
Datum: 06.09.2002
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 19. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 19 U 251/01
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2002:0906.19U251.01.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 21 O 269/01

Tenor:

Unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung wird das am 23.11.2001 verkündete Urteil des Landgerichts Köln - 21 O 269/01 - teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefaßt:

Es wird festgestellt, daß nach der von den Klägern mit Schreiben vom 27.03.2001 erklärten Aufrechnung der Beklagten aus dem vor Notar Dr. jur. G. F. L. am 29.06.1995 geschlossenen Kaufvertrag (UR-Nr. .../1995) nur noch ein Restkaufpreisanspruch in Höhe von EUR 6.527,97 (= DM 12.767,60) nebst Zinsen in Höhe von 6% Prozentpunkten über den Basiszinssatz seit dem 16.06.2000 zusteht.

Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden den Klägern zu 65% und der Beklagten zu 35% auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Entscheidungsgründe:

1

Die Berufung der Kläger ist zulässig, jedoch lediglich im zuerkannten Umfang begründet.

2

I.	3
Die Kläger haben derzeit noch keinen Anspruch auf Auflassung des Grundstückes und darauf als neue Eigentümer des Grundstückes im Grundbuch eingetragen zu werden. Gemäß § 18 Nr. 2 des zwischen den Parteien am 29.06.1995 geschlossenen notariellen Vertrages besteht ein entsprechender Anspruch erst, wenn der Kaufpreis einschließlich etwaiger Zinsen und Kosten vollständig gezahlt und eine entsprechende Mitteilung an den Notar erfolgt ist. Unstreitig bestand nach verschiedenen Teilzahlungen der Kläger am 19.04.1996 noch ein Restkaufpreisanspruch der Beklagten in Höhe von DM 19.800,--. Gegenüber diesem Restkaufpreisanspruch haben die Kläger zwar mit Schreiben vom 27.03.2001 die Aufrechnung erklärt und sich zur Begründung ihrer zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen auf das im Beweissicherungsverfahren 22 H 14/00 des Amtsgerichtes Brühl eingeholte Gutachten des Sachverständigen O. vom 03.06.2001 (Bl. 58 ff. der beigezogenen Akte) berufen. Durch diese Aufrechnung ist der Restkaufpreisanspruch der Beklagten jedoch nicht vollständig sondern - wie unten unter Ziffer II. ausgeführt wird - lediglich in Höhe von DM 7.032,40 erloschen.	4
Mithin steht den Klägern wegen der im Schreiben vom 27.03.2001 zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzansprüche auch kein "Überschuß" in Höhe von 161,28 DM zu, dessen Zahlung sie nach der Aufrechnung von der Beklagten noch verlangen könnten.	5
II.	6
Der mit der Berufung gestellte Feststellungsantrag ist hingegen zulässig und im zuerkannten Umfang begründet.	7
a)	8
Das Feststellungsbegehren ist gem. § 256 ZPO zulässig. Aufgrund der Regelung in § 18 Nr. 2 des notariellen Kaufvertrages und des Streits der Parteien über Grund und Höhe der von den Klägern mit Schreiben vom 27.03.2001 zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzansprüche sowie der der Beklagten zustehenden Verzugszinsen haben die Kläger ein rechtliches Interesse an der Feststellung, in welcher Höhe nach der von ihnen erklärten Aufrechnung noch ein Restkaufpreisanspruch und in welcher Höhe ein Zinsanspruch der Beklagten besteht. Denn dieser Feststellungsantrag ist geeignet, die bestehenden Unsicherheiten über die tatsächlich noch fehlenden Voraussetzungen des Eigentumsverschaffungsanspruches der Kläger zu beseitigen (vgl. Zöller-Greger, 23. Aufl., § 256 ZPO, Rn. 7).	9
b)	10
Durch die von den Klägern mit Schreiben vom 27.03.2001 erklärte Aufrechnung ist der Restkaufpreisanspruch von DM 19.800,-- in Höhe von DM 7.032,40 erloschen (§ 389 BGB), so daß noch eine restliche Kaufpreisforderung der Beklagten in Höhe von DM 12.767,60 = EUR 6.527,97 verbleibt.	11
Die Kläger können einen Teil der gerügten Mängel der Beklagten gegenüber trotz der in § 11 Nr. 4 des notariellen Vertrages vereinbarten Ausfallhaftung (GA 24f.) geltend machen.	12
In § 11 Nr. 4 des Vertrages hat die Beklagte zwar ihre eigene Haftung bzgl. Gewährleistungs- und Resterfüllungsansprüchen insoweit abbedungen,	13

"...als der Käufer sich aus den abgetretenen Ansprüchen gegen die am Bau Beteiligten schadlos halten kann d.h. soweit der betroffene Baubeteiligte bei der Durchsetzung der Ansprüche" (nicht) "ausfällt, also z.B. in Vermögensverfall geraten ist, über sein Vermögen das Konkurs- oder Vergleichsverfahren eröffnet oder die Eröffnung mangels Masse abgelehnt worden ist, oder er nachweisbar nicht erreichbar oder aber die Beseitigung des Mangels bzw. die Erledigung der Restarbeiten durch ihn endgültig verweigert worden ist,..."

Darauf kann sie sich jedoch wegen ihres eigenen Verhaltens gem. § 242 BGB nicht berufen. 15
Dabei kann es dahingestellt bleiben, ob es sich bei dieser Klausel um eine von der Beklagten verwandte vorformulierte Vertragsbedingung handelt und diese gegen § 11 Nr. 10 a AGBG verstößt. Ebenso kann dahingestellt bleiben, ob die subsidiäre Eigenhaftung der Beklagten deshalb gegeben ist, weil sie den Klägern nicht die gem. § 402 BGB zur Geltendmachung der abgetretenen Forderungen geschuldeten erforderlichen Auskünfte und Unterlagen erteilt hat (s. Werner/Pastor, Der Bauprozess, 9. Aufl., Rn. 2199 ff.). Denn in der Vergangenheit ist die Beklagte gegenüber den Klägern jahrelang als Ansprechpartner für Mängelrügen aufgetreten und hat aus ihrer Sicht berechnete Mängelrügen entweder selbst beseitigt oder durch die jeweiligen Drittunternehmer beseitigen lassen. Dies steht fest aufgrund der von den Klägern vorgelegten außergerichtlichen Korrespondenz (GA 175 - 214), deren inhaltlichen Richtigkeit die Beklagte nicht bestritten hat. Danach haben die Kläger die Mängel jeweils gegenüber der Beklagten bzw. deren Planungsbüro, die Firma P. B. GmbH, gerügt und diese hat sich um die Beseitigung der Mängel gekümmert. Dabei hat die Beklagte oder ihr Planungsbüro in keinem dieser Schreiben mit nur einer Silbe anklingen lassen, daß sie dies etwa nur aus Kulanz tue und tatsächlich dazu nicht verpflichtet sei. Ihre pauschale Behauptung, sie bzw. der Architekt habe die Kläger immer wieder (wann?) darauf hingewiesen, daß diese sich wegen ihrer zahlreichen Beanstandungen an die ausführenden Firmen wenden müßten, soweit sie - die Beklagte - nicht Entgegenkommen zeigen wolle, ist mangels Substantiierung unbeachtlich. Die Beklagte gibt weder an wann noch bei welcher Gelegenheit dieser "Hinweis" erteilt worden sein soll, noch bzgl. welcher der hier streitgegenständlichen Mängel sie von Anfang an kein "Entgegenkommen" gezeigt und klargestellt habe, daß sie für diesen nicht der "Ansprechpartner" sei.

Den Klägern standen gem. § 635 BGB aufrechenbare Schadensersatzansprüche in Höhe 16
von insgesamt DM 7.032,40 wegen folgender Mängel zu:

Die Beklagte hat die unter den Nr. 4., 15. und 16. des Gutachtens des Sachverständigen O. 17
vom 06.03.2001 (Bl. 63, 73 f. der beigezogenen Akte 22 H 14/00 des Amtsgerichts Brühl) aufgeführten Mängel anerkannt, so daß die Aufrechnung der Kläger jedenfalls in Höhe von insgesamt netto DM 1.280,-- (= DM 482,-- zzgl. 266,-- DM zzgl. 532,--) und **brutto DM 1.484,80**

begründet ist. 18

Nach dem Gutachten des Sachverständigen O. steht darüber hinaus fest (Ziffer 1. des 19
Gutachtens), daß eine Trennfuge zwischen Garage und Außenwand nicht bis unten abgedeckt worden ist. Mit dem Sachverständigen schätzt der Senat den Kostenaufwand für die Ausbesserung dieses Mangels auf **netto DM 90,--**.

Da es sich hierbei um einen Mangel handelt, der für einen Fachkundigen nicht 20
offensichtlich ist, kann auch nicht von einer Kenntnis der Kläger bei Abnahme ausgegangen werden (§ 640 II BGB), so dass die Kläger diesen Mangel - auch wenn sie sich hierwegen nicht ausdrücklich bei der Übergabe ihre Rechte vorbehalten hätten - nach wie vor geltend machen können.

Entsprechendes gilt bezüglich folgender vom Sachverständigen festgestellten Mängel, wobei sich der Senat hinsichtlich der erforderlichen Mängelbeseitigungskosten gem. § 287 ZPO den Schätzungen des Sachverständigen anschließt:	21
• Ziffer 8.: hohle und knirschende Fliesen (Bl. 66 f. der Beiakte), Kostenbeseitigungsaufwand von netto DM 318,--; • Ziffer 9.: nicht ordnungsgemäß zu schließende Ganzglastüre nebst "unnötiger Ausstanzungen", Kostenbeseitigungsaufwand von netto DM 244,--; • Ziffer 10.: von außen eindringende Feuchtigkeit im Bereich des Rolladenkastens, Kostenbeseitigungsaufwand von netto DM 200,--; • Ziffer 11.: Nicht ordnungsgemäß schließbare Türe im Bereich des Eßzimmers (Türflügel schnappt nicht zu, so daß diese Türe nur durch Abschließen geschlossen werden kann), Kostenbeseitigungsaufwand von netto DM 144,--.	22
Die Beklagte hat nicht substantiiert bestritten, daß dieser Mangel nicht bei Übergabe vorhanden gewesen, sondern durch unsachgemäßen Gebrauch (welchen?) verursacht worden ist.	23
• Ziffer 12.: In sich instabile gartenseitige Türanlage des Wohnzimmers und der Rolladenkastenabdeckung, Kostenbeseitigungsaufwand von netto DM 1.500,--.	24
• Ziffer 18.: Vom Sachverständigen offen vorgefundene Dampfsperren, Kostenbeseitigungsaufwand von netto DM 1.590,--.	25
Das Bestreiten der Beklagten, die Dampfsperren seien bei Übergabe offen gewesen, ist mangels Substantiierung unbeachtlich; die Beklagte gibt nicht an, wie seinerzeit diese Dampfsperren an die Bauteile luftdicht angeschlossen gewesen sein sollen (Klebeband? Holzlatten?). Im übrigen sprechen auch die Fotos (Bl. 93 der Beiakte) dagegen, daß eine vorhandene Abdichtung nachträglich entfernt worden sei.	26
Nach dem Gutachten des Sachverständigen O. steht ferner fest, daß folgende Mängel der Bausache erst im Laufe der Zeit zu Tage getreten sind, aber auf fehlerhafter Bauausführung beruhen:	27
• Ziffer 5.: Teilweise abgeplatzte Verzinkung, Kostenbeseitigungsaufwand von netto DM 174,--; • Ziffer 19.: Feuchtigkeitsschäden am Rolladenkasten im Kinderzimmer, Kostenbeseitigungsaufwand von netto DM 100,--.	28
Aufgrund des Gutachtens des Sachverständigen O. stehen zudem folgende Mängel fest, die die Kläger ausweislich des Protokolles (GA 70 ff.) bereits bei Übergabe gerügt haben:	29
• Ziffer 15: Schaden an der Furnierbeschichtung an der Tür zur Toilette, Kostenbeseitigungsaufwand von netto DM 250,--; • Ziffer 24.: Schiefe Fensterbank in der Küche, optischer Mangel, deren Minderungswert vom Sachverständigen geschätzt mit brutto DM 200,--.	30
Mithin stehen den Klägern wegen der vom Sachverständigen O. im Beweissicherungsverfahren festgestellten Mängel einschließlich der von der Beklagten	31

anerkannten Mängel Schadensersatzansprüche in Höhe von insgesamt **brutto DM 7.032,40**

zu. In dieser Höhe ist der Restkaufpreisanspruch der Beklagten von DM 19.800,-- durch die von den Klägern erklärte Aufrechnung erloschen, so daß ein restlicher Kaufpreisanspruch von **DM 12.767,60**

verbleibt.

Die mit Schreiben vom 27.03.2001 weiter von den Klägern erklärte Aufrechnung mit angeblichen Schadensersatzansprüchen ist hingegen nicht erfolgreich. Im einzelnen:

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Farbabweichung zwischen den Treppenstufen und den Holztüren einen Mangel darstellt oder die Kläger sich die Türen selbst ausgesucht haben. Ebenso kann offenbleiben, ob etwaige Gewährleistungsansprüche wegen der Farbabweichung verjährt sind oder nicht. Da nämlich die Kläger - nach dem unbestrittenen Vorbringen der Beklagten (GA 155, 278) - den Mangel der Treppe bzw. die Farbabweichungen zu den Türen auch Jahre nach ihrem Einzug nicht gerügt haben, ist insoweit von einer konkludenten Abnahme durch rügelose Ingebrauchnahme auszugehen, so daß sie nunmehr mit Rügen hierwegen gem. § 640 II BGB ausgeschlossen sind.

Entsprechendes gilt bzgl. der unter Ziffer 13. des Gutachtens des Sachverständigen O. festgehaltenen verwendeten unterschiedlichen Glasarten im Bereich der Haustür. Diesen Mangel müssen die Kläger bei Übergabe bzw. nach Einbau gesehen haben (s. Fotos Nr. 15, 16 der Beiakte), so daß sie nunmehr gem. § 640 II BGB mangels Vorbehalt keine Gewährleistungsrechte mehr geltend machen können.

Die Kläger haben keinen Beweis dafür angetreten, daß die folgenden Mängel bereits bei Übergabe vorhanden gewesen oder auf einen bei Übergabe vorhandenen Baumangel zurückzuführen seien:

- Ziffer 6.: Ausgebrochene Natursteinplatte im Bereich des Eingangspodestes.
- Ziffer 17.: Nachträglich entfernte Dämmung des Rolladenkastens im Kinderzimmer.

Diese Mängel können durchaus erst nach der Übergabe des Hauses zu einem späteren Zeitpunkt entstanden sein.

Den Klägern steht schließlich kein Schadensersatzanspruch wegen angeblich fehlender Grenzsteine zu. Grenzsteine werden nicht vom Bauunternehmer sondern, soweit dies zur Abmarkung von Grundstücksgrenzen erforderlich ist, durch öffentlich bestellte Vermessungsingenieure gesetzt. Gem. § 18 I Vermessungs- und Katastergesetz NW sind festgestellte Grundstücksgrenzen durch Grenzzeichen dauerhaft zu kennzeichnen (Abmarkung). Gem. Absatz 2 dieser Vorschrift kann von einer Abmarkung abgesehen werden, wenn die Grundstücksgrenze durch eindeutige und dauerhafte Grenzeinrichtungen hinreichend gekennzeichnet ist. Unstreitig ist das den Klägern verkaufte Grundstück bereits vor Abschluß des Kaufvertrages als selbständiges Grundstück im Grundbuch eingetragen worden. Die Kläger behaupten auch nicht, das Grundstück sei noch nicht von einem öffentlich bestellten Vermessungsingenieur vermessen und die Grundstücksgrenzen noch nicht verbindlich festgestellt worden. Es hätte daher eines konkreten Vortrages bedurft, welcher Teil der Grundstücksgrenze gleichwohl nicht durch Grenzzeichen oder vorhandene Grenzeinrichtungen hinreichend gekennzeichnet sein oder welches vom Vermessungsingenieur gesetzte Grenzzeichen später entfernt worden sein und warum hierfür

die Beklagte verantwortlich sein soll.

Nach alledem ist bezüglich der im Gutachten O. aufgeführten Mängel die Aufrechnung der Beklagten lediglich in Höhe von insgesamt DM 7.032,40 erfolgreich, so daß noch ein Restkaufpreisanspruch der Beklagten in Höhe von DM 12.767,60 offen steht. 41

c) 42

Verzugszinsen stehen der Beklagten gem. §§ 284 ff BGB erst ab dem 16.06.2000 aus DM 12.767,60 zu. Die Höhe des Zinssatzes beträgt nach § 7 Nr. 3 des notariellen Kaufvertrages 6 Prozentpunkte über dem jeweiligen Basiszinssatz. 43

Zwar ist der Kaufpreis gem. § 7 Nr. 1 des notariellen Kaufvertrages seit dem 1.9.1995 fällig. Zu diesem Zeitpunkt stand auch noch ein restlicher Kaufpreis in Höhe von 89.000,-- DM offen, auf den die Kläger - nachdem die Beklagte einen Teil der gerügten Mängel beseitigt hatte - am 28.09./4.10.95 30.000,-- DM und am 11./19.04.96 weitere 39.200,-- DM gezahlt haben. Verzugszinsen stehen dem Bauunternehmer hinsichtlich seiner fälligen Vergütung jedoch nicht zu, soweit ein Leistungsverweigerungsrecht des Bestellers besteht (s. Palandt-Sprau, 61. Aufl., § 641 ZPO, Rn. 13 m.w.N.; Werner/Pastor, Der Bauprozeß, 9. Aufl., Rn. 2531 m.w.N.). 44

Die Kläger haben bei der Übergabe des Hauses eine Vielzahl von Mängeln gerügt, die im Übergabeprotokoll festgehalten wurden. Wegen der näheren Einzelheiten der Mängelrügen wird auf das in Kopie eingereichte Protokoll (GA 70 -76) Bezug genommen. Die Beklagte hat eingeräumt, daß jedenfalls ein Teil (welcher?) dieser Mängelrügen berechtigt gewesen sei, den sie in der Folgezeit (wann?) behoben habe. Folglich waren die Kläger gem. § 320 BGB berechtigt, die Zahlung des noch offenen Werklohns zu verweigern. Das Gesetz sieht eine Beschränkung des Leistungsverweigerungsrechts auf einen dem noch ausstehenden Teil der geschuldeten Gegenleistung entsprechenden Teil grundsätzlich nicht vor (s. BGH NJW-RR 1997, 18, 19 m.w.N.; Werner/Pastor, Der Bauprozeß, 9. Aufl., Rn. 2526 m.w.N.). Es ist vielmehr Sache des Unternehmers (Auftragnehmers) darzutun, daß der einbehaltene Betrag auch bei Berücksichtigung des Durchsetzungsinteresses des Bestellers (Auftraggebers) (sog. Druckzuschlag) unverhältnismäßig und deshalb unbillig hoch ist (s. BGH a.a.O. m.w.N.; Werner/Pastor, a.a.O, m.w.N.). 45

Obgleich unstreitig ein Teil der von den Klägern im Abnahmeprotokoll erhobenen Mängelrügen berechtigt gewesen ist, hat die Beklagte jedoch weder angegeben, welche Mängelrügen unberechtigt gewesen sein sollen, noch dargelegt, in welcher Höhe ein Sicherungseinbehalt der Kläger wegen vorhandener Mängel unberechtigt gewesen wäre und wann konkret sie welche dieser Mängel beseitigt habe. Mithin ist die Beklagte darlegungsfähig dafür geblieben, daß der Sicherungseinbehalt der Kläger unbillig hoch gewesen sei. 46

Die Kläger haben auch nicht auf die Geltendmachung ihres Zurückbehaltungsrechtes verzichtet. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die Kläger im Vorfeld des Abnahmetermins die Zahlung des gesamten Restkaufpreises bis zum 1.9.95 angekündigt und/oder bei dem Abnahmetermin behauptet haben, den Kaufpreis bereits überwiesen zu haben. Denn unstreitig haben die Kläger bei dem Abnahmetermin, wie erörtert, eine Vielzahl von Mängeln gerügt und damit deutlich gemacht, daß sie wegen dieser Mängel nicht auf Rechte verzichten, also auch den Restkaufpreis nicht in voller Höhe anerkennen wollten. 47

Allerdings endet das Recht des Sicherungseinbehaltes zur Durchsetzung des Nachbesserungsanspruches dann, wenn der Unternehmer die Mängel vollständig beseitigt oder vom Auftraggeber nach Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung nicht mehr Mängelbeseitigung sondern beispielsweise Schadensersatz begehrt wird (s. Werner/Pastor, Der Bauprozeß, 9. Aufl., Rn. 2531 m.w.N.). Mit Schreiben vom 18.05.2000 (GA 34 f.) haben die Kläger der Beklagten wegen der im Beweissicherungsverfahren vom Sachverständigen O. im Gutachten vom 06.03.2001 aufgeführten Mängel, eine Frist zur Mängelbeseitigung bis zum 15.06.2000 mit Ablehnungsandrohung gesetzt. Nach fruchtlosen Ablauf dieser Frist haben die Kläger von der Beklagten wegen dieser Mängel auch keine Nachbesserung mehr begehrt, sondern mit Schriftsatz vom 27.03.2001 die Aufrechnung mit entsprechenden Schadensersatzansprüchen erklärt. Seit dem 16.06.2000 steht den Klägern daher kein Leistungsverweigerungsrecht mehr zu. Da durch die erklärte Aufrechnung der restliche Kaufpreis- bzw. Vergütungsanspruch der Beklagte lediglich in Höhe von DM 7.032,40 mit Wirkung ex tunc erloschen ist (§ 389 BGB), verbleibt ein noch offener Anspruch in Höhe von DM 12.767,60, mit deren Bezahlung sich die Kläger seit dem 16.6.2000 in Verzug befinden.

III.

49

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO. Im Hinblick auf die im Beweissicherungsverfahren 22 H 14/00 des Amtsgerichts Brühl entstandenen Kosten ist keine gesonderte Kostenentscheidung veranlaßt, da diese Kosten zu den Kosten des Hauptsacheverfahrens gehören und von der getroffenen Kostenentscheidung mitumfaßt sind (s. Werner/Pastor, Der Bauprozeß, 9. Aufl., Rn. 123 m.w.N.).

50

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO n.F. 51

Streitwert für das Berufungsverfahren: EUR 10.206,04

52

Wert der Beschwer der Kläger: EUR 6.610,43

53

Wert der Beschwer der Beklagten: EUR 3.595,61

54