

OLG Karlsruhe

Urteil

vom 24.10.2016

19 U 108/14

BGB §§ 311b, 314, 320, 433, 649; MaBV § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1

1. Im Bauträgerrecht beurteilt sich die Grundstücksübereignungspflicht nach Kaufvertragsrecht. Der Auflassungsanspruch des Erwerbers entsteht mit dem Abschluss eines wirksamen Bauträgervertrags, die Fälligkeit des Übereignungsanspruchs wird jedoch hinausgeschoben und von der Zahlung der geschuldeten Vergütung abhängig gemacht.

2. Voraussetzung der Auflassung ist die Bezahlung der geschuldeten Vergütung durch den Erwerber. Diese muss nicht mit der im Vertrag vereinbarten Vergütung identisch sein, sie kann infolge von Minderungen oder Aufrechnungen geringer, aber aufgrund wirksamer Sonderwunschvereinbarungen auch höher sein.

3. Eine Klauseln in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Bauträgers, wonach weitere Voraussetzung für dessen Verpflichtung zur Erklärung der Auflassung die Abnahme des Sonder- und Gemeinschaftseigentums ist, ist unwirksam.

4. Der Erwerber kann den die Errichtung des Baus betreffenden Teil eines Bauträgervertrags grundsätzlich nicht "frei", sondern nur aus wichtigem Grund kündigen.

OLG Karlsruhe, Urteil vom 24.10.2016 - 19 U 108/14

vorhergehend:

LG Karlsruhe, 13.06.2014 - 6 O 109/13

nachfolgend:

BGH, Beschluss vom 15.03.2017 - VII ZR 296/16 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgenommen)

In dem Rechtsstreit

(...)

wegen Forderung

hat das Oberlandesgericht Karlsruhe - 19. Zivilsenat - durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht ..., die Richterin am Oberlandesgericht ... und die Richterin am Oberlandesgericht ... auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 04.10.2016

für Recht erkannt:

I. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Karlsruhe vom 13.06.2014, 6 O 109/13, im Kostenpunkt aufgehoben und im Übrigen wie folgt abgeändert:

1. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin die Wohneinheit Nr. 4 in der Wohnanlage S Wohnungsgrundbuch von K, Blatt 80140, und die Wohneinheit Nr. 5 in der nämlichen Anlage,

Wohnungsgrundbuch von K, Blatt 80141, aufzulassen und den Notar J, Amtssitz K, anzuweisen, den Vollzug der Eigentumsumschreibung auf die Berufungsklägerin im Wohnungsgrundbuch Nr. 80140 und Nr. 80141 beim Grundbuchamt der Stadt K zu beantragen.

2. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin EUR 2.237,56 nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 02.04.2013 zu zahlen.

II. Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte ist befugt, die Vollstreckung aus Ziff. I. 1. des Urteils gegen Sicherheitsleistung in Höhe von EUR 265.000,00 bzgl. Wohnung Nr. 4 und EUR 305.000,00 bzgl. Wohnung Nr. 5 abzuwenden, im Übrigen gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages, sofern nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von EUR 28.000,00 (bei Vollstreckung aus Ziff. I. 1. bzgl. Wohnung Nr. 4) bzw. EUR 54.000,00 (bei Vollstreckung aus Ziff. I. 1. bzgl. Wohnung Nr. 5) bzw. 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages (bei Vollstreckung im Übrigen) leistet.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klägerin begehrt von dem Beklagten die Auflassung des Eigentums an zwei Wohnungen.

Das Landgericht hat durch Urteil vom 13.06.2014, 6 O 109/13, die Klage abgewiesen. Wegen der tatsächlichen Feststellungen, des streitigen Parteivorbringens und der erstinstanzlich gestellten Anträge im Einzelnen wird auf das von der Klägerin mit der Berufung angegriffene Urteil des Landgerichts Bezug genommen.

Die Klägerin wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen.

In verfahrensrechtlicher Sicht verstoße das Urteil gegen das Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG). Der Einzelrichter des Ausgangsverfahrens habe das Verfahren der Kammer zur Entscheidung vorlegen müssen. Die Sache habe grundsätzliche Bedeutung, da eine Entscheidung im vorliegenden Verfahren und den beiden Parallelverfahren, das die beiden anderen Käuferinnen von Wohnungen im Anwesen S betreffe, zwingend einheitlich ergehen müsse. Alle Klägerinnen hätten wegen absolut identischer Mängel des Gemeinschaftseigentums und nicht erbrachter Restleistungen die Kündigung des Bauträgervertrages erklärt und Auflassungsklage erhoben. Die Frage, ob die Kündigung eines Bauträgervertrages wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums wirksam sei, müsse zwingend für alle Erwerber einheitlich beantwortet werden. Wenn die unterlassene Vorlage wie im vorliegenden Fall willkürlich sei, könne dies in einschränkender Auslegung von § 348 Abs. 4 ZPO auch im Rahmen des Rechtsmittels gerügt werden. Dies gebiete eine Zurückverweisung des Verfahrens.

Inhaltlich sei das angefochtene Urteil noch zutreffend, soweit es von dem Vorliegen eines wichtigen Grundes, der zur Kündigung berechtige, ausgehe. Das Landgericht sei auch zutreffend davon ausgegangen, dass die Frist gemäß § 314 Abs. 3 BGB analog eingehalten worden sei. Nach der Einstellung der Arbeiten durch den Beklagten habe ein Beschluss der WEG herbeigeführt werden müssen, zudem sei weitere Korrespondenz geführt worden, da eine

Einigung nicht ausgeschlossen erschienen sei. Schließlich sei nochmals Frist zur Fertigstellung bis 15.11.2012 gesetzt worden. Zudem sei in der zweiten Novemberhälfte nochmals versucht worden, einen Gesprächstermin zu vereinbaren. Dieser sei zwar nicht zustande gekommen, der Beklagte habe jedoch Ende November 2012 sämtliche Rechnungen - wenn auch nicht prüfbar und teilweise auch offensichtlich weit überhöht - an die Klägerin übersandt. Die Kündigung am 03.12.2012 sei dann mit der Stellungnahme zu diesen Rechnungen verbunden worden. Das Landgericht habe jedoch sodann die Wirksamkeit der Kündigung zu Unrecht verneint, da diese nach Abnahme nicht mehr möglich sei. Zum einen seien die Wohnung Nr. 4 und das Gemeinschaftseigentum unstreitig noch nicht abgenommen, nach Auffassung der Klägerin auch die Wohnung Nr. 5 noch nicht. Zum anderen gebe es keinen allgemeinen Grundsatz, dass nach Abnahme einer Werkleistung eine Kündigung nicht mehr möglich sei. Jedenfalls wenn - wie hier - ganz erhebliche Teile der geschuldeten Arbeiten fehlten und gravierende Mängel vorhanden seien, müsse eine Kündigung des Werkvertrages noch möglich sein, zumal im notariellen Vertrag das Recht zur Selbstvornahme ausgeschlossen sei. Der Erwerber würde dann im Ergebnis rechtlos gestellt.

Die Kündigung sei entgegen der Auffassung des Landgerichts auch nicht zu unbestimmt. Aus der gewählten Formulierung ergebe sich klar, dass eine Gesamtkündigung der Bauleistungen vorgenommen worden sei. Im Übrigen sei auch eine Teilkündigung im Anwendungsbereich des BGB ohne weiteres zulässig. Für eine Umdeutung gemäß § 140 BGB sei daher kein Bedarf und kein Raum, zumal durch die landgerichtliche Auslegung die ursprünglich wirksame Kündigung erst unwirksam geworden sei.

Das Landgericht sei auch zu Unrecht davon ausgegangen, dass eine Kündigung aus wichtigem Grund in zeitlicher Hinsicht nicht mehr möglich sei. Zum einen sei das Sondereigentum an den Wohnungen Nr. 3 und 5 tatsächlich nicht abgenommen worden. Das als solches bezeichnete "Abnahmeprotokoll" liste eine erhebliche Zahl von Einzelmängeln auf. Im Übrigen beziehe es sich tatsächlich auch nur auf die Wohnung der Klägerin im Hinterhaus, nicht auf die Wohnung Nr. 4 und das Gemeinschaftseigentum. Eine Differenzierung der "Teilkündigung" zwischen abgenommenen und nicht abgenommenen Teilen der Werkleistung habe nicht erfolgen müssen, da sich die Kündigung aufgrund ihrer ex-nunc-Wirkung stets nur auf noch nicht erbrachte, nicht abgenommene Werkleistungen beziehe. Hätte eine solche Differenzierung erfolgen müssen, wäre im Übrigen eine Auslegung und Umdeutung durch das Gericht dahingehend erforderlich gewesen, dass diese sich nur auf alle noch ausstehenden, nicht abgenommenen Werkleistungen beziehe. Dass die Klägerin die Abnahme bestritten habe, stehe entgegen der Annahme des Landgerichts einer Umdeutung nicht entgegen.

Das zwischenzeitlich vorliegende Gutachten des Sachverständigen R im selbständigen Beweisverfahren bestätige im Übrigen die Bedeutung und die Vielzahl der noch offenen Restarbeiten und vorhandenen Mängel. Unzutreffend sei die Behauptung des Beklagten, die vom Sachverständigen ermittelten Kosten umfassten in erheblichem Umfang die Herstellung von Leistungen, die er nach dem notariellen Bauträgervertrag nicht schulde. Die Klägerin habe danach nur einen Teil des Kaufpreises noch nicht bezahlt, der etwa den Kosten für die Mängelbeseitigung und die Ausführung der Restarbeiten entspreche. Die zu erwartenden Kosten seien tatsächlich höher als vom Sachverständigen angenommen. Dieser gehe selbst von einer vorsichtigen Schätzung aus. Nach den Beratungen der Klägerinnen aller drei Verfahren durch einen externen Architekten lägen die Kosten teilweise über dem Doppelten der geschätzten Kosten.

Im Übrigen sei ein Restbetrag von 5% des Kaufpreises erst fällig, wenn der Verkäufer eine Bankbürgschaft oder sonstige Sicherheit vorgelegt habe.

Zudem sei der Klägerin ein Mietausfallschaden i. H. v. EUR 34.284,00 bis einschließlich Januar 2016 entstanden, da die Wohnungen nicht zu dem vereinbarten Termin fertig gestellt worden seien und daher die Wohnung Nr. 4 ab dem 15.09.2012 nicht, ab 01.11.2014 nur unter Abzug eines Minderungsbetrages, die Wohnung Nr. 5 zwar ab September 2012, jedoch auch nur unter Abzügen habe vermietet werden können.

Die Klägerin beantragt:

1. Das Urteil des Landgerichts Karlsruhe vom 13.06.2014, 6 O 109/13, wird aufgehoben und der Berufungsbeklagte verurteilt, an die Berufungsklägerin die Wohneinheit Nr. 4 in der Wohnanlage S Wohnungsgrundbuch von K, Blatt 80140, und die Wohneinheit Nr. 5 in der nämlichen Anlage, Wohnungsgrundbuch von K, Blatt 80141, aufzulassen und den Notar J, Amtssitz K, anzuweisen, den Vollzug der Eigentumsumschreibung auf die Berufungsklägerin im Wohnungsgrundbuch Nr. 80140 und Nr. 80141 beim Grundbuchamt der Stadt K zu beantragen.

2. Der Berufungsbeklagte wird verurteilt, an die Berufungsklägerin die Nebenforderung in Höhe von EUR 2.237,56 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Beklagte verteidigt die angefochtene Entscheidung.

