

Titel:

Fälligkeit der Fertigstellungsrate im Bauträgervertrag bei Vorliegen sog. Protokollmängel

Normenkette:

BGB § 631 Abs. 1, § 641 Abs. 1

Leitsatz:

Haben die Parteien eines Bauträgervertrags vereinbart, dass die letzte Rate erst nach vollständiger Fertigstellung zur Zahlung fällig wird, ist diese Rate bei Vorliegen sog. Protokollmängel, deren Beseitigung die Parteien bei Abnahme übereinstimmend vereinbart haben, nicht fällig. (Rn. 38 – 44) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Bauträgervertrag, Fälligkeit, Fertigstellungsrate, Protokollmängel

Tenor

1. Die Klage wird als derzeit unbegründet abgewiesen.
2. Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Die Kosten der Nebenintervention haben die Streithelfer jeweils selbst zu tragen.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klagepartei kann die Vollstreckung abwenden durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aus dem Urteil zu vollstreckenden Betrages, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Beschluss

Der Streitwert wird auf 5.993,73 € festgesetzt.

Tatbestand

1

Die Klägerin macht Restvergütung aus einem zwischen den Parteien geschlossenen Bauträgervertrag über geltend.

2

Die Parteien schlossen am 5.10.2016 mit notarieller Urkunde den als Anlage A1 vorgelegten Bauträgervertrag (Kauf- und Bauerrichtungsvertrag) über den Erwerb einer Eigentumswohnung nebst Tiefgaragenstellplatz im sog. „...“ am ... in der ..., ..., einem von der Klägerin als Bauträgerin errichteten schlangenförmigen Wohngebäude mit 64 Wohnungen und u.a. einer Tiefgarage mit 155 Stellplätzen. Vertragsgegenständlich sind ein 103,945/10.000 Miteigentumsanteil an dem vereinigten Grundstück der Gemarkung FlurNr. ... der Gemarkung ... verbunden mit dem Sondereigentum an der Eigentumswohnung und dem Kellerabteil Nr. 54 laut Aufteilungsplan sowie ein 5/10.000 Miteigentumsanteil an dem vorgenannten Grundstück verbunden mit dem Sondereigentum an dem Tiefgaragenstellplatz Nr. ... sowie die Verpflichtung der Klägerin gem. Ziff. IV des Bauträgervertrages, das Vertragsobjekt auf dem vorgenannten Grundstück gemäß der dem Bauträgerkaufvertrag zugrundeliegenden Baubeschreibung zu errichten. Als Gegenleistung vereinbarten die Parteien unter Ziffer V. 1. des Bauträgervertrages einen Kaufpreis in Höhe von 344.800,00 €, von denen 329.900,00 € auf die vertragsgegenständliche Wohnung und 14.900,00 € auf den mitverkauften Tiefgaragenstellplatz entfallen.

3

Die Fälligkeit des Kaufpreises wurde gem. Ziff. V. 3. bis V.5. des Bauträgervertrages nach einem Ratenplan geregelt. Darin heißt es unter anderem:

(...)

4. Ratenplan

Nach Eintritt der vorstehenden allgemeinen Fälligkeitsvoraussetzungen ist der auf die vertragsgegenständliche Wohnung sowie den vertragsgegenständlichen Stellplatz entfallende Kaufpreisteil entsprechend dem Baufortschritt in folgenden Raten zur Zahlung fällig:

(...)

3,5% nach vollständiger Fertigstellung.“

4

Hinsichtlich der Abnahme enthält der Vertrag folgende Regelung:

VIII. Abnahme

Das Vertragsobjekt ist nach Bezugsfertigkeit bzw. vollständiger Fertigstellung vor Übergabe und Bezug in einer gemeinsamen Besichtigung abzunehmen, worüber vom Verkäufer ein Protokoll zu fertigen ist.

Eine getrennte Abnahme von im Alleineigentum und/oder Miteigentum stehenden Gebäudeteilen und von Gemeinschaftseigentum ist zulässig.

(...)

Anlässlich der Abnahme erfolgt eine gemeinsame Besichtigung, bei der etwaige vom Käufer festgestellte oder behauptete Mängel oder noch fehlende Leistungen in ein Abnahmeprotokoll aufzunehmen sind, das von beiden Vertragsteilen zu unterzeichnen ist. (...) Besteht keine Einigkeit, ob ein Mangel vorliegt oder auch nicht, so ist dieser Punkt als strittig zu bezeichnen.

Der Käufer kann die Abnahme nicht verweigern, falls noch geringfügige Nachhol- oder Ausbesserungsarbeiten zu erbringen sind oder falls die vertragsgemäß durch den Verkäufer zu erbringenden Außenanlagen noch nicht fertiggestellt sind (...).

Vorstehende Regelungen gelten für die vertragsgegenständliche Wohnung und den vertragsgegenständlichen TG-Stellplatz selbst.

Sie gilt für das Gemeinschaftseigentum entsprechend. Unabhängig von der Abnahme seines Sondereigentums ist der Käufer berechtigt und verpflichtet, auch das Gemeinschaftseigentum abzunehmen. Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch sämtliche Käufer von Sondereigentumseinheiten in dem bezeichneten Objekt ... und dem derzeitigen Eigentümer erfolgte nach Angabe unter Mitwirkung der ... am 12.05.2016. Hierüber wurde ein Abnahmeprotokoll gefertigt, welches dem heutigen Käufer vom Verkäufer in Abschrift bereits übermittelt worden ist. Gleichwohl bleibt es bei dem Erfordernis der Abnahme wie vorstehend bezeichnet.

5

Hinsichtlich der Einzelheiten der vertraglichen Vereinbarungen wird ergänzend auf die Anlage A1 verwiesen.

6

Auf dem streitgegenständlichen Anwesen fanden am 12./13.5. sowie 15.5.2016 und nochmals im November 2016 Begehungen der ... mit dem Auftrag der Feststellung der Abnahmereife (25.5.2016) und der Mängelnachkontrolle (November 2016) statt, zu denen diese jeweils gutachterliche Stellungnahmen verfasst hat. In der gutachterlichen Stellungnahme vom 10.6.2016 zum Begehungstermin 15.5.2016 (Anlage A3a) heißt es

„(...)“

Auf der Grundlage des vorliegenden Protokolls soll

- für die Erwerber, die eigenständig die rechtsgeschäftliche Abnahme unterschreiben wollen, die Abnahmereife festgestellt werden
- für den Auftraggeber bzw. den Bauträger die Abnahmereife festgestellt werden, mit der er die Abnahme mit den Erwerbern herbeiführen kann, die die Vollmacht zurückgezogen haben

– für die Erwerber, die ... (unabhängig von den Vereinbarungen des Kaufvertrags) individuell beauftragt und bevollmächtigt haben, das Gemeinschaftseigentum in seinem Namen rechtsgeschäftlich abzunehmen, die rechtsgeschäftliche Abnahme erklärt werden (...).

