

IM Bauträger 21 U 139/18

KG Berlin 21. Zivilsenat, Az.: 21 U 139/18

Leitsatz

1. Die Bestimmung eines Bauträgervertrages, wonach die Schlussrate bereits bei Fälligkeit der Bezugsfertigkeitsrate auf ein Anderkonto der beurkundenden Notarin zu zahlen ist, weicht nicht zu Lasten des Erwerbers von § 3 Abs. 2 MaBV ab und ist also wirksam.
2. Der Rücktritt eines Bauträgers vom Bauträgervertrag kann auch nach einer Fristsetzung mit Zuvielforderung wirksam sein. Entscheidend ist, ob der Erwerber die überhöhte Zahlungsaufforderung so verstehen musste, dass er jedenfalls den tatsächlich geschuldeten Betrag zu zahlen hat, und er diesen unschwer ermitteln kann.
3. Auch auf den Rücktritt eines Bauträgers von einem Bauträgervertrag findet § 323 Abs. 5 S. 2 BGB Anwendung.
4. Ob die Pflichtverletzung einer Vertragspartei unerheblich im Sinne von § 323 Abs. 5 S. 2 BGB ist, ist stets aufgrund einer Gesamtabwägung zu entscheiden, die abstrakte Anknüpfung an einen Zahlungsrückstand in Höhe eines bestimmten Schwellenwertes ist kein geeignetes Kriterium.

Tenor

1.
Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts vom 7. September 2018 wird zurückgewiesen.
2.
Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
3.
Dieses und fortan auch das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.
4.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

1

Die Klägerin nimmt die Beklagte aus einem Bauträgervertrag wegen der verzögerten Übergabe einer Eigentumswohnung auf Schadensersatz in Anspruch.

2

Mit notariellem Vertrag vom 8. November 2011 (Anlage K 1, im Folgenden auch "Bauträgervertrag") kaufte die Klägerin von der Beklagten einen Miteigentumsanteil von 530/10.000 an dem Grundstück G... Berlin verbunden mit dem Sondereigentum an der im Aufteilungsplan der Teilungserklärung vom 22. August 2011 mit Nr. 24 bezeichneten Wohnung (im Folgenden auch "Wohnung 24" oder "Wohneinheit"). Daneben kaufte die Klägerin das Sondereigentum an den Stellplätzen Nr. 31 und 50 in der zu der Anlage gehörenden Tiefgarage mit den dazu gehörenden Miteigentumsanteilen von jeweils 24/10.000 (Wohnung 24 und die Stellplätze im Folgenden auch als "Kaufgegenstand" oder "Vertragsobjekt" bezeichnet).

3

In Abschnitt III. des Vertrages verpflichtete sich die Beklagte zur Herstellung des Kaufgegenstands gemäß einer in Bezug genommenen Baubeschreibung. Ferner heißt es im Abschnitt III, wobei die Beklagte als "Verkäufer" und die Klägerin als "Käufer" bezeichnet werden:

4

"4. Fertigstellung

Der Verkäufer sichert zu, den Kaufgegenstand ... bis spätestens 31. März 2012 bezugsfertig herzustellen, sofern die Sonderwünsche und etwaigen Grundrissänderungen bis zum 30. 11.2011 festgelegt sind.

Die vollständige Fertigstellung erfolgt bis zum 30. April 2012. (...)

5. Vertragsstrafe

Hat der Verkäufer die Fristüberschreitung - bezogen auf die Bezugsfertigkeit - zu vertreten, so hat er dem Käufer eine Vertragsstrafe von 10,- €/m² je Monat zu zahlen, wobei die Berechnung tageweise erfolgt. Im Übrigen verbleibt es bei den gesetzlichen Bestimmungen."

5

Als Kaufpreis für die Wohnung 24 vereinbarten die Parteien 671.365,- €, für die beiden Tiefgaragenstellplätze jeweils 28.500,- €, insgesamt mithin 728.365,- €. 95 % des Kaufpreises sollten in den folgenden Raten fällig werden (vgl. V.2.1 des Vertrages, Anlage K 1):

6

"25 % nach Beginn der Erdarbeiten (1. Rate)

28 % nach Rohbaufertigstellung, einschließlich Zimmererarbeiten (2. Rate)

12,6 % für die Herstellung der Dachflächen und Dachrinnen sowie für den
Festereinbau einschließlich der Verglasung (3. Rate)

10,5 % für die Rohinstallation der Heizungs-, Sanitär- und Elektroanlagen
sowie für den Innenputz, ausgenommen Beiputzarbeiten (4. Rate)

4,9 % für den Estrich sowie für die Fliesenarbeiten im Sanitärbereich (5. Rate)

10,5 % nach Bezugfertigkeit und Zug um Zug gegen Besitzübergabe sowie
für die Fassadenarbeiten (6. Rate)

3,5 % nach vollständiger Fertigstellung (7. Rate).”

7

Weiter heißt es in Abschnitt V. des Vertrages, wobei die Parteien wiederum als Käufer und
Verkäufer bezeichnet werden:

8

“2.1

(...) Der Sicherheitseinbehalt in Höhe von 5 % ist zur Zahlung fällig, wenn der
Kaufgegenstand (einschließlich Gemeinschaftseigentum) rechtzeitig und ohne wesentliche
Mängel (Bezugfertigkeit) fertig gestellt ist (Abnahmereife). Ist dies nicht der Fall, bestimmt
sich die Fälligkeit nach den gesetzlichen Bestimmungen. (...)

