
Datum: 31.05.2007
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 24. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 24 U 150/04
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2007:0531.24U150.04.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 14 O 113/04

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 5.11.2004 verkündete Urteil der

14. Zivilkammer des Landgerichts Münster wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits einschließlich der Kosten der Streithelfer des Beklagten.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

Gründe: 1

A. 2

Die Klägerin begehrt vom Beklagten Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines Bauträgervertrags. Zur Begründung stützt sie sich auf die Entscheidung des OLG Stuttgart vom 26.04.2001 (19 U 217/00 = BauR 2003, 108) in dem Vorprozess umgekehrten Rubrums, 3

durch das eine Klage des jetzigen Beklagten abgewiesen wurde. Der BGH hat die Revision durch Beschluss vom 2.05.2002 (VII ZR 199/01) nicht angenommen.

Die Klägerin schloss am 11.03.1995 mit dem Beklagten einen Bauträgervertrag, in dem sie sich verpflichtete, am Elbufer in Dresden, G-Strasse, ein Wohngebäude mit 19 Wohnungen und einem Atelierhaus mit weiteren 3 Wohnungen, sowie einer Tiefgarage zu errichten. Der Beklagte erwarb die noch zu bildenden Wohnungseigentumsrechte an den Wohnungen Nr. 12 und Nr. 13, die zu einer Wohneinheit zusammengefasst wurden, mit dem Abstellraum Nr. 10 sowie den Sondernutzungsrechten an den Stellplätzen Nr. 9 und Nr. 10 in der Tiefgarage. Er zahlte die von ihm geschuldete Vergütung in Höhe von 1,3 Mio. DM am 11.05.1995 gegen Stellung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern. 4

Die Klägerin verpflichtete sich in § 3 Nr. 6 des notariellen Vertrags, den Vertragsgegenstand bis zum 30.06.1996 bezugsfertig zu errichten. Wenn Außenarbeiten, jahreszeitlich bedingt, nicht bis zur Bezugsfertigkeit ausgeführt werden, hatte der Verkäufer diese nach der vertraglichen Vereinbarung zu geeigneter Zeit unverzüglich zu erbringen. 5

Die Wohnung sollte von der Familie des Sohns des Beklagten, der bis dahin mit seiner Frau und den Kindern in einer beengten Wohnung wohnte, am 1.07.1996 bezogen werden. Er sollte in Dresden eine Niederlassung des Familienunternehmens aufbauen und leiten. 6

Der Baubeginn erfolgte nicht, wie vorgesehen, am 1.06.1995, sondern erst am 1.09. 1995, weil die von der Klägerin am 26.04.1995 beantragte Baumfällgenehmigung wegen gefährdeter Vogelarten erst nach dem Ende der Brutzeit am 28.08.1995 erteilt wurde. Eine weitere Verzögerung der Baumaßnahme wurde von der Klägerin auf den außergewöhnlich strengen Winter 1995/1996 zurückgeführt. 7

Die Klägerin erstellte am 29.04.1996 einen Bauzeitenplan, in dem sie vom März 1996 bis zum 7.02.1997 eine restliche Bauzeit von 11 Monaten vorgesehen hatte. Es ist nicht ersichtlich, dass sie den Bauzeitenplan dem Beklagten übermittelt hat. Aus dem Anwaltsschreiben des Beklagten vom 15.10.1996 (Bl. 201 d.A.) ergibt sich, dass sie dem Beklagten mitgeteilt hat, dass sich eine Verzögerung von 4 Monaten ergeben werde. Der Beklagte bat die Klägerin in dem Schreiben vom 15.10. 1996, bis zum Ablauf jener Frist, dem 31.10.1996 (30.06. zzgl. 4 Monate), nachvollziehbar darzulegen, warum weder der 30.06.1996 noch der 31.10.1996 als Fertigstellungstermin eingehalten werden konnten. Der Sohn des Beklagten erkundigte sich am 23.10. 1996 auf der Baustelle nach dem frühestmöglichen Fertigstellungstermin. 8

Die Klägerin ließ das Schreiben durch ihren Gesellschafter, den Architekten F, mit Schreiben vom 31.10.1996 (Bl. 203 d.A.) beantworten, der einen Verzug der Klägerin einräumte und die Bezugsfertigkeit für Ende Februar 1997 in Aussicht stellte. 9

Der Beklagte antwortete mit Anwaltsschreiben vom 4.11.1996 (Bl. 222 d.A.), dass es ihm nicht zuzumuten sei, bis Ende Februar auf die Bezugsfertigkeit der Wohnung zu warten und er setzte der Klägerin eine Frist zur Fertigstellung der Wohnung bis zum 30.11.1996, verbunden mit einer Ablehnungsandrohung. 10

Am 13.11.1995 befand sich der Sohn des Beklagten auf einer Geschäftsreise in Süddeutschland. Der Geschäftsführer T der Klägerin und ihr Architekt F nutzten diese Gelegenheit, um ihn im Flughafen G zu treffen und ihn um eine Fristverlängerung zu bitten, die der Sohn des Beklagten ihnen nicht gewährte. Wegen der Einzelheiten des streitigen Inhalts des Gesprächs wird auf den Berichterstattervermerk bezüglich der Beweisaufnahme 11

vom 15.03.2007 verwiesen.

Die Klägerin räumt ein, dass sie ab dem 30.11.1996, dem Ablauf der ihr gesetzten Frist, keine gesteigerten Anstrengungen zur Herbeiführung der Bezugsfertigkeit unternommen hat. Mit Anwaltsschreiben vom 2.12.1996 (Bl. 218 d.A.) nahm sie zu dem Schreiben der Streithelfer des Beklagten vom 4.11.1996 Stellung. Im Widerspruch zu dem Schreiben des Architekten F vom 31.10.1996 vertrat sie die Auffassung, dass sie die Bauzeitverzögerung nicht zu vertreten habe, was sie ausführlich begründete. Abschließend berief sie sich in dem Schreiben darauf, dass sie sich bis zum 31.01.1997 nicht in Verzug befände. Danach bedürfe es einer angemessenen Nachfrist, damit der Beklagte Rechte aus § 326 BGB geltend machen könne. Eine angemessene Nachfristsetzung sei in dem Schreiben vom 4.11.1996 nicht enthalten. Die Klägerin wies deshalb Ansprüche zurück und erklärte, dass sie ihrerseits auf Erfüllung des Vertrages bestehe. Ein Hinweis auf das Gespräch vom 13.11.1995 mit dem Sohn des Beklagten findet sich in diesem Schreiben nicht. 12

Auf dieses Schreiben hin erläuterten die Streithelfer des Beklagten mit Schreiben vom 5.12.1996 ausführlich, warum die Klägerin nach seiner Auffassung die Bauzeitverzögerung zu vertreten habe, dass der strenge Winter 1995/1996 nur zu einer Bauzeitverlängerung bis zum 20.07.1996 habe führen können und dass es für den Beklagten nicht erkennbar sei, warum sich eine Verlängerung bis zum 31.01.1997 ergeben solle. Sie verwiesen darauf, dass sie die Frist für angemessen hielten und gaben der Klägerin eine letzte Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 15.12.1996. Davon machte sie keinen Gebrauch. 13

Mit Anwaltsschreiben vom 6.01.1997 forderte der Beklagte die Kreissparkasse S auf, den Betrag in Höhe von 1,3 Mio. DM, für dessen Rückzahlung sie sich verbürgt hatte, bis zum 21.01.1997 an ihn zu zahlen. Von diesem Schreiben hat die Klägerin am 15.01.1997 Kenntnis erlangt. Die Kreissparkasse S zahlte am 28.01. 1997 an den Beklagten 1.186.950 DM auf die von ihm geforderte Bürgschaftssumme. 14

Mit Anwaltsschreiben vom 27.01.1997 wies der Prozessbevollmächtigte der Klägerin die Streithelfer des Beklagten darauf hin, dass die Parteien untereinander über Lösungsmöglichkeiten diskutierten. Mit Schreiben vom 28.02. und 18.03.1997 richtete die Klägerin Zahlungsaufforderungen an den Beklagten. Dem letztgenannten Schreiben fügte sie eine Bürgschaftsurkunde über 975.000 DM bei. 15

Die Klägerin schaltete um die Jahreswende 1996/97 verschiedene Maklerfirmen ein, um die vom Beklagten erworbene Wohnung anderweitig zu verkaufen. Am 25.03.97 führte sie ein erstes Verkaufsgespräch mit der Zeugin N2, die die Wohnungen sodann am 17.07.1997 gekauft hat (Bl. 18 ff d.A.). Diese hatte sich schon zu einer Zeit für eine Wohnung in dem Bauvorhaben interessiert, als alle Wohnungen verkauft waren. 16

Im Mai 1997 war das Gebäude noch eingerüstet, weil der Wärmedämmputz angebracht wurde. 17

Der Beklagte hat am 14.07.1997 vor dem Landgericht Rottweil (2 O 677/97) Klage auf Schadensersatz in Höhe von 678.966,13 DM erhoben. Die Klägerin verteidigte sich in jenem Prozess in gleicher Weise wie in ihrem Schreiben vom 2.12.1996 damit, dass sie sich nicht in Verzug befunden habe. Sie berief sich zudem darauf, dass es durch Sonderwünsche des Beklagten zu einer Bauzeitverzögerung gekommen sei. 18

Das Landgericht Rottweil hat zu der Frage, inwieweit die Klägerin die Bauzeitverzögerung zu vertreten habe, mehrere Zeugen vernommen und ein Gutachten des Sachverständigen Prof. 19

Dipl.-Ing. I eingeholt. Es hat einen Verzug der Klägerin mit der Herstellung der Bezugsfertigkeit der vom Beklagten erworbenen Wohnungen bejaht und die Klägerin zur Zahlung von 195.551,27 DM verurteilt.

