

**Dokumentnummer:** 4u12\_06  
**letzte Aktualisierung:** 04.04.2007

**OLG Zweibrücken, 21.12.2006 - 4 U 12/06**

BGB §§ 631, 633

**Bei Bauvertrag oder Bauträgervertrag sind auch die DIN-Normen einzuhalten, die nach Vertragsschluss (aber vor Bauerstellung) in Kraft treten**

## Gründe:

### I.

Die Klägerin ist Mitglied der Eigentümergemeinschaft der Wohnanlage „B... G...“ in F.... Die Eigentümergemeinschaft beauftragte die „Investoren“, die Zeugen T... und W... mit dem Bau einer Tiefgarage, welche die Beklagte errichtete. Mit notariellem Kauf- und Bauvertrag vom 23. Januar 2001 erwarb die Klägerin von den Investoren drei Tiefgaragenstellplätze der noch zu errichtenden Garage zum Preis von 37 000,00 DM je Garagenstellplatz. Auf den Kaufpreis der Eigentümer sollte der Erlös aus dem Verkauf weiterer 12 oberirdischer Stellplätze an andere Wohnungseigentümer oder Dritte angerechnet werden.

Nach der Errichtung der Tiefgarage bezahlte die Klägerin an die Investoren W... und T... einen Teil des Kaufpreises, welche ihre Ansprüche aus der notariellen Urkunde vom 23. Januar 2001, in welcher sich die Klägerin wegen des Kaufpreisanspruchs der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hatte, an die Beklagte abtraten.

Die Beklagte begehrt von der Klägerin Bezahlung des an sie abgetretenen Restkaufpreisanspruchs in Höhe von 17 753,40 EUR. Der zuständige Notar hat ihr in Höhe dieses Betrages am 14. Januar 2004 eine vollstreckbare Ausfertigung der Kaufvertragsurkunde ausgestellt. Die Klägerin hat wegen verschiedener Mängel und einer von den Investoren nicht erteilten Abrechnung über den Verkauf der Stellplätze beantragt, die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde für unzulässig zu erklären.

Durch das angefochtene Urteil, auf das zur Ergänzung des Tatbestands Bezug genommen wird, hat der Einzelrichter festgestellt, dass die Beklagte die Zwangsvollstreckung nur Zug um Zug gegen Erteilung einer Abrechnung und Beseitigung verschiedener Mängel betreiben dürfe.

Mit ihrer Berufung bekämpft die Beklagte das Urteil in vollem Umfang. Sie rügt die Rechtsauffassung des Einzelrichters unter Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags.

Ergänzend trägt sie vor:

Die nach Nrn. 1 a) und 1 e) des Urteilstenors Zug um Zug zu erbringende Abrechnung und die Fugenabdichtung an der vertikalen Gebäudetrennfuge der Absatzrampe der Tiefgarage seien mittlerweile erfolgt.

Sie beantragt,

das angefochtene Urteil zu ändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie behauptet, dass über die Fugenabdichtung Wasser in die Garage eindringe.

Auf die gewechselten Schriftsätze und vorgelegten Urkunden wird zur Ergänzung des Tatbestands Bezug genommen.

## II.

Die zulässige Berufung bleibt ohne Erfolg.

Die Klägerin erhebt eine Vollstreckungsabwehrklage nach §§ 767 Abs. 1, 794 Nr. 5, 795 ZPO. Auf ihre Einwendungen sind gemäß § 797 Abs. 4 ZPO die Präklusionsvorschriften des § 767 Abs. 2 ZPO nicht anwendbar. Der Einzelrichter hat deshalb zutreffend festgestellt, dass die Beklagte die Zwangsvollstreckung nur Zug um Zug gegen Erteilung einer Abrechnung und Sanierung verschiedener Mängel betreiben dürfe. Dieser Ausspruch ist grundsätzlich möglich (vgl. Zöller/Herget, ZPO 25. Aufl., § 767 Rdnr. 13 "Zug um Zug"). Erfolglos erstrebt die Beklagte den Wegfall des "Zug um Zug"-Vorbehaltes.

Da die Beklagte gegen die Klägerin aus abgetretenem Recht den Anspruch der "Investoren" T... und W... auf Zahlung des restlichen Kaufpreises aus dem notariellen Kauf- und Bauvertrag vom 23. Januar 2001 geltend macht, muss sie sich gemäß § 404 BGB die Einwendungen und Einreden entgegenhalten lassen, welche der Klägerin aus dem genannten Vertrag gegen die "Investoren" zustehen. Da der Vertrag am 22. Januar 2001 geschlossen wurde, beurteilen sich die Einwendungen und Einreden der Klägerin gemäß Art. 229 § 5 EGBGB nach dem bürgerlichen Gesetzbuch in der bis 1. Januar 2002 geltenden Fassung.

Der zwischen der Klägerin und den "Investoren" geschlossene Kauf- und Bauvertrag beinhaltet einen sog. Bauträgervertrag. Die Klägerin kaufte von den "Investoren" Eigentumsanteile einer noch zu errichtenden Tiefgarage. Ein solcher Vertrag ist ein Vertrag eigener Art, der sowohl kaufvertragliche als auch werkvertragliche Elemente enthält. Soweit es sich um die Errichtungsverpflichtung bzw. Mängel an dem Bauwerk handelt, beurteilt sich die Haftung des Bauträgers nach Werkvertragsrecht (allg. Meinung vgl. Werner/Pastor, Der Bauprozess 11. Aufl. Rdnr. 1444; Palandt/Sprau, BGB 65. Aufl., § 675 Rdnr. 14 m.w.N.; vor § 633 Rdnr. 3).

Bezüglich der von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche gilt somit Folgendes:

### **1. Erteilung einer Abrechnung**

Wie die Beklagte nicht in Frage stellt, steht der Klägerin gegen die Investoren nach § 259 BGB der vom Einzelrichter festgestellte Auskunftsanspruch über den Erlös der außerhalb der Tiefgarage gelegenen Stellplätze zu, weil dieser nach § 3 des notariellen Kaufvertrages auf den Kaufpreis für die einzelnen Tiefgaragenstellplätze umgelegt und angerechnet werden sollte. Die Investoren sind deshalb verpflichtet, der Klägerin eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben vorzulegen, damit sie die Berechtigung der Abrechnung nachprüfen kann (allg. Meinung vgl. Palandt/Heinrichs, BGB aaO, § 261 Rdnr. 20). Die Beweislast dafür, dass die Klägerin eine solche Abrechnung erhalten hat, trägt die Beklagte, die sich insoweit auf Erfüllung beruft (vgl. Palandt/Heinrichs aaO, § 320 Rdnr. 14).

Die Beklagte hat weder dargetan noch bewiesen, dass die Klägerin die im Urteil des Einzelrichters ihr zuerkannte Abrechnung erhalten hat. Sie hat sich lediglich pauschal darauf berufen, die "Investoren" hätten mittlerweile "die Abrechnung" erteilt, was die Klägerin bestreitet.

### **2. Entlüftungsanlage**

Zutreffend hat der Einzelrichter angenommen, dass die Klägerin einen Anspruch auf Einbau der im notariellen Kaufvertrag vorgesehenen Abluftanlage hat. Darin war eine maschinelle Lüftungsanlage, bestehend aus zwei getrennten Systemen, vorgesehen, die unstreitig nicht eingebaut ist. Unabhängig davon, dass der Sachverständige W... die vertraglich vorgesehene Lüftungsanlage für entbehrlich erachtet hat, weil die vorhandene, natürliche Lüftung ausreichend sei, besteht

der Anspruch der Klägerin auf Einbau der Anlage fort, wobei dahinstehen kann, ob sich der Anspruch als Erfüllungsanspruch aus § 631 Abs. 1 BGB ergibt oder das Fehlen der Anlage als Abweichung von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit und mithin als Fehler im Sinne von § 633 BGB a. F. (vgl. dazu BGH NJW 1999, 2432; Palandt/Sprau BGB 61. Aufl., § 633 Rdnr. 2 m.w.N.) anzusehen ist.

Die Beklagte kann das Fehlen der Anlage nicht mit § 2 des notariellen Kaufvertrages begründen, worin sich die Verkäufer "Änderung in der Planung, der Ausführungsart, den vorgesehenen Baustoffen und Einrichtungsgegenständen ..., soweit sie sich technisch oder wirtschaftlich als zweckmäßig oder notwendig erweisen oder auf behördlichen Auflagen berufen" vorbehalten hatten. Solche Abweichungen durften nach den vertraglichen Bestimmungen nicht "wert- oder gebrauchsmindernd" sein. Zutreffend hat der Einzelrichter insoweit ausgeführt, dass das Weglassen der vertraglich zugesagten Belüftungsanlage zu einer Wertminderung der Tiefgarage führte und ihr Einbau schon deshalb nicht unterbleiben durfte. Die Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, dass der unterbliebene Einbau der Entlüftungsanlage technisch und wirtschaftlich deshalb sinnvoll gewesen sei, weil diese nächtliche Geräusche und jährliche Folgekosten in Höhe von 5 000,00 € verursacht hätte. Die Klägerin hatte im notariellen Kaufvertrag Stellplätze in einer Tiefgarage mit Entlüftungsanlage erworben, deren Kosten die "Investoren" in den von der Klägerin zu entrichtenden Kaufpreis einkalkuliert hatten. Da die Beklagte auf der Bezahlung des vollen Kaufpreises durch die Klägerin besteht und die Tiefgaragen nicht den vertraglichen Vereinbarungen entspricht, muss sie sich das Fehlen der Entlüftungsanlage entgehen lassen.

### **3. Aufbringung eines Belags aus Gussasphalt oder Betonpflaster auf der Bodenplatte**

Insoweit ist das angefochtene Urteil im Ergebnis richtig.

Dem Einzelrichter kann allerdings nicht darin gefolgt werden, der Klägerin stehe ein Zurückbehaltungsrecht zu, weil sie die Aufbringung eines Belags aus Gussasphalt oder Betonpflaster auf der Bodenplatte verlangen könne, da ein solcher in der Baubeschreibung des Architekten J... vom 16. März 2002 vorgesehene Belag fehle.

Denn der Sachverständige W... hat in seinem schriftlichen Gutachten vom 26. April 2005 ausgeführt, dass die in der Baubeschreibung des Architekten vorgesehene Ausführung ungeeignet sei und empfohlen, von einer solchen Ausführung abzusehen, weil die in der Baubeschreibung vorgesehene Oberflächenausführung Schadensrisiken beim Anschluss an die Wände und Stahlbetonstützen sowie bei der Abdichtung gegen das unter der Bodenebene anstauende Wasser berge. Es war deshalb nicht fehlerhaft, wenn die Verkäuferseite den in der Baubeschreibung vorgesehenen, jedoch zu einem Mangel führende Bodenbelag nicht aufbrachte.

Der aus einer monolithischen Stahlbetonplatte bestehende Boden der Tiefgarage ist aber nach den Feststellungen des Sachverständigen W... dennoch mangelhaft, weil er nur maschinell geglättet wurde, jedoch keine der DIN 1045, Teil I, Tabelle 3 entsprechenden Belag aufweist, welcher beständig gegen Wasser und Taumittel ist, so dass die Klägerin Beseitigung dieses Mangels verlangen kann.

Die Beklagte kann nicht damit gehört werden, dass die DIN-Norm erst im Juli 2001 und damit nach Abschluss des notariellen Kaufvertrages (23. März 2001) in Kraft getreten ist, weil der Boden der Tiefgarage erst nach Gültigwerden der DIN-Norm hergestellt wurde.

Aufgrund des notariellen Kaufvertrages vom 23. März 2001 hatte die Klägerin gegen die "Investoren" einen Anspruch auf mangelfreie Herstellung der erworbenen Tiefgaragenplätze, § 631 Abs. 1 BGB. Die Verkäufer waren verpflichtet, das Bauwerk unter Beachtung der anerkannten

Regeln der Technik und des Handwerks, insbesondere auch der DIN-Normen zu erstellen (allg. Meinung vgl. Palandt/Sprau BGB 65. Aufl., § 633 Rdnr. 6 m.w.N.). Auch wenn die DIN 1045 Teil I Tabelle 3 im Zeitpunkt des Abschlusses des notariellen Kaufvertrages noch nicht in Kraft getreten war, mussten die Beteiligten des Bauvorhabens ihr Inkrafttreten berücksichtigen und auch schon vorher die Regeln des Handwerks beachten. Denn die Regeln der Technik haben eine Eigendynamik und können sich auch "lautlos" weiterentwickeln bzw. verändern. Die am Bau Beteiligten müssen sich deshalb ständig (auch über DIN-Normen) informieren (OLG Hamm, BauR 2003, 567; Werner/Pastor, Der Bauprozess 11. Aufl., Rdnrn. 1462, 1463).

Unstreitig wurde der Boden der Tiefgarage im ersten Halbjahr 2002, mithin nach Inkrafttreten der DIN-Norm gebaut. Darüber hinaus, hat der Sachverständige W... bei der mündlichen Erläuterung seines Gutachtens angegeben, dass er sogar schon im März 2001 den Boden der Tiefgarage nur mit der vorgenannten Beschichtung ausgeschrieben hätte. Unabhängig davon, ob die Beklagte als ausführender Bauunternehmer in Ansehung der anders lautenden Ausschreibung des Architekten J... den Mangel mitzuverantworten hat, steht der Klägerin wegen ihres Mangelbeseitigungsanspruchs jedenfalls gegenüber den "Investoren" ein Zurückbehaltungsrecht zu, das sich die Beklagte – wie ausgeführt – nach § 404 BGB entgegenhalten lassen muss.

#### **4. Verpressung der vorhandenen Risse**

Zutreffend hat der Einzelrichter der Klägerin auch insoweit ein Zurückbehaltungsrecht zuerkannt, weil der Sachverständige W... in dem Bodenbelag Risse festgestellt und deren Verpressung für notwendig erachtet hat.

Vergeblich rügt die Beklagte, dass der Ausspruch über das Zurückbehaltungsrecht nicht "bestimmbar" sei. Die Beklagte bestreitet weder die Feststellungen des Sachverständigen noch die Notwendigkeit einer Verpressung. Sie führt selbst aus, dass das Verpressen eine "ganz übliche Methode zur Mängelbeseitigung" sei, so dass der Senat keinen Zweifel daran hat, dass der Urteilstenor auch insoweit bestimmbar ist.

#### **5. Weißer Anstrich**

Vergeblich beruft sich die Beklagte darauf, dass die Eigentümergemeinschaft die Anbringung des fehlenden Anstrichs wegen der Folgekosten abgelehnt habe. Der Einzelrichter hat zutreffend ausgeführt, dass der Vortrag der Beklagten insoweit substantiiert ist. Die Eigentümer bilden eine Wohnungseigentümergeinschaft, deren Entscheidungen nach § 23 WEG eines Beschlusses der Gemeinschaft bedürfen. Ein solcher liegt nicht vor. Wie der Geschäftsführer der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat eingeräumt hat, haben lediglich einige der Eigentümer erklärt, den Anstrich nicht (mehr) zu wünschen. Das genügt nicht, um die Beklagte von der Verpflichtung zu befreien, den vertraglich vorgesehenen Anstrich aufzubringen.

#### **6. Fugenabdichtung**

Die Beklagte hat insoweit lediglich geltend gemacht, die im Urteil des Einzelrichters vorgesehene Fugenabdichtung eingebracht zu haben. Die Klägerin hat jedoch im Berufungsverfahren – von der Beklagten unwidersprochen – vorgetragen, dass dennoch über die Fugen Wasser in die Garage eindringe. Die Beklagte hat damit nicht nachgewiesen, dass sie ordnungsgemäß nachgebessert hat.

7. Gegenüber dem somit aufrechtzuerhaltenden "Zug-um-Zug"-Vorbehalt kann die Beklagte nicht einwenden, dass die Klägerin ihr Zurückbehaltungsrecht nur in Höhe des Anteils an den Sanierungskosten geltend machen könne, der ihrem Miteigentumsanteil (3 x 17,03/1000) ent-

spreche. Die Beklagte muss sich die Einreden entgegenhalten lassen, welche der Klägerin gegenüber den Veräußerern ("Investoren") zustehen. Diesen gegenüber kann sie – auch soweit es sich um Mängel am Gemeinschaftseigentum handelt – die vollen Gewährleistungsansprüche entgegenhalten und ist nicht auf ihren Eigentumsanteil beschränkt (BGH BauR 2004, 1148; Werner/Pastor aaO Rdnr. 478, jew. m.w.N.).

**8.** Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, die über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 709 Satz 1, 711 ZPO.

**9.** Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat, noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern (§ 543 Abs. 2 ZPO).