

**BGH 7. Zivilsenat**, Urteil vom 14. Mai 1992, Az: VII ZR 204/90

ZPO § 732 Abs 1 S 1, ZPO § 767, ZPO § 794 Abs 1 Nr 5, ZPO § 795 S 1, ZPO § 797 Abs 2, AGBG § 1, AGBG § 11 Nr 2 Buchst a, BGB § 320, GewO§34cDV

Zulässigkeit der auf Einwendungen gegen den titulierten Anspruch gestützten Vollstreckungsgegenklage ohne Verweisung auf Klauselerinnerung trotz möglicherweise materiellrechtlich unwirksamer Unterwerfungserklärung; Umfang der Darlegungslast für das Vorliegen eines Bauträger-Formularvertrags; Beschränkung des Leistungsverweigerungsrechts auf anerkannte oder rechtskräftig festgestellte Forderungen in Bauträger-AGB

### **Leitsatz**

**1. Ist eine gemäß ZPO § 794 Abs 1 Nr 5 notariell beurkundete Unterwerfungserklärung nach Form und Inhalt zur Zwangsvollstreckung geeignet und mit der Vollstreckungsklausel versehen, ist eine Vollstreckungsgegenklage nach ZPO § 767 unabhängig davon zulässig, ob die Unterwerfungserklärung aus materiellrechtlichen Gründen unwirksam ist (Abweichung BGH, 21. Mai 1987, VII ZR 210/86, NJW-RR 1987, 1149 = WM IV 1987, 1232).**

**2. Die Unwirksamkeit des Titels wird in einer auf Einwendungen gegen den titulierten Anspruch gestützten Vollstreckungsgegenklage nicht geprüft.**

**3. Der Erwerber genügt seiner Darlegungslast für das Vorliegen Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch Vorlage eines Bauträgervertrages, der nach seiner inhaltlichen Gestaltung allem Anschein nach für eine mehrfache Verwendung entworfen und vom Bauträger gestellt wurde.**

**4. Das dem Erwerber gegenüber dem Ratenzahlungsverlangen des Bauträgers zustehende Leistungsverweigerungsrecht nach BGB § 320 kann in einem Formularvertrag nicht dahin beschränkt werden, daß es nur wegen anerkannter oder rechtskräftig festgestellter Forderungen geltend gemacht werden dürfe.**

### **Orientierungssatz**

1. Eine rechtskräftige Entscheidung über die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung wegen der Unwirksamkeit des Titels kann der Schuldner mit einer gesonderten Klage herbeiführen, die mit der Vollstreckungsgegenklage verbunden werden kann. Ob es sich dabei um eine Feststellungsklage gemäß ZPO § 256 oder in analoger Anwendung des ZPO § 767 um eine prozessuale Gestaltungsklage handelt, bleibt offen.

2. Ob eine Unterwerfungserklärung in einem notariellen Bauträgervertrag, die ohne Nachweis der Kaufpreisfälligkeit mit der Vollstreckungsklausel versehen werden darf, wirksam oder wegen eines Verstoßes gegen die Makler- und Bauträgerverordnung oder das AGB-Gesetz unwirksam ist, bleibt offen.

3. Offen bleibt auch, ob die Vollstreckungsfähigkeit eines Titels überhaupt noch als Zulässigkeitsvoraussetzung der Vollstreckungsgegenklage angesehen werden kann oder jedenfalls dann in der Revision nicht mehr zu prüfen ist, wenn bis zum Abschluß des Berufungszuges keine der Parteien die Auffassung vertreten hat, die Klage richte sich gegen einen unwirksamen Vollstreckungstitel.

## **Fundstellen:**

BGHZ 118, 229-242 (Leitsatz und Gründe)  
NJW 1992, 2160-2163 (Leitsatz und Gründe)

## **Tatbestand**

Die Beklagte verkaufte mit notariellem Vertrag an die Kläger ein Grundstück und verpflichtete sich gleichzeitig zur Errichtung einer Doppelhaushälfte. Die Fälligkeit des Kaufpreises war entsprechend der Makler- und Bauträgerverordnung geregelt.