Gegen dieses Urteil hat die Klägerin Berufung eingelegt, zu deren Begründung sie sich weiterhin darauf berufen hat, dass sie die Bauzeitverzögerung nicht zu vertreten habe (Bl. 477 d. BA). Die Anfang November geäußerten Sonderwünsche des Beklagten hätten ebenfalls zu einer Bauzeitverzögerung von 10 Wochen geführt, "das würde im Ergebnis dazu führen, dass die Fristsetzung des Beklagten zum 30.11.1995 unangemessen kurz" gewesen sei (Bl. 481 d.BA). 20

14 Tage vor dem Senatstermin des OLG Stuttgart vom 15.03.2001 trat der Architekt F dem Rechtsstreit als Streithelfer der Klägerin bei. Er bestritt im Schriftsatz vom 27.02.2001, der dem Beklagten am 1.03.2001 zugestellt worden ist, zunächst auf 10 Seiten den Verzug der Klägerin und sodann schloss er umfangreiche Rechtsausführungen zu der Angemessenheit der Nachfrist an. Ohne eine Substantiierung bzw. Konkretisierung, welche Nachfrist angemessen gewesen wäre, berief er sich darauf, dass die vom Beklagten gesetzte Nachfrist unangemessen kurz gewesen sei. Er verwies insoweit darauf, dass es nach seiner Auffassung Sache des Beklagten sei, den Bautenstand zum Zeitpunkt des Zugangs des Schreibens vom 4.11.1996 und die Angemessenheit der Nachfrist darzulegen (Bl. 523 d.BA.). 21

Daraufhin lud der Senatsvorsitzende den Sachverständigen Prof. Dipl.-Ing. I telefonisch, ohne ihm ein Beweisthema mitzuteilen, obwohl dieser zuvor weder mit der Frage der Bezugsfertigkeit noch mit der Angemessenheit der Fristsetzung befasst war. Er informierte die Prozessbevollmächtigten weder von der Ladung des Sachverständigen geschweige denn davon, zu welchen Beweisfragen dieser gehört werden sollte. Obwohl zu der Frage, welchen Zeitraum die Klägerin für die Herstellung der Bezugsfertigkeit benötigt hätte, jeglicher Parteivortrag fehlte, erteilte er den Parteien keinen rechtlichen Hinweis, dass der Senat nicht mehr den Verzug, auf den sich der Parteivortrag konzentriert hatte, sondern die Angemessenheit der Fristsetzung als das entscheidende Problem ansehe. Im Senatstermin erstattete der Sachverständige ein mündliches Gutachten zu dem Zeitraum, der für die Herstellung einzelner Leistungen erforderlich gewesen wäre. Bezüglich der Voraussetzungen der Bezugsfertigkeit wurden ihm keine rechtlichen Vorgaben gemacht. 22

Das OLG Stuttgart beraumte anschließend ohne Gewährung einer Schriftsatzfrist einen Verkündungstermin auf den 26.04.2001 an, in dem es die Klage des jetzigen Beklagten abgewiesen und ihm unter Verstoß gegen § 97 Abs. 2 ZPO die gesamten Kosten des Rechtsstreits auferlegt hat. Es sprach ihm auch keinen Verzugsschadensersatzanspruch zu, obwohl es in Übereinstimmung mit dem LG Rottweil annahm, dass die Klägerin sich mit der Herstellung der Bezugsfertigkeit in Verzug befunden habe. Es entnahm dem mündlichen Gutachten des Sachverständigen Prof. Dipl.-Ing. I, dass die Fertigstellung frühestens zum 27.01.1997 möglich und die im Schreiben vom 4.11.1996 auf den 30.11.1996 gesetzte Frist zu kurz gewesen sei. Der jetzige Beklagte habe durch seine Schreiben vom 5.12.1996 und 6.01.1997 deutlich zu erkennen gegeben, die Leistung auch dann nicht annehmen zu wollen, wenn sie in objektiv angemessener Zeit erbracht würde. Wegen der Einzelheiten der Entscheidung wird auf Bl. 7 – 17 d.A. verwiesen. 23

Die Klägerin sieht in Übereinstimmung mit dem OLG Stuttgart in den Anwaltsschreiben des Beklagten vom 5.12.1996 und 6.01.1997, insbesondere in dem letztgenannten, mit dem er von der Kreissparkasse S aufgrund der von ihr erklärten Bürgschaft den Betrag in Höhe von 1, 3 Mio. DM zurückgefordert hat, eine positive Vertragsverletzung (Bl. 3, 4 d.A.). Der Beklagte habe die Vertragserfüllung ernsthaft und endgültig verweigert, so dass eine 24

Nachfrist nicht mehr erforderlich gewesen sei.

Sie berührt sich nun ihrerseits, Schadensersatzansprüche gegen den Beklagten in Höhe von 345.483,04 € zu haben (Bl. 150 d.A.), von denen sie mit der Klage 239.846,99 € geltend macht. Ihren Schaden begründet sie unter anderem damit, dass sie die Wohnung wegen der in Dresden gefallenen Grundstückspreise nur noch für 1.230.000 DM habe verkaufen können, nachdem sie die Wohnungen mit einem Aufwand von 324.017,26 DM entsprechend den Wünschen der Erwerberin umgebaut habe. Hinzu komme ein Zinsschaden vom 28.01.1997 bis zum 5.09.1997. 25

Die Klägerin hat beantragt, 26

den Beklagten zu verurteilen, an sie 239.846,99 € zzgl. 5 % - Punkte Zinsen über dem Basiszinssatz ab 1.09.2002 zu zahlen. 27

der Beklagte und seine Streithelfer haben beantragt, 28

die Klage abzuweisen. 29

Sie haben gerügt, dass das OLG Stuttgart entscheidungserheblichen Sachverhalt außer Betracht gelassen habe. Es habe übersehen, dass die Klägerin die Erfüllung ihrer vertraglichen Hauptleistungspflicht in angemessener Frist ernsthaft und endgültig verweigert habe. Sie haben behauptet, dass die Klägerin keine außerordentlichen Anstrengungen unternommen habe, um die Wohnungen fristgerecht fertig zu stellen. Diese hätten sich noch Ende Mai 1997 im Rohbauzustand befunden. Die angemessene Nachfrist sei auch schon am 1.01. bzw. 8.01. bzw. 20.01.1997 abgelaufen. Innerhalb dieser Frist habe die Klägerin die Bezugsfertigkeit nicht herstellen könne, weil sie die dafür erforderlichen gesteigerten Anstrengungen nicht unternommen habe. Die vom OLG Stuttgart durchgeführte Beweisaufnahme lasse nicht erkennen, was der Sachverständige unter "außerordentlichen Anstrengungen" verstanden habe. Abschließend haben sie die Höhe des von der Klägerin geltend gemachten Schadens bestritten. 30

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Es spreche zwar einiges dafür, dass der Beklagte sich vertragswidrig verhalten habe, weil er sich mit anwaltlichem Schreiben vom 5.12.1996 vom Vertrag gelöst habe, nachdem er mit Schreiben vom 4.11.1996 eine zu kurze Nachfrist bis zum 30.11.1996 gesetzt habe; der Klägerin sei durch das vertragswidrige Verhalten des Beklagten jedoch kein Schaden entstanden, weil ihr eine Erfüllung ihrer Vertragspflicht bis zum Ablauf einer angemessenen Nachfrist bis Februar 1997 nicht möglich gewesen sei und sie sich in Verzug befunden habe. Die Fertigstellung des Bauvorhabens sei erst durch Anbringung der Außendämmung im Mai 1997 erfolgt. Diese gehöre zur Herstellung der Bezugsfertigkeit. 31

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen. 32

Gegen dieses Urteil richtet sich die frist- und formgerecht eingelegte Berufung der Klägerin, mit der sie ihr erstinstanzliches Vorbringen insbesondere zur Schadenshöhe wiederholt. 33

Sie habe nach der Fristsetzung des Beklagten vom 4.11.1996 gegenüber dem Generalunternehmer, der Firma Y AG, Druck gemacht, der von dieser auch angenommen worden sei; sie habe die Fertigstellungsarbeiten forciert. 34

Der Sohn des Beklagten habe am 13.11.1996 auf dem Flughafen in G unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass eine Verlängerung der gesetzten Fertigstellungsfrist nicht in 35

Betracht komme und sicher eine Abnahme der Wohnung ausgeschlossen werde, weil seine Ehefrau nicht mehr in die Wohnung einziehen wollte.

