, jedenfalls nicht aktenkundig gemacht hat, um eine etwaige Mitwirkung der anderen Wohnungseigentümer, ihrer Vertragspartner, zu erreichen.

Der mit der Anschlussberufung der Beklagten vorgebrachte Einwand gegen die Einbeziehung der Mehrwertsteuer, die in den vom Landgericht berücksichtigten Positionen für die Vorsatzschalen und die Kontrollmessung mit insgesamt 1.394,60 € enthalten ist, greift nicht durch, weil der Ansatz des Bruttobetrags aus den in dem angefochtenen Urteil (Seite 9 UA) dargelegten Gründen zu Recht erfolgte. Der Senat schließt sich der Auffassung des Landgerichts an, dass die gesetzliche Ausnahmebestimmung nur für Schadensersatzansprüche gilt und die Voraussetzungen für eine (analoge) Anwendung auf den vorliegend geltend gemachten Minderungsanspruch nicht vorliegen. Die Argumentation in den von den Beklagten in Bezug genommenen Rechtsprechungs- und Literaturstellen mag für eine entsprechende gesetzliche Regelung sprechen, rechtfertigt allerdings nach geltendem Recht nicht das von ihnen favorisierte Ergebnis. Insbesondere folgt der Senat nicht der Auffassung von Kniffka (Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 6. Teil Rn 229 Fn 876) oder des Oberlandesgerichts Schleswig (Urteil vom 19.2.2016 – 1 U 157/14, in: MDR 2016, 582 f.), wonach zur Vermeidung einer Überkompensation nur der Nettobetrag der Mangelbeseitigungskosten zu berücksichtigen sei, wenn diese zur Ermittlung der Minderung des Werklohns wegen eines Mangels herangezogen werden. Abgesehen davon, dass die Entscheidung des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts nicht auf dieser – als eine Art *obiter dictum* aufgestellten - Erwägung beruht, weil die Kostenposition (Gerüstkosten), für welche die Überlegungen zur Erstattungsfähigkeit der Mehrwertsteuer erfolgten, auch nicht als Nettobetrag zugesprochen wurde, stellt § 249 Abs. 2 Satz 2 BGB eine Ausnahmebestimmung für Schadensersatzansprüche dar, die auf den vorliegend geltend gemachten Minderungsanspruch nicht – auch nicht analog – anwendbar ist. Denn der Minderungsanspruch stellt keinen Schadensersatzanspruch dar und kann deshalb auch nicht wie ein solcher berechnet werden (vgl. BGH, Urteil vom 24.2.1972 – VII ZR 177/10, in: BauR 1972, 242 f.). Insofern vermag auch die Begründung des Oberlandesgerichts Schleswig, dass die in der o.g. Entscheidung zitierte Rechtsprechung anderer Oberlandesgerichte zur Erstattungsfähigkeit der Mehrwertsteuer bei der Berechnung der Minderung anhand der Nachbesserungskosten durch das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 22.7.2010 (VII ZR 176/09, in: BGHZ 186, 330 ff.) zur Erstattung der Umsatzsteuer im Wege des Schadensersatzes überholt sei, nicht zu überzeugen. Für die Möglichkeit einer analogen Anwendung fehlt es vor diesem Hintergrund – jedenfalls - am Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke (vgl. auch Kammergericht, Urteil vom 15.9.2009 – 7 U 120/08, in: NJW-RR 2010, 65 ff. m.w.N.). Dementsprechend beklagt Kniffka (a.a.O.) die Inkongruenz des Mängelhaftungssystems, was nach dem Verständnis des Senats die rechtspolitische Forderung nach einer gesetzlichen Änderung impliziert, aber keine abweichende Handhabung nach geltendem Recht gebietet.

b. Entgegen den mit der Anschlussberufung der Beklagten erhobenen Einwänden ist auch keine Reduzierung bei der zweiten – von der Klägerin nicht angegriffenen - Einzelposition (Kosten für die Nachbesserung des Trittschallschutzes in Höhe von insgesamt 8.996,96 €) gerechtfertigt, bei der die Beklagten neben der Nichtberücksichtigung der im erstinstanzlich insoweit zugesprochenen Teilbetrag von 7.596,96 € enthaltenen Mehrwertsteuer in Höhe von 1.212,96 € wegen der notwendigen Arbeiten im Badezimmer Falaise einen Abzug von 20 % des Nettobetrags (= 1.276,80 €) vornehmen wollen, weil ihres Erachtens ein schrittweises Vorgehen möglich und entsprechend günstiger sei.

Abgesehen davon, dass selbst bei grundsätzlicher Bejahung einer Obliegenheit der Klägerin, die Miteigentümer „in die Pflicht zu nehmen“, die Inanspruchnahme auf das unbedingt Notwendige beschränkt werden müsste (§ 242 BGB) und ein schrittweiser Rückbau bei sukzessiver Ursachenforschung naheliegend – jedenfalls – wesentlich zeitintensiver ist als eine Kompletterneuerung, so dass solche Maßnahmen den Nachbarn nach Auffassung des Senats nicht zugemutet werden könnten, ist weder von den Beklagten nachvollziehbar dargelegt worden noch sonst ersichtlich, dass mit hinreichender Sicherheit eine Kostenersparnis zu erwarten wäre, zumal ein schrittweises Vorgehen und Kontrollieren nach dem Motto „trial and error“ erfahrungsgemäß teurer ist als Arbeiten in einem Zuge und im ungünstigsten Fall ebenfalls auch auf eine Komplettsanierung hinauslaufen kann. 17

