

letzte Aktualisierung: 26.6.2025

KG, Urt. v. 27.5.2025 – 21 U 44/22

GewO § 34c; MaBV § 3 Abs. 2

Zulässigkeit einer Kaufpreisanpassungsklausel bei Flächenabweichung im Bauträgervertrag als Allgemeine Geschäftsbedingung; Gleichsetzung der „vollständigen Fertigstellung“ mit der Herstellung der Abnahmereife; Fälligkeit der Schlussrate bei Mängeln laut Abnahmeprotokoll

1. Der Begriff der „vollständigen Fertigstellung“ im Sinne der MaBV ist mit der Herstellung der Abnahmereife gleichzusetzen. Das Vertragsobjekt des Bauträgervertrages ist deshalb „vollständig fertiggestellt“, wenn es insgesamt abgenommen oder die in das Sonder- und Gemeinschaftseigentum fallenden Bereiche abnahmereif hergestellt sind.
2. Die im Abnahmeprotokoll festgehaltenen Mängel, die sogenannten Protokollmängel, hindern die Fälligkeit der Schlussrate nicht, sondern begründen zugunsten des Erwerbers eine Mängelinrede mit der Folge einer Zug-um-Zug-Verurteilung.
3. Eine Regelung in einem Bauträgervertrag, durch die die Herstellungsverpflichtung des Bauträgers auf einen wirtschaftlich abgrenzbaren Abschnitt einer Wohnungseigentumsanlage beschränkt wird, ist auch als Allgemeine Geschäftsbedingung des Bauträgers wirksam.
4. Die folgende Bestimmung zur Regelung von Flächenabweichungen des Vertragsobjekts ist – auch als Allgemeine Geschäftsbedingung eines Bauträgers – wirksam:
„Verändert sich die ca.-Fläche des Kaufgegenstandes um mehr als 3 %, so verändert sich der Kaufpreis entsprechend für die 3 % überschreitende Abweichung. Maßgeblich für die Flächenberechnung ist die Wohnflächenverordnung, wobei bei der Berechnung die Rohbaumaße zugrunde gelegt und die Flächen ohne Putzabzug ermittelt wurden sowie nichttragende Zwischenwände, Vorwandinstallationen und Treppen übermessen wurden.“

Gründe

I.

Die Parteien streiten über ausstehende Vergütung aus einem Bauträgervertrag und behauptete Mängel am Sonder- und Gemeinschaftseigentum.

Die Klägerin und Berufungsklägerin (im Folgenden nur noch: die Klägerin) ist Bauträgerin und errichtete die streitgegenständliche Wohnanlage auf dem Grundstück B in ... Berlin mit 276 Wohn- und Gewerbeeinheiten sowie einer Tiefgarage.

Die Parteien schlossen einen notariellen Bauträgervertrag vom 13.06.2016 (Anlage K1, UR-Nr. JB 557/2016 des Streithelfers der Klägerin, dem Notar B, im Folgenden: Bauträgervertrag) betreffend den Erwerb und die bauliche Herstellung des Wohnungseigentumsrechts Nr. 115, das im Haus H in ... Berlin belegen und verbunden ist mit einem 43/10.000 Miteigentumsanteil an dem zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Grundbuch des Amtsgerichts Köpenick von Treptow Blatt 10025N eingetragenen Grundstück. Der Kaufpreis betrug 375.942,00 Euro (Ziffer II.2.1 des Vertrags).

In Ziffer II.1.2 Absatz 4 des Bauträgervertrags heißt es:

„Der Verkäufer verpflichtet sich gegenüber dem Käufer, die Gebäude und Anlagen des ersten Bauabschnittes „Bauabschnitt 1“ herzustellen. Klargestellt wird, dass sich die Herstellungsverpflichtung auf Gebäude und Anlagen des ersten Bauabschnittes beschränkt; dieser ist in der Baubeschreibung im Einzelnen dargestellt. Die Herstellungsverpflichtung erstreckt sich nicht auf Teile der Wohnanlage außerhalb des ersten Bauabschnitts. Ob, wann und wie weitere Bauabschnitte errichtet werden, entscheidet allein der Verkäufer nach freiem Ermessen.“

In Ziffer II.2.1 Satz 2 bis 4 heißt es:

„Bei der Bemessung des Kaufpreises für die Wohnung sind die Parteien von einer Wohnfläche von ca. 106,07 m² und einem Kaufpreis von EUR 3.544,28/m² Wohnfläche ausgegangen. Verändert sich die ca.-Fläche des Kaufgegenstandes um mehr als 3%, so verändert sich der Kaufpreis entsprechend für die 3 % überschreitende Abweichung. Maßgeblich für die Flächenberechnung ist die Wohnflächenverordnung, wobei bei der Berechnung die Rohbaumaße zugrunde gelegt und die Flächen ohne Putzabzug ermittelt wurden sowie nichttragende Zwischenwände, Vorwandinstallationen und Treppen übermessen wurden.“

Ziffer II.3.2 des Vertrags enthält eine Ratenzahlungsvereinbarung nach Baufortschritt, wobei 3,5% des Gesamtkaufpreises „nach vollständiger Fertigstellung“ zu entrichten seien.

Im Übrigen wird wegen des Inhalts des Bauträgervertrags auf die Anlage K1 verwiesen.

In der dem Bauträgervertrag zugrunde liegenden Teilungserklärung vom 11.06.2016 (Anlage BK1, UR-Nr. JB 60/2016 des Streithelfers) heißt es in der Anlage 2 (Miteigentumsordnung) unter Ziffer I.6:

„Mehrhausanlage

Die Gesamtanlage wird in zwei Bauabschnitten („Wirtschaftseinheiten“) errichtet. Der erste Bauabschnitt besteht aus den Wohnungseigentumsrechten Nrn. 101 bis 465 nebst den Tiefgaragenstellplätzen Nr. 1 bis 25 und 34 bis 43, der zweite Bauabschnitt besteht aus den Wohnungseigentumsrechten Nrn. 501 bis 1162 nebst den Tiefgaragenstellplätzen Nrn. 26 bis 33 und 44 bis 100. Die jeweiligen Bauabschnitte verfügen jeweils über eine völlig eigenständige Infrastruktur im baulichen und technischen Bereich.“

In Ziffer II.5.1 Satz 1 der Miteigentumsordnung heißt es:

„Wird eine Wirtschaftseinheit ganz oder teilweise zerstört, so sind die Wohnungseigentümer dieser Wirtschaftseinheit untereinander verpflichtet, den vor Eintritt des Schadens bestehenden Zustand wieder herzustellen.“

In Ziffern II.10.1 bis II.10.4 der Miteigentumsordnung heißt es:

„10.1

Die zu den Bauabschnitten 1 und 2 jeweils gehörenden Baulichkeiten bilden je eine Wirtschaftseinheit.

10.2

Die jeweiligen Eigentümer von Einheiten einer Wirtschaftseinheit sind zur Instandhaltung und Instandsetzung sowie einer etwaigen Verkehrssicherung gemeinschaftlichen Eigentums der jeweiligen Wirtschaftseinheit auf jeweils eigene Kosten verpflichtet.

10.3

Neben der gemeinschaftlichen Instandhaltungsrücklage ist für jede Wirtschaftseinheit eine eigene Instandhaltungsrücklage zu bilden.

10.4

Über die Kosten der Instandhaltung und Instandsetzung sowie Verkehrssicherung hinaus haben die jeweiligen Eigentümer von Einheiten einer Wirtschaftseinheit auch im Übrigen alle gemeinschaftlichen Kosten im Sinne von § 16 Abs. 2 WEG allein zu tragen, soweit eine eindeutige Zuordnung möglich ist. Im Zweifel gehen Kosten zu Lasten aller Wohnungs- und Teileigentümer oder jedenfalls nicht nur zu Lasten einer Wirtschaftseinheit.“

Im Übrigen wird wegen des Inhalts der Teilungserklärung auf die Anlage BK1 verwiesen.

Die Parteien schlossen zudem unter dem 21./23.11.2016 eine Nachtragsvereinbarung (Anlage K2), wonach sich der Kaufpreis wegen geänderter Ausbauplanung und Sonderausstattungs-wünschen um 2.301.13 Euro erhöhen sollte.

Unter dem 04.06.2019 erklärte die Beklagte die Abnahme des Gemeinschaftseigentums unter dem Vorbehalt, für noch bestehende Mängel entsprechend eines Gutachtens des ... vom 24.05.2019 einen angemessenen Betrag für Mangelbeseitigungskosten einzubehalten (Anlage BK2 = Bl. 143 Bd. I der Akten).

Am 12.06.2019 erklärte die Beklagte die Abnahme des Sondereigentums unter Vorbehalt mehrerer Mängel (vgl. Abnahmeprotokoll Anlage B1).

Mit Rechnung vom 04.10.2019 (Anlage K3) bat die Klägerin die Beklagte um Überweisung der letzten Rate in Höhe von 13.157,97 Euro (entspricht 3,5% des Kaufpreises aus dem Bauträgervertrag Anlage K1) binnen 14 Tagen auf das Konto der Klägerin. Mit E-Mail vom 24.10.2019 (Anlage K4) bat die Klägerin die Beklagte erneut um Ausgleich der genannten Rechnung bis spätestens 31.10.2019. Die Klägerin zahlte nach vorheriger Mitteilung vom 19.03.2020 (Anlage BB6), dass sie wegen geschätzter Mangelbeseitigungskosten am Sondereigentum in Höhe von 6.400,00 Euro einen Betrag in Höhe von 12.800,00 Euro als Sicherheit einbehalte, einen Teilbetrag in Höhe von 357,97 Euro an die Klägerin. Mit Schreiben vom 08.06.2020 (Anlage K5) forderte die Klägerin von der Beklagten die Überweisung der seitdem noch ausstehenden Restzahlung in Höhe von 12.800,00 Euro bis zum 16.06.2020. Die Beklagte leistete keine weiteren Zahlungen.

Die Klägerin hat für ihre noch offene Vergütung am 25.08.2020 einen Mahnbescheid erwirkt, der der Beklagten am 28.08.2020 zugestellt worden ist. Nach Eingang des Widerspruchs der Beklagten am 03.09.2020 hat das Mahngericht das Verfahren an das Landgericht Berlin abgegeben, wo die Klägerin ihren Anspruch mit ihrer Anspruchsbegründung vom 22.12.2020 weiterverfolgt hat.

Die Klägerin hat erstinstanzlich beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an sie 12.800,00 Euro zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 19.10.2020 zu zahlen.

Die Beklagte hat erstinstanzlich beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat sich erstinstanzlich auf die bei Abnahme vorbehaltenen sowie auch später geltend gemachten Mängel am Sondereigentum sowie auf noch nicht fertiggestellte Bereiche des Gemeinschaftseigentums und bestehende Mängel am Gemeinschaftseigentum berufen.

Das Landgericht hat mit seinem am 07.03.2022 verkündeten Urteil die Klage als derzeit unbegründet abgewiesen und die Klägerin zur Kostentragung verurteilt. Es hat die Frage, ob Mängel am Sondereigentum bestehen, dahinstehen lassen. Die Klageabweisung stützte es auf noch nicht fertiggestellte Teile des Gemeinschaftseigentums. Erhebliche Teile der Außenanlagen seien unstreitig nicht fertiggestellt. So seien Mängel aus einem Begehungsprotokoll vom 27.09.2020 (Anlage B3) noch nicht abgestellt, beispielsweise fehlten noch Klingeltafel, Kameras und eine Schaukel im Hof. An Metallpodesten auf dem Spielplatz seien scharfe Kanten noch nicht beseitigt, außerdem stehe eine Spielplatzprüfung noch aus. Deshalb komme es auf die weiteren wesentlichen technischen Mängel aus einem TÜV-Gutachten vom 01.11.2021 (Anlage B4) nicht an. Die in Ziffer II.1.2 Absatz 4 des Bauträgervertrags enthaltene Beschränkung der Leistungsverpflichtung der Klägerin auf den Bauabschnitt 1 sei als Allgemeine Geschäftsbedingung unwirksam.

Gegen das ihr am 09.03.2022 zugestellte Urteil wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung, die beim Kammergericht am 01.04.2022 eingegangen ist und die sie nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist um einen Monat mit Schriftsatz vom 09.06.2022 begründet hat.

Mit Schriftsatz vom 02.12.2024 hat die Beklagte die Aufrechnung gegenüber der Schlussrechnungsforderung der Klägerin mit einem Betrag in Höhe von 14.400,14 Euro erklärt.

Ein entsprechender Anspruch ergebe sich aus einer Unwirksamkeit der Klausel in Ziffer II.2.1 Satz 4 des Bauträgervertrags. Die vertragliche Wohnfläche (106,07 m²) sei wegen dieser Unwirksamkeit allein nach der Wohnflächenverordnung zu bemessen, ohne die in der Klausel enthaltenen Abweichungen durch Übermessungen. Die Wohnung sei bei entsprechender Berechnung 4,31 m² kleiner als vereinbart (nur noch 101,76 m², vgl. Aufmaß Anlage BB18 = Bl. 94 Bd. II der Akten), was eine prozentuale Abweichung von 4,063% darstelle.