Wegen der Kaufpreisforderung unterwarfen sich die Kläger der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde in ihr ganzes Vermögen. Der Notar wurde ermächtigt, jederzeit vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde ohne besonderen Fälligkeitsnachweis zu erteilen. Der Vertrag enthielt zudem folgende Regelung:

"Aufrechnung sowie die Geltendmachung von Zurückbehaltungsrechten sind nur mit anerkannten oder rechtskräftig festgestellten Gegenforderungen zulässig."

Wegen von ihnen gerügter Mängel verweigerten die Kläger die Zahlung der fünften und sechsten (letzten) Kaufpreisrate. Auf Veranlassung der Beklagten wurden vollstreckbare Ausfertigungen des notariellen Erwerbsvertrages erteilt und zugestellt. Mit ihrer Klage haben die Kläger beantragt, die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde für unzulässig zu erklären. Sie haben wegen der in einem Schiedsgutachten bestätigten Mängel die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erhoben.

Das Landgericht hat den Klägern wegen dieser Mängel ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem noch offenen Restkaufpreis von 81.900 DM zugestanden und der Klage ohne Einschränkung stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht die Klage abgewiesen, soweit sie sich gegen die Vollstreckung wegen der fünften Rate richtet. Die Vollstreckung wegen der sechsten Rate hat das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit dem Landgericht für unzulässig gehalten. Mit ihrer Revision erstreben die Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

## **Entscheidungsgründe**

I.  
Die Klage ist zulässig.

Es handelt sich um eine Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 ZPO in Verbindung mit §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 795, 797 ZPO. Ziel dieser Klage ist es, die Vollstreckungsfähigkeit des in der notariellen Urkunde titulierten Zahlungsanspruches zu beseitigen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist es deshalb eine Zulässigkeitsvoraussetzung der Vollstreckungsgegenklage, daß überhaupt ein vollstreckungsfähiger und in diesem Sinne wirksamer Titel vorliegt (BGHZ 22, 54, 56).

1. In Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, ob eine Unterwerfungserklärung in einem notariellen Bauträgervertrag, die ohne Nachweis der Kaufpreisfälligkeit mit der Vollstreckungsklausel versehen werden darf, wirksam ist. Überwiegend wird diese Frage bejaht (OLG Celle NJW-RR 1991, 667; OLG Hamm BB 1991, 865; OLG München NJW-RR 1992, 125; LG München II NJW-RR 1990, 1465; LG Mönchengladbach NJW-RR 1991, 696; AG Köln DNotZ 1990, 579; Rastätter NJW 1991, 392; Wolfsteiner DNotZ 1990, 531, 544 ff;

Reithmann in Reithmann/Meichssner/von Heymann, Kauf vom Bauträger, 6. Aufl., Kap. B Rdn. 218 ff; wohl auch Münch NJW 1991, 795, 801; differenzierend OLG Nürnberg NJW-RR 1990, 1467). Teilweise wird sie unter Annahme eines Verstoßes gegen die Makler- und Bau-trägerverordnung generell für den Bau-trägervertrag (Ritzinger BWNotZ 1990, 25; dazu Reithmann BWNotZ 1990, 88; Bedenken auch bei Klosak BB 1984, 1125) oder jedenfalls für den Fall verneint, daß die Unterwerfung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen erfolgt (OLG Koblenz BauR 1988, 748; LG Mainz DNotZ 1990, 567; LG Köln DNotZ 1990, 570, 571; LG Waldshut-Tiengen NJW 1990, 192). Insoweit wird ein Verstoß gegen § 11 Nr. 15 AGB-Gesetz angenommen.

