
Datum: 01.06.2006
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 14. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 14 U 27/04
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2006:0601.14U27.04.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 8 O 161/02

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 30.09.2004 verkündete Urteil des Landgerichts Köln – 8 O 161/02 – wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Klägerin zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung der Beklagten wegen der Kosten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor Vollstreckung in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages Sicherheit leistet.

Beiden Parteien wird gestattet, Sicherheit auch durch selbstschuldnerische unbedingte, unbefristete Bürgschaft eines als Steuer- und Zollbürge zugelassenen inländischen Kreditinstituts zu erbringen.

Gründe:

1. Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Schadensersatz wegen eines fehlgeschlagenen Immobilienkaufvertrages über ein dreigeschossiges Bürogebäude mit Kellergeschoss und Tiefgarage in Anspruch, das zum überwiegenden Teil an das T V E vermietet war und ist.

1

2

3

Durch am 30.09.2004 verkündetes Urteil – 8 O 161/02 – hat das Landgericht Köln die Klage abgewiesen, mit der die Klägerin Zahlung von entgangenen Gewinn in Höhe von 1.476.568,15 € nebst Zinsen und die Feststellung der Pflicht der Beklagten zum Ersatz sämtlicher Schäden aus dem fehlgeschlagenen Kaufvertrag begehrt hat.

Auf die tatsächlichen Feststellungen dieses Urteils sowie dessen Begründung wird Bezug genommen. 4

Die Klägerin hat mit Schriftsatz vom 8. November 2004, beim OLG Köln eingegangen am 11. November 2004 gegen dieses ihr am 8. Oktober 2004 zugestellte Urteil Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 18. Januar 2005 mit am 13. Januar 2005 eingegangenem Schriftsatz begründet. Wegen Versäumung der Berufungsfrist ist der Klägerin durch Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 16. Juni 2005 – V ZB 48/05 - unter Aufhebung eines ablehnenden Senatsbeschlusses vom 13. Januar 2005 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt worden. 5

Mit der Berufung verfolgt die Klägerin den erstinstanzlichen Zahlungsantrag weiter, und begehrt noch die Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet ist, die Klägerin von Säumniszuschlägen des Finanzamtes E in Höhe von 22.327,50 € freizustellen. 6

Darüber hinaus verlangt sie im Wege der Klageerweiterung die Freihaltung von Maklercourtage in Höhe von 177.929,97 €, die im Rechtsstreit 33 O 215/04 vor dem LG Düsseldorf gegen sie geltend gemacht werden. 7

Sie meint, entgegen der Auffassung des Landgerichts bestehe ein Schadenersatzanspruch aus § 463 BGB alter Fassung. Es habe die im Kaufvertrag zugesicherte Eigenschaft gefehlt, dass keine Mietstreitigkeiten bestünden. Außerdem seien mit der unzureichenden Beleuchtungsanlage und dem Wasserschaden in der Tiefgarage Mängel arglistig verschwiegen worden. Sie habe die Gewährleistungsrechte auch schon vor Gefahrübergang, der vertragsgemäß erst nach Zahlung des Kaufpreises erfolgen sollte, in Anspruch nehmen können, da die Mängel bis zum vorgesehenen Zeitpunkt des Gefahrübergangs am 1. März 2002 nicht behebbar gewesen seien und seitens der Beklagten durch den Zeugen C die Beseitigung der Mängel im Gespräch vom 28.02.02 verweigert worden sei. Sie tritt insoweit der Beweiswürdigung des Landgerichts entgegen. 8

Sie rügt, dass das Urteil des Landgerichts insoweit auch auf einem wesentlichen Verfahrensfehler beruhe. Es verstoße gegen das Gebot der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme (§ 355 ZPO), dass an dem angefochtenen Urteil, in welchem die Kammer im Rahmen der Beweiswürdigung auch auf den von den Zeugen C und D gewonnenen persönlichen Eindruck abgestellt habe, die Richterin Dr. Feix mitgewirkt habe, die nicht an der Beweisaufnahme durch Vernehmung der Zeugen beteiligt gewesen sei. 9

Die Klägerin meint, ihr Anspruch auf Schadensersatz sei auch wegen eines unberechtigten Rücktritts der Beklagten, die nicht vertragsgemäß habe leisten können, berechtigt. Diese habe – unberechtigt – endgültig die Erfüllung verweigert, nachdem sie die Klägerin mit Schreiben vom 2. Mai 2002 zur vollständigen Kaufpreiszahlung mit Ablehnungsandrohung aufgefordert hatte. 10

Der in Gestalt der Säumniszuschläge zur Grunderwerbsteuer jetzt konkretisierte Schaden sei nicht vermeidbar gewesen, da die Rückabwicklung des Vertrages dem Finanzamt vor Fälligkeit der zunächst festgesetzten Grunderwerbsteuer nicht habe nachgewiesen werden können. 11

Eine weitere jetzt hervorgetretene Schadensposition des erstinstanzlich allgemein geltend gemachten Feststellungsbegehrens sei der mit am 22. Februar 2005 zugestellter Klage von der F & W Immobilien GmbH gegen sie geltend gemachte Anspruch auf Makler-Courtage für die Vermittlung des hier in Rede stehenden Kaufobjekts.	12
Die Klägerin beantragt, in Abänderung des angefochtenen Urteils	13
1. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 1.476.568,15 € nebst Zinsen in Höhe von 4 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 8.8.2002 zu zahlen,	14
2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, die Klägerin von Säumniszuschlägen des Finanzamtes E-Süd zur Steuernummer ###1 in Höhe von 22.327,50 € freizustellen,	15
3. die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin von Verpflichtungen zur Zahlung von Maklercourtage an die F & W Immobilien GmbH freizuhalten, die die F & W Immobilien GmbH in dem Rechtsstreit vor dem Landgericht Düsseldorf 33 O 215/04 in Höhe von 177.929,97 € gegen die Klägerin geltend macht.	16
Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen,	17
Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil und tritt der Berufungsbegründung entgegen.	18
Sie meint, die Klägerin sei frühzeitig vertragsreug geworden und versuche, zu ihren – der Beklagten - Lasten "Kasse zu machen".	19
Ein Verfahrensfehler mangels Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme ergebe sich nicht, da das Ergebnis der Beweisaufnahme abschließend beraten gewesen sei und in einen Hinweisbeschluss Eingang gefunden habe. Der "persönliche Eindruck" bezüglich fehlender Absprache der Aussagen der Zeugen sei für das Ergebnis "non liquet" nicht von entscheidender Bedeutung.	20
Sie tritt der Klageerweiterung entgegen und hält diese nicht für sachdienlich.	21
Hinsichtlich der Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf ihre Schriftsätze nebst Anlagen und die Sitzungsniederschriften verwiesen. Im Übrigen wird auf den gesamten Akteninhalt, insbesondere auf die zu den Akten gereichten Urkunden, Bezug genommen.	22
Der Senat hat Beweis erhoben durch erneute Vernehmung der Zeugen C, D und N zu der Frage, ob die Beklagte im Verlauf des Besprechungstermins vom 28. Februar 2002 gegenüber der Klägerin die Beseitigung des Feuchtigkeitsschadens und den Austausch der Beleuchtungsanlagen abgelehnt hat. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 16. März 2006 (Bl. 561 ff d. A.) verwiesen.	23
2. Die Berufung ist zulässig, aber unbegründet.	24
Da der Klägerin wegen Versäumung der Berufungsfrist durch Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 16. Juni 2005 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt worden ist, ergeben sich hinsichtlich der Zulässigkeit der Berufung keine Bedenken.	25
2.1 Das Landgericht hat den mit dem Klageantrag zu 1. geltend gemachten Schadensersatzanspruch auf entgangenen Gewinn aus dem Kaufvertrag der Parteien zu Recht zurückgewiesen. Der Senat nimmt auf die Begründung des angefochtenen Urteils, die	26

durch das Berufungsvorbringen nicht entkräftet wird, Bezug. Ergänzend ist hierzu auszuführen:

2.1.1 Der Senat teilt die Auffassung des Landgerichts, dass vorliegend das Kaufgewährleistungsrecht nach den §§ 459 ff. BGB in der nach Art. 229 § 5 EGBGB maßgeblichen, bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung, hier insbesondere § 463 BGB, keine Anwendung finden und deshalb die Frage, ob das verkaufte Grundstück Mängel im Sinne dieser Vorschriften aufwies oder ihm zugesicherte Eigenschaften fehlten, offen bleiben kann. 27

Mit dem Landgericht folgt der Senat der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. zuletzt BGH Z 138,195ff = MDR 1998, 1039, 1041 m.w.N.), nach der der Käufer bei Mangelhaftigkeit der Kaufsache Gewährleistungsansprüche (§ 459 ff BGB) grundsätzlich erst nach Gefahrübergang geltend machen kann und sich seine Rechte vor Gefahrübergang nach den allgemeinen Vorschriften insbesondere der §§ 320 ff BGB bestimmen. Nur ausnahmsweise, wenn der Verkäufer den Mangel nicht beheben kann oder seine Beseitigung verweigert, werden ihm auch schon vor Gefahrübergang neben den Rechten aus den allgemeinen Bestimmungen auch Gewährleistungsansprüche zugebilligt. 28

Die Gefahr an dem verkauften streitgegenständlichen Grundstück ist nicht auf die Klägerin als Käufer übergegangen. Denn Voraussetzung für den gemäß IV. 3. des notariellen Kaufvertrages zum 1. März 2002 vereinbarten Gefahrübergang war der vollständige Eingang des Kaufpreises beim Verkäufer. Die Zahlung ist aber unstreitig nicht erfolgt. 29

Es liegt auch keine Ausnahmesituation vor, in der schon vor und ohne Gefahrübergang Gewährleistungsrechte zuzubilligen sind. 30

2.1.1.1 Denn die von der Klägerin geltend gemachten – streitigen - Mängel waren jedenfalls behebbar. 31

Die – bestrittenen – Mängel "unzureichende Beleuchtungsanlage" und Feuchtigkeit in der Garage sind inzwischen nach dem – allerdings bestrittenen - Vortrag der Beklagten behoben. Die "Nicht-Behebbarkeit" ist jedenfalls von der Klägerin nicht dargelegt. Dabei kommt es nicht, wie die Klägerin meint, auf die Behebbarkeit bis zum Zeitpunkt eines vertraglich vorgesehenen Zeitpunkts des Gefahrüberganges, sondern auf endgültiges Unvermögen zur Mangelbeseitigung an. Zum einen bestehen in Fällen wie dem vorliegenden, bei denen der vertraglich vorgesehene Termin des Gefahrübergangs von der Erfüllung der Vorleistungsverpflichtung des Käufers abhängig ist, Schwierigkeiten, den vertraglich vorgesehenen Termin zu bestimmen, wenn die Vorleistungspflicht nicht erfüllt wird. Denn erst wenn die Zahlung erbracht ist, gehen Besitz und Gefahr über. Zum anderen besteht angesichts der Vorleistungsverpflichtung des Käufers hier keine Veranlassung, ihm schon vor Erbringung seiner eigenen Haupt-Leistung - Zahlung des Kaufpreises - Rechte hinsichtlich der Erfüllung der – nach altem Recht – Neben-Leistungspflicht des Verkäufers, den Kaufgegenstand von Sachmängeln freizuhalten, einzuräumen. Nur wenn feststeht, dass der Verkäufer die grundsätzlich erst mit Gefahrübergang geltend zu machende (Neben-)Verpflichtung auch nachträglich nicht erfüllen kann, erscheint es, ebenso wie im Falle der endgültigen Weigerung unangemessen, den Käufer an seiner Abnahmeverpflichtung und – wie vorliegend – Vorleistungspflicht hinsichtlich des Kaufpreises festzuhalten. 32

Auch soweit sich die Klägerin auf das Fehlen der im Kaufvertrag unter IV. 3. b) und c) zugesicherten Eigenschaften, 33

- dass keine Mietrückstände bestehen sowie Mietstreitigkeiten nicht anhängig (wohl: anhängig) seien,
- Mieteingänge in der Vergangenheit pünktlich erfolgt seien und von den Mietern Mietminderungen und Aufrechnungen nicht geltend gemacht würden,

beruft, liegen keine nicht behebbaren Mängel vor. 35

Soweit im Hinblick auf die Auseinandersetzung um nicht ausreichende Beleuchtung vom Mieter, dem Staatlichen Umweltamt, mit Schreiben vom 14.12.2001 (Bl. 66 Anlagenheft) - nach Abschluss des Kaufvertrages der Parteien am 12.12.2001 - mitgeteilt wurde, dass die Ablehnung der Erneuerung der Beleuchtungsanlage gemäß Schreiben der Beklagten vom 02.10.2001 (Bl. 95 Anlageheft) nicht akzeptiert werde, und eine Mietminderung ab Februar 2002 für den Fall der weiteren Weigerung angekündigt wurde, traf die Zusicherung hinsichtlich nicht geltend gemachter Mietminderungen zwar nicht mehr zu, so dass insoweit im Falle pünktlicher Zahlung der Klägerin eine zugesicherte Eigenschaft bei Gefahrübergang nicht vorhanden gewesen wäre. Dieser Mangel hätte jedoch durch Klaglosstellung des Mieters mittels Beseitigung der geltend gemachten Mängel oder - wie nach dem Vortrag der Beklagten geschehen - durch Aushandlung eines Kompromisses und dessen Erfüllung wieder beseitigt werden können. Dasselbe gilt, soweit man in der geschilderten Auseinandersetzung bereits eine "anhängige" Mietstreitigkeit sehen sollte. Es liegt allerdings näher, hierunter nur ein gerichtlich anhängiges Verfahren zu verstehen, zu dem es unstreitig nicht gekommen ist. 36

2.1.1.2 Die Beseitigung der – streitigen – Mängel "Beleuchtungsanlage" und "Wasserschaden" bzw. die Wiederherstellung der zugesicherten Eigenschaft "frei von Mietstreitigkeiten" ist auch nicht endgültig durch die Beklagte abgelehnt worden. Die Klägerin hat den ihr insoweit obliegenden Beweis für die Behauptung, die Weigerung der Mängelbeseitigung sei durch die Zeugen C und D in der Besprechung mit dem Kläger J und dem Zeugen N am 28. Februar 2002 erfolgt, nicht geführt. 37

Der Senat hat hierzu die Zeugen C, D und N erneut vernommen, gelangt aber im Ergebnis zu keiner anderen Bewertung als das Landgericht. 38

Die Aussagen der Zeugen vor dem Senat unterscheiden sich nicht wesentlich von den vor dem Landgericht getätigten Aussagen. Hiernach ist jedenfalls nach den Aussagen der Zeugen C und D die Beseitigung von Mängeln nicht verweigert worden. 39

Nach Auffassung des Senats ist auch die Aussage des Zeugen N nicht geeignet, eine relevante Weigerung von Seiten der Beklagten in der Besprechung vom 28.02.2002 zu bestätigen. 40

Da sich der Zeuge D, wie der Zeuge N bekundet hat, bei dem Gespräch selber nicht geäußert hat, scheidet er als Urheber der Weigerung aus. Aber auch seitens des Zeugen C liegt, wenn man den vom Zeugen N bekundeten Gesprächsablauf zugrunde legt, keine endgültige Weigerung, die behaupteten Mängel zu beseitigen, vor. Denn letztlich hat hiernach auch der Zeuge C die Verantwortlichkeit der Beklagten für vorhandene Mängel nicht in Frage gestellt. 41

Soweit der Zeuge N bekundet hat, der Zeuge C habe bei der Besprechung 42

erklärt, er wisse gar nicht, wo das Problem für Herrn J liege, die Beklagte sei eine Behörde und der Mieter sei eine Behörde und beide könnten nicht pleite gehen und sie würden 43

untereinander diesen Streit ausprozessieren und Herr J bekäme dann, je nachdem, wer in dem Prozess unterliegen würde, nach zwei oder drei Jahren seinen Schaden auf Heller und Pfennig mit Zinsen ausgeglichen, mag man zwar zweifeln, ob hierin noch ein angemessenes Angebot zur Mängelbeseitigung zu sehen ist, oder ob dies einer Weigerung gleichzusetzen ist. Der Senat vermag sich aber nicht davon zu überzeugen, dass diese Aussage des Zeugen N zutrifft. Denn der Zeuge C hat als Zeuge ausdrücklich verneint, dass er eine solche Erklärung abgegeben habe.

Der Senat sieht keine überzeugenden Anhaltspunkte dafür, dass die Darstellung des Zeugen N hier gegenüber der des Zeugen C den Vorzug verdient. Insbesondere kann der Zeuge N als Makler nicht, wie die Klägerseite meint, als "unbeteiligter Dritter" ein höheres Maß an Glaubwürdigkeit für sich in Anspruch nehmen als der für die Beklagte tätige Zeuge C. Denn bei der Aussage des Zeugen N kam für den Senat deutlich seine persönliche Betroffenheit zum Ausdruck und die Nähe zur Klägerseite, von der allein er im fraglichen Zeitraum seine Informationen über die Kontakte der Parteien bezog, wie er angegeben hat. Der Prozess um das Maklerhonorar, der Gegenstand des Berufungsantrages zu 3. ist, zeigt eine weitere Interessenverknüpfung auf. Auch die vom Zeugen N bei der Besprechung am 28.2.02 gefertigte handschriftliche Aufzeichnung (Bl. 265 d. A.) ist kein hinreichender Beleg für die Richtigkeit seiner Angaben. Dort heißt es: "J geht abrupt, als C sagt, wenn der Mieter Recht behält, dann ersetzen wir den Schaden mit Zins und Zinseszins". Abgesehen von den schon vom Landgericht aufgezeigten Gesichtspunkten, dass die Aufzeichnungen das Gespräch insgesamt nur bruchstückhaft sowie selektiv aus subjektiver Sicht des Zeugen wiedergeben, enthalten sie auch keinen Hinweis darauf, dass mit dem Mieter ein Prozess geführt werden solle.

Darüber hinaus hat der Zeuge N weiter bekundet, dass Herr C vorgeschlagen habe, nachdem Herr J die Gesprächsrunde verlassen hatte, dessen Vorschläge der Geschäftsleitung zu unterbreiten. Auch hierdurch wird deutlich, dass der Zeuge C jedenfalls keine für die Beklagte verbindliche Ablehnung der Mängelregulierung erklärt hat. Bei den vom Zeugen N geschilderten Vorschlägen des Klägers J, Kaufpreisminderung um 300.000,00 DM bei Übernahme der Mängelbeseitigung durch die Klägerin oder Kaufpreisanteil von 500.000 DM zunächst auf Notaranderkonto zur Auszahlung an die Beklagte nach Klärung und Beseitigung der Mängel, handelte es sich um Angebote zu Vertragsänderungen, auf die so jedenfalls kein Anspruch bestand. Soweit der Zeuge N bekundet hat, der Zeuge C habe diese Vorschläge abgelehnt, kann dies nicht als verbindliche Ablehnung der – von Klägerseite behaupteten - Mängel angesehen werden. Die konkrete Mängelbeseitigung, bezogen auf den bestehenden Vertrag, betrafen sie nicht.

Zur Mängelbeseitigung, insbesondere zur Freistellung der Klägerin hinsichtlich der Mietminderungen, ergibt sich auch nach der Aussage des Zeugen N keine endgültige Ablehnung.

Da der Gesellschafter der Klägerin J das Gespräch abrupt verlassen hat, war ersichtlich auch nach der Bekundung N keine abschließende Äußerung, ob und gegebenenfalls wie die Problematik zu lösen sei, zustande gekommen. Das vom Zeugen N im Anschluss an das Gespräch verfasste Schreiben an die Beklagte, das er bei seiner Vernehmung vorlegte (Bl. 579), zeigt, dass er das Problem von Seiten der Beklagten nicht bereits als abschließend behandelt ansah. Er bedankt sich für die Zusage, die Probleme zu lösen und trägt den Vorschlag des Herrn J an die Geschäftsleitung heran.

Da der Senat hiernach schon aus der Aussage des Zeugen N eine abschließende Weigerung der Mängelbeseitigung durch den Zeugen C nicht zu entnehmen vermag, kommt es auf die

Klärung der Frage, ob der Zeuge C für die Beklagte unter dem Aspekt Vertretungsmacht verbindlich und wirksam die Mängelbeseitigung endgültig hätte ablehnen können, nicht an.

Der Senat verkennt nicht, dass angesichts der von der Beklagten eingeholten "Stellungnahme zur vorhandenen Beleuchtung" vom 31. Januar 2002 von Herrn H L, Planungsgesellschaft für technische Projekte (Bl. 99 des Anlagenheftes der Akten), es durchaus nicht fern lag, dass man seitens der Beklagten auf dem Standpunkt stand, dass ein Mangel hinsichtlich der Beleuchtungsanlage nicht vorlag. Denn nach dieser Stellungnahme lag die gemessene zu geringe Beleuchtungsstärke wahrscheinlich am Vergilben des Rasters und den "alten Leuchtstofflampen", also Umständen, für die nach dem Mietvertrag der Mieter selbst verantwortlich war. Dieser Standpunkt war auch Grundlage des anwaltlichen Schreibens vom 15.02.2002, mit dem die Forderung des Umweltamtes als Mieter nach Erneuerung der Beleuchtungsanlage zurückgewiesen worden war. Ein tragfähiges Indiz für eine generell ablehnende Haltung der Beklagten in der Gewährleistungsfrage gegenüber der Klägerin ergibt sich hieraus aber nicht. Denn letztlich hing die Frage, ob im Verhältnis zur Klägerin von einem "Mangel" auszugehen war, auch davon ab, wie sich der Mieter zu dem anwaltlichen Schreiben vom 15.02.2002 stellte. Dass gegenüber der Klägerin eine Verantwortlichkeit ausgeschlossen wurde, folgt hieraus nicht zwangsläufig. Eine "Verweigerung" der Mängelbeseitigung ist danach nicht festzustellen. 49

Diese Bewertung ergibt sich für den Senat auch ohne Berücksichtigung der nach Schluss der mündlichen Verhandlung mit nachgelassenem Schriftsatz vom 5. April 2006 seitens der Beklagten noch vorgetragenen Reaktion auf das Schreiben des Zeugen N vom 28. Februar 2002 an die Geschäftsleitung der Beklagten. Hiernach hat ein weiteres Gespräch über Lösungsmöglichkeiten zwischen dem Zeugen N, der als Makler ein erhebliches Interesse an der Durchführung des Kaufvertrages hatte, und dem Zeugen C stattgefunden, bei dem auch eine weitere Besprechung der Parteien verabredet wurde. Dieses Gespräch hat der Zeuge N mit Schreiben vom 4. März 2002 an die Geschäftsleitung der Beklagten unter Mitteilung eines konkreten Lösungsvorschlages bestätigt. Der sodann für den 7. März 2002 im Büro des Klägers Herrn J verabredete Termin, an dem neben Herrn C der zuständige Abteilungsleiter der Beklagten, Herr T, sowie Rechtsanwalt Dr. K teilnehmen sollten, wurde von Klägerseite am 6. März 2002 gegenüber dem Zeugen N abgesagt unter Erklärung des unwiderruflichen Rücktritts vom Kaufvertrag. 50

Dieser Vortrag, zu dem Stellung zu nehmen die Klägerin noch keine Gelegenheit hatte, veranlasst den Senat nicht zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung. Denn bei einer Berücksichtigung ergäbe sich kein abweichendes Ergebnis. Da der vorgetragene weitere Ablauf lediglich die Annahme weiter stützen kann, dass in der Besprechung vom 28.02.2002 auf Seiten der Beklagten keineswegs das letzte Wort hinsichtlich der Frage der Mängelbeseitigung gefallen war, die Klägerin aber das Gegenteil beweisen müsste, ist eine weitere Verhandlung zu diesem Punkt nicht angezeigt. Es bedarf deshalb auch keiner Erörterung, inwieweit dieser neue Vortrag im Berufungsverfahren Berücksichtigung finden darf. 51

Der Senat folgt auch nicht der Auffassung der Klägerin, dass es dieser bei einer Gesamtschau der von der Rechtsprechung herausgebildeten Ausnahmetatbestände unzumutbar war, zunächst durch Zahlung des vollen Kaufpreises den Gefahrübergang herbeizuführen, um erst dann Gewährleistungsrechte geltend zu machen zu können. Grundsätzlich kann der Vorleistungspflichtige nur dann vertragliche Leistungen des Vertragspartners verlangen, wenn er selbst seine Leistung erbracht hat. Auch wenn man entsprechend dem Vortrag der Klägerin unterstellt, dass die Beleuchtungsanlage nicht der 52

vom Vermieter geschuldeten Beschaffenheit entsprach, war die Durchführung des Vertrages dadurch doch nicht objektiv für die Klägerin sinnlos geworden, so dass es zwangsläufig zu einer Rückabwicklung der vertraglichen Leistungen kommen musste. Dies zeigen bereits die vom Kläger J am 28.02.2002 gemachten Vorschläge. Ein arglistiges Verschweigen der Mängel, worauf die Klägerin sich beruft, ist nicht festzustellen. Zwar war, wie der vorgelegte Briefwechsel zeigt, die Frage einer ausreichenden Beleuchtungsanlage Gegenstand der Diskussion zwischen der Beklagten und ihrem Mieter. Dass der Mieter auf seinem von der Beklagten zuvor abgelehnten Standpunkt einer Verantwortlichkeit der Beklagten bestand, ergab sich aber erst aus dem nach Vertragsschluss der Parteien abgefassten Schreiben des Umweltamtes vom 15.12.2001, das der Klägerin sodann zur Kenntnisnahme zugeleitet wurde.

2.1.1.3 Eine relevante "Verweigerung der Mängelbeseitigung " ergibt sich auch nicht aus der unstreitigen Weigerung der weiteren Vertragsdurchführung seitens der Beklagten, nachdem sie die Klägerin mit anwaltlichen Schreiben vom 2. Mai 2002 (Bl. 121 Anlagenheft d. A.) zur vollständigen Kaufpreiszahlung mit Ablehnungsandrohung nach Ablauf von 2 Wochen aufgefordert hatte. 53

Denn die Klägerin hatte sich ihrerseits schon zuvor durch anwaltliches Schreiben vom 08.03.2002 (Bl. 69 Anlagenheft d. A.) unberechtigt vom Vertrag losgesagt. 54

2.1.2 Zutreffend hat das Landgericht es auch abgelehnt, den geltend gemachten Schadensersatzanspruch der Klägerin auf § 326 BGB a. F. oder eine andere Anspruchsgrundlage zu stützen. Die Ausführungen des Landgerichts bedürfen insoweit keiner Ergänzung. 55

2.2 Soweit die Klägerin mit der Berufung den erstinstanzlich zurückgewiesene Feststellungsantrag noch hinsichtlich der Verpflichtung der Beklagten zur Freistellung von Säumniszuschlägen des Finanzamtes E in Höhe von 22.327,50 € wegen nicht rechtzeitig gezahlter Grunderwerbsteuer weiter verfolgt, bleibt die Berufung ebenfalls erfolglos. 56

Zum einen ist die Zulässigkeit der subsidiären Feststellungsklage nunmehr problematisch, da die Freistellung als Leistungsklage geltend gemacht werden könnte. 57

Das kann jedoch dahinstehen, weil der Antrag auch in der Sache keinen Erfolg hat, da kein entsprechender Schadensersatzanspruch besteht. 58

Der Säumniszuschlag wurde festgesetzt, weil die Klägerin die zunächst festgesetzte Grunderwerbsteuer, zu deren Zahlung sie aufgrund des Notarvertrages mit der Beklagten verpflichtet war, nicht gezahlt hatte. Da die Klägerin sich unberechtigt (s. o.) durch Forderung des großen Schadensersatzes von ihren Vertragspflichten losgesagt und infolgedessen auch die Grunderwerbsteuer nicht gezahlt hat, ist dieser "Schaden" auf das eigene willkürliche Verhalten zurückzuführen. Er kann unabhängig davon, ob die Klägerin durch einen Einspruch gegen den Grunderwerbsteuerbescheid dessen Wirkung hätte suspendieren und die Festsetzung des Säumniszuschlages hätte verhindern können, wie das Landgericht - von der Berufung angegriffen – ausgeführt hat, nicht der Beklagten zugerechnet werden. 59

2.3. Dasselbe gilt für den Ersatz der Maklercourtage, die infolge der Nichtdurchführung des Vertrages – falls sie geschuldet wird – nutzlos ist. 60

Die Berufungserweiterung ist als Klageänderung nach § 533 ZPO als sachdienlich zuzulassen. 61

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10, § 711 ZPO. 62

Da die Sache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert, besteht für eine Zulassung der Revision nach § 543 ZPO keine Veranlassung. Hinsichtlich der Frage der Anwendbarkeit der Gewährleistungsregeln nach dem bis zum 31.12.2001 geltenden Kaufrecht sieht der Senat schon im Hinblick auf die ab 1.1.2002 eingetretene Änderung der Rechtslage keine grundsätzliche Bedeutung, die eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs angezeigt erscheinen lässt. Im Übrigen folgt der Senat der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. 63

Streitwert des Berufungsverfahrens: 1.672.360,12 € 64

Antrag zu 1.:	1.476.568,15 €	65
Antrag zu 2.:	(22.327,50 € x 80% =) 17.862,00 €	
Antrag zu 3:	177.929,97 €	