Die Klägerin hat mit Schriftsatz vom 26.02.2025 dem Notar B den Streit verkündet. Dieser ist dem Rechtsstreit mit Schriftsatz vom 07.03.2025 auf Seiten der Klägerin beigetreten.

Die Klägerin bestreitet in der Berufungsinstanz das Vorliegen von Mängeln am Gemeinschaftseigentum. Zudem lägen die behaupteten Mängel sämtlich im zweiten Bauabschnitt. Die Klausel in Ziffer II.1.2 Absatz 4 des Vertrags sei nicht unwirksam, da zwei wirtschaftlich und tatsächlich voneinander unabhängige Einheiten beziehungsweise Gebäude gebaut worden seien. Die beiden Bauabschnitte seien völlig autark, auch die Tiefgarage sei nach Bauabschnitten 1 und 2 getrennt. Die Klägerin rügt die Verspätung der Aufrechnungserklärung der Beklagten. Ohnehin sei die Klausel betreffend die Berechnung der Wohnfläche aber nicht unwirksam. Insbesondere sei sie klar und verständlich. Es werde deutlich, dass eine Abänderung von der Berechnungsweise der Wohnflächenverordnung vorgenommen werde.

Die Klägerin beantragt in der Berufungsinstanz,

das Urteil des Landgerichts Berlin abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, an sie 12.800,00 Euro zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweils gültigen Basiszinssatz seit dem 19.10.2020 zu zahlen.

Der Streithelfer

schließt sich dem Antrag der Klägerin an.

Die Beklagte beantragt in der Berufungsinstanz,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung. Vollständige Fertigstellung und damit Fälligkeit liege nicht vor, solange noch nicht alle im Abnahmeprotokoll gerügten Mängel beseitigt seien, was sich aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ergebe. Die vorliegenden Mängel würden zudem nicht allein den zweiten Bauabschnitt betreffen. Aus der überreichten Anlage BB8 ergebe sich, dass die Mängel auch den Bauabschnitt 1 betreffen würden.

Sie beruft sich in der Berufungsinstanz nur noch auf die folgenden Mängel und macht insoweit ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber der Fertigstellungsrate geltend:

Zum einen rügt die Beklagte Mängel im Bereich ihres Sondereigentums (die verwendete Nummerierung entspricht derjenigen aus dem Beweisbeschluss des Senats vom 30.10.2023):

I.1 Das Türblatt zum Schlafzimmer sei verzogen und lasse sich schwer schließen.

I.2 Die Kokosmatte vor der Wohnungstür sei verschmutzt und habe eine Fehlstelle.

I.3 Der Farbanstrich der Sockelleisten links und rechts vom Flur sei an den Ecken abgeplatzt.

I.4 Das Fenster im Wohnzimmer sei von außen verschmutzt.

I.5 Die metallenen Eckschienen des Fliesenbelages im Bad seien nicht entgratet.

II.1 Die Wohnungseingangstür falle nicht zu.

II.2 Die Balkontür zum großen Balkon knacke und weise beim Schließen einen Widerstand auf.

II.3 Die Tür zum Badezimmer flügele unten und lasse sich schwer schließen.

II.4 Im Wohnzimmer habe die Scheibe eines Fensters zum Hof große tiefe Kratzer von außen.

II.5 Im Kinderzimmer habe die Scheibe eines Fensters zum Hof große tiefe Kratzer von außen.

II.7 Die Waschtischhöhe von 83 cm im Badezimmer sei unüblich, da sie zu niedrig für die meisten Waschmaschinen sei.

II.8 In Bad und WC hätten die Armaturen kleine Abplatzungen und Korrosionsstellen in unüblichem Umfang.

Soweit die Beklagte zuvor noch gerügt hatte, dass die Heizleistung im Kinderzimmer unzureichend sei (Ziffer II.6 des Beweisbeschlusses vom 30.10.2023), hat sie im Schriftsatz vom 15.08.2024 erklärt, diesen Mangel nicht weiter zu verfolgen.

Hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums rügt die Beklagte die im Gutachten des Sachverständigen D vom 13.05.2024 (Anlage BB12) festgestellten Mängel am Gemeinschaftseigentum. In diesem Gutachten wurden die folgenden Mängel begutachtet (die Nummerierung entspricht derjenigen des Sachverständigengutachtens):

1. Die Beleuchtung im Abstellraum Nr. 264 im Untergeschoss sei nicht ausreichend.

2. Fehlende Steckdose innerhalb eines Kellerabteils.

3. Die Brandschutztür im Untergeschoss des Hauses 6 lasse sich nicht um 90 Grad öffnen.

4. a) Die Deckenplatten im Bauabschnitt 2 der Tiefgarage seien beschädigt.

4. b) Die Schleuse der Häuser 7, 8 und 9 im Bauabschnitt 2 sei insgesamt unfertig.

4. c) Den Leuchten im Bauabschnitt 2 in der Tiefgarage sowie weiteren Einbauten und Leitungen fehle der Anprallschutz.

4. d) Die Kabeltrassen im Bauabschnitt 2 in der Tiefgarage seien zu niedrig für Radfahrer ausgeführt.

4. e) Die Tiefgarage im Bauabschnitt 2 weise beim Abstellraum von Haus 5 scharfkantige Profilschnittkanten, beschädigte Wand- und Deckenplatten sowie Dämmfehlstellen auf.

4. f) Es gebe scharfkantige Abschlüsse der Wandverkleidung in der Tiefgarage im Bauabschnitt 2, zum Beispiel im Bereich der Abstellräume von Haus 5 und Haus 9.

Die ursprüngliche Beweisfrage betreffend Mängel an den Außenanlagen im zweiten Bauabschnitt (Ziffer 4. g) des Gutachtens) sollte ausweislich des Gutachtens (dort Seite 8) nicht mehr beantwortet werden.

Der Senat hat mit Beweisbeschluss vom 30.10.2023 (Bl. 169 Bd. I der Akten) Beweis durch Einholung eines Sachverständigengutachtens des F über das Vorliegen von Mängeln im Bereich des Sondereigentums erhoben. Nachdem der Beweisbeschluss zunächst auch behauptete Mängel des Gemeinschaftseigentums zum Gegenstand hatte, hat die Beklagte mit Schriftsätzen vom 18.07.2024 und 23.07.2024 (Bl. 33, 35 und 40 Bd. II der Akten) erklärt, ihre Verteidigung gegen die Zahlung der Schlussrate betreffend das Gemeinschaftseigentum auf die Mängelfeststellungen des Sachverständigen D in dessen Gutachten vom 13.05.2024 aus dem Rechtsstreit des Landgerichts Berlin II zum Aktenzeichen 29 O 286/20 (= hiesige Anlage BB12) zu beschränken. Daraufhin hat der Senat mit Verfügung vom 30.07.2024 (Bl. 45 Bd. II der Akten) die im Beweisbeschluss aufgeführten Mängel am Gemeinschaftseigentum aus dem Prüfungsumfang des Sachverständigen entnommen.

II.

Die statthafte und zulässige Berufung ist teilweise begründet, im Übrigen hat sie keinen Erfolg.

Die Klägerin hat - anders als vom Landgericht entschieden - einen fälligen Zahlungsanspruch gegen die Beklagte aus dem Bauträgervertrag in Höhe von 12.800,00 Euro, in Höhe eines Teilbetrags von 5.831,00 Euro allerdings nur Zug um Zug gegen Beseitigung noch offener Mängel im Bereich des Sondereigentums der Beklagten. Das Urteil des Landgerichts ist dementsprechend zu ändern.

1. Fälligkeit der Schlussrate

Die von der Klägerin in Rechnung gestellte Schlussrate ist in Höhe der noch offenen 12.800,00 Euro fällig. Die vertragliche Voraussetzung für die Fälligkeit der letzten Rate, nämlich die vollständige Fertigstellung des erworbenen Objekts, liegt vor. Dabei geht der Senat im Ergebnis davon aus, dass „vollständige Fertigstellung“ im Sinne des Vertrags, dessen Ratenzahlungsplan demjenigen der MaBV nachgebildet ist, dann vorliegt, wenn das erworbene Objekt entweder abgenommen worden ist oder jedenfalls Abnahmereife vorliegt, wobei im hiesigen Fall beides gegeben ist.

Ob und welche Mängel einer vollständigen Fertigstellung im Sinne von § 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 MaBV und damit der Fälligkeit der Schlussrate entgegenstehen, ist umstritten und nicht abschließend geklärt (vgl. Basty, Der Bauträgervertrag, 11. Auflage 2023, Kap. 5, Rn. 123 ff.).

a) Eine Ansicht: Mängel für Fälligkeit irrelevant

Soweit teilweise vertreten wird, das Vorliegen von Mängeln sei für die Fälligkeit der Schlussrate gänzlich irrelevant, weil für die vollständige Fertigstellung allein maßgeblich sei, ob die geschuldeten Arbeiten „erbracht“ seien (vgl. Hinweise bei Basty, Der Bauträgervertrag, 11. Auflage 2023, Kapitel 5 Rn. 124), schließt sich der Senat dem nicht an.

b) Andere Ansicht: Nur wesentliche und Protokollmängel relevant

Nach anderer Ansicht stehen Mängel einer vollständigen Fertigstellung und mithin der Fälligkeit der Restkaufpreisforderung entgegen. Danach ist die vollständige Fertigstellung erst dann gegeben, wenn alle wesentlichen Mängel und die sogenannten Protokollmängel beseitigt sind (vgl. LG Frankfurt, Urteil vom 28.12.2021 - 2-20 O 51/21, Rn. 29 m.w.N.; OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.09.2002 - 21 U 16/02 - Rn. 21; LG München II, Urteil vom 20.04.2023 - 3 O 5314/19 Bau, Rn. 136; OLG Hamm, Urteil vom 03.07.2007 - 21 U 14/07 - Rn. 7; OLG München, Urteil vom 05.11.2019 - 9 U 3774/18 Bau, Rn. 16). Was unter „Protokollmängeln“ zu verstehen ist, wird nicht einheitlich beantwortet. Teilweise wird abgestellt auf die bei Abnahme festgestellten Mängel (vgl. OLG Celle, Urteil vom 30.10.2014 - 16 U 90/14 - Rn. 38), auf die bei der Abnahme gerügten Mängel (OLG Hamm, Urteil vom 03.07.2007 - 21 U 14/07 - Rn. 7; OLG Hamm, Urteil vom 29.05.2007 - 21 U 73/06 - Rn. 8 f., 12; KG, Urteil vom 26.02.2029 - 27 U 9/18 - Rn. 28), die bei Abnahme übereinstimmend festgestellten Mängel (Pause/Vogel, Bauträgerkauf und Baumodelle, 7. Auflage 2022, Kapitel 4 Rn. 266) oder auf Mängel, deren Beseitigung im Protokoll vereinbart wurde (vgl. Bischoff in Grziwotz, MaBV, 4. Auflage 2022, § 3 Rn. 186).

Jedenfalls werden zu den Protokollmängeln vielfach auch die unwesentlichen gezählt (vgl. Koeble in Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 6. Auflage 2025, Teil 10 Rn. 656 m.w.N.). Nur wenn Protokollmängel so geringfügig sind, dass die Berufung hierauf gegen Treu und Glauben verstößt, kommt nach dieser Ansicht eine Korrektur gemäß § 242 BGB in Betracht (vgl. LG München II, Urteil vom 20.04.2023 - 3 O 5314/19 Bau, Rn. 155; LG Heidelberg, Urteil vom 28.03.2014 - 3 O 309/13 - Rn. 23).