Soweit die Klägerin in tatsächlicher Hinsicht unter Hinweis auf das Sachverständigengutachten auf Fertigstellungskosten von ca. EUR 140.000,00 verweise, betreffe ein erheblicher Teil hiervon die Herstellung von Leistungen, deren Erbringung nach dem Bauträgervertrag nicht geschuldet gewesen sei. Der Beklagte habe zudem ausdrücklich mit Schreiben vom 10.10.2014 die Fertigstellung und Mangelbeseitigung angeboten und sei auch weiterhin hierzu bereit, soweit er die Mängel im selbständigen Beweisverfahren anerkannt habe.

Ein Verstoß gegen Art. 101 GG liege nicht vor, zumal zwischenzeitlich alle Verfahren erstinstanzlich im Ergebnis einheitlich entschieden seien.

Das Landgericht gehe zunächst unzutreffend davon aus, dass die Klägerin einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung gehabt habe. Der Beklagte sei entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht verpflichtet gewesen, die ihm zustehenden Nachtragsforderungen vor Einstellung der Arbeiten prüfbar darzulegen, da die Klägerin und die weiteren Erwerberinnen die Bezahlung von Nachträgen ohnehin verweigerten und eine Abrechnung daher sinnlose Förmerei gewesen wäre. Erstinstanzlich habe er diese dann abgerechnet. Diese Nachträge seien noch im September 2012 miteinander diskutiert und von allen Klägerinnen kategorisch abgelehnt worden.

Zutreffend sei das Landgericht dann jedoch davon ausgegangen, dass die Kündigung der Klägerin im Ergebnis unwirksam sei. Die Kündigung sei bereits nicht hinreichend bestimmt, es sei ausdrücklich eine Teilkündigung ausgesprochen worden, ohne klarzustellen, auf welchen Teil sich diese beziehen solle, zumal zwischen den Parteien bis zum heutigen Tag streitig sei, in

welchem Umfang überhaupt Bauleistungen zu erbringen seien. Dass die Kündigung als Gesamtkündigung der Bauleistungen zu verstehen sein solle, sei fernliegend. Dass sie den Werkvertrag insgesamt habe kündigen wollen, könne nicht angenommen werden. Die Kündigung könne auch nicht umgedeutet werden. Sie sei im Übrigen auch in zeitlicher Hinsicht nicht mehr möglich gewesen. Es sei bereits die Kündigungsfrist nach § 314 Abs. 3 BGB analog nicht eingehalten worden, nachdem bereits im September 2012 der zur Kündigung berechtigte Sachverhalt zwischen den Parteien im Einzelnen diskutiert worden sei. Im Übrigen liege auch hinsichtlich Wohnung Nr. 4, die noch nicht formell abgenommen worden sei, Abnahmefähigkeit vor. Auch aus dem Gutachten im selbständigen Beweisverfahren ergebe sich, dass insofern am Sondereigentum allenfalls geringfügige Mängel festgestellt worden seien, die die Verweigerung einer Abnahme ausgeschlossen hätten. Die Klägerin sei im Übrigen durch die vertraglichen Regelungen nicht rechtlos gestellt. Sie könne auch auf Vornahme der Mangelbeseitigung klagen. Dass eine der beiden Wohnungen, die Gegenstand eines einheitlichen Vertrages gewesen seien, noch nicht abgenommen sei, ändere nichts an der Unwirksamkeit der Kündigung. Zum einen sei die Wohnung abnahmefähig, zum anderen könne die Wirksamkeit der Kündigung nur einheitlich beurteilt werden, so dass diese bereits dann unwirksam sei, wenn sie sich auf Teile des Vertrages beziehe, die nicht kündbar seien. Die bereits erfolgte Abnahme der Wohnung Nr. 5 stehe der Kündigung entgegen.

Die vor dem Senat anhängigen Verfahren betreffend das Anwesen S 6 (B ./ F, 19 U 108/14; U ./ F 19 U 109/14; L ./ F, 19 U 172/14) wurden zur gemeinsamen Verhandlung verbunden.

Die Akte des Landgerichts Karlsruhe, 9 OH 5/12, war beigezogen und Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

Wegen des Vorbringens der Parteien im Einzelnen wird auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die Berufung ist zulässig und begründet.

Auf eine unterbliebene Vorlage des Rechtsstreits zur Übernahme durch die Kammer kann ein Rechtsmittel nicht gestützt werden (§ 348 Abs. 4 ZPO). Eine Ausnahme hiervon ist im vorliegenden Fall nicht geboten. Die vorliegenden Verfahren waren insofern nicht zwingend einer einheitlichen Entscheidung zuzuführen, weil auch unterschiedliche Verfahren unterschiedlicher Wohnungseigentümer einen unterschiedlichen Verlauf hätten nehmen können. Der Umstand, dass zwei der Erwerberinnen jeweils zwei Wohnungen erwarben und die Prozesse im Wesentlichen zeitgleich geführt wurden, ändert daran nichts. Ein Fall notwendiger Streitgenossenschaft liegt nicht vor.

Die Klägerin hat einen Anspruch gegen den Beklagten aus dem zwischen den Parteien am 18.10.2011 geschlossenen Bauträgervertrag auf Übertragung des Eigentums an den Wohnungen Nr. 4 und Nr. 5 im Anwesen S.

1. Die Parteien schlossen am 18.10.2011 einen Bauträgervertrag über die Wohnungen Nr. 4 (DG; 19,65/100 Miteigentumsanteil) und Nr. 5 (Hinterhaus; 19,24/100 Miteigentumsanteil) in dem Anwesen S (Urkunde des Notars J, K, UR 1644/2011 S, Anl. 1, AH I 1); sie vereinbarten einen Kaufpreis in Höhe von EUR 516.754,89 für beide Wohnungen (§ 5 Ziff. 1 des Vertrages). Zwischen den Parteien ist unstrittig, dass hieraus EUR 240.190,74 auf die Wohnung Nr. 4

(einschließlich Stellplatz Nr. 3 und im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits vereinbarten Sonderwünschen i. H. v. EUR 2.690,74) und EUR 276.564,15 auf die Wohnung Nr. 5 (einschließlich zwei Stellplätzen und Sonderwünschen i. H. v. EUR 7.064,15) entfallen sollten.

Die Klägerin hat hierauf unstreitig EUR 411.551,40 (EUR 199.598,50 für Wohnung Nr. 4, EUR 211.952,90 für Wohnung Nr. 5) bezahlt.

2. Die Grundstücksübereignungspflicht beurteilt sich nach Kaufvertragsrecht (§ 433 Abs. 1 BGB). Der Auflassungsanspruch des Erwerbers entsteht grundsätzlich mit dem Abschluss eines wirksamen Bauträgervertrages, die Fälligkeit des Übereignungsanspruchs wird jedoch üblicherweise hinausgeschoben und von der Zahlung der geschuldeten Vergütung abhängig gemacht (vgl. BGH NJW 2006, 2773; Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, 5. Aufl., Rn. 434). Im vorliegenden Fall haben die Parteien in § 8 Ziff. 1 des Bauträgervertrages vereinbart, dass der Verkäufer dem Käufer das Eigentum am Kaufobjekt Zug um Zug gegen Zahlung der geschuldeten Vertragssumme zu verschaffen hat.

3. Voraussetzung der Auflassung ist mithin die Bezahlung der geschuldeten (so auch § 8 Ziff. 1 des Bauträgervertrages zwischen den Parteien) Vergütung durch den Erwerber. Diese muss nicht mit der im Vertrag vereinbarten Vergütung identisch sein, sie kann infolge von Minderungen oder Aufrechnungen geringer, aber aufgrund wirksamer Sonderwunschvereinbarungen auch höher sein (vgl. Pause, a. a. O., Rn. 436). Dagegen ist die Vereinbarung unter § 8 Ziff. 2 des Vertrages gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam, soweit darin als weitere Voraussetzung für die Verpflichtung des Beklagten zur Erklärung der Auflassung die Abnahme des Sonder- und Gemeinschaftseigentums aufgeführt wird. Die Erklärung der Abnahme ist vom Erwerber erst und nur dann geschuldet, wenn die Bauleistung vollständig fertig gestellt und frei von wesentlichen Mängeln ist. Der Erwerber wird deshalb unangemessen benachteiligt, wenn der Bauträger die Auflassung trotz Zahlung der geschuldeten Vergütung verweigern dürfte, weil die Abnahme wegen von ihm noch nicht oder nicht ordnungsgemäß erbrachter Leistungen verweigert wird und werden darf (vgl. Pause, a. a. O., Rn. 436; für Unwirksamkeit auch Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 11. Teil Rn. 139; vgl. auch OLG Nürnberg BauR 2002, 106: einschränkende Auslegung dahingehend, dass jedenfalls nach Zahlung des vollständigen Kaufpreises die Auflassung nur dann verweigert werden kann, wenn das Gewerk abnahmefähig ist).

Ungeachtet dessen hat jedenfalls die Abnahme des Sondereigentums an der Wohnung Nr. 5 (Hinterhaus) am 28.08.2012 stattgefunden (vgl. unterschriebenes Abnahmeprotokoll vom 28.08.2012, Anl. 6, AH I 87). Das Sondereigentum an der Wohnung Nr. 4 und das Gemeinschaftseigentum wurden hingegen unstreitig nicht abgenommen.

4. Allerdings kann der Beklagte, da von der Klägerin bereits eine teilweise Leistung erfolgt ist, selbst dann, wenn die Klägerin den geschuldeten Kaufpreis noch nicht vollständig bezahlt hat, gemäß § 320 Abs. 2 BGB die Auflassung nicht verweigern, wenn diese Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teils, gegen Treu und Glauben verstoßen würde (vgl. BGHZ 148, 85; vgl. insgesamt Staudinger/Schwarze, BGB (2015), § 320 Rn. 50ff.; Kniffka/Koebler, a. a. O., 11. Teil, Rn. 138).

Dies ist vorliegend der Fall. Die von der Klägerin dem Beklagten geschuldete Leistung aus dem Bauträgervertrag beläuft sich noch auf höchstens EUR 48.290,04, gegen diese Forderung kann die Klägerin jedoch mit Gegenforderungen i. H. v. mindestens EUR 31.734,00 aufrechnen. Damit verbleibt allenfalls eine noch offene Forderung des Beklagten i. H. v. EUR 16.556,04. Dies entspricht 3,2% des vereinbarten Kaufpreises (zur Berechnung im Einzelnen s. u., a.). Der

Beklagte hat die - bereits vier Jahre zurück liegende - Kündigung durch die Klägerin schuldhaft verursacht (s. u., a. (3)) und diese und ihre beiden Miterwerberinnen (s. Verfahren vor dem Senat, 19 U 109/14 und 19 U 172/14) in die Situation gebracht, sich selbst unter Einsatz erheblicher Eigenmittel um die provisorische Sicherung, die Beweissicherung und die Fertigstellung des Anwesens einschließlich der Mangelbeseitigung kümmern zu müssen. Die endgültige Klärung der hierdurch entstandenen und künftig noch entstehenden Kosten steht noch aus. Das Interesse des Beklagten, seinen Anspruch auf die vollständige Gegenleistung durch Verweigerung der Auflassung durchzusetzen, ist daher erheblich geringer zu bewerten als das Interesse der Klägerin an der Auflassung. Dem Beklagten ist es angesichts der dargelegten Situation ohne weiteres zuzumuten, seinerseits auf Vergütung zu klagen, was angesichts der von ihm behaupteten, jedoch nicht notariell beurkundeten Sonderwünsche und den daraus nach Beklagtenvortrag resultierenden Forderungen voraussichtlich ohnehin erfolgen wird.

a. Die von der Klägerin aus dem Bauträgervertrag geschuldete Leistung beläuft sich für beide Wohnungen zusammen auf höchstens EUR 459.841,44.

