



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 198/02

Verkündet am:
8. Januar 2004
Seelinger-Schardt,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 633 Abs. 1

- a) Das Angebot einer Minderung im Rahmen später gescheiterter Vergleichsgespräche führt nicht zum Verlust des Mängelbeseitigungsanspruchs.
- b) Wird der Werklohn wegen Mängeln nicht fällig, kann sich der Besteller auch nach längerer Nutzung des Bauwerks noch auf die fehlende Fälligkeit berufen.

BGH, Urteil vom 8. Januar 2004 - VII ZR 198/02 - OLG Koblenz
LG Koblenz

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Januar 2004 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler und die Richter Hausmann, Dr. Wiebel, Prof. Dr. Kniffka und Bauner

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 22. April 2002 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage abgewiesen worden ist, soweit mit ihr auch begehrt wurde, die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde des Notars F. mit Amtssitz in W. vom 2. Dezember 1998 (UR-Nr. 2157/1998) für derzeit unzulässig zu erklären.

Auf die Anschlußrevision der Beklagten wird das Urteil insoweit aufgehoben, als die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde in Höhe von € 29.790,93 für unzulässig erklärt worden ist. Die weitergehende Anschlußrevision wird zurückgewiesen.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger wenden sich gegen die Zwangsvollstreckung aus einer notariellen Urkunde.

Sie erwarben mit notariellem Vertrag vom 2. Dezember 1998 ein Grundstück mit einem weitgehend errichteten und bis zum 28. Februar 1999 fertigzustellenden Einfamilienhaus zum Preis von 319.000 DM. Der Preis sollte in voller Höhe mit Fertigstellung fällig werden. Die Kläger unterwarfen sich der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Urkunde; der Notar konnte die vollstreckbare Ausfertigung ohne Nachweis der Fälligkeit erteilen.

Nach Einzug der Kläger am 17. Juli 1999 teilte der Notar ihnen mit, die Voraussetzungen für die Fälligkeit seien erfüllt. Die Kläger leiteten daraufhin ein selbständiges Beweisverfahren gegen die Beklagten wegen zahlreicher Mängel und fehlender Fertigstellung ein; der Sachverständige stellte einen Beseitigungsaufwand von 58.266 DM fest.

Das Landgericht hat auf die Vollstreckungsgegenklage der Kläger die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde mangels Fälligkeit des Erwerbspreises für derzeit unzulässig erklärt. Hiergegen haben die Beklagten Berufung und die Kläger Anschlußberufung mit dem Ziel eingelegt, die Zwangsvollstreckung endgültig für unzulässig zu erklären. Das Berufungsgericht hat ein Abrechnungsverhältnis der Parteien angenommen und die Zwangsvollstreckung in Höhe von 58.266 DM gleich € 29.790,93 für endgültig unzulässig erklärt. Die weitergehende Klage sowie die im zweiten Rechtszug erhobene Hilfswiderklage auf Zahlung des Preises hat es abgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision der Kläger, die im Umfang der Klageabweisung auf Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils zielt. Die Beklagten haben hilfsweise Anschlußrevision eingelegt.

Entscheidungsgründe:

Die Revision und zum Teil die Anschlußrevision haben Erfolg.

Das für das Schuldverhältnis maßgebliche Recht richtet sich nach den bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Gesetzen (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

A. Revision

I.

Das Berufungsgericht führt aus, die Anschlußberufung habe keinen Erfolg, soweit die Kläger sich gegen die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung insgesamt wendeten. Die Makler- und Bauträgerverordnung sei nicht anwendbar, weil die Beklagten keine Gewerbetreibenden seien. Daher seien die von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entwickelten Grundsätze zur Nichtigkeit einer Unterwerfungserklärung unter die sofortige Zwangsvollstreckung ohne Fälligkeitnachweis nicht anwendbar.

Das zieht die Revision nicht in Zweifel. Im Hinblick auf ihren eingeschränkten Antrag, im Umfang der Klageabweisung das landgerichtliche Urteil wiederherzustellen, ist dem Senat eine eigene Prüfung verwehrt (§ 308 ZPO).

II.

1. Das Berufungsgericht meint, die Beklagten seien unabhängig von der Frage der Abnahme und der Fertigstellung des Bauvorhabens berechtigt, die Zwangsvollstreckung in Höhe von 260.734 DM zu betreiben. Das ursprünglich

auf Erfüllung gerichtete Vertragsverhältnis der Parteien habe sich in ein Abwicklungsverhältnis umgewandelt. Die Kläger hätten in der mündlichen Verhandlung vor dem Einzelrichter im ersten Rechtszug den vom Sachverständigen ermittelten Mangelbeseitigungsaufwand als Minderung des Erwerbspreises in Betracht gezogen.

2. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

Weder die Parteien und ihre Prozeßbevollmächtigten noch das Landgericht hatten die in der mündlichen Verhandlung im Rahmen von Vergleichsgesprächen erörterte Möglichkeit, die Mängelbeseitigungskosten als Minderung vom Erwerbspreis abzuziehen, dahin verstanden, die Kläger wollten nunmehr ausschließlich sekundäre Gewährleistungsrechte geltend machen. Die Ausführungen des Berufungsgerichts, die Kläger erstrebten eine Abrechnung des Vertragsverhältnisses, sind ohne jede Grundlage. Den gegenteiligen Vortrag der Kläger, die auch im zweiten Rechtszug auf Mängelbeseitigung bestanden, nimmt das Berufungsgericht nicht zur Kenntnis. Seine Ausführungen, die Beklagten als Auftragnehmer seien nicht mehr zur Erfüllung bereit, sind für die rechtliche Beurteilung ohne Bedeutung.

III.

1. Das Berufungsgericht führt aus, die Kläger könnten sich jedenfalls gemäß § 242 BGB nicht auf eine fehlende Abnahme berufen. Es sei dabei zu berücksichtigen, daß die Kläger das streitgegenständliche Haus bereits annähernd drei Jahre bewohnten. Dagegen hätten nach dem Vertrag Besitz und Nutzungen erst mit der Zahlung des Preises auf die Kläger übergehen sollen. Teilleistungen oder eine Vergütung für die zwischenzeitliche Nutzung hätten die

Kläger nicht erbracht. Sie hätten allein die fehlende Fälligkeit des Werklohns wegen der von ihnen gerügten Baumängel geltend gemacht. Es müsse ferner berücksichtigt werden, daß die Beklagten die gesamte Vorleistungspflicht gemäß dem notariellen Vertrag übernommen hätten, ohne daß die Kläger bis zur Fertigstellung des Hauses auch nur zur Leistung von Teilbeträgen verpflichtet gewesen seien.

2. Diese Beurteilung des Berufungsgerichts ist rechtsfehlerhaft.

Seine Auffassung ist auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen mit dem Gesetz nicht vereinbar. Für die Revision ist davon auszugehen, daß die geltend gemachten Mängel bestehen. Wegen dieser Mängel war das Bauwerk nicht fertiggestellt; nach der vertraglichen Vereinbarung war der Werklohn nicht fällig.

Die Überlegungen des Berufungsgerichts zu § 242 BGB liegen neben der Sache. Solange die Beklagten das Bauwerk nicht fertigstellen, das heißt die Mängel beseitigen, sind die Kläger nicht zur Zahlung des Werklohns verpflichtet. Daran ändert nichts, daß die Kläger vor Fertigstellung eingezogen sind. Daraus kann entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung keine Abbedingung der Fälligkeitsregelung abgeleitet werden. Auch ein längerer Zeitraum von drei Jahren nach Einzug der Kläger ändert an der Beurteilung nichts. Die Beklagten können die Fälligkeit jederzeit dadurch herbeiführen, daß sie die Mängel beseitigen.

B. Anschlußrevision

Die Hilfsanschlußrevision hat in der Sache insoweit Erfolg, als sie sich dagegen richtet, daß das Berufungsgericht die Vollstreckung aus der Urkunde

in Höhe von DM 58.266 für endgültig unzulässig erklärt hat. Der Vertrag befindet sich insgesamt noch im Erfüllungsstadium. Die Beklagten können das Bauwerk noch fertigstellen und danach wegen des Erwerbspreises in voller Höhe aus der Urkunde vollstrecken. Gründe, die eine endgültige Klageabweisung in vollem Umfang rechtfertigen könnten, zeigt die Hilfsanschlußrevision nicht auf.

Soweit sich die Hilfsanschlußrevision gegen die Abweisung der Hilfswiderklage richtet, mit der die Beklagten Zahlung des Erwerbspreises begehren, ist sie nicht begründet. Die Widerklage ist wegen anderweitiger Rechtshängigkeit unzulässig. Das hat das Berufungsgericht zutreffend festgestellt. Die Beklagten haben die Kläger bereits im Verfahren 4 O 231/01 LG Koblenz auf Zahlung in Anspruch genommen, bevor sie die Hilfswiderklage in diesem Rechtsstreit erhoben haben.

C.

Nach alledem ist im noch anhängigen Rechtsstreit zu prüfen, ob die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde in vollem Umfang als derzeit unzulässig erklärt werden muß. Das ist der Fall, wenn das Bauwerk noch nicht fertiggestellt ist, also die behaupteten Mängel vorliegen. Dazu fehlen die Feststellungen, die das Berufungsgericht zu treffen haben wird.

Dressler

Hausmann

Wiebel

Kniffka

Bauner