9

4.3

(...) Der Käufer zahlt die letzte Kaufpreisrate mit Fälligkeit der Kaufpreisrate 6 auf ein von der
amtierenden Notarin bei einer deutschen Bank neu einzurichtendes Notaranderkonto ein.”

10

In Abschnitt VI. 5 heißt es:

11

“Der Verkäufer ist zur Übergabe verpflichtet, wenn die Abnahme des Sondereigentums
durchgeführt ist und der Käufer alle zu diesem Zeitpunkt fälligen Zahlungen - einschließlich
der Hinterlegung der letzten Rate in Höhe von 3,5 % - geleistet hat oder Zug um Zug gegen
Übergabe leistet.”

12

Am 3. April 2012 führten die Parteien einen Termin in Wohnung 24 durch, bei dem die
Klägerin wegen diverser Mängel die Abnahme verweigerte. Am 15. Juni 2012 besichtigten
die Parteien erneut die Wohnung, die Klägerin erklärte wiederum wegen diverser Mängel
(vgl. die Liste Anlage K 13) keine Abnahme. Zwischen den Parteien war insbesondere
umstritten, ob das Parkett in der Wohnung ordnungsgemäß verlegt war. Deshalb
beauftragten sie im Anschluss an den Termin einen Sachverständigen Joachim Barth mit der

Erstellung eines Gutachtens. Die Klägerin schrieb der Beklagten am 20. Juni 2012 per Mail, "die Abnahme rückwirkend zum 15.6." zu erklären, "sollte der Gutachter feststellen, dass keine Mängel am Parkett vorliegen" (Anlage K 14).

13

Am 17. Juli 2012 untersuchte der Sachverständige Barth das Parkett und stellte einzelne Mängel fest, die die Beklagte sogleich nachbessern ließ. In einem zweiten Termin am 20. Juli 2012 stellte der Sachverständige B... fest, dass "sämtliche nachzuarbeitenden Bereiche" "entsprechend den Vorgaben zufriedenstellend abgearbeitet" waren, was er in einem Gutachten vom 30. Juli 2012 festhielt (Anlage K 17, S. 10). Des weiteren heißt es in dem Gutachten:

14

"Sofern kein erhöhter Schallschutz bezüglich der Parkettarbeiten zu erbringen war, kann die Bezugsfertigkeit der Parkettarbeiten für den 20.07.2012 bestätigt werden"(S. 11). "War erhöhter Schallschutz zu erbringen, hätte unter die Sockelleisten ein Entkopplungsstreifen eingebaut werden müssen"(S. 9).

15

Mit Schreiben ihres Prozessbevollmächtigten vom 2. August 2012 bot die Beklagte der Klägerin die sofortige Übergabe des Kaufgegenstands an, allerdings nur gegen eine Zahlung von 148.452,15 €. Zu diesem Zeitpunkt hatte die Klägerin von dem Gesamtkaufpreis von 671.365,- € für die Wohnung 24 an die Beklagte 525.768,74 € gezahlt und weitere 24.495,28 € für die Schlussrate auf das hierfür bestimmte Anderkonto der beauftragten Notarin eingezahlt. Den Kaufpreis für die beiden Stellplätze hatte die Klägerin ebenfalls nicht vollständig bezahlt.

16

Die Klägerin ließ der Beklagten mit Schreiben vom 9. August 2012 mitteilen, die Wohnung sei nicht abnahmereif hergestellt, da die Beklagte nicht nachgewiesen habe, dass die Vorgaben für einen erhöhten Schallschutz nach Beiblatt 2 der DIN 4109 eingehalten seien. Die Klägerin verweigerte deshalb zunächst weitere Zahlungen.

17

Mit Schreiben vom 11. September 2012 erklärte die Beklagte wegen des Zahlungsrückstands den Rücktritt vom Bauträgervertrag.

18

Die Klägerin beantragte im September 2012 am Landgericht Berlin die Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens über die Frage, ob die Wohnung 24 den Anforderungen des erhöhten Schallschutzes nach Beiblatt 2 zur DIN 4109 genügt (27 OH 4/12). Der vom Gericht beauftragte Sachverständige Dr. T... stellte in seinem Gutachten vom 16. August 2013 fest, dass die von ihm untersuchten Bauteile der Wohnung 24 diese Vorgaben einhielten.

19

Die Beklagte erhob im Jahr 2013 Klage gegen die Klägerin vor dem Landgericht Berlin auf Rückabwicklung des Bauträgervertrages. Das Landgericht wies die Klage mit Urteil vom 20. Juni 2014 (5 O 278/13) ab, das Kammergericht wies die dagegen gerichtete Berufung der (hiesigen) Beklagten mit Urteil vom 24. September 2015 zurück (27 U 98/14). Zur Begründung führte das Kammergericht aus, der Rücktritt sei unwirksam, da es an einem fälligen Zahlungsanspruch und einer Fristsetzung gemäß § 323 Abs. 1 BGB fehle. Das Urteil ist rechtskräftig.

20

Am 19. November 2015 führten die Parteien einen erneuten Termin durch, bei dem die Klägerin die Abnahme unter Vorbehalt diverser Mängel erklärte (Anlage K 30). Nachdem die Beklagte Gelegenheit zu Nachbesserungen erhalten und die Klägerin am 23. September 2015 und 2. Dezember 2015 weitere Zahlungen in Höhe von insgesamt 149.600,99 € an die Beklagte geleistet hatte, übergab die Beklagte am 17. Dezember 2015 der Klägerin das Vertragsobjekt.

