

letzte Aktualisierung: 02.04.2020

OLG Schleswig, Urt. v. 2.10.2019 – 12 U 10/18

BGB §§ 134, 307 Abs. 1 u. 2 Nr. 1, 309 Nr. 2 u. 3, 632a Abs. 2 a. F., 640, 641, 817 S. 1, 823 Abs. 2; MaBV § 3 Abs. 2

Keine vollständige Fertigstellung aufgrund mangelhafter Bauleistung

1. Eine vollständige Fertigstellung ist nicht gegeben, wenn Mängel vorliegen, die auch eine Abnahme hindern würden, sodass es sowohl für die Frage der vollständigen Fertigstellung als auch für die Frage der Abnahme einheitlich auf das Vorliegen von Abnahme bzw. Abnahmereife ankommt.
2. Liegen wesentliche Mängel vor, die eine Abnahme gem. § 641 BGB sowie eine vollständige Fertigstellung i. S. v § 3 Abs. 2 MaBV hindern, so steht dem Erwerber gem. § 817 S. 1 BGB ein Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Fertigstellungsrate zu. (Leitsätze der DNotI-Redaktion)

12 U 10/18
6 O 304/16 LG Lübeck
Verkündet am 02.10.2019

gez.

als Urkundsbeamtin der
Geschäftsstelle

Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht

Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

wegen Forderung

hat der 12. Zivilsenat des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 11.09.2019 für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Kläger wird das Urteil des Landgerichts Lübeck vom 13.09.2017, AZ: 6 O 304/16, unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen, abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Kläger als Gesamtgläubiger 17.640,-- € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 13.08.2016 sowie eine Nebenforderung von 2.095,35 € zu zahlen.

2. Die Beklagte wird weiter verurteilt, für die rechtzeitige Herstellung der Eigentumswohnanlage S..... 48 in H1- S1 ohne wesentliche Mängel eine Sicherheit in Höhe von 25.200,-- € zu leisten nach Wahl der Beklagten durch

- Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren,
- Verpfändung von Forderungen, die in das Bundesschuldbuch oder in das Landesschuldbuch eines Landes eingetragen sind,
- Verpfändung beweglicher Sachen,
- Bestellung von Schiffshypotheken an Schiffen oder Schiffsbauwerken, die in einem deutschen Schiffsregister oder Schiffsbauregister eingetragen sind,

- Bestellung von Hypotheken an inländischen Grundstücken,
- Verpfändung von Forderungen, für die eine Hypothek an einem inländischen Grundstück besteht, oder durch Verpfändung von Grundschulden oder Rentenschulden an inländischen Grundstücken,
- durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen eines im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers, oder
- durch Einbehalt dergestalt, dass die Kläger die Abschlagszahlungen bis zu dem Gesamtbetrag der geschuldeten Sicherheit zurückerhalten.

3. Es wird festgestellt, dass die Kläger das Gemeinschaftseigentum der Eigentumswohnanlage S..... 48 in H1- S1 nicht abgenommen haben.

4. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten beider Instanzen.

Das Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leisten.

Hinsichtlich der Verurteilung der Beklagten zur Stellung einer Sicherheit in Höhe von 25.200,-- € wird die Revision zugelassen.

Der Gegenstandswert für das Berufungsverfahren wird auf 43.840,-- € festgesetzt.

Gründe

I.

Die Parteien streiten um die teilweise Rückzahlung einer Kaufpreiszahlung für eine Eigentumswohnung aus einem Bauträgervertrag wegen Nichteinhaltung der Vorschriften der §§ 3, 7 MaBV und § 632a Abs. 3 BGB aF.

Am 5. Januar 2016 erwarben die Kläger von der Beklagten mit notariell beurkundetem Kaufvertrag über Wohnungseigentum mit Sondernutzungsrecht an einem Pkw-Stellplatz in der Tiefgarage die Eigentumswohnung Nr. 3.5 der noch zu errichtenden Eigentumswohnanlage S..... 48 in H1- S1 für einen Kaufpreis von 504.000,00 €.

In der Vertragsurkunde heißt es zur Zahlung des Kaufpreises unter § 8:

„1. Der Kaufpreis ist ein Festpreis. Er beträgt 504.000,-- € einschließlich des Sondernutzungsrechts.

a. Der Kaufpreis ist zahlbar binnen 10 Tagen nach Abnahme des Kaufgegenstandes...

5. Der Käufer ist berechtigt, die Übergabe der Wohnung zu verlangen, auch wenn die Fälligkeitsvoraussetzungen im Übrigen, z.B. Abnahme des Gemeinschaftseigentums noch nicht erfolgt ist. Es wird der Verkäufer diesem Verlangen entsprechen und die Übergabe der Wohnung dann vollziehen, wenn der Kaufpreis einschließlich der eventuellen weiteren Kosten für die Sonderwünsche bezahlt ist.“

Für den weiteren Sachverhalt wird Bezug genommen auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils (§ 540 Abs. 1 ZPO).

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Bezüglich des Feststellungsantrags fehle es an einem nach § 256 Abs. 1 ZPO vorausgesetzten besonderen Feststellungsinteresse. Die Frage der Abnahme sei allenfalls von Bedeutung im Zusammenhang mit der Geltendmachung von Mängelansprüchen; insoweit stehe den Klägern jedoch die vordringlich zu wählende überlegene Rechtsschutzmöglichkeit einer Leistungsklage offen.

Den Klägern stehe auch ein Anspruch auf anteilige Rückzahlung des Kaufpreises nicht zu. Die zusätzliche vertragliche Vereinbarung, wonach dem Käufer die Wohnung bei Zahlung des vollständigen Kaufpreises bereits vor Abnahme habe übergeben werden sollen, stelle keine Vertragsverletzung dar, so dass ein entsprechender Rückzahlungsanspruch nicht bestehe.

Grundsätzlich treffe es zwar zu, dass gemäß § 3 Abs. 2 MaBV der Bauträger die vollständige Vergütung erst nach vollständiger Fertigstellung des Bauvorhabens entgegennehmen dürfe und weiter gemäß § 632a Abs. 3 BGB aF der Erwerber eine Sicherheit von 5 % der Vergütung für die rechtzeitige Fertigstellung des Bauvorhabens ohne wesentliche Mängel beanspruchen könne. Diesen Regelungen entspreche indessen die im Kaufvertrag in § 8 Ziffer 1a vereinbarte Fälligkeit des Kaufpreises zehn Tage nach Abnahme des Kaufgegenstandes. Soweit den Erwerbern in § 8

Ziffer 5 die Möglichkeit eingeräumt worden sei, gegen Zahlung des Kaufpreises bereits vor der Abnahme die erworbene Wohnung übergeben zu erhalten, seien dadurch keine Rechte der Kläger eingeschränkt worden. Inwieweit die Kläger von dieser Möglichkeit Gebrauch machen wollten, hätten diese aufgrund der ihnen im Rahmen der Vertragsfreiheit obliegenden Risikoabschätzung selbst entscheiden müssen.

Einem etwaigen bereicherungsrechtlichen Rückgewähranspruch stehe jedenfalls § 814 BGB entgegen. Dessen Voraussetzungen lägen hier vor, weil die Kläger den Kaufpreis nach der ihnen bekannten vertraglichen Vereinbarung erst nach Abnahme des Kaufgegenstandes hätten zahlen müssen.

Hiergegen haben die Kläger Berufung eingelegt und diese wie folgt begründet:

Das Landgericht unterliege zu Unrecht der Annahme, dass die Kläger im Rahmen einer ihnen obliegenden Risikoabschätzung auf Grundlage der Regelung des § 8 Ziffer 5 der notariellen Kaufvertrags selbst hätten entscheiden können, 3,5 % der Kaufpreissumme bereits vor vollständiger Fertigstellung des Bauvorhabens zu leisten. Tatsächlich habe die vollständige Kaufpreiszahlung erst nach vollständiger Fertigstellung des Bauvorhabens erfolgen dürfen. Mit den Konsequenzen des Verbotstatbestandes des § 3 Abs. 2 MaBV, wonach der Bauträger die letzten 3,5 % des Erwerbspreises erst nach vollständiger Fertigstellung des Sonder- und des Gemeinschaftseigentums entgegennehmen dürfe, soweit die Voraussetzungen von § 3 bzw. § 7 MaBV dafür nicht vorlägen, habe sich die erste Instanz nicht auseinandergesetzt.

Das zwingende gesetzliche Verbot, das § 3 MaBV enthalte, dürfe nicht durch eine Regelung wie § 8 Ziffer 5 des Kaufvertrags umgangen werden, da dadurch die bauträgervertragsspezifische Gefahrenlage nicht beseitigt werde, nach der der Käufer unter besonderen Schutz gestellt werde. Da es sich bei § 8 Ziffer 5 um eine Allgemeine Geschäftsbedingung handele, sei diese Regelung gemäß dem Vorstehenden unwirksam.

Zu Unrecht gehe das Landgericht auch davon aus, dass einem etwaigen bereicherungsrechtlichen Rückgewähranspruch jedenfalls § 814 BGB entgegenstehe. Weshalb die Kläger hätten wissen sollen, dass sie den „Kaufpreis“ nicht schuldeten, habe der Einzelrichter nicht dargelegt. Es sei urkundlich dokumentiert, dass die Kläger in der Annahme geleistet hätten, dass „alles komplett wie bestellt übergeben“ werde. Im Übrigen hätten die Kläger seinerzeit nicht gewusst, dass § 8 Ziffer 5 des Bauträgervertrages als Rechtsgrundlage für die Zahlungsverpflichtung unwirksam sei. Dessen ungeachtet habe das Landgericht bereits verkannt, dass § 814 BGB vorliegend gar nicht zur Anwendung komme. Denn ein bereicherungsrechtlicher Anspruch der Kläger ergebe sich aus § 817 Satz 1 BGB. Gegenüber dieser Vorschrift gelte § 814 BGB nicht. Schließlich greife § 817 Satz 2 BGB auch deswegen nicht ein, weil Verbotsadressat allein die Beklagte sei.

Der Bundesgerichtshof habe zudem entschieden, dass dem bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruch auch nicht § 813 Abs. 2 BGB entgegenstehe.

Neben dem Rückerstattungsanspruch aus § 817 Satz 1 BGB ergebe sich ein Anspruch weiterhin aus Vertrag, weil die unberechtigte Entgegennahme von Zahlungen einen Verstoß gegen vertragliche Pflichten darstelle und deshalb eine positive Vertragsverletzung begründe, gleichermaßen auch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. den §§ 3, 7 und 12 MaBV, § 134 BGB.

Zu Unrecht komme das Landgericht auch zu dem Schluss, dass keine weiteren Schadensersatzansprüche in Höhe von 5 % des gesamten Kaufpreises wegen Verstoßes gegen § 632a Abs. 3 BGB aF bestünden.

Ansprüche seien sowohl aus Vertrag als auch aus Bereicherungsrecht als auch aus dem Recht der unerlaubten Handlung gegeben.

Das Recht der Kläger, bis zur vollständigen Herstellung des Bauwerks ohne wesentliche Mängel eine Sicherheit in Höhe von 5 % des Erwerbspreises behalten zu dürfen, werde in dem von der Beklagten gestellten Vertragswerk nicht erwähnt. Dieses zwingende Recht des § 632a Abs. 3 BGB aF hätte aber im Rahmen der Konzipierung des § 8 Ziffer 5 des Kaufvertrags berücksichtigt werden müssen. Darin liege eine Vertragsverletzung und mache die Regelung auch als AGB unwirksam. Die Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen stelle eine vorvertragliche Pflichtverletzung des Verwenders dar, soweit er die Einbeziehung der fehlerhaften Bedingungen zu vertreten habe. Im Rahmen des bestehenden Vertragsverhältnisses bestünden ferner Schadensersatzansprüche aufgrund positiver Vertragsverletzung, weil die Beklagte auf die Annahme der Kläger, dass „alles komplett wie bestellt übergeben werde“ nicht reagiert habe, sondern stattdessen den gesamten Kaufpreis entgegengenommen habe. Hierdurch sei den Klägern ein Schaden entstanden, weil sie das gegenüber der Beklagten offensichtliche Druckmittel nicht mehr in den Händen hielten. Die Beklagte sei darüber hinaus um diese Zahlung ungerechtfertigt bereichert. Ebenso ergebe sich ein Anspruch aus den § 823 Abs. 2 i.V.m. § 632a Abs. 3 BGB aF. Die Vorschrift diene dem Schutz des Erwerbers. Der Schaden liege auf der Hand.

Zu Unrecht gehe das Landgericht schließlich auch von einem fehlenden Feststellungsinteresse hinsichtlich des Feststellungsantrages aus. Die Beklagte behaupte, das Gemeinschaftseigentum sei bereits abgenommen und negiere somit die von den Klägern vorgetragene Rechtsposition. Inhaltlich sei die Frage entscheidend für den Beginn der fünfjährigen Mängelhaftung. Der gestellte Antrag sei auch nach § 256 Abs. 2 ZPO wirksam. Die geltend gemachten Zahlungsansprüche stützten sich darauf, dass die Beklagte den Bauträgervertrag zwischen den Parteien noch nicht vollständig und mangelfrei erfüllt habe. Dies hänge unmittelbar mit der Frage zusammen, ob die Kläger zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums verpflichtet seien. Damit handele es sich um eine für die Entscheidung des Rechtsstreits vorgreifliche Frage.

Die Kläger beantragen zuletzt:

1a. In Abänderung der angefochtenen Entscheidung wird die Beklagte verurteilt, an die Kläger als Gesamtgläubiger 17.640,-- € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 13.08.2016 zu zahlen.

1b. In Abänderung der angefochtenen Entscheidung wird die Beklagte verurteilt, an die Kläger als Gesamtgläubiger 25.200,-- € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 13.08.2016 zu zahlen, hilfsweise für die rechtzeitige Herstellung der Eigentumswohnanlage S..... 48 in H1- S1 ohne wesentliche Mängel eine Sicherheit in gleicher Höhe zu leisten nach Wahl der Beklagten durch

- Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren,
- Verpfändung von Forderungen, die in das Bundesschuldbuch oder in das Landesschuldbuch eines Landes eingetragen sind,
- Verpfändung beweglicher Sachen,
- Bestellung von Schiffshypotheken an Schiffen oder Schiffsbauwerken, die in einem deutschen Schiffsregister oder Schiffsbauregister eingetragen sind,
- Bestellung von Hypotheken an inländischen Grundstücken,
- Verpfändung von Forderungen, für die eine Hypothek an einem inländischen Grundstück besteht, oder durch Verpfändung von Grundschulden oder Rentenschulden an inländischen Grundstücken,
- durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen eines im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers, oder
- durch Einbehalt dergestalt, dass die Kläger die Abschlagszahlungen bis zu dem Gesamtbetrag der geschuldeten Sicherheit zurückerhalten.

2. Die Beklagte wird in Abänderung der angefochtenen Entscheidung verurteilt, an die Kläger als Gesamtgläubiger eine Nebenforderung von 2.095,35 € zu zahlen.

3. In Abänderung der angefochtenen Entscheidung wird festgestellt, dass die Kläger das Gemeinschaftseigentum der Eigentumswohnanlage S..... 48 in H1- S1 nicht abgenommen haben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angegriffene Urteil.

Ein Anspruch auf Rückzahlung von 3,5 % des Kaufpreises ergebe sich nicht aus § 812 BGB. Die Zahlung des Kaufpreises sei nicht ohne Rechtsgrund erfolgt. Der zwischen den Parteien abgeschlossene notarielle Kaufvertrag sei wirksam. Er sei damit Grundlage für die erbrachten Zahlungen.

Der Zahlungsanspruch könne auch nicht auf § 817 Satz 1 BGB gestützt werden. Die Beklagte habe mit der Entgegennahme des vollständigen Kaufpreises nicht gegen die zwingende Vorschrift des § 3 Abs. 1, 2 MaBV verstoßen. Soweit den Erwerbern in § 8 Ziffer 5 des Kaufvertrags die Möglichkeit eingeräumt worden sei, gegen Zahlung des Kaufpreises bereits vor der Abnahme die erworbene Wohnung übergeben zu erhalten, beinhalte dies keinen Verstoß gegen die MaBV. Ziffer 5 schränke insbesondere keine Rechte der Kläger ein. Sie berechtige lediglich die Käufer, die Übergabe der Wohnung vorzeitig zu verlangen, auch wenn die vertraglichen Voraussetzungen hierfür nicht gegeben seien. Die Käufer hätten damit frei entscheiden können, ob Zahlung erst nach vollständiger Abnahme des Kaufgegenstands habe erfolgen sollen oder ob ihrem Wunsch entsprechend eine vorzeitige Zahlung habe erfolgen sollen.

Selbst wenn man aber von einem Verstoß gegen § 3 MaBV ausgehe, stünde den Klägern der geltend gemachte Zahlungsanspruch nicht zu. Eine Rückforderung wäre letztlich nach § 813 Abs. 2 BGB ausgeschlossen. Die Kläger hätten dann die Zahlungen der Beklagten bewusst und zweckgerecht in Erfüllung der vereinbarten Zahlungsregelungen aus § 8 Ziffer 5 des Kaufvertrages zugewandt. Dem bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruch stehe hinsichtlich der Vorfälligkeit geleisteter Zahlungen die Sperrwirkung des § 813 Abs. 2 BGB nämlich nur insoweit nicht entgegen, als der Schutzbereich des Verbotsgesetzes dies erfordere.

Dies bedeute, dass die Beklagte mithin nur diejenigen empfangenen Geldbeträge wieder auskehren müsse, die nicht im Einklang mit § 3 Abs. 2 MaBV stünden. Denn nur insoweit trete die Sperrwirkung des § 813 Abs. 2 BGB zurück. Entscheidend sei, dass das Bauvorhaben insgesamt „vollständig fertiggestellt“ sei; auf etwaige Mängel komme es hingegen nicht an. Die Leistungsbeschreibungen in § 3 MaBV erfassten allein den jeweiligen Bautenstand, träfen jedoch keine Aussage über die Qualität der Bauausführung. Selbst berechnete Mängelrügen würden die

Kläger damit nach der in erster Linie gewerblichen Zwecken dienenden MaBV nicht zur Einbehaltung der jeweiligen Rate oder zur Einbehaltung der gesamten Zahlung berechtigen.

Unabhängig hiervon sei ein Rückzahlungsanspruch auf jeden Fall deshalb ausgeschlossen, weil die Voraussetzungen des § 8 Ziffer 1.a des notariellen Grundstückskaufvertrags vorlägen. Danach sei der Werklohn zahlbar binnen zehn Tagen nach Abnahme des Kaufgegenstandes. Kaufgegenstand seien das Sondereigentum und das Gemeinschaftseigentum. Das Sondereigentum sei unstreitig abgenommen, das Gemeinschaftseigentum sei zumindest abnahmefähig. Es lägen keine Mängel vor. Selbst wenn Mängel vorlägen, handelte es sich um geringfügige Mängel, die nicht wesentlich wären.

Den Klägern stehe auch der weiter geltend gemachte Rückzahlungsanspruch in Höhe von 5 % des Kaufpreises wegen Verstoßes gegen § 632a Abs. 3 BGB aF nicht zu.

Ein Verstoß gegen die MaBV liege nicht vor. Bereits aus diesem Grund scheitere der geltend gemachte Anspruch. Selbst wenn ein Verstoß gegen die MaBV vorläge, führte dies nicht dazu, dass auf die Regelung in § 632a BGB aF zurückgegriffen werden könne. An die Stelle einer nichtigen Zahlungsvereinbarung wegen Verstoßes gegen die MaBV träte nicht § 632a BGB aF. Die Vorschrift finde auf Bauverträge, die dem Anwendungsbereich der MaBV unterfielen, grundsätzlich keine Anwendung. Abreden über Abschlagszahlungen hätten die Parteien im Übrigen nicht getroffen.

Es bestehe auch kein Anspruch auf Erstattung der vorgerichtlichen Rechtsverfolgungskosten. Dies zum einen deswegen, weil den Klägern der geltend gemachte Zahlungsanspruch in der Hauptsache nicht zustehe; im Übrigen werde bestritten, dass die Kläger die vorgerichtlichen Rechtsverfolgungskosten bereits erstattet hätten und ihnen insoweit ein Schaden entstanden sei.

Die Feststellungsklage zur Abnahme sei unzulässig, zumindest aber unbegründet. Ein Feststellungsinteresse bestehe nicht. Insoweit werde auf die zutreffenden Ausführungen des erstinstanzlichen Urteils verwiesen. Im Übrigen sei zu berücksichtigen, dass entscheidend nicht allein die Abnahme der Werkleistung sei, sondern auch die Abnahmefähigkeit. Zumindes diese sei hier gegeben.

Für das weitere Berufungsvorbringen wird Bezug genommen auf die wechselseitigen Schriftsätze im Berufungsverfahren.

Der Senat hat zu den behaupteten Mängeln ein Gutachten eingeholt, dass der Sachverständige Dipl.-Ing. Klaus R1 unter dem 22. Januar 2019 erstattet hat. Nach Stellungnahme der Parteien ist der Sachverständige zum Termin vom 11. September 2019 geladen worden; die Parteien haben nach rechtlicher Erörterung übereinstimmend auf eine Anhörung des Sachverständigen verzichtet.

II.

Die Berufung der Kläger ist - hinsichtlich des Antrags zu 1b) jedenfalls mit dem Hilfsantrag - begründet. Sie haben sowohl einen Anspruch auf Rückzahlung eines Teils des Kaufpreises in Höhe von 17.640,00 € wegen Verstoßes der Regelung des § 8 Ziff. 5 des notariellen Kaufvertrags gegen §§ 3 Abs. 2, 7 MaBV als auch einen Anspruch auf eine Sicherheitengestellung in Höhe von 25.200,00 € wegen Verstoßes gegen § 632a Abs. 3 BGB aF und einen Anspruch auf eine Nebenforderung in Höhe von 2.095,35 €. Ein Anspruch auf Rückzahlung des bereits geleisteten Kaufpreises in Höhe von 25.200,-- € steht den Klägern hingegen nicht zu.

1. Rückzahlung von 17.640,00 € wegen Verstoßes gegen §§ 3 Abs. 2, 7, 12 MaBV

a) Ein Rückzahlungsanspruch ergibt sich aus ungerechtfertigter Bereicherung nach §§ 817 Satz 1, 818 Abs. 2 BGB.

Gemäß § 817 Satz 1 BGB ist der Empfänger einer Leistung zu deren Herausgabe verpflichtet, wenn der Zweck der Leistung in der Art bestimmt war, dass der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat.

Die von den §§ 3 Abs. 2, 7 MaBV abweichende Zahlungsregelung in § 8 Ziff. 5 des notariell beurkundeten Wohnungseigentumskaufvertrags vom 5. Januar 2016 (Anlage K1, Seite 11, Anlagenband) ist nach § 12 MaBV iVm § 134 BGB nichtig. Damit ist die geleistete Gesamtkaufpreiszahlung in Höhe von 504.000,00 € - da auch andere Rechtsgründe nicht ersichtlich sind - ohne Rechtsgrund vorgenommen worden und kann nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung von den Klägern zurückgefordert werden.

aa) Mit dem Empfang der Kaufpreiszahlung hat die Beklagte im Umfang von insgesamt 504.000,00 € einen Vermögenswert im Sinne von § 817 BGB erlangt.

bb) Dieser Vermögenswert ist der Beklagten geleistet worden. Denn die Kläger haben die Zahlung der Beklagten bewusst und zweckgerichtet in Erfüllung der vereinbarten Kaufpreiszahlung aus § 8 Ziffer 5 des Kaufvertrags zugewandt.

cc) Die Annahme des Kaufpreises durch die Beklagte ist im Sinne von § 817 BGB unwirksam.

Die Regelung des § 8 Ziffer 5 des Kaufvertrags verstößt gegen die zwingenden Vorschriften der §§ 3 Abs. 2, 7 MaBV. Der Bauträger darf seine Verpflichtungen nach diesen Vorschriften gem. § 12 MaBV durch vertragliche Vereinbarung weder ausschließen noch beschränken. Eine dagegen verstoßende Abschlagszahlungsvereinbarung ist insgesamt iSv §134 BGB nichtig (vgl. BGH, Urteil v. 22.03.2007 - VII ZR 268/05; BGH, Urteil v. 22.12.2000 - NJW 2001, 818)

(1) Die MaBV enthält zwar in erster Linie kein Vertragsrecht; sie ist Gewerberecht (vgl. BGH, Urteil vom 22.03.2007 - VII ZR 268/05). Sie verbietet dem Bauträger als Gewerbetreibendem die Entgegennahme von Zahlungen, sofern nicht die in den §§ 3, 4, 7 MaBV genannten Bedingungen eingehalten werden. Auf der Grundlage von § 632a Abs. 2 BGB aF werden ihre Vorschriften aber auch in das Zivilrecht transformiert. Das bedeutet, dass die dort insoweit wiedergegebenen Regelungen auch zivilrechtlicher Maßstab für Abschlagszahlungen sind (vgl. Palandt/Sprau, BGB, 77. Aufl., § 632a BGB, Rn. 14).

(2) Die in § 8 Ziffer 5 vereinbarte Kaufpreiszahlung weicht von den Schutzbestimmungen der §§ 3 Abs. 2, 7 Abs. 1 MaBV zum Nachteil der Kläger ab.

Die Regelung des § 3 Abs. 2 MaBV soll sicherstellen, dass den Leistungen des Erwerbers ein entsprechender Gegenwert am Bauvorhaben gegenübersteht. § 3 Abs. 2 MaBV sieht daher eine in bis zu sieben Teilbeträgen zu staffelnde Aufteilung des Vertragsentgelts vor. Die Teilbeträge können sich dabei je nach Baufortschritt aus bestimmten Prozentsätzen zusammensetzen (§ 3 Abs. 2 Satz 2 MaBV).

Vorliegend sind zwar im notariellen Kaufvertrag nicht mehrere Abschlagszahlungen vereinbart worden; trotzdem ist die MaBV auch auf diesen Fall anwendbar, weil sie für ihre Anwendbarkeit nicht zwingend mehrere Abschlagszahlungen, sondern lediglich „bis zu sieben Teilbeträge“ vorsieht, so dass auch der Fall lediglich einer Abschlagszahlung davon umfasst ist. Entscheidend ist, dass nach Sinn und Zweck der MaBV Zahlungen des Erwerbers erst dann erfolgen dürfen, wenn der dazugehörige Bauabschnitt fertiggestellt ist. Damit ist eine vollständige Zahlung des Kaufpreises nach der MaBV auch erst dann zulässig, wenn das Werk „vollständig fertiggestellt“ ist.

Mit der Besitzübergabe des Sondereigentums durfte die Beklagte - sofern wohl wie hier auch die Fassadenarbeiten bereits erledigt waren – daher gem. § 3 Abs. 2 MaBV grundsätzlich erst 96,5 % des Kaufpreises verlangen, da nach der Regelung des § 8 Ziffer 5 des Kaufvertrages die Fälligkeitsvoraussetzungen für die Fertigstellungsrate explizit noch nicht vorzuliegen brauchten.

Auch die zur Erleichterung für den Bauträger eingefügte Ausnahmegesetz des § 7 Abs. 1 MaBV führt nicht zu einem anderen Ergebnis. Zwar bietet die Vorschrift dem Bauträger eine Alternative zu den §§ 2 bis 6 MaBV dadurch, dass die Gewerbetreibenden von den Verpflichtungen dieser Bestimmungen freigestellt sind, sofern sie Sicherheit für alle etwaigen Ansprüche des Auftraggebers auf Rückgewähr oder Auszahlung seiner Vermögenswerte geleistet haben. Die Beklagte hat aber keine der dort zu ihren Gunsten vorgesehenen Sicherheitsleistungen erbracht.

(3) Das Landgericht hat einen Verstoß des § 8 Ziffer 5 des Kaufvertrages gegen die MaBV zu Unrecht deswegen abgelehnt, weil es im notariellen Kaufvertrag eine zweite - zwingende -

Fälligkeitsregelung gebe, nämlich § 8 Ziffer 1.a. Diese Regelung sieht vor, dass der Kaufpreis grundsätzlich (erst) zehn Tage nach Abnahme des Kaufgegenstands fällig ist, was ohne weiteres den gesetzlichen Vorgaben des § 641 BGB und auch des § 3 Abs. 2 MaBV entspricht. Nach Ansicht des Landgerichts seien keine Rechte der Kläger eingeschränkt worden, soweit den Erwerbern in § 8 Ziffer 5 der Regelung lediglich die Möglichkeit eingeräumt worden sei, gegen Zahlung des Kaufpreises bereits vor der Abnahme die erworbene Wohnung übergeben zu erhalten.

Dieses Abstellen auf eine Art „freiwillige“ Regelung, die auch die Beklagte betont, überzeugt nicht. In der Rechtsprechung ist diese Frage - soweit ersichtlich - noch nicht behandelt worden. Ein Gutachten des Deutschen Notarinstituts (DNotI-Report 2011, 134) führt zu dieser Frage folgendes aus:

„Auf den ersten Blick könnte man bei einer entsprechenden Fälligkeitsregelung ein Schutzbedürfnis des Käufers verneinen, der es ... selbst in Hand hat, eine ungesicherte Vorleistung zu vermeiden. Würde man allein auf die vertragliche (zivilrechtliche) Fälligkeitsregelung abstellen, wäre der mit der MaBV bezweckte (öffentlich-rechtliche) Käuferschutz allerdings nicht gewährleistet. Dem Bauträger ist es untersagt, Vermögenswerte des Käufers zur Durchführung des Bauvorhabens entgegenzunehmen, wenn die Voraussetzungen von § 3 bzw. § 7 MaBV nicht vorliegen. ... (Hierbei) wird der Erwerber darüber hinausgehend (auch) vor sich selbst geschützt, indem der Bauträger ungeachtet des grundsätzlich bestehenden Leistungsrechts des Erwerbers nach § 271 Abs. 2 BGB zur Zurückweisung von Zahlungen entgegen § 3 bzw. § 7 MaBV verpflichtet ist. ... (Ist das vertragsgegenständliche Bauwerk zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht vollständig fertiggestellt), greift das öffentlich-rechtliche Verbot der MaBV zur Entgegennahme von Vermögenswerten unabhängig von der vertraglichen Fälligkeitsregelung ein, d.h. der Bauträger darf auch freiwillige Zahlungen des Erwerbers nicht annehmen, wenn die Voraussetzungen von § 3 bzw. § 7 MaBV nicht vorliegen.“

Dem schließt sich der Senat an. Das zwingende gesetzliche Verbot, das die Vorschriften der §§ 3 Abs. 2, 7 MaBV enthalten, darf nicht durch eine solche Regelung, wie sie § 8 Ziff. 5 des Kaufvertrags vorsieht, umgangen werden. Könnte der Bauträger auf die dort vorgesehene Art und Weise durch eine „freiwillige“ Zahlung das Interesse des Käufers an einer möglichst frühzeitigen Übergabe seiner Wohnung ausnutzen, wäre der von der MaBV beabsichtigte Schutz des Käufers ausgehöhlt, denn diesem würden die gesetzlich vorgesehenen Sicherungseinbehalte verloren gehen mit der Folge, dass ihm dann auch kein Druckmittel mehr gegenüber dem Bauträger zur Verfügung stünde, den Bau ordnungsgemäß zu vollenden.

(4) Die Regelung des § 8 Ziffer 5 des Kaufvertrages ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aufgrund des Verstoßes gegen §§ 3 Abs. 2, 7 MaBV gem. § 12 MaBV gemäß § 134 BGB nichtig; die Wirksamkeit des Vertrages im Übrigen bleibt unberührt (vgl. BGH, Urteil v. 22.12.2000 - VII ZR 310/99; BGH, Urteil v. 22.03.2007 - VII ZR 268/05; ebenso Pause, Der Bauträgervertrag, 8. Aufl., Rdnr. 376; Marcks, MaBV, 7. Aufl., § 3 Rdnr. 27).

dd) An die Stelle der nichtigen Zahlungsvereinbarung tritt die Regelung des § 8 Nr. 1a des Kaufvertrags, wonach der Erwerbspreis 10 Tage nach Abnahme des Kaufgegenstands zu zahlen ist.

Hinsichtlich dieser Regelung bestehen keine Wirksamkeitsbedenken.

Ein Rückgriff auf den Zahlungsplan des § 3 Abs. 2 MaBV oder auf § 632a BGB aF kommt nicht in Betracht (vgl. BGH, Urteil v. 22.12.2000 - VII ZR 310/99; BGH, Urteil v. 22.03.2007 - VII ZR 268/05; ebenso Pause, Der Bauträgervertrag, 8. Aufl., Rdnr. 376; Marcks, MaBV, 7. Aufl., § 3 Rdnr. 27). Der Bundesgerichtshof hat in den genannten Entscheidungen ausdrücklich bekräftigt, dass § 3 Abs. 2 MaBV keine zivilrechtliche Ersatzregelung darstellt, da die Vorschrift keine Norm des Zivilrechts sei, die für den Bauträger und den Erwerber die Fälligkeitsvoraussetzungen für die Forderung des Bauträgers mit vorrangigem Geltungsanspruch vor dem Gesetzesrecht regelt. § 3 Abs. 2 MaBV normiere vielmehr ausschließlich gewerberechtliche Verbote und Gebote, deren alleiniger Normadressat der Bauträger sei. § 632 a Abs. 2 BGB aF gestatte zwar die Vereinbarung von Abschlagszahlungen nach den Bestimmungen der §§ 3 und 7 MaBV; anders als bei sonstigen Bauverträgen (§ 632 a Abs. 1 BGB) könne der Bauträger Abschlagszahlungen aber nicht einseitig fordern, sondern müsse diese (wirksam) vereinbaren. Daran fehle es hier gerade.

ee) Nach alledem kann die Beklagte gem. § 8 Nr. 1a des Kaufvertrags den vollständigen Kaufpreis erst 10 Tage nach Abnahme iSv § 640 BGB fordern. Darlegungs- und beweisbelastet dafür, dass die Fälligkeitsvoraussetzungen des § 641 BGB nicht vorliegen, sind aufgrund der Beweislastregeln der §§ 812 ff. BGB die Kläger. Der Beweis ist ihnen gelungen.

(1) Eine ausdrückliche Abnahme des gesamten Werkes einschließlich des Gemeinschaftseigentums gem. § 640 BGB ist bislang nicht erfolgt.

Allein die Abnahme des Sondereigentums „Wohnung“ genügt hierfür nicht. Es ist anerkannt, dass die Raten grundsätzlich erst fällig werden, wenn der das Gesamtbauvorhaben betreffende jeweilige Bauabschnitt abgeschlossen ist. Abzustellen ist mithin auf den Baufortschritt des Gesamtbauvorhabens, nicht des Sondereigentums. Dies gilt insbesondere auch, sofern das Bauvorhaben - wie hier - für mehrere Auftraggeber und verschiedene Eigentumswohnungen durchgeführt wird. Maßgeblich ist dann, dass die Auftraggeber mit ihren Vermögenswerten nicht nur die Errichtung des Sondereigentums, sondern auch das gemeinschaftliche Eigentum an dem Bauvorhaben finanzieren und vorzeitige Zahlungen den ihnen zuwachsenden Gebäudewert übersteigen würden (vgl. Marcks, MaBV, 7. Aufl., § 3 MaBV Rdnr. 34).

An einer Abnahme des Gemeinschaftseigentums fehlt es.

Das nach dem 13.06.2016, dem anberaumten „Abnahmetermin“, übersandte „Protokoll der Endabnahme“ wurde nur von dem Geschäftsführer der Beklagten und von ihrer Prokuristin

unterschieden (Anlage K6, Anlagenband), im Übrigen von keinem Eigentümer. Der Sachverständige K1, der gem. dem Protokoll der Eigentümergemeinschaft vom 26.05.2016 (Anlage K5, Anlagenband) nach der Begehung eine Empfehlung zur Abnahme abgeben sollte, widersprach der seitens der Beklagten in dem Begleitschreiben zum Protokoll (Anlage K7, letzter Absatz, Anlagenband) behaupteten Abnahme des Gemeinschaftseigentums (Anlage K8, Anlagenband) sogar ausdrücklich.

(2) Es ist auch nicht von einer konkludenten Abnahme des Gemeinschaftseigentums wegen längerer Nutzung des Objekts durch die Kläger auszugehen.

Die Nutzung des Werkes über einen längeren Zeitraum allein begründet keine Fälligkeit des Vergütungsanspruches. Eine konkludente Abnahme setzt voraus, dass nach den Umständen des Einzelfalles das Verhalten des Erwerbers den Schluss rechtfertigt, er billige das Werk als im Wesentlichen vertragsgemäß. Hiervon kann angesichts der fehlenden Unterschrift der Kläger unter dem „Abnahmeprotokoll“ vom 13.06.2016 (Anlage K6, Anlagenband) und dem Schreiben des von der WEG beauftragten Sachverständigen K1 vom 01.07.2016 (Anlage K8, Anlagenband) gerade nicht ausgegangen werden. Zudem haben auch die Kläger selbst mit Schreiben vom 04.08.2016 noch einmal auf die zu Recht erfolgte Verweigerung der Abnahme wegen wesentlicher Mängel hingewiesen und die Beseitigung dieser Mängel verlangt (Anlage K10, Anlagenband).

(3) Das Gemeinschaftseigentum ist schließlich auch nicht abnahmereif.

Die Beweislast für die Mangelfreiheit eines Werkes liegt zwar vor Abnahme grundsätzlich beim Werkunternehmer, hier also der Beklagten. Allerdings weist diese zu Recht darauf hin, dass die Kläger einen Rückforderungsanspruch aus Bereicherungsrecht geltend machen, so dass die Beweislast für alle anspruchsbegründenden Tatsachen bei ihnen liegt. Dieser Beweis ist ihnen hinsichtlich der behaupteten Mängel im Wesentlichen gelungen. Im Einzelnen:

(a) Fehlende Solaranlage

Nachdem die Beklagte zunächst behauptet hatte, dass sie zwar von Beginn an sowohl eine Solaranlage von 30 qm als auch ein dezentrales Lüftungssystem geplant habe, dass sie dann aber, als sich herausgestellt habe, dass sie die Anforderungen des EEWärmeG für Neubauten mit der Solaranlage nicht würde einhalten können, sich entschlossen habe, die Solaranlage wegzulassen und stattdessen die (ohnehin geplante) dezentrale Lüftungsanlage „zusätzlich mit einer Wärmerückgewinnung“ zu versehen, ist hiervon nach dem unstreitigen, neuesten Klägervortrag nicht mehr auszugehen.

In der Anlage K19 (= Ergänzung zu der Bezugsurkunde vom 29.08.2013 vom 01.10.2013, Änderung der Bau- und Leistungsbeschreibung gem. Anlage 3) ist unter Ziff. 2.1 geregelt: „Eine Solaranlage von ca. 30 qm wird die Brauchwasserbereitstellung unterstützen“. Mit Schriftsatz vom 31.07.2018 haben die Kläger ein Protokoll eines Baubesprechungsprotokolls vom 05.01.2016

vorgelegt (Anlage BB4, Bl. 265 ff., 267 d.A.), das am Tag des Kaufvertragsabschlusses, dem 05.01.2016, nach unbestrittenen Angaben der Klägerin „im Anschluss an die Beurkundung“ gefertigt wurde. In diesem Protokoll heißt es zu den vereinbarten Bauleistungen u.a.: „Dezentrales Lüftungssystem mit Wärmerückgewinnung“.

Von einem Entfall der Solaranlage ist weder dort noch in anderen Vertragsunterlagen die Rede, so dass daraus nunmehr – anders als die Beklagte bislang vorgetragen hatte - zu schließen ist, dass bereits von Beginn an und entscheidend auch noch bei Vertragsschluss am 05.01.2016 sowohl eine Solaranlage von 30 qm als auch ein dezentrales Lüftungssystem mit Wärmerückgewinnung geplant war. Der Beklagtenvertreter hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat auch eingeräumt, dass die Beklagte wohl schlicht vergessen habe, in dem Vertrag mit den Klägern die Solaranlage „herauszunehmen“, nachdem man sich zur Einhaltung der Vorgaben des EEGWärmeG zum Bau eines Lüftungssystems mit Wärmerückgewinnung entschlossen habe.

Auf die Frage, ob (allein) mit der Solaranlage die Vorgaben des EEGWärmeG eingehalten werden konnten, kommt es nach den obigen Darlegungen nicht an. Entscheidend ist vielmehr, dass die Beklagte sich vertraglich zur Herstellung beider Bauleistungen - Solaranlage und dezentrales Lüftungssystem mit Wärmerückgewinnung - verpflichtet hat. Von dieser Verpflichtung durfte sie sich nicht einseitig befreien. § 3 Nr. 3 des notariellen Vertrags vom 05.01.2016, in dem es um nachträgliche Änderungen geht, ist bei dieser Sachlage nicht einschlägig.

Nach unstreitigen Angaben der Klägerin beliefen sich die Kosten für die Herstellung der Solaranlage im Jahr 2014 bereits auf 40.840,32 € (Bl. 59, 68 ff. d.A.).

(b) Mängel in der Tiefgarage

Die Beklagte hat diesbezüglich mehrere Mängel gerügt, die sich nach dem vom Senat eingeholten Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. R1 vom 22.01.2019 überwiegend bewahrheitet haben:

(aa) Ausreichend breiter Kfz-Stellplatz

Nach den Feststellungen des Sachverständigen, die von den Parteien nicht angegriffen werden, ist die vertraglich vorgesehene Breite des Stellplatzes der Kläger von 2,60 m nicht eingehalten.

In der von der Beklagten eingereichten Ausgangs-Bezugsurkunde vom 29.08.2013, die sich mit der Ausgestaltung der Tiefgarage befasst, ist in Anlage 2 (ebenso Anlage 13), die die Größe der einzelnen Plätze enthält, für den der Wohnung der Kläger zugeordneten Stellplatz Nr. 8 ein Maß ab Randprofil von 2,60 m festgeschrieben (Anlage B5).

Der Sachverständige hat den Tiefgaragenplatz nachgemessen mit dem Ergebnis, dass das lichte Maß zwischen den Randrahmenprofilen nur 2,50 m und zwischen den Schraubenköpfen 2,46 m beträgt (Abb. 18+19, Bl. 16 f. d. Gutachtens).

Damit ist die Breite des Stellplatzes, den die Kläger beanspruchen können, nicht genügend.

(bb) Fehlende Hohlkehle zwischen Wand und Fußboden

Der Sachverständige hat weiter festgestellt, dass die erforderliche Hohlkehle zwischen Wand und Fußboden nicht vorhanden ist. Dem schließt sich der Senat nach eigener Prüfung an.

Nach den einschlägigen Vorschriften und Veröffentlichungen sei zum Anschluss der Beschichtung zwischen Sohle und aufgehender Wand/Stütze immer auch eine Hohlkehle auszubilden (S. 6 f. d. Gutachtens). Sämtliche Übergänge von der Sohle zu den Wänden und Stützen seien mit Hohlkehlen zu versehen (S. 15 d. Gutachtens), wofür der Sachverständige Kosten in Höhe von $160 \text{ lfdm} \times 15,-- \text{ €} = 2.400,-- \text{ €}$ netto veranschlagt hat (S. 16 d. Gutachtens).

Hierbei ist der Sachverständige auch nach Monierung durch die Beklagte geblieben: Seiner Ansicht nach müssen auch begrenzte Beschichtungen wie hier - nämlich an den Wänden - über eine Hohlkehle „um die Ecke“ in der angegebenen Form geführt werden, um ein Aufreißen im Knickpunkt zu vermeiden. Die Notwendigkeit einer Hohlkehle habe nichts damit zu tun, ob eine Beschichtung vollflächig oder nur begrenzt angeordnet worden sei (Bl. 337 d.A.). Dem ist die Beklagte nicht mehr entgegengetreten.

(cc) Falsche Beschichtung am Fußboden, Bohrlöcher und Betonabplatzungen

Der Sachverständige hat auch hinsichtlich der Beschichtung am Fußboden Mängel festgestellt, ebenso wie Risse und Betonabplatzungen.

Eine eigentliche Bodenbeschichtung sei nicht vorhanden; die Oberfläche sei vielmehr ein Produkt der Oberflächennachbehandlung der Sohle. Obwohl keine statische Berechnung vorgelegt worden sei, sei für die hier gegebene Bodenplatte davon auszugehen, dass keine rissvermeidende Bauweise vorliege und daher nach dem zur Bauzeit geltenden DBV-Merkblatt eine Bauweise mit Rissen vorliege. Allein durch die Vertiefungen aus den Doppelparkplätzen sei keine zwängungsfreie Bauweise möglich. Für eine Bauweise mit Rissen fehle es an einem flächigen Oberflächenschutz bzw. einem Schutz vor Chlorideintrag. Insofern sei die nicht vorhandene Beschichtung nicht fachgerecht. Allerdings seien die aufgetretenen Risse entweder auf eine nicht ausreichende Betonnachbehandlung oder eine zu geringe rissverteilende Bewehrung zurückzuführen. Da die Risse größer als 0,3 mm seien, bestünden bei der hier

vorliegenden Expositionsklasse XD3 Bedenken gegen die Dauerhaftigkeit (S. 7 ff. d. Gutachtens). Die Kosten dafür beliefen sich auf 582,5 qm x 30,-- € = 17.475,-- € netto (S. 16 d. Gutachtens).

Hierbei ist der Sachverständige auch nach Monierung durch die Beklagte geblieben: Zwar sei es richtig, dass der Beton hochwertig sei. Selbst hochwertiger Beton könne jedoch das Eindringen von Chloriden in die Risse und damit bis auf die Bewehrung nicht verhindern. Zur Beseitigung des Mangels sei eine „Bandagierung“ nicht angezeigt, da die Risse sehr flächig und ungerichtet aufträten; es müsse flächig neu beschichtet werden (Bl. 339 d.A.). Der Senat folgt den in jeder Hinsicht nachvollziehbaren Ausführungen des Sachverständigen nach eigener Prüfung.

(dd) Fehlende Querrillen in der Tiefgarageneinfahrt

Nach Ansicht des Sachverständigen liegt diesbezüglich kein Mangel vor.

Die vorhandenen Längsrillen sorgten nicht für eine geringere Haftung als Querrillen, jedoch sei auch die Rampenneigung nicht sehr groß. Andererseits sei die Wasserabführung besser gesichert als bei einer Querrillung. Da es hierzu keine eindeutige Vorschriftenlage gebe, sei kein Verstoß gegen anerkannte Regeln der Technik gegeben (S. 11 f. d. Gutachtens).

(ee) Weitere Mängel

Zu den weiteren kleineren Mängeln hat der Sachverständige lediglich zwei Fehlstellen in der Deckendämmung und bei einer seitlichen Durchdringung (Abb. 14+15, S. 12 f. d. Gutachtens) sowie kleine Beschädigungen an der Unterkante an den Schnittkanten (Abb. 16, S. 13 f. d. Gutachtens) festgestellt.

Die Fehlstellen an Bild 14+16 seien auszubessern bzw. zu ergänzen. Für Bild 15 könne keine zumutbare nachträgliche Maßnahme empfohlen werden (S. 15 d. Gutachtens). Die Kosten dafür lägen bei pauschal 325,-- € (S. 16 d. Gutachtens).

(ff) Nachdem die Beklagte in der mündlichen Verhandlung erklärt hat, die von dem Sachverständigen bestätigten Mängel in der Tiefgarage würden beseitigt und beide Parteien übereinstimmend auf eine Anhörung des Sachverständigen verzichtet haben, ist festzustellen, dass in der Tiefgarage Mängel bestehen, die jedenfalls mit unstreitigen (über) 24.000,-- € zu bewerten sind.

Kosten für eine Mängelbeseitigung hinsichtlich der unzureichenden Stellplatzbreite sind dabei noch nicht einmal berücksichtigt ebenso wenig wie die Frage, ob und inwieweit die vom Sachverständigen gegen die Dauerhaftigkeit der Bodenplatte in der Tiefgarage geäußerten Bedenken einen Mangel darstellen, da beides von bislang noch nicht diskutierten Beseitigungsmaßnahmen abhängt.

Ob die nachträglich von den Klägern mit Schriftsatz vom 06.03.2019 vorgetragene Veralgung, die nicht sachverständig untersucht worden ist, einen weiteren Mangel darstellt (Bl. 297 d.A. sowie Foto Anlage BB6, Bl. 310 d.A.), kann dahinstehen, da bereits für die Annahme der fehlenden Abnahmereife ausreichende wesentliche Mängel hinsichtlich Solaranlage und Tiefgarage bejaht wurden.

(c) Fehlender Zaun zum Nachbargrundstück

Diesbezüglich vermag der Senat keinen Mangel festzustellen.

Zwar stellt die Zeichnung, auf die sich die Kläger beziehen und auf der ein gelb markierter Zaun als Begrenzung des Grundstücks eingezeichnet ist (Anlage 1 in Anlage K14) eine Anlage zur Bezugsurkunde vom 29.03.2013 dar (Anlage K15, Anlagenband), die samt Anlagen gem. § 1 Ziff. 4 des Kaufvertrags auch Vertragsbestandteil geworden ist. Das bedeutet aber nicht, dass jeder in der Zeichnung eingezeichnete Gegenstand auch Vertragsbestandteil geworden ist. Vielmehr deutet die Bezeichnung der Anlage 1 als „Lageplan, aus dem sich die Lage des Grundstücks, des Baukörpers und der Sondernutzungsflächen auf dem Grundstück ergibt“ (Ziff. 2a der Bezugsurkunde) darauf hin, dass es in der Anlage um eine Beschreibung der Örtlichkeiten geht, die lediglich insoweit verbindlich sein sollte, als sie sich im schriftlichen Text des Vertrags wiederfindet. Die Herstellung eines Zauns findet sich aber tatsächlich in der ebenfalls in der Bezugsurkunde in Bezug genommenen und damit vertraglich vereinbarten Bau- und Leistungsbeschreibung (Anlage K19, Anlagenband) unter Ziff. 3.7.3 „Außenanlagen“ nicht wieder.

(d) Im Ergebnis liegen wesentliche Mängel am Gemeinschaftseigentum im Wert von mindestens 64.000,-- € vor, die die Annahme einer Abnahmereife verhindern.

Für die fehlende Solaranlage hat die Beklagte unstreitige Kosten in Höhe von über 40.000,-- € veranschlagt, die sich seit 2014, dem Datum der Erstellung des Angebots (s. oben), noch erheblich erhöht haben dürften.

Die Kosten für die Mängelbeseitigung in der Tiefgarage sind mit unstreitigen (über) 24.000,-- € zu berücksichtigen, dies ohne die oben genannten Mängel hinsichtlich Stellplatzbreite und Dauerhaftigkeit der Bodenplatte.

Ebenso unberücksichtigt sind hierbei eventuelle Mängel wegen der – behauptet - fehlenden Einschubtreppe zum Dachraum.

(4) Nach alledem ist der vollständige Kaufpreis mangels Abnahme bzw. Abnahmereife bislang noch nicht fällig mit der Folge, dass die Kläger ihn nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung grundsätzlich in voller Höhe zurückfordern können.

ff) Zu Unrecht geht das Landgericht davon aus, dass einem bereicherungsrechtlichen Rückgewähranspruch § 814 BGB - Kenntnis der Nichtschuld - entgegenstehe. Dies kann schon deswegen nicht der Fall sein, weil § 814 BGB im Rahmen eines Anspruchs aus § 817 Satz 1 BGB keine Anwendung findet (vgl. Palandt/Sprau, BGB, 78. Aufl., § 814 BGB Rn. 2 m.w.N.).

Es kommt hinzu, dass die Kläger zum Zeitpunkt der Zahlung noch nicht wussten, dass die Vorschrift des § 8 Ziffer 5 des Kaufvertrags, aufgrund dessen sie die Wohnung nur nach vorheriger vollständiger Kaufpreiszahlungen übergeben bekommen sollten, unwirksam ist.

gg) Der Rückzahlungsanspruch ist der Höhe nach auf die von den Klägern geltend gemachte Fertigstellungsrate von 3,5 % beschränkt.

(1) Die Kläger haben ihre Zahlungen in Höhe der Fertigstellungsrate auf eine Forderung geleistet, die noch nicht fällig war. Ginge es in einem solchen Fall nur um eine vorzeitige Leistung auf eine betagte Forderung, so würde einem bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruch grundsätzlich die gesetzliche Regelung in § 813 Abs. 2 BGB entgegenstehen. Bei den Zahlungen, die § 3 Abs. 1, 2 MaBV widersprechen, kommt jedoch hinzu, dass der Bauträger durch die Entgegennahme dieser Vermögenswerte gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB verstoßen hat und daher einem bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruch aus § 817 S. 1 BGB ausgesetzt ist. Da das Verbotsgesetz gerade die Entgegennahme von Zahlungen auf eine betagte Forderung verbietet, solange die Fälligkeitvoraussetzungen noch nicht vorliegen, kann die Regelung des § 813 Abs. 2 BGB keine Anwendung finden, soweit sie den vom Verbotsgesetz bezweckten Schutz des Erwerbers ausschalten würde. Die Regelung in § 813 Abs. 2 BGB kann jedoch nur insoweit zurücktreten, als dies im Hinblick auf Sinn und Zweck des genannten Verbotsgesetzes gerechtfertigt ist. Soweit der vorrangige Schutz des Erwerbers die Rückzahlung der vor Fälligkeit geleisteten Zahlungen nicht gebietet, verbleibt es beim gesetzlichen Ausschluss des Kondiktionsanspruchs. Denn es bedarf des Rückforderungsanspruchs nicht, soweit der von der MaBV bezweckte Schutz des Erwerbers bereits verwirklicht ist (vgl. zu alledem BGH, Urteil v. 22.03.2007 - VII ZR 268/05).

Die Beklagte muss mithin nur diejenigen empfangenen Geldbeträge wieder auskehren, die bei Zahlung nicht im Einklang mit § 3 Abs. 2 MaBV standen. Mit Rücksicht auf diese am Schutzzweck der Verbotsnorm des § 3 Abs. 2 MaBV orientierte, regulierende Wirkung des § 813 Abs. 2 BGB können die Kläger im Streitfall die von ihnen geleistete Kaufpreiszahlung also nur insoweit zurückfordern, wie das Werk bei Zahlung noch nicht „vollständig fertiggestellt“ war. An dieser „vollständigen Fertigstellung“ fehlt es.

(2) Der (gewerberechtliche) Begriff der „vollständigen Fertigstellung“ ist inhaltlich umstritten. Für die Fälligkeit dieser Rate müssen - grundsätzlich unabhängig vom zivilrechtlichen Begriff der Abnahme - jedenfalls die Außenanlagen einschl. Wege und Zäune sowie etwaige Restarbeiten

der übrigen Gewerke abgeschlossen sein (vgl. Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, 16. Aufl., § 334; Basty, Der Bauträgervertrag, 8. Aufl., Rdnr. 524). Davon ist hier auszugehen. Streitig ist in Rechtsprechung und Literatur, ob eine mangelhafte Bauleistung der vollständigen Fertigstellung entgegensteht und wenn ja, ob nur bei wesentlichen oder auch bei unwesentlichen Mängeln (vertreten werden hierzu alle Positionen, vgl. zum Meinungsstand: Basty, a.a.O., Rdnr. 528 ff.).

Die Beklagte hat sich in ihrer Berufungserwiderung auf den Standpunkt gestellt, dass es für die „vollständige Fertigstellung“ iSv § 3 Abs. 2 MaBV allein auf die tatsächliche Fertigstellung ankomme, nicht aber auf die Mangelfreiheit, da Mängel allenfalls zu einem Zurückbehaltungsrecht führen könnten, nicht aber die Fälligkeit einer Abschlagszahlung hinderten (vgl. Bl. 175 ff. d.A.). Diese Meinung wird für die Fertigstellung im Sinne des Gewerberechts u.a. von Marcks (MaBV, 7. Aufl., § 3 MaBV Rdnr. 43) und Basty (a.a.O., Rdnr. 531) vertreten.

Basty nimmt aber sodann eine Differenzierung zwischen einer Fertigstellung iSd MaBV und Fertigstellung iSd Zivilrechts vor und nimmt die zivilrechtliche „Fertigstellung“ bei Abnahmereife an (Basty, a.a.O., Rdnr. 532 ff.):

„... Für den gewerberechtlichen Begriff der Fertigstellung sind deshalb jedenfalls die zunächst dargestellten Auffassungen, nach denen Fertigstellung, Mangelfreiheit bzw. Freiheit von Protokollmängeln bedeute, abzulehnen. Aber auch erhebliche Mängel stehen einer Fertigstellung im gewerberechtlichen Sinne nicht entgegen, da die MaBV nach Zweck und Ermächtigungsgrundlage die Folgen von Sachmängeln weder regeln will noch regeln kann. Vielmehr ist, auch wenn das BGB diese Differenzierung mit der Schuldrechtsmodernisierung aufgegeben hat, im Lichte der MaBV nur zwischen Nicht- und Schlechterfüllung zu unterscheiden.

... Das BGB kennt den Begriff der Fertigstellung erst seit 01.05.2000, wo er im Zusammenhang mit der Fertigstellungsbescheinigung (§ 641 a BGB) Eingang in das Gesetz gefunden hat (§ 641 a BGB wurde allerdings durch das Forderungssicherungsgesetz 2008 aufgehoben). Bis dahin wurden Fertigstellung und Abnahmereife gleichgesetzt. Im Hinblick auf § 641 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB war streitig, ob auch unwesentliche Mängel einer Fertigstellungsbescheinigung entgegenstehen. Jedenfalls wird man im Hinblick auf die Wertung des § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB und des § 632 a BGB objektiv bei Abnahmereife von einer vollständigen Fertigstellung ausgehen müssen. Unerhebliche Mängel stehen der vollständigen Fertigstellung also nicht entgegen. Vorbehaltlich weiter gehender Regelungen ist zivilrechtlich mit Abnahmereife die vollständige Fertigstellung des Werks gegeben.“

Pause hat in seiner neuesten Auflage (a.a.O., Rdnr. 334 ff.) – ohne zwischen Gewerberecht und Zivilrecht zu differenzieren - für die Frage der „vollständigen Fertigstellung“ ebenfalls auf die Abnahmereife abgestellt:

„Fraglich ist, ob eine mangelhafte Bauleistung der vollständigen Fertigstellung entgegensteht. Es ist davon auszugehen, dass die Bauleistung vollständig fertiggestellt ist, wenn der Vertrag erfüllt ist. Das ist der Fall, sobald die dafür erforderlichen Arbeiten erfolgreich abgeschlossen sind. Von einem erfolgreichen Abschluss kann dann gesprochen werden, wenn die Arbeiten in quantitativer und qualitativer Hinsicht der geschuldeten Bauleistung entsprechen. Deshalb kann nur eine im Wesentlichen funktionstaugliche und im Wesentlichen mängelfreie Leistung als fertiggestellt angesehen werden. Diese gewerberechtliche

Beurteilung korrespondiert mit der zivilrechtlichen Wertung: Eine Fertigstellung der Leistung wird auch für die Abnahme vorausgesetzt; sie entspricht mithin der Abnahmefähigkeit. Wesentliche Mängel stehen der Abnahmefähigkeit entgegen (§ 640 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Die vollständige Freiheit von jeglichen Mängeln wird für die Fälligkeit der Fertigstellungsrate jedoch nicht vorausgesetzt. Unerhebliche Mängel stehen der Erfüllung des Vertrags ebenso wenig entgegen wie geringfügige Restarbeiten. Soweit zum Zeitpunkt der vollständigen Fertigstellung unwesentliche Mängel vorhanden sind oder geringfügige Restarbeiten ausstehen, kann der Erwerber das Leistungsverweigerungsrecht nach § 61 Abs. 3 BGB ausüben, das die Höhe der Rate erreichen, aber auch unterschreiten kann.“

Auch Werner (in Werner/Pastor, Der Bauprozess, 16. Aufl., Rdnr. 1619, unter Zitierung verschiedener Urteile) hat sich für eine Berücksichtigung von wesentlichen Mängeln bei der Frage der „vollständigen Fertigstellung“ ausgesprochen:

„Vollständig fertiggestellt ist ein Haus erst, wenn nicht nur sämtliche Arbeiten erbracht sind, sondern auch alle wesentlichen Mängel behoben sind (vgl. hierzu OLG Hamm, IBR 2008, 273 - Basty sowie OLG Düsseldorf BauR 2003, 93; ferner BGH BauR 2000, 881). Eine Abnahme indiziert die Fertigstellung (vgl. BGH BauR 2009, 1724). Der Erwerber soll Leistungen nur erbringen müssen, sofern und soweit ein entsprechender Gegenwert von dem vorleistungspflichtigen Unternehmer/Bauträger erbracht worden ist. Das ist aber nicht der Fall, soweit bei der Übergabe noch erhebliche Protokollmängel vorliegen, die beseitigt werden müssen, ...Der von der MaBV verwandte Begriff der „Fertigstellung“ deckt sich somit sachlich mit demjenigen der Abnahmefähigkeit iSd § 640 BGB (ebenso: BGH WM 2002, 2411; OLG Hamm BauR 2002, 641; OLGR 1994, 63).“

Und schließlich hat auch der Bundesgerichtshof dargelegt, dass festgestellte Mängel der „vollständigen Fertigstellung“ jedenfalls dann entgegenstehen, wenn der Unternehmer sich - wie hier anzunehmen ist - „besonders hartnäckig“ weigert, vorhandene Restmängel zu beseitigen (vgl. BGH, Urteil v. 27. Oktober 2011 - VII ZR 84/09):

„Revisionsrechtlich nicht zu beanstanden ist die Annahme des Berufungsgerichts, dass der für die Fälligkeit der Schlussrate erforderlichen "vollständigen Fertigstellung" bereits die festgestellten Mängel entgegenstehen. Allein der Umstand, dass die Parteien nunmehr seit Jahren über das Vorhandensein und die Beseitigung dieser Mängel streiten, führt nicht zur Fälligkeit (vgl. BGH, Urteil vom 8. Januar 2004 - VII ZR 198/02, BauR 2004, 670 = NZBau 2004, 210 = ZfBR 2004, 269). Vielmehr erscheint es notwendig und gerecht, gerade dem Unternehmer, der sich besonders hartnäckig weigert, vorhandene Restmängel seiner Bauleistung zu beseitigen, nicht die Möglichkeit zu eröffnen, trotz weiterhin vorhandener Mängel die Fertigstellungsrate einzuziehen. Jedenfalls widerspricht es ohne das Hinzutreten besonderer Umstände in einem solchen Fall nicht Treu und Glauben, ihm die Schlussrate gegebenenfalls auch über einen Zeitraum von mehreren Jahren vorzuenthalten. Solche besonderen Umstände legt die Anschlussrevision nicht dar. Dass die Beklagten das Haus nutzen, stellt keinen Vorteil dar, den sie durch eine vorfällige Auszahlung der Schlussrate ausgleichen müssten. Feststellungen dazu, dass sie die in Rede stehenden Mängel beseitigt haben könnten, sind nicht getroffen. Konkrete Anhaltspunkte hierfür zeigt die Anschlussrevision nicht auf.“

Dem schließt sich der Senat aus den zitierten Gründen an. Damit ist die „vollständige Fertigstellung“ begrifflich noch nicht erreicht, wenn Mängel vorliegen, die auch eine (zivilrechtliche) Abnahme hindern würden, so dass es sowohl für die Frage der „vollständigen

Fertigstellung“ als auch für die Frage der „Abnahme“ einheitlich auf das Vorliegen von Abnahme bzw. Abnahmereife ankommt.

Auch eine „vollständige Fertigstellung“ iSv § 3 Abs. 2 MaBV scheidet nach alledem vorliegend aus.

(3) Eine Rückforderung gem. § 817 Satz 2 BGB führt danach vorliegend unter Berücksichtigung von § 813 Abs. 2 BGB dazu, dass die Kläger zwar nicht den gesamten Kaufpreis, aber die hier geltend gemachte Fertigstellungsrate in Höhe von 3,5 % zurückverlangen können.

Dieser Betrag ist auch nicht teilweise deswegen zu reduzieren, weil die zu erwartenden Fertigstellungs-/Mängelbeseitigungskosten geringer wären als die Rate selbst. Daran könnte hier möglicherweise gedacht werden, wenn es in der streitgegenständlichen Wohnungsanlage mehrere Eigentümer gäbe, die alle oder in größerer Anzahl wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum gemindert hätten. Würde man in einem solchen Fall jedem einzelnen Eigentümer zubilligen, die gesamte Fertigstellungsrate einzubehalten, obwohl die Fertigstellungs-/Mängelbeseitigungskosten zuzüglich Druckzuschlags insgesamt geringer wären als die Summe der einbehaltenen Fertigstellungsraten, könnte dem Bauvorhaben möglicherweise übermäßig Kapital entzogen werden, was den Bauträger unbillig benachteiligen würde. Ein solcher Fall liegt hier allerdings nicht vor. Die Kläger haben mit Schriftsatz vom 11.06.2018 unwidersprochen vorgetragen, dass außer ihnen keiner der übrigen Wohnungseigentümer die Fertigstellungsrate wegen der Mängel am Gemeinschaftseigentum zurückbehalten oder nachträglich zurückgefordert hat (Bl. 258 d.A.).

hh) Schließlich sind auch die subjektiven Voraussetzungen des § 817 BGB erfüllt.

Der Empfänger des Geldes muss nach h.M. positive Kenntnis von dem Gesetzesverstoß bzw. das Bewusstsein haben, sittenwidrig zu handeln. Bloßes Kennenmüssen des Verbots, selbst grob fahrlässiges Handeln gegen ein gesetzliches Verbot genügt nicht. Wer allerdings leichtfertig vor dem Verbot bzw. der Sittenwidrigkeit seines Handelns die Augen verschließt, steht dem bewusst Handelnden gleich (vgl. Palandt/Sprau, a.a.O., § 817 BGB Rdnr. 8 m.w.N.).

Nach Ansicht des Senates ist darauf abzustellen, dass die Kenntnis der MaBV zum Kernbereich des Fachwissens eines Bauträgers gehört. Und wer eine Regelung wie die des hier streitgegenständlichen § 8 Ziff. 5 des Kaufvertrags schafft, nach der der Käufer zu einer vorzeitigen, vollständigen Zahlung veranlasst wird, wenn er vorzeitig seine Wohnung übergeben bekommen möchte, ohne dass die Vorgaben der MaBV erfüllt sind, also die Zahlung nicht dem tatsächlichen Bautenstand entspricht, tut dies bewusst, um entgegen dem Gesetz bereits vor der Abnahme den vollständigen Kaufpreis von den Erwerbenden zu erhalten und ihnen dadurch ein Druckmittel zur zügigen Beseitigung von Mängeln aus der Hand zu schlagen.

ii) Da wesentliche Mängel vorliegen, die sowohl eine Abnahme gem. § 641 BGB als auch eine „vollständige Fertigstellung“ iSv § 3 Abs. 2 MaBV hindern, steht den Klägern gem. § 817 Satz 1 BGB ein Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Fertigstellungsrate in Höhe von 3,5 % des Kaufpreises (= 17.640,-- €) zu.

b) Daneben ist ein vertraglicher Schadensersatzanspruch unter dem Aspekt der Verletzung der Schutz- und Rücksichtnahmepflichten gemäß den §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB gegeben.

aa) Die Verwendung einer unwirksamen AGB-Klausel führt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu einer Haftung des Verwenders für Schäden, weil dieser durch die Verwendung unwirksamer Klauseln seine vertragliche Pflicht zur Rücksichtnahme gegenüber seinem Vertragspartner verletzt (vgl. u.a. BGH, Urteil vom 27.05.2009 – VIII ZR 302/07 – und BGH, Urteil vom 11.06.2010 – V ZR 85/09). Im Einzelnen stellt die Verwendung einer solchen Klausel eine vorvertragliche Pflichtverletzung des Unternehmers iSv § 311 Abs. 2 BGB dar, nämlich einen Verstoß gegen § 241 Abs. 2 BGB, wonach jeder Teil eines Schuldverhältnisses zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils - hier insbesondere des Vermögens - verpflichtet ist.

Hier liegt mit § 8 Ziff. 5 des Kaufvertrags nach den obigen Ausführungen eine unwirksame AGB-Klausel vor, denn eine in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Unternehmers enthaltene Klausel, wonach der Kunde zur vollständigen Zahlung bei Übergabe, also vor der „vollständigen Fertigstellung“ verpflichtet sein soll, verstößt (auch) gegen § 307 Abs. 1, Abs. 2 Ziff. 1 BGB, und ist daher unwirksam. Es gehört zu den Grundgedanken der gesetzlichen Regelung des Werkvertrags, dass der Werkunternehmer vorleistungspflichtig ist mit der Folge, dass der Besteller die Vergütung erst nach Fertigstellung des Werkes und Abnahme zu entrichten hat. Abweichungen von dieser gesetzlichen Regelung können zwar individualvertraglich vereinbart werden, gemäß § 307 Abs. 2 Ziff. 1 BGB nicht jedoch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen. In der Rechtsprechung ist daher anerkannt, dass die Vereinbarung einer Vorleistungspflicht des Bestellers beim Werkvertrag unwirksam ist (vgl. zu einer unwirksamen Vorleistungsklausel bei Lieferung und Montage einer Einbauküche: OLG Karlsruhe, Urteil vom 3.5.2012 - 9 U 74/11 OLG Hamm, NJW-RR 1989, 274; OLG Köln, NJW-RR 1992, 1047; Palandt/Grüneberg, a. a. O., § 307 BGB, Rdnr. 74).

Die Klausel ist auch nach § 309 Ziffer 3 BGB unwirksam. Sie nimmt dem Verbraucher die Befugnis, mit einer ihm zustehenden Forderung gegenüber dem Verkäufer aufzurechnen und damit den Restkaufpreis zum Erlöschen zu bringen. Letztendlich werden auch Leistungsverweigerungsrechte gemäß § 320 BGB des Erwerbers unterlaufen. Damit ist die Klausel auch gemäß § 309 Nr. 2 BGB unwirksam

bb) Diese Pflichtverletzung, nämlich die Vereinbarung einer unwirksamen AGB-Klausel, hat die Beklagte gegenüber den Klägern auch zu vertreten, sei es in Form von Fahrlässigkeit oder Vorsatz.

cc) In der Rechtsfolge ist ein Unternehmer, der seinen Kunden Bedingungen stellt, die diese im Sinne der §§ 305 ff. BGB unangemessen benachteiligen, gemäß § 280 Abs. 1 BGB zum Schadensersatz verpflichtet. Es sind dem Kunden insbesondere diejenigen Nachteile zu ersetzen, die dadurch entstehen können, dass er im Vertrauen auf die Wirksamkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen Aufwendungen tätigt, die sich für ihn als wertlos herausstellen. Der Verwender der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist außerdem für Nachteile verantwortlich, die dem Kunden entstehen, wenn er im Vertrauen auf die Wirksamkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen bestimmte Rechte nicht geltend macht (vgl. zu einer unwirksamen Vorleistungsklausel bei Lieferung und Montage einer Einbauküche: OLG Karlsruhe, Urteil vom 3.5.2012 - 9 U 74/11 unter Hinweis auf BGH NJW 1987, 639; BGH NJW 1984, 2816, 2817).

Vorliegend ist entscheidend, dass die Kläger zur vorzeitigen Zahlung des vollen Kaufpreises nur durch die ihnen nachteilige Regelung der Vorleistungspflicht in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten veranlasst wurden. Nunmehr sehen sie sich – wegen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, deren Unwirksamkeit sie nicht kannten – gehindert, die ihnen zustehenden Rechte aus § 641 BGB geltend zu machen, also genau die Rechte, die ihnen durch die Regelungen der §§ 3 Abs. 2, 7 MaBV garantiert werden sollten. Dafür hat die Beklagte gem. § 249 Abs. 1 BGB im Wege der Naturalrestitution einzustehen. Da wesentliche Mängel des Gemeinschaftseigentums vorliegen, die eine Abnahmereife des Bauwerks hindern und Zurückbehaltungsrechte von den Klägern noch geltend gemacht werden könnten, sind die Kläger im Ergebnis so zu stellen, also ob sie die Fertigstellungsrate iHv 3,5 % nicht gezahlt hätten; sie ist ihnen als Schadensersatz zu erstatten.

c) Schließlich liegen auch die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch gem. § 823 Abs. 2 BGB iVm §§ 3 Abs. 2, 7 MaBV vor.

Haftungsvoraussetzung ist der die Schädigung eines Rechtsguts verursachende Verstoß gegen ein nicht lediglich eine Sonderbeziehung ausgestaltendes Gesetz, das den Schutz dieses Rechtsguts sowie seines Inhabers bezweckt. § 3 Abs. 2 ist - ebenso wie § 7 - MaBV anerkanntes Schutzgesetz iSd § 823 Abs. 2 BGB (vgl. BGH, Urteil v. 05.12.2008 - V ZR 144/07).

Die Beklagte hat mit Schaffung der unwirksamen AGB-Regelung des § 8 Ziff. 5 des Kaufvertrags in rechtswidriger Weise gegen dieses Schutzgesetz verstoßen (s. oben 1b).

Hinsichtlich Verschulden und Schaden gilt dasselbe wie unter 1b).

Danach können die Kläger auch im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs gem. § 823 Abs. 2 BGB iVm §§ 3 Abs. 2, 7 MaBV die gezahlte Fertigstellungsrate in Höhe von 3,5 % des Kaufpreises (= 17.640,-- €) von der Beklagten zurückverlangen.

2. Rückzahlung von 25.200,-- € wegen Verstoßes gegen § 632 a Abs. 3 BGB bzw. entsprechende Sicherheitengestellung

Die Kläger unterliegen zwar mit ihrem Hauptantrag zu 1b) auf Rückzahlung einer Sicherheitsleistung in Höhe von 5 % des Kaufpreises; sie haben aber einen Anspruch auf entsprechende Sicherheitengestellung gem. § 632a Abs. 3 BGB aF.

a) Ein entsprechender Anspruch kann zunächst auf die Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung gestützt werden, allerdings nicht auf § 817 Satz 1 BGB - da die Entgegennahme der Sicherheitsleistung, anders als bei § 3 Abs. 2 MaBV, nicht gesetzlich verboten ist -, sondern auf §§ 812 Abs. 1 Satz 1 1. Halbs., 818 Abs. 2 BGB.

aa) Mit dem Empfang der Kaufpreiszahlung hat die Beklagte im Umfang von insgesamt 504.000,00 € einen Vermögenswert erlangt.

bb) Dieser Vermögenswert ist der Beklagten auch im bereicherungsrechtlichen Sinne geleistet worden. Denn die Kläger haben die Zahlung der Beklagten bewusst und zweckgerichtet in Erfüllung der vereinbarten Kaufpreiszahlung aus § 8 Ziffer 5 des Kaufvertrags zugewandt.

cc) Die Zahlung ist rechtsgrundlos erfolgt.

Die Kläger haben die Kaufpreiszahlung in Höhe der ihnen gem. § 632a Abs. 3 BGB aF zustehenden Sicherheitsleistung aufgrund einer unwirksamen Zahlungsregelung - nämlich § 8 Ziff. 5 des Kaufvertrags - und damit ohne rechtlichen Grund erbracht.

Diese Zahlungsregelung hält der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB auch im Hinblick auf § 632a Abs. 3 BGB aF nicht stand.

Der Bundesgerichtshof hat zu einer in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Unternehmers enthaltenen Klausel, die isoliert die Fälligkeit und die Höhe der ersten Abschlagszahlung in einem Werkvertrag mit einem Verbraucher über die Errichtung oder den Umbau eines Hauses regelt, ohne auf die nach § 632a Abs. 3 BGB aF gesetzlich geschuldete Sicherheitsleistung des Unternehmers einzugehen, ausgeführt (Urteil v. 08.11.2012 - VII ZR 191/12):

„aa) Der Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist entsprechend dem Grundsatz von Treu und Glauben gehalten, Rechte und Pflichten seines Vertragspartners möglichst klar und durchschaubar darzustellen. ... Weiter ist eine Klausel auch dann unwirksam, wenn der Vertragspartner durch die Formulierung der Klausel davon abgehalten wird, seine berechtigten Ansprüche oder Gegenrechte dem Verwender gegenüber geltend zu machen. ...

bb) Nach diesen Grundsätzen ist die beanstandete Klausel nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam. Die Klausel ist so formuliert, dass sie den Verbraucher von der Geltendmachung seines Rechts auf Sicherheitsleistung gem. § 632a Abs. 3 BGB abhalten kann.

(1) § 632a BGB regelt abweichend von der grundsätzlichen Vorleistungspflicht des Unternehmers im Werkvertragsrecht die Möglichkeit, Abschlagszahlungen zu verlangen. Nach Absatz 3 dieser Vorschrift ist dann, wenn der Besteller ein Verbraucher ist und der Vertrag die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand hat, dem Besteller bei der ersten Abschlagszahlung eine Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Werks ohne wesentliche Mängel in Höhe von 5 vom Hundert des Vergütungsanspruchs zu leisten.

(2) Der Gesetzgeber hat damit zwischen dem Anspruch auf Abschlagszahlung des Unternehmers aus § 632a Abs. 1 BGB und dem Recht des Verbrauchers auf Sicherheitsleistung bei erster Abschlagszahlung aus § 632a Abs. 3 BGB eine untrennbare Verknüpfung vorgenommen. Er hat ein tatsächliches Bedürfnis gesehen, dem Verbraucher eine Absicherung für seinen Erfüllungsanspruch zu verschaffen. Der Gesetzgeber hat sich daher für ein Konzept des engen Zusammenhangs zwischen der ersten Abschlagszahlung und der Erfüllungssicherheit entschieden (vgl. BT-Dr 16/511, S. 15). Die Sicherheit ist vom Unternehmer bei der Abschlagszahlung zu leisten; im Fall der Nichtgestellung der Sicherheit steht dem Besteller jedenfalls ein Leistungsverweigerungsrecht zu (BT-Dr 16/511, S. 15).

Diese enge Verknüpfung von erster Abschlagszahlung und Erfüllungssicherheit trennt die beanstandete Klausel und nimmt ein für den Verbraucher sehr bedeutsames Segment aus dem Sachzusammenhang heraus. Dadurch besteht die Gefahr, dass der Verbraucher davon abgehalten wird, sich auf sein Recht auf Sicherheitsleistung hinzuweisen oder sich auf sein Leistungsverweigerungsrecht zu berufen. Durch die Trennung von nach dem gesetzlichen Konzept zusammenhängenden, eng verknüpften Rechten kann der im Werkvertragsrecht nicht vorgebildete Durchschnittskunde, auf den abzustellen ist, in die Irre geleitet und dadurch davon abgehalten werden, seine ihm nach dem Gesetz zustehenden Rechte geltend zu machen. Damit ist die Klausel nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam...“

Dem schließt sich der Senat aus den zitierten Gründen an.

Die Klausel ist darüber hinaus - ebenso wie hinsichtlich des oben geprüften Verstoßes gegen §§ 3 Abs. 2, 7 MaBV - auch nach § 309 Ziffer 3 BGB unwirksam. Sie nimmt dem Verbraucher die Befugnis, mit einer ihm zustehenden Forderung gegenüber dem Verkäufer aufzurechnen und damit den Restkaufpreis zum Erlöschen zu bringen. Letztendlich werden auch Leistungsverweigerungsrechte gemäß § 320 BGB des Erwerbers unterlaufen. Damit ist die Klausel auch gemäß § 309 Nr. 2 BGB unwirksam

Danach ist auch die vorliegende Regelung des § 8 Ziff. 5 des Kaufvertrags, die als eine solche einzelne Abschlagszahlung zu werten ist (s. oben), gem. § 307 Abs. 1 BGB unwirksam und die Zahlung der Kläger darauf grundsätzlich in voller Höhe rechtsgrundlos erfolgt.

dd) Auch diesem bereicherungsrechtlichen Rückgewähranspruch steht § 814 BGB nicht entgegen.

Aus § 8 Ziffer 5 des notariellen Kaufvertrags ergibt sich, dass die Kläger die Wohnung nur übergeben bekommen sollten, wenn sie vorher den vollen Kaufpreis gezahlt hatten. Dass diese Vorschrift unwirksam war, wussten sie seinerzeit nicht.

ee) § 813 Abs. 2 BGB führt allerdings dazu, dass der Rückzahlungsanspruch auf die geltend gemachte Höhe - nämlich in Höhe der den Klägern gem. § 632a Abs. 3 BGB aF zustehenden Erfüllungssicherheit - beschränkt wird.

(1) Nach dieser Vorschrift wäre grundsätzlich sogar eine Rückforderung in voller Höhe ausgeschlossen, wenn - wie hier - eine betagte Verbindlichkeit vorzeitig erfüllt wird.

(2) Soweit die Voraussetzungen des § 817 BGB vorliegen, ist entschieden, dass § 813 Abs. 2 BGB insoweit zurücktritt, als dies im Hinblick auf Sinn und Zweck der geschützten Vorschrift - hier §§ 3 Abs. 2, 7 MaBV - gerechtfertigt ist (s. oben). Soweit hingegen der Schutz des Erwerbers die Rückzahlung der vor Fälligkeit geleisteten Zahlungen nicht gebietet, müsste es grundsätzlich bei dem gesetzlichen Ausschluss des Kondiktionsanspruchs nach § 813 Abs. 2 BGB verbleiben.

Nach Ansicht des Senats liegt aber - auch ohne dass die Voraussetzungen des § 817 BGB gegeben sind - eine identisch zu beurteilende Schutzsituation für den Erwerber vor, die es gebietet, auch hier § 813 Abs. 2 BGB so weit zurücktreten zu lassen, wie es der Schutzzweck des § 632a Abs. 3 BGB aF verlangt.

Nach Ansicht des Senats erfordert es der Schutz des Erwerbers bei einem Verstoß gegen § 632a Abs. 2 BGB aF durch die unwirksame AGB-Klausel des § 8 Ziff. 5 des Kaufvertrags ebenso wie bei einem Verstoß gegen §§ 3 Abs. 2, 7 MaBV, dass er bei vorzeitiger Zahlung des vollen Kaufpreises den Teil des Kaufpreises zurückerhält, der ihm gesetzlich zugestanden hätte, der ihm durch die unwirksame Klausel genommen wurde, und den er benötigt, um den zur vollständigen Fertigstellung der Bauleistung erforderlichen Druck bei Vorliegen von Mängeln aufzubauen.

Der Käufer, der als Verbraucher von einem Bauträger eine Wohnung erwirbt, hat einen gesetzlichen Anspruch auf eine Vertragserfüllungssicherheit gem. § 632a Abs. 3 BGB aF. Da der private Bauherr regelmäßig nicht in der Lage ist, eine Absicherung der Vertragserfüllungsansprüche durchzusetzen, bestimmt § 632 a Abs. 3 BGB aF, dass dem Besteller, wenn von ihm Abschläge verlangt werden und es sich bei ihm um einen Verbraucher

handelt, mit der ersten Abschlagzahlung eine Sicherheit für die Vertragserfüllung in Höhe von 5% des gesamten Kaufpreises zu gewähren ist. Die Sicherheit schafft einen Ausgleich dafür, dass mit den Abschlagszahlungen die Vorleistungspflicht des Unternehmers, die im Grundsatz bis zur Abnahme besteht, abgeschwächt wird (vgl. Pause, a.a.O., Rdnr. 201).

Die vorzeitige Zahlung der Kläger aufgrund der unwirksamen Vertragsregelung führt nicht nur ggfs. zu Zinsverlusten, sondern lässt den durch § 632a BGB beabsichtigten Schutz des Erwerbers ins Leere laufen. Der Erhalt einer Sicherheit soll dem Käufer ein Druckmittel in die Hand geben, das er bis zur vollständigen Fertigstellung bzw. bis zur Abnahme einsetzen kann, um den Bauträger dazu zu bewegen, Mängel möglichst zügig, nachhaltig und vollständig zu beseitigen. Insoweit ist - auch wenn § 632a Abs. 3 BGB aF nicht wie § 3 Abs. 2 MaBV als Verbotsnorm ausgestaltet ist - der Sinn und Zweck beider Vorschriften identisch. Ist der Erwerber durch eine unwirksame Zahlungsklausel dazu verleitet worden, ein entscheidendes Druckmittel aus der Hand zu geben, das ihm als Verbraucher ein gewisses Gegengewicht gegenüber dem Bauträger verleiht, verliert er jede Möglichkeit der Einflussnahme auf eine effiziente Behandlung von Bauwerksmängeln.

Danach ist es nach Ansicht des Senats zur Wahrung von Sinn und Zweck des § 632a Abs. 3 BGB aF erforderlich, nicht § 813 Abs. 2 BGB in den Vordergrund zu stellen, nach dem die Fälligkeit der Zahlung ohnehin bald - nämlich mit Abnahme bzw. Abnahmereife - eintritt, sondern die Vorschrift auch bei einem Verstoß gegen § 632a Abs. 3 BGB aF so weit zurücktreten zu lassen, dass dem Käufer die in § 632a Abs. 3 BGB aF zu seinem Schutz vorgesehenen Rechte erhalten bleiben.

(3) Nach Ansicht des Senats führt die gesetzliche Wertung des Bauträgerrechts indes nicht dazu, dass die Kläger eine entgegen § 632a Abs. 3 BGB aF geleistete Zahlung auch als Zahlung zurückfordern können. Denn dann würden sie mehr erhalten, als ihnen § 632a Abs. 3 BGB aF als Sicherheitsleistung zubilligt.

Zwar sieht die Norm vor, dass dem Erwerber eine Sicherheit zu stellen ist; in welcher Form dies geschieht, obliegt aber allein der Auswahl des Bauträgers (vgl. Palandt/Sprau, a.a.O., § 632 a BGB Rdnr. 21). Die Sicherheit kann nach Wahl des Bauträgers entweder gem. § 232 BGB, durch Einbehalt des Verbrauchers oder durch Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen eines in Deutschland zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden (vgl. § 632 a Abs. 3 und 4 BGB aF).

Dieses Wahlrecht, wie diese Sicherheit zu leisten ist, muss der Beklagten auch bei einer Rückgewähr erhalten bleiben. Damit können die Kläger im Zuge der Rückabwicklung der Leistungen lediglich eine Verurteilung der Beklagten, wie sie sie in ihrem Hilfsantrag zu 1b. geltend gemacht hat, erlangen, nämlich zu einer Sicherheitengestellung in Höhe von 5% des Kaufpreises.

b) Daneben ist ein vertraglicher Schadensersatzanspruch unter dem Aspekt der Verletzung der Schutz- und Rücksichtnahmepflichten gemäß den §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB gegeben.

aa) Bereits oben unter 1b) wurde ausgeführt, dass die Verwendung einer unwirksamen AGB-Klausel nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu einer Haftung des Verwenders für Schäden führt, weil dieser durch die Verwendung unwirksamer Klauseln seine vertragliche Pflicht zur Rücksichtnahme gegenüber seinem Vertragspartner verletzt (vgl. u.a. BGH, Urteil vom 27.05.2009 – VIII ZR 302/07 – und BGH, Urteil vom 11.06.2010 – V ZR 85/09).

Auch im Hinblick auf § 632a Abs. 3 BGB aF stellt die Zahlungsregelung des § 8 Ziff. 5 des Kaufvertrags eine unwirksame AGB-Klausel dar, wie bereits oben unter 2a) dargelegt wurde.

bb) Diese Pflichtverletzung, nämlich die Vereinbarung einer unwirksamen AGB-Klausel, hat die Beklagte gegenüber den Klägern auch zu vertreten, sei es in Form von Fahrlässigkeit oder Vorsatz.

cc) In der Rechtsfolge ist ein Unternehmer, der seinen Kunden Bedingungen stellt, die diese im Sinne der §§ 305 ff. BGB unangemessen benachteiligen, gemäß § 280 Abs. 1 BGB zum Schadensersatz verpflichtet.

Der Schaden für die Kläger liegt – parallel zu der unter a) ausgeführten zurückzufordernden Bereicherung – auch hier darin, dass sie durch die vorzeitige vollständige Zahlung aufgrund der unwirksamen Zahlungsregelung des § 8 Ziff. 5 des Kaufvertrags ihr Druckmittel verloren haben, mit dem sie auf die Beklagte hätten einwirken können, fehlende Leistungen zügig zu erbringen und Mängel zu beseitigen. Wegen des Wahlrechts der Beklagten hinsichtlich der konkreten Art der Sicherheitengestellung können die Kläger nicht den auf die Sicherheit entfallenden Teil des Kaufpreises zurückfordern, sondern lediglich eine entsprechende Sicherheit von der Beklagten verlangen.

Ein Schaden würde vorliegend nur dann nicht bestehen, wenn die Kläger inzwischen ohnehin verpflichtet wären, die Sicherheit des § 632a Abs. 3 BGB aF iHv 5% des Kaufpreises an die Beklagte zurückzugeben. Dies wäre allerdings erst bei abnahmereifer Herstellung des Werks der Fall (vgl. Palandt/Sprau, a.a.O., § 650 m BGB Rdnr. 6), an der es jedoch schon aufgrund der fehlenden Solaranlage und den sachverständig festgestellten Mängeln an der Tiefgarage vorliegend fehlt.

c) Schließlich liegen auch die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch gem. § 823 Abs. 2 BGB iVm § 632a Abs. 3 BGB aF vor.

Haftungsvoraussetzung ist auch bezüglich der hier streitgegenständlichen Sicherheitsleistung gem. § 632a Abs. 3 BGB aF der Verstoß gegen ein Schutzgesetz, das den Schutz dieses Rechtsguts sowie seines Inhabers bezweckt (vgl. Palandt/Sprau, a.a.O., § 823 BGB Rdnr. 58).

Unter 1b) wurde bereits ausgeführt, dass die für die Frage der Rückzahlung der Fertigstellungsrate entscheidenden Vorschriften der § 3 Abs. 2, 7 MaBV anerkannte Schutzgesetze iSd § 823 Abs. 2 BGB sind (vgl. BGH, Urteil v. 05.12.2008 – V ZR 144/07).

Der Bundesgerichtshof hat in der zitierten Entscheidung die Schutzgesetzeigenschaft der §§ 3 Abs. 2, 7 MaBV wie folgt begründet:

„a) Das an den Bauräger gerichtete Verbot, Zahlungen entgegenzunehmen, ohne dass die in § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 4 MaBV genannten Voraussetzungen vorliegen, bezweckt den Schutz des Erwerbers vor Vermögensschädigungen durch ungesicherte Vorleistungen. Die Verbraucherschutzbestimmung soll in Kombination mit § 3 Abs. 2 MaBV sicherstellen, dass Leistungen des Erwerbers ein entsprechender Gegenwert gegenübersteht (vgl. BGHZ 160, 277, 281 146, 250, 258 139, 387, 390). Sie ist daher ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB (ebenso: OLG Frankfurt OLGR 2005, 478, 479; OLG Celle ZfIR 2001, 412, 414; OLG Hamm NJW-RR 1999, 530, 531; Palandt/Sprau, BGB, 68. Aufl., § 823 Rdn. 66; Bamberger/Roth/Spindler, BGB, 2. Aufl., § 823 Rdn. 222; Basty, Der Baurägervertrag, 5. Aufl., Einleitung Rdn. 83; Grziwotz/Bischoff, MaBV, § 3 Rdn. 210; a.A. OLG Dresden NJW-RR 1997, 1506, 1507). Entsprechendes gilt für § 7 MaBV, der ebenfalls den Schutz des vorauszahlenden Erwerbers bezweckt. Die Vorschrift soll sicherstellen, dass der Erwerber entweder die zugesagten Leistungen des Baurägers oder aber die Rückzahlung seiner Mittel erhält, wenn der Wert der Leistung des Baurägers hinter dem zurückbleibt, was der Bauräger schuldet (BGHZ 162, 378, 382 BGH NJW 2001, 3329, 3330 f; Urt. v. 21. Januar 2003, XI ZR 145/02, NJW-RR 2003, 592).“

Nach Ansicht des Senats stellt sich die Sachlage für die Frage der Sicherheitsleistung gem. § 632a Abs. 3 BGB aF identisch dar:

Auch § 632a Abs. 3 BGB aF soll das für den Verbraucher mit Abschlagszahlungen verbundene Risiko begrenzen. Gesichert werden soll das Erfüllungsinteresse des Verbrauchers, d.h. die Ansprüche, die sich daraus ergeben, dass der Unternehmer das Werk nicht rechtzeitig und/oder nicht in abnahmereifem Zustand herstellt (Erfüllungssicherheit) (vgl. Palandt/Sprau, a.a.O., § 650m BGB Rdnr. 3). Ohne eine solche Sicherheit hätte er kein Druckmittel, um den Bauräger zur mangelfreien Fertigstellung des Bauwerks zu bewegen. Insofern ist die Intention der Vorschrift – ebenso wie bei den §§ 3 Abs. 2, 7 MaBV – nicht nur auf die ordnungsgemäße Abwicklung des Bauvorhabens, sondern darüber hinaus auch ausdrücklich auf den Schutz des einzelnen Verbrauchers gerichtet.

Dies rechtfertigt auch für § 632a Abs. 3 BGB aF die Annahme eines Schutzgesetzes.

Die Beklagte hat mit Schaffung der unwirksamen AGB-Regelung des § 8 Ziff. 5 des Kaufvertrags auch in rechtswidriger Weise gegen dieses Schutzgesetz verstoßen (s. oben 1.).

Hinsichtlich Verschuldens und Schadens gilt dasselbe wie unter 2b). Auch hier ist der Schadensersatzanspruch beschränkt auf eine Sicherheitengestellung durch die Beklagte.

3. Der Zinsanspruch folgt aus Verzug gem. §§ 286, 288 Abs. 1 ZPO.

Die Beklagte befindet sich seit Ablauf der mit Schriftsatz vom 04.08.2016 (Anlage K10, Anlagenband) gesetzten Zahlungsfrist ab dem 13.08.2016 in Verzug gem. § 286 Abs. 1 ZPO. Der Zinssatz von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz richtet sich nach § 288 Abs. 1 BGB.

4. Die Kläger haben des Weiteren einen Schadensersatzanspruch auf Zahlung geltend gemachter vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten gemäß Schreiben vom 04.08.2016 (Anlage K10, Anlagenband) nach einem Gegenstandswert von 42.840,-- € in Höhe von 2.095,35 € aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB bzw. § 823 Abs. 2 BGB iVm §§ 3 Abs. 2, 7 MaBV und § 632a Abs. 3 BGB aF.

Soweit die Beklagte zunächst eine Begleichung der Rechnung durch die Kläger bestritten hat, haben die Kläger mit Schriftsatz vom 19.03.2018 einen Überweisungsbeleg vorgelegt, der eine entsprechende Überweisung der Kläger mit Wertstellung vom 02.11.2016 ausweist (Anlage BB4, Bl. 240 d.A.), deren Richtigkeit von der Beklagten anschließend nicht mehr bestritten worden ist.

5. Soweit die Kläger außerdem beantragen festzustellen, dass sie das Gemeinschaftseigentum nicht abgenommen haben, ist auch diesbezüglich die Berufung begründet, da sie - anders als das Landgericht meint - auch einen Anspruch auf Feststellung haben, dass sie das Gemeinschaftseigentum der Eigentumswohnanlage S..... 48 in H1- S1 nicht abgenommen haben.

a) Der - negative - Feststellungsantrag ist zunächst zulässig.

Nach dem ausdrücklichen schriftsätzlichen Parteivorbringen beinhaltet der Feststellungsantrag nicht nur die Klärung der Frage, ob bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht die Abnahmewirkungen aufgrund der Erklärung einer ausdrücklichen Abnahme eingetreten sind, sondern - über den Wortlaut des Antrags hinaus - auch, ob sie deshalb eingetreten sind, weil eine der Abnahme gleichstehende Konstellation zu bejahen ist (vgl. zu einer entsprechenden Auslegung von Parteivortrag: BGH, Urteil v. 09.05.2019 - VII ZR 154/18).

Der so verstandene Feststellungsantrag bezieht sich auch auf ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis gem. § 256 Abs. 1 ZPO. Die Abnahme begründet zwar kein eigenständiges Rechtsverhältnis; sie führt jedoch zu wesentlichen Änderungen in den Rechtsbeziehungen der Parteien eines Werkvertrags und wirkt damit grundlegend auf das zugrundeliegende Rechtsverhältnis ein (vgl. dazu ausführlich BGH, Urteil v. 09.05.2019 - VII ZR 154/18 m.w.N.).

Es besteht auch ein rechtliches Interesse der Kläger an der Feststellung, dass keine Abnahmewirkungen eingetreten sind. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist ein schutzwürdiges rechtliches Interesse an einer alsbaldigen Feststellung zu bejahen, wenn einem subjektiven Recht der Kläger eine gegenwärtige Gefahr der Ungewissheit droht und das erstrebte Urteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen. Eine solche Gefahr ist im Rahmen einer negativen Feststellungsklage jedenfalls dann zu bejahen, wenn sich die Beklagte eines Anspruchs gegen die Kläger berührt (st. Rspr., vgl. BGH, Urteil v. 09.05.2019 - VII ZR 154/18 m.w.N.).

Das ist hier der Fall. Die Beklagte hat im Rechtsstreit durchgängig die Auffassung vertreten, die Kläger seien aufgrund der eingetretenen Abnahmereife des Gemeinschaftseigentums verpflichtet, die Abnahme zu erklären, sie hätten die Abnahme zu Unrecht verweigert mit der Folge, dass die Abnahmewirkungen eingetreten seien.

b) Der Feststellungsantrag ist auch begründet, da hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums keine Abnahmereife vorliegt (s. oben).

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO. Wegen der wirtschaftlichen Identität des Hauptantrags auf Rückzahlung der 25.200,-- € und des Hilfsantrags auf entsprechende Sicherheitengestellung wurde keine Unterliegensquote zu Lasten der Kläger ausgeworfen.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision war hinsichtlich der Verurteilung der Beklagten zur Stellung einer Sicherheit in Höhe von 25.200,-- € zuzulassen, da die Frage, ob das Recht der Kläger auf eine Sicherheit gem. § 632a Abs. 3 BGB aF lediglich vor Zahlung im Rahmen eines (passiven) Zurückbehaltungsrechts geltend gemacht werden kann oder ob es - wie hier entschieden - auch darin bestehen kann, dass nach Zahlung aufgrund einer unwirksamen AGB-Klausel der rechtsgrundlos gezahlte Betrag (aktiv) durch Verlangen einer Rückzahlung eingefordert werden kann, ist höchstrichterlich noch nicht entschieden und gem. § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB von grundsätzlicher Bedeutung. § 632a Abs. 3 BGB aF ist im Wesentlichen unverändert in § 650 m BGB übergegangen.

Die Festsetzung des Gegenstandswertes für das Berufungsverfahren basiert auf den §§ 47, 48 GKG, 3 ZPO. Für den Hilfsantrag wurde wegen der wirtschaftlichen Identität kein eigener Streitwert angesetzt.