2. Der Senat braucht diese Frage nicht zu entscheiden. Auch wenn die vorliegende Unterwerfungserklärung wegen eines Verstoßes gegen die Makler- und Bau-trägerverordnung oder das AGB-Gesetz unwirksam ist, liegt ein vollstreckungsfähiger Titel vor. Offen bleiben kann deshalb auch, ob die Vollstreckungsfähigkeit eines Titels überhaupt noch als Zulässigkeitsvoraussetzung der Vollstreckungsgegenklage angesehen werden kann (zweifelnd wohl BGH Urteil vom 3. Dezember 1987 - III ZR 261/86 = NJW 1988, 707 f = WM 1988, 109; Beschluß vom 23. November 1989 - III ZR 40/89 = NJW-RR 1990, 246, 247 = WM 1990, 304) oder jedenfalls dann in der Revision nicht mehr zu prüfen ist, wenn bis zum Abschluß des Berufungsrechtszuges keine der Parteien die Auffassung vertreten hat, die Klage richte sich gegen einen unwirksamen Vollstreckungstitel (BGH Beschlüsse vom 6. Oktober 1988 - III ZR 4/88 = BGHR ZPO § 732 Abs. 1 Vollstreckungsabwehrklage 1 und vom 20. Dezember 1990 - III ZR 366/89 = BGHR ZPO § 732 Abs. 1 Vollstreckungsabwehrklage 2).

a) Ein Titel ist nicht vollstreckungsfähig, wenn er nach Form und Inhalt zur Zwangsvollstreckung nicht geeignet ist (BGHZ 22, 54, 57). Die Prüfung, ob der Titel nach Form und Inhalt zur Zwangsvollstreckung nicht geeignet ist, hat der Bundesgerichtshof im Anschluß an die Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ 81, 299, 300; 132, 6, 8) zunächst nur auf formelle Kriterien bezogen. Einen zur Zwangsvollstreckung ungeeigneten Titel hat er angenommen, wenn ein nach der Zivilprozeßordnung anerkannter Vollstreckungstitel gar nicht vorlag (BGHZ 15, 190, 191), ein als Titel dienender Verwaltungsakt schlechthin unwirksam wäre (BGHZ 55, 255, 256), die zu vollstreckende Forderung nicht bestimmt genug bezeichnet war (BGHZ 22, 54, 57; Urteil vom 23. November 1970 - III ZR 58/67 = WM 1971, 165, 166) oder aus der Urkunde nicht ersichtlich war, wem gegenüber sich der Schuldner der Zwangsvollstreckung unterworfen hat (BGH Urteil vom 19. Mai 1958 - VII ZR 114/57 = WM 1958, 1194, 1195).

Der Senat hat im Anschluß an diese Rechtsprechung die Prüfung auf die Frage ausgedehnt, ob eine Unterwerfungserklärung wegen fehlerhafter Beurkundung des notariellen Vertrages unwirksam ist (Urteil vom 21. Mai 1987 - VII ZR 210/86 = NJW-RR 1987, 1149 = WM 1987, 1232). Dies bejahend, hat er eine auf Einwendungen gegen den titulierten Anspruch gerichtete Vollstreckungsgegenklage als unzulässig abgewiesen. In konsequenter Anwendung dieser Rechtsprechung ist von den Gerichten, die die Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung in einem Bau-trägervertrag für unwirksam halten, die auf Mängel des Bauwerks gestützte Vollstreckungsgegenklage von Erwerbem ebenfalls als unzulässig abgewiesen worden (OLG Koblenz BauR 1988, 748; LG Mainz DNotZ 1990, 567).

b) Diese Rechtsprechung wird im Schrifttum kritisiert (Messer WuB VII A. § 732 ZPO 1.87; Rieble/Rumler MDR 1989, 499; Windel ZJP 102, 175 ff; Wolfsteiner DNotZ 1990, 531 ff; Baur/Stürner, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 11. Aufl., Rdn. 740; Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 2. Aufl., Rdn. 1333). Neben systematischen Bedenken wird es vor allem als unbillig empfunden, daß der Schuldner trotz begründeter materiell-rechtlicher Einwendungen gegen den titulierten Anspruch keinen Erfolg in der Klageart hat, die das Gesetz für diese Einwendungen vorsieht. Mit Modifikationen wird deshalb die Auffassung vertreten, der Schuldner könne materiell-rechtliche Einwendungen gegen den Anspruch auch dann mit der Vollstreckungsgegenklage geltend machen, wenn infolge dieser Einwendungen oder aus sonstigen Gründen der Titel unwirksam sei (vgl. auch Rosen-

berg/Gaul/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, 10. Aufl., § 13 II 2 h (S. 135); Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 20. Aufl., § 797 Rdn. 18 Fn. 49).