21

Im Februar 2016 erhob die Klägerin vor dem Landgericht Berlin Klage gegen die Beklagte auf Zahlung von Verzugsschadensersatz, weil die Beklagte ihr die Wohnung 24 nicht zum Vertragstermin, den 1. April 2012 übergeben hatte (31 O 192/16). Dabei beschränkte sie sich auf den Verzugsschaden für die Jahre 2012 und 2013, den sie zuletzt mit 239.642,63 € nebst Zinsen bezifferte. Als Schaden machte die Klägerin die Kosten der Miete einer Ersatzwohnung und der Einlagerung ihrer Möbel, erhöhte Finanzierungskosten, die Vertragsstrafe, Nutzungsentschädigung und entgangene Erträge für ihr zum Kauf eingesetztes Eigenkapital geltend.

22

In der zweiten Instanz verurteilte der Senat die Beklagte mit Urteil vom 15. Mai 2018 (21 U 90/17) zur Zahlung von 10.620,45 € nebst Zinsen an die Klägerin und wies die restliche Klage ab. Zur Begründung führte der Senat aus, die Wohnung 24 sei ab dem 21. Juli 2012 bezugsfertig und die Beklagte nur noch Zug um Zug gegen Zahlung des einredefrei geschuldeten Kaufpreisanteils zur Übergabe verpflichtet gewesen. Da die Klägerin nicht zur Zahlung eines ausreichenden Geldbetrages bereit gewesen sei und zugunsten der Beklagten somit die Einrede des § 320 BGB bestand, habe sie sich nicht in Verzug befunden, obgleich sie ab dem 12. September 2012 aufgrund ihres Rücktritts nicht mehr zur Übergabe der Wohnung bereit gewesen sei. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf dieses Urteil verwiesen.

23

Mit Beschluss vom 23. Januar 2019 hat der Bundesgerichtshof die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin gegen das Urteil des Senats vom 15. Mai 2018 zurückgewiesen (VII ZR 135/18).

24

Bereits am 29. Dezember 2017 hat die Klägerin vor dem Landgericht Berlin eine weitere Klage gegen die Beklagte auf Zahlung von 129.377,45 € erhoben, die Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits ist. Mit dieser macht sie den Verzugsschaden geltend, der ihr im Jahr 2014 durch die nicht termingerechte Übergabe der Wohnung 24 entstanden sei. Der Schaden setzt sich im Wesentlichen aus denselben Positionen zusammen wie in dem vorangegangenen Verfahren betreffend den Verzugsschaden in den Jahren 2012 und 2013 (21 U 90/17).

25

Mit Urteil vom 7. September 2018 hat das Landgericht Berlin die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es sich im Wesentlichen auf das Urteil des Senats vom 15. Mai 2018 (21 U 90/17) bezogen.

26

Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit der Berufung, mit der sie die Klageforderung auf einen Betrag von 37.708,92 € reduziert. Ihr Rechtsmittel begründet sie wie folgt:

27

Der Vergütungsanspruch der Beklagten aus dem Bauträgervertrag sei nicht fällig gewesen, da sich dies nach § 641 Abs. 3 BGB richte. Der Ratenplan des Bauträgervertrags sei unwirksam, da die Klägerin bei Bezugsfertigkeit bereits die siebte Rate der Vergütung auf ein Anderkonto der beurkundenden Notarin habe zahlen müssen. Außerdem könne sich die Beklagte entgegen dem Urteil des Senats vom 15. Mai 2018 (21 U 90/17) gegenüber dem Verzugsschadensersatzanspruch der Klägerin nicht mit der Einrede des § 320 BGB verteidigen. Die Beklagte sei nach dem 11. September 2012 davon ausgegangen, vom Bauträgervertrag zurückgetreten zu sein und aus diesem Grund nicht mehr zu seiner Erfüllung bereit gewesen. Mit ihrer Erfüllungsbereitschaft habe die Beklagte auch die Einrede des § 320 BGB verloren.

28

Die Klägerin beantragt,

29

das Urteil des Landgerichts dahin abzuändern, dass die Beklagte verurteilt wird, an sie 37.708,92 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz zu zahlen.

30

Die Beklagte beantragt,

31

die Berufung zurückzuweisen.

32

Zur Begründung verteidigt sie das erstinstanzliche Urteil.

II.

33

Die zulässige Berufung hat keinen Erfolg. Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Der Klägerin steht der mit der Klage geltend gemachte Anspruch auf Verzugsschadensersatz (§§ 280, 286 BGB) nicht zu.

1.

34

Auf den Vertrag zwischen den Parteien ist das Bürgerliche Gesetzbuch in der bis zum 31. Dezember 2017 geltenden Fassung anzuwenden, Art. 229 § 39 EGBGB.

2.

35

Der Senat kann zur Begründung seiner Entscheidung nicht ohne Weiteres auf sein Urteil vom 15. Mai 2018 (21 U 90/17) verweisen, obgleich dieses rechtskräftig ist, nachdem der Bundesgerichtshof die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin zurückgewiesen hat. Zwar hält der Senat die Grundaussagen dieses Urteils, die in den Leitsätzen zum Ausdruck kommen, nach wie vor für richtig. Die Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Einzelfall enthält aber einen Fehler, der zu korrigieren ist. Allerdings hat dieser Punkt auf das Ergebnis des Rechtsstreits keinen Einfluss.

a)