5.2. Mängelfeststellungen

127. Südseite Balkonanlage: Zwischen Vordach und Fassade klappte ein offener Spalt. Breite ca. 10 cm bis 20 cm (...)

200. Bereich ... : E-Raum links von Stellplatz 127: Der Obertürenschießer kollidiert mit der Türleibung, mit einhergehenden Beschädigungen (...)

202. Bereich ..., E-Raum links von Stellplatz 127: Die Brandschutztür war unten im Falz innenseitig beschädigt.

(...)

229. Bereich ..., Rampe: Am oberen Rampenabschluss war die Beschichtung beschädigt, ggf. stark anhaftend verschmutzt (...)

267. Fahrradabstellraum: Ausbesserungen an den Wänden waren in Summe optisch störend auffällig sichtbar.

(...)

298. Bereich Reihenhausebenen 2 und 4 bei Stellplatz 238: Die Ausbesserung am WDVS war nicht fertiggestellt.

(...)

Bei den Begehungen wurden Mängel festgestellt, die unter Punkt 5 für die Bereiche Bau- und Gebäudetechnik aufgeführt und zu beseitigen sind.

(...)

Das Gemeinschaftseigentum war am 25. Mai 2016 abnahmereif.

Weitere Hinweise zur Abnahme:

Mängel, Unstimmigkeiten und fehlende Unterlagen waren für das gesamte Gemeinschaftseigentum grob überschlägig mit brutto ca. € 405.000,- zu bewerten.

(...)“

7

In der gutachterlichen Stellungnahme zur Mängelnachkontrolle vom 15.12.2016 (Anlage B4 – Auszug) heißt es:

„(...)“

Im Ergebnis der Begutachtung im November 2016 war festzustellen, dass

- bis auf die Mängel bzgl. der Entwässerung der Außenanlagen über der Tiefgaragendecke (M29, M30) an den weiteren bedeutsameren Mängeln überwiegend umfangreiche und umfassende Mangelbeseitigungsarbeiten durchgeführt wurden

– an weniger bedeutsamen Mängeln Mangelbeseitigungsmaßnahmen noch nicht durchgeführt bzw. abgeschlossen waren und somit

- die monetäre Bewertung der noch nicht beseitigten Mängel mit immerhin noch ca. € 200.000,- anzugeben war.

Die Abnahme des Sondereigentums und des Gemeinschaftseigentums durch den Beklagten erfolgte jeweils gesondert. Am 7.11.2016 wurde das Sondereigentum unter Vorbehalt der im Abnahmeprotokoll (Anlage A2) aufgeführten Mängel abgenommen. Im Abnahmeprotokoll heißt es dazu u.a.:

„Folgende vertragswesentliche Mängel sind in einem angemessenen Zeitraum noch zu beheben:

Balkon Entwässerung läuft nach vorn, ...

es wird bemängelt, dass das Wasser längsseitig stehen bleibt strittig und nicht abläuft

Balkon an Fassade Wasserspuren auf der rechten Seite ...

SZ Fenster rechte Seite Glas sichtbare Risse (oberes Drittel Außen Bogen) ... strittig

linke Seite Glas sichtbare Risse (Oberfläche) strittig (...)

WZ + SZ am Rolladenkasten beginnende Risse

WZ an Gläsern Schlieren auf dem Glas strittig

WZ rechtes Fenster linke Tür im oberen Drittel Oberflächenriss ... strittig

WZ von außen kl. Stelle auf Rahmen ...

WZ linkes Fenster rechter Rahmen oben rechts kl Stelle ...

WZ linkes Fenster link Seite Glas Oberflächenkratzer ... strittig

WZ Küche äußere Fensterbank Oberflächenkratzer ... strittig (...)

Bad über WC Wand – Insta Block senkrechter Riss ...

Dusche unterhalb Seifenhalter roter Strich ca. 1 cm Clean

Flur rechtes Fenster oberes Drittel von außen kl Riss auf Glas strittig ...“

8

Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf das Abnahmeprotokoll Anlage A2 verwiesen.

9

Die an den Glaselementen gerügten Mängel zeigte die Klägerin mit Schreiben vom 11.11.2016 gegenüber der Streithelferin ... Fenster & Türen GmbH an und forderte zur Mängelbeseitigung bis 25.11.2016 auf (Anlage A10). Diese stellte unter dem 11.1.2017 die als Anlage A9 vorgelegte Bestätigung aus.

10

Mit Schreiben vom 10.11.2016 forderte die Klägerin den Beklagten zur Erklärung der Abnahme des Gemeinschaftseigentums bis 15.12.2016 auf unter Hinweis darauf, dass laut eines eingeholten Gutachtens keine wesentlichen Mängel mehr vorhanden sind, die der Abnahme entgegenstünden (siehe Bezugnahme in Anlage B11).

11

Am 9.12.2016 stellte die Klägerin die Schlussrechnung (Anlage A5) über die Fertigstellungsrate von 11.546,50 € zuzüglich eines Grundsteueranteils von 1,52 €, insgesamt damit über 11.548,02 € und forderte den Beklagten zur Zahlung bis 17.12.2016 sowie erneut zur Erklärung der Abnahme des Gemeinschaftseigentums auf (Anlage B10). Mit Anwaltsschreiben vom 16.12.2016 wurde der Beklagten nochmals zur Erklärung der Abnahme des Gemeinschaftseigentums binnen 10 Tagen aufgefordert. Am 20.12.2016 erklärte der Beklagte daraufhin per E-Mail gegenüber der Klägerin, dass ihm das im Kaufvertrag unter Ziffer VIII genannte Abnahmeprotokoll bzw. Gutachten nicht übermittelt wurde und er daher keine Informationen darüber habe, ob das Gemeinschaftseigentum sich in einem abnahmefähigen Zustand befinde oder ob noch wesentliche Mängel bestehen, und bat um Zusendung der Protokolle (Anlage B12). Die Klägerin mahnte die Zahlung der offenen Rate mit Schreiben vom 20.12.2016 (Anlage A6), dem Beklagten zugegangen am 3.1.2017, erneut an. Daraufhin bezahlte der Beklagte am 03.01.2017 die Hälfte des angeforderten Betrages, also einen Betrag von 5.774,01 € auf die Schlussrechnung unter Berufung auf offene Mängel.

12

Mit Schreiben vom 5.1.2017 (Anlage B5) erklärte der Beklagte, dass ihm weiterhin das Abnahmeprotokoll bzw. das Gutachten der ... nicht vorliege. Am 16.1.2017 erhielt der Beklagte den als Anlage A 3 vorgelegten Auszug des Gutachtens vom 10.6.2016, eine vollständige Fassung des Gutachtens lag ihm zu diesem Zeitpunkt nicht vor.

13

Mit Schreiben vom 17.1.2017 (Anlage A8) gab der Beklagte folgende Erklärung ab:

„Abnahme Gemeinschaftseigentum, unter Vorbehalt der Mängelbeseitigung

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich, Vo. Sch. erkläre hiermit als Käufer der Wohnung 54, K1.-Str. 120, 8. F. und des Tiefgaragenstellplatzes Nr. ..., unter Vorbehalt der Mängelbeseitigung die Abnahme des Gemeinschaftseigentums.

