

# Oberlandesgericht Hamm

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

§§ 123, 124, 433 BGB; 5 Abs.1 WEG

- 1. Ein konstruktiver Fehler an dem Gemeinschaftseigentum einer Wohnungseigentümergeinschaft, der zu Feuchtigkeit in der im Sondereigentum stehenden Wohnung führt, stellt einen Mangel dar, der bei Verkauf der Wohnung offenbart werden muss, wenn der Mangel nicht hinreichend beseitigt wurde.**
- 2. Auch der Gesichtspunkt, dass die einzelnen Eigentümer nach der Teilungserklärung teilweise für die Instandsetzung von Bauteilen im Gemeinschaftseigentum innerhalb des räumlichen Bereichs ihres Sondereigentums aufkommen müssen, führt nicht zu einer anderen Beurteilung. Da eine rein schuldrechtliche Kostentragungspflicht eines anderen Miteigentümers nicht dazu führen kann, dass ein physisch vorliegender Defekt eines zum Gemeinschaftseigentum gehörenden Bauteils keinen Mangel desselben mehr darstellen würde.**
- 3. Sind sichtbare Feuchtigkeiterscheinungen bei der damaligen Besichtigung nicht vorhanden gewesen, hätte der Verkäufer hierauf hinweisen müssen.**
- 4. Eine Erkennbarkeit aus den überlassenen Versammlungsprotokollen genügt nicht. Dies entspricht der zutreffenden höchstrichterlichen Rechtsprechung, die im Regelfall auf eine unmittelbare Besichtigung abstellt und vor allem verlangt, dass die Erkennbarkeit "ohne weiteres" gegeben ist.**
- 5. Ein Ausschluss der Rückabwicklung bzw. des Anfechtungsrechts oder auch nur eine Ausgleichspflicht des Klägers kommt nicht in Betracht, wenn die Eigentumswohnung mit einem Mietverhältnis belastet ist, welches die Beklagten nach § 566 Abs. 1 BGB übernehmen müssen, da hierdurch keine Verschlechterung des Rückgewährobjekts herbeigeführt wurde.**

OLG Hamm, Urteil vom 18.03.2010; Az.: 22 U 120/09

#### **Tenor:**

Auf die Berufung des Klägers wird das am 22.09.2009 verkündete Urteil der 16. Zivilkammer des Landgerichts Münster teilweise abgeändert:

Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an den Kläger 107.246,67 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basis-zinssatz aus 105.795,35 € seit dem 21.06.2008 und aus weiteren 3.504,92 € seit dem 20.12.2008 zu zahlen, Zug um Zug

a)

gegen lastenfreie Rückauflassung der Wohnung Nr. 2.8, bestehend aus einem Miteigentumsanteil zu 51,85/1.000, verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung Nr. 2.8, eingetragen im Grundbuch des Amtsgerichts Dülmen von Stadt E, Blatt X (Flur X, Flurstück X) an die Beklagten zu je ½ Eigentümer sowie

b)

gegen lastenfreie Rückauflassung des Eigentumsanteils an dem Garagengrundstück, eingetragen im Grundbuch des Amtsgerichts Dülmen von Stadt E, Blatt X, (Flur X, Flurstück X) an die Beklagten zu je 1/38 Eigentümer,

c)

sowie gegen lastenfreie Rückübertragung des Eigentumsanteils an dem Garagenvorplatz, eingetragen im Grundbuch des Amtsgerichts Dülmen von Stadt E, Blatt X, (Flur X, Flurstück X) an die Beklagten zu je ½ Eigentümer,

d)

bezüglich eines Teilbetrages von 3.500,00 € darüber hinaus Zug um Zug gegen Abtretung des Anspruchs gegen das Finanzamt D auf Erstattung der mit Bescheid vom 14.02.2006 festgesetzten Grunderwerbssteuer.

Im übrigen wird die Berufung zurückgewiesen und die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Beklagten als Gesamtschuldner.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagten können die Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

### **Tatbestand:**

I.

Der Kläger verlangt von den Beklagten Rückabwicklung eines Wohnungsverkaufvertrages, weil diese ihm langjährige Sanierungsbemühungen der Eigentümergemeinschaft wegen Mängeln an der Außen-/Balkonabdichtung des Gebäudes und entsprechende Feuchtigkeitsschäden verschwiegen haben sollen. U. a. war eine Sanierungsmaßnahme, die 1996 von den Eigentümern aus Kostengründen nur in beschränktem Umfang beauftragt worden war, erfolglos geblieben und aus diesem Grund anschließend ein selbständiges Beweisverfahren von der Eigentümergemeinschaft gegen den Architekten und den ausführenden Unternehmer betrieben worden.

In § 7 Nr. 3 des Kaufvertrages vom 03.01.2006 war ein Hinweis auf einen Rechtsstreit zwischen einem Wohnungseigentümer und der Gemeinschaft wegen

Mängeln enthalten mit der Regelung, dass die Beklagten als Verkäufer dem Kläger etwaige daraus entstehende Rechtsverfolgungskosten abnehmen sollten. Ferner hatte der Kläger durch die Maklerin vor Vertragsschluss drei Protokolle von Eigentümerversammlungen erhalten, die zum Teil Hinweise auf Schäden und Streitverfahren enthielten. Darüber hinaus haben die Beklagten den Kläger unstreitig nicht aufgeklärt.

Mit Schreiben vom 03.04.2008 focht der Kläger den Kaufvertrag wegen arglistiger Täuschung an, höchst vorsorglich erklärte er den Rücktritt.