(1) Der vereinbarte Kaufpreis für die Wohnungen Nr. 4 und Nr. 5 belief sich auf EUR 516.754,89. Davon entfiel auf Wohnung Nr. 4 nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien ein Erwerbspreis von EUR 240.190,74 (einschl. Stellplatz Nr. 3 und im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits vereinbarter Sonderwünsche i. H. v. EUR 2.690,74), auf die Wohnung Nr. 5 ein Erwerbspreis von EUR 276.564,15 (einschl. der Stellplätze Nr. 1 und 2 und im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits vereinbarter Sonderwünsche i. H. v. EUR 7.064,15).

(2) Durch nachträgliche Sonderwünsche hat sich der vertraglich geschuldete Preis nicht erhöht. Dabei kann offen bleiben, ob die von dem Beklagten behaupteten Sonderwünsche tatsächlich bereits von dem ursprünglichen Vertragsumfang umfasst waren. Denn jedenfalls hätte die Vereinbarung von Sonderwünschen, durch die es - wie im vorliegenden Fall - zu einer Änderung des Vertragsinhalts kam, der notariellen Beurkundung gemäß § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB bedurft (vgl. Basty, Der Bauträgervertrag, 7. Aufl., Rn. 959), die im vorliegenden Fall unstrittig nicht erfolgt ist. Zwar gilt etwas anderes, wenn die Auflassung bereits erklärt ist (vgl. Basty, a. a. O., Rn. 958). Dies war vorliegend jedoch nicht der Fall. Vielmehr enthält der Bauträgervertrag unter § 11 Ziff. 2 (AH I 33) folgenden

"Hinweis des Notars:

- Änderungen, Zusätze und Nebenabreden zu diesem Vertrag müssen regelmäßig gemäß § 311b BGB notariell beurkundet werden. Das gilt auch für Sonderwunschvereinbarungen mit dem Verkäufer vor Erklärung der Auflassung"

Eine Heilung des Formmangels durch Auflassung (§ 311 Abs. 1 Satz 2 BGB), die im vorliegenden Verfahren erst begehrt wird, ist nicht eingetreten. Bis zu einer wirksamen Vereinbarung steht bereits § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 MaBV der Entgegennahme der Vergütung entgegen (vgl. Basty, a. a. O., Rn. 945).

Forderungen aus nachträglichen Sonderwünschen hält der Beklagte im Übrigen im vorliegenden Verfahren dem geltend gemachten Anspruch auf Übereignung zuletzt auch nicht mehr entgegen.

(3) Der Bauträgervertrag betreffend die Wohnungen Nr. 4 und 5 wurde von der Klägerin wirksam gekündigt.

(a) Zwar kann ein Bauträgervertrag gegenüber dem vertragstreuen Bauträger nicht nach § 649

BGB gekündigt werden, da dieser grundsätzlich eine einheitliche Abwicklung des aus werk- und kaufvertraglichen Elementen bestehenden Vertrages gebietet (vgl. BGHZ 96, 275). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist jedoch dann geboten, wenn der Bauträger dem Erwerber einen wichtigen Grund zur Kündigung der Bauleistung gibt. Dann kann es geboten sein, dem Erwerber sowohl das Recht zur Kündigung zu gewähren als auch den Anspruch auf Übereignung des Grundstücks bzw. des Miteigentumsanteils daran zu belassen (vgl. BGH a. a. O.). Wann der Erwerber die Bauleistung aus wichtigem Grund kündigen kann und seinen Anspruch auf Übereignung des Grundstücks gleichwohl behält, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab und ist überwiegend vom Tatrichter zu entscheiden (vgl. BGH a. a. O.).

(b) Die Klägerin hatte im vorliegenden Fall einen wichtigen Grund, den Bauträgervertrag zu kündigen. Der Beklagte hat am 05.09.2012 unstrittig die Arbeiten eingestellt, ohne hierzu berechtigt zu sein. Einen wichtigen Grund, der die Kündigung rechtfertigt, stellt es dar, wenn die Umstände aus Sicht des Erwerbers den Schluss zulassen, dass der Bauträger seine Leistungspflichten nicht erfüllen wird (vgl. Kniffka/Koeble, a. a. O., 11. Teil. Rn. 158). Dies ist vorliegend der Fall. Soweit der Beklagte im Laufe des Prozesses in erster Instanz darauf abstellte, tatsächlich habe er jedenfalls noch bis Anfang Oktober Leistungen erbracht, so handelte es sich dabei ersichtlich um Notmaßnahmen an Heizung, Dach und Türen (vgl. B 4, 5, AH I 367ff.). Der Annahme einer Baueinstellung steht dies nicht entgegen. Der Beklagte hielt sich hierzu zu Unrecht für berechtigt, nachdem die Klägerin und die beiden anderen Erwerberinnen den Standpunkt vertreten hatten, auf von dem Beklagten zu diesem Zeitpunkt nur mündlich behauptete Forderungen wegen Sonderwünschen keine Zahlungen erbringen zu müssen (vgl. auch Schreiben des Beklagtenvertreters vom 06.09.2012, AH I 277). Dieser Standpunkt der Klägerin und der anderen Erwerberinnen war in der damaligen Situation zutreffend. Aus den unter (2) genannten Gründen war die Abrede über Sonderwünsche bereits formunwirksam, so dass ein Anspruch auf deren Zahlung nicht bestand. Ungeachtet dessen ist weder vorgetragen noch ersichtlich, dass eine etwaige Vergütung für Sonderwünsche zu diesem Zeitpunkt bereits fällig gewesen wäre. Die Fälligkeit der Vergütung für nach Vertragsschluss vereinbarte Sonderwünsche ist streitig, unproblematisch erscheint nur deren Fälligkeit und Zahlung mit der letzten Kaufpreisrate (vgl. Basty, a. a. O., Rn. 947). Im vorliegenden Fall erfolgte die mündliche Geltendmachung der Vergütung für behauptete Sonderwünsche jedoch weder zusammen mit der letzten Rate noch ist zu der Zuordnung zu einer früheren Rate vorgetragen noch ist eine Abnahme der behaupteten Sonderleistungen ersichtlich. Schließlich ergab sich auch nach den weitgehend unstrittigen Gesamtumständen des Gesprächs, das der Einstellung der Arbeiten vorausging, kein berechtigter Grund für den Beklagten, die Arbeiten einzustellen. Die Klägerin hat im Wesentlichen unbestritten vorgetragen, der Beklagte habe damals ein Suchtproblem gehabt und sich bei dem vorliegenden Bauvorhaben, seinem "Erstlingswerk", verkalkuliert. Er habe daher zu dem genannten Zeitpunkt dargelegt, dass die zu erwartenden Ausgaben den Verkaufspreis für alle fünf Wohnungen überstiegen (vgl. Aufstellung AH I 137ff.), dass auf seinem Kreditkonto der Kreditrahmen von EUR 1.250.000,00 fast vollständig ausgeschöpft sei (vgl. Kontoauszug vom 24.08.2012, AH I 147), er sich bereits von Verwandten und Freunden Privatdarlehen habe geben lassen (vgl. Darlehensverträge über insgesamt EUR 73.000,00, AH I 151ff.) und daher um Zahlung weiterer EUR 100.000,00 durch die Klägerin und die beiden Miterwerberinnen auf sein Firmenkonto bitte. Bei dem genannten Firmenkonto handelte es sich, wie den Angaben des Beklagten in der mündlichen Verhandlung vom 13.11.2013 (AS I 391) zu entnehmen ist, ausdrücklich nicht um das im Bauträgervertrag genannte Bausonderkonto (Sparkasse E, Kto. Nr. 108146382), obwohl der Beklagte seine Ansprüche an die Sparkasse E abgetreten hatte und ausweislich des Bauträgervertrages nur auf dieses Konto schuldbefreiend geleistet werden konnte (§ 6 Ziff. 1 und 2, AH I 21). Im Übrigen fordert z. B. auch die Rechnung des Beklagten für Zusatzleistungen vom 28.09.2012 Zahlungen auf ein Konto (Sparkasse K, Kto. Nr. 108121104; AH I 223), das nach den Angaben des

Beklagten dasjenige war, von dem die Handwerker gezahlt wurden (AS I 391), jedoch ebenfalls nicht das Baukonto laut Bauträgervertrag. Die Klägerin hat zu der Unterredung mit dem Beklagten erstinstanzlich nachvollziehbar ausgeführt, sie hätten die Zahlung "on top" zum vertraglich vereinbarten Preis leisten sollen, der Beklagte habe davon wenigstens seine Angehörigen auszahlen wollen (AH I 399). Bei einer zusätzlichen Vergütung infolge des Sonderwunsches wird diese jedoch ebenfalls von der Abtretung der Bauträgervergütung an die finanzierende Bank erfasst, so dass - da die Abtretung offen gelegt war (§ 6 Nr. 1 des Vertrages) - schuldbefreiend nur an die Zessionarin geleistet werden kann (vgl. Pause, a. a. O., Rn. 532). Auch aus diesem Grund - Forderung einer nicht schuldbefreienden Leistung - waren die Klägerin und ihre Miterwerberinnen berechtigt, die Zahlung etwaiger Zusatzvergütungen für Sonderwünsche zu verweigern, ohne dass dies dem Beklagten das Recht gab, seine Leistungen einzustellen.

(c) Soweit man entsprechend § 314 Abs. 2 BGB vor einer außerordentlichen Kündigung eine Fristsetzung oder Abmahnung für erforderlich hält, sind diese Voraussetzungen erfüllt. Die Klägerin hatte vor Ausspruch der Kündigung den Beklagten, obwohl die von diesem angekündigten Fertigstellungstermine bereits überschritten waren und der Beklagte die Arbeiten eingestellt hatte, mit Schreiben vom 13.09.2012 unter Fristsetzungen zum 26.09.2012 für dringliche Arbeiten und für Restarbeiten bis zum 10.10.2012 zur Fortsetzung der Arbeiten aufgefordert und auch bereits die außerordentliche Kündigung, beschränkt auf die Mängelbeseitigung und noch nicht erbrachte Bauleistungen, angedroht (Anl. 5, AH I 69). Mit Schreiben seines Prozessbevollmächtigten vom 04.10.2012 (AH I 209) erklärte der Beklagte auch schriftlich, die Arbeiten zu Recht eingestellt zu haben, da die Klägerin und die anderen Erwerberinnen sich weigerten, mündlich erteilte Aufträge zu Beweis Zwecken schriftlich anzuerkennen und erteilte Aufträge zu bezahlen, offenbar mit dem Ziel, sich ungerechtfertigt zu bereichern. Mit Schreiben des früheren Klägersvertreters vom 22.10.2012 (AH I 215) kündigte er erneut eine kurzfristige fristlose Kündigung an. Nach (erfolglosen) direkten Gesprächen zwischen den Parteien sprach die Klägerin sodann am 03.12.2012 die Kündigung aus.