Die Einwände der Beklagten gegen die Erstattungsfähigkeit der Mehrwertsteuer greifen aus den unter a. dargelegten Gründen ebenfalls nicht durch. 18

c. Die Berufung der Klägerin ist begründet, soweit sie sich gegen die Höhe des vom Landgericht zugesprochenen Betrags von 2.380,00 € für die Beseitigung der Geräuschübertragungen durch die Installationen richtet. Stattdessen ist nach Auffassung des Senats ein (Brutto-) Betrag von 5.950,00 € in Ansatz zu bringen. 19

Der erstinstanzlich zuerkannte Betrag erfasst lediglich die „weitere Ursachenforschung“. Allerdings hat der Sachverständige N ausgeführt, dass für eine Mangelbeseitigung „ohne weiteres Kosten von 5.000,00 € netto und mehr entstehen“ können (Bl. 277 GA, vgl. auch Bl. 286 GA). Gleichwohl hat sich das Landgericht nicht in der Lage gesehen, einen über 2.380,00 € (brutto) hinausgehenden Betrag zuzusprechen, da unklar sei, ob weitere Kosten anfallen. Eine bloße Ursachenforschung ist jedoch zur Mangelbeseitigung keinesfalls ausreichend, so dass ein (weiterer) Anspruch der Klägerin dem Grunde nach besteht. 20

Der Höhe nach ist der vom Sachverständigen für die Mangelbeseitigung veranschlagte Betrag von (mindestens) 5.950,00 € - aus den obigen Gründen einschließlich Mehrwertsteuer – zugrunde zu legen. Ein solcher Betrag ist zur Mangelbeseitigung jedenfalls erforderlich (§ 287 ZPO). 21

d. Nach dem Vorstehenden erhöht sich gegenüber der Berechnung des Landgerichts bei der Bemessung des Minderungsbetrags der wegen des mangelhaften Luftschallschutzes in Ansatz zu bringende Betrag auf 13.887,94 € und der wegen der Schallschutzübertragungen durch die Wasserinstallationen zu berücksichtigende Betrag auf 5.950,00 €, so dass die Summe einschließlich des vom Landgericht wegen der Mängel des Trittschallschutzes berücksichtigten Betrags von 8.996,96 € sich schon auf mehr als die von der Klägerin insgesamt begehrte Summe von 27.500,00 € beläuft und es nicht entscheidend darauf ankommt, ob – wie die Klägerin meint – für die zur Beseitigung der Trittschallschutzmängel erforderlichen Unterbringungskosten ein höherer Betrag als erstinstanzlich berücksichtigte 1.400,00 € und/oder ein merkantiler Minderwert von 2.587,50 € zusätzlich in Ansatz zu bringen sind. Dies gilt auch für die insofern erhobenen Einwände der Beklagten und ihrer 22

Streithelferin.

e. Ob sich die danach bei einer Bemessung des Minderungsbetrags anhand der Nachbesserungskosten in voller Höhe gerechtfertigte Klageforderung auch auf die Differenz des Werts der verkauften Wohnung in mangelfreiem und mangelhaftem Zustand stützen ließe, bedarf somit keiner abschließenden Beurteilung. 23

3. Gegen die Erstattungsfähigkeit der erstinstanzlich in Höhe von 248,35 € und 72,98 € zugesprochenen Sachverständigenkosten sowie die Zinsentscheidung erheben die Beklagten keine Einwendungen. 24

4. Die in Höhe von 273,82 € geltend gemachten weiteren Rechtsanwaltskosten sind unter Zugrundelegung eines Gegenstandswerts von 27.500,00 € (statt bis zu 25.000,00 €) berechtigt. 25

III. 26

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 Abs. 1, 100 Abs. 4, 101 ZPO. 27

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO (i.V.m. § 26 Nr. 8 EGZPO). 28

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs. Rechtsfragen grundsätzlicher Natur, die über den konkreten Einzelfall hinaus von Interesse sein könnten, haben sich nicht gestellt und waren nicht zu entscheiden. Gegenteiliges ergibt sich insbesondere auch nicht aus der von den Beklagten in Bezug genommenen o.g. Entscheidung des Oberlandesgerichts Schleswig (Urteil vom 19.2.2016 – 1 U 157/14, in: MDR 2016, 582 f.) zur Frage der Erstattungsfähigkeit der Mehrwertsteuer bei der Bemessung des Minderungsbetrags anhand der Nachbesserungskosten. Abgesehen davon, dass nicht schon jede Abweichung der Berufungsgerichte untereinander das Vorliegen von grundsätzlicher Bedeutung begründet (vgl. Heßler, in: Zöller, Zivilprozessordnung, 31. Auflage 2016, § 543 ZPO Rn 11), ist dies insbesondere dann nicht der Fall, wenn abweichende Ansichten (in der Literatur) vereinzelt geblieben sind oder nicht oder nicht nachvollziehbar begründet worden sind (BGH, Beschluss vom 8.2.2010 – II ZR 54/09, in: MDR 2010, 704 f.). Dies gilt nach Ansicht des Senats auch für vereinzelt gebliebene Entscheidungen anderer Oberlandesgerichte, sofern darin keine beachtenswerte Argumente entwickelt wurden, mit denen sich der Bundesgerichtshof noch nicht ausreichend auseinander gesetzt hat (vgl. BGH, Beschluss vom 27.11.2013 – VII ZR 371/12, in: NJW 2014, 456 f. m.w.N.). Danach ist aus den unter II. 2. a. dargelegten Gründen vorliegend keine Revisionszulassung geboten. 29

<u>Berufungsstreitwert:</u>	Berufung der Klägerin	4.035,10 €	30
	Anschlussberufung der Beklagten	<u>4.264,36 €</u>	

8.299,46 €