Die Beklagten machen im wesentlichen geltend, dass es sich um in der Vergangenheit liegende Mängel gehandelt habe, für die keine Offenbarungspflicht bestehe. Nach dem erfolglosen Sanierungsversuch habe inzwischen eine Nachbesserung stattgefunden, durch die in der verkauften Wohnung bis zum Verkaufszeitpunkt alle Schäden beseitigt gewesen seien. Auch bei den übrigen Wohnungen, soweit hiervon überhaupt das verkaufte Wohnungseigentum berührt sei, sei das der Fall, zumindest aber seien sie subjektiv davon ausgegangen. Das in dem selbständigen Beweisverfahren erstattete Gutachten des Sachverständigen H, welches einen umfangreichen Sanierungsbedarf ausweist, sei ihnen nicht bekanntgemacht worden. Bezüglich des noch Schadensersatz beanspruchenden Wohnungseigentümers K seien sie davon ausgegangen, dass es sich um einen Querulanten handle, der die Eigentümergemeinschaft zu Unrecht in Anspruch nehme; deshalb hätten sie sich auch bedenkenlos auf die Kostenübernahmezusage im Vertrag eingelassen. Im übrigen könne der Kläger nicht mehr Rückabwicklung verlangen, nachdem er die leerstehend übergebene Wohnung inzwischen vermietet habe, obwohl ihm zu diesem Zeitpunkt die behaupteten Mängel schon bekannt gewesen seien.

Das Landgericht hat die auf Rückzahlung des Kaufpreises von 100.000 € und Erstattung von Begleitaufwendungen von zuletzt 9.300,27 € jeweils nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückübertragung des Wohneigentums gerichtete Klage nach Vernehmung von Zeugen abgewiesen. Es könne dahinstehen, ob Mängel vorlägen. Jedenfalls hätten die Beklagten nicht arglistig gehandelt. Die Versammlungsprotokolle ergäben nicht, dass sie Kenntnis von bei Vertragsschluss noch vorliegenden Mängeln gehabt hätten. Unstreitig seien nach der erfolglosen Sanierung umfangreiche Nachbesserungsmaßnahmen durchgeführt worden, deren Erfolg sie behaupteten. Dass sie nach der 2005 in der Wohnung erfolgten Nachbesserung noch den Fortbestand von Mängeln gekannt oder für möglich gehalten hätten, sei nicht bewiesen. Der als Zeuge vernommene Architekt X habe bestätigt, dass sie von einem Erfolg dieser Nachbesserung hätten ausgehen dürfen. Deshalb begründe es auch keine Arglist, dass noch in der Versammlung vom 28.9.2004 über eine Sanierung dreier Balkons anderer Wohnungen nach Weisung des Beweissicherungsgutachters H gesprochen worden sei. Wenn die Beklagten bekannte Mängel hätten verschweigen wollen, hätten sie auch nicht ihre Maklerin während der 2005 durchgeführten Maßnahmen zur Unterbrechung ihrer Tätigkeit veranlasst. Ferner folge Arglist nicht daraus, dass die Eigentümergemeinschaft ursprünglich nur eine Sanierung ohne ordnungsgemäße Wärmedämmung in Auftrag gegeben habe. Allein dass sich die Eigentümer auf das aus ihrer Sicht erforderliche Mindestmaß der Sanierung beschränkt hätten, bedeute nicht, dass sie von einer entstehenden oder verbleibenden Mangelhaftigkeit des Gebäudes ausgegangen sein müssten. Wenn sie den Misserfolg der Sanierung nicht auf einen Architekten- oder Ausführungsfehler, sondern auf den eingeschränkten Auftragsumfang zurückgeführt hätten, hätten sie das selbständige Beweisverfahren nicht in dieser Form eingeleitet. Auch der als Zeuge vernommene Verwalter habe bestätigt, dass die Eigentümer eine Wärmedämmung nicht zur Beseitigung der

Feuchteschäden für notwendig gehalten, sondern als Luxussanierung angesehen hätten. Im übrigen habe dieser Zeuge jedenfalls nicht die Mangelkenntnis der Beklagten, für die der Kläger beweisbelastet sei, bestätigt. Die unzureichende Wärmedämmung als solche sei nicht offenbarungspflichtig gewesen, weil das Haus gerade in altersbedingtem Zustand verkauft worden sei. Für eine Kenntnis der Beklagten von dem Gutachten H sei der Kläger beweisfällig geblieben. Soweit die Zeugen bestätigt hätten, dass das Gutachten an den Beirat – dessen Mitglied der Beklagte zu 1 bis März 2004 war – gegangen sei, hätten sie nicht sagen können, an wen genau. Bezüglich des Miteigentümers K und des von ihm eingeholten Privatgutachtens T seien die Beklagten unwiderlegbar davon ausgegangen, dass es sich um einen Querulanten und ein Gefälligkeitsgutachten gehandelt habe. Selbst soweit später auch die Gemeinschaft den Gutachter T beauftragt gehabt habe, sei sie dessen Vorschlägen anschließend nicht gefolgt. Dass die Beklagten in dem Kaufvertrag etwaige Kosten des Rechtsstreits mit K übernommen hätten, zeige ebenfalls, dass sie dessen Beschwerden keine große Bedeutung beigemessen hätten. Eine Pflicht, auch frühere Mängel und das Stattfinden des selbständigen Beweisverfahrens mitzuteilen, habe nicht bestanden. Mängel, von deren vollständiger Beseitigung der Verkäufer ausgehe, müsse er nicht offenbaren. Offenbarungspflichtig sei zwar schon der bloße Verdacht eines schwerwiegenden Mangels, auch einen solchen Verdacht hätten die Beklagten aber nicht nachweislich gehabt. Bezüglich des selbständigen Beweisverfahrens habe der Kläger selbst Kenntnis gehabt, weil es in einem der übergebenen Protokolle erwähnt gewesen sei. Nach allem liege auch bezüglich eines (geringfügigen) für erledigt erklärten Forderungsteiles keine Erledigung vor.

Wegen der weiteren 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.