c) Nach erneuter Prüfung hält der Senat an seiner Rechtsprechung nicht fest.

aa) Ein Titel, der nach Form und Inhalt zur Zwangsvollstreckung geeignet und zudem mit der Vollstreckungsklausel versehen ist, ist vollstreckungsfähig, auch wenn er aus materiellrechtlichen Gründen unwirksam ist. Die Vollstreckungsfähigkeit eines Titels kann sich nicht an materiellrechtlichen Kriterien orientieren. Die Zwangsvollstreckungsorgane müssen wegen der formalisierten Ausgestaltung des Vollstreckungsverfahrens den mit der Klausel versehenen Titel unbeschadet seiner materiellrechtlichen Fehlerhaftigkeit vollstrecken. Die durch Inhalt und gesetzliche Form des Titels sowie die Klauselerteilung belegte formelle Vollstreckungsfähigkeit ist deshalb eine ausreichende Voraussetzung für eine Klage mit dem Antrag, die Zwangsvollstreckung aus dem Titel für unzulässig zu erklären (ähnlich Messer WuB VII A. § 732 ZPO 1.87; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde Rdn. 59.5; ders. DNotZ 1990, 531, 540 ff).

Die im Urteil vom 21. Mai 1987 geäußerten systematischen Bedenken hält der Senat nicht aufrecht. Die dort vertretene Auffassung, eine Vollstreckungsgegenklage sei stets unzulässig, wenn ein Titel unwirksam ist, dem Schuldner stehe also ausschließlich die Klauselerinnerung gemäß § 732 ZPO zu, läßt sich aus dem Gesetz nicht herleiten. Beide Rechtsbehelfe haben verschiedene Rechtsschutzziele (Messer aaO; Windel aaO S. 206 ff). Mit der Klauselerinnerung kann nur eine Entscheidung darüber herbeigeführt werden, daß die Zwangsvollstreckung aus der erteilten Klausel unzulässig ist (Rosenberg/Gaul/Schilken aaO § 17 II 2 d (S. 222); Zöller/Stöber, ZPO, 17. Aufl., § 732 Rdn. 15; Windel aaO S. 215). Dieses Verfahren führt nicht zu einer rechtskräftigen Entscheidung darüber, daß die Vollstreckung aus dem Titel unzulässig ist. Demgegenüber verschafft die Vollstreckungsgegenklage dem Schuldner die Möglichkeit, gestützt auf die materiellrechtlichen Einwendungen gegen den titulierten Anspruch, eine rechtskräftige Entscheidung über die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus dem Titel herbeizuführen. Es besteht kein Grund, dem Schuldner jedenfalls in den Fällen, in denen der mit der Vollstreckungsklausel versehene Titel nach Form und Inhalt zur Zwangsvollstreckung geeignet ist, den weitergehenden Rechtsbehelf abzuschneiden, den das Gesetz für Einwendungen gegen den titulierten Anspruch vorsieht.

bb) Die Parteien erleiden durch diese Begrenzung der im Rahmen der Zulässigkeit zu prüfenden Einwendungen keine Nachteile. Im Gegenteil wird dem Schuldner auf diese Weise die Notwendigkeit erspart, sich gegen die Klauselerteilung zu wenden, wenn die Unwirksamkeit des Titels in Betracht kommt. Daran kann ihm und auch dem Gläubiger gelegen sein, wenn beide nur an einer Klärung der materiellrechtlichen Einwendungen gegen den Anspruch interessiert sind und deshalb der u.U. kostengünstigeren Vollstreckung aus der Urkunde im Grundsatz nichts entgegensetzen wollen. Ein besonderes Interesse an einer Vollstreckungsgegenklage wird der Schuldner z.B. auch dann haben, wenn die materiellrechtlichen Einwendungen klar auf der Hand liegen, während die materiellrechtliche Unwirksamkeit des Titels ungewiß oder umstritten ist (vgl. Baur/Stürner aaO; Brox/Walker aaO).

