
Datum: 19.06.2024
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 11.Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 U 73/23
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2024:0619.11U73.23.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 8 O 172/20

Leitsätze:

1. Im Rahmen einer Klage auf Vorschuss auf die Mängelbeseitigungskosten ist die Behauptung des Auftragnehmers, er habe nach Ablauf der zur Mängelbeseitigung gesetzten Frist und nach Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens nun einige Mängel ohne Zustimmung des Auftraggebers beseitigt, rechtlich nicht erheblich; erst bei der Abrechnung des Vorschusses ist zu prüfen, ob und inwieweit Nachbesserungsarbeiten des Auftragnehmers erfolgreich waren.
2. Dem Erwerber einer Eigentumswohnung steht gegen den Bauträger, dessen Verpflichtung zur Eigentumsumschreibung vertraglich durch die Zahlung des vollen Kaufpreises bedingt ist, auch für den Fall, dass nur noch ein geringfügiger Teil des Kaufpreises offensteht und Mängel vorliegen, regelmäßig kein Anspruch auf Eigentumsverschaffung aufgrund von § 242 oder § 320 Abs. 2 BGB zu, wenn er die Möglichkeit hat, mit eigenen Forderungen in den Kaufpreis übersteigender Höhe aufzurechnen und damit die Eintragungsvoraussetzungen herbeizuführen.
3. Der Erwerber kann von dem Bauträger nicht verlangen, eine – aus seiner Sicht unter Überschreitung der Miteigentumsordnung – im Zuge der Errichtung angebrachte Abluftanlage an der Außenfassade zu entfernen, wenn deren Errichtung nicht zur vertraglichen Leistungen des Bauträgers ihm gegenüber zur Herstellung des Gemeinschaftseigentums und seines Sondereigentums gehört, sondern durch den begünstigten Sondereigentümer veranlasst wurde.

Tenor:

Auf die Berufungen der Klägerin und der Beklagten wird das am 22.12.2022 verkündete Urteil des Einzelrichters der 8. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 8 O 172/20 – teilweise abgeändert und klarstellend insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt,

1.
an die Klägerin 40.354,74 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 38.863,97 € vom 11.2019 bis zum 15.07.2020 und aus 40.354,74 € seit dem 16.07.2020 zu zahlen;
2.
den im 2. Untergeschoss aufgefundenen Kellerraum – gelegen unter dem Objekt N.-straße N01, N02 E. – durch geeignete bautechnische Maßnahmen (z.B. Zumauern) zum Objekt V.-straße N03, N02 E. hin dauerhaft zu verschließen;
3.
der Klägerin einen aktuellen Energieausweis betreffend das Objekt V.-straße N03, N02 E. zur Verfügung zu stellen;
4.
den Notar Dr. L. K., E., anzuweisen, die Eigentumsumschreibung aus dem Kaufvertrag vom 00.00.0000 (Urkundenrolle-Nummer N04 für 2015 S) gegenüber dem zuständigen Grundbuchamt Köln zu Gunsten der Klägerin zu beantragen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehenden Berufungen der Parteien werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen werden gegeneinander aufgehoben. Die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens 8 OH 21/17 LG Köln trägt die Beklagte alleine.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der Beklagten wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung des Tenors zu Ziffer 2) durch Sicherheitsleistung in Höhe von 5.000,- €, die Zwangsvollstreckung des Tenors zu Ziffer 3) durch Sicherheitsleistung in Höhe von 1.200,- € sowie die Zwangsvollstreckung des Tenors zu Ziffer 4) durch Sicherheitsleistung in Höhe von 24.000,- € abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der jeweiligen Vollstreckung entsprechende

Sicherheit leistet. Im Übrigen wird dem jeweiligen Vollstreckungsschuldner nachgelassen, die Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrags abzuwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe :

I.

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Kostenvorschuss, Erfüllung und Schadensersatz aus einem notariellen Vertrag vom 00.00.0000 über den Erwerb einer noch zu sanierenden Altbau-Eigentumswohnung in Anspruch.

Die Beklagte war Eigentümerin des Grundstücks V.-straße N03 in E.. Es handelt sich um einen viergeschossigen Altbau. Die Beklagte teilte das Objekt in eine Teileigentumseinheit und drei Wohneinheiten auf, veräußerte die Teil- und Wohnungseigentumseinheiten und sanierte das Objekt umfassend. Im Teileigentum im 1. und 2. Untergeschoss, Erdgeschoss und 1. Obergeschoss wird eine Gaststätte betrieben.

Mit Vertrag vom 00.00.0000 erwarb die Klägerin die von der Beklagten umfänglich zu sanierende Wohnung Nr. 2 im 2. Obergeschoss nebst Kellerraum zum Preis von 409.900,- € (Anlage WIR 1, Bl. 1 ff. AH I). Dem lagen die ursprüngliche Teilungserklärung vom 26.08.2015, eine Baubeschreibung vom selben Tag (Anlagenkonvolut WIR 2, Bl. 25 ff. u. 34 ff. AH I) sowie die geänderte Teilungserklärung vom 00.00.0000 (Anlage WIR 18, Bl. 302 ff. AH II) zugrunde.

Das Sondereigentum und der auf die Wohnung bezogene Teil des Gemeinschaftseigentums wurden am 18.05.2016 abgenommen (Anlage WIR 3, Bl. 39 ff. AH) und am 06.06.2016 übergeben; eine Abnahme des Gemeinschaftseigentums ist bislang nicht erfolgt. Der Kaufpreis ist von der Klägerin in Höhe von 18.273,10 € noch nicht gezahlt worden.

Mit Schreiben vom 06.02.2017 und 16.03.2017 rügte die Klägerin verschiedene Mängel und setzte jeweils fruchtlos Frist zur Beseitigung. Im Juni 2017 leitete sie sodann ein selbständiges Beweisverfahren ein und machte in dessen Verlauf noch weitere Mängel geltend.