Nachdem der Beklagte sich von dem Vertrag mit der zum 30.11.1996 gesetzten Frist losgesagt habe, sei die weitere Fertigstellung dilatorisch behandelt worden, bis ein neuer Käufer gefunden worden sei. Sie hätte andernfalls die vom Sachverständigen Prof. Dipl.-Ing. I im Vorprozess angenommene Fertigstellungsfrist bis Ende Januar/Anfang Februar einhalten können. 36

Die Fertigstellungsfrist habe sich nicht auf die Außendämmung bezogen, da vertraglich vereinbart gewesen sei, dass Außenarbeiten, die jahreszeitlich bedingt nicht bis zur Bezugsfertigkeit ausgeführt werden können, unverzüglich nachzuholen sind. Die Bezugsfertigkeit sei nicht gem. § 3 MaBV in der z.Z. des Vertragsschlusses geltenden Fassung zu bestimmen, sondern danach, ob dem Bauherren zugemutet werden könne, das Bauvorhaben zu beziehen. Das sei nach der Verkehrsauffassung zu beurteilen. Danach sei es dem Erwerber zumutbar, in ein Haus ohne Aussenfassade zu ziehen und – auf Kosten des Verkäufers – intensiver zu heizen. 37

Die Fertigstellung der Wohnungen des Dr. M habe sich aufgrund seiner Sonderwünsche und der Zusammenfassung von 2 Wohnungen verzögert. 38

Die Klägerin beantragt, 39

1. Das Urteil des Landgerichts Münster vom 5.11.2004 – 14 O 113/04 - wird abgeändert. 40

2. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 239.846,99 € zzgl. 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz ab 1.09.2002 zu zahlen. 41

Der Beklagte und sein Streithelfer beantragen, 42

die Berufung kostenpflichtig zurückzuweisen. 43

Sie machen geltend, dass die Klägerin nach der Fristsetzung keine Intensivierung ihrer Bemühungen um die Herstellung der Bezugsfertigkeit habe erkennen lassen. Die Klägerin habe Beschleunigungsmaßnahmen der Firma Y, die zu Mehrkosten geführt hätten, abgelehnt. Das habe zu einem Leistungsrückstand von wenigstens 3 Wochen geführt. Die Dämmung und der Putz einer Fassade seien für die Funktionsfähigkeit des Gebäudes von wesentlicher Bedeutung und zur Herstellung der Bezugsfertigkeit erforderlich. Diese Auslegung decke sich mit § 3 MaBV in der z.Z. des Vertragsschlusses geltenden Fassung. 44

Sie behaupten, dass im Januar 1997 der Endausbau im Hinblick auf den Flur, das Treppenhaus, die Zuwegung etc. gefehlt habe. Die Fertigstellung der Wohnung des Zeugen Dr. M habe sich so stark verzögert, dass erst im Dezember 1997 die vorletzte Rate angefordert worden sei. 45

Am 13.11.1996 habe der Sohn des Beklagten den Geschäftsführer der Klägerin lediglich an den Anwalt seines Vaters verwiesen und keineswegs zum Ausdruck gebracht, dass er endgültig vom Vertrag Abstand nehmen wolle. Es entspreche nicht der Wahrheit, dass die Zeugin U im November 1996 nicht mehr habe in die Wohnung einziehen wollen. Den Schreiben vom 5.12.1996 und 6.01.1997 sei keine Erfüllungsverweigerung des Beklagten zu entnehmen. 46

Wegen des weiteren Parteivorbringens wird auf den vorgetragenen Inhalt der Schriftsätze Bezug genommen. Die Akten 2 O 677/97 LG Rottweil / 19 U 217/00 OLG Stuttgart lagen im Ortstermin zu Informationszwecken vor.

Der Senat hat im Rahmen eines Ortstermins in Dresden Beweis erhoben durch Anhörung der Sachverständigen Dipl.-Ing. X und Prof. Dipl.-Ing. I, die jeweils ein mündliches Gutachten erstattet haben, letzterer unter Bezugnahme auf seine Tischvorlage vom 13.03.2007, und durch Vernehmung der Zeugen F, S, N2, S3, G2, Dr. M, F3, U und U2. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf den Berichterstatteervermerk zum Protokoll vom 15.03.2007 verwiesen. 48

Durch Beschluss vom 10.05.2007 hat der Senat mit Zustimmung der Parteien beschlossen gem. § 128 Abs.2 ZPO ohne weitere mündliche Verhandlung zu entscheiden. 49

B. 50

I. 51

Die zulässige Berufung ist nicht begründet. 52

Die Parteien gehen zutreffend davon aus, dass der Senat nicht an die materielle Rechtskraft der Entscheidung des OLG Stuttgart (19 U 217/00) gebunden ist. Der Streitgegenstand ist nicht identisch, da sich die Parteien zur Begründung der von ihnen geltend gemachten Ansprüche jeweils auf unterschiedliche Pflichtverletzungen der Gegenseite berufen. Die Klägerin macht keine Ansprüche geltend, die das kontradiktorische Gegenteil der im Vorprozess vom Beklagten geltend gemachten Ansprüche darstellen oder im Vorprozess präjudiziert sind. 53

II. 54

Das Landgericht hat im Ergebnis zutreffend angenommen, dass der Klägerin kein Schadensersatzanspruch gem. § 326 BGB a.F. gegen den Beklagten zustehe. 55

Es kann nicht festgestellt werden, dass der Beklagte sich von dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag losgesagt hat, obwohl dafür die Voraussetzungen des § 326 BGB a.F. nicht vorgelegen haben. 56

1. Die Klägerin bestreitet im vorliegenden Rechtsstreit nicht mehr, dass sie sich im November 1996 mit der Herstellung der Bezugsfertigkeit der an den Beklagten verkauften Wohnung in Verzug befunden habe. Diese Frage ist im Vorprozess in umfassender Weise aufgeklärt worden. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird insoweit auf das angefochtene Urteil und die Urteile des LG Rottweil und des OLG Stuttgart verwiesen. 57

2. Dass der Beklagte der Klägerin in rechtsmissbräuchlicher Weise eine zu kurze Frist gesetzt hat, um sich von dem Vertrag lossagen zu können, vermag der Senat nicht festzustellen. Dem Anwaltsschreiben des Beklagten vom 4.11.1996 kann nicht entnommen werden, dass der Beklagte nicht bereit gewesen wäre, die Leistungen der Klägerin anzunehmen, wenn sie von dieser noch innerhalb einer angemessenen Nachfrist erbracht worden wären. Das OLG Stuttgart hat ebenfalls keine Anhaltspunkte für einen solchen Willen aufgeführt, sondern zutreffend angenommen, dass durch dieses Schreiben eine objektiv angemessene Frist in Lauf gesetzt worden sei. 58

Nach der Rechtsprechung des BGH (BGH WM 1985, 1106, 1107) setzt eine zu knapp bemessene Nachfrist nur dann keine angemessene Frist in Lauf, wenn der Gläubiger die Frist nur zum Schein gesetzt oder zu erkennen gegeben hat, dass er die Leistung keinesfalls annehmen werde, selbst wenn sie innerhalb einer angemessenen Frist erbracht werden sollte, so dass für die Gegenpartei keine Veranlassung mehr bestand, sich um eine Erfüllung ihrer Leistungspflicht zu bemühen (BGH WM 1974, 327, 329). Solch eine Vertragsuntreue des Beklagten hätte die Ursache für die Nichterfüllung der Klägerin sein müssen. Die Klägerin macht eine entsprechende Wirkung des Schreibens vom 4.11.1996 jedoch nicht geltend. Vielmehr war sie nach ihrer Darstellung nach der Fristsetzung in einem erhöhten Maß darum bemüht, ihre Leistungspflichten zu erfüllen, indem sie ihre Bemühungen, die Bezugsfertigkeit der Wohnung herzustellen, gesteigert habe. Die Parteien haben zudem nach der Fristsetzung noch am 5.11.1996 eine Änderung der Elektroarbeiten vereinbart und am 26.11.1996 (Bl. 216 d.A.) hat die Schwiegertochter des Beklagten mit der Klägerin eine Änderung der Parkettstärke vereinbart.

