

letzte Aktualisierung: 9.10.2023

OLG Brandenburg, Urt. v. 5.7.2023 – 4 U 105/22

BGB §§ 320, 650u, 650v

Bauträgervertrag: Leistungsverweigerungsrecht des Erwerbers, wenn die Herstellung der vertraglich vereinbarten Wohnfläche nicht gesichert ist

Bei einem Bauträgervertrag kann der Erwerber bereits in Bezug auf die erste Kaufpreisrate ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen, wenn nach dem Inhalt der Baugenehmigung die Herstellung der vertraglich geschuldeten Wohnfläche nicht gesichert ist. Dem steht nicht entgegen, dass der ersten Kaufpreisrate nach dem vereinbarten Abschlagszahlungsplan allein der Beginn der Erdarbeiten zugrunde lag und damit noch nicht ein Bautenstand, in dem sich die zu geringe Wohnfläche bereits verwirklicht hatte.

(Leitsatz der DNotI-Redaktion)



Brandenburgisches Oberlandesgericht

Im Namen des Volkes

Urteil

In dem Rechtsstreit

...

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte ...

gegen

(„Firma 01“)

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigter:
Rechtsanwalt ...

hat das Brandenburgische Oberlandesgericht - 4. Zivilsenat - durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Dr. Schäfer, den Richter am Oberlandesgericht Karkmann und die Richterin am Landgericht Knorr aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 03.05.2023 für
Recht erkannt:

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Potsdam vom 28.06.2022, Az. 6 O 168/21, abgeändert und insgesamt klarstellend wie folgt neu gefasst:

Es wird festgestellt, dass der zwischen den Parteien am 21.12.2018 abgeschlossene Kaufvertrag über Wohnungs- und Teileigentum mit Bauverpflichtung, Nummer ... der

Urkundenrolle für 2018 des Notars („Name 01“) in („Ort 01“), nicht durch die Rücktrittserklärung der Beklagten vom 16.09.2020 beendet worden ist.

2. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung des Klägers durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Gründe:

I.

Der Kläger begehrt die Feststellung, dass der zwischen den Parteien geschlossene Kaufvertrag mit Bauverpflichtung für eine Wohnung nicht durch die Rücktrittserklärung der Beklagten beendet worden ist.

Die Beklagte saniert die denkmalgeschützte („Gebäude 01“) in („Ort 02“) und teilte diese in mehrere Wohnungen auf. Der Kläger erwarb die im Gartengeschoss/Souterrain und Erdgeschoss gelegene Maisonette-Wohnung Nr. 68 sowie zwei Tiefgaragenstellplätze zum Gesamtkaufpreis von 2.351.000,00 €.

Der Kaufvertrag – hinsichtlich dessen Inhalts auf Anlage K 1 (Bl. 13ff der Akte) Bezug genommen wird - lautet auszugsweise wie folgt:

„§ 3 Bau- und Leistungsbeschreibung

(...)

2. Wegen des inneren Grundrisses der verkauften Wohnung verweisen die Beteiligten auf den dieser Urkunde als Anlage 2 beigefügten Plan. Die Wohnung wird voraussichtlich eine Größe von 277,50 m² haben. Als Beschaffenheit wird jedoch nur eine Mindestgröße der Wohnung vereinbart, die dieses Maß um bis zu 3 % unterschreitet. Der Verkäufer haftet demnach nur dann, wenn die als Beschaffenheit vereinbarte Größe der Wohnung unterschritten wird, und nur insoweit, als eine Abweichung nicht durch Sonderwünsche des Käufers veranlasst ist. Flächenangaben wurden berechnet nach der Wohnflächenverordnung, wobei etwaige Balkone/Terrassen mit der Hälfte ihrer Grundfläche angesetzt wurden. (...)

Der Kläger beauftragte in der Folgezeit eine Innenarchitektin mit der Planung des Innenausbaus der Wohnung Nr. 68 wie auch der Planung zur Verbindung der Wohnung mit der von ihm ebenfalls erworbenen Wohnung Nr. 71, welche im 1. Obergeschoss sowie im Dachgeschoss der Villa gelegen ist. Die daraus resultierenden Planungen - welche im Kern die Überführung des Treppenhauses im Südflügel von Gemeinschafts- in Sondereigentum des Klägers sowie die Schaffung eines Zugangs zur Wohnung Nr. 71 über die straßenseitige Terrasse vorsehen – sind

Grundlage für die am 28.08.2019 zwischen den Parteien geschlossene notarielle Ergänzungsvereinbarung zum Kaufvertrag. Dort heißt es u.a.:

"2. Die nach den Bezugsurkunden zum genannten Kaufvertrag noch maßgebliche Errichtung eines Treppenhauses im Südflügel der („Gebäude 01“) soll entfallen. Stattdessen sollen die dortigen bislang als Gemeinschaftseigentum vorgesehenen Flächen den hier noch zu schaffenden Einheiten 71 und 69 zugeschlagen werden. Die nunmehr verbindlichen Baupläne - auch für die hier genannten ursprünglich Kaufvertrag genannte Einheit selbst - ergeben sich aus den dieser Verhandlung beigefügten Plänen des Architekturbüros ... vom 01.04.2019 sowie vom 24.04.2019. Aus den Plänen ist auch die endgültige Ausgestaltung des Grundrisses des Gartengeschosses ersichtlich. (...)

3. (...) Im Zuge der einzuholenden neuen Abgeschlossenheitsbescheinigung wird auch der Zugang der Wohnung Nr. 71 über die derzeit noch der Wohnung 68 zugeordnete Treppe und Terrasse zur („Straße 01“) gesichert. Von der ursprünglichen Bruttofläche wird die nördliche Hälfte zur ausschließlichen Nutzung der Wohnung 68 zugeordnet, die südliche Hälfte inklusive des südlichen Treppenausgangs der Wohnung 71. Die Einzelheiten sind der Anlage zu entnehmen.

Die Regelungen zur Anpassung des Kaufpreises bei Flächenabweichungen gemäß § 4 Ziffer 2 des Ursprungsvertrages bleiben unverändert und beziehen sich ausschließlich auf die im Ursprungsvertrag angenommene Fläche und dort angegebenen Flächengrößen. Die durch die heutige Ergänzungsverhandlung hinzukommenden Flächen sind von der Kaufpreisanpassung ausgenommen.

