
Datum: 25.09.2014
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 22. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 22 U 2/14
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2014:0925.22U2.14.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 011 O 66/13

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 18.12.2013 verkündete Urteil der Einzelrichterin der 11. Zivilkammer des Landgerichts Münster, Aktenzeichen 011 O 66/13, unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Kläger als Gesamtgläubiger 16.532,39 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 26.02.2013 zu zahlen, Zug um Zug gegen Rückübertragung

- des im Grundbuch des Amtsgerichts Steinfurt von G auf Blatt ##### – Erbbaugrundbuch – eingetragenen Gesamterbbaurechts an den Grundstücken Gemarkung G, Flur X, Flurstücke X und X

und

- der im Grundbuch des Amtsgerichts Steinfurt von G auf Blatt ##### – Erbbaugrundbuch – unter den laufenden Nummern 4.4 und 4.5 der Abteilung I eingetragenen Anteile der Kläger zu je 16/100 an dem Erbbaurecht an dem Grundstück Gemarkung G, Flur X, Flurstück X.

Es wird festgestellt, dass sich der Beklagte seit dem 26.02.2013 im Verzug der Annahme hinsichtlich der Rückübertragung des vorgenannten Gesamterbbaurechts und der vorgenannten Erbbaurechtsanteile befindet.

Der Beklagte wird weiter verurteilt, an die Kläger als Gesamtgläubiger 23.552,27 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 22.527,08 € seit dem 26.02.2013 und aus jeweils weiteren 113,91 € seit dem 01.03.2013, 01.04.2013, 01.05.2013, 01.06.2013, 01.07.2013, 01.08.2013, 01.09.2013, 01.10.2013 und 01.11.2013 zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, den Klägern als Gesamtgläubigern sämtliche weiteren Schäden im Zusammenhang mit der Übertragung und Rückübertragung des o.g. Gesamterbbaurechts und der o.g. Erbbaurechtsanteile zu ersetzen.

Der Beklagte wird weiter verurteilt, an die Kläger als Gesamtgläubiger außergerichtliche Rechtsanwaltskosten i.H.v. 1.741,21 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 1.633,87 € seit dem 26.02.2013 und aus weiteren 107,34 € seit dem 10.05.2013 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Der Streithelfer trägt die Kosten der Nebenintervention. Die übrigen Kosten des Rechtsstreits erster und zweiter Instanz trägt der Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagte kann die die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils gegen ihn vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leisten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

<u>G r ü n d e:</u>	1
I.	2
Die Parteien streiten um die von den Klägern verlangte Rückabwicklung eines „Kaufvertrages bzgl. eines Erbbaurechtes“ und um Schadensersatzansprüche der Kläger.	3
Der Beklagte war Inhaber der im Grundbuch des Amtsgerichts Steinfurt von G auf Bl. #####-##### eingetragenen Erbbaurechte an den Grundstücken Gemarkung G, Flur X, Flurstücke X-X. Die Grundstücke stehen jeweils im Eigentum der Herren U, U2 und U3. Sie liegen im Bereich eines qualifizierten Bebauungsplans. Wegen der Lage der Grundstücke wird auf die als Teil der Anlage K1 zur Klageschrift eingereichte Flurkarte Bezug genommen (Bl. 18 der Akten).	4
Am 12.01.2012 schlossen die Kläger als Käufer zu je ½ Anteil und der Beklagte als Verkäufer vor dem Notar H in G einen „Kaufvertrag bzgl. eines Erbbaurechtes“ (Bl. 10-19, 168 der	5

Akten). Gegenstand des Vertrags waren bzw. sind

- das Erbbaurecht an dem unbebauten, 436 m² großen Flurstück X, 6
- das Erbbaurecht an einer noch zu vermessenden, ca. 50 m² großen Teilfläche des Flurstücks X (die Teilfläche bildet inzwischen das Flurstück X), 7
- ein ideeller 32/100 Erbbaurechtsanteil an dem 241 m² großen Flurstück X, welches der Erschließung der Flurstücke X-X dienen sollte. 8

Die Kläger beabsichtigten die kreditfinanzierte Errichtung eines Doppelhauses auf dem Erbbaugrundbesitz, welches sie vermieten wollten. Der Beklagte wurde bei Abschluss des Kaufvertrags wie auch im Folgenden von seinem Bruder F vertreten, den er am 26.01.2011 umfassend notariell bevollmächtigt hatte (Bl. 45-47 der beigezogenen Grundakte des Amtsgerichts Steinfurt zu Blatt 8749 des Grundbuchs von G). 9

In § 2 des Kaufvertrags wurde vereinbart, dass die Kläger dem Beklagten „Erschließungskosten und Beschaffungskosten“ i.H.v. 29,50 € pro m² „erstatten“, insgesamt 16.561,89 €. Ein weiteres Entgelt sollten die Kläger nicht schulden, aber alle dinglichen und schuldrechtlichen Verpflichtungen aus dem Erbbaurechtsbestellungsvertrag übernehmen (näher: S. 4 u. 6 des Kaufvertrags). 10

