

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 47/97

Verkündet am:
30. April 1998
Heinzelmann
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB §§ 634, 635

Die Fristsetzung eines Erwerbers von noch nicht fertiggestelltem Wohnungseigentum gegenüber dem Veräußerer zur Nachbesserung eines behebbaren Mangels am Gemeinschaftseigentum mit Ablehnungsandrohung, verbunden mit der Erklärung, alsdann Minderung zu fordern, ist aus Rechtsgründen wirkungslos.

BGH, Urteil vom 30. April 1998 - VII ZR 47/97 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. April 1998 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Lang und die Richter Prof. Dr. Thode, Hausmann, Dr. Wiebel und Dr. Kuffer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 23. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 23. Dezember 1996 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Die Klägerin wendet sich mit ihrer Zwangsvollstreckungsgegenklage gegen eine Restforderung der Beklagten aus einem notariellen Bauträgervertrag.

Sie erwarb 1993 von der beklagten Bauträgerin noch nicht fertiggestelltes Wohnungseigentum in D. zum Preis von 2.170.000 DM; wegen der Zahlung der einzelnen Raten unterwarf sie sich der sofortigen Zwangsvollstreckung. Nach ihrem Einzug Mitte 1994 fand am 24. März 1995 die Abnahme des Gemeinschaftseigentums statt, bei der u.a. vereinbart wurde, die Beklagte solle die Mängel in der ihr übergebenen Mängelliste prüfen. Falls die Beklagte die aufgelisteten Mängel nicht feststellen könne, sei sie gehalten, ein selbstständiges Beweisverfahren einzuleiten.

Die Klägerin hat die letzte Rate, die nach vollständiger Fertigstellung des Wohnungseigentums fällig ist, sowie einen Teil der vorletzten Rate bislang nicht gezahlt. Soweit in der Revision von Interesse, hat sie sich auf Schallschutzmängel berufen, die von Treppen und von einer im Sondereigentum eines Miteigentümers stehenden Schwimmhalle ausgehen sollen. Sie hat die Beklagte vorprozessual und nochmals im Rechtsstreit vergeblich unter Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung aufgefordert, die von ihr behaupteten Mängel zu beseitigen, und angekündigt, sie werde alsdann Minderung geltend machen.

Landgericht und Oberlandesgericht haben der Vollstreckungsgegenklage der Klägerin mit unterschiedlicher Begrün-



dung stattgegeben. Hiergegen richtet sich die Revision der Beklagten, die ihr Klageabweisungsbegehren weiterverfolgt.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

1. Das Berufungsgericht bejaht ein Rechtsschutzinteresse der Klägerin. Auch wenn die Parteien sich bei Abnahme am 24. März 1995 dahin geeinigt haben sollten, die Beklagte werde bis zur Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens nicht vollstrecken, sei dies unerheblich, da die Beklagte den Vollstreckungstitel noch in Händen habe. Zudem habe die Beklagte deutlich gemacht, daß sie an der Berechtigung ihrer Forderung festhalte und die Sache nunmehr im Prozeß geklärt werden solle.

2. Das hält rechtlicher Nachprüfung stand.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs besteht für eine Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO solange ein Rechtsschutzbedürfnis, als der Gläubiger den Vollstreckungstitel noch in Händen hat. Das gilt selbst dann, wenn der Gläubiger auf seine Rechte aus dem Titel verzichtet hat oder zwischen ihm und dem Schuldner Einigkeit darüber besteht, daß eine Zwangsvollstreckung nicht

mehr in Betracht kommt. Eine Ausnahme hat die Rechtsprechung nur bei einer Teilerfüllung zugelassen, soweit eine Zwangsvollstreckung nach den Umständen des Falles unzweifelhaft nicht mehr droht (z.B. BGH, Urteil vom 21. Januar 1994 - V ZR 238/92, NJW 1994, 1161, 1162).

Nach diesen Grundsätzen besteht das Rechtsschutzinteresse für die Vollstreckungsgegenklage auch dann, wenn die Parteien vereinbart haben, die Beklagte werde die Zwangsvollstreckung bis zum Abschluß eines selbständigen Beweisverfahrens nicht betreiben.

II.

Das Berufungsgericht führt aus, die Klägerin sei berechtigt, Nachbesserung wegen der Schallschutzmängel zu fordern. Ihre Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung sei rechtsunwirksam. Ferner sei die letzte Rate in Höhe von 75.950 DM nicht fällig, weil das Bauvorhaben wegen des unzureichenden Schallschutzes des Wohnungseigentums der Klägerin nicht vollständig fertiggestellt sei. Die beweispflichtige Beklagte habe die Mangelfreiheit nicht substantiiert dargetan.

Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht uneingeschränkt stand.

1. Das Berufungsgericht bestätigt zu Recht den Anspruch der Klägerin auf Nachbesserung der behebbaren Mängel am Gemeinschaftseigentum trotz ihrer Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung. Die Fristsetzung der Klägerin mit Ableh-

nungsandrohung, verbunden mit der Erklärung, alsdann Minderung zu fordern, war aus Rechtsgründen wirkungslos. Allein die Gemeinschaft war befugt, die Voraussetzungen für die Gewährleistungsansprüche auf Minderung und kleinen Schadensersatz zu schaffen.

Zu dieser von der Revision nicht angegriffenen Auffassung hat der Senat bislang nicht Stellung genommen. Er hat allerdings mehrfach betont, es sei allein Angelegenheit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer, zwischen Minderung und Schadensersatz, der nicht auf Rückgängigmachung des einzelnen Erwerbsvertrages gerichtet ist, zu wählen; dies hat der Senat aus der Gemeinschaftsbezogenheit dieser Rechte hergeleitet (z.B. Senatsurteil vom 10. Mai 1979 = VII ZR 30/87, BGHZ 74, 258, 264 f). Die herrschende Meinung in der Literatur hält darüber hinaus allein die Gemeinschaft für zuständig, bei behebbaren Mängeln am Gemeinschaftseigentum Frist mit Ablehnungsandrohung mit dem Ziel zu setzen, alsdann Minderung oder den kleinen Schadensersatz zu verlangen (so Koeble, Festschrift für Soergel, 125, 128; Weitnauer, ZfBR 1979, 84, 88; Pause, NJW 1993, 553, 556; differenzierend: Kleine-Möller/Merl/Oelmeier, Handbuch des privaten Baurechts, 2. Aufl., § 12 Rdn. 862 ff, 868; a.A. Werner/Pastor, Der Bauprozeß, 8. Aufl., Rdn. 493). Dies ist zutreffend.

Der einzelne Erwerber hat keine Befugnis, aus seinem Erwerbsvertrag heraus Einfluß auf die Rechte der anderen Wohnungseigentümer zu nehmen. Der Veräußerer kann nicht verpflichtet sein, einem Erwerber Minderung oder Schadensersatz wegen eines Mangels am Gemeinschaftseigentum zu

schulden, während ein anderer Erwerber noch berechtigt ist, Nachbesserung gerade dieses Mangels zu verlangen. Daher beginnt die Gemeinschaftsbezogenheit der Gewährleistungsrechte und damit die Zuständigkeit der Gemeinschaft bereits mit der Entscheidung über die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung, wenn Minderung oder kleiner Schadensersatz geltend gemacht werden soll. Nichts anderes gilt, wenn der Mangel an der im Sondereigentum eines Miteigentümers stehenden Schwimmhalle sich störend im Bereich des Sondereigentums der Klägerin auswirkt. Die Klägerin konnte nicht allein auf die Rechte dieses Miteigentümers Einfluß nehmen.

2. Das Vorbringen der Klägerin, die letzte Rate sei nicht fällig, da die im Vertrag vorausgesetzte vollständige Fertigstellung wegen der behaupteten Schallschutzmängel nicht vorliege, ist entgegen der Auffassung der Revision erheblich. Das Berufungsgericht hat die vertragliche Vereinbarung der Parteien über die Fälligkeit der letzten Rate, die § 3 Abs. 2 der Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV) entspricht, rechtsirrtumsfrei ausgelegt. Danach braucht die Klägerin die letzte Rate erst dann zu zahlen, wenn und soweit die vorleistungspflichtige Beklagte sämtliche Arbeiten erbracht und alle wesentlichen Mängel behoben hat.

3. Das Berufungsgericht hat die Anforderungen an die Substantiierung des Vortrages der Beklagten, ihr stehe die letzte Rate zu, da Schallschutzmängel nicht, jedenfalls aber nicht mehr vorhanden seien, überspannt.

a) Zu Recht hat das Berufungsgericht die Beklagte als darlegungspflichtig dafür angesehen, daß die von der Kläge-

rin behaupteten Schallschutzmängel nicht vorliegen. Dies hat es rechtsirrtumsfrei der von den Parteien bei der Abnahme des Gemeinschaftseigentums getroffenen Vereinbarung entnommen, die Beklagte solle ein Gutachten im selbständigen Beweisverfahren herbeiführen. Eine derartige Beweislastvereinbarung ist zulässig (Zöller/Greger, ZPO, 20. Aufl., vor § 284 Rdn. 23 m.w.Nachw.).

b) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der Sachvortrag einer Partei zur Begründung eines Anspruchs dann schlüssig und damit erheblich, wenn sie Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als in ihrer Person entstanden erscheinen zu lassen (z.B. Senatsurteil vom 12. Juli 1984 - VII ZR 123/83, NJW 1984, 2888, 2889).

Nach diesen Grundsätzen durfte das Berufungsgericht das Vorbringen der Beklagten zur Mangelfreiheit nicht als unsubstantiiert behandeln. Die Beklagte hat vorgetragen und unter Beweis gestellt, der Luft- und Trittschallschutz in den Wohnungen der Klägerin entspreche den Regeln der Technik, und zwar auch insoweit, als es um einen Komfort-Wohnungsbau gehe.

Damit hat die Beklagte hinreichend deutlich dargelegt, die vertraglich geschuldete Leistung im Hinblick auf den Schallschutz erbracht zu haben. Das Berufungsgericht konnte sich anhand des Erwerbervertrages, der Baubeschreibung und des Prospektes über das von der Beklagten zu errichtende Wohnungseigentum mit der Frage befassen, welche Anforderungen nach dem Vertrag oder nach den anerkannten Regeln der

Technik an den Schallschutz für das Wohnungseigentum der Klägerin zu stellen sind und ob die Beklagte diese erfüllt hat. Soweit die Beklagte selbst Messungen vorgenommen haben will, war sie aus Rechtsgründen nicht verpflichtet, die Meßergebnisse dem Gericht vorzulegen.

Die weitere Behauptung der Beklagten, sie habe jedenfalls die von der Klägerin konkret gerügten Ursachen der Schallbelästigung zwischenzeitlich beseitigen lassen, verdeutlicht ihren Vortrag; sie ist gleichfalls schlüssig. Dazu mußte sie entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht darlegen, welcher Unternehmer wann welchen Zustand nachgebessert hat.

c) Das Berufungsgericht wird nunmehr feststellen müssen, was die Beklagte nach dem Vertrag im Hinblick auf den Schallschutz schuldete. Sollte sich ergeben, daß bestimmte Schalldämm-Maße vereinbart waren, so wird das Gericht darüber Beweis erheben müssen, ob sie entsprechend der Behauptung der Beklagten eingehalten sind. Sollte die Vertragsauslegung nur allgemein einen "erhöhten" Schallschutz als vereinbart ergeben, so wird zu prüfen sein, ob die Parteien damit etwa die Vorschläge für einen erhöhten Schallschutz in der DIN-4109 Beiblatt 2 (Ausgabe November 1989) als verbindlich zugrunde gelegt haben. Erst wenn sich auch dazu keine Feststellungen treffen lassen, wird das Berufungsgericht die anerkannten Regeln der Technik als vertraglichen Mindeststandard und ihre Einhaltung festzustellen haben.

Das Berufungsgericht führt aus, die Klägerin sei nicht verpflichtet, 25.000 DM als noch offenen Teil der vorletzten Rate zu zahlen. Sie habe gegenüber der fälligen Rate ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht. Die Kosten zur Beseitigung der Schallschutzmängel seien auf 10.000 DM zu schätzen, so daß sie unter Berücksichtigung eines Druckzuschlages die Zahlung insgesamt verweigern könne.

Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

1. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die vorletzte Rate sei fällig, ist der Revision günstig; sie ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

2. a) Im Ansatz zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, der Klägerin könne ein Leistungsverweigerungsrecht zustehen. Die Frage, in welcher Höhe ein Wohnungseigentümer ein Leistungsverweigerungsrecht wegen ausstehender Mängelbeseitigung am Gemeinschaftseigentum gegenüber dem Restwerklohn des Veräußerers geltend machen kann, ist nur zweifelhaft, wenn sich mehrere Wohnungseigentümer hierauf berufen (vgl. hierzu Werner/Pastor, aaO Rdn. 482). Macht nur ein Erwerber Ansprüche geltend, kann er seine Leistung in Höhe der Mangelbeseitigungskosten unter Berücksichtigung des Druckzuschlages verweigern (so Werner/Pastor, aaO Rdn. 483 und Kleine-Möller/Merl/Oelmeier, aaO § 12 Rdn. 858).

b) Zu Recht rügt die Revision jedoch das Fehlen brauchbarer Anhaltspunkte, um die Höhe der Kosten für die Beseitigung der von der Klägerin behaupteten Schallschutzmängel gemäß § 287 ZPO schätzen zu können. Die Erwägungen

des Berufungsgerichts hierzu sind nicht nachvollziehbar. Es zeigt keinerlei Anhaltspunkte auf, die seine Schätzung von jedenfalls 10.000 DM begründen könnten.

c) Die Auffassung des Berufungsgerichts, ein möglicherweise bestehendes Leistungsverweigerungsrecht der Klägerin führe zum vollen Erfolg ihrer Vollstreckungsgegenklage, trifft nicht zu. Die Klägerin kann lediglich die rechtsgestaltende Erklärung verlangen, daß die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde nur Zug um Zug gegen Beseitigung der von ihr gerügten Mängel zulässig ist (vgl. Senatsurteil vom 14. Mai 1992 - VII ZR 204/90, BGHZ 118, 229, 242). Dieser Antrag ist in dem umfassenden Antrag, die Zwangsvollstreckung uneingeschränkt für unzulässig zu erklären, enthalten (vgl. Senatsurteil aaO S. 242). Sollten sich die von der Klägerin behaupteten Schallschutzmängel bestätigen, wird das Berufungsgericht dies bei der Tenorierung entsprechend den dargelegten Grundsätzen zu berücksichtigen haben.

IV.

Nach alledem kann das angefochtene Urteil nicht bestehenbleiben; es ist aufzuheben. Da weitere Feststellungen zu treffen sind, ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Lang

Thode

Hausmann

Wiebel

Kuffer