d) Hier liegt eine Unterwerfungserklärung in einer nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO errichteten notariellen Urkunde vor, die als solche zur Zwangsvollstreckung geeignet ist. Auch die zu vollstreckende Forderung ist bestimmt genug bezeichnet. Die Vollstreckungsklausel ist erteilt. Die Unwirksamkeit des Titels kann sich nicht aus formellen, sondern nur aus materiellrechtlichen Erwägungen ergeben, die in der Zwangsvollstreckung grundsätzlich keine Rolle spielen. Die Vollstreckungsgegenklage ist also zulässig.

## II.

Die Klage ist jedoch unbegründet, soweit mit ihr der uneingeschränkte Klageantrag verfolgt wird, die Zwangsvollstreckung für unzulässig zu erklären. Darauf haben die Kläger keinen Anspruch. Sie können nur eine Beschränkung der Vollstreckung Zug-um-Zug gegen Beseitigung der geltend gemachten Mängel verlangen. Die weitergehende Revision ist deshalb zurückzuweisen.

1. Die uneingeschränkte Klage ist unabhängig davon unbegründet, ob die Unterwerfungserklärung unwirksam ist. Denn die Wirksamkeit der Unterwerfungserklärung wird im Verfahren der Vollstreckungsgegenklage nicht geprüft.

Diese Klage hat zum Ziel, die Vollstreckbarkeit eines titulierten Anspruchs zu beseitigen (BGH Urteil vom 19. Juni 1984 - IX ZR 89/83 = LM ZPO § 767 Nr. 63). Mit ihr können nur Einwendungen gegen den titulierten Anspruch vorgebracht werden. Sie ist eine prozeßrechtliche Klage auf ein rechtsgestaltendes Urteil dahin, daß die einem sachlich- rechtlichen Anspruch gewährte Vollstreckbarkeit nach Wegfall ihrer Voraussetzung entfällt. Das ist ihr Streitgegenstand (RGZ 165, 374, 380; BGHZ 15, 190, 191; BGHZ 22, 54, 56). Einwendungen, mit denen die Unwirksamkeit des Titels geltend gemacht wird, gehören nicht in das Verfahren nach § 767 ZPO (ganz h.M. BGH Beschluß vom 23. November 1989 - III ZR 40/89 = NJW-RR 1990, 246, 247 = WM 1990, 304 m.w.Nachw.; Rosenberg/Gaul/Schilken aaO § 40 IV 2 (S. 463); Stein/Jonas/Münzberg aaO § 767 Rdn. 24; Thomas/Putzo, ZPO, 17. Aufl. § 767 Anm. 3 b; Zöller/Herget, ZPO, 17. Aufl., § 767 Rdn. 13). Die aus der Unwirksamkeit des Titels hergeleitete Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung kann somit nicht Streitgegenstand der Vollstreckungsgegenklage sein. Der Auffassung, im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage sei ohne weiteres auch die Wirksamkeit des Titels zu überprüfen (LG Köln DNotZ 1990, 570; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, Rdn. 59.6; anders aber ders. DNotZ 1990, 531, 540 ff), kann deshalb nicht gefolgt werden.

2. Dadurch wird der Schuldner nicht im Hinblick darauf rechtlos gestellt, daß er mit der Klauselerinnerung keine rechtskräftige Entscheidung über die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung wegen der Unwirksamkeit des Titels erlangen kann. Eine solche Entscheidung kann er mit einer gesonderten Klage herbeiführen. Diese Klage kann mit der Vollstreckungsgegenklage verbunden werden. Ob es sich dabei um eine Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO (vgl. Rosenberg/Gaul/Schilken aaO S. 463) oder in analoger Anwendung des § 767 ZPO um eine prozessuale Gestaltungsklage handelt (so wohl Stein/Jonas/Münzberg aaO § 797 Rdn. 18 Fn. 49 m.w.N.; Zöller/Stöber aaO § 797 Rdn. 7; Rieble/Rumler MDR 1989, 499, 500 a.E.; Hager ZZP 97, 192; ähnlich Windel aaO S. 203 ff), ist hier nicht zu entscheiden. Jedenfalls hat diese Klage einen anderen Streitgegenstand als die auf Einwendungen gegen den titulierten Anspruch gestützte Vollstreckungsgegenklage.

3. Im vorliegenden Verfahren haben sich die Kläger ausschließlich mit Einwendungen gegen den titulierten Anspruch verteidigt. Die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung wegen der Unwirksamkeit des Titels ist nicht Gegenstand des Verfahrens. Eine Prüfung dieser Frage verbietet sich deshalb. III.

Die Revision hat aber Erfolg, soweit das Berufungsgericht auch den in dem umfassenden Klageantrag enthaltenen Antrag abgewiesen hat, die Zwangsvollstreckung nur Zug um Zug gegen Beseitigung der geltend gemachten Mängel für zulässig zu erklären. Diesen Antrag durfte das Berufungsgericht nicht mit der Begründung abweisen, das Leistungsverweigerungsrecht der Kläger sei wirksam beschränkt worden.

1. Das Berufungsgericht meint, die Parteien hätten einen Individualvertrag geschlossen, so daß das AGB-Gesetz keine Anwendung finde. Der Vertrag enthalte keine Klauseln, die die Beklagte den Klägern gestellt habe, jedenfalls fehle es hierzu an jeglichem Vorbringen der

Kläger. Es sei auch sonst nichts dafür ersichtlich, daß der Notar etwa im Auftrag der Beklagten formularmäßige Bedingungen entwickelt habe und daß sich die Beklagte dieser vorformulierten Bedingungen "gleichsam mittelbar" bedient habe.

Die Klausel halte auch einer Inhaltskontrolle nach § 242 BGB stand, die bei formelhaften Klauseln vorzunehmen sei. Die Kläger seien durch die Beschränkung des Leistungsverweigerungsrechtes nicht unangemessen benachteiligt.

2. Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Es kann dahinstehen, ob das Leistungsverweigerungsrecht wirksam ausgeschlossen wäre, wenn die Parteien einen nicht der Kontrolle durch das AGB-Gesetz unterliegenden Individualvertrag geschlossen hätten. Davon kann jedenfalls in der Revision nicht ausgegangen werden. Das Berufungsgericht hat die Darlegungslast der Kläger für das Vorliegen Allgemeiner Geschäftsbedingungen verkannt. Der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag ist allem Anschein nach ein von der Beklagten verwendeter Formularvertrag, so daß das AGB-Gesetz Anwendung findet.

a) Das Vorliegen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen muß grundsätzlich der Vertragspartner des Verwenders darlegen und beweisen, der sich im Individualprozeß auf den Schutz des AGB-Gesetzes beruft (Wolf in Wolf/Lindacher/Horn, AGBG, 2. Aufl., § 1 Rdn. 61; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 6. Aufl., § 1 Rdn. 60; Staudinger/Schlosser, BGB, 12. Aufl., § 1 AGBG Rdn. 35).

