
Datum: 30.07.2019
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 24. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 24 U 6/18
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2019:0730.24U6.18.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 2 O 240/17

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 09.11.2017 verkündete Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Münster wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Dieses und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:	1
I.	2
Die Klägerin nimmt die Beklagte nach erklärtem Rücktritt auf Rückabwicklung eines notariellen Kaufvertrages in Anspruch.	3
Die Klägerin errichtete auf dem Grundstück G-Straße in K ein Wohnhaus mit 7 Wohneinheiten. Das Wohnhaus sollte nach der notariellen Baubeschreibung vom 15.01.2016, Urkundenrolle Nr. X/2016 des Notars C in K, auf deren Inhalt (Anlage K1, Bl. 16-23 d.A., Anlage K3, Bl. 50-57 d.A.) zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird,	4

errichtet werden. Mit weiterer notarieller Urkunde des Notars C in K vom 15.01.2016, Urkundenrolle Nr. Y/2016, auf deren Inhalt (Anlage K2, Bl. 24-49 d.A.) ebenfalls zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird, wurde die Teilungserklärung notariell beurkundet. Nach § 2 Nr. 7 entfiel auf den Miteigentumsanteil Nr. 7 ein 177,452/1000 Miteigentumsanteil an dem Grundstück verbunden mit dem Sondereigentum an den im Aufteilungsplan mit Nr. 7 bezeichneten Räumen im Staffelgeschoss (rechts) nebst Balkon und an dem mit gleicher Nummer bezeichneten Kellerraum.

Mit Bescheinigung vom 14.01.2016 bescheinigte die Stadt K der Klägerin die Abgeschlossenheit.

5

Mit notariellem Vertrag vom 05.02.2016, auf dessen Inhalt (Bl. 139-156 d.A.) zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird, verkaufte die Klägerin an die Beklagte die seinerzeit noch zu errichtende Eigentumswohnung Nummer 7 im Staffelgeschoss rechts nebst Balkon, Kellerraum und dem als STP 2 bezeichneten Stellplatz zu einem Kaufpreis von insgesamt 297.000,00 €. Die der Abgeschlossenheitsbescheinigung zugrundeliegenden Pläne weisen hinsichtlich der Wohnung Nr. 7 einen Balkon mit einer Grundfläche von 40,38 m² aus. Hierin ist eine die gesamte Wohnung umschließende Fläche (Umlauf) enthalten, die, einschließlich einer etwa 0,10 m breiten Brüstung, etwa 1 m breit sein sollte. Der Balkon mit der Fläche von 40,38 m² ist zu 50 %, mithin 20,19 m², in die Wohnfläche eingerechnet worden.

6

Nach § 4 Abs. 4 des notariellen Kaufvertrages waren Abweichungen zulässig, wenn sie aufgrund behördlicher Auflagen rechtlich geboten sind oder wenn sie sich als technisch und/oder wirtschaftlich notwendig erweisen oder wenn sie ein verständiger Käufer genehmigen würde. Ferner sind Änderungen zulässig, soweit sie nicht den vertragsgemäßen Gebrauch des Gebäudes unzumutbar beeinträchtigen, was auch für Abweichungen in den zu verwendenden Baumaterialien gilt. Hinsichtlich der Wohn- und Nutzflächen sind die aus den Einzeichnungen in den Plänen ergebenden Flächengrößen maßgebend; für Abweichungen haftet die Klägerin nur dann, wenn sie nicht durch Sonderwünsche der Beklagten veranlasst sind und nur soweit sie 3 % übersteigen.

7

Nach § 6 Abs. 1 des notariellen Kaufvertrages war der Kaufpreis in Höhe eines Teilbetrages von 267.300,00 € innerhalb von 10 Tagen nach Abnahme des Sondereigentums fällig und zahlbar; der Restbetrag i.H.v. 29.700,00 € war fällig und zahlbar nach vollständiger Fertigstellung des Bauvorhabens und Abnahme des Gemeinschaftseigentums.

8

Gemäß § 6 Abs. 7 des notariellen Kaufvertrages konnte die Klägerin im Falle, dass die Beklagte bei Fälligkeit den Kaufpreis oder Teile des Kaufpreises nicht zahlt, vom Vertrag zurücktreten oder Schadensersatz statt der Leistung nur verlangen, wenn die Klägerin der Beklagten zuvor schriftlich eine Nachfrist von mindestens 2 Wochen gesetzt hat. In § 11 des notariellen Kaufvertrages vereinbarten die Parteien, dass sich die Rücktrittsrechte nach den gesetzlichen Bestimmungen richten und der Rücktritt in allen Fällen schriftlich zu erklären und der anderen Vertragspartei durch Vermittlung eines Gerichtsvollziehers zuzustellen ist und die Rückerstattung von Kaufgeldern Zug um Zug gegen Abgabe der Löschungsbewilligung der Vormerkung und von Finanzierungsgrundpfandrechten der Beklagten erfolgt.

9

In der Folgezeit realisierte die Klägerin das Wohnhaus.

10

Der zur Wohnung Nr. 7 zugehörige Balkonumlauf wurde abweichend von den der Abgeschlossenheitsbescheinigung zugrundeliegenden Plänen ausgeführt. Der vor dem Wohnzimmer gelegene auskragende Teil mit einer Grundfläche von 2,29 m x 5,6 m entspricht zwar hinsichtlich der Größe und des Belages der Planung. Der gesamte Balkonumlauf ist

11

indessen nicht nach außen durch eine 0,10 m breite, sondern durch eine 0,51 m breite Mauer begrenzt. Hierdurch verringerte sich auf einer Länge von 30,95 m die Durchgangsbreite zwischen der Mauer und den Außenwänden der Wohnung auf max. 0,48 m.

Die Beklagte zahlte an die Klägerin die 1. Kaufpreisrate i.H.v. 267.300,00 €. Die Abnahme des Sondereigentums erfolgte am 28.11.2016. 12

Die Wohnung wurde im Grundbuch des Amtsgerichts Ibbenbüren von K Blatt xy (vgl. Grundbuchauszug, Anlage K4, Bl. 58-65 d.A.) eingetragen; unter laufender Nr. 1 ist in Abteilung II des Wohnungsgrundbuches eine Auflassungsvormerkung zu Gunsten der Beklagten eingetragen. Die Beklagte ist noch nicht als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen. Sie zog mit ihrem Ehemann in die Eigentumswohnung am 09.12.2016 ein. 13

Im Januar 2017 kam es zwischen den Parteien zu Verhandlungen über ein Minderungsrecht der Beklagten bezüglich des Balkonumlaufs. Der Architekt nahm am 16.01.2017 ein Aufmaß. Er ermittelte eine Grundfläche von 29,68 m². 14

Mit E-Mail vom 24.01.2017 (Anlage K8, Bl. 68 d.A.) schlug die Beklagte der Klägerin vor, dass ein Nachlass von 10.000,00 € für die Unterschreitung der Fläche des Balkonumlaufs gewährt würde. Mit E-Mail vom 24.01.2017 (Anlage K8, Bl. 69 d.A.) lehnte die Klägerin diesen Vorschlag ab und schlug ihrerseits – nicht mehr verhandelbar – vor, dass ein Nachlass i.H.v. 5.000,00 € gewährt würde. Mit E-Mail vom 25.01.2017 (Anlage K8, Bl. 69 d.A.) antwortete die Beklagte „ist okay...schicken Sie die Rechnung“. 15

Die Klägerin erstellte unter dem 25.01.2017 eine Rechnung über die Schlussrate (Anlage K7, Bl. 67 d.A.). Hierin ist ein „vereinbarter Nachlass vom 25.01.17“ i.H.v. 5.000,00 € ausgewiesen. 16

Mit Schreiben vom 01.02.2017 (Anlage K9, Bl. 70-73 d.A., Anlage B1, Bl. 177-180 d.A.) wies die Beklagte die Klägerin darauf hin, dass ein Nachlass i.H.v. 5.000,00 € nicht vereinbart worden sei. Die Wohnung Nr. 7 entspreche nicht der vereinbarten Bauleistungs- und Ausstattungsbeschreibung, wie sie im Kaufvertrag vereinbart worden sei. Nach dem notariellen Kaufvertrag, der Teilungserklärung, der Abgeschlossenheitsbescheinigung und den dortigen Zeichnungen sei für die Wohnung ein Balkon mit einer Größe von 40,38 m² geschuldet. Nach dem Aufmaß des Architekten vom 16.01.2017 sei eine tatsächliche Größe von 29,68 m² festgestellt worden, so dass sich eine Differenz i.H.v. 10,70 m² ergebe. Da nach dem vereinbarten Schlüssel der Balkon zur Hälfte zu berechnen sei, habe sie, die Beklagte, definitiv zu viel gezahlt. Überdies machte die Beklagte weitere Mängel geltend, die sie insgesamt mit 4.700,00 € bezifferte, und erklärte, dass sie sich deswegen gezwungen sehe, den Restkaufpreis in voller Höhe einzubehalten. 17

Mit E-Mail vom 02.02.2017 (Anlage B2, Bl. 181 d.A.) teilte der Geschäftsführer der Klägerin mit, dass er am nächsten Tag die Rückabwicklung des Kaufvertrages in die Wege leiten werde. 18

Unter dem 03.02.2017 fand ein Termin zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums statt. Der Ehemann der Beklagten nahm für die Beklagte an diesem Termin teil und verweigerte die Abnahme des Gemeinschaftseigentums. Das Gemeinschaftseigentum wurde ansonsten von allen anderen Miteigentümern abgenommen; auf die entsprechenden Protokolle (Anlage K 11, Bl. 77-78 d.A., Bl. 336-339 d.A.) wird zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen. 19

Die Klägerin bot der Beklagten mit Schreiben vom 10.02.2017 (Anlage K10, Bl. 74-76), ohne Anerkennung einer Rechtspflicht an, den Kaufvertrag rückabzuwickeln. Mit Schreiben vom 19.02.2017 (Bl. 412-413 d.A.) machte die Beklagte geltend, dass das Sondereigentum nicht abgenommen und der Abnahme des Gemeinschaftseigentums widersprochen worden sei.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 06.03.2017 (Anlage K 12, Bl. 79-81 d.A.) setzte die Klägerin 21 der Beklagten eine Nachfrist zur Zahlung des Restkaufpreises bis zum 24.03.2017 und verwies auf ihr Rücktrittsrecht. Mit anwaltlichem Schreiben vom 21.03.2017 (Anlage K 13, Bl. 83-86 d.A.) wies die Beklagte darauf hin, dass angesichts der tatsächlich hergestellten Größe des Balkons sich die Anteile an dem Gemeinschaftseigentum und die Anteile am Sondereigentum insgesamt verändert hätten, so dass eine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung vorzulegen und entsprechend der baulichen Änderung sämtliche Verträge notariell hinsichtlich der Änderung neu zu beurkunden seien. Mit weiterem anwaltlichem Schreiben vom 24.03.2017 (Anlage K 14, Bl. 87-89, 91-93 d.A.) wies die Beklagte darauf hin, dass Rücktrittsgründe nicht bestünden; hingegen lägen noch weitere Mängel vor.

