

---

**Datum:** 29.11.2022  
**Gericht:** Oberlandesgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** 24. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Beschluss  
**Aktenzeichen:** 24 U 49/21  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGD:2022:1129.24U49.21.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Duisburg, 12 O 29/19

**Leitsätze:**

1.

Nur wenn sich der Veräußerer einer Immobilie zu Bauleistungen verpflichtet, die insgesamt nach Umfang und Bedeutung Neubauarbeiten vergleichbar sind, haftet er nicht nur für die ausgeführten Umbauarbeiten, sondern auch für die in diesem Bereich vorhandene Altbausubstanz nach den Gewährleistungsregeln des Werkvertragsrechts (Anschluss an BGH BeckRS 2007, 10153; OLG München IBRRS 2022, 1969);

2.

Bei einer Renovierungsverpflichtung oder bei einer sonstigen Umbauverpflichtung, die nicht den Umfang eines Bauvertrages erfüllt, ist § 650u BGB demzufolge nicht anwendbar; auf derartige Verträge ist vielmehr neben dem Kaufrecht das Werkvertragsrecht anzuwenden: Das gilt etwa, wenn sich die baulichen Verpflichtungen nach Art und Umfang in Maßnahmen erschöpfen, die einer (aufwändigen) Renovierung - im Gegensatz zu einer „Kernsanierung“ - entsprechen.

3.

Die Regelung zum Ausschluss des Rücktritts gem. § 323 Abs. 6 BGB wird nicht durch § 645 BGB verdrängt.

4.

Eine Rücktrittserklärung iSv § 349 BGB kann zwar auch konkludent, z.B. im Wege einer auf Rückzahlung einer vertraglich geschuldeten Leistung gerichteten Klageerhebung erfolgen; jedoch reicht dafür nicht schon die bloße Bezugnahme auf einen vorgerichtlichen Schriftsatz, in dem ein früherer, nicht wirksamer Rücktritt erklärt worden ist (Anschluss an OLG München BeckRS 2016, 10096).

---

**Tenor:**

Der Senat beabsichtigt, die Berufung der Kläger gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen. Den Klägern wird Gelegenheit gegeben, hierzu binnen **zwei Wochen** ab Zustellung dieses Beschlusses Stellung zu nehmen.

Der auf den 6. Dezember 2022 bestimmte Termin zur mündlichen Verhandlung wird aufgehoben.

Der Streitwert des Berufungsverfahrens wird auf bis zu EUR 125.000,- festgesetzt.

---

**Gründe:**

A.

Die Kläger begehren von der Beklagten die Rückabwicklung eines als „Wohnungskaufvertrag“ bezeichneten notariellen Vertrages vom 04.05.2018 (UR-Nr. ... des Notars ..., nachstehend auch kurz „notarieller Vertrag“, Anlage K 1, GA 8ff) über den Erwerb einer Eigentumswohnung und den Ersatz von diversen ihnen im Zusammenhang mit dem Erwerb der Eigentumswohnung entstandenen Kosten, die Feststellung des Annahmeverzuges der Beklagten betreffend die Zustimmung zur Löschung der Auflassungsvormerkung sowie die Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstands erster Instanz einschließlich der dort gestellten Anträge der Parteien wird auf das angefochtene Urteil vom 01.03.2021 (GA 194ff) gem. § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO verwiesen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und dies im Wesentlichen wie folgt begründet:

Den Klägern stehe kein Anspruch auf Rückzahlung der von ihnen an die Beklagte gezahlten Kaufpreisrate iHv EUR 110.600,- zu. Weder sei ein vertragliches Rücktrittsrecht vereinbart worden noch stehe den Klägern ein gesetzliches Rücktrittsrecht zu. Letzterem stehe entgegen, dass die Parteien unter § 6 Abs. 3 und Abs. 4 des notariellen Vertrages rechtswirksam die Gewährleistung für Mängel am Sonder- und Gemeinschaftseigentum ausgeschlossen hätten. Deshalb müsse die Beklagte für den am Gemeinschaftseigentum bestehenden Hausschwamm nicht einstehen. Insbesondere habe die Beklagte keine Einstandspflicht für eine bestimmte Eigenschaft der Kaufsache übernommen. Die Eigentumswohnung sei ausdrücklich in dem bestehenden, von den Käufern besichtigten Zustand verkauft worden. Der Regelung des § 6 Abs. 4 des notariellen Vertrages hätten die Kläger auch entnehmen können, dass die Verkäuferin das Kaufobjekt gerade nicht auf

1

2

3

4

5

versteckte Mängel untersucht hatte und deshalb weder eine Beschaffenheits- noch eine Garantieerklärung habe abgeben wollen. Abweichendes ergebe sich auch nicht aus der in § 2 letzter Abs. des notariellen Vertrages übernommenen Sanierungsverpflichtung der Verkäuferin; namentlich sei dort keine Garantie für einen „kernsanierten“ Zustand der Wohnung erklärt worden.

