

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB150041-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichterin Dr. D. Scherrer sowie Gerichtsschreiber Dr. M. Nietlispach

Teil-Urteil und Beschlüsse vom 19. Februar 2016

in Sachen

A._____,

Beklagte, Widerklägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

1. **B.**_____,

2. **C.**_____,

Kläger, Widerbeklagte und Berufungsbeklagte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 22. Juni 2015
(CG120017-G)**

Rechtsbegehren :

Der Kläger, Hauptklage (Urk. 2 S. 2):

"1. Die Beklagte sei zu verpflichten, den Klägern Fr. 620'000.– zuzüglich Verzugszins von 5 % seit 1. Januar 2012 sowie Fr. 34'523.05 zuzüglich 5 % Schadenszins seit 1. Januar 2012 zu bezahlen;

2. unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich Mehrwertsteuerzusatz) zulasten der Beklagten."

Der Beklagten, Widerklage (Urk. 11 S. 2):

"1. Es seien die Kläger zu verpflichten, das Eigentum an den Liegenschaften D._____ Grundbuch Blatt 1 Wohnung Nr. 1), Grundbuch Blatt 2 (Baselraum Nr. 2) und Grundbuch Blatt 3 (Garagenplätze Nr. 3 und 4) zu übernehmen und Zug um Zug gegen Abgabe der entsprechenden Grundbuchanmeldung auf Eigentumsübertragung durch die Beklagte folgende restlichen Kaufpreiszahlungen an die Beklagte zu leisten, nämlich:

a) Fr. 125'000.00 zuzüglich 5 % Zins seit 1. November 2011 auf das Konto Nr. ... der Politischen Gemeinde D._____ bei der Zürcher Kantonalbank, sowie

b) Fr. 1'875'000.00 zuzüglich 5 % Zins seit 1. November 2011 auf das Konto IBAN Nr. ... der Beklagten bei der Credit Suisse.

2. Im Weiteren seien die Kläger zu verpflichten, der Beklagten für die durch die Beststellungsänderungen bewirkten Mehrkosten einen Betrag von Fr. 182'423.00 zuzüglich 5 % Zins sei 1. November 2011 zu bezahlen, Zug um Zug gegen Abgabe der entsprechenden Grundbuchanmeldung auf Eigentumsübertragung durch die Beklagte.

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Kläger."

Zusätzliches Eventualbegehren der Beklagten zur Widerklage (Urk. 32 S. 2):

"[...]

eventuell sei den Klägern eine Preisminderung oder Entschädigung nach richterlichem Ermessen, maximal aber Fr. 50'000.00 zuzusprechen.

[...]"

Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 22. Juni 2015 (Urk. 83) :

1. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern CHF 620'000.– zuzüglich Zins zu 5% seit 1. Januar 2012 zu bezahlen.

Im Mehrumfang wird die Hauptklage abgewiesen.

2. Die Widerklage wird abgewiesen.
3. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 50'000.-;
die weiteren Auslagen betragen:

CHF	712.50	Dolmetscherkosten
CHF	50'712.50	Gerichtskosten total.
4. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt, jedoch im Umfang des von den Klägern geleisteten Kostenvorschusses von CHF 23'840.- von diesen bezogen, unter Einräumung des Rückgriffsrechts auf die Beklagte.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern eine Parteientschädigung von CHF 81'000.- (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
6. (Mitteilung)
7. (Berufung)

Berufungsanträge der Beklagten und Widerklägerin (Urk. 82) :

- "1. Es sei das angefochtene Urteil insoweit aufzuheben, als damit die Hauptklage gutgeheissen (Disp. Ziffer 1 Abs. 1) und die Widerklage abgewiesen (Disp. Ziffer 2) wird, und es seien die im angefochtenen Urteil statuierten Kosten- und Entschädigungsfolgen (Disp. Ziffer 3 bis 5) aufzuheben und ausgangsgemäss neu festzulegen.
2. Es seien die Kläger zu verpflichten, das Eigentum an den Liegenschaften D. _____ Grundbuch Blatt 1 Wohnung Nr. 1), Grundbuch Blatt 2 (Bastelraum Nr. 2) und Grundbuch Blatt 3 (Garagenplätze Nr. 3 und 4) zu übernehmen und Zug um Zug gegen Abgabe der entsprechenden Grundbuchanmeldung auf Eigentumsübertragung durch die Beklagte folgende restlichen Kaufpreiszahlungen an die Beklagte zu leisten, nämlich :
 - a) Fr. 125'000.00 zuzüglich 5% Zins seit 1. November 2011 auf das Konto Nr. ... der Politischen Gemeinde D. _____ bei der Zürcher Kantonalbank, sowie
 - b) Fr. 1'875'000.00 zuzüglich 5% Zins seit 1. November 2011 auf das Konto IBAN Nr. ... der Beklagten bei der Credit Suisse.
3. Im Weiteren seien die Kläger zu verpflichten, der Beklagten für die durch Bestellungenänderungen bewirkten Mehrkosten einen Betrag von Fr. 182'423.00 zuzüglich 5% Zins seit 1. November 2011 zu bezahlen, Zug um Zug gegen Abgabe der entsprechenden Grundbuchanmeldung auf Eigentumsübertragung durch die Beklagte.
3. Eventuell sei den Klägern eine Preisminderung oder eine Entschädigung nach richterlichem Ermessen, maximal aber Fr. 50'000.00 zuzusprechen.

4. Subeventuell sei die Sache zur Ergänzung und Neuentscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.
5. Subsubeventuell seien die im angefochtenen Urteil festgelegten Gerichtskosten auf max. Fr. 39'000.00 und die Parteientschädigung auf max. Fr. 63'300.00 zu reduzieren und diese Beträge nach Massgabe von Obsiegen und Unterliegen auf die Parteien zu verteilen.
6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Kläger sowohl für das Berufungs- als auch das vorinstanzliche Verfahren."

Berufungsanträge der Kläger und Widerbeklagten (Urk. 89) :

- "1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen;
2. unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich Mehrwertsteuerzusatz) zulasten der Berufungsklägerin (Beklagten, Widerklägerin)."

Erwägungen:

A.

Prozessgeschichte

Am 8. Juni 2012 machten die Kläger das vorliegende Verfahren über das einleitend genannte Rechtsbegehren mit der Klageschrift und der Klagebewilligung beim Bezirksgericht Meilen rechtshängig. Mit der schriftlichen Klageantwort erhob die Beklagte Widerklage mit den einleitend erwähnten Rechtsbegehren. Im Verlaufe des Schriftenwechsels lud die Vorinstanz die Parteien auf den 8. April 2013 zu einer Instruktions- bzw. Vergleichsverhandlung vor, die jedoch ebenso erfolglos verlief wie die nachfolgenden aussergerichtlichen Vergleichsgespräche der Parteien. Mit Verfügung vom 5. September 2013 wurde der Schriftenwechsel fortgesetzt und am 17. September 2014 die Hauptverhandlung durchgeführt, wo sich die Parteien erneut einlässlich zum Prozessthema äusserten. Auf eine weitere Instruktionsverhandlung wurde mangels Vergleichsbereitschaft der Kläger verzichtet. Am 22. Juni 2015 erliess das Bezirksgericht Meilen das Urteil, mit welchem es die Klage im Umfang von Fr. 620'000.–

zuzüglich Zinsen Guthies und im Mehrbetrag abwies. Die Widerklage wies die Vorinstanz vollumfänglich ab.

Gegen dieses ihr am 25. Juni 2015 zugestellte Urteil erhob die Beklagte am 26. August 2015 rechtzeitig mit schriftlicher Begründung Berufung (Urk. 82). Der ihr auferlegte Prozesskostenvorschuss von Fr. 48'775.– wurde ebenfalls rechtzeitig geleistet (Urk. 85+86). Die schriftliche Berufungsantwort der Kläger erfolgte am 4. November 2015 und wurde der Beklagten am 8. Januar 2016 zugestellt (Urk. 89+90). Am 20. Januar 2016 nahm die Berufungsklägerin unaufgefordert zur Berufungsantwort Stellung (Urk. 93), und die Berufungsbeklagten nahmen ihrerseits unaufgefordert am 10. Februar 2016 zu Urk. 93 Stellung (Urk. 95).

B.

Tatsächliche Grundlagen

1. Sachverhalt

Die Beklagte, Widerklägerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Beklagte) erstellte an der E.____-Strasse ... in D.____ drei Mehrfamilienhäuser mit Flachdach, wofür ihr am 30. September 2008 die Baubewilligung erteilt worden war. Die Wohnungen im Haus Nr. 3 wurden im Stockwerkeigentum erstellt und einzeln verkauft. Die Kläger, Widerbeklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend Kläger) interessierten sich aufgrund des erstellten Verkaufsprospekts für die Attikawohnung Nr. 1 im obersten Geschoss des Hauses Nr. 3 und nahmen Kaufgespräche mit der Beklagten auf. Am 14. Mai 2010 wurde der schriftliche Kaufvertrag über einen pauschalen Kaufpreis von Fr. 2'500'000.– öffentlich beurkundet. Dazu kamen noch Mehrkosten für individuelle Sonderausbauwünsche der Kläger, die separat abzurechnen waren. Grundlage des Kaufvertrages bildeten die Entwürfe vom 1. Dezember 2009 zur Begründung von Stockwerkeigentum mit Aufteilungsplänen und zum Stockwerkeigentümerreglement, weiter der detaillierte Bau- und Raumbeschrieb vom 30. November 2009 sowie die Baubewilligung und schliesslich die Vereinbarung für die Ausführung der Käuferwünsche. Für den Fall eines Widerspruchs zwischen diesen Dokumenten sollte der detaillierte Bau- und Raumbeschrieb massgeblich sein (Urk. 4/1 = Urk. 13/2). Dieser detaillierte Bau- und Raumbeschrieb definierte die Gestaltung des Flachdachs Hauptdach

als extensiv begrünt mit mineralischem Substrat und Wildgrassaart, und definierte ausser den nötigen Abdichtungen keine weiteren baulichen Leistungen auf dem Dach (Urk. 13/14/3 = Urk. 33/56 S. 6 Ziff. 224.1). Das Bauprojekt wurde so ausgestaltet, nachdem Nachbarn zuvor Rekurs gegen das Bauprojekt erhoben hatten wegen der geplanten Höhe des Hauses Nr. 3. In der Baubewilligung wurde auch auf den übergeordneten Gestaltungsplan verwiesen, der vorsah, dass die Flachdächer "zu begrünen [sind], soweit sie nicht begehbar ausgestaltet werden" (Urk. 13/14/4 S. 4). Der bewilligte Grundrissplan für die Wohnung Nr. 1 sah den Wohnungszugang über das oberste Podest des Treppenhauses und den sich auf dieses Treppenhauspodest hinaus öffnenden Lift vor (Urk. 13/5). In einer gleichzeitig mit dem Kaufvertrag unter den Parteien vereinbarten Änderung des Wohnungsgrundrisses wurde indessen die Wohnungstür auf dieses Podest bis über die Lifttür hinaus vorverschoben, um einen direkten Liftzugang von der Wohnung aus zu ermöglichen (Urk. 13/13). In den Bestandteil des Entwurfs zur Begründung von Stockwerkeigentum bildenden Aufteilungsplänen wurden die den Klägern im Sonderrecht zugewiesenen Innenflächen im Dachgeschoss blau markiert, die ihnen im Sonderrecht zugewiesenen Aussenflächen wie die Wohnungsterrassen und auch ein Teil der Dachfläche blau schraffiert. Dabei war auch der nunmehr baulich in die Wohnung integrierte Teil des obersten Treppenhauspodestes blau markiert. Ebenso blau markiert wurde die Grundrissfläche für einen quasi als Verlängerung des Treppenhauses geplanten Dachausstieg zu Unterhaltszwecken für das begrünte Flachdach, die nunmehr in den vorverschobenen Wohnungseingangsbereich zu liegen kam (Urk. 13/14/1).

Im Verlaufe der Planungs- und Bauarbeiten bekundeten die Kläger ihr Interesse an einer Nutzung des Dachs als Dachterrasse, was für sie mindestens den Bau eines bequemen Dachzuges voraussetzte. So wünschten sich die Kläger eine räumliche Verlegung des zunächst quasi als Verlängerung des Treppenhauses geplanten, einfachen Dachausstiegs zu Unterhaltszwecken ins Zentrum der Wohnung, eine architektonisch ansprechende Gestaltung dieser Treppe und einen bequemen Dachdurchstieg mittels elektrisch zu öffnender Drehtür. Diese Ausbauwünsche waren unbestrittenermassen nicht im ursprünglichen Kaufpreis von 2,5 Mio. Franken enthaltene, separat zu entschädigende Käuferwünsche. Sodann war beiden Parteien bewusst, dass es dafür noch eine zusätzliche Baubewilligung brauchte. Der gewünschte Zugang auf

das Dach im Sinne der klägerischen Wünsche wurde im Verlauf der Bauarbeiten realisiert.

Die Bezugsbereitschaft der Wohnung der Kläger war auf den 1. Oktober 2011 festgesetzt worden. Anlässlich einer baupolizeilichen Inspektion des Hauses wurden u.a. der ohne Baubewilligung gebaute Dachzugang samt Treppe im Wohnzimmer der klägerischen Wohnung sowie gewisse Ausbauten auf dem Dach festgestellt; am 18. August 2011 wurde daher ein Baustopp erlassen. Nach Zusicherung eines festen Verschlusses des Dachausstiegs und des Abbruchs der Zugangstreppe im Wohnzimmer bis zum Vorliegen der nötigen Baubewilligung wurde der Baustopp am 13. September 2011 wieder aufgehoben. Nach Vornahme dieser Arbeiten wurde am 5. Oktober 2011 die behördliche Bezugsbewilligung per 30. September 2011 erteilt und am 13. Oktober 2011 forderte die Beklagte die Kläger zur Mitwirkung an der Eigentumsübertragung auf. Da die Kläger zwischenzeitlich vom zuständigen Bausekretär der Gemeinde erfahren hatten, dass dieser die Nutzung des Dachs als Dachterrasse nie als bewilligungsfähig erachtet hatte, setzten sie der Beklagten am 13. Oktober 2011 eine Nachfrist bis zum 28. Oktober 2011 an, um den vereinbarten Zugang zum Dach zu erstellen, der für sie eine wesentliche Vertragsgrundlage gewesen sei. Am 31. Oktober 2011 erklärten sie schliesslich den Rücktritt vom Vertrag und verweigerten den Eigentumsantritt. Die von der Beklagten beantragte nachträgliche Baubewilligung für die Nutzung des Dachs als Terrasse und den Bau einer Absturzsicherung wurde am 13. Mai 2014 erteilt, nachdem die Beklagte für diese Bewilligung bis ans Verwaltungsgericht hatte gelangen müssen.

2. Parteistandpunkte

2.1. Mit der vorliegenden Klage fordern die Kläger als Folge des Vertragsrücktritts die bei Vertragsabschluss geleistete Anzahlung von Fr. 500'000.– für die Wohnung sowie die geleistete Vorauszahlung von Fr. 120'000.– für die Käuferausbauwünsche zurück. Weiter machten sie vor Vorinstanz als Vertragsschaden ihre Umtriebe für Anreisen aus den USA und ihre Aufenthalte in der Schweiz zwecks Besprechungen und Besichtigungen des Bauprojekts von insgesamt Fr. 34'523.05 geltend.

Die Kläger stellen sich im erst- wie im zweitinstanzlichen Verfahren auf den Standpunkt, eine Dachterrasse und die dafür aus ihrer Sicht nötigen Bauten seien Bestand-

teil des Kaufvertrages gewesen und für sie wesentliche Grundlage für den Kauf der Wohnung überhaupt. Ohne die Nutzung des Dachs als Dachterrasse hätten sie die Wohnung nicht gekauft und die Wohnung wäre den verlangten Preis nicht wert gewesen. Die Beklagte habe ihre vertragliche Pflicht zur Einholung der Baubewilligung für die Dachterrasse und zur Erstellung des baulichen Zugangs zur Dachterrasse aus dem Wohnzimmer nicht erfüllt. Deshalb seien die Kläger nach der erfolglosen Inverzugsetzung der Beklagten mit Ansetzung einer Nachfrist im Sinne von Art. 102 OR wegen Nichterfüllung des Vertrages zum Rücktritt gemäss Art. 107 OR berechtigt gewesen.

2.2. Die Beklagte stellt sich erst- und zweitinstanzlich auf den Standpunkt, eine Dachterrasse sowie die Erstellung eines entsprechenden Zugangs aus dem Wohnzimmer sei nicht Gegenstand des beurkundeten Kaufvertrages gewesen, sondern ein nachträglicher Käuferwunsch. Zum Zeitpunkt der Beurkundung des Kaufvertrages habe lediglich eine Option auf einen Dachausbau bestanden und den Klägern sei daher vorsorglich (nur) ein Sondernutzungsrecht auf dem Dach im Verhältnis zu den übrigen Stockwerkeigentümern eingeräumt worden. Bestandteil der werkvertraglichen Erstellungspflicht sei die Dachterrasse samt Zugang aber nicht gewesen. Die Beklagte habe ihre vertraglichen Pflichten zur Erstellung einer bezugsbereiten Wohnung rechtzeitig erfüllt und sei auch trotz der letztlich fehlenden Dachterrasse bzw. des Dachzugangs nicht in Verzug gewesen. Es könnte allenfalls höchstens ein Teilverzug vorliegen, welcher den Klägern kein Recht zum allfälligen Rücktritt vom Vertrag gegeben habe. Ein vollständiger Rücktritt wäre absolut unverhältnismässig; die Wohnung samt zwei grossen Terrassen mit Fernsicht auf Wohnungsebene sei uneingeschränkt nutzbar gewesen. Auf Wunsch der Kläger seien weitreichende, kostspielige Ausbauwünsche realisiert worden, für welche sie im Falle eines vollständigen Rücktritts nicht entschädigt würde, und welche die anderweitige Verkäuflichkeit der Wohnung erheblich erschweren. Die Kläger hätten daher keinen Anspruch auf Rückerstattung der geleisteten Zahlungen und auf weiteren Schadenersatz. Widerklageweise bzw. berufungsweise fordert die Beklagte die Erfüllung des Kaufvertrages durch die Kläger, d.h. den Eigentumsantritt, die Zahlung des Restkaufpreises von Fr. 2'000'000.– sowie der noch offenen Schuld für die Käuferausbauwünsche von Fr. 182'423.–. Eventuell sei den Klägern ein Minderwert von Fr. 50'000.– für die fehlende Dachterrasse zuzugestehen.

3. Erstinstanzlicher Entscheid

Die Vorinstanz erwog in der Hauptbegründung des Urteils, nach objektiver Auslegung des beurkundeten Kaufvertrages und seiner integrierenden Bestandteile sei die Dachterrasse und der Aufgang dazu anfänglich geschuldeter Vertragsbestandteil gewesen (Urk. 83 S. 8ff).

So verweise vorab der Kaufvertrag in Ziffer 20 (Urk. 13/2 S. 15) auf das gemäss Entwurf zum Stockwerkeigentümerreglement mit der klägerischen Wohnung verbundene, ausschliessliche Benützungsrecht an ca. 50m² ausgeschiedener Dachfläche, das im Kaufpreis inbegriffen sei. Ebenso zeige der "Ausführungsplan Nr. 6" [recte : Aufteilungsplan Nr. 6 gemäss Anhang zum Entwurf des Stockwerkeigentümerreglementes; vgl. Urk. 13/14/1 und im Auszug als Urteilsbestandteil Urk. 83 S. 11f], auf den der Kaufvertrag mehrfach verweise, zwei Geschosse, nämlich die Attikawohnung sowie das Dach. Dabei sei die Treppe zum Dach genau gleich blau bemalt wie die Attikawohnung selbst, und die Dachterrasse als Teil der Dachfläche sei ebenso blau schraffiert wie die Terrassen auf der Ebene der Wohnung. Auch der Entwurf des Stockwerkeigentümerreglementes selber halte dazu in Ziffer 7.2. ausdrücklich fest, dass die farbig schraffierten Flächen der jeweiligen Stockwerkeinheit mit gleicher Farbe zur ausschliesslichen Benutzung zur Verfügung stünden (Urk. 13/14/2 S. 7). Diese Farbgebung impliziere, dass eine auf das Dach führende Treppe und auf diesem eine als Terrasse nutzbare Fläche im Vertragsobjekt inbegriffen seien. Dies werde auch noch durch die Titel des Planblattes sowie des Titelblattes mit den Planbezeichnungen bekräftigt, wo sich die Bezeichnungen "Dachgeschoss und Dachterrasse Hauptdach" bzw. "Dachgeschoss und Dachterrasse" fänden.

Die Vorinstanz verwies weiter auf den vertraglich ebenfalls als massgeblich erklärten baurechtlichen Entscheid. Dieser beschreibe das Bauprojekt als Baukubus mit begrüntem Flachdach; der diesem übergeordnete Gestaltungsplan erlaube Flachdächer, die zu begrünen seien, soweit sie nicht begehbar ausgestaltet werden. Der zum Bauentscheid gehörige Plan "Dachgeschoss und Untergeschoss 2" (Urk 13/5) führe zwar lediglich das Dachgeschoss auf und nicht das Flachdach oder eine Dachterrasse. Aus dem Baubewilligungsentscheid gehe damit nicht positiv hervor, dass eine Dachterrasse gebaut werde, es fänden sich umgekehrt aber auch keine Anhaltspunkte dafür, dass keine solche gebaut werde bzw. dass eine begehbare Ausgestaltung des Da-

ches ausgeschlossen wäre.

Schliesslich zog die Vorinstanz noch den Bau- und Raumbeschrieb der Wohnung für die Vertragsauslegung heran. Dieser - entgegen der Vorinstanz bei den Akten liegende und mit der Duplik rechtzeitig eingereichte Beschrieb (Urk. 33/56) - erfasse in abschliessender Weise sämtliche vorgesehenen Bauleistungen, indessen nur hinsichtlich der Materialien und Ausführungsart, nicht aber hinsichtlich des Umfangs der zu bauenden Innen- und Aussenräume. Unter Pos. 224.1 "Flachdachbelag Hauptdach" sei eine extensive Dachbegrünung mit mineralischem Substrat und Wildgrassaart vorgesehen, während unter der Pos. 224.2 "Belag Terrassen" lose verlegte Granitplatten vorgesehen seien. Offen sei damit aber, wo es überall Terrassen mit Plattenbelag haben solle, ob allenfalls auch auf dem Dach. Da gemäss Aufteilungsplan nicht die ganze Dachfläche als Terrasse genutzt werden sollte, bestehe auch kein Widerspruch zwischen dem Aufteilungsplan und dem Baubeschrieb [sc. der eine Begrünung des Dachs vorsieht]. Aus dem Bau- und Raumbeschrieb sei weder positiv herauszulesen, dass es eine Dachterrasse geben werde, noch negativ, dass es keine gebe. Daher bestehe auch kein Widerspruch zu den anderen Ausführungsunterlagen und komme dem Bau- und Raumbeschrieb keine übergeordnete Massgeblichkeit zu.

Im Sinne einer Eventualbegründung setzte sich die Vorinstanz mit dem Standpunkt der Beklagten auseinander, es sei mit dem beurkundeten Kaufvertrag nur eine Option bzw. eine Chance auf eine Dachterrasse verkauft bzw. eingeräumt worden. Diesfalls müsste nach dem Vertragswortlaut von einer "echten" Option ausgegangen werden, die einseitig von den Käufern ohne Weiterungen ausgeübt werden könne und damit das Vorliegen einer Baubewilligung voraussetze. Eine solche habe aber unbestrittenmassen gefehlt (Urk. 83 S. 15f).

Die Vorinstanz erachtete in der Folge den vollumfänglichen Vertragsrücktritt der Kläger wegen nicht rechtzeitiger Erfüllung seitens der Beklagten als gerechtfertigt. Die Beklagte habe den Klägern eine zweigeschossige Wohnung geschuldet, bestehend aus der Wohnung mit zwei Terrassen im Dachgeschoss sowie einer Dachterrasse auf dem Flachdach mit Zugangstreppe. Stattdessen habe die Beklagte den Klägern nur eine eingeschossige Wohnung mit zwei Terrassen zu Eigentum übertragen wollen. Damit sei sie mit der vertragskonformen Leistung im Oktober 2011 schuldhaft in Verzug gewesen, da sie für die Einholung der nötigen Baubewilligung und deren Unter-

lassung verantwortlich gewesen sei. Ein solcher Verzug wäre auch dann anzunehmen, wenn die Erstellung der Dachterrasse und eines Zugangs dazu erst nachträglich, nach der Beurkundung des Kaufvertrages, durch Ausübung der den Klägern eingeräumten Option vereinbart worden wäre. Die Annahme eines derart erheblich vom vereinbarten abweichenden Vertragsobjekts sei den Klägern nicht zuzumuten gewesen, biete doch eine Dachterrasse - im Vergleich zu den beiden vorhandenen Wohnungsterrassen - eine Rundumsicht, eine bessere Luftzirkulation an heissen Sommertagen und eine besondere, zusätzliche Art, sich draussen aufzuhalten. Es handle sich nicht bloss um noch ausstehende, geringfügige Fertigstellungsarbeiten, welche die Kläger während einer bestimmten Zeit noch hätten zulassen müssen. Sodann sei die Erteilung der Baubewilligung für eine nachträgliche Realisierung der Dachterrasse sehr unsicher und nicht absehbar gewesen.

Als Schlussfolgerung daraus erkannte die Vorinstanz auf Rückerstattung der bereits geleisteten Zahlungen der Käufer von insgesamt Fr. 620'000.- durch die Beklagte und wies die Widerklage der Beklagten auf vollumfängliche Vertragserfüllung durch die Kläger ab. Hingegen wies sie die weiterführenden Schadenersatzforderungen der Kläger von Fr. 34'523.05 für gehabte Auslagen im Zusammenhang mit dem Vertragsabschluss und die vorprozessuale Rechtsvertretung ab. Nicht alle dieser Auslagen ständen in einem Kausalzusammenhang mit dem Vertragsabschluss und der verhältnismässige Anteil der kausalen und nicht kausalen Auslagen am Gesamtbetrag sei nicht substantiiert behauptet worden. Ebenso wenig seien die Auslagen für die vorprozessuale Rechtsvertretung ausreichend substantiiert worden (Urk. 83 S. 19ff).

C.

Beurteilung der Berufungsrügen

1. Umfang der Berufung

Soweit die Vorinstanz die Klage im Fr. 620'000.- zuzüglich Zinsen übersteigenden Mehrbetrag abgewiesen hat, blieb das Urteil unangefochten und ist mit Eingang der Berufungsantwort am 5. November 2015 in Rechtskraft erwachsen. Dies ist vorzumerken und nachfolgend ist darauf nicht mehr einzugehen.

2. Gegenstand der vertraglichen Vereinbarungen

2.1. Leistungsumfang gemäss beurkundetem Kaufvertrag

2.1.1. Die Beklagte rügt eine falsche Rechtsanwendung durch die Vorinstanz durch eine fehlerhafte Auslegung des beurkundeten Kaufvertrages vom 14. Mai 2010. In diesem Vertrag und den dazu gehörenden Bestandteilen sei - entgegen der Vorinstanz - nur das Benützungsrecht hinsichtlich des Dachs geregelt worden, nicht aber der Bau einer Dachterrasse bzw. die Erstellung der baulichen Voraussetzungen zur tatsächlichen Dachnutzung. Solche Bauten seien aufgrund des ursprünglichen Kaufvertrages nicht geschuldet gewesen (Urk. 82 S. 7ff). Die Kläger schliessen sich der erstinstanzlichen Bestimmung des ursprünglichen Vertragsgegenstandes an. Insbesondere verweisen sie darauf, dass bereits in den Plangrundlagen des Kaufvertrages eine Treppe zum Dach und ein Dachausstieg eingezeichnet und damit vereinbart gewesen seien. Wegen deren Nichtrealisierung sollte auch eine Gutschrift erfolgen und an die Kosten der neu im Wohnungsinnen erstellten bzw. geplanten Treppe angerechnet werden (Urk. 89 S. 5ff).

2.1.2. Die Rüge der falschen Vertragsauslegung ist begründet.

Die Vorinstanz stützt sich bei der Auslegung des Vertragsumfangs zur Hauptsache auf die Regelung der Sonderrechte zwischen den Stockwerkeigentümern, nämlich das (provisorische) *Stockwerkeigentümerreglement* und die dazu gehörigen *Aufteilungspläne* (und eben gerade nicht "Ausführungspläne", wie sie die Vorinstanz irrtümlich nennt) als Bestandteile des beurkundeten Kaufvertrages (Urk. 13/14/1). Diese Dokumente regeln indessen lediglich die Rechte und Ansprüche zwischen den Mitgliedern der Stockwerkeigentümergeinschaft, vermögen aber keine Rechte und Ansprüche gegenüber Dritten zu begründen oder zu derogieren. Zu Recht wies die Beklagte vor Vorinstanz darauf hin, dass man damals die Nutzung des Flachdachs als Dachterrasse als mögliche, später zu realisierende Option im Auge hatte, und dass der massgebliche Gestaltungsplan dies grundsätzlich auch zuliess. Da aber eine spätere Nutzung des gemeinsamen Dachs exklusiv durch die Eigentümer der Attikawohnung einen Eingriff in die beurkundeten Eigentumsrechte der übrigen Stockwerkeigentümer bedeute, wäre ein solcher Eingriff nachträglich nur sehr schwer realisierbar gewesen. Daher habe man für diesen Fall sonderrechtlich bereits von Anfang an vorgesorgt und eine allfällige Dachnutzung der Attikawohnung zugewiesen (Urk. 11

S. 5f). Die in den Aufteilungsplänen blau markierten bzw. blau schraffierten Flächen sind bestimmungsgemäss nur für die Sondernutzung im Verhältnis zwischen den Stockwerkeigentümern massgeblich und äussern sich dementsprechend nicht zur geschuldeten Bauleistung der Beklagten. Dies gilt auch für den eingezeichneten Treppenaufstieg zum Dach quasi als Verlängerung des allgemeinen Treppenhauses. Der Aufteilungsplan vermag nur über die sonderrechtliche Zugehörigkeit dieses Treppenfächengrundrisses Auskunft zu geben, sagt aber nichts aus über die bauliche Gestaltung des in jedem Fall zu Unterhaltszwecken erforderlichen und von der Beklagten in jedem Fall zu realisierenden Dachausstiegs. So änderte ja auch der später vereinbarte Ersatz des auf der Sonderrechtsfläche am Rand der Wohnung eingezeichneten einfachen Dachausstiegs durch einen komfortablen, "richtigen" (vgl. Urk. 13/19) Zugang zum Dach vom Wohnzimmer her an der zugewiesenen, blau markierten Sonderrechtsfläche des ursprünglichen Ausstiegsgrundrisses nichts. Diese Fläche stand nunmehr einfach für allgemeine Wohnzwecke zur Verfügung. Regelt der Aufteilungsplan bestimmungsgemäss nur die Sondernutzung unter den Stockwerkeigentümern, lässt sich auch aus den Titeln der Aufteilungspläne und dem Wort "Dachterrasse" nichts Gegenteiliges ableiten. Insofern ist es auch nicht von Bedeutung, dass die Kläger am 19. April 2010 in ihren Anmerkungen zu Ziffer 20 des Kaufvertragsentwurfs eine deutlichere Umschreibung des im Stockwerkeigentümerreglement ausgeschiedenen Nutzungsrechts an der "Terrasse" wünschten, nämlich als Nutzung der "Dachfläche", welchem Wunsch dann auch entsprochen wurde (Urk. 18/23+24). Wie ausgeführt, betraf auch diese Änderung nur das künftige interne Verhältnis unter den Stockwerkeigentümern, begründete aber keine bauliche Leistungspflicht der Beklagten.

Der beurkundete Kaufvertrag regelt sodann ausdrücklich die Rangfolge der Vertragsbestandteil bildenden Anhänge, sofern diese sich widersprechen sollten. Als absolut vorrangig wird dabei der detaillierte Bau- und Raumbeschrieb bezeichnet (Urk. 4/1 S. 8). Dieser beschreibt für die Wohnung der Kläger keine bauliche Ausgestaltung eines Dachausstiegs samt zugehöriger Treppe und beschreibt das Flachdach ausschliesslich als extensiv begrünt, ohne Unterteilung in einen begrüntem Teil und einen begehbaren Teil z.B. mit Plattenbelag. Das Flachdach einerseits und der Belag der Terrassen andererseits sind unter separaten Positionen geregelt, wobei die Terrassen

in der letzten Position von Pos. 224.2 mit den Balkonen gleichgesetzt werden, somit klar die an die Stelle der Balkone in den unteren Geschossen tretenden zwei Terrassen auf der Wohnungsebene des Attikageschosses betreffen und nicht das Dach (Urk. 33/56 S. 6). Dieser Bau- und Raumbeschrieb beinhaltet eine Definition der Leistungspflicht der Beklagten ausdrücklich zwar nur hinsichtlich Materialien und Qualität, dadurch indirekt aber gleichzeitig auch eine Definition der grundsätzlich zu erbringenden Leistungen: Qualitativ nicht umschriebene Leistungen sind nicht zu erbringen, wie z.B. eine Treppe im Wohnzimmer. Wird das Flachdach lediglich als abgedichtet und begrünt definiert, ergibt sich daraus durch Umkehrschluss klar, dass auf dem Flachdach eben keine anderen Materialien verbaut werden, insbesondere keine Granitplatten verlegt werden und keine Absturzsicherungen und allenfalls weitere, für die Dachnutzung erforderliche Aufbauten angebracht werden. Entgegen der Vorinstanz lässt sich aus diesem Baubeschrieb nicht ableiten, die Beklagte habe auch nicht definierte Leistungen hinsichtlich der Dachnutzung zu erbringen.

Ebenfalls massgeblicher Bestandteil des beurkundeten Kaufvertrages war schliesslich die Baubewilligung, welche ihrerseits auch den Grundrissplan der klägerischen Wohnung umfasste (Urk. 13/14/4 S. 1, Urk. 13/5). Die Bewilligung beschreibt die geplanten Häuser als solche mit begrüntem Flachdach (Urk. 13/14/4 S. 5). Der Hinweis auf S. 4 der Baubewilligung auf die Flachdächer als begrünt "soweit sie nicht begehbar ausgestaltet werden", bezieht sich auf den übergeordneten Gestaltungsplan, dessen Rahmen jedoch nicht ausgeschöpft werden sollte. Im bewilligten Grundrissplan der Attikawohnung fehlte jeder Hinweis auf einen Dachzugang aus der Wohnung bzw. einen exklusiven Dachzugang für die Eigentümer der Attikawohnung. Auch ein Plan für das Dach und die für den Fall einer Begehbarkeit erforderlichen Aus- und Aufbauten bzw. baulichen Absturzsicherungen fehlte, womit eine Nutzung als Terrasse ausgeschlossen war. Die Kläger gestanden dies vor Vorinstanz auch zu (Urk. 17 S. 3, 6f). Dies bedeutet, dass eine Dachnutzung nicht bewilligt und - entgegen der Vorinstanz - zufolge der Ausschlusswirkung der Baubewilligung für alle nicht bewilligten Bauteile bis auf weiteres nicht zulässig war. Die Parteien waren sich denn auch einig, dass für die Dachnutzung eine zusätzliche Baubewilligung nötig war (vgl. etwa Urk. 13/19, Urk. 13/25, Urk. 17 S. 6). Die nicht bewilligte Dachnutzung schloss nach Treu und Glauben auch eine allenfalls stillschweigende Vereinbarung einer vertraglichen Erstel-

lungspflicht der Beklagten im Zeitpunkt der Beurkundung des Kaufvertrages aus. Eine solche ergibt sich auch nicht aus dem ausseramtlich unterzeichneten Grundrissplan der Wohnung (Urk. 13/13 i.V.m. Urk. 13/12). Auch dieser Plan enthält keinen Hinweis auf einen Dachausstieg mit Zugangstreppe aus dem Wohnzimmer, sondern hält nur die weiteren Grundrissänderungswünsche der Kläger hinsichtlich einer allfälligen zusätzlichen Kostenpflicht fest. Der Plan zeigte wohl einen gewissen Aufgang zum Dach über dem allgemeinen Treppenhaus auf mit Ausgangspunkt im vorverlegten Wohnungseingang der Attikawohnung. Dass es sich dabei aber um mehr als einen bewilligungsfreien Unterhaltsausstieg auf das Dach handeln sollte, ist allein aus diesem Plan nicht ersichtlich. Auch beanstanden die Kläger vorliegend das Fehlen eines einfachen Unterhaltsausstiegs nicht. Für eine Nutzung des Dachs als Terrasse bedurfte es in jedem Fall noch gewisser Auf- und Ausbauten auf dem Dach (z.B. Absturzsicherungen etc.; vgl. auch Urk. 13/29 S. 2 unten). Hinweise auf solche baulichen Installationen fehlen aber auch in diesem ausseramtlichen Grundrissplan, was die Kläger auch zugestehen (Urk. 36 S. 6).

Weiter verweist die Beklagte in ihrer Berufung noch auf den Verkaufsprospekt, welcher Ausgangspunkt für das Kaufinteresse der Kläger gewesen ist (Urk. 13/6). Die darin enthaltene Visualisierung der Baukuben weise grüne Flachdächer auf und konkretisiere damit das bewilligte Bauprojekt (Urk. 82 S. 9). Wenn die Kläger dagegen einwenden, das spätere Projekt gemäss den Aufteilungsplänen habe dem Verkaufsprospekt nicht mehr entsprochen, weshalb es auf diesen nicht mehr ankomme (Urk. 89 S. 6f), so kann ihnen nicht gefolgt werden. Wie bereits ausgeführt, haben die Aufteilungspläne eine andere Funktion und stellen keinen Baubeschrieb oder Bauplan dar. Umgekehrt konnten die Kläger aber gerade auch aus dem Verkaufsprospekt ersehen, dass keine Dachnutzung als Terrasse vorgesehen war, und dass die Beklagte grundsätzlich die erteilte Baubewilligung mit begrüntem, nicht begehbaren Dachflächen umzusetzen plante. Trotzdem nahmen die Kläger Vertragsverhandlungen über die derart beschriebene Wohnung auf und schlossen schliesslich am 14. Mai 2010 den Kaufvertrag ab.

Letztlich bleibt darauf hinzuweisen, dass die Kosten für die Realisierung eines komfortablen Dachausstiegs aus dem Wohnzimmer samt ansprechender Zugangstreppe als

Voraussetzung für eine Nutzung des Dachs als Terrasse im ursprünglichen Kaufpreis von 2,5 Mio. Franken nicht enthalten waren, sondern zusätzlich als Käuferausbauwunsch zu bezahlen waren (Urk. 13/25+27+28). Auch dieser Umstand spricht dagegen, dass die baulichen Voraussetzungen für eine Dachnutzung Bestandteil des ursprünglichen, beurkundeten Kaufvertrages bildeten.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Parteien bei der Beurkundung des Kaufvertrages die Möglichkeit der Nutzung des Flachdachs als Dachterrasse zwar in Betracht zogen, die auch der Gestaltungsplan als Alternativmöglichkeit offen lässt, und dieser Option bei der Ausgestaltung des Stockwerkeigentümerreglements vorsorglich Rechnung trugen. Die baulichen Arbeiten für einen Komfortausstieg aus dem Wohnzimmer zur tatsächlichen Nutzung des Dachs waren indessen (noch) nicht Gegenstand der vertraglichen Leistungspflichten, und die Käufer interessierten sich anfänglich auch nur für eine Wohnung mit (nicht begehbarem) begrüntem Flachdach und einem einfachen Dachausstieg zu Unterhaltszwecken. Zu den nötigen baulichen Voraussetzungen für eine Dachnutzung als Terrasse hätte nicht nur die Erstellung eines bequemen Dachausstiegs im Wohnungsinnern samt ansprechend gestalteter Zugangstreppe gehört, sondern auch bauliche (Sicherheits-)Massnahmen auf dem Dach selber. Solche wurden aber weder im vorweg massgeblichen Bau- und Raumbeschrieb aufgeführt noch in den baubewilligten Plänen als rechtlich zwingende Voraussetzung für jegliche Bauleistungen.

2.2. Nachträgliche Leistungsvereinbarung

2.2.1. Die Beklagte stimmt der Vorinstanz insoweit zu, dass die Parteien im Verlaufe der Bauausführung übereinkamen, eine architektonisch ansprechende, bequeme Treppe vom Wohnzimmer auf die Dachfläche mitsamt eines bequem zu öffnenden Dachdurchstiegs zu planen, und dass diese Arbeiten auch realisiert und in den Mehrkostenaufstellungen zulasten der Kläger aufgeführt wurden. Hingegen erachtet die Beklagte die darüber hinausgehende Feststellung der Vorinstanz als falsch und aktenwidrig, wonach die Parteien auch einen Ausbau der eigentlichen Dachfläche vereinbart hätten. Die von der Vorinstanz daran geknüpfte Schlussfolgerung, dass bei Bezugsbereitschaft ein *ganzes Geschoss*, nämlich das Dachterrassengeschoss, gefehlt habe, sei aktenwidrig und rechtsfehlerhaft und verletze die Verhandlungsmaxime.

Denn selbst die Kläger hätten in ihrer Mahnung mit Fristansetzung vom 13. Oktober 2011 nur das Fehlen des Dachzugangs beanstandet, nicht aber das Fehlen einer ausgebauten Dachterrasse (Urk. 82 S. 12f). Nach Auffassung der Kläger waren neben der Erstellung des Dachzugangs auch noch Bauarbeiten auf dem Dach selber wie ein Plattenbelag und ein Wasser- und Stromanschluss vereinbart und auch ausgeführt worden. Die Vorinstanz habe daher die Dachterrasse wegen ihrer Bedeutung zu Recht als vertraglich geschuldetes zweites Geschoss bezeichnet, auch wenn dies nicht dem baurechtsterminologischen Begriff entspreche (Urk. 89 S. 8ff).

2.2.2. Die Rüge der Beklagten kann offen bleiben. Die Vorinstanz hat nur im Zusammenhang mit der Frage, ob das Fehlen der baulichen Voraussetzungen für die Dachnutzung von derart wesentlicher Bedeutung war, dass den Klägern die Annahme der Wohnung nicht zumutbar war, von einem zweiten Geschoss gesprochen. Dabei hat sie sich jedoch nicht zu den im Einzelnen vereinbarten und realisierten baulichen Voraussetzungen auf dem Dach (Plattenbelag, Wasser- und Stromanschluss; vgl. Urk. 13/29 S. 2 unten, Urk. 18/24+25) ausgesprochen. Ob wegen der fehlenden Nutzbarkeit des Dachs als Terrasse zufolge des fehlenden bequemen Zugangs aus dem Wohnzimmer ein vollumfänglicher Vertragsrücktritt gerechtfertigt gewesen ist, ist unabhängig vom Umfang der dafür insgesamt nötigen und vereinbarten Bauarbeiten auf dem Dach bzw. als Dachzugang zu entscheiden.

2.2.3. Am 31. Mai 2010, somit nach Vertragsabschluss, erkundigten sich die Kläger, ob es auf dem Dach einen Wasser- und Stromanschluss geben werde (Urk. 18/25). Die Beklagte bejahte dies (Urk. 18/26), worauf die Kläger am 15. Juni 2010 präzisierten, dass sie keine konkrete Absicht zur Erstellung solcher Anschlüsse voraussetzender Installationen auf dem Dach hätten, dass diese aber im Hinblick auf allenfalls andere, spätere Überlegungen nützlich wären (Urk. 13/18). Auch gestehen die Kläger zu, dass die Beklagte sie in diesem Zusammenhang darauf hinwies, dass sie nur eine Bewilligung für eine Nutzung als Dachgarten habe und eine für grössere Installationen erforderliche Baubewilligung allenfalls schwer zu erhalten sei (Urk. 17 S. 10, Urk. 36 S. 9). Aus einer E-Mail der Kläger vom 15. August 2010 ist ersichtlich, dass sich die Parteien kurz zuvor über einen Treppenaufgang und einen Dachzugang aus dem Wohnzimmer unterhalten hatten und dass dabei auch die dafür nötige Einholung einer

Baubewilligung und das diesbezüglich taktisch beste Vorgehen thematisiert worden waren. Die Kläger befürworteten, dem Bausekretär einen Plan mit einem "richtigen" Zugang zum Dach zu unterbreiten, um spätere Probleme und Kosten zu vermeiden. Ohne einen "richtigen" Zugang hätten sie Probleme; auf weitere Dachaufbauten würden sie hingegen verzichten (Urk. 13/19). In der Folge diskutierten die Parteien dann über die konkrete architektonische Gestaltung des "richtigen" Zugangs zum Dach aus dem Wohnzimmer, wobei die Beklagte auch auf den Aspekt einer leichteren Bewilligungsfähigkeit einer bestimmten Dachausstiegsgestaltung hinwies (Urk. 4/4+5, Urk. 18/27-30). In einer Akontorechnung vom 14. März 2011 für Zusatzwünsche wurden Mehrkosten für die Erstellung eines Dachausstiegs mit elektrischer Tür "gemäss Besprechung von 10.11.2010" und pro memoria eine Rubrik für die Zugangstreppe aufgeführt (Urk. 13/16). Auch in den Mehrkostenabrechnungen zulasten der Käufer vom 12. und 13. September 2011 wurden die konkreten Mehrkosten für die Erstellung des Dachausstiegs aus dem Wohnzimmer samt Anschlussarbeiten auf dem Dach aufgeführt und dabei auch die Position "evtl. Bewilligungs Gebühren Gde" erwähnt; ebenso wurden die Mehrkosten für eine frei schwebende Innentreppe zum Dach aufgelistet, unter gleichzeitiger Gutschrift für einen Dachausstieg mit Schrägtreppe (Urk. 13/25+27). Am 19. September 2011, nach Erlass und Wiederaufhebung des Baustopps, forderten die Kläger die Zurückstellung der Arbeiten am Dachausstieg bis zum Vorliegen der Baubewilligung sowie die Stornierung der Kosten für die Treppe im Wohnzimmer, da diese abgebrochen worden sei (Urk. 13/28).

Aus diesem Ablauf ergibt sich klar, dass die Erstellung eines komfortablen Dachzuges (mit elektrischer Drehtür) und die Erstellung einer architektonisch ansprechenden Treppe zum Dach aus dem Wohnzimmer erst nach der Beurkundung des Kaufvertrages Gegenstand von Gesprächen und konkreten Planungen wurde. Die Kläger erachteten dies subjektiv als Voraussetzung für die Nutzung des Dachs als Terrasse. Als nachträglich vereinbarter Käuferausbauwunsch war dieser Zugang auch zusätzlich zum beurkundeten Kaufpreis von 2,5 Mio. Franken zu entschädigen. Vor der Beurkundung des Kaufvertrages war die Dachnutzung als Dachterrasse höchstens eine Option im Sinne einer allfälligen späteren Möglichkeit (so auch die Kläger in Urk. 13/18). Konkrete Vereinbarungen über die baulichen Voraussetzungen dazu fehlten bei Vertragsabschluss noch vollständig. Insbesondere waren sich die Parteien -

auch die Kläger - bewusst, dass es für die Schaffung der baulichen Voraussetzungen für eine Dachnutzung (Zugang, Absturzsicherung etc.) eine zusätzliche Baubewilligung brauchte und dass eine solche bereits auf Gemeindeebene nicht so leicht erhältlich sein würde (vgl. dazu Urk. 13/19). Demgegenüber bedurfte der ursprünglich für den blossen Dachunterhalt vorgesehene Dachausstieg mit einfacher Schrägtreppe quasi als Verlängerung des allgemeinen Treppenhauses keiner zusätzlichen Bewilligung. Dessen Ersatz durch einen - anderweitigen - Komfortzugang exklusiv für die Eigentümer der Attikawohnung bedurfte sodann zwecks Sicherstellung des Zutrittsrechts für den Unterhalt des begrüntes Dachs weiter auch noch des Einverständnisses der Beklagten. Die Realisierung der "Option Dachterrasse" war im Zeitpunkt der Beurkundung des Kaufvertrages somit weder näher konkretisiert noch lag sie allein im Ermessen der Kläger. Wurde aber der Ersatz des einfachen Dachausstiegs zu Unterhaltungszwecken durch einen Komfortzugang samt Komforttreppe erst nach Abschluss des Kaufvertrages zwischen beiden Parteien konkret vereinbart, stellt dies eine nachträgliche, separate Zusatzvereinbarung dar und kann nicht als Bestandteil des bereits beurkundeten Kaufvertrages vom 14. Mai 2010 über ein bewilligtes Bauprojekt gelten. Letzterer wurde zeitlich klar vor und unabhängig vom nachträglichen Wunsch nach der tatsächlichen Nutzung des Dachs als Terrasse, den vertraglichen Abmachungen über die dafür nötigen baulichen Installationen und der Einholung der dafür nötigen zusätzlichen Baubewilligung abgeschlossen.

3. Verzugsfolgen

3.1. Grundlagen

Die Vorinstanz hat das vorliegende Vertragsverhältnis unbestrittenermassen als gemischten Grundstückkauf-/Werkvertrag qualifiziert und auf die Verzugsfolgen die allgemeinen Bestimmungen von Art. 107ff OR angewandt (Urk. 83 S. 19). Aus dem Grundsatz, dass bei einem derart gemischten Vertrag die Mängelhaftung für das Bauwerk dem Werkvertragsrecht untersteht (BGE 118 II 144), ist zu folgern, dass auch die weiteren, bauspezifischen Rechtsfragen nach den Werkvertragsregeln zu beurteilen sind. Der vorliegende Rechtsstreit betrifft die Vollendung des Bauwerks und nicht Fragen des zu übertragenden Grundeigentums. Die Folgen der Nichtvollendung sind daher nach Werkvertragsrecht zu beurteilen.

Liefert der Unternehmer ein unvollendetes Werk ab, ist er in Verzug und dem Besteller steht grundsätzlich das Vorgehen gemäss Art. 98ff OR offen. Ein unvollendetes Werk ist zu unterscheiden von einem mangelhaften Werk. Ersteres kann grundsätzlich nicht abgeliefert werden bzw. muss grundsätzlich nicht angenommen werden. Das mangelhafte Werk gilt hingegen als abgeliefert, löst aber die Mängelfolgerechte beim Besteller aus. Ein Werk ist dann unvollendet, wenn mehr als nur ganz untergeordnete, im Verhältnis zum ganzen Werk nebensächliche Arbeiten fehlen; nur im letzten Fall hat der Besteller das Werk trotzdem anzunehmen und allenfalls die Fertigstellung der Arbeiten analog einer Mängelbehebung noch nach dessen Ablieferung zu dulden (P. Gauch, Der Werkvertrag, 5.A. Zürich 2011, Nr. 104ff, Nr. 659ff). Ein Vertragsrücktritt ex tunc gemäss Art. 109 OR mit der gegenseitigen Rückabwicklung sämtlicher erbrachter Leistungen nach Herbeiführung des Schuldnerverzugs kann für den Schuldner indessen einschneidende Konsequenzen haben. Dies kann insbesondere beim Werklieferungsvertrag der Fall sein, wo der Unternehmer ein auf die individuellen Bedürfnisse des Bestellers zugeschnittenes (nicht ganz vollendetes) Werk zurücknehmen müsste, das nur eine beschränkte Verkehrstauglichkeit aufweist, ohne für den getriebenen Aufwand eine Entschädigung zu erhalten. P. Gauch räumt dem Besteller daher nur ein Recht auf Rücktritt mit Wirkung ex nunc ein, wenn die Aufhebung des ganzen Vertrages den Unternehmer mit unverhältnismässigen Nachteilen belasten würde (a.a.O. Nr. 688f). Dies bedeutet, dass der Besteller das unvollendete Werk annehmen muss und ein Rücktritt nur bezüglich des noch ausstehenden Teilwerks erfolgen darf. Die Lehre zum allgemeinen Vertragsrecht befürwortet grundsätzlich ebenfalls die Möglichkeit eines blossen Teilverzugs mit anschliessendem Teilrücktritt vom Vertrag, sofern die vertraglich geschuldete Leistung teilbar ist und der Gläubiger objektiv gesehen auch an der erbrachten Teilleistung ein Interesse hat. Für die Auslegung des Gläubigerinteresses an einer Teilleistung soll dabei massgeblich sein, ob er den Vertrag mutmasslich auch ohne die ausstehende Teilleistung abgeschlossen hätte (BSK OR I-W. Wiegand, Art. 107 N 21, Art. 109 N 10; BK R.H. Weber, Art. 107 OR N 212, 214 mit zahlreichen Hinweisen). Die Annahmepflicht des Bestellers für eine Teilleistung bzw. eine Vertragsaufhebung lediglich ex nunc hinsichtlich der noch ausstehenden Teilleistung, ähnlich einer Kündigung, wird von der Lehre auch beim spezifischen Verzug im Werkvertrag gemäss Art. 366 OR befürwortet, sofern Aspekte der

Zweckmässigkeit oder eine Interessenabwägung dies erfordern (BSK OR-I G. Zindel/U. Pulver/B. Schott, Art. 366 N 23; ZK Th. Bühler, Art. 366 OR N 49; BK A. Koller, Art. 366 OR N 369). Das Bundesgericht hat in einem neueren Fall unter Berufung auf die Rechtslage beim Sukzessivlieferungsvertrag entschieden, dass der absehbare Verzug mit einer Teilleistung nicht zum Gesamtrücktritt vom Werkvertrag gemäss Art. 366 OR berechtigt, wenn die Gesamtleistung teilbar ist in dem Sinne, dass sie ohne Wertverminderung zerlegbar ist, und überdies Vertragszweck und Interessenlage die Annahme einer Leistungseinheit nicht rechtfertigen. Allein die beabsichtigte gemeinschaftliche Verwendung verschiedener Vertragsteile führe (noch) nicht zur Annahme einer Vertragseinheit, ebensowenig preisliche oder organisatorische Aspekte einer Leistungszusammenfassung in einem einzigen Vertrag (BGE 141 III 106).

3.2. Teilrücktritt

Die Rüge der Beklagten, die Vorinstanz habe das Recht fehlerhaft angewendet, indem sie den bei Bezugsbereitschaft der Wohnung fehlenden Dachzugang aus dem Wohnzimmer zu Unrecht als Herstellungsverzug statt als untergeordneten Werkmangel im Sinne von Art. 4 Abs. 5 der weiteren Kaufvertragsbestimmungen betrachtet habe (Urk. 82 S. 17f), ist unbegründet. Vorab sprechen die zuletzt veranschlagten Kosten von mindestens Fr. 36'063.– für den Dachausstieg und Fr. 33'915.– für die Treppe (Urk. 13/28) dafür, dass es hier um einen wesentlichen Bauteil ging und nicht um eine blossе Nebensächlichkeit. Selbst die Beklagte schätzt den Wert einer ausgebauten Dachterrasse samt Zugang auf Fr. 50'000.– bzw. 2% des Wohnungswertes als Gesamtbaute (Urk. 32 S. 11f) und widerlegt damit ihre Behauptung eines absolut geringfügigen Mangels und der blossen Anwendbarkeit der Mängelrechte. Unabhängig davon, ob auch die Dachfläche selber noch auszubauen gewesen wäre, sind bereits die baulichen Dachzugangselemente im Inneren der Wohnung aufgrund ihres Erscheinungsbildes als eigenständige bauliche Elemente zu betrachten. Die nachträgliche Erstellung bzw. Wiederherstellung dieser Bauten würde die Duldung von Abspitz-, Maurer-, Maler- und anderer Bauarbeiten während mehrerer Tage im Zentrum der Wohnung sowie auf dem Dach voraussetzen, verbunden mit entsprechendem Lärm und Schmutz. Der Gebrauch der Wohnung wäre damit während dieser Zeit, zuzüglich der Vorbereitungs- und Reinigungszeit, unzumutbar bzw. die Wohnung würde zu ei-

ner eigentlichen Baustelle. Solches müssten die Kläger unter dem Titel Fertigstellungsarbeiten nicht dulden.

Es war gemäss Kaufvertrag unbestrittenermassen Aufgabe der Beklagten, für die nötigen Baubewilligungen zu sorgen (Urk. 4/1, Ziffer 11 der weiteren Bestimmungen). Sie war sich dieser Notwendigkeit stets bewusst sowie der Unsicherheit, ob eine solche für den Dachausbau erteilt würde (vgl. z.B. Urk. 13/19). Insofern kann die Verweigerung bzw. nicht rechtzeitige Erteilung der Baubewilligung nicht als unvorhersehbarer behördlicher Eingriff im Sinne von Ziffer 4 Abs. 2 der weiteren Bestimmungen des Kaufvertrages gelten, für deren Folgen die Beklagte nicht eintreten müsste. Auch war die Nichtvollendung nicht Folge einer Bauverzögerung durch zusätzliche Käuferwünsche im Sinne von Ziffer 4 Abs. 3 der weiteren Bestimmungen des Kaufvertrages. Dachzugang und Dachterrasse wurden rechtzeitig erstellt, mussten aber mangels Baubewilligung wieder abgebrochen werden.

Hingegen ist die Berufungsrüge der fehlerhaften Rechtsanwendung durch die Vorinstanz durch Bejahung eines vollumfänglichen Rücktrittsrechts ex tunc vom gesamten Vertrag bzw. durch die unterlassene Prüfung eines blossen Teilrücktritts begründet (Urk. 82 S. 21ff). Wie vorstehend ausgeführt (Erw. 2), wurden der Dachausstieg und die Dachterrasse aus dem Wohnzimmer als Voraussetzung für die Dachnutzung als Terrasse erst nach der Beurkundung des Kaufvertrages vereinbart, waren somit nicht Gegenstand des anfänglichen Vertrages zum Pauschalpreis von 2,5 Mio. Franken; die Attikawohnung konnte und sollte zunächst ohne eine Dachterrasse gebaut werden. Aus diesem Umstand ergibt sich folgerichtig die technische Teilbarkeit der vertraglichen Bauleistungen der Beklagten einerseits für die Attikawohnung und andererseits für die Dachterrasse samt Zugang. Die Attikawohnung konnte - entgegen den Klägern (Urk. 89 S. 14) - ohne weiteres auch ohne eine Dachterrasse bewohnt und genutzt werden und verfügte mit ihren beiden Terrassen auch ohne zusätzliche Dachterrasse über einen grosszügigen Aussenbereich. Ebenso ergibt sich daraus eine Teilbarkeit ohne Einfluss auf den wirtschaftlichen Erstellungswert, gingen doch die Kosten für die Erstellung der Dachterrasse samt Zugang vollumfänglich und zusätzlich zum klar definierten Kaufpreis von 2,5 Mio. Franken ohne Dachzugang zulasten der Kläger. Zu Recht verweist die Beklagte weiter auf den individuellen Ausbau der

Wohnung zufolge der Zusatzwünsche der Kläger. So wurde durch eine Grundrissänderung die ursprünglich projektierte 5½-Zimmerwohnung in eine 3½-Zimmerwohnung umgewandelt; es wurden Schiebetüren anstelle von Flügeltüren eingebaut wie auch raumhohe Fenster. Weiter wurde eine Klimaanlage eingebaut und es wurden Spezialwünsche hinsichtlich der Elektroanlagen und der Bad- und Küchengestaltung realisiert, insbesondere hinsichtlich der Material- und Farbwahl. Im Falle eines Gesamtrücktritts vom Vertrag ex tunc müsste die Beklagte eine auf die individuellen Käuferwünsche sehr speziell zugeschnittene Wohnung mit entsprechend reduzierter Verkäuflichkeit zurücknehmen, und sie würde zusätzlich den auf über Fr. 300'000.– (ohne Dachzugang) berechneten Vergütungsanspruch für die Käuferzusatzwünsche verlieren. Diesem erheblichen Nachteil der Beklagten steht allein der klägerische Vorteil an der Nutzung des Dachs als zusätzliche Terrasse gegenüber, dies zusätzlich zur Möglichkeit eines Aufenthalts im Freien auf den beiden sich auf der Wohnungsebene befindlichen Terrassen von 49 m² bzw. 25 m² Fläche mit See- und Bergsicht. Wohl bietet eine offene Dachterrasse eine unbehinderte Rundumsicht und, wie die Vorinstanz richtig festgestellt hat, ein anderes Aufenthaltsgefühl. Wägt man diesen Vorteil aber gegen die der Beklagten bei einem Vertragsrücktritt ex tunc entstehenden schwerwiegenden Nachteile ab, erscheint ein Gesamtrücktritt vom Vertrag als wirtschaftlich unverhältnismässig. Sodann beeinträchtigt eine fehlende Dachterrasse den Vertragszweck, nämlich den Erwerb von Grundeigentum und den Genuss einer luxuriösen, nach individuellen Wünschen hochwertig ausgestatteten Attikawohnung, objektiv nicht wesentlich.

In der vorzitierten Lehre gehen die Meinungen auseinander, ob das Gläubigerinteresse an einer blossen Teilleistung nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen ist, oder ob es auf den (hypothetischen) subjektiven Willen des Gläubigers ankommt, den Vertrag ohne den unvollendet gebliebenen Teil nicht abzuschliessen. Das objektive Gläubigerinteresse wurde bereits bei der vorstehenden Interessenabwägung beurteilt und führt zur Bejahung eines Teilrücktritts. Die Kläger berufen sich indessen auf ihr subjektives Interesse (Urk. 4/8). Dem nachträglich behaupteten hypothetischen Käuferwillen, den ganzen Kaufvertrag nur unter der Voraussetzung einer tatsächlichen Dachnutzung als Terrasse und mittels eines komfortablen Zugangs aus dem Wohnzimmer gewollt zu haben, widerspricht wiederum und vorweg der Abschluss des

Kaufvertrages ohne Verpflichtung zur Erstellung eines Dachzugangs aus dem Wohnzimmer bzw. nur mit der Verpflichtung zur Erstellung eines einfachen Unterhaltsausstiegs. Erst im Anschluss an den Vertragsabschluss erfolgten dann zunächst die Sondierung hinsichtlich einer Dachnutzung als Terrasse (unverbindliche Frage nach einem Strom- und Wasseranschluss auf dem Dach im Hinblick auf einen eventuellen späteren Bedarf) und die erst nach der Vertragsbeurkundung getroffenen Vereinbarungen über die bauliche Realisierung eines komfortablen Dachausstiegs aus dem Wohnzimmer. Wie vorstehend ausgeführt (Erw. 2.1.), bestand beim Kaufvertragsabschluss zwar eine gewisse Aussicht bzw. "Option" für eine (spätere) Nutzung des Dachs als Terrasse, und es wurden vorsorglich entsprechende Stockwerkeigentümerrechte für die Attikawohnung begründet. Den Klägern war aber von Anfang an klar, dass es dafür noch eine zusätzliche Baubewilligung brauchte, und sie wussten spätestens im August 2010, dass diese nicht leichtthin erhältlich sein würde (Urk. 13/19, Urk. 17 S. 10). Auch waren in der Mehrkostenabrechnung vom 14. März 2011 für den Dachausstieg Gebührenkosten der Gemeinde noch immer nur pro memoria aufgelistet, was den Klägern zeigte, dass noch keine Bewilligung eingeholt worden war (Urk. 13/16). Wenn die Käufer aber trotz Kenntnis der Bewilligungspflicht, des Ausstehens der Bewilligung und der Unsicherheit über die Erteilung der Bewilligung den Bau und ihre Ausbauwünsche intensiv weiter verfolgten, brachten sie damit - entgegen ihrem prozessualen Standpunkt - nach Treu und Glauben konkludent zum Ausdruck, dass sie es notfalls darauf ankommen lassen würden, dass die Bewilligung nicht oder nicht mehr rechtzeitig vor der Bezugsbereitschaft der Wohnung erteilt wird. Wäre der Dachzugang aus dem Wohnzimmer *conditio sine qua non* für den Abschluss des ganzen Vertrages und die spätere Wohnungsübernahme gewesen, hätten die - durch fachkundige Bauherrenvertreter beratenen - Kläger sich schon im August 2010, spätestens aber im März 2011 nach Treu und Glauben mit Nachdruck für die Einholung der Baubewilligung bei der Beklagten stark machen und notfalls nach Art. 366 OR vorgehen müssen, statt den Ausbau der Wohnung nach ihren Wünschen trotz dieser offenen Frage intensiv weiter zu betreiben. Durch ihr Verhalten bereits vor dem Erlass des Baustopps haben die Kläger vielmehr konkludent zum Ausdruck gebracht, dass eine bewilligte Dachterrasse samt Komfortzugang für sie keine absolut zwingende, von Anfang an bestehende Voraussetzung für den Kauf der Attikawohnung überhaupt

war. Damit ist ein hypothetischer Parteiwille der Kläger zu verneinen, die Wohnung nur einschliesslich einer Dachterrasse gewollt zu haben bzw. die Wohnung wäre ohne Dachterrasse nicht den vereinbarten Kaufpreis wert gewesen. Insofern kann offen bleiben, wie weit die Kläger mit dem Weiterbetreiben des Innenausbaus der Wohnung selbst noch nach Erlass des Baustopps im August 2011 (erneut) zum Ausdruck brachten, die Wohnung notfalls auch ohne Dachzugang zu übernehmen, oder ob dieses Verhalten auf einer falschen Vorstellung über eine problemlose, umgehende Erhältlichkeit der Baubewilligung beruhte (Urk. 89 S. 14). Das Fehlen eines einfachen Dachausstiegs zu Unterhaltszwecken haben die Kläger nicht beanstandet.

Nach dem Gesagten ist daher von einem blossen Teilverzug und nur von einem zulässigen Teilrücktritt der Kläger vom Vertragswerk bzw. einem Rücktritt ex nunc auszugehen, und zwar hinsichtlich des noch fehlenden Dachausgangs samt architektonisch ansprechender Zugangstreppe aus dem Wohnzimmer und eventuell weiterer baulicher Vorkehren auf dem Dach zwecks Nutzung des Dachs als Dachterrasse. Da die Beklagte einen solchen Teilverzug eventualiter gegen sich gelten lässt (Urk. 32 S. 28, Urk. 82 S. 22ff), kann offen bleiben, ob die Kläger ihr eine ausreichende Nachfrist im Sinne von Art. 107 Abs. 1 OR zur vollständigen Vertragserfüllung angesetzt haben. Jedenfalls hätten die Kläger nicht bis zum Vorliegen der Baubewilligung am 13. Mai 2014 mit ihrem Teilrücktritt zu warten brauchen.

4. Schlussfolgerungen

4.1. Waren die Kläger zufolge eines blossen Teilverzugs der Beklagten nicht zum Rücktritt ex tunc vom beurkundeten (Haupt-)Kaufvertrag berechtigt, sind die Kläger zur Übernahme der gekauften Wohnung und zum Eigentumsantritt zu den im beurkundeten Kaufvertrag vereinbarten Konditionen verpflichtet. Dies führt vorab zur Abweisung der auf die Rückabwicklung des Kaufvertrages und auf Rückerstattung der Kaufpreisanzahlung von Fr. 500'000.– gerichteten Hauptklage sowie zur Gutheissung von Rechtsbegehren Ziff. 1 der Widerklage bzw. Ziff. 2 des Berufungsbegehrens, mit dem die Beklagte die Erfüllung des Kaufvertrages durch die Kläger verlangt. Die Zinsforderung von 5% ab 1. November 2011 auf dem ausstehenden Kaufpreis von 2 Mio. Franken blieb unangefochten.

4.2. Die Beklagte fordert mit ihrer Widerklage bzw. Berufung auch die noch ausstehende Zahlung der Mehrkosten aufgrund der Käuferausbauwünsche von Fr. 182'423.– zuzüglich Zinsen. Sie beruft sich dabei auf die Mehrkostenaufstellung vom 13. September 2011, welche die Kläger durch ihre am Ende angebrachten handschriftlichen Berechnungen anerkannt hätten (Urk. 13/28). Diese handschriftliche Berechnung versteht sich ohne die für die Dachterasse und den Dachausstieg veranschlagten Kosten sowie unter Berücksichtigung der bereits geleisteten Akontozahlung von Fr. 120'000.–. Die Kläger haben in der vorinstanzlichen Widerklageduplik bestritten, den von ihnen ausgerechneten Betrag von Fr. 182'423.– damit auch anerkannt zu haben. Sie hätten sich vielmehr noch eine genauere Prüfung der Abrechnung und der Belege vorbehalten, was sich aus dem Mailverkehr vom 29. September 2011 ergebe (Urk. 36 S. 11 i.V.m. Urk. 37/102). Dazu hielt die Beklagte fest, die Kläger hätten sich bei der Korrektur der Mehrkostenaufstellung einzig ein näheres Studium der Unterlagen der ... Elektroinstallationen vorbehalten, ohne aber die entsprechende Rechnungsposition substantiiert zu bestreiten (Urk. 41 S. 8).

Die Kläger haben am Ende von Urk. 13/28 einzig eine handschriftliche Ausrechnung gemacht, wo sie ausgehend von einem nicht näher nachvollziehbaren Ausgangsbetrag von Fr. 372'401.– die veranschlagten Erstellungskosten für den Dachausstieg und die Treppe von Fr. 69'978.– sowie ihre Akontozahlung von Fr. 120'000.– abgezogen haben, und so rechnerisch einen Saldo von Fr. 182'423.– ermittelt haben. Unklar ist, wie sich der Ausgangsbetrag aufgrund der voranstehenden einzelnen Rechnungspositionen errechnet bzw. welche Positionen in welchem Betrag übernommen wurden. Sodann ist die Berechnung nicht unterzeichnet und aus der Begleitmail ist keine klare Willensäußerung ersichtlich, wonach die Kläger sich vorbehaltlos zur Bezahlung von Fr. 182'423.– verpflichten würden. Unter diesen Umständen kann nicht von einer vorbehaltlosen Anerkennung eines Saldos von Fr. 182'423.– durch die Kläger ausgegangen werden. Verneint man aber das Vorliegen einer Anerkennung, müssen die Mehrkosten für die realisierten Käuferausbauwünsche konkret geprüft und beurteilt werden.

Die Vorinstanz hat die Widerklage und damit einen wesentlichen Teil der vorinstanzlichen Prozessthemen nicht näher geprüft, da sie die Klage abgewiesen hat. Ist nunmehr nach dem Ergebnis des Berufungsverfahrens auch über die Widerklage zu ent-

scheiden, ist das Verfahren in Anwendung von Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 ZPO zur Prüfung des Widerklagebegehrens Ziffer 2 bzw. Berufungsbegehrens Ziffer 3 an die Vorinstanz zurückzuweisen.

4.3. Die Beklagte beantragt eventualiter, den Klägern einen Minderwert von maximal Fr. 50'000.– für die Wohnung wegen des fehlenden Dachzugangs zuzusprechen. Wird ihre Berufung bzw. Widerklage auf Vertragserfüllung im Hauptpunkt gutgeheissen, ist bereits aus prozessualen Gründen nicht mehr auf das Eventualbegehren einzutreten.

D.

Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Erstinstanzliche Entscheidgebühr

Die Vorinstanz hat den Streitwert der Hauptklage auf Fr. 654'523.05 beziffert, bestehend aus der geforderten Rückerstattung der geleisteten Kaufpreisanzahlung von Fr. 500'000.–, der Rückerstattung der Akontozahlung von Fr. 120'000.– für die Käuferausbauwünsche sowie von Fr. 34'523.05 Schadenersatz. Der Streitwert der Widerklage wurde mit Fr. 2'182'423.– beziffert, bestehend aus dem Restkaufpreis von Fr. 2'000'000.– und der Restforderung für die Käuferausbauwünsche von Fr. 182'423.–. Diese Streitwerte hat sie addiert und den gemäss Art. 94 Abs. 2 ZPO massgeblichen Streitwert auf Fr. 2'836'946.– festgelegt.

Die Beklagte rügt mit ihrer Berufung eine falsche Streitwertberechnung. Entgegen der Vorinstanz seien die Streitwerte von Haupt- und Widerklage nicht vollumfänglich zu addieren, sondern nur so weit, als sich diese Klagen nicht gegenseitig ausschliessen. Richtig gerechnet ergebe sich ein Streitwert als Ausgangspunkt für die Bemessung der Entscheidgebühr von Fr. 2'216'946.05 (Urk. 82 S. 31). Die Kläger stimmen hingegen der Streitwertberechnung durch die Vorinstanz zu (Urk. 89 S. 18).

Die Streitwerte von Haupt- und Widerklage sind zur Bestimmung der Prozesskosten so weit zu addieren, als sie sich nicht gegenseitig ausschliessen. Andernfalls ist der Streitwert der jeweils höheren Klage massgeblich (Art. 94 Abs. 2 ZPO).

Die Kläger fordern ihre Anzahlung von Fr. 500'000.– zurück zufolge Vertragsrücktritts, die Beklagte besteht auf der Erfüllung des Kaufvertrages und der Bezahlung der noch ausstehenden Kaufpreisforderung von 2 Mio. Franken. Die beiden Klagebegehren schliessen sich gegenseitig aus, kann doch nur entweder auf einen Rücktritt vom Vertrag oder auf Erfüllung des Vertrages erkannt werden. Massgeblich ist daher der höhere Streitwert der Widerklage von *2 Mio. Franken* Restkaufpreis für die Wohnung. Abhängig von der Frage des Vertragsrücktritts waren weiter die Mehrkosten für die Käuferausbauwünsche zu beurteilen. Diese werden von der Beklagten auf insgesamt Fr. 302'423.– beziffert, wovon die Kläger die bereits bezahlten Fr. 120'000.– zurück haben wollen, die Beklagte dagegen die Bezahlung der Differenz von Fr. 182'423.– zwischen dem Total und der Anzahlung verlangt. Auch diese beiden Rechtsbegehren schliessen sich gegenseitig aus, da sie von der Beurteilung des Vertragsrücktritts abhängig sind und nur eines davon gutgeheissen werden kann. Der massgebliche höhere Streitwert der Widerklage beträgt daher *Fr. 182'423.–*. Sodann forderten die Kläger einseitig noch Schadenersatz von *Fr. 34'523.05*. Die Summe dieser drei Klageposten ergibt damit einen Streitwert von insgesamt Fr. 2'216'946.05. In diesem Sinne ist die vorinstanzliche Streitwertberechnung zu korrigieren.

Basierend auf diesem Streitwert ergibt sich gemäss § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG eine Entscheidgebühr von Fr. 42'920.– bzw. gerundet Fr. 43'000.–. Auf diesen Betrag wird die erstinstanzliche Entscheidgebühr im zurückgewiesenen Verfahren zu korrigieren sein, vorbehältlich einer allfälligen Erhöhung gemäss § 4 Abs. 2 GebV OG für allfällige neue, wesentliche Umtriebe im zurückgewiesenen Verfahren.

2. Zweitinstanzliche Entscheidgebühr

Der dafür massgebliche Streitwert des Berufungsverfahrens beläuft sich auf noch Fr. 2'182'423.–, nachdem die Schadenersatzforderung der Kläger nicht mehr Thema des Berufungsverfahrens ist. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist dabei gemäss § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 42'500.– festzulegen.

3. Prozesskostenverteilung

Die Verteilung der Gerichtskosten und die gegenseitige Regelung der Parteientschädigungen für beide Instanzen hängen massgeblich vom definitiven künftigen Obsiegen und Unterliegen ab. Diese Fragen sind daher trotz Erlass eines Teilurteils im Be-

rufungsverfahren dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorzubehalten. Im Hinblick darauf ist festzustellen, dass eine volle Parteientschädigung für das Berufungsverfahren in Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 AnwGebV auf Fr. 22'000.– zuzüglich eine allfällige Mehrwertsteuer zu bemessen wäre. Für unerbetene Prozessschriften im Berufungsverfahren ist kein Zuschlag gemäss § 11 Abs. 2 zit. VO geschuldet. Vorzumerken ist, dass die Kläger vor Vorinstanz einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 23'840.– geleistet haben. Im Berufungsverfahren hat die Beklagte einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 48'775.– geleistet.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass Dispositiv Ziffer 1 Abs. 2 des Urteils des Bezirksgerichtes Meilen vom 22. Juni 2015, womit die Hauptklage im Fr. 620'000.– zuzüglich Zins zu 5% seit 1. Januar 2012 übersteigenden Betrag abgewiesen wurde, am 5. November 2015 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachstehendem Teilurteil.

Es wird erkannt:

1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 22. Juni 2015 wird aufgehoben und die Hauptklage auch im übrigen Umfang abgewiesen.
2. In Gutheissung des Widerklagebegehrens Ziffer 1 werden die Kläger verpflichtet, das Eigentum an den Liegenschaften D. _____ Grundbuch Blatt 1 (Wohnung Nr. 1), Grundbuch Blatt 2 (Bastelraum Nr. 2) und Grundbuch Blatt 3 (Garagenplätze Nr. 3 und 4) zu übernehmen und Zug um Zug gegen Abgabe der entsprechenden Grundbuchanmeldung auf Eigentumsübertragung durch die Beklagte folgende restlichen Kaufpreiszahlungen an die Beklagte zu leisten, nämlich:
a) Fr. 125'000.00 zuzüglich 5% Zins seit 1. November 2011 auf das Konto Nr. ... der Politischen Gemeinde D. _____ bei der Zürcher Kantonalbank, sowie

b) Fr. 1'875'000.00 zuzüglich 5% Zins seit 1. November 2011 auf das Konto IBAN Nr. ... der Beklagten bei der Credit Suisse.

3. Die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren wird auf Fr. 42'500.– festgesetzt.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte/Berufungsklägerin unter Beilage des Doppels von Urk. 95, an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Teilentscheid im Sinne von Art. 91 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 2'000'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Weiter wird beschlossen:

1. Mit Bezug auf das Widerklagebegehren Ziffer 2 wird die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Regelung der Gerichts- und Parteikosten des vorliegenden Berufungsverfahrens sowie des ersten bezirksgerichtlichen Verfahrens wird im Sinne der Erwägungen dem neuen Entscheid des Bezirksgerichtes vorbehalten.

3. Es wird vorgemerkt, dass die Kläger im erstinstanzlichen Verfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 23'840.– und die Beklagte im Berufungsverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 48'775.– geleistet haben.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 182'423.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 19. Februar 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. L. Hunziker Schnider

Dr. M. Nietlispach

versandt am:
mc