

Oberlandesgericht Düsseldorf, Urteil vom 22.06.2017 – I-5 U 114/16

ECLI:DE:OLGD:2017:0622.I5U114.16.00

Tenor

Auf die Berufung der Beklagten und die Anschlussberufung des Klägers wird das Urteil der 12. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 25.05.2016 (Az. 12 O 267/14) wie folgt abgeändert und insgesamt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, die Eintragung des Klägers als Eigentümer im Grundbuch zu bewilligen an dem im Grundbuch des Amtsgerichts Stadt 1,, Blätter und eingetragenen Grundbesitz (Gemarkung, Flur, Flurstück [Gebäude- und Freifläche, Wohnen,, 210 m2 groß] sowie Flurstück [Gebäude- und Freifläche, Parken und Verkehr,, 273 m2 groß] sowie den Besitz an den Kläger zu übergeben und zwar

b) hinsichtlich des Wohneigentums mit einem Miteigentumsanteil von 280/1000, verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung im dritten und vierten Obergeschoss nebst Balkonen und Austritt, im Aufteilungsplan mit Nummer 4 bezeichnet (gebildet mit Teilungserklärung vom 29.04.2009),

c) hinsichtlich des Teileigentums mit einem Miteigentumsanteil von 1/1000, verbunden mit dem Sondereigentum an einem Keller im Kellergeschoss, im Aufteilungsplan mit Nummer 8 bezeichnet (gebildet mit Teilungserklärung vom 29.04.2009),

d) hinsichtlich des Teileigentums mit einem weiteren Miteigentumsanteil von 1/1000, verbunden mit dem Sondereigentum an einem Tiefgaragenstellplatz im Kellergeschoss, im Aufteilungsplan mit Nummer 9 bezeichnet (gebildet mit Teilungserklärung vom 29.04.2009),

e) hinsichtlich des Teileigentums mit einem weiteren Miteigentumsanteil von 1/1000, verbunden mit dem Sondereigentum an einem Tiefgaragenstellplatz im Kellergeschoss, im Aufteilungsplan mit Nummer 10 bezeichnet (gebildet mit Teilungserklärung vom 29.04.2009),

f) hinsichtlich des Teileigentums mit einem weiteren Miteigentumsanteil von 1/1000, verbunden mit dem Sondereigentum an einem Tiefgaragenstellplatz im Kellergeschoss, im Aufteilungsplan mit Nummer 11 bezeichnet (gebildet mit Teilungserklärung vom 29.04.2009)

jedoch nur Zug um Zug gegen Zahlung eines Betrags von 112.224,52 €.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte gegenüber dem Kläger verpflichtet ist, ihm sämtliche Schäden auf Grund des durch die Beklagte unwirksam erklärten Rücktritts vom 09.10.2013 hinsichtlich des Baurägersvertrags vom 16.12.2009 und der Vertragsergänzung vom 18.06.2012 zu ersetzen.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 5.330,61 € vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 22.08.2014 zu zahlen.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen und die weitergehende Berufung und Anschlussberufung werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger zu 13% und die Beklagte zu 87%.

Das Berufungsurteil und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Beiden Parteien wird nachgelassen, die Vollstreckung durch die jeweils andere Partei gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrags abzuwenden, wenn nicht zuvor die jeweils andere Partei Sicherheit in Höhe von 120% des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

Rn. 2

I.

Rn. 3

Der Kläger verlangt nach außerordentlicher Kündigung der noch ausstehenden Restarbeiten aus einem mit der Beklagten geschlossenen Bauträgervertrag über eine Eigentumswohnung Besitz- und Eigentumsverschaffung hieran sowie Feststellung der Schadenersatzpflicht der Beklagten wegen verzögerter Fertigstellung des Kaufobjekts.

Rn. 4

Die Parteien schlossen am 14.12.2009 einen Bauträgervertrag (Bl. 13 ff. GA) über eine Eigentumswohnung nebst Keller und drei Tiefgaragenstellplätzen zu einem Kaufpreis von 1.885.000 €. Dieser teilte sich auf in den Wert des Miteigentumsanteils an dem Grundstück in Höhe von 565.000 € (30% des Kaufpreises) sowie den Werklohn in Höhe von 1.320.000 €. Der Bauträgervertrag sah in § 3 Ziffer 6 die Verpflichtung der Beklagten vor, das Vertragsobjekt bis spätestens 30.06.2011 bezugsfertig und bis spätestens 30.09.2011 vollständig fertigzustellen. Gemäß § 5 Ziffer 3 des Vertrags durfte die Beklagte die zu zahlenden Kaufpreiskraten nach freiem Ermessen entsprechend dem tatsächlichen Bauablauf in sieben Teilbeträgen nach im Einzelnen bestimmten Prozentsätzen festlegen. Unter § 6 Ziffer 3 des Vertrags bestimmten die Parteien, dass Streitigkeiten über den jeweiligen Bautenstand bzw. die vollständige Fertigstellung durch einen von der IHK Düsseldorf bestimmten, öffentlich vereidigten und unabhängigen Sachverständigen entschieden werden sollten, wobei hierdurch der Rechtsweg nicht ausgeschlossen war. Der Vertragstext des Bauträgervertrags wurde von der Beklagten zur Verfügung gestellt. Entsprechende Klauseln verwendete die Beklagte gegenüber sämtlichen Erwerbern des streitgegenständlichen Bauprojekts.

Rn. 5

Die Beklagte stellte das Kaufobjekt zu den vereinbarten Terminen weder bezugs- noch vollständig fertig.

Rn. 6

Mit weiterem notariellem Vertrag vom 18.06.2012 (Bl. 56 f. GA) ergänzten die Parteien den Bauträgervertrag. Gemäß § 2 Ziffer 2 des Ergänzungsvertrags hoben die Parteien § 3 Ziffer 6 des ursprünglichen Bauträgervertrags auf und ersetzen diesen durch folgende Regelung:

Rn. 7

„Der Verkäufer verpflichtet sich, das Vertragsobjekt bis spätestens 31.03.2013 bezugsfertig und bis zum 30.06.2013 vollständig fertig zu stellen.“

Rn. 8

Unter § 2 Ziffer 3 des Ergänzungsvertrags vereinbarten die Parteien Folgendes:

Rn. 9

„Der Verkäufer hatte sich in dem Kaufvertrag vom 14.12.2009 verpflichtet, das Kaufobjekt bis spätestens 30.06.2011 bezugsfertig und bis spätestens 30.09.2011 vollständig fertig zu stellen. Als Entschädigung für die nunmehr verzögerte Fertigstellung erhält der Käufer vom 01.09.2011 bis zur Bezugsfertigkeit des Vertragsobjektes eine monatliche Entschädigung von 3.000,- €.“

Rn. 10

Der Kläger zahlte an die Beklagte insgesamt einen Betrag in Höhe von 1.198.755 €, der sich aus der vollständigen Begleichung der ersten (471.250 €), zweiten (527.800 €) und vierten (118.755 €) Rate

sowie einer anteiligen Begleichung der dritten (80.950 €) Rate zusammensetzt. Von der unstreitig fälligen Rechnung über die dritte Rate (Fensterbau einschließlich Verglasung) zog der Kläger mit Blick auf die Vereinbarung gemäß § 2 Ziffer 3 des Ergänzungsvertrags einen Betrag von 51.000 € ab.

Rn. 11

Mit Rechnung vom 04.06.2013 (Bl. 216 GA) nebst beigelegtem Bautenstandsbericht (Bl. 217 GA) forderte die Beklagte als fünfte Rate für die Fertigstellung der Dachflächen und Dachrinnen einen Betrag in Höhe von 105.560 €. Dabei war sowohl in der Rechnung als auch im Bautenstandsbericht vermerkt, dass die Fertigstellung der Dachflächen und Dachrinnen ohne Klempnerarbeiten erfolgt sei.

Rn. 12

Am 10.06.2013 besichtigte der vom Kläger beauftragte Sachverständige Dipl.-Ing. A das Kaufobjekt und gelangte zu der – zwischen den Parteien teilweise streitigen – Feststellung (vgl. Protokoll Bl. 218 ff. GA), dass die Dacharbeiten noch nicht fertiggestellt seien. Der Kläger übermittelte der Beklagten die Stellungnahme des Sachverständigen A. Daraufhin erteilte die Beklagte dem Kläger Baustellenverbot. Unter dem 30.08.2013 kam es zu einer erneuten gemeinsamen Besichtigung des Kaufobjektes durch die Parteien, wobei seitens des Klägers der Sachverständige A, seitens der Beklagten ein Ingenieur des Ingenieurbüros B hinzugezogen wurde. Der Sachverständige A kam in diesem Termin zu dem – zwischen den Parteien umstrittenen – Ergebnis (vgl. Protokoll Bl. 247 ff. GA), dass das Dach auch zu diesem Zeitpunkt noch nicht fertiggestellt sei. Unstreitig waren zu den genannten Zeitpunkten die Klempnerarbeiten am Dach nicht fertiggestellt. Für seine Tätigkeit zahlte der Kläger an den Sachverständigen A einen Betrag in Höhe von 3.063,54 €.

Rn. 13

Ein Schiedsgutachter wurde von den Parteien nicht hinzugezogen.

Rn. 14

Der Kläger zahlte auch auf Mahnung der Beklagten vom 13.09.2013 unter Fristsetzung bis zum 23.09.2013 (Bl. 140 GA) die von der Beklagten als fünfte Rate geforderte Summe nicht. Ein aktueller Bautenstandsbericht war der der Mahnung nicht beigelegt.

Rn. 15

Mit Schreiben vom 09.10.2013 (Bl. 71 GA) erklärte die Beklagte den Rücktritt von dem Bauträgervertrag und begründete diesen mit der nicht gezahlten fünften Rate.

Rn. 16

Der Kläger beauftragte daraufhin seine vormaligen Prozessbevollmächtigten, C Rechtsanwälte aus Düsseldorf, mit der Verfolgung seiner Rechtsinteressen wegen des aus seiner Sicht unberechtigten Rücktritts der Beklagten. Hierfür entstanden ihm ausgehend von einem Gegenstandswert von 440.000 € und einer 1,8 Geschäftsgebühr Kosten in Höhe von 6.391,97 €.

Rn. 17

Mit Schreiben vom 30.10.2015 (Bl. 284 GA) setzt der Kläger der Beklagten eine Frist zur Fertigstellung der streitgegenständlichen Wohnung bis zum 20.11.2015, wobei das Schreiben an die seinerzeitigen Prozessbevollmächtigten der Beklagten, Rechtsanwälte D aus Düsseldorf, übersandt wurde. Nachdem hierauf keine Reaktion erfolgte, erinnerte der Kläger an das Schreiben mit weiterem Schreiben vom 11.11.2015 (Bl. 299 GA). Mit weiterem Schreiben vom 08.12.2015 (Bl. 300 ff. GA) teilte der Kläger der Beklagten mit, dass deren Bevollmächtigter angezeigt habe, sie nicht mehr zu vertreten. Er setzte der Beklagten erneut eine Frist bis zum 17.12.2015 zur Herstellung der Bezugsfertigkeit der streitgegenständlichen Wohnung sowie zur Bestätigung des Fortbestands des Bauträgervertrags.

Rn. 18

Nachdem weder eine Fertigstellung noch eine Bestätigung des Fortbestands des Vertrags erfolgte, erklärte der Kläger mit anwaltlichem Schreiben vom 18.12.2015 (Bl. 182 f. GA) gegenüber der Beklagten die außerordentliche Kündigung der noch ausstehenden Restarbeiten des Bauträgervertrags.

Rn. 19

Eine vollständige Fertigstellung der Arbeiten in der streitgegenständlichen Wohnung ist nicht erfolgt. Der Wert der ausgeführten Werkleistungen beträgt 900.785 € (Tabelle des Klägers Bl. 199 GA).

Rn. 20

Der Kläger hat gegenüber einem von ihm errechneten Restkaufpreisanspruch der Beklagten in Höhe von 267.030 € die Aufrechnung mit Gegenforderungen in Höhe von 300.063,54 € erklärt. Seine Gegenforderungen hat der Kläger wie folgt beziffert:

Rn. 21

- Verzugsschadenersatz vom 30.09.2011 bis 30.06.2013 in Höhe von 63.000 € (21 Monate x 3.000 €)

Rn. 22

- Verzugsschadenersatz vom 30.09.2011 bis 30.06.2013 in Höhe von 50.400 € (21 x 2.400 €)

Rn. 23

- Verzugsschadenersatz vom 01.07.2013 bis 31.12.2015 in Höhe von 162.000 € (30 Monate x 5.400 €)

Rn. 24

- Verzugsschadenersatz vom 01.01.2016 bis 30.04.2016 in Höhe von 21.600 € (4 Monate x 5.400 €)

Rn. 25

- Sachverständigenkosten 3.063,54 €

Rn. 26

Der Kläger hat behauptet, die Dacharbeiten seien weder zum Zeitpunkt der fünften Abschlagsrechnung noch zu den Besichtigungsterminen fertiggestellt gewesen. Bis heute sei das Objekt nicht bezugsfertig. Bei einer Vermietung hätte er eine monatliche Kaltmiete von 5.400 € erzielt. Die Regelungen des Bauträgervertrags seien Allgemeine Geschäftsbedingungen der Klägerin. Der Kläger habe den Bauträgervertrag als Verbraucher abgeschlossen.

Rn. 27

Die Beklagte hat behauptet, der im Bautenstandsbericht der fünften Abschlagsrechnung angegebene Bautenstand sei auch erreicht gewesen. Es sei zu einer Verlängerung der Bauzeit um mindestens 5 Monate gekommen, weil der Kläger in den Bauablauf durch eigene Anordnungen gegenüber ausführenden Unternehmen und die mehrfache Beauftragung zusätzlicher und geänderter Leistungen massiv eingegriffen habe. Es handele sich bei den Bedingungen des Bauträgervertrags nicht um Allgemeine Geschäftsbedingungen, weil sie mit dem Kläger individuell ausgehandelt worden seien. Der Kläger habe den Vertrag als Kaufmann im Schifffahrts-Bereich abgeschlossen.

Rn. 28

Die Klage ist der Beklagten am 21.08.2014 zugestellt worden. Für die Beklagte haben sich zunächst die Rechtsanwälte E bestellt. Mit Schriftsatz vom 18.03.2015 haben sich für die Beklagte sodann die Rechtsanwälte D bestellt. Mit Schriftsatz vom 23.11.2015 (Bl. 176 GA) haben die Rechtsanwälte D das Mandat niedergelegt. Mit Schriftsatz vom 18.12.2015 (Bl. 174 GA) hat der Kläger seine Klage geändert. Dieser Schriftsatz ist der Beklagten über die Rechtsanwälte D zugestellt worden (Bl. 317 GA), die ihn mit

Schriftsatz vom 05.01.2016 an das Gericht zurückgereicht haben (Bl. 318 GA). Mit Schriftsatz vom 25.01.2016 (Bl. 322 GA) haben die Rechtsanwälte E mitgeteilt, dass die Beklagte weiterhin von ihnen vertreten werde.