Auch auf eine Nichterfüllung der vereinbarten Instandsetzungsarbeiten nach Leistungsverzeichnis hätten die Kläger den Rücktritt vom Vertrag jedenfalls am 13.12.2018 nicht mehr stützen können. Die Leistung sei nicht (wieder) fällig gewesen, so dass die am 12.11.2018 gesetzte Nachfrist ein Rücktrittsrecht nach § 323 Abs. 1 BGB nicht habe begründen können: Der vertraglich vereinbarte Fertigstellungstermin sei nämlich durch die Entdeckung des Hausschwamms am Gemeinschaftseigentum am 27.06.2018 hinfällig geworden. Mit der von den Klägern veranlassten Öffnung der (zweiten) Abhangdecke, bei der augenscheinlich schwere Schäden an der Deckenkonstruktion sichtbar geworden seien, habe ein Leistungshindernis bestanden, das die Beklagte berechtigt habe, die Arbeiten zunächst einzustellen, um Ausmaß und Folgen des Schadens aufzuklären. Die weitere Sanierung der Wohnung nach Leistungsverzeichnis wäre zwar technisch weiterhin möglich, jedoch wirtschaftlich sinnlos gewesen. Hinzu kämen die gravierenden Sicherheitsbedenken, nachdem die X GmbH in ihrem Gutachten vom 23.07.2018 erhebliche statische Bedenken geäußert hatte. Nach dem 15.07.2018 sei die betreffende Leistung der Beklagten jedenfalls bis zum 12.11.2018 nicht wieder fällig geworden. Die Beklagte berufe sich mit Erfolg auf die anlässlich des Ortstermins vom 10.08.2018 getroffene Absprache der Parteien, nach der der Leistungsumfang der Werkleistungspflicht abgeändert worden sei; dadurch habe sich auch die Fertigstellungsfrist für die Beklagte verlängert. Nach dem Vortrag der Beklagten, dem die Kläger nicht entgegengetreten seien, habe sich die Beklagte bei dem Ortstermin bereit erklärt, die von dem Sachverständigen Dipl.-Holzwirt ... bezeichneten Sanierungsarbeiten am Gemeinschaftseigentum im Verhältnis zu den Klägern zusätzlich und auf eigene Rechnung durchzuführen, um anschließend die Wohnung der Kläger wie geplant fertigzustellen. Die Ausführung der im Leistungsverzeichnis zum notariellen Vertrag festgelegten Arbeiten im Sondereigentum sollte sich nach dieser Absprache folglich zeitlich an die vorher abzuschließenden Sanierungsarbeiten am Gemeinschaftseigentum anschließen. Rechtlich stelle sich dies unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessenlage der Vertragsparteien als eine nachträgliche wirksame Abänderung des Notarvertrages dar. Die betreffende Vertragsänderung sei für die Kläger rechtlich und wirtschaftlich vorteilhaft und zudem formfrei möglich gewesen. Weiter sei für die Fälligkeitsbestimmung von Bedeutung, dass die Parteien sich anlässlich des Ortstermins darüber einig gewesen seien, dass vor der Durchführung der Arbeiten am Gemeinschaftseigentum die durch Beschluss zu fassende Zustimmung der Wohnungseigentümergeinschaft einzuholen sei. Unter Berücksichtigung der Umstände des Streitfalles sei von einer Herstellungsfrist von mindestens sechs Monaten auszugehen gewesen. Eine Zustimmung der Eigentümergeinschaft zur Sanierung sei letztlich erst mit Schreiben der Verwalterin vom 23.01.2019 erklärt worden, nachdem die Beklagte sich zu einer vollständigen Kostenübernahme gegenüber der Eigentümergeinschaft bereit erklärt hatte. Es hätten somit konkrete Anhaltspunkte dafür bestanden, dass die Beklagte ihr Recht auf eine ordnungsgemäße Verwaltung nur über eine wohnungseigentumsgerichtliche Ermächtigung zur Einberufung einer außerordentlichen Eigentümerversammlung hätte durchsetzen können. Selbst wenn in dieser Versammlung – im für die Kläger günstigsten Fall – eine Einigung über die Durchführung der Maßnahmen erzielt worden wäre, hätte sich hieran eine angemessene Frist für die Umsetzung angeschlossen, die mit weiteren vier Wochen zu veranschlagen sei. Im Anschluss wären die Aufträge von den beauftragten Firmen auszuführen gewesen, wofür ein Zeitraum von acht Wochen anzusetzen sei. Erst daran hätten sich dann die (restlichen) Arbeiten gemäß Leistungsverzeichnis zum notariellen

Vertrag im Sondereigentum anschließen sollen. Selbst bei Annahme einer verkürzten Ausführungsfrist wäre die Gesamtherstellungsfrist am 12.11.2018 nach alledem nicht abgelaufen gewesen. Auch die Voraussetzungen des § 323 Abs. 4 BGB, unter denen ein Rücktritt schon vor Fälligkeit möglich ist, hätten unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles im Ergebnis seinerzeit nicht vorgelegen.

Gegen dieses Urteil wenden sich die Kläger mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten sowie begründeten Berufung unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens: 7

Verfehlt sei das Landgericht von einem Kaufvertrag mit daneben noch gesondert geregelten werkvertraglichen Verpflichtungen ausgegangen; vielmehr sei der notarielle Vertrag als Bauträgervertrag iSv § 650u BGB mit der Folge einzuordnen, dass sich die Gewährleistungspflicht allein nach §§ 631ff BGB richte. In Anbetracht der in dem Sanierungsplan (Anlage 1 zum notariellen Vertrag) vereinbarten Einzelleistungen habe sich die Beklagte zu einer Kernsanierung des veräußerten Sondereigentums verpflichtet; davon sei zumindest in Teilen auch das Gemeinschaftseigentum betroffen gewesen. Zusammenfassend habe die bestehende Eigentumswohnung vollständig entkernt und unter teilweiser Inanspruchnahme des Gemeinschaftseigentums neu aufgebaut werden sollen. Der Umstand, dass ein Drittel des Gesamtpreises als Werklohn vorgesehen sei, verdeutliche ebenfalls, dass es sich nicht um untergeordnete Renovierungsarbeiten gehandelt habe. Da sich die Beklagte - insoweit in tatsächlicher Hinsicht unstreitig - in ein und demselben Vertrag weiterhin verpflichtet habe, einen Miteigentumsanteil am Grundstück, verbunden mit dem Sondereigentum an der streitgegenständlichen Wohnung auf die Kläger zu übertragen, hätten die Parteien einen Bauträgervertrag geschlossen. 8