Gegen das Urteil richtet sich die Berufung des Klägers. Schon im Vorfeld des Verkaufs seien die Beklagten bestrebt gewesen, maßgebliche Informationen zu verschweigen. Bei der Beauftragung der Maklerin hätten sie diese von sich aus weder über gerichtliche Verfahren noch über Bauschäden informiert, auf Nachfrage dann lediglich drei Versammlungsprotokolle übermittelt und auf weitere Nachfrage nur in bagatellisierender Form über den Rechtsstreit mit dem Miteigentümer K unterrichtet. Die Kostenübernahme für diesen Rechtsstreit hätten sie nur widerwillig akzeptiert, woraus im übrigen auch keine Zuversicht hergeleitet werden könne, dass er gewonnen werde. Das selbständige Beweisverfahren hätten sie gänzlich verschwiegen; das überreichte Protokoll vom 21.01.2003 enthalte entgegen dem Landgericht keinen Hinweis darauf. Bei Kenntnis von weiteren Streitigkeiten hätte er, der Kläger, den Vertrag von vornherein nicht geschlossen. Das Landgericht habe den desolaten Zustand des Objekts falsch gewürdigt und aus den vorliegenden Protokollen falsche Schlüsse gezogen. Das Gebäude habe seit seiner Errichtung schwere Mängel gehabt, Mitte der 90er Jahre seien erneut erhebliche Feuchtigkeitsschäden an fast allen Terrassen und Balkons aufgetreten. Der unternommene Sanierungsversuch habe nicht den gewünschten Erfolg gehabt. Es sei nicht richtig, dass er nicht einer notwendigen Mängelbeseitigung gedient, sondern nur eine wünschenswerte Maßnahme dargestellt habe. Es sei nicht bloß um die Renovierung eines 30 Jahre alten Gebäudes gegangen. Das Gebäude sei nur 18 Jahre alt gewesen; wenn in einem solchen Baualter bereits derartige Mängel aufgetreten seien, müsse die Bausubstanz insgesamt schlecht gewesen sein. Ein veranschlagter Sanierungsumfang von gut 350.000 € schon nach dieser Zeit könne nicht auf rein altersbedingte Maßnahmen schließen lassen. Der Beklagte sei über den Vorgang genauestens informiert gewesen, denn er habe sogar die nachfolgende Klage gegen den Architekten vorbereitet und sei von 1998 bis 2004 im Beirat

gewesen. Infolge Richterwechsels während des schriftlichen Verfahrens habe der erkennende Richter nicht über den notwendigen persönlichen Eindruck verfügt. Der eingeschränkte Umfang des selbständigen Beweisverfahrens sei durch den damaligen eingeschränkten Sanierungsauftrag zwangsläufig bedingt gewesen und daher ohne Aussagekraft. Dass die Eigentümer einmal geäußert hätten, keine Luxussanierung zu wollen, heiße nicht, dass es nur um eine allgemeine Verbesserungsmaßnahme und nicht um Schäden gegangen sei. Es ändere nichts daran, dass zu keinem Zeitpunkt Anlass zu der Annahme bestanden habe, die Schäden – die der Kläger im weiteren nochmals zusammenfasst – seien durch die Minimalsanierung beseitigt worden. Auch die Aussage des Zeugen X ergebe das nicht. Er habe nämlich auch ausgesagt, dass die 2007 aufgetretene Feuchtigkeit eben auf dem noch nicht erfolgten Austausch des Fensters beruht habe. Über eine Mängelbeseitigung am Gemeinschaftseigentum habe er ohnehin nichts ausgesagt. Nach allem sei eine arglistige Täuschung zu bejahen. Schließlich aktualisiert der Kläger noch seine Bezifferung der Begleitschäden.

Er beantragt,

das angefochtene Urteil abzuändern und die Beklagten zu verurteilen, als Gesamtschuldner an ihn 110.871,67 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins aus 100.000,00 € seit dem 04.01.2006, aus weiteren 9.300,27 € seit dem 21.06.2008 und aus weiteren 1.571,40 € seit dem 17.12.2009 zu zahlen, Zug um Zug gegen lastenfreie Rückauflassung des in der Urteilsformel näher bezeichneten Wohneigentums nebst Garage und Vorplatz an beide Beklagten je zur Hälfte.

Die Beklagten beantragen,

die Berufung zurückzuweisen und die Klageerhöhung abzuweisen.

Sie verteidigen das Urteil. Das Landgericht habe den dem Kläger obliegenden Arglistnachweis in zutreffender Anwendung höchstrichterlicher Grundsätze für nicht geführt erachtet. Da Zusagen "ins Blaue hinein" von ihnen nicht abgegeben worden seien, schließe ihre unwiderlegbare Gutgläubigkeit im Hinblick auf gegenwärtig vorliegende Mängel, wenn sie auch fahrlässig oder leichtfertig gewesen wäre, Arglist aus. In der Vergangenheit vorliegende Mängel seien nicht offenbarungspflichtig. Ihr guter Glaube habe auf den Erörterungen in den Eigentümerversammlungen beruht, in denen der Verwalter, hinzugezogene Fachleute und die anderen Miteigentümer davon ausgegangen seien, dass durch die nachträglichen Maßnahmen ein für ein 30 Jahre altes Gebäude ordnungsgemäßer Zustand erreicht worden sei. Beweiswürdigungsfehler des Landgerichts habe die Berufungsbegründung nicht aufzuzeigen vermocht. Über die aus ihrer Sicht einzig bedeutsame Streitigkeit mit dem Eigentümer K hätten sie den Kläger aufgeklärt; darüber hinaus seien sie von ihm nicht nach allgemein schwebenden oder in der Vergangenheit geführten Rechtsstreitigkeiten gefragt worden. Das Versammlungsprotokoll vom 21.01.2003 habe auf S. 2 drei ausdrückliche Tagesordnungspunkte "Stand des lfd. Beweissicherungsverfahrens" enthalten. Es werde auch bestritten, dass der Kläger bei zusätzlicher Aufklärung über das selbständige Beweisverfahren vom Kauf Abstand genommen hätte. Den Eigentümern habe bei der Vergabe 1996 nicht klar sein müssen, dass die erforderliche Sanierung des Objekts nicht durchführbar gewesen sei; aus der Nichteinhaltung einer DIN-Norm sei das nicht zu folgern. Der Beklagte zu 1 habe nicht die Klage gegen den damals tätigen Architekten vorbereitet, sondern nur als einer von vier Beteiligten an einem Gespräch mit dem Rechtsanwalt teilgenommen.

