

KG

Urteil

vom 04.10.2017

21 U 79/17

BGB §§ 280, 286, 320, 632a, 641 Abs. 3; ZPO §§ 935 ff.

1. Es besteht ein Grund zum Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen einen Bauträger, die bezugsfertig hergestellte Wohneinheit dem Erwerber zu übergeben, wenn auch unter den eingeschränkten Erkenntnismöglichkeiten des einstweiligen Rechtsschutzes zuverlässig feststellbar ist, dass nach dem materiellen Recht ein dahingehender Anspruch des Erwerbers einredefrei besteht und der Bauträger die Erfüllung unberechtigt verweigert hat.)*

2. Ein Verfügungsgrund besteht auch dann, wenn der Erwerber von dem bei Bezugsfertigkeit vertraglich geschuldeten Zahlungsstand Abzüge vorgenommen hat, solange sich die Berechtigung dieser Abzüge im einstweiligen Rechtsschutz zuverlässig klären lässt.)*

3. Die Weigerung des Bauträgers, die Wohneinheit zu übergeben, ist berechtigt, wenn der Erwerber von seinen Zug um Zug geschuldeten Zahlungen Abzüge vornimmt, die nicht nur geringfügig überhöht sind (§ 320 Abs. 2 BGB).)*

KG, Urteil vom 04.10.2017 - 21 U 79/17

vorhergehend:

LG Berlin, 19.06.2017 - 19 O 189/17

In dem einstweiligen Verfügungsverfahren

.....

hat der 21. Zivilsenat des Kammergerichts in Berlin-Schöneberg, Eißholzstraße 30-33, 10781 Berlin, auf die mündliche Verhandlung vom 04.10.2017 durch den Vorsitzenden Richter am Kammergericht Retzlaff, die Richterin am Amtsgericht Lemmel und den Richter am Kammergericht Schmidt

für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung der Verfügungsbeklagten und die Anschlussberufung der Verfügungskläger wird das Urteil des Landgerichts vom 19. Juni 2017 in seiner Ziff. 1 wie folgt geändert:

Die Verfügungsbeklagte wird einstweilen verpflichtet, den Verfügungsklägern Zug um Zug gegen Zahlung von weiteren 5.000,- Euro sämtliche Haus-, Keller- und Briefkastenschlüssel herauszugeben, die zu der folgenden Wohneinheit gehören:

Gebäude- und Freifläche A## , # , # , ## , Haus # , Wohnung Nr. 15 (2. Obergeschoss/Dachgeschoss links).

2. Im Übrigen werden Berufung und Anschlussberufung zurückgewiesen.

3. Die Kosten des Berufungsverfahrens haben die Kläger jeweils zu 1/6, die Beklagte zu 2/3 zu tragen. Für die erste Instanz verbleibt es bei der Kostenentscheidung im Urteil des Landgerichts.

4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Wesentlicher Inhalt der Gründe:

I.

Mit notariellem Vertrag vom 12. Dezember 2014 (Anlage EV 1) verpflichtete sich die Verfügungsbeklagte (im Folgenden: Beklagte) gegenüber den Verfügungsklägern (im Folgenden: Klägern), ihnen einen Miteigentumsanteil von 746/10.000 an den näher bezeichneten Grundstücken A### # , # , # , ## , verbunden mit Sondereigentum an der Wohnung Nr. 15 des Aufteilungsplans (im Folgenden: Wohnung Nr. 15) zu verschaffen und die aus dem Aufteilungsplan ersichtliche Wohnanlage, insbesondere die Wohnung Nr. 15, zu errichten (im Folgenden: Bauträgervertrag). Die Parteien vereinbarten einen Kaufpreis von 649.087,- Euro, der nach § 5.4 des Bauträgervertrages wie folgt fällig werden sollte:

- 58 % nach Beginn der Erdarbeiten und nach Rohbaufertigstellung einschließlich Zimmerarbeiten (= erste Rate),
- 38,5 % nach Herstellung (...) der Bezugsfertigkeit Zug um Zug gegen Besitzübergabe (= zweite Rate),
- 3,5 % nach vollständiger Fertigstellung (= Schlussrate).

Gemäß § 3.5 des Bauträgervertrages war die Wohnung spätestens bis zum 30. April 2016 bezugsfertig herzustellen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Vertrag (Anlage EV 1) verwiesen.