Entgegen der Annahme des Landgerichts sei die Fertigstellung der von der Beklagten geschuldeten Sanierungsarbeiten im Zeitpunkt ihrer Rücktrittserklärung vom 13.12.2018 fällig gewesen. Die Sanierungsarbeiten hätten zumindest unter Berücksichtigung von § 650k Abs. 2 S. 1 BGB auch die Geschossdecke eingeschlossen, so dass die Beklagte auch die Beseitigung des Hausschwamms geschuldet habe. Der vertragliche Gewährleistungsausschluss umfasse zumindest nicht den Hausschwamm. Jedenfalls sei der rein formelhafte, ohne Bezug auf das konkrete Objekt ausgestaltete Gewährleistungsausschluss unwirksam; dies gelte gem. § 242 BGB auch dann, wenn es sich um eine Individualvereinbarung handeln sollte. Zudem sei die Freizeichnung mit ihnen - wie es indessen erforderlich gewesen wäre - nicht unter ausführlicher Belehrung durch den Notar über die einschneidenden Rechtsfolgen eingehend erörtert worden. Zu der gebotenen notariellen Belehrung hätte auch ein Hinweis gehört, dass beim Umbau älterer Immobilien typischerweise verdeckte Mängel zum Vorschein kämen. Die Mängel in Gestalt des Hausschwamms in der Geschossdecke hafteten auch den von der Beklagten geschuldeten Bauleistungen an: Auch in diesem Zusammenhang betonen die Kläger, dass eine Kernsanierung des veräußerten Objekts vereinbart worden sei. Die Bauleistungen der Beklagten seien seit dem 15.07.2018 fällig gewesen. Es gebe keine von ihnen zu vertretenden Umstände, die die Fälligkeit nach hinten verschoben hätten. Mangels eines wirksamen Gewährleistungsausschlusses sei insbesondere der Hausschwamm nicht ihrer Risikosphäre zuzuordnen. Der Beklagten habe nach Eintritt der Fälligkeit auch kein Leistungsverweigerungsrecht zugestanden: Insbesondere habe das Landgericht verfehlt eine Absprache der Parteien angenommen, wonach die Beklagte mit der Erbringung ihrer Bauleistungen habe zuwarten sollen; dies hätten sie mit Schriftsatz vom 13.08.2019 bestritten. Die Fälligkeit der Leistungspflicht der Beklagten sei auch nicht wegen einer (vorübergehenden) Unmöglichkeit oder anderer von den Klägern zu vertretenden 9

Vertragshindernisse beendet bzw. verschoben worden. Für den Fall, dass eine vorübergehende Unmöglichkeit anzunehmen sei, tragen die Kläger vorsorglich in zweiter Instanz ergänzend Folgendes vor: Die von der Beklagten geschuldeten Bauleistungen seien vor Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens nicht einmal begonnen und bis „heute“ nicht abgeschlossen worden. Damit sei jedenfalls bis zum Abschluss der ersten Instanz Fälligkeit eingetreten; die Stellung ihrer Klageanträge in erster Instanz sei als eine konkludente weitere Rücktrittserklärung anzusehen. Rein vorsorglich hätten sie – unstreitig – mit anwaltlichem Schreiben vom 03.05.2021 nochmals den Rücktritt vom notariellen Vertrag erklärt (Anlage BB1, GA 252).

Die Kläger beantragen sinngemäß, 10

unter Abänderung des angefochtenen Urteils 11

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie als Gesamtgläubiger EUR 110.600,00 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem 17.02.2019 zu zahlen, Zug um Zug gegen Zustimmung zur Löschung der Auflassungsvormerkung, eingetragen im Grundbuch von H., Amtsgericht H., Blatt ..., betreffend 113/1000 Miteigentumsanteil an dem Grundstück Gemarkung H., Flur ..., Flurstück ..., Gebäude- und Freifläche, ...straße ..., verbunden mit dem Sondereigentum an der im Aufteilungsplan mit der Nummer 6 gekennzeichneten Wohnung im ersten Obergeschoss und dem Keller mit gleicher Nummer; 12

2. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Annahme der Zustimmung zur Löschung der Auflassungsvormerkung in Verzug befindet; 13

3. die Beklagte zu verurteilen, an sie als Gesamtgläubiger EUR 5.671,91 zu zahlen, bestehend aus EUR 1.192,05 an verauslagten Kosten gegenüber dem Grundbuchamt, Amtsgericht H. und dem Notar, EUR 3.227,44 an vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten und EUR 1.252,42 an weiteren Notarkosten, jeweils nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit; 14

4. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihnen sämtliche durch die Rückabwicklung des notariellen Kaufvertrags vom 04.05.2018, Urkunden-Nr.: .../2018, Notar ..., entstehenden Kosten zu ersetzen, 15

hilfsweise, das angefochtene Urteil aufzuheben und den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen. 16

Die Beklagte beantragt, 17

die Berufung zurückzuweisen. 18

Sie verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihrer erstinstanzlichen Argumentation: Sie bestreitet den Abschluss eines Bauträgervertrages und erachtet den Vortrag der Kläger betreffend angebliche Bauleistungen in Form einer „Kernsanierung des veräußerten Sondereigentums“ als verspätet. Dagegen spreche schon der insoweit (unstreitig) veranschlagte Kostenaufwand von lediglich EUR 44.550,- bei einer Wohnfläche von 106 qm. Ihre vertraglichen Leistungspflichten seien als „Renovierung“ einzuordnen. Jedenfalls hätten diese nicht das Gemeinschaftseigentum eingeschlossen. Unstreitig sei die zweite Decke nur auf Bitte der Kläger trotz fehlender vertraglicher Vereinbarung geöffnet worden. Durch eine bloße Oberflächenbehandlung sei der zu Tage 19

getretene, eindeutig im Gemeinschaftseigentum sitzende Hausschwamm - unstrittig - gerade nicht zu beseitigen gewesen. Der wirksam vereinbarte, keineswegs formelhafte Gewährleistungsausschluss beziehe sich auf das Gemeinschaftseigentum. Der Mangel in Gestalt des Hausschwamms hafte ihren Bauleistungen nicht an. Sie bestreitet, dass der Gewährleistungsausschluss nicht objektbezogen sei, sondern - wie die Kläger erstmals in zweiter Instanz behauptet hätten - „diversen Formularbüchern“ entnommen sei. Die Kläger seien durch den Gewährleistungsausschluss auch keineswegs überrumpelt worden; ihnen müsse klar geworden sein, dass die Beklagte nur Leistungen innerhalb des Sondereigentums habe versprechen und erbringen wollen. In Bezug auf die Fälligkeit der Werkleistung sei zu beachten, dass der nicht der Risikosphäre der Beklagten zuzuordnende Hausschwamm deren Fortführung gehindert habe. Das vereinbarte Zuwarten wegen des Hausschwamms habe auch damit zusammengehungen, dass die Beklagte sich an der Darlehenstilgung beteiligt habe. Soweit die Kläger meinten, die Beklagte habe den „Baukörper“ untersuchen müssen, sei nicht einmal klar, was die Kläger darunter verstünden. Die Kläger hätten sich nicht vertragstreu verhalten, indem sie sich gegenüber der Wohnungseigentümergeinschaft als Eigentümer aufgespielt und so den betreffenden Beschluss zunichte gemacht hätten. Zwar treffe es zu, dass die Kläger mit Schreiben vom 03.05.2021 abermals den Rücktritt erklärt hätten; jedoch sei das nicht mehr zu berücksichtigen. Ungeachtet dessen sei zu beachten, dass schon zuvor die neuen Deckenbalken eingezogen gewesen seien: hierzu verweist die Beklagte auf die in Anlagen SNP8 und SNP9 (GA 271ff) vorgelegten Rechnungen. Die Kläger seien an den betreffenden Leistungen ersichtlich nicht mehr interessiert gewesen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die wechselseitigen Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf den Akteninhalt im Übrigen verwiesen. 20

B. 21

Die Berufung der Kläger hat nach einstimmiger Auffassung des Senats offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg (§ 522 Abs. 2 Nr. 1 ZPO). Die Sache hat keine rechtsgrundsätzliche Bedeutung; auch erfordert weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung durch Urteil des Berufungsgerichts. Schließlich ist nach den Umständen des Falls auch sonst keine mündliche Verhandlung geboten (§ 522 Abs. 2 Nr. 2 bis 4 ZPO). Die Berufung kann gemäß §§ 513 Abs. 1, 520 Abs. 3 Nr. 2 ZPO nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Rechtsverletzung (§ 546 ZPO) beruht oder nach § 529 ZPO zu Grunde zulegende Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen. Solche Umstände zeigt die Berufungsbegründung nicht in verfahrensrechtlich erheblicher Weise auf. 22

Das Landgericht hat sämtliche Klageanträge zu Recht und mit im Wesentlichen zutreffender Begründung abgewiesen, da den Klägern gegen die Beklagte unter keinem rechtlichen Blickwinkel die geltend gemachten Ansprüche zustehen. Zur Vermeidung von Wiederholungen nimmt der Senat zunächst auf die ausführlich begründete Entscheidung des Landgerichts Bezug. Nachstehend wird im Detail erläutert, weshalb die Berufungsangriffe der Kläger allesamt nicht durchgreifen. 23

I. 24

Die Rüge, wonach das Landgericht den notariellen Vertrag rechtsfehlerhaft als Kaufvertrag (mit daneben noch gesondert geregelten werkvertraglichen Verpflichtungen) 25

26

eingeorordnet habe, während es sich - so die Kläger - tatsächlich um einen Bausträgervertrag iSv § 650u BGB handele, ist unbegründet. Insbesondere richtet sich entgegen der Ansicht der Kläger die Gewährleistungspflicht der Beklagten keineswegs ausschließlich nach dem Werkvertragsrecht.

Gemäß der Legaldefinition des § 650u Abs. 1 BGB ist ein Bausträgervertrag ein Vertrag, der die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand hat und der zugleich die Verpflichtung des Unternehmers enthält, dem Besteller das Eigentum an dem Grundstück zu übertragen oder ein Erbbaurecht zu bestellen oder zu übertragen. Der Bausträgervertrag ist mithin ein gemischttypischer Vertrag, bei dem sich der Anspruch auf Verschaffung des Eigentums an dem Grundstück gem. § 650u Abs. 1 S. 3 BGB nach Kaufrecht, der Anspruch auf die Errichtung oder den Umbau des Vertragsgegenstandes hingegen gem. § 650u Abs. 1 S. 2 BGB nach Werkvertragsrecht richtet (vgl. statt aller BeckOGK BGB/Matkovic, Stand: 01.10.2022, § 650u Rn 9). Nur wenn sich der Veräußerer zu Bauleistungen verpflichtet, die insgesamt nach Umfang und Bedeutung Neubauarbeiten vergleichbar sind, haftet er nicht nur für die ausgeführten Umbauarbeiten, sondern auch für die in diesem Bereich vorhandene Altbausubstanz nach den Gewährleistungsregeln des Werkvertragsrechts (BGH BeckRS 2007, 10153; OLG München IBRRS 2022, 1969). 27

1. 28

Soweit es die Errichtungsverpflichtung des Unternehmers (§ 650u Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB) betrifft, wendet die Rechtsprechung Bausträgerrecht auch dann an, wenn der Vertrag auf eine Wohnung in einem bereits errichteten Gebäude bezogen ist, sofern es sich um eine neue Wohnung handelt und deren Errichtung in einem zeitlichen Abstand zur Errichtung von weniger als zwei Jahren stattfindet (BGH NZBau 2016, 551, 552 mwN). Eine solche Konstellation liegt hier zweifelsohne nicht vor, da das streitgegenständliche „Bauvorhaben“ unstreitig auf eine bereits bestehende Wohnung mit vorhandener Altbausubstanz bezogen war. 29

2. 30

Entgegen der Ansicht der Kläger fehlt es ebenso an einer vertraglich vereinbarten Umbauverpflichtung der Beklagten iSv § 650u Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB. 31

a) 32

Dabei bezeichnet „Umbau“ eine umfassendere Maßnahme als der Begriff der Renovierung. Bei einer Renovierungsverpflichtung oder bei einer sonstigen Umbauverpflichtung, die nicht den Umfang eines Bauvertrages erfüllt, ist § 650u BGB nicht anwendbar. Auf derartige Verträge ist vielmehr neben dem Kaufrecht das Werkvertragsrecht anzuwenden (BeckOK BGB/Voit, 63. Ed., Stand: 01.05.2022, § 650u Rn 5 mwN). Der Umfang der vom Bausträger zu erbringenden Bauleistungen richtet sich vorrangig nach dem vertraglich Vereinbarten; soweit sich aus der Baubeschreibung, den Vertragsplänen oder anderen Vertragsunterlagen konkrete Vorgaben zum geschuldeten Bauvorhaben ergeben, gelten diese als vereinbarte Beschaffenheit iSd § 633 Abs. 2 BGB (BeckOGK BGB/Matkovic, a.a.O. Rn 82). Der für Sanierungen von Altbauten verwendete Begriff des Umbaus hat seinen Ursprung in der Begründung zur Einführung des § 632a Abs. 2 BGB durch das FoSiG vom 23.10.2008 (BGBl. 2008 I, 2022; Pause/Vogel, in: NZBau 2015, 667 (672)). Die Gesetzesbegründung verweist für den Begriff des Umbaus auf die Definition des § 3 Nr. 5 HOAI aF, die in die seit dem 17.8.2013 geltende Fassung des § 2 Abs. 5 HOAI übernommen worden ist: „*Umbauten sind Umgestaltungen eines vorhandenen Objekts mit wesentlichen Eingriffen in die Konstruktion*“ 33

oder Bestand“ (vgl. zum Ganzen auch Thode, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. A. 2022, § 650u Rn 13 mwN).

b) 34

Vorliegend erschöpften sich die baulichen Verpflichtungen der Beklagten nach Art und Umfang in Maßnahmen, die einer (aufwändigen) Renovierung vergleichbar sind, während entgegen der Auffassung der Kläger keinesfalls eine „Kernsanierung“ geschuldet war. Die Sichtweise der Kläger widerspricht dem zwischen den Parteien vereinbarten sog. Bausoll, welches sich aus § 2 a.E. des notariellen Vertrages iVm der von diesem in Bezug genommenen Anlage 1 (Sanierungsplan/Leistungsverzeichnis) ergibt. 35

aa) 36

Soweit die Kläger für ihre Sichtweise u.a. anführen, dass beide Verpflichtungen der Beklagten (Eigentumsübertragung am Grundstück nebst Sondereigentum plus Erbringung der vereinbarten Sanierungsarbeiten) in einem einzigen Vertrag niedergelegt seien, verkennt dies schon im Ansatz die oben erläuterten maßgeblichen Kriterien für die Qualifizierung einer Vereinbarung als Bauträgervertrag. 37

bb) 38

Die Herleitung der Kläger, wonach die Beklagte eine Kernsanierung und einen Neuaufbau unter teilweiser Inanspruchnahme des Gemeinschaftseigentums geschuldet habe, ist nicht nachvollziehbar: 39

Soweit die Kläger diesbezüglich reklamieren, dass die Verpflichtung der Beklagten u.a. das umfassende Aufstemmen der zum Gemeinschaftseigentum gehörenden Wände inkludiert habe, lassen sie außer Acht, dass der Sanierungsplan / das Leistungsverzeichnis explizit betont, dass nur „nicht tragende Wände“ betroffen sind (Ziffer 342). Dies spricht gerade gegen eine umfassende Kernsanierung. Insbesondere findet sich zu Außenwänden (Ziffern 330, 339) nicht einmal ein diesen zugewiesener Teilbetrag des kalkulierten Werklohns; solches ist nur hinsichtlich Innenwänden der Fall (Ziffern 350ff). Für die Position „Baukonstruktive Einbauten“ (Ziffer 372) wird gerade einmal ein Betrag von EUR 480,00 veranschlagt. 40

Insbesondere verfängt die Annahme der Kläger, wonach die Arbeiten nach dem Sanierungsplan auch die Geschossdecke - in der der Hausschwamm entdeckt wurde - eingeschlossen hätten, nicht: Die Bearbeitung und/Herstellung der Boden- und Deckenbeläge bzw. – bekleidungen bezog sich vereinbarungsgemäß (Ziffern 320ff; 350ff) auf rein oberflächliche Arbeiten ohne Eingriffe in die vorhandene Kern-Bausubstanz. Der Verweis der Kläger auf die Regelung des § 650k Abs. 2 S. 1 BGB trägt nicht: Da nämlich bei der maßgeblichen objektiven Betrachtung aus Sicht eines durchschnittlichen Erwerbers keine Zweifel über den Umfang der von der Beklagten geschuldeten Werkleistung bestehen, bedarf es keiner Anwendung der betreffenden Auslegungsregel. Die Beklagte schuldete nach dem notariellen Vertrag iVm Anlage 1 damit keineswegs die Beseitigung des im Bereich des Gemeinschaftseigentums befindlichen Hausschwamms, der sich unstreitig nicht durch eine bloße Oberflächenbehandlung entfernen ließ. 41

Zu Recht merkt die Beklagte auch an, dass erstinstanzlich unstreitig geblieben war, dass die Beklagte die sog. „zweite Decke“ (in Abgrenzung zur sichtbaren abgehangenen Zwischendecke) nur auf Bitte der Kläger, d.h. ohne entsprechende vertragliche Verpflichtung 42

öffnete. Diese Feststellungen haben die Kläger nicht mit einem Berichtigungsantrag nach § 320 ZPO angegriffen, so dass es ihnen in der Berufungsinstanz versagt ist, sich auf deren vermeintliche Unrichtigkeit zu berufen (BGH NJW-RR 2007, 1434 Rn 11; BGH BeckRS 2020, 31448 Rn 21). Die betreffenden Feststellungen des Landgerichts sind demzufolge als für das Berufungsverfahren bindend zugrunde zu legen (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

cc) 43

Schließlich spricht der Umstand, dass ca. ein Drittel des von den Klägern zu entrichtenden Gesamtpreises vereinbarungsgemäß auf die Sanierungsarbeiten entfiel, nicht für die Annahme einer Kernsanierung. Vielmehr spiegelt sich darin entsprechend den zuvor getroffenen Erläuterungen wider, dass die Sanierungsarbeiten insgesamt nicht die maßgebliche Schwelle überschritten. 44

dd) 45

Erst recht sind die betreffenden vertraglich übernommenen Leistungspflichten der Beklagten nach alledem nicht nach Umfang und Bedeutung mit Neubauarbeiten vergleichbar, so dass die Beklagte keineswegs auch für die vorhandene Altbausubstanz nach den Gewährleistungsregeln des Werkvertragsrechts haften muss (vgl. BGH BeckRS 2016, 13172; BGH NJW 2006, 214 Rn 11; BGH NZBau 2005, 216; OLG Celle IBRRS 2017, 3925: Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen durch BGH, Beschluss vom 05.07.2017 – VII ZR 315/14). 46

Festzuhalten bleibt damit, dass die Beklagte (nur) für die in Anlage 1 zum notariellen Vertrag bestimmten Sanierungsarbeiten nach Werkvertragsrecht Gewährleistung schulden kann. Daran ändert der Umstand, dass der notarielle Vertrag in der Urkunde selbst als „Wohnungskaufvertrag“ betitelt ist, schon deshalb nichts, weil § 6 Abs. 5 des notariellen Vertrages ausdrücklich die Gewährleistungsregeln des Werkvertragsrechts als einschlägig festlegt; allgemein gilt, dass im Vertrag aufscheinende Bezeichnungen wie „Kaufvertrag“ oder „(Ver-)Käufer“ insoweit nicht verbindlich sind (vgl. BGH NJW 2008, 3275 Rn 18; BGH NZBau 2007, 371 Rn 17). 47

II. 48

Unbegründet ist auch die Berufungsrüge, wonach das Landgericht verfehlt angenommen habe, dass sich der vorgefundene Mangel auf die Kaufsache bezogen habe, für die indessen wirksam ein Gewährleistungsausschluss vereinbart worden sei und der betreffende Mangel daher ein Leistungsverweigerungsrecht zugunsten *der Beklagten* begründet habe. 49

1. 50

Soweit die Kläger auch in diesem Zusammenhang geltend machen, dass die Beklagte vertraglich eine vollständige Entkernung der bestehenden Eigentumswohnung unter teilweiser Inanspruchnahme des Gemeinschaftseigentums geschuldet habe, trifft dies gemäß der oben im Detail erfolgten Begründung des Senats nicht zu. 51

2. 52

Ebenso wenig verfährt der gegen die vom Landgericht bejahte Wirksamkeit des Gewährleistungsausschlusses gem. § 6 Abs. 3, Abs. 4 des notariellen Vertrages gerichtete Berufungsangriff der Kläger. 53

54

Soweit die Kläger in diesem Kontext BGH-Rechtsprechung (NJW 2005, 1115) zur aus § 242 BGB folgenden Unwirksamkeit eines formelhaften Ausschlusses der Gewährleistung beim Erwerb neu errichteter oder so zu behandelnder Häuser auch in einem notariellen Individualvertrag anführen, lassen sie abermals außer Betracht, dass im Streitfall bloß im Vergleich dazu untergeordnete Umbau- / Renovierungsarbeiten von der Beklagten zu erbringen waren. Die hilfsweise auf Rechtsprechung des Senats (NJW-RR 2016, 438) abstellende Argumentation der Kläger ist ebenfalls nicht zielführend. Diesbezüglich bedarf es keiner Entscheidung des Senats zu der Argumentation der Kläger, wonach der streitgegenständliche Gewährleistungsausschluss formelhaft sei und zum Schutz der Kläger vor einer „Überrumpelung“ daher eine eingehende notarielle Belehrung über Umfang und Tragweite der Freizeichnung notwendig gewesen wäre. Denn jedenfalls kann den Klägern nicht darin gefolgt werden, dass das kumulative Erfordernis eines den Bauleistungen der Beklagten anhaftenden Baumangels erfüllt sei. Diesbezüglich verweist der Senat erneut auf seine oben erfolgte Abgrenzung der vertraglichen Leistungspflicht der Beklagten im Vergleich zu einer „Kernsanierung“ bzw. Neuerrichtung. Eine notarielle Belehrung über Umfang und Bedeutung des Gewährleistungsausschlusses war demnach auch dann nicht Voraussetzung für die Wirksamkeit des Gewährleistungsausschlusses, wenn dieser hier in einer formelhaften Klausel enthalten sein sollte (BGH NJW 2006, 214 Rn 20). Demzufolge kann insbesondere dahinstehen, ob die Kläger mit Recht geltend machen, die Formelhaftigkeit des Gewährleistungsausschlusses ergebe sich u.a. aus dem Umstand, dass in ihm das Wort „Zustand“ fehle.

III.	55
Die Kläger bemängeln ohne Erfolg die rechtliche Wertung des Landgerichts, wonach die Werkleistung der Beklagten im Zeitpunkt der Nachfristsetzung (12.11.2018) bzw. der Erklärung des Rücktritts (13.12.2018) <u>nicht fällig</u> gewesen sei.	56
1.	57
Jedenfalls im Ergebnis ist die Annahme des Landgerichts, dass die von der Beklagten gem. Anlage 1 zum notariellen Vertrag übernommenen Leistungspflichten im Zeitpunkt der Nachfristsetzung am 12.11.2018 bzw. der Rücktrittserklärung am 13.12.2018 nicht fällig waren, nicht zu beanstanden.	58
Zumindest lässt sich nämlich feststellen, dass - worauf das Landgericht allerdings nicht eingegangen ist - ein Rücktrittsrecht der Kläger wegen § 326 Abs. 6 Var. 1 BGB ausgeschlossen war. Danach ist der Rücktritt ausgeschlossen, wenn der Gläubiger für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist.	59
a)	60
Die Regelung des § 323 Abs. 6 BGB wird nicht etwa durch § 645 BGB verdrängt.	61
Aus der Regelung in § 645 BGB kann nicht gefolgert werden, dass dem Besteller in diesen Fällen ein Rücktrittsrecht erhalten bleibe, wenn der Unternehmer trotz Fristsetzung den Mangel nicht beseitigt. Zwar ordnet § 645 BGB für den Fall, dass das Werk ohne Verschulden des Unternehmers aufgrund einer Weisung des Bestellers oder aufgrund eines Mangels des vom Besteller bereitgestellten Stoffs untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden ist, eine Teilvergütungspflicht des Bestellers an, ohne den Unternehmer aus seiner Verantwortung für die Herstellung eines mangelfreien Werks zu	62

entlassen. Dies hat jedoch nicht notwendig zur Folge, dass damit die Sanktion gem. § 323 Abs. 6 BGB (Ausschluss des Rücktrittsrechts) gegenüber dem Besteller ausscheidet. Die in § 645 BGB geregelte Teilvergütung besagt nichts darüber, ob dem Besteller in diesen Fällen noch ein Rücktrittsrecht zusteht. Anhand des § 634 Nr. 3 BGB wird deutlich, dass sich die Voraussetzungen und Ausschlussgründe des Rücktrittsrechts nach den Bestimmungen des allgemeinen Leistungsstörungsrechts, bei einer alleinigen oder überwiegenden Verantwortung für den Rücktrittsgrund also nach § 323 Abs. 6 BGB richten (Moufang/Koos, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. A. 2022, § 636 BGB Rn 63; BeckOGK BGB/Kober, Stand: 01.10.2022, § 636 Rn 76 jew mwN auch zur vereinzelt Gegenansicht).

b) 63

Gesetzliche Bestimmungen darüber, was der Gläubiger iSv § 323 Abs. 6 BGB zu verantworten hat, fehlen. Insbesondere scheidet eine unmittelbare Anwendung der §§ 276 ff BGB aus, soweit es nicht um die schuldhaft Verletzung eigener Pflichten geht, der Gläubiger also zugleich Schuldner ist (BGHZ 66, 349, 354 = NJW 1976, 1315; BGH NJW 1980, 700; OLG Hamm NJW-RR 1997, 272). Der Gläubiger ist für eine Vertragsverletzung jedenfalls dann verantwortlich, wenn er ausdrücklich oder stillschweigend das Risiko einer Verwirklichung des rücktritts begründenden Umstandes übernommen hat (vgl. BGH NJW 1980, 700; BGH NJW 1998, 2284, 2286; OLG Hamburg NJW-RR 1991, 658; BeckOK BGB/H. Schmidt, 63. Ed., Stand: 01.08.2022, § 323 Rn 43 mwN). Eine vertragliche Risikoübernahme darf jedoch nur bei entsprechend eindeutigen Anhaltspunkten angenommen werden (vgl. MüKo BGB/Ernst, 9. A. 2022, § 326 Rn. 59ff). Von vertraglicher Risikoübernahme kann zB noch keine Rede sein, wenn eine der Parteien in Vertretung für die andere eine zur Durchführung des Geschäfts erforderliche Genehmigung beantragt (OLG Düsseldorf NJW 1965, 761, 762).

c) 65

Im Streitfall haben die Kläger in Gestalt des - wie oben ausgeführt: wirksamen - Gewährleistungsausschlusses in § 6 Abs. 3, Abs. 4 des notariellen Vertrages, der sich explizit auch auf das Gemeinschaftseigentum erstreckte, vertraglich immanent zugleich das Risiko übernommen, dass sich infolge von Mängeln an der verkauften Bausubstanz die Erbringung der daneben von der Beklagten übernommenen Werkleistungen verzögern wird. Es ist für die Regelung betreffend die Teilvergütungspflicht gem. § 645 BGB anerkannt, dass die Verantwortlichkeit des Bestellers alle Gegenstände umfasst, aus denen, an denen oder mit deren Hilfe das Werk herzustellen ist; das schließt u.a. die Bausubstanz des Gebäudes ein, an dem die Werkleistung zu erbringen ist (vgl. BGH NJW-RR 2005, 669, 670).

Die Kläger wenden vergeblich ein, dass sie nicht das mit dem Sondereigentum in physikalischer Verbindung stehende Gemeinschaftseigentum zur Verfügung gestellt hätten, sondern auch dieses aus der Sphäre der Beklagten stamme. Der Senat verkennt insoweit nicht, dass die Beklagte ausweislich des § 1 des notariellen Vertrages die streitgegenständliche Eigentumswohnung vom Voreigentümer Herrn Großstück erworben hatte und gem. § 2 Abs. 3 die Eintragung der Kläger als Eigentümer zum Schutze der Beklagten nicht vor Zahlung des Kaufpreises bewilligt werden sollte, wobei zugunsten der Kläger eine entsprechende Auflassungsvormerkung eingetragen wurde. Dies ändert nichts daran, dass nach dem Wesen des notariellen Vertrages, das vor allem im Gewährleistungsausschluss in § 6 Abs. 3, Abs. 4 zutage tritt, die Kläger (jedenfalls im hier allein interessierenden Verhältnis zur Beklagten) das Risiko für alle etwaigen das Gemeinschaftseigentum betreffenden Mängel der Altbausubstanz tragen sollten. Bei dieser Sachlage liegt es auf der Hand, dass sich die betreffende Risikoübernahme auch auf

Verzögerungen der von der Beklagten zu erbringenden Sanierungsarbeiten erstreckt, wenn und soweit die Verzögerung auf Mängel der Altbausubstanz des Gemeinschaftseigentums zurückzuführen ist. Wer - formal betrachtet - in diesem Zeitraum (noch) Eigentümer der Wohnung nebst Anteil am Gemeinschaftseigentum ist, ist in diesem Kontext nicht von Belang – zumal der Zeitpunkt des Eigentumsübergangs (siehe oben) davon abhing, wann die Kläger die vereinbarte Kaufpreiszahlung vornahmen, da nur dann die Bedingung für die erforderliche Bewilligung ihrer Eintragung als Eigentümer erfüllt war.

Soweit die Kläger geltend machen, die Beklagte habe vorvertraglich den Baukörper genauer untersuchen müssen, verfängt auch das von vornherein nicht. Unstreitig fällt der Beklagten jedenfalls kein arglistiges Handeln zur Last, so dass die Maßgeblichkeit des wirksamen Gewährleistungsausschlusses von diesem Vorwurf unberührt bleibt (§ 444 Alt. 1 BGB). Einer zusätzlichen Kontrolle des Gewährleistungsausschlusses nach § 242 BGB unter dem Blickwinkel, dass die Beklagte eine Untersuchungspflicht getroffen haben könnte, käme allenfalls in Betracht, wenn es sich - wie nicht (vgl. oben) - um ein neuerrichtetes Objekt gehandelt hätte (BGHZ 98, 100, 107 f. = NJW 1986, 2824). 68

2. 69

Die vorstehenden Ausführungen des Senats gelten entsprechend, soweit die Kläger meinen, der Beklagten hätte nach Eintritt der im notariellen Vertrag festgelegten Fälligkeit der Werkleistung spätestens am 15.07.2018 (§ 2 a.E.) kein Leistungsverweigerungsrecht zugestanden. 70

Hier treten noch die vom Landgericht in den Entscheidungsgründen getroffenen Feststellungen (LGu, ab S. 14, 2. Abs., GA 207f) hinzu, dass die Parteien anlässlich eines Ortstermins vereinbart hatten, die Beklagte solle nunmehr zusätzlich Sanierungsarbeiten auch am Gemeinschaftseigentum durchführen und erst anschließend die im Leistungsverzeichnis gem. Anlage 1 zum notariellen Vertrag festgelegten Sanierungsarbeiten durchführen. Diese Feststellungen haben die Kläger nicht mit einem Berichtigungsantrag nach § 320 ZPO angegriffen, so dass es ihnen in der Berufungsinstanz wiederum versagt ist, sich auf die vermeintliche Unrichtigkeit dieser Feststellungen zu berufen (vgl. allgemein dazu bereits oben). Die betreffenden Feststellungen des Landgerichts sind demzufolge als für das Berufungsverfahren bindend zugrunde zu legen (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). 71

