
Datum: 23.10.2003
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 21. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 21 U 58/03
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2003:1023.21U58.03.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 9 O 77/01

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 14. Januar 2003 verkündete Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Essen wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Verurteilung zum Zinsanspruch entfällt. Insoweit wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Kläger zu 1/8 und die Beklagte zu 7/8.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Begründung:

1

Die zulässige Berufung der Beklagten gegen das am 14. Januar 2003 verkündete Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Essen, wegen dessen Inhalts gem. § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf Blatt 175 ff GA Bezug genommen wird, ist hinsichtlich der von den Klägern verlangten Hauptforderung unbegründet und führt nur zur Aufhebung der zum Zinsanspruch ergangenen Verurteilung.

2

Die Kläger können die Zahlung des offenstehenden Restbetrages der 4. Rate (9.401,91 DM) und die nach dem am 26. September 2000 bei Bezugsfertigkeit fällige 5. Rate

3

(29.500,30 DM) für die Erstellung der von der Beklagten erworbenen Eigentumswohnung verlangen, so daß ihnen der vom Landgericht in Höhe von 38.902,21 DM, entsprechend 19.890,38 € zuerkannte Anspruch zusteht.

I.

4

Die Forderung ist unabhängig davon fällig, ob die im Vertrag vom 26. September 2000 orientiert an § 3 Abs. 2 MaBV getroffene Ratenzahlungsvereinbarung wegen Verstoßes gegen wesentliche Grundgedanken des am 01.05.2000 in Kraft getretenen § 632 a BGB nach § 9 AGBGesetz unwirksam ist (s. zur Darstellung des Streitstandes z.B. Werner/Pastor, Der Bauprozeß, 10. Aufl., Rdn. 1230; Kniffka, IBR-Online-Kommentar "Die Änderungen des gesetzlichen Bauvertragsrechts durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts", Stand: 02.06.2003, § 632 a BGB Rdn. 26; Palandt-Sprau, BGB, 61. Aufl., § 632 a Rdn. 3; Ullmann NJW 2002, 1073, 1075 f.).

5

Wenn man die Ratenzahlungsvereinbarung für wirksam hält, ist neben der 4. auch die 5. Rate ohne weiteres fällig. Eine Bezugsfertigkeit ist nämlich zu bejahen, wenn dem Erwerber der Bezug zugemutet werden kann und das gesamte Objekt mit Ausnahme der Außenanlagen und der Beseitigung von Mängeln, die nicht die Sicherheit des Wohnens beeinträchtigen, fertiggestellt ist (Werner/Pastor, a.a.O., Rdn. 1235). Diese Voraussetzungen lagen schon beim Einzug der Beklagten vor. Ihr war ein sicheres Bewohnen des Objekts bereits damals möglich.

6

Aber auch wenn man eine wirksame Ratenzahlungsvereinbarung verneinte, wären die hier streitigen Forderungen der Kläger nach dem dann anwendbaren § 641 Abs. 1 BGB in der gem. Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB maßgeblichen bis zum 1. Januar 2002 geltenden Fassung fällig. Die Beklagte hat das Werk der Kläger nämlich gem. § 640 Abs. 1 BGB a. F. abgenommen. Die Abnahme stellt die körperliche Hinnahme des Werkes verbunden mit der Anerkennung des Werkes als in der Hauptsache vertragsgemäße Leistung dar. Eine entsprechende Erklärung hat die Beklagte mit Unterzeichnung des "Bauabnahmeprotokolls" am 11. Januar 2001 abgegeben. Zwar sind in dem Protokoll mehrere Mängel aufgelistet, die die Parteien aber ersichtlich nicht als ein Hindernis für eine Billigung des Werkes als im wesentlichen vertragsgemäß angesehen haben. Obwohl das Schriftstück als "Bauabnahmeprotokoll" bezeichnet ist, hat die Beklagte nicht zum Ausdruck gebracht, die Wirkungen einer Abnahme nicht eintreten lassen zu wollen. Vielmehr ist in das Protokoll eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist auf 10 Jahre aufgenommen worden. Diese Regelung stand in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Abnahme, weil die Verjährungsfrist gem. § 638 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. mit der Abnahme beginnt. Hinzu kommt, daß die Parteien die festgestellten Mängel als relativ leicht behebbar angesehen haben, wie daraus folgt, daß eine Beseitigung bis zum 12. Februar 2000 vereinbart worden ist. Schließlich ist zu berücksichtigen, daß für eine Auslegung des Verhaltens der Beklagten als Abnahmeerklärung aus Sicht der Kläger darüber hinaus sprach, daß in § 9 Nr. 2 des am 26. September 2000 geschlossenen Vertrages die Unterzeichnung eines Übergabeprotokolls, in dem Mängel und Restarbeiten aufgeführt sind, als Abnahme gelten sollte.

7

Die Abnahme bezog sich nicht nur auf das Sondereigentum der Beklagten, sondern ersichtlich auch auf das Gemeinschaftseigentum. Dies gilt nicht nur für die Teile des Gemeinschaftseigentums, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Sondereigentum standen (z.B. umschließende Wände), sondern auch für alle Teile des Gemeinschaftseigentums mit Ausnahme der Außenanlagen. § 9 Nr. 4 des geschlossenen Vertrages sieht nämlich lediglich für die Außenanlagen eine weitere Abnahme durch den Verwalter oder den Verwaltungsbeirat vor. Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch

8

die Beklagte ist bezogen auf ihre Person auch ohne Beteiligung der anderen Wohnungseigentümer wirksam, da die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch jeden Wohnungseigentümer einzeln mit Folgen jeweils nur für ihn vorzunehmen ist (BGH BauR 1985, 314, 316; Werner/Pastor, a.a.O., Rdn. 507). Eine weitere Abnahme des Gemeinschaftseigentums war soweit ersichtlich über die Abnahme vom 11. Januar 2001 hinaus nicht vorgesehen.

Im übrigen kann die Beklagte mit dem Vortrag, das Werk nicht abgenommen zu haben, auch aus formalen Gründen nicht mehr gehört werden. Der gegenteiligen Behauptung der Kläger ist sie erstinstanzlich nicht entgegengetreten. Ihre beiläufig geäußerte Meinung, die Klageforderung sei nicht fällig (s. S. 3 des Schriftsatzes vom 10.05.2001, Bl. 43 GA), hat sie nicht auf eine unterbliebene Abnahme gestützt. Das erstmals zweitinstanzlich erfolgte Bestreiten, am 1. November 2001 eine Abnahme erklärt zu haben, kann deshalb gem. § 531 Abs. 2 ZPO nicht zugelassen werden. Zwar ist der Begriff der Abnahme ein Rechtsbegriff, er enthält jedoch für die anwaltlich vertretene Beklagte offensichtlich einen Tatsachenkern, dem sie schon erstinstanzlich hätte entgegengetreten müssen. 9

Hinsichtlich der evtl. noch nicht abgenommenen Außenanlagen ist inzwischen zumindest eine Abnahmereife eingetreten. Dies folgt aus dem von den Klägern vorgelegten Mängelprotokoll über eine Begehung der Anlage durch den klagenden Ehemann und den Verwalter Atzert am 15. Juli 2003. Relevante Mängel der Außenanlagen behauptet die Beklagte mit ihrem letzten Schriftsatz vom 2. Oktober 2003 inzwischen selbst nicht mehr. Die nicht näher dargestellte Notwendigkeit der Bereitstellung einer Bank für den Sandkasten steht einer Abnahmereife nicht entgegen. Im übrigen ergibt sich aus den handschriftlichen Anmerkungen auf dem Protokoll der Ortsbegehung vom 15. Juli 2003, daß inzwischen eine Lieferung erfolgt ist. 10

II. 11

Die erfolgte Abnahme steht der Geltendmachung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach §§ 320, 322 BGB, die zur Verurteilung zur Zahlung Zug um Zug gegen Mangelbeseitigung führt, zwar nicht entgegen. Die Beklagte kann den Ansprüchen der Kläger auf Zahlung der 4. und 5. Rate jedoch kein weitergehendes als das vom Landgericht bereits berücksichtigte Zurückbehaltungsrecht entgegenhalten. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages kann auch gegenüber nach Baufortschritt fälligen Raten erhoben werden. Dabei kann der Eigentümer neben Mängeln an seinem Sondereigentum Mängel am Gemeinschaftseigentum geltend machen (Werner/Pastor, a.a.O., Rdn. 481 f., 2524). Über die vom Landgericht anerkannten Mängel hinaus kann die Beklagte weitere von den Klägern zu beseitigende Mängel jedoch nicht einwenden. Das Landgericht hat sie Zug um Zug gegen Beseitigung der Feuchtigkeit im Keller, der Risse in der Garage und der Mängel am Balkon verurteilt, wobei der Tenor dahin zu verstehen ist, daß nur die in ihrem Besitz befindlichen Räumlichkeiten gemeint und die Feststellungen des Sachverständigen Brackhan nur hinsichtlich der aufgefundenen Mängel, nicht jedoch hinsichtlich der vorgeschlagenen Sanierungsmethode in Bezug genommen worden sind (s. S. 8 des landgerichtliche Urteils, Bl. 182 GA). Dies war richtig, weil der Unternehmer grundsätzlich Art und Weise der Nachbesserung bestimmen kann. Der Besteller kann ausnahmsweise dann eine bestimmte Art der Nachbesserung verlangen, wenn der Mangel nur durch diese beseitigt werden kann (Palandt-Sprau, a.a.O., § 633 Rdn. 5 c). Die Beklagte hat dementsprechend im Kammertermin vom 14. Januar 2003 nur allgemein ein "Zurückbehaltungsrecht" wegen der vom Sachverständigen festgestellten Mängel erhoben (Bl. 172 GA), ohne die Einrede auf eine bestimmte Sanierungsmethode zu konkretisieren. Im übrigen ist der erstinstanzliche Vortrag im Schriftsatz vom 26. November 2002 (Bl. 171 GA) dahin zu verstehen, daß sie 12

einer Sanierung durch ein Injektionsverfahren nicht mehr entgegentreten wollte. Ein abweichendes Vorbringen ist ihr deshalb zweitinstanzlich gem. § 531 Abs. 2 ZPO auch verwehrt.

Im Hinblick auf § 641 Abs. 3 BGB a.F. ist im übrigen unerheblich, ob der Sachverständige Brackhan die Sanierungskosten zu niedrig bemessen hat, weil das Landgericht bereits die gesamte Klageforderung unter einen Zug-um-Zug-Vorbehalt gestellt hat. 13

Soweit sich die Beklagte zweitinstanzlich auch wegen der anderen Eigentumswohnungen zugehörigen Keller, Balkone und Garagen auf ein Zurückbehaltungsrecht beruft, mag es dabei wegen der betroffenen Decken und Wände (teilweise) auch um Gemeinschaftseigentum und nicht nur um Sondereigentum der anderen Eigentümer gehen, so daß sie im Prinzip Rechte geltend machen kann. Sie hat sich erstinstanzlich ausdrücklich aber nur hinsichtlich der vom Sachverständigen C festgestellten Mängel, die sich auf ihre Räumlichkeiten bezogen, auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen, so daß ihre darüber hinausgehend zweitinstanzlich geltend gemachte Einrede gem. § 531 Abs. 2 ZPO ein neues unzulässiges Verteidigungsmittel darstellt, da ihr diese behaupteten Mängel auch schon erstinstanzlich bekannt sein mußten. 14

Soweit die Beklagte darüber hinaus wegen der in ihrem Schriftsatz vom 2. Oktober 2003 erwähnten vermeintlichen weiteren Mängel ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen will, ist sie damit für die bereits während der ersten Instanz ersichtlichen Mängel wiederum nach § 531 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen. Zu Beanstandungen am Sondereigentum anderer Wohnungseigentümer ist sie ohnehin nicht befugt. Schließlich hat sie das Fortbestehen von Mängeln angesichts der von den Klägern vorgelegten Erledigungsliste zur Ortsbegehung vom 15. Juli 2003 auch unter Berücksichtigung der Ausführungen in ihrem Schriftsatz vom 2. Oktober 2003 nicht nachvollziehbar gemacht. 15

III. 16

Das Landgericht hat den Klägern allerdings zu Unrecht Zinsen zugesprochen. Allein das objektive Bestehen eines Leistungsverweigerungsrechtes nach §§ 320, 322 BGB, das das Landgericht zu Recht angenommen hat, ohne daß dies von den Klägern zweitinstanzlich in Frage gestellt wird, hindert den Eintritt des Schuldnerverzuges (Palandt-Heinrichs, a.a.O., § 320 Rdn. 12) und steht deshalb einem Verzugszinsanspruch entgegen. 17

IV. 18

Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 92 Abs. 1, 516 Abs. 3 S. 1, 708 Nr. 10, 711, 713, 543 Abs. 2 ZPO. 19