Die Kläger zahlten die erste Rate vollständig. Die Beklagte bot ihnen die Wohnung erst Ende April 2017 zur Abnahme an. Ein Abnahmetermin am 27. April 2017 verlief streitig. Im Endergebnis erklärten die Kläger auf einem einseitig erstellten Protokoll die Abnahme unter Vorbehalt zahlreicher Mängel. Im Anschluss an diesen Termin erklärte die Mitarbeiterin D## der Beklagten, dass die Kläger nur dann einen Schlüssel für die Wohnung erhielten, wenn 96,5 % des Kaufpreises - also erste und zweite Rate - und eine gesonderte Rechnung für diverse Sonderwünsche voll bezahlt seien (Anlage EV 11). Die Kläger waren demgegenüber zur Zahlung der zweiten Rate nur abzüglich der folgenden Teilbeträge bereit:

- Fertigstellungssicherheit: 32.454,35 Euro (= 5 % des Kaufpreises)
- Kosten der Beseitigung von Mängeln an der Wohnung: 65.172,14 Euro (doppelter Betrag der angeblichen voraussichtlichen Beseitigungskosten)
- Kosten der Fertigstellung der Terrasse: 35.080,76 Euro
- Miete einer Ersatzwohnung von Mai 2016 bis April 2017: 10.710,- Euro
- Bereitstellungszinsen von Mai 2016 bis April 2017: 8.324,35 Euro

Wegen der Einzelheiten wird auf den Schriftsatz der Klägervertreterin vom 18. Mai 2017 (S. 5 ff) verwiesen.

Aufgrund dieser Ansicht zahlten die Kläger einen Teilbetrag von 143.307,75 Euro der zweiten Rate nicht. Die Beklagte übergab ihnen daraufhin die Wohnung nicht.

Die Kläger haben daraufhin vor dem Landgericht Berlin beantragt, die Beklagte im Wege einer einstweiligen Verfügung zu verpflichten, ihnen die "zu der Wohnung Nr. 15 gehörenden Schlüssel" herauszugeben. Mit Urteil vom 19. Juni 2017 hat das Landgericht die beantragte einstweilige Verfügung erlassen, allerdings nur Zug um Zug gegen Zahlung weiterer 85.819,05 Euro.

In den Urteilsgründen hat das Landgericht einen Anspruch und einen Grund für die von den Klägern begehrte Herausgabeverfügung bejaht Zug um Zug gegen Zahlung der zweiten Rate. Es hat die Kläger nur zum Einbehalt der folgenden Teilbeträge als berechtigt angesehen:

- Verzugsschaden 19.034,35 Euro
- Fertigstellungssicherheit 32.454,35 Euro
- Mängeleinbehalt 6.000,00 Euro
- Einbehalt gesamt: 57.488,70 Euro

Nach Erlass des Urteils zahlten die Kläger den vom Landgericht ausgewiesenen Betrag von 85.819,05 Euro an die Beklagte und ließen sich im Wege der Zwangsvollstreckung durch eine Gerichtsvollzieherin in die Wohnung Nr. 15 einweisen. Nach Austausch der Schlösser der Wohnungstür verfügen sie mittlerweile über Wohnungsschlüssel, allerdings hat ihnen die Beklagte bis heute keine Schlüssel für Haustür, Keller und Briefkasten übergeben.

Die Beklagte wendet sich mit der Berufung gegen das Urteil des Landgerichts vom 19. Juni 2016. Zur Begründung verweist sie insbesondere darauf, dass die Entscheidung des Landgerichts in unzulässiger Weise die Hauptsache vorwegnehme.

Die Beklagte beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts den Antrag der Kläger auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

Die Kläger beantragen,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Im Wege der Anschlussberufung beantragen sie im Wesentlichen,

1. die Beklagte auch zur Übergabe von Haus-, Keller- und Briefkastenschlüssel zu verpflichten sowie
2. die Beklagte zu verpflichten, den Klägern für die zwischenzeitlich auf die zweite Rate geleistete Zahlung von 85.819,05 Euro eine Sicherheit in Höhe von 65.172,14 Euro zu stellen.

Die Beklagte beantragt,

die Anschlussberufung zurückzuweisen.

Von der weiteren Darstellung des Tatbestands wird gemäß §§ 540 Abs. 2, 313a Abs. 1 S. 1 ZPO abgesehen.

II.

Die Berufung der Beklagten und die Anschlussberufung der Kläger sind zulässig. Beide Rechtsmittel haben aber nur zu einem kleinen Teil Erfolg. Im Übrigen sind sie unbegründet.

1. Die Kläger haben einen Anspruch gegen die Beklagte auf Übergabe sämtlicher Wohnungstür-, Haustür-, Keller- und Briefkastenschlüssel, die zu der von ihnen gekauften

Wohnung Nr. 15 gehören. Nach § 3 des Bauträgervertrages, insbesondere § 3.1 und § 3.5 hat sich die Beklagte gegenüber den Klägern verpflichtet, die Wohnanlage insgesamt zu errichten und die Wohnung Nr. 15 bezugsfertig herzustellen. Daraus folgt, dass die Beklagte nach bezugsfertiger Herstellung auch zur Übergabe der Wohnung verpflichtet ist. Damit schuldet sie nach Bezugsfertigkeit auch die Übergabe aller zur Wohnung gehörenden Schlüssel an die Kläger, damit diese sich selbst den Besitz an der Wohnung verschaffen können.

Die Voraussetzung dieses Anspruchs ist hier erfüllt, denn die Beklagte hat die Wohnung den Klägern als bezugsfertig angeboten und die Kläger haben sie, wenn auch unter Vorbehalt diverser Mängel, abgenommen.

2. Das Landgericht hat zutreffend entschieden, dass auch ein Grund besteht, die Beklagte im Wege der einstweiligen Verfügung zur Übergabe der Wohnung bzw. der dazugehörigen Schlüssel zu verpflichten.

Die Kläger begehren mit ihrem Antrag nicht nur die Sicherung eines Rechts oder Zustands, sondern eine Regelung, die den status quo zu ihren Gunsten einstweilen verbessert, indem sie in den Stand gesetzt werden, die Wohnung, die ihnen die Beklagte zu den angebotenen Zahlungen verweigern möchte, in Besitz zu nehmen und zu nutzen. Eine solche einstweilige Verfügung in Gestalt einer Regelungs- oder Leistungsverfügung - beide Rechtsinstitute unterscheiden sich nach Auffassung des Senats nur graduell - ist zulässig, wenn sie zur Abwendung wesentlicher Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint (§ 940 ZPO). Diese Voraussetzungen sind hier gegeben:

a) Die Kläger haben einen fälligen Anspruch gegen die Beklagte auf Herstellung einer Wohnung, die sie selbst bewohnen wollen, sodass dort der Mittelpunkt ihrer Lebensführung liegen soll. Mit der bezugsfertigen Herstellung dieser Wohnung befindet sich die Beklagte unstreitig mehr als ein Jahr in Verzug. Nachdem die Wohnung nun fertiggestellt ist, gibt es zunächst keinen Grund für die Beklagte, die Übergabe an die Erwerber zu verweigern. Natürlich ist zu beachten, dass die Beklagte die Übergabe der Wohnung nicht unbedingt schuldet, sondern nur Zug um Zug gegen Kaufpreiszahlung gemäß dem Bauträgervertrag. Dieser Umstand steht dem Erlass einer einstweiligen Verfügung über die Herausgabe der Wohnung aber nicht generell entgegen. Selbst wenn durch eine solche Entscheidung die Hauptsache teilweise "vorweggenommen" werden sollte, darf nicht aus dem Blick geraten, dass das von den Beklagten ins Feld geführte Verbot einer solchen Vorwegnahme der Hauptsache nicht absolut gilt. Eine wichtige Einschränkung liegt im Gebot effektiven Rechtsschutzes, das aufgrund seiner Herleitung aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art 20 Abs. 3 GG) Verfassungsrang hat (vgl. Vollkommer in: Zöller, ZPO, Kommentar, 31. Auflage, 2016, Einleitung, Rz 48 ff) und somit im Zweifel den Vorrang gegenüber dem angeblich so universellen Vorwegnahmeverbot genießt.

In diesem Sinne muss das Rechtsschutzanliegen eines Wohnungskäufers vorrangig sein, wenn und soweit bereits im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes festgestellt werden kann, dass der in Anspruch genommene Bauträger auch unter Berücksichtigung seiner Einrede aus § 320 BGB die Übergabe der Wohnung unberechtigt verweigert. Für den Erwerber stellt es eine erhebliche Beeinträchtigung dar, wenn ihm die bezugsreif hergestellte Wohnung nicht übergeben wird, denn seine Lebensplanung ist im Zweifel auf den Bezug zum vereinbarten Zeitpunkt ausgerichtet. Natürlich könnte er vorübergehend in eine andere Wohnung, eine Ferienwohnung oder ein Hotel ziehen. Dadurch entstehen aber zusätzliche Kosten, die mit zunehmendem Zeitablauf beträchtlich sein können, die finanziert werden müssen und für die der Erwerber am Ende der Streitigkeit mit dem Bauträger je nach dessen finanzieller Leistungsfähigkeit möglicherweise keinen Ersatz erhält. Auch die bei unberechtigter Verweigerung des Bauträgers vielleicht bestehende Möglichkeit, den Vertrag mit ihm zu kündigen oder von ihm zurückzutreten, ist aufgrund der finanziellen Auswirkungen eines solchen Schritts und des Aufwands, der durch die Beschaffung einer anderen (Eigentums-) Wohnung verursacht wird, kein adäquater Ausgleich für den Erwerber.

b) Aufgrund dieser Interessenlage gibt es keinen durchgreifenden Grund, dem Käufer eines Bauträgers den Erlass einer auf Übergabe der Wohnung gerichteten einstweiligen Verfügung zu verweigern, wenn auch unter den eingeschränkten Erkenntnismöglichkeiten des einstweiligen Rechtsschutzes zuverlässig feststellbar ist, dass nach dem materiellen Recht ein solcher Anspruch einredefrei gegen den Bauträger besteht.

Die Voraussetzung eines zuverlässig feststellbaren einredefreien Übergabeanspruchs ist nicht nur dann erfüllt, wenn der Erwerber dem Bauträger Zug um Zug gegen die Übergabe der Wohnung die Zahlung der vollständigen Bezugsfertighkeitsrate angeboten hat. Vielmehr ist es unschädlich, wenn der Erwerber von dieser Rate bzw. vom bei Bezugsfertigkeit geschuldeten Zahlungsstand Abzüge vornimmt, solange sich die Berechtigung dieser Abzüge im einstweiligen Rechtsschutz zweifelsfrei klären lässt.

Eine Bestimmung des Bauträgervertrages, wonach dem Erwerber gegenüber der Kaufpreisforderung nur die Aufrechnung mit unbestrittenen oder rechtskräftigen Gegenforderungen gestattet ist, ändert hieran nichts, solange es sich um eine allgemeine Geschäftsbedingung des Bauträgers handelt, denn dann ist diese Bestimmung unwirksam (BGH, Urteil vom 7. April 2011, VII ZR 209/07).

c) Aus diesen Überlegungen ergibt sich, dass im vorliegenden Fall ein Grund zum Erlass der begehrten einstweiligen Verfügung gegen die Beklagte besteht.

aa) Zunächst ist festzustellen, dass die Kläger materiell-rechtlich einen im einstweiligen Rechtsschutz unzweifelbar feststellbaren Anspruch auf Übergabe der Wohnung haben, sobald sie von der zweiten Rate, einen Teilbetrag von nicht mehr als 52.488,70 Euro einbehalten. Sie müssen also Zug um Zug gegen Übergabe 626.368,96 Euro (= 96,5 % des Gesamtpreises) - 52.488,70 Euro = 573.880,26 Euro an die Beklagte zahlen. Der Abzug von 52.488,70 Euro setzt sich wie folgt zusammen:

(1) Die Kläger sind bis zur vollständigen Fertigstellung des Bauvorhabens, also über die Bezugsfertigkeit ihrer Wohnung hinaus, zum Einbehalt eines Kaufpreisanzeils von 5 %, hier 32.454,35 Euro als Fertigstellungssicherheit gemäß § 632a Abs. 3 BGB berechtigt (vgl. von Rintelen in: Kniffka, online Kommentar zum Bauvertragsrecht, § 632a BGB, Rz 143 f; Weller NJW 2015, 1201; Basty DNotZ 2008, 895).

Durch § 5.4 c) des Bauträgervertrages wird dieses Recht nicht ausgeschlossen, insbesondere nicht in wirksamer Form. Die Beklagte hat den Einbehalt nicht durch eine andere Sicherheit abgelöst.

Der Einbehalt gemäß § 632a Abs. 3 BGB hat die Funktion, die Klägerin für künftige noch nicht bekannte Ansprüche oder Einwendungen gegen die Beklagte abzusichern. Um diese Funktion erfüllen zu können, sind die Kläger grundsätzlich berechtigt, wegen bereits bekannter Gegenrechte weitere Einbehalte von der zweiten Kaufpreisrate vorzunehmen, die kumulativ zur Fertigstellungssicherheit hinzukommen (vgl. hierzu sogleich (2) und (3)).

(2) Daneben sind die Kläger zum Einbehalt eines weiteren Betrages von 19.034,35 Euro wegen der verspäteten Fertigstellung der Wohnung berechtigt. Die Beklagte hat die Wohnung unstreitig erst rund ein Jahr nach Ablauf der verbindlichen Vertragsfrist, nämlich Ende April 2016 fertiggestellt. Dadurch ist den Klägern unstreitig ein Schaden von 10.710,- Euro für die Miete einer Wohnung und von weiteren 8.324,35 Euro für Bereitstellungszinsen entstanden. Jedenfalls im vorliegenden Verfahren lässt sich mithin ein Anspruch auf Ersatz eines Verzugsschadens aus §§ 280, 286 BGB von 10.710,- Euro + 8.324,35 Euro = 19.034,35 Euro unzweifelhaft feststellen, da er unstreitig geblieben ist. Nur hilfsweise ist anzumerken, dass sich die Kläger im Fall des Bestreitens der Schadenshöhe auf die Vertragsstrafe aus § 3.6 des Bauträgervertrages berufen könnten, deren Höhe nur geringfügig niedriger wäre.

Den Klägern ist die Aufrechnung mit dieser Gegenforderung nicht aufgrund von § 5.5 a.E. des Bauvertrages verwehrt, da es sich bei diesem Aufrechnungsverbot dem ersten Anschein nach um eine allgemeine Geschäftsbedingungen der Beklagten handelt, die unwirksam ist (vgl. oben b)).

(3) Schließlich lässt sich auch ein Einbehalt für Mängel an der Wohnung in Höhe von 1.000,- Euro zweifelsfrei feststellen.

Insoweit ist allerdings zu beachten: Wenn und soweit der Erwerber die Zahlung der Bezugfertigkeitrate unter Hinweis auf Mängel verweigert, ist der Erlass einer einstweiligen Verfügung zur Übergabe der Wohnung zweifelhaft. Da sich der Erwerber die Mängel in aller Regel bei der Abnahme vorbehalten hat, trägt der Bauvertrager die Beweislast für die Mangelfreiheit seiner Leistung. Dieser Nachweis ist im einstweiligen Rechtsschutz aber nur schwer zu führen. Nach Einschätzung des Senats stellt diese Beweislast in Kombination mit dem Umstand, dass der Bauvertrager bereits in einem Eilverfahren auf die Übergabe der von ihm hergestellten Wohnung in Anspruch genommen wird, im Regelfall eine unverhältnismäßige prozessuale Belastung für ihn dar. Deshalb kann eine Übergabeverfügung im Grundsatz nicht erlassen werden, wenn und soweit der Erwerber die Bezugfertigkeitrate unter Verweis auf Mängel einbehält. Besorgt der Erwerber, dass der ihm zugebilligte Einbehalt in Anbetracht angeblich bestehender Mängel zu gering ist, ist er in erster Linie auf die Fertigstellungssicherheit gemäß § 632a Abs. 3 BGB zu verweisen. Darüber hinaus kann es im Einzelfall ausnahmsweise in Betracht kommen, den Bauvertrager zu einer weiteren Sicherheit zu verpflichten. Ein solcher Ausnahmefall ist hier aber nicht erkennbar.

Da das Vorliegen und insbesondere die wirtschaftliche Bewertung der Mängel an der Wohnung der Kläger umstritten sind, besteht folglich - wie vom Landgericht zutreffend gesehen - kein Grund zum Erlass einer einstweiligen Verfügung, die den Klägern hierfür einen weiteren Einbehalt zubilligt. Etwas anderes gilt nur, soweit ein Mängleinbehalt unstreitig ist. In der ersten Instanz war dies in Höhe von Beseitigungskosten von 3.000,- Euro der Fall, in der zweiten Instanz hat die Beklagte unter Verweis auf zwischenzeitliche Nachbesserungen den unstreitigen Betrag auf 500,- Euro reduziert (zulässig gemäß § 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ZPO). Analog § 641 Abs. 3 BGB ergibt sich mithin ein unstreitiger Einbehalt von nunmehr 1.000,- Euro nach 6.000,- Euro in der ersten Instanz. Die Aufklärung, ob tatsächlich ein höherer Einbehalt berechtigt sein mag, ist im einstweiligen Rechtsschutz im Regelfall nicht angezeigt, da - wie dargelegt - Zweifelsfragen zu Lasten der Beklagten gelöst werden müssten, womit ihre vertragliche Rechtsposition im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes zu weit beeinträchtigt würde. Die Kläger sind insoweit auf ihre fünfprozentige Fertigstellungssicherheit zu verweisen.

(4) Soweit das Landgericht den Klägern einen um 6.000,- Euro - 1.000,- Euro = 5.000,- Euro höheren Einbehalt zugebilligt hat - vor dem Hintergrund des Parteivortrags in der ersten Instanz nur konsequent - ist die Entscheidung hinsichtlich der Gegenleistung der Kläger abzuändern.

bb) Der unter aa) dargelegte Befund, wonach den Klägern materiell-rechtlich einen Anspruch auf Übergabe der Wohnung Zug um Zug gegen Zahlung der Bezugfertigkeitrate abzüglich 52.488,70 Euro zusteht, ist zum Erlass einer entsprechenden einstweiligen Verfügung noch nicht ausreichend. Ein Verfügungsgrund besteht erst dann, wenn der Bauvertrager die Übergabe der Wohnung unberechtigt verweigert hat. Eine solche Verweigerung liegt erst dann vor, wenn der Bauvertrager zur Übergabe der Wohnung Zug um Zug gegen Zahlung der Bezugfertigkeitrate abzüglich der berechtigten Einbehalte der Erwerber nicht bereit war. Nehmen die Erwerber von ihrer fälligen Rate zu weitgehende Abzüge vor, ist der Bauvertrager zum Einbehalt der Wohnung berechtigt, sodass er ihre Übergabe nicht unberechtigt verweigert hat. Allerdings ist es unschädlich, wenn die vom Erwerber vorgenommenen Abzüge nur geringfügig überhöht sind (§ 320 Abs. 2 BGB).

Im vorliegenden Fall kann es durchaus sein, dass die Beklagte ursprünglich die Übergabe der Wohnung verweigern durfte, da die Kläger zu umfangreiche Einbehalte von der zweiten Rate

vorgenommen hatten. Dies kann aber dahinstehen. Zwar hatten die Kläger bei Beantragung der einstweiligen Verfügung nicht nur den seinerzeit (Mängelerhalt von noch 6.000,- Euro) berechtigten Betrag von 57.488,70 Euro einbehalten, sondern mehr als 143.000,- Euro. Das Landgericht hat die Beklagte dann aber mit Urteil vom 19. Juni 2017 zur Herausgabe Zug um Zug gegen Zahlung von 85.819,05 Euro verpflichtet, den Klägern also nur einen Einbehalt von 57.488,70 Euro zugebilligt. Nach Erlass des Urteils zahlten die Kläger die Bezugsfertigkeit bis auf diesen Einbehalt. Die Beklagte hingegen verweigert auch nach dieser weiteren Zahlung die Übergabe der Wohnung, wie ihre Berufungsbegründung und ihr Schriftsatz vom 29. September 2017 zeigen. Damit hat die Beklagte jedenfalls im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung in der zweiten Instanz die Übergabe der Wohnung trotz ausreichenden Zahlungsstands - also vertragswidrig - verweigert, sodass der Verfügungsgrund jedenfalls jetzt gegeben ist. Dies ist für die Bestätigung der vom Landgericht erlassenen einstweiligen Verfügung ausreichend.

Der Umstand, dass sich der Mängelerhalt der Kläger in der zweiten Instanz weiter reduziert und sich ihre Zahlungspflicht somit erhöht, ist insoweit ohne Relevanz, da dies auf die zwischenzeitlich erfolgten Nachbesserungsarbeiten der Beklagten zurückzuführen ist und es an dieser Stelle nur um einen verhältnismäßig geringen Teilbetrag geht (§ 320 Abs. 2 BGB).

d) Wegen der Sonderwünsche erhöht sich die im Rahmen der einstweiligen Verfügung Zug um Zug zu erbringende Zahlung der Kläger nicht weiter. Insoweit fehlt es an einer nachvollziehbaren Abrechnung der Beklagten.

e) Materiell-rechtlich ist die Beklagte also zur Übergabe der Wohnung Zug um Zug gegen Zahlung von 96,5 % des Kaufpreises (= 626.368,96 Euro) abzüglich 52.488,70 Euro, also gegen Zahlung von 573.880,26 Euro verpflichtet. Der Senat hat allerdings davon abgesehen, den Betrag von 573.880,26 Euro als Zug um Zug zu erbringende Gegenleistung zu tenorieren, da den Klägern dann im Vollstreckungsverfahren der durch öffentliche Urkunden zu erbringende Nachweis zufallen kann, den Betrag von 573.880,26 Euro an die Beklagte gezahlt zu haben (§ 756 Abs. 1 ZPO). Da es unstrittig ist, dass die Kläger den Zug um Zug zu zahlenden Betrag bis auf den Rest von 5.000,- Euro entrichtet haben, ist es zur Vermeidung künftiger Streitigkeiten (vgl. die Anlage zum Schriftsatz des Beklagtenvertreters vom 22. September 2017) sinnvoller, die Gegenleistung der Kläger als mit Zahlung "weiterer 5.000,- Euro" zu umschreiben. Maßgeblicher Stand ist dabei der Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Senat.

3. Der mit der einstweiligen Verfügung verfolgte Anspruch der Kläger ist schon deshalb nicht erfüllt, weil sie nicht alle zu ihrer Wohnung gehörenden Schlüssel (vgl. den Antrag im Schriftsatz der Kläger vom 18. Mai 2017, S. 2), nämlich insbesondere nicht Haustür-, Keller- und Briefkastenschlüssel erhalten haben.

4. Aus demselben Grund ist die einstweilige Verfügung auf die Anschlussberufung dahin klarzustellen, dass die Beklagte auch die Übergabe dieser weiteren Schlüssel schuldet.

Der darüber hinaus gehende Antrag Ziff. 1 der Anschlussberufung wird zurückgewiesen. Der Senat sieht keinen Anlass, die Beklagte außerdem zu den begehrten Erklärungen und Feststellungen im Hinblick auf eine Ersatzanfertigung dieser Schlüssel zu verpflichten (vgl. Antrag Ziff. 1 der Anschlussberufung, Schriftsatz Kläger vom 25. September 2017, S. 2). Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Schlüssel bei der Beklagten notfalls im Wege der Herausgabevollstreckung (§ 883 ZPO) erlangt werden können, wenn sie sie zur Vermeidung des andernfalls drohenden Schadensersatzes nicht freiwillig herausgibt. Der Fall, dass die Kläger wider Erwarten doch nicht an die Schlüssel kommen sollten, muss im gegenwärtigen Zeitpunkt nicht vorsorglich geregelt werden (§ 938 Abs. 1 ZPO).

5. Der Antrag Ziff. 2 der Anschlussberufung wird ebenfalls zurückgewiesen. Der Senat sieht keinen Anlass, sein Ermessen beim Erlass einer einstweiligen Verfügung (§ 938 Abs. 1 ZPO) dahin auszuüben, dass die Beklagte für den Teil der Bezugsfertigkeit, bei dem den Klägern

die Geltendmachung eines Mängelerhalts versagt worden ist, eine Sicherheit zu leisten hätte. Wegen des den Klägern insoweit verbleibenden Risikos sind sie jedenfalls im vorliegenden Fall auf ihre Fertigstellungssicherheit in Höhe von 5 % der Vergütungsforderung zu verweisen (vgl. oben Ziff. 2.c) aa) (3)).

6. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 100 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

verkündet am: 04.10.2017