36

In seinem Urteil hat der Senat angenommen, der Klägerin stehe wegen der nicht zum vertraglich bestimmten Termin (1. April 2012) erfolgten Übergabe der Wohneinheit grundsätzlich ein Anspruch auf Ersatz des Verzugsschadens (§§ 280, 286 BGB) zu. Allerdings scheitere dieser Anspruch für die Zeit ab dem 21. Juli 2012 daran, dass die Klägerin nicht bereit gewesen sei, den Zug um Zug gegen Übergabe der Wohneinheit geschuldeten Kaufpreisanteil voll zu bezahlen. Zugunsten der Beklagten habe deshalb die Einrede des § 320 BGB bestanden. Für die Dauer dieser rechtshindernden Einrede entfalle der Anspruch auf Verzugsschadensersatz, da die Beklagte so lange den Verzug nicht zu vertreten hat. Dabei sei es unerheblich, ob sich die Beklagte tatsächlich auf die Einrede des § 320 BGB berufen hat (vgl. BGH Urteil vom 24. Oktober 2006, X ZR 124/03, Rz. 34; Urteil vom 23. Mai 2003, V ZR 190/02; Urteil vom 6. Dezember 1991, V ZR 229/90, BGHZ 116, 244; Löwisch in: Staudinger, BGB, Stand 2015, § 286 BGB, Rz. 15 ff, 25 m.w.N.).

b)

37

Bei diesen Überlegungen ist Folgendes nicht beachtet: Die Beklagte erklärte am 11. September 2012 wegen des Zahlungsverzugs der Klägerin den Rücktritt vom streitgegenständlichen Bauträgervertrag. In der Folgezeit war die Beklagte auch deshalb nicht zur Übergabe der Wohneinheit bereit, weil sie von der Wirksamkeit des Rücktritts ausging. Der Senat hat sich in seinem Urteil zur Wirksamkeit dieses Rücktritts nicht klar positioniert. Allerdings führte ein wirksamer Rücktritt dazu, dass der Vertrag in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt wird und der Kläger ab dem 11. September 2012 somit schon dem Grunde nach kein Schadensersatz aus §§ 280, 286 BGB mehr zustehen kann. Indem der Senat grundsätzlich von einem solchen Anspruch der Klägerin auch über den 11. September 2012 ausgegangen ist, dem lediglich die rechtshindernde Einrede aus § 320 BGB entgegen stehe, ist er folglich implizit von einer Unwirksamkeit des Rücktritts ausgegangen, wie es auch der 27. Senat des Kammergerichts in seinem Urteil vom 24. September 2015 (27 U 98/14) entschieden hatte.

38

Damit steht die Begründung der Klageabweisung durch den im Urteil vom 15. Mai 2018 aber nicht mehr in Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, worauf die Klägerin zu Recht hinweist. Eine Vertragspartei, die deutlich gemacht hat, an einem Vertrag nicht mehr festhalten zu wollen, ist nicht mehr berechtigt, sich auf die Einrede aus § 320 BGB zu berufen (BGH, Urteil vom 17. Juli 2013, VIII ZR 163/12; Urteil vom 4. Juli 2002, I ZR 313/99; Urteil vom 8. Juli 1983, V ZR 53/82, BGHZ 88, 91), sodass der Verzugsanspruch der Klägerin - sofern er denn besteht - für den Zeitraum nach der Rücktrittserklärung der Beklagten (ab dem 11. September 2012) - nicht mit dieser Begründung abgewiesen werden kann.

3.

39

Der Senat ist an diese Begründung der Klageabweisung im Urteil vom 15. Mai 2018 nicht gebunden, obgleich dieses Urteil rechtskräftig geworden ist. Damit steht zwischen den Parteien nur rechtskräftig fest, dass der seinerzeit geltend gemachte Anspruch der Klägerin auf Ersatz ihres Verzugsschadens für die Jahre 2012 und 2013 im Ergebnis nicht besteht. Die Begründung des Senats, warum dies so ist, ist von diesem Umfang der Rechtskraft nicht erfasst, auch soweit sie für die tenorierte Rechtsfolge tragend (bzw. "präjudiziell" oder "vorgreiflich") war (vgl. BGH, Beschluss vom 22. September 2016, V ZR 4/16; Urteil vom 5. November 2009, IX ZR 239/07, BGHZ 183, 77; Urteil vom 14. März 2008, V ZR 13/07; Vollkommer in: Zöller, ZPO, Kommentar, 32. Auflage, 2018, vor § 322 ZPO, Rz. 32 ff m.w.N.). Anderes gälte nur dann, wenn der Senat das Bestehen oder Nichtbestehen des

Verzugs der Beklagten auf den Antrag einer Partei gemäß § 256 Abs. 2 ZPO im Urteilstenor festgestellt hätte. Das ist aber nicht geschehen.

4.

40

Allerdings bestand der Anspruch auf Verzugsschadensersatz aus einem anderen Grund nicht mehr ab dem 11. September 2012 und folglich auch nicht im hier streitgegenständlichen Jahr 2014. Denn der Rücktritt der Klägerin vom Bauträgervertrag war wirksam und wandelte den Vertrag am 11. September 2012 in ein Rückgewährschuldverhältnis. Folglich war die Beklagte von da an tatsächlich nicht mehr zur Übergabe der Wohneinheit verpflichtet, sodass sich aus der Nichterfüllung kein Verzugsanspruch der Klägerin ergeben kann.

a)

41

Ein Bauträger kann von einem Bauträgervertrag zurücktreten, wenn der Erwerber eine fällige Zahlung nicht geleistet hat, auch nachdem ihm eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt worden ist (§ 323 Abs. 1 BGB). Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt.

aa)

42

Im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung war der Kaufpreisanspruch der Beklagten aus dem Bauträgervertrag bis einschließlich der Bezugsfertigkeitsrate - also der sechsten Rate - und mindestens in Höhe von 614.298,97 € fällig und einredefrei.