Der Erwerber eines zu bebauenden Grundstücks kann seiner Darlegungslast unter Umständen jedoch schon durch Vorlage des mit einem Bauträger abgeschlossenen Vertrags genügen. Handelt es sich um einen Vertrag, der nach seiner inhaltlichen Gestaltung aller Lebenserfahrung nach für eine mehrfache Verwendung entworfen wurde und vom Bauträger gestellt worden ist, so spricht der erste Anschein für einen vom Bauträger verwendeten Formularvertrag, der der Kontrolle durch das AGB-Gesetz unterliegt (vgl. zum Anscheinsbeweis Bartsch NJW 1986, 28, 31 m.w.N.).

b) Der vorliegende Vertrag ist seinem ersten Anschein nach ein Formularvertrag. Die Beklagte ist gewerblich tätige Bauträgerin. Bauträger arbeiten erfahrungsgemäß mit Formularverträgen (vgl. Usinger NJW 1987, 934, 936; Rastätter NJW 1991, 393). Der Vertrag enthält denn auch zahlreiche formelhafte Klauseln, die typischerweise in Bauträgerverträgen enthalten sind. Das gilt insbesondere für die hier einschlägige Unterwerfungsklausel, die Vereinbarung einer zweijährigen Verjährungsfrist, die subsidiäre Haftung des Bauträgers und zahlreiche andere, die Kläger belastenden Bestimmungen. Der Vertrag stellt an verschiedenen Stellen, in denen nur von einem Käufer die Rede ist, obwohl deren zwei vorhanden sind, nicht auf die individuelle Vertragsgestaltung ab. Dieser äußere Anschein eines für eine mehrfache Verwendung entworfenen Vertrages wird nicht dadurch in Frage gestellt, daß die das Vertragsobjekt selbst betreffenden Angaben (Bezeichnung, Größe, Beschreibung und Preis des Grundstücks) individuell gestaltet oder einzelne Teile des Vertrages (z.B. Baubeschreibung und Fertigstellungstermin) ausgehandelt worden sind. Ein dem AGB-Gesetz unterliegender Formularvertrag liegt auch in diesem Fall vor (Senatsurteil vom 11. Oktober 1984 - VII ZR 248/83 = NJW 1985, 852 = WM 1984, 1610 = BauR 1985, 93 = ZfBR 1985, 40).

c) Der erste Anschein spricht auch dafür, daß der Vertrag von der Beklagten gestellt wurde. Typischerweise nehmen Bauträger auf die Gestaltung der mehrfach zu verwendenden Bedingungen Einfluß, sei es, daß sie sie selbst entwerfen (vgl. Reithmann/Brych/Manhart, Kauf vom Bauträger und Bauherrenmodelle, 5. Aufl., Rdn. 462), sei es, daß sie sie durch Dritte, z.B. ihren sogenannten Hausnotar, entwerfen lassen (vgl. dazu MünchKomm/Kötz, 2. Aufl., § 1 AGBG Rdn. 8; Locher/Koebler, Baubetreuungs- und Bauträgerrecht, 4. Aufl., Rdn. 96; Stein, Die Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge des allgemeinen Privatrechts, S. 75 ff). In

diesen Fällen ist der Bauträger Verwender, denn es spielt keine Rolle, ob er den Vertrag selbst entwirft (vgl. Urteil vom 30. Oktober 1987 - V ZR 174/85 = NJW 1988, 558, 559 = WM 1988, 12) oder ihn vom Notar unter einseitiger Berücksichtigung seiner Interessen für seine Vielfachverwendung entwerfen läßt (vgl. BGH Urteil vom 20. März 1985 - IVa ZR 223/83 = NJW 1985, 2477 = WM 1985, 751: Entwurf für einen Bauträger durch einen später als Treuhänder auf Erwerberseite tätigen Wirtschaftsprüfer; Stürner JZ 1979, 758; Staudinger/Schlosser aaO § 1 Rdn. 27 m.w.N.; MünchKomm/Kötz aaO; Wolf aaO § 1 Rdn. 51). Die Literatur geht denn auch durchweg davon aus, daß der Bauträgervertrag in aller Regel ein Formularvertrag ist, auf den das AGB-Gesetz Anwendung findet (Rastätter BWNotZ 1991, 81, 84; Brambring DNotZ 1990, 99, 101; Locher/Koeble aaO Rdn. 61; Usinger NJW 1987, 934, 936; Erman/Hefermehl, BGB, 8. Aufl., § 9 AGBG Rdn. 143; Reithmann in Reithmann/Meichssner/von Heymann, Kauf vom Bauträger, 6. Aufl., Kap. D Rdn. 11).

In Betracht kommt allerdings auch, daß der Notar als unparteiischer Dritter die von ihm vorformulierten Vertragsbedingungen verwendet (vgl. Walchshöfer in 10 Jahre AGB-Gesetz S. 167). Ob in diesem Fall nicht ohnehin das AGB-Gesetz Anwendung findet, wenn sich der Bauträger die Bedingungen einseitig zu nutze macht, kann dahinstehen (bejahend Senatsurteile vom 6. Mai 1982 - VII ZR 74/81 = NJW 1982, 2243 = WM 1982, 820 = BauR 1982, 493 = ZfBR 1982, 152 und BGHZ 74, 204, 211 zur Inhaltskontrolle vor dem AGB-Gesetz; nach Geltung des AGB-Gesetzes offen gelassen im Senatsurteil vom 5. April 1984 - VII ZR 21/83 = NJW 1984, 2094 = WM 1984, 1027 = BauR 1984, 392 = ZfBR 1984, 183; bejahend jüngst OLG Nürnberg NJW-RR 1990, 1467, 1468; sinngemäß LG Köln DNotZ 1990, 577, 578; mit Anscheinsbeweis für die Verwendung durch den Bauträger LG Köln DNotZ 1990, 571; zum Streitstand Roth BB 1987, 977, 979; MünchKomm/Kötz aaO § 1 Rdn. 8; Ulmer aaO § 1 Rdn. 31 f). Denn ein von einem unabhängigen Notar entworfener Vertrag dürfte hier nicht vorliegen. Solche Verträge enthalten in aller Regel einen angemessenen Interessenausgleich der Vertragsparteien. Der von den Parteien geschlossene Vertrag enthält hingegen fast ausschließlich den Erwerber belastende Bedingungen, die über die in gängigen Formularbüchern zu findenden Bedingungen hinausgehen und zudem in ihrem rechtlichen Regelungsgehalt zweifelhaft sind, wie zum Beispiel der Gewährleistungsausschluß für fehlerhafte Leistungen anderer Unternehmer, die auf Mängeln der Verkäuferleistungen beruhen (S. 15 des Vertrages), oder die Abnahmepflicht trotz fehlender Fertigstellung (S. 13 des Vertrages).

d) Die Beklagte hat nichts vorgetragen, das den durch die Vertragsgestaltung hervorgerufenen Anschein eines von ihr verwendeten Formularvertrages in Frage stellen könnte. Es ist deshalb jedenfalls in der Revision davon auszugehen, daß der Vertrag der Kontrolle durch das AGB-Gesetz unterliegt. Darauf, daß das Berufungsgericht für die Frage der Verwendereigenschaft erhebliches Vorbringen der Kläger im nachgelassenen Schriftsatz vom 28. Mai 1990 unberücksichtigt gelassen hat, kommt es nicht an.

3. Das Berufungsgericht legt die Klausel, nach der die Geltendmachung von Zurückbehaltungsrechten nur mit anerkannten oder rechtskräftig festgestellten Gegenforderungen zulässig ist, so aus, daß damit auch das den Bestellern zustehende Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB beschränkt ist. Das ist eine mögliche Auslegung, die von der Revision nicht angegriffen wird.

a) Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß den Klägern ohne die Klausel ein Leistungsverweigerungsrecht zustehen kann, wenn die behaupteten Mängel vorliegen. Die Beklagte hat nach den in der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts das Gebäude bezugsfertig erstellt. Die Kläger sind eingezogen. Die Beklagte hat deshalb die von ihr geschuldete Vorleistung erbracht. Die fünfte Rate ist fällig. Mängel an den erbrachten Teilleistungen stehen der Fälligkeit nicht entgegen. Sie führen aber, ebenso wie bei Vereinbarungen von Abschlagszahlungen gemäß § 16 Nr. 1 VOB/B, zu einem Leistungsverweigerungsrecht des Erwerbers