Leider war mir die Abnahme des Gemeinschaftseigentums erst zum jetzigen Zeitpunkt möglich, da ich gestern (16.01.2017 per Email von Frau A1. R.) von Kaufeigenheime Am ... die Informationen erhalten habe, die die Abnahmefähigkeit des Gemeinschaftseigentums bestätigen. Ich habe in der Vergangenheit bereits mehrfach auf die fehlenden Unterlagen hingewiesen, erstmalig bei dem Notartermin am 05.10.2016 in an Frau S1. ...)

14

Die Klägerin behauptet, das Gemeinschaftseigentum sei ausweislich der gutachterlichen Stellungnahme ...(Anlage A 3/ A3 a) ab 25.5.2016 abnahmefähig gewesen. Das Sondereigentum sei bereits am 24.11.2016 mit sämtlichen Schlüsseln übergeben worden.

15

Die Klägerin hat zunächst beantragt, den Beklagten zu einer Zahlung von 5.993,73 € zu verurteilen. Hinsichtlich eines Teilbetrages von 219,72 € betreffend einen zunächst geltend gemachten Anspruch auf Kostenbeteiligung an den Kosten der ... hat die Klägerin die Klage mit Schriftsatz vom 12.3.2020 zurückgenommen und die Klage damit auf die noch offene Restrate aus der Schlussrechnung in Höhe von 5.774,01 € reduziert.

16

Die Klägerin hat verschiedene Streitverkündungen ausgesprochen. Die Streitverkündeten ...und ... GmbH sind dem Rechtsstreit jeweils auf Seiten der Klagepartei beigetreten. Hinsichtlich der Einzelheiten, insbesondere des Zeitpunkts der jeweiligen Streitverkündung sowie des jeweiligen Beitritts wird auf die jeweiligen Schriftsätze der Parteivertreter und Streithelfervertreter und die in der Akte befindlichen Zustellungsnachweise verwiesen.

17

Die Klägerin beantragt

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag von 5.774,01 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit 29.12.2016 zu bezahlen.

18

Der Beklagte beantragt

Klageabweisung.

19

Die Streithelfer stellen keinen Antrag.

20

Der Beklagte rügt die fehlende Fälligkeit der Fertigstellungsrate (3,5%) sowie der Fertigstellungssicherheit (5%), da noch nicht alle Mängel vollständig beseitigt seien, sondern sowohl am Sondereigentum wie auch am Gemeinschaftseigentum noch wesentliche Mängel bestünden. Der gerichtliche Sachverständige habe Mängel festgestellt, die wesentlich seien und der Abnahmereife entgegenstünden. Der Beklagte behauptet, die gerügten Mängel seien mit den Mängeln aus dem Abnahmeprotokoll identisch.

21

Hilfsweise für den Fall, dass das Gericht die Fälligkeit der Klageforderung annehmen sollte, macht der Beklagte ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 641 Abs. 3 BGB wegen noch bestehender Mängel am Sonder- und Gemeinschaftseigentum in Höhe der Klageforderung geltend. Er behauptete zunächst, die einfachen Mängelbeseitigungskosten für die Mängel am Gemeinschaftseigentum würden laut Gutachten ...

mindestens 200.000,00 € betragen, beruft sich zuletzt jedoch nur noch auf die vom gerichtlichen Gutachter geschätzten Mangelbeseitigungskosten.

22

Der Beklagte konkretisierte im Verhandlungstermin (siehe Protokoll vom 23.7.2020 (Bl. 48/52) die im Bereich der Sondereigentumseinheit Nr. 54 gerügten Mängel sowie mit Schriftsatz vom 17.0.2020 (dort S. 3 unten, Bl. 58) die im Bereich der Gemeinschaftsflächen gerügten Mängel und beruft sich im Einzelnen zuletzt noch auf folgende Mängel:

23

Behauptete Mängel im Bereich der Wohneinheit Nr. 54:

Nr. 1: Balkon: Die Entwässerung läuft nach vorne, das Wasser läuft nicht ordnungsgemäß ab und bleibt stehen (Fotodokumentation Anlage B6)

Nr. 5: Balkon: Auf der Fassade des Balkons finden sich auf der rechten Seite Wasserspuren und es läuft dort weiterhin Wasser herunter (Fotodokumentation Anlage B7)

9: Schlafzimmer: Das Glas des Fensters auf der rechten Seite weist im oberen Drittel Risse auf

Nr. 10: Schlafzimmer: Das Glas des Fensters auf der linken Seite weist auf der Oberfläche sichtbare Risse auf

Nr. 12: Schlafzimmer: Die Tür weist hat im oberen Drittel Bogen

Nr.13: Am Heizkörper ca. 15 cm linke Seite befindet sich ein kleiner Lackschaden

Nr. 15: Wohn- und Schlafzimmer: Es finden sich beginnenden Risse im Bereich des Rolladenkastens (Fotodokumentation Anlage B8)

Nr. 16: Wohnzimmer: Auf dem Glas befinden sich Schlieren/Kratzer

Nr. 17: Wohnzimmer: am rechten Fenster der linken Tür befinden sich im oberen Drittel Oberflächenschlieren

Nr. 18: Wohnzimmer: Am Fensterrahmen außen ist eine kleine Beschädigung in Form einer Delle bzw. eines tieferen Kratzers vorhanden

Nr. 19: Wohnzimmer: am Fensterrahmen des linken Fensters ist rechts eine kleine Stelle schadhaft

Nr. 20: Wohnzimmer: Das linke Fenster weist im Glas auf der linken Seite Oberflächenkratzer auf.

Nr. 21: Wohnzimmer/Küche: An der äußeren Fensterbank befinden sich Oberflächenkratzer

Nr. 24: Abstellraum: Die Tür hat ca. mittig Bogen

Nr. 26: Bad: Es ist ein senkrechter Riss über WC-Wand im Bereich des Insta-Blocks vorhanden (Fotodokumentation Anlage B9)

Nr. 27: Bad: links vom WC befindet sich ein Fliesenkranz mit Überstand > 1 Cent

Nr. 28: Bad: Spritzschutz und stehendes Glas (an WM-Anschluss): senkrechter Riss

Nr. 29: Flur linkes feststehendes Fensterteil oben rechts, kleine Schadstelle

Nr. 30: Dusche: Roter Strich außerhalb des Seifenhalters, ca. 1cm

Nr. 31: Dusche: Fliesenkranz über der Duscharmatur mit Überstand > 1 Cent

Nr. 32: Flur: im oberen Drittel des rechten Fensters ist von außen ein kleiner Riss im Glas vorhanden

Nr. 33: An der äußeren Fensterbank des rechten Fensters sind Oberflächenrisse vorhanden

Behauptete Mängel im Bereich der Gemeinschaftsflächen (Bezifferung bezieht sich auf die Bezeichnung der Mangelbehauptung im Gutachten des ... vom 10.6.2016, Anlage B3a):

Nr. 2: Der Kellerfußboden (Baubeschreibung Absatz C 2., Schleusen, Zählerräume, Müllräume usw.) ist nicht, wie in der Baubeschreibung ausgeführt, mit einer OS 8-Beschichtung versehen, sondern nur mit einem PVC-Belag bzw. einem staubbindenden Anstrich.