(d) Die Klägerin konnte die Kündigung am 03.12.2012 auch noch erklären. Selbst wenn man unter entsprechender Anwendung von § 314 Abs. 3 BGB (so z. B. Bast, a. a. O., Rn. 1131) davon ausgeht, dass die Kündigung nur innerhalb angemessener Frist nach Kenntnis vom Kündigungsgrund erfolgen konnte, ist die Kündigung vorliegend noch fristgerecht ausgesprochen worden. Angesichts des Umstandes, dass eine Beschlussfassung der Erwerberrgemeinschaft erforderlich war und am 22.10.2012 erfolgte, der mitzubedenkenden, nicht nur geringen wirtschaftlichen und rechtlichen Folgen einer solchen Kündigung und nicht zuletzt der weiterhin versuchten, wenn auch erfolglosen Verständigung zwischen den Parteien ist die Frist von ca. 3 Monaten zwischen Einstellung der Arbeiten und Ausspruch der Kündigung angemessen (vgl. auch die Fallbeispiele in Münchener Kommentar/Gaier, BGB, 7. Aufl., § 314 Rn. 20). Insbesondere ist angesichts des konkreten Ablaufs auch kein schützenswertes Interesse des Beklagten erkennbar, zu einem früheren Zeitpunkt die Kündigung zu erhalten. Angesichts des gesamten Ablaufs musste er zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung noch ohne weiteres mit einer solchen rechnen.

(e) Der Kündigung des Bauträgervertrages in Bezug auf die Wohnungen Nr. 4 und 5 stand entgegen der Auffassung des Landgerichts im Übrigen auch nicht entgegen, dass das Sondereigentum der Wohnung Nr. 5 von der Klägerin bereits abgenommen war.

Einer Kündigung bezüglich Wohnung Nr. 4 konnte hierdurch ohnehin nicht ausgeschlossen werden. Der Ausbau beider Wohnung nahm offenkundig insofern einen unterschiedlichen Verlauf, als zunächst die Wohnung (Nr. 5) vorrangig fertiggestellt und in der Folge auch

abgenommen wurde, während die Wohnung Nr. 4 zunächst nicht fertiggestellt wurde. Durch die Abnahme der Wohnung Nr. 5 konnte der Klägerin daher nicht zugleich das Kündigungsrecht für die Wohnung Nr. 4 genommen werden. Wären beide Wohnungen von unterschiedlichen Käufern erworben worden, käme eine Koppelung des rechtlichen Schicksals beider Wohnungen nicht in Betracht. Dann kann dies jedoch auch dann nicht der Fall sein, wenn ein Käufer mehrere Wohnungen erwirbt. Die Ausführungen des Landgerichts zur mangelnden Differenzierung und dem erkennbaren Willen zur vollständigen Loslösung gehen fehl. Erst recht kann die Kündigung nicht an der Abnahme durch andere Erwerber scheitern, wovon das Landgericht bei dem Hinweis auf die "bereits erfolgten Abnahmen" auszugehen scheint.

Auch hinsichtlich der Wohnung Nr. 5 ist jedoch trotz Abnahme des Sondereigentums von einer wirksamen Kündigung auszugehen. Zwar ist grundsätzlich nach Durchführung des Vertrages eine Kündigung nicht mehr möglich (vgl. § 649 BGB: "bis zur Vollendung des Werkes"), so dass, da der Bauvertrag mit der Abnahme erfüllt ist, nach Abnahme eine Kündigung nicht mehr in Betracht kommt (vgl. Kniffka/Koebler, a. a. O., 9. Teil, Rn. 5).

Bei der Abnahme des Sondereigentums handelte es sich jedoch nur um eine (grundsätzlich zulässige, vgl. BGH BauR 1983, 573) Teilabnahme, gerade nicht um eine Abnahme des gesamten Werkes, das sowohl die Herstellung des Sonder- als auch des Gemeinschaftseigentums erfasste. Durch die Möglichkeit der Teilabnahme wurde nicht die Herstellung des Sondereigentums zu einem gesonderten Werk, das mit der Teilabnahme vollendet war. Insofern war der gesamte Bauträgervertrag gerade noch nicht vollständig erfüllt. Es wurde weder die vollumfängliche Abnahme erklärt noch ist - unter Zugrundelegung des Gutachtens des Sachverständigen R - von einer Abnahmefähigkeit auszugehen. Der Sachverständige hat allein die Kosten zur Fertigstellung des Gemeinschaftseigentums "bei vorsichtiger Schätzung" mit EUR 69.600,00 angegeben. Der Auffassung des Landgerichts, dass bereits die Abnahme des Sondereigentums einer Wohnung die Kündigung des Bauträgervertrages bezüglich dieser (und einer weiteren Wohnung) sperrt, ist daher nicht zu folgen.

(f) Entgegen der Auffassung des Landgerichts war die Kündigung auch hinreichend bestimmt, ohne dass es einer Umdeutung bedurfte. Die Klägerin hat durch Schreiben ihres früheren Prozessbevollmächtigten vom 03.12.2012 (Anl. 9, AH I 99) erklärt:

"Meine Mandantinnen haben sich zwischenzeitlich (22.10.2012) dahingehend verständigt, dass sie jegliche Mängelbeseitigung im Sondereigentum wie am gemeinschaftlichen Eigentum unter Einschluss der nachgemeldeten Mängel in der Statik des Haupthauses durch Sie ablehnen und aus wichtigem Grund die Teilkündigung hinsichtlich der bis zum heutigen Tage nicht erbrachten Bauleistungen aus den vorstehend benannten Bauträgerverträgen erklären."

Der Klägerin und den Miterwerberinnen blieb nur die Möglichkeit der Kündigung des restlichen Bauerrichtungsteils aus wichtigem Grund, wenn sie nicht - wie dies bei der Erklärung eines Rücktritts oder der Forderung großen Schadensersatzes der Fall gewesen wäre - den Auflassungsanspruch verlieren wollten (vgl. Kniffka/Koebler, a. a. O., 11. Teil, Rn. 149/150ff.). Dass diese Kündigung sich gerade auf sämtliche noch nicht erbrachten Werkleistungen bezog, war aus der Zielrichtung der Kündigung, dass der Beklagte keinerlei weitere Leistungen mehr erbringen sollte, ohne weiteres zu erkennen. Vertragsteile, die von dem Beklagten weiterhin zu erfüllen sein sollten, sollten nach der Kündigung ersichtlich nicht verbleiben. Auf die Bezeichnung als "Teilkündigung" kommt es daher nicht an.

(g) Die Klägerin war auch insofern zur Kündigung berechtigt, dass alle Wohnungseigentümer am 22.10.2012 gemeinsam die Teilkündigung beschlossen hatten. Dabei ist nicht erforderlich,

dass sämtliche Erwerber zur außerordentlichen Kündigung berechtigt sein müssen (vgl. Pause, a. a. O., Rn. 756). Die Frage, ob die Klägerin allein die Kündigung wegen Restarbeiten oder Mängeln des Gemeinschaftseigentums hätte erklären können (vgl. Kniffka/Koebler, a. a. O., 11. Teil Rn. 158; Pause, a. a. O., Rn. 756), stellt sich daher nicht.

(4) Durch die auf die noch nicht erbrachten Bauleistungen beschränkte Kündigung war das Grundstück mit dem vorhandenen Bauwerk vom Bauträger zu übereignen (vgl. Pause, a. a. O., Rn. 755).

(5) Dem Bauträger steht nach einer Kündigung aus wichtigem Grund eine dem Wert des Grundstücks und der erbrachten Bauleistungen entsprechende anteilige Vergütung zu. Insofern kann auf die Maßstäbe zur Abrechnung eines durch Kündigung beendeten Pauschalpreisvertrages zurückgegriffen werden (vgl. Pause, a. a. O. Rn. 755).

Danach schuldet der Auftraggeber eine Vergütung, die dem am Vertragspreis orientierten Wert der erbrachten Leistungen im Zeitpunkt der Kündigung entspricht. Der Auftragnehmer muss die Leistungen, die Gegenstand des Pauschalvertrages sind, zum Zwecke der Abrechnung in Einzelleistungen zergliedern und diese mit Preisen bewerten. Der Auftragnehmer trägt die Darlegungs- und Beweislast für die ihm zustehende Vergütung. Mindert sich die Vergütung, weil ein Verlust zu verteilen ist, muss er grundsätzlich auch zu diesem Verlust vortragen (vgl. hierzu insgesamt Kniffka/Koebler, a. a. O., 9. Teil, Rn. 16 ff.; BGH NJW 2002, 2780; OLG Oldenburg 2006, 82).

Beim Wert der Teilleistung sind die Nachbesserungskosten für Mängel und Minderungen für nicht behebbare Mängel abzusetzen (vgl. Pause, a. a. O., Rn. 254; vgl. auch OLG Karlsruhe, NJW-RR 2009, 315). Denn die berechtigte außerordentliche Kündigung lässt den Vergütungsanspruch nur in dem Umfang unberührt, in dem der Unternehmer seine Leistungen erbracht hat und diese mangelfrei sind (vgl. BGH NZBau 2001, 621). Eine Vergütung ist danach nicht geschuldet, wenn das Werk so schwerwiegende Mängel aufweist, dass es nicht nachbesserungsfähig und deshalb für den Auftraggeber wertlos ist (vgl. BGHZ 136, 33). Die Berücksichtigung der Mängel kann wie im Fall der Bemessung des Wertersatzes im Fall des Rücktritts entsprechend §§ 441 Abs. 3 bzw. 638 Abs. 3 BGB erfolgen (vgl. BGH NJW 2011, 3085 für den Fall des Rücktritts). Ist der Mangel beherrbar, kann dabei näherungsweise auf die dafür erforderlichen Mangelbeseitigungskosten abgestellt werden. Diese umfassen auch die Mehrwertsteuer (vgl. Münchener Kommentar/Busch, BGB, 6. Aufl., § 638 Rn. 11; KG NJW-RR 2010, 65). Entsprechendes gilt hier für die Fertigstellungsmehrkosten, die der Beklagte bereits deshalb zu tragen hat, weil er durch seine Pflichtverletzung - unberechtigte Einstellung der Arbeiten - den wichtigen Grund zur Kündigung der Klägerin schuldhaft verursacht hat (vgl. BGHZ 45, 372 und BGH NJW 1975, 825, zum Anspruch auf Ersatz von Mehraufwendungen für die Beauftragung eines anderen Unternehmers).

(a) Der Kläger hat nach entsprechendem Hinweis des Senats eine Abrechnung vorgelegt, in der er dargelegt hat, wie hoch aus seiner Sicht der Wert des Grundstücksanteils und der Wert der erbrachten Leistungen anzusetzen ist (AH II BK 1 bis 3, 5, 6 - 16.03.16).

Der Beklagte geht dabei davon aus, dass sich der Preis für die erbrachten Leistungen einschließlich des Bestandes für den Anteil am Gemeinschaftseigentum und das Sondereigentum an der Wohnung Nr. 4 auf EUR 225.505,07 beläuft, von dem Mangelbeseitigungskosten i. H. v. EUR 902,30 in Abzug zu bringen seien. Die nicht erbrachten Leistungen seien mit EUR 14.686,15 zu bewerten. Er gelangt danach zu dem Ergebnis, dass von der Klägerin für die Wohnung Nr. 4 ohne Berücksichtigung von Zusatzaufträgen und nach Abzug von

Mängelbeseitigungskosten noch EUR 25.004,27 zu zahlen sind (AH II BK 4).

In Bezug auf Wohnung Nr. 5 geht der Beklagte davon aus, dass sich der Preis für die erbrachten Leistungen einschließlich des Bestandes für den Anteil am Gemeinschaftseigentum und das Sondereigentum an der Wohnung Nr. 5 auf EUR 265.103,08 beläuft, von dem Mängelbeseitigungskosten i. H. v. EUR 4.257,56 in Abzug zu bringen seien. Die nicht erbrachten Leistungen seien mit EUR 11.461,62 zu bewerten. Er gelangt danach zu dem Ergebnis, dass von der Klägerin für die Wohnung Nr. 5 ohne Berücksichtigung von Zusatzaufträgen und nach Abzug von Mängelbeseitigungskosten noch EUR 48.892,62 zu zahlen sind (AH II BK 7 - 16.3.16).

Diese Abrechnung ist entgegen der Auffassung der Klägerin auch prüffähig, wie im Übrigen auch die detaillierte Auseinandersetzung der Klägerin mit dieser Aufstellung im Einzelnen zeigt.

(b) Ob die Aufstellung im Einzelnen richtig ist, kann jedoch im vorliegenden Fall offen bleiben, da die Fertigstellungs- und Mängelbeseitigungskosten bereits nach dem bisherigen Ergebnis der Beweisaufnahme insgesamt höher sind als vom Beklagten berücksichtigt und weder ersichtlich ist noch von der Klägerin behauptet wird, dass selbst unter Berücksichtigung etwaiger kalkulatorischer Verschiebungen die erbrachten Leistungen nur so gering bewertet werden müssten, dass auch unter Einbeziehung der Mängelbeseitigungs-, Fertigstellungs- und Fertigstellungsmehrkosten der vereinbarte Kaufpreis unterschritten würde.

Ob ein noch höherer Betrag deshalb abzuziehen wäre, weil - wie die Klägerin behauptet - die Kosten für Fertigstellung und Mängelbeseitigung tatsächlich höher liegen als die vom Sachverständigen nach eigener Ausführung "bei vorsichtiger Schätzung" angenommenen Beträge, kann im vorliegenden Fall offen bleiben, da es angesichts der im Ergebnis nur geringen Differenz zwischen höchstens geschuldetem und bereits bezahltem Kaufpreis darauf nicht entscheidend ankommt.

(c) In Bezug auf das Gemeinschaftseigentum hat der Beklagte den Wert der nicht erbrachten Leistungen für die Klägerin anteilig auf EUR 13.772,77 (Wohnung Nr. 4: EUR 6.428,45, Wohnung Nr. 5: EUR 7.344,32) angesetzt, die Mängelbeseitigungskosten anteilig auf EUR 1.176,71 (Wohnung Nr. 4: EUR 549,23, Wohnung Nr. 5: EUR 627,48; vgl. Anl. BK 2 und BK 5 - 16.3.16, dort jeweils S. 4). Tatsächlich sind hierfür nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme jedoch mindestens EUR 30.480,94 in Abzug zu bringen. Dies ergibt sich aus dem Ergebnis der Beweisaufnahme im Verfahren vor dem Landgericht Karlsruhe, 9 OH 5/12.

(aa) Der Berechnung sind die Ausführungen des Sachverständigen R im selbständigen Beweisverfahren vor dem Landgericht Karlsruhe, 9 OH 5/12, zugrunde zu legen, in dem der Sachverständige auf der Basis der Beweisbeschlüsse vom 13.03.2013 und 19.09.2013 das Gutachten vom 07.08.2014 erstattet hat (AH II BK 2), das er am 20.07.2015 und am 04.03.2016 ergänzt hat. Er hat dabei insbesondere auch zu den Einwendungen des Beklagten, die dieser unter Bezugnahme auf seine Anlage BB1 erhoben hat, Stellung genommen. Die Akte des Landgerichts war beigezogen und Gegenstand der Erörterung in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat.

Dabei ist entgegen der insbesondere im selbständigen Beweisverfahren vertretenen Auffassung des Beklagten dem Sachverständigengutachten auch in Bezug auf die von ihm zugrunde gelegten Kostenansätze zu folgen. Der Sachverständige hat in seinen Ergänzungsgutachten vom 20.07.2015 (Landgericht Karlsruhe, 9 OH 5/12, Sonderband) und 04.03.2016 (Landgericht Karlsruhe, 9 OH 5/12, AS 389ff.) eingehend und überzeugend dargelegt, aus welchen Gründen

er seinen Ermittlungen einen Stundensatz von EUR 48,00 zugrunde gelegt hat und dabei insbesondere auf die in unterschiedlichen Gewerken in Karlsruhe durchschnittlichen Netto-Stundensätze zwischen EUR 46,00 und EUR 55,00 verwiesen (Landgericht Karlsruhe, 9 OH 5/12, AS 407). Ebenso verweist er nachvollziehbar darauf, dass bei derartigen Arbeiten oft nur Kleinflächen, Ergänzungen und Teilleistungen erbracht werden und Firmen bei Arbeiten, die nicht unter Wettbewerbsbedingungen kalkuliert werden müssen und zudem teilweise auf Vorarbeiten anderer Firmen basieren, auskömmliche bzw. an der oberen Preisspanne liegende Stundensätze anbieten (Landgericht Karlsruhe, 9 OH 5/12, 1. Ergänzungsgutachten vom 20.07.2015, S. 7 f.). Der Senat hat keine Zweifel an der entsprechenden Sachkunde des Sachverständigen und sieht die Grundlagen für dessen Ausführungen im Gutachten auch ausreichend dargelegt.

Auch soweit der Beklagte eine Vielzahl von Kostenansätzen des Sachverständigen in den Anlage 1a und 1b zu dessen Gutachten vom 07.08.2014 mit dem allgemeinen Hinweis auf die fehlende Ortsüblichkeit und Angemessenheit der Kostenansätze des Sachverständigen beanstandet (vgl. AH II Anl. BB1: "akzeptierter Mangel bzw. Restleistung. Aber unakzeptabel bzgl. Summe."), setzt er lediglich seine eigene Bewertung anstelle derjenigen des Sachverständigen, ohne dies näher zu begründen oder entsprechende Nachweise vorzulegen (s. auch Landgericht Karlsruhe, 9 OH 5/12, AS 309: "Der Antragsgegner ist der Auffassung, dass die Kostenansätze des Sachverständigen, soweit sie von seinen eigenen abweichen, nicht die ortsüblichen und angemessenen Kosten für die betreffenden Leistungen darstellen"). Im Übrigen widerspricht er dabei zum Teil seinen eigenen Ansätzen aus der Aufstellung über erbrachte und nicht erbrachte Leistungen im Gemeinschaftseigentum (AH II Anlage BK 2A - 16.3.16). So beanstandet der Beklagte beispielsweise einen Kostenansatz von EUR 35,00/qm durch den Sachverständigen für die Pos. I. 1, zu I. 1. b), 1.19 (Terrazzo EG abschleifen und versiegeln) als zu hoch, geht jedoch selbst von einem Kostenansatz von EUR 72,00/qm für die Position "Terrazzo renovieren TRH" (Pos. 11.00, Titel 11, Bodenbelagsarbeiten) aus. Ebenso beanstandet der Beklagte den Kostenansatz des Sachverständigen für die Müllbox aus Holz für 4 Behälter (Pos. I. 1, zu I. 1. e), Pos. 1.7 (Sachverständiger EUR 550,00, Beklagter EUR 420,00)), während er in seiner eigenen Aufstellung über Allgemerkosten von EUR 534,00 für eine Müllbox für 3 Container und einer Zulage für 4 anstelle von 3 Containern von EUR 249,00 ausgeht (Pos. 17.00, Titel 17, Außenanlagenarbeiten). In Bezug auf die Lärchenschalung des Hinterhauses beanstandet der Beklagte den Mengenansatz des Sachverständigen, erklärt aber z. B. nicht, welches Maß gemäß Anlage 2.a (Landgericht Karlsruhe, 9 OH 5/12, AS 291) unzutreffend sein soll.

(bb) Fertigstellungskosten Gemeinschaftseigentum

Im Folgenden wird für die Darstellung der Fertigstellungs- und Mangelbeseitigungskosten für das Gemeinschaftseigentum von der Anlage 1a (Gemeinschaftseigentum) des Gutachtens des Sachverständigen R vom 07.08.2014 im selbständigen Beweisverfahren ausgegangen. Daraus ergibt sich unter Berücksichtigung des Vorbringens des Beklagten, das sich der Bezugnahme auf seine Auflistung in Anlage BB 1 (AH II) entnehmen lässt, im Einzelnen Folgendes:

Beschluss vom 13.03.2013/ I. 1.:

zu I. 1. a):

Die Position 1.1 Außenanstrich i. H. v. EUR 8,10 ist unstreitig.

Hinsichtlich der Abdeckkappen für die Fenster (100 Stück à EUR 1,20) ist der Beklagte der Auffassung, diese schulde er nach dem Vertrag nicht. Es handelt sich dabei um die

Abdeckkappen der Scharniere (Gutachten vom 07.08.2014, S. 23, 52). Allerdings schuldet auch der Bauträger die zur Funktionstauglichkeit des Werks erforderlichen Leistungen, selbst wenn diese in der Baubeschreibung nicht aufgeführt sind (vgl. Basty, a. a. O., Rn. 815 f., vgl. auch Sachverständigengutachten vom 07.08.2014, S. 51, Ergänzungsgutachten vom 20.07.2015, S. 12). Zur vollständigen Leistungserbringung ist daher das Anbringen der ersichtlich zum Schutz der Scharniere vor eindringender Verschmutzung erforderlichen Abdeckkappen für die Scharniere geschuldet. Auch der Sachverständige hat die Leistung in seinem Ergänzungsgutachten vom 20.07.2015 (dort Kommentar in Anlage 1a, Blatt 1) für eine mangelfreie Ausführung für erforderlich gehalten.

Auch in Bezug auf die Positionen 1.8 (Bleche Fensterbank DG neu) und 1.10 (Blechverkleidung Balkontürschwelle) beruft sich der Beklagte zu Unrecht darauf, diese nicht zu schulden. Nach den Ausführungen des Sachverständigen sind diese zu erneuern bzw. anzubringen. In welchem Zusammenhang das Blech der äußeren Fensterbank (Gutachten Lichtbild 12) mit dem behaupteten, aber streitigen Wunsch der Klägerin, die Rollläden sollten entfernt werden, steht, ist nicht ersichtlich. Dass auch bei der Balkontür im Türschwellenbereich eine Blechverwahrung anzubringen ist, ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass solche Schwellen im 1. und 2. OG vorhanden sind und insofern eine einheitliche Ausführung verlangt werden kann.

Aus diesem Abschnitt sind daher Fertigstellungskosten i. H. v. EUR 1.200,60 in Abzug zu bringen.

zu I. 1. b):

Aus diesem Abschnitt ist die überwiegende Anzahl der vom Sachverständigen aufgeführten Positionen unstrittig oder lediglich im Hinblick auf die Kostenansätze vom Beklagten unzureichend bestritten (s. o.).

Im Übrigen wendet sich der Beklagte gegen die Positionen 1.8 (Kammertür neu - Maler, EUR 75,00) und 1.10 (Buntbart-Schloss Kammertür, EUR 20,00). Beide Positionen betreffen die rechte Kammertür auf dem Zwischenpodest vom EG in das 1. OG, die neu hergestellt wurde (Gutachten Lichtbild 28). Dabei kommt es für die Frage der Fertigstellungspflicht durch Streichen und Einbau eines Buntbartschlusses nicht auf die streitige Frage an, ob die Neuherstellung dieser Tür von den Klägerinnen des vorliegenden Verfahrens und der Parallelverfahren in Auftrag gegeben war. Denn diese Leistungen wären zur Herstellung der Bezugfertigkeit und Funktionstauglichkeit auch bei einer Bestandstür geschuldet gewesen (vgl. Baubeschreibung "Allgemein" vom 26.09.2011, S. 1: "Innentüren: Schreiner- und malertechn. Überarbeitung sowie Ergänzung der bestehenden historischen Wohnungseingangstüren sowie der Türen der Kammern nach DMS-Auflagen, Endlackierung in weiß", AH I 37). Der Beklagte hat insofern im Übrigen selbst für das nicht erbrachte Lackieren der acht Kammertüren EUR 880,00 in Ansatz gebracht (AH II Anl. BK 2A - 16.3.16, Pos. 13.00).

Aus diesem Abschnitt wären daher nach dem Sachverständigengutachten Fertigstellungskosten i. H. v. EUR 11.090,95 in Abzug zu bringen.

Allerdings bringt der Beklagte selbst für die nicht erbrachte Renovierung des Terrazzobodens im Treppenhaus bei gleicher qm-Zahl EUR 684,00 (Sachverständiger: EUR 336,70) in Abzug (AH II BK 2A-16.3.16), so dass weitere EUR 347,30 in Abzug zu bringen sind, insgesamt somit EUR 11.438,25.

zu I. 1. c):

Aus diesem Abschnitt beanstandet der Beklagte nur den Ansatz der Position 1.7 (Dämmung Kellerdecke, 18,89 qm à EUR 45,00 = EUR 850,05), da diese Leistung aus einem bestrittenen Nachtrag resultiere. Insofern handelt es sich jedoch nicht um einen nach Abschluss des notariellen Vertrages vereinbarten Nachtrag, sondern um einen im notariellen Vertrag enthaltenen Sonderwunsch (Anlage zum Notarvertrag "Änderungswünsche Allgemein", Pos. 2.00 "Keller Vorderhaus Dämmung Kellerdecke durch Hutschiene und anschliess. sichtbarer Polystyrolämmung, 98,12 qm à EUR 45,10", AH I 57). Unstreitig ist der vom Sachverständigen aufgeführte Teilbereich noch nicht ausgeführt, so dass der Abzug der Fertigstellungskosten i. H. v. EUR 850,05 zu Recht erfolgt ist. Im Übrigen hat der Beklagte diese Leistung selbst i. H. v. EUR 817,21 in den nicht erbrachten Leistungen berücksichtigt (AH II, BK 2A - 16.3.16, Pos. 8.00).

Aus diesem Abschnitt sind daher nach dem Sachverständigengutachten Fertigstellungskosten i. H. v. EUR 4.217,75 in Abzug zu bringen.

Allerdings bringt der Beklagte selbst für nicht erbrachte Kellerabtrennungen inkl. Holztüren EUR 890,00 in Abzug (Sachverständiger: EUR 700,00), so dass weitere EUR 190,00, insgesamt EUR 4.407,75, in Abzug zu bringen sind.

zu I. 1. d):

Aus diesem Abschnitt beanstandet der Beklagte keine Position dem Grunde nach, die Beanstandungen zur Höhe des Kostenansatzes sind nach dem oben Gesagten nicht ausreichend. Die einzig beanstandete Position 1.9 (Klingel- und Sprechanlage Vorderhaus separat) ist von dem Sachverständigen ohnehin nur als Alternativposition aufgenommen und nicht zu berücksichtigen.

Aus diesem Abschnitt sind daher Fertigstellungskosten i. H. v. EUR 4.835,00 in Abzug zu bringen.

zu I. 1. e):

Auch insofern beanstandet der Beklagte keine Position dem Grunde nach, die Beanstandungen zur Höhe des Kostenansatzes, die zum Teil nur um geringe Centbeträge von den Ansätzen des Sachverständigen abweichen, sind nach dem oben Gesagten nicht ausreichend.

Aus diesem Abschnitt sind daher nach dem Sachverständigengutachten Fertigstellungskosten i. H. v. EUR 7.977,00 in Abzug zu bringen.

Allerdings hat der Beklagte für nicht erbrachte Leistungen "Pflanzbeete inkl. Randstreifen" selbst EUR 1.144,45 (Sachverständiger: EUR 963,50) in Ansatz gebracht, so dass weitere EUR 180,95, insgesamt EUR 8.157,95, in Abzug zu bringen sind.

zu I. 1. f):

Auch insofern beanstandet der Beklagte keine Position dem Grunde nach. Das Bestreiten des Mengenansatzes für die Lärchenschalung ist unzureichend, ebenso das Bestreiten der Kostenansätze (s. o.).

Aus diesem Abschnitt sind daher nach dem Sachverständigengutachten Fertigstellungskosten i.

H. v. EUR 9.755,15 in Abzug zu bringen.

Allerdings behauptet die Klägerin insofern, die Kuppel sei kleiner als ursprünglich vorgesehen. In der Anlage zum notariellen Vertrag war eine elektrische Lichtkuppel der Größe 1,20 m x 1,20 m vorgesehen (AH I 57). In der Aufstellung seiner Nachträge bringt der Beklagte insofern selbst EUR 820,00 als Mindermenge für eine Lichtkuppel 0,60 m x 0,60 m in Abzug. Da es sich dabei um eine Leistung aus dem ursprünglichen Vertrag handelt, muss sich der Beklagte auch diesen Betrag von EUR 820,00, insgesamt somit EUR 10.575,15, in Abzug bringen lassen.

zu I. 1. g):

Aus diesem Abschnitt sind EUR 155,00 an Fertigstellungskosten in Abzug zu bringen. Der Beklagte beanstandet lediglich ohne weitere Begründung einen Kostenansatz.

zu I. 1. h):

Die Fertigstellungskosten i. H. v. EUR 375,00 für fünf Plansätze beanstandet der Beklagte nicht, sie sind daher in Abzug zu bringen.

Beschluss vom 13.03.2013/ I. 2.:

Aus diesem Abschnitt sind Fertigstellungskosten i. H. v. EUR 2.741,76 für die extensive Begrünung des Dachs des Hinterhofhauses in Abzug zu bringen. Der Beklagte bestreitet diese Position dem Grunde nach nicht und der Höhe nach nur pauschal.

Beschluss vom 19.09.2013/I. 1. und I. 6.:

Bei den hier aufgeführten Positionen des Sachverständigengutachtens handelt es sich ausschließlich um Mangelbeseitigungs-, nicht um Fertigstellungskosten.

Sonstige Kosten/Baunebenkosten/MwSt.

Nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen sind neben den aufgeführten Fertigstellungskosten jeweils "Sonstige Kosten" i. H. v. 15% in Ansatz zu bringen, durch die nicht gesondert aufgeführte Kleinarbeiten bzw. zusätzliche Nebenarbeiten erfasst werden, die sich erfahrungsgemäß im Zuge der Ausführung ergeben (Gutachten vom 07.08.2014, S. 61). Soweit der Beklagte der Auffassung ist, dieser Ansatz sei überhöht, angemessen seien 5%, so begründet er dies nicht näher und setzt erneut lediglich seine Auffassung anstelle der des Sachverständigen.

Darüber hinaus sind Regiekosten i. H. v. 15% in Ansatz zu bringen. Entsprechend einer verbreiteten Praxis (vgl. z. B. OLG Hamm, Urt. vom 13.01.2015, 24 U 136/12) schätzt der Senat diese gemäß § 287 ZPO auf 15%.

Ferner ist, da es sich um eine Einstellung der genannten Positionen in die Wertberechnung handelt, auch die Mehrwertsteuer i. H. v. 19% in Ansatz zu bringen (s. o.).

Damit belaufen sich die Fertigstellungskosten für das Gemeinschaftseigentum auf EUR 69.067,41 (EUR 43.886,46 + 15% sonstige Kosten + 15% Regiekosten + 19% Mehrwertsteuer). Auf die Klägerin entfällt hiervon bei 19,65/100 und 19,24/100 Miteigentumsanteil ein Betrag von insgesamt EUR 26.860,32.

(cc) Mangelbeseitigungskosten Gemeinschaftseigentum

Beschluss vom 13.03.2013/I 1:

zu I. 1. a):

In diesem Abschnitt wendet sich der Beklagte dagegen, dass der Sachverständige das noch fehlende Schließen der Fugen an den Fenstern, Fensterbänken und der Haustür als Mangel bewertet hat (Pos. 1.3M bis 1.7M und 1.9M). Die Situation ergibt sich aus den Lichtbildern Nr. 4, 5, 8 - 15 des Gutachtens vom 07.08.2014. Das Schließen der Fugen ist zur Herstellung eines funktionstauglichen Werks erforderlich. Insofern kann sich der Beklagte auch nicht mit Erfolg darauf berufen, die Klägerin habe die Entfernung der Rollläden gewünscht, was im Übrigen bestritten ist.

Die Mangelbeseitigungskosten in diesem Abschnitt belaufen sich daher auf EUR 1.335,14.

zu I. 1. b) - f):

Diese Abschnitte des Gutachtens enthalten keine Mangelbeseitigungskosten.

zu I. 1. g):

Dieser Abschnitt enthält Mangelbeseitigungskosten i. H. v. EUR 419,00, von denen nur eine, dies jedoch in nicht ausreichender Weise, in Bezug auf den Kostenansatz von dem Beklagten angegriffen wird.

zu I. 2:

Insofern beanstandet der Beklagte die Positionen 1.1M bis 1.5M, davon die Position 1.5M (unbeachtlich) nur im Hinblick auf den Kostenansatz.

In Bezug auf Pos. 1.1 (Leitungen Kammern freilegen und dämmen) ist der Beklagte der Auffassung, diese Leistung schulde er nach dem Vertrag nicht. Es handelt sich dabei um die Dämmung der Zuleitungen zu den Durchlauferhitzern, die ohne Wärmedämmung der Rohre in der Außenwand der Kammern geführt sind. Die Situation ergibt sich aus Lichtbild Nr. 65. Sie verstößt nach den Ausführungen des Sachverständigengutachtens (Gutachten vom 07.08.2014, S. 59 f.) gegen die EnEV bzw. DIN 4108, so dass die erforderlichen Mangelbeseitigungskosten vom Beklagten zu tragen sind.

In Bezug auf Pos. 1.2 (Stahlträger unter Podest erneuern, 2 Stück à EUR 300,00) ist der Beklagte der Auffassung, diese Leistung resultiere aus einem Nachtrag. Dabei geht es jedoch nicht um (ebenfalls streitige) Stahlträger im Dachgeschoss, sondern um zwei Stahlträger unter dem Podest im Bereich des Hauseingangs, deren untere Flansche erhebliche Korrosionserscheinungen aufweisen, wobei sich Stahlteile insbesondere im Auflagerbereich bereits schichtenweise abgelöst haben (Gutachten vom 07.08.2014, S. 33, Lichtbild 66 und 67). Diese sind nach Auffassung des Sachverständigen aus technischer und statischer Sicht zu erneuern (Gutachten vom 07.08.2014, S. 60; Ergänzungsgutachten vom 20.07.2015, Anl. 1.a, Blatt 4, vgl. 1.2 "für eine mangelfreie Ausführung erforderlich").

Zu den Positionen 1.3M (Abdichtung Attika überschweißen) und 1.4M (Eckausbildungen) ist der

Beklagte lediglich der Auffassung, diese Leistungen seien doppelt benannt, ohne dass dies nachvollzogen werden kann.

Aus diesem Abschnitt sind daher Mangelbeseitigungskosten i. H. v. EUR 2.111,50 in Ansatz zu bringen.

Beschluss vom 19.09.2013/ I. 1.:

Von den in diesem Abschnitt aufgeführten Mangelbeseitigungsarbeiten beanstandet der Beklagte die Positionen 1.7M und 1.9M.