(1)

43

Der Zahlungsplan des Bauträgervertrags (V.2.1) ist wirksam und nicht gemäß §§ 3 Abs. 2, 12 MaBV i.V.m. § 134 BGB nichtig. Er weicht nicht zu Lasten der Klägerin von § 3 Abs. 2 MaBV ab (vgl. BGH, Urteil vom 22. März 2007, VII ZR 268/05, BGHZ 171, 364; Urteil vom 22. Dezember 2000, VII ZR 310/99, BGHZ 146, 250). Der Umstand, dass die Schlussrate bereits bei Fälligkeit der Bezugsfertigkeitsrate auf ein Anderkonto der beurkundenden Notarin zu zahlen war, stellt keine solche Abweichung dar. Er führt nicht dazu, dass die Beklagte bereits mit Bezugsfertigkeit über die Schlussrate verfügen konnte, sondern nur, dass diese bereits zu ihren Gunsten sichergestellt ist. Aus § 3 Abs. 2 MaBV lässt sich nicht ableiten, dass der Erwerber bis zur vollständigen Fertigstellung über die Liquidität der Schlussrate verfügen können muss, zumal er sie ohnehin im Regelfall über eine Bank finanziert. Dem Bauträger steht die Liquidität vor Erreichen eines entsprechenden Bautenstands zwar noch nicht zu, er kann bei der vorliegenden Vertragsgestaltung aber auch nicht über das Guthaben auf dem Anderkonto der beurkundenden Notarin verfügen. Deshalb ist eine solche Regelung nicht zu beanstanden in Anbetracht des Umstands, dass

der Erwerber von der Übergabe der bezugsfertigen Wohneinheit an in aller Regel den Vertragsgegenstand insgesamt nutzen kann, einschließlich des über das Sondereigentum hinausgehenden Gemeinschaftseigentums.

(2)

44

Die Vergütung der Beklagten war jedenfalls seit dem 21. Juli 2012 bis einschließlich der Bezugsfertigkeitsrate - also der sechsten Rate - zur Zahlung an die Beklagte fällig. An diesem Tag hatte die Beklagte die von der Beklagten gekaufte Wohneinheit abnahmereif bezugsfertig hergestellt.

(a)

45

Der von den Parteien beauftragte Sachverständige Barth hatte am Vortag bestätigt, dass die Mängel an dem Parkett beseitigt waren (vgl. das Urteil vom 15. Mai 2018, 21 U 90/17 unter II.1.b) bb) und cc)). Die Klägerin verweist im vorliegenden Rechtsstreit demgegenüber auf das Gutachten eines Sachverständigen Kudell, aus dem sich ergeben soll, dass "das Parkett bis heute fehlerhaft" sei (Schriftsatz der Klägerin vom 21. August 2018, S. 3, Anlage K 49). Damit wird die Bezugsfertigkeit der Wohneinheit mit Blick auf das Parkett zum 21. Juli 2012 aber nicht ausreichend in Zweifel gezogen. Denn das Gutachten Kudell basiert auf einer Untersuchung, die im Oktober 2016, also über vier Jahre später und ungefähr ein Jahr nach dem Einzug der Klägerin durchgeführt worden ist. Zudem sieht auch der Sachverständige Kudell lediglich optische Beeinträchtigungen (vgl. S. 11 und 12 der Anlage K 49). Sieht man von den untergeordneten angeblichen "Kantenüberständen" (Beseitigungsaufwand angeblich 190,- €, vgl. S. 12) ab, ist nicht ersichtlich, dass die erwähnten Oberflächenmängel schon im Juli 2012 vorlagen, sie können auch im Verlauf der einjährigen Nutzung durch die Klägerin entstanden sein. Diese Annahme liegt insbesondere deshalb nahe, weil die Klägerin im Juli 2012 nach Vorliegen des Gutachtens des Sachverständigen B... keine weiteren Oberflächenmängel am Parkett mehr rügte, geschweige denn solche, die der Bezugsfertigkeit ihrer Wohneinheit entgegenstehen könnten.

(b)

46

Die Wohnung genügte auch den vertraglichen Anforderungen an den Schallschutz. Insoweit kann auf das Urteil vom 15. Mai 2018 (21 U 90/17 unter II.1.b) cc)(1)) verwiesen werden. Diese Feststellung basiert auf den Ergebnissen des Sachverständigen Dr. T..., der über diese Frage in dem von der Klägerin eingeleiteten selbständigen Beweisverfahren vor dem Landgericht Berlin (27 OH 4/12) ein dahin gehendes Gutachten erstellt hatte. Dass zur Einhaltung des Schallschutzes möglicherweise noch der Einbau von Schallschutzstreifen erforderlich war, die im Juli 2012 noch nicht vorhanden waren, ist unerheblich, da dieser

Umstand der Bezugfertigkeit nicht entgegensteht (vgl. Urteil vom 15. Mai 2018, 21 U 90/17 unter II.1.b) cc)(1) (a)).

(c)

47

Sonstige Mängel sind nicht ersichtlich und werden von der Klägerin auch nicht vorgetragen. Vielmehr hatte sie damals nur die tatsächlichen oder angeblichen Parkettmängel und sodann den Schallschutzmangel als wesentlich angesehen (vgl. ihre Mail vom 20. Juni 2012, Anlage K 14)

(3)

48

Soweit der 27. Zivilsenat des Kammergerichts in dem Urteil vom 24. September 2015 (27 U 98/14) annahm, die Bezugfertighkeitsrate / sechste Rate des streitgegenständlichen Bauträgervertrags sei nicht fällig geworden, vermag sich der Senat dem nicht anzuschließen. Dass die Klägerin die Abnahme der bezugsfertigen Wohneinheit nicht erklärt hat, ist unerheblich, da die Beklagte sie jedenfalls abnahmereif hergestellt hat, was der 27. Zivilsenat in dem Urteil auch selbst erkannt hat (a.a.O. S. 5).