Der Hinweis des OLG Stuttgart auf die Entscheidung des RG (RGZ 91, 204, 207) ist verfehlt, 60
weil in jenem Fall eine Partei der Gegenpartei eine Zahlungsfrist von 24 Stunden gesetzt hat in der bereits bei der Fristsetzung begründeten Erwartung, dass die Gegenpartei die kurze Frist nicht einhalten werde, um daraus einen Grund für einen Rücktritt von einem lästigen Vertrag herzuleiten. Jener Missbrauchsfall ist dadurch gekennzeichnet, dass dem Schuldner keine realistische Chance eingeräumt werden sollte, seine Leistung zu erbringen. Das kann im vorliegenden Fall allein aus der Tatsache, dass die Frist zu kurz bemessen war, nicht hergeleitet werden. Die Annahme einer missbräuchlichen Fristsetzung stellt einen Ausnahmetatbestand dar (BGH WM 1985, 1106, 1107), für den die Klägerin darlegungs- und beweispflichtig ist. Im vorliegenden Fall hat die Klägerin weder dargelegt noch bewiesen, dass die Fristsetzung vom 4.11.1996 nur zum Schein erfolgt ist.

3. Dass der Sohn des Beklagten bei dem Gespräch am 13.11.1996 gegenüber dem 61
Geschäftsführer der Klägerin und dem Zeugen F im Flughafen in G

unmissverständlich zum Ausdruck gebracht hat, dass eine Verlängerung der gesetzten 62
Fertigstellungsfrist nicht in Betracht komme, dass der Vertrag beendet und eine Abnahme der Wohnung von ihm ausgeschlossen werde sowie, dass seine Ehefrau nicht mehr in die Wohnung einziehen wolle, hat die vom Senat durchgeführte Beweisaufnahme nicht bestätigt. Der Zeuge F hat zwar bekundet, dass es bei dem Gespräch im Flughafen keine Einigung gegeben habe, weil der Sohn des Beklagten diese kategorisch abgelehnt habe, er hat aber auch ausgesagt, dass das Gespräch ohne Ergebnis verlaufen sei. Wenn jemand sage, dass er nicht mehr mitmache, so sei das nicht unbedingt definitiv, sie hätten nochmals versuchen wollen zu schreiben. Der Zeuge U2 hat dagegen bekundet, dass er keine Veranlassung gesehen habe, Gespräche zu führen, weil das Aufgabe der Anwälte gewesen sei.

Die Tatsache, dass der Sohn des Beklagten zu keiner Verhandlung bereit war, nachdem 63
bereits ein Anwalt eingeschaltet war, reicht für die Annahme, dass er mit Wirkung für den Beklagten jede Erfüllungsbereitschaft ernsthaft und endgültig abgelehnt hat, nicht aus. Insoweit ist die Gesamtsituation des Gesprächs und insbesondere zu berücksichtigen, dass der Zeuge F nach seinen Angaben mit dem aktuellen Ablauf der Baustelle nicht vertraut war. Weder der Geschäftsführer der Klägerin noch der Architekt F waren bei dem Gespräch dazu in der Lage, den Sohn des Beklagten in einer vertrauensbildenden Weise über den konkreten Zeitpunkt der Bezugsfertigkeit und die Maßnahmen, die sie getroffen haben, um dieses Ziel zu erreichen, zu informieren. Angesichts dieser Ungewissheit ist es dem Sohn des Beklagten nicht vorzuwerfen, dass er ohne Rücksprache mit dem vom Beklagten beauftragten Anwalt

nicht spontan einer Fristverlängerung zugestimmt hat.

Die Klägerin musste nach der Fristsetzung des Beklagten unverzüglich die Ausführung der restlichen Arbeiten auf das Äußerste beschleunigen, um diese in einer angemessenen Frist durchzuführen. Angemessen ist die Frist, in der die Fertigstellung der geschuldeten Leistung unter größten Anstrengungen des Unternehmers erfolgen kann (BGH NJW 2006, 2254, 2257 unter Hinweis auf die Entscheidung des OLG Stuttgart BauR 2003, 108). 64

Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der Beklagte bereits im Mai 1995 die Vergütung in Höhe von 1,3 Mio. DM an die Klägerin vorausgezahlt hat, der Verzug der Klägerin bereits 4 Monate andauerte, die Familie des Sohnes des Beklagten in die Wohnung einziehen wollte und ein Scheitern der Vertragsbeziehungen einen hohen Schaden der Klägerin verursacht hat, den sie mit der vorliegenden Klage geltend macht, ist der Senat der Auffassung, dass die Klägerin dafür sorgen musste, dass der von ihr beauftragte Bauunternehmer den Einsatz der Arbeitskräfte soweit erhöhte, dass diese die Arbeiten schnellstmöglich erledigen konnten. Das konnte eine Verpflichtung zur Verdoppelung oder Verdreifachung der Anzahl der Arbeitskräfte bedeuten. Die Grenze wird durch die Effizienz der Erhöhung des Arbeitseinsatzes gebildet. Die Anzahl der Arbeiter muss nicht so weit erhöht werden, dass die Gefahr besteht, dass sich diese gegenseitig behindern. Außerdem war eine Erhöhung der Arbeitszeiten bis hin zu Doppelschichten und Samstagsarbeit geboten. 65

Um diese Verpflichtungen erfüllen zu können, musste sich die Klägerin einen Überblick verschaffen, welche Arbeiten noch auszuführen waren, wie deren Ausführung in optimaler Weise koordiniert werden konnte und in welchem Umfang die Zahl der Arbeitskräfte, deren Arbeitszeit und die Anzahl der Schichten in effizienter Weise erhöht werden konnten, damit sie die von ihr in dieser Situation geschuldeten größtmöglichen Anstrengungen umsetzen konnte. Dazu musste sie einen entsprechenden detaillierten Bauzeitenplan aufstellen und dessen Umsetzung mit dem ausführenden Unternehmen, gegebenenfalls mit der Zusage, die Mehrkosten zu tragen, aushandeln. 66

Das alles hat die Klägerin nicht getan. Sie hat nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme zwar Druck auf den Generalunternehmer Y ausgeübt. Ein solcher Druck bestand aber wegen des Verzuges ohnehin. Der Zeuge F konnte weder von einem entsprechenden Bauzeitenplan noch von verbindlichen Absprachen mit dem Generalunternehmer berichten. Der Zeuge S3, einer der damaligen Geschäftsführer der Firma Y, hat ebenfalls bekundet, dass keine konkreten Absprachen mit ihm getroffen worden seien, und der Zeuge G2 hat bekundet, dass von der Firma Y nicht gefordert worden sei, dass sie die Anzahl der Leute verstärke, sondern nur, dass die Wohnung fertig werde. 67

Diese unzureichende Planung und Koordinierung der Klägerin wird durch die Art der Fortführung der Arbeiten bestätigt, die keine effizienten größtmöglichen Anstrengungen erkennen lassen. Der Zeuge F3 hat sich bei seiner Aussage zwar stark zurückgehalten aber dann doch bekundet, dass mehr Leute hätten eingesetzt werden können. Die Sachverständigen haben ebenfalls ausgeführt, dass sich aus den Bautagesberichten nicht ergebe, dass die Arbeiten mit den größtmöglichen Anstrengungen fortgeführt worden seien. Das hat auch der Senat den Bautagesberichten entnommen. In der vom Beklagten erworbenen Wohnung sind nach der Fristsetzung vom 4.11. 1996 erstmals am 21.11.1996 weitere Arbeiten, nämlich Putzarbeiten, ausgeführt worden, an Samstagen wurde nur vereinzelt gearbeitet und an anderen Tagen wurde teilweise nicht einmal die volle gewöhnliche Arbeitszeit genutzt. 68

Die Klägerin hätte zudem aufgrund ihrer Kooperationsverpflichtung dem Beklagten unverzüglich (binnen einer Woche) den von ihr ohnehin aufzustellenden Bauzeitenplan mit einer nachvollziehbaren substantiierten Erläuterung vorlegen müssen, wenn der Beklagte ihr eine zu kurz bemessene Nachfrist gesetzt hat. Das musste sie sofort erkennen wohingegen sie nicht erwarten konnte, dass der Beklagte als bautechnischer Laie die Angemessenheit der Nachfrist ohne fachkundige Hilfe richtig einschätzen konnte. Er kannte die internen Gestaltungsmöglichkeiten der Klägerin und ihre Möglichkeiten der Vereinbarung von Beschleunigungsmaßnahmen nicht.

Für die Parteien eines Bauvertrags besteht nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH (BGHZ 133,44 = NJW 1996, 2158; BGHZ 143, 89 = NJW 2000, 807) eine Kooperations- und Kommunikationspflicht, aus der sich eine Hinweis- und Aufklärungspflicht der Klägerin bezüglich der von ihr noch benötigten Frist ergab. Aufgrund dieser vertraglichen Nebenpflicht hätte sie den Beklagten umfassend, objektiv richtig und nachprüfbar darüber informieren müssen, bis wann sie unter Berücksichtigung ihrer Verpflichtung zu "größten Anstrengungen" die Arbeiten fertig gestellt haben werde (MünchKomm – Emmerich § 326 BGB Rdnr. 36). 70

Das gilt insbesondere im vorliegenden Fall, in dem der Beklagte die Klägerin im Oktober 1996 ausdrücklich um eine Information über die Gründe der Verzögerung der Fertigstellung gebeten hat. 71

Mit Hilfe dieser Unterlagen hätte der Beklagte die objektive Angemessenheit der von der Klägerin für die Ausführung sämtlicher Restarbeiten benötigten Nachfrist ggf. mit Hilfe eines Privatgutachters kurzfristig überprüfen können. Erfahrungsgemäß kann ein Sachverständiger einen Bauzeitenplan nebst einer nachvollziehbaren Erläuterung der einzelnen Gewerke, die noch fertig zu stellen sind, in wenigen Tagen auf seine Angemessenheit überprüfen. Ein qualifizierter Bausachverständiger, der erfahrungsgemäß stark ausgelastet ist, benötigt dagegen mehrere Wochen oder Monate für ein Privatgutachten, wenn er den Bautenstand vor Ort sowie die vertraglich geschuldeten restlichen Leistungen selbst ermitteln und darstellen soll. Von dem Auftraggeber kann die langwierige Einholung solch eines Gutachtens nicht verlangt werden, weil es die Durchsetzung von berechtigten Ansprüchen vereiteln würde. 72

Ein detailliert erläuteter Bauzeitenplan des Auftragnehmers stellt zugleich eine vertrauensbildende Maßnahme dar, weil er den Willen des Unternehmers dokumentiert, sich künftig vertragstreu verhalten und zu "größten Anstrengungen" bereit zu sein. Da er sofort umgesetzt werden muss, kann der Auftraggeber innerhalb der ihm zuzubilligenden angemessenen Prüfungsfrist der Unterlagen das Vertrauen zurückgewinnen, dass der Unternehmer zu einem vertragstreuen Verhalten zurückgekehrt ist und das Bauvorhaben innerhalb der objektiv angemessenen Nachfrist auch tatsächlich fertig stellen wird. 73

Der Unternehmer, der den Bauherren unter Verstoß gegen seine Kooperationspflicht nicht in einer nachvollziehbaren und überprüfbaren Weise über die von ihm für die Fertigstellung des Werks noch benötigte Frist informiert hat, kann sich nachträglich grundsätzlich nicht darauf berufen, dass die Frist zu kurz war und der Bauherr sich deshalb treuwidrig vom Vertrag losgesagt habe. Die Verletzung der Aufklärungspflicht begründet zugunsten des Auftraggebers die Vermutung eines "aufklärungsgerechten Verhaltens". Insoweit handelt es sich um einen Anwendungsfall des Anscheinbeweises (Palandt/Heinrichs, BGB 66. Auf. § 280 Rdnr. 39), den der Unternehmer ggf. entkräften muss. 74

Der Auftraggeber, dessen zu kurze Fristsetzung eine angemessene Frist in Lauf gesetzt hat, muss seinerseits aufgrund seiner Kooperationspflicht unverzüglich, spätestens binnen 2 – 3 75

Wochen erklären, ob er mit der aus dem Bauzeitenplan ersichtlichen Frist einverstanden ist bzw. welche zusätzliche objektiv angemessene Leistungssteigerung er, fachkundig beraten, im Einzelnen erwartet. Nur dann, wenn er seine entsprechende Mitteilungspflicht verletzt, die sich als vertragliche Nebenpflicht aus der Kooperationspflicht ergibt, kann sich der Unternehmer nachträglich darauf berufen, dass er die Fortsetzung größter Anstrengungen, die zwangsläufig kostenaufwändig sind, als nutzlos ansehen durfte.

Die Klägerin hat es nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme versäumt, dem Sohn des Beklagten vor dem Treffen vom 13.11.1996 detailliert und nachprüfbar darzulegen, welchen Zeitraum sie für die Fertigstellung des Bauvorhabens noch benötigt. 76

Die Vernehmung der Zeugin U hat nicht ergeben, dass sie der Anlass dafür gewesen sein könnte, dass der Sohn des Beklagten ohne Rücksprache mit dem von dem Beklagten beauftragten Anwalt und ohne Informationen über die Fertigstellungsfrist endgültig erklärt hat, nicht in die Wohnung einziehen zu wollen. Die Zeugin hat nachvollziehbar bekundet, dass es ihr auf sechs bis acht Wochen nicht angekommen wäre, dass sie aber keinen Fortschritt gesehen habe. Sie hätten die Sache den Anwälten übergeben und dann sei das o.k. gewesen. Die Entscheidung hätte ihr Mann oder der Beklagte treffen müssen. Gegen die Darstellung der Klägerin spricht auch der Umstand, dass die Zeugin noch am 26.11.1996 mit der Klägerin eine Änderung der Parkettstärke vereinbart hat. 77

Dem Gespräch vom 13.11.1996 hat die Klägerin nach der Überzeugung des Senats selbst keine entscheidende Bedeutung beigemessen, weil sie es in dem an den Anwalt des Beklagten gerichteten Anwaltsschreiben vom 2.12.1996 ebenso wenig erwähnt hat wie in ihren im Vorprozess bis zum Senatstermin des OLG Stuttgart vom 15.03.2001 eingereichten Schriftsätzen. Auch der Architekt F, der als Streithelfer der Klägerin als einziger und erstmals in dem Schriftsatz vom 27.02. 2001 eingehend zu den Rechtsfragen einer angemessenen Fristsetzung Stellung genommen hat, hat dieses Gespräch in jenem Schriftsatz nicht erwähnt. 78

Die Klägerin hat in dem zu diesem Zeitpunkt bereits 3 ½ Jahre rechtshängigen Vorprozess erstmals in dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 23.04.2001 kurz vor Verkündung der Entscheidung des OLG Stuttgart vom 26.04.2001 auf das Gespräch hingewiesen. Im vorliegenden Rechtsstreit hat sie das Gespräch vom 13.11.1996 weder in der Klageschrift vom 16.02.2004 noch in dem Schriftsatz vom 13.05.2004 erwähnt, sondern erstmals im Schriftsatz vom 23.08.2004 (Bl. 242 d.A.), was ebenfalls dafür spricht, dass es nach ihrer Auffassung nicht die entscheidende Bedeutung hatte, die sie dem Gespräch im Anschluss an den Hinweisbeschluss des Senats vom 6.06.2006 in den Schriftsätzen vom 4.07., 25.07. und 28.08.2006 beimisst. 79

4. Den Schreiben des Beklagten vom 5.12.1996 und 6.01.1997 kann aus mehreren Gründen entgegen der Auffassung des OLG Stuttgart und der ihm folgenden Klägerin keine vertragswidrige Lossagung des Beklagten von dem mit der Klägerin geschlossenen Vertrag entnommen werden. 80

Dem Beklagten war es nicht mehr zumutbar, den für ihn ungewissen Zeitpunkt der endgültigen Fertigstellung der Wohnung weiter abzuwarten. Die Angemessenheit einer Fristsetzung richtet sich nicht nur nach dem Interesse des Schuldners an der nachträglichen Erbringung seiner Leistung, sondern es sind vornehmlich auch die Interessen des Gläubigers an der pünktlichen Leistungserbringung zu berücksichtigen (RGZ 89, 121, 125; MünchKomm-Emmerich, § 326 BGB Rdnr. 55). Die vom Senat durchgeführte Beweisaufnahme hat ergeben, dass die Klägerin den vertraglich vereinbarten Bezugsfertigkeitstermin (30.06.1995) 81

voraussichtlich um 11 Monate, das sind 85 % der ursprünglich vorgesehenen Bauzeit von 13 Monaten, überschritten hätte. Der Beklagte hatte die Wohnung erworben, damit sein Sohn mit seiner Frau und den Kindern am 1.07.1996 in diese einziehen konnte. Der Sohn des Beklagten sollte in Dresden eine Niederlassung des Familienunternehmens aufbauen und leiten. Er wohnte mit seiner Familie in einer beengten Mietwohnung und wartete darauf, in die erworbene und bereits bezahlte Wohnung einziehen zu können. In solch einem Fall muss sich der Erwerber - anders als möglicherweise der Erwerber eines Anlageobjekts - nicht auf langfristige Verzugsschadensersatzansprüche verweisen lassen.

Eine Fristsetzung gem. § 326 BGB a.F. soll dem Schuldner nur noch eine letzte Gelegenheit gewähren, seine weitgehend fertig gestellte und im Wesentlichen abgeschlossene Leistung nunmehr endlich voll zu erbringen und damit den Vertrag zu erfüllen. Die Frist hat nach der gefestigten Rechtsprechung nicht den Zweck, den Schuldner in die Lage zu versetzen, nun erst die Bewirkung der Leistung in die Wege zu leiten. (BGH NJW 2006, 2254, 2257; NJW 1982, 1279, 1280; NJW 1973, 456; RGZ 89, 123, 125). Davon ist auch das OLG Stuttgart noch zutreffend und im Einklang mit der nahezu einhelligen Auffassung in der Rechtsprechung und Literatur ausgegangen; es hat aber versäumt, das Vorliegen dieser Voraussetzung zu prüfen. 82

Nach der Auffassung des Senats ist die Voraussetzung einer weitgehend fertig gestellten Leistung nur dann erfüllt, wenn der Auftragnehmer, der sich bereits in Verzug befindet, im Zeitpunkt der Fristsetzung bei einem Bauvorhaben, dessen Fertigstellung längere Zeit in Anspruch nimmt, $\frac{1}{2}$ bis $\frac{3}{4}$ der Bauleistung erbracht hat, wobei der Senat für den Zeitpunkt von 4 Monaten nach Verzugsbeginn eher zu dem letztgenannten Wert neigt, weil die Nachfrist um so kürzer bemessen werden kann, je länger der Schuldner sich in Verzug befindet (BGH, NJW 1982, 1279, 1280), was einen höheren Fertigstellungsstand voraussetzt. Die Konsequenz des Nichterreichens des vorgenannten Bautenstands ist, wenn die Voraussetzung, dass die Leistung weitgehend fertig gestellt und im Wesentlichen abgeschlossen sein muss, ernst genommen wird, eine auf Treu und Glauben gegründete Entbehrlichkeit der Fristsetzung. Um die Regelvoraussetzung des § 326 I BGB a.F. nicht auszuhöhlen, ist insoweit im Einzelfall eine wertende Betrachtung erforderlich, bei der alle Umstände unter besonderer Berücksichtigung der Kooperationsverpflichtung der Parteien und der Dauer, die für die Fertigstellung des Werks noch benötigt wird, zu berücksichtigen sind. Der Erforderlichkeit der Fristsetzung ist im Zweifel Vorrang einzuräumen. Andererseits kann die Angemessenheit der Frist nicht unter Verzicht auf das Vorliegen der vorgenannten Voraussetzung beliebig ausgedehnt werden. Insoweit sind neben dem Zeitraum, der für die Fertigstellung noch erforderlich ist, die vertraglich vereinbarte Bauzeit, die Bemühungen des Auftragnehmers um die schnellstmögliche Fertigstellung des Objekts und das Interesse des Auftraggebers an der Fertigstellung zu berücksichtigen. 83

Die vom Senat durchgeführte Beweisaufnahme hat ergeben, dass Anfang November 1996 erst ca. 60 % der Bauleistungen erbracht waren. Das hat der Sachverständige Prof. Dipl.-Ing. I durch eine detaillierte Auswertung aller Unterlagen in der Handvorlage vom 13.03.2007, die er zur Vorbereitung des Ortstermins gefertigt hat, in überzeugender Weise dargelegt. Er hat seine Untersuchungen auf die Bitte des Senats sowohl auf den kostenmäßig geschaffenen Wert als auch auf den bauzeitmäßig geschaffenen Fertigstellungsstand bezogen, der für die Frage der Fristsetzung von besonderer Bedeutung ist. Der Sachverständige Dipl.-Ing. X hat dem Gutachten des Sachverständigen Prof. Dipl.-Ing. I zugestimmt. Diese Gutachten hat die Klägerin, die im Ortstermin und innerhalb der gewährten Schriftsatzfrist bis zum 27.04. bzw. 21.05.2007 ausreichend Gelegenheit dazu hatte, nicht substantiiert angegriffen. Aus dem Schreiben der Klägerin vom 18.03.1997, das auch schon dem OLG Stuttgart vorlag, ergibt 84

sich, dass erst im März 1997 ein Fertigstellungsstand von 75 % erreicht worden ist, was die Klägerin nicht bestreitet (Bl. 481 d.A.). Der Senat vermochte aufgrund der von ihm vernommenen Zeugen keine abweichende Überzeugung zu gewinnen. Der Zeuge F war über den Bautenstand nicht zutreffend informiert. Er ist davon ausgegangen, dass der Innenputz fertig gewesen sei. Mit diesen Arbeiten wurde jedoch erst am 21.11.1996 begonnen. Das OLG Stuttgart hat es versäumt, den Bautenstand vom 4.11.1996 aufzuklären.

Ob aufgrund dieses Bautenstandes eine Fristsetzung entbehrlich war, ist untrennbar mit der Frage verbunden, welche Voraussetzungen für die Herstellung der Bezugsfertigkeit erfüllt sein müssen und welcher Zeitraum von der Klägerin dafür noch benötigt wurde. Die Bezugsfertigkeit setzt voraus, dass dem Erwerber, seinem Mieter o.ä. zugemutet werden kann, die Wohnung zu beziehen; sie muss von diesen zu dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch genutzt werden können. Dazu muss - mit Ausnahme der Außenanlage und der Beseitigung von Mängeln, die nicht die Sicherheit des Wohnens beeinträchtigen - das gesamte Objekt fertig gestellt sein (OLG Hamm, NJOZ 2004, 832; Koblenz OLGR 2003, 105; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 11. Aufl. Rdnr. 1235). Es kommt nicht auf die Bezugsfertigkeit des überwiegenden Teils des Hauses an, sondern auf die Bezugsfertigkeit des gesamten Hauses (BGH, BauR 2004, 1171). Zur Bezugsfertigkeit einer Wohnung gehört es dementsprechend, dass sie in zumutbarer Weise zugänglich ist. Dazu ist zumindest die Fertigstellung des Treppenhauses erforderlich.

Restliche Arbeiten außerhalb der Wohnung – abgesehen von den Außenanlagen – dürfen unter Würdigung ihres Umfangs und der dafür erforderlichen Dauer die vertraglich geschuldete Nutzungsmöglichkeit nur unerheblich beeinträchtigen (OLG Naumburg, NZBau 2001, 139, 140). Die ungestörte Nutzungsmöglichkeit setzt bei einer für 1,3 Mio. DM am Elbufer erworbenen Wohnung voraus, dass zumindest ab dem Frühjahr auch die Balkone nutzbar sind und bei der Fertigstellung der übrigen Wohnungen des Bauvorhabens kein erheblicher Baulärm oder Dreck entsteht. Solange das Bauvorhaben insgesamt noch eine Großbaustelle darstellt, ist die Bezugsfertigkeit einer einzelnen Wohnung zu verneinen.

In Übereinstimmung mit den beiden vom Senat angehörten Sachverständigen ist der Senat der Auffassung, dass die weiteren Wohnungen in dem Bauvorhaben so weit fertig gestellt sein mussten, dass deren Wände verputzt, der Estrich gelegt und sie mit einer Eingangstür versehen waren, damit aus diesen Wohnungen nur noch in einem tolerierbaren Umfang Baulärm und -schmutz bis in das Treppenhaus drang. Estrich und Putz werden von einem Mischer vor dem Haus durch Schläuche in die einzelnen Wohnungen gepumpt. Die Schläuche werden teilweise durch das Treppenhaus geleitet, teilweise werden sie außen an dem Gebäude hoch geführt. Diese Arbeiten sind mit einer erheblichen Lärmbelästigung verbunden, die dem Nutzer einer bereits fertig gestellten Wohnung nicht zugemutet werden kann.