Die Position 1.7M betrifft die Einrichtung einer (bislang fehlenden) Entnahmestelle für die Legionellenprüfung. Der Beklagte kann sich insofern nicht darauf berufen, die entsprechende Verordnung, nach der diese Leistung erforderlich sei, sei damals noch nicht in Kraft getreten. Tatsächlich sah bereits die Trinkwasserverordnung in der Fassung vom 01.11.2011 (dort Anlage 4; BGBl. I 2011, 2391) eine jährliche Prüfung des Wassers auf Legionellen vor. Der Beklagte hätte eine entsprechende Entnahmestelle daher vorsehen müssen, um den bis zur vorgesehenen Abnahme vorgeschriebenen Stand einzuhalten. Die Position (EUR 150,00) ist daher zu erstatten.

Nicht zu erstatten ist hingegen die Position 1.9M (Sicherung für Trockner und Waschmaschine in zwei Kammern). Insofern hat der Sachverständige ausgeführt, diese seien nachzurüsten, soweit sie nach den jeweiligen Änderungswünschen erforderlich sind (Gutachten vom 07.08.2014, S. 80). Es ist jedoch weder der Baubeschreibung noch den im notariellen Vertrag enthaltenen Sonderwünschen zu entnehmen, dass diese Leistung vereinbart wurde.

Aus diesem Abschnitt sind daher Mangelbeseitigungskosten von EUR 1.350,00 in Ansatz zu bringen.

zu I. 6.

Insofern ist der Beklagte bei allen Positionen (1.1M bis 1.4M) der Auffassung, diese seien nach dem Vertrag nicht geschuldet.

Dies trifft jedoch nicht zu. Alle dort genannten Leistungen (Risse Mauerwerk ausbessern, Auflagertaschen schließen, Metallschlauder entfernen und entsprechendes Arbeitsgerüst) betreffen das Mauerwerk des Hinterhauses und sind nach den Ausführungen des Sachverständigen erforderlich, um die Fassade schlagregendicht auszubilden und den geschuldeten Witterungsschutz zu erbringen (Gutachten vom 07.08.2014, S. 83). Dass ein ausreichender Witterungsschutz geschuldet ist, ergibt sich bereits aus der Verpflichtung, ein funktionstaugliches Werk herzustellen.

Aus diesem Abschnitt sind daher Mangelbeseitigungskosten i. H. v. EUR 700,00 in Ansatz zu bringen.

In Bezug auf die sonstigen Kosten, die Regiekosten und die Mehrwertsteuer gilt das oben Ausgeführte entsprechend.

Damit belaufen sich die Mangelbeseitigungskosten für das Gemeinschaftseigentum auf EUR 9.309,89 (EUR 5.915,64 + 15% sonstige Kosten + 15% Regiekosten + 19% Mehrwertsteuer). Auf die Klägerin entfällt hiervon bei 19,65/100 und 19,24/100 Miteigentumsanteil ein Betrag von insgesamt EUR 3.620,62.

(dd) Für die Fertigstellung und Mangelbeseitigung des Gemeinschaftseigentums kann die Klägerin daher bereits auf der Grundlage des Sachverständigengutachtens insgesamt EUR 30.480,94 (EUR 26.860,32 + EUR 3.620,62) in Abzug bringen.

(d) In Bezug auf das Sondereigentum an der Wohnung Nr. 4 hat der Beklagte den Wert der nicht erbrachten Leistungen für die Klägerin auf EUR 8.257,70 angesetzt, die Mangelbeseitigungskosten auf EUR 353,07 (Anl. BK 2 - 16.3.16, dort S. 4).

Tatsächlich sind jedoch nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme mindestens EUR 18.519,26 in Abzug zu bringen.

Insofern wird im Folgenden für die Ermittlung der abzuziehenden Fertigstellungs- und Mangelbeseitigungskosten von Anlage 1b (Sondereigentum) des Gutachtens des Sachverständigen R vom 07.08.2014 im selbständigen Beweisverfahren ausgegangen.

Daraus ergibt sich, ebenfalls unter Berücksichtigung des Vorbringens des Beklagten durch Bezugnahme auf Anlage BB 1, Folgendes:

(aa) Fertigstellungskosten Sondereigentum

Beschluss vom 13.03.2013/ IV. 1.:

Soweit der Beklagte behauptet, es seien weitere Installationsteile im Bad eingebaut worden (zu Pos. 4.1), ist dies nicht nachzuvollziehen. Die Feststellungen des Sachverständigen beziehen sich auf konkrete Sanitärgegenstände (1 x WC, 1 x Waschbecken mit Armaturen, Aufputzarmaturen für Badewanne und Dusche, Heizung, Glas-Einbau Walk-in-Dusche). Keiner dieser Gegenstände ist auf dem Lichtbild Nr. 100 zu sehen.

In Bezug auf Pos. 4.7 (Pfosten und Streben streichen, EUR 240,00) ist der Beklagte der Auffassung, diese Leistung sei von ihm nicht geschuldet. Der Zustand der Pfosten ergibt sich aus Lichtbild Nr. 105 des Gutachtens vom 07.08.2014. Deren malertechnische Bearbeitung ist, auch wenn dies in der Baubeschreibung nicht ausdrücklich aufgeführt ist, bereits deshalb geschuldet, weil es sich nach der Baubeschreibung um ein komplett saniertes und modernisiertes Wohngebäude handelt, die entsprechenden Räume zur Wohnnutzung vorgesehen sind und nur bei einer malertechnischen Bearbeitung auch ein einheitliches Erscheinungsbild mit den nach der Baubeschreibung zu streichenden Innenwänden und der maler- und schreinertechnischen Überarbeitung der Holzfenster und der Holzvertäfelungen entsteht. Auch der Sachverständige hat die Leistung als für eine mangelfreie Ausführung erforderlich angesehen (Ergänzungsgutachten vom 20.07.2015, Anlage 1b, Blatt 3).

Ebenfalls ohne Erfolg wendet sich der Beklagte gegen den Ansatz von Kosten für die Treppe vom 3. OG in das DG innerhalb der Wohnung Nr. 4 (Pos. 4.19 bis 4.22, insgesamt EUR 2.200,00). Die Situation ergibt sich aus Lichtbildern Nr. 109 und 110 des Gutachtens vom 07.08.2014. Der Beklagte selbst hat für die Position "neue Treppe DG-Wohnung" EUR 3.500,00 in Ansatz gebracht (AH II Anl. BK" - 16.3.16). An anderer Stelle hat er die "Standardtreppe nach Baubeschreibung" mit EUR 2.605,04 bewertet (AS I 61). Sein Vortrag, er habe diese Leistung nicht geschuldet, ist daher nicht nachvollziehbar. Soweit er diese Leistung selbst als mit EUR 3.150,00 erbracht bewertet hat, ist dies durch Lichtbilder und Ausführungen des Sachverständigen widerlegt.

Für die Position 4.12 (8 Heizkörper liefern und montieren, EUR 2.000,00) sind allerdings nur EUR 400,00 in Abzug zu bringen. Die Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung unstreitig gestellt, dass sich die Heizkörper, wie vom Beklagten behauptet, tatsächlich bereits vor Ort befanden. Für diesen Fall hat der Sachverständige ausgeführt, dass sich der Betrag dann nur auf EUR 400,00 für die Montage beläuft (Ergänzungsgutachten vom 20.07.2015, Anl. 1b, Blatt 3).

Im Übrigen setzt der Beklagte erneut unbeachtlich lediglich seine Preisvorstellungen anstelle der vom Sachverständigen ermittelten Kosten.

Damit belaufen sich die Fertigstellungskosten für das Sondereigentum an der Wohnung Nr. 4 auf EUR 17.519,91 (EUR 11.132,41 + 15% sonstige Kosten + 15% Regiekosten + 19 % Mehrwertsteuer).

(bb) Mangelbeseitigungskosten Sondereigentum

Beschluss vom 13.03.2013:

zu IV. 1:

Von den in diesem Abschnitt enthaltenen Mangelbeseitigungskosten greift der Beklagte - mit Ausnahme der nicht erfolgreichen Einwendungen zum Kostenansatz - nur die Pos. 4.18M an (Verfleckungen Bodenfliesen Küche, EUR 120,00). Diese seien durch den Küchenbauer verursacht. Weitere Anhaltspunkte hierzu liegen nicht vor. Da der Beklagte jedoch mangels Abnahme die Beweislast für die Mangelfreiheit trägt (vgl. BGH NJW 1993, 1972), kommt ein entsprechender Abzug nicht in Betracht.

Aus diesem Abschnitt sind daher Mangelbeseitigungskosten i. H. v. EUR 585,00 in Abzug zu bringen.

Beschluss vom 19.09.2013:

zu I. 4:

Die hier enthaltene Mangelposition 1.1M (Küchentür richten, EUR 50,00) wird von dem Beklagten nicht beanstandet und ist daher in Abzug zu bringen.

Damit belaufen sich die Mangelbeseitigungskosten für das Sondereigentum an Wohnung Nr. 4 auf EUR 999,35 (EUR 635,00 + 15% sonstige Kosten + 15% Regiekosten + 19 % Mehrwertsteuer).

(cc) Für die Fertigstellung und Mangelbeseitigung des Sondereigentums an der Wohnung Nr. 4 kann die Klägerin daher insgesamt mindestens EUR 18.519,26 (EUR 17.519,91 + EUR 999,35) in Abzug bringen.

(e) In Bezug auf das Sondereigentum an der Wohnung Nr. 5 hat der Beklagte den Wert der nicht erbrachten Leistungen für die Klägerin auf EUR 4.117,30 angesetzt, die Mangelbeseitigungskosten auf EUR 3.630,08 (Anl. BK 5 - 16.3.16, dort S. 4).

Dabei ist die Bewertung der nicht erbrachten Leistungen zugrunde zu legen, für die Mangelbeseitigungskosten nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme jedoch ein geringfügig höherer Betrag in Abzug zu bringen (EUR 3.795,95).

(aa) Fertigstellungskosten Sondereigentum

In Bezug auf die Fertigstellungskosten für das Sondereigentum an der Wohnung Nr. 5 hat der Beklagte selbst den Wert der nicht erbrachten Leistungen mit EUR 4.117,30 bewertet. Dieser Betrag übersteigt die vom Sachverständigen auf der Grundlage der Beweisbeschlüsse im selbständigen Beweisverfahren für Wohnung Nr. 5 ermittelten Fertigstellungskosten (EUR 2.669,52 (EUR 1.696,25 + 15% sonstige Kosten + 15% Regiekosten + 19% Mehrwertsteuer)), so dass er bei der Ermittlung des von der Klägerin noch geschuldeten Betrages zugrunde zu legen ist.

Damit sind anstelle der Fertigstellungskosten für das Sondereigentum an Wohnung Nr. 5 EUR 4.117,30 in Abzug zu bringen.

(bb) Mangelbeseitigungskosten Sondereigentum

Beschluss vom 13.03.2013/IV. 2.:

In Bezug auf Position 4.2M (Sockel Trennwand Bad + Anstrich, EUR 75,00) ist der Beklagte der Ansicht, diese Leistung resultiere aus einem Nachtrag. Dies ist allerdings nicht nachzuvollziehen, die malertechnische Fertigstellung der Trennwand zwischen Bad und Wohnraum im Sockelbereich (vgl. Gutachten vom 07.08.2014, S. 42) ist als Teil der bereits ursprünglich geschuldeten Werkleistung anzusehen.

Auch in Bezug auf Position 4.3M (Tisch Aufsetzbecken ausbessern, EUR 50,00) behauptet der Beklagte, es handele sich dabei um einen Nachtrag. Allerdings ist bereits in den notariell beurkundeten Änderungswünschen die Position "Waschtischauflage" enthalten. Dass der Mangel nicht diese Änderung betrifft, ergibt sich aus den Ausführungen des Beklagten nicht.

Ebenfalls kann der Beklagte nicht mit Erfolg geltend machen, die Position 4.15M (Acrylfugen Treppenstufen, EUR 76,50) sei laut Vertrag nicht geschuldet. Selbst wenn die Ausführung der Treppe im Hinterhaus geändert worden sein mag, ist die ordnungsgemäße Verfüugung der Treppenstufen bereits nach dem ursprünglichen Vertragsinhalt geschuldet.

Aus diesem Abschnitt sind daher Mangelbeseitigungskosten i. H. v. EUR 1.362,00 in Abzug zu bringen.

Beschluss vom 19.09.2013/I 5:

Die in diesem Abschnitt aufgeführten Mangelbeseitigungskosten i. H. v. EUR 1.050,00 beanstandet der Beklagte nicht, so dass dieser Betrag in Ansatz zu bringen ist.

Damit belaufen sich die Mangelbeseitigungskosten für das Sondereigentum an Wohnung Nr. 5 auf EUR 3.795,95 (EUR 2.412,00 + 15% sonstige Kosten + 15% Regiekosten + 19% Mehrwertsteuer).

(cc) Für die Fertigstellung und Mangelbeseitigung des Sondereigentums an der Wohnung Nr. 5 kann die Klägerin daher insgesamt mindestens EUR 7.913,25 (EUR 4.117,30 + EUR 3.795,95) in Abzug bringen.

b. Danach beläuft sich der geschuldete Kaufpreis für Wohnungen Nr. 4 und Nr. 5 auf höchstens

EUR 459.841,44 (EUR 516.754,89 abzgl. EUR 30.480,94 (Mindestbetrag Fertigstellungs- und Mangelbeseitigungskosten Gemeinschaftseigentum) abzgl. EUR 18.519,26 (Mindestbetrag Fertigstellungs- und Mangelbeseitigungskosten Sondereigentum Wohnung Nr. 4) abzgl. EUR 7.913,25 (Mindestbetrag Fertigstellungs- und Mangelbeseitigungskosten Sondereigentum Wohnung Nr. 5)).

Hierauf hat die Klägerin insgesamt EUR 411.551,40 (EUR 199.598,50 für Wohnung Nr. 4, EUR 211.952,90 für Wohnung Nr. 5) geleistet. Die offene Differenz beläuft sich auf EUR 48.290,04.

c. Allerdings kann die Klägerin, sofern sie dem Beklagten - worauf es hier im Ergebnis nicht ankommt - nicht ohnehin tatsächlich noch höhere Fertigstellungs- und Mangelbeseitigungskosten entgegenhalten könnte, jedenfalls die Aufrechnung mit Mietausfallschäden in Höhe von EUR 31.734,00 erklären, ohne dass es hierüber im vorliegenden Rechtsstreit im Rahmen der Ermessensentscheidung nach § 320 Abs. 2 BGB einer abschließenden, die Forderung zum Erlöschen bringenden Entscheidung bedarf.

Die Klägerin hat vorgetragen (AS II 189 f.), sie habe die Wohnung Nr. 4 erst ab dem 01.11.2014 vermieten können, obwohl sie diese bei fristgerechter Fertigstellung bereits ab dem 15.09.2012 für eine monatliche Kaltmiete von EUR 900,00 hätte vermieten können. Bei der Vermietung ab dem 01.12.2014 habe sie einen Minderungsbetrag von 20% auf die Kaltmiete von EUR 900,00 akzeptieren müssen.

Ihr sei dadurch ein Schaden i. H. v. EUR 25.650,00 (25,5 x EUR 900,00, 15 x EUR 180,00) entstanden.

Die Wohnung Nr. 5 habe sie zwar ab dem 01.09.2012 vermieten können, jedoch bis zum 30.10.2014 mit einem Minderungsbetrag von 30% (bei einer Kaltmiete von EUR 730,00), ab 01.11.2014 mit einem Minderungsbetrag von 20% (bei einer Kaltmiete von EUR 980,00). Daraus ergebe sich ein weiterer Schaden von EUR 8.634,00 (26 x EUR 219,00, 15 x EUR 196,00).

Dieser - vom Beklagten nicht bestrittene - Vortrag ist auch ganz überwiegend schlüssig. Im Vertrag zwischen den Parteien war eine Bezugsfertigkeit zum 30.06.2012, eine vollständige Fertigstellung bis zum 31.08.2012 vereinbart (§ 4 Ziff. 6). Zwar hat der Beklagte erstinstanzlich vorgetragen, die Verzögerung sei nicht von ihm zu vertreten, sondern durch die Sonderwünsche der Klägerinnen verursacht worden. Allerdings hat er das für die Ausführung der Zusatzaufträge benötigte Zeitvolumen selbst erstinstanzlich mit 62 Tagen angegeben (AS I 321). Die von dem Beklagten in Bezug auf Wohnung Nr. 4 dargelegten Sonderwünsche (AS I 57ff.) - bei Wohnung Nr. 5 kommt es darauf wegen der tatsächlichen Vermietung nicht an - lassen im Übrigen auch keinen längeren Zeitbedarf erkennen. Selbst wenn man jedoch zugunsten des Beklagten weitere von ihm nicht zu vertretene Verzögerungen unterstellt, ist nicht ersichtlich, was bei vertragsgemäßem Ablauf einer Bezugsfertigkeit ab dem 01.11.2012 entgegen gestanden hätte.

Dass die Wohnung Nr. 4 tatsächlich erst zum 01.11.2014 vermietbar war, ist ohne weiteres nachvollziehbar. Das selbständige Beweisverfahren wurde noch im Dezember 2012 kurz nach der Kündigung eingeleitet. Der Beklagte ist wiederholt dem Antrag und seinen Erweiterungen entgegen getreten, so dass der erste Beweisbeschluss am 13.03.2013, die Ergänzung am 19.09.2013 erging. Gegen den Beweisbeschluss hat der Beklagte Beschwerde, gegen die Ergänzung des Beweisbeschlusses Gegenvorstellung eingelegt. Dem vom Sachverständigen verlangten Stundensatz hat der Beklagte nicht zugestimmt. Auf Antrag des Beklagtenvertreters wurde sodann der vom Sachverständigen angekündigte Ortstermin vom 05.02.2014 auf den

07.03.2014 und dieser auf den 14.03.2014 verlegt. Erst zu diesem Zeitpunkt wurde der Bautenstand erstmals sachverständigenseits besichtigt, so dass davon ausgegangen werden kann, dass die Fertigstellungsarbeiten, sofern sie bislang überhaupt durchgeführt wurden, im Anschluss bis Oktober 2014 gedauert haben.

In Bezug auf die zu erzielende Miethöhe hatte die Klägerin allerdings erstinstanzlich noch vorgetragen, sie hätte die Dachgeschosswohnung für EUR 850,00 kalt vermieten können (AS I 121). Insofern kann angesichts der Abweichungen in ihrem Vortrag bis Oktober 2014 nur von dem niedrigeren Mietzins ausgegangen werden. Dass dieser hätte erzielt werden können, kann nach Ansicht des Senats zugrunde gelegt werden (§ 287 ZPO). Die Wohnung sollte laut Bauträgervertrag eine Wohn- und Nutzfläche von 106,62 qm haben. Ein qm-Preis von EUR 8,50 erscheint für eine sanierte Altbauwohnung auf zwei Ebenen mit neuem Bad und Balkon in der Oststadt von Karlsruhe bereits zur damaligen Zeit ohne weiteres erzielbar (vgl. www.wohnungsboerse.net: durchschnittlicher qm-Preis für 100 qm-Wohnung in Karlsruhe im Jahr 2012 EUR 8,13, im Jahr 2013 EUR 8,85).

Die von der Klägerin angesetzten Minderungsbeträge sind angesichts der Ausführungen des Sachverständigengutachtens ohne weiteres nachvollziehbar und im Übrigen nicht bestritten.

Danach stehen der Klägerin jedenfalls für entgangene Miete im Zeitraum von November 2012 bis Januar 2016 Gegenforderungen i. H. v. EUR 31.734,00 zu (Wohnung Nr. 4: 24 x EUR 850,00, 15 x EUR 180,00; Wohnung Nr. 5: 26 x EUR 219,00, 15 x EUR 196,00).

d. Von der Klägerin wären danach nur noch EUR 16.556,04 zu zahlen (EUR 48.290,04 abzgl. EUR 31.734,00). Dies entspricht 3,2% des vereinbarten Kaufpreises. Dieser Restbetrag rechtfertigt es nach den eingangs dargelegten Grundsätzen nicht, dass der Beklagte wegen deren Nichtzahlung dem Auflassungsanspruch ein Zurückbehaltungsrecht entgegenhält.

e. Ob der Klägerin darüber hinaus weitere Gegenforderungen zustehen, mit denen sie die Aufrechnung erklären könnte, kann daher im vorliegenden Fall offen bleiben.

5. Schließlich steht dem Beklagten auch nicht ein Zurückbehaltungsrecht zu, weil die Klägerin die Wohnung Nr. 4 nicht abgenommen hat. Zwar besteht grundsätzlich ein Zurückbehaltungsrecht des Bauträgers gegenüber dem Auflassungsanspruch, wenn die Abnahme trotz abnahmefähiger Leistung nicht erklärt wird (vgl. Pause, a. a. O., Rn. 438). Zur Abnahmefähigkeit der Wohnung Nr. 4 hat der Beklagte allerdings nicht substantiiert vorgetragen, insbesondere ist diese nach dem Gutachten des Sachverständigen R auch nicht gegeben. Ausweislich des Gutachtens fehlten im Zeitpunkt der Begutachtung z. B. die Installationsteile im Bad (WC, Waschtisch, Bad-Heizkörper, Duschabtrennung, Armaturen), bei den Dielenböden fehlte der Feinschliff und die Lackierung, alle Heizkörper waren noch zu montieren, teilweise fehlte die Elektroendinstallation (LG Karlsruhe, GA vom 07.08.2014, S. 72/78).

6. Der Anspruch der Klägerin auf Erstattung der geltend gemachten außergerichtlichen Kosten folgt aus §§ 634 Nr. 4, 280 BGB, der Zinsanspruch hieraus aus §§ 286 Abs. 1, 288 Abs. 1 BGB. Nachdem der Beklagte die Arbeiten nach dem Baustellengespräch vom 30.08.2012 zu Unrecht eingestellt hatte, durfte die Klägerin die Beauftragung des damaligen Klägervertreters für erforderlich halten, um - nach damaligem Stand - die Fertigstellung herbeizuführen (s. Schreiben von Rechtsanwalt H vom 13.09.2012, Anl. 5, AH I 69). Da sich der Wert für eine Herstellungsklage nach dem Wert des Werkes richtet, der in der Regel wirtschaftlich mit dem vereinbarten Preis übereinstimmt (vgl. Zöller/Herget, ZPO, 31. Aufl., § 3 Rn. 16 "Werkvertrag"),

ist der Ansatz eines Gegenstandswertes in Höhe von (nur) EUR 125.000,00 durch den damaligen Klägervertreter nicht zu beanstanden.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht gegeben sind.