

51

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 151/72

URTEIL

Verkündet am

27. Mai 1974

■,
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Frau Renate J u ■, Diplomkaufmann,
Ra ■, Fr ■-Straße ■,

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. ■ -

gegen

die Firma Manfred G e ■ KG, Fertigbau-Industrie,
vertreten durch ihren persönlich haftenden Gesellschafter,
den Kaufmann Manfred Ge ■, Ni ■,

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. ■ -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Mai 1974 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Erbel, Schmidt, Dr. Recken und Doerry

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt (Main) vom 18. April 1972 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Durch Vertrag vom 13./27. Mai 1970 bestellte die Beklagte bei der Klägerin ein Fertighaus mit massivem, wohnmäßig ausgebautem Untergeschoß, schlüsselfertig zum Preise von 134.525 DM zuzüglich 11 % Mehrwertsteuer. Der Betrag erhöhte sich später durch einige dem Umfange nach streitige Zusatzaufträge. Hinsichtlich der Zahlung wurde vereinbart, daß

- 30 % bei Baubeginn,
- 50 % bei Aufstellung des Fertighauses,
- 20 % bei schlüsselfertiger Übergabe

fällig sein sollten.

- 3 -

Die Klägerin versprach, das Haus noch im Jahre 1970 fertigzustellen. Sie ließ die Erdarbeiten jedoch erst im November 1970 ausführen. Die Beklagte zahlte die erste Rate von 47.991 DM.

Mit der Montage des Fertighauses begann die Klägerin am 9. Dezember 1970. Am Tage danach verlangte sie als zweite Rate 79.985 DM. Die Beklagte zahlte nicht; sie machte Mängel geltend.

Am 15. Januar 1971 trafen die Parteien folgende Vereinbarung:

- "1. Frau Ju■■■■ (die Beklagte) zahlt auf die zweite Baurate ... 50.000 DM.
2. Der Rest der zweiten Baurate wird fällig, wenn in dem Haus von Frau Ju■■■■ der Estrich, der Rigips und die Deckenplatten verlegt und die davor zu erbringenden Bauleistungen erbracht sind.
3. Die Firma Ge■■■■ KG (die Klägerin) garantiert Frau Ju■■■■, daß sie spätestens am 27.2.1971 das Haus beziehen kann. Die Parteien sind sich einig darüber, daß gewisse Restarbeiten nach Einzug fertiggestellt werden und dafür ein entsprechender Einbehalt gemacht wird."

Die 50.000 DM zahlte die Beklagte. Weitere Zahlungen leistete sie nicht.

Kurz vor dem Einzug im April 1971 besichtigten die Beklagte und ein Bevollmächtigter der Klägerin das Haus gemeinsam. Die Beklagte zog dabei ihren Bekannten Dr. De■■■■ und den Architekten Pr■■■■ hinzu. Sie rügte etwa 130 Mängel. Hiervon erkannte die Klägerin während



des Rechtsstreits einen großen Teil als berechtigt an. Darüber, ob die Mängel inzwischen beseitigt sind, besteht Streit.

Mit Rechnung vom 14. April 1971 verlangte die Klägerin 68.642,50 DM. Hiervon hat sie 65.642,50 DM nebst Zinsen eingeklagt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, weil die Forderung noch nicht fällig sei. Mit der Berufung hat die Klägerin nur noch 61.606,50 DM nebst Zinsen beansprucht. Das Oberlandesgericht hat die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung über die Höhe des Anspruchs an das Landgericht zurückverwiesen.

Mit der Revision bittet die Beklagte weiterhin um Abweisung der Klage. Die Klägerin beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hält die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt, weil die beiden letzten Raten mit dem Eintritt der am 15. Januar 1971 hierfür vereinbarten Bedingungen fällig geworden seien:

Für die Fälligkeit des Restes der zweiten Rate sei es den Parteien nicht auf eine vollständige Mängelfreiheit aller Leistungen der Klägerin angekommen, sondern

nur darauf, daß ein bestimmter Fertigungszustand erreicht sei, nämlich Estrich, Rigips und Deckenplatten verlegt und die davor zu erbringenden Bauleistungen erbracht seien. Das sei der Fall.

Die Fälligkeit der dritten Rate sei nicht von der Vollendung aller Arbeiten, geschweige von der Beseitigung aller Mängel abhängig gemacht worden. Es könne daher offen bleiben, ob die Beklagte die Leistungen der Klägerin abgenommen habe, ob sie hierzu verpflichtet sei oder ob ihr Einzug der Abnahme gleichstehe.

II.

Der Revision ist zuzugeben, daß dem Berufungsgericht Rechtsfehler unterlaufen sind. Individualvereinbarungen unterliegen einer Nachprüfung im Revisionsverfahren zwar nur insoweit, als gesetzliche Auslegungsregeln, Denkgesetze, Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verletzt sind (BGH, Urteil vom 18. Februar 1954 - IV ZR 145/53 = LM ZPO § 550 Nr. 5). Hier beanstandet die Revision aber mit Recht, daß das Berufungsgericht nicht alle entscheidungserheblichen Umstände gewürdigt hat.

1. Aus Rechtsgründen nicht angreifbar ist allerdings seine Feststellung, daß die Parteien in der Vereinbarung vom 15. Januar 1971 die Fälligkeit des Restes der 2. Rate von einem bestimmten Fertigungszustand abhängig gemacht haben und die Klausel "davor zu erbringende Bauleistungen" nicht die vollständige Mängelbeseitigung erfaßt; die hiergegen gerichtete Verfahrensrüge greift nicht durch (Art. 1 Nr. 4 EntlG).

Nicht haltbar ist dagegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin habe die in Nr. 2 jener Vereinbarung genannten Voraussetzungen bereits damit erfüllt, daß sie Estrich, Rigips und Deckenplatten überhaupt verlegt hat. Die Beklagte hatte nämlich zahlreiche Mängel bezeichnet (GA 130 f, 160-162), die nur dann behoben werden könnten, wenn Estrich, Rigips und Deckenplatten zuvor beseitigt würden.

Für ihre Behauptung hatte sie sich auf das Gutachten eines Sachverständigen bezogen (GA 162). Ist dieser Vortrag der Beklagten richtig - und davon ist für das Revisionsverfahren auszugehen -, so kann die Vereinbarung der Parteien unmöglich dahin ausgelegt werden, daß trotzdem der Rest der 2. Rate fällig geworden sei. Der Beklagten war nur mit einer solchen Verlegung von Estrich, Rigips und Deckenplatten gedient, die auch auf die Dauer Bestand haben konnte. Wenn Estrich, Rigips und Deckenplatten aber alsbald wieder entfernt werden mußten, war die - nur vorläufige - Verlegung sinnlos. Die Klägerin durfte nach Treu und Glauben die Vereinbarung vom 15. Januar 1971 keinesfalls dahin verstehen, daß die Beklagte auf Grund solcher sinnloser Leistungen zahlen wolle und müsse. Der Rest der zweiten Rate ist somit erst fällig, wenn Estrich, Rigips und Deckenplatten auch auf die Dauer verlegt bleiben können und nicht zur Nachbesserung davor zu erbringender Bauleistungen wieder entfernt werden müssen.

2. Unrichtig ist ferner, was das Berufungsgericht über die Fälligkeit der letzten Rate sagt.

a) Nach dem ursprünglichen Vertrage war diese Rate "bei schlüsselfertiger Übergabe" zu zahlen. "Schlüsselfertig" ist ein Haus dann, wenn es bezogen werden kann

und der Unternehmer eine in der Hauptsache vertragsmäßige, den Besteller zur Abnahme verpflichtende Leistung erbracht hat.

b) Daß die Parteien mit der Vereinbarung vom 15. Januar 1971 daran etwas geändert hätten, kann nicht angenommen werden. Daraus, daß "gewisse Restarbeiten" erst "nach Einzug fertiggestellt werden" sollten und "dafür ein entsprechender Einbehalt" zu machen war, durfte das Berufungsgericht nicht schließen, daß es für die Fälligkeit auf die Abnahme des Werkes gar nicht mehr ankomme und die gesamte Mängelbeseitigung unter den Begriff "gewisse Restarbeiten" falle. Dafür fehlt es an jedem Anhaltspunkt. Auf die auch in diesem Zusammenhang erhobene Verfahrensrüge kommt es nicht an.

III.

Das angefochtene Urteil ist nach alledem aufzuheben. Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Dieses muß nunmehr prüfen, ob die Beklagte das Werk abgenommen hat oder zur Abnahme verpflichtet ist. Der Umstand, daß ein Werk in Gebrauch genommen ist, wird zwar vielfach als Abnahme gewertet werden können (Senatsurteile vom 8. Oktober 1962 - VII ZR 29/61 - und vom 20. April 1967 - VII ZR 10/65 -). Im Einzelfall kann es aber auch anders sein. Hier hat die Beklagte behauptet, daß sie sich wegen der verspäteten Fertigstellung des Hauses in einer Zwangslage befunden habe und trotz schwerwiegender Mängel unter Protest habe einziehen müssen. Danach könnte eine Abnahme

hier möglicherweise zu verneinen sein (vgl. auch Ingenstau/Korbion, VOB, 6. Aufl., § 12 Rdn. 3). Ob eine Weigerung der Beklagten, das Werk abzunehmen, berechtigt war, hängt von Schwere und Ausmaß der Mängel ab, was das Berufungsgericht ebenfalls noch klären muß. Sollte das Werk weder abgenommen noch die Abnahme grundlos verweigert sein, so bleibt es bei der Vorleistungspflicht der Klägerin.

Vogt

Erbel

Schmidt

Recken

Doerry