Nr. 29: Die Entwässerung über der Tiefgaragendecke ist nicht funktionstauglich. Die Abnahmebescheinigung der Entwässerungsanlage fehlt.

Nr. 127: Südseite Balkonanlage: Offene Spalten (10-20 cm) zwischen Fassade und Vordach

Nr. 128 Südseite Balkonanlage: Offene Spalten bis zu 12 cm zwischen Balkonböden und angrenzenden Fassaden im Bereich der Bögen des ... (zulässig nach DIN 18065 wären Abstände bis zu 6 cm)

Nr. 200/202 Bereich ...: Brandschutztür am E-Raum links von Stellplatz 127 defekt: Der Obertürschließer kollidiert mit der Türleibung mit einhergehenden Beschädigungen und die Brandschutztür ist unten im Falz innenseitig beschädigt

Nr. 217 Bereich ... bei Stellplatz 153: Stirnseite der Wandscheibe rechts vom Stellplatz unter der Decke weist Risse auf

Nr. 229 Bereich ... , Rampe: Die Beschichtung am oberen Rampenabschluss ist beschädigt.

Nr. 260 Der Boden im Fahrradabstellraum weist Dellen und Beschichtungsfehlstellen auf.

Nr. 267 An den Wänden im Fahrradabstellraum sind optisch störende Ausbesserungsstellen auffällig sichtbar (optische Mängel)

Nr. 298 An Stellplatz 238 ist das Wärmedämmverbundsystem nicht fertiggestellt.

24

Der Beklagte rügt darüber hinaus das Fehlen der folgenden Unterlagen:

BR 4 Abnahmebescheinigung Rauch- und Wärmeabzugsanlage

BR 8 Abnahmebescheinigung Brandmeldeanlage

S. 4 Abnahmebescheinigung Entwässerungsanlage

25

Der Beklagte ist der Auffassung, dass die Berufung auf sein Leistungsverweigerungsrecht ebenfalls zu einer Klageabweisung führen müsse. Hilfsweise für den Fall, dass das Gericht in diesem Fall zu einer Zug-um-Zug-Verurteilung kommen sollte, werde die Aufrechnung mit einem Kostenvorschussanspruch in Höhe der vom gerichtlichen Sachverständigen in Anlage 1 S. 1 und 2 zum Gutachten vom 31.3.2022 ermittelten Brutto-Mängelbeseitigungskosten für die unter 5.1.1. – 5.1.22. bestätigten Mängel erklärt. Ein solcher Kostenvorschussanspruch stehe ihm für den Fall, dass er die Mängel beseitigen wolle, zu. Sofern und soweit die Hilfsaufrechnung die Klageforderung nicht zum Erlöschen bringe, verbleibe es höchst Hilfsweise bei dem geltend gemachten Leistungsverweigerungsrecht betreffend sämtliche bestätigten Mängel im Sonder- und Gemeinschaftseigentum. Der Beklagte ist der Auffassung, dass er als Eigentümer zur Geltendmachung der genannten Ansprüche und Einwendungen prozessführungsbefugt und aktivlegitimiert sei und sich im Rahmen seines Leistungsverweigerungsrechts auf die volle Summe der vom Sachverständigen geschätzten Mängelbeseitigungskosten zuzüglich Druckzuschlag berufen könne und nicht nur auf die seinem Miteigentumsanteil entsprechende Quote. Jedenfalls habe der er sich mit der Zahlung der Schlussrate nicht in Verzug befunden. Die Schlussrechnung sei vor Erklärung der Abnahme des Gemeinschaftseigentums und vor Übergabe des Objekts gestellt worden und damit zu einem Zeitpunkt, zu dem die Restrate schon deshalb noch gar nicht fällig gewesen sei. Er behauptet, die Übergabe der Schlüssel habe erst am 20.12.2016 stattgefunden.

26

Die Klägerin behauptet, alle gerügten Mängel hätten von Anfang an nicht bestanden oder seien bereits beseitigt. Insbesondere seien auch sämtliche gerügten Kratzer und Glasschäden, soweit sie vorhanden waren, ordnungsgemäß behoben, sämtliche Glasarbeiten seien in Ordnung und weder Kratzer noch Schlieren seien vorhanden. Zum Beweis dass die Streithelferin ... Fenster & Türen GmbH die Mängel behoben habe, bietet die Klägerin den Zeugen O. (Bl. 34) an. Der Kläger habe am 4.12.2019 gegenüber der

Zeugin S1. (Bl. 33) erklärt, dass noch drei Kratzer an den Balkontüren vorhanden seien und er deswegen die Restzahlung verweigere. Die jetzt gerügten Mängel seien mit den Protokollmängeln nicht identisch.

27

Hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums sei ein wirksamer Mangelvorbehalt gar nicht erklärt worden, da keine konkrete Bezugnahme auf das Gutachten vom 10.6.2016 erfolgt sei. Die Mängel lägen aber auch nicht vor.

- Der Kellerfußboden sei wie geschuldet ausgeführt.
- Die Entwässerung über der Tiefgaragendecke entspreche den vertraglichen Vereinbarungen und den anerkannten Regeln der Technik. Eine Abnahmebescheinigung für die Entwässerung sei nicht geschuldet.
- Die Brandschutztüre am E-Raum links sei funktionsfähig und nicht defekt
- An der Decke in der Tiefgarage bei Stellplatz 153 seien keine Risse vorhanden
- Die Beschichtung am oberen Rampenanschluss sei nicht beschädigt.
- Der Boden im Fahrradabstellraum weise keine Dellen oder Beschichtungsfehler auf.
- Die Wände im Fahrradabstellraum weise keine Mängel auf.
- Das Wärmedämmverbundsystem am Stellplatz 238 sei fertiggestellt.

28

Sie ist der Auffassung, dass ein Anspruch auf Herausgabe von Unterlagen allenfalls an die Hausverwaltung bestehe und dies auch nur, soweit ein berechtigtes Interesse an den Unterlagen dargelegt werde. Sie behauptet, dass alle zur Verwaltung des Gemeinschaftseigentums erforderlichen Unterlagen an die Hausverwaltung übergeben worden seien.