Der Senat ist in Übereinstimmung mit den von ihm angehörten Sachverständigen weiterhin der Auffassung, dass auch die Fertigstellung des Wärmedämmputzes aufgrund seiner Funktion Voraussetzung für die Bezugsfertigkeit des Bauvorhabens ist, weil zuvor der vertraglich geschuldete Wärmedämmwert sämtlicher Außenwände nicht erreicht wird und die Gefahr von Wärmebrücken im Bereich der Fensterstürze und sonstiger bis zur Außenwand führenden Betonteile besteht. Wie bereits im Ortstermin erwähnt wurde, ist dem Senat aus anderen Prozessen bekannt, dass sich dadurch in Verbindung mit der gestörten üblichen Gebäudeaustrocknung gerade im Winter in den entsprechenden Bereichen Kondensat und sodann Schimmelpilz bilden kann, was von den Sachverständigen im Ortstermin bestätigt wurde. Insoweit ist es unerheblich, dass die Klägerin auch über andere Erfahrungen verfügt.

Das dargestellte Risiko vermochte sie nicht sicher auszuschließen.

Unter Berücksichtigung der dargestellten Gesichtspunkte war der Wärmedämmputz nicht nur nach § 3 MaBV in der z.Z. des Vertragsschlusses geltenden Fassung für die Herstellung der Bezugsfertigkeit entscheidend, sondern auch nach der Verkehrsauffassung, auf die die Klägerin zumindest ursprünglich abstellen wollte. Es konnte dem Bauherren im vorliegenden Fall vor der Anbringung des Wärmedämmputzes nicht zugemutet werden, das Bauvorhaben zu beziehen. Hätte es ihm entsprechend der Auffassung der Klägerin zugemutet werden können, so hätte er entgegen der Auffassung der Klägerin auch die erhöhten Heizkosten selbst tragen müssen, weil dann entgegen der Darstellung der Klägerin (Bl. 480 d.A.) kein Verzug vorgelegen hätte. Der Auffassung der Klägerin, dass sich der Verzug dann nur noch auf die Anbringung des Wärmedämmputzes beschränkt hätte, kann nicht gefolgt werden. Der Beklagte weist insoweit zudem zutreffend darauf hin, dass in dem Bauzeitenplan vom 29.04.1996, der eine Gesamtfertigstellung des Objekts für den 7.02.1997 vorsah, nicht vorgesehen war, dass der Wärmedämmputz erst zu einem späteren Zeitpunkt angebracht wird. 89

Aufgrund dieser an der Verkehrsauffassung orientierten Auslegung der Bezugsfertigkeit verbietet sich die Auslegung, dass der der Wärmedämmputz gem. § 3 Nr. 6 des notariellen Vertrags ggf. erst nach der Frostperiode aufgebracht werden musste. Die Klausel kann nur auf solche Außenarbeiten bezogen werden, die keinen Einfluss auf die Bezugsfertigkeit haben, da sie den Fall regelt, dass Außenarbeiten jahreszeitlich bedingt nicht bis zur Bezugsfertigkeit ausgeführt werden können. Die Bezugsfertigkeit wird als solche in der Klausel vorausgesetzt und weder eingeschränkt noch soll sie jahreszeitlich bedingt verschoben werden. 90

Eine vertragsgemäße Bezugsfertigkeit konnte erst Anfang Juni 1997 geschaffen werden. Die Aufbringung des Wärmedämmputzes war, worauf die Klägerin zutreffend hingewiesen hat, erst im Frühjahr, etwa ab April 1997, möglich. Diese Arbeiten konnten nicht vor dem Mai 1997 abgeschlossen werden. Die Sachverständigen haben die Dauer dieser Arbeiten auf etwa 6 Wochen geschätzt. 91

Außerdem konnten vor dem Aufbringen des Putzes die Fenster- und Balkontüranschlüsse zur Abwehr von Außennässe und Windeinflüssen nicht endgültig hergestellt und die Außenjalousien nicht eingebaut werden. Weiterhin konnten auch die Balkonanschlüsse und die Bodenbeläge der Balkone nicht fertig gestellt werden, so dass diese nicht benutzbar waren, was infolge ihrer nicht unerheblichen Größe nicht unbedeutend ist. 92

Für die Außenputzarbeiten musste das Gebäude erneut eingerüstet werden. Die vom Beklagten erworbene Wohnung wies große Fensterflächen insbesondere zur Elbe hin auf, die teilweise als Glasfassade bezeichnet werden können. Sie sollten lediglich durch Außenjalousien geschützt werden, die vor der Fertigstellung des Außenputzes nicht installiert werden konnten. Vor der Anbringung der Außenjalousien war die Wohnung mangels eines anderen Sichtschutzes für die Bauarbeiter von dem Gerüst aus einsehbar. Die Gestaltung der Fensterflächen hätte es sehr schwer gemacht, einen vorübergehenden Sichtschutz von innen anzubringen, der dem Nutzungsniveau der Wohnung entsprochen hätte, wie der Senat bei dem Ortstermin festgestellt hat. Der Sachverständige Prof. Dipl.-Ing. I hat in Übereinstimmung mit dem Sachverständigen Dipl.-Ing. X auch aus diesem Grund die Anbringung des Außenputzes und die Montage der Außenjalousien zu Recht als für die Bezugsfertigkeit erforderlich angesehen. 93

Das Gerüst an dem im Übrigen noch unbewohnten Gebäude hätte zudem nach der Meinung des Sachverständigen Dipl.-Ing. X eine erhöhte Einbruchsgefahr begründet.

In dem Ortstermin konnte die Frage des Zeitpunktes der Benutzbarkeit des Fahrstuhls, der Fertigstellung des Treppenhauses und der Tiefgarage, dort der Doppelstockgaragen und der Abfahrt zu der Tiefgarage, sowie der Zeitpunkt der Benutzbarkeit der Kellerräume nicht geklärt werden. Briefkasten und Klingel sollten bis Mitte Januar 1997 provisorisch hergestellt werden. Unter Berücksichtigung des Vorbringens der Klägerin in dem Schriftsatz vom 19.04.2007 spricht viel dafür, dass auch diese Arbeiten erst im Frühjahr 1997 fertig gestellt worden sind. 95

5. Selbst wenn man entgegen der Auffassung des Senats nicht auf den Zeitraum abstellt, der für die Herstellung der vertragsgerechten Bezugsfertigkeit der Wohnung erforderlich war, sondern auf die Dauer, die von der Klägerin benötigt wurde, um die frühestmögliche Beziehbarkeit der Wohnung als solcher herzustellen, und den Beklagten wegen der nicht unerheblichen Nutzungsbeeinträchtigungen auf Schadensersatzansprüche verwiesen hätte, was die Konsequenz der Entscheidung des OLG Stuttgart wäre, ist der Vorwurf nicht gerechtfertigt, dass der Beklagte sich durch die Schreiben vom 5.12.1996 und 6.01.1997 vertragswidrig von dem mit der Klägerin geschlossen Vertrag losgesagt habe. 96

Bezüglich des Schreibens vom 6.01.1997, durch das der Beklagte die Kreissparkasse S aufgefordert hat, den Betrag in Höhe von 1,3 Mio. DM, für den sie sich verbürgt hatte, bis zum 21.01.1997 an ihn zu zahlen, kommt das schon deshalb nicht in Betracht, weil nicht auf den Zeitpunkt der Abfassung dieses Schreibens abzustellen ist, sondern auf den Zeitpunkt, zu dem die Klägerin von ihm Kenntnis erlangt hat; das war der 15.01.1997. Frühestens von diesem Zeitpunkt an konnte für die Klägerin keine Veranlassung mehr bestehen, sich um die Erfüllung ihrer Leistungspflicht zu bemühen. 97

Nach der vom Senat durchgeführten Beweisaufnahme hätte die Klägerin bis zu diesem Zeitpunkt die Beziehbarkeit der Wohnung ermöglichen können. Die abweichende Feststellung des OLG Stuttgart beruht darauf, dass dieses die Entscheidung der Rechtsfrage, zu welchen größtmöglichen Anstrengungen die Klägerin verpflichtet war, in unzulässiger Weise dem Sachverständigen übertragen hat. 98

Unter Berücksichtigung der bereits erörterten Anforderungen, die an die "größtmöglichen Anstrengungen" zu stellen sind, hat der Sachverständige Prof. Dipl.-Ing. I sein im Vorprozess erstattetes Gutachten dahingehend korrigiert, dass eine Beziehbarkeit der vom Beklagten erworbenen Wohnung bei einer achtstündigen Schicht bis zum 21.01.1997 und bei einer zehnstündigen Schicht schon bis zum 10.01.1997 zu erreichen gewesen wäre, wobei er entsprechend der Vorgabe des Senats Arbeiten am Samstag berücksichtigt und angenommen hat, dass bei einer entsprechenden Koordinierung gleichzeitig in den unterschiedlichen Stockwerken hätte gearbeitet werden können. Er hat überzeugend ausgeführt, dass gewisse Arbeiten wie Fliesenlegen wegen des optischen Eindrucks nicht von unterschiedlichen Arbeitern erbracht werden können, weil das die Gleichmäßigkeit der Arbeiten beeinträchtigen würde. Er hat tägliche Arbeitszeiten von 10 Stunden unterstellt, weil nicht geklärt ist, ob das Gewerbeaufsichtsamt Doppelschichten wegen des Baumaschinenlärms außerhalb der regulären Arbeitszeit erlaubt hätte. Zugleich hat er auf die Schwierigkeiten hingewiesen, solch einen engen Zeitplan einzuhalten. Der Sachverständige Dipl.-Ing. X hat dagegen unter Zugrundelegung von Doppelschichten und Samstagsarbeit die erforderliche Zeit auf 30 Werktage geschätzt, so dass die Arbeiten vor Weihnachten hätten fertig gestellt werden können. Nach der Überzeugung des Senats hätte die Beziehbarkeit der Wohnung bis Mitte Januar hergestellt werden können, wobei es auf einige Tage sicher nicht 99

ankommt.

6. Dem Beklagten kann entgegen der Annahme des OLG Stuttgart auch nicht vorgeworfen werden, dass er mit seinem Schreiben vom 5.12.1996 zu erkennen gegeben habe, die Leistungen auch dann nicht annehmen zu wollen, wenn sie in objektiv angemessener Zeit erbracht werden würden, weil die Klägerin in ihrem Schreiben vom 2.12.1996 ihre Bereitschaft, die Beziehbarkeit der Wohnung innerhalb der nach den Feststellungen des Senats objektiv angemessenen Nachfrist bis Mitte Januar 1997 herzustellen, ernsthaft und endgültig verweigert hat. Das OLG Stuttgart hat entscheidungserhebliche Passagen in dem Anwaltsschreiben der Klägerin vom 2.12.1996, auf das der Beklagte mit seinem Anwaltsschreiben vom 5.12.1996 reagiert hat, ausgeblendet. Die Klägerin hat nämlich in jenem Anwaltsschreiben ihren Verzug zu Unrecht geleugnet. Durch ihr nachhaltiges Bestreiten des Verzugs während des knapp 4 Jahre dauernden Vorprozesses - das erfolglose Bestreiten hat Sachverständigenkosten in Höhe von mehr als 15.000 DM verursacht, die das OLG Stuttgart unter Verstoß gegen § 96 ZPO nicht der Klägerin auferlegt hat - hat sie verdeutlicht, dass das Leugnen des Verzugs in dem Schreiben vom 2.12.1996 als ernsthafte Weigerung zu verstehen war, von der ihr gemäß § 326 BGB a.F. allein noch einzuräumenden letzten Chance Gebrauch zu machen, die Herstellung der Beziehbarkeit unter größten Anstrengungen innerhalb der objektiv angemessenen Frist bis Mitte Januar 1997 zu vollenden, was sie dann anschließend auch tatsächlich nicht getan hat. Ergibt sich aus einer Erklärung des Schuldners mit der erforderlichen Ernsthaftigkeit und Endgültigkeit, dass mit seiner Leistung auch während einer angemessenen Nachfrist nicht zu rechnen ist, dann erübrigt sich für den Gläubiger die Setzung einer derartigen Frist (BGH NJW 1984, 48, 49). Das gilt entsprechend für die Verlängerung einer Nachfrist. 100

Die Klägerin hat in dem Anwaltsschreiben vom 2.12.1996 eingehend ihre (unzutreffende) Auffassung begründet, dass sie eine bis zum 31.01.1997 dauernde Bauzeitverzögerung nicht zu vertreten habe und ihr erst anschließend eine Nachfrist hätte gesetzt werden dürfen. Unter Berücksichtigung des Schreibens des Architekten F vom 31.10.1996, in dem dieser eine Herstellung der Bezugsfertigkeit bis zum Februar 1997 in Aussicht gestellt hatte, musste der Beklagte das Schreiben so verstehen, dass die Fertigstellung der Wohnung unter Berücksichtigung der von der Klägerin nach dem 31.01.1997 eingeplanten Nachfrist frühestens für Ende Februar 1997 in Betracht kam, was die Klägerin aber nicht zuverlässig zusagen wollte. 101

Die "angemessene Nachfrist", die der Klägerin nach ihrer Auffassung erstmals am 31.01.1997 hätte gesetzt werden dürfen, hätte durchaus auch einen noch längeren Zeitraum ergeben können. Darauf deutet das Anwaltsschreiben der Klägerin vom 16.01.1997 (Bl. 26 ff Anl. K8 d. BA.) hin, in dem sie geltend macht, dass sich die Fertigstellungsfrist bis zum 28.02.1997 verlängert habe. Diese Schreiben und der tatsächliche Bauablauf deuten darauf hin, dass die Klägerin zunächst ohne größte Anstrengungen versuchen wollte, das Bauvorhaben im "wesentlichen fertig zu stellen", so dass der Beklagte anschließend nicht umhin gekommen wäre, ihr eine Nachfrist zu setzen. 102

Dem Anwaltsschreiben des Beklagten vom 5.12.1996 ist dagegen keine endgültige Erfüllungsverweigerung zu entnehmen. Er hat eingehend dazu Stellung genommen, warum die Klägerin nach seiner Auffassung die Bauzeitverzögerung zu vertreten habe und es für den Beklagten nicht erkennbar sei, warum sich eine Verlängerung bis zum 31.01.1997 ergeben solle. Er verwies darauf, dass er die Frist für angemessen halte und gab der Klägerin eine letzte Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 15.12.1996. Davon hat sie keinen Gebrauch gemacht. Im Vorprozess hat die Klägerin aber im Schriftsatz vom 23.04.2001 (Bl. 103

557 d.BA.) vorgetragen, dass noch am 22.01. und 27.01.1997 Vergleichsverhandlungen zwischen den Parteien stattgefunden hätten. Darauf deutet auch das Anwaltsschreiben der Klägerin vom 27.01.1997 (Bl. 26 ff Anl. K9 d. BA.) hin, in welchem der Prozessbevollmächtigte der Klägerin von andauernden Vergleichsverhandlungen der Parteien ausgegangen ist. Unter Würdigung aller Umstände kann nicht festgestellt werden, dass das Schreiben des Beklagten vom 5.12.1996 aus der Sicht der Klägerin dessen "letztes Wort" war.

Das OLG Stuttgart hat unter Verletzung des Beibringungsgrundsatzes nicht berücksichtigt, dass die Klägerin, die als nicht unbedeutende Bauträgerin die Bauabläufe und die (unterlassenen) größten Anstrengungen zur fristgerechten Herbeiführung der Beziehbarkeit kannte und zudem von einem auf dem Gebiet des Baurechts offensichtlich versierten Anwalt vertreten wird, sich während eines gut 3 ½ Jahre dauernden Prozesses nicht darauf berufen hat, dass das Schreiben des Beklagten vom 5.12.1996 die Ursache für ihre nicht fristgerechte Erfüllung gewesen sei. 104

Im vorliegenden Rechtsstreit beruft sich die Klägerin dementsprechend im Anschluss an den umfassenden Auflagen- und Hinweisbeschluss des Senats vom 6.06.2006 darauf, dass sie die gesteigerten Anstrengungen unabhängig von dem Schreiben des Beklagten vom 5.12.1996 bereits seit dem 30.11.1996 reduziert habe. Die vom Senat durchgeführte Beweisaufnahme hat aber ergeben, dass die Klägerin auch schon zuvor keine erhöhten Anstrengungen zur Herstellung der Beziehbarkeit der vom Beklagten erworbenen Wohnung unternommen hat, wie bereits ausgeführt wurde. 105

Es ist weder aus den Akten des Vorprozesses noch denjenigen des vorliegenden Rechtsstreits mit der erforderlichen Klarheit ersichtlich, dass die Klägerin sich abweichend von dem Inhalt ihres Anwaltsschreibens vom 2.12.1996 ernsthaft und für den Beklagten in einer verlässlichen und nachprüfbaren Weise bereit erklärt hätte, die Beziehbarkeit der Wohnung innerhalb einer angemessenen Frist bis Mitte Januar 1997 zu bewirken. Die Klägerin hat sich deshalb in dem Vorprozess zu Recht nicht darauf berufen, dass die ihr gesetzte Frist zu kurz gewesen sei. Einen entsprechenden Vorwurf hat sie ausschließlich mit den Anfang November 1996 von den Vertretern des Beklagten geäußerten Sonderwünschen begründet, die jedoch nach dem Gutachten des Sachverständigen Prof. I unter Berücksichtigung der übrigen noch ausstehenden Arbeiten keine entscheidende Bedeutung hatten. 106

Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 97 Abs.1, 101 Abs.1, 708 Nr.10, 711 ZPO. 107