Aus dem entsprechenden Vermerk ergebe sich, dass die Gesprächsbeteiligten und der Anwalt durchaus von der Möglichkeit einer ordnungsgemäßen Sanierung ausgegangen seien und lediglich der Miteigentümer K einen weitergehenden Bedarf gesehen habe. Das schriftliche Verfahren sei vom Landgericht ordnungsgemäß durchgeführt worden; auf die Glaubwürdigkeit von Zeugen sei es nicht angekommen und der Kläger erhebe hierzu auch keine Rügen. Ob derjenige Richter, der die Zeugen vernommen habe, zu einer anderen Entscheidung gelangt wäre, sei unerheblich, da die ergangene Entscheidung sich in dem vom Berufungsgericht unüberprüfbar bewertungsrahmen halte, ohne gegen Beweiswürdigungsgrundsätze zu verstoßen. Dass die im Beweissicherungsgutachten H beschriebenen Mängel bei Vertragsschluss noch vorgelegen hätten, bleibe bestritten. Bestritten würden ferner zur Mängelbeseitigung erforderliche Aufwendungen von mindestens 300.000 €.

Der Senat hat ergänzend Beweis erhoben durch erneute Vernehmung des sachverständigen Zeugen Dipl.-Ing. X und der Zeugen L und U. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 18.03.2010 nebst Berichterstattevermerk verwiesen.

### **Entscheidungsgründe:**

II.

Die zulässige Berufung hat auch in der Sache im wesentlichen Erfolg.

1.

Der Kläger hat zunächst Anspruch auf Erstattung des an die Beklagten gezahlten Kaufpreises in Höhe von 100.000,00 € gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB, da der Kaufvertrag vom 03.01.2006 infolge wirksamer Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gemäß §§ 142 Abs. 1, 123 Abs. 1 BGB nichtig ist.

a)

Der Kläger hat die Anfechtung durch das Schreiben vom 03.04.2008 erklärt. Der daneben erklärte Rücktritt ist nach dem ausdrücklichen Vortrag in der Klageschrift nur "höchst vorsorglich", also hilfsweise bzw. nachrangig, ausgesprochen worden. Auch während der gesamten Dauer des Rechtsstreits hat der Kläger nichts vorgetragen, was Anlass zu der Annahme hätte geben können, dass das Schreiben bezüglich der Rangfolge der geltend gemachten Rechtsbehelfe anders zu verstehen gewesen sein könnte.

b)

Der Kläger kann sich auch auf einen Anfechtungsgrund stützen. Die Beklagten haben ihn beim Abschluss des Kaufvertrages arglistig getäuscht, indem sie ihm erhebliche und offenbarungspflichtige Mängel des Wohnungseigentums verschwiegen haben, obwohl sie nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme zumindest damit rechneten und billigend in Kauf nahmen, dass solche – jedenfalls noch zum Teil – vorlagen.

aa)

Die Mängel des Wohnungseigentums lagen darin, dass das Gebäude infolge konstruktiver Fehler, die auch durch die ab 1998 ausgeführten Maßnahmen nicht ordnungsgemäß und nachhaltig beseitigt worden waren, gegen im Balkon- bzw. Terrassenbereich in die Wohnungen eindringende Feuchtigkeit nicht hinreichend abgedichtet war.

(1)

Wegen der technischen Gegebenheiten und Mängelursachen im einzelnen wird auf das Gutachten des Sachverständigen H vom 24.02.2005 mit Ergänzung vom 16.01.2006, das im selbständigen Beweisverfahren der Eigentümergemeinschaft gegen die Beteiligten der o. g. Sanierungsmaßnahmen erstattet worden ist und dessen sachliche Richtigkeit die Beklagten nicht angegriffen haben, Bezug genommen.

(2)

Zwar hatte das selbständige Beweisverfahren mögliche Verstöße gegen die zum Zeitpunkt der damaligen Sanierung geltenden Regeln der Technik zum Gegenstand, und die ursprüngliche Errichtung des Gebäudes ist sogar nach einem noch weiter zurückliegenden technischen Standard erfolgt. Da das Wohneigentum in einem "altersbedingten" Zustand verkauft worden ist (§ 5 Nr. 4 S. 5 des Kaufvertrages), konnte der Kläger als Sollbeschaffenheit nur die Einhaltung dieser Standards erwarten und nicht etwa die Einhaltung des Standes der Technik zum Verkaufszeitpunkt.

Doch auch unter Berücksichtigung dieses Umstandes stellte der Zustand des Gebäudes im Rahmen des Kaufvertrages einen Sachmangel dar. Dass auch schon zum Errichtungszeitpunkt im Jahre 1978 ein Gebäude konstruktiv so beschaffen sein musste, dass die Innenräume gegen Feuchtigkeit aus Niederschlägen normalen Umfangs dicht waren, bedarf keiner näheren Ausführung und ist im Senatstermin durch den sachverständigen Zeugen X noch einmal ausdrücklich bestätigt worden. Bezüglich des Auftretens von Feuchtigkeitserscheinungen durch Kondenswasser aufgrund von Wärmebrücken infolge – aus heutiger Sicht – unzureichender Wärmedämmung mag das anders sein; hierbei handelte es sich aber nur um einen Teil der von dem Sachverständigen H ermittelten Mängel. In erheblichem Maße drang demgegenüber von außen Niederschlagsfeuchte infolge falsch geplanter und/oder ausgeführter Bauteilabdichtungen in die Wohnungen ein.

(3)

Diese aufgrund von Ortsbesichtigungen am 16.01., 03.06., 28.09. und 21.10.2004 festgestellten Mängel waren bis zum Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses, dem 03.01.2006, zumindest nicht vollständig behoben. Wie sich aus dem Protokoll der am Abend des 28.09.2004 abgehaltenen Eigentümerversammlung ergibt, ist dort die notwendige umfassende Sanierung zunächst nur für drei der insgesamt 19 Wohnungen beschlossen und durch eine Sonderumlage von 75.000 € gedeckt worden. In der im Jahre 2005 noch stattgefundenen weiteren Eigentümerversammlung sind weitere Sanierungsmaßnahmen und Umlagen nicht beschlossen worden. Auch der sachverständige Zeuge X und der Wohnungseigentumsverwalter L haben als Zeugen vor dem Senat übereinstimmend bekundet, dass die notwendige Sanierung des gesamten Gebäudes, die im wesentlichen in einer Überarbeitung der Terrassenabdichtungen und einem Austausch der Fensterfronten besteht, aufgrund der finanziellen Situation der

Eigentümergeinschaft bis zum heutigen Tage noch nicht abgeschlossen ist. U. a. stand nach Angabe des sachverständigen Zeugen X im Jahre 2006 noch die Abdichtung der zur Wohnung des Klägers selbst gehörenden Terrasse aus.

(4)

Die Mängel betreffen beide Bestandteile des vom Kläger erworbenen Wohnungseigentums, nämlich das Sondereigentum und seinen quotalen Anteil am Gemeinschaftseigentum.

Das Sondereigentum des Klägers war betroffen, soweit Feuchtigkeit in die Innenräume seiner Wohnung eindrang oder eindringen konnte. Dieser Mangel bestand zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zumindest noch infolge des austauschbedürftigen, aber noch nicht ausgetauschten Terrassenfensters.

Darüber hinaus war aber auch das Gemeinschaftseigentum mit den Mängeln behaftet. Bei den defekten Bauteilen handelt es sich nämlich um solche, die, sowohl soweit sie im Bereich der klägerischen Wohnung als auch soweit sie im Bereich der übrigen Eigentumswohnungen liegen, nach der Teilungserklärung und dem Wohnungseigentumsgesetz im Gemeinschaftseigentum stehen.

Was die Balkons bzw. Terrassen anbetrifft, so gehören diese entgegen der Auffassung der Beklagten nicht deshalb zum Sondereigentum der jeweiligen Wohnungen, weil sie in § 2 Abs. 1 der Teilungserklärung bei jeder Wohnung hinter dem Einleitungssatz " ... verbunden mit dem Sondereigentum an ... der Wohnung ... bestehend aus ..." mit aufgeführt sind. Vielmehr dient die Aufzählung der Terrassen – wie auch der anderen Räume der Wohnung – an dieser Stelle ersichtlich nur der Wohnungsbeschreibung. Ansonsten würden auch alle sonstigen Bauteile, die sich räumlich im Bereich der beschriebenen Wohnungen befinden, z. B. auch tragende Wände, zum Sondereigentum gehören, was aber nach § 5 Abs. 1, 2 WEG nicht zutreffend ist.

Im einzelnen verhält sich ausdrücklich § 3 Abs. 2 und 3 der Teilungserklärung über die Abgrenzung. Nicht Sondereigentum, sondern Gemeinschaftseigentum sind danach insbesondere

– der Fußbodenunterbau der Terrassen einschließlich der in ihm befindlichen Abdichtung, denn Sondereigentum ist nach § 3 Abs. 3 S. 3 Nr. 1 der Teilungserklärung nur der Fußbodenbelag (vgl. auch OLG München NZW 2007, 369; BeckOK/Hügel, WEG, 2009, Rn. 10 zu § 5);

– die Außenfassade des Gebäudes, die im Bereich der Terrassen bzw. Balkons durch deren Brüstungen gebildet wird und von vornherein nicht Teil der Wohnungsräumlichkeiten ist (vgl. OLG München a. a. O.);

– sowie die Terrassentüren und -fenster im Umkehrschluss aus § 3 Abs. 3 S. 3 Nr. 4 der Teilungserklärung, wonach nur Innenfenster und Innentüren Sondereigentum sind.

Schließlich führt auch der Gesichtspunkt, dass die einzelnen Eigentümer nach § 8 der Teilungserklärung teilweise für die Instandsetzung von Bauteilen im Gemeinschaftseigentum innerhalb des räumlichen Bereichs ihres Sondereigentums aufkommen müssen, nicht zu einer anderen Beurteilung. Zum einen würde eine rein schuldrechtliche Kostentragungspflicht eines anderen Miteigentümers nicht

dazu führen, dass ein physisch vorliegender Defekt eines zum Gemeinschaftseigentum gehörenden Bauteils keinen Mangel desselben mehr darstellen würde. Zum anderen trifft § 8 der Teilungserklärung den vorliegenden Fall auch gar nicht, weil die fraglichen Mängel weder auf unsachgemäßer Behandlung beruhen (Nr. 1 S. 2) noch reine Glasschäden (Nr. 1 S. 3) oder Schönheitsreparaturen (Nr. 1 S. 4) darstellen.

bb)

Die Mängel des verkauften Wohnungseigentums waren des weiteren offenbarungspflichtig.

(1)

Aufgrund ihres Umfangs und der durch sie hervorgerufenen Kostenbelastung jedes einzelnen Wohnungseigentümers waren sie so erheblich, dass davon auszugehen war, dass ein Kaufinteressent, wenn er von ihnen Kenntnis gehabt hätte, den Vertrag nicht oder zumindest nicht zu denselben Konditionen, insbesondere zu demselben Kaufpreis geschlossen hätte.

(2)

Ferner waren die Mängel für den Kläger nicht bereits ohne ausdrückliche Aufklärung hinreichend erkennbar.

Da sichtbare Feuchtigkeitserscheinungen bei der damaligen Besichtigung durch den Kläger nicht vorhanden waren, hätte sich eine Erkennbarkeit allenfalls aus den ihm überlassenen Versammlungsprotokollen ergeben können. Das ist aber auf der Grundlage der zutreffenden höchstrichterlichen Rechtsprechung, die im Regelfall auf eine unmittelbare Besichtigung abstellt und vor allem verlangt, dass die Erkennbarkeit "ohne weiteres" gegeben ist (vgl. BGH NJW 2003, 1316, Juris-Rn. 11; IBR 2002, 383, Juris-Rn. 10), zu verneinen. Die in dem Protokoll vom 11.03.2004 enthaltenen Hinweise waren, zumal im Verhältnis zum Schadensumfang, nur sehr vage. Das Protokoll vom 21.01.2003 beinhaltete zu dem Punkt "Stand des lfd. Beweissicherungsverfahrens" keinerlei sachliche Information, sondern nur die Anmerkung "Kein Beschluss", wovon abgesehen das Verfahren zu diesem Zeitpunkt auch noch gar nicht lief. An dem fehlenden Informationsgehalt der bloßen Überschrift vermochte es auch nichts zu ändern, dass sie sich formal "sogar" auf mehrere Tagesordnungspunkte ("5.-8.") bezog. Das dritte überlassene Protokoll vom 15.03.2005 enthielt überhaupt keine Hinweise. Insgesamt hätten die Protokolle daher allenfalls Anlass zu weiteren Nachforschungen geben können. Damit aber bestand eine Erkennbarkeit gerade nicht, wie vom BGH zu Recht gefordert, "ohne weiteres". Der unmittelbaren Wahrnehmbarkeit des äußerlichen Erscheinungsbildes eines Mangels bei einer üblichen Besichtigung kann ein "Nachforschungsanlass" in einem schriftlichen Protokoll nicht gleichstehen. Die "im eigenen Interesse gebotene Sorgfalt des Käufers" (vgl. BGH a. a. O.) würde überspannt, wenn man auch solche eigenen weiteren Nachforschungen von ihm verlangen, und damit eine nur mittelbare Erkennbarkeit ausreichen lassen würde.

cc)

Die Beklagten haben die Mängel dem Kläger vor Vertragsschluss nicht mitgeteilt. Der Hinweis in § 7 Nr. 3 des Kaufvertrages, dass zwischen der Eigentümergemeinschaft und dem Miteigentümer K ein Rechtsstreit "wegen Mängel"

anhängig sei, stellte wegen der fehlenden Bezeichnung der Mängel keine hinreichende Information dar, zumal die Klausel ihrem Sinn und ihrer systematischen Stellung im Vertrag nach keine Aufklärung über Mängel bezweckte, sondern die Übernahme etwaiger aus dem Rechtsstreit resultierender Prozesskosten durch die Beklagten zum Gegenstand hatte.

dd)

Die Beklagten handelten dabei entgegen dem angefochtenen Urteil auch vorsätzlich.

(1)

Von der Mangelhaftigkeit des Gebäudes zum Stichtag 28.09.2004 hatte der Beklagte zu 1 zur Überzeugung des Senats positive Kenntnis.

Das ergibt sich zum einen wiederum aus den übereinstimmenden Aussagen der Zeugen X und L in Verbindung mit dem Protokoll der Eigentümerversammlung vom 28.09.2004, bei der der Beklagte zu 1 unstreitig anwesend war. Beide Zeugen haben, wie bereits bei ihrer Vernehmung durch das Landgericht, erneut bestätigt, dass die am selben Tage von dem Sachverständigen H vor Ort getroffenen Feststellungen bei der Versammlung bekanntgegeben worden seien. Dabei sei auch erläutert worden, dass im Ergebnis die Sanierung sämtlicher Terrassen und Fensterfronten notwendig sei, auch wenn zunächst aus finanziellen Gründen nur mit den drei Wohnungen, wo die größte Dringlichkeit bestanden habe, habe begonnen werden können.

Zum anderen hat der Zeuge U ein Schreiben vom 01.03.2002 an den damaligen Wohnungseigentumsverwalter zur Akte gereicht, das er nach glaubhafter Angabe zusammen mit dem Beklagten zu 1, mit dem er damals im Verwaltungsbeirat der Eigentümergemeinschaft war, abgefasst hat. (Von diesem Datum an bis zu der o. g. Eigentümerversammlung vom 28.09.2004 ist der Bauzustand nicht verändert worden.) In dem Schreiben war ausdrücklich davon die Rede, dass im Balkonbereich der Wohnung K sowie der anderen ab 1998 sanierten Wohnungen "Schäden" vorhanden seien; der von dem damaligen Gutachter T geäußerte Verdacht auf eine unfachgerechte Ausführung dieser Sanierungsarbeiten wurde als "begründet" bezeichnet.

Durch die Mitwirkung des Beklagten zu 1 an diesen Ausführungen ist insbesondere belegt, dass er nicht etwa davon ausgegangen ist, der Zustand des Gebäudes entspreche dem Normalzustand aufgrund eines Errichtungszeitpunktes, in dem noch geringere Dichtigkeitsstandards vorherrschten, d. h. einem "altersgerechten" Zustand. Eine solche Annahme wäre auch lebensfremd gewesen. Insbesondere dass die 1998 in Angriff genommenen Maßnahmen nicht zur Beseitigung echter Schäden, sondern nur zur Anhebung eines Dichtigkeitsstandards der 70er Jahre auf denjenigen der 90er Jahre gedient haben sollten und dass deshalb selbst ein Fehlschlag dieser Maßnahmen nicht den Schluss auf einen im Ergebnis mangelhaften Zustand erlaube, kann er nicht ernsthaft angenommen haben. Gerade dass die Eigentümer bei den seinerzeitigen Maßnahmen bewusst die Nichteinhaltung bestehender Normen in Kauf genommen haben, um Kosten zu sparen (vgl. Protokoll der Versammlung vom 15.04.1996, bei der auch der Beklagte zu 1 anwesend war), wäre nicht mit einer Motivation vereinbar gewesen, das Gebäude auf den seinerzeitigen "neuesten Stand" zu bringen.

(2)

Mit ihrer Behauptung, sie seien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses allenfalls fahrlässig davon ausgegangen, die am 28.09.2004 noch vorhandenen Mängel seien mittlerweile behoben worden, können die Beklagten keinen Erfolg haben.

Für ein Vertrauen darauf, dass der durch Fachleute beratene Wohnungseigentumsverwalter die Mängelbeseitigung schon ordnungsgemäß veranlasst haben würde, fehlte jegliche Tatsachengrundlage. Insbesondere da der Beklagte zu 1 mitbekommen hatte, dass bereits für die Sanierung dreier von 19 Wohnungen eine Umlage von 75.000 € erhoben werden musste, kann er nicht davon ausgegangen sein, dass dennoch bis zum 03.01.2006, ohne dass es bis dahin zur Erhebung weiterer Umlagen gekommen ist, das Gebäude in einen auch nur "altersgerechten" mängelfreien Zustand – d. h. Dichtigkeit – versetzt worden sein konnte. Das hätte im übrigen auch das Stattfinden umfangreicher Bauarbeiten an der gesamten Terrassenfront des Gebäudes bedingt, die den Beklagten nicht hätten entgehen können. Vor allem dass die Abdichtung ihrer eigenen Terrasse und der Austausch ihrer eigenen Terrassenfenster noch nicht durchgeführt war, war ihnen zwangsläufig bekannt. Soweit der sachverständige Zeuge X vor dem Landgericht angegeben hat, die Beklagten hätten von einem Erfolg der Ende 2005 ausgeführten Reparaturmaßnahme ausgehen können, hat er schon ausweislich des Protokolls seiner Aussage nur davon gesprochen, dass "dort", also in dem reparierten Bereich, keine Feuchtigkeit mehr zu erwarten gewesen sei. Und selbst ein Vertrauen auf die Dichtigkeit der eigenen Wohnung hätte die Mangelhaftigkeit des Gemeinschaftseigentums, welche sich wie gesagt auf die Terrassen und Fensterfronten auch der anderen Wohnungen erstreckte, unberührt gelassen.

Hatten die Beklagten nach allem keine Tatsachengrundlage für eine Annahme, die ihnen positiv bekannten ursprünglichen Mängel seien bis zum Vertragsschluss beseitigt worden, so stellt sich die Nichtaufklärung des Klägers als ein Fall des billigenden Inkaufnehmens verbleibender Mängel, also des bedingten Vorsatzes, und nicht nur der Fahrlässigkeit, dar.

ee)

Die arglistige Täuschung war für die vertragliche Willenserklärung des Klägers ursächlich. Dass er bei ordnungsgemäßer Aufklärung über die Mängel des Sonder- und Gemeinschaftseigentums den Kaufvertrag zumindest nicht zu den gleichen Bedingungen, insbesondere zum selben Kaufpreis, abgeschlossen hätte, unterliegt keinem vernünftigen Zweifel.

c)

Die Anfechtungsfrist gemäß § 124 BGB, ein Jahr ab Entdeckung der Täuschung, ist gewahrt.

Der Kläger hat nach seinem Vortrag durch ein Anwaltsschreiben vom 20.09.2007 von den Mängeln am Gemeinschaftseigentum Kenntnis erlangt (S. 5 unten der Klageschrift); in seiner eigenen Wohnung sind ausweislich der Rechnung Anlage K 21 am 03.08.2007 die Fenster ausgetauscht worden, so dass möglicherweise bezüglich des Sondereigentums schon im Sommer 2007 Mängelkenntnis vorlag. Das ist damit nach dem Klägervorbringen der früheste Zeitpunkt, in dem eine Entdeckung der Täuschung i. S. d. § 124 Abs. 2 S. 1 BGB festzustellen wäre. Konkrete Umstände, aus denen ein früherer, insbesondere länger als ein Jahr vor dem Anfechtungsschreiben vom 03.04.2008 zurückliegender Entdeckungszeitpunkt

zwingend zu schlussfolgern wäre, haben die beweisbelasteten (vgl. BGH NJW 1992, 2346) Beklagten nicht vorgetragen und unter Beweis gestellt.

d)

Aus demselben Grund kommt auch kein Ausschluss der Rückabwicklung bzw. des Anfechtungsrechts oder auch nur eine Ausgleichspflicht des Klägers unter dem Gesichtspunkt in Betracht, dass er durch die Belastung mit einem Mietverhältnis, welches die Beklagten nach § 566 Abs. 1 BGB übernehmen müssen, eine Verschlechterung des Rückgewährobjekts herbeigeführt hätte.

Selbst bei einem bloßen Rücktrittsrecht, wie es im Rahmen der Gewährleistungsregeln bestehen würde, würde eine vom Berechtigten zu vertretende Verschlechterung pp. des zurückzugewährenden Gegenstandes nach der seit 2002 geltenden Fassung des BGB nämlich keinen Ausschlussstatbestand mehr bilden (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Aufl., Rn. 3 vor § 346). Das muss erst recht für den weiterreichenden Rechtsbehelf der Anfechtung gelten.

Doch auch einen Wertausgleich muss der Kläger nicht leisten, weil auch ein solcher selbst bei einem Rücktrittsrecht erst für Handlungen ab Kenntnis oder Kennenmüssen des Rücktrittsgrundes in Betracht käme (vgl. Palandt/Grüneberg Rn. 18 zu § 346). Im vorliegenden Fall ist die letzte Neuvermietung im August 2007 erfolgt, und damit bevor dem Kläger die Täuschung jedenfalls bezüglich der Mängel am Gemeinschaftseigentum bekannt geworden ist.

2.

Weiter hat der Kläger Anspruch auf Erstattung seiner im Vertrauen auf die Wirksamkeit des Vertrages getätigten Aufwendungen in Höhe von 7.246,67 € aus § 280 Abs. 1 i. V. m. §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

Mit dem arglistigen Verschweigen der dem Kaufobjekt anhaftenden Mängel haben die Beklagten zugleich ihre vorvertraglichen Aufklärungspflichten vorsätzlich verletzt. Aufgrund des vorsätzlichen Handelns ist die Anspruchsgrundlage des Verschuldens beim Vertragsschluss nicht durch die vorrangigen Gewährleistungsregeln verdrängt (vgl. BGH NJW 2009, 2120).

Der Höhe nach errechnet sich der Anspruch wie folgt:

a)

Unstreitig sind dem Kläger Aufwendungen i. H. v.

2.610,00 € für Maklergebühren,

3.500,00 € für Grunderwerbssteuer,

741,82 € für Notarkosten,

66,85 € für Notarkosten der Eigentümergemeinschaft,

207,00 € für Gerichtskasse,

3 x 195,40 € für Grundsteuern 2006 bis 2008,  
21,09 € für Niederschlagsgebühren Garage 2007,  
21,13 € für Niederschlagsgebühren Garage 2008,  
332,08 € für Putzausbesserung,  
3.259,70 € für Hausgeld 2006,  
3.493,27 € für Hausgeld 2007,  
3.406,71 € für Hausgeld 2008,  
777,75 € für Sonderumlage Mai 2008,  
71,24 € für Wohnungsinserate,  
777,75 € für Sonderumlage Juli 2008,  
2.065,00 € für Hausgeld Januar bis Juli 2009,  
215,05 € für Grundbesitzabgaben 2009,  
777,75 € für Sonderumlage Mai 2009,  
1.475,00 € für Hausgeld August bis Dezember 2009,  
777,75 € für Sonderumlage 1.8.2009 und  
2.074,00 € für Sonderumlage 15.8.2009  
entstanden.

b)

Weitere Aufwendungen für die Erneuerung von Fußboden (1.585,78 €) und Fenstern (1.713,75 €), als solche unstreitig, sind entgegen der Auffassung der Beklagten ebenfalls erstattungsfähig. Dafür muss es sich nämlich nicht um notwendige Maßnahmen gehandelt haben. Vielmehr sind auch lediglich nützliche Aufwendungen im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs zu erstatten, weil auch sie ohne das schädigende Ereignis nicht entstanden wären (Ursächlichkeit) und ferner ihre Zurechenbarkeit zu bejahen ist. Die Zurechenbarkeit würde nur bei Schadensfolgen fehlen, die außerhalb jeglicher Erwartung lägen, vom Schutzzweck der vom Schädiger verletzten Norm bzw. Pflicht nicht gedeckt wären oder auf einer eigenen unvernünftigen Entscheidung des Geschädigten beruhen würden. All das ist hier nicht der Fall; vielmehr war es sinnvoll, die Maßnahmen, die letztlich zur Beseitigung der in diesem Rechtsstreit gegenständlichen Mängel dienen sollten, ausführen zu lassen.

c)

Im Rahmen der Vorteilsausgleichung gegenzurechnen sind die vom Kläger im fraglichen Zeitraum vereinnahmten Mieten, die er selbst mit 13.760,00 € für Mai 2006 bis Dezember 2008, weiteren 3.150,00 € für Januar bis Juli 2009 und weiteren 2.775,00 € für August bis Dezember 2009 angegeben hat.

Darüber hinaus sind aber noch weitere 3.625,00 € abzuziehen, weil die o. g. vom Kläger bezifferten Mieteinnahmen für Mai 2006 bis Juli 2009 lediglich die Netto- bzw. Kaltmieten darstellen, er aber sich tatsächlich, wie auch ab August 2009 geschehen, die vollen Warmmieten anrechnen lassen muss. Das ergibt sich daraus, dass er die Nebenkosten – in Gestalt der Hausgeldvorauszahlungen – im Gegenzug auch auf der Ausgabenseite geltend macht. Der Betrag von 3.625,00 € ergibt sich aus der Differenz zwischen der Warmmiete von 555,00 € monatlich und den Kaltmieten von 470,00 € monatlich (d. h. 85,00 €) für die 13 Monate von Mai 2006 bis Mai 2007 und von 450,00 € monatlich (d. h. 105,00 €) für die 24 Monate von August 2007 bis Juli 2009.

3.

Beiden Ansprüchen stehen Zurückbehaltungsrechte der Beklagten gemäß § 273 BGB entgegen, weil sie ihrerseits gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB Anspruch auf Rückübertragung der Wohnung nebst Garage und Vorplatz haben.

Bezüglich der Schadensposition "Grunderwerbssteuer" besteht ferner ein Zurückbehaltungsrecht wegen eines Anspruchs auf Abtretung einer etwaigen Rückerstattungsforderung gegen das Finanzamt gemäß § 16 Abs. 2 Nr. 2, 3 Grunderwerbssteuergesetz. Entgegen der Auffassung der Beklagten muss der Kläger nicht selbst dafür Sorge tragen, dass die Grunderwerbssteuer an ihn zurückerstattet wird. Der Entscheidung des 7. Zivilsenates des BGH, wonach die Entstehung eines Schadens so lange nicht feststehen soll, wie ungeklärt ist, ob das Finanzamt die Steuer zurückzahlt (NJW 2002, 2470), ist nicht zu folgen. Vielmehr ergibt sich der Schaden bereits daraus, dass der Kläger die Steuer aus seinem Vermögen bezahlt hat; entsprechend ist die Position auch oben in die Schadensberechnung eingestellt worden. Der durch die Rückabwicklung des Kaufvertrages bedingte Erstattungsanspruch gegen das Finanzamt ist lediglich ein ausgleichender Vorteil, der den Beklagten folglich im Wege der Abtretung herausgegeben werden muss (vgl. BGH [5. Zivilsenat] DNotZ 1993, 696).

Auch insoweit war daher gemäß § 274 Abs. 1 BGB die Verurteilung nur Zug um Zug gegen Erbringung der Gegenleistung auszusprechen.

4.

Der Zinsanspruch ist gemäß § 291 BGB ab dem Tag nach jeweiliger Rechtshängigkeit (§ 187 Abs. 1 BGB) gerechtfertigt. Das den Beklagten zustehende Zurückbehaltungsrecht steht dem Zinsbeginn nicht entgegen, weil sie ihre eigene Leistung nicht zu erbringen bereit waren und sich daher gemäß § 298 BGB in Annahmeverzug befanden.

Voraussetzungen für einen früheren Zinsbeginn, insbesondere eine verzugsbegründende Mahnung, sind nicht vorgetragen.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 92 Abs. 2, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor.