(4)

49

Betrachtet man nur die Vergütung für die Wohneinheit und lässt die beiden von der Klägerin gekauften Stellplätze zu ihren Gunsten außer Acht (dadurch würde sich der Kaufpreis weiter erhöhen), ermittelt sich einschließlich der Bezugfertighkeitsrate ein fälliger Kaufpreisanspruch von $671.365,00 \text{ €} \times 0,915 = 614.298,97 \text{ €}$.

50

Die Erfüllungssicherheit gemäß § 632a Abs. 3 S. 1 BGB a.F. in Höhe von 5 % des Kaufpreisanspruchs ist hierbei bereits berücksichtigt (vgl. Bauträgervertrag V.2.1).

(5)

51

Dieser Kaufpreisanspruch ist sodann in Höhe von weiteren 10.000,- € gemäß § 641 Abs. 3 BGB einredebehaftet. Der Senat war in seinem Urteil vom 15. Mai 2018 noch von Beseitigungskosten wegen nicht wesentlicher Mängel in Höhe von 3.000,- €, also einem Einbehalt von 6.000,- € ausgegangen (vgl. Urteil vom 15. Mai 2018, 21 U 90/17, II.1.b) cc)(1) (b)). Im vorliegenden Rechtsstreit hat das Landgericht demgegenüber die Mängelbeseitigungskosten mit 5.000,- € veranschlagt, weil es vorsorglich auch Kosten einbezogen hat, die im Gutachten des Sachverständigen K... aufgeführt sind (vgl. Urteil des Landgerichts, S. 5 sowie Anlage K 49, S. 12). Jedenfalls ist nicht ersichtlich, dass die Klägerin zu einem höheren Einbehalt berechtigt gewesen sein könnte. Auch wenn im Streit um die Höhe des Einbehalts die Beklagte die Beweislast trägt (vgl. BGH, Urteil vom 6.

Dezember 2007, VII ZR 125/06; vgl. Karczewski, *ibr* 2018, 509), muss zunächst die Klägerin aufzeigen, aufgrund welcher Mängel ihr ein höherer Einbehalt zustehen soll. Das ist hier nicht geschehen. Die Klägerin behauptet ohne jede Bezugnahme auf konkrete Mängelsymptome lediglich pauschal Beseitigungskosten von 62.000,- € (Schriftsatz der Klägerin vom 21. August 2018, S. 4). Dass dies nicht ausreicht, hat bereits das Landgericht zutreffend erkannt (Urteil des Landgerichts, S. 6), ohne dass die Klägerin dies in der Berufungsbegründung angegriffen hätte.

bb)

52

Gegenüber dieser fälligen und einredefreien Forderung von 614.298,97 € - 10.000,00 € = 604.298,97 € hatte die Klägerin Zahlungen wegen der Wohneinheit (ohne Berücksichtigung der Stellplätze) in Höhe von 525.768,74 und weiteren 24.495,28 € (Schlussrate), also rund 550.000,- € geleistet (vgl. Urteil vom 15. Mai 2018, 21 U 90/17, II.1.b) cc) (1) (d)).

53

Somit war die Klägerin ab dem 21. Juli 2012 gegenüber dem fälligen und einredefreien Kaufpreisanspruch der Beklagten mit mindestens rund 54.000,- € im Rückstand, wie das Landgericht zutreffend erkannt hat.

cc)

54

Mit Schreiben vom 2. August 2012 (Anlage K 20) hat die Beklagte der Klägerin wirksam eine Nacherfüllungsfrist von 14 Tagen zur Zahlung ihrer noch offenen und fälligen Restvergütung gesetzt (§ 323 Abs. 1 BGB). Zugleich hat sie der Klägerin die Übergabe der Wohnung angeboten (Anlage K 20, S 3).

55

Es ist unschädlich, dass die beanspruchte Zahlung mit 148.452,15 € zu hoch war, wengleich die Differenz zu dem vom Senat überschlägig ermittelten Zahlungsrückstand der Klägerin (vgl. oben bb)) auch durch den Kaufpreis für die Stellplätze bedingt ist. Jedenfalls ist die Zuvielforderung der Beklagten unschädlich für die Wirksamkeit ihrer Fristsetzung gemäß § 323 Abs. 1 BGB.

56

Ob eine Zuvielforderung zur Unwirksamkeit einer Mahnung oder Fristsetzung führt, entscheidet sich unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls (BGH, Urteil vom 13. November 1990, XI ZR 217/89, Rz. 36). Entscheidend ist, ob den Schuldner die Signalwirkung der Zahlungsaufforderung erreicht. Davon ist auszugehen, wenn der Schuldner - hier die Klägerin - die Aufforderung des Gläubigers, auch wenn sie sich auf einen zu hohen Betrag bezieht, so verstehen muss, dass er zur Bewirkung der tatsächlich geschuldeten Leistung aufgefordert ist (BGH, Urteil vom 5. Oktober 2005, X ZR 276/02;

Urteil vom 09. November 2000, VII ZR 82/99, BGHZ 146, 24, Rn. 43; Urteil vom 25. April 2017, XI ZR 573/15, Rn. 44) und der Schuldner zur Ermittlung der wirklich geschuldeten Forderungshöhe in der Lage ist (BGH, Urteil vom 12. Juli 2006, X ZR 157/05; Urteil vom 9. Februar 1993, XI ZR 88/92; Urteil vom 13. November 1990, XI ZR 217/89).

