

**Dokumentnummer:** 13u15\_11  
**letzte Aktualisierung:** 2.8.2012

**OLG München, 15.11.2011 - 13 U 15/11**

BGB § 307

### **Kein Ausschluss der Haftung für verzögerte Herstellung eines Wohnhauses**

Die termingerechte Fertigstellung eines Wohnhauses gehört zu den wesentlichen Vertragspflichten (Kardinalpflichten) eines Bauträgers. Für solche Pflichten darf auch bei einfacher Fahrlässigkeit die Haftung nicht ausgeschlossen werden. (Leitsatz der DNotI-Redaktion)

## **Tenor**

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Landshut vom 07.12.2010, Az. 43 O 911/09, teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, den im Grundbuch von F., Wohnungsgrundbuchblatt ...400, eingetragenen 104/10.000 Miteigentumsanteil an dem Grundstück V.straße 1, 1 a, 1 b, 1 c, M.- Weg 1, 2, 4, 6 verbunden mit dem im Aufteilungsplan als Nr. 23.10.02 bezeichneten Sondereigentum sowie dem dem Sondereigentum zugeordneten Sondernutzungsrecht an den im Aufteilungsplan mit den Nummern TG 73, TG 141 und TG 149 bezeichneten Pkw-Stellplätzen in der Tiefgarage an den Kläger aufzulassen und die Eintragung des Klägers als Eigentümer im Grundbuch zu bewilligen, Zug um Zug gegen Zahlung von 9.319,07 Euro an die Beklagten. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen. Im Übrigen wird die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

2. Der Kläger ist des Rechtsmittels der Anschlussberufung verlustig.

3. Von den Kosten des Rechtsstreits tragen die Beklagten 84 %, der Kläger 16 %.

4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der jeweilige Vollstreckungsschuldner kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

5. Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.

## **Beschluss:**

Der Streitwert im ersten Rechtszug beträgt 72.750,35 Euro. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf bis zu 65.000,00 € festgesetzt.

## **Gründe**

### **I.**

1. Gemäß § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO wird auf den Tatbestand des Erstgerichts Bezug genommen.

2. Mit ihrer Berufung begehren die Beklagten die Aufhebung des Ersturteils in vollem Umfange und die Abweisung der Klage. Die Beklagten tragen in der Berufungsinstanz vor, soweit noch für die Entscheidung relevant:

a) Das Erstgericht weise den Beklagten zu Unrecht die Darlegungs- und Beweislast dafür zu, dass die Nachträge (Sonderwünsche) höher seien als vom Kläger behauptet. Tatsächlich habe der Kläger die Voraussetzungen dafür darzulegen, dass keine oder nur mehr geringe Restansprüche der Beklagten bestünden. Was die Kosten für das Podest angehe (Nachtrag D), habe der Kläger selbst nur behauptet, dass diese Kosten "Verhandlungsmasse" seien, weil er mit dem Geschäftsführer der Beklagten zu 1 übereingekommen sei, diese Position zurückzustellen. Außerdem habe der Kläger selbst von anderen Unternehmen Kostenvoranschläge eingeholt und habe daher nicht davon ausgehen können, dass diese Leistungen in einem anderen Nachtrag enthalten seien.

b) Soweit das Erstgericht einen Aufwendungsersatzanspruch für Eigenleistung "Handläufe ... Galerie" in Höhe von 2.432,52 Euro zusprach, tragen sie vor: Die Galerie sei ein Sonderwunsch des Klägers gewesen. Ihre Kosten tauchten in den Nachtragsrechnungen nicht mehr auf. Dem Kläger sei angeboten worden, dass dann, wenn er die Kosten für die Aufdoppelung des Bodens (Nachtrag D) übernehme, die Galeriekosten von den Beklagten bezahlt würden. Allerdings müsste sich der Kläger dann auch die Eigenleistung bei der Galerie, nämlich die Absturzsicherung zu 2.432,52 Euro abziehen lassen. Jedenfalls stehe dem behaupteten Aufwendungsersatzanspruch ein Ausgleichsanspruch der Beklagten für eine Mehrung der Wohnfläche entgegen. Durch die Galerie sei nämlich eine Mehrfläche von 10,06 m<sup>2</sup> entstanden. Nach dem notariellen Vertrag sei 1 m<sup>2</sup> Mehrung mit 2.991,06 Euro zu vergüten, sodass dem Anspruch des Klägers ein Mehrvergütungsanspruch von 30.090,00 Euro gegenüber stehe und nach Abzug der 2.432,52 Euro ein Anspruch von 27.657,46 Euro verbleibe.

c) Einen schlichten Willkürakt stelle der Abzug der Bereitstellungszinsen in Höhe von 17.672,04 Euro dar. Im Hinweisbeschluss vom 30.9.2009 habe das Erstgericht noch wegen der Haftungsbeschränkung in § 3 Abs. 1 des notariellen Vertrags (Anlage K 1) einen Schadensersatzanspruch insoweit zu Recht verneint. Selbst wenn man diese Haftungsbeschränkung für unwirksam halte, könne die Berechnung nicht von 66,5 Monaten Verzug ausgehen, denn zwischen dem vertraglich vorgesehenen Fertigstellungstermin und der Abnahme lägen nur 14 Monate. Außerdem sei im Vertrag zwischen Kläger und finanziender Bank vorgesehen, dass die Tilgung in voller Höhe zum 01.07.2010 erfolge. Deshalb habe der Kläger keinen Schaden erlitten.

d) Was die noch vorhandenen Baumängel angehe, habe das Gericht den nicht nachgelassenen Schriftsatz der Beklagten vom 19.11.2010 zu deren Nachteil ausgewertet. Es heiße dort, dass von den Mängeln am Gemeinschaftseigentum noch zwei offen seien: Wassereintritt in einen Versorgungsschacht und fehlende Schlagregendichtigkeit der Abgänge zur Tiefgarage. Über die Abgänge werde noch mit der Eigentümergemeinschaft verhandelt, weil diese abschließbare Türen möchte, die nicht geschuldet seien.

e) Die Schallschutzmängel zur Wohnung L. hin seien beseitigt, wie das Privatgutachten S. & Partner GmbH vom 12.1.2011 beweise. Auch die Sanierung der Fenster sei abgeschlossen.

Die Beklagten beantragen daher:

Das angefochtene Urteil des Landgerichts Landshut vom 07.12.2010 (43 O 911/09) wird aufgehoben. Die Klage wird abgewiesen.

2. Der Kläger beantragt:

Die Berufung wird zurückgewiesen.

Er trägt, soweit zum Schluss der mündlichen Verhandlung vom 18.10.2011 noch relevant, vor:

- a) Zu Recht habe das Landgericht den Betrag von 9860 Euro für das Podest unberücksichtigt gelassen und den Beklagten die Beweislast dafür auferlegt, weil sie sich auf § 320 Abs. 2 BGB beriefen. Das bedeute nicht, dass nach § 320 Abs. 2 BGB der Gläubiger nunmehr auch die Beweislast dafür trage, dass und in welcher Höhe die Gegenforderung des Schuldners bestehe. Die Kosten für das Podest, deren Angemessenheit bestritten werde, sei im Übrigen mit dem Nachtrag A abgegolten.
- b) Auch die Ausführungen des Landgerichts zu den Bereitstellungszinsen seien zutreffend. Die Beklagten hätten auf die Ausführungen des Klägers hierzu in erster Instanz nicht erwidert.
- c) Zutreffend gehe das Landgericht davon aus, dass Mängel am Sondereigentum und am Gemeinschaftseigentum vorhanden seien. Die Mängel "Wassereintritt Versorgungsschacht" und "fehlende Schlagregendichtheit" seien unstreitig nicht beseitigt. Darüber hinaus läge noch eine Vielzahl von Mängeln der Außenanlagen vor (vgl. Schriftsatz vom 10.10.2011). Die Schallschutzmängel zur Wohnung L. seien nur im Dachgeschoß, nicht aber im darunter liegenden Obergeschoß beseitigt, wo Tritte auf der Treppe der Nachbarwohnung zu hören seien.
- d) Mit seiner - im Termin vom 18.10.2011 zurückgenommenen - Anschlussberufung hat der Kläger gerügt, dass das Erstgericht nur 190,40 Euro statt 1171,44 Euro (Ersatzvornahme wegen Absenkung des Estrichbodens) und nur 3082,30 Euro statt 7500 Euro für die Mängel am Sondereigentum abgezogen habe. Dieser Abzug sei nicht gerechtfertigt, weil das Erstgericht die Feststellung der Mängelbeseitigungskosten durch den Sachverständigen nicht hätte verwerten dürfen, da vom Beweisbeschluss nicht umfasst.

3. Zur besseren Übersicht hier die unstreitigen Ausgangszahlen zur Berechnung des Restkaufpreises (vor Zahlung der 14.500 Euro am 31.10.2011):

Gesamtkaufpreis zuletzt		583.384,04 Euro
Erhöhung durch Mehrflächen		+ 11.964,21 Euro
Zusatzleistungen, soweit unstreitig		+ 21.296,89 Euro
<b>Gesamtpreis daher</b>		<b>616.645,14 Euro</b>

Abzug wegen nicht erbrachter Leistungen		./. 23.454,47 Euro
bezahlt		./. 513.961,33 Euro
Schadensersatz wegen verspäteter Fertigstellung (Nutzungsausfall)		./. 26.543,33 Euro
Minderung für einzelne Mängel		./. 1.000,00 Euro
Ersatz für Eigenleistung Fensterbänke		./. 296,00 Euro
Eigenleistung Treppenbeläge (nicht mehr streitig)		./. 5.843,88 Euro
Eigenleistung Handläufe usw. Galerie (vgl. unten II 2 d)		./. 2.432,52 Euro
Eigenleistung Absturzsicherung Podest (nicht mehr streitig)		./. 545,20 Euro
Ersatzvornahme Estrichboden (nicht mehr streitig)		./. 190,40 Euro
<b>Summe Restwerklohn ohne streitige Abzüge</b>		<b>42.378,01 Euro</b>

Das Erstgericht hat zu Gunsten des Klägers folgenden weiteren Abzug gebilligt:

Zinsschaden wegen verspäteter Fertigstellung (weiter streitig)		./. 17.672,04 Euro
<b>Summe Restwerklohn laut Erstgericht</b>		<b>24.705,97 Euro</b>

Die Beklagten wollen - das ist der Stand der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz - folgende zusätzliche Beträge:

Restforderung gemäß Urteil des Landgerichts		+ 24.705,97 Euro
Rest für Sonderwunsch Nachtrag D		+ 9.860,00 Euro
Mehrflächenvergütung Galerie (30.090,00 €minus 2.432,54 €=)		+ 27.657,46 Euro
Streichung des Zinsschadens		+ 17.672,04 Euro
<b>Restforderung nach Behauptung der Beklagten daher</b>		<b>82.786,96 Euro</b>
(Schriftsatz der Beklagten vom 30.08.2011, Seite 9, rechnerisch richtig:		79.895,47 Euro)

Die noch in erster Instanz geltend gemachten Positionen aus Nachtrag G mit 522,00 Euro und Eigenanteil Absturzsicherung 182,03 Euro wurden zuletzt ausdrücklich nicht mehr geltend gemacht. Die Mehrflächenvergütung von 30.090,00 Euro wurde erst im zweiten Rechtszug als eigene Mehrungsposition angesetzt.

Der Kläger macht folgenden weiteren Abzug geltend:

1.171,44 Euro minus 190,40 Euro = 981,08 Euro (siehe oben 2 d).

Mit nachgelassenem Schriftsatz vom 31.10.2011 teilt der Kläger mit, dass er weitere 14.500 Euro bezahlt hat.

3. Der Senat hat unter anderem mit der Terminsverfügung vom 30.06.2011 umfangreiche Hinweise erteilt (Anlage zu Blatt 331/332 der Akten). Eine Beweisaufnahme hat vor dem Senat nicht stattgefunden.

## II.

Die zulässige Berufung der Beklagten hat teilweise Erfolg. Sie führt zur Abänderung des angefochtenen Urteils.

1. Anwendbar ist das bis 31.12.2001 geltende Schuldrecht, Art. 229 § 5 EGBGB

2. Der Kläger hat einen Anspruch auf Übereignung durch Erklärung der Auflassung und Bewilligung der Eigentumsumschreibung, allerdings nur Zug um Zug gegen Zahlung des Restkaufpreises, dieser gemindert um den dreifachen Betrag der offenen Mängelbeseitigungskosten.

- a) Der rechnerisch unstreitige Restkaufpreis ohne streitige Zu- und Abschläge beträgt 42.378,01 Euro, siehe oben I.3.
- b) Davon abzuziehen ist der Verzugsschaden des Klägers wegen der Zahlung von Bereitschaftszinsen in Höhe von 17.672,04 Euro. Die Beklagten haben diese Position in erster Instanz nicht bestritten (Klageerwiderung Seite 2 und Schriftsatz vom 11.9.2009 Seite 2).
  - aa) Der Anspruch ist nicht nach § 3 des notariellen Vertrags ausgeschlossen, sondern er kann zusätzlich zu der unstreitig vereinbarten Nutzungsentschädigung in Höhe von 26.543,33 Euro geltend gemacht werden. Denn die Haftungsbeschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit ist gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG a. F. unwirksam, vgl. BGH NJW 1994, 1060 (1063, dort zu Klausel Nr. 3). Die Haftung für die Erfüllung wesentlicher Vertragspflichten selbst bei einfacher Fahrlässigkeit darf nicht formularmäßig ausgeschlossen werden. Die termingerechte Herstellung eines Wohnhauses oder einer Wohnung gehört zu den wesentlichen Pflichten (BGH aaO: Kardinalpflichten) eines Bauträgers. Die Entscheidung betrifft zwar den Kfz-Handel. Es besteht aber kein sachlicher Grund, die dort behandelte fristgemäße Lieferung eines Kraftfahrzeuges nicht auch auf die Herstellung einer Immobilie anzuwenden. Denn der Erwerber einer Wohnung muss unter Umständen seine bisherige Wohnung fristgemäß räumen, sich ein Darlehen bereit stellen lassen und den Umzug auf einen bestimmten Zeitpunkt fixieren. Demgegenüber kann allgemein ein Bauträger durch einen knapp oder unrealistisch festgelegten Fertigstellungstermin leichter Verträge mit Interessenten akquirieren und geht gleichzeitig bei Beschränkung der Haftung auf den Nutzungsausfall, der in den Kaufpreis eingerechnet werden kann, ein überschaubares Risiko ein.
  - bb) Die Beklagten können nicht damit gehört werden, sie trügen keine Schuld an der Bauverzögerung, denn diese sei durch die Insolvenz des Generalunternehmers und einem Wasserschaden, verursacht durch einen Handwerksunternehmer, bedingt gewesen. Wer als Bauträger einen bestimmten Fertigstellungstermin zusagt, hat Vorkehrungen zu treffen, dass der versprochene Termin eingehalten wird, insbesondere durch genügend große Zeitpuffer, die Spielraum zur Behebung unvorhergesehener Hemmnisse belassen. Es ist auch nicht verständlich, warum anstelle des insolventen Generalunternehmers in überschaubarer Zeit kein Nachfolger gefunden werden konnte. Überhaupt kein Entschuldigungsgrund sind die "technisch komplexen Bauabläufe" (Schriftsatz vom 09.06.2011, Seite 5 unten) oder die unzuverlässigen Einzelunternehmer, die an Stelle des Generalunternehmers eingesetzt wurden (ebenda). Die komplizierten Bauabläufe waren bei Art und Umfang des Objekts, einer ehemaligen Kaserne, voraussehbar, und statt der Einzelunternehmer hätte eben wieder ein Generalunternehmer eingesetzt werden müssen. Der angebotene Zeuge, der Projektsteuerer W. war daher nicht zu vernehmen, er würde nur bekunden, was ohnehin zu Gunsten der Beklagten als wahr unterstellt werden kann.

cc) Der weitere Vortrag erfolgte mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 19.10.2011. Selbst wenn man ihn berücksichtigte, würde er nicht zur Unschlüssigkeit der Klage in diesem Punkt führen. Die Beklagten setzen unzulässig den Zeitraum, während dessen Ausgleichszinsen bezahlt werden mussten, gleich mit dem Zeitraum zwischen vereinbartem Fertigstellungszeitpunkt und Abnahme. Denn Abnahme bedeutet nicht Fertigstellung und damit Fälligkeit der letzten Rate. Da der Kläger den vollen Kaufpreis fremdfinanziert hat, kann er den letzten Teil des Darlehens so lange nicht abrufen, als das Bauvorhaben nicht völlig fertig gestellt ist.

dd) Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass nach Abzug des Zinsschadens ein Restvergütungsanspruch von 24.705,97 Euro besteht, so wie ihn auch das Landgericht beziffert hat.

c) Hinzuzurechnen ist allerdings der Anspruch der Beklagten auf Zahlung des Sonderwunsches Podest (9.860 Euro). Die Beklagten konnten mit ihrer Berufung darlegen, dass diese Position gesondert zu vergüten ist. Der Kläger selbst hat den Beklagten mit Schreiben vom 28. April 2002 (Anlage B 8) Kostenangebote anderer Firmen vorgelegt, um den Angebotspreis der Beklagten über ursprünglich 14.001,83 Euro zu drücken. Die Beklagten haben daraufhin ihr Angebot mit Schreiben vom 28.05.2002 ermäßigt. Außerdem spricht für die Behauptung der Beklagten das Schreiben des Klägers vom 15.11.2002 (Anlage K 32), wo es heißt: "Wir hatten uns mit Herrn S. geeinigt, die Position" - gemeint ist das Podest - "als Verhandlungsmasse zurückzustellen." Der Senat hält daher nicht mehr an seiner in den Hinweisen geäußerten Auffassung fest; auf diese Meinungsänderung hat der Senat in der mündlichen Verhandlung hingewiesen (Protokoll vom 18.4.2011 Seite 4 oben). Im Übrigen dürfte - wiederum anders als in den schriftlichen Hinweisen - der Kläger für seine Behauptung die Beweislast tragen, dass die Kosten für den Nachtrag D im Nachtrag Galerie enthalten seien, vgl. Palandt/Sprau, BGB, 70. Auflage, § 632 Rdnr. 18.

Soweit der Kläger - erstmals im Termin vom 18.10.2011 - geltend macht, die Preise für das Podest seien nicht angemessen und ortsüblich, geht aus dem Angebot der Fa. L. (Anlage zur Anlage B 8) hervor, dass sich die Berechnung der Beklagten im ortsüblichen Rahmen bewegt. Die Fa. L. berechnete für den m<sup>2</sup> ein Einheitspreis von 71,20 Euro und bot für eine Fläche von 80 m<sup>2</sup> einen Gesamtpreis von 5.696,00 Euro, sodass sich für die tatsächlich aufgedoppelte Fläche von 92,5 m<sup>2</sup> ein Bruttopreis von 7.639,76 Euro ergäbe; hinzu kämen noch die Kosten für die Treppen, die im Angebot der Fa. Lindner offen gelassen wurden.

d) Den Betrag von 2.432,52 Euro für Eigenleistungen an der Galerie stellen die Beklagten nicht mehr in ihre Berechnung ein (vgl. Schriftsatz vom 30.08.2011 Seite 9), sondern verrechnen diesen Betrag mit der Mehrflächenvergütung für die Galerie von 30.090 Euro, sodass nach ihrer Auffassung ein Mehrflächenvergütungsanspruch von 27.657,46 Euro bestünde. Ein solcher Anspruch steht den Beklagten aber nicht zu. § 2 Absatz 1 des Bauträgervertrags sieht zwar einen Ausgleichsanspruch von 5.850 D-Mark (2.991,06 Euro) vor. Sinn und Zweck dieser Vertragsbestimmung ist es, bei Erhöhung der Wohnfläche einen nicht vorhergesehenen Mehraufwand des Bauträgers auszugleichen und dient der Verteilung des technischen Risikos. Sie kann aber nicht dazu dienen, dem Bauträger Mehrfläche zu

vergüten, die mehr oder weniger zufällig durch einen Sonderwunsch - hier durch die Galerie - entstanden ist.

Sollte der Vortrag der Beklagten dahin auszulegen sein, dass sie sich hilfsweise gegen die Anerkennung von 2.432,52 Euro Eigenleistung wenden (vgl. Protokoll vom 18.10.2011 Seite 3 Mitte), würden sie auch damit nicht durchdringen. Denn wenn die Nachträge Galerie und Podest gesondert abgerechnet werden und die Kosten nicht in einem einzelnen Gesamtbetrag verschmelzen, müssen sich die Beklagten die Eigenleistung "Handläufe, Absturzsicherung" abziehen lassen. Auf die Begründung des Ersturteils Seite 14 wird Bezug genommen.

e) Die Position "Eigenleistung Absturzsicherung Podest" in Höhe von 545,20 Euro wird von den Beklagten nicht mehr angegriffen, wie sich aus ihrer Aufstellung auf Seite 9 des Schriftsatzes vom 20.08.2011 ergibt, nicht mehr angegriffen.

Die Positionen aus Nachtrag G und Eigenanteil Absturzsicherung in Höhe von 522,00 Euro und 182,03 Euro werden von den Beklagten nicht mehr angegriffen (Fundstelle wie vorher).

3. Weiter ist die Zahlung von 14.500 Euro unter dem 31.10.2011 zu berücksichtigen. Eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung war nicht veranlasst (§ 156 ZPO), weil die Zahlung unstreitig ist (s. Schriftsatz der Beklagten vom 10.11.2011). Es verbleibt damit ein Restwerklohnanspruch von 24.705,97 plus 9.860 Euro gleich 34.565,97 Euro, minus 14.500 Euro sind 20.065,97 Euro. Soweit der Kläger schon an dieser Stelle die dreifachen Mängelbeseitigungskosten von 9.246,90 Euro abzieht, ist das nicht zulässig, weil Mängelbeseitigungskosten zur Ermittlung der Geringfügigkeit der Restforderung außer Betracht zu bleiben haben (und auch vom LG München I und OLG München, Bau R 2008, 1011 nicht als Abzugsposten angesehen wurden). 20.065,97 Euro sind immer noch über ca. 3,2 % der Gesamtvergütung, und dieser Betrag kann nicht mehr als geringfügig im Sinne des § 320 Abs. 2 BGB angesehen werden (vgl. LG München I und OLG München aaO: 2 % sind geringfügig). Denn sonst wäre - allgemein betrachtet - die vertragliche Regelung zur letzten Rate von 3,5 % bzw. 5,6 % (Bauträgervertrag Seite 13) Makulatur. Die Klage hat aber aus anderen Gründen überwiegend Erfolg.

a) Der klägerische Anspruch auf Vollzug der Eigentumsübertragung ist, obwohl das Bauvorhaben wegen überwiegend unstreitiger, nicht unerheblicher Mängel noch nicht fertig gestellt ist im Sinne der Ratenzahlungsvereinbarung, fällig. Dem Kläger steht nämlich § 162 BGB zur Seite. Danach gilt die Bedingung - hier: Fälligkeit bei vollständiger Fertigstellung - als eingetreten, wenn der Schuldner den Eintritt der Bedingung treuwidrig verhindert. Das ist unter den besonderen Umständen des Falles zu bejahen. Die Beklagten haben fast neun Jahre seit Abnahme des Sondereigentums (04.12.2002) eine Vielzahl von Mängeln des Sondereigentums und auch des Gemeinschaftseigentums nicht beseitigt; die streitigen Schallschutzmängel zur Wohnung Lübben hin sollen hier noch ausgeklammert werden. Angesichts dieses langen Zeitraums muss das Verhalten der Beklagten als treuwidrig angesehen werden, auch wenn man berücksichtigt, dass es sich um ein technisch komplexes Bauvorhaben handelt und dass während des Rechtsstreits wenigstens die Schallschutzmängel im Dachgeschoss und die Mängel an den Fensterlaibungen abgearbeitet wurden.

Der Kläger war nicht gehalten, die Voraussetzungen für die Selbstvornahme (§ 633 Abs. 2 BGB a. F.) zu schaffen und die Mängel durch Dritte beseitigen zu lassen. Es war ihm vielmehr unbenommen, auf der Nacherfüllung durch die Beklagten zu bestehen. Dies folgt schon aus der Erwägung, dass der Kläger auch auf Erfüllung (Mängelbeseitigung) hätte klagen können.

b) Umgekehrt haben die Beklagten, die Fälligkeit des Auflassungsanspruchs nach § 162 BGB unterstellt, zumindest auf den Teil ihrer Werklohnforderung Anspruch, der nicht vom klägerischen Zurückbehaltungsrecht wegen der Baumängel umfasst ist.

aa) Unstreitig sind noch folgende Mängel vorhanden, die unmittelbar die Eigentumswohnung des Klägers betreffen (eine schärfere Abgrenzung nach Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum wird nicht getroffen):

- Schallbrücke am Treppenpodest
- Revisionshaube für Dunstabzug fehlt
- Kamin mangelhaft abgedichtet
- Risse im Trockenbau
- Absinken des Estrichbodens.

Am Gemeinschaftseigentum, das nicht unmittelbar die klägerische Wohnung betrifft, sind unstreitig noch folgende Mängel vorhanden:

- Wassereintritt Versorgungsschacht
- keine Schlagregendichtigkeit der Abgänge TG
- Setzungen usw. an den Außenanlagen (erstmals vorgetragen mit Schriftsatz vom 10.10.2011, aber von den Beklagten nicht bestritten).

bb) Die erste Gruppe obiger Mängel hat der Sachverständige Sch. mit 3.082,30 Euro Beseitigungskosten bewertet. Nicht in Wegfall gekommen sind die Fenstermängel, die mit 850,00 Euro netto bewertet wurden, weil sich die Mitteilung von RA Dr. J. (Anlage zum Protokoll vom 18.10.2011) auf die Schallschutzmängel bezieht, die Gegenstand des selbständigen Beweisverfahrens 74 OH 1939/07 (Beiakten) waren. Gemäß § 287 Abs. 2 ZPO schätzt der Senat die zweite Gruppe der Mängel - bezogen auf den Klägeranteil - auf zusammen 500,00 Euro brutto, weil Gesamtkosten von ca. 50.000 Euro vorstellbar sind (in der Klageschrift Seite 15 unten/16 oben i. V. m. Anlagen K 29 und K 30 wurden vergleichbare Mängel mit 100.000 Euro beziffert) und der Kläger einen 104/10.000 Miteigentumsanteil am Sanierungsgrundstück erhalten wird. Die Gesamtkosten der Mängelbeseitigung können natürlich nicht abgezogen werden, wenn wie hier die Subtraktionsmethode gewählt wird. Die Feststellung der Höhe der Mängelbeseitigungskosten wäre unverhältnismäßig, da noch langwieriger Sachverständigen- beweis erforderlich wäre.

cc) Der Kläger dringt nicht mit seinem Einwand durch, das Landgericht hätte die Kosten für die Mängelbeseitigung, wie sie der Sachverständige Sch. ermittelt hat, nicht verwerten dürfen (dieser Einwand war Gegenstand der klägerischen Anschlussberufung, er war aber nach deren Rücknahme als Sachvortrag weiterhin zu würdigen). Die Beklagten haben sich zumindest schlüssig die Feststellungen zu den Kosten zu eigen gemacht, weil sie für sie günstig sind und der entsprechenden Annahme des Senats in den Hinweisen nicht widersprochen wurde.

Anhaltspunkte, die Zweifel an den Feststellungen des Sachverständigen veranlassen könnten (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) sind nicht vorgetragen. Von dem Antrag auf Sachverständigenanhörung hat der Kläger in erster Instanz zwar nur unter dem Vorbehalt verzichtet, dass die Feststellungen des Sachverständigen zu den Kosten unberücksichtigt bleiben. Andererseits hat der Kläger auch in zweiter Instanz einen Antrag auf Anhörung nur unter dem Vorbehalt des Erfolgs der Anschlussberufung gestellt (Schriftsatz vom 03.05.2011 Seite 3). Von Amts wegen war eine Anhörung nicht veranlasst.

dd) Derzeit nicht geltend machen kann der Kläger die Schallschutzmängel zur Wohnung L., soweit sie den durch Begehen der Treppe entstehenden Trittschall im Obergeschoß - also dem Stockwerk unterhalb des Dachgeschosses - betreffen. Die Beklagten haben die Schallschutzmängel infolge Körperschalls im Dachgeschoß "zwischen den Instanzen" behoben, und nur von diesen Mängeln, also Luftschallmängeln, war im bisherigen Verfahren die Rede. Dies folgt aus dem Privatgutachten S. & Partner GmbH (Anlage B 5), das die Beklagten mit Schriftsatz vom 29.10.2010 vorlegten, dessen Inhalt in diesem Schriftsatz auf Seite 2 ausführlich beschrieben wird und das der Kläger erhalten haben muss (vgl. Anlage B 4). Hätte der Kläger auch den Trittschall im Obergeschoß zum Gegenstand des Verfahrens machen wollen, hätte er hierzu rechtzeitig vortragen müssen. Der neue und bestrittene (Protokoll vom 18.10.2011 Seite 4 unten) Vortrag war daher wegen Verspätung nicht zuzulassen, § 531 Abs. 1 ZPO. Hierauf hat der Vorsitzende in den Hinweisen vom 14.10.2011 (Blatt 354 d. A.) und in der mündlichen Verhandlung hingewiesen. Der Schallschutz war für das Urteil erster Instanz auch erheblich im Sinne von § 531 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, siehe dort Seite 20.

ee) Aufgrund der Fiktion des § 162 BGB muss auch der Restwerklohn als fällig betrachtet werden, aber nur soweit ihm kein Zurückbehaltungsrecht wegen der Baumängel gegenüber steht. Den Beklagten darf einerseits kein Vorteil daraus erwachsen, dass sie den Eintritt der Fälligkeit des Auflassungsanspruchs treuwidrig verhinderten; diesen Vorteil würden sie erlangen, wenn eine Verurteilung Zug um Zug gegen Zahlung des gesamten Restwerklohns ausgesprochen würde mit der Folge, dass derselbe Zustand wie vorher, nur mit umgekehrten Vorzeichen hergestellt würde. Deshalb ist in reziproker Anwendung von § 320, § 641 Abs. 2 BGB a. F. von der Restforderung der Mängelbeseitigungsaufwand abzuziehen, und zwar, um die Beklagten zur Beseitigung der Mängel anzuhalten, in Höhe des dreifachen Druckzuschlags. Andererseits muss der Restkaufpreis berücksichtigt werden, soweit ihm kein Zurückbehaltungsrecht des Klägers gegenüber steht.

Diese kombinierte Lösung entspricht Ziffer 5 der klägerischen Anträge. Auf diese Lösung hat zudem der Senat - insoweit nicht protokolliert - in der mündlichen Verhandlung hingewiesen. Sie ermöglicht eine faire Verteilung der noch offenen Rechte und Pflichten aus dem Vertrag. Eine Verurteilung Zug um Zug gegen Zahlung des gesamten Restwerklohns - wie noch in den

Hinweisen vom 30.06.2011 favorisiert - würde im Ergebnis nur den Status quo wiedergeben, in dem sich die Ansprüche unvereinbar gegenüber stehen, nur dass die jeweiligen Anspruchsteller die Seite wechseln. Eine unbeschränkte Verurteilung ohne jegliche Zug-um-Zug-Leistung würde außer Acht lassen, dass die Restwerklohnforderung gerade nicht geringfügig im Sinne des § 320 Abs. 2 BGB ist.

ff) Insgesamt bestehen Mängelbeseitigungskosten von (3.082,30 Euro + 500 Euro) x 3 = 10.746,90 Euro. Dieser Betrag ist vom Restwerklohn von (34.565,92 Euro - 14.500 Euro =) 20.065,97 abzuziehen, sodass den Beklagten noch 9319,07 Euro unbedingt zustehen.

gg) Die Hinterlegung des Restwerklohns auf ein Treuhandkonto, wie in den klägerischen Anträgen Nr. 2 und 3 beantragt, konnte mangels gesetzlicher Grundlage nicht ausgesprochen werden.

### III.

1. Der Ausspruch über den Verlust des Rechtsmittels der Anschlussberufung beruht auf einer entsprechenden Anwendung von § 516 Abs. 3 ZPO.

2. Die Kostenentscheidung fußt auf §§ 92 Abs. 1, 97 und 516 Abs. 3 ZPO. Der Restwerklohn, soweit im Tenor berücksichtigt (9.319,07 Euro) wurde für die zweite Instanz zur Hälfte (4.659,53 Euro) zu Gunsten der Beklagten berücksichtigt. Für die erste Instanz ergab sich ein Restwerklohn von (34.565,97 Euro - 10.746,90 Euro =) 23.819,07 Euro, geteilt durch 2 = 11.909,53 Euro, das sind - zufällig - ebenfalls 16 % des Streitwerts von 72.750,35 Euro. Für die Berufungsinstanz geht die zurückgenommene Anschlussberufung, die mit (4.417,70 Euro + 981,08 Euro =) 5.398,78 Euro bewertet wurde, zu Lasten des Klägers.

Der Quotierung zu Grunde liegt folgender Streitwert: Restwerklohn nach Vorstellung der Beklagten (erste Instanz 82.175,46 Euro, zweite Instanz 82.786,96 Euro [Schriftsatz der Beklagten vom 30.08.2011, Seite 9]) abzüglich unstreitiges Minimum des Restwerklohns (erste Instanz 6.478,99 Euro [Seite 18 der Klageschrift], zweite Instanz anfänglich 24.705,97 Euro, wobei hier noch der Wert der Anschlussberufung von 5.398,78 Euro abzuziehen ist).

Zur Kostentragung hinsichtlich einer zurückgenommenen Anschlussberufung siehe auch Musielak/Ball, ZPO, 7. Auflage, § 524 Rdnr. 31 a.

3. Vorläufige Vollstreckbarkeit: §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

4. Die Revision war nicht zuzulassen, weil es sich um eine Einzelfallentscheidung handelt und von der Rechtsprechung anderer Obergerichte nicht abgewichen wird, § 543 Abs. 2 ZPO.