Auf Grundlage der im Beweisverfahren getroffenen Feststellungen des Sachverständigen Q. verlangt die Klägerin einen Kostenvorschuss wegen zahlreicher einzelner Mängel und pauschalen Schadensersatz wegen verspäteter Fertigstellung. Ferner begehrt sie gegenüber der Beklagten, ihr Zugang zu den im Versorgungskeller (2. Untergeschoss) in der Gaststätte gelegenen Telekom- und Frischwasseranschlüssen einzuräumen, Entfernung der auf dem Dach der Küche der Gaststätte im Erdgeschoss des Objekts (gelegen im Hinterhof des Objekts) installierten Lüftungszentrale, durch geeignete bauliche Maßnahmen dafür Sorge zu tragen, dass die im Untergeschoss gelegenen WCs der Gaststätte nur noch über die Gaststättenräumlichkeiten selbst erreichbar sind, den im 2. Untergeschoss aufgefundenen Kellerraum – gelegen unter dem benachbarten Objekt N.-straße N01, N02 E. – durch geeignete bautechnische Maßnahmen (z.B. Zumauern) wieder dauerhaft zu verschließen,

der Klägerin einen aktuellen Energieausweis betreffend das Objekt zur Verfügung zu stellen sowie den Notar anzuweisen, die Eigentumsumschreibung auf sie zu beantragen.

Das Landgericht hat der Klage mit Urteil vom 22.12.2022 (Bl. 192 ff. LGA), auf das wegen der erstinstanzlich gestellten Anträge, der tatsächlichen Feststellungen, der Urteilsformel und der Begründung im Einzelnen Bezug genommen wird, weitgehend stattgegeben, einen Eigentumsumschreibungsanspruch indes nicht angenommen. 9

Die Klägerin verfolgt mit ihrer eigenen Berufung den durch das Landgericht abgewiesenen Grundbuchumschreibungsanspruch (Klageantrag zu 7) nach Maßgabe der Berufungsbegründung vom 23.03.2023 (Bl. 75 ff. OLGA) und des Schriftsatzes vom 30.04.2024 (Bl. 219 ff. OLGA) weiter. Sie ist der Ansicht, der Anspruch sei gegeben, da nur noch ein geringfügiger Teil des Kaufpreises offenstehe. Hilfsweise erklärt sie die Aufrechnung gegenüber der noch offenen Forderung, in erster Linie mit dem Anspruch auf pauschalen Verspätungsschaden, hilfsweise mit dem Vorschussanspruch mit Ausnahme des Vorschusses für das Fenster vom Treppenhaus zum Balkon und des französischen Balkons. 10

Die Klägerin beantragt sinngemäß, 11

das Urteil des Landgerichts teilweise abzuändern und die Beklagte ferner zu verurteilen, den Notar Dr. L. K., E., anzuweisen, die Eigentumsumschreibung aus dem Kaufvertrag vom 00.00.0000 (Urkundenrolle-Nummer N04 für 2015 S) gegenüber dem zuständigen Grundbuchamt Köln zu ihren Gunsten zu beantragen. 12

Die Beklagte beantragt, 13

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen. 14

Zur eigenen Berufung beantragt sie, 15

das Urteil des Landgerichts abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen. 16

Die Klägerin beantragt. 17

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen. 18

Die Beklagte wendet sich im zweiten Rechtszug nach Maßgabe ihrer Berufungsbegründung vom 24.03.2023 (Bl. 112 ff. OLGA) und der Schriftsätze vom 30.05.2023 (Bl. 155 ff. OLGA) sowie vom 23.05.2024 (Bl. 225 ff. OLGA) vollumfänglich gegen ihre Verurteilung. Sie ist der Ansicht, hinsichtlich des Vorschusses hätte ihr nach Abschluss des Beweisverfahrens erneut eine Frist zur Mängelbeseitigung gesetzt werden müssen. Zudem sei nicht hinsichtlich aller Mängel eine Frist gesetzt worden. Schließlich behauptet sie, dass inzwischen einige Mängel beseitigt worden seien bzw. ihr der Zutritt verweigert worden sei. 19

Der Senat hat im Termin Hinweise erteilt. Insoweit wird auf das Sitzungsprotokoll Bezug genommen. 20

Die Akte des selbstständigen Beweisverfahrens 8 OH 21/17 des Landgerichts Köln lag vor und war Gegenstand der mündlichen Verhandlung. 21

Wegen aller weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf den Inhalt der im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie den gesamten Akteninhalt verwiesen. 22