57

Diese Voraussetzung ist hier erfüllt. Die Beklagte bringt in ihrem Schreiben vom 2. August 2012 (Anlage K 20) zum Ausdruck, dass sie die Wohneinheit als bezugsfertig ansehe und die Klägerin daher die Bezugsfertigkeitsrate zu zahlen habe. Über die Höhe dieser Rate gab es zwischen den Parteien keinen Streit, die Klägerin konnte sie aus dem Bauträgervertrag entnehmen. Differenzen bestanden nur über die Höhe der davon vorzunehmenden Abzüge. Insoweit waren die von der Beklagten zugebilligten Abzüge zu gering, da sie den bis dahin aufgelaufenen Verzugsschaden der Klägerin mit 4.000,- € zu niedrig veranschlagte und außerdem (vermutlich) nicht beachtete, dass die Klägerin weiter zum Einbehalt der Erfüllungssicherheit in Höhe von 5 % berechtigt war (vgl. Kammergericht, Urteil vom 4. Oktober 2017, 21 U 79/17, Rz. 39 m.w.N.). Die hierdurch bedingte Zuvielforderung war aber nicht so überhöht, dass sie den berechtigten Anteil der Zahlungsaufforderung in den Hintergrund treten ließ. Vielmehr wäre es einer objektiv abwägenden Vertragspartei, die ihre eigene Rechtsposition einer kritischen Prüfung unterzieht, möglich gewesen, die berechtigten Abzüge in der objektiv berechtigten Höhe in etwa zutreffend zu ermitteln. Die Klägerin hätte dann zu dem Ergebnis kommen müssen, dass zumindest rund 54.000,- € an die Beklagte zu zahlen sind.

58

Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, dass für die Klägerin im Jahre 2012 noch eine Ungewissheit über Trittschallmängel bestand. Auch wenn die Beklagte keinen Nachweis über die Einhaltung der maßgeblichen Vorschriften schuldete (vgl. Urteil vom 15. Mai 2018, 21 U 90/17), bestand damit kein unverhältnismäßiges Überzahlungsrisiko für die Klägerin: Sie konnte im Rahmen zweier Abnahmetermine die Bezugsfertigkeit der Wohneinheit überprüfen, wobei sie einen Sachverständigen hinzuziehen konnte, zudem stand ihr auch nach der Zahlung der Bezugsfertigkeitsrate und Übergabe der Wohnung noch die Erfüllungssicherheit in Höhe von 5 % der Vergütung zu für etwaige zuvor verborgene Mängel.

59

Vor diesem Hintergrund vermag sich der Senat der Annahme des 27. Zivilsenats im Urteil vom 24. September 2015 (27 U 98/14), es fehle an einer Fristsetzung gemäß § 323 Abs. 1 BGB, nicht anzuschließen.

dd)

60

Nachdem die Klägerin den fälligen und einredefreien Teil der Bezugfertigkeitrate auch am 11. September 2012 nicht gezahlt hatte, konnte die Beklagte folglich an diesem Tag vom Bauträgervertrag zurücktreten.

ee)

61

Die Wirksamkeit des Rücktritts scheitert nicht an § 323 Abs. 5 S. 2 BGB. Die Pflichtverletzung der Klägerin ist nicht unerheblich.

(1)

62

§ 323 Abs. 5 S. 2 BGB findet auch auf den Rücktritt des Geldleistungsgläubigers eines gegenseitigen Vertrages Anwendung - also auf den Rücktritt durch den Bauträger (KG, Urteil vom 1. Juli 2014, 7 U 161/13; Basty, Der Bauträgervertrag, 9. Auflage, 2018, Rz. 199; a.A. Ernst in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2019, § 323 BGB, Rz. 243; Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, 6. Auflage, 2018, Rz. 388). Es mag sein, dass die Vorschrift vor allem für den umgekehrten Fall des Rücktritts durch den Gläubiger der vertragsspezifischen Leistung von Bedeutung ist (vgl. Ernst a.a.O.). Dem Gesetz ist aber keine dahingehende ausschließliche Geltung dieser Norm zu entnehmen. Zudem ist die Aussage von § 323 Abs. 5 S. 2 BGB, wonach wenn eine Teilleistung bewirkt ist, eine unerhebliche Pflichtverletzung nicht zum Rücktritt berechtigt, eine auch für den Rücktritt des Geldleistungsgläubigers überzeugende Wertung.

(2)