4. Der Kaufpreis bleibt unverändert. (...)"

Ergänzend zur Baugenehmigung vom 09.08.2019 erteilte die zuständige Bauaufsichtsbehörde unter dem 29.01.2020 eine Nachtragsgenehmigung, die u.a. die in der Ergänzungsvereinbarung vom 28.08.2019 festgehaltenen Planänderungen umfasst. Das Vorhaben ist danach „nach § 34 (1) BauGB mit folgender Bedingung zulässig: Die ausreichende Belichtung der zu Wohnzwecken genutzten Aufenthaltsräume im Gartengeschoss ist nachzuweisen.“

Nachdem der Kläger festgestellt hatte, dass die ursprünglich erteilte Baugenehmigung für die Wohnung Nr. 68 nach der dortigen Wohnflächenberechnung lediglich eine Wohnfläche von 241,80 m² (statt im Kaufvertrag genannter 277,50 m²) aufwies, bat er mehrfach und zuletzt unter Rücktrittsandrohung um Mitteilung, welche Wohnfläche die Wohnung nach der auszuführenden Planung haben werde.

Nach Beginn der Bauarbeiten stellte die Beklagte dem Kläger unter dem 08.07.2020 die erste – bei Beginn der Erdarbeiten anfallende – Rate von 30 % des Kaufpreises in Höhe von 675.900,00 € für die Wohnung Nr. 68 und jeweils 14.900,00 € für die Tiefgaragenparkplätze in Rechnung und übersandte mit E-Mail vom 15.07.2020 eine Wohnflächenberechnung, welche eine Größe der Wohnung Nr. 68 von 277,90 m² ausweist. Ergänzend erläuterte er, dass für zwei zusammen 31,30 m² große Räume im Souterrain ein Belichtungs- und Belüftungsnachweis wegen der andauernden Abstimmung mit der unteren Denkmalschutzbehörde zur Ausgestaltung der Fensteröffnung noch ausstehe.

Auf die Rechnungen vom 08.07.2020 zahlte der Kläger einen Betrag in Höhe von 425.680,00 € und erläuterte mit Schreiben vom 05.08.2020 die Höhe seines Einbehalts; ferner stellte er in Aussicht diesen beim Nachweis der von ihm festgestellten Flächenabweichungen freizugeben. Nach zuvor erfolgter Anmahnung des noch offenen Rechnungsbetrages erklärte die Beklagte mit Schreiben vom 16.09.2020 den Rücktritt vom Kaufvertrag. Bereits zuvor hatte der Kläger den Rücktritt vom Kaufvertrag für die Wohnung Nr. 71 erklärt.

Mit seiner Klage hat der Kläger die Feststellung begehrt, dass der Kaufvertrag vom 21.12.2018 nicht durch die Rücktrittserklärung der Beklagten beendet worden ist. Er meinte, der von der Beklagten erklärte Rücktritt sei unwirksam, da er sich nicht im Zahlungsverzug befunden habe. Die Abschlagszahlungsforderung sei insgesamt noch nicht fällig gewesen, da die in der Baugenehmigung genannte Bedingung zum Belichtungs- und Belüftungsnachweis für zwei Räume im Souterrain unstreitig noch nicht erfüllt sei und damit insgesamt keine wirksame Baugenehmigung im Sinne von § 3 Abs. 1 Satz 1 Ziffer 4 MaBV vorliege. Jedenfalls stehe ihm ein Zurückbehaltungsrecht nach § 320 Abs. 2 BGB zu, da die Größe der Wohnung deutlich hinter der kaufvertraglich als Beschaffenheit vereinbarten Wohnfläche zurückbleibe.

Die Beklagte wandte dagegen ein, im Zeitpunkt der Rechnungslegung habe eine wirksame Baugenehmigung vorgelegen, welche nicht durch die Beantragung der Nachtragsgenehmigung entfallen sei. Sämtliche der Wohnflächenberechnung vom 15.07.2020 zugrunde liegenden Flächenangaben stimmten mit den Angaben in der Baugenehmigung überein. Beanstandungen hinsichtlich der Wohnfläche könnte der Kläger ohnehin erst zum Zeitpunkt der Abnahme geltend machen.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes im Übrigen wird auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, die Beklagte sei zum Rücktritt berechtigt gewesen, da die in Rechnung gestellten Abschlagszahlungen größtenteils fällig gewesen seien. Dem stünde zunächst nicht § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 MaBV entgegen, da die in der Baugenehmigung vom 09.08.2019 in Gestalt der Nachtragsgenehmigung vom 29.01.2020 ausgesprochene Bedingung, einen Belichtungsnachweis für die Räume im Souterrain zu erbringen, mangels anderweitiger Fristsetzung erst bei Schlussabnahme erfüllt sein müsse und damit – entgegen der Auffassung des Klägers – nicht die vertraglich vereinbarte Durchführung des Bauvorhabens hindere. Es sei dem Kläger zudem unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben verwehrt, der Beklagten die auf seine Änderungswünsche zurückgehende Bedingung in der Nachtragsgenehmigung entgegenzuhalten. Ein Zurückbehaltungsrecht an dem allein streitigen Teilbetrag von 162.120,00 € habe dem Kläger nicht wegen der voraussichtlich zu kleinen Wohnung

zugestanden. Dabei könne dahinstehen, ob die vertraglich vereinbarte Größe der Wohnung tatsächlich unterschritten werde, denn die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts scheitere bereits daran, dass der Kläger mangels Abnahme noch keine Mangelgewährleistungsrechte geltend machen könne. Das vom Kläger in Bezug genommene Urteil des Bundesgerichtshofs vom 27.10.2011 – VII ZR 84/09 – ermögliche die Geltendmachung von Gegenrechten vor Abnahme nur insoweit, als sie sich auf den jeweiligen Bautenstand bezögen. Dies sei hier wegen Koppelung der 1. Rate an den Beginn der Erdarbeiten nicht der Fall. Überdies mache der Kläger inhaltlich keinen Anspruch auf Ersatz von Mängelbeseitigungskosten, sondern auf Minderung gemäß § 638 BGB geltend. Die Beklagte habe dem Kläger schließlich eine angemessene Frist zur Leistung bestimmt, bevor sie den Rücktritt erklärt habe. Gemessen am seinerzeitigen Stand sei jedenfalls von einer ernsthaften und endgültigen Weigerung des Klägers gemäß § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB auszugehen, weshalb es nicht darauf ankomme, ob die unstreitige Zuvielforderung der Beklagten ihre Fristsetzung habe unwirksam werden lassen. Der unrechtmäßige Einbehalt von 23 % der Abschlagszahlungsforderung und 6,9 % des gesamten Kaufpreises stelle schließlich auch keine unerhebliche Pflichtverletzung im Sinne von § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB dar.