Mit Schreiben vom 27.03.2017 (Anlage K 16, Bl. 94-95 d.A.) verwies die Klägerin darauf, 22 dass keine Mängel vorhanden seien und die Beklagte das Protokoll vom 28.11.2016 (Anlage B4, Bl. 183-185 d.A.) unterzeichnet habe; mit weiterem Schreiben vom 11.04.2017 (Anlage K 17, Bl. 96-97 d.A.) wiederholte die Klägerin ihre Ausführungen.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 19.04.2017 (Anlage K 18, Bl. 98-100), der Beklagten per 23 Gerichtsvollzieher am 24.04.2017 zugestellt, erklärte die Klägerin den Rücktritt vom Kaufvertrag vom 05.02.2017, weil die Beklagte trotz Nachfristsetzung den Restkaufpreis nicht gezahlt habe, und forderte die Beklagte auf, umgehend, spätestens aber bis zum 01.06.2017 ihre Bereitschaft zur Mitwirkung an der Rückauflassung und zur Freiziehung der Wohnung bis zum 01.08.2017 gegen Erstattung des bereits gezahlten anteiligen Kaufpreises i.H.v. 267.300,00 € zu erklären.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 25.06.2019 (Anl. B5, Bl. 436 d.A.) erklärte die Beklagte 24 gegenüber der Klägerin die Anfechtung ihrer Erklärung in der E-Mail vom 25.01.2017.

Die Klägerin hat behauptet, im Hinblick auf die Ausgestaltung des Umlaufes des Balkons 25 liege kein Mangel vor, sondern eine zwingende und nicht anderweitig lösbare technische Änderung. Der Architekt habe zwar bei der Planung die Mauer als Brüstung mit einem Stein zuzüglich Putz geplant; der Streithelfer zu 2) habe als Statiker indes auf einer Ausführung zweisteinig zuzüglich Putz bestanden. Durch die ordnungsgemäße Herstellung des Wärmedämmverbund- und Beschichtungssystems habe zudem eine etwas dickere Ausführung erfolgen müssen. Diese Änderungen könnten auch nicht rückgängig gemacht werden. Ein Mangel liege nicht vor, da nach § 4 Abs. 1 des notariellen Kaufvertrages Abweichungen von der Baubeschreibung und den Bauplänen zulässig seien; im Zweifel gehe die Baubeschreibung den Plänen vor und sie, die Klägerin als Verkäuferin, sei berechtigt, den Inhalt der Leistung nach billigem Ermessen zu bestimmen. Eine Nutzung des Umlaufes als Balkon, etwa für eine Bestuhlung, sei bei einem Staffelgeschoss nicht üblich und werde auch nicht erwartet. Da bei Wohnungen im Staffelgeschoss der Umlauf regelmäßig nur dazu diene, die Gestaltung als Staffelgeschoss zu ermöglichen, komme dem Umlauf kein eigenständiger Nutzungswert zu und der Umstand, dass der Umlauf schmaler ausgefallen sei, führe nicht zu einer relevanten Wertbeeinträchtigung der Wohnung. Die Nutzung des eigentlichen Balkons sei durch die Änderung unbeeinträchtigt geblieben, da dieser – unstreitig – in der projektierten Größe realisiert worden sei. Miteigentumsanteile hätten sich nicht verschoben, da die Balkonumwehrung zum Gemeinschaftseigentum gehöre und die Abgrenzung des

Sondereigentums vom Gemeinschaftseigentum durch den Aufteilungsplan und die Abgeschlossenheitsbescheinigung und die in der Teilungserklärung in Bezug genommene Baubeschreibung ohne weiteres nachvollziehbar sei. Überdies könne sich die Beklagte nicht auf eine Unterschreitung der Fläche des Balkonumlaufs berufen, da die Beklagte sich mit ihrem Vorschlag aus der E-Mail vom 24.01.2017, wonach ein Nachlass von 5.000,00 € gewährt werde, einverstanden erklärt habe; mit E-Mail vom 25.01.2017 (Anlage K8) habe die Beklagte – unstreitig – ausdrücklich erklärt: „Ist okay...schicken Sie die Rechnung“.

Sonstige seitens der Beklagten gerügte Mängel, die eine Zurückbehaltung rechtfertigen könnten, seien nicht vorhanden. 26

Die Klägerin hat beantragt, 27

die Beklagte zu verurteilen, die im Staffelgeschoss rechts des Hauses G-Straße, K, gelegene Wohnung Nr. 7, eingetragen im Grundbuch (Wohnungsgrundbuch) von K Blatt xy zu 177,452/1000 Miteigentumsanteil an dem Grundstück Gemarkung K, Flur 131, Flurstück 177, Gebäude-und Freifläche, G-Straße, J-Straße, 826 m² nebst Balkon und einem Kellerraum sowie den Kfz-Stellplatz Nr. STP2 des Aufteilungsplanes Zug um Zug gegen Zahlung von 267.300,00 € an sie herauszugeben und die Löschung der in Abteilung II unter laufender Nr. 1 im vorgenannten Grundbuch von K Blatt xy aufgrund der Bewilligung vom 05.02.2016 zur Urkundenrolle Nr. 123/16 des Notars C, K, am 22.02.2016 eingetragenen Auflassungsvormerkung für L, geborene N, geboren am 29.04.1955, zu bewilligen. 28

Die Beklagte hat beantragt, 29

die Klage abzuweisen. 30

Die Beklagte hat gemeint, dass der Klägerin kein Rücktrittsrecht zustehe. Der mit Rechnung vom 25.01.2017 geforderte Restkaufpreis sei nicht fällig, da das Bauvorhaben nicht nach der Baubeschreibung fertig gestellt worden sei, so dass nach § 6 Abs. 1 des Kaufvertrages keine Fälligkeit bestehe. Überdies sei weder eine Abnahme des Sondereigentums, noch eine Gesamtabnahme des Objekts erfolgt. Im Abnahmeprotokoll vom 28.11.2016 (Anlage B4) sei der Balkon als Abnahmegegenstand nicht erwähnt, zumal er zu diesem Zeitpunkt noch nicht fertig gestellt gewesen sei. Eine Gesamtabnahme der Anlage liege ebenfalls nicht vor. 31

Sie, die Beklagte, habe ein Zurückbehaltungsrecht. Die Änderung der Fläche des Balkonumlaufs sei technisch nicht erforderlich gewesen und sie, die Beklagte, hätte jedenfalls hierauf hingewiesen werden müssen, da sie bereits aufgrund der wesentlichen Verringerung der Wohnfläche einen Anspruch auf Kaufpreisanpassung gehabt habe. Ein entsprechender Planungsfehler könne ihr nicht angelastet werden. Wäre von vornherein richtig geplant worden, hätte sie von vornherein eine kleinere Wohnfläche erhalten; ihr sei es jedoch wichtig gewesen, einen breiten Umlauf zu erhalten, da sie von ihrer Wohnung aus über die bodentiefen Fenster den Balkon habe betreten wollen. Dies sei auch Verkaufsargument der Klägerin gewesen. 32

Die Minderleistung der Klägerin im Bereich des Balkons beziehe sich auf eine Wohnfläche von 13,78 m². Der vor dem Wohnzimmer gelegene Südbalkon entspreche zwar der vertraglich vereinbarten Größe mit einer Grundfläche von 2,29 m x 5,60 m = 12,82 m², was einer anzurechnenden Wohnfläche von 50 %, mithin 6,4 m² entspreche. Da für den gesamten Balkon aber eine anzurechnende Wohnfläche von 20,19 m² vereinbart sei, belaufe sich die Minderleistung auf 13,78 m² (20,19 m² - 6,41 m²), so dass eine Abweichung von 12,6 % im Hinblick auf die Wohnfläche von 108,54 m² anzunehmen sei mit der Folge, dass die 33

Abweichung größer als die nach dem Kaufvertrag maßgeblichen 3 % sei. Es ergebe sich damit ein Minderwert von 37.706,49 € ausgehend von einem Wert von 2.736,32 € pro Quadratmeter Wohnfläche, so dass eine Überzahlung i.H.v. 8.006,49 € vorliege. Insofern sei beachtlich, dass – wenn überhaupt eine Abweichung vom Vertrag als zulässig erachtet würde – diese nicht entschädigungslos hinzunehmen sei.

Die Klägerin hätte eine Nachtragsbaugenehmigung beantragen müssen, da etwas völlig anderes – eine 0,51 m breite Mauer aus Klinkern, Isolierung und Ummauerung – statt der vorgesehenen Brüstung von lediglich 10 cm ausgeführt worden sei, und es sei eine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung nebst Aufteilungsplänen erforderlich, da nur so dem Bestimmtheitsgrundsatz Rechnung getragen werden könne. Zudem unterliege die Wohnung einem erheblichen Wertverlust, da sie, die Beklagte, bei einem Weiterverkauf der Wohnung zu offenbaren hätte, dass die Wohnung nicht den tatsächlichen Plänen entspreche und nicht die in den Plänen angegebene Wohnflächengröße habe. Ungeachtet dessen sei sie mit einem „Mehr“ an Allgemeinkosten der Wohnungseigentümergeinschaft belastet, obgleich sie eine Fläche erhalten habe, die kleiner sei als die vertraglich zugesicherte. Die Klägerin sei wegen dieser Abweichung von der zugrundeliegenden Planung, wie sie sich aus der Abgeschlossenheitsbescheinigung vom 14.01.2016 ergebe, nicht in der Lage, Eigentum an der Wohnung zu übertragen. 34

Eine Einigung über die Abwicklung und einen letztlich zu zahlenden Betrag sei nicht getroffen worden, da sie, die Beklagte, lediglich erklärt habe, dass die Rechnung geschickt werden solle und sie der vorliegenden Rechnung mit Schreiben vom 01.02.2017 umgehend widersprochen habe. 35

Überdies lägen weitere Mängel vor, da die Blower-Door-Test-Bescheinigung ausstehe, der Knaufzylinder fehle, Sockelfliesen im Flur im Bereich Bad/Schlafzimmer nicht verfugt seien, der Estrich im Wohnzimmer Ecke Fenster Süd-/Ostseite im Umfang von 4 m² knacke, die Dachentwässerung über dem Balkon fehlerhaft sei, da die Kapazität der Umlaufkastenrinne zu klein sei, die Bad- und Schlafzimmersdurchgänge zu klein seien, da statt der geschuldeten Maße 0,82 m x 2,11 m lediglich 0,70 m x 2,07 m (Schlafzimmer) und 0,63 m x 2,06 m (Bad) verbaut seien und die Zargen fehlten, die Wohnzimmerscheibe der Südseite durch Funkenflug der Flex beschädigt worden sei, eine Jalousie im Wohnzimmer nicht vollständig schließe, da die Führungsschiene verformt sei, eine Jalousie der Ostseite „zu laut“ sei, an den Stützpfeilerverkleidungen im Fensterbereich des Wohnzimmers die Silikonversiegelung fehle, die Buchenhecke und die Rasenmähkante fehlten, die Tür zum Hof klemme, die Stoßfuge der Klinker zum Süden statt zum Osten und Westen ausgerichtet sei, die Befestigung des Seitenfallrohrs der Nordseite verkehrt herum angebracht sei und Schlagregenwasser ins Mauerwerk laufe, die Glasverkleidungen der Balkone im Staffelgeschoss nicht in einer Flucht mit den Balkonen im 1. Obergeschoss angeordnet seien, die Zinkabdeckung der Brüstung auf der Nordseite ein Loch habe und Feuchtigkeit in das Mauerwerk eindringe, die Decke im Fahrrad-Mülleimer Raum undicht sei und es durch die Isolierung auf den Boden tropfe und der Balkonbelag in bestimmten Bereichen nicht aus dem vereinbarten Belag aus Woodstone, sondern teilweise aus einer Bautenschutzmatte, auf die Kies aufgeschüttet worden sei, bestehe. 36

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass die Klägerin nicht wirksam vom notariellen Kaufvertrag zurückgetreten sei. Die Beklagte erhebe zu Recht die Mängelerinrede, wobei dahingestellt bleiben könne, in welcher genauen Höhe der Beklagten tatsächlich ein Minderungsrecht zustehe. Unstreitig sei der Balkon nicht wie vereinbart ausgeführt worden. Der gesamte Umlauf sei nicht, wie aus den Plänen erkennbar, 37

mit einer Breite von etwa 0,90 m (unter Berücksichtigung der 0,10 m breiten Brüstung) errichtet worden, sondern lediglich mit einem Umlauf von max. 0,48 m Breite. Hierbei handele es sich um eine erhebliche Minderleistung und der gesamte Charakter des Staffelgeschosses habe sich hierdurch verändert. Hierbei bleibe unerheblich, ob und in welchem Umfang ein solcher Umlauf überhaupt genutzt werde. Eine Berechtigung der Klägerin zur Änderung dieses Umlaufs ergebe sich nicht aus dem notariellen Kaufvertrag. Zwar seien nach § 4 des Kaufvertrages Abweichungen zulässig, wenn sie sich als technisch notwendig erwiesen. Überdies könne zutreffend sein, dass die Änderung der Gestaltung des Umlautes technisch notwendig gewesen sei. Aus § 4 des notariellen Kaufvertrages ergebe sich weiter, dass Abweichungen Güte, Wert und Gebrauchsfähigkeit des Vertragsobjekt nicht mindern dürften. Zudem dürften sie den vertragsgemäßen Gebrauch des Gebäudes nicht unzumutbar beeinträchtigen. Dies sei jedoch vorliegend gegeben. Durch die erhebliche Verringerung der Breite des Umlaufes sei die Güte, der Wert und die Gebrauchsfähigkeit des Vertragsobjektes gemindert, da der gesamte Umlauf nicht mehr so wie vorgesehen genutzt werden könne. Zudem sei die Klägerin auch nicht in der Lage, der Beklagten den vereinbarten Miteigentumsanteil von 177,452/1000 zu übereignen. Da der Balkon zur Hälfte in die Wohnfläche eingerechnet werde, habe sich die Wohnfläche verringert, so dass sich auch der Miteigentumsanteil verringert habe. Demgemäß sei das Grundbuch insofern falsch und die Beklagte werde bei allen Nebenkostenabrechnungen, Wohngeldern und Sonderumlagen immer mit einem höheren Anteil in Anspruch genommen, als ihr Miteigentumsanteil tatsächlich betrage, was der Beklagten nicht zuzumuten sei. Ob die weiteren behaupteten Mängel vorlägen, sei demgemäß nicht mehr erheblich.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung. Sie rügt unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags, das Landgericht habe verkannt, dass sie, die Klägerin, wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten sei. Ungeachtet des Umstandes, dass das Landgericht nicht hinreichend ausführe, weswegen der Beklagten ein Minderungsrecht zustehe, sei das Landgericht über ihren Sachvortrag und ihre Beweisantritte hinweggegangen. Ohne Einholung eines Sachverständigengutachtens hätte das Landgericht die Frage der Mangelhaftigkeit nicht entscheiden können. Verkannt habe das Landgericht ebenfalls, dass die Größe des Umlaufs kein wertbildender Faktor für die Staffelgeschosswohnung sei; wertbildend sei allein der Umstand, dass es sich überhaupt um ein Staffelgeschoss handele, also nicht die als nachteilig empfundenen Dachschrägen vorhanden seien. Der Umlauf habe mithin nur dazu gedient, die Gestaltung als Staffelgeschoss überhaupt zu ermöglichen. Eine tatsächliche Nutzung des Umlaufs – ähnlich einem Balkon – sei damit jedoch nicht verbunden gewesen und werde auch nicht erwartet, so dass auch die Reduzierung der inneren Breite des Umlaufs nicht zu einer relevanten Wertminderung führe. Ungeachtet dessen habe die Beklagte die Werkleistung vorbehaltlos abgenommen, obgleich die Beklagte bereits vor der Abnahme vom 28.11.2016 die Schlüssel zu der Wohnung gehabt und Malerarbeiten habe durchführen lassen; mithin habe sie Gelegenheit gehabt, sich in allen Einzelheiten vom Zustand der Wohnung und des Umlaufs zu informieren. Ungeachtet dessen verweigere die Beklagte die Abnahme des Gemeinschaftseigentums ernsthaft und endgültig. In dem Schreiben der Beklagten vom 01.02.2017 sei eine nachhaltige Verweigerung hinsichtlich der für den 03.02.2017 vorgesehenen Abnahme des Gemeinschaftseigentums zu sehen, zumal die Beklagte mit weiterem Schreiben vom 19.02.2017 nochmals erklärt habe, dass der Abnahme des Gemeinschaftseigentums widersprochen werde. Da sich die Beklagte in ihrem Schreiben vom 01.02.2017 auch auf die fehlende Balkongröße hinsichtlich der Weigerung der Erklärung der Abnahme des Gemeinschaftseigentums berufe und dieser Mangel nicht beseitigt werden könne, sei damit eine endgültige und ernsthafte Abnahmeverweigerung anzunehmen.

38

Einer Änderung der Teilungserklärung bedürfe es deswegen nicht, weil die Brüstung des Staffelgeschosses ebenso wie das Balkongeländer und die Außenwände des Staffelgeschosses zum Gemeinschaftseigentum gehörten und die Abgrenzung des Sondereigentums vom Gemeinschaftseigentum ohne weiteres nachvollziehbar sei. Ungeachtet dessen sei sie, die Klägerin, für eine Änderung der Teilungserklärung nicht passivlegitimiert. Da sie, die Klägerin, nicht mehr Eigentümer der übrigen Wohnungen sei, habe sie auch keine Möglichkeit, auf die anderen Eigentümer bzw. die Eigentümergemeinschaft Einfluss zu nehmen. Das Landgericht habe sich auch mit ihrem Vortrag zur Vereinbarung eines Nachlasses von 5.000,00 € nicht auseinandergesetzt und verkannt, dass insofern eine Vereinbarung hinsichtlich des Nachlasses für den schmalen Umlauf zu Stande gekommen sei.

Die Klägerin beantragt,

40

unter Abänderung des am 09.11.2017 verkündeten Urteils des Landgerichts Münster die Beklagte zu verurteilen, die im Staffelgeschoss rechts des Hauses G-Straße, K, gelegene Wohnung Nr. 7, eingetragen im Grundbuch (Wohnungsgrundbuch) von K Blatt xy zu 177,452/1000 Miteigentumsanteil an dem Grundstück Gemarkung K, Flur 131, Flurstück 177, Gebäude- und Freifläche, G-Straße, J-Straße, 826 m² nebst Balkon und einem Kellerraum sowie den Kfz-Stellplatz Nr. STP2 des Aufteilungsplanes Zug um Zug gegen Zahlung von 267.300,00 € an die Klägerin herauszugeben und die Löschung der in Abteilung II unter laufender Nr. 1 im vorgenannten Grundbuch von K Blatt xy aufgrund der Bewilligung vom 05.02.2016 zu Urkundenrolle Nr. 123/16 des Notars C, K, am 22.02.2016 eingetragenen Auflassungsvormerkung für L, geborene N, geboren am 29.04.1955, zu bewilligen.

41

Die Beklagte beantragt,

42

die Berufung zurückzuweisen.

43

Die Beklagte verteidigt unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags das angefochtene Urteil. Sie meint weiterhin, dass der Balkon unverzichtbar zum Sondereigentum gehöre und einen wertbildenden Faktor darstelle. Sie habe auch ihr Minderungsrecht i.H.v. 37.706,49 € geltend gemacht und eine Minderung in Höhe mindestens dieses Betrages sei auch gerechtfertigt. Insofern liege auch kein Zahlungsverzug vor. Zudem seien die Miteigentumsanteile falsch berechnet und müssten daher neu berechnet werden. Die Klägerin sei nach wie vor Eigentümerin der streitgegenständlichen Wohnung und könne daher in einer Eigentümerversammlung ihren berechtigten Anspruch durch Beschluss durchsetzen, gegebenenfalls auch gerichtlich.

44

Soweit sie, die Beklagte, bislang das Gemeinschaftseigentum nicht abgenommen habe, könne eine Abnahme auch nicht erfolgen, weil eine Gesamtabnahme zwingend die Abnahmereife voraussetze und die vertraglichen Eigentumsanteile wegen des Abweichens der tatsächlich vorhandenen Flächen des Balkonumlaufs von der vertraglich geschuldeten Fläche nicht den tatsächlichen Eigentumsverhältnissen entsprächen. Gleichwohl liege auf ihrer Seite keine endgültige Abnahmeverweigerung vor. Soweit ihr Schreiben vom 01.02.2017 (Anlage K9) betroffen sei, habe sie hierin lediglich erklärt, dass sie „derzeit“ die Abnahme des Gemeinschaftseigentums nicht erklären könne, wobei sie auf entsprechende Mängel hinsichtlich des Balkonumlaufs und die erforderliche Korrektur der Miteigentumsanteile im Grundbuch verwiesen und in diesem Zusammenhang von ihrem Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch gemacht habe.

45

46

Überdies habe es keine Einigung über einen Nachlass von 5.000,00 € wegen des schmaleren Umlaufs aufgrund ihrer E-Mail vom 25.01.2017 gegeben. Der Wortlaut ihrer Erklärung deute lediglich darauf hin, dass sie damit einverstanden gewesen sei, dass die Klägerin die Rechnung zusenden solle; eine entsprechende weitergehende Klarstellung habe sie nur deswegen in der E-Mail unterlassen, weil sie keinen Telefon-/Internetzugang gehabt habe. Auch aus dem der E-Mail vorangegangenen Geschehen habe sich allein ableiten lassen, dass es lediglich um die Übersendung einer Rechnung, nicht aber um eine endgültige Einigung gegangen sei. Dies zeige sich auch daran, dass sie, die Beklagte, der Rechnung vom 25.01.2017 umgehend mit Schreiben vom 01.02.2017 widersprochen und die Klägerin darüber hinaus mit Schreiben vom 10.02.2017 ausdrücklich erklärt habe, dass es allein bei ihrem Angebot verbleibe, dass ein Nachlass von 5.000,00 € gewährt würde. Überdies habe der Geschäftsführer der Klägerin ihr mit E-Mail vom 02.02.2017 mitgeteilt, dass er den Notar mit der Rückabwicklung des Kaufvertrages beauftragt habe. Letztlich habe die Klägerin in ihrer E-Mail vom 10.02.2017 lediglich auf das Angebot der Gewährung eines Nachlasses von 5.000,00 €, welches sie, die Beklagte, nicht akzeptiert habe, hingewiesen. Dies zeige aber, dass die Klägerin ebenfalls nicht von einer endgültigen Einigung ausgegangen sei. Erst im Senatstermin am 31.01.2019 sei sie darauf hingewiesen worden, dass ihre Erklärung als Annahmeerklärung gedeutet werden könne. Bis zu diesem Hinweis sei sie sich nicht darüber bewusst gewesen, überhaupt eine vertragserhebliche Erklärung abgegeben zu haben, so dass sie mit anwaltlichem Schreiben vom 25.06.2019 diese Erklärung angefochten habe.

Überdies lägen noch erhebliche Mängel vor. Zwar seien Mängel teilweise beseitigt. Indes fehlten noch die Buchenhecke und die Rasenmähkante, die Stoßfuge der Klinker sei zur falschen Seite ausgeführt, die Glasverkleidung des Balkons stehe auch weiterhin nicht in einer Flucht mit den Balkonen im 1. Obergeschoss, die Umlaufkastenrinne sei zu klein, der Knaufzylinder fehle, die Sockelfliesen im Flur im Bereich Bad/Schlafzimmer seien nicht verfugt, der Estrich im Wohnzimmer Ecke Fenster Süd/Ostseite knacke im Umfang von 4 m², die Bad- und Schlafzimmersdurchgänge seien zu klein, die Wohnzimmerscheibe Südseite sei nach wie vor beschädigt und der Belag des Balkons weiterhin teilweise vertragswidrig nicht mit Belag aus Woodstone versehen.

Der Senat hat den Geschäftsführer der Klägerin und die Beklagte persönlich in der mündlichen Verhandlung am 31.01.2019 und 16.07.2019 angehört. Wegen des Ergebnisses der persönlichen Anhörung wird auf die Protokolle der mündlichen Verhandlung vom 31.01.2019 und 16.07.2019 sowie die das wesentliche Ergebnis der die persönlichen Anhörungen zusammenfassenden schriftlichen Berichterstattevermerke vom 31.01.2019 und 18.07.2019 Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung der Klägerin ist unbegründet.

Der Klägerin steht kein Anspruch auf Herausgabe der Wohnung und auf Bewilligung der Löschung der streitgegenständlichen Auflassungsvormerkung im Grundbuch Zug um Zug gegen Rückzahlung der bisher gezahlten Kaufpreiskrate nach den §§ 323 Abs. 1, Abs. 5 Satz 2, 346 Abs. 1, 348 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 7 des Vertrages zu.

1.

Zwar hat die Klägerin mit anwaltlichem Schreiben vom 19.04.2017 (Anlage K 18, Bl. 98-100) den Rücktritt vom Kaufvertrag vom 05.02.2017 unter Verweis darauf, dass die Beklagte trotz Nachfristsetzung den Restkaufpreis nicht gezahlt habe, erklärt.

a)	54
Auch hat die Klägerin mit anwaltlichem Schreiben vom 06.03.2017 (Anlage K 12, Bl. 79-81 d.A.) der Beklagten die nach § 6 Abs. 7 des Vertrages erforderliche Nachfrist zur Zahlung des Restkaufpreises bis zum 24.03.2017 gesetzt.	55
b)	56
Indes war der Kaufpreis im Zeitpunkt des Zugangs der Rücktrittserklärung am 08.03.2017 nicht fällig.	57
Nach § 6 Abs. 1 S. 4 des Vertrages war der Restbetrag fällig und zahlbar nach vollständiger Fertigstellung des Bauvorhabens und Abnahme des Gemeinschaftseigentums.	58
aa)	59
Vorliegend fehlte es im Zeitpunkt des Zugangs der Rücktrittserklärung jedenfalls an der Abnahme des Gemeinschaftseigentums.	60
(1)	61
Eine ausdrückliche Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch die Beklagte lag im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung nicht vor. Zwar haben die Wohnungseigentümer D, M, und O die Abnahme des Gemeinschaftseigentums erklärt, nicht jedoch die Beklagte. Die Beklagte hat an dem Abnahmetermin nicht teilgenommen. Der für die Beklagte an dem Abnahmetermin vom 03.02.2017 teilnehmende Zeuge P hat die Abnahme abgelehnt.	62
(2)	63
Eine konkludente Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch die Beklagte ist ebenfalls nicht anzunehmen. Sie kann insbesondere nicht der Nutzung der Wohnung entnommen werden.	64
Ungeachtet des Umstandes, dass der Zeuge P im Termin zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums am 03.02.2017 für die Beklagte ausdrücklich erklärt hat, dass keine Abnahme des Gemeinschaftseigentums erfolgen werde, und dementsprechend keine konkludente Abnahme angenommen werden kann, da das Gegenteil – also die Abnahmeverweigerung – ausdrücklich erklärt wurde, setzt eine konkludente Abnahme voraus, dass dem Verhalten des Auftraggebers zu entnehmen ist, dass er die Leistung als im Wesentlichen vertragsgerecht billigt (vgl. BGH, Urteil vom 26. September 2013 – VII ZR 220/12 – NJW 2013, 3513; BGH, Urteil vom 25. Februar 2010 – VII ZR 64/09 – NZBau 2010, 318; OLG Düsseldorf, Urteil vom 08. April 2016 – I-22 U 165/15 – BauR 2017, 1540; Kniffka, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 4. Teil Rn. 32). Dies kann hier nicht festgestellt werden. Denn die Beklagte hat sowohl bereits vor dem Termin zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums ausdrücklich im Schreiben vom 01.02.2017 erklärt, dass sie die Abnahme des Gemeinschaftseigentums nicht erklären werden, als auch nach dem Termin zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums im Schreiben vom 19.02.2017 ausdrücklich darauf verwiesen, dass der Abnahme des Gemeinschaftseigentums widersprochen worden sei.	65
bb)	66
	67

Der Restbetrag war auch nicht deswegen fällig, weil die Beklagte die Abnahme des Gemeinschaftseigentums unberechtigt verweigert hätte.

Nach § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB in der bis 31.12.2017 geltenden Fassung in Verbindung mit Art. 229 § 39 EGBGB steht es der Abnahme gleich, wenn der Auftraggeber das abnahmefähige Werk nicht innerhalb einer ihm vom Auftragnehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt. Dies aber setzt voraus, dass das Gemeinschaftseigentum abnahmereif gewesen wäre. Hieran fehlt es aber. 68

(1) 69

Eine Verpflichtung zur Abnahme bestünde gemäß § 640 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB nur dann, wenn die Leistung der Klägerin im Hinblick auf das Gemeinschaftseigentum vollständig und von unwesentlichen Mängeln abgesehen mangelfrei wäre (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 02. August 2006 – 12 U 16/06 –, juris; Voit, in: BeckOK BGB, Bamberger/Roth/Hau/Poseck, Stand: 01.02.2017, § 640 BGB Rn. 31), also das Werk abnahmefähig und abnahmereif wäre (vgl. Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2018, § 640 Rn. 33). Dies hat im Streitfall der Unternehmer zu beweisen (vgl. Peters/Jacoby, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2014, § 640 BGB Rn. 37; Voit, in: BeckOK BGB, Bamberger/Roth/Hau/Poseck, Stand: 01.02.2017, § 640 BGB Rn. 31). Fehlt es daran, so tritt die Abnahmefiktion nicht ein. 70

(2) 71

Vorliegend liegt jedoch ein wesentlicher Rechtsmangel in Form der unrichtigen Eintragung der Wohnfläche der an die Beklagte verkauften Eigentumswohnung in der Abgeschlossenheitsbescheinigung, der Teilungserklärung und im Wohnungsgrundbuch vor, der zur Verneinung der Abnahmefähigkeit führt. 72

(a) 73

Sondereigentum kann nur in den Grenzen entstehen, die sich aus dem zur Eintragung in das Grundbuch gelangten Aufteilungsplan ergeben (vgl. BGH, Urteil vom 20. November 2015 – V ZR 284/14 – NJW 2016, 473; BGH, Urteil vom 20. November 2015 – V ZR 284/14 – NJW 2016, 473; Rapp, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2018, § 3 WEG Rn. 78a). Eine vom Aufteilungsplan abweichende Bauausführung begründet daher keine Unrichtigkeit des Grundbuchs (vgl. Rapp, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2018, § 3 WEG Rn. 76). Liegt eine wesentliche Abweichung vor, entsteht Sondereigentum nur in den Grenzen des Aufteilungsplanes, also nicht entsprechend der tatsächlichen Bauausführung (vgl. BGH, Urteil vom 20. November 2015 – V ZR 284/14 – NJW 2016, 473; Armbrüster, in: Bärmann, Wohnungseigentumsgesetz, 14. Auflage 2018, § 2 Rn. 83). 74

Gemäß § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 WEG ist daher der Eintragungsbewilligung der behördlich bestätigte Aufteilungsplan beizufügen. Der Aufteilungsplan hat die Aufgabe, die Aufteilung des Gebäudes sowie die Lage und Größe der im Sondereigentum und der im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Gebäudeteile darzustellen und sichert so die sachenrechtliche Bestimmtheit (vgl. BGH, Urteil vom 16. November 2012 – V ZR 246/11 –, juris; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 08. März 2006 – 3 W 246/05 – NZM 2006, 586; Schultzy, in: beck-online.GK, Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Stand: 01.05.2019 § 7 WEG Rn. 51). Er ersetzt die bei Grundstücken erforderliche Vermessung und die katastermäßige Erfassung und übernimmt damit die Funktion des amtlichen Grundstücksverzeichnisses nach § 2 Abs. 2 GBO (vgl. BGH, Urteil vom 18. Juli 2008 – V ZR 97/07 – NJW 2008, 2982). Durch 75

die Bezugnahme der Eintragung auf die Bewilligung wird der Aufteilungsplan Inhalt des Grundbuchs, § 7 Abs. 3 WEG (vgl. BGH, Urteil vom 18. Juli 2008 – V ZR 97/07 – NJW 2008, 2982).

(b) 76

Bei einer vom Aufteilungsplan abweichenden Bauausführung hat jeder Wohnungseigentümer nach § 21 Abs. 4, Abs. 5 Nr. 2 WEG gegen die anderen Wohnungseigentümer in ihrer Gesamtheit einen Anspruch auf Herstellung eines dem Aufteilungsplan entsprechenden Zustandes (vgl. BGH, Urteil vom 20. November 2015 – V ZR 284/14 – NJW 2016, 473; BGH, Urteil vom 14. November 2014 – V ZR 118/13 – NJW 2015, 2027). Unter Instandsetzung ist auch die – hier maßgebliche – erstmalige Herstellung des Gemeinschaftseigentums zu verstehen (vgl. BGH, Urteil vom 20. November 2015 – V ZR 284/14 – NJW 2016, 473). Beschließen die Wohnungseigentümer die plangerechte Herrichtung der Wohnanlage auf Kosten der Gemeinschaft mehrheitlich nach § 21 Abs. 3 WEG, sind die hiervon betroffenen Wohnungseigentümer ab diesem Zeitpunkt nach § 14 Nr. 4 WEG zur Duldung des Umbaus verpflichtet (vgl. BGH, Urteil vom 20. November 2015 – V ZR 284/14 – NJW 2016, 473). § 22 WEG steht dem nicht entgegen, weil die erstmalige plangerechte Herrichtung keine bauliche Veränderung im Sinne der genannten Norm darstellt (vgl. BGH, Urteil vom 20. November 2015 – V ZR 284/14 – NJW 2016, 473). 77

Dieser Anspruch ist indes begrenzt durch den Rechtsgedanken des § 242 BGB und durch die Wertung des § 635 Abs. 3 BGB (vgl. Rapp, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2018, § 3 WEG Rn. 78d). Die Durchsetzung eines solchen Anspruchs ist also ausgeschlossen, wenn seine Erfüllung den übrigen Wohnungseigentümern nach den Umständen des Einzelfalls nicht zuzumuten ist (vgl. BGH, Urteil vom 14. November 2014 – V ZR 118/13 – NJW 2015, 2027). Dies ist anzunehmen, wenn die plangerechte Herstellung tiefgreifende Eingriffe in das Bauwerk erfordert oder Kosten verursacht, die auch unter Berücksichtigung der berechtigten Belange der von der abweichenden Bauausführung unmittelbar betroffenen Wohnungseigentümer unverhältnismäßig sind (vgl. BGH, Urteil vom 14. November 2014 – V ZR 118/13 – NJW 2015, 2027). In einem solchen Fall sind die Wohnungseigentümer verpflichtet, Teilungsvertrag und Aufteilungsplan so zu ändern, dass diese der tatsächlichen Bauausführung entsprechen (vgl. BGH, Urteil vom 14. November 2014 – V ZR 118/13 – NJW 2015, 2027; BGH, Urteil vom 11. Mai 2012 – V ZR 189/11 – NJW-RR 2012, 1036; BGH, Urteil vom 05. Dezember 2003 – V ZR 447/01 – NJW 2004, 1798). 78

Davon ist hier auf Grundlage des Klagevorbringens auszugehen. Die Klägerin behauptet, eine anderweitige technische Lösung hinsichtlich der Balkonumwehrung als die tatsächlich zur Ausführung gekommene sei nicht realisierbar. Zudem geht auch die Beklagte davon aus, dass ein Umbau nicht in Betracht kommt. Im Übrigen haben die Parteien eine Vereinbarung dahingehend getroffen, dass der Beklagten wegen des schmaleren Umlaufs ein Nachlass von 5.000,00 € gewährt wird. Damit aber haben die übrigen Wohnungseigentümer gegen die Klägerin und die Klägerin gegen die übrigen Wohnungseigentümer ausgehend von dem im hiesigen Rechtsstreit zugrunde zu legenden Tatsachenvortrag jeweils einen Anspruch auf Änderung des Teilungsvertrages und Aufteilungsplanes, so dass diese der tatsächlichen Bauausführung entsprechen. 79

Zwar kann bei lebensnaher Betrachtung angenommen werden, dass die übrigen Wohnungseigentümer ihren Anspruch nicht geltend machen werden. Denn bei der Berechnung der Instandhaltungsrücklage und der verbrauchsunabhängigen Kosten fallen wegen der unzutreffend zu Grunde zu legenden Wohnfläche der Beklagten die von dieser zu tragenden Anteile höher aus, so dass die übrigen Wohnungseigentümer insofern anteilig 80

weniger zu zahlen haben. Die Beklagte trägt die entsprechenden Kosten bezogen auf eine anzurechnende Fläche des Balkonumlaufs von 13,778 m² (50% von 27,556 m² (40,38 m² abzüglich 12,824 m²)), obgleich lediglich 14,856 m² (0,48 m x 30,95 m) vorhanden sind und damit lediglich 7,428 m² beachtlich wären.

Indes kommt es bei der Bewertung, ob ein Rechtsmangel anzunehmen ist, nicht darauf an, ob ein Dritter ein Recht geltend macht. Weil § 633 Abs. 3 BGB darauf abstellt, ob Dritte ein Recht geltend machen „können“, kommt es allein darauf an, ob ein Recht eines Dritten besteht (vgl. Genius, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 633 BGB Rn. 41). Gleiches gilt sinngemäß für die Klägerin. Auch wenn sie nicht gewillt sein sollte, den ihr als Wohnungseigentümerin zustehenden Anspruch gegen die übrigen Wohnungseigentümer – notfalls gerichtlich – durchzusetzen, steht ihr gleichwohl dieser Anspruch zu. Das durch die Klägerin an die Beklagte zu übertragende Eigentum ist mit einem Rechtsmangel belastet, weil die anderen Eigentümer aufgrund der unrichtig eingetragenen Flächenanteile eine zu hohe Kostenbeteiligung der Wohnung Nr. 7 verlangen können. 81

(c) 82

Für die Annahme, dass die Parteien mit ihrer Einigung vom 25.01.2017 nicht nur die Unterschreitung der anrechenbaren Wohnfläche des Balkonumlaufs, sondern auch diesen bestehenden Rechtsmangel durch den Minderungsbetrag von 5.000,00 € abgelten wollten, fehlt es an einer tragfähigen Grundlage. 83

Die Beklagte kann wegen des oben dargestellten Rechtsmangels die Abnahme des Gemeinschaftseigentums unbeschadet der Tatsache verweigern, dass die verkleinerte Ausführung des Umlaufs auch einen Sachmangel begründet, für den sie sich auf einen Abzug von 5.000,00 € eingelassen hat. 84

(aa) 85

Vertraglich schuldete die Klägerin die Herstellung eines Balkonumlaufs mit einer Gesamtfläche von 27,556 m². Tatsächlich hergestellt wurde ein Balkonumlauf mit einer Gesamtfläche von 14,856 m². Damit aber liegt eine Abweichung vom Vertragsoll und somit ein Sachmangel im Sinne des § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB vor. 86

Nach dem notariellen Kaufvertrag vom 05.02.2016 war Gegenstand des Vertrages die noch zu errichtende Eigentumswohnung, welche in der Teilungserklärung wie folgt beschrieben ist: 87

„177,452/1000 Miteigentumsanteil an dem Grundstück...verbunden mit dem Sondereigentum an dem im Aufteilungsplan mit Nr. 7 bezeichneten Räumen im Staffelgeschoss (rechts) nebst Balkon und dem mit gleicher Nummer bezeichneten Kellerraum“ 88

Nach § 1 Abs. 2 des notariellen Kaufvertrages hat die Herstellung der Wohnanlage nach Maßgabe der Pläne, die zur Abgeschlossenheitsbescheinigung vom 14.01.2016 gehören, zu erfolgen. Die Abgeschlossenheitsbescheinigung nebst Plänen war als Anlage der Teilungserklärung beigelegt. Nach § 4 Abs. 1 des notariellen Kaufvertrages verpflichtete sich die Klägerin gegenüber der Beklagten, die Eigentumswohnung nach der notariellen Baubeschreibung vom 15.01.2016 und den Bauplänen herzustellen. Die der Abgeschlossenheitsbescheinigung zugrundeliegenden Pläne weisen hinsichtlich der Wohnung Nr. 7 einen Balkon mit einer Gesamtfläche von 40,38 m² aus. Zugleich wird eine Gesamtwohnfläche von 108,54 Quadratmetern ausgewiesen, wobei der Balkon mit 50 % 89

einer Gesamtfläche von 40,38 m², mithin 20,19 m², hierin eingerechnet ist.

Ausweislich des Plans des Staffelgeschosses sollten die nicht ans Treppenhaus und an die Wohnung Nr. 6 angrenzenden (Außen-)Wände einschließlich einer etwa 0,10 m breiten Brüstung von einem etwa 1 m breiten Umlauf umschlossen sein. Lediglich im Bereich des Wohn-/Esszimmers sollte ein breiterer Balkon mit einer Grundfläche von 2,29 m x 5,60 m ausgebildet werden. Tatsächlich wurde der Umlauf nach außen nicht durch eine 0,10 m breite Brüstung begrenzt, sondern durch eine 0,51 m breite Mauer, wodurch sich die Durchgangsbreite zwischen dieser Mauer und den Außenwänden der Wohnung auf 0,48 m verringert hat. Auf einer Länge von 30,95 m ist damit der Umlauf etwa um die Hälfte schmaler als vereinbart ausgeführt worden. 90

(bb) 91

Der Einwand der Klägerin, der Umlauf habe nicht als Balkon genutzt werden können, sondern habe lediglich der Ausgestaltung des obersten Geschosses als Staffelgeschoss gedient, verfängt nicht. Ausweislich der eigenen Planung sollte die Gesamtfläche des Balkons 40,38 m² betragen. Soweit der Bereich vor dem Wohn-/Esszimmer betroffen ist, hatte dieser lediglich eine Grundfläche von 12,824 m², so dass die restliche Fläche von 27,556 m² (40,38 m² abzgl. 12,824 m²) auf den übrigen Teil des ausdrücklich als Balkon bezeichneten Umlaufs entfiel. Sowohl die auf den Bereich vor dem Wohn-/Esszimmer betroffene Fläche, als auch die weitere Fläche des „Umlaufs“ wurden jeweils hälftig der Gesamtwohnfläche der Wohnung Nr. 7 zugerechnet. Damit aber war die Gesamtfläche von 40,38 m² nach der vertraglichen Vereinbarung auszubilden. 92

Gemäß § 4 Nr. 1 Abs. 4 des notariellen Kaufvertrages sind zwar Änderungen zulässig, wenn sie aufgrund behördlicher Auflagen rechtlich geboten sind oder wenn sie sich als technisch und/oder wirtschaftlich notwendig erweisen oder wenn sie ein verständiger Käufer genehmigen würde. Ferner sind Änderungen zulässig, soweit sie nicht den vertragsgemäßen Gebrauch des Gebäudes unzumutbar beeinträchtigen. Abweichungen dürfen indes Güte, Wert und Gebrauchsfähigkeit des Vertragsobjektes nicht mindern. Hinsichtlich der Wohn- und Nutzflächen sind indes die aus den Einzeichnungen in den Plänen ergebenden Flächengrößen maßgebend; für Abweichungen haftet die Klägerin jedoch dann, wenn sie nicht durch Sonderwünsche der Beklagten veranlasst sind und soweit sie 3 % übersteigen. 93

Ausgerichtet an der Gesamtwohnfläche von 108,54 m² hat der Umlauf statt vereinbarter 27,556 m² (40,38 m² abzgl. 12,824 m²) eine Fläche von 14,856 m² (0,48 m x 30,95 m), so dass sich eine Differenz von 12,7 m² (27,556 m² abzgl. 14,856 m²) ergibt. Da der hälftige Wert in die Wohnflächenberechnung einfließt, ergibt sich damit eine Abweichung von 6,35 m². Ausgerichtet an der Gesamtwohnfläche beträgt damit die Abweichung gerundet 5,85% und damit mehr als die vertraglich zulässigen 3%. Da diese Abweichung infolge der Änderung des Umlaufs unstreitig nicht auf einen Wunsch der Beklagten zurückzuführen ist, haftet damit die Beklagte nach § 4 Nr. 1 Abs. 4 Satz 4 des notariellen Kaufvertrages für diese Abweichung. 94

Sofern die Klägerin darauf abstellt, dass die vorliegende Abweichung weder die Güte, den Wert noch die Gebrauchsfähigkeit der Wohnung an sich mindert, ist bereits zweifelhaft, ob neben der 3 % überschreitenden Abweichung der Wohnfläche eine derartige Minderung überhaupt – als zusätzliche Voraussetzung – erforderlich ist. Beachtlich ist, dass die Regelung hinsichtlich der Abweichung der Wohn- und Nutzflächen der vertraglichen Vereinbarung hinsichtlich der Abweichungen, die Güte, Wert und Gebrauchsfähigkeit des Vertragsobjekts betreffen, nachfolgt und mit der Grenze von 3 % eine eigenständige 95

Regelung hinsichtlich der Zulässigkeit von Abweichungen der Wohn- und Nutzflächen enthält. Aber selbst wenn über die Überschreitung der 3 %-Grenze hinaus für eine unzulässige Abweichung erforderlich wäre, dass diese die Güte, den Wert und die Gebrauchsfähigkeit der Wohnung mindern, ist beachtlich, dass die Beklagte im Rahmen ihrer persönlichen Anhörung vor dem Senat im Senatstermin am 31.01.2019 unwidersprochen vorgetragen hat, dass ihr ein breiterer Umlauf ermöglicht hätte, von außen leichter die Fenster zu putzen und einen Wäscheständer oder eine Box für die Gartenaufgaben aufzustellen. Damit aber wird die Nutzbarkeit bei der schmalen Ausführung nicht unwesentlich eingeschränkt.

(cc) 96

Die Beklagte kann sich aber auf den Sachmangel der Unterschreitung der Fläche des Balkonumlaufs deswegen nicht berufen, weil die Parteien hinsichtlich der Verringerung des Umlaufinnenraumes eine Vereinbarung getroffen haben, wonach ein Nachlass von 5.000,00 € seitens der Klägerin gewährt wird. 97

?) 98

Mit E-Mail vom 24.01.2017 (Anl. K8) schlug die Klägerin der Beklagten vor, dass ein Nachlass i.H.v. 5.000,00 € gewährt würde. Dieser E-Mail gingen Verhandlungen über ein Minderungsrecht der Beklagten hinsichtlich dieses Mangels voraus. Der Architekt nahm am 16.01.2017 ein Aufmaß und ermittelte eine Grundfläche von 29,68 m. Mit E-Mail vom 24.01.2017 – 7:16 Uhr - schlug die Beklagte der Klägerin vor, dass ein Nachlass von 10.000,00 € für den Balkon gewährt würde. Damit aber war die Klägerin nicht einverstanden; sie schlug daher – nicht verhandelbar – 5.000,00 € vor. Mit E-Mail vom 25.01.2017 (Anl. K8) antwortete die Beklagte lediglich „ist okay...schicken Sie die Rechnung“. Nach dem Maßstab des objektiven Empfängerhorizontes musste die Klägerin davon ausgehen, dass die Beklagte ihr Angebot auf Gewährung eines Nachlasses von 5.000,00 € angenommen hat. Denn sie hat sich nicht nur mit dem Vorschlag einverstanden erklärt – „okay“ – sondern sogar noch die Übermittlung der Rechnung verlangt. Mit diesem Verlangen aber hat sie deutlich gemacht, dass sie die Restforderung – unter Abzug der 5.000,00 € - zu zahlen gewillt war, anderenfalls die Übermittlung der Rechnung keinen Sinn gemacht hätte. 99

Die Beklagte meint zwar, dass keine Einigung anzunehmen sei, weil sich ihre Erklärung allein 100 darauf bezogen habe, dass die Klägerin die Rechnung habe schicken sollen; hingegen habe sich dies nicht auf das Angebot hinsichtlich des Nachlasses von 5.000,00 € bezogen. Allerdings ist hierbei maßgeblich nicht das, was die Beklagte angesichts der ihr eventuell nur begrenzt zur Verfügung stehenden Kommunikationsmittel erklären wollte, sondern das, was die Klägerin nach dem Maßstab des objektiven Empfängerhorizontes verstehen durfte (vgl. Looschelders, in: Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack, Bürgerliches Gesetzbuch: Allgemeiner Teil – EGBGB, 3. Auflage 2016, § 133 BGB Rn. 41). Insofern konnte ein objektiver Erklärungsempfänger diese Zustimmungserklärung nur als Zustimmung zum Angebot verstehen.

Ungeachtet dessen hätte auch nach Ansicht der Beklagten ein Abschlag von der Rechnungssumme erfolgen müssen, da aus ihrer Sicht hinsichtlich des Balkons ein Sachmangel vorlag. Dann aber konnte ohne Klärung des entsprechenden Minderungsbetrages letztlich gar keine verbindliche Rechnung gestellt werden, da eine Einigung hinsichtlich dieses Mangels am Balkon und eines hierfür anzusetzenden Minderungsbetrages nach ihrem Verständnis überhaupt nicht erfolgt sein soll. Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Beklagte eine Rechnung erbeten hat, um dann selbst einen von ihr für gerechtfertigt erachteten Minderungsbetrag abzuziehen. Denn die 101

Höhe der letzten Kaufpreisrate stand fest und ergab sich zwanglos aus § 6 Abs. 1 des Kaufvertrages (29.700,00 €). Zudem war die Beklagte der Auffassung, dass ihr allein wegen des Mangels am Balkon ein die letzte Kaufpreisrate übersteigender Minderungsbetrag zustand. Dementsprechend hätte aus ihrer Sicht konsequenterweise überhaupt kein Anlass bestanden, sich eine Rechnung zukommen zu lassen, da sie auf der Grundlage ihrer Auffassung nichts weiter geschuldet hätte.

Soweit die Beklagte darauf verweist, dass letztlich auch die Klägerin nicht von einer entsprechenden Einigung ausgegangen sei, verfängt auch dieser Einwand im Ergebnis nicht. Denn der Geschäftsführer der Klägerin hat in seiner mündlichen Anhörung vor dem Senat am 31.01.2019 plausibel dargetan, dass er bis zum Schreiben der Beklagten vom 01.02.2017 davon ausgegangen sei, dass alles geklärt sei. Davon konnte die Beklagte nicht mehr einseitig abrücken. 102

Soweit die Klägerin im Nachgang noch das Schreiben vom 10.02.2017 verfasst hat, ist der Beklagten zwar zuzugeben, dass der Wortlaut, wonach es bei ihrem „Angebot“ verbleibe, einen Nachlass von 5.000,00 € ohne Anerkennung einer Rechtspflicht zu gewähren, darauf schließen lassen könnte, dass der Geschäftsführer der Klägerin von einer wieder offenen Situation ausgegangen ist. Der Umstand, dass die Klägerin die Bedeutung der Rücknahme der ursprünglichen Annahmeerklärung der Beklagten verkannt haben kann, lässt indes nicht darauf schließen, dass die Klägerin auch schon die objektiv als Annahmeerklärung zu wertende Nachricht der Beklagten vom 25.01.2017 unrichtig verstanden hat. Vielmehr hat sich die Klägerin in ihrer Rechnung vom 25.01.2017 ausdrücklich auf die Vereinbarung – „vereinbartem Nachlass vom 25.01.17“ - berufen. Insofern hat auch der Geschäftsführer der Klägerin in seiner mündlichen Anhörung vor dem Senat am 31.01.2019 vorgetragen, dass er nach der E-Mail der Beklagten, mit dem sie ihr „O. K.“ gegeben habe, die Rechnung rausgeschickt habe und sogar bereit gewesen sei, der Beklagten ein Schreiben zu übergeben, wonach der Kaufpreis 5.000,00 € geringer sei, damit der Zeuge P versuchen könne, anteilige Grunderwerbsteuer zurück zu erhalten. 103

Gleiches gilt auch sinngemäß für das anwaltliche Schreiben der Klägerin vom 06.03.2017 (Anlage K 12), in dem es heißt, dass die Beklagte das Angebot nicht akzeptiert habe. 104

?) 105

Die Beklagte hat ihre Erklärung vom 25.01.2017 nicht wirksam mit Anfechtungserklärung vom 25.06.2019 angefochten. 106

Insofern ist fraglich, ob schon ein nach § 119 Abs. 1 BGB bestehender Anfechtungsgrund im Sinne eines Erklärungsirrtums vorliegt, und es erscheint zweifelhaft, ob die Beklagte den Nachweis führen kann, dass sie subjektiv keine Erklärung abgeben wollte, wie sie sich aus objektiver Empfängersicht dargestellt hat. 107

Indes kann dies dahinstehen, da die Beklagte – worauf die Klägerin zutreffend hinweist – die Anfechtungsfrist des § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB versäumt hat. Hinsichtlich der Anfechtungsfrist gibt es zwar keine starren Grenzen; vielmehr ist nach den Einzelfallumständen zu bewerten, ob die Anfechtung ohne schuldhaftes Zögern erklärt worden ist (vgl. Armbrüster, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2018, § 121 BGB Rn. 7). Insofern ist in jedem Einzelfall unter Berücksichtigung der Interessen beider Parteien zu ermitteln, nach Ablauf welchen Zeitraums die Anfechtung möglich und zumutbar war; liegen keine besonderen Umstände vor, ist ein Zuwarten von 2 Wochen ab Kenntnis des Anfechtungsgrundes als nicht mehr unverzüglich anzusehen (vgl. OLG Oldenburg (Oldenburg), Urteil vom 30. Oktober 108

2003 – 8 U 136/03 – NJW 2004, 168; Armbrüster, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2018, § 121 BGB Rn. 7).

Die Beklagte hat ausdrücklich eingeräumt, sie sei in dem Senatstermin am 31.01.2019 darauf hingewiesen worden, dass ihre E-Mail im Sinne einer Annahmeerklärung ausgelegt werden könne. Dann aber wusste sie bereits ab diesem Zeitpunkt, dass ihrer E-Mail ein entsprechender objektiver Erklärungsinhalt beizumessen war. Die Anfechtung mit Erklärung vom 25.06.2019, mithin knapp 5 Monate später, ist jedenfalls nicht mehr ohne schuldhaftes Zögern erfolgt.

(dd) 110

Die Einigung der Parteien hinsichtlich der Gewährung eines Nachlasses umfasste allein den Sachmangel der Unterschreitung der vereinbarten Grundfläche des Balkonumlaufs, nicht aber den Rechtsmangel in Form der Unrichtigkeit des Aufteilungsplans.

?) 112

Die Beklagte kann sich zwar wegen der getroffenen Einigung nicht auf den Rechtsmangel berufen, dass ihr das Sondereigentum an einem Teil des zu ihrer Eigentumswohnung gehörenden Umlaufs nicht verschafft werden kann.

Insoweit liegt ein Rechtsmangel in Form der teilweisen Nichtverschaffung des Sondereigentums vor, weil ihr zwar der die Grundlage des Wohnungseigentums bildende Miteigentumsanteil am Grundstück (§ 1 Abs. 2, 6 WEG) ungeschmälert verschafft werden könnte und damit die Pflicht zur Verschaffung des Eigentums deshalb erfüllt würde (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 25. September 2001 – 3A U 1/01 –, juris). Indes würde damit der Beklagten nicht nur die tatsächliche Möglichkeit, sondern auch das Recht zur alleinigen Nutzung des Teils des Balkonumlaufs verwehrt, auf dem nunmehr die Mauer aufsteht (vgl. BGH, Urteil vom 28. Februar 1997 – V ZR 27/96 – NJW 1997, 1778; Zimmer, in: Jennißen, Wohnungseigentumsgesetz, 6. Aufl. 2019, § 1 WEG Rn. 23; Rapp, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2018, § 1 WEG Rn. 79).

Sondereigentum sind nur diejenigen Gegenstände, die sondereigentumsfähig sein können und rechtsgeschäftlich zum Sondereigentum erklärt wurden (vgl. Rapp, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2018, § 1 WEG Rn. 43). Bestandteile des Gebäudes im Sinne von § 5 Abs. 1 2. Alt WEG werden zusammen mit den Räumen, zu denen sie gehören, kraft Gesetzes Sondereigentum (vgl. Rapp, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2018, § 1 WEG Rn. 43). Terrassen und Balkone sind grundsätzlich sondereigentumsfähig, sofern sie in den Aufteilungsplänen und der Abgeschlossenheitsbescheinigung einer bestimmten Wohnung numerisch zugeordnet sind und mit einer bestimmten Raumeinheit für abgeschlossen erklärt werden (vgl. Commichau, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2017, § 5 WEG Rn. 22) und sie nicht konstruktive Bestandteile des Gebäudes und ohne Beeinträchtigung des optischen Bildes des Anwesens veränderbar sind (vgl. Heyn, in: Wohnungseigentumsgesetz, 2. Auflage 2014, § 5 WEG Rn. 3). Hieraus folgt, dass die Außenwände und sonstige Außenbestandteile (vgl. Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 20. Juni 1974 – BReg 2 Z 22/74 – zitiert nach juris) und Verkleidungen der Balkone gemeinschaftliches Eigentum sind, weil sie zur Gebäudefassade gehören (vgl. Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 04. September 2003 – 2Z BR 114/03 – zitiert nach juris; Bärmann/Pick, in: Bärmann/Pick, Wohnungseigentumsgesetz, 19. Auflage 2010, § 5 WEG Rn. 13; Keil, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger zitiert nach jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 5 WEG Rn. 20). Auch die konstruktiven und der Sicherheit des Gebäudes

dienenden Bauteile der Balkone (vgl. OLG München, Beschluss vom 30. Januar 2007 – 34 Wx 116/06 – zitiert nach juris; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Dezember 1998 – 3 Wx 418/98 – WuM 1999, 349) und die die Gebäudegestaltung beeinflussende Balkonplatte (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 16. September 1988 – 26 U 57/88 – ZMR 1989, 98) und die Balkonbrüstung (vgl. Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 01. Oktober 1998 – 22 BR 144/98 – WuM 1999, 641) und das Geländer (vgl. Bärmann/Pick, in: Bärmann/Pick, Wohnungseigentumsgesetz, 19. Auflage 2010, § 5 WEG Rn. 13) zählen zum Gemeinschaftseigentum.

Damit aber ist der Balkonumlaufinnenraum als solcher zum Sondereigentum zu zählen. Da dieser aber schmaler, hingegen die Balkonumlaufumfassung breiter ausgeführt worden ist, kann die Klägerin der Beklagten kein Sondereigentum an dem Teil des Balkonumlaufs verschaffen, auf dem die breiter ausgeführte Balkonumlaufumfassung aufsteht. Da aber ein Werk nach § 633 Abs. 3 BBG nur dann frei von Rechtsmängeln ist, wenn Dritte, hier also die übrigen Wohnungseigentümer hinsichtlich dieses Teils des Balkonumlaufs, keine Rechte gegen die Klägerin geltend machen können (vgl. Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2018, § 633 BGB Rn. 33; Genius, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 633 BGB Rn. 41), liegt hiermit ein Rechtsmangel vor. 116

Allerdings haben sich die Parteien hinsichtlich der Unterschreitung der Grundfläche – wie bereits ausgeführt – auf den Nachlass von 5.000,00 € geeinigt, so dass die Beklagte jedenfalls diesen Rechtsmangel gegenüber der Klägerin nicht mehr geltend machen kann. 117

?) 118

Indes blieb ein Rechtsmangel in Form der Unrichtigkeit des Aufteilungsplans von der Einigung unberührt. Inhalt der Einigung war die Hinnahme der Verschmälerung des Balkonumlaufs als solcher, was sich auch an der E-Mail der Klägerin vom 24.01.2017, 07:56 Uhr, ersehen lässt, da dort unter Bezugnahme auf die seitens der Beklagten angesprochene Sitzmöglichkeit und des Außenmaßes des Balkonumlaufs allein die Verringerung der Fläche des Balkonumlaufs zum Gegenstand der Einigung gemacht wurde, nicht aber darüber hinaus auch eine Duldung der Unrichtigkeit des Aufteilungsplans und die Hinnahme eines hierauf beruhenden unrichtigen Verteilerschlüssels. 119

(d) 120

Dieser schon im Zeitpunkt des Zugangs der Rücktrittserklärung bestehende Mangel war auch wesentlich. 121

(aa) 122

Unter welchen Voraussetzungen von einem unwesentlichen Mangel im Sinne des § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB in der bis zum 31.12.2017 geltenden Fassung (Art. 229 § 39 EGBGB) auszugehen ist, hängt vom Einzelfall und einer Abwägung der Interessen der Vertragsparteien unter Berücksichtigung von Art und Umfang des Mangels ab (vgl. Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2018, § 640 Rn. 12). Hierbei ist zu berücksichtigen, dass der Besteller im Falle der Annahme der Abnahmereife zur Billigung einer Leistung verpflichtet wird, die nicht der vertraglichen Vereinbarung entspricht, denn der Besteller hat mit dem Unternehmer die Erstellung eines einwandfreien und nicht eines nur überwiegend einwandfreien Werks vereinbart (vgl. OLG Köln, Urteil vom 26. Februar 2015 – I-24 U 111/14 – zitiert nach juris; Voit, in: BeckOK BGB, Bamberger/Roth/Hau/Poseck, Stand: 123

01.02.2017, § 640 Rn. 22). Unwesentlich ist ein Mangel, wenn er an Bedeutung so weit zurücktritt, dass es unter Abwägung der beiderseitigen Interessen für den Auftraggeber zumutbar ist, eine zügige Abwicklung des gesamten Vertragsverhältnisses nicht länger aufzuhalten und deshalb nicht mehr auf den Vorteilen zu bestehen, die sich ihm vor vollzogener Abnahme bieten (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 16. Mai 1997 – 22 U 232/96 – zitiert nach juris; Kniffka, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 4. Teil Rn. 4) und ihm deswegen zugemutet werden kann, letztlich auf Gewährleistungsansprüche verwiesen zu sein (vgl. Havers, in: Kapellmann/Messerschmidt VOB-Kommentar, Teil A/B, 6. Auflage 2018, § 12 VOB/B Rn. 85). Der Begriff der Unwesentlichkeit ist eng auszulegen (vgl. OLG Köln, Urteil vom 26. Februar 2015 – I-24 U 111/14 – zitiert nach juris; Voit, in: BeckOK BGB, Bamberger/Roth/Hau/Poseck, Stand: 01.02.2017, § 640 Rn. 22).

(bb) 124

Unter Zugrundlegung dieses Maßstabs ist der Mangel wesentlich. 125

?) 126

Beachtlich ist zunächst, dass die Unrichtigkeit der Flächenabweichung wesentlich ist. Denn – wie bereits ausgeführt – verschob sich das Sondereigentum der Beklagten zu Gunsten des Gemeinschaftseigentums um 6,35 m², also ausgerichtet an der Gesamtwohnfläche des Sondereigentums der Beklagten um gerundet 5,85%. 127

?) 128

Zudem führt der unrichtige Verteilerschlüssel dazu, dass die Beklagte auf der Grundlage des Verhältnisses der unzutreffend eingetragenen Miteigentumsanteile im Verhältnis zu den übrigen Wohnungseigentümern erhöhte Anteile an den Lasten und Kosten zu tragen hat. 129

Die unrichtige Flächenangabe in der Abgeschlossenheitsbescheinigung, in der Teilungserklärung und im Grundbuch führt zu einem unrichtigen Verteilerschlüssel hinsichtlich der Lasten und Kosten der Instandhaltung, Instandsetzung, sonstigen Verwaltung und des gemeinschaftlichen Gebrauchs, da sich der Verteilerschlüssel in der Wohnungseigentümergeinschaft gemäß § 16 Abs. 2 WEG nach den Miteigentumsanteilen der Wohnungseigentümer richtet. 130

Da Inhaber der Rechte und Pflichten gemäß § 10 Abs. 1 WEG die Wohnungseigentümer sind (vgl. Commichau, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2017, § 10 WEG Rn. 2), kann allein die Klägerin als Eigentümerin eine Änderung der Teilungserklärung erwirken. Die Klägerin weigerte sich jedoch auch nach der am 25.01.2017 erfolgten Einigung, den ihr als Wohnungseigentümerin nach § 21 Abs. 4, Abs. 5 Nr. 2 WEG gegen die anderen Wohnungseigentümer in ihrer Gesamtheit zustehenden Anspruch auf Anpassung des Aufteilungsplans an die tatsächliche Bauausführung durchzusetzen. Soweit der Geschäftsführer der Klägerin in seiner persönlichen Anhörung vor dem Senat am 16.07.2019 unwidersprochen vorgetragen hat, er habe versucht, auf die Wohnungseigentümergeinschaft einzuwirken, genügt allein dieser Versuch nicht, da die Klägerin insofern ihren Anspruch gegen die übrigen Wohnungseigentümer notfalls klageweise hätte durchsetzen müssen. Die Beklagte hat mit der am 25.01.2017 erfolgten Annahme des Angebots der Klägerin zur Minderung des Kaufpreises den vertragswidrigen Zustand der Ausführung des Balkonumlaufs als unabänderlich hingenommen. Hieraus aber folgt, dass sie von der Klägerin als Wohnungseigentümerin verlangen konnte, dass die 131

Eintragungen im Aufteilungsplan der tatsächlichen Situation angepasst werden. Denn anderenfalls hätte sie infolge der Einigung der Parteien nicht nur einen vertragswidrigen Zustand im Hinblick auf die abweichende Bauausführung hinzunehmen, sondern - zu ihren Ungunsten - auch einen durch die unzutreffende Flächenangabe bedingten unrichtigen Abrechnungsschlüssel, der dazu führt, dass sie ausgerichtet an der tatsächlichen Wohnfläche im Verhältnis zu den anderen Wohnungseigentümern zu hohe Kosten zu tragen hat. Hierbei kommt es auch nicht darauf an, dass bei isolierter Betrachtung – wie von der Klägerin behauptet – jährliche Mehrkosten von unter 50,00 € entstehen, da im Zeitpunkt des Zugangs der Rücktrittserklärung aufgrund der Weigerung der Klägerin, eine Änderung des Aufteilungsplans zu erwirken, unabsehbar war, wie lange die Beklagte derartige überhöhte Kosten zu tragen hat.

(d) 132

Damit aber mangelt es bereits wegen dieses Rechtsmangels an der Abnahmereife des Gemeinschaftseigentums, so dass die Beklagte nicht zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums verpflichtet war (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 03. Februar 2015 – I-23 U 34/14 – zitiert nach juris) und die Klägerin aus einer Abnahmeverweigerung keine Rechte herleiten kann (vgl. Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage 2012, § 640 BGB Rn. 26). Mithin kann auch dahinstehen, ob die weiteren seitens der Beklagten gerügten Mängel am Gemeinschaftseigentum bestehen. 133

(3) 134

Zudem hat die Klägerin der Beklagten keine Frist zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums gemäß § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB gesetzt. 135

Die Klägerin hätte, um die Abnahmewirkungen im Falle einer Abnahmereife auslösen zu können, die Beklagte zur Abnahme auffordern und diese Aufforderung mit einer Frist verbinden müssen. Eine solche Frist ist unstreitig nicht gesetzt worden. Die Fristsetzung war vorliegend auch nicht ausnahmsweise entbehrlich. 136

(a) 137

Eine Fristsetzung ist nur dann entbehrlich, wenn der Auftraggeber die Abnahme von vornherein endgültig und unberechtigt verweigert. Die Fristsetzung wäre dann reine Förmerei (vgl. BGH, Urteil vom 08. November 2007 – VII ZR 183/05 – NZBau 2008, 109; BGH, Urteil vom 25. Januar 1996 – VII ZR 26/95 – NJW 1996, 1280; Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 08. Januar 2003 – 4 U 82/02 –, juris; Genius, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 640 BGB Rn. 29; Kniffka, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 4. Teil Rn. 42; vgl. Voit, in: BeckOK BGB, Bamberger/Roth/Hau/Poseck, Stand: 01.02.2017, § 640 BGB Rn. 32). Wie bereits ausgeführt, hat die Beklagte die Abnahme indes nicht unberechtigt verweigert. 138

(b) 139

Überdies ist nicht erkennbar, dass die Beklagte die Abnahme des Gemeinschaftseigentums endgültig verweigert hätte. 140

Soweit die Klägerin ursprünglich behauptet hat, der Zeuge P habe schon vor Durchführung des Termins zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums mit einem Schreiben angezeigt, 141

dass er die Abnahme des Gemeinschaftseigentums verweigern werde, hat die Klägerin klargestellt, dass es sich hierbei um das Schreiben der Beklagten vom 01.02.2017 gehandelt hat. Eine endgültige Abnahmeverweigerung kann indes nicht auf das Schreiben der Beklagten vom 01.02.2017 gestützt werden, da die Beklagte dort ausdrücklich erklärt hat, dass sie die „Abnahme des Gemeinschaftseigentums am 03.02.2017...derzeit nicht erklären“ werde und wegen „der fehlenden Balkongröße...die Abnahme des Abnahme des Gemeinschaftseigentums am 03.02.2017 nicht erklären“ könne. An die Annahme einer endgültigen Abnahmeverweigerung sind nämlich strenge Anforderungen zu stellen (vgl. Genius, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 640 BGB Rn. 29; § 636 Rn. 7). Das Verhalten der Beklagten muss zweifelsfrei ergeben, dass sie sich über das Abnahmeverlangen der Klägerin klar gewesen wäre und ohne Rücksicht auf die möglichen Folgen ihre Weigerung zum Ausdruck gebracht hätte. Das ist regelmäßig nur der Fall, wenn sie sich beharrlich oder strikt geweigert hätte, die Abnahme zu erklären.

(c) 142

Die Verweigerung der Abnahme konnte zwar aus Sicht der Klägerin deswegen unberechtigt gewesen sein, weil sich die Parteien hinsichtlich der Unterschreitung der Grundfläche des Balkonumlaufs am 25.01.2017 auf einen Nachlass von 5.000,00 € geeinigt haben und zudem nicht mehr eine Umgestaltung des Balkonumlaufs, sondern allein ein Nachlass im Raume stand. Die Beklagte hat in ihrem Schreiben vom 01.02.2017 nicht die Beseitigung des gerügten Mangels begehrt, sondern letztlich nur eine Minderung i.H.v. 38.034,85 €.

Indes konnte die Abnahmeverweigerung der Beklagten nicht als endgültig verstanden werden. Denn sie hat ausdrücklich erklärt, eine Abnahme nur „derzeit“ nicht erklären zu wollen und an einer gütlichen Einigung interessiert zu sein. Überdies hat die Beklagte auch darauf verwiesen, dass bei Hinnahme der tatsächlichen Ausführung des Balkonumlaufs die Gemeinschaftseigentumsanteile falsch berechnet seien und ihr hierdurch ein finanzieller Nachteil entstehe. Auch im Schreiben vom 19.02.2017 hat die Beklagte angeregt, in einem vernünftigen Gespräch für beide Seiten eine tragfähige Lösung zu finden, und erklärt, sie sei nach wie vor gesprächsbereit. Im anwaltlichem Schreiben vom 21.03.2017 wies die Beklagte erneut darauf hin, dass angesichts der tatsächlich hergestellten Größe des Balkons sich die Anteile an dem Gemeinschaftseigentum und die Anteile am Sondereigentum insgesamt verändert hätten, so dass eine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung vorzulegen sei; sie sei aber nach wie vor an einer gütlichen Einigung interessiert. Im anwaltlichen Schreiben vom 24.03.2017 betonte die Beklagte erneut, dass sie nach wie vor an einer gütlichen Einigung interessiert sei.

Da – wie ausgeführt – allein der Klägerin als Wohnungseigentümerin ein Anspruch gegen die anderen Wohnungseigentümer auf Änderung des Teilungsvertrages und des Aufteilungsplanes zustand, durfte die Beklagte erwarten, dass die Klägerin auf diese Situation konstruktiv eingeht, bevor sie – ohne Setzung einer Frist zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums – den Rücktritt vom Vertrag erklärt. Dann aber kann nicht davon ausgegangen werden, dass eine Fristsetzung entbehrlich war.

bb) 146

Mangels Abnahme des Gemeinschaftseigentums war der Restkaufpreisanspruch der Klägerin nicht nach § 6 Abs. 1 Satz 4 des Vertrages fällig. Damit bestand auch kein Rücktrittsgrund nach § 6 Abs. 7 Satz 1 des Vertrages, so dass der Klägerin auch kein Anspruch auf Herausgabe der Wohnung und auf Bewilligung der Löschung der streitgegenständlichen Auflassungsvormerkung im Grundbuch Zug um Zug gegen

Rückzahlung der bisher gezahlten Kaufpreisrate nach den §§ 323 Abs. 1, Abs. 5 Satz 2, 346 Abs. 1, 348 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 7 des Vertrages zusteht.

III. 148

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus den §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO. 149

Die Zulassung der Revision war nicht veranlasst, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO nicht vorliegen. Das Urteil hat keine über den Einzelfall hinausgehende, grundsätzliche Bedeutung. Auch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung keine Entscheidung des Revisionsgerichts. 150