29

Die Klägerin ist der Auffassung, dass die Klageforderung jedenfalls fällig ist. Die Beseitigung von Mängeln, deren Beseitigung im Abnahmeprotokoll nicht vereinbart sei, sei nicht Voraussetzung für die Fälligkeit der letzten Rate. Die Klägerin ist weiter der Auffassung, dass der Beklagte zur Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechts als Eigentümer nicht berechtigt sei, weil die WEG mit Beschluss vom 22.6.2016 (Anlage A 9) die Geltendmachung der Mängel gemäß Gutachten des ... an sich gezogen habe. Durch den Beschluss vom 17.10.2022 (Anlage B13), wonach die WEG beschlossen habe, das selbstständige Beweisverfahren gegenüber dem Bauträger nicht mehr weiterzubetreiben, sei keine Rückübertragung der Ausübungsbefugnis an die Eigentümer erfolgt. Die Klägerin ist außerdem der Auffassung, dass dem Beklagten im Hinblick auf gerügte Mängel des Gemeinschaftseigentums ein Leistungsverweigerungsrecht allenfalls in Höhe der auf ihn entfallenden Quote entsprechend seines Miteigentumsanteils von 103/10.000 zustehe und dass ein Teil der als Mängel des Sondereigentums gerügten Mängel (siehe S. 1 und 2 der Anlage 1 zum gerichtlichen Sachverständigengutachten) tatsächlich dem Gemeinschaftseigentum zuzuordnen sei, insbesondere der behauptete Mangel der Balkonentwässerung und der Wasserablaufspuren an der Fassade. Sie meint weiter, dass allenfalls die Nettokosten maßgeblich für die Höhe eines Einbehalts seien.

30

Die Kammer hat den Rechtsstreit mit Beschluss vom 3.3.2020 (Bl. 23/25 d. A.) auf den Einzelrichter übertragen. Das Gericht hat Beweis erhoben über die behaupteten Mängel gem. Beweisbeschluss vom 22.2.2021 (Bl. 69/78 d. A.) durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen Dipl.-Ing. ... Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sachverständigengutachten vom 31.3.2022 (Bl. 186/300 d. A.) verwiesen. Zur Ergänzung des Tatbestandes wird auf die jeweils gewechselten Schriftsätze der Parteivertreter und Streithelfervertreter jeweils nebst Anlagen sowie auf die Sitzungsprotokolle und die in der Akte enthaltenen gerichtlichen Beschlüsse und Verfügungen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

A.

Die Klage ist zulässig, aber derzeit unbegründet.

32

I. Die geltend gemachte Forderung ist nicht fällig, weil sowohl im Bereich der Wohnungseinheit Nr. 54 als auch im Bereich der Gemeinschaftsflächen noch Protokollmängel vorhanden sind und damit das Vertragsobjekt nicht im Sinne der vertraglichen Vereinbarungen vollständig fertiggestellt ist.

33

1. Die durchgeführte Beweisaufnahme hat ergeben, dass sowohl im Bereich der Wohnung Nr. 54 als auch im Bereich der Gemeinschaftsflächen noch Mängel vorhanden sind.

34

a) Das Gericht folgt hierbei den Feststellungen und Schlussfolgerungen des Sachverständigen Dipl. Ing. K2. in seinem Gutachten vom 23.3.2022. Der Gutachter ist ein anerkannter Sachverständiger auf dem Gebiet „Schäden an Gebäuden“ und für dieses Fachgebiet auch öffentlich beeidigt und bestellt. Der Sachverständige hat seinem Gutachten zutreffende Anknüpfungstatsachen zugrunde gelegt, insbesondere das Objekt auch selbst besichtigt, Fotografien angefertigt und technische Untersuchungen durchgeführt. Er hat zur Beurteilung die maßgeblichen technischen Normen herangezogen. Der Sachverständige seine tatsächlichen Feststellungen im Gutachten dokumentiert und seine Beurteilung nachvollziehbar erläutert. Die Ausführungen des Sachverständigen sind klar und verständlich, vollständig, widerspruchsfrei und insgesamt daher überzeugend. Einwendungen gegen das Gutachten wurden demgemäß auch nicht erhoben. Die Feststellungen des Sachverständigen wurden nach Vorlage des Gutachtens von keiner Partei angegriffen.

35

b) Im Einzelnen hat der Sachverständige folgende Mängel bestätigt und hierfür Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 5.540,64 € (Mängel im Bereich der Wohneinheit Nr. 54) sowie 19.777,80 € (Mängel im Bereich der Gemeinschaftsflächen) grob überschlägig abgeschätzt:

aa) Im Bereich der Wohneinheit Nr. 54

Nr. 1 Balkonentwässerung:

Kein funktionsfähiges Gefälle vor der südlichen Randaufkantung mit der Folge, dass Wasserpfützen stehen bleiben und die Gebrauchstauglichkeit nicht in vollem Umfang gegeben ist.

Nr. 5 Östliche Fassade am Balkon:

Fehlen einer fachgerechten, den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechenden Anschlussausbildung der Dachdeckung zur östlichen aufgehenden Wand mit der Folge, dass Wasser durch die Anschlussfuge nach unten hin ablaufen kann und sich bereits störende Verschmutzungen der Wandoberfläche (Wasserablaufspuren) gebildet haben.

Nr. 9 Schlafzimmer Fensterglas rechte Seite

3 nachfolgend näher beschriebene Kratzer an dem westlichen Gehflügel der Fenstertür

- Hauptzone oben: 5 cm
- Hauptzone mitte: 2 cm mit anschließenden Haarkratzern
- Hauptzone unten: 10 cm

Nr. 10 Schlafzimmer Fensterglas linke Seite

4 nachfolgend näher beschriebene Kratzer an dem östlichen Stehflügel der Fenstertür

- Hauptzone oben: 0,5 cm
- Hauptzone oben: 12 cm
- westliche Randzone: 4,5 cm
- Hauptzone oben: 8,5 cm

Nr. 15 Wohnzimmer – Bereich Rollladenkästen

Lokale Putzschäden im Bereich der Rollladenkästen (Stauchungen der Putzoberfläche) an

- Südfassade, Westliches Fenster, obere westliche Ecke
- Südfassade, Westliches Fenster, obere östliche Ecke
- Südfassade, Östliches Fenster, obere westliche Ecke
- Südfassade, Östliches Fenster, obere östliche Ecke
- Ostfassade, Fenster im Küchenbereich, obere südliche Ecke
- Ostfassade, Fenster im Küchenbereich, obere nördliche Ecke

Nr. 16/17/20 Wohnzimmer – Isolierverglasung

nachfolgend näher beschriebene Kratzer:

- | | | |
|---------------------------|----------------------------|------------|
| - Westliches | Fensterelement, östlicher | Gehflügel: |
| - Hauptzone | oben: | 5. cm |
| - Hauptzone | oben: | 6. cm |
| - Hauptzone | mittig: | 23. cm |
| - Hauptzone | mittig: | 34. cm |
| - Hauptzone mittig: 15 cm | | |
| - Östliches | Fensterelement, westlicher | Gehflügel |
| - Hauptzone | oben: | 2,5 cm |
| - Hauptzone | oben: | 16. cm |
| - Hauptzone oben: 11 cm | | |

Östliches Fensterelement, Stehflügel:

- Randzone oben: 8 cm

Nr. 19 Wohnzimmer – Fensterrahmen außen

- Westlicher Gehflügel des östlichen Wohnzimmerfensters Kratzer von 6 cm am unteren Rahmenprofil des Flügelrahmens

Nr. 26 Badezimmer

Lokale Putzschäden (Stauchung der Putzoberfläche) an der südlichen Innenwand in der südwestlichen Raumecke im Abstand von 35 cm zur Raumecke.

Nr. 30 Dusche

Rote Markierungen / Anzeichnungen an 12 Stellen mit einer Länge von jeweils ca 1 cm auf der Bodenfläche der Dusche

- | | | |
|-------------------------|--------------|-------------------|
| Nr. 32 Flur – rechtes | Fenster | Isolierverglasung |
| 5 nachstehend näher | beschriebene | Kratzer: |
| - Randzone | oben: | 0,5 cm |
| - Randzone | mittig: | 5. cm |
| - Hauptzone | mittig: | 8. cm |
| - Hauptzone | unten: | 1,5 cm |
| - Randzone unten: 10 cm | | |

bb) Im Bereich der Gemeinschaftsflächen

Nr. 127 Südseite Balkonanlage

Fehlen einer fachgerechten, den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechenden Anschlussausbildung der Dachdeckung zur Fassade im Bereich der gesamten Länge des Vordaches über den südseitigen Balkonen (offene Spalten zwischen Fassade und Vordach)

Nr. 229 Tiefgaragenrampe des ...

Lokale Beschädigungen von ca. 2 cm Länge in der Beschichtung am oberen Rampenabschluss

Nr. 267 Wände Fahrradabstellraum Keller

Fehlender weißer Wandanstrich und optisch sichtbare Ausbesserungsstellen (Verspachtelungen) an den Wänden

Nr. 298 Stellplatz 238

In der nordöstlichen Ecke des Stellplatzes 238 fehlt der Beschichtungshochzug auf dem dort vorhandenen Wärmedämmverbundsystem mit der Folge, dass der dauerhafte Feuchtigkeitsschutz des Putzsystems nicht gewährleistet ist.

36

Hinsichtlich des Mangels Nr. 200/202 ... Brandschutztür im E-Raum links von Stellplatz ... konnte der Sachverständige die Mangelbehauptung nicht vollständig widerlegen, da er keine Feststellungen zu einer Beschädigung unten im Falz innenseitig treffen konnte. Da die Beweislast für die Mangelfreiheit aufgrund des Vorbehalts in der Abnahmeerklärung insoweit bei der Klägerin liegt, ist auch insoweit davon auszugehen, dass die Klägerin die Mangelfreiheit hinsichtlich der Beschädigung unten im Falz innenseitig nicht nachgewiesen hat.

37

Die weiteren behaupteten Mängel haben sich in der Beweisaufnahme nicht bestätigt.

38

2. Jedenfalls ein Teil der vorstehend aufgeführten festgestellten Mängel steht der Fälligkeit der restlichen Schlussrate entgegen.

39

a) Die Parteien haben vertraglich vereinbart, dass die Fertigstellungsrate erst nach vollständiger Fertigstellung fällig wird.

40

b) Ob und welche Mängel einer vollständigen Fertigstellung entgegenstehen, ist umstritten und nicht abschließend geklärt (vgl. zum nachfolgend dargestellten Meinungsstand Basty – Der Bau trägervertrag, 8. Auflage 2014 Rn. 528 ff).

41

aa) Nach der strengsten Auffassung setzt die vollständige Fertigstellung die vollständige Mangelfreiheit voraus. Nach dieser Ansicht stünden also auch nach Abnahme zutage getretene Mängel sowie unwesentliche Mängel, die nicht im Protokoll vorbehalten wurden, einer „vollständigen Fertigstellung“ entgegen, so dass teilweise daraus abgeleitet wird, dass die Fertigstellung erst nach Ablauf der Verjährungsfrist für Mängelansprüche angenommen werden kann (vergleiche hierzu die Nachweise bei Basty – Der Bau trägervertrag Rn. 528).

42

bb) Eine entgegengesetzte Auffassung hält Mängel generell für unschädlich. Entscheidend sei allein, ob die geschuldeten Arbeiten erbracht seien. Insofern sei zwischen Nichterfüllung und Schlechterfüllung zu unterscheiden (Basty DNotZ 1994, 870; weitere Nachweise bei Basty – Der Bau trägervertrag Rn. 531. cc) Nach einer dritten Auffassung ist die „vollständige Fertigstellung“ gleichbedeutend mit dem Begriff der „Abnahmereife“. Danach dürfen keine wesentlichen Mängel mehr vorliegen (vgl. auch hier die Nachweise bei Basty, a.a.O. Rn. 530).

43

dd) Nach wohl überwiegender Ansicht, der sich die Einzelrichterin vorliegend anschließt, ist die vollständige Fertigstellung erst dann gegeben, wenn alle wesentlichen Mängel und die (auch unwesentlichen, siehe Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage, Teil 10 Rn. 647 m.w.N.) sog. Protokollmängel (vgl. Nachweise bei Basty, a.a.O. Rn. 529 Fn. 176). Allerdings wird auch hier unterschiedlich formuliert. Teilweise wird abgestellt auf „bei Abnahme festgestellte Mängel“, auf die bei Abnahme „gerügten“ Mängel (OLG Hamm; Urteil vom 03.07.2007 – 21 U 14/07; Urteil vom 29.05.2007 – 21 U 73/06; KG – Urteil vom 26.02.2019 – 27 U 9/18), bei Abnahme „übereinstimmend festgestellte“ Mängel (Kniffka/Jurgeleit/Pause/Vogel – ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 06.03.2023, § 650 v Rdn.

45). Teilweise wird darauf abgestellt, ob es sich um Mängel handelt, deren Beseitigung im Protokoll vereinbart wurde (Grziwotz MABV § 3 Rn 183, 183).

44

c) Auf die Frage, ob nur übereinstimmend festgestellte Mängel bzw. Mängel, deren Beseitigung im Abnahmeprotokoll vereinbart wurden oder auch lediglich einseitig gerügte bzw. vorbehaltene Protokollmängel, deren Vorliegen streitig ist, die vollständige Fertigstellung hindern, kommt es vorliegend jedoch nicht an. Selbst wenn man Protokollmängel, die als strittig bezeichnet und nur einseitig vorbehalten wurden, ausnehmen würde, stünden vorliegend weitere Mängel der Fälligkeit entgegen. Hier hat der Sachverständige nämlich auch solche Mängel bestätigt, die bei der Abnahme jeweils vorbehalten wurden und die zwischen den Parteien nicht strittig waren bzw. deren Beseitigung bei Abnahme zwischen den Parteien vereinbart wurde.

45

Dabei handelt es sich um folgende Mängel (die Bezifferung folgt der Bezifferung aus dem Beweisbeschluss):

Im Bereich der Wohnungseigentumseinheit Nr. 54:

Nr. 26 Badezimmer

Lokale Putzschäden (Stauchung der Putzoberfläche) an der südlichen Innenwand in der südwestlichen Raumecke im Abstand von 35 cm zur Raumecke mit Rissbildung .

Nr. 30 Dusche

Rote Markierungen / Anzeichnungen an 12 Stellen mit einer Länge von jeweils ca 1 cm auf der Bodenfläche der Dusche

Im Bereich der Gemeinschaftsflächen:

Nr. 127 Südseite Balkonanlage

Fehlen einer fachgerechten, den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechenden Anschlussausbildung der Dachdeckung zur Fassade im Bereich der gesamten Länge des Vordaches über den südseitigen Balkonen (offene Spalten zwischen Fassade und Vordach)

Nr. 200/202 ... Brandschutztür im E-Raum links von Stellplatz 127

Beschädigung unten im Falz innenseitig

Nr. 229 Tiefgaragenrampe des ...

Lokale Beschädigungen von ca. 2 cm Länger in der Beschichtung am oberen Rampenabschluss

Nr. 267 Wände Fahrradabstellraum Keller

Fehlender weißer Wandanstrich und optisch sichtbare Ausbesserungsstellen (Verspachtelungen) an den Wänden

Nr. 298 Stellplatz 238

In der nordöstlichen Ecke des Stellplatzes 238 fehlt der Beschichtungshochzug auf dem dort vorhandenen Wärmedämmverbundsystem mit der Folge, dass der dauerhafte Feuchtigkeitsschutz des Putzsystems nicht gewährleistet ist.

46

d) Diese Mängel entsprechen den vorstehenden Kriterien als übereinstimmend festgestellte bzw. noch zu beseitigende Protokollmängel unabhängig von ihrer Wesentlichkeit:

47

aa) Die Mängel Nr. 5, 26 und 30 im Bereich der Wohnung Nr. 54 waren im Abnahmeprotokoll vom 7.11.2016 enthalten.

48

In Anwendung der vertraglichen Bestimmung, wonach Mängel, über deren Vorliegen Uneinigkeit besteht, im Abnahmeprotokoll als strittig zu bezeichnen sind, waren einige der im Abnahmeprotokoll gerügten Mängel als „strittig“ markiert. Die vorstehenden Mängel Nr. 5, 26 und 30 waren jedoch gerade nicht als strittig gekennzeichnet, so dass im Umkehrschluss davon auszugehen ist, dass diese Mängel von den Parteien übereinstimmend als bestehend festgestellt wurden. In der Konsequenz sind dort auch die Unternehmen genannt, die nach Auffassung der Parteien wohl für die Beseitigung zu sorgen gehabt hätten. Die Mängelliste im Abnahmeprotokoll ist überschrieben mit der Formulierung „Folgende vertragswesentliche Mängel sind in einem angemessenen Zeitraum noch zu beheben:“ Die Parteien haben also diese Mängel als vertragswesentlich angesehen und ihre Beseitigung durch die dort genannte Firma gerade vereinbart.

49

bb) Auch die im Bereich der Gemeinschaftsflächen festgestellten Mängel sind als sog. Protokollmängel zu bewerten, deren Beseitigung vereinbart wurde. Ein gemeinsames, von beiden Parteien unterschriebenes Abnahmeprotokoll wurde zwar entgegen der vertraglichen Vereinbarung nicht erstellt. Dem stehen jedoch die von den Parteien bezüglich der Abnahme des Gemeinschaftseigentums einzeln abgegebene Erklärungen gleich.

50

(1) Die Klägerin hat das ...-Gutachten vom 10.6.2016 ausweislich der darin enthaltenen Ausführungen mit der Zielsetzung beauftragt, die Abnahmereife feststellen zu lassen und das Gutachten als Grundlage für die Abnahme der Eigentümer zu verwenden. Das ...-Gutachten vom 10.6.2016 stellte unter den vorgenannten Ziffern unter anderem das Vorhandensein der auch im gerichtlichen Sachverständigengutachten bestätigten Mängeln im Bereich der Gemeinschaftsflächen fest, die jedoch mit Ausnahme der Brandschutzmängel in technischer Hinsicht nicht als wesentlich und die Abnahmereife hindernd erachtet wurden, gleichwohl wurde aber die Notwendigkeit der Mängelbeseitigung diesbezüglich aufgenommen. Die Klägerin hat sich ausweislich der Hinweise in der gutachterlichen Stellungnahme vorbehalten, einzelne festgestellte Mängel zu bestreiten. Ein solches Bestreiten ist jedoch im Nachgang hinsichtlich der hier betroffenen Mängel für den Zeitraum vor der Abnahmeerklärung des Beklagten nicht dokumentiert und auch nicht vorgetragen. Ausweislich der gutachterlichen Stellungnahme über die Mängelbeseitigungskontrolle im November 2016 vom 15.12.2016 waren zwar bei wesentlichen Mängeln Mängelbeseitigungsarbeiten durchgeführt, bei anderen unwesentlicheren Mängeln jedoch nicht. Die in der Beweisaufnahme noch festgestellten Mängel waren ausweislich des gerichtlichen Gutachtens tatsächlich auch nicht beseitigt. Die Beseitigung dieser Mängel hat die Klägerin auch vor der Abnahmeerklärung des Beklagten nicht behauptet. Vielmehr hat sie sich bei ihrem Abnahmeverlangen ohne Einschränkung auf das Gutachten vom 10.6.2016 berufen und stets nur die Abnahmereife behauptet, nicht aber die vollständige Beseitigung aller festgestellten Mängel. Die hier festgestellten Mängel und die Notwendigkeit diese zu beseitigen sind daher als zum Zeitpunkt des Abnahmeverlangens von der Klägerin als nicht bestritten anzusehen.

51

(2) Der Beklagte wiederum hat sich in seiner Erklärung vom 17.1.2017 auf das ihm von der Klägerin am Vortag auszugsweise übersandte Gutachten berufen und sich die Beseitigung der dort festgestellten Mängel vorbehalten. Diese Erklärung konnte von der Klägerin nach dem objektiven Empfängerhorizont nur so zu verstehen sein, dass das ihr bekannte Gutachten vom 10.6.2016 gemeint ist, das an den Beklagten übersandt worden war. Der Vorbehalt des Beklagten in seiner Erklärung vom 17.1.2017 war damit hinreichend bestimmt. Die Klägerin kann sich nicht darauf berufen, das Gutachten oder die Mängel seien nicht konkret bezeichnet, denn die Bezugnahme auf den am Vortag übersandten Gutachtensauszug ist klar, das Gutachten und die darin enthaltenen Mängelfeststellungen waren der Klägerin bekannt und wurden im Ganzen vorbehalten. Die Klägerin ist zudem selbst dafür verantwortlich, dass dem Beklagten das vollständige Gutachten zu diesem Zeitpunkt nicht vorlag und die Mängel daher nicht einzeln aufgelistet werden konnten. Aufgrund der Berufung der Klägerin auf das Gutachten vom 10.6.2016 die die dort festgestellten Mängeln und deren Beseitigungsempfehlung umfasst sowie dem vom Beklagten in seiner Erklärung vom 17.1.2017 ausgesprochenen Vorbehalt der Mängelbeseitigung stehen diese Mängel daher solchen Mängeln gleich, die in einem gemeinsamen Abnahmeprotokoll als unstreitig bzw. als noch zu beseitigen aufgenommen wurden.