Das Urteil des Landgerichts Potsdam vom 28.06.2022 ist dem Kläger am 29.06.2022 zugestellt worden.

Mit bei Gericht am 05.07.2022 eingegangenem Schriftsatz hat der Kläger Berufung eingelegt und diese – nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist – mit bei Gericht am 28.09.2022 eingegangenem Schriftsatz begründet. Er verfolgt seine Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit des von der Beklagten erklärten Rücktritts weiter und meint, das Landgericht sei rechtsfehlerhaft von der Fälligkeit der ersten Abschlagszahlung ausgegangen. Die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 Nr. 4 MaBV hätten weder im Zeitpunkt der Rechnungslegung noch im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung vorgelegen, weil die Baugenehmigung in Gestalt der Nachtragsbaugenehmigung die vertragliche vorausgesetzte Nutzung des Kaufobjekts nicht ermöglicht habe. Daran ändere der Umstand nichts, dass der Belichtungsnachweis für die zwei Zimmer im Souterrain zu einem späteren Zeitpunkt von der Beklagten habe erbracht werden dürfen, weil bis zum Zeitpunkt des Nachweises eine vollständige Wohnnutzung des Gebäudes eben nicht erlaubt sei. Die gegenteilige Auffassung widerspreche Sinn und Zweck der Regelung, den Bauträgerkäufer zu schützen. Weiterhin habe dem Kläger ein Zurückbehaltungsrecht an der ersten Kaufpreisrate zugestanden, wie aus der bereits erstinstanzlich zitierten Rechtsprechung hervorgehe. Die in Rede stehende Größenabweichung begründe einen Mangel, wenn und solange der Bauträger das Vertragsobjekt aus rechtlichen Gründen nicht in der vertraglich zugesagten Größe errichten könne. Das Zurückbehaltungsrecht stehe dem Kläger ferner auch insoweit zu, als der Bemessung des zurückzubehaltenden

Betrages wegen der Art des Mangels nicht die Mangelbeseitigungskosten sondern der Minderungswert zugrunde gelegt werde.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Landgerichts Potsdam vom 06.08.2022, Az. 6 O 168/21, abzuändern und festzustellen, dass der zwischen den Parteien am 21.12.2018 abgeschlossene Kaufvertrag über Wohnungs- und Teileigentum mit Bauverpflichtung, Nummer ... der Urkundenrolle für 2018 des Notars („Name 01“) in („Ort 01“), nicht durch die Rücktrittserklärung der Beklagten vom 16.09.2020 beendet worden ist.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt die Entscheidung des Landgerichts unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags.

II.

Die zulässige Berufung des Klägers hat Erfolg. Die Klage ist begründet, da die Beklagte am 16.09.2020 nicht wirksam vom „Kaufvertrag mit Wohnungs- und Teileigentum mit Bauverpflichtung“ – einem Bauträgervertrag nach § 650u BGB und im Folgenden Vertrag genannt – zurückgetreten ist.

1. Die von § 323 Abs. 1 BGB geregelten Voraussetzungen für einen Rücktritt vom Vertrag lagen nicht vor. Danach kann der Gläubiger von einem gegenseitigen Vertrag zurücktreten, wenn der Schuldner eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß erbringt und der Gläubiger dem Schuldner erfolglos eine Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat oder die Fristsetzung nach § 323 Abs. 2 BGB entbehrlich ist.

Hier hatte der Kläger zwar seine Pflicht zur Zahlung der fälligen 1. Abschlagsrechnung nicht vollständig erfüllt (dazu unter a). Da ihm in Höhe des einbehaltenen Betrages indes ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht, ist die Forderung der Beklagten insoweit nicht durchsetzbar und vermag damit auch ein Rücktrittsrecht nicht zu begründen (dazu unter b). Der unter dem 16.09.2020 erklärte Rücktritt ist damit unwirksam.

a) Der Kläger hat seine vertragliche Pflicht nicht erfüllt, bei Beginn der Erdarbeiten für das in Rede stehende Bauvorhaben eine erste Kaufpreisrate in Höhe von 30 % des Kaufpreises zu entrichten, da er auf die ihm unter dem 14.07.2020 in Rechnung gestellten erste Kaufpreisrate von insgesamt 705.300,00 € (für die Wohnung Nr. 68 sowie zwei Stellplätze) lediglich Zahlungen in Höhe von insgesamt 425.680,00 € leistete. Unter Beachtung des ihm unstreitig zustehenden Sicherheiteinbehalts in Höhe von 117.500,00 € ist danach ein Betrag in Höhe von 162.120,00 € offen geblieben. Dieser Betrag ist entgegen der Auffassung des Klägers fällig.

aa) Dabei ist zunächst festzustellen, dass die Abschlagszahlungsvereinbarung in § 5 Ziffer 1 bis 4 des Vertrages wirksam ist.

Sie steht insbesondere im Einklang mit der für Bauträgerverträge gemäß § 650u BGB einschlägigen Regelung in § 650v BGB, wonach der Unternehmer von dem Besteller Abschlagszahlungen nur verlangen kann, soweit sie gemäß einer Verordnung auf Grundlage von Art. 244 EGBGB vereinbart sind. Eine solche Verordnung stellt die Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen (HausbauVO) dar (BeckOGK/Matkovic, 1.4.2023, BGB § 650u Rn. 116). Gemäß § 1 HausbauVO kann der Besteller bei Bauträgerverträgen zur Leistung von Abschlagszahlungen entsprechend § 3 Abs. 2 der Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV) verpflichtet werden, wenn und soweit der sachliche Anwendungsbereich des § 3 Abs. 1 Satz 1 MaBV – wie hier – eröffnet ist.

Die vertraglichen Regelungen in § 5 Ziffer 1 des Vertrages entsprechen ferner inhaltlich den in § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis Nr. 4 MaBV genannten Vorgaben für die Entgegennahme von Vermögenswerten des Auftraggebers. Anhaltspunkte dafür, dass der auf dieser Grundlage vereinbarte Abschlagszahlungsplan in § 5 Ziffer 4 des Vertrages die Vorgaben des § 3 Abs. 2 MaBV nicht einhält, sind schließlich weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

bb) Die danach bestehenden Voraussetzungen für die Anforderung von Abschlagszahlungen durch die Beklagte haben im Zeitpunkt der Anforderung der 1. Kaufpreisrate mit Rechnungen vom 08.07.2020 vorgelegen - insbesondere war die nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 MaBV erforderliche Baugenehmigung erteilt.

(1) Dieser Feststellung steht entgegen der Auffassung des Klägers nicht der Umstand entgegen, dass die Baugenehmigung vom 09.08.2019 in Gestalt der – für die Beurteilung des Bauvorhabens allein maßgeblichen – 1. Nachtragsgenehmigung vom 29.01.2020 die Bedingung/Auflage formuliert, die ausreichende Belichtung der zu Wohnzwecken genutzten Aufenthaltsräume im Gartengeschoss/Souterrain nachzuweisen. Soweit der Kläger meint, bis zur Erfüllung der genannten Bedingung/Auflage liege keine die vertraglich vereinbarte Nutzung der gesamten Wohnung ermöglichende und damit keine im Sinne von § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4

MaBV *erteilte* Baugenehmigung vor, ist diese Auffassung weder vom Wortlaut noch vom Sinn und Zweck der Norm gedeckt.

So ist zunächst festzustellen, dass der Wortlaut des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 MaBV allein auf die „Erteilung“ der Baugenehmigung abstellt, d.h. auf den bloßen Erlass des Verwaltungsaktes. Weitergehende Anforderungen werden weder in Bezug auf ihre Durchsetzbarkeit (d.h. Unanfechtbarkeit/Bestandkraft) noch in Bezug auf ihre inhaltliche Reichweite (d.h. in Bezug auf Nebenbestimmungen nach § 36 Abs. 2 VwVfG) gestellt. Die Regelung stellt damit maßgeblich auf die Gestaltungswirkung der Baugenehmigung ab, welche dem Inhaber gemäß § 72 Abs. 7 BbgBO überhaupt erst gestattet, mit der Bauausführung zu beginnen.

Dies entspricht auch dem Sinn und Zweck des § 3 Abs. 1 MaBV, welcher – gleichsam vor die Klammer gezogen – die vom Baufortschritt unabhängigen Bedingungen (Vorlage von Sicherheiten und Nachweise etc.) für die Entgegennahme von Zahlungen durch den Bauträger aufzählt. Hierzu zählt auch, dass überhaupt Baurecht besteht, denn nur so kann ausgeschlossen werden, dass Zahlungen – bei Vorliegen der im übrigen notwendigen Sicherheiten – lediglich aufgrund der Aufnahme von Bauarbeiten für ein rechtlich noch als Schwarzbau zu qualifizierendes Bauwerk verlangt werden könnten.

Der Feststellungswirkung der Baugenehmigung – d.h. der in ihr enthaltenen Aussage zur Übereinstimmung des Bauvorhabens mit den öffentlich-rechtlichen Vorschriften – kommt daneben nur insoweit eine eigenständige Bedeutung zu, als die Baugenehmigung inhaltlich das im Bauträgervertrag bezeichnete Bauvorhaben legalisiert. Daran fehlt es, worauf der Kläger zutreffend hinweist, wenn die erteilte Baugenehmigung eine die vertraglich vereinbarte Durchführung des Bauvorhabens *hindernde* (so *Basty* in Der Bauträgervertrag, Kapitel 4 Rn. 195) oder eine ihr *widersprechende* (so *Grziwotz/Bischoff* in Kommentar zur Makler- und Bauträgerverordnung, 4. Auflage, § 3 Rn. 106) Auflage oder andere Nebenbestimmung enthält.

Dass eine solche Nebenbestimmung vorliegt, ist aber hier gerade nicht ersichtlich. Die Bedingung/Auflage zur Vorlage von Belichtungsnachweisen steht weder der Aufnahme von Bauarbeiten und der fortschreitenden baulichen Realisierung des Projekts noch der Wohnnutzung der Aufenthaltsräume im Souterrain abschließend entgegen. Vielmehr macht es diese dem Grunde nach für zulässig erklärte Nutzungsart von der Vorlage weiterer Unterlagen im Bauverlauf bzw. im Ergebnis der weiteren Abstimmung mit der Denkmalschutzbehörde abhängig, ohne dass erkennbar wäre, dass der Belichtungsnachweis nicht erbracht werden kann. Dies gilt insbesondere in Ansehung des Umstandes, dass die ursprüngliche Baugenehmigung vom 09.08.2019 unstreitig eine Wohnnutzung des dort zuvor geplanten großen Aufenthaltsraums im Souterrain ermöglichte. Nachdem die Untere Denkmalschutzbehörde bei dieser ersten Planung dem Austausch eines der beiden Fenster

durch eine Tür zugestimmt hatte, sind keine Gründe ersichtlich, die der Genehmigungsfähigkeit ausreichend großer Fenster für die Belichtung des nunmehr in zwei Räume geteilten Raumes entgegenstehen könnten. Es besteht auch kein Zweifel daran, dass die baulichen Gegebenheiten die Herstellung von Fensteröffnungen in den von § 47 Abs. 2 BgbBO insoweit geforderten Abmessungen (d.h. Fensteröffnungen von mindestens ein Achtel der Netto-Grundfläche des jeweiligen Raumes) ermöglichen.

Im Ergebnis liegt damit eine Auflage/Bedingung vor, die allein dem – gerade beim Bauen im (Altbau-)Bestand – mitunter fortwährenden Abstimmungsbedarf zu einzelnen Punkten mit den Behörden Rechnung trägt, ohne die Bauausführung im Übrigen zu berühren und vor allem ohne die Realisierung einer der Planung entsprechenden Bauausführung auszuschließen. Im Rahmen der Auslegung des § 3 Abs. 1 MaBV vermag sie daher auch unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen der Vertragsparteien die *Erteilung* einer Baugenehmigung im Sinne der Norm nicht in Frage zu stellen.

(2) Nichts anderes gilt im Hinblick auf die seeseitige Terrasse. Dabei kann an dieser Stelle dahinstehen, ob diese nach den vertraglichen Vereinbarungen unstreitig zum Vorhaben gehörende Terrasse von der vorliegenden Baugenehmigung umfasst ist oder nicht. Selbst wenn sie nicht darunter fällt, bliebe dies nach den vorgenannten Grundsätzen ohne Auswirkungen darauf, dass die Baugenehmigung für das Vorhaben als erteilt im Sinne von § 3 Abs. 1 MaBV anzusehen ist, da schon Anhaltspunkte, die einer Genehmigungsfähigkeit der geplanten seeseitigen Terrasse und damit einer der Vereinbarung entsprechenden Bauausführung entgegen stehen könnten weder vorgetragen noch sonst ersichtlich sind.

b) Der Kläger war indes berechtigt, die Zahlung des noch offenen Rechnungsbetrages in Höhe von 162.100,00 € zu verweigern, weil ihm ein diesen Betrag wertmäßig übersteigendes Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB zusteht.

aa) Im Ausgangspunkt gilt dabei, dass der aus einem gegenseitigen Vertrag verpflichtete Schuldner die ihm obliegende Leistung nach § 320 Abs. 1 BGB bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern kann - es sei denn, dass er vorzuleisten verpflichtet ist. Einer Zahlungsabrede, in der die Parteien dem grundsätzlich vorleistungspflichtigen Unternehmer durch die Vereinbarung eines an den Bautenstand geknüpften Zahlungsplans die Möglichkeit eröffnen, schon vor dem nach dem Gesetz für die Fälligkeit seines Werklohnanspruchs vorgesehenen Zeitpunkt der Abnahme (§ 641 Abs. 1 BGB) Raten auf seine Vergütung verlangen zu können, ist immanent, dass der Unternehmer jene Teilbeträge nur gegen Ausführung der für die Erreichung des jeweiligen Bautenstandes erforderlichen Bauleistungen beanspruchen darf. Sie führt folglich nicht dazu, dass der Besteller seinerseits vorleistungspflichtig wird, indem er Zahlungen erbringen muss, ohne die hierfür ausbedungene

Gegenleistung erhalten zu haben. Seinem Anspruch auf vertragsgerechte Erfüllung dieser Gegenleistung wird auf der Grundlage eines an den Bautenstand gekoppelten Zahlungsplans dadurch Rechnung getragen, dass er den Abschlagsforderungen des Unternehmers auch schon vor dem für die Ablieferung des Gesamtwerkes vorgesehenen Zeitpunkt gemäß § 320 BGB Mängel derjenigen Bauleistungen entgegenhalten darf, welche der Unternehmer bis zur Erreichung des seine Abschlagsforderung begründenden Bautenstandes ausgeführt hat (BGH, Urteil vom 27.10.2011 – VII ZR 84/09 –, Rn. 14, juris).

Der Kläger ist dabei – entgegen der Auffassung des Landgerichts – an der Geltendmachung eines Leistungsverweigerungsrechts nicht schon deshalb gehindert ist, weil der 1. Kaufpreisrate nach dem vereinbarten Abschlagszahlungsplan allein der Beginn der Erdarbeiten zugrunde lag und damit noch nicht ein Bautenstand, in dem sich die von ihm eingewandte zu geringe Wohnfläche bereits im Vorhaben „verwirklicht“ hatte. Grundlage des klägerischen Leistungsverweigerungsrechts ist nämlich der Umstand, dass die geltend gemachten Abweichungen in der Wohnfläche allein darauf beruhen, dass die Beklagte ihre Pflicht zur Herstellung einer den vertraglichen Vereinbarungen vollumfänglich entsprechenden Planung und Herbeiführung einer dieser Planung entsprechenden Genehmigungslage noch nicht erfüllt hat (dazu siehe unten unter bb)) und in der Folge beispielsweise für einzelne Räume eine nach dem Vertrag vorgesehene Nutzung bzw. deren Errichtung noch nicht abgesichert war. Da die Arbeiten zur Herstellung der Planung und Herbeiführung der Genehmigung allen bei der Umsetzung des Vorhabens anfallenden Bauleistungen als Vorarbeiten zugrunde liegen, berechtigt ihre nicht vollumfängliche Erfüllung bereits zur Geltendmachung eines Leistungsverweigerungsrechts in Bezug auf die 1. Kaufpreisrate bzw. Abschlagszahlung.

bb) Zum Zeitpunkt des Rücktritts war aufgrund der vorliegenden Planungen die Herstellung der vertraglich geschuldeten Wohnfläche nur in einem Umfang von 217,63 m² gesichert. Im Einzelnen:

(1) Unstreitig ist insoweit, dass bei der Wohnflächenberechnung allein die im Kaufvertrag vom 21.12.2018 vorgesehenen Flächen für die Wohnung Nr. 68 zu berücksichtigen sind und damit die durch die späteren Umplanungen hinzugewonnenen Flächen für das Ankleidezimmer sowie den Abstellraum/Weinkeller im Umfang von insgesamt 6,49 m² bei der Ermittlung der Mindestwohnfläche außer Acht zu bleiben haben.

(2) Der Wohnflächenberechnung kann auch die nach der Wohnflächenverordnung zu berücksichtigende Fläche von 22,47 m² der nach dem Vertrag insgesamt 44,94 m² großen seeseitigen Terrasse nicht zugrunde gelegt werden, da eine Genehmigung derselben nicht erkennbar ist.

Dem – der (ursprünglichen) Baugenehmigung vom 09.08.2019 unterfallenden – Außenanlagenplan (Anlage BK 18) lässt sich die Genehmigung einer Terrasse auf Gartenniveau nicht entnehmen. Dort ist zwar zwischen Raseninsel und Villa eine der Größe nach durchaus passende Fläche händisch von der Beklagten markiert worden; diese Fläche weist aber weder eine entsprechende planimmentente Beschriftung aus, noch lässt sich der Legende zum Plan entnehmen, dass es sich um eine Fläche handelt, die „aus hochwertigen Natursteinplatten oder Werksteinplatten“ ausgeführt wird, wie es in der Baubeschreibung für die Terrassenflächen vorgesehen ist.

Die in der Baugenehmigung vom 09.08.2019 ausgewiesene Fläche ist zudem der Nachtragsgenehmigung vom 29.01.2020, wie der dieser Genehmigung unterfallende Plan des Souterrains zeigt (Anlage BK 17), nicht mehr zu entnehmen. Dort werden die an die Treppe zum Erdgeschoss anschließenden Flächen zwischen Villa und Rasenfläche durchgängig als Wege ausgewiesen, welche mittels einer wassergebundenen Wegedecke oder mittels sandfarbenen Pflasters ausgeführt werden.

Schließlich vermag die von der Beklagten mit nachgelassenem Schriftsatz vom 24.05.2023 geäußerte Auffassung nicht zu überzeugen, der Terrassenfläche könne eine fehlende Baugenehmigung schon deshalb nicht entgegen gehalten werden, weil Terrassenflächen nach § 61 Abs. 1 Nr. 15 lit. d BbgBO baugenehmigungsfrei errichtet werden können. Zum einen ist schon zweifelhaft, dass die hier in Rede stehende Terrasse mit einer Fläche von insgesamt 44,94 m² dem Anwendungsbereich der Norm unterfällt, da baugenehmigungsfrei nach deren Wortlaut allein unbedeutende Anlagen oder unbedeutende Teile einer Anlage sein sollen. Als Regelbeispiele werden neben Terrassen unter anderem Hauseingangsüberdachungen, Rollläden und Markisen benannt. Diese Aufzählung macht deutlich, dass der Ordnungsgeber Anlagen von nur untergeordneter Größe und baulicher Bedeutung vom grundsätzlich bestehenden Genehmigungserfordernis befreien wollte. Den damit vorgegebenen Rahmen überschreitet die streitgegenständliche Terrasse indes schon aufgrund ihrer über die gemeinhin üblichen Abmaße weit hinausgehenden Grundfläche. Zum anderen lässt die Beklagte außer Acht, dass sie selbst im Anwendungsbereich des § 61 BbgBO nicht von dem Erfordernis befreit ist, alle weiteren für das Bauvorhaben erforderlichen Genehmigungen – hier insbesondere die nach § 9 BbgDSchG erforderliche denkmalschutzrechtliche Erlaubnis – einzuholen. Dass eine entsprechende Erlaubnis für die vom historischen Vorbild abweichende Gestaltung der Freiflächen vor der denkmalgeschützten Villa vorliegt, ist den vorgelegten Plänen indes aus den oben dargelegten Gründen nicht zu entnehmen.

(3) Ebenfalls ohne Berücksichtigung bei der Wohnflächenberechnung haben die zwei Zimmer im Souterrain mit einer Gesamtfläche von 31,30 m² zu bleiben, da für sie eine

ausreichende Belichtung und Belüftung gemäß den Vorgaben in § 47 Abs. 2 BbgBO nicht nachgewiesen ist.

Ausgangspunkt bildet insoweit die Regelung in § 2 Abs. 3 Nr. 2 WoFIV, nach der zur Wohnfläche einer Wohnung nicht die Grundfläche solcher Räume gezählt wird, die den an ihre Nutzung zu stellenden Anforderungen des Bauordnungsrechts der Länder nicht genügen. Für die Nutzung eines Raumes als Aufenthalts- und damit als Wohnraum formuliert § 47 Abs. 2 BbgBO das Erfordernis der ausreichenden Belüftung und der ausreichenden Beleuchtung mit Tageslicht durch Fenster mit einem Rohbaumaß der Fensteröffnung von mindestens einem Achtel der Netto-Grundfläche des Raumes. Dass die beiden Wohnräume im Souterrain diese Voraussetzung erfüllen, ist bislang nicht gesichert – es fehlt bereits an einer ausreichend große Fensteröffnungen vorsehenden Planung der Beklagten, welche Grundlage der erforderlichen Erlaubnis durch die untere Denkmalschutzbehörde sein kann.

Insoweit kommt es auch nicht darauf an, dass - wie bereits ausgeführt - ein der Erteilung des erforderlichen Belichtungs- und Belüftungsnachweises entgegenstehendes Hindernis nicht erkennbar ist. Maßstab für die Frage, ob der fehlende Belichtungs- und Belüftungsnachweis den Kläger zur Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts nach § 320 BGB berechtigt, ist nämlich nicht die Frage, ob die Beklagte die ihr im Rahmen der vertragsgemäßen Leistungserbringung bereits von Anbeginn an obliegende Verpflichtung – namentlich die nach dem Vertrag vorgesehene (Wohn-)Nutzung der gesamten Wohnung Nr. 68 durch Einholung entsprechender Genehmigungen sicherzustellen – bewirken *kann*, sondern ob sie diese im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung bereits bewirkt *hat*. Sinn und Zweck des Zurückbehaltungsrechts ist es nämlich, dem Gläubiger, der am Vertrag festhalten will, sowohl den Anspruch auf die Gegenleistung zu sichern als auch Druck auf den Schuldner auszuüben, um ihn zu vertragsgemäßer Leistung anzuhalten (BGH, Urteil vom 26.10.2016 – VIII ZR 211/15 –, Rn. 23, juris).

Soweit die Beklagte insoweit vorgetragen hat, sich zur Ausgestaltung der Fenster in Abstimmungen mit der Unteren Denkmalschutzbehörde zu befinden, haben diese Abstimmungen unstreitig weder zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung noch danach die Erteilung des erforderlichen Nachweises zum Ergebnis gehabt. Vielmehr geht die dem Kläger zuletzt unter dem 15.07.2020 übermittelte Wohnflächenberechnung (vgl. Anlage K 10) insoweit von den - die Anforderungen an die Belichtung und Belüftung unstreitig nicht erfüllenden - Bestandsöffnungen aus.

(4) Vollständig in die Wohnflächenberechnung einzubeziehen ist demgegenüber die nach der Wohnflächenverordnung ansetzbare Fläche von 13,36 m² für die gesamte straßenseitige Terrasse.

Diese Terrassenfläche sollte nach der dem Kaufvertrag zugrunde liegenden Planung ursprünglich vollständig zur Wohnung Nr. 68 gehören. Infolge der vom Kläger veranlassten Umplanungen kam ihr dann jedoch auch die Funktion zu, den für die Abgeschlossenheitsbescheinigung erforderlichen separaten Zugang zur Wohnung Nr. 71 zu sichern, weshalb die Hälfte der Terrassenfläche (6,68 m²) der Wohnung Nr. 71 „zugeordnet“ worden ist (vgl. Ziffer 3 vorletzter Absatz der notariellen Ergänzungsvereinbarung nebst Planzeichnung).

Diese allein aus der Umplanung des Klägers resultierende Verringerung der der Wohnung Nr. 68 zurechenbaren Terrassenfläche, sollte jedoch ausweislich der weiteren Regelungen in der Ergänzungsvereinbarung vom 28.08.2019 nicht zu einer Haftung der Beklagten führen. So stellt § 3 letzter Absatz der Ergänzungsvereinbarung einerseits klar, dass die durch die Ergänzungsvereinbarung hinzukommenden Flächen von einer Kaufpreisanpassung ausgenommen sind und stellt im Übrigen klar, dass die in § 4 Ziffer 2 des Ursprungsvertrages – gemeint ist offensichtlich § 3 Ziffer 2 des ursprünglichen Vertrages vom 21.12.2018 – für den Fall der Flächenabweichung getroffene Regelung unverändert bleiben und sich zudem ausschließlich auf die im Ursprungsvertrag angenommene Flächengrößen beziehen. Nach § 3 Ziffer 2 des Ursprungsvertrages haftet die Beklagte als Verkäuferin für eine Unterschreitung der als Beschaffenheit vereinbarten Wohnungsgröße nur insoweit, als eine Abweichung nicht durch Sonderwünsche des Käufers veranlasst ist.

Diese Regelung ist gemäß §§ 133, 157 BGB unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen der Parteien dahin auszulegen, dass zum einen aus der Umplanung resultierende Flächenvergrößerungen keine Berücksichtigung bei Ermittlung der nach dem Ursprungsvertrag geschuldeten Herstellung einer Wohnung von zumindest 269,175 m² finden sollten. Zum anderen sollte es dabei bleiben, dass Flächenverkleinerungen nur dann zu einer Haftung der Beklagten führen, wenn sie nicht durch Sonderwünsche des Klägers veranlasst sind. Sonderwünsche in diesem Sinne stellen die hier in Rede stehenden Umplanungen zum Zwecke der Zusammenlegung der Wohnungen Nr. 68 und Nr. 71 – hier insbesondere die Überführung des Treppenhauses im Südflügel von Gemeinschafts- in Sondereigentum des Klägers und die damit notwendige Schaffung eines separaten Zugangs zur Wohnung Nr. 71 über die straßenseitige Terrasse – dar. Die daraus resultierende Verkleinerung der der Wohnung Nr. 68 zuzurechnenden Terrassenfläche unterfällt damit der Regelung in § 3 Ziffer 2 des ursprünglichen Vertrages und vermag mithin keine „Haftung der Beklagten“ in Bezug auf eine Flächenabweichung zu begründen. Vielmehr ist die Fläche bei der Ermittlung der Wohnfläche nach wie vor vollständig zugunsten der Wohnung Nr. 68 zu berücksichtigen.

Soweit der Kläger meint, dem umplanungsbedingten Flächenverlust in Wohnung Nr. 68 stehe ein Flächenzuwachs in Wohnung Nr. 71 gegenüber, welcher sich erhöhend auf den Kaufpreis

der Wohnung Nr. 71 ausgewirkt habe und deshalb nunmehr auch einer Berücksichtigung bei der Flächenermittlung in der Wohnung Nr. 68 bedürfe, lässt sich der Ergänzungsvereinbarung entsprechendes gerade nicht entnehmen. Zwar ist der Kaufpreis für die Wohnung Nr. 71 unstreitig erhöht worden; auf den Kaufpreis für die Wohnung Nr. 68 sollten die Umplanungen ausweislich Ziffer 4 der Ergänzungsvereinbarung aber keine Auswirkungen haben – dort heißt es ausdrücklich, dass der Kaufpreis für die Wohnung Nr. 68 unverändert bleibt. In Ansehung der zugleich getroffenen Regelungen über die Flächenanpassung ist damit zugleich ausgeschlossen, eine Kaufpreisreduzierung auf diesem Wege zu erzielen.

Im Übrigen hat der Kläger keinerlei Anhaltspunkte dafür vorgetragen, dass bei der Bemessung der Kaufpreiserhöhung für die Wohnung Nr. 71 neben dem Zuwachs an Sondereigentumsfläche durch die Überführung des Treppenhauses nicht auch der Umstand Berücksichtigung gefunden hat, dass die bloße Neuordnung der Terrassenfläche sich auf den Umfang der dem Kläger insgesamt zufallenden Sondereigentumsflächen nicht auswirkt.

(5) Im Ergebnis war danach nach dem Planungsstand der Beklagten und nach der aktuellen Baugenehmigung zum maßgeblichen Zeitpunkt des Rücktritts der Beklagten die Herstellung einer Fläche von insgesamt 60,27 m² (6,49 m² für Ankleidezimmer und Abstellraum/Weinregal, 22,47 m² für die seeseitige Terrasse und 31,3 m² für die Wohnräume im Souterrain) nicht gesichert. Ausgehend von der in § 3 Ziffer 2 des Vertrages angesetzten Größe der Wohnung Nr. 68 von ca. 277,50 m² und unter Ansatz derjenigen Werte, die der zum Nachweis der Erbringung einer Wohnfläche von insgesamt 277,90 m² vorgelegten Flächenberechnung der Beklagten aus Juli 2020 (Anlage K 10) entstammen, ist damit von der Herstellung einer Wohnfläche von max. 217,63 m² auszugehen. Diese bleibt um 22,39 % hinter der in § 3 Ziffer 2 des Vertrages als Beschaffenheit vereinbarten Mindestwohnfläche von 269,175 m² zurück.

cc) Die Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechts ist auch nicht ausgeschlossen.

(1) Grundsätzlich gilt, dass Grundlage des Leistungsverweigerungsrechts der Bestand des mit seiner Hilfe durchzusetzenden Nacherfüllungsanspruchs ist und es damit nur solange und in dem Umfang besteht, wie nicht anstelle der Nacherfüllung entweder Minderung, Rücktritt oder Schadensersatz statt der Leistung geltend gemacht werden (vgl. Klein-Möller/Merl/Glückner, PrivBauR-HdB, § 15. Mängelhaftung, Gewährleistung Rn. 994, beck-online) oder aber der Nacherfüllungsanspruch wegen Unmöglichkeit der Leistung ausscheidet (Staudinger/Peters (2019) BGB § 635, Rn. 7).