In § 3 des Vertrags heißt es: „Der Verkauf erfolgt unter Ausschluß jeder Haftung für Sachmängel, soweit sich nicht aus Nachfolgendem etwas anderes ergibt. Für bestimmte Größe, Güte und Beschaffenheit der Grundstücke wird keine Haftung geleistet, auch keine Haftung für Fehler oder Mängel übernommen. Die Käufer haben den Kaufgegenstand eingehend besichtigt und anerkennen seinen derzeitigen Zustand als vertragsgerecht. Garantien werden keine abgegeben. Der Verkäufer haftet insbesondere nicht für das Flächenmaß, die Verwendbarkeit des Grundstücks oder für steuerliche Ziele der Käufer, es sei denn bei Vorsatz oder Arglist. (...) Der Verkäufer leistet den Käufern jedoch Gewähr dafür, dass die Erschließungsmaßnahmen nach dem Stand der Technik und mängelfrei durchgeführt wurden. Der Verkäufer steht den Käufern dafür ein, daß die Versorgungsleitungen für Gas, Strom, Wasser in der vorbenannten Wegefläche bis zur Grundstücksgrenze verlegt sind.“ 11

In § 4 des Vertrags heißt es: „Die Grundstücke werden vom Verkäufer leitungsmäßig und straßenmäßig voll erschlossen. (...) Alle Kosten für die erstmalige Herstellung der Erschließungsanlagen und des Kanals trägt der Verkäufer.“ 12

§ 5 des Vertrags (Bl. 168 der Akten) lautet auszugsweise: „Die Besitzübergabe erfolgt nach Zahlung des in § 2 genannten Erstattungsbetrages. Mit dem Tage der Besitzübergabe gehen alle Rechte und Nutzungen, aber auch die Gefahr des Grundbesitzes und die mit ihm verbundenen verbrauchsabhängigen und verbrauchsunabhängigen Kosten und Lasten, einschließlich der Erbbauzinsen auf die Käufer über. (...) Der Verkäufer verpflichtet sich, die Erschließung innerhalb einer Frist von 6 Monaten nach Fertigstellung aller Gebäude auf den Grundstücken X, X und X durchzuführen.“ 13

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vertrags wird auf die Anlage K1 zur Klageschrift vom 01.02.2013 bzw. zum klägerischen Schriftsatz vom 18.10.2013 (Bl. 11-19, 168 der Akten) Bezug genommen. 14

Der Beklagte veräußerte sein Erbbaurecht an dem restlichen Flurstück X an Herrn I und sein Erbbaurecht an dem Flurstück X an die Eheleute T und T2, jeweils nebst weiterer ideeller Anteile des Erbbaurechts an dem Erschließungsflurstück X. Gemäß § 11 des mit den Klägern geschlossenen Vertrags ist dieser mit dem Vertrag I verknüpft. Auch Herr I und die Eheleute T/T2 verlangen Vertragsrückabwicklung und Schadensersatz von dem Beklagten (Landgericht Münster 011 O 168/13 und 011 O 210/13).

Der Beklagte hatte den Architekten B mit den Maßnahmen zur Erschließung der Erbbaugrundstücke beauftragt, dieser wiederum den Architekten D, also den Streithelfer. 16

Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses am 12.01.2012 waren bereits sämtliche Erschließungsleitungen gelegt worden. Die auf dem Flurstück X zu errichtende private Erschließungsstraße befand sich – und befindet sich bis heute – im Zustand einer Baustraße. 17
Für die Herstellung dieser Baustraße war das von der Straße Q leicht nach Süden hin abfallende Urgelände so aufgefüllt worden, dass die Baustraße leicht nach Süden hin ansteigt. Dies sollte der Entwässerung der verkauften Erbbaugrundstücke zum Q hin dienen. Die Parteien streiten um die Ordnungsgemäßheit der Straße und der darunter bzw. darin verlegten Leitungen sowie um die Rechtsfolgen etwaiger Mängel. Insbesondere streiten sie vor dem Hintergrund der Geländeauffüllungen um die Genehmigungspflichtigkeit und -fähigkeit der Baustraße und der endgültigen Erschließungsstraße. Eine Baugenehmigung für die Baustraße oder die endgültige Erschließungsstraße wurde bis heute nicht erteilt.

Zu einem nicht näher bekannten Zeitpunkt vor dem 27.04.2012 zahlten die Kläger den in § 2 des Vertrags vereinbarten Erstattungsbetrag von 16.561,89 € an den Beklagten. Hiervon zahlte der Beklagte 29,50 € an die Kläger zurück, nachdem die Teilfläche des Flurstücks X vermessen worden war. Die Kläger begehren Rückzahlung des Differenzbetrags von 16.532,39 € nebst Zinsen seit dem 12.10.2012, Zug um Zug gegen Rückübertragung der veräußerten Erbbaurechte. 18

Mit Anwaltsschreiben vom 27.04.2012 (Bl. 118 f. der Akten) teilten die Kläger Herrn F mit, dass der Kreis G2 am 17.04.2012 mündlich einen Baustopp bezüglich der Erbbaugrundstücke ausgesprochen habe. Hintergrund sei gewesen, dass die Erschließungsmaßnahmen genehmigungspflichtig seien. Die Kläger forderten den Adressaten des Schreibens dazu auf, bis zum 07.05.2012 einen Schadensersatzanspruch dem Grunde nach anzuerkennen. Zugleich erklärten die Kläger, dass sie „konkrete Vorschläge Ihrerseits zur Herstellung der Genehmigungsfähigkeit sowohl der Privatstraße, wie auch der von Ihnen veräußerten Grundstücke“ erwarteten. 19

Am 15. bzw. 18.05.2012 wurden die Kläger als Erbbauberechtigte in das Grundbuch eingetragen. 20

Mit Schreiben vom 26.06.2012 (Bl. 123 f. der Akten) zeigten die jetzigen Prozessbevollmächtigten des Beklagten an, dass Herr F sie mandatiert habe. Ein Schadensersatzanspruch der Kläger sei „nicht ansatzweise dem Grunde nach (...) zu erkennen.“ 21

Die Kläger erklärten mit Anwaltsschreiben vom 20.07.2012 (Bl. 125 f. der Akten), dass aufgrund topographischer Veränderungen eine Genehmigungspflichtigkeit entstanden sei. Entweder sei die Straße zurückzubauen oder es seien „individuelle Baugenehmigungen“ vorzulegen. 22

Unter dem 08.08.2012 reichte der Streithelfer einen ersten Bauantrag für das Bauvorhaben „Errichtung einer Erschließungsstraße mit Auffüllung“ auf dem Flurstück X ein. Als Bauherr wurde Herr F benannt.

Mit Anwaltsschreiben vom 04.09.2012 (Bl. 135 f. der Akten) setzten die Kläger Herrn F eine Frist bis zum 18.09.2012, „den vertragsgemäß geschuldeten Zustand (...) herzustellen“, und behielten sich für den Fall des fruchtlosen Fristablaufs den Rücktritt vom Vertrag vor. 24

Mit Schreiben vom 11.09.2012 (Bl. 29 der Akten) teilte das Bauamt des Kreises G2 den Klägern unter Bezugnahme auf frühere mündliche Hinweise mit, dass ihr Bauvorhaben – wie auch die Bauvorhaben der Nachbarn – genehmigungspflichtig sei, da die Realisierung aufgrund der gegebenen Höhenverhältnisse offensichtlich Geländeauffüllungen erfordere. 25

Mit weiterem Anwaltsschreiben vom 04.10.2012 (Bl. 35 f. der Akten) erklärten die Kläger gegenüber dem Beklagten den Rücktritt vom Kaufvertrag. Die jetzigen Prozessbevollmächtigten des Beklagten wiesen den Rücktritt mit Schreiben vom 26.10.2012 zurück (Bl. 39 f. der Akten). 26

Mit Anwaltsschreiben vom 22.11.2012 (Anlage K26, Bl. 143-147 der Akten) widersprachen die vom Bauamt des Kreises G2 angehörten Kläger dem Bauantrag vom 08.08.2012. Zur Begründung führten sie aus, dass die Geländeauffüllung für die Erschließungsstraße sie und die weiteren Anlieger T/T2 dazu zwingen würde, ihrerseits die Baugrundstücke aufzufüllen, was zu Problemen hinsichtlich der Grundstücknutzung und der Entwässerung führen würde und bereits zu Einsprüchen der Nachbarn K und K2 geführt habe. 27

Mit Schreiben vom 17.04.2013 wies das Bauamt Herrn F darauf hin, dass das Bauvorhaben gemäß dem Antrag vom 08.08.2013 wegen der Nichteinhaltung von Abstandsflächen nicht genehmigungsfähig sei. Der Bauantrag wurde daraufhin zurückgenommen. Am 17.05.2013 reichte der Architekt B einen neuen Bauantrag ein, in dem das Bauvorhaben wiederum als „Errichtung einer Erschließungsstraße mit Auffüllung“ bezeichnet wurde. Das Bauamt teilte dem Bruder des Beklagten mit Schreiben vom 18.09.2013 mit, dass das Bauvorhaben mit den geplanten Höhen nachbarliche Belange beeinträchtige und so (weiterhin) nicht genehmigungsfähig sei (Anlage K45, Bl. 348 f. der Akten). Gemäß § 9 Abs. 3 BauO NRW werde ein Erhalt der natürlichen Geländeoberfläche im Bereich der Baustraße verlangt. Mit einem weiteren Schreiben vom 17.02.2014 hielt das Bauamt an seiner Auffassung fest (Anlage K46, Bl. 350 f. der Akten). 28

Die Kläger haben erstinstanzlich die Auffassung vertreten, dass bereits die Baustraße genehmigungspflichtig, aber wegen der Geländeauffüllung nicht genehmigungsfähig sei. Für die Bebauung ihres Grundstücks sei ebenfalls eine Baugenehmigung erforderlich, deren Erteilung von der Erschließung über die Straße abhängen. Solange die Erschließung nicht gesichert sei, sei das Grundstück nicht bebaubar und folglich nutzlos. 29

Die Kläger haben behauptet, dass ihnen im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss Schäden bzw. frustrierte Aufwendungen i.H.v. insgesamt 23.552,27 € entstanden seien (insbesondere Erbbauzinsen, Grunderwerbssteuer, Notar- und Grundbuchkosten, Honorar für Architekten- und Ingenieurleistungen, Vermessungskosten sowie Kredit- und Bereitstellungszinsen). 30

Der Beklagte hat erstinstanzlich die Ansicht vertreten, dass die Baustraße als solche nicht genehmigungspflichtig sei. Die Verpflichtung zur Errichtung der Baustraße unterliege werkvertraglichen, nicht kaufvertraglichen Regelungen. Die Baustraße sei nicht mangelhaft 31

i.S.d. §§ 633 ff. BGB. Im Übrigen sei der mit Schreiben vom 04.10.2012 erklärte Rücktritt auch mangels einer hinreichenden Fristsetzung unwirksam.

Wegen der erstinstanzlichen Anträge der Parteien und weiterer Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen. 32

Das Landgericht Münster hat der Klage mit dem angefochtenen, am 18.12.2013 verkündeten Urteil bis auf einen Teil einer Zinsforderung stattgegeben (Urteilsabschrift Bl. 283-291 der Akten). Auf den Tenor des Urteils wird Bezug genommen. 33

Zur Begründung seiner Entscheidung hat das Landgericht im Wesentlichen Folgendes ausgeführt: 34

Die Kläger seien wirksam von dem Vertrag vom 12.01.2012 zurückgetreten und hätten daher gemäß § 346 BGB Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten 16.532,39 €. Hinsichtlich der Baustraße sei Kaufvertragsrecht anzuwenden. Aufgrund der Geländeauffüllung sei die Baustraße genehmigungspflichtig, woran auch der Umstand nichts ändere, dass sie nach Abschluss der Wohnbebauung „in die endgültige Erschließungsstraße umgebaut“ werden solle und noch ihre endgültige Deckschicht erhalten müsse (näher S. 12 f. UA). Das Fehlen der erforderlichen Baugenehmigung stelle einen vom Beklagten zu vertretenden Sachmangel i.S.v. § 434 BGB dar, schon weil die zuständige Behörde jederzeit eine Nutzungsuntersagung aussprechen könne. Der Mangel sei auch nicht vom Gewährleistungsausschluss in § 3 des Vertrags erfasst. Die Kläger hätten dem Beklagten eine nach §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 BGB erforderliche, angemessene Frist zur Mangelbeseitigung gesetzt (näher S. 13 UA). Der Rücktritt vom 04.10.2012 erfasse nach dem Rechtsgedanken des § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB die Gesamtheit der vertragsgegenständlichen Grundstücke, da nur diese für die Kläger von Interesse sei. 35

Der Feststellungsantrag zu Ziffer 2. sei zulässig und begründet. Mit Schreiben vom 26.10.2012 habe der Beklagte konkludent die Rückübertragung verweigert, was Annahmeverzug begründe. 36

Wegen der Übertragung eines mangelbehafteten Erbbaurechts hätten die Kläger auch Anspruch auf Schadensersatz in der (zuletzt) begehrten Höhe von 23.552,27 €. Die Parteien seien bei Vertragsschluss davon ausgegangen, dass die bereits errichtete Baustraße nur noch mit einer endgültigen Deckschicht versehen werden müsse und dass über sie jederzeit die Bebauung des Grundstücks der Kläger erfolgen könne, was sich als unzutreffend erwiesen habe. Die von den Kläger angeführten Schadenspositionen seien bewiesen und adäquat kausal auf die Pflichtverletzung zurückzuführen (näher S. 15-17 UA). 37

Der weitere Feststellungsantrag zu Ziffer 4. sei ebenfalls zulässig und begründet. Die Entstehung weiterer Schäden liege nahe, etwa in Form weiterer Erbbaurechts- oder Bereitstellungszinsen. 38

Schließlich hätten die Kläger auch Anspruch auf Ersatz der geltend gemachten vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten. Der Kostenerstattungsanspruch erstrecke sich auf das, was die Kläger (als juristische Laien) für erforderlich halten durften, und damit auch auf die in Rechnung gestellte 1,8-fache Geschäftsgebühr, ohne dass entschieden werden müsse, ob die Erhöhung „um 0,2“ wegen besonderer Schwierigkeit gerechtfertigt war. 39

Mit seiner Berufung verfolgt der Beklagte seinen erstinstanzlichen Klageabweisungsantrag weiter. Er rügt eine fehlerhafte Anwendung des materiellen Rechts durch das Landgericht. Im Einzelnen:

Der Beklagte meint, dass nicht Kaufvertragsrecht, sondern Werkvertragsrecht entsprechend anzuwenden sei, wenn Herstellungs- bzw. Instandsetzungsarbeiten vereinbart sind, was vorliegend hinsichtlich der Baustraße der Fall sei. Außerdem habe das Landgericht nicht zwischen der noch zu erstellenden Erschließungsstraße und der vorhandenen Baustraße unterschieden. Der Beklagte wiederholt seine Ansicht, dass die Baustraße nicht genehmigungspflichtig sei, und behauptet zur Begründung, dass sie lediglich einen „vorübergehenden Zustand“ darstelle, der im Hinblick auf die jeweiligen Bauvorhaben einer stetigen Änderung unterliege. Der Kreis G2 habe den Klägern auch nicht untersagt, die vorhandene Baustraße zu nutzen. 41

Im Senatstermin vom 04.09.2014 (Protokollabschrift und Berichterstattevermerk Bl. 365-368 der Akten) hat der Beklagte unbestritten vorgetragen, dass gut drei Wochen zuvor ein neuer Bauantrag für die Erschließungsstraße gestellt worden sei. Er behauptet, dass der neue Antrag einen Rückbau der „Rampe“, also der Geländeauffüllung vorsehe. Niederschlagswasser solle vor Ort verrieselt werden. Der Beklagte ist nunmehr ebenfalls der Ansicht, dass die Planung der Erschließungsstraße mit Geländeauffüllung nicht genehmigungsfähig gewesen sei. 42

Die Kläger verteidigen das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags. Sie meinen, dass auch der jüngste Bauantrag nicht genehmigungsfähig sei; der entsprechende Vortrag sei überdies verspätet. 43

II. 44

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung des Beklagten ist weit überwiegend unbegründet. Das angefochtene Urteil beruht insoweit weder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von § 546 ZPO, noch rechtfertigen die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere, dem Beklagten günstigere Entscheidung, § 513 Abs. 1 ZPO. 45

1. Das Landgericht hat den Beklagten zu Recht zur Rückzahlung von 16.532,39 € an die Kläger gemäß § 346 Abs. 1 BGB verurteilt. Die Kläger sind wirksam vom Kaufvertrag vom 12.01.2012 zurückgetreten. 46

a) Die Kläger haben mit Anwaltsschreiben vom 04.10.2012 den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt. Eine weitere, konkludente Rücktrittserklärung der Kläger gemäß § 349 BGB ist in der Klageerhebung zu sehen (vgl. OLG Brandenburg, Urt. v. 01.03.2007 – 5 U 90/06). Spätestens zu diesem Zeitpunkt, also am 25.02.2013, dem Tag der Zustellung der Klageschrift, waren die Kläger zum Rücktritt berechtigt. 47

b) Das Rücktrittsrecht der Kläger folgt allerdings entgegen der angefochtenen Entscheidung nicht bereits daraus, dass für die vorhandene Baustraße keine Baugenehmigung erteilt wurde. Die Baustraße ist als solche nicht genehmigungsbedürftig, da es sich bei ihr um eine Baustelleneinrichtung gemäß § 65 I Nr. 38 BauO NRW handelt. Die Baustraße ist auch keine notwendige Feuerwehrezufahrt, vgl. §§ 5, 65 Nr. 41a BauO NRW, da in der Bauzeit noch keine Gebäude i.S.v. §§ 2, 5 BauO NRW vorhanden sind. Die Frage der Geländeauffüllung spielt an dieser Stelle keine Rolle, denn es handelt sich um eine unselbständige Auffüllung, die das rechtliche Schicksal des Bauvorhabens, hier also der 48

Baustraße, teilt (vgl. Gädtke „BauO NRW“, 12. Aufl. 2011, § 2 Rn. 56). Ein straßenrechtliches Genehmigungserfordernis schließlich wird nicht vorgetragen und ist auch nicht erkennbar (vgl. § 20 I 2 StrWG NRW).

Das Bauamt des Kreises G2 hat auch ersichtlich zu keinem Zeitpunkt erklärt, dass die Baustraße nicht als solche genutzt werden dürfe, vielmehr geht es selbst erkennbar davon aus, dass insoweit keine Genehmigungspflicht besteht (vgl. das Schreiben des Bauamts an die Beklagtenvertreter vom 17.02.2014, Bl. 350 f. der Akten). 49

Ob die endgültige Erschließungsstraße genehmigungspflichtig ist, spielt hier keine Rolle. Es spricht zwar sicherlich alles dafür, dass von Beginn an geplant war, die Baustraße nach Abschluss der Bauarbeiten durch Aufbringen der Schwarzschrift etc. in die endgültige Erschließungsstraße zu verwandeln. Einer genehmigungsfreien Nutzung des Straßenkörpers als Baustraße steht dies jedoch nicht entgegen. 50

c) Das Rücktrittsrecht der Kläger folgt daraus, dass der Beklagte eine vertragliche Pflicht zur Herstellung von Planungssicherheit für das Bauvorhaben der Kläger verletzt hat. 51

aa) Gemäß § 5 des Kaufvertrags muss der Beklagte die Erschließung zwar erst „innerhalb einer Frist von 6 Monaten nach Fertigstellung aller Gebäude“ durchführen, was auch und vor allem die endgültige Erschließungsstraße betrifft. Diese Regelung bedeutet allerdings nicht, dass der Beklagte erst nach Fertigstellung der Bauvorhaben der Kläger – und der anderen Käufer – tätig werden müsste. Der Beklagte hat den Klägern gemäß § 4 des Kaufvertrags die volle leitungs- und straßenmäßige Erschließung ihres Baugrundstücks versprochen. Vor diesem Hintergrund musste er die Erschließung, soweit erforderlich, schon vor Baubeginn aktiv fördern und insbesondere dafür sorgen, dass die Erschließung i.S.v. § 30 Abs. 1 BauGB gesichert ist. Ansonsten käme nämlich seine Leistungspflicht aus § 5 des Vertrags gar nicht zum Tragen, weil die Bauvorhaben der Kläger und der anderen Käufer nicht realisiert werden könnten (vgl. §§ 67 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, 75 Abs. 1 Satz 1 BauO NRW i.V.m. § 30 Abs. 1 BauGB). 52

Zugleich war der Beklagte den Klägern gegenüber verpflichtet, für Planungssicherheit hinsichtlich des endgültigen Straßenniveaus zu sorgen. Bis heute ist nicht klar, welches Höhenniveau die Erschließungsstraße letztlich haben wird, da der Beklagte – jedenfalls bis vor kurzem – trotz des Widerstandes des Bauamts an einer Planung der Straße mit einer Geländeauffüllung festgehalten hat. Es liegt auf der Hand, dass die Kläger ihr Bauvorhaben nicht beginnen können, solange das endgültige Straßenniveau als Bezugspunkt nicht geklärt ist. 53

bb) Dass der Beklagte die Pflicht zur Herstellung von Planungssicherheit objektiv verletzt hat, ergibt sich bereits aus der seit dem Vertragsschluss ergebnislos verstrichenen Zeit. Bei Klageerhebung am 25.02.2013 lag der Kaufvertragsschluss bereits über ein Jahr zurück, ohne dass Planungssicherheit eingetreten wäre. Eine solche Zeitspanne entsprach nicht mehr dem, was die Kläger nach dem Vertragszweck – Erwerb eines Grundstücks zur Bebauung – erwarten konnten bzw. mussten. Vielmehr durften sie aufgrund der bei Vertragsschluss bereits scheinbar gesicherten Erschließung davon ausgehen, sehr kurzfristig mit dem Bau beginnen zu können. 54

Unabhängig davon ergibt sich die objektive Pflichtverletzung auch daraus, dass der Beklagte mit der „Rampenlösung“ eine nicht genehmigungsfähige Planung verfolgt hat. Dass eine solche Planung nicht genehmigungsfähig war bzw. ist, erkennt mittlerweile auch der Beklagte selbst an. Die rechtliche Einschätzung der Parteien teilt auch der Senat, der insoweit der in 55

den Schreiben vom 18.09.2013 und 17.02.2014 dargelegten Bewertung des Bauamtes des Kreises G2 folgt.

cc) Auf die Frage des Verschuldens des Beklagten kommt es hier nicht an, da der Rücktritt kein Verschulden voraussetzt. Der vertragliche Gewährleistungsausschluss (§ 3 des Kaufvertrags) spielt ebenfalls keine Rolle, da es nicht um einen Sachmangel geht; im Übrigen ist die Erschließungsfrage vom Haftungsausschluss ausgenommen. 56

dd) Ob die verletzte Pflicht als solche gemäß § 241 Abs. 2 BGB zu qualifizieren ist oder als vertragliche Nebenleistungspflicht, kann dahinstehen, da die Pflichtverletzung die Kläger in jedem Fall zum Rücktritt berechtigte, entweder gemäß § 324 BGB oder gemäß § 323 Abs. 1 BGB: 57

(1) Dass den Klägern am 25.02.2013 ein weiteres Festhalten am Vertrag unzumutbar i.S.v. § 324 BGB war, folgt aus dem Zeitablauf seit Vertragsschluss, der Nichterkennbarkeit eines Fortschritts in der Frage der Genehmigung der Erschließungsstraße und aus dem Umstand, dass die Kläger jeden Monat 580 € Bereitstellungszinsen zu zahlen hatten. 58

(2) Das Rücktrittsrecht gemäß § 323 Abs. 1 BGB setzt grundsätzlich eine erfolglose Fristsetzung voraus. Ob das Fristsetzungsschreiben der Kläger vom 04.09.2012 insoweit genügte, kann dahinstehen, da eine (weitere) Fristsetzung vor dem konkludenten Rücktritt durch Klageerhebung jedenfalls eine überflüssige und damit gemäß § 323 Abs. 2 Nr. 1 oder 3 BGB entbehrliche Förmerei dargestellt hätte. Das Verhalten des Beklagten bzw. seines umfassend bevollmächtigten Bruders F hat gezeigt, dass diese ohnehin nicht bereit gewesen wären, von ihrer Planung grundlegend abzurücken. Selbst auf entsprechende Fristsetzungen des Bauamtes sind sie später nicht eingegangen. Es ist daher sicher nicht anzunehmen, dass eine wie auch immer geartete – insbesondere inhaltlich klarere – Fristsetzung durch die Kläger zu einem Umdenken auf Beklagtenseite geführt hätte. 59

§ 323 Abs. 5 Satz 2 BGB steht dem Rücktritt nicht entgegen, da die hier in Rede stehende Pflichtverletzung nicht unerheblich war. Im Gegenteil besaß die Frage der Planungssicherheit aus den o.g. Gründen essenzielle Bedeutung für die Kläger. 60

Schließlich ist der Rücktritt auch nicht gemäß § 323 Abs. 6 BGB ausgeschlossen. Zwar haben die Kläger dem Bauantrag für die Erschließungsstraße vom 08.08.2012 mit Anwaltsschreiben vom 22.11.2012 selbst widersprochen, hieran bestand aber ein berechtigtes Interesse, insbesondere vor dem Hintergrund zu erwartender Folgeprobleme mit den Nachbarn. Im Übrigen ist auch nicht anzunehmen, dass dem Bauantrag ohne das Schreiben stattgegeben worden wäre. 61

d) Die Kläger haben Anspruch auf Verzinsung des zurückzuzahlenden Betrags von 16.532,39 € seit dem 26.02.2013 gemäß den §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB (Rechtshängigkeitszinsen). Entgegen dem angefochtenen Urteil besteht der Zinsanspruch nicht bereits seit dem 12.10.2012. Insbesondere enthielt das Rücktrittsschreiben vom 04.10.2012 keine Zahlungsaufforderung, sodass die Wirksamkeit des Rücktrittsschreibens auch insoweit dahingestellt bleiben kann. 62

e) Dass eine Zug-um-Zug-Verurteilung auszusprechen ist, ergibt sich bereits aus dem eigenen Antrag der Kläger. Die von den Klägern zurückzuübertragenden Erbbaurechte sind im Tenor dem aktuellen Grundbuchstand entsprechend bezeichnet, ohne dass hiermit eine inhaltliche Änderung gegenüber dem Klageantrag verbunden wäre. 63

2. Das Landgericht hat weiterhin zu Recht festgestellt, dass sich der Beklagte im Verzug der Annahme der Rückübertragung der Erbbaurechte befindet; speziell hiergegen erinnert die Berufung auch nichts. Das gemäß § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse der Kläger folgt aus den §§ 300 ff. BGB, §§ 756 Abs. 1, 765 ZPO. Allerdings kann der Annahmeverzug nicht wie beantragt seit dem 12.10.2012 festgestellt werden, sondern erst seit dem 26.02.2013. In der Klageerhebung mit dem Zug-um-Zug-Antrag zu 1. lag ein konkludentes wörtliches Angebot der Rückübertragung gemäß § 295 Satz 1 BGB, welches genügte, nachdem der Beklagte zuvor, insbesondere mit Anwaltsschreiben vom 26.10.2012, hinreichend deutlich gemacht hatte, nicht zur Rückabwicklung bereit zu sein.
3. Ebenfalls zu Recht hat das Landgericht den Beklagten zur Zahlung von Schadensersatz i.H.v. 23.552,27 € nebst Rechtshängigkeitszinsen verurteilt. Der Anspruch folgt in der Hauptsache aus § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 281 oder 282 BGB und bezüglich der Zinsen aus den §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB. Der Rücktritt der Kläger steht dem Schadensersatzverlangen gemäß § 325 BGB nicht entgegen. 65
- Der Beklagte kann sich nicht gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB entlasten. Es ist weder dargelegt noch anzunehmen, dass es dem Beklagten bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt nicht möglich gewesen wäre, vor der Klageerhebung die geschuldete Planungssicherheit herzustellen. Vielmehr hätten der Beklagte bzw. die Streitverkündeten, deren Verhalten und Kenntnisse dem Beklagten gemäß § 278 BGB zuzurechnen sind, frühzeitig erkennen können und müssen, dass sie eine nicht genehmigungsfähige Planung verfolgen. Bei einem frühzeitigen Verzicht auf die „Rampenlösung“ wäre das endgültige Straßenniveau alsbald geklärt und die Erschließung gesichert gewesen, sodass die Kläger – ohne die Notwendigkeit einer problematischen eigenen Geländeauffüllung – mit dem Bau hätten beginnen können. Etwaige Entwässerungsschwierigkeiten wären in jedem Fall technisch überwindbar gewesen. 66
- Die Ausführungen des Landgerichts zur Schadenshöhe sind unangefochten und lassen auch keinen Fehler erkennen. Aufgrund der Rentabilitätsvermutung können die Kläger ihre Aufwendungen als Schaden geltend machen, obwohl diese auch bei einer ordnungsgemäßen Vertragsdurchführung entstanden wären. Klargestellt sei, dass sich die zu ersetzenden Erbbauzinsen auf den Zeitraum März 2012 bis November 2013 (= 21 Monate) beziehen, was im angefochtenen Urteil nicht ausdrücklich dargelegt wurde. 67
4. Die vom Landgericht antragsgemäß ausgesprochene Feststellung der weiteren Schadensersatzpflicht des Beklagten ist ebenfalls nicht zu beanstanden, insoweit sind lediglich geringe sprachliche Korrekturen vorzunehmen. Das Feststellungsinteresse der Kläger folgt daraus, dass weitere Schäden zu erwarten sind, insbesondere in Gestalt weiterer Bereitstellungs- und Erbbauzinsen sowie einer etwaigen Vorfälligkeitsentschädigung. 68
5. Teilweise erfolgreich ist die Berufung insoweit, als das Landgericht den Klägern vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten i.H.v. 2.277,90 € zugesprochen hat, was nach der einschlägigen alten Gebührentabelle einer 1,8-fachen Geschäftsgebühr zuzüglich einer 0,3-fachen Erhöhungsgebühr gemäß Nr. 1008 RVG-VV, Auslagenpauschale und Umsatzsteuer aus einem Gegenstandswert von bis zu 40.000 € entspricht. 69
- Die Haftung des Beklagten dem Grunde nach folgt wiederum aus § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 281 oder 282 BGB. Zur Anspruchshöhe hat das Landgericht ausgeführt, dass die Kläger als Laien den vom Rechtsanwalt in Rechnung gestellten Betrag für erforderlich halten durften, sodass es nicht darauf ankomme, ob eine Erhöhung der 1,3-fachen Schwellengebühr gemäß Nr. 2300 RVG-VV wegen besonderer Schwierigkeit gerechtfertigt war (S. 18 UA). Der Senat 70

folgt dieser Auffassung nicht, denn notwendig und damit als Schaden ersatzfähig sind nur die tatsächlich geschuldeten Rechtsanwaltskosten. Gegebenenfalls ist es Sache des Geschädigten, einen überzahlten Betrag vom Rechtsanwalt zurückzufordern.

Gemäß Nr. 2300 RVG-VV kann eine Geschäftsgebühr von mehr als 1,3 nur gefordert werden, wenn die Anwaltstätigkeit „umfangreich oder schwierig“ war. Das ist vorliegend nicht feststellbar. Die Kläger haben lediglich vorgetragen, dass die Erhöhung auf 1,8 „aufgrund der Vielzahl der Besprechungen und des Umfanges der Angelegenheit“ gerechtfertigt gewesen sei (Schriftsatz vom 24.04.2013, Bl. 85 der Akten). Der Beklagte hat zu Recht näheren Vortrag zum anwaltlichen Aufwand verlangt, denn der Vortrag der Kläger ist unsubstantiiert. Zu beachten ist noch, dass es hier nur um die vorgerichtliche Anwaltstätigkeit wegen der Ansprüche gegen den Beklagten geht. Der Schriftverkehr mit dem Bauamt betraf eine andere Angelegenheit, deren Kosten nicht streitgegenständlich sind. *Gegen* einen besonderen Umfang der Tätigkeit spricht, dass die Prozessbevollmächtigten der Kläger – offenbar seit Beginn der Auseinandersetzungen mit dem Beklagten – auch die Käufer in den Parallelsachen vertreten.

71

Dass dem Rechtsanwalt grundsätzlich ein der gerichtlichen Überprüfung entzogener Ermessensspielraum von 20 % zuzubilligen ist (vgl. § 14 Abs. 1 Sätze 1 und 4 RVG), lässt die gesetzlichen Voraussetzungen für die Überschreitung der 1,3-fachen Schwellengebühr nach aktueller Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht entfallen (NJW 2012, 2813; NJW-RR 2013, 1020 Rn. 7-9; GRUR 2014, 206 Rn. 24; anders noch NJW 2011, 1603 Rn. 18; NJW-RR 2012, 887).

72

Im Ergebnis können die Kläger nur eine 1,3-fache Geschäftsgebühr nebst Erhöhung um 0,3 gemäß Nr. 1008 RVG-VV, Auslagenpauschale und Umsatzsteuer ersetzt verlangen. Nach dem gerechtfertigten Gegenstandswert von bis zu 40.000 € ergibt dies 1.741,21 €. Daneben schuldet der Beklagte Rechtshängigkeitszinsen aus 1.633,87 € seit dem 26.02.2013 und aus weiteren 107,34 € seit dem 10.05.2013.

73

III.

74

Die Kostenentscheidung folgt aus den §§ 92 Abs. 2 Nr. 1, 101 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidungen zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruhen auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

75

Eine Zulassung der Revision ist nicht veranlasst, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht erfüllt sind.

76