Die Einrede der fehlenden Fälligkeit unterliegt danach auch keiner betragsmäßigen Begrenzung auf die Mängelbeseitigungskosten oder eine etwaige Quote (vgl. BGH, Urteil vom 27.10.2021 - VII ZR 84/09 - Rn. 19 ff.). Dem Erwerber stehe im Hinblick auf die vorbehaltenen Mängel noch ein Erfüllungsanspruch zu. Dieser Erfüllungsanspruch müsse nicht als Gegenrecht dem Vergütungsanspruch entgegengehalten werden, sondern in diesem Stadium sei der Bauträger noch vorleistungspflichtig (LG München II, Urteil vom 20.04.2023 - 3 O 5314/19 Bau, Rn. 154). Die betragsmäßige Begrenzung des Zurückbehaltungsrechts gemäß § 641 Abs. 3 BGB auf das Doppelte der Mängelbeseitigungskosten gründe nämlich darauf, dass der Werklohnanspruch an sich fällig sei. Die Schlussrate nach dem Ratenzahlungsplan sei hingegen bei Protokollmängeln gerade nicht fällig, sodass es auf ein Zurückbehaltungsrecht nicht ankomme (vgl. KG, Urteil vom 26.02.2029 - 27 U 9/18 - Rn. 37).

c) Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

In seiner Entscheidung vom 27.10.2011 (VII ZR 84/09, Rn. 14) hat der Bundesgerichtshof nicht ausdrücklich ausgeführt, ob die Einordnung als unwesentlicher oder wesentlicher Mangel relevant ist, um festgestellte Mängel als der Fälligkeit der Schlussrate entgegenstehend ansehen zu können. Der Bundesgerichtshof hat in dem dort zur Entscheidung stehenden Fall nicht beanstandet, dass das Berufungsgericht die Schlussrate in Höhe von 18.025,00 Euro nicht für fällig erachtet hat, weil es Mängel festgestellt hat, die mit einem Kostenaufwand von 1.400,00 Euro netto beseitigt werden müssten. Auch unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben könne der Unternehmer die Fertigstellungsrate nicht einziehen, wenn er vorhandene Restmängel seiner Bauleitung nicht beseitige. Wohl überwiegend wird diese Entscheidung des Bundesgerichtshofs bisher dahingehend verstanden, dass bestehende Mängel einer vollständigen Fertigstellung und mithin der Fälligkeit entgegenstehen (vgl. KG, Urteil vom 26.02.2019 - 27 U

9/18 - Rn. 28; KG, Urteil vom 18.10.2022 - 7 U 41/21 - Rn. 26 sogar bezüglich unwesentlicher Mängel; LG Heidelberg, Urteil vom 28.03.2014 - 3 O 309/13 - Rn. 22).

In einer früheren Entscheidung vom 30.04.1998 (VII ZR 47/97, dort Rn. 15) hatte der Bundesgerichtshof wiederum ausgeführt, dass die Fälligkeit der letzten Rate einer vertraglichen Vereinbarung, die § 3 Abs. 2 der MaBV entsprach, dann eintritt, wenn und soweit der vorleistungspflichtige Bauträger sämtliche Arbeiten erbracht und alle wesentlichen Mängel behoben hat.

d) Auffassung des Senats

Der Senat setzt die „vollständige Fertigstellung“ mit dem Begriff der Abnahmereife gleich. Danach dürfen jedenfalls keine wesentlichen Mängel mehr vorliegen (vgl. OLG Schleswig, Urteil vom 02.10.2019 - 12 U 10/18 - juris Rn. 138; Retzlaff in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 84. Auflage, 2025, § 650u BGB, Rn. 22; ders. in: Bau(träger)recht, Festschrift für Hans-Egon Pause zum 70. Geburtstag, 2022, S. 345 ff; Basty, Der Bauträgervertrag, 11. Auflage 2023, Kapitel 5 Rn. 124; Marcks, MaBV, 10. Auflage 2019, § 3 Rn. 42 f.; Pause/Vogel, Bauträgerkauf und Baumodelle, 7. Auflage 2022, Kapitel 4 Rn. 263 f.; Kleinjohann, Überlegungen zur „vollständigen Fertigstellung“ nach § 3 II MaBV, NZBau 2025, 278 Rn. 48). Das Vertragsobjekt des Bauträgervertrags ist dann „vollständig fertiggestellt“, wenn es insgesamt, also sowohl die in das Sonder- als auch die in das Gemeinschaftseigentum fallenden Bereiche, abgenommen oder abnahmereif hergestellt sind. Daraus folgt, dass sogenannte Protokollmängel, also Mängel, die im Abnahmeprotokoll aufgeführt sind und die am ansonsten abgenommenen Sonder- und Gemeinschaftseigentum fortbestehen, die Fälligkeit der Schlussrate nicht hindern, sondern nur zugunsten des Erwerbers eine Mängelinrede mit der Folge einer Zug-um-Zug-Verurteilung begründen.

Der Entscheidung des Bundesgerichtshofs in seinem oben genannten Urteil vom 27.10.2011 zum Aktenzeichen VII ZR 84/09 ist nach Auffassung des Senats keine allgemeingültige Aussage zu entnehmen, dass stets bei dem Vorliegen von auch nur geringfügigen Mängeln eine vollständige Fertigstellung im Sinne der MaBV ausscheide. Der Bundesgerichtshof beschäftigt sich in seiner Entscheidung vorrangig mit dem Einwand der dortigen Anschlussrevision, es widerspreche Treu und Glauben, dem Bauträger die Schlussrate nach einem Zeitraum von mehr als sieben Jahren wegen geringfügiger Mängel vorzuenthalten. So führt er aus, dass ein solcher Grundsatz der Rechtsprechung des VII. Zivilsenats nicht zu entnehmen sei und „allein der Umstand, dass die Parteien nunmehr seit Jahren über das Vorhandensein und die Beseitigung dieser Mängel streiten“, nicht zur Fälligkeit führen würde (vgl. aaO Rn. 23). Soweit er fortfährt, dass „gerade dem Unternehmer, der sich besonders hartnäckig weigert, vorhandene Restmängel seiner Bauleistung zu beseitigen, nicht die Möglichkeit zu eröffnen [sei], trotz weiterhin vorhandener Mängel die Fertigstellungsrate einzuziehen“, ist dem nach Auffassung des Senats zu entnehmen, dass es sich um Erwägungen dazu handelt, was nach Treu und Glauben billig erscheint. Zur Frage, wie der Begriff der vollständigen Fertigstellung der MaBV auszulegen sei, macht der Bundesgerichtshof keine expliziten Ausführungen. Soweit der Entscheidung entnommen werden kann, dass der Bauträger nicht unbillig zur Einziehung der Schlussrate berechtigt sein soll, kommt auch die Auffassung des hiesigen Senats zu demselben Ergebnis. Der ohne Rücksicht auf geringfügige Mängel fälligen Schlussrate kann der Erwerber nämlich ein Zurückbehaltungsrecht nach § 641 Abs. 3 BGB entgegenhalten. Die frühere Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 30.04.1998 (VII ZR 47/97) stützt ebenfalls die vom Senat vertretene Auffassung.

Auch nach den zivilrechtlichen Wertungen in §§ 640 und 641 BGB wird die Vergütung bei Abnahme oder Abnahmereife fällig und kann der Erwerber bei Mängeln das Zurückbehaltungsrecht nach § 641 Abs. 3 BGB geltend machen. Es erscheint daher folgerichtig, auch bei Verträgen, die einen an die MaBV angelehnten Zahlungsplan enthalten, an diesen Fälligkeitsbegriff anzuknüpfen. So wird ein im Sinne der praktischen Handhabung erstrebenswerter Gleichlauf zwischen dem gewerberechtlichen Begriff der MaBV und dem zivilrechtlichen Fertigstellungsbegriff sichergestellt.

Zudem hat diese Auffassung einen gewichtigen Vorteil in der praktischen Anwendung, weshalb sie aus Sicht des Senats einen besseren Ausgleich der beiderseitigen Interessen der Vertragsparteien darstellt:

Streiten die Parteien um die Fälligkeit der Schlussrate, beruft sich der Erwerber häufig auf eine Vielzahl von Mängeln. Stünde ein einzelner fortbestehender Mangel der Fälligkeit der Schlussrate entgegen, sei es, dass er im Abnahmeprotokoll aufgeführt ist oder nicht („enge Auslegung“ der Schlussratenfälligkeit), könnte die Klage eines Bauträgers allein wegen dieses einen Mangels als derzeit unbegründet abgewiesen werden. Erhebt der Bauträger nach der Beseitigung erneut Klage auf die Schlussrate, könnte sich der Erwerber auf einen anderen fortbestehenden Mangel berufen, der erneut zur Abweisung der Klage als derzeit unbegründet führen würde usf. Begründen unwesentliche Mängel hingegen nur die Mängeleinrede zugunsten des Erwerbers („weite Auslegung“ der Schlussratenfälligkeit), muss der vom Erwerber vorgebrachte Mängelkatalog in aller Regel gleich im ersten Schlussratenprozess geklärt werden, was zu einer abschließenden Klärung der umstrittenen Mängel und damit der Streitigkeit führt, was erstrebenswert ist. Genau so hat der Senat das vorliegende Verfahren im Unterschied zum Landgericht durchgeführt.

Das Argument der möglichst frühen abschließenden Klärung der Streitigkeit wird auch nicht durch den Hinweis entkräftet, wenn es unter der engen Auslegung der Schlussratenfälligkeit zu Folgeprozessen um die Schlussrate komme, liege das nur an der nur zögerlichen Mängelbeseitigung des Bauträgers. Dieser Einwand berücksichtigt aus Sicht des Senats nicht, dass sich Mängelbehauptungen, mit denen sich ein Erwerber gegen die Zahlung einer Schlussrate verteidigt, durchaus auch als unberechtigt erweisen können oder dass jedenfalls die vom Erwerber gewünschte Beseitigungsmaßnahme unverhältnismäßig ist. Deshalb kann sich die Haltung eines Bauträgers, einen Mangel nicht anzuerkennen oder jedenfalls nicht in der vom Erwerber gewünschten Weise zu beseitigen, im Einzelfall durchaus als berechtigt herausstellen. Wenn es aber ein berechtigtes Interesse des Bauträgers gibt, den vom Erwerber vorgebrachten Mängeln an Sonder- oder Gemeinschaftseigentum entgegenzutreten und sie durch einen objektiven Dritten - das Gericht und den von ihm beauftragten Sachverständigen - überprüfen zu lassen, dann spricht dies entscheidend dafür, die MaBV so auszulegen, dass Vorliegen und Gewicht der umstrittenen Mängel strukturiert in einem einzigen Prozess geklärt werden, also für die „weite Auslegung“ der Schlussratenfälligkeit. Dies steht auch mit den allgemeinen Grundsätzen des Werkvertragsrechts in Einklang. Ein ausreichender Schutz des Erwerbers wird über die Mängeleinrede (§ 641 Abs. 3 BGB) sichergestellt (vgl. Retzlaff in: Bau(träger)recht, Festschrift für Hans-Egon Pause zum 70. Geburtstag, 2022, S. 345 ff).

e) Anwendung auf den hiesigen Fall

Unter Zugrundelegung der Ansicht des Senats ergibt dies für den vorliegenden Fall, dass der Anspruch der Klägerin auf Zahlung des noch offenen Betrags der Schlussrate fällig ist, selbst wenn noch einzelne Mängel, die die Beklagte im Abnahmeprotokoll vermerkt hatte,

fortbestehen. Die Beklagte hat die Abnahme von Sonder- und Gemeinschaftseigentum unter Mängelvorbehalt erklärt und damit zu erkennen gegeben, dass aus ihrer Sicht jedenfalls keine die Abnahme hindernden wesentlichen Mängel vorliegen (vgl. Abnahmeprotokoll vom 12.06.2019 Anlage B1 betreffend das Sondereigentum und Abnahmeerklärung betreffend das Gemeinschaftseigentum vom 04.06.2019 Anlage BK2 = Bl. 143 Bd. I der Akte). Damit ist die Schlussrate fällig. Fortbestehende Mängel am Sonder- oder Gemeinschaftseigentum vermögen dies nicht mehr rückgängig zu machen und können zu ihren Gunsten nur noch die Mängelerinrede aus § 641 Abs. 3 BGB begründen, was einen ausreichenden Schutz auch im Sinne der MaBV darstellt.

2. Keine Aufrechnung wegen Abweichung von der Wohnflächenverordnung

Der klägerische Anspruch ist weder ganz noch teilweise gemäß § 389 BGB durch die von der Beklagten erklärte Aufrechnung mit Ansprüchen wegen einer zu geringen Wohnfläche erloschen.

Dabei ist die Tatsache, dass die Aufrechnungserklärung erst in der Berufungsinstanz, nämlich mit Schriftsatz vom 02.12.2024, erfolgte, wegen § 533 ZPO unschädlich. Die Entscheidung auch über die Aufrechnungserklärung ist sachdienlich, da es sich nach der vom Senat vertretenen Auffassung um eine reine Rechtsfrage handelt, die ohne Beweisaufnahme beantwortet werden kann. Der Anspruch wird auf den streitgegenständlichen Bauträgervertrag gestützt, den der Senat seiner Entscheidung über die Berufung ohnehin zugrunde zu legen hat. Zudem geht die Entscheidung des Senats nicht zulasten der Klägerin. Nur sie macht die Unzulässigkeit der Aufrechnungserklärung in der Berufungsinstanz geltend.

a) Keine unwirksame Klausel

Die Klausel in Ziffer II.2.1 Satz 4 des Bauträgervertrags, bei der es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung der Klägerin als Verwenderin im Sinne von § 305 BGB handelt, hält einer AGB-Kontrolle stand und wird für wirksam erachtet. Es liegt weder eine Mehrdeutigkeit im Sinne von § 305c Abs. 2 BGB noch eine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 BGB vor.

aa) Keine Mehrdeutigkeit im Sinne des § 305c Abs. 2 BGB

Nach § 305c Abs. 2 BGB gehen Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen zu Lasten des Verwenders. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden. Dabei sind die Verständnismöglichkeiten eines durchschnittlichen, rechtlich nicht vorgebildeten Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen. Ansatzpunkt für die bei einer Formulklausel gebotene objektive, nicht am Willen der konkreten Vertragspartner zu orientierende Auslegung, ist in erster Linie ihr Wortlaut. Sofern nach Ausschöpfung aller in Betracht kommenden Auslegungsmöglichkeiten Zweifel verbleiben und zumindest zwei Auslegungsergebnisse rechtlich vertretbar sind, kommt die sich zu Lasten des Klauselverwenders auswirkende Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB zur Anwendung. Hierbei bleiben allerdings Verständnismöglichkeiten unberücksichtigt, die zwar theoretisch denkbar, praktisch aber fernliegend sind und für die an solchen Geschäften typischerweise Beteiligten nicht ernsthaft in Betracht kommen (ständige Rechtsprechung; vgl. BGH, Urteil vom 27.05.2020 - VIII ZR 45/19 - Rn. 119 m.w.N.).