63

Ob eine Pflichtverletzung unerheblich ist, ist allerdings sowohl beim Rücktritt des Geldleistungsgläubigers (Bauträger) wie beim Rücktritt des Sachleistungsgläubigers (Erwerber) aufgrund einer Gesamtabwägung zu entscheiden (vgl. BGH, Urteil vom 28. Mai 2014, VIII ZR 94/13, BGHZ 201, 290; Urteil vom 6. Februar 2013, VIII ZR 374/11; Urteil vom 17. Februar 2010, VIII ZR 70/07). Insbesondere beim Rücktritt des Geldleistungsgläubigers verbietet sich die Annahme starrer Schwellenwerte (vgl. Pause a.a.O., Rz. 388). Ein Schwellenwert in Höhe von 10 % der vereinbarten Vergütung (so KG, Urteil vom 1. Juli 2014, 7 U 161/13, Rz. 59) erschiene dem Senat auch als zu hoch (so auch Pause a.a.O., Rz. 388, und OLG Schleswig, Urteil vom 1. März 2016, 3 U 12/15: „5 %“; abschwächend Basty, a.a.O., Rz. 199: „5 bis 10 %“). Vielmehr kommt es auf den Einzelfall und den Kontext des Zahlungsrückstands an. Handelt es sich um einen absolut nicht unerheblichen Betrag (z.B. über 10.000,- €), dessen Zahlung der Erwerber beharrlich über einen längeren Zeitraum verweigert, kann (nicht: muss!) dies durchaus den Rücktritt rechtfertigen, auch wenn es sich lediglich um einen Kaufpreisanteil von z.B. 1,5 % handeln sollte (so Pause, a.a.O., Rz. 388). Auf der anderen Seite kann auch eine höhere Nichtzahlung deshalb unerheblich sein, weil

der Rücktrittsgläubiger selbst durch eine Zuvielforderung zu einer unklaren Forderungshöhe beigetragen hat. Ebenso kann eine zugunsten des Erwerbers bestehende Aufrechnungslage (z.B. wegen einer Vertragsstrafe aufgrund der verspäteten Fertigstellung der Wohneinheit) auch vor Ausübung des Gestaltungsrechts zu berücksichtigen sein. Im Ergebnis müssen hier die gleiche Abgrenzungskriterien gelten wie im Rahmen von § 320 Abs. 2 BGB (vgl. dazu Kammergericht, Urteil vom 4. Oktober 2017, 21 U 79/17, Rz. 48).

(3)

64

Im vorliegenden Fall war der Zahlungsrückstand der Klägerin im Zeitpunkt des Rücktritts nicht unerheblich. Auch wenn man zusätzlich zu ihren Gunsten ihren Schadensersatzanspruch in Höhe von 10.620,45 € berücksichtigt, der durch den Verzug der Beklagten bis zum 20. Juli 2012 aufgelaufen war (zuerkannt mit Urteil vom 15. Mai 2018, 21 U 90/17) und mit dem sie gegenüber dem Anspruch der Beklagten hätte aufrechnen können, bleibt es bei einem Rückstand von mindestens rund 43.000,- €. Hierbei handelt es sich um einen erheblichen Betrag, auch unter Berücksichtigung der Zuvielforderung der Beklagten in der Fristsetzung vom 2. August 2012 (Anlage K 20). Denn eine objektive Vertragspartei in der Situation der Klägerin hätte trotz dieser Zuvielforderung bei kritischer Prüfung der eigenen Rechtsposition unschwer feststellen können und müssen, dass Zug um Zug gegen Übergabe der Wohneinheit eine weitere erhebliche Zahlung an die Beklagte fällig und einredefrei war.

b)

65

Der Senat ist nicht durch das Urteil des Kammergerichts vom 24. September 2015 (27 U 98/14) daran gehindert, den mit Schreiben vom 11. September 2012 erklärten Rücktritt der Beklagten vom Bauträgervertrag als wirksam anzusehen. Zwar hat dort der 27. Zivilsenat des Kammergerichts die Klage der Beklagten auf Rückabwicklung des Bauträgervertrags (insbesondere: Löschung der Auflassungsvormerkung) abgewiesen und dies damit begründet, dass der Rücktritt der Beklagten von dem Vertrag unwirksam gewesen sei. Dieses Urteil ist auch in Rechtskraft zwischen den Parteien erwachsen. Damit steht zwischen den Parteien aber nur rechtskräftig fest, dass der seinerzeit geltend gemachte Anspruch auf Bewilligung der Löschung der Auflassungsvormerkung für die Wohneinheit nicht besteht. Die Entscheidung des Kammergerichts über Vorfragen und Rechtsverhältnisse zwischen den Parteien, auch soweit sie für die tenorierte Rechtsfolge notwendig sind, erwächst hingegen nicht in Rechtskraft (vgl. BGH, Beschluss vom 22. September 2016, V ZR 4/16; Urteil vom 5. November 2009, IX ZR 239/07, BGHZ 183, 77; Urteil vom 14. März 2008, V ZR 13/07; Vollkommer in: Zöller, ZPO, Kommentar, 32. Auflage, 2018, vor § 322 ZPO, Rz. 32 ff m.w.N.). Da der 27. Zivilsenat in seinem Urteil vom 24. September 2015 nicht

im Tenor festgestellt hat, dass der mit Schreiben vom 11. September 2012 erklärte Rücktritt der Beklagten unwirksam sei, entfalten die dahingehenden Erwägungen in der Urteilsbegründung mithin keine Rechtskraft zwischen den Parteien, sodass auch der Senat daran nicht gebunden ist. Er kann (und muss) somit nach seiner eigenen Überzeugung entscheiden, die dahin geht, dass die Kündigung der Beklagten wirksam war.

c)

66

Der Senat hat die Parteien mit Schreiben vom 8. Februar 2019 darauf hingewiesen, dass er seine Rechtsauffassung gegenüber seinem Urteil vom 15. Mai 2018 in einem Punkt geändert hat, der Rücktritt der Beklagten wirksam sein könnte und er sich nicht an das Urteil des 27. Zivilsenats vom 24. September 2015 (27 U 98/14) gebunden sieht.

5.

67

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

6.

68

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

7.

69

Die Revision wird nicht zugelassen, da die Sache keine grundsätzliche Bedeutung hat und auch die Einheitlichkeit der Rechtsprechung keine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert.