
Datum: 03.07.2007
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 21. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 21 U 14/07
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2007:0703.21U14.07.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 9 O 176/04

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 3.11.2006 verkündete Urteil des Landgerichts Essen wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

(abgekürzt gemäß §§ 540 Abs. 2, 313a Abs. 1 S. 1 ZPO)

Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg.

Das Landgericht hat in dem angefochtenen Urteil die Fälligkeit der streitgegenständlichen Schlußrate mit unzutreffender Begründung, im Ergebnis aber zu Recht verneint.

1.

Für die "vollständige Fertigstellung" des Bauvorhabens, die gemäß Abschnitt V.2.m des Bauträgervertrages Fälligkeitsvoraussetzung für die Schlußrate ist, ist im vorliegenden Fall weder die Abnahme noch die vom Landgericht erörterte Abnahmereife maßgeblich.

1

2

3

4

5

6

Mit der Abnahme ist die vollständige Fertigstellung nicht gleichzusetzen. Bei ihr handelt es sich um die einseitige Hinnahme des Werkes durch den Besteller als im wesentlichen vertragsgemäß, während der Begriff der Fertigstellung ein objektives Kriterium darstellt, das zudem durch den Zusatz "vollständig" einen höheren Vollendungsgrad zum Ausdruck bringt als nur "im wesentlichen" gegebene Vertragsgemäßheit. Im übrigen ist auch davon auszugehen, daß die Parteien dadurch, daß sie einen von der Abnahme verschiedenen Begriff verwendeten, damit im Zweifel auch sachlich von der Fälligkeit des (Rest-)Werklohnes mit Abnahme, so wie sie der gesetzlichen Regelung (§ 641 BGB) entsprochen hätte, abweichen wollten. Dem Willen der Parteien dürfte es ferner nicht entsprochen haben, bei normaler Vertragsabwicklung mehrere Raten zum gleichen Zeitpunkt fällig werden zu lassen; da aber bei normaler Vertragsabwicklung mit einer gleichzeitigen Durchführung von Abnahme und Besitzübergabe (vgl. Abschnitt V.2.k des Vertrages) zu rechnen war, wären die zu erwartenden Fälligkeitszeitpunkte der drittletzten und der letzten Rate zusammengefallen, wenn mit der vollständigen Fertigstellung nichts anderes gemeint gewesen wäre als die Abnahme (vgl. OLG Düsseldorf BauR 2003, 93).	7
Da die <i>Abnahmereife</i> , also das Recht des Unternehmers auf Abnahme bei bis auf unwesentliche Mängel vertragsgemäßem Werk, gemäß § 640 Abs. 1 BGB der Abnahme gleichsteht, kann sie ebenfalls im Regelfall nicht der Voraussetzung der vollständigen Fertigstellung entsprechen. Im vorliegenden Fall kommt noch hinzu, daß eine Abnahme ausdrücklich erfolgt war, so daß für ein Recht zur Abnahmeverweigerung und damit für eine Anwendung des Begriffs der <i>Abnahmereife</i> von vornherein kein Raum mehr war. Daß, wie im Urteil ausgeführt, die <i>Beweislast</i> regelung im Abnahmeprotokoll hieran etwas ändern können sollte, vermag der Senat nicht nachzuvollziehen.	8
2.	9
Zutreffend ist von einer vollständigen Fertigstellung vielmehr dann auszugehen, wenn die bei Abnahme zu Protokoll gerügten Mängel ("Protokollmängel") beseitigt sind. Auf die Beseitigung anderer, erst nach Abnahme aufgetretener bzw. entdeckter Mängel, mögen sie auch wesentlich sein, kommt es hingegen nicht an. Da eine einmal eingetretene Fälligkeit nicht nachträglich wieder entfallen kann, wäre ansonsten der Fälligkeitseintritt von dem zufälligen Umstand abhängig, ob zum Zeitpunkt der Entdeckung des neuen Mangels der letzte "Protokollmangel" schon beseitigt war oder nicht. In der Abnahmeerklärung kommt hingegen der Wille der Parteien zum Ausdruck, die zur Herbeiführung der Schlußfälligkeit noch zu schaffenden Voraussetzungen klar festzulegen und sie nicht von Zufällen abhängig zu machen (vgl. Senat, Urt. v. 2.3.2006 – 21 U 46/05).	10
3.	11
Die im Abnahmeprotokoll vom 23. bzw. 24.12.2003 gerügten Mängel sind indes nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht vollständig beseitigt.	12
a) Wie der dem Senat als erfahren und zuverlässig bekannte Sachverständige Dipl.-Ing. U festgestellt hat, liegen die vom Beklagten behaupteten Risse an mehreren Stellen des Hauses tatsächlich vor und stellen, soweit es sich um sog. Verformungsrisse in den Wandecken handelt, auch nicht unerhebliche Verstöße gegen die vorauszusetzende Sollbeschaffenheit des Hauses, also Werkmängel gemäß § 633 Abs. 2 BGB dar.	13
b) Bei den Rissen handelt es sich, auch wenn sie nicht mit den im Abnahmeprotokoll aufgeführten Rissen identisch, sondern erst jetzt neu zutagegetreten sind, um Protokollmängel. Für die Frage, was von der Bezeichnung eines Mangels durch den Besteller	14

sachlich umfaßt ist, kann nämlich bei den sog. Protokollmängeln nichts anderes gelten als diejenigen Grundsätze, die von der Rechtsprechung für Mängel im allgemeinen anerkannt sind. Insofern ist davon auszugehen, daß mit der Beschreibung des äußeren Erscheinungsbildes eines Mangels auch die diesem zugrundeliegende tatsächliche Mangelursache vorgetragen bzw. gerügt ist (Symptomtheorie, vgl. BGH BauR 2003, 693; 2002, 1385 [1388]; 1992, 503). Wie der Sachverständige U ausgeführt hat, ist diese Ursache bei den in den Wandecken neu zutagegetretenen Verformungsrissen unverändert dieselbe wie bei den im Abnahmeprotokoll insbesondere unter Nr. 5 aufgeführten Putzrissen im Schlafraum.

4.

15

Die vollständige Beseitigung der sog. Protokollmängel ist für die vollständige Fertigstellung des Bauvorhabens gemäß Abschnitt V.2 des Bauvertrages schließlich auch nicht entbehrlich. Die hinter dem Ratenplan befindliche Klausel, die zugunsten der Klägerin einen Verzicht auf die Beseitigung der Protokollmängel vorsieht, ist nämlich wegen Verstoßes gegen § 305c Abs. 1 n. F. BGB unwirksam. Nach den gegebenen Umständen ist davon auszugehen, daß der vorliegende Notarvertrag auf einem zur mehrfachen Verwendung vorgesehenen Muster beruht und daher Allgemeine Geschäftsbedingungen darstellt. Da es sich bei der Beseitigung der Protokollmängel nach den obigen Ausführungen gerade um das maßgebliche Kriterium für den Begriff der vollständigen Fertigstellung handelt, ist eine Klausel, die den Bauträger von diesem Erfordernis vollständig entbindet – und im übrigen vollständig offenläßt, welches andere Kriterium an seine Stelle treten soll – für den Erwerber überraschend.

16

Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 713 ZPO. Die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor.

17