Die Angaben über die Wohnflächen einer Eigentumswohnung und deren Berechnungsgrundlage müssen richtig und unmissverständlich sein, da sie aus der Sicht des Erwerbers zu den für seine Entscheidung zentralen Beschaffenheitsmerkmalen des Objektes gehören. Diese sind deshalb erforderlich, weil die Kenntnis der Wohnfläche den Erwerber in die Lage versetzt, zu entscheiden, ob das Objekt für seine Zwecke geeignet ist und ob er die Gegenleistung für die Eigentumswohnung erbringen kann und will (vgl. BGH, Urteil vom 07.09.2000 - VII ZR 443/99 - Rn. 41).

Die Wohnflächenklausel des Bauträgervertrags erfüllt diese Anforderungen. Sie benennt das Vorgehen bei der Berechnung der Wohnfläche eindeutig und zweifelsfrei. Der Erwerber erhält aufgrund der Angaben im Vertrag Klarheit darüber, welche Flächen als Wohnflächen tatsächlich nutzbar sind und welche nicht, etwa wenn er zusätzliche nichttragende Wände errichten lässt.

Die Regelung lässt nach ihrem Wortlaut und den allgemein gültigen Auslegungsmethoden keine unterschiedlichen Verständnismöglichkeiten zu. Der objektive Inhalt dieser Allgemeinen Geschäftsbedingung geht - was sich bei Anlegung des Verständnisses verständiger und redlicher Vertragspartner unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise, also von Bauträgern und Erwerbern, ohne Weiteres ergibt - dahin, dass für die Flächenberechnung die Wohnflächenverordnung auf der Grundlage der Rohbaumaße maßgeblich ist. Dies ergibt sich ohne Weiteres aus der Formulierung „wobei bei der Berechnung die Rohbaumaße zugrunde gelegt und die Flächen ohne Putzabzug ermittelt wurden sowie nichttragende Zwischenwände, Vorwandinstallationen und Treppen übermessen wurden.“ Dieses Verständnis eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses kommt im Wortlaut bereits durch die Satzstellung zum Ausdruck, in dem die zunächst geltende Regel vorangestellt ist, nämlich „Maßgeblich für die Flächenberechnung ist die Wohnflächenverordnung, ...“. Erst im Anschluss wird mit „wobei“ ein Nebensatz eingeleitet, der den Inhalt des Satzanfangs näher erläutert. Ein klares Auslegungsergebnis kann bei objektiver Auslegung und Würdigung des Gesamtinhalts einer Regelung auch gewonnen werden, wenn die Bedeutung einer vorangegangenen Angabe durch nachfolgende Erläuterungen bestimmt wird (vgl. BGH, Urteil vom 10.11.2010 - VIII ZR 306/09 - Rn. 17 ff). Es ist den Parteien bei der Berechnung von - wie hier - preisfreiem Wohnraum auch unbenommen, durch eine verbindliche Regelung zu bestimmen, welche Flächen in die Berechnung der Wohnfläche einzubeziehen sind (vgl. BGH, Beschluss vom 22.06.2021 - VIII ZR 26/20 - Rn. 10, 13 zum Mietvertrag).

Damit verbleibt eine Mehrdeutigkeit aufgrund der gewählten Formulierung der Klausel allenfalls insoweit, als allein durch die Lektüre der Vertragsklausel für den durchschnittlichen Erwerber mangels Kenntnis der Einzelheiten der Wohnflächenverordnung nicht ohne Weiteres zu beantworten ist, ob für die Flächenberechnung die Wohnflächenverordnung mit oder ohne Modifikationen gilt. Während nämlich eindeutig ist, wie gemessen werden soll, könnte der mit „wobei“ eingeleitete Nebensatz entweder eine Erläuterung der Wohnflächenverordnung darstellen oder - und so ist es hier - eine Abweichung von der Wohnflächenverordnung regeln. Da die Wohnflächenverordnung jedoch außerhalb der sozialen Wohnraumförderung nicht verbindlich ist und von ihr durch Parteivereinbarung abgewichen werden kann, stellt dies keinen „Zweifel bei der Auslegung“ im Sinne des § 305c Abs. 2 BGB dar, sondern allenfalls einen unbeachtlichen Motivirrtum. Die bloße Frage, ob ein bestimmtes Regelwerk, hier die Wohnflächenverordnung, mit oder ohne Modifikationen vereinbart wurde, führt nicht zu Auslegungszweifeln bei der Bestimmung der Wohnfläche. Dem Erwerber ist es unbenommen, zur Aufklärung dieser Frage den eindeutigen Vertragstext mit den Regelungen der Wohnflächenverordnung abzugleichen.

bb) Kein Verstoß gegen § 307 BGB

Die Regelung stellt auch keine unangemessene Benachteiligung des Erwerbers im Sinne von § 307 Abs. 1 und 2 BGB dar.

Die oben erläuterte Lesart, die an den Wortlaut und dessen objektive Auslegung anknüpft, entspricht nämlich dem offensichtlichen Sinn und Zweck der Regelung. Die Vertragspartner haben als Ausgangspunkt für die Flächenberechnung die Geltung der unmittelbar nur für den sozialen Wohnungsbau anzuwendenden Wohnflächenverordnung vereinbart, deren austarierte Bestimmungen auch im frei finanzierten Wohnungsbau gewählt werden können. Der Sinn und Zweck des einschränkenden Zusatzes, der eine Abweichung von der Ermittlung der Grundfläche gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Nr. 1 und 2, Abs. 4 Satz 1 Wohnflächenverordnung vorsieht, ist es, beiden Vertragsparteien frühzeitig, nämlich bereits anhand der Rohbaumaße, Klarheit über die Grundfläche zu verschaffen und nicht erst im fertiggestellten Wohnraum.

Im vorliegenden Fall sah der ursprüngliche Grundriss zum Exposé einen ungeteilten Wohnbereich (Ausbauvariante Loft) vor, aus der ausweislich der Anlage 2 des Streithelfers eine addierte Wohnfläche von 106,1 m² hervorgeht, wenn die Maße der beiden Balkone nur mit der Hälfte berücksichtigt werden. Diese Wohnfläche liegt knapp über dem für die Berechnung des Kaufpreises angesetzten Wert von 106,07 m². Es liegt nahe, dass ein Erwerber eine räumliche Trennung besonderer Bereiche, etwa für Schlaf-, Kinder- oder Arbeitszimmer, in Betracht ziehen wird. Dies ist vorliegend auch geschehen. Aus dem im Bauträgervertrag als Anlage 1.1 beigefügten Grundriss, der nach Ziffer II.1.1 Absatz 2 des Bauträgervertrags abweichend von der Teilungserklärung und der Baubeschreibung vereinbart wurde, geht bei gleicher Additionsweise wie oben eine Wohnfläche von 102,65 m² hervor. Diese Ausbauvariante enthält im Vergleich zur Ausbauvariante Loft zwei eingezogene Zimmer, einen zusätzlichen Raum für ein WC sowie einen abgewandelten Grundriss des Badezimmers. Es ist sachgerecht, wenn die Parteien solche Änderungen, die allein aus der Sphäre eines Erwerbers herrühren, der nicht die Ausbauvariante Loft wünscht, hinsichtlich der Grundflächenberechnung nicht zulasten des Bauträgers dem Regime der Wohnflächenverordnung unterstellen. Die hier getroffene vertragliche Vereinbarung der Flächenberechnung ist interessengerecht und transparent. Andernfalls hätte es der Erwerber einseitig in der Hand, durch eine übermäßige Zahl an nicht tragenden Zwischenwänden, Vorwandinstallationen und Treppen die Grundfläche maximal für die Flächenberechnung nach der Wohnflächenverordnung zu verringern und seinen Kaufpreis zu optimieren. Später könnte er diese nicht tragenden Wände ohne Weiteres entfernen und hätte an diesen Stellen kostenfrei Wohnfläche erworben. Es ist also interessengerecht, wenn für die Bestimmung des Kaufpreises auf die ursprünglich vorgesehene Ausbauvariante Loft abgestellt wird, um eine andernfalls notwendige Änderung des Quadratmeterpreises zu vermeiden. Dies gilt auch vor dem Hintergrund möglicher weiterer Änderungen durch den Erwerber im Laufe des Werkerstellungsprozesses, die dann ebenfalls keine Anpassung des Quadratmeterpreises erfordern würden.

Die Entscheidung eines anderen Senats des Kammergerichts, der eine inhaltsgleiche Klausel aus demselben Bauprojekt für unwirksam gemäß § 305c Abs. 2 BGB gehalten hat (vgl. KG, Beschluss vom 12.09.2023, Az. 27 U 87/22, nicht veröffentlicht = Anlage BB16 = Bl. 90 Bd. II der Akten, vorgehend LG Berlin, Urteil vom 26.04.2022, Az. 22 O 39/21, nicht veröffentlicht = Anlage BB15), bindet den Senat nicht.

b) Rechtsfolge

Da die Klausel nicht unwirksam ist, bleibt es bei der Berechnung der Wohnfläche in der Art und Weise, wie es die durch Ziffer II.2.1 Satz 4 des Bauträgervertrags modifizierte Wohnflächenverordnung in der Fassung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorgibt. Dass bei dieser Berechnung die im Vertrag angegebene Wohnfläche von 106,07 m² unzutreffend sei, wird von der Beklagten nicht behauptet, sodass ihr Gegenansprüche wegen Wohnflächenabweichungen nicht zustehen.

3. Mängel im Bereich des Sondereigentums

Die Beklagte kann dem fälligen Schlussratenanspruch der Klägerin in Höhe von insgesamt 5.831,00 Euro die Einrede gemäß § 641 Abs. 3 BGB entgegenhalten, da sie die Beseitigung von sechs Mängeln im Bereich ihres Sondereigentums gemäß §§ 633, 634 Nr. 1, 635 BGB verlangen kann.

Ein Mangel im Sinne von § 633 Abs. 1 BGB liegt gemäß § 633 Abs. 2 BGB vor, wenn das Werk entweder nicht die vereinbarte Beschaffenheit aufweist oder sich das Werk nicht für die nach dem Vertrag vorausgesetzte, sonst die gewöhnliche Verwendung eignet oder keine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art des Werkes erwarten kann. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Mangelfreiheit ist der Zeitpunkt des Gefahrübergangs, also hier der Zeitpunkt der Abnahme. Mängel, die erst später entstehen (zum Beispiel Verschleißerscheinungen), stellen deshalb keinen Werkmangel dar (vgl. *Genius in juris PraxisKommentar BGB*, 10. Auflage, Stand 01.02.2023, § 633 Rn. 11).

Die Beweislast für das Bestehen eines Leistungsverweigerungsrechts dem Grunde nach liegt bei der Klägerin als Unternehmerin, soweit sich die Beklagte die behaupteten Mängel bei der Abnahme vorbehalten hat. Dies betrifft die im Abnahmeprotokoll vom 12.06.2019 (Anlage B1) aufgeführten Mängel, die hier (ausgehend von der Bezifferung im Beweisbeschluss des Senats vom 30.10.2023) mit I.1 bis I.5 bezeichnet sind. Im Übrigen, also für die mit II.1 bis II.8 bezeichneten Mängelbehauptungen, liegt die Beweislast wegen der erklärten Abnahme bei der Beklagten als Bestellerin (vgl. *Voit in BeckOK BGB*, 73. Edition, Stand 01.02.2024, § 641 Rn. 39).

a) Bestehende Mängel

Von den zwölf von der Beklagten geltend gemachten Mängeln liegen nach dieser Maßgabe unter Zugrundelegung der überzeugenden Ausführungen in dem eingeholten Gutachten des Sachverständigen F vom 18.09.2024 die folgenden sechs Mängel vor:

(1) Mangel Nr. I.1 - Tür zum Schlafzimmer

Das Türblatt zum Schlafzimmer ist teilweise mangelhaft im Sinne von § 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB, da es nicht die übliche erwartbare Beschaffenheit aufweist. Die Behauptung der Beklagten, dass das Türblatt zum Schlafzimmer verzogen sei und sich schwer schließen lasse, hat der Sachverständige teilweise bestätigt. Zudem gebe es eine leichte Lotabweichung, diese sei jedoch ohne Einfluss auf die Funktion der Tür. Zwar sei kein Flügeln erkennbar und die Tür sei auch nicht schwergängig, es sei aber das untere Türband verzogen, was die Lage des Türblatts zur Zarge durch höhere Spaltmaße beeinflusse (vgl. Gutachten, S. 11 f.).

Dass der Sachverständige nicht gesichert feststellen konnte, ob das Türband bereits im Zeitpunkt der Abnahme verzogen war, geht vor dem Hintergrund, dass die Beklagte die Mangelhaftigkeit der Tür im Abnahmeprotokoll gerügt hat (vgl. Anlage B1 Nr. 4), nicht zu ihren Lasten. Auch wenn das im Abnahmeprotokoll allein notierte Flügeln oben am Türblatt vom Sachverständigen als solches nicht festgestellt werden konnte, ist dem Mangelvorbehalt zu entnehmen, dass die Beklagte den ordnungsgemäßen Einbau der Tür rügt. Bei Mängelansprüchen genügt der Besteller den Anforderungen an eine hinreichend bestimmte Bezeichnung des Mangels, wenn er die Erscheinungen, die er auf vertragswidrige Abweichungen zurückführt, hinlänglich deutlich beschreibt. Er ist nicht gehalten, die Mangelursachen im Einzelnen zu bezeichnen (ständige Rechtsprechung; vgl. zum Beispiel BGH, Beschluss vom 24.08.2016 - VII ZR 41/14 - juris Rn. 22 mit weiteren Nachweisen). Dass es an einem solchen ordnungsgemäßen Einbau fehlt, hat der Sachverständige sicher festgestellt, da nach seinen Feststellungen das untere Türband verzogen ist, was höhere Spaltmaße zur Folge hat. Auch eine leichte Lotabweichung hat er festgestellt. Da die Klägerin wegen des Vorbehalts im Abnahmeprotokoll die Beweislast für die Mangelfreiheit der Tür im Zeitpunkt der Abnahme trägt, sie diesen Beweis aber nicht führen konnte, ist von einer Mangelhaftigkeit bei Abnahme auszugehen.

Die Beklagte hat folglich einen entsprechenden Mangelbeseitigungsanspruch, beispielsweise durch Austausch des verzogenen Türbands der Schlafzimmertür. Der Sachverständige kalkuliert hierfür nachvollziehbar einen Kostenaufwand in Höhe von 350,00 Euro netto (vgl. Gutachten, S. 12).

(2) Mangel Nr. I.3 - Farbabplatzungen Sockelleisten im Flur

Die Sockelleisten links und rechts vom Flur sind mangelhaft im Sinne von § 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB, da sie nicht die übliche erwartbare Beschaffenheit aufweisen. Die Behauptung der Beklagten, dass der Farbanstrich der Sockelleisten links und rechts vom Flur an den Ecken abgeplatzt sei, hat der Sachverständige bestätigt. Dies betreffe zum einen die Sockelleisten im Bereich des Einbauschranks (Bilder A-17 und A-18 des Gutachtens) als auch auf der rechten Seite des Flurs (Bild A-20 des Gutachtens).

Dass der Sachverständige nicht gesichert feststellen konnte, ob beziehungsweise in welcher Intensität die Abplatzungen bereits im Zeitpunkt der Abnahme vorhanden waren, geht vor dem Hintergrund, dass die Beklagte die Farbabplatzungen ausdrücklich im Abnahmeprotokoll gerügt hat (vgl. Anlage B1 Nr. 14), nicht zu ihren Lasten. Der Sachverständige kann lediglich nicht ausschließen, dass die Abplatzungen nach Abnahme aufgetreten sind. Auch ob vorgenommene Umbauarbeiten an einer Schiebetür die Abplatzungen verursacht haben, kann der Sachverständige nicht sicher feststellen (vgl. Gutachten, S. 13 f.) Soweit er ausführt, dass jedenfalls von einer nachträglichen Intensivierung des Schadensbildes ausgegangen werden muss (Gutachten, S. 14), ändert dies nichts an der ursprünglichen Mangelhaftigkeit des Farbanstrichs der Sockelleisten. Da die Klägerin wegen des Vorbehalts im Abnahmeprotokoll die Beweislast für die Mangelfreiheit des Farbanstrichs der Sockelleisten im Zeitpunkt der Abnahme trägt, sie diesen Beweis aber nicht führen konnte, ist von einer Mangelhaftigkeit bei Abnahme auszugehen.

Die Beklagte hat also einen entsprechenden Mangelbeseitigungsanspruch, beispielsweise durch Austausch der betroffenen Sockelleisten im Flur. Der Sachverständige kalkuliert hierfür nachvollziehbar einen Kostenaufwand in Höhe von 400,00 Euro netto (vgl. Gutachten, S. 15).

(3) Mangel Nr. I.5 - Eckschienen der Wandfliesen im Badezimmer

Die im Gutachten (dort S. 16 f.) als E2 und E3 bezeichneten metallenen Eckschienen im Badezimmer sind mangelhaft im Sinne von § 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB, da sie nicht die übliche erwartbare Beschaffenheit aufweisen. Die Behauptung der Beklagten, dass die metallene Eckschienen des Fliesenbelages im Bad nicht ausreichend entgratet sind, hat der Sachverständige hinsichtlich zwei der drei vorhandenen Eckschienen bestätigt. Die nicht ausreichende Entgratung dieser Eckschienen stelle eine Verletzungsgefahr dar und könne als scharfkantiger Kontakt wahrgenommen werden (Gutachten, S. 16 f.).

Die Beklagte hat folglich einen entsprechenden Mangelbeseitigungsanspruch, beispielsweise durch nachträgliches Entgraten der als E2 bezeichneten Eckschiene (Bilder A-24 und A-25 des Gutachtens) und durch Richten und Ergänzen des Schienenabschlusses der als E3 bezeichneten Eckschiene um eine mineralische Verfügung (Bilder A-26 und A-27 des Gutachtens). Der Sachverständige berücksichtigt hierfür nachvollziehbar einen Kostenaufwand in Höhe von 350,00 Euro netto (vgl. Gutachten, S. 17).

(4) Mangel Nr. II.3 - Tür zum Badezimmer

Das Türblatt zum Badezimmer ist teilweise mangelhaft im Sinne von § 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB, da es nicht die übliche erwartbare Beschaffenheit aufweist. Die Behauptung der Beklagten, dass die Tür zum Badezimmer unten flügle und sich schwer schließen lasse, hat der Sachverständige teilweise bestätigt. Zwar sei kein über die Toleranzgrenzen hinausgehendes Flügeln erkennbar. Die Tür sei aber beim Zuziehen schwergängig, was auf eine zu straffe Türdichtung zurückgeführt werden könne. Dies dürfte bereits seit Nutzungsbeginn der Fall gewesen sein (vgl. Gutachten, S. 23).

Die Beklagte hat daher einen entsprechenden Mangelbeseitigungsanspruch, zum Beispiel durch Abschleifen beziehungsweise Entgraten an der Wölbung des Schließbleches zur leichten Reduzierung des Anpressdrucks und der erforderlichen Schließkraft beim Zuziehen der Tür. Der Sachverständige kalkuliert hierfür nachvollziehbar einen Kostenaufwand in Höhe von 150,00 Euro netto (vgl. Gutachten, S. 24). Dass in dieser Kostenschätzung keine An- und Abfahrtskosten enthalten sind, da der Sachverständige diese bei der ebenfalls als Mangel festgestellten Mangelposition Nr. I.1 berücksichtigt hat, erscheint unproblematisch, weil davon ausgegangen werden kann, dass bei einer Mangelbeseitigung beide Türen in einem Zug beseitigt werden, sodass eine doppelte Berücksichtigung von An- und Abfahrtskosten zu einem überhöhten Leistungsverweigerungsrecht führen würde.

(5) Mangel Nr. II.4 - Kratzer in Fensterscheibe des hofseitigen Wohnzimmers

Die von innen nach außen gesehen linke Fensterscheibe des hofseitigen Wohnzimmers ist mangelhaft im Sinne von § 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB, da sie nicht die übliche erwartbare Beschaffenheit aufweist. Die Behauptung der Beklagten, im Wohnzimmer habe die Scheibe eines Fensters zum Hof große tiefe Kratzer von außen, hat der Sachverständige bestätigt. Es sei eine gehäufte Anzahl an Haarkratzern in der Hauptzone des Fensterglases vorhanden, was über die Toleranzgrenzen hinausgehe. Erscheinungsbild, Kratzertiefe und Häufung sowie die Lage in etwa 1,70 m Höhe lege eine Beschädigung bei Transport, Lagerung oder Einbau nahe (vgl. Gutachten, S. 24 ff.). Dass der Sachverständige den Entstehungszeitpunkt nicht mit letzter Sicherheit feststellen kann, liegt in der Natur der Sache. Der Senat folgt insoweit der

Einschätzung des Sachverständigen, wonach eine Verursachung angesichts des Schadensbildes vor der Abnahme naheliegt. Dies gilt auch bei einer Zusammenschau mit dem nachfolgend erörterten Mangel Nr. II.5. Dort sind ähnliche Kratzer an der Außenseite eines Fensterglases aufgetreten, das nicht oder nur unter erheblicher Mühe durch einen Bewohner der Wohnung erreichbar ist.

Die Beklagte hat daher einen entsprechenden Mangelbeseitigungsanspruch, wohl in Form eines Austauschs der Verglasung des betroffenen Fensters, da ein Polieren der Kratzer ausweislich des Gutachtens wegen der Kratzertiefe nicht möglich ist (vgl. Gutachten, S. 27). Der Sachverständige kalkuliert hierfür nachvollziehbar einen Kostenaufwand in Höhe von 850,00 Euro netto (vgl. Gutachten, S. 27). Dass die Fensterscheibe als Teil des Gemeinschaftseigentums anzusehen ist, ist unerheblich, da der Beklagten die Beseitigung von Schäden an Fenstern und Türen im Bereich des Sondereigentums obliegt (vgl. Ziffer II.4.3 der Miteigentumsordnung, Anlage BK1).

(6) Mangel Nr. II.5 - Kratzer in Fensterscheibe des Kinderzimmers

Die von innen nach außen gesehen linke Fensterscheibe des Kinderzimmers ist mangelhaft im Sinne von § 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB, da sie nicht die übliche erwartbare Beschaffenheit aufweist. Die Behauptung der Beklagten, im Kinderzimmer habe die Scheibe eines Fensters zum Hof große tiefe Kratzer von außen, hat der Sachverständige bestätigt. Es sei eine gehäufte Anzahl an Haarkratzern in der Hauptzone des Fensterglases vorhanden, was über die Toleranzgrenzen hinausgehe. Die Lage der Kratzer an einer Stelle, die von außen nicht oder nur unter großer Mühe erreichbar sei, lasse eine Entstehung der Kratzer nach der Abnahme als eher unwahrscheinlich erscheinen (vgl. Gutachten, S. 27 ff.). Dass der Sachverständige den Entstehungszeitpunkt nicht mit letzter Sicherheit feststellen kann, liegt auch hier in der Natur der Sache. Der Senat folgt insoweit der Einschätzung des Sachverständigen, wonach eine Verursachung angesichts des Schadensbildes, insbesondere der Lage der Kratzer, vor der Abnahme naheliegt.

Die Beklagte hat daher einen entsprechenden Mangelbeseitigungsanspruch, zum Beispiel in Form eines Auspolierens der Kratzer, das nach dem Gutachten wegen der geringen Kratzertiefe, anders als beim Wohnzimmerfenster, möglich ist (vgl. Gutachten, S. 29). Der Sachverständige kalkuliert hierfür nachvollziehbar einen Kostenaufwand in Höhe von 350,00 Euro netto (vgl. Gutachten, S. 29). Dass die Fensterscheibe als Teil des Gemeinschaftseigentums anzusehen ist, ist auch hier wegen Ziffer II.4.3 der Miteigentumsordnung (Anlage BK1) unerheblich.

b) Nicht bestehende Mängel

Die folgenden geltend gemachten Mängel und damit korrespondierende Beseitigungsansprüche liegen nicht vor:

(1) Mangel Nr. I.2 - Kokosmatte

Soweit die Beklagte rügt, dass die Kokosmatte vor der Wohnungstür verschmutzt sei und eine Fehlstelle vorliege, hat der Sachverständige festgestellt, dass die vorhandene Kokosmatte keine Verschmutzungen oder Fehlstellen aufweist (Gutachten, S. 12). Ein Mangelbeseitigungsanspruch besteht daher nicht.

(2) Mangel Nr. I.4 - Verschmutztes Wohnzimmerfenster

Soweit die Beklagte rügt, dass das Wohnzimmerfenster von außen verschmutzt sei, hat der Sachverständige eine solche Verschmutzung nicht feststellen können (Gutachten, S. 15). Ein Mangelbeseitigungsanspruch besteht daher nicht.

(3) Mangel Nr. II.1 - Schließmechanismus der Wohnungseingangstür

Soweit die Beklagte rügt, dass die Wohnungseingangstür nicht zufalle, hat der Sachverständige dies zwar feststellen können. Nach seinen Ausführungen sei dies jedoch mit großer Sicherheit erst nach der Abnahme aufgetreten. Bei einem Ortstermin sei der Obertürschließer, der für das Ins-Schloss-Fallen der Tür Sorge, nicht funktionstüchtig gewesen, da eine Verbindungsmutter zwischen Schließarm und Laufschiene gefehlt habe. Die fehlende Schraube weise auf eine mangelhafte Wartung hin (vgl. Gutachten, S. 18 f.). Ob in dem Fall, dass die Schraubverbindung vorhanden sei, weitere Beeinträchtigungen des Schließmechanismus vorliegen würden, habe der Sachverständige wegen der Funktionsunfähigkeit des Schließers nicht prüfen können. Da die Beklagte mangels diesbezüglichen Vorbehalts bei der Abnahme die Beweislast für die Mangelhaftigkeit des Schließmechanismus der Wohnungseingangstür trägt, sie diesen Beweis aber nicht führen konnte, kann von einer Mangelhaftigkeit bei Abnahme nicht ausgegangen werden. Ein Mangelbeseitigungsanspruch besteht daher nicht.

(4) Mangel Nr. II.2 - Glastür des großen Balkons

Soweit die Beklagte rügt, dass die Balkontür zum großen Balkon knacke und einen Widerstand beim Schließen aufweise, hat der Sachverständige zwar feststellen können, dass die Tür einen erhöhten Kraftaufwand beim Öffnen und Schließen benötige, da die Tür auf dem oberen und unteren Türband schleife. Die vorhandenen intensiven Abriebspuren würden jedoch darauf hinweisen, dass die jährlich erforderliche Wartung der Türen unterblieben sei. Es sei daher davon auszugehen, dass die Schwergängigkeit darin ihre Ursache habe und bei Abnahme noch nicht vorgelegen habe (vgl. Gutachten, S. 19 f.). Da die Beklagte mangels diesbezüglichen Vorbehalts bei der Abnahme die Beweislast für die Mangelhaftigkeit des Schließmechanismus der Balkontür trägt, sie diesen Beweis aber nicht führen konnte, kann von einer Mangelhaftigkeit bei Abnahme auch hier nicht ausgegangen werden. Ein Mangelbeseitigungsanspruch besteht daher nicht.

(5) Mangel Nr. II.7 - Höhe Waschtisch im Badezimmer

Soweit die Beklagte rügt, die Waschtischhöhe von 83 cm im Badezimmer sei unüblich, da sie zu niedrig für die meisten Waschmaschinen sei, hat der Sachverständige dies nicht bestätigt. Eine solche Höhe der Unterkante des Waschtischs sei nicht unüblich und es gebe von (im Gutachten im Einzelnen aufgeführten) bekannten Herstellern unterbaufähige Waschmaschinen, die eine Höhe von 82 cm nicht überschritten. Dabei gebe es sowohl freistehende Modelle mit Deckplatte, als auch solche, bei denen die Deckplatte für die Unterbaufähigkeit abgenommen werden könne. Die Oberkante des Waschtischs könne eine zulässige Höhe zwischen 85 cm und 95 cm haben, die hier bestehende Höhe von 90 cm bewege sich in diesem Rahmen (vgl. Gutachten, S. 30 ff.). Ein Mangelbeseitigungsanspruch besteht daher nicht.

(6) Mangel Nr. II.8 - Abplatzungen und Korrosionsstellen an Bad- und WC-Armaturen

Soweit die Beklagte rügt, dass ein Mangel vorliege, weil die Armaturen in Bad und WC kleine Abplatzungen und Korrosionsstellen in unüblichem Umfang hätten, hat der Sachverständige dies nicht bestätigt. Zwar gebe es kleine Abplatzung und Korrosionsstellen an den Armaturen im Badezimmer und WC. Es habe aber auch massive, fest anhaftende Kalkverkrustungen an den Armaturen gegeben, die bei ihrem Anwachsen auf die unvermeidlichen Mikrorisse im Chrom schädigenden Einfluss hätten, sodass die Armaturen einer regelmäßigen Reinigung unterzogen werden müssten, um Beschädigungen zu verhindern. Die vorhandenen Beschichtungsabplatzungen seien daher nutzungsbedingt und auf einen Wartungsmangel zurückzuführen, nicht hingegen auf einen Mangel an den Armaturen selbst (vgl. Gutachten, S. 34 f.). Ein Mangelbeseitigungsanspruch besteht daher nicht.

c) Zusammenfassung

Damit ergeben sich geschätzte Mangelbeseitigungskosten von insgesamt 2.450,00 Euro netto, also 2.915,50 Euro brutto. Die Beklagte darf gemäß § 641 Abs. 3 BGB jeweils einen angemessenen Teil der Vergütung zurückhalten, wobei in der Regel das Doppelte der für die Beseitigung erforderlichen Kosten als angemessen anzusehen ist, hier also ein Betrag in Höhe von insgesamt 5.831,00 Euro. Ein Grund, von dieser Regel abzuweichen, ist nicht ersichtlich. Insbesondere ist die Kostenschätzung für die Mangelbeseitigung noch aktuell, da das Gutachten im September 2024 erstellt worden ist, sodass angesichts des knappen Zeitraums kein Zuschlag wegen möglicher Preissteigerungen vorzunehmen ist.

In der Folge besteht der Zahlungsanspruch der Klägerin, soweit ein Leistungsverweigerungsrecht gegeben ist, jeweils nur Zug um Zug gegen Beseitigung des jeweiligen Mangels (vgl. Busche in MüKoBGB, 9. Auflage 2023, § 641 Rn. 38). Nur im Übrigen, also in Höhe von 6.969,00 Euro, war die Beklagte zur unbedingten Zahlung zu verurteilen (vgl. Mayr in BeckOK Bauvertragsrecht, 28. Edition, Stand 15.02.2025, § 641 Rn. 34a; von Kiedrowski in Leinemann/Kues, BGB-Bauvertragsrecht, 2. Auflage 2023, § 641 Rn. 51).

4. Kein Zurückbehaltungsrecht wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum

Die Beklagte kann kein Zurückbehaltungsrecht wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum geltend machen, da sie keine Mängel dargelegt hat, die in den ersten Bauabschnitt fallen, in dem sich ihre streitgegenständliche Wohnung befindet und die Klägerin die Herstellungsverpflichtung vertraglich wirksam auf den ersten Bauabschnitt beschränkt hat.

a) Zulässige Beschränkung der Herstellungsverpflichtung auf den ersten Bauabschnitt

Die Klägerin als Bauträgerin durfte ihre Herstellungsverpflichtung im Bauträgervertrag auf den ersten Bauabschnitt beschränken. Die Regelung in Ziffer II.1.2 Absatz 4 des Vertrags, wonach sich die Klägerin als Verkäuferin gegenüber der Beklagten als Käuferin (nur) verpflichtet, die Gebäude und Anlagen des ersten Bauabschnitts bzw. des Bauabschnitts 1 herzustellen und wonach klargestellt wird, dass sich die Herstellungsverpflichtung auf Gebäude und Anlagen des ersten Bauabschnittes beschränkt, begegnet keinen durchgreifenden Bedenken.

Zwar hat ein Erwerber grundsätzlich Anspruch auf mangelfreie Herstellung des gesamten Gemeinschaftseigentums, also bei Wohnungseigentumsanlagen, die aus mehreren Häusern bestehen, auch auf die Herstellung des Gemeinschaftseigentums aller anderen Häuser (vgl. KG, Urteil vom 23.11.2010 - 7 U 8/09 - juris Rn. 31). Auch handelt es sich, wie das Landgericht zutreffend ausführt, bei der Regelung in Ziffer II.1.2 Absatz 4 des Bauträgervertrags um eine

Allgemeine Geschäftsbedingung, die gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB als von der Klägerin gestellt gilt.

Es ist den Parteien des Bauträgervertrags aber unbenommen, die Herstellungsverpflichtung im Vertrag so zu bestimmen, dass sie sich auf wirtschaftlich abgrenzbare Abschnitte einer Wohnungseigentumsanlage beschränkt. Dies ergibt sich bereits daraus, dass es sich bei einer solchen Festlegung des vertraglichen Bausolls um eine Bestimmung zur unmittelbaren Beschreibung und Festlegung des Leistungsgegenstandes handelt, die nicht der vollen AGB-Kontrolle unterliegt (vgl. Grüneberg in Grüneberg, BGB, 84. Auflage 2025, § 307 Rn. 44). Es verbleibt in diesem Fall lediglich der Schutz der §§ 305 Abs. 2, 305b und 305c Abs. 1 BGB sowie des in § 307 Abs. 3 Satz 2, Abs. 1 Satz 2 BGB verankerten Transparenzgebots (vgl. Grüneberg in Grüneberg, BGB, 84. Auflage 2025, § 307 Rn. 41 f.; BGH, Urteil vom 26.10.2005 - VIII ZR 48/05 - juris Rn. 21 f.). Auf § 309 Nr. 2 a) oder Nr. 8 b) aa) BGB, wonach Klauseln unwirksam sind, wenn sie Leistungsverweigerungsrechte beziehungsweise Mängelansprüche nicht zulassen, kommt es daher von vornherein nicht an. Da keine über die Herstellung eines bestimmten Bauabschnitts hinausgehenden Erfüllungsansprüche bestehen, gibt es insoweit auch keinen Anknüpfungspunkt für Zurückbehaltungsrechte oder Mängelrechte.

Die von der Klägerin gestellte Klausel ist weder überraschend im Sinne von § 305c Abs. 1 BGB noch intransparent im Sinne von § 307 Abs. 3 Satz 2, Abs. 1 Satz 2 und 1 BGB.

aa) Keine überraschende Klausel im Sinne von § 305c Abs. 1 BGB

Die Vorschrift des § 305c Abs. 1 BGB beruht auf der Überlegung, dass der Vertragspartner des Verwenders die Möglichkeit zur Kenntnisnahme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die ihm gemäß § 305 Abs. 2 BGB verschafft werden muss, oft nicht ausnutzt oder nicht ausnutzen kann, sei es, weil er das Klauselwerk als Ganzes ungelesen akzeptiert, sei es, weil er es zwar liest, aber nicht über die Rechts- und Geschäftskunde verfügt, derer er bedarf, um zu erkennen, wie überraschend sich eine Klausel in bestimmten Fallkonstellationen auswirken kann. § 305c Abs. 1 BGB zielt daher auf den Vertrauensschutz ab. Der Vertragspartner des Klauselverwenders soll in jedem Falle, mag er die Allgemeinen Geschäftsbedingungen gelesen haben oder nicht, darauf vertrauen dürfen, dass sich die einzelnen Regelungen im Großen und Ganzen im Rahmen dessen halten, was nach den Umständen bei Abschluss des Vertrages erwartet werden kann (vgl. BT-Drs. 7/3919, S. 19; Fornasier in MüKoBGB, 9. Auflage 2022, § 305c Rn. 1).

Die Klausel befindet sich am Anfang des Vertragswerks unter dem Gliederungspunkt II. „Schuldrechtliche Vereinbarungen“, unter Ziffer 1 „Kaufgegenstand“, dort unter Ziffer 1.2 im vierten Absatz und damit noch vor dem Kaufpreis, der erst unter Ziffer II.2.1 angegeben wird. Bereits zuvor wird im Vertrag unter Ziffer I.7 ausgeführt, dass die Errichtung in zwei Bauabschnitten erfolgen soll, wobei die von der Beklagten erworbene Wohnung Nr. 115 zum ersten Bauabschnitt gehöre. Die Klausel ist damit nicht im Vertragswerk an einer Stelle versteckt, an der nicht mit ihr gerechnet werden muss. Sie befindet sich im unmittelbaren Zusammenhang mit den übrigen Regelungen, die den Kaufgegenstand definieren, noch bevor für diesen ein Preis festgesetzt wird. Die Beschränkung auf einen in sich geschlossenen Bauabschnitt, der wirtschaftlich unabhängig von weiteren Bauabschnitten sein soll, hält sich auch im Rahmen dessen, was ein Erwerber bei einem Bauträgervertrag vernünftigerweise erwarten darf. Durch die Beschränkung wird einem beiderseitigen Interesse Rechnung getragen. Der Erwerber hat ein Interesse daran, das erworbene Objekt zügig in Besitz nehmen zu können, bevor die Gesamtanlage gegebenenfalls Jahre später fertiggestellt ist. Der Unternehmer möchte die jeweiligen Ratenzahlungen bereits zu einem Zeitpunkt zu erhalten, zu dem die jeweiligen

Fälligkeitsvoraussetzungen bei dem geschuldeten Bauabschnitt vorliegen und nicht bei sämtlichen Häusern einer Anlage (vgl. Leidner in Grziwotz/Koeble, Handbuch Bauträgerrecht, 2. Auflage 2022, Kapitel 5 Rn. 205 und 208; Drasdo in: Bau(träger)recht, Festschrift für Hans-Egon Pause zum 70. Geburtstag, 2022, S. 53). Anderenfalls müsste ein aus mehreren Häusern bestehendes Wohnprojekt bei Baubeginn zu einem höheren Anteil finanziert und abverkauft sein, was ein erhöhtes Risiko für den Bauträger bedeutet. Seine daraus resultierende Mehrbelastung würde auch auf die Erwerber zurückschlagen (vgl. Drasdo in Bau(träger)recht, Festschrift für Hans-Egon Pause zum 70. Geburtstag, 2022, S. 55). Es liegt nahe, dem im Rahmen der Beschreibung des Werkerfolgs beziehungsweise Kaufgegenstands durch Unterteilung des Bauprojekts in mehrere Abschnitte Rechnung zu tragen. Deshalb ist eine entsprechende Regelung in einem Bauträgervertrag über ein größeres Vorhaben erwartbar. Um ein solches handelt es sich bei dem streitgegenständlichen Objekt, das insgesamt 276 Wohneinheiten aufweist.

bb) Keine intransparente Klausel nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB

Das Transparenzgebot verpflichtet den Verwender, die Rechte und Pflichten des Vertragspartners so klar wie möglich und nötig zu formulieren und durchschaubar darzustellen. Ziel ist es, die Regelungen für den durchschnittlichen aufmerksamen Vertragspartner sprachlich verständlich zu gestalten und darüber hinaus die wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen des Vertragspartners, die sich aus der Klausel auch im Zusammenwirken mit anderen Regelungen ergeben sowie alle Konsequenzen, die die Klausel absehbar haben wird, so deutlich werden zu lassen, wie es nach den Umständen gefordert werden kann (vgl. EuGH, Urteil vom 20.09.2017 - C-186/16; BGH, Urteil vom 07.02.2019 - III ZR 38/18 - juris Rn. 24; BGH, Urteil vom 17.10.2023 - VI ZR 27/23 - juris Rn. 10; H. Schmidt in BeckOK BGB, 73. Edition, Stand 01.02.2025, § 307 Rn. 45 mit weiteren Nachweisen).

Diesem Maßstab wird die Klausel gerecht. So wird zunächst in ihrem ersten Satz dargestellt, dass sich die Klägerin der Beklagten gegenüber zur Herstellung der Gebäude und Anlagen des ersten Bauabschnitts verpflichtet. Was unter dem ersten Bauabschnitt zu verstehen ist, ist im Vertrag bereits zuvor unter Ziffer I.7 definiert, nämlich unter anderem die Wohnungen mit den Nummern 101 bis 465, zu denen erkennbar auch die Wohnung Nr. 115 gehört, die mit dem Vertrag veräußert werden soll. Im zweiten Satz des Absatzes 4 wird klargestellt, dass sich die Herstellungsverpflichtung aus Satz 1 auf die Gebäude und Anlagen des ersten Bauabschnitts beschränkt, der zudem in der Baubeschreibung im Einzelnen dargestellt sei. Satz 1 und 2 komplettieren sich somit gegenseitig, sodass aus ihnen verständlich hervorgeht, dass nur Gebäude und Anlagen des ersten Bauabschnitts Vertragsgegenstand sein sollen. Nochmals klarstellend ist dem Satz 3 zu entnehmen, dass sich die Herstellungsverpflichtung nicht auf Teile der Wohnanlage außerhalb des ersten Bauabschnitts erstreckt. Die bereits verständliche Regelung wird hier erneut bestätigt. Zur Erläuterung des Motivs der vorgenommenen Beschränkung auf den ersten Bauabschnitt trägt Satz 4 bei, wonach es in der alleinigen Entscheidung der Klägerin als Verkäuferin stehe, ob, wann und wie weitere Bauabschnitte errichtet werden. Es wird also deutlich, dass sich die Herstellungsverpflichtung auf den ersten Bauabschnitt beschränkt, weil es eventuell gar nicht dazu kommen wird, dass ein zweiter Bauabschnitt realisiert wird.

Somit geht aus der Klausel erkennbar hervor, dass die Beklagte als Erwerberin keine Rechte, demnach auch keine Zurückbehaltungs- oder Mängelrechte, bezüglich eines eventuellen zweiten Bauabschnitts haben wird, ohne dass es hierzu eines weiteren Satzes bedürfte, der dies ausdrücklich klarstellt.

cc) Weitere Anforderungen an die Beschränkung der Herstellungsverpflichtung

In der Rechtsprechung sind bisher keine Entscheidungen ersichtlich, die sich ausdrücklich mit der Frage beschäftigen, ob und unter welchen Voraussetzungen die Herstellungsverpflichtung auf bestimmte Bauabschnitte einer Wohnungseigentumsanlage beschränkt werden kann (so auch Leidner in Grziwotz/Koeble, Handbuch Bauträgerrecht, 2. Auflage 2022, Kapitel 5 Rn. 208).

Vom überwiegenden Teil der bauträgerrechtlichen Literatur wird die Möglichkeit einer solchen funktional beschränkten Herstellungspflicht grundsätzlich befürwortet (vgl. Bastý, Bauträgervertrag, 11. Auflage 2023, Kapitel 11 Rn. 166 ff.; Leidner in Grziwotz/Koeble, Handbuch Bauträgerrecht, 2. Auflage 2022, Kapitel 5 Rn. 204 ff.; Pause/Vogel, Bauträgerkauf und Baumodelle, 7. Auflage 2022, Kapitel 3 Rn. 120, Kapitel 11 Rn. 16).

Soweit gegen eine Beschränkung der Herstellungsverpflichtung eingewendet wird, der Erwerber zahle seinen Kaufpreis auch dafür, dass anderweitiges gemeinschaftliches Eigentum erstellt werde (vgl. Drasdo in: Bau(träger)recht, Festschrift für Hans-Egon Pause zum 70. Geburtstag, 2022, S. 55 ff.), überzeugt dies im Ergebnis nicht. Zwar trifft es zu, dass der Erwerber auch Miteigentümer am Gemeinschaftseigentum der später errichteten Häuser einer Anlage wird und deshalb im Grundsatz auch ein wirtschaftliches Interesse an deren Fertigstellung hat und dieses durch seine Vergütung abgedeckt wird. Diese zutreffenden Erwägungen schließen es aber nach Auffassung des Senats nicht aus, durch vertragliche Vereinbarungen und deren korrespondierende Absicherung in der Teilungserklärung und der Gemeinschaftsordnung einen rechtlichen Zustand zu schaffen, in dem der Erwerber des einen Bauabschnitts wirtschaftlich so gestellt wird, als sei er kein Miteigentümer des übrigen Gemeinschaftseigentums. Hat der Erwerber des einen Bauabschnitts nämlich keine Rechte und Pflichten - und damit kein wirtschaftliches Interesse - bezüglich anderer Bauabschnitte, kann in der Folge auch nicht davon ausgegangen werden, dass auf diese ein Teil des Kaufpreises entfällt.

Am Streitgegenständlichen Vertrag zeigt sich zudem, dass zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch offen war, ob, wann und wie ein zweiter Bauabschnitt errichtet wird. Auch vor diesem Hintergrund ist nicht anzunehmen, dass der vereinbarte Kaufpreis auch für Gemeinschaftseigentum gezahlt wird, dessen Erstellung ungewiss ist (vgl. Bastý, Bauträgervertrag, 11. Auflage 2023, Kapitel 11 Rn. 168).

Soweit in der bauträgerrechtlichen Literatur weitere Voraussetzungen für die Wirksamkeit einer auf bestimmte Bauabschnitte beschränkten Herstellungsverpflichtung aufgestellt werden - ohne dass dabei jeweils erkennbar wäre, an welchen Unwirksamkeitsgrund dogmatisch angeknüpft wird -, wird die vertragliche Regelung in Ziffer II.1.2 Absatz 4 des Vertrags diesen Anforderungen gerecht.

(1) Transparente Regelung

Soweit für die Anerkennung einer beschränkten Herstellungsverpflichtung eine hinreichende Transparenz der hierzu getroffenen vertraglichen Bestimmungen verlangt wird (vgl. Bastý, Bauträgervertrag, 11. Auflage 2023, Kapitel 11 Rn. 167), trägt die hier verwendete Klausel dem Rechnung, wie bereits oben ausgeführt worden ist.

(2) Rechtliche Trennung

Die jeweiligen Bauabschnitte müssen rechtlich voneinander in der Weise getrennt sein, dass Erwerber aus dem einen Bauabschnitt nicht finanziell für andere Bauabschnitte einstehen müssen.

Dass die wohnungseigentumsrechtlichen Implikationen dabei vollständig auszublenden seien (so wohl Leidner in Grziwotz/Koeble, Handbuch Bauträgerrecht, 2. Auflage 2022, Kapitel 5 Rn. 209) erscheint zu weitgehend. Dies würde nämlich dazu führen, dass eine Pflicht des Erwerbers entsteht, für die Fertigstellung auch derjenigen Teile der Wohnungseigentumsanlage einzustehen, die nicht Gegenstand seines Vertrags sind (so auch Pause/Vogel, Bauträgerkauf und Baumodelle, 7. Auflage 2022, Kapitel 11 Rn. 16). Dann wäre es aber nicht verständlich, weshalb der Erwerber dem Bauträger nicht entgegenhalten können sollte, wenn in diesen Bereichen Mängel bestehen. Vorzugswürdig erscheint daher, dass die Beschränkung der Herstellungsverpflichtung mit einer korrespondierenden Gestaltung von Teilungserklärung beziehungsweise Gemeinschaftsordnung einhergehen muss. Es wird daher für die wirksame Einschränkung der Herstellungsverpflichtung eine ausdrückliche vertragliche Vereinbarung erforderlich sein, wonach Erwerber des einen Abschnitts nicht für die Herstellung und Erhaltung des anderen Abschnitts haften (vgl. Pause/Vogel, Bauträgerkauf und Baumodelle 7. Auflage 2022, Kapitel 11 Rn. 16; Basty, Bauträgervertrag, 11. Auflage 2023, Kapitel 11 Rn. 174).

Diesem Erfordernis ist im vorliegenden Fall durch die Gestaltung der Miteigentumsordnung als Anlage 2 zur Teilungserklärung vom 11.02.2016 (Anlage BK1) hinreichend Rechnung getragen. Die Teilungserklärung verweist in ihrer Ziffer II. Abs. 7 für die Gestaltung des Verhältnisses der Eigentümer untereinander auf die als Anlage 2 beifügte Miteigentumsordnung.

Unter Ziffer I.6 der Miteigentumsordnung findet sich die aus dem Bauträgervertrag bekannte Regelung, wonach die Gesamtanlage in zwei Bauabschnitten, auch als Wirtschaftseinheiten bezeichnet, errichtet wird und der erste Bauabschnitt aus den Wohnungseigentumsrechten mit den Nummern 101 bis 465 nebst den Tiefgaragenstellplätzen mit den Nummern 1 bis 25 und 34 bis 43 besteht. Der zweite Bauabschnitt soll aus den Wohnungseigentumsrechten mit den Nummern 501 bis 1162 nebst den Tiefgaragenstellplätzen mit den Nummern 26 bis 33 und 44 bis 100 bestehen. Ausdrücklich wird geregelt, dass die Bauabschnitte jeweils über eine völlig eigenständige Infrastruktur im baulichen und technischen Bereich verfügen sollen. Damit ist die rechtliche Grundlage dafür geschaffen, dass die Bauabschnitte separat voneinander betrachtet werden können.

Ziffer II.2.1 der Miteigentumsordnung konkretisiert insoweit, dass jeder Wohnungseigentümer (nur) das Recht zur Mitbenutzung der in seinem Bauabschnitt liegenden Räume, Anlagen und Einrichtungen des Gebäudes hat und die Eigentümer anderer Bauabschnitte insoweit ausgeschlossen sind. Auch dies stellt sicher, dass eine wirtschaftliche Trennung der Bereiche möglich ist. Soweit hiervon die Tiefgarage ausgenommen ist und jeder Wohnungseigentümer die gemeinschaftlichen Grundstücksflächen und Durchwegungen nutzen darf, schadet dies nach Auffassung des Senats nicht, weil es sich dabei um das bloße Nutzungsrecht an Anlagen und Einrichtungen handelt, die den Bauabschnitten gleichermaßen dienen. Über die Kostentragung ist durch die Miteigentumsordnung an dieser Stelle nichts bestimmt.

Ziffer II.5.1 Satz 1 der Miteigentumsordnung legt fest, dass bei der vollständigen oder teilweisen Zerstörung einer Wirtschaftseinheit, (nur) die Wohnungseigentümer dieser Wirtschaftseinheit

untereinander verpflichtet sind, den vor Eintritt des Schadens bestehenden Zustand wiederherzustellen.

Ziffer II.10 der Miteigentumsordnung regelt die grundsätzliche Kostentrennung zwischen den Bauabschnitten beziehungsweise den entsprechenden Wirtschaftseinheiten. Nach Ziffer II.10.1 bilden die zu den Bauabschnitten 1 und 2 gehörenden Baulichkeiten jeweils eine Wirtschaftseinheit. Nach Ziffer II.10.2 sind die jeweiligen Eigentümer von Einheiten einer Wirtschaftseinheit (nur) zur Instandhaltung und Instandsetzung sowie einer etwaigen Verkehrssicherung gemeinschaftlichen Eigentums der jeweiligen Wirtschaftseinheit auf jeweils eigene Kosten verpflichtet. Nach Ziffer II.10.3 ist für jede Wirtschaftseinheit eine eigene Instandhaltungsrücklage zu bilden. Soweit auch eine gemeinschaftliche Instandhaltungsrücklage zu bilden ist, korrespondiert dies mit Regelung in Ziffer II.10.4, wonach im Grundsatz über die Kosten der Instandhaltung und Instandsetzung sowie Verkehrssicherung hinaus die jeweiligen Eigentümer einer Wirtschaftseinheit auch im Übrigen alle gemeinschaftlichen Kosten allein zu tragen haben. Dies gilt jedoch nur, soweit eine eindeutige Zuordnung möglich ist. Dementsprechend heißt es weiter, dass im Zweifel Kosten zu Lasten aller Wohnungs- und Teileigentümer oder jedenfalls nicht nur zu Lasten einer Wirtschaftseinheit gehen. Auch dies stellt nach Auffassung des Senats die Trennung in Bauabschnitte nicht in Frage. Vielmehr handelt es sich dabei um eine schlüssig geregelte Folge der Trennung der Bauabschnitte. Sind nämlich Kosten nicht einem der beiden Bauabschnitte zuordenbar, hat dies seinen Grund darin, dass diese Kosten beide Bauabschnitte betreffen, sodass die anteilige Kostentragung von Eigentümern beider Bauabschnitte gerechtfertigt ist. Da davon auszugehen ist, dass solche Kosten auch tatsächlich auftreten, zum Beispiel betreffend die gemeinsame Tiefgarage, ist auch die in Ziffer II.10.3 vorgesehene gemeinschaftliche Instandhaltungsrücklage berechtigt. Dementsprechend ist auch die in Ziffer II.11 geregelte Kostenverteilung und die in Ziffer II.12 geregelte Aufstellung eines gemeinsamen Wirtschaftsplans und zweier nach Wirtschaftseinheiten getrennter Wirtschaftspläne folgerichtig.

Dass nach Ziffer II.9.1 der Miteigentumsordnung Gebäudeversicherungen für die Wohnanlage als Ganzes abzuschließen sind, schadet der hinreichenden rechtlichen Trennung ebenfalls nicht. Die entstehenden Kosten für die Versicherungen, die beide Bauabschnitte betreffen, sind auf sämtliche Eigentümer zu verteilen, sodass einen Erwerber aus einem Abschnitt nur eine Zahlungspflicht trifft, die auf seinen Bauabschnitt entfällt. Zwar ist es denkbar, dass Eigentümer aus anderen Bauabschnitten die Versicherungsprämien nicht oder nicht pünktlich zahlen. Entsprechende Kosten oder Rückstände sind aber nach dem Grundsatz in Ziffer II.10.4 der Miteigentumsordnung der betroffenen Wirtschaftseinheit zuzuordnen. An der getrennten Kostentragung ändert sich hierdurch nichts.

(3) Bauliche Trennung

Die jeweiligen Bauabschnitte müssen auch baulich in der Weise voneinander getrennt sein, dass sie selbstständig funktionsfähig sind (vgl. Bast, Der Bauträgervertrag, 11. Auflage 2023, Kapitel 5 Rn. 172; Leidner in Grziwotz/Koeble, Handbuch Bauträgerrecht, 2. Auflage 2022, Kapitel 5 Rn. 208). Dies ist vorliegend der Fall. Der Bauabschnitt 1 ist für sich genommen funktionsfähig, was sich schon daraus ergibt, dass die Realisierung eines zweiten Bauabschnitts noch offen war, wie sich den genannten Regelungen im Bauträgervertrag und der Teilungserklärung (Anlage BK1) entnehmen lässt.

Dass es Einrichtungen gibt, die beiden Bauabschnitten dienen, ist unschädlich, da sie nicht die Funktionsfähigkeit eines Bauabschnitts aufheben. So ist die Tiefgarage zwar nicht räumlich nach

Bauabschnitten getrennt, sondern umfasst sämtliche Tiefgaragenplätze für beide Bauabschnitte auf einer Ebene. Sie ist aber klar nach Bauabschnitten aufgeteilt (vgl. den Lageplan Anlage BK3 = Bl. 161 Bd. I der Akten, wobei der dort gezogene rote Strich nicht ganz korrekt gezogen sein dürfte, da die Stellplätze mit den Nummern 26 bis 33 nach der Teilungserklärung und dem Bauträgervertrag dem Bauabschnitt 2 zuzurechnen sind). Diese Trennung entlang der in der Anlage BK3 markierten roten Linie stellt, wie oben ausgeführt, die wirtschaftliche Trennbarkeit der Bauabschnitte sicher, sodass ein Bedürfnis nach vollständiger physischer Trennung der Baukörper entbehrlich erscheint. Nach den Kostenverteilungsregelungen in der Miteigentumsordnung wären Kosten bezüglich der Tiefgarage, die klar einem der Bauabschnitte zugeordnet werden können, der jeweiligen Wirtschaftseinheit zuzuordnen. Lediglich solche Kosten, bei denen eine Zuordnung nicht erfolgen kann, sind von beiden Wirtschaftseinheiten zu tragen. Das ist gerechtfertigt, weil sie jeden der Bauabschnitte betreffen. Dies könnte zum Beispiel der Fall sein, wenn Wasser von unbekannter Stelle in die Tiefgarage eindringen und sich in der Tiefgarage verteilen oder an einer Vielzahl von Stellen auftreten würde und deshalb beispielsweise Abdichtungsarbeiten an der gesamten Tiefgarage vorgenommen werden müssten.

Auch dass, wie aus Ziffer II.2.1 der Miteigentumsordnung erkennbar, gemeinschaftliche Grundstücksflächen existieren, die von Eigentümern beider Bauabschnitte genutzt werden dürfen, stellt die grundsätzliche Trennbarkeit der Bauabschnitte nicht in Frage. Sie sind ebenso zu behandeln wie die gemeinsam nutzbare Tiefgarage.

b) Keine Darlegung von Mängeln am Gemeinschaftseigentum im ersten Bauabschnitt

Der Sachverständige D hat in seinem Gutachten vom 13.05.2024 (Anlage BB12) zwar Mängel am Gemeinschaftseigentum festgestellt. Diese liegen jedoch sämtlich im zweiten Bauabschnitt, auf den sich die Herstellungsverpflichtung im Verhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten nicht erstreckt. Dies ergibt sich für die Mangelbehauptung zu 1. (unzureichende Beleuchtung in Abstellraum Nr. 264 des dortigen Klägers im Untergeschoss) aus der Anlage 1 zur Teilungserklärung (dort Seite 4/8). Folglich ist auch der mit der Mangelbehauptung zu 2. gerügte Mangel (fehlende Steckdose im Kellerabteil des dortigen Klägers) dem zweiten Bauabschnitt zuzuordnen. Für den behaupteten Mangel zu 3. (Brandschutztür im UG Haus 6 lässt sich nicht um 90 Grad öffnen) ergibt sich dies daraus, dass dieser in Haus 6 befindlich sein soll und die Beklagte dem Vortrag der Klägerin, dass sich dieses im zweiten Bauabschnitt befindet, nicht mit Substanz entgegengetreten ist. Auch die aus dem Bauträgervertrag und der Miteigentumsordnung ersichtliche Bezeichnung der Wohnungen, die jeweils mit der Nummer des Hauses beginnt und nach der nur die Häuser 1 bis 4 dem ersten Bauabschnitt zuzuordnen sein dürfte, spricht hierfür.

Für die Mangelbehauptungen zu 4. a) bis 4. f) ergibt sich die Zuordnung zum zweiten Bauabschnitt schon aus dem im Gutachten abgedruckten Beweisbeschluss des Landgerichts, wonach es sich bei allen Mangelbehauptungen unter Ziffer I.4. um „weitere Mängel am Gemeinschaftseigentum des 2. Bauabschnitts“ handeln soll. Zudem ist die Beklagte der klägerischen Behauptung, dass sich die begutachteten Mängel im zweiten Bauabschnitt befinden, ohne Substanz entgegengetreten. Es handelt sich der Art nach jeweils um Mängel, die grundsätzlich einem Bauabschnitt zugeordnet werden können, weil sie grundsätzlich lokal eingrenzbar sind.

Soweit die Beklagte im Schriftsatz vom 22.11.2023 Mängel an den Tiefgaragentoren und Wassereinbrüche gerügt hat, die ihrer Art nach nicht ohne Weiteres nur einem Bauabschnitt zugeordnet werden könnten und daher im Zweifel auch den Bauabschnitt 1 betreffen, kommt es

auf diese nicht an, da die Beklagte ihre Verteidigung gegen die Zahlung der Schlussrate mit Schriftsatz vom 18.07.2024 ausdrücklich auf die im Gutachten des Sachverständigen D (Anlage BB12) festgestellten Mängel am Gemeinschaftseigentum beschränkt hat. Der Senat hatte der Beklagten zuvor mit Verfügung vom 09.07.2024 (Bl. 32 Bd. II der Akten) mitgeteilt, dass sie, wenn die Beweisaufnahme, wie von ihr gewünscht, enden soll, ihre Verteidigung gegen die Zahlung der Schlussrate endgültig auf die vom Sachverständigen D behandelten Mängel beschränken müsse. Auch auf die ausdrückliche Nachfrage des Senats in der Verfügung vom 22.07.2024 (Bl. 37 Bd. II der Akten), wonach er die Schriftsätze der Beklagten vom 18.07.2024 dahingehend verstehe, dass die Beklagte im vorliegenden Verfahren nur noch diejenigen Mängel am Gemeinschaftseigentum geltend mache, die in dem Gutachten des Sachverständigen D Vortrag vom 13.05.2023 festgestellt worden seien, hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 23.07.2024 „die Annahmen des Senats vollständig bestätigt“. Damit ist die Beklagte mit allen übrigen Mängelrügen betreffend das Gemeinschaftseigentum ausgeschlossen, folglich auch mit den in der Anlage BB8 aufgeführten streitigen Mängeln, die unter anderem den ersten Bauabschnitt betreffen sollen.

5. Zinsanspruch

Die Klägerin hat gemäß §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 Abs. 1, 288 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf die begehrte Zahlung von Verzugszinsen nur hinsichtlich des einredefreien Teils der ihr zustehenden Vergütung, also nur bezüglich eines Betrags in Höhe von 6.969,00 Euro. Da die Klägerin die Beklagte jedenfalls mit ihrem Schreiben vom 08.06.2020 (Anlage K5) fruchtlos zur Zahlung des geltend gemachten und fälligen Betrags in Höhe von 12.800,00 Euro unter Fristsetzung zum 16.10.2020 aufgefordert hat, sind Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz jedenfalls wie beantragt für den Zeitraum seit dem 19.10.2020 zu zahlen.

III.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus §§ 92 Abs. 1 Satz 1, 101 Abs. 1 ZPO. Bei der Bildung der Kostenquote hat der Senat berücksichtigt, dass der Klägerin hinsichtlich eines Teilbetrages in Höhe von 5.831,00 Euro der geltend gemachte Zahlungsanspruch nur Zug um Zug gegen Mängelbeseitigung zugesprochen worden ist. Hinsichtlich dieses Teilbetrages wurde die Pflicht zur Kostentragung jeweils hälftig auf die Parteien verteilt.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10 Satz 1, 711, 709 Satz 2 ZPO.

IV.

Die Revision wird zugelassen, denn die Frage, wann vollständige Fertigstellung im Sinne von § 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 MaBV vorliegt und damit die Fertigstellungsrate fällig wird, hat wegen ihrer hohen Praxisrelevanz grundsätzliche Bedeutung und erfordert, beispielsweise vor dem Hintergrund der abweichenden Entscheidung des Kammergerichts in seinem Urteil vom 26.02.2029, Az. 27 U 9/18, zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 ZPO). Auch die Frage, ob eine vertragliche Begrenzung der Herstellungsverpflichtung auf einen Bauabschnitt einer Wohnungseigentumsanlage wirksam vereinbart werden kann, hat grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO).