

# Bundesgerichtshof

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

§§ 284, 320, 326, 478 BGB

- 1. Der Käufer kann nach Auflassung und Übergabe des Grundstücks wegen etwaiger Sachmängel die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach § 320 BGB nicht mehr erheben. Der Käufer ist vielmehr auf die ihm durch die kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften eingeräumten Rechte beschränkt.**
- 2. Auch ohne Spezifizierung des Gewährleistungsanspruchs kann er den Kaufpreis vielmehr schon dann und insoweit einbehalten, als er überhaupt berechtigt ist, Wandlung, Minderung oder Schadensersatz zu verlangen. Die Zulässigkeit einer solchen allgemeinen Mängelinrede auf der Grundlage eines noch nicht näher konkretisierten Gewährleistungsanspruchs wird in § 478 BGB praktisch vorausgesetzt.**
- 3. Es reicht aus, wenn die Mängelinrede sowohl vor als auch während des Prozesses ausdrücklich erhoben wird.**

BGH, Urteil vom 18.01.1991; Az.: V ZR 11/90

### **Tatbestand:**

Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 13. März 1985 verkauften die Kläger den Beklagten unter Ausschluß jeder Gewährleistung ein mit einem Dreifamilienhaus bebautes Grundstück, auf dem sie einen Handel mit gebrauchten Baustoffen betrieben hatten. Der Beklagte zu 1 sollte zu 3/4 und der Beklagte zu 2 zu 1/4 Miteigentümer werden. Von dem Kaufpreis in Höhe von 350.000 DM waren 50.000 DM nach Eintragung der Auflassungsvormerkung fällig, der Rest spätestens am 1. Oktober 1985. Die Übergabe erfolgte am 21. März 1985.

Mit notariellem Vertrag vom 30. Mai 1985 trat der Beklagte zu 2 seinen Erwerbsanspruch an den Beklagten zu 1 ab.

Die Beklagten zahlten bei Fälligkeit nur die 50.000 DM. Weitere 100.000 DM zahlten sie erst am 20. März 1986. Mit einem an den Beklagten zu 1 gerichteten Schreiben vom 26. März 1986 verlangten die Kläger die Zahlung des Kaufpreisrestes unter Fristsetzung bis zum 12. April 1986 und Ablehnungsandrohung. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist forderten sie mit anwaltlichem Schreiben vom 15. April 1986 den Beklagten zu 1 auf, ihnen das Grundstück herauszugeben und es von Belastungen durch Grundpfandrechte freizumachen.

Die Kläger verlangen von den Beklagten die Herausgabe des Grundstücks, von Urkunden über die Bestellung der eingetragenen Grundschulden und der bereits vorhandenen Löschungsbewilligungen sowie die Einwilligung in die Löschung der eingetragenen Auflassungsvormerkung. Ferner stellen sie gegenüber dem Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises u. a. einen Anspruch auf Zahlung von Verzugszinsen und Nutzungsentschädigung zur Verrechnung.

Die Beklagten machen geltend, die Kläger hätten ihnen Mängel arglistig verschwiegen und fordern einredeweise Schadensersatz.

Das Landgericht hat den Beklagten zu 1 zur Herausgabe des Grundstücks und beide Beklagte zur Herausgabe der in ihrer Hand befindlichen Löschungsbewilligungen und der Grundschuldbestellungsurkunde sowie zur Bewilligung der Löschung der Auflassungsvormerkung verurteilt, und zwar Zug um Zug gegen Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 77.111,11 DM. Das Oberlandesgericht hat ein Grundurteil erlassen und insoweit die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgen die Beklagten ihren Antrag auf Klageabweisung weiter. Die Kläger beantragen, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

### **Entscheidungsgründe:**

I. Das Berufungsgericht hat über den Grund des Klageanspruchs vorab entschieden. Das ist nach dem Gegenstand der Klageanträge unzulässig, wie die Revision zu Recht rügt.

Eine Vorabentscheidung über den Grund kann nach § 304 ZPO nur ergehen, wenn der Anspruch nach Grund und Betrag streitig ist. Der Anspruch muß daher auf Zahlung (oder auf Leistung anderer vertretbarer Sachen) gerichtet sein. Das trifft weder für die mit den Klageanträgen zu a) und b) geltend gemachten Herausgabeansprüche (Senatsurt. v. 24. Februar 1984, V ZR 187/82, NJW 1984, 2213) noch auf den unter c) geltend gemachten Anspruch auf Löschungsbewilligung zu. Eine Umdeutung des unzulässigen Grundurteils in ein (Teil-)Feststellungsurteil kommt nicht in Betracht (Senatsurt. aaO).

Soweit das Berufungsgericht außerdem meint, daß auch der geltend gemachte Zinsanspruch sowie der Anspruch auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung dem Grunde nach gerechtfertigt seien, handelt es sich nicht um einen mit der Klage geltend gemachten Anspruch, sondern um (unselbständige) Rechnungsposten in dem Abrechnungsverhältnis (vgl. BGHZ 87, 156, 159), auf das die Beklagten ihr Zurückbehaltungsrecht stützen. Solche Posten betreffen die Höhe der Einrede und können ebenfalls nicht Gegenstand eines Grundurteils sein.

Das Berufungsurteil ist somit unzulässig und kann deshalb keinen Bestand haben.

Auf diesen Verfahrensmangel käme es jedoch nicht an, wenn die Klage unbegründet wäre. Daher ist auch eine sachliche Nachprüfung der Entscheidung geboten.

II. Das Berufungsgericht vertritt die Auffassung, die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs nach § 326 BGB seien gegeben. Etwaige Mängel des Grundstücks könnten nach Gefahrübergang nur nach Maßgabe der kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften geltend gemacht werden. Die Geltendmachung eines Leistungsverweigerungsrechts sei ausgeschlossen.

Dies hält der revisionsgerichtlichen Nachprüfung ebenfalls nicht stand.

1. Zutreffend geht das Berufungsgericht allerdings in rechtlicher Hinsicht davon aus, daß der Käufer nach Auflassung und Übergabe des Grundstücks wegen etwaiger Sachmängel die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach § 320 BGB nicht mehr erheben kann (RGZ 66, 332, 333; BGHZ 10, 242, 249; Staudinger/Otto, BGB 12. Aufl. § 320 Rdn. 24; BGB-RGRK/Ballhaus 12. Aufl. § 320 Rdn. 19; Erman/Weitnauer, BGB 8. Aufl. vor § 459 Rdn. 17; Soergel/Wiedemann, BGB 11. Aufl. § 320 Rdn. 51; a.A. MünchKomm/Emmerich 2. Aufl. § 320 Rdn. 4). Der Käufer ist vielmehr auf die ihm durch die kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften eingeräumten Rechte beschränkt. Dies bedeutet aber entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht, daß der Käufer die Zahlung des Kaufpreises nur und in dem Umfang verweigern darf, als er sich für einen der Ansprüche auf Wandelung, Minderung oder Schadensersatz entscheidet. Auch ohne Spezifizierung des Gewährleistungsanspruchs kann er den Kaufpreis vielmehr schon dann und insoweit einbehalten, als er überhaupt berechtigt ist, Wandlung, Minderung oder Schadensersatz zu verlangen (MünchKomm/H.P. Westermann 2. Aufl. § 465 Rdn. 18).

Die Zulässigkeit einer solchen allgemeinen Mängelinrede auf der Grundlage eines noch nicht näher konkretisierten Gewährleistungsanspruchs wird in § 478 BGB praktisch vorausgesetzt. Wenn allein die rechtzeitige Mängelanzeige den Käufer schon berechtigt, die Zahlung des Kaufpreises ganz oder teilweise "auch" nach Vollendung der Verjährung zu verweigern, dann eben auch vorher. Der Käufer, der den Kaufpreisanspruch abwehren will, soll sich wegen des ihm zustehenden Wahlrechts nicht auf einen bestimmten Gewährleistungsanspruch festlegen müssen, solange der Verkäufer seine Forderung nicht einklagt und der Stand des Prozesses den Käufer nicht zwingt, sich zu entscheiden (vgl. MünchKomm/ H.P. Westermann aaO; Soergel/Huber aaO).

Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß die Beklagten bis zu dem Schreiben vom 15. April 1986, mit dem die Kläger die Rückgabe des Grundstücks verlangt haben, Mängelrechte nicht geltend gemacht haben. Es hält deswegen die Voraussetzungen des § 326 BGB für erfüllt. Auch dies trifft nicht zu.

Voraussetzung für die Entstehung des Schadensersatzanspruchs aus § 326 BGB ist, daß sich der Schuldner bei der Nachfristsetzung noch in Verzug befand. Daran fehlt es, wenn und soweit die Kläger Mängel des Grundstücks arglistig verschwiegen haben und den Beklagten deswegen ihrerseits ein Schadensersatzanspruch zusteht. Denn der Schuldner kommt nicht in Verzug, wenn er sich auf eine Einrede stützen kann, die ihm ein dauerndes oder wenigstens zeitweiliges Leistungsverweigerungsrecht gewährt (st. Rspr. BGHZ 34, 191, 197; 48, 249, 250; 104, 6, 11). Eine solche, zur dauernden Leistungsverweigerung berechtigende Einrede stellt auch die Mängelinrede nach § 478 BGB dar (BGH, Urt. v. 16. Mai 1984, VIII ZR 18/83, WM 1984,

1095, 1097; Soergel/Wiedemann, BGB 12. Aufl. § 284 Rdn. 14). Ob allerdings schon das bloße Bestehen einer Einrede oder erst ihre Geltendmachung dem Gläubiger gegenüber den Verzug ausschließt, hat der Bundesgerichtshof bisher offengelassen (BGHZ 104, 6, 12). Die Frage braucht auch hier nicht entschieden zu werden. Denn die Beklagten haben die Mängleinrede sowohl vor als auch während des Prozesses ausdrücklich erhoben. Dies reicht aus, um einen Verzug von dem Zeitpunkt an und in dem Umfang zu verneinen, der den Schuldner zur Erhebung der Einrede berechtigte. Das hat der Bundesgerichtshof für die Verjährungseinrede ausdrücklich anerkannt (BGHZ 104, 6, 12). Für die Mängleinrede kann nichts anderes gelten (vgl. Soergel/ Wiedemann aaO Rdn. 14, 15 m.w.N.), sofern Treu und Glauben nicht ausnahmsweise etwas anderes gebieten. Macht also der Käufer eines Grundstücks, nachdem er unter Nachfristsetzung und Ablehnungsandrohung erfolglos zur Zahlung des Kaufpreises aufgefordert wurde, in dem Prozeß auf Rückgabe Mängel geltend, so hängt die Entscheidung, ob er sich mit der Kaufpreiszahlung in Verzug befunden hat, von dem Ergebnis seiner auf die Mängleinrede gestützten Verteidigung ab. Entscheidet er sich mit Erfolg für die Wandlung oder den großen Schadensersatz, so fehlt es für ein Vorgehen nach § 326 BGB an den gesetzlichen Voraussetzungen. Will und darf er mindern oder kleinen Schadensersatz verlangen, kommt es darauf an, ob hinsichtlich der verbleibenden Kaufpreisforderung ein Verzug noch wirksam begründet worden ist.

Nach alledem hängt die Begründetheit der Klage nach dem bisherigen Streitstand davon ab, ob und in welcher Höhe die Beklagten von den Klägern Schadensersatz wegen arglistiger Täuschung verlangen können.

Damit das Berufungsgericht die entsprechenden Feststellungen treffen kann, ist die Sache zurückzuverweisen. Das Berufungsgericht wird dabei auch zu prüfen haben, unter welchem rechtlichen Gesichtspunkt und aufgrund welcher Tatsachen der Beklagte zu 2 das Schreiben vom 26. März 1986 gegen sich gelten lassen muß.