Rn. 29

Zur weiteren Prozessgeschichte und zum weiteren Vorbringen der Parteien im ersten Rechtszug wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen im Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Rn. 30

Das Landgericht Düsseldorf, 12. Zivilkammer, hat wie folgt entschieden:

Rn. 31

Die Beklagte wird verurteilt

Rn. 33

1. gegenüber dem Notar F mit Amtssitz in Stadt 1 (.....) die Eintragung des Herrn G, wohnhaft in Stadt 1, als Eigentümer im Grundbuch zu bewilligen an dem im Grundbuch des Amtsgerichts Stadt 1,, Blätter und eingetragenen Grundbesitz (Gemarkung, Flur, Flurstück [Gebäude- und Freifläche, Wohnen,, 210 m² groß] sowie Flurstück [Gebäude- und Freifläche, Parken und Verkehr,, 273 m² groß] sowie den Besitz an den Kläger zu übergeben und zwar

Rn. 35

a. hinsichtlich des Wohneigentums mit einem Miteigentumsanteil von 280/1000, verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung im dritten und vierten Obergeschoss nebst Balkonen und Austritt, im Aufteilungsplan mit Nummer 4 bezeichnet (gebildet mit Teilungserklärung vom 29.04.2009),

Rn. 37

b. hinsichtlich des Teileigentums mit einem Miteigentumsanteil von 1/1000, verbunden mit dem Sondereigentum an einem Keller im Kellergeschoss, im Aufteilungsplan mit Nummer 8 bezeichnet (gebildet mit Teilungserklärung vom 29.04.2009),

Rn. 39

c. hinsichtlich des Teileigentums mit einem weiteren Miteigentumsanteil von 1/1000, verbunden mit dem Sondereigentum an einem Tiefgaragenstellplatz im Kellergeschoss, im Aufteilungsplan mit Nummer 9 bezeichnet (gebildet mit Teilungserklärung vom 29.04.2009),

Rn. 41

d. hinsichtlich des Teileigentums mit einem weiteren Miteigentumsanteil von 1/1000, verbunden mit dem Sondereigentum an einem Tiefgaragenstellplatz im Kellergeschoss, im Aufteilungsplan mit Nummer 10 bezeichnet (gebildet mit Teilungserklärung vom 29.04.2009),

Rn. 43

e. hinsichtlich des Teileigentums mit einem weiteren Miteigentumsanteil von 1/1000, verbunden mit dem Sondereigentum an einem Tiefgaragenstellplatz im Kellergeschoss, im Aufteilungsplan mit Nummer 11 bezeichnet (gebildet mit Teilungserklärung vom 29.04.2009),

Rn. 44

jedoch nur Zug um Zug gegen Zahlung eines Betrags von 95.966,46 €.

Rn. 46

2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte gegenüber dem Kläger verpflichtet ist, dem Kläger sämtliche Schäden auf Grund des durch die Beklagte unwirksam erklärten Rücktritts vom 09.10.2013 hinsichtlich des Bauträgervertrags vom 16.12.2009 und der Vertragsergänzung vom 18.06.2012 zu ersetzen.

Rn. 48

3. Es wird festgestellt dass die Beklagte gegenüber dem Kläger verpflichtet ist, dem Kläger sämtliche Schäden zu ersetzen, die auf Grund dessen entstanden sind und noch entstehen, dass die Beklagte das Vertragsobjekt weder bis spätestens 31.03.2013 bezugsfertig noch bis 30.06.2013 vollständig fertiggestellt hat, mit Ausnahme der monatlich wiederkehrenden Schäden, soweit sie den Betrag von 3.000 € monatlich übersteigen und, soweit es monatlich wiederkehrende Schäden bis zu 3.000 € betrifft, mit Ausnahme der Schäden, die bereits durch Aufrechnung oder Verrechnung im hiesigen Prozess erloschen sind.

Rn. 50

4. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 4.623,03 € vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 22.08.2014 zu zahlen.

Rn. 51

Die weitergehende Klage hat das Landgericht abgewiesen.

Rn. 52

Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, die Klageänderung des Klägers von der ursprünglich begehrten Feststellung der Unwirksamkeit des Rücktritts der Beklagten zur Klage auf Übereignung und Besitzverschaffung sei gemäß § 263 ZPO zulässig, weil sie sachdienlich sei. Die Klageänderung sei der Beklagten auch wirksam zugestellt worden. Ein etwaiger Zustellungsmangel sei gemäß § 189 ZPO durch den tatsächlichen Zugang des Schriftsatzes geheilt worden. Die Beklagte habe außerdem zu der Klageänderung in der öffentlichen Sitzung mündlich verhandelt. Die Beklagte sei auch ordnungsgemäß zum Termin über die Rechtsanwälte D geladen worden.

Rn. 53

Dem Kläger stehe gegen die Beklagte ein Anspruch auf Bewilligung der Eintragung des Klägers in das Grundbuch sowie Einräumung des Besitzes gemäß § 433 Abs. 1 S. 1 BGB zu, jedoch nur Zug um Zug gegen Zahlung von 95.966,46 €. Der Kläger habe den Bauträgervertrag mit Schreiben vom 18.12.2015 wirksam außerordentlich gekündigt. Zu diesem Zeitpunkt habe der Bauträgervertrag noch bestanden, da der von der Beklagten erklärte Rücktritt vom 09.10.2013 unwirksam gewesen sei. Die von ihr geforderte fünfte Kaufpreisrate sei nicht fällig gewesen, weil die Herstellung der Dachflächen und Dachrinnen nicht vollständig durchgeführt worden sei. Die Herstellung der Dachflächen und Dachrinnen umfasse die entsprechenden Isolierungs-, Belags- und Klempnerarbeiten. Unstreitig seien die Klempnerarbeiten nicht ausgeführt gewesen. Unabhängig von den Klempnerarbeiten sei der Vortrag des Klägers, dass der Bautenstand nicht erreicht gewesen sei, gemäß § 138 Abs. 2, 3 ZPO als zugestanden anzusehen. Denn die Beklagte habe den substantiierten Vortrag des Klägers zu den einzelnen Bauteilen, die noch nicht fertiggestellt gewesen sein sollen, nicht substantiiert bestritten. Die Beklagte habe schon nicht vorgetragen, worin der „bestätigte Bautenstand“ bestanden haben soll. Da es sich bei dieser Frage auch um eine Rechtsfrage handle, hätte es des Vortrags dazu bedurft, welche einzelnen Arbeiten durchgeführt bzw. nicht durchgeführt worden seien. Der Kläger habe den Bauträgervertrag außerordentlich kündigen dürfen. Unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen der Parteien sei ihm ein Festhalten am Vertrag nicht zumutbar gewesen. Die Beklagte habe mehrfach die vertraglich vereinbarte Fertigstellungsfrist nicht eingehalten und durch ihre unberechtigte Rücktrittsforderung deutlich gemacht, dass sie ihre Vertragspflichten gegenüber dem

Kläger nicht weiter habe erfüllen wollen. Ihren mangelnden Erfüllungswillen habe sie auch durch Inserierung der streitgegenständlichen Wohnung zum Ausdruck gebracht. Durch die Summe der Pflichtverstöße sei das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien nachhaltig erschüttert worden. Die für die außerordentliche Kündigung grundsätzlich erforderliche Fristsetzung sei mit Schreiben vom 30.10.2015 und erneut mit Schreiben vom 08.12.2015 erfolgt.

Rn. 54

Dem Kläger stehe ein Anspruch auf Bewilligung der Eintragung und Einräumung des Besitzes aber nur Zug um Zug gegen Zahlung eines weiteren Betrags von 95.966,46 € gegen die Beklagte zu. Die außerordentliche Kündigung der Restarbeiten des Bauträgervertrags habe dazu geführt, dass die Beklagte einen fälligen Anspruch auf Vergütung der bisher erbrachten Leistungen habe, ohne dass es einer Abnahme bedürfe. Nach dem unbestrittenen Vortrag des Klägers belaufe sich der Wert des Objekts nach dem gegenwärtigen Bautenstand auf 1.465.785 €, der sich zusammensetze aus dem Wert der bislang erbrachten Werkleistungen (900.785 €) zuzüglich des Grundstückswerts (565.000 €). Der nach der Kündigung vom Kläger zu zahlende Kaufpreis von 267.030 € (= 1.465.785 € abzüglich gezahlter 1.198.755 €) sei noch nicht vollständig beglichen, da die vom Kläger geltend gemachten Gegenansprüche nicht in dieser Höhe bestünden. Für die Zeit vom 01.09.2011 bis 30.04.2016 könne der Kläger aufgrund des Ergänzungsvertrags einen monatlichen Entschädigungsbetrag in Höhe von 3.000 € fordern. Der Vertrag sei dahingehend auszulegen, dass die Parteien sich auf eine abschließend festgelegte monatliche Entschädigung geeinigt hätten, die die Geltendmachung eines weitergehenden Schadens ausschließe. Insgesamt errechne sich ein Entschädigungsanspruch in Höhe von 168.000 €. Außerdem seien die vom Kläger angesetzten Sachverständigenkosten in Höhe von 3.063,54 € zu berücksichtigen, da die Beklagte eine Pflicht aus dem Bauträgervertrag gemäß § 280 Abs. 1 BGB verletzt habe, indem sie die fünfte Rate angefordert habe, ohne dass die vertraglichen Voraussetzungen hierfür vorgelegen hätten. Das Verschulden der Beklagten werde vermutet. Infolge der Pflichtverletzung sei dem Kläger ein kausaler Schaden entstanden, weil die Beauftragung eines Sachverständigen zur Feststellung der technischen Gegebenheiten zweckmäßig gewesen sei. Auf die Schiedsgutachtervereinbarung komme es insoweit nicht an, weil diese nach ihrem Wortlaut („Soll“) fakultativ sei und sich die Beklagte zu keiner Zeit darauf berufen hat, einen Schiedsgutachter beauftragen zu wollen. Vielmehr habe die Beklagte selbst einen eigenen Gutachter in Anspruch genommen. In Addition der Beträge ergäben sich Gegenansprüche in Höhe von 171.063,54 €. Es verbleibe ein offener Kaufpreis von 95.966,46 € (1.465.785 € abzüglich 1.198.755 € und abzüglich 171.063,54 €).

Rn. 55

Dem Kläger stehe auch ein Anspruch auf Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zum Ersatz zukünftiger Schäden aufgrund des unwirksamen erklärten Rücktritts gemäß §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB zu. Der Antrag sei zulässig, da das erforderliche Feststellungsinteresse gemäß § 256 ZPO vorliege. Es genüge die Wahrscheinlichkeit eines zukünftigen Schadenseintritts, die bei unberechtigtem Rücktritt von einem Bauträgervertrag schon allein aufgrund der damit verbundenen erforderlichen Umplanung zu bejahen sei. Schließlich stehe dem Kläger gemäß §§ 280 Abs. 1, 2, 281, 286 BGB auch ein Anspruch auf Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zum Ersatz der zukünftigen Schäden zu, die durch nicht erfolgte Fertigstellung des Objekts weder bis zum 31.03.2013 noch bis zum 30.06.2013 entstehen werden. Auch insoweit sei es überwiegend wahrscheinlich, dass ein Schaden entstanden sei. Es lägen sowohl die Tatbestandsvoraussetzungen von §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB als auch §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB vor. Die Beklagte habe eine Pflicht aus dem Bauträgervertrag verletzt, indem sie das Kaufobjekt nicht bis zum 31.03.2016 bezugsfertig bzw. bis zum 30.06.2013 vollständig fertiggestellt habe. Ihr Verschulden werde gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet. Die Beklagte könne sich nicht darauf berufen, dass die Verspätung auf Sonderwünschen des Klägers beruhe, weil sie hierzu trotz Hinweises der Kammer nicht substantiiert vorgetragen habe. Außerdem könne die von der Beklagten behauptete Verzögerung von 5 Monaten aufgrund von Sonderwünschen die tatsächlich entstandene deutlich darüber

hinausgehende Verzögerung nicht erklären. Einer Fristsetzung im Rahmen des § 281 Abs. 1 BGB habe es nicht bedurft, weil die Beklagte die Erfüllung des Vertrags ernsthaft und endgültig verweigert habe. Eine Mahnung nach § 286 Abs. 1 BGB sei entbehrlich gewesen, weil für die Leistung gemäß § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB eine Zeit nach dem Kalender bestimmt gewesen sei. Der Feststellungstenor sei jedoch auf die monatlich wiederkehrenden Schäden zu begrenzen, die einen Betrag von 3.000 € nicht überschreiten, weil die Parteien eine darüber hinausgehende Ersatzpflicht durch ihre Ergänzungsvereinbarung ausgeschlossen hätten. Außerdem seien die Schäden auszunehmen, die bereits durch die im Prozess erklärte Aufrechnung bzw. Verrechnung erloschen seien.

Rn. 56

Ein Anspruch auf Feststellung der Verpflichtung zum Schadenersatz wegen der Überschreitung der Fertigstellungsfristen im Jahr 2011 stehe dem Kläger nicht zu, weil es insoweit an einer Pflichtverletzung der Beklagten fehle. Die Ergänzungsvereinbarung der Parteien sei dahingehend auszulegen, dass die ursprünglichen Fertigstellungstermine keine Wirkung mehr hätten entfalten sollen.

Rn. 57

Der Anspruch des Klägers auf Ersatz der vorgerichtlichen Anwaltskosten folge aus § 280 Abs. 1 BGB. Die Beklagte habe durch Geltendmachung des nicht bestehenden Rücktrittsrechts eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt. Angesichts der erheblichen Komplexität des Sachverhalts sei die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten zweckmäßig gewesen. Die geltend gemachte 1,8 Geschäftsgebühr sei aber überhöht, da der Sachverhalt für einen Juristen keine überdurchschnittliche Schwierigkeit aufweise. Angemessen sei eine 1,3 Geschäftsgebühr, wonach unter Zugrundelegung des angemessenen Gegenstandswerts von 440.000 € ein Betrag von 4.623,03 € zu zahlen sei. Der Zinsanspruch ergebe sich aus § 291 BGB.

Rn. 58

Mit ihrer Berufung möchte die Beklagte die vollständige Abweisung der Klage erreichen. Sie macht geltend, der vom Landgericht zu Ziffer 1 ausgesprochene Tenor sei rechtsfehlerhaft. Die Bewilligung einer Eigentumsänderung sei gegenüber dem Grundbuchamt abzugeben, nicht gegenüber einem Notar. Außerdem lägen die Voraussetzungen des § 7 Ziffer 2 des Bauträgervertrags, unter welchen der Notar die Eigentumsumschreibung veranlassen dürfe, nicht vor. Eine Regelung, wonach die Beklagte die Bewilligung gegenüber dem Notar Zug um Zug gegen Zahlung eines Betrages von 95.966,46 € durch den Kläger zu erklären habe, sei in § 7 Ziffer 2 Bauträgervertrags nicht enthalten. Weder der Kläger, noch die Beklagte hätten einen Zug-um-Zug-Antrag gestellt. Das angefochtene Urteil sei ferner rechtsfehlerhaft, weil es die Schiedsgutachter-Vereinbarung in § 6 Ziffer 3 des Bauträgervertrags für irrelevant halte. Das Landgericht sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass es sich um eine fakultative Regelung handle. Vielmehr habe das Wort „soll“ eine imperative Funktion und Bedeutung. Außerdem habe die Schiedsgutachter-Vereinbarung der Vermeidung von gerichtlichen Verfahren dienen sollen, so dass sie durchaus verbindliche und nicht nur fakultative Wirkung hätte haben sollen. Die Parteien seien auch nicht von der Schiedsgutachter-Abrede abgerückt. Der Kläger habe im Rechtsstreit geäußert, dass er weiterhin auf Einholung eines Schiedsgutachtens bestehe. Auch die Beklagte habe nie auf die Schiedsgutachter-Abrede verzichtet. Sie habe vielmehr in der Klageerwiderung vom 29.07.2015 auf Seite 6 vorgetragen, dass sie auf Einholung eines Schiedsgutachtens bestehe. Das Landgericht habe den Vortrag der Parteien übergangen und zu Unrecht ausgeführt, dass die Beklagte sich zu keiner Zeit darauf berufen habe, einen Schiedsrichter beauftragen zu wollen. Das Landgericht hätte die Klage aufgrund des fehlenden Schiedsgutachtens als zur Zeit unbegründet abweisen müssen. Außerdem habe das Landgericht die Rücktrittserklärung der Beklagten vom 09.10.2013 rechtsfehlerhaft für unwirksam gehalten. Die Beklagte habe vorgetragen, dass die Dachflächen und Dachrinnen des Objekts hergestellt bzw. sämtliche Werkleistungen ausgenommen die restlichen Sanitär- und Fliesenarbeiten in der streitgegenständlichen Wohnung ausgeführt worden seien. Dies habe der Kläger in seinem Schriftsatz

vom 18.12.2015 auf Seite 22 auch selbst eingeräumt, weil dort als offenes Gewerk lediglich die Ausführung der Fliesen- und Sanitärarbeiten aufgeführt sei. Es sei daher unstreitig, dass die Dachflächen und Dachrinnen nebst allen Klempner- und sonstigen Zusatzarbeiten vollständig erstellt worden seien. Ob Dachflächen und Dachrinnen hergestellt seien, sei außerdem eine Tatsachenfrage, die einer Beweisaufnahme zugänglich gewesen wäre. Das Landgericht hätte deshalb den Beweisantritten der Beklagten nachgehen müssen. Die Erklärungen der Beklagten im Prozess seien außerdem als Wiederholung und Bestätigung der Kündigung vom 09.10.2013 auszulegen; die Vorlage einer Bautenstandsbestätigung hierzu sei entbehrlich. Der Vortrag des Klägers zum Bautenstand der Dachflächen und Dachrinnen sei auch nicht als zugestanden anzusehen, weil die Beklagte ihrer Darlegungslast durch den Hinweis auf die vollständige Fertigstellung des Gewerkes mit entsprechendem Beweisantritt ausreichend nachgekommen sei. Aufgrund des wirksamen Rücktritts der Beklagten sei die Kündigung des Klägers vom 18.12.2015 ins Leere gegangen. Im Übrigen habe dem Kläger kein Rücktrittsrecht zugestanden, weil er sich vertragswidrig verhalten habe, indem er die fünfte Rate von 105.560 € nicht gezahlt habe. Eine Kündigung von Restarbeiten sei außerdem rechtlich nicht möglich. Die Kündigung des Klägers könne daher nur die Bedeutung zugemessen werden, dass der Bauträgervertrag insgesamt beendet werde, mit der Folge, dass dem Kläger kein Anspruch auf Eigentumsumschreibung mehr zustehe. Es liege auch kein wichtiger Grund vor, der den Kläger zur außerordentlichen Kündigung hätte berechtigen können. Die vom Landgericht als Pflichtverstoß gewertete Insertion sei mit Zustimmung des Klägers und seines früheren Prozessbevollmächtigten erfolgt. Die Parteien hätten nämlich beabsichtigt, die Wohnung mit Gewinn zu verkaufen und den Gewinn hälftig zu teilen. Der Kläger versuche nunmehr einseitig, die Wohnung zu veräußern und den Gewinn für sich zu vereinnahmen, was keinen wichtigen Grund für eine Kündigung darstelle. Dass die Verzögerung bei der Fertigstellung kein wichtiger Grund sei, ergebe sich aus der Ergänzungsvereinbarung der Parteien vom 18.06.2012. Der vom Landgericht angenommene Gesamtanspruch des Klägers in Höhe von 171.063,54 € sei übersetzt. Umgekehrt sei der vom Landgericht angesetzte Wert des Objekts mit 1.465.785 € wesentlich zu niedrig.

Rn. 59

Die Beklagte beantragt,

Rn. 60

das angefochtene Urteil des Landgerichts Düsseldorf vom 25.05.2016 – 12 O 267/14 LG Düsseldorf – abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen.

Rn. 61

Die Klägerin beantragt,

Rn. 62

die Berufung zurückzuweisen

Rn. 63

sowie im Wege der Anschlussberufung,

Rn. 65

1. die Beklagte zu verurteilen, die Eintragung des Herrn G, wohnhaft in Stadt 1, als Eigentümer im Grundbuch zu bewilligen an dem im Grundbuch des Amtsgerichts Stadt 1,, Blätter und eingetragenen Grundbesitz (Gemarkung, Flur, Flurstück [Gebäude- und Freifläche, Wohnen,, 210 m² groß] sowie Flurstück [Gebäude- und Freifläche, Parken und Verkehr,, 273 m² groß] sowie den Besitz an ihn zu übergeben und zwar

Rn. 66

a) hinsichtlich des Wohneigentums mit einem Miteigentumsanteil von 280/1000, verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung im dritten und vierten Obergeschoss nebst Balkonen und Austritt, im Aufteilungsplan mit Nummer 4 bezeichnet (gebildet mit Teilungserklärung vom 29.04.2009),

Rn. 67

b) hinsichtlich des Teileigentums mit einem Miteigentumsanteil von 1/1000, verbunden mit dem Sondereigentum an einem Keller im Kellergeschoss, im Aufteilungsplan mit Nummer 8 bezeichnet (gebildet mit Teilungserklärung vom 29.04.2009),

Rn. 68

c) hinsichtlich des Teileigentums mit einem weiteren Miteigentumsanteil von 1/1000, verbunden mit dem Sondereigentum an einem Tiefgaragenstellplatz im Kellergeschoss, im Aufteilungsplan mit Nummer 9 bezeichnet (gebildet mit Teilungserklärung vom 29.04.2009),

Rn. 69

d) hinsichtlich des Teileigentums mit einem weiteren Miteigentumsanteil von 1/1000, verbunden mit dem Sondereigentum an einem Tiefgaragenstellplatz im Kellergeschoss, im Aufteilungsplan mit Nummer 10 bezeichnet (gebildet mit Teilungserklärung vom 29.04.2009),

Rn. 70

e) hinsichtlich des Teileigentums mit einem weiteren Miteigentumsanteil von 1/1000, verbunden mit dem Sondereigentum an einem Tiefgaragenstellplatz im Kellergeschoss, im Aufteilungsplan mit Nummer 11 bezeichnet (gebildet mit Teilungserklärung vom 29.04.2009);

Rn. 72

2. festzustellen, dass die Beklagte gegenüber dem Kläger verpflichtet ist, dem Kläger sämtliche Schäden aufgrund des durch die Beklagte unwirksam erklärten Rücktritts vom 09.10.2013 hinsichtlich des Bauträgervertrags vom 16.12.2009 und der Vertragsergänzung vom 18.06.2012 zu ersetzen;

Rn. 74

3. festzustellen, dass die Beklagte gegenüber dem Kläger verpflichtet ist, ihm sämtliche Schäden zu ersetzen, die aufgrund dessen entstanden sind und noch entstehen, dass die Beklagte das Vertragsobjekt weder bis spätestens 30.06.2011 noch bis 31.03.2013 bezugsfertig und weder bis spätestens 30.09.2011 noch bis 30.06.2013 vollständig fertig gestellt hat mit Ausnahme der Schäden, die bereits durch Aufrechnung oder Verrechnung im hiesigen Prozess erloschen sind;

Rn. 76

4. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 6.391,97 € vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Rn. 77

Die Beklagte beantragt,

Rn. 78

die Anschlussberufung zurückzuweisen.

Rn. 79

Die Klägerin verfolgt mit ihrer Anschlussberufung ihre Klageanträge – unter Klarstellung des Antrags zu 1) – in vollem Umfang weiter. Soweit die Beklagte erstinstanzlich verurteilt worden sei, sei das Urteil des

Landgerichts rechtsfehlerfrei.

Rn. 80

Der Tenor zu Ziffer 1 sei nicht zu beanstanden. Die Beklagte werde lediglich zur Erfüllung ihrer vertraglichen Pflichten verurteilt. Bei Zweifeln über den Inhalt des Antrags hätte das Landgericht einen Hinweis gemäß § 139 ZPO erteilen müssen. Die Zug-um-Zug-Verurteilung sei ebenfalls nicht zu beanstanden. Die §§ 320 ff. BGB seien anwendbar, weil es sich bei dem Bauträgervertrag um einen gegenseitigen Vertrag handele. Außerdem betreffe die Regelung in § 7 Ziffer 2 des Bauträgervertrags nicht das Verhältnis der Parteien untereinander, sondern das Verhältnis der Parteien zum Notar. Die Möglichkeit einer Zug-um-Zug-Verurteilung folge im Übrigen unmittelbar aus § 322 Abs. 1 BGB, ohne dass es hierfür des formellen Antrags einer Partei bedürfe.

Rn. 81

Das Landgericht Düsseldorf habe zu Recht den Rücktritt der Beklagten für unwirksam erachtet. Es habe richtigerweise festgestellt, dass die zwingend zu den Dacharbeiten gehörenden Klempnerarbeiten nicht erbracht worden seien. Dies ergebe sich aus dem Bautenstandsbericht (Anlage K6) und der Rechnung der Beklagten (Anlage K6). Der Kläger habe im Übrigen erstinstanzlich ausführlich dargelegt, dass noch zahlreiche Arbeiten am Gesamtwerk Dach ausstünden und außerdem zahlreiche Mängel vorgelegen hätten. Dies habe die Beklagte nicht substantiiert bestritten. Sie habe an keiner Stelle erläutert, welche konkreten Leistungen sie unter den „bestätigten Bautenstand“ fassen wollte. Es sei deshalb völlig offengeblieben, in welchem Umfang die Beklagte den detaillierten klägerischen Vortrag überhaupt habe bestreiten wollen. Der Einholung eines Schiedsgutachtens habe es nicht bedurft. Die Schiedsgutachterklausel sei bereits nicht anwendbar, weil zwischen den Parteien kein Streit hinsichtlich der Erreichung des Bautenstands bestehe, den insbesondere die Klempnerarbeiten seien unstreitig noch nicht erbracht. Außerdem handele es sich um eine fakultative Regelung. Dies folge aus dem Wortlaut sowie aus dem Umstand, dass § 6 Ziffer 3 des Bauträgervertrags keine Regelung dazu vorsehe, falls sich eine Partei weigere, einen Sachverständigen hinzuzuziehen oder bei der Hinzuziehung nicht mitwirke. Der Rechtsweg sei zudem gerade nicht ausgeschlossen worden. Die Schiedsgutachterklausel sei außerdem gemäß § 307 BGB als Allgemeine Geschäftsbedingung wegen unangemessener Benachteiligung des Klägers unwirksam. Schließlich berufe sich die Beklagte treuwidrig auf die Schiedsgutachterabrede, denn sie habe selbst vor Erklärung des Rücktritts am 09.10.2013 auf die Einholung eines Schiedsgutachtens verzichtet. Hilfsweise ergebe sich die Unwirksamkeit des Rücktritts der Beklagten daraus, dass die Beklagte die Innenputzrate mit Rechnung vom 30.01.2013 zu Unrecht angefordert habe. Ein entsprechender Bautenzustand sei noch nicht erreicht und die Innenputzarbeiten teilweise mangelhaft gewesen. Mangels Fälligkeit der Innenputzrate habe dem Kläger ein Rückzahlungsanspruch gegen die Beklagte nach § 812 Abs. 1 S. 1 BGB zugestanden, den er nach § 320 BGB der angeforderten Rate habe entgegenhalten können. Daneben habe dem Kläger wegen der Mängel ein Zurückbehaltungsrecht nach § 641 Abs. 3 BGB zugestanden. Er habe daher nicht mit der Dachrate in Verzug geraten können. Ferner sei die von der Beklagte geforderte fünfte Rate auch deshalb nicht fällig gewesen, weil der vereinbarte Zahlungsplan insgesamt unwirksam gewesen sei. § 5 Ziffer 3 des Bauträgervertrags sehe eine flexible Leistungsbestimmung durch den Bauträger vor. Diese Regelung sei nach § 307 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB unwirksam, weil sie die Grundsätze und den Schutzzweck des § 3 Abs. 2 MaBV verletze, wodurch der Kläger unangemessen benachteiligt werde. Zudem sei die Regelung intransparent. Insgesamt sei der Zahlungsplan gemäß § 134 BGB nichtig. Die Fälligkeit der Werklohnforderung richte sich daher nach § 641 Abs. 1 BGB und diese sei erst nach Abnahme zu errichten. Eine Abnahme sei aber zu keinem Zeitpunkt erfolgt. Der Rücktritt der Beklagten sei schließlich treuwidrig, weil sie ihrerseits kein Schiedsgutachten eingeholt habe. Auf die Unwirksamkeit der Schiedsgutachterklausel könne sich selbst als deren Verwenderin nicht berufen. Im Übrigen könne sich die Beklagte nicht auf einen wiederholten Rücktritt stützen, weil die Rücktrittsvoraussetzungen bis heute nicht vorlägen. Die Beklagte habe nach ihrer Kündigung keine weiteren Arbeiten mehr an dem Objekt

erbracht. Dieses befinde sich lediglich in „veredeltem Rohbauzustand“.

Rn. 82

Die Kündigung des Klägers in Bezug auf die noch ausstehenden Leistungen sei wirksam gewesen. Diese betreffe nicht das gesamte Vertragsverhältnis, sondern der noch nicht fertig gestellte Teil eines Bauträgervertrags könne aus wichtigem Grund isoliert gekündigt werden. Die Beklagte schulde daher Übereignung des Grundstücks. Der Kläger habe auch einen wichtigen Grund zur Kündigung gemäß § 314 BGB analog gehabt. So habe die Beklagte mehrfach – auch nach der Ergänzungsvereinbarung – die vertraglich vereinbarten Fertigstellungsfristen nicht eingehalten. Außerdem habe die Beklagte eine unberechtigte Rücktrittserklärung abgegeben, die eine Verletzung der vertraglichen Rücksichtnahmepflicht darstelle. Außerdem sei es treuwidrig, dass die Beklagte die streitgegenständliche Wohnung trotz des bestehenden Vertragsverhältnisses zum Kläger im Internet zu einem Kaufpreis von 2.680.000 € zum Kauf inseriert habe. Die Beklagte wolle mit allen Mitteln einen Eigentumserwerb des Klägers verhindern und von der Wertsteigerung der Immobilie profitieren. Die Parteien hätten zu keinem Zeitpunkt vereinbart, die Wohnung weiterzuveräußern und den überschießenden Kaufpreis aufzuteilen. Der Kläger habe die Beklagte auch zu keiner Zeit zur Insertion des Kaufobjekts ermächtigt. Der Sachvortrag der Beklagten zu diesen Inseraten sei außerdem verspätet. Darüber hinaus habe die Beklagte dem Kläger unberechtigterweise im Sommer 2013 Baustellenverbot erteilt. Auch unter Androhung einer außerordentlichen Kündigung habe sie dem Kläger keine Besichtigung der Wohnung ermöglicht. Zudem habe die Beklagte mit Schreiben vom 07.05.2015 (Anlage B3) ihre eigene Zahlungsunfähigkeit angekündigt. Aufgrund der Vielzahl der Pflichtverstöße sei das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien nachhaltig zerstört worden. Das Kündigungsrecht des Klägers sei auch nicht ausgeschlossen, weil er sich zu jeder Zeit vertragskonform verhalten habe.

Rn. 83

Auf die Anschlussberufung des Klägers sei die Beklagte in vollem Umfang zu verurteilen. Das Landgericht habe zu Unrecht nur eine Verurteilung Zug um Zug gegen Zahlung von 95.966,46 € ausgesprochen. Der Beklagten stehe jedoch keine Forderung gegen den Kläger zu. Nach den zutreffenden Feststellungen belaufe sich der Kaufpreis des Objekts auf 1.465.785 €. Der Kläger habe 1.198.755 € an die Beklagte gezahlt. Insofern stehe noch ein Kaufpreis in Höhe von 267.030 € offen. Hiervon habe das Landgericht zu Recht die Sachverständigenkosten in Höhe von 3.063,54 € abgezogen. Es hätte aber einen Verzugsschaden in Höhe von insgesamt 275.400 € berücksichtigen müssen. Dem Kläger sei bis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung ein Verzugsschaden in Höhe von 5.400 € monatlich entstanden, der dem angemessenen Mietzins für das Objekt entspreche. Zu einem entsprechenden Mietzins habe die Beklagte selbst inseriert. Die in der Ergänzungsvereinbarung vereinbarte Entschädigung in Höhe von 3.000 € sei keine Vereinbarung eines Maximalschadens, weil dies nicht expliziert vereinbart worden sei. Der Kläger habe auch keinen Verzicht auf weitergehende Ansprüche erklärt, an den strenge Anforderungen zu stellen seien. Vielmehr sei von einer monatlichen Vertragsstrafe auszugehen, die weitergehende Ansprüche des Klägers nicht ausschließe, für die er aber die Nachweispflicht trage. Hilfsweise stehe dem Kläger ab dem 01.07.2013 ein monatlicher Schadenersatz in Höhe von 5.400 € zu, denn die von den Parteien in § 3 Ziffer 2 der Ergänzungsvereinbarung getroffene Regelung entfalte nur bis zu diesem Zeitpunkt Wirkung. An eine weitere Vertragsbrüchigkeit der Beklagten hätten die Parteien nicht gedacht. Weiter Hilfsweise stehe dem Kläger jedenfalls ab dem 01.01.2016 ein monatlicher Schadenersatzanspruch in Höhe von 5.400 € zu, denn der Kläger habe mit anwaltlichem Schreiben vom 18.12.2015 die Vereinbarung über die noch ausstehenden Restarbeiten außerordentlich gekündigt. Nach der Kündigung seien die ausstehenden Arbeiten durch die Beklagte nicht mehr erbringbar gewesen. Nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils im Mai 2016 habe sich der Schaden des Klägers weiter vergrößert. Insgesamt betrage der Verzugszeitraum 62 Monate. Mit den weiteren seit Erlass des erstinstanzlichen Urteils entstandenen Schadenersatzansprüchen erkläre der Kläger ebenfalls die Aufrechnung gegen den noch offenen

Restkaufpreisanspruch der Beklagten. Im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung im April 2017 werde die Schadenersatzforderung des Klägers jedenfalls den noch offenen Restkaufpreis übersteigen.

Rn. 84

Entsprechend den vorstehenden Ausführungen dürfe auch die Feststellung in Ziffer 3 des Tenors nicht betragsmäßig beschränkt werden. Außerdem hätte das Landgericht die Verpflichtung der Beklagten zum Schadenersatz auch wegen der Überschreitung der ursprünglich fixierten Fertigstellungsfristen aus dem Jahr 2011 feststellen müssen. Die Nichtaufnahme dieser Fertigstellungsfristen in Ziffer 3 des Tenors stehe in Widerspruch zu den übrigen Feststellungen des Urteils. Die Annahme, die Aufhebung der Fertigstellungsfristen durch die Ergänzungsvereinbarung habe die Pflichtverletzung der Beklagten entfallen lassen, sei falsch. Vielmehr sei die Vereinbarung als abstraktes Schuldanerkennntnis zu lesen.

Rn. 85

Schließlich sei auch die Geltendmachung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 6.391,97 € nach einer 1,8 Geschäftsgebühr gerechtfertigt. Der Sachverhalt weise aufgrund seiner Komplexität einen über dem Durchschnitt liegenden Schwierigkeitsgrad auf. Bereits der Nachweis des Nichterreichens des zur Fälligkeit der Dachrate erforderlichen Bautenstands habe der Einholung und Auswertung eines komplexen und umfangreichen Sachverständigengutachtens bedurft. Ferner sei zu Ermittlung des dem Kläger zustehenden Anspruchs eine detaillierte Auseinandersetzung mit dem Fortschritt des gesamten Bauprojekts unter Auswertung von zwischen den Parteien geschlossenen Leistungsbeschreibungen und diesbezüglichen Ergänzungsvereinbarungen erforderlich gewesen. Entsprechend sei der Zeitaufwand für die Bearbeitung der Angelegenheit überdurchschnittlich hoch gewesen.

Rn. 86

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Rn. 87

II.

Rn. 88

Die Berufung und die Anschlussberufung haben jeweils teilweise Erfolg. Die Berufung führt zur Erhöhung des Zug um Zug vom Kläger gegen Übereignung und Übergabe der Eigentumswohnung zu zahlenden Restkaufpreises auf 112.224,52 € sowie zur vollständigen Abweisung des Antrags auf Feststellung der Ersatzpflicht der Beklagten für die Schadenersatzverpflichtung wegen verzögerter Bezugsfertigkeit bzw. Fertigstellung der Immobilie. Auf die Anschlussberufung erhöhen sich die dem Kläger zu erstattenden vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten auf 5.330,61 €. Die weitergehenden Rechtsmittel der Parteien haben keinen Erfolg.

Rn. 89

1.

Rn. 90

Die Klage ist zulässig.

Rn. 91

a)

Rn. 92

Der Zulässigkeit der Klage steht nicht die Einrede der Schiedsvereinbarung gemäß § 1032 Abs. 1 ZPO entgegen.

Rn. 93

Die Parteien haben unter § 6 Ziffer 3 des Bauträgervertrags vom 14.12.2009 eine Schiedsgutachtenabrede und keine Schiedsvereinbarung im Sinne von § 1029 Abs. 1 ZPO getroffen. Eine Schiedsvereinbarung ist eine Vereinbarung der Parteien, alle oder einzelne Streitigkeiten, die zwischen ihnen in Bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis vertraglicher oder nichtvertraglicher Art entstanden sind oder künftig entstehen, der Entscheidung durch ein Schiedsgericht zu unterwerfen. Hingegen hat der Schiedsgutachter lediglich Tatumstände festzustellen und Tatfragen zu entscheiden, ohne an Stelle des staatlichen Gerichts über die daraus resultierenden Verpflichtungen der Parteien zu befinden (vgl. Zöller/Geimer, ZPO, 31. Auflage, § 1029, Rn. 4; Musielak/Voit, ZPO, 13. Auflage, § 1029, Rn. 17). Die Schiedsvereinbarung erlaubt die Erhebung der prozesshindernden Einrede gemäß § 1032 Abs. 1 ZPO, wohingegen sich die Wirkung der Schiedsgutachtenabrede darin erschöpft, dass das Prozessgericht gehindert ist, die vom Schiedsgutachter getroffenen oder zu treffenden Tatsachenfeststellungen selbst vorzunehmen und die ohne Einholung des vorgesehenen Schiedsgutachtens erhobene Klage als zur Zeit unbegründet abzuweisen ist (vgl. BGH, NJW-RR 2006, 212; 1988, 1405; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1986, 1061; OLG Zweibrücken, NJW 1971, 943; KG, IBR 2005, 719; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Auflage, Rn. 539, 542; a. A.: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage, 2. Teil, Rn. 38 f.: die Beweisaufnahme hat vor dem staatlichen Gericht durch den von den Parteien festgelegten Schiedsgutachter zu erfolgen).

Rn. 94

Mit einem Schiedsvertrag ist es – im Gegensatz zu einer Schiedsgutachtenabrede, nicht vereinbar, wenn die Entscheidung der Schiedsrichter über die Möglichkeit der Anfechtung nach § 1041 ZPO hinaus von den staatlichen Gerichten auf ihre sachliche Richtigkeit nachgeprüft werden soll (vgl. BGH, WM 1981, 1056; WM 1971, 39; NJW 1952, 1296). Hier haben die Parteien bestimmt, dass durch die Schiedsgutachtenvereinbarung der Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden, der Schiedsgutachter also gerade nicht an Stelle des staatlichen Gerichts entscheiden sollte. Eine Schiedsklausel im Sinne von § 1029 Abs. 2 ZPO liegt daher nicht vor. Mit ihrem Einwand, dass zunächst ein Schiedsgutachter hätte tätig werden müssen, erhebt die Beklagte mithin keine prozesshindernde Einrede.

Rn. 95

b)

Rn. 96

Die Klageänderung zum Leistungsantrag auf Übergabe und Übereignung der Immobilie war – wie das Landgericht zutreffend entschieden hat – gemäß § 263 ZPO zulässig, da sie unter Beibehaltung des ursprünglichen Streitstoffs der Vermeidung eines weiteren Rechtsstreits diene. Zudem hat sich die Beklagte in der mündlichen Verhandlung hierzu rügelos eingelassen, so dass ihre Einwilligung gemäß § 267 ZPO vermutet wird. Ob die Beklagte zur mündlichen Verhandlung wirksam geladen war, ist irrelevant, denn unabhängig davon durfte und hat sie zur Sache verhandelt, § 295 ZPO.

Rn. 97

Die geänderte Klage ist auch gegenüber der Beklagten rechtshängig geworden. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Schriftsatz des Klägers vom 30.03.2016 mit der Klageänderung der Beklagten über ihre Prozessbevollmächtigten wirksam zugestellt wurde. Denn jedenfalls ist die Rechtshängigkeit durch die Geltendmachung des Anspruchs in der mündlichen Verhandlung eingetreten, § 261 Abs. 2 Alts. 1 BGB.

Rn. 98

Es kann daher dahinstehen, ob es sich bei der Frage der Zulässigkeit der Klageänderung bzw. der Wirksamkeit von deren Zustellung überhaupt um von Amts wegen ohne Rüge der Parteien – eine Berufungsrüge der Beklagten fehlt – zu prüfende Verfahrensmängel handelt (§ 529 Abs. 2 ZPO).

Rn. 99

c)

Rn. 100

Der Antrag des Klägers auf Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihm sämtliche Schäden auf Grund des durch die Beklagte unwirksam erklärten Rücktritts vom 09.10.2013 hinsichtlich des Bauträgervertrags vom 16.12.2009 und der Vertragsergänzung vom 18.06.2012 zu ersetzen, ist zulässig.

Rn. 101

Der Kläger verfügt über das gemäß § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse. Ihm droht eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit im Hinblick auf das festzustellende Rechtsverhältnis, weil die Beklagte die Wirksamkeit des Rücktritts ernstlich behauptet.

Rn. 102

Sein Interesse an der Feststellung entfällt auch nicht im Hinblick auf eine vorrangige Leistungsklage. Ist eine Klage auf Leistung möglich, fehlt regelmäßig das Feststellungsinteresse, weil der Streitstoff endgültig durch einen Leistungsantrag geklärt werden kann. Der Vorrang der Leistungsklage besteht nur dann nicht, wenn der Kläger seinen Anspruch noch nicht oder nicht ohne Durchführung einer aufwendigen Begutachtung beziffern kann (vgl. BGH NJW 2000, 1256; Zöller/Greger, § 256, Rn. 7a ZPO) bzw. wenn nur ein Teil bezifferbar ist, weil sich der anspruchsbegründende Sachverhalt zur Zeit der Klageerhebung noch in Fortentwicklung befindet; in diesem Fall kann insgesamt auf Feststellung geklagt werden (vgl. BGH, NJW 1984, 1552; Zöller/Greger, a. a. O.). Vorliegend kommen über die zur Abwehr des Rücktritts entstandenen Kosten hinaus z. B. zukünftige, derzeit noch nicht bezifferbare Schäden durch Mehrkosten der Fertigstellung in Betracht. Insofern ist an die vom Landgericht erwähnten Kosten einer eventuell notwendigen Umplanung nach Kündigung des Bauträgervertrags zu denken. Auch können sich bei Ausführung noch ausstehender Arbeiten im Wege der Ersatzvornahme Mehrkosten gegenüber der ursprünglich geschuldeten Ausführung ergeben. Diese Kosten wären kausale Folge einer unberechtigten Rücktrittserklärung, auch wenn der Kläger als Reaktion hierauf die Vertragsbeendigung durch seine Kündigung selbst herbeigeführt hätte. Grundsätzlich wird die Haftung des Schädigers durch ein schadensbegünstigendes Verhalten des Geschädigten nicht ausgeschlossen, wenn die Handlung des Verletzten durch das haftungsbegründende Ereignis herausgefordert wurde und eine nicht ungewöhnliche Reaktion auf dieses darstellte (vgl. BGH, NJW 2016, 3715; 2001, 512; 1995, 127; Palandt/Grüneberg, Vorb v § 249, Rn. 41). Hat der Kündigungsgegner durch eine Verletzung seiner vertraglichen Pflichten den wichtigen Grund für die Kündigung gesetzt, so kann er zum Ersatz des daraus resultierenden Schadens verpflichtet sein (vgl. MünchKomm/Gaier, § 314, Rn. 24). So läge der Fall auch hier, wenn die Beklagte durch eine unwirksame Rücktrittserklärung die außerordentliche Kündigung des Klägers provoziert hätte, was für die Prüfung der Zulässigkeit der Klage zu unterstellen ist.

Rn. 103

d)

Rn. 104

Auch bezüglich des weiteren Antrags auf Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zum Ersatz sämtlicher Schäden, die ihm dadurch entstehen, dass das Vertragsobjekt weder bis spätestens 30.06.2011 noch 31.03.2013 bezugsfertig bzw. weder bis spätestens 30.09.2011 noch bis 30.06.2013 vollständig fertiggestellt worden ist, verfügt der Kläger über das erforderliche Feststellungsinteresse.

Rn. 105

Der Rechtsauffassung des Klägers folgend könnten sich fortlaufende Verzugsschäden aus der nicht fristgemäßen Fertigstellung der Eigentumswohnung ergeben.

Rn. 106

2.

Rn. 107

Dem Kläger steht gegen die Beklagte gemäß § 433 Abs. 1 S. 1 BGB ein Anspruch auf Übergabe der Eigentumswohnung und Verschaffung des Eigentums daran zu, jedoch gemäß §§ 320, 322 BGB nur Zug um Zug gegen Zahlung eines Restkaufpreises von 112.224,52 €.

Rn. 108

a)

Rn. 109

Zum Klagezuspruch Zug um Zug gegen Kaufpreiszahlung war das Landgericht ohne Verstoß gegen die Bindung an die Parteianträge gemäß § 308 ZPO berechtigt. Eine Verletzung von § 308 ZPO ist zwar ein vom Berufungsgericht von Amts wegen zu beachtender Verfahrensmangel (vgl. Musielak/Ball, ZPO, 31. Auflage, § 529, Rn. 21). Eine Zug-um-Zug-Verurteilung kann jedoch ohne Verletzung der Bindungswirkung des § 308 ZPO als Minus zum uneingeschränkten Klageantrag erfolgen (vgl. BGH, NJW 1992, 1172; Zöller/Vollkommer, ZPO, 31. Auflage, § 308, Rn. 4). Ebenso wenig bedurfte es für die Verurteilung Zug um Zug eines formellen Antrags der Beklagten. Vielmehr genügt es, wenn sich aus der Gesamtheit seines Vorbringens eindeutig ergibt, dass der Beklagte ein Leistungsverweigerungsrecht geltend machen will (vgl. BGH, NJW 2010, 146; Palandt/Grüneberg, § 322, Rn. 2). Das ist etwa der Fall, wenn der Beklagte den Klageabweisungsantrag damit begründet, der Kläger könne oder wolle die ihm obliegende Gegenleistung nicht erbringen (vgl. BGH, NJW 1999, 53). So verhielt es sich hier, denn die Beklagte hat bereits erstinstanzlich den Standpunkt vertreten, dass ihr Rücktritt berechtigt gewesen sei, weil der Kläger die von ihm geschuldeten Zahlungen nicht erbracht habe. Die Beklagte ging also unbeschadet des Rücktritts von einer Zahlungsverpflichtung des Klägers aus.

Rn. 110

b)

Rn. 111

Gemäß § 433 Abs. 1 S. 1 hat der Verkäufer dem Käufer die Sache zu übergeben und Eigentum an ihr zu verschaffen. Die Übertragung der Miteigentumsanteile am Grundstück erfolgt gemäß §§ 873 Abs. 1, 925 BGB durch Einigung und Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch, für die Übertragung des Sondereigentums gelten gemäß § 4 Abs. 1 WEG inhaltsgleiche Übertragungsvoraussetzungen.

Rn. 112

Da die Parteien die Einigung bereits notariell unter § 7 Ziffer 2 des Bauträgervertrags erklärt haben, bedarf es nur noch der Eigentumsumschreibung auf den Kläger im Grundbuch. Hierfür ist gemäß § 19 GBO die Bewilligung der Beklagten als bisheriger Eigentümerin erforderlich. Diese ist gegenüber dem Grundbuchamt zu erklären. Der vom Landgericht ausgesprochene Tenor, wonach die Eintragung des Klägers im Grundbuch gegenüber dem Notar zu bewilligen ist, ist deshalb unrichtig und entsprechend dem zuletzt gestellten Anschlussberufungsantrag zu korrigieren. Bei der Bewilligung handelt es sich um eine verfahrensbegründende Erklärung, deren Adressat deshalb das Grundbuchamt ist (vgl. BeckOK-GBO/Holzer, 28. Edition, § 19, Rn. 26 mwN). Die Regelung unter § 7 Ziffer 1 des Bauträgervertrags, wonach die Parteien den Notar bevollmächtigt haben, die Eigentumsumschreibung zu bewilligen, wenn der Verkäufer die Zahlung des geschuldeten Kaufpreises bestätigt oder der Käufer die fristgerechte Zahlung des Kaufpreises nachgewiesen hat, diente lediglich der Absicherung der Parteien bei Durchführung des Vertrags. Die Beklagte kann ungeachtet dessen die Bewilligung selbst gegenüber dem Grundbuchamt erklären bzw. hierauf durch die Klägerin bei Bestehen eines fälligen Übereignungsanspruchs in Anspruch genommen werden.

Rn. 113

c)

Rn. 114

Der Anspruch des Klägers auf Verschaffung des Eigentums ist nicht durch den Rücktritt der Beklagten vom 09.10.2013 erloschen. Die Beklagte war nicht zum Rücktritt berechtigt, weil die von ihr unter dem 04.06.2013 in Rechnung gestellte fünfte Kaufpreisrate für die Fertigstellung der Dachflächen und Dachrinnen in Höhe von 105.560 € nicht fällig war.

Rn. 115

Gemäß § 323 Abs. 1 BGB kann der Gläubiger vom Vertrag zurücktreten, wenn der Schuldner bei einem gegenseitigen Vertrag eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß erbracht hat und der Gläubiger ihm erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung gesetzt hat. Diese Voraussetzungen liegen jedoch nicht vor.

Rn. 116

aa)

Rn. 117

Wie vom Landgericht zutreffend angenommen, handelt es sich bei dem Bauträgervertrag um einen gegenseitigen Vertrag.

Rn. 118

bb)

Rn. 119

Jedoch war die vertragliche Verpflichtung des Klägers zur Zahlung der fünften Kaufpreisrate nicht fällig.

Rn. 120

Unabhängig von der Wirksamkeit des vertraglichen Zahlungsplans war die betreffende Abschlagsrechnung der Beklagten vom 04.06.2013 jedenfalls nicht fällig, weil sie die in Rechnung gestellten Arbeiten, nämlich die Herstellung der Dachflächen und Dachrinnen, noch nicht vollständig abgeschlossen hatte.

Rn. 121

Es kann dahinstehen, ob der in § 5 Ziffer 3 des Bauträgervertrags vorgesehene Zahlungsplan wegen eines den Kläger benachteiligenden Verstoßes gegen § 3 Abs. 2 MaBV gemäß §§ 12 MaBV, 134 BGB nichtig ist, weil es dem freien Ermessen der Beklagten überlassen war, den Kaufpreis in sieben Teilbeträgen anzufordern; für den Fall der Nichtigkeit wären wegen der Vorleistungspflicht gemäß § 641 BGB keine Raten zu leisten (vgl. BGH, NZBau 2007, 437).

Rn. 122

Unstreitig hatte die Beklagte im Zeitpunkt der Rechnungsstellung am 04.06.2013 die Klempnerarbeiten am Dach noch nicht fertiggestellt. Dies ergibt sich zum einen aus der Rechnung der Beklagten vom 04.06.2013 (Anlage K5, Bl. 216 GA) und dem Bautenstandsbericht (Anlage K6, Bl. 217 GA), worin die Klempnerarbeiten ausdrücklich ausgenommen wurden. Außerdem hat das Landgericht im Tatbestand seines Urteils festgestellt, dass die Klempnerarbeiten noch zum Zeitpunkt der Ortsbesichtigungen am 10.06.2013 und 30.08.2013 ausstanden haben.

Rn. 123

Soweit die Beklagte mit ihrer Berufungsbegründung erstmals geltend macht, die Klempnerarbeiten seien erbracht worden (Bl. 445 GA) ist schon nicht ersichtlich, auf welchen Zeitpunkt sich diese Behauptung beziehen soll. Der Senat ist darüber hinaus an die auf einen Zeitraum bis zum 30.08.2013 bezogenen Feststellungen des Landgerichts gemäß § 529 Abs. 1 ZPO gebunden. Unrichtigkeiten des Tatbestandes können nicht über § 529 ZPO korrigiert werden, sondern hier steht allein der gesetzliche Weg über eine Tatbestandsberichtigung nach § 320 ZPO offen, denn ansonsten würde die Beweiskraft des Tatbestands gemäß § 314 ZPO unterlaufen. Wird ein Antrag nach § 320 ZPO auf Berichtigung des Tatbestands unterlassen, so muss wegen der Beweiskraft des Tatbestands von der Richtigkeit des dort wiedergegebenen Tatsachenvortrags ausgegangen werden (vgl. zu alldem OLG Karlsruhe, NJW-RR 2003, 891; OLGR Rostock 2004, 61; Musielak/Ball, ZPO, 13. Auflage, § 529 Rdn. 6; Zöller/Heßler, § 529, Rn. 2). Ein (auch wiederholtes Bestreiten) in der Berufungsinstanz ist neues Vorbringen i.S.d. § 531 ZPO (vgl. OLGR Rostock 2004, 61). Mit ihrer neuen Behauptung in der Berufungsinstanz ist die Beklagte ausgeschlossen, da die Zulassungsvoraussetzungen nach § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO nicht gegeben sind, wonach neue Angriffs- und Verteidigungsmittel nur zulassen sind, wenn sie im ersten Rechtszug ohne Nachlässigkeit der Partei nicht geltend gemacht worden sind. Zur gewissenhaften Prozessführung gehört die sorgfältige Prüfung der Richtigkeit des Tatbestands des Ursprungsurteils. Die Beklagte hätte hierdurch eine etwaige Unrichtigkeit des Tatbestands erkennen und einen Tatbestandsberichtigungsantrag stellen können.

Rn. 124

Aufgrund der bei Rechnungsstellung am 04.06.2013 noch ausstehenden Klempnerarbeiten war der Kläger berechtigt, die Begleichung der fünften Abschlagszahlung für die Dachflächen und Dachrinnen gemäß § 320 BGB zurückzuhalten. Mit Recht hat das Landgericht entschieden, dass die Herstellung der Dachflächen und Dachrinnen die Isolierungs-, Belags- und Klempnerarbeiten umfasst (vgl. Werner/Pastor, Rn. 1619; Pause, Bauträgerkauf und Baumodell, 5. Auflage, III., Rn. 320; Motzke/Bauer/Seewald-Busz, Prozesse in Bausachen, 2. Auflage, § 14, Rn. 48; Heymann/Wagner/Rösler-Heymann, MaBV, Rn. 99). Die Parteien haben dies auch ausdrücklich so verstanden, denn unter Ziffer 15 der Leistungsbeschreibung (Anlage A1, Bl. 35 GA) sind neben den Dachdeckerarbeiten auch die Klempnerarbeiten genannt. Dem Verweis der Klägerin auf Ziffer 15 der Leistungsbeschreibung ist die Beklagte nicht entgegengetreten.

Rn. 125

Die fünfte Kaufpreisrate ist auch nicht zu einem späteren Zeitpunkt nach Rechnungsstellung am 04.06.2013 fällig geworden. Die Parteien haben unter § 5 Ziffer 3 des Bauträgervertrags bestimmt, dass die Raten innerhalb von 10 Banktagen zu zahlen sind, nachdem der Verkäufer den Käufer schriftlich unter Vorlage einer schriftlichen Bestätigung des Bauleiters über den Baufortschritt aufgefordert hat. Damit haben die Parteien die Vorlage einer Bautenstandsbestätigung zur weiteren Fälligkeitsvoraussetzung erhoben. Es handelt sich bei beiderseits interessengerechter Vertragsauslegung nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte gemäß §§ 133, 157 BGB nicht lediglich um eine unverbindliche Hinweisvorschrift, die durch die anderweitig erlangte Kenntnis des Klägers von einem bestimmten Baufortschritt ersetzt werden kann. Hintergrund der Vertragsbestimmung ist vielmehr, dass die Bautenstandsbestätigung des Bauträger-Architekten Schutzwirkung zugunsten des Erwerbers entfaltet, weil sie vor allem im Verhältnis des Erwerbers zur finanzierenden Bank Bedeutung erlangt, so dass dem Erwerber bei Unrichtigkeit unmittelbare Schadenersatzansprüche zustehen (vgl. BGH, NJW 2009, 217; NotBZ 2009, 67; Kniffka/Koeble, 12. Teil, Rn. 755). Eine Bautenstandsbestätigung über die vollständige Fertigstellung der Dacharbeiten einschließlich der Klempnerarbeiten hat die Beklagte zu keinem Zeitpunkt überreicht.

Rn. 126

Außerdem ist das Landgericht zutreffend davon ausgegangen, dass der Vortrag des Klägers, der für die Fälligkeit der fünften Rate erforderliche Bautenstand der vollständigen Fertigstellung von Dachflächen und Dachrinnen sei auch unabhängig von den Klempnerarbeiten nicht erreicht gewesen, gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden anzusehen ist.

Rn. 127

Der Kläger hat in der Klageschrift vom 30.07.2014 (Bl. 5 ff. GA) und im Schriftsatz vom 18.12.2015 (Bl. 187 ff. GA) im Detail unter Bezugnahme auf die Protokolle des Sachverständigen Dipl.-Ing. A vom 14.06.2013 und 06.09.2013 ausgeführt, welche Dachdeckerarbeiten bei dem Ortstermin am 10.06.2013 bzw. Ortstermin am 30.08.2013 unvollendet gewesen sein sollen. Mit diesem Sachvortrag hat sich die Beklagte in keiner Weise im Einzelnen auseinandergesetzt, sondern pauschal behauptet und unter Beweis gestellt, dass der bestätigte Bautenstand tatsächlich erreicht gewesen sei und die nicht fertiggestellten Anschlüsse der Balkone an das Wärmedämmverbundsystem „sowie weitere noch nicht fertiggestellte Bauteile“ nicht die Herstellung der Dachflächen und Dachrinnen betroffen hätten (Bl. 134 GA und 331 GA). Dies genügt nicht den Anforderungen an einen substantiierten Sachvortrag.

Rn. 128

Der Umfang der jeweils erforderlichen Substanziierung des Sachvortrags bestimmt sich aus dem Wechselspiel von Vortrag und Gegenvortrag, wobei die Ergänzung und Aufgliederung des Sachvortrags bei hinreichendem Gegenvortrag immer zunächst Sache der darlegungs- und beweispflichtigen Partei ist (BGH, NJW 2005, 2710; 1999, 1859). Die Verpflichtung zu einem substantiierten Gegenvortrag setzt voraus, dass ein solches Vorbringen der erklärungsbelasteten Partei möglich und zumutbar ist. Dies ist in der Regel der Fall, wenn sich die behaupteten Umstände in ihrem Wahrnehmungsbereich verwirklicht haben (vgl. BGH, NJW 2015, 475; 2010, 1357; NJW-RR 2014, 830). Ist das Bestreiten nach diesen Maßstäben unsubstanziert, ist es gemäß § 138 Abs. 3 ZPO unbeachtlich (vgl. BGH, NJW 2015, 475).

Rn. 129

Hier wäre es der Beklagten ohne Weiteres möglich und zumutbar gewesen, zu den einzelnen vom Kläger genannten Bauteilen Stellung zu nehmen und vorzutragen, ob sie das betreffende Bauteil tatsächlich fertiggestellt haben will oder ob es sich nach ihrer Rechtsauffassung um ein Bauteil handeln soll, das nicht zu den Dachflächen oder Dachrinnen gehört. Völlig zu Recht hat das Landgericht darauf hingewiesen, dass die Frage des erreichten Bautenstands sowohl eine tatsächliche als auch eine rechtliche Komponente hat. Ohne entsprechenden Vortrag der Beklagten ist es nicht möglich zu beurteilen, ob der Streit zwischen den Parteien in tatsächlicher Hinsicht besteht, nämlich welche Arbeiten ausgeführt wurden oder nicht, oder die Parteien um die Rechtsfrage streiten, wie der Begriff „Herstellung der Dachflächen und Dachrinnen“ auszulegen ist. Ohne eine entsprechende Abgrenzung konnte keine Beweisaufnahme stattfinden.

Rn. 130

d)

Rn. 131

Die Klage ist auch nicht derzeit unbegründet, weil der Kläger nicht das unter § 6 Ziffer 3 des Bauträgervertrags vorgesehene Schiedsgutachten über den Bautenstand eingeholt hat.

Rn. 132

Der Einholung eines Schiedsgutachtens bedurfte es nicht, weil zwischen den Parteien kein Streit bestand, der durch ein Schiedsgutachten hätte entschieden werden müssen. Aufgabe des Schiedsgutachters ist es, Tatsachen aufgrund seiner Sachkunde verbindlich festzustellen. Hingegen erstreckt sich der Schiedsgutachtervertrag nicht auf die Beurteilung reiner Rechtsfragen (vgl. OLG

Düsseldorf, BauR 1998, 195; OLG Braunschweig, OLGR 1994, 208; Werner/Pastor, Rn. 538). In tatsächlicher Hinsicht ist aber (aufgrund der bindenden landgerichtlichen Feststellungen) zwischen den Parteien unstreitig, dass die Klempnerarbeiten zum Zeitpunkt der fünften Abschlagsrechnung noch nicht erbracht waren. Feststellungen durch einen Schiedsgutachter bedurfte es hierzu nicht. Darüber hinaus war der Kläger auch nicht zur Klärung weiterer Streitfragen zur Beauftragung eines Schiedsgutachters gehalten, weil die Beklagte – wie bereits ausgeführt – nicht klargestellt hat, inwiefern sie die vom Kläger monierte Fertigstellung der Dachflächen und Dachrinnen in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht bestreiten wollte. Somit wäre für den Kläger nicht ersichtlich gewesen, mit der Feststellung welcher Tatsachenfragen er einen Schiedsgutachter hätte beauftragen sollen.

Rn. 133

Schließlich hat der Kläger auch zu Recht darauf hingewiesen, dass sich die Beklagte unter Verstoß gegen das Gebot von Treu und Glauben (§ 242 BGB) widersprüchlich verhält, indem sie selbst ohne vorherige Beauftragung eines Schiedsgutachtens den Rücktritt wegen Nichtzahlung der fünften Schlussrate durch den Kläger erklärt hat, ihrerseits dem Kläger jedoch entgegenhält, dass er seine unter anderem auf den unberechtigten Rücktritt gestützte Kündigung nicht ohne Einholung eines Schiedsgutachters hätte aussprechen dürfen. Auch wenn die Beklagte in der Klageerwidlung erklärt hat, sie habe nie auf die Schiedsgutachterabrede verzichten wollen (Bl. 137 GA), kann sie diese wegen ihres widersprüchlichen Verhaltens dem Kläger nicht mehr entgegenhalten.

Rn. 134

e)

Rn. 135

Der Anspruch des Klägers auf Bewilligung der Eigentumsumschreibung besteht jedoch nur Zug um Zug gegen Zahlung eines Restkaufpreises in Höhe von 112.224,52 €.

Rn. 136

aa)

Rn. 137

Der Kläger ist aufgrund seiner außerordentlichen Kündigung vom 18.12.2015 nur noch zur Zahlung eines dem erreichten Bautenstand entsprechenden Kaufpreisanteils verpflichtet.

Rn. 138

Der Kläger war berechtigt, gemäß § 314 BGB die außerordentliche Kündigung der noch ausstehenden Restarbeiten des Bauvertrags auszusprechen.

Rn. 139

Zur freien Kündigung gemäß § 649 BGB war der Kläger nicht berechtigt. Das freie Kündigungsrecht nach § 649 BGB findet auf den Bauvertrag wegen seiner Besonderheiten keine Anwendung (vgl. BGH, NJW 1986, 925; OLG Düsseldorf, BeckRS 2012, 11808). Im Bauvertrag verpflichtet sich der Bauvertragspartner zur Erbringung einer Gesamtleistung aus Grundstücksveräußerung und Bauwerkserrichtung. Diese Leistungspflichten sind für ihn in der Regel schon aus kalkulatorischen und bautechnischen Gründen untrennbar. Beide Teile des Vertrages sollen miteinander stehen oder fallen (vgl. BGH, a. a. O.).

Rn. 140

Jedoch kann ein Bauvertrag entsprechend § 314 BGB außerordentlich gekündigt werden, wenn eine Vertragspartei der anderen einen wichtigen Grund zur Kündigung gibt (vgl. zur Anwendbarkeit des § 314 BGB auf den Bauvertrag OLG Düsseldorf, BauR 2012, 970; Palandt/Grüneberg, § 314, Rn. 5).

In einem solchen Fall ist es gerechtfertigt, den Bauträgervertrag aufzuspalten, weil das Interesse des Bauträgers, die von ihm angebotene Bauleistung vollständig erbringen zu können, nicht mehr schutzwürdig ist. Der Erwerber kann dann die Übereignung unter Anrechnung der für das Grundstück und das bis dahin erstellte Bauwerk geleisteten Zahlungen verlangen (vgl. zu alldem BGH, NJW 1986, 925; OLG Düsseldorf, BauR 2012, 970; KG, BauR 2000, 114; Kniffka/Koeble, 11. Teil, Rn. 158; Voit, BauR 2002, 145; Bast, Der Bauträgervertrag, 8. Auflage, Rn. 1146 ff.).

Rn. 141

Ein wichtiger Grund zur Kündigung liegt gemäß § 314 Abs. 1 S. 2 BGB vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf seiner Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Bei der umfassenden Würdigung sind die Besonderheiten des jeweiligen Vertragstyps zu berücksichtigen; eine schuldhafte Pflichtverletzung des anderen Teils ist weder erforderlich, noch ausreichend (vgl. BGH, DB 1969, 1403; OLG Düsseldorf, BauR 2012, 970; Palandt/Grüneberg, § 314, Rn. 7).

Rn. 142

Dem Landgericht ist darin beizupflichten, dass sich die Unzumutbarkeit des Festhaltens am Bauträgervertrag für den Kläger zunächst daraus ergibt, dass die Beklagte wiederholt die Vertragsfristen zur Herstellung der Bezugsfertigkeit bzw. Fertigstellung des Bauvorhabens überschritten hat (vgl. zum außerordentlichen Kündigungsrecht bei erheblichen Verzögerungen auch BGH, BauR 2003 880; OLG Düsseldorf, BauR 2009, 1145; KG, BauR 2000, 114). Sie hat das Vertragsobjekt nicht wie zunächst im Bauträgervertrag vom 14.12.2009 unter § 3 Ziffer 6 bestimmt bis spätestens 30.06.2011 Bezugsfertig und bis spätestens 30.09.2011 vollständig fertiggestellt. Dies hat die Parteien dazu veranlasst, in der Ergänzungsvereinbarung vom 18.06.2012 unter § 2 Ziffer 2 die Vertragsfristen für die Herstellung der Bezugsfertigkeit bzw. vollständige Fertigstellung auf den 31.03.2013 bzw. 30.06.2013 zu verschieben. Auch diese Fristen hat die Beklagte nicht eingehalten. Die Beklagte hat unstreitig erstmals im Juni 2013 mitgeteilt, dass die an den Kläger veräußerte Wohnung voraussichtlich erst zum 31.08.2013 Bezugsfertig sein werde (Bl. 4 GA). Vor diesem Hintergrund konnte es dem Kläger nicht angesonnen werden, einen weiteren Ausführungsverzug durch die Beklagte in Kauf zu nehmen. Die Beklagte hat auch nicht dargelegt, dass den Kläger an den Verzögerungen ein (Mit-)Verschulden träfe. Sie hat lediglich pauschal behauptet, dass es durch unmittelbare Aufträge des Klägers an ausführende Unternehmen bzw. Sonderwünsche zu einer Verlängerung der Bauzeit um fünf Monate gekommen sei. Diesen Vortrag hat das Landgericht zu Recht mit Hinweisbeschluss vom 18.09.2015 (Bl. 163 GA) als unsubstanziert bezeichnet. Eine Partei genügt ihrer Darlegungslast zwar bereits dann, wenn sie Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht als in ihrer Person entstanden erscheinen zu lassen. Wird das Parteivorbringen diesen Anforderungen gerecht, so kann der Vortrag weiterer Einzelheiten nicht verlangt werden (BGH, NJW 2013, 3180; NJW-RR 2014, 456). Mit Recht hat das Landgericht jedoch beanstandet, dass es den genauen Zeitraum der angeblich vom Kläger hervorgerufenen Verzögerung ohne Einzelheiten zu den Arbeitsabläufen, die er behindert haben soll, nicht feststellen konnte. Insofern hat die Beklagte trotz gerichtlichen Hinweises ihrer Darlegungslast nicht genügt.

Rn. 143

Ferner kann der Kläger sein Recht zur außerordentlichen Kündigung darauf stützen, dass die Beklagte ihre Weiterarbeit ernsthaft und endgültig von der Zahlung einer weiteren Vergütung abhängig gemacht hat, auf die sie eindeutig keinen Anspruch hatte (vgl. OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, 1170; IBR 2009, 373; OLG Frankfurt, BauR 2012, 262; Werner/Pastor, Rn. 1757; Kniffka/Koeble, 7. Teil, Rn. 29) bzw. dies darüber hinaus sogar zum Anlass genommen hat, unberechtigt den Rücktritt vom Bauvertrag zu erklären. So hatte die Beklagte ihre Weiterarbeit an dem Bauvorhaben an die Begleichung der fünften

Kaufpreisrate für die Dachflächen und Dachrinnen durch den Kläger geknüpft, obwohl die Voraussetzungen für die Zahlung offensichtlich schon deshalb nicht vorlagen, weil sie selbst in ihrer Abschlagsrechnung nebst beigefügtem Bautenstandsbericht darauf hingewiesen hatte, dass sie die ausweislich des Leistungsverzeichnisses zugehörigen Klempnerarbeiten noch nicht erbracht hatte.

Rn. 144

Darüber hinaus hat die Beklagte ihre bauvertragliche Kooperationspflicht gegenüber dem Kläger verletzt, indem sie ihm nach den Ortsterminen am 10.06.2013 und 30.08.2013 ein Baustellenverbot erteilt hat. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind die Vertragsparteien eines Bauvertrags während der Vertragsdurchführung einander zur Kooperation verpflichtet (BGH, NJW 2000, 807). Danach sind die Parteien gehalten, sich bei der Vertragsabwicklung durch Mitwirkung und Informationsaustausch gegenseitig zu unterstützen. Dieses Kooperationsgebot gilt auch im Rahmen eines BGB-Bauvertrags (vgl. OLG Düsseldorf, NZBau 2000, 427). Auch wenn der Kläger selbst nicht Bauherr war, so hatte er doch als Erwerber ein Interesse daran, sich über den Baufortschritt zu informieren. Indem die Beklagte dem Kläger ein Baustellenverbot erteilt hat, hat sie es ihm aber unmöglich gemacht, sich über den Fortgang des Bauvorhabens zu vergewissern und somit die ordnungsgemäße Vertragserfüllung kontrollieren zu können.

Rn. 145

Die vorstehenden Gründe waren jeweils schon für sich genommen – jedenfalls aber in der Summe – geeignet, das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien nachhaltig zu stören und dem Kläger ein Festhalten am Bauträgervertrag unzumutbar zu machen. Es kommt deshalb nicht mehr darauf an, ob die Beklagte auch pflichtwidrig gehandelt hat, indem sie die streitgegenständliche Wohnung im Internet zum Kauf inseriert hat. Hieran bestehen Zweifel, weil der Kläger selbst in der Klageschrift ausgeführt hat, dass er der Beklagten im Zusammenhang mit den Vergleichsverhandlungen das Recht zugestanden habe, parallel der Lösung über einen Weiterverkauf an einen anderen Interessenten nachgehen zu dürfen (Bl. 10 GA), was auch das Recht zur Inserierung des Objekts zum Verkauf beinhalten dürfte. Auch kommt es nicht darauf an, ob die Beklagte wegen ihrer Mitteilung mit Schreiben vom 07.05.2015 (Anlage B3, Bl. 144 GA), ihre wirtschaftliche Situation sei „alles andere als günstig“, das Vertrauen des Klägers in die Vertragserfüllung nachhaltig erschüttert hat.

Rn. 146

Der Kläger hat auch die erforderliche Frist zur Abhilfe gesetzt. Der außerordentlichen Kündigung eines Bauwerkvertrags muss in entsprechender Anwendung von § 314 Abs. 2 BGB grundsätzlich eine Fristsetzung zur Abhilfe vorausgehen, es sei denn es liegt ein § 323 Abs. 2 BGB vergleichbarer Grund für deren Entbehrlichkeit vor (vgl. OLG Düsseldorf, NZBau 2015, 296; Kniffka/Koeble, 7. Teil, Rn. 30). Mit Schreiben vom 30.10.2015 und erneut mit Schreiben vom 08.12.2015 hat der Kläger die Beklagte zur mangelfreien Fertigstellung und zur Gestattung des Zutritts zum Objekt aufgefordert.

Rn. 147

bb)

Rn. 148

Der Kaufpreisanspruch der Beklagten ist auch fällig.

Rn. 149

Gegen die vom Landgericht angenommene Fälligkeit des Kaufpreises hat der Kläger mit seiner Berufung keine Einwendungen erhoben. Diese ist jedenfalls aufgrund des nach der außerordentlichen Kündigung des Bauträgervertrags zwischen den Parteien entstandenen Abrechnungsverhältnisses eingetreten. Zwar wird nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Werklohn auch nach erklärter Kündigung grundsätzlich erst mit der Abnahme der bis zur Kündigung erbrachten Werkleistungen fällig (vgl. BGH,

NJW 2006, 2475). Auch im Rahmen eines Bauträgervertrags gilt für die Fälligkeit der Vergütung die Regelung § 641 Abs. 1 BGB, wonach die Vergütung erst bei Abnahme des Werks zu errichten ist, sofern Abschlagszahlungen nicht wirksam vereinbart wurden (vgl. BGH, NJW 2001, 818; OLG Celle, NJW-RR 2004) oder wie hier der Zahlungsplan aufgrund der Beendigung des Vertrags nicht fortgesetzt werden kann. Es gelten jedoch die allgemeinen Regeln zur Entbehrlichkeit der Abnahme: Wenn die Parteien – wie hier – nur noch gegenseitige Zahlungsansprüche verfolgen und daher ein so genanntes Abrechnungsverhältnis eingetreten ist, ist die Abnahme als Fälligkeitsvoraussetzung entbehrlich (BGH, NJW 2006, 2475; OLG Düsseldorf, NZBau 2015, 296; Werner/Pastor, Rn. 1787).

Rn. 150

cc)

Rn. 151

Der Kaufpreisanspruch besteht jedoch nur noch in Höhe von 112.224,52 €. Weitergehende Vergütungsansprüche sind durch Aufrechnung des Klägers mit Gegenansprüchen in Höhe von 151.741,94 € sowie weiteren 3.063,54 € gemäß §§ 387, 389 BGB untergegangen.

Rn. 152

(1)

Rn. 153

Das Landgericht ist von einem Wert der bis zur Kündigung erbrachten Leistungen der Beklagten in Höhe von 1.465.785 € ausgegangen.

Rn. 154

Diesen Wert hat das Landgericht im Tatbestand seines Urteils als unstreitig zugrunde gelegt. Es hat ausgeführt, der Wert des Miteigentumsanteils des Klägers an dem Grundstück belaufe sich auf 565.000 € (S. 3 des Urteils, Bl. 390 GA) und der Wert der bislang ausgeführten Werkleistungen auf 900.785 € (S. 6 des Urteils, Bl. 393 GA). Insgesamt errechnet sich so der Wert der zu vergütenden Leistungen in Höhe von 1.465.785 €. Hieran ist der Senat gemäß § 529 Abs. 1 ZPO wegen der Beweiskraft des Tatbestands gebunden. Eine Tatbestandsberichtigung hat die Beklagte nicht beantragt. Zulassungsgründe für das neue Verteidigungsvorbringen der Beklagten gemäß § 531 Abs. 2 ZPO sind nicht ersichtlich. Insofern ist die Beklagte mit ihrem Vortrag in der Berufungsschrift ausgeschlossen, dass ein höherer Immobilienwert hätte angesetzt werden müssen. Überdies hat die Beklagte auch nicht substantiiert ausgeführt, welchen Wert sie für richtig hält.

Rn. 155

(2)

Rn. 156

Von der insgesamt geschuldeten Vergütung in Höhe von 1.465.785 € sind die vom Kläger erbrachten Zahlungen in Höhe von 1.198.755 € abzuziehen. Es verbleibt ein noch zu zahlender Kaufpreis in Höhe von 267.030 €.

Rn. 157

(3)

Rn. 158

Wegen verspäteter Fertigstellung der Bauleistungen steht dem Kläger für den Zeitraum vom 01.09.2011 bis zur Kündigung am 18.12.2015 ein monatlicher Entschädigungsanspruch in Höhe von 3.000 €, insgesamt in Höhe von 151.741,94 € (= 50 Monate x 3.000 € + anteilig 18/31 Tagen x 3.000 €) zu. Dieser

führt zu einer Reduzierung des geschuldeten Restkaufpreises durch die vom Kläger erklärte Aufrechnung auf 115.288,06 € (= 267.030 € - 151.741,94 €).

Rn. 159

Das Landgericht ist darin beizupflichten, dass die Regelung unter § 2 Ziffer 3 der Ergänzungsvereinbarung vom 18.06.2012 dahingehend auszulegen ist, dass die Parteien bis zur endgültigen Herstellung der Bezugsfertigkeit eine der Höhe nach auf 3.000 € monatlich begrenzte Entschädigung des Klägers vereinbart haben. Dies ergibt sich aus der beiderseits interessengerechten Auslegung der Vereinbarung nach §§ 133, 157 BGB unter Berücksichtigung der Verkehrssitte.

Rn. 160

Der Kläger führt in seiner Berufungsschrift (Bl. 487 GA) aus, dass ein „pauschaler Schadenersatz“ im Sinne einer Vertragsstrafe habe geregelt werden sollen. Dies ist in sich widersprüchlich. Die Vertragsstrafe ist vom pauschalierten Schadenersatz zu unterscheiden (vgl. insoweit auch die Differenzierung des Gesetzgebers in § 309 Nr. 5 und 6 BGB). Dabei kommt es auf die von den Parteien gewählte Bezeichnung nicht an, sondern vielmehr auf die Zielrichtung der Vereinbarung. Eine Vertragsstrafe ist danach anzunehmen, wenn die Zahlung des versprochenen Betrages in erster Linie die Erfüllung des Hauptvertrages sichern und auf den Vertragsgegner einen möglichst wirkungsvollen Druck ausüben soll, alle vertraglich übernommenen Verpflichtungen einzuhalten. Eine Schadenspauschalabrede liegt dagegen vor, wenn sie der vereinfachenden Durchsetzung eines als bestehend vorausgesetzten Vertragsanspruches dienen soll (vgl. zu alldem BGH, NJW 1970, 29; 1968, 149; Werner/Pastor, Rn. 2555). Die Vertragsstrafe kann lediglich als weitere Funktion einen pauschalierten Mindestschadenersatz enthalten (vgl. BGH, NJW 1994, 45). Bei einer Vertragsstrafe bleibt es dem Gläubiger gemäß §§ 341 Abs. 2, 340 Abs. 2 S. 2 BGB unbenommen, einen weitergehenden tatsächlichen Schaden geltend zu machen. Hingegen erstreckt sich die Schadensersatzpauschale im Zweifel auf den Ersatz des gesamten, typischerweise eintretenden Schadens (BGH, NJW 2010, 2122). Will der Verwender daher neben der Pauschale weitere Schadensposten verlangen, muss er sich das Recht hierzu ausdrücklich vorbehalten (vgl. BeckOK-BGB/Becker, 41. Edition, § 309 Nr. 5, Rn. 34; Staudinger/Coester-Waltjen, BGB, Neubearbeitung 2013, § 309 Nr 5, Rn. 21 zur Auslegung von AGB; vgl. auch Ostendorf, JuS 2015, 977). Die Regeln über die Vertragsstrafe finden auf die Schadensersatzpauschale keine Anwendung (vgl. BGH, NJW 1970, 29; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Handelsgesetzbuch, 3. Auflage, § 348, Rn. 45; MünchKomm-BGB/Gottwald, 7. Auflage, Vorbemerkung zu §§ 336 ff., Rn. 34; a. A.: Knütel/Rieger NZBau 2010, 285). Mithin sind auch die §§ 341 Abs. 2, 340 Abs. 2 S. 2 BGB nicht anwendbar.

Rn. 161

Hier ist von der Vereinbarung einer Schadensersatzpauschale auszugehen. Hierfür streitet der Wortlaut. Da beide Parteien Geschäftserfahrung besitzen und die Regelung zudem in einem notariellen Vertrag getroffen haben, wäre zu erwarten gewesen, dass eine etwa gewollte Vertragsstrafenabrede auch ausdrücklich als solche bezeichnet worden wäre (vgl. BGH, NJW 1992, 2625). Hingegen haben die Parteien den Begriff „Entschädigung“ gewählt, der mit der Vereinbarung einer Schadensersatzpauschale zu vereinbaren ist. Darüber hinaus ist das Prinzip rechtskonformer Auslegung zu berücksichtigen, wonach der Wille der Parteien dahin geht, eine zulässige Vertragsgestaltung zu wählen. Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe zur Sicherung einer Ausführungsfrist ist aber nur dann wirksam, wenn bei Abschluss der Vereinbarung die zu sichernde Frist noch nicht abgelaufen war (vgl. OLG Düsseldorf, BauR 1979, 153; Werner/Pastor, Rn. 2559). Dies entspricht der Zwecksetzung der Vertragsstrafe als Druckmittel für die Erfüllung der Verpflichtung des Schuldners. Hier wäre aber die Vertragsstrafe aufgrund der Ergänzungsvereinbarung der Parteien vom 18.06.2012 rückwirkend auf die bereits verstrichene Ausführungsfrist bis zum 30.06.2011 bzw. 30.09.2011 erstreckt worden und damit (teilweise) unwirksam. Somit entspricht es dem Parteiwillen und der beiderseitigen Interessenlage, die Regelung

dahingehend zu verstehen, dass die Höhe des zu ersetzenden Schadens pauschaliert werden sollte. Es ist auch unter Zugrundelegung der strengen Anforderungen an den Verzichtswillen (vgl. BGH, NJW 2006, 1511; NJW 2008, 2842) davon auszugehen, dass sich der Kläger auf die Festlegung der Schadenssumme auf 3.000 € einlassen wollte. Denn umgekehrt verzichtete damit auch die Beklagte auf das Recht, einen geringeren Schaden zu behaupten. Beide Parteien konnten auf diese Weise Rechtssicherheit gewinnen.

Rn. 162

Nach ihrem eindeutigen Wortlaut ist die Klausel auch dahingehend zu verstehen, dass sie zeitlich unbegrenzt gelten sollte. Denn sie lautet, dass der Käufer „vom 01.09.2011 bis zur Bezugsfertigkeit des Vertragsobjektes“ die monatliche Entschädigung erhalten sollte. Mit „Bezugsfertigkeit“ ist nicht das unter § 2 Ziffer 2 der Ergänzungsvereinbarung neu festgelegte Datum der Bezugsfertigkeit zum 31.03.2013 als absolute zeitliche Grenze gemeint. Vielmehr haben die Parteien dieses Datum in § 2 Ziffer 3 gerade nicht aufgenommen. Eine unbegrenzte Gültigkeit entsprach auch der Interessenlage der Parteien, denn so konnte die Entschädigungsklausel auch auf den hier eingetretenen Fall des neuerlichen Verzugs der Beklagten mit der Fertigstellung zum 31.03.2013 Anwendung finden. Es ist naheliegend, dass die Parteien die Möglichkeit einer erneuten Vertragsbrüchigkeit der Beklagten vor Augen hatten, weil die Beklagte die ursprünglichen Ausführungsfristen bereits einmal deutlich überschritten hatte.

Rn. 163

Allerdings hat die Entschädigungsklausel ihre Gültigkeit zum Zeitpunkt der Kündigung des Klägers verloren. Denn durch die Kündigung erloschen die Vertragspflichten der Parteien ex nunc. Die Beklagte war deshalb nicht mehr verpflichtet, nach dem 18.12.2015 das Objekt bezugsfertig bzw. vollständig herzustellen.

Rn. 164

(4)

Rn. 165

Der Kläger kann für die Zeit nach dem 18.12.2015 aber auch keinen Schadenersatz in Höhe von 5.400 € monatlich unter dem Gesichtspunkt des Schuldnerverzugs der Beklagten mit ihrer Verpflichtung zur Übergabe bzw. Eigentumsverschaffung an dem Objekt gemäß §§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 1 BGB fordern.

Rn. 166

Schuldnerverzug setzt nämlich das Bestehen einer einredefreien Forderung voraus. Die Beklagte war jedoch nach der Kündigung des Bauträgervertrags nur noch verpflichtet, ihre Verkäuferpflichten gemäß §§ 320, 322 BGB Zug um Zug gegen Begleichung ihrer fälligen Kaufpreisansprüche zu erfüllen. Durch die Kündigung wurde der ursprünglich einheitliche Vertrag aufgeteilt und der Grundstücksübereignungsanspruch von dem durch die Erfüllungsablehnung für die Zukunft erledigten Anspruch auf Fertigstellung des Bauwerks gelöst (vgl. BGH, NJW 1986, 925). Die ursprüngliche Vorleistungspflicht der Beklagten – modifiziert durch den vertraglichen Zahlungsplan – entfiel durch die Kündigung und an ihre Stelle trat die Grundregel der Zug-um-Zug-Leistung im gegenseitigen Vertrag. Aufgrund der ihr insoweit zustehenden Einrede des nicht erfüllten Vertrags gemäß § 320 Abs. 1 BGB konnte die Beklagte nicht in Schuldnerverzug geraten, solange der Kläger den geschuldeten Restkaufpreis nicht beglichen hatte (vgl. BGH, NJW 1982, 2242; Palandt/Grüneberg, § 320, Rn. 12).

Rn. 167

Unerheblich ist, ob die Klageänderung gemäß § 286 Abs. 1 S. 2 BGB einer Mahnung gleichstand bzw. ob gemäß § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung der Beklagten bzgl. ihrer Verpflichtung zur Übertragung der Immobilie die Mahnung entbehrlich machte. Dies alles berührt nicht die verzugshindernde Einrede der Beklagten gemäß § 320 Abs. 1 BGB.

Rn. 168

Der Beklagten ist die Berufung auf das Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 320 Abs. 1 BGB auch nicht nach Treu und Glauben verwehrt, weil sie sich einseitig vom Vertrag gelöst hätte. Zwar ist die eigene Vertragstreue ungeschriebene Voraussetzung für ein Leistungsverweigerungsrecht. Der Schuldner kann sich deshalb auf § 320 Abs. 1 BGB nur berufen, wenn er selbst am Vertrag festhält (vgl. Palandt/Grüneberg, § 320, Rn. 6; MünchKomm-BGB/Emmerich, § 320, Rn. 28). Denn die Einrede aus § 320 BGB hat die Funktion, die geschuldete Gegenleistung zu erzwingen, und steht deshalb einer Partei, die deutlich gemacht hat, dass sie nicht am Vertrag festhalten will, nicht zu (BGH, NJW-RR 2013, 1458). Dem entspricht die vorliegende Fallgestaltung aber nicht, weil keine der Parteien an dem ursprünglichen Bauträgervertrag festhalten wollte, sondern beide Parteien sich jeweils auf eine (teilweise) Vertragsbeendigung durch Rücktritt bzw. Kündigung berufen haben. Die jetzt noch bestehenden wechselseitigen Verpflichtungen der Parteien resultieren vielmehr aus dem erst durch die Teilkündigung entstandenen Abwicklungsverhältnis, hinsichtlich dessen der Beklagten jedoch keine Treuwidrigkeit vorgeworfen werden kann.

Rn. 169

Einen Schuldnerverzug der Beklagten hätte der Kläger im Hinblick auf das Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten grundsätzlich nur durch wörtliches Angebot der Leistung in annahmeverzugsbegründender Weise gemäß § 295 BGB herbeiführen können (vgl. Palandt/Grüneberg, § 286, Rn. 14, § 320, Rn. 12). Der Kläger hat der Beklagten jedoch kein entsprechendes wörtliches Angebot unterbreitet. Zwar bedarf es keines wörtlichen Angebots, wenn offenkundig ist, dass der Gläubiger auf seiner Weigerung beharrt (vgl. Palandt/Grüneberg, § 295, Rn. 4). Dieser Ausnahmetatbestand kommt hier jedoch nicht zur Anwendung, weil es schon an einer Verweigerungshaltung der Beklagten fehlt. Die Beklagte konnte die Annahme des Restkaufpreises nicht (konkludent) verweigern, weil der Kläger diesbezüglich keine Erfüllungsbereitschaft signalisiert hat. Denn der Kläger hat stets deutlich gemacht, nach seiner Auffassung keinerlei Restkaufpreiszahlung zu schulden. Insoweit kann er sich auch insoweit nicht auf treuwidriges Verhalten der Beklagten berufen. Im Übrigen weist der Kläger selbst darauf hin, dass die Beklagte nach der Klageänderung mit Schriftsatz vom 18.04.2016 einen Restkaufpreisanspruch in Höhe von 635.000 € berechnet habe, was gegen eine Verweigerungshaltung der Beklagten spricht.

Rn. 170

Dem Kläger wäre es im Übrigen unbenommen geblieben, seine Rechte durch ein Annahmeverzug begründendes Angebot der Restkaufpreiszahlung sowie durch einen in erster Instanz rechtzeitig gestellten Feststellungsantrag bzgl. des Annahmeverzugs der Beklagten zu wahren, um sodann über §§ 726 Abs. 2, 756, 765 ZPO ohne Weiteres die Zwangsvollstreckung im Hinblick auf die Grundstücksübertragung betreiben zu können. Einer Hinterlegung des Restkaufpreises hätte es in diesem Fall für die Vollstreckung nicht bedurft.

Rn. 171

(5)

Rn. 172

Ein Schadenersatzanspruch wegen angeblichen Mietausfalls in Höhe von 5.400 € monatlich ab dem 19.12.2015 ergibt sich zugunsten des Klägers auch nicht aus § 280 Abs. 1 BGB wegen Verletzung von Vertragspflichten durch die Beklagte.

Rn. 173

Die Zuerkennung eines Schadenersatzanspruchs aus § 280 Abs. 1 BGB würde die Regelung des § 280 Abs. 2 BGB unterlaufen, wonach der Gläubiger Schadenersatz wegen Verzögerung der Leistung nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 286 BGB verlangen kann und zugleich das

Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten aus § 320 Abs. 1 BGB umgehen. Zwar hat das in verschiedener Hinsicht vertragswidrige Verhalten der Beklagten den Kläger kausal zur Kündigung des Bauträgervertrags veranlasst. Die Kündigung hat ihrerseits jedoch lediglich dazu geführt, dass der vertraglich vereinbarte Zahlungsplan entfiel und der Kläger im Rahmen des entstandenen Abwicklungsverhältnisses sofort die Übergabe und Übereignung des Grundstücks unter Anrechnung der für das bis dahin erstellte Bauwerk geleisteten Zahlungen verlangen konnte. Erst aus dem gesonderten Entschluss der Beklagten, ihre Verpflichtungen aus dem Abwicklungsverhältnis nicht zu erfüllen, hätte dem Kläger ein Mietausfallschaden entstanden sein können. Bei diesem Schaden würde es sich jedoch um einen reinen Verzugschaden handeln, der nicht mehr in Zusammenhang mit den ursprünglichen Vertragsverletzungen der Beklagten stünde und deshalb nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 286 BGB ersetzt werden könnte, die allerdings nicht vorliegen (s. o. Teilziffer (4)). Die vorliegende Fallgestaltung ist insofern anders gelagert als jene Fälle, in denen dem Käufer infolge der Lieferung einer mangelbehafteten Sache unmittelbar ein Nutzungsausfallschaden entsteht und der Bundesgerichtshof deshalb eine freie Anspruchskonkurrenz zwischen § 280 Abs. 1 BGB und §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB befürwortet (vgl. BGH, NJW 2009, 2674).

Rn. 174

(6)

Rn. 175

Außerdem hat der Kläger gemäß § 280 Abs. 1 BGB Anspruch auf Schadenersatz in Höhe von 3.063,54 € für die ihm entstandenen Sachverständigenkosten. Hierdurch verringert sich der vom Kläger geschuldete Restkaufpreis auf 112.224,52 € (= 115.288,06 € - 3.063,54 €).

Rn. 176

Indem die Beklagte die fünfte Kaufpreisrate ohne Vorliegen der vertraglichen vereinbarten Voraussetzungen vom Kläger gefordert hat, hat sie eine Pflicht aus dem Bauträgervertrag verletzt.

Rn. 177

Wie bereits ausgeführt, waren die gemäß § 5 Ziffer 3 des Bauträgervertrags für die Fälligkeit der fünften Rate erforderlichen Voraussetzungen, nämlich die Herstellung der Dachflächen und Dachrinnen, bei Rechnungstellung noch nicht erfüllt.

Rn. 178

Das Verschulden der Beklagten wird gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet.

Rn. 179

Zu Recht hat das Landgericht angenommen, dass dem Kläger aus dieser Pflichtverletzung ein kausaler Schaden in Gestalt der Sachverständigenkosten entstanden ist. Die Kosten eines Sachverständigengutachtens sind vom Schädiger zu ersetzen, soweit diese zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig sind (vgl. BGH, NJW 2007, 1450; NJW 2005, 356; Palandt/Grüneberg, § 249, Rn. 58). Hier entsprach es dem berechtigten Interesse des Klägers, den betreffenden Bautenstand durch einen Sachverständigen überprüfen zu lassen, weil dazu technisches Fachwissen nötig war. Zwar ergab sich aus der Abschlagsrechnung und dem beigefügten Bautenstandsbericht ausdrücklich, dass die Klempnerarbeiten nicht ausgeführt waren. Jedoch ist der Vortrag des Klägers, die vollständige Fertigstellung der Dachflächen und Dachrinnen sei auch unabhängig von den Klempnerarbeiten nicht erfolgt, gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden anzusehen (s. o.). Da die Beklagte somit auch andere zur Fertigstellung der Dachflächen bzw. Dachrinnen gehörige Leistungen als die Klempnerarbeiten bei Anforderung der fünften Abschlagszahlung vertragswidrig nicht fertiggestellt hatte, bedurfte es zur Ermittlung dieser ebenfalls fehlenden Arbeiten der Einholung eines Sachverständigengutachtens.

Rn. 180

3.

Rn. 181

Der Antrag des Klägers auf Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zum Ersatz zukünftiger Schäden aufgrund des unwirksam erklärten Rücktritts ist aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB begründet.

Rn. 182

Der Beklagten fällt aufgrund des unwirksamen Rücktritts eine vertragliche Pflichtverletzung zur Last. Eine Vertragspartei, die sich unberechtigt durch ein Gestaltungsrecht vom Vertrag zu lösen sucht, verletzt hierdurch eine vertragliche Pflicht zur Rücksichtnahme auf den Vertragspartner und macht sich deswegen schadenersatzpflichtig (vgl. BGH, NJW 2011, 914; 1996, 3270; OLG Düsseldorf, NJOZ 2006, 3675).

Rn. 183

Der Beklagten stand ein Recht zum Rücktritt vom Bauträgervertrag nicht zu (s. o.).

Rn. 184

Das Verschulden der Beklagten wird gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet.

Rn. 185

Für die Begründetheit der Feststellungsklage genügt im Übrigen die Wahrscheinlichkeit eines weiteren Schadens (vgl. BGH, NJW 2017, 265). Diese liegt hier vor (s. o.).

Rn. 186

4.

Rn. 187

Der Kläger kann gemäß §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB ferner Schadenersatz wegen der ihm zur Abwehr des unberechtigten Rücktritts entstandenen vorgerichtlichen Anwaltskosten in Höhe von 5.330,61 € verlangen.

Rn. 188

Durch den unwirksamen Rücktritt hat die Beklagte ihre Vertragspflichten verletzt (s. o.).

Rn. 189

Die Pflicht zum Ersatz der Anwaltskosten setzt weiter voraus, dass die Inanspruchnahme eines Rechtsanwalts erforderlich und zweckmäßig war (vgl. BGH, NJW 2006, 1065; NJW 2004, 444). Wie das Landgericht zutreffend angenommen hat, war die Beauftragung eines Anwalts unter den Umständen des Falls erforderlich, weil der Sachverhalt für einen juristischen Laien kompliziert war und die Wirksamkeit des Rücktritts einer eingehenden rechtlichen Prüfung bedurfte.

Rn. 190

Allerdings kann der Kläger nur Ersatz in Höhe einer 1,5 Geschäftsgebühr verlangen. Eine Erhöhung der Geschäftsgebühr über die Regelgebühr von 1,3 hinaus kann nur gefordert werden, wenn die Tätigkeit des Rechtsanwalts umfangreich oder schwierig war und sie ist deshalb auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Toleranzrechtsprechung bis zu einer Überschreitung von 20% der gerichtlichen Überprüfung entzogen (vgl. BGH, NJW 2012, 2813; NJW-RR 2013, 1020).

Rn. 191

Hier hat der Kläger nachvollziehbar ausgeführt, dass der Umfang der anwaltlichen Tätigkeit, der sich primär nach dem Zeitaufwand bemisst (vgl. Mayer/Kroiß-Teubel, Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, 6.

Auflage, RVG Nr. 2300 VV, Rn. 18 ff.) überdurchschnittlich war, weil eine Auseinandersetzung mit den umfassenden Vertragsunterlagen, dem Fortschritt des Bauprojekts und den umfangreichen Sachverständigengutachten erforderlich war. Der durchschnittliche Zeitaufwand kann schon im Hinblick auf den Gegenstandswert von über 100.000 € auf deutlich höher als 5 Stunden veranschlagt werden (vgl. Mayer/Kroiß-Teubel, a. a. O.). Hinzu kommt, dass die anwaltliche Tätigkeit überdurchschnittliche Schwierigkeiten aufwies, weil technische Sachverständigengutachten ausgewertet werden mussten. Auch in rechtlicher Hinsicht weist die Angelegenheit aufgrund der erforderlichen Prüfung zweier gegenläufiger Gestaltungsrechte mit baurechtlichem Hintergrund einen erhöhten Schwierigkeitsgrad auf. Dies rechtfertigt im Ergebnis den Ansatz einer 1,5 Geschäftsgebühr.

Rn. 192

Bei dem vom Kläger angesetzten Gegenstandswert von 440.000 €, der im Hinblick auf den Gebührenstreitwert nicht zu beanstanden ist, sind – ausgehend von den ab 01.08.2013 geltenden Gebührensätzen – folgende Rechtsanwaltsgebühren berechnigt:

Rn. 193

1,5 Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG 4.459,50 €

Rn. 194

Auslagenpauschale nach Nr. 7002 VV RVG 20,00 €

Rn. 195

Umsatzsteuer nach Nr. 7008 VV RVG 851,11 €

Rn. 196

Summe 5.330,61 €

Rn. 197

5.

Rn. 198

Der Antrag des Klägers auf Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zum Ersatz sämtlicher Schäden, die ihm dadurch entstehen, dass das Vertragsobjekt weder bis spätestens 30.06.2011 noch 31.03.2013 bezugsfertig bzw. weder bis spätestens 30.09.2011 noch bis 30.06.2013 vollständig fertiggestellt worden ist, ist unbegründet. Die von ihm umfassten Ansprüche sind entweder durch die Prozessaufrechnung des Klägers erloschen oder bereits in dem anderweitigen Feststellungsantrag enthalten.

Rn. 199

Mit seiner Anschlussberufung hat der Kläger selbst diesen Feststellungsantrag dahingehend beschränkt, dass von ihm Schäden ausgenommen sein sollen, die bereits durch Aufrechnung oder Verrechnung im Prozess erloschen sind. Die aus der Überschreitung der Vertragsfristen entstandenen Verzugsschäden sind jedoch durch die vom Kläger erklärte Prozessaufrechnung vollständig erschöpft. Er kann nämlich wegen Verzugs längstens bis zur Kündigung des Bauträgervertrags am 18.12.2015 Ansprüche herleiten, da durch die Kündigung die werkvertragliche Verpflichtung der Beklagten zur Fertigstellung des Bauvorhabens erloschen ist. Die nach der Kündigung mit der Anschlussberufungsschrift vom 14.11.2016 wiederholte Aufrechnung umfasst somit abschließend sämtliche Verzugsschäden aus der Überschreitung der Fertigstellungsfristen bis einschließlich 18.12.2015. Es verbleibt somit kein Verzugsschaden, der den Feststellungsantrag ausfüllen könnte.

Rn. 200

Soweit sich der Kläger auch für die Zeit nach dem kündigungsbedingten Erlöschen der nur bis zum 18.12.2015 bestehenden werkvertraglichen Fertigstellungsverpflichtung der Beklagten auf laufende monatliche Mietausfallschäden in Höhe von 5.400 € beruft, können diese allein auf einem Verstoß der Beklagten gegen ihre durch die Kündigung fällig gewordene Verpflichtung zur Übereignung und Übergabe des Grundstücks mit dem unvollendeten Bauwerk beruhen, der aber nicht Gegenstand dieses Feststellungsantrags ist. Der Feststellungsantrag bezieht sich vielmehr ausschließlich auf die Verletzung der mit der Kündigung erloschenen werkvertraglichen Fertigstellungsverpflichtung.

Rn. 201

Weitere Schadensfolgen, die sich aus der Kündigung des Klägers ergeben könnten, wie etwa Mehrkosten der Fertigstellung, werden bereits durch den auf den unwirksamen Rücktritt der Beklagten bezogenen Feststellungsantrag erfasst. Sonstige Schäden, die Gegenstand dieses Feststellungsantrags sein könnten, hat der Kläger nicht aufgezeigt und sind auch nicht ersichtlich.

Rn. 202

6.

Rn. 203

Der Zinsanspruch hinsichtlich der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten folgt aus §§ 288 Abs. 2, 291 BGB.

Rn. 204

7.

Rn. 205

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Rn. 206

Gründe, die eine Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO gebieten würden, liegen nicht vor.

Rn. 207

Der Streitwert beträgt 1.600.000 € (Leistung: 1.400.000 €; Feststellung: jeweils 100.000 €).

Zitiervorschlag: Oberlandesgericht Düsseldorf, Urteil vom 22.06.2017 – I-5 U 114/16,

ECLI:DE:OLGD:2017:0622.I5U114.16.00

Quelle: Open Legal Data, abgerufen 09.07.2026

Entscheidungstext bereitgestellt über Open Legal Data (openlegaldata.io), lizenziert unter der Open Database License (ODbL) v1.0.

Nicht-amtliche Fassung — maßgeblich ist die Ausfertigung des Gerichts

Dieses Dokument: <https://recht.nulegal.eu/rechtsprechung/olg-duesseldorf/2017-06-22/i-5-u-114-16>