
Datum: 29.05.2007
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 21. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 21 U 73/06
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2007:0529.21U73.06.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 9 O 209/04

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird – unter Zurückweisung des weitergehen-den Rechtsmittels – das am 04.04.2006 verkündete Urteil des Landgerichts Essen abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 5.105,- EUR zu zahlen Zug um Zug gegen Beseitigung des Mangels an der Eigentumswohnung der Beklag-ten Nr. 3 im Hause I-Strasse in I, der darin besteht, dass der Bereich vor dem Badezimmer der Wohnung der Beklagten gepflastert und dadurch zur Terras-se der Nachbarwohnung Nr. 4 gehörig erscheint.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen werden gegeneinander aufge-hoben.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:	1
(abgekürzt gemäß §§ 540 Abs. 2, 313a Abs. 1 S. 1 ZPO)	2
Die zulässige Berufung hat in der Sache teilweise Erfolg.	3
Die Klägerin hat gegen die Beklagte noch einen Restwerklohnanspruch gemäß § 631 Abs. 1 BGB in Höhe von 5.105,- EUR, der entgegen dem landgerichtlichen Urteil auch fällig ist. Gegenüber diesem Restwerklohnanspruch steht der Beklagten jedoch ein Leistungsverweigerungsrecht zu, weil die Klägerin gemäß § 634 Nr. 1, 635 BGB noch einen Mangel beseitigen muss und zwar mit einem voraussichtlich die Forderung übersteigenden Kostenaufwand.	4
I.	5
Die Klägerin hat gegen die Beklagte aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Bauträgervertrag vom 30.08.2002 Anspruch auf Zahlung der Schlussrate. Nachdem die Beklagte auf die Schlussrate einen Betrag in Höhe von 2.000,- EUR gezahlt hat, steht noch ein Betrag in Höhe von 5.105,- EUR zur Zahlung offen.	6
II.	7
Dieser Restwerklohnanspruch ist auch fällig.	8
Die Fälligkeitsvoraussetzung für die Schlussrate gemäß § 8 Nr. 3 Buchstabe I) des notariellen Vertrages vom 30.08.2002, die vollständigen Fertigstellung des Objektes, ist trotz des noch vorliegenden Mangels gegeben.	9
Was unter dem Begriff der "vollständigen Fertigstellung", wie er in dem Notarvertrag in Anlehnung an die Formulierung in § 3 Abs. 2 MaBV verwendet wird, zu verstehen ist, wird in der Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beurteilt.	10
Nach einer Ansicht soll die vollständige Fertigstellung mit Blick auf § 12 Abs. 1 VOB/B dem Zeitpunkt der Abnahmereife entsprechen (OLG Düsseldorf BauR 1982, 168 f). Sie liegt danach vor, wenn die Bauleistung funktionell soweit fertig gestellt ist, dass sie ungehindert und bestimmungsgemäß in Gebrauch genommen werden kann; das Gewerk muss danach (nur) im Wesentlichen mangelfrei sein.	11
Nach anderer Auffassung soll von einer vollständigen Fertigstellung erst dann auszugehen sein, wenn alle Mängel vollständig beseitigt sind. Dabei sollen allerdings "unwesentliche" Mängel über § 242 BGB unberücksichtigt bleiben (OLG Naumburg, IBR 1999, 532, OLG Koblenz, NJW-RR 1999, 671, OLG Hamm, BauR 2002, 641, OLG Düsseldorf, BauR 2003, 93).	12
Dem ist für den vorliegenden Fall zu folgen.	13
Hätten die Parteien eine Gleichsetzung der vollständigen Fertigstellung mit der Abnahmereife gewollt, so hätten sie den Begriff der vollständigen Fertigstellung im Vertrag nicht zu verwenden brauchen, sondern es bei der Abnahme als gesetzlicher Fälligkeitsvoraussetzung bewenden können. Im Hinblick darauf, dass die 11. Rate an die Bezugsfertigkeit und	14

Besitzübergabe knüpft, muss aber die zur Fälligkeit der Schlussrate erforderliche "vollständige Fertigstellung" ein anderer Zeitpunkt sein als die Abnahme oder Abnahmereife (OLG Düsseldorf aaO).

Danach ist zwar mit dem Landgericht davon auszugehen, dass Fälligkeit der Schlussrate vorliegend mit der Fertigstellung des Objekts nicht nur die Abnahme, sondern darüber hinaus auch die Beseitigung aller Mängel erfordert. Einschränkend kann dies allerdings bei vorausgegangener Abnahme nur für solche Mängel gelten, die bei der Abnahme bereits zutage getreten und gerügt worden sind, sog. Protokollmängel. Denn in einer Abnahme unter Mängelvorbehalt ist die Erklärung zu erblicken, das Bauvorhaben dann als vollständig fertig gestellt anzusehen, wenn die vorbehaltenen Mängel beseitigt worden sind. Selbst wenn dann später Mängel gerügt werden, die nicht in dem Abnahmeprotokoll aufgeführt sind, ist davon auszugehen, dass diese Voraussetzung erfüllt ist. Eine einmal eingetretene Fälligkeit kann nicht nachträglich entfallen (Grziwotz/Koeble, Handbuch Bauträgerrecht 2004, 3. Teil, Rdn. 564). 15

Vorliegend ist eine Abnahme sowohl das Gemeinschaftseigentum als auch das Sondereigentum betreffend jedoch ohne Mangelbeanstandung erfolgt. Mit dieser vorbehaltlosen Abnahme haben die Parteien das Werk als vollständig fertig gestellt definiert. Der nunmehr nach Abnahme gerügte Mangel kann daher, auch wenn er als wesentlich zu qualifizieren sein sollte, die Bejahung der Fälligkeitsvoraussetzung der "vollständigen Fertigstellung" nicht mehr hindern. 16

III. 17

Der Beklagten steht jedoch ein Leistungsverweigerungsrecht zu, weil die Werkleistung der Klägerin mit einem Mangel behaftet ist und die Klägerin daher gemäß § 634 Nr. 1, 635 BGB zur Nachbesserung verpflichtet ist. Dieses Leistungsverweigerungsrecht kann die Beklagte dem restlichen Vergütungsanspruch in voller Höhe gemäß § 320 BGB entgegenhalten. 18

1. 19

Der Beklagten steht wegen des von ihr geltend gemachten Mangels ein eigenes Zurückbehaltungsrecht zu, das sie unabhängig von der Wohnungseigentümergeinschaft geltend machen kann. Denn der in Rede stehende Mangel bezieht sich nicht (ausschließlich) auf das Gemeinschaftseigentum, so dass es auf die in der Rechtsprechung umstrittene Frage, ob dem einzelnen Erwerber wegen eines Mangels des Gemeinschaftseigentums ein Zurückbehaltungsrecht zusteht, nicht ankommt. Vielmehr handelt es sich um einen Mangel, der vom Gemeinschaftseigentum, der Außenanlage, auf den Bereich des Sondereigentums der Beklagten ausstrahlt. Denn vorliegend begründet die Ausgestaltung der Außenanlage, also des Gemeinschaftseigentums, gerade und ausschließlich eine besondere Beeinträchtigung der Nutzbarkeit der im Sondereigentum der Beklagten stehenden Wohnung. 20

2. 21

Die Ausgestaltung des Außenbereichs vor dem Badezimmerfenster der Beklagten stellt in der derzeitigen Form einen Mangel der von der Beklagten erworbenen Eigentumswohnung dar. Zu Recht hat das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung in der Abweichung von dem Aufteilungsplan auch eine Abweichung von der vertraglich geschuldeten Leistung gesehen, die für die von der Beklagten erworbenen Eigentumswohnung einen Mangel darstellt. 22

a)

Gemäß § 633 Abs. 2 BGB ist ein Werk mangelhaft, wenn es nicht die vereinbarte Beschaffenheit aufweist. Die Frage des Leistungsinhalts und damit korrespondierend die Mangelhaftigkeit sind im Wege der Auslegung der zwischen den Parteien getroffenen Beschaffenheitsvereinbarung zu ermitteln. Der Leistungsinhalt ergibt sich vorliegend zunächst aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Bauträgervertrag. Darin ist in § 16 Nr. 5 die Teilungserklärung vom 29.08.2000 für verbindlich erklärt worden, welche die Grenzen von Sonder- und Gemeinschafts- sowie der Sondernutzungsrechte festgelegt hat. Mit der Einbeziehung der Teilungserklärung wurde zudem der dieser Teilungserklärung zu Grunde gelegte amtliche Aufteilungsplan in den Vertrag einbezogen. Zwar hat die Teilungserklärung samt Aufteilungsplan in erster Linie die Funktion, die Rechtsverhältnisse zwischen den Wohnungseigentümern zu regeln; gleichwohl kommt ihnen auch im Verhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber der Wohnung eine große Bedeutung als Konkretisierung des Vertragsgegenstandes zu. Danach sind nur geringfügige Abweichungen von dem Aufteilungsplan als unerheblich anzusehen; darüber hinausgehende Abweichungen stellen sich sodann als fehlerbegründend dar (vgl. OLG Hamm, NJW-RR 2002, 415 f).

24

Vorliegend ist die Klägerin bei der Bauausführung von dem Aufteilungsplan abgewichen, da die Maße der dort aufgeführten Terrasse der Wohnung Nr. 4 verändert ausgeführt worden sind. Die Terrassenplattierung endet mittig unter dem Bereich des Badezimmerfenster der Wohnung der Beklagten, während der Terrassenbereich nach dem Aufteilungsplan nur bis zu der zwischen den Wohnungen liegenden Wand reichen sollte.

25

b)

Diese Abweichung wirkt sich negativ auf die Gebrauchstauglichkeit der von der Beklagten erworbenen Wohnung aus. Zwar betrifft die Abweichung der tatsächlichen Bauausführung von dem Aufteilungsplan nicht die Wohnung der Beklagten selbst, sondern ein Sondernutzungsrecht, welches nach der Teilungserklärung einer anderen Wohnung zugeordnet ist. Diese Abweichung wirkt sich daher zunächst einmal im Verhältnis zum Gemeinschaftseigentum aus. Gleichwohl bedingt die Ausgestaltung der Außenanlage in ihrer derzeitigen Form auch eine Beeinträchtigung des Sondereigentums der Beklagten. Denn – wie der im Senatstermin am 07.11.2006 ergänzend gehörte Sachverständige Dipl.- Ing. U anhand der vorgelegten Lichtbilder anschaulich dargestellt hat - reicht der plattierte Bereich unmittelbar in den sensiblen Bereich vor dem Badezimmerfenster der Beklagten hin. Die äußere Gestaltung dieses Bereiches vermittelt den Eindruck, dass diese Fläche zum Aufenthalt von Personen geradezu bestimmt und dafür angelegt ist. Sie gibt damit eine bestimmte Art der Nutzung dieses Bereiches als Aufenthaltsort für die Bewohner der Nachbarwohnung vor. Diese Nutzung des Bereichs vor dem Badezimmerfensters stellt auch aus Sicht des Senates eine erhebliche Beeinträchtigung des Wohngebrauchs der von der Beklagten erworbenen Wohnung dar. Die Möglichkeit des Einblicks in den besonders sensiblen und intimen Bereich vermag eine beträchtliche Beeinträchtigung des Wohlbefindens des Bewohners zu begründen und kann in diesem Fall zu Verhaltensmaßnahmen nötigen, die die persönliche Freiheit durchaus erheblich beschränken. Damit ist eine deutliche Minderung der Wohnqualität der betroffenen Wohnung verbunden. Dass der Einblick in das Fenster in geschlossenem Zustand durch die Ornamentglasscheibe erschwert wird, ändert an dieser grundsätzlich vorhandenen Beeinträchtigung nichts. Sie zwingt jedenfalls dazu, das Fenster stets geschlossen zu halten, wenn der Einblick fremder Personen in das Badezimmerfenster als belästigend empfunden wird.

26

27

c)

28

Die dargestellte Beeinträchtigung stellt eine negative Abweichung vom Vertragssoll des zwischen den Parteien geschlossenen Erwerbsvertrages und damit einen Werkmangel dar.	29
Zwar ist der Klägerin zuzugestehen, dass die Beklagte aufgrund der vertraglichen Vereinbarungen keinen Anspruch darauf hat, dass der Außenbereich in einer Weise zu gestalten ist, in der ein Betreten der Fläche vor dem Badezimmerfenster gänzlich ausgeschlossen oder auch nur erschwert ist. Eine vertragliche Bindung zur Herstellung eines unzugänglichen Außenbereichs besteht danach nicht. Jedoch konnte die Beklagte aufgrund der Grundrissplanung davon ausgehen, dass sich vor ihrem Badezimmerfenster jedenfalls keine - fremden Sondernutzungsrecht unterliegende - Terrasse, sondern eine nicht besonders befestigte und gestaltete Außenanlage befinden würde. Eine solche Geländegestaltung schließt zwar den Zugang von Personen nicht aus, gibt sie aber – anders als der derzeitige Zustand der Plattierung – auch nicht vor.	30
d)	31
Ein Werkmangel wäre auch dann zu bejahen, wenn – wie die Klägerin vorträgt – der Außenbereich vor dem Badezimmerfenster der Beklagten nicht mehr der Sondernutzung durch die Eigentümer der Wohnung Nr. 4 unterliegen würde, sondern zum jedem Wohnungseigentümer zustehenden Gemeinschaftseigentum gehören würde und nur der "Einfachheit halber" mit plattiert worden wäre. Denn entscheidend ist allein, welchen Eindruck die Anlage vermittelt. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme und der Erörterungen im Termin bestehen insoweit keine Zweifel, dass die bis zum Fenster der Wohnung der Beklagten fortgeführte Plattierung jedenfalls den Eindruck vermittelt, auch dieser Bereich gehöre zu der der Nachbarwohnung zugeordneten Terrasse. Der Mangel besteht bereits in der tatsächlich gegebenen Ausgestaltung, die aus objektiver Sicht vorgibt, zur Sondernutzung als Terrasse bestimmt zu sein. Daher kommt es für die Frage, ob die Außengestaltung einen Mangel darstellt, auch nicht darauf an, ob und in welcher Weise die derzeitigen Mieter den in Rede stehenden Außenbereich nutzen. Entscheidend ist allein, welche Nutzung die Außengestaltung ihrem objektiven Erscheinungsbild vorgibt. Im Übrigen haben die Eigentümer der Nachbarwohnung zu erkennen gegeben, dass sie den fraglichen Bereich als zu ihrem Sondernutzungsrecht gehörend betrachten, unabhängig davon, ob er derzeit auch in einer solchen Weise genutzt wird. Unstreitig verweigern sie mit diesem Argument die Entfernung der Plattierung, sofern nicht gleichzeitig die Terrasse in ihrer ursprünglich geplanten Form hergestellt wird.	32
3.	33
Die veränderte Außengestaltung hält sich auch nicht mehr im Rahmen des in der Teilungsvereinbarung und dem Bauträgervertrag vorbehaltenen Gestaltungs- und Änderungsvorbehaltes der Klägerin.	34
Unter Ziffer D I. Ziffer 2 der Teilungserklärung hat sich die teilende Eigentümerin, die L mnH, mit Wirkung auch für die Klägerin als deren Rechtsnachfolgerin, das Recht vorbehalten, bis zur Fertigstellung des Gesamtbauvorhabens ohne Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer die Teilungserklärung abzuändern, insbesondere auch Sondernutzungsrechte aufzuheben, zu begründen und zuzuordnen. Dabei sollte auch nach Verkauf des Wohnungseigentums bis zur Fertigstellung des Gesamtbauvorhabens dieses Recht betreffend das Gemeinschaftseigentums weiter bestehen. Zudem ist in dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag unter § 4 Nr. 1 bestimmt, dass Änderungen in Planung und Ausführungsart vorbehalten bleiben sollen, wenn sie sich technisch oder wirtschaftlich als zweckmäßig oder notwendig erweisen, sofern sie sich nicht wert- und gebrauchsmindernd	35

auf das Vertragsobjekt auswirken und zumutbar sind.

Da beide Vertragsklauseln unter dem ausdrücklichen Vorbehalt des Zumutbaren stehen, bestehen Bedenken gegen die Wirksamkeit nach § 308 Nr. 4 BGB nicht. 36

Der Senat ist allerdings mit dem Landgericht der Auffassung, dass die mit der veränderten Ausgestaltung des Außenbereichs einhergehende Beeinträchtigung der Wohnqualität der Wohnung die Grenze der Zumutbarkeit deutlich überschreitet. Die Beeinträchtigung der persönlichen Befindlichkeit, die darauf beruhen kann, dass das Badezimmer der Wohnung – zumindest scheinbar – direkt an die der Nachbarwohnung zugeordnete Terrasse grenzt, ist für die Beklagte auch aus objektiver Sicht nicht hinnehmbar. Zu einer entsprechenden einseitigen Änderung des Vertragssolls war die Klägerin daher aufgrund der vertraglichen Bestimmungen nicht befugt. 37

4. 38

Die Klägerin ist daher nach § 634 Nr. 4 BGB zur Beseitigung des vorstehend dargestellten Mangels verpflichtet. Der Nachbesserungsanspruch der Beklagten ist auch nicht auf eine unmögliche Leistung gerichtet. Die Entfernung der Plattierung im Bereich unter dem Badezimmerfenster der Wohnung der Beklagten ist der Klägerin weiterhin möglich. Sofern dabei die Erteilung der erforderlichen Genehmigung der anderen Wohnungseigentümer, insbesondere der Eigentümer der Nachbarwohnung, davon abhängig gemacht werden sollte, dass die Klägerin die ursprünglich vorgesehene Ausgestaltung des Außenbereichs herzustellen hat, hat die Klägerin diese Bedingung zu erfüllen. 39

Die Klägerin kann die Nacherfüllung auch nicht gemäß § 635 Abs. 3 oder gemäß 275 Abs. 2 BGB verweigern, weil der Aufwand oder die zur Mangelbeseitigung erforderlichen Kosten unverhältnismäßig wären. Das Verweigerungsrecht nach § 275 Abs. 2 BGB ist nur gegeben, wenn der Aufwand des Unternehmers zur Mängelbeseitigung, berechnet nach dem Zeitpunkt, in dem die vertragsgemäße Leistung geschuldet war, in keinem vernünftigen Verhältnis zu dem mit der Beseitigung der Mängel erzielbaren Erfolg stünde. Ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 635 Abs. 3 BGB erfordert eine Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserungskosten in Bezug auf den objektiven Wertverlust des Werkes durch den Mangel. Für beide Verweigerungsrechte fehlt es vorliegend indes an den Voraussetzungen. Angesichts der durch den Mangel verursachten erheblichen Beeinträchtigung der Intimsphäre und dem dadurch bedingten Verlust der Wohnqualität der Eigentumswohnung der Beklagten vermag der Senat aber auch dann keine Unverhältnismäßigkeit im oben genannten Sinne zu erkennen, wenn die Klägerin im Rahmen der Nachbesserung den ursprünglich geplanten Zustand herzustellen hätte. 40

5. 41

Hat die Klägerin daher im Zuge der Entfernung der Plattierung umfangreichere Arbeiten im Außenbereich vorzunehmen, so übersteigen die voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten den noch offenen Restwerklohn deutlich. Die von dem Sachverständigen Dipl.-Ing. U in seinem schriftlichen Gutachten angesetzten Beseitigungskosten in Höhe von 580,- EUR lassen den Betrag unberücksichtigt, der für die Herstellung der Terrasse der Nachbarwohnung im vertraglich geschuldeten Zustand voraussichtlich anfallen wird. Danach erfasst das Leistungsverweigerungsrecht die Klageforderung in voller Höhe. 42

IV. 43

44

Mangels Verzuges stehen der Klägerin daher Zinsen auf die Klageforderung nicht zu.

V.

45

Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 92 Abs. 1, 708 Nr. 10, 713 ZPO. Da die Zugum-Zug-Verurteilung die gesamte Klageforderung betrifft, erschien eine Kostenaufhebung nach § 92 Abs. 1 Satz 2 ZPO angemessen. Die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor.

46