52

3. Der Beklagte kann sich auf die fehlende Fälligkeit der Schlussrate auch berufen und zwar unabhängig davon, ob die WEG die Verfolgung der Mängelrechte an sich gezogen hat. Die Fälligkeit der Schlussrate ist

noch nicht geben. Die Einrede der fehlenden Fälligkeit unterliegt keiner betragsmäßigen Begrenzung auf die Mängelbeseitigungskosten oder eine etwaige Quote. Dem Beklagten steht als Erwerber im Hinblick auf die vorbehaltenen Mängel noch ein Erfüllungsanspruch zu. Dieser Erfüllungsanspruch muss nicht als Gegenrecht dem Vergütungsanspruch entgegengehalten werden, sondern in diesem Stadium ist der Bauträger noch vorleistungspflichtig.

53

Die festgestellten Protokollmängel sind – wenn auch aus technischer Sicht vom Sachverständigen nicht als wesentlich beurteilt – auch nicht so geringfügig, dass die Berufung auf die fehlende Fälligkeit dem Beklagten nach Treu und Glauben zu versagen wäre, § 242 BGB. Zwar mag dies für einzelne Protokollmängel zu erwägen sein, wie beispielsweise die roten Anzeichnungen in der Dusche oder die noch vorhandenen Beschädigungen im inneren Falzbereich der Brandschutztür im E-Raum, jedoch stellen jedenfalls die nicht funktionsfähige Anschlusssituation im Bereich des Balkons zur Fassade (Mangel Nr. 5), die Stauchung der Putzoberfläche mit lokalen Beschädigungen des Putzsystems und Rissbildung im Bad (Mangel Nr. 26), die offene Spalte zwischen Vordach und Fassade (Mangel Nr. 127), die Beschädigung der Anschlussstelle der Tiefgaragenrampe, der fehlende Anstrich und die sichtbaren Ausbesserungen der Wandflächen im Fahrradkeller (Mangel Nr. 229) und der nicht fertiggestellte Beschichtungshochzug im Bereich des Stellplatzes 238 (Nr. 298) Mängel dar, die die Gebrauchstauglichkeit beeinträchtigen oder optisch merklich stören und überwiegend auch mit einem nicht unerheblichen Mängelbeseitigungsaufwand verbunden sind, so dass diese zwar nicht als abnahmehindernde wesentliche Mängel zu beurteilen sind, jedoch auch nicht als so geringfügig angesehen werden können, dass sie die Einrede der fehlenden Fälligkeit nach Treu und Glauben ausschließen würden.

54

4. Da bereits die vorstehend aufgeführten Protokollmängel die Fälligkeit der Klageforderung hindern, kommt es auf die Frage, ob die Herausgabe der drei als fehlend gerügten Unterlagen an die Hausverwaltung erfolgt ist, ob diese überhaupt geschuldet ist und ob der Beklagte Herausgabe an sich verlangen kann, nicht mehr an.

55

5. Da die Klage bereits an der fehlenden Fälligkeit scheitert, kommt es nicht auf die Frage an, ob dem Beklagten das hilfsweise geltend gemachte Leistungsverweigerungsrecht betreffend die Mängel am Gemeinschaftseigentum in voller Höhe oder nur in Höhe der auf seinen Miteigentumsanteil entfallenden Quote zusteht und ebenso nicht auf die Frage, ob die Bauteile, an denen die Mängel festgestellt wurden, dem Sondereigentum oder dem Gemeinschaftseigentum zuzurechnen sind.

56

6. Da auch die Bedingung für die Hilfsaufrechnung nicht eingetreten ist (diese wurde für den Fall erklärt, dass das Gericht zu einer Zug-um-Zug-Verurteilung käme) bedarf es auch keiner Entscheidung darüber, ob dem Beklagten ein Kostenvorschussanspruch zusteht, mit dem aufgerechnet werden könnte. Hieran könnten Zweifel bestehen, weil der Beklagte auch in der Verhandlung nicht dazu positioniert hat, ob er die Absicht hat, die Mängel im Bereich der Wohnungseigentumseinheit Nr. 54 überhaupt zu beseitigen.

57

7. Da bereits die vorstehenden Protokollmängel die Fälligkeit hindern, kommt es auf die Frage, ob die Mängel wesentlich oder unwesentlich sind, nicht an.

58

8. Ebenso wenig kommt es aus diesem Grund auf die weiteren Mängel, insbesondere auch auf die Mängel im Bereich der Fensterelemente (Kratzer und Schlieren) an. Daher waren auch die angebotenen Zeugen O. und S1. nicht mehr zu vernehmen.

59

Vorsorglich sei ausgeführt, dass selbst dies selbst dann gelten würde, wenn man vorliegend zu dem Ergebnis käme, dass bereits der einseitige Vorbehalt von Mängeln, also die Aufnahme von Mängeln ins Abnahmeprotokoll als strittig, die Fälligkeit hindern würde und somit auch die vorliegend vom Sachverständigen festgestellten Kratzer im Glas fälligkeitshindernde Wirkung hätten. Denn auch dann wäre dies nur zusätzliche Fälligkeitshindernisse, die vorstehend aufgeführten Mängel tragen jedoch die Klageabweisung als derzeit unbegründet bereits allein.

60

Zum anderen ist das Beweisangebot auch ungeeignet. Denn der Zeuge O. könnte allenfalls bekunden, dass Mängelbeseitigungsarbeiten an den gerügten stattgefunden haben und seiner Einschätzung nach keine Mängel mehr bestanden. Die Frage, ob die durchgeführten Mängelbeseitigungsarbeiten jedoch tatsächlich ausreichend waren und zum Erfolg geführt haben und die Kratzer fachgerecht beseitigt waren, ist keine Zeugen- sondern Sachverständigenfrage. Die Beschreibung in dem Abnahmeprotokoll deckt sich in Bezug auf die Mängel im Bereich der Verglasung weitgehend mit der vom gerichtlichen Sachverständigen vorgelegten Mängelbeschreibung. Das Gericht hält es für ausgeschlossen, dass im Hinblick auf die vorgenannten Mängel im Fenster/Glasbereich Mängel, die bei Abnahme gerügt wurden, nicht vorhanden waren oder anschließend beseitigt wurden und sodann an exakt der gleichen Stelle neu aufgetreten sind, so dass diese vom Sachverständigen bestätigt werden konnten.

61

Nach alledem war die Klage als derzeit unbegründet abzuweisen.

B.

62

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus §§ 91, 101 ZPO.

C.

63

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit resultiert aus §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO.