

---

**Datum:** 26.08.1993  
**Gericht:** Oberlandesgericht Köln  
**Spruchkörper:** 18. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 18 U 56/93  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGK:1993:0826.18U56.93.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Aachen, 11 O 100/92

---

**Tenor:**

Die Berufung der Beklagten gegen das am 20. Januar 1993 verkündete Urteil der 11. Zivilkammer des Landgerichts A. - 11 O 100/92 - wird mit der Maß-gabe zurückgewiesen, daß die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde des Not-ars Dr. W. B., W.straße 23, A. - Urkunden-Nr.: ..... - vom 14. Januar 1991 wegen eines Teilbetrages von 28.903,98 DM unzulässig bleibt und wegen des wei-teren Teilbetrages von 52.470,60 DM derzeit mangels Fälligkeit dieser Forde-rung nicht zulässig ist. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden den Beklagten auferlegt. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Den Beklagten wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Kläger wegen der Kosten durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 12.000,00 DM abzuwenden, wenn nicht die Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in der-selben Höhe leisten. Sämtlichen Parteien wird gestattet, Sicherheit auch durch Bürgschaft einer deut-schen Bank oder Sparkasse zu erbringen.

---

**Tatbestand**

Der unter der Bezeichnung "R. Immobilien" handelnde Beklagte zu 2) beabsichtigte, im Jahre 1991 in A. ein Dreifamilienhaus mit Eigentumswohnungen nebst 2 Garagen und einem Stehplatz zu errichten, um eine der Wohnungen für sich zu behalten und zwei für Interessenten zu bauen. Interessenten waren neben einer Frau S. die hier klagenden Eheleute.

1

2

3

Am 14. Januar 1991 schlossen sie mit dem Beklagten zu 2) einen notariell beurkundeten, im Urteil-stenor näher bezeichneten Generalunternehmervertrag (Bl. 24 f. GA) unter Vereinbarung der VOB mit Zusage der Fertigstellung binnen 7 Monaten ab Baubeginn zusätzlich hier nicht behaupteter Schlechtwettertage für einen Preis gemäß mit vereinbartem Zahlungsplan (Bl. 36 GA) und ohne Grund-stückskaufpreisanteil von 214.165,75 DM, zahlbar in Teilbeträgen nach Baufortschritt. Wegen der in dieser Urkunde übernommenen Zahlungsverpflichtungen unterwarfen sich die Kläger der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Urkunde. Ohne die Bau-genehmigung abzuwarten begann der Beklagte zu 2) am 26. März 1991 mit dem Bau, wovon er die Kläger sogleich unterrichtete (Bl. 119 GA). Sodann legte das Bauamt den Bau still, bis die Baugenehmigung am 15. Mai 1991 (Bl. 120 GA) erteilt wurde mit der Folge, daß die Arbeit fortgesetzt wurde. Anfang August 1991 kontrollierte das Bauamt den Baufort-schritt, worüber unter dem 2. August 1991 ein Überwachungsbericht gefertigt wurde (Bl. 121 GA), dem sich am 5. August 1991 eine Ordnungsverfügung (Bl. 147 GA) dahin anschloß, daß der Bau sofort einzustellen sei. Als Grund wurde unstreitig zu-treffend angegeben, daß der Bau in mehreren, nä-herbezeichneten Punkten abweichend von den geprüf-ten statischen Unterlagen errichtet worden sei. Anstelle von Kalksandstein-Wänden seien Bimswände eingebaut und auch hochbelastete Pfeiler im Erdge-schoß und ersten Obergeschoß in Bims erstellt wor-den statt mit Kalksandsteinen. Trotz dieser Ver-fügung baute der Beklagte zu 2) zunächst weiter, worauf er am 16. August 1991 eine weitere Ord-nungsverfügung erhielt (Bl. 150 GA), durch die ihm ein Zwangsgeld wegen unerlaubten Weiterbaus auf-erlegt wurde. Gegen Ende September 1991 wurde der Bau amtlich versiegelt. Mit Schreiben vom 20. Sep-tember 1991 (Bl. 45 GA) forderten die Kläger den Beklagten zu 2) zur Mängelbeseitigung binnen einer Frist bis zum 27. September 1991 auf. Bei ergebnis-losem Fristablauf würden sie die Mängelbeseitigung durch den Beklagten zu 2) ablehnen, einen anderen Unternehmer damit beauftragen und außerdem würde ihr bereits beauftragter Rechtsanwalt ihnen dann raten, unverzüglich den Vertrag wegen Verzuges zu kündigen. Nachdem die Frist ergebnislos abgelaufen war, kündigten die Kläger mit Schreiben ihres Bevollmächtigten vom 8. Oktober 1991 den General-unternehmervertrag. Am 15. Oktober 1991 wurde der Rohbau amtlich abgenommen, der Weiterbau jedoch davon abhängig gemacht, daß näher genannte Belege vorher beschafft und dem Bauamt vorgelegt werden müßten (Bl. 202 GA). Mit Schreiben vom 29. Okto-ber 1991 (Bl. 60 GA) rügte das Bauamt beim Beklag-ten zu 2), daß jene Belege immer noch nicht beige-bracht seien, und setzte hierzu eine Frist bis zum 30. Oktober 1991. Irgendwann danach ist der Bau fortgesetzt, alsdann auch fertiggestellt worden.

Während dieser Vorgänge, nämlich am 14. Septem-ber 1991, trat der Beklagte zu 2) einen Teilbe-trag von 70.000,00 DM aus dem Generalunternehmer-vertrag mit den Klägern an den Beklagten zu 1) ab (Bl. 41 GA), was den Klägern am 14. Januar 1992 angezeigt worden ist. Bereits am 4. September 1991 hatte der Beklagte zu 2) im Rahmen eines hier sonst nicht interessierenden Vergleichs (Bl. 47, 49 GA) einen weiteren Teilbetrag an den Statiker Gerhards abgetreten.

Am 6. Februar 1992 ließ sich der Beklagte zu 1) eine vollstreckbare Ausfertigung der notariellen Urkunde erteilen, die den Klägern am 19. Febru-ar 1992 zugestellt worden ist.

Die Kläger klagen auf Unzulässigkeitserklärung der Zwangsvollstreckung aus jener notariellen Urkunde. Sie hätten den Beklagten alles gezahlt, was sie aus der Urkunde geschuldet hätten, nämlich - und dieser Betrag ist unstreitig - 117.791,17 DM, was nach dem Zahlungsplan 55 % der Gesamtsumme ausmache. Mehr hätten die Beklagten nicht zu beanspruchen. Die Kündigung sei aus mehreren Gründen wirksam: Der wiederholte Baustop habe die Vertrauensgrundlage zu dem Beklagte zu 2) erschüttert. Der Beklagte habe überdies die eidesstattliche Versicherung geleistet, Baumängel nicht rechtzeitig behoben und die Fertigstellungsfrist von 7 Monaten, die mit dem tatsächlichen Beginn der Bauarbeiten begonnen habe, nicht eingehalten oder nicht mehr einhalten können. Soweit ihm dennoch für seine Leistungen ein Restbetrag zustünde, rechnen sie mit näher bezeichneten Gegenansprüchen auf.

11

12

Die Kläger haben daher beantragt,

13

14

15

16

Die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde des Notars Dr. W. B., W.straße 23, A., Urkundenrollen-Nr.: ..... vom 14. Januar 1991 für unzulässig zu erklären.

17

18

Dem sind die Beklagten mit dem Antrag,

19

20

21

22

die Klage abzuweisen,

23

24

entgegengetreten. Soweit Mängel vorhanden gewesen seien, hätten sie diese behoben. Das Vorgehen des Bauamtes sei nichts Besonderes gewesen, es habe sich nur um Kleinigkeiten gehandelt. Auch sonst hätte den Klägern kein Kündigungsgrund zugestanden, die Fertigstellungsfrist hätte ungefähr eingehalten werden können. Bis zur Kündigung hätten keine Zahlungsschwierigkeiten bei den Beklagten bestanden, insbesondere habe der Beklagte zu 1) weder die eidesstattliche Versicherung abgeben müssen noch habe ein Haftbefehl wegen Absetzens nach Holland bestanden. Stattdessen seien die Kläger in Zahlungsrückstand geraten. Über den vorgenannten unstreitigen Betrag hinaus hätten sie gemäß dem Zahlungsplan (Bl. 36 GA) noch weitere 24,5 % an Leistungen zu vergüten, also weitere 53.470,60 DM. Gegenforderungen stünden den Klägern nicht zu, vielmehr hätten die Beklagten Anspruch auf Zahlung der nicht ausgeführten Leistungen abzüglich des ersparten Materialaufwandes, nach ihrer Berechnung 28.903,98 DM, so daß der Gesamtanspruch der Beklagten 81.374,58 DM ausmache.

25

26

Durch das angefochtene Urteil, auf das Bezug ge-nommen wird, hat das Landgericht der  
Klage statt-gegeben. 27

28

Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten, mit der sie beantragen, 29

30

31

32

das angefochtene Urteil dahin abzuän- dern, daß die Klage abgewiesen wird. 33

34

Die Kläger hingegen begehren die 35

36

37

38

Zurückweisung der Berufung. 39

40

Zur Begründung ergänzen und vertiefen beide Par- teien ihren bisherigen Sachvortrag mit  
weiteren Ausführungen. Dazu ist unstreitig geworden, daß die Wohnung der Kläger  
anderweit fertiggestellt und inzwischen von ihnen bezogen ist. 41

42

Wegen des sonstigen Sach- und Streitstandes nebst den dazu überreichten Urkunden  
wird auf den Inhalt der Gerichtsakten und der gesonderten beiden Anla-gehefter  
verwiesen. 43

44

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e 45

46

Die Berufung ist zulässig. Sie ist jedoch nicht begründet (§§ 767, 794 Abs. 1 Nr. 5, 797  
ZPO), weil den Beklagten weder aus eigenem noch aus abgetretenem Recht gegen die  
Kläger ein aus der Urkunde vollstreckbarer Zahlungsanspruch zusteht. Soweit die Beklagten  
sich eines Teilanspruchs in Höhe von 28.903,98 DM berühren, steht er ihnen überhaupt  
nicht zu; wegen des weiteren Betrages von 52.470,60 DM mag es sein, daß die Beklagten  
gegen die Kläger - unbeschadet der dagegen von den Klägern geltend gemachten  
Aufrechnung - noch ein Restanspruch zusteht, er bedarf jedoch erst noch der Abrechnung 47

und ist daher derzeit nicht fällig.

48

Auf den Werklohn, den die Kläger gemäß dem Generalunternehmervertrag und dem in ihm eingeschlossenen Zahlungsplan zu zahlen hätten, haben sie unstreitig 55 %, nämlich 117.791,37 DM gezahlt. Das sind alle Einzelbeträge, die im Zahlungsplan bis herunter zum ersten braunen Querstrich aufgelistet sind.

49

1. Die von den Beklagten geltend gemachten weiteren

50

51

52.470,60 DM wären, von der Kündigung der Kläger und deren Aufrechnung zunächst einmal abgesehen, - an sich fällig, wenn die nach diesem ersten braunen Querstrich bis zum zweiten Querstrich im Zahlungsplan aufgeführten Leistungen vom Beklagten zu 2) verwirklicht worden wären. Das ist schon nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten nicht der Fall gewesen.

52

53

Die Liste dieser Fälligkeitsvoraussetzungen lautete wegen weiterer 12,5 % auf "Dacheindeckung fertig". Die Beklagten haben schon vor dem Landgericht eingeräumt (Bl. 84 GA unter 5), daß dieses Werk nicht fertiggestellt war. Ob alle Materialien bereits auf der Baustelle lagen, ist demgegenüber ebenso unerheblich wie die Behauptung, die Loggia sei bereits mit Folie abgedichtet gewesen, was gewiß gerade nicht als "fertiger" Zustand gelten kann. Demgegenüber ist die Behauptung der Beklagten, die Kläger hätten sich diesen unfertigen Zustand selbst zuzuschreiben, weil sie - was sie mit näheren Ausführungen (Ausbleiben von Zahlungen an den Handwerker) bestreiten - den Dachdecker vom Bau gewiesen hätten, nicht substantiiert. Es fehlt nämlich die Angabe, wann ein solches Vorgehen geschehen sein soll. Die Kläger haben damals, worauf noch näher einzugehen sein wird, den Generalunternehmervertrag - zu Recht - gekündigt. Mit dem Wirksamwerden der Kündigung entfiel zugleich das Recht der Handwerker, auf dem Bau als Subunternehmer des Beklagten tätig zu werden, und für weitere Abschlagszahlungen nach dem Zahlungsplan auch das Recht der Beklagten, für ein noch nicht vollständig gedecktes Dach bereits ein pauschales Entgelt zu fordern. Überdies waren - wiederum nach dem Zugeständnis der Beklagten (Bl. 85 GA) - für die Fälligkeit des nächsten Abschlages von 12 % die Elektroinstallation noch nicht, sondern allenfalls teils zu 90, teils zu 50 % fertig, und mit den Sanitärarbeiten im Hause überhaupt noch nicht begonnen worden (Beklagtenvortrag Bl. 86 GA). Es kommt also nicht einmal noch darauf an, ob alle sonstigen Voraussetzungen für die Fälligkeit dieser beiden pauschalen Abschläge von 12,5 und 12,0 % erfüllt waren; schon wegen der vorgenannten fehlenden Leistungen waren die Kläger noch nicht zur Zahlung verpflichtet. Sie sind es auch gegenwärtig noch nicht. Vielmehr muß der Beklagte zu 2) zunächst eine detaillierte und überprüfungsfähige Abrechnung über die seinerseits bis zum Wirksamwerden der Kündigung erbrachten Leistungen vorlegen, um dann feststellen zu können, ob überhaupt und was an Entgelt ihm oder einem der Zessionare - unbeschadet der Aufrechnung der Kläger - noch gebühren könnte. Erst ab diesem Zeitpunkt ist die etwaige Restforderung fällig und damit vollstreckbar.

54

1. Der weitergehend von den Beklagten eingewandte

55

Zahlungsanspruch von 28.909,98 DM, den sie aus nicht ausgeführten Arbeiten abzüglich ersparter Aufwendungen herleiten (Bl. 84, 85 GA), steht ihnen nicht zu. Dabei mag zu ihren Gunsten angenommen werden, daß eine solche Forderung noch zu den gemäß Nr. 12 des Generalunternehmervertrages genannten "in dieser Urkunde übernommenen Zahlungsverpflichtungen" gehört, derentwegen die Klägerin sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen haben. Dazu rechnen indessen nicht auch (Ersatz -) Forderungen wegen solcher Leistungen des Beklagten zu 2) und seines Vaters, des Beklagten zu 1), die er nicht erbracht hat. Denn die Tatsache, daß diese Leistungen nicht erbracht worden und daher nicht zu vergüten sind, beruht allein darauf, daß die Kläger den Generalunternehmervertrag gem. § 8 Nr. 3 i.V.m. § 4 Nr. 7 der vereinbarten VOB wirksam gekündigt haben.

58

Nach diesen Bestimmungen kann der Auftraggeber - soweit dies hier interessiert - dem Auftragnehmer dann, wenn dieser seiner in § 8 Nr. 3 VOB erwähnten Pflicht zur Beseitigung während des Baues als mangelhaft oder sonst vertragswidrig erkannter Bauausführungen nicht nachgekommen ist, dem Auftragnehmer eine angemessene Frist zur Vertragserfüllung (Mängelbeseitigung) setzen und erklären, daß er ihm den Auftrag nach fruchtlosem Ablauf der Frist entziehe, also kündige.

60

Dazu ist unumstritten, daß das Bauamt Anfang August 1991 die schon zitierten schweren, vor allem statischen Mängel festgestellt, deswegen am 5. August 1991 die Einstellung des Bauvorhabens verfügt und Mängelbeseitigung verlangt sowie am 16. August 1991 sogar ein Zwangsgeld auferlegt und alsdann den Bau auch noch versiegelt hat. Angesichts dessen bedarf es keiner weiteren Ausführungen darüber, daß schwere, an sich sogar für die Entziehung der gesamten Vertrauensgrundlage voll auf genügende Mängel vorgelegen haben. Die Folge hiervon war zudem, daß der Beklagte zu 1) diese Mängel nicht beseitigte, sondern der Bau rund 3 von 7 versprochenen Monaten eingestellt war. Die Kläger haben nach einigem Zuwarten zu Recht eine Frist zur Beseitigung gesetzt (Bl. 45 GA), und für den Fall, daß sie nicht eingehalten wird, den Entzug des Auftrags - was in dieser Situation auch sonst? - angekündigt. Die angesetzte Frist währte zwar nur eine Woche, war aber gleichwohl angemessen. Die Baustelle lag bereits gut 6 Wochen brach. Der Beklagte zu 2) hat selbst nicht dargelegt, daß die gesetzte Frist zu kurz gewesen wäre, um die Beanstandungen - Ersatz von Bimswänden und Pfeilern durch solche in Kalksandstein - nach einer derart langen Vorlaufzeit zu beheben. Außerdem haben die Kläger noch stillschweigend Nachfrist gewährt, indem sie die Kündigung erst unter dem 8. Oktober 1991 ausgesprochen haben, und sogar danach (bis Ende Oktober) waren die Voraussetzungen für die Fortsetzung der Arbeiten nicht geschaffen. Auf die Frage, ob die Androhung der Kündigung (letzter Absatz) und schließlich die unter ausdrücklicher Bezugnahme auf das Androhungsschreiben ausgesprochene Entziehung des Auftrags zusätzlich auf die - selbst bei günstigster Berechnung für den Beklagten - zu erwartende Versäumung der vereinbarten Frist zur Bezugsreife gestützt worden ist, kommt es mithin nicht noch an.

62

Die Nebenentscheidungen über die Kosten und die vorläufige Vollstreckbarkeit beruhen auf §§ 97 Abs. 1 708 Nr. 10, 711 ZPO.

64

Streitwert für das Berufungsverfahren und Beschwer der Beklagten: 81.374,58 DM.

---