(2) Anhaltspunkte dafür, dass der Nacherfüllungsanspruch wegen der Ausübung anderer Rechte erloschen ist, bestehen nicht. Insbesondere folgt aus dem Umstand, dass der Kläger der Berechnung seines Leistungsverweigerungsrechts die von ihm behauptete Flächenabweichung zugrunde gelegt hat nicht die Geltendmachung eines Minderungsanspruchs nach § 638 BGB. Die gegenteilige Auffassung des Landgerichts übersieht, dass der Kläger mit seinem Schreiben vom 05.08.2020 klargestellt hat, bei einem Nachweis der in Rede stehenden Flächenabweichungen die zurückbehaltenen Beträge zu zahlen und dies auch bis zuletzt wiederholt hat. Eine Erklärung zur Ausübung eines Minderungsrechts – welches ihm als Mängelgewährleistungsrecht vor Abnahme noch gar nicht zustand – hat der von Anbeginn an anwaltlich vertretene Kläger weder ausdrücklich noch konkludent abgegeben.

(3) Das Bestehen eines Nacherfüllungsanspruchs scheidet auch nicht wegen Unmöglichkeit der Herstellung der Wohnung Nr. 68 mit der geschuldeten Mindestwohnfläche von 269,175 m² aus. Bauliche oder rechtliche Hindernisse, welche der Genehmigungsfähigkeit der vertraglich vereinbarten seeseitigen Terrasse und der Nutzung der zwei Räume im Souterrain als Wohnräume unbehebbar entgegen stehen, sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

dd) Die Flächenabweichung von 22,69 % berechtigte den Kläger zur Leistungsverweigerung in Höhe eines Betrages von 189.500,00 €.

(1) Im Grundsatz gilt zwar, dass Maßstab für die Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechts gegenüber vertraglich vereinbarten Abschlagsforderungen wegen Mängeln die Höhe der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten nebst Druckzuschlag in angemessener Höhe ist (BGH, Urteil vom 27. Oktober 2011 – VII ZR 84/09 –, Rn. 10, juris). Abzustellen ist danach regelmäßig auf die bei der ersatzweisen Mängelbeseitigung (Selbstvornahme) zu erwartenden Kosten. Dabei ist ein nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände zu bemessender Zuschlag anzusetzen, um den Auftragnehmer in besonderer Weise zur Mängelbeseitigung anzuhalten (Kleine-Möller/Merl/Glückner, PrivBauR-HdB, § 15. Mängelhaftung, Gewährleistung Rn. 995, beck-online).

(2) Zutreffend weist der Kläger jedoch darauf hin, dass die dargelegte Methode im hier vorliegenden Fall der Flächenabweichung wegen einer nicht den vertraglichen Vereinbarungen entsprechenden Planungs- und Genehmigungslage an ihre Grenzen stößt. Vielmehr erscheint die von ihm für die Berechnung des Einbehalts gewählte Methode sachgerecht, welche den zur Zahlung fälligen Abschlag in dem Umfang kürzt, in dem die planerische gesicherte Fläche hinter der vertraglich vereinbarten Fläche zurückbleibt.

Insoweit vermag die Auffassung der Beklagten nicht zu überzeugen, im Rahmen einer allein an den Flächen orientierten Berechnung des Einbehalts könnte nicht für alle Flächen ein gleichermaßen hoher Betrag vom Kaufpreis angesetzt werden, da insbesondere die Werte der Terrassenflächen deutlich hinter dem Wert der Flächen in der Wohnung zurückblieben. Dieser Einwand lässt außer Acht, dass die Parteien ausweislich der Regelung in § 3 Ziffer 2 des Vertrages ausdrücklich die Wohnflächenverordnung zur Grundlage der Flächenberechnung - und damit auch zur Berechnung etwaiger Flächenabweichungen - gemacht und in Ergänzung der Regelung in § 4 Nr. 4 WoFIV festgelegt haben, Terrassenflächen mit der Hälfte ihrer Grundfläche zu berücksichtigen. Eine darüber hinausgehende Berücksichtigung des verhältnismäßig geringeren Werts der Terrassenflächen bei der Bemessung des Einbehalts scheidet danach aus.

Dem Kläger steht überdies ein sog. Druckzuschlag zu, um die Beklagte zum alsbaldigen Tätigwerden in Bezug auf ihre fällige Pflicht zur Herstellung einer den vertraglichen Vereinbarungen entsprechenden Planungs- und Genehmigungslage anzuhalten. Der Senat hält dabei unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls und insbesondere in Ansehung der für die Herstellung der geschuldeten Planungs- und Genehmigungslage voraussichtlich anfallenden Kosten, einen Druckzuschlag von 20 % für angemessen aber auch ausreichend.

Im Ergebnis ist der Kläger damit zum Einbehalt eines Betrages in Höhe von 189.500,00 € berechtigt (1. Abschlagsrate in Höhe von 705.300,00 € 1 abzgl. 22,39 % = 157.916,67 €; 157.916,67 € zzgl. 20 %).

2. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

5. Die Revision ist nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO nicht vorliegen.

III.

Der Streitwert wird einheitlich für die I. Instanz sowie das Berufungsverfahren auf 1.880.800,00 € festgesetzt.

Diese Festsetzung folgt aus § 3 ZPO i.V.m. § 47 GKG und trägt dem Umstand Rechnung, dass Gegenstand des Verfahrens eine sog. positive Feststellungsklage ist, da es um den Fortbestand des Kaufvertrages und der daraus hergeleiteten Rechte und Pflichten geht. Anzusetzen sind

deshalb 80 % des Wertes des Vertrages welcher hier dem vereinbarten Kaufpreis von insgesamt 2.351.000,00 € entspricht (vgl. zur Höhe des Abschlags: BGH, Beschluss vom 15.01.1997 – VIII ZR 303/96 –). Der Senat hat von der Möglichkeit des § 63 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GKG Gebrauch gemacht.

Dr. Schäfer

Vorsitzende Richterin
am Oberlandesgericht

Karkmann

Richter
am Oberlandesgericht

Knorr

Richterin
am Landgericht

Verkündet am 05.07.2023

..., Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle