

---

**Datum:** 13.05.2015  
**Gericht:** Oberlandesgericht Köln  
**Spruchkörper:** 11. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 11 U 96/14  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGK:2015:0513.11U96.14.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Bonn, 7 O 351/13

---

**Tenor:**

1. Auf die Berufung der Klägerin wird das Teilanerkennnis- und Schlussurteil der 7. Zivilkammer des Landgerichts Bonn vom 20.05.2014 (7 O 351/13) wie folgt abgeändert:

Die Beklagte wird unter Abweisung der Klage im Übrigen verurteilt,

a) an die Klägerin über die erstinstanzlich zugesprochene Herausgabe der Baugenehmigung nebst Plänen hinaus folgende Unterlagen betreffend die Wohnanlage B 38-40 in C herauszugeben:

- einen Abzug der Werkplanung 1:50
- Energieausweis
- Kanaldichtigkeitsnachweis
- Einweisung in die Haustechnik
- Bedienungsanleitungen zu den technischen Einrichtungen

sowie Heizungsanweisungen,

b) an die Klägerin 7.400,37 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten aus 4.520,69 € seit dem 1.2.2013 und aus 2.879,68 € seit dem 9.1.2014 zu zahlen.

2. Im Übrigen wird die Berufung als unzulässig verworfen.

3. Die Kosten des Berufungsverfahrens einschließlich der in diesem angefallenen Kosten der Streithelferin trägt die Klägerin.

4. Das vorliegende und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Vollstreckung kann durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des vollstreckbaren Betrages abgewendet werden, wenn nicht die Gegenseite Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

---

**Gründe:** 1

I. 2

Die Klägerin nimmt als Wohnungseigentümergeinschaft die Beklagte wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum an der Wohnanlage B 38-40, C, in Anspruch. Die Wohnanlage wurde im Auftrag der Beklagten als Bauträgerin von der Streithelferin als Generalunternehmerin errichtet. Die Miteigentümer haben ihr Eigentum aufgrund von Bauträgerkaufverträgen von der Beklagten erworben. Die Klägerin hat erstinstanzlich einen Anspruch auf Vorschuss zur Mängelbeseitigung geltend gemacht. Weiter hat sie von der Beklagten die Herausgabe verschiedener Bauunterlagen und die Erstattung von Sachverständigenkosten und außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten verlangt. 3

Dem war folgendes vorausgegangen: 4

Die Erwerber hatten den Sachverständigen T mit der Feststellung von Mängeln am Gemeinschaftseigentum beauftragt. Dieser nahm zusammen mit dem von der Beklagten beauftragten Sachverständigen C2 die vorhandenen Mängel auf, die in einem gemeinsamen Gutachten vom 2.10.2012 festgehalten wurden (Anl. A 4, Bl. 51 ff. d.A.). Den Mangelbeseitigungsaufwand bezifferten die Sachverständigen auf 59.400,- € . Der Sachverständige T stellte aufgrund einer Nachbesichtigung von 9.10.2013 weitere Mängel fest, die er in einem Nachtragsgutachten vom 15.10.2013 protokollierte (Anl. A 7, Bl. 68 ff. d.A.). 5

Mit der Klage hat die Klägerin insgesamt 58 Mängel aus dem Ursprungsgutachten vom 2.10.2012 geltend gemacht. Sie hat behauptet, die Mängel seien trotz Fristsetzung nicht beseitigt worden und erstinstanzlich für die von ihr durchzuführende Mängelbeseitigung einen Vorschuss gefordert, denn sie mit 131.425 EUR ansetzte. Wegen der Mängel 59-75 aus dem Nachtragsprotokoll T vom 15.10.2013 hat sie eine Vorschusszahlung von insgesamt 44.300,- € geltend sowie weitere 7.000,- € an voraussichtlichen Kosten für die Verbreiterung der Einfahrt in der Tiefgarage begehrt. Die Klägerin hat weiterhin der Ansicht vertreten, dass der Bauträgervertrag einen Anspruch auf Herausgabe der mit dem Klageantrag zu 2 benannten Urkunden begründe. Darüber hinaus sei die Beklagte verpflichtet, der Klägerin die für die Feststellung der Mängel am Gemeinschaftseigentum entstandenen Sachverständigenkosten und außergerichtlichen Rechtsanwaltsgebühren zu ersetzen. 6

Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, 7

1. an die Klägerin auf deren Konto Nr. 100xxxx215 bei der E (BLZ 1xx xxx 00) einen Vorschuss i.H.v. 183.000,- € EUR nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen; 8

2. an die Klägerin folgende Unterlagen herauszugeben:	9
a. Baugenehmigung nebst Plänen	10
b. Werkplanung 1 : 50	11
c. Wärmeschutzberechnung	12
d. Energieausweis	13
e. BlowerDoor Test	14
f. Schlussabnahmeschein	15
g. Schlusseinmessungsbestätigung	16
h. Kanaldichtigkeitsnachweis	17
i. Einweisung Haustechnik	18
j. Bedienungsanleitungen zu den technischen Einrichtungen und Schließpläne sowie Heizungsanweisung;	19
3. an die Klägerin 8.346,66 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf 4.520,69 EUR seit dem 1.2.2013 sowie auf 3.825,97 EUR seit Rechtshängigkeit zu zahlen.	20
Die Beklagte hat den Klageantrag auf Herausgabe der Baugenehmigung nebst Plänen (Antrag 2.a.) ohne Anerkennung einer Rechtspflicht anerkannt und im Übrigen die Abweisung der Klage beantragt.	21
Das Landgericht, auf dessen Urteil wegen des weiteren erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes Bezug genommen wird, hat dem anerkannten Klageantrag stattgegeben und die Klage im Übrigen abgewiesen. Der Klägerin stehe ein Anspruch auf Vorschusszahlung gemäß §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 3 BGB nicht zu, weil dieses Verlangen eine unzulässige Rechtsausübung (§ 242 BGB) darstelle. Die Klägerin mache nämlich mit der Vorschussforderung eine doppelte Sicherheitsleistung geltend, nachdem unstreitig sei, dass die Mitglieder der Klägerin einen Betrag von über 200.000 EUR, der damit weit über der Klageforderung liege, wegen Mängeln zurückhielten. Die Klägerin könne sich nicht darauf berufen, dass Einbehalte von den Erwerbern auch teilweise wegen des Sondereigentums gemacht worden seien. Denn konkrete und substantiierte Angaben zu den einzelnen Erwerbern und der Höhe von deren Einbehalten wegen Mängeln am Sondereigentum könne sie nicht machen. Es verstoße auch gegen Treu und Glauben, gegenüber der Beklagten als Bauträgerin geltend zu machen, dass die Klägerin als Anspruchstellerin des Vorschussanspruches nicht personenidentisch sei mit denjenigen Erwerbern, die Einbehalte wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum gemacht hätten. Wenn sich die Klägerin als Wohnungseigentümergeinschaft die Durchsetzung der Mängelansprüche von den betroffenen Erwerbern übertragen lasse, habe sie den Nachteil des Auseinanderfallens der Rechtsträger des Gewährleistungsanspruchs und des Zurückbehaltungsrechts zu tragen. Ein Anspruch der Klägerin auf Herausgabe der Unterlagen ergebe sich nicht aus den Bauträgerverträgen. Er beruhe auch nicht auf einer allgemeinen Nebenpflicht aus den Bauträgerverträgen; denn ein besonderes rechtliches Interesse an diesen Unterlagen bestehe nicht und sei nicht konkret vorgetragen worden. Da der Hauptanspruch der Klägerin	22

gegen die Beklagte unbegründet sei, stünden der Klägerin auch keine Nebenansprüche auf Erstattung von Sachverständigen- und vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten zu.

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit der Berufung. Hinsichtlich der Mängel begehrt sie nicht mehr die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung eines Vorschusses, sondern stattdessen im Wege des Schadensersatz (§§ 281 Abs. 1, 323 Abs. 1 BGB) die Erstattung fiktiver Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 153.781,51 € netto sowie die Feststellung der Ersatzpflicht hinsichtlich des durch die Mängel noch entstehenden zusätzlichen Schadens. Die Umstellung des Antrages sei geboten und zulässig. Vor der Abnahme des Gemeinschaftseigentums habe die Klägerin Mängelrechte noch nicht geltend machen können. Nach allgemeiner Meinung markiere die Abnahme des Werkes den maßgeblichen Zeitpunkt, von dem an Mängelrechte des Bestellers eingreifen könnten. Vor der Abnahme könne nur der – mit dem geänderten Antrag – beehrte Schadensersatz nach §§ 281 Abs.1, 323 Abs. 1 BGB verlangt werden. Die Umstellung des Antrages sei nach §§ 264 Nr. 2 oder 3, 533 ZPO zulässig, zumal das Landgericht die Klägerin darauf habe hinweisen müssen, dass ein Anspruch auf Vorschuss vor Abnahme des Werkes ausscheide. Im Übrigen wiederholt und vertieft die Klägerin ihr erstinstanzliches Vorbringen.

Die Klägerin beantragt, 24

unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils 25

1. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin auf deren Konto Nr. 100xxxx215 bei der E (BLZ 1xx xxx 00) einen Betrag zu zahlen i.H.v. 153.781,51 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit; 26

2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtlichen Schaden zu ersetzen, der der Klägerin dadurch entsteht, dass die Mängelbeseitigung der Mängel (Ifd. Nrn. 1-64, 75-7, 79-105) aus der gutachterlichen Feststellungen des Sachverständigen T, X 31, I vom 15.10.2013 einen Betrag verursacht von über 153.781,51 €; 27

3. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin über die erstinstanzlich zugesprochene Herausgabe der Baugenehmigung nebst Plänen folgende Unterlagen betreffend die Wohnanlage B 38-40 in C herauszugeben: 28

- Werkplanung 1:50 29

- Energieausweis 30

- Kanaldichtigkeitsnachweis 31

- Einweisung in die Haustechnik 32

- Bedienungsanleitungen zu den technischen Einrichtungen 33

sowie Heizungsanweisungen; 34

4. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 8.346,66 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten aus 4.520,69 € seit dem 1.2.2013 und aus 3.825,97 € seit Rechtshängigkeit zu zahlen. 35

Die Beklagte und die Streithelferin beantragen, 36

37

die Berufung zurückzuweisen

Sie sehen im Übergang von der Vorschuss- zur Schadenersatzklage eine unzulässige Klageänderung, in die sie nicht einwilligen. Im Übrigen wiederholen und vertiefen sie ihren erstinstanzlichen Vortrag. 38

Zu den weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze der Parteien sowie die zu den Akten gereichten Unterlagen Bezug genommen. 39

II. 40

Die Berufung ist zu den Anträgen zu 1. und 2. unzulässig, im Übrigen ist zulässig und überwiegend begründet. 41

1. 42

Die Berufung ist in Bezug auf die Anträge zu 1. und 2. unzulässig. Denn die Klägerin hat den erstinstanzlichen abgewiesenen Antrag auf Verurteilung zur Zahlung eines Vorschusses fallen gelassen und macht ausschließlich eine Verpflichtung der Beklagten zur Erstattung der Mängelbeseitigungskosten im Wege des Schadenersatzes geltend. Mit der Berufung muss aber zumindest auch die in der Abweisung des erstinstanzlichen Klagebegehrens liegende Beschwer angegriffen werden. Fehlt es hieran, so ist das Rechtsmittel unzulässig (BGH NJW 2011, 3653; NJW-RR 2012, 516, 517; Beschl. v. 18.12.2014 – IX ZB 77/13, BeckRS 2015, 01265; Musielak/Ball, ZPO, 12. Aufl., Vor § 511 Rdn. 27; Rimmelpacher in: Münchener Kommentar, ZPO, 4. Aufl., Vor 511 Rdn. 27; Zöller/Heßler, ZPO, 30. Aufl., Vor § 511 Rdn. 10). Nach gefestigter Rechtsprechung sind Klagen auf Zahlung von Vorschuss oder auf Schadenersatz, die jeweils die voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten zum Gegenstand haben, unterschiedliche Streitgegenstände (OLG Celle BauR 2014, 134; OLG Karlsruhe BauR 2006, 540; Senat NJW 2013, 1104, 1105 = NZBau 2013, 306, 307; Sacher in: Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 17. Teil Rdn. 16; Pastor in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Aufl., Rdn. 2178; Busche in: Münchener Kommentar, BGB, 6. Aufl., § 634 Rdn. 78). Verlangt der klagende Besteller im ersten Rechtszug Kostenvorschuss, während er mit der Berufung ohne Weiterverfolgung seines erstinstanzlichen Begehrens Schadenersatz verlangt, ist sein Rechtsmittel unzulässig, weil damit nicht die Beseitigung der sich aus der erstinstanzlichen Klageabweisung ergebenden Beschwer erstrebt wird (OLG Düsseldorf BauR 2004, 1813 = OLGR 2004, 370; OLG Karlsruhe BauR 2006, 540; das von der Berufung angeführte Urteil des OLG Celle vom 17.1.2013 – 16 U 94/11, BauR 2014, 134 ist insoweit nicht einschlägig, da dort nicht der Berufungskläger, sondern der Berufungsbeklagte die Klage geändert hatte). 43

Allerdings ist die Umstellung des Klageantrages von einem Kostenvorschuss auf einen Kostenerstattungsanspruch dann keine Klageänderung im Sinne des §§ 533 ZPO, sondern ein privilegierter Fall des § 264 Nr. 3 ZPO, wenn der Besteller nach Beseitigung der Mängel auf den Kostenerstattungsanspruch übergeht (BGH NJW-RR 2006, 669 = BauR 2006, 717; BauR 2010, 494; Sacher in: Kniffka/Koebler 17. Teil Rdn. 17 und 90). Das ist hier indes nicht der Fall. Der Wechsel ist allein auf eine abweichende rechtliche Einschätzung der Klägerin zurückzuführen. § 264 Nr. 3 ZPO setzt aber eine später eingetretene Veränderung voraus (dazu Becker-Eberhard in Münchener Kommentar, ZPO, 4. Aufl. § 263 Rdn. 26 ff. m.w.N.). Stützt der Kläger die Antragstellung nicht auf eine solche Veränderung, so beurteilt sich die Klageänderung nach § 263 ZPO (Becker-Eberhard a.a.O. Rdn. 29). Soweit erwogen wird, allein infolge der Wahl des Schadenersatzes (Veränderung) trete das Interesse an die Stelle des Erfüllungsanspruches, so dass § 264 Nr. 3 ZPO anwendbar sei (Sacher in: 44

Kniffka/Koeble 7. Teil Rn. 17 a.E.), betrifft dies den Fall, dass der Besteller von einem Gewährleistungsrecht zum anderen – Anspruch auf Mängelbeseitigung oder Vorschuss (§§ 634 Nr. 2 BGB) zum Schadensersatz (§§ 634 Nr. 4 BGB) - übergeht. Ob dem zu folgen ist, mag dahinstehen. Mit der geänderten Klage begehrt die Klägerin Schadensersatz nicht unter dem Gesichtspunkt der Gewährleistung, sondern nach allgemeinem Leistungsstörungenrecht, wobei sie sich nach eigener Begründung hierzu aus rechtlichen Gründen, nicht aus freier Wahl gezwungen sieht. Der Schadensersatz nach dem allgemeinen Recht der Leistungsstörung ist jedoch kein an die Stelle des Vorschusses zur Mängelbeseitigung tretendes Interesse im Sinne des § 264 Nr. 3 ZPO.

Die Klägerin macht zudem geltend, das Landgericht habe sie auf die Unbegründetheit eines Vorschussanspruches hinweisen müssen. Ob die Auswechslung des Streitgegenstandes der Zulässigkeit der Berufung dann nicht entgegensteht, wenn der Berufungskläger rügt, das Gericht erster Instanz habe § 139 Abs. 1 ZPO verletzt und bei Erfüllung der Hinweispflicht hätte er seine Klage geändert (BGH NJW 1993, 597; dagegen Musielak/Ball Vor § 511 Rdn. 27; Rimmelspacher in: Münchener Kommentar, ZPO, 4. Aufl., Vor 511 Rdn. 27), bedarf ebenfalls keiner Entscheidung. Denn das Landgericht traf in Bezug auf die Frage, ob die Klägerin mangels Abnahme einen Vorschussanspruch erheben konnte, keine prozessuale Hinweispflicht. Zwar trifft es zu, dass im Grundsatz die Abnahme des Werks den maßgebenden Zeitpunkt markiert, von dem an die Mängelrechte des Bestellers eingreifen. Die gilt aber nicht ausnahmslos (Senat NJW 2003, 1104 = NZBau 2013, 306; OLG Hamm NJW 2015, 968 = NZBau 2015, 155; Kniffka in: Kniffka/Koeble 6. Teil Rdn. 2 ff.; Voit BauR 2011, 1063, 1070). Eine solche Ausnahme ist insbesondere dann gegeben, wenn der Unternehmer das aus seiner Sicht fertiggestellte und mangelfreie Werk abgeliefert, der Besteller jedoch wegen Mängeln des Werks die Abnahme verweigert (Senat a.a.O.; Voit BauR 2011, 1063, 1072 f. und in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand 1.2.2015, § 634 Rdnr. 23; Kniffka a.a.O. Rdn. 3). Das gilt unabhängig davon, ob der Besteller die Abnahme berechtigt oder unberechtigt verweigert (Voit und Kniffka a.a.O.). Die Beklagte hatte die Klägerin zur Abnahme des ihrer Auffassung nach fertiggestellten und abnahmereifen Werkes aufgefordert, so dass der Klägerin die Geltendmachung der Gewährleistungsrechte selbst dann offenstand, wenn es zu einer Abnahme des Gemeinschaftseigentums noch nicht gekommen war. Das Landgericht hatte somit keine prozessuale Veranlassung, die Klägerin auf einen Anspruch auf Schadensersatz nach allgemeinem Leistungsstörungenrecht hinzuweisen.

Die Klägerin wird durch die teilweise Verwerfung der Berufung als unzulässig nicht in unzumutbarer Weise ihren Rechten beschnitten: 46

Die Verwerfung der Berufung hat nur zur Folge, dass die Abweisung des Vorschussanspruches in Rechtskraft erwächst. Das steht einer Geltendmachung von Mängelrechten im Übrigen nicht entgegen. Insoweit hat der Senat schon in der mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen, dass die Begründung, mit der das Landgericht die Klage in Bezug auf die Mängelbeseitigung abgewiesen hat, nicht haltbar ist. Die Vergemeinschaftung des Vorschussanspruches bezweckt, dass die Mittel zur ordnungsgemäßen Herstellung des Gemeinschaftseigentums der Gemeinschaft zufließen (BGH NJW 2007, 1952 Rdn. 18). Demgemäß kann der beklagte Bauträger – wie die Klägerin schon im nachgelassenen Schriftsatz vom 25.3.2014 zutreffend ausgeführt hat (dort S. 2 = Bl. 255 d.A.) - nicht mit Restkaufpreisansprüchen gegen einzelne Wohnungseigentümer aufrechnen (Kniffka in: Kniffka/Koeble 6. Teil Rdn. 221; Koeble ebenda 11. Teil Rdn. 429; so schon BGH NJW 1992, 435 = IBR 1992, 2). Insoweit fehlt es auch an der Gegenseitigkeit der Forderungen. Deshalb scheidet die Geltendmachung eines Leistungsverweigerungsrechts ebenfalls aus (Wenzel NJW 2007, 1905, 1906 m.w.N.). Die Zahlung des Kostenvorschusses an die 47

Eigentümergeinschaft hat lediglich zur Folge, dass - worauf die Beklagte in der Klageerwiderung insoweit richtig hingewiesen hat (dort S. 3 = Bl. 190 d.A.) - ein Leistungsverweigerungsrecht der Eigentümer ab diesem Zeitpunkt entfällt. Diese Ausführungen gelten in gleicher Weise, soweit die Mängelbeseitigungskosten im Wege des Schadensersatzes geltend gemacht werden.

2. 48

Der auf Herausgabe von Unterlagen gerichtete Berufungsantrag zu 3. ist begründet. 49

Ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen der Bauträger Bau- und Planungsunterlagen an die Erwerber herausgeben muss, ist im einzelnen umstritten (vgl. Lotz BauR 2012, 157, 160 f. m.w.N.). Teilweise wird die Auffassung vertreten, ein Anspruch auf Herausgabe ergebe sich unmittelbar aus der Übernahme von Planungs- und Architektenleistungen im Rahmen des Bauträgervertrages oder aus einer aus § 242 BGB abzuleitenden Nebenpflicht des Bauträgers (Basty, Der Bauträgervertrag, 8. Aufl., Rdn. 447 ff.; Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, 5. Aufl., Rdn. 470 ff.; OLG Köln NZBau 2000, 78 für Unternehmerbescheinigungen nach § 66 Abs. 2 BauO NW; Senat OLG 2005, 152). Nach anderer Ansicht besteht kein genereller Anspruch des Erwerbers von Wohnungseigentum gegen den Bauträger auf Herausgabe von Bau- und Planungsunterlagen; Herausgabe könne nur dann verlangt werden, wenn entweder eine entsprechende Abrede in den Erwerbvertrag aufgenommen worden sei oder wenn ein besonderes, konkret begründetes rechtliches Interesse des Erwerbers bestehe (OLG München BauR 1992, 95; LG München BauR 2007, 1431; LG Krefeld IBR 2009, 276). 50

Ein Herausgabeanspruch, der bei Wohnungseigentümergeinschaften auf Herausgabe an die Gemeinschaft bzw. den Verwalter gerichtet ist (Basty a.a.O. Rdn. 450; Pause a.a.O. Rdn. 470 a.E.), ist selbst unter Zugrundelegung der einschränkenden Voraussetzungen zu bejahen. Dabei kommt es nicht entscheidend darauf an, dass das Fehlen der Unterlagen in dem von der Beklagten in Auftrag gegebenen Gutachten der beiden Sachverständigen T und C2 vom 2.10.2012 als Mangel eingeordnet wird (Positionen 65 bis 74). Für den Energieausweis ergibt sich ein berechtigtes Interesse an der Herausgabe unmittelbar daraus, dass dieser nach § 16 Abs. 2 EnEV bei einem Weiterverkauf oder einer Vermietung von Wohnungseinheiten vorgelegt werden muss (Basty a.a.O. Rdn. 451; Pause a.a.O. Rdn. 471; Flatow NJW 2008, 2886, 2887; Hertel DNotZ 2014, 258, 256). Gleiches gilt in Bezug auf den Kanaldichtigkeitsnachweis, der für die Eigentümergeinschaft zur Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Pflicht erforderlich sein kann. Die Einweisung in die Haustechnik und die Bedienungsanleitungen sind als betriebs- und wartungsrelevante Unterlagen stets zu übergeben (Pause a.a.O. Rdn. 471; Lotz BauR 2012, 157, 166; Fuchs BauR 2007, 264, 269). 51

Der Anspruch auf Herausgabe der Werkplanungen im Maßstab 1:50 lässt sich unmittelbar aus den Erwerbverträgen entnehmen. In der Baubeschreibung, die Anlage der Erwerbverträge war, ist die Erstellung der Werkplanungen im Maßstab 1:50 ausdrücklich hervorgehoben worden (Anl. A 3, Bl. 49 d.A.). Das ist aus dem für die Auslegung maßgebenden Verständnishorizont der Erwerber (§§ 133, 157 BGB) dahin zu verstehen, dass sich die Beklagte auch zur Herausgabe dieser Planungsunterlagen verpflichtet hat. Allerdings besteht insoweit kein Anspruch auf Herausgabe des Originals, sondern nur eines Abzuges (vgl. Pause a.a.O. Rdn. 470; Koeble in: Kniffka/Koeble 12. Teil Rdn. 191). 52

Der Einwand der Beklagten, sie sei nicht im Besitz der Unterlagen und deshalb zur Herausgabe nicht in der Lage, greift nicht durch. Ein den Leistungsanspruch nach § 275 BGB ausschließendes Unvermögen ist nur dann anzunehmen, wenn der Schuldner selbst unter 53

Mithilfe Dritter nicht in der Lage ist, die geschuldete Leistung zu erbringen (statt aller Palandt/Grüneberg, BGB, 74. Aufl., § 275 Rdn. 23). Dieser Ausnahmetatbestand liegt ersichtlich nicht vor. Jedenfalls die Streithelferin ist im Besitz der Unterlagen. Das geht schon daraus hervor, dass sie bereit war, sich in der Vereinbarung, die sie mit der Klägerin unter Beteiligung der Beklagten treffen wollte (Anl. B 5), zur Herausgabe der Unterlagen verpflichten. Da die Klägerin ihrerseits gegen die Streithelferin einen durchsetzbaren Herausgabeanspruch aus dem Generalunternehmervertrag hat, ist sie zur Erfüllung ihrer Verpflichtung gegenüber der Klägerin in der Lage.

3. 54

Der Berufungsantrag zu 4. ist überwiegend begründet. 55

Der Klägerin steht ein Anspruch auf Erstattung der Kosten für den Sachverständigen T zu. 56  
Aufwendungen, die durch die notwendige Hinzuziehung eines Sachverständigen zur Ermittlung eines Mangels und der Beseitigungsmaßnahmen entstehen, sind Mangelfolgeschäden, die nach § 280 BGB unabhängig davon zu ersetzen sind, ob die Klägerin die Beklagte mit der Mängelbeseitigung in Verzug gesetzt hat (OLG Hamm NJW-RR 2015, 271 = NZBau 2015,103; Koeble in: Kniffka/Koeble 2. Teil Rdn. 7; Pastor in: Werner/Pastor Rdn. 159). Es steht fest, dass die Gutachterkosten aufgrund von Mängeln des Gemeinschaftseigentumes angefallen sind. In Bezug auf die in dem Gutachten der Sachverständigen T und C2 vom 2.10.2012 festgestellten Mängel wenden die Beklagte und die Streithelferin im Wesentlichen nur ein, bestimmte Mängel seien beseitigt und der mit der Klage geltend gemachte Beseitigungsaufwand sei überhöht. Das steht dem Anspruch auf Erstattung der Sachverständigenkosten indes nicht entgegen. Die im Protokoll des Sachverständigen T vom 15.10.2013 aufgeführten Mängel haben die Beklagte und die Streithelferin pauschal bestritten. Da die Mängel im einzelnen beschrieben und fotografisch dokumentiert sind, ist dieses Bestreiten unzureichend. Daher ist davon auszugehen, dass auch die weiteren Gutachterkosten jedenfalls durch eine erhebliche Anzahl von Mängeln veranlasst sind, so dass eine Erstattungspflicht begründet ist. Die Höhe der geltend gemachten Kosten begegnet keinen durchgreifenden Bedenken.

Das gilt auch für die geltend gemachte vorprozessualen Anwaltskosten. Diese sind in Höhe 57  
von 2.696,54 € durch die Tätigkeit im Zusammenhang mit den streitgegenständlichen Mängeln und den auf diese bezogenen Vergleichsverhandlungen angefallen. Auch diese Kosten sind als Mangelfolgeschaden (§ 280 BGB) in der geforderten Höhe zu ersetzen. Der Ansatz einer Geschäftsgebühr von 2,0 erscheint in Anbetracht der Komplexität der Verhandlungen angemessen. Darüber hinaus verlangt die Klägerin Ersatz der anwaltlichen Beratungskosten, die ihr wegen der vom Bauamt verlangten Beseitigung brandschutzrechtlicher Mängel (Brandschleuse) entstanden sind. Die Beklagte hat nicht in Abrede gestellt, dass solche Mängel vorgelegen haben und abgestellt werden mussten. Damit sind auch die in diesem Zusammenhang angefallen Anwaltskosten ein erstattungsfähiger Mangelfolgeschaden. Allerdings hat die Klägerin das Anfallen und die Angemessenheit einer Terminsgebühr nicht hinreichend dargetan, so dass ihr Kostenersatz nur in Höhe von 1.023,16 € zugesprochen werden kann und die weitergehende Klage abzuweisen ist.

Unerheblich ist, ob die Klägerin die Vergütungsansprüche bereits beglichen hat oder nicht. 58  
Jedenfalls hatte sie einen Freistellungsanspruch, der nach § 250 BGB in einen Zahlungsanspruch übergegangen ist (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 74. Auflage, § 249 Rn. 4 und § 250 Rn. 2). Einer Fristsetzung nach § 250 BGB bedurfte es nicht, weil der Beklagte die Zahlung ernsthaft und endgültig verweigert hat (Palandt/Grüneberg § 250 Rn. 2).

Der zuerkannte Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 288, 291 BGB.	59
III.	60
Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 2 Nr. 1, 97 Abs. 1, 101 Abs. 1 ZPO, der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	61
Gründe für die Zulassung der Revision bestehen nicht, weil der Rechtsstreit weder grundsätzliche Bedeutung hat, noch im Hinblick auf die Rechtsfortbildung oder die Einheit der Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 ZPO).	62
<u>Berufungsstreitwert</u> : 193.680,87 € (erstinstanzlicher Streitwert abzüglich eines nach § 3 ZPO auf 5.000,-- € zu schätzenden Betrages für die Landgericht zuerkannte Herausgabe der Baugenehmigungen)	63