3. 72

Ob den Klägern darüber hinaus noch eine eigene Vertragsuntreue im Zusammenhang mit einer erforderlichen Beschlussfassung der Eigentümerversammlung zur Last fällt, ist nach alledem nicht entscheidungserheblich. 73

IV. 74

Ohne Erfolg machen die Kläger mit ihrer Berufung hilfsweise geltend, dass sie mit der Stellung ihrer Klageanträge am Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht (Protokoll vom 08.02.2021, GA 193) konkludent eine erneute Rücktrittserklärung abgegeben hätten und jedenfalls in diesem Zeitpunkt die erforderliche Fälligkeit der Vertragspflichten der Beklagten vorgelegen habe. 75

1. 76

77

Im rechtlichen Ansatz ist den Klägern zunächst noch darin beizupflichten, dass eine Rücktrittserklärung iSv § 349 BGB durchaus auch konkludent erfolgen kann. Ob ein schlüssiges Verhalten als eine zur Rückabwicklung des Vertrags führende Willenserklärung zu werten ist, bestimmt sich nach den für die Auslegung von Willenserklärungen geltenden Maßstäben. Hiernach kommt es entscheidend darauf an, wie das Verhalten objektiv aus der Sicht des Erklärungsgegners zu verstehen ist (BGH NJW-RR 2018, 524 Rn 19). Maßgeblich ist danach, wie die Beklagte das Verhalten der Kläger objektiv deuten musste, ob die Beklagte dieses mithin nach den ihr bekannten oder jedenfalls erkennbaren Umständen als Rücktrittserklärung aufzufassen hatte (vgl. BGH NJW 2014, 1951). Beispielsweise kann unter Umständen eine auf Rückzahlung einer vertraglich geschuldeten Leistung gerichtete Klageerhebung als konkludente Rücktrittserklärung zu werten sein (BGH NJW 2021, 464 Rn 33ff). Nicht ausreichend für die Annahme eines konkludenten weiteren Rücktritts in einer Klageerhebung ist allerdings die bloße Bezugnahme auf einen vorgerichtlichen Schriftsatz, in dem ein früherer, nicht wirksamer Rücktritt erklärt worden ist (OLG München BeckRS 2016, 10096 sub II.2.d; BeckOK BGB/H. Schmidt, a.a.O., § 349 Rn 3; Hager, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, 4. A. 2021, § 349 Rn 1).

2. 78

Im letztgenannten Sinne verhält es sich auch im Streitfall, so dass in der Klageerhebung ebenso wenig eine schlüssige Rücktrittserklärung gesehen werden kann wie in der Stellung der mit der Klageschrift angekündigten Anträge am Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz: 79

Die Durchsicht der Klageschrift und der sonstigen erstinstanzlichen Schriftsätze der Kläger verdeutlicht, dass mit dieser / diesen bei verständiger Würdigung keine weitere Rücktrittserklärung abgegeben wurde. Vielmehr haben die Kläger durchgängig auf ihren vorgerichtlich mit anwaltlichem Schriftsatz vom 13.12.2018 (Anlage K 5) erklärten Rücktritt Bezug genommen (vgl. Klageschrift, S. 5 (GA 5); vgl. Schriftsatz vom 13.08.2019, S. 2 unten (GA 120)). 80

Für die Annahme einer konkludenten Rücktrittserklärung ist daher im Hinblick darauf, dass es sich um Anwaltsschriftsätze bzw. von einem Rechtsanwalt in der mündlichen Verhandlung gestellte Klageanträge gehandelt hat, kein Raum (vgl. OLG München, a.a.O.) 81

V. 82

Schließlich vermag auch der nach Abschluss der ersten Instanz mit anwaltlichem Schreiben vom 03.05.2021 seitens der Kläger ausdrücklich erklärte erneute Rücktritt (Anlage BB 1, GA 252) dem Klagebegehren nicht zum Erfolg zu verhelfen. 83

Zwar ist - dies entgegen der Ansicht der Beklagten - diese unstreitig erfolgte Rücktrittserklärung als solche noch in zweiter Instanz zu berücksichtigen (vgl. nur BGH NJW 2009, 253). Jedoch hat die Beklagte mit der Berufungserwiderung unter Vorlage zweier Rechnungen der ausführenden Unternehmer (Anlagen SNP8 und SNP9, GA 271ff) unwidersprochen dargetan, dass im Zeitpunkt der letztgenannten Rücktrittserklärung die Deckenbalken bereits eingezogen waren, die Kläger aber an einem Fortschritt der Arbeiten nicht mehr interessiert gewesen seien. Vor diesem Hintergrund gilt das betreffende Vorbringen der Beklagten gem. § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden, so dass es den insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Klägern nicht gelungen ist, eine nicht vertragsgemäße Erbringung einer Leistung der Beklagten trotz Fälligkeit (§ 323 Abs. 1 BGB) zu belegen. 84

Abgesehen davon hatten sich die Kläger - wie sich nicht zuletzt im vorliegenden auf Rückabwicklung des Vertrages gerichteten Prozess manifestiert - zuvor ihrerseits vom Vertrag losgesagt, so dass jedenfalls deshalb am 03.05.2021 unter dem rechtlichen Aspekt des sog. tu-quoque-Einwandes (§ 242 BGB) von einer Pflichtverletzung der Beklagten iSd § 323 Abs. 1 BGB von vornherein keine Rede (mehr) sein konnte (vgl. BGH NJW 1999, 352 f mwN; H. Schmidt, a.a.O., § 323 Rn 49).

C.

86

Der Senat weist darauf hin, dass die Rücknahme der Berufung vor Erlass einer Entscheidung nach § 522 Abs. 2 ZPO gemäß GKG KV 1222 S. 1 und 2 kostenrechtlich privilegiert ist; statt vier fallen nur zwei Gerichtsgebühren an (OLG Brandenburg, Beschluss vom 18. Juni 2009 – 6 W 88/09; Senat, Beschluss vom 6. März 2013 – I-24 U 204/12, Rn 19 mwN; KG, Beschluss vom 21. April 2016 - 6 U 141/15, Rn 18; siehe auch Zöller/Heßler, ZPO, 33. Auflage, § 522 Rn 45 mwN).

87