II.	23
Die wechselseitigen Rechtsmittel führen zu der aus dem Tenor ersichtlichen Abänderung des landgerichtlichen Urteils. Beide Berufungen sind zulässig. In der Sache ist die Berufung der Beklagten teilweise begründet, im Übrigen unbegründet; die Berufung der Klägerin hat mit ihrem Hilfsvorbringen im Hinblick auf die hilfsweise erklärte Aufrechnung Erfolg.	24
1.	25
Die Klägerin hat gegenüber der Beklagten einen Zahlungsanspruch in Höhe von 40.354,74 € nebst Zinsen.	26
Ihr stand ursprünglich zum einen Schadensersatz wegen verspäteter Fertigstellung in Höhe eines Betrags von 11.750,47 € zu. Zum anderen hatte die Klägerin einen Anspruch auf Kostenvorschuss in Höhe von 46.877,37 €. In Höhe eines Betrags von 18.273,10 € sind der Schadenersatzanspruch vollständig und der Vorschussanspruch anteilig in Höhe von 6.522,63 € durch ihre im Verhandlungstermin vor dem Senat am 24.04.2024 erklärte Hilfsaufrechnung (Bl. 209 OLGA) erloschen.	27
a)	28
Der Klägerin stand zunächst der durch das Landgericht ausgeurteilte Schadensersatz wegen verspäteter Fertigstellung der Wohnung in Höhe von 11.750,47 € zu. Anspruchsgrundlage hierfür sind §§ 280 Abs. 1 u. 2, 286 BGB i.V.m. § 6 Nr. 2 des Notarvertrags.	29
Ungeachtet der nach Maßgabe der Vorschrift des § 520 Abs. 3 S. 2 ZPO schon kaum ausreichenden Berufungsbegründung bestehen jedenfalls der Sache nach keine Zweifel am Vorliegen des Anspruchs:	30
In § 6 Nr. 1 des Notarvertrags (Bl. 11 AH I) ist die Bezugsfertigkeit der von der Klägerin erworbenen Wohnung spätestens zum 15.12.2015 vorgesehen; § 6 Nr. 2 u. 3 sieht bei Überschreitung des Bezugsfertigkeitstermins einen pauschalen Verzugsschaden von 0,5 % des Kaufpreises pro Monat für vom Verkäufer zu vertretende Umstände vor. Unstreitig ist die Bezugsfertigkeit der klägerischen Wohnung erst später eingetreten, so dass sich die vom Landgericht zugesprochene Schadenersatzforderung errechnet.	31
Der vage Vortrag der Beklagtenseite, man habe die Verzögerung nicht zu vertreten, genügt, wie das Landgericht zutreffend angenommen hat, ihrer Darlegungslast angesichts der ausdrücklich übernommenen Fertigstellungsfrist im Notarvertrag (15.12.2015, Außenanlagen 01.01.2016) nicht.	32
b)	33
Die Klägerin kann ferner von der Beklagten einen Vorschuss auf die Mängelbeseitigungskosten gemäß § 2 Nr. 2 des Notarvertrags (Bl. 16 AH I) i.V.m. §§ 631 Abs. 1, 633, 634 Nr. 2, 637 Abs. 1 u. 3 BGB i.d.F. bis zum 31.12.2017 von ursprünglich 46.877,37 € verlangen.	34
Soweit das Landgericht ihre darüber hinausgehende Klage auf Vorschuss abgewiesen hat, nimmt die Klägerin dies hin und ist dies daher kein Gegenstand des Berufungsverfahrens. Soweit sich die Beklagte gegen ihre Verurteilung wendet, hat dies nur in geringem Umfang Erfolg. Insofern gilt folgendes:	35
	36

aa)	
Die Beziehungen der Streitparteien richten sich für die hier relevanten Streitpunkte nach Werkvertragsrecht, da die mangelfreie Errichtung einer voll sanierten und insoweit einer Neuherstellung vergleichbaren Eigentumswohnung den Vertragsgegenstand bildete (vgl. dazu BGH, NJW 1988, 490, 491; NJW 2016, 2878, 2879; Koeble, in: Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, 10. Teil Rn. 180 ff.). Die der Beklagten nach dem Vertrag obliegende Sanierung kommt einer Neuerrichtung gleich.	37
Anwendung finden das BGB in der bis zum 31.12.2017 geltenden Fassung und ferner das WEG in der seit dem 01.12.2020 geltenden Fassung.	38
bb)	39
Die werkvertraglichen Mängelrechte sind zunächst anwendbar.	40
Mangels Abnahme des Gemeinschaftseigentums besteht insoweit zwar noch der vertragliche Erfüllungsanspruch fort (vgl. BGH, NJW 2017, 1604, 1606). Hinsichtlich ihres abgenommenen Sondereigentums bzw. des auf ihre Wohnung bezogenen Teils des Gemeinschaftseigentums macht die Klägerin aber zu Recht Gewährleistungsrechte geltend, denn insoweit ist eine Abnahme erfolgt.	41
cc)	42
Soweit die Beklagte die Aktivlegitimation der Klägerin rügt, geht dieser Einwand fehl.	43
Ihre grundsätzliche Aktivlegitimation ergibt sich aus dem zwischen den Parteien des Rechtsstreits bestehenden Bauträgervertrag (vgl. Koeble, in: Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, a.a.O., 10. Teil Rn. 552; Pause/Vogel, Bauträgerkauf und Baumodelle, 7. Aufl. 2022, Kap. 13 Rn. 201). Dieser ist Grundlage der geltend gemachten Mängelansprüche.	44
Die Klägerin ist – obgleich einzelne Wohnungseigentümerin – auch prozessführungsbefugt, also berechtigt, ihre Ansprüche außergerichtlich und gerichtlich geltend zu machen. Der einzelne Erwerber von neu errichtetem Wohnungseigentum ist grundsätzlich berechtigt, seine individuellen Rechte aus dem Vertrag mit dem Veräußerer selbständig zu verfolgen, solange durch sein Vorgehen gemeinschaftsbezogene Interessen der Wohnungseigentümer oder schützenswerte Interessen des Veräußerers nicht beeinträchtigt sind (BGH, NJW 2007, 1952, 1954; NJW 2023, 217, 219; Urteil vom 23.02.2024, Az. V ZR 132/23, BeckRS 2024, 12060 Rn. 14). Für die Geltendmachung von Minderung und kleinem Schadensersatz wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum ist originär die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zuständig, da diese Mängelrechte gemeinschaftsbezogen sind. Die Ausübung der Mängelrechte hinsichtlich des Sondereigentums sowie hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums auf Nacherfüllung und Vorschuss sowie auf Rücktritt und großen Schadensersatz steht hingegen grundsätzlich dem einzelnen Erwerber zu. Die WEG kann aber die Ausübung der Rechte auf Nacherfüllung und Vorschuss hinsichtlich von Mängeln am Gemeinschaftseigentum durch Beschluss an sich ziehen. Daran hat sich durch die WEG-Novelle letztlich nichts geändert: Zwar ist eine vom Wohnungseigentümer erhobene Klage zur Durchsetzung eines Anspruchs aus dem Bereich der Ausübungskompetenz der Gemeinschaft mangels Prozessführungsbefugnis als unzulässig abzuweisen. Aber die auf Beseitigung von Mängeln auch am Gemeinschaftseigentum gerichteten Rechte der Erwerber von Wohnungseigentum unterfallen nicht der originären Ausübungsbefugnis (BGH,	45

NJW 2023, 217, 220 ff.). Die Neuregelung hat auch die bisherige Rechtsprechung zur Vergemeinschaftung der auf das Gemeinschaftseigentum bezogenen Erfüllungs- und Nacherfüllungsansprüche der Wohnungseigentümer unberührt gelassen (BGH, NJW 2023, 217, 220 ff.; BauR 2023, 958; Urteil vom 23.02.2024, Az. V ZR 132/23, BeckRS 2024, 12060 Rn. 14 f.), da sie sich aus der Zuständigkeit der WEG für die ordnungsgemäße Verwaltung des Gemeinschaftseigentums ergibt, wozu auch die Beseitigung von Baumängeln gehört. Dass hier die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer die auf die Beseitigung der Mängel am Gemeinschaftseigentum oder Sondereigentum gerichteten Rechte der Klägerin an sich gezogen hätte, ist nicht ersichtlich.

dd) 46

Das Werk weist auch erhebliche Baumängel auf. 47

Der geltend gemachte Mangel 1.1 (Erreichbarkeit des hinteren Balkons über ein Fenster des Treppenhauses) ist nach den im Verhandlungstermin vor dem Senat abgegebenen Erklärungen unstreitig erledigt, die Klägerin mit dem derzeitigen Zustand zufrieden (Bl. 209 OLGA) und damit nicht mehr Gegenstand eines Vorschussanspruchs. 48

Im Übrigen wendet sich die Berufung der Beklagten gegen die im OH-Verfahren festgestellten einzelnen Mängel im Ausgangspunkt nicht. 49

Die Beklagte behauptet vielmehr die zwischenzeitliche Beseitigung einiger Mängel, bzw. Beseitigungsversuche, was die Klägerin vehement bestreitet. Dies geht schon aus Rechtsgründen fehl. 50

Soweit in Bezug auf die unstreitig nicht beseitigten Mängel kein Zugang zur klägerischen Wohnung gewährt worden sein soll (Bl. 97 LGA), ist das Vorbringen der Beklagtenseite rechtlich nicht erheblich, weil hierzu keinerlei konkreter Zeitpunkt behauptet wird und von der Klägerin nach fruchtlosem Fristablauf keine Nacherfüllung mehr geduldet werden musste (s.u.). 51

Auch hinsichtlich behaupteter zwischenzeitlich beseitigter Mängel rechtfertigt der Vortrag keine abweichende Beurteilung: Soweit das Landgericht diesen Sachvortrag als unsubstantiiert behandelt hat, weil die Beklagte hätte vortragen müssen, „wann wer welche Art von Mängelbeseitigungsarbeiten vorgenommen haben will“ (S. 9 LGU), überspannen solche Anforderungen zwar regelmäßig die Darlegungsanforderungen. Im konkreten Fall besteht aber die Besonderheit, dass die Klägerin die Wohnung selbst bewohnt und die Mängel im Bereich ihres Sondereigentums liegen. Unter diesen Umständen bleibt unklar, wie die Beklagte die Mängelbeseitigung bewerkstelligt haben will, ohne dass die Klägerin dies mitbekommen hat. Im Übrigen musste die Klägerin nach Beendigung des Beweisverfahrens eine etwaige – gleichsam aufgedrängte – Nacherfüllung nicht mehr annehmen. Mit dem berechtigten Interesse des Auftraggebers, die Entscheidung über die Art der Vertragsabwicklung zu treffen, ist es unvereinbar, dass der Auftragnehmer gegen dessen Willen die Mängel selbst nachbessert (BGH, NJW 2003, 1526). Fehlt die erforderliche Zustimmung des Auftraggebers zu den Nachbesserungsarbeiten, kann die behauptete gleichwohl durchgeführte Nachbesserung nicht mehr zu einem Wegfall des Kostenvorschussanspruchs führen. Vielmehr muss der Auftraggeber, der – bestrittenen – Mängelbeseitigungsarbeiten durch den mehr berechtigten Auftragnehmer nicht zugestimmt hat und deren Erfolg in Abrede stellt, erst bei der Abrechnung des Vorschusses prüfen, ob und inwieweit Nachbesserungsarbeiten des Auftragnehmers erfolgreich waren (vgl. OLG Nürnberg, NJW-RR 2006, 165 f.). 52

ee)	53
Die nach § 637 Abs. 1 BGB erforderliche Nachfristsetzung ist wegen der meisten Mängel, die ursprünglich Gegenstand des Beweisverfahrens waren, mit Schreiben vom 06.02.2017 und vom 16.03.2017 (Anlagen WIR 4 u. 5, Bl. 49 ff. u. 103 f. AH I) vor Einleitung des Beweisverfahrens fruchtlos erfolgt.	54
Soweit die Beklagte rügt, es sei nach dem OH-Verfahren keine (erneute) Nacherfüllungsfrist gesetzt worden und es bestehe Bereitschaft zur Beseitigung der festgestellten Mängel, geht dies fehl. Zwar setzt der Vorschussanspruch grundsätzlich den erfolglosen Ablauf einer zur Nacherfüllung bestimmten angemessenen Frist voraus. Aber erst nach deren Ablauf ist hier das Verfahren 8 OH 21/17 LG Köln durch die Klägerin eingeleitet worden (s.o.). Es bedurfte keiner erneuten Fristsetzung nach Durchführung des Beweisverfahrens. Die gegenteilige Auffassung der Beklagten, nach Abschluss des selbständigen Beweisverfahrens sei eine erneute Aufforderung zur Beseitigung der im Rahmen des selbständigen Beweisverfahrens gutachterlich festgestellten Mängel erforderlich, ist rechtsirrig. Denn mit fruchtlosem Fristablauf war das Nacherfüllungsrecht der Beklagten erloschen. Nach Ablauf der Nachbesserungsfrist kann der Auftraggeber allein entscheiden, welche Ansprüche er gegen den Auftragnehmer geltend machen will (BGH, NJW 2003, 1526; NJW 2013, 1228, 1230).	55
Hinsichtlich der später in das Beweisverfahren aufgenommenen Mängel fehlt allerdings eine Fristsetzung. Das betrifft die Mängel 6.5, 7.4, 8.6, 8.7, 9.3, 10.6 bis 10.8. Insoweit war eine separate Fristsetzung jedoch ausnahmsweise entbehrlich gemäß §§ 637 Abs. 2 S. 1, 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB wegen des engen Zusammenhangs mit den übrigen Mängeln am Objekt, zu deren Beseitigung fruchtlos aufgefordert worden war. Eine gesonderte erneute Fristsetzung wegen dieser Mängel wäre angesichts des Verhaltens der Beklagten vor und während des selbständigen Beweisverfahrens erkennbar eine überflüssige Förmerei gewesen. Der von der Berufung der Beklagten angeführte Entscheidung des OLG München vom 31.07.2018, Az. 28 U 3161/16 Bau (BeckRS 2018, 23495 Rn. 255), lässt sich der Rechtssatz, den die Berufung insoweit aufstellen will, nicht entnehmen. Dass eine endgültige Erfüllungsverweigerung vorliegt, wenn Mängel trotz eines sie im selbständigen Beweisverfahrens bestätigenden Gutachtens bestritten werden, bedeutet keineswegs, dass sich eine endgültige Erfüllungsverweigerung im Einzelfall nicht auch aus anderen Umständen ergeben kann (so hingegen Bl. 227 OLGA).	56
ff)	57
Soweit sich die Mängel ausschließlich im Sondereigentum der Klägerin auswirken, kann sie diese uneingeschränkt geltend machen (vgl. Koeble, in: Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, a.a.O., 10. Teil Rn. 473).	58
Im Übrigen kann der einzelne Wohnungseigentümer, der Zahlungsansprüche aufgrund von Mängeln am Gemeinschaftseigentum verfolgt, jedoch nicht Leistung an sich, sondern nur Leistung an die Eigentümergemeinschaft verlangen (BGH, NJW 2007, 1957, 1960; Koeble, in: Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, a.a.O., 10. Teil Rn. 511). Da die Beseitigung von Mängeln des Gemeinschaftseigentums in die Zuständigkeit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer fällt, ist nur so die zweckentsprechende Verwendung des Vorschusses gesichert. Soweit danach vorliegend ein Anspruch auf Zahlung an die WEG in Betracht kommt, wird dies durch die Klägerin nicht begehrt (§ 308 Abs. 1 S. 1 ZPO).	59
Von dem mit der Klage insoweit geltend gemachten Gesamtbetrag in Höhe von 50.685,37 € brutto (Bl. 13 LGA) sind danach neben dem nicht mehr streitgegenständlichen Mangel 1.1	60

(s.o.) mit 238,- € brutto (Bl. 72 OH-Akte) die auf das Gemeinschaftseigentum entfallenden Vorschussbeträge abziehen. Dies sind hier zunächst – wie vom Landgericht zutreffend angenommen und im Berufungsverfahren von beiden Parteien nicht in Abrede gestellt – die Mängelpunkte 4.2, 5.1 und 7.4 (S. 8 LGU) mit 595,- €, 833,- € und 833,- € (Bl. 98, 100 u. 118 OH-Akte). Die den Balkon der Wohnung der Klägerin betreffenden Mängelpunkte sind aus Sicht des Senats unproblematisch, da die Klägerin die Nachbesserung unternimmt und auch insoweit letztlich nur ihr Sondereigentum betroffen ist. Ebenso gilt dies grundsätzlich für die Mängel an dem nur von der Wohnung der Klägerin aus zugänglichen Lichthof. Hingegen vorrangig das Gemeinschaftseigentum betreffen aus Sicht des Senats indes die Mängel 5.9, 6.1 und 6.5. Der Mangel 5.9 betrifft die Befestigung des französischen Balkons; insoweit sind auch Sicherheit und Verkehrssicherungspflicht der WEG betroffen. Gleiches gilt für die Mängel 6.1 und 6.5, welche die Außenwände betreffen. Danach sind weitere 833,- €, 238,- € und 238,- € (Bl. 107, 110 u. 114 OH-Akte) abziehen.

Es verblieb danach ursprünglich ein berechtigter Vorschussbetrag von 46.877,37 €. 61

c) 62

Diese vorgenannten Zahlungsansprüche sind in Höhe von 18.273,10 € durch Aufrechnung erloschen, §§ 387, 389 BGB. 63

Soweit die Klägerin allerdings vorbringt, bereits mit Schriftsatz vom 02.09.2021 im OH-Verfahren habe sie hilfsweise die Aufrechnung gegen den restlichen Kaufpreisanspruch von 18.273,10 € erklärt (s. Bl. 329 OH-Akte), fehlte es schon an einer hinreichenden Aufrechnungserklärung, da offenblieb, mit welchem der zahlreichen einzelnen Ansprüche die Aufrechnung erklärt werden sollte. 64

Dies hat die Klägerin im Termin vor dem Senat jedoch nachgeholt und ist die Bedingung für die klargestellte Hilfsaufrechnung gemäß Erklärung vom 24.04.2024 (Bl. 209 OLGA) eingetreten. Denn ein Anspruch auf Eigentumsverschaffung ohne vollständige Kaufpreiszahlung stand der Klägerin nicht zu. Der Kaufvertrag der Parteien sieht in § 10 a.E. ausdrücklich vor, dass die Eigentumsumschreibung durch den Notar erst mit Nachweis der Zahlung des vereinbarten oder infolge Aufrechnung oder Minderung rechtskräftig verringerten Kaufpreises beantragt werden soll. Diese vertraglichen Voraussetzungen liegen bei der Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts nicht vor. Entgegen der Ansicht der Klägerin kann auch nicht etwa allgemein ein aus § 242 BGB folgender Umschreibungsanspruch des Erwerbers bei einer nur noch geringfügigen offenen Restkaufpreisforderung angenommen werden und liegen hier die Voraussetzungen des Ausnahmefalls von § 320 Abs. 2 BGB nicht vor: Die zitierte Entscheidung des Kammergerichts (NZM 2023, 503) betrifft die Auslegung einer hier gerade nicht getroffenen entsprechenden Vertragsbestimmung. Die Entscheidung des OLG Nürnberg (Hinweisbeschluss v. 29.04.2022, 13 U 4656/21, BeckRS 2022, 51116) betraf den Fall eines nach erfolgter Aufrechnung verbliebenen sehr geringen rückständigen Teils des Kaufpreises, der zudem ohne Anerkennung einer Rechtspflicht dem Bauträger zur Verfügung gestellt wurde, und damit ebenfalls eine nicht vergleichbare Konstellation. Hier hat die Klägerin einerseits die Möglichkeit, mit eigenen Forderungen in den Kaufpreis übersteigender Höhe aufzurechnen und damit die Eintragungsvoraussetzungen herbeizuführen; es ist andererseits nicht unbillig, dies auch von ihr zu fordern. Denn es entspricht keinem nach beiden Seiten hin angemessenen Interessenausgleich, wenn die Klägerin zum einen wegen der Mängel einen Vorschussanspruch zur vollständigen Beseitigung geltend macht, den Restkaufpreis zurückbehält und der Bauträgerin gleichwohl die verbliebene Sicherheit nehmen will (vgl. auch Pause/Vogel, a.a.O., Kap. 5 Rn. 17 ff.). Besondere Umstände des Einzelfalls, die es ausnahmsweise rechtfertigen mögen, dass der 65

Erwerber trotz offener Kaufpreisforderung bereits das Eigentum übertragen erhält, sind weder vorgetragen noch ersichtlich.

Eine Aufrechnungslage lag auch vor. Wegen der Mängel am Sondereigentum (s.o.) kann die Käuferin ihren Vorschussanspruch – trotz der Zweckgebundenheit und Abrechnungsbedürftigkeit – gegen die restliche Kaufpreisforderung des Verkäufers zur Aufrechnung stellen (vgl. BGH, NJW 1992, 3297, 3298). Anders als beim Vorschuss wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums (BGH, NJW 1992, 435) fehlt es für die Aufrechnung nicht an der fehlenden Gegenseitigkeit. 66

d) 67

Der Zinsanspruch folgt aus Verzug bzw. hinsichtlich der Fußleisten aus Rechtshängigkeit, §§ 280 Abs. 1 u. 2, 286 Abs. 1 S. 1, 288 Abs. 1, 291 BGB. 68

2. 69

Soweit die Klägerin Zugang zu den Telekom- und Frischwasseranschlüssen im Versorgungskeller der Gaststätte (2. Untergeschoss) begehrt, existiert keinerlei Anspruchsgrundlage für dieses Begehren gegenüber der Beklagten. 70

In tatsächlicher Hinsicht hat die Klägerin im Verhandlungstermin zunächst klargestellt, dass sich – insoweit abweichend vom Tatbestand des landgerichtlichen Urteils (S. 4 LGU) – nur der Wasseranschluss im 2. Untergeschoss befindet, der Telekomanschluss hingegen im 1. Untergeschoss im Hausanschlussraum (Bl. 209 OLGA). 71

Die Ansicht des Landgerichts, ein vertraglicher Anspruch der Klägerin auf den begehrten Zugang lasse sich allgemein „aus dem Anspruch auf Einräumung des Eigentums und des Besitzes an ihrer Wohneinheit und dem daraus folgenden Nutzungsrecht an ihrer Wohnung“ ableiten (S. 10 LGU), geht fehl: Die Klägerin hat gegenüber der beklagten Bauträgerin nur vertragliche Ansprüche auf mangelfreie Herstellung des Gemeinschaftseigentums. Der Sache nach richtet sich ihr Begehren indes auf die – aus ihrer Sicht ordnungsgemäße – Verwaltung des Wohnungseigentums. Derartige Begehren mag die Klägerin vor den hierzu berufenen Gerichten gegenüber der hierzu zuständigen WEG bzw. dem Sondereigentümer verfolgen (vgl. § 43 Abs. 2 Nr. 1 u. 2 WEG, § 23 Nr. 2 lit. a GVG). 72

Soweit die Klägerin ganz unbestimmt eine vom Aufteilungsplan abweichende Zuordnung von Gemeinschaftsflächen und Betriebsräumen behauptet (Bl. 14 LGA), wird dies nicht nachvollziehbar dargelegt. Beide vorgenannten Räume stehen entsprechend der Abgeschlossenheitsbescheinigung im Sondereigentum der Einheit Nr. 1 (Gaststätte) (vgl. die mit „1“ gekennzeichneten Flächen des 1. u. 2. UG in Anlage WIR 17, Bl. 282 AH II). Es ergibt sich aus keiner vertraglichen Bestimmung, dass die betroffenen Räume hiervon abweichend im Gemeinschaftseigentum stehen sollten. Nach § 5 Abs. 2 WEG sind zwar Teile des Gebäudes, die für dessen Bestand oder Sicherheit erforderlich sind, sowie Anlagen und Einrichtungen, die dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer dienen, nicht Gegenstand des Sondereigentums. Die Wasser- und Telefonanschlüsse mögen auch dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer dienen und danach für sich genommen im Gemeinschaftseigentum stehen, ohne dass dies aber bedeutet, dass auch der Raum, in dem sie sich befinden, im Sondereigentum stehen müsste (vgl. OLG Bremen, NJOZ 2016, 1242, 1243; LG Duisburg, NJW-RR 2014, 267, 268 f.). 73

Den schutzwürdigen Belangen der Klägerin wird insoweit durch die in § 14 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 Nr. 2 WEG normierte Gestattungspflicht Rechnung getragen, wonach das Betreten des Sondereigentums ggf. zu dulden ist. Ein etwaiger Anspruch würde sich aber nicht gegen die hiesige Beklagte, sondern gegen die WEG bzw. den Sondereigentümer der Einheit Nr. 1 richten.

3. 75

Der mit dem Klageantrag zu 3) geltend gemachte Anspruch auf Entfernung der Lüftungszentrale ist gegenüber der Beklagten nicht berechtigt. Über die zulässige Form der Aufstellung/Anbringung einer Lüftungsanlage zur gastronomischen Nutzung der Gewerbeeinheit hat der Senat ebenfalls inhaltlich nicht zu befinden. 76

Ein Mangel der Werkleistung der Beklagten ist insofern nicht ersichtlich. 77

Die Lüftungsanlage ist nicht Gegenstand des Bauträgervertrags vom 00.00.0000 zwischen den Parteien. Nach § 4 der einbezogenen Miteigentumsordnung ist der Eigentümer der Einheit Nr. 1 berechtigt, eine Abluftanlage aus Edelstahl an der Außenfassade so anzubringen, dass sie an der gegenüberliegenden Hauswand entlang nach oben geführt wird, und alle sonstigen erforderlichen baulichen Änderungen zur gastronomischen Nutzung vorzunehmen (Anlage WIR 18, Bl. 304 AH II, vgl. vorher Anlage WIR 17, Bl. 289 AH II). Nach der Miteigentumsordnung war die Errichtung der Lüftungsanlage also alleinige Sache des – insofern nicht etwa verpflichteten, sondern lediglich berechtigten – Eigentümers der Gewerbeeinheit Nr. 1. Zu den vertraglichen Leistungen der Beklagten gegenüber der Klägerin zur Herstellung des Gemeinschaftseigentums und ihres Sondereigentums gehörte die Errichtung einer Lüftungsanlage hingegen nicht. 78

Es mag – zumal angesichts der personellen Verbindungen – sein, dass die vorhandene Lüftungsanlage im Rahmen der Sanierung des Gebäudes durch die Beklagte mit erstellt worden ist. Gleichwohl erbrachte die Beklagte in diesem Fall diesbezüglich nicht werkvertragliche Leistungen gegenüber der Klägerin im Rahmen der Herstellung des Gemeinschaftseigentums, sondern handelte aufgrund einer gesonderten Beauftragung des Eigentümers der Gewerbeeinheit. 79

Die Beklagte ist auch nicht etwa selbst Eigentümerin der Gewerbeeinheit, sondern die R. & H. GbR. Deren Gesellschafter sind zwar die Geschäftsführer der Beklagten. Entgegen der Ansicht des Landgerichts können die unterschiedlichen Vertragsverhältnisse aber nicht leichthin unter Rückgriff auf die Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB) durchbrochen werden. Die Eigentümerin der Einheit Nr. 1 ist eine von der Rechtsordnung anerkannte andere Rechtspersönlichkeit als die Beklagte. Der Sache nach macht die Klägerin auch geltend, die Lüftungsanlage entspräche nicht den Regelungen der Gemeinschaftsordnung. Dieser Streit betrifft indes genuin das Verhältnis der einzelnen Wohnungseigentümer zueinander und muss von der Klägerin daher auch mit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer bzw. dem betreffenden Teileigentümer vor den hierzu berufenen Gerichten ausgefochten werden. 80

4. 81

Die Klägerin hat gegen die Beklagte schließlich auch keinen Anspruch, die Nutzung der WCs durch die Gaststättenbesucher durch geeignete bauliche Maßnahmen so zu gestalten, dass diese nicht mehr über die zum Gemeinschaftsflur führende Hintertüre (Fluchtwegtür) der Gaststätte, sondern nur noch über die Gaststättenräumlichkeiten selbst erreicht werden 82

können.

Auch insoweit ist ein Anspruch der Klägerin gegenüber der Beklagten aus dem Bauträgervertrag nicht ersichtlich.

83

Zunächst bleibt für den Senat auch nach den Erörterungen im Termin in tatsächlicher Hinsicht unklar, was an vertragswidrigen baulichen Zuständen exakt bemängelt wird. Die Klägerin beruft sich lediglich vage auf eine nicht näher ersichtliche Missachtung von Baugenehmigung, Abgeschlossenheitsbescheinigung und Kaufvertrag, ohne dies hinreichend darzulegen. Soweit das Landgericht meint, aus den der Teilungserklärung beigefügten Aufteilungsplänen sei ersichtlich, dass die Gäste der Gaststätte über den gaststätteninternen Treppenbereich vom Erdgeschoss ins 1. Untergeschoss zu den Toiletten gelangen können sollten (S. 12 LGU), vermag der Senat dies nicht nachzuvollziehen. Der Grundriss des 1. Untergeschosses, welcher der ursprünglichen Teilungserklärung beilag, lässt erkennen, dass die zum Sondereigentum der Einheit Nr. 1 gehörenden WC-Räume durchaus über das im Gemeinschaftseigentum (GE) stehende Treppenhaus (TRH) und den ebenfalls im Gemeinschaftseigentum stehenden Flur 2 zu begehen sind (s. Bl. 282 AH II). Auch der als Anlage WIR 19 von der Klägerseite überreichte Plan lässt insoweit nichts anderes erkennen; soweit er allein hinsichtlich der Türsituation im Bereich des Flures 1 und des Sondereigentums von dem vorgenannten Grundriss abweicht (Bl. 307 AH II), bleibt unklar, was es mit diesem Plan auf sich hat, inwieweit er Vertragsgegenstand geworden ist und was überhaupt letztlich baulich umgesetzt wurde.

84

Dies bedurfte letztlich keiner weiteren Aufklärung. Denn auch soweit eine Durchgangsmöglichkeit ohne Inanspruchnahme des Treppenhauses zu den Wohnungen vom 1. Untergeschoss der Gaststätte zum Flur 2 und den WC-Räumen abweichend vom vertraglich gegenüber der Klägerin vereinbarten Zustand nicht ausgeführt worden sein sollte, würde dies den geltend gemachten Anspruch nicht tragen. Denn die Klägerin beansprucht bauliche Maßnahmen dergestalt, dass der Zugang zu den WCs baulich *ausschließlich* über die Gaststätte möglich ist. Selbst wenn nach dem Bauträgervertrag eine Ausführung, wonach die WC-Anlagen *auch* vom Untergeschoss der Gaststätte erreichbar sind, geschuldet wäre, so lässt sich aus sämtlichen zur Akte gereichten Unterlagen entnehmen, dass daneben jedenfalls auch eine Erreichbarkeit der WC-Räume über das im Gemeinschaftseigentum stehende Treppenhaus baulich vorgesehen war. Der im hiesigen Rechtsstreit verfolgte Anspruch, dass diese bauliche Möglichkeit verschlossen wird, lässt sich mithin aus dem vertraglichen Erfüllungsanspruch der Klägerin keinesfalls herleiten. Dass Gäste der Gaststätte sowohl vom Gastraum im Erdgeschoss als auch vom Gastraum im 1. Obergeschoss aus über das zu den Wohnungen führenden Treppenhaus in das 1. Kellergeschoss gelangen können, was der Klägerin missfällt (Bl. 209 OLGA), entspricht vielmehr den grundlegenden baulichen Gegebenheiten des Objekts, welches über ein durchgehendes Treppenhaus verfügt. Dies lässt sich offensichtlich baulich auch kaum ändern, weil andererseits auch sämtliche Mitglieder der WEG über die im Gemeinschaftseigentum stehende Treppe an den WC-Räumen im 1. Untergeschoss vorbei in das 2. Untergeschoss gelangen können müssen, in dem sich ihre Kellerräume befinden (s. Bl. 282 AH II).

85

Der Sache nach begehrt die Klägerin mithin auch insoweit keine allein bauliche Veränderung, sondern eine Regelung des Verhältnisses der einzelnen Wohnungseigentümer zueinander über den Zutritt zum Gemeinschaftseigentum, die sich nicht gegen die beklagte Bauträgerin, sondern insbesondere gegen den Eigentümer der Gewerbeeinheit richtet.

86

5.

87

Die Klägerin hat gegenüber der Beklagten hingegen einen vertraglichen Erfüllungsanspruch, den Durchbruch zu dem fremden, unter dem benachbarten Objekt N.-straße N01 gelegenen Kellerraum zum eigenen Objekt hin zu verschließen.	88
Zur ordnungsgemäßen Herstellung des Gemeinschaftseigentums gehört auch das Verschließen des vorhandenen Durchbruchs. Die Beklagte mag die Öffnung zu diesem Raum im Zuge der von ihr unternommenen Sanierung lediglich vorgefunden und den Durchbruch nicht selbst erstellt haben, ist in Folge der übernommenen Altbausanierung einer Wohnimmobilie indes zur schlüsselfertigen Errichtung und damit auch dazu verpflichtet, jeweils vollständig abgeschlossene Einheiten und ein auch gegenüber der Nachbarbebauung abgeschlossenes Objekt zu errichten. Damit unvereinbare vorgefundene Zustände wie einen Durchbruch zum Nachbargrundstück hat sie zu beheben.	89
6.	90
Hinsichtlich der mit dem Klageantrag zu 6) begehrten und durch das Landgericht zugesprochenen Überlassung eines Energieausweises ist die Berufung der Beklagten gegen ihre Verurteilung mangels hinreichender eigenständiger Begründung schon unzulässig.	91
Überdies ist sie in der Sache nicht begründet. Unstreitig ist der geschuldete Energieausweis auch weiterhin nicht an die Klägerin übergeben worden.	92
7.	93
Der Klägerin steht nunmehr ein Anspruch auf Eigentumsumschreibung zu.	94
§ 10 des Kaufvertrags macht den Umschreibungsantrag nach § 13 GBO von der Zahlung des vollen Kaufpreises abhängig (Anlage WIR 1, Bl. 19 AH I). Diese Voraussetzung liegt vor, nachdem die Klägerin infolge der wirksamen Aufrechnung über 18.273,10 € (s.o.) den Kaufpreisanspruch der Beklagten über 409.900,00 € vollständig erfüllt hat.	95
8.	96
Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1 S. 1, 96 ZPO; die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens sind der Beklagten vollständig aufzuerlegen, weil die Beweiserhebung ganz überwiegend zu ihren Lasten ausgegangen ist. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711, 709 ZPO.	97
Gründe für eine Zulassung der Revision bestehen entgegen der Ansicht der Beklagten nicht: Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung i.S.d. § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung i.S.d. § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO die Zulassung der Revision.	98
Die nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingegangenen, nicht nachgelassenen Schriftsätze der Parteien geben dem Senat keine Veranlassung zur Wiedereröffnung der verfahrensfehlerfrei geschlossenen mündlichen Verhandlung.	99
<u>Streitwert für das Berufungsverfahren: 128.245,04 €</u>	100
(Berufung der Klägerin: 36.546,20 €; Berufung der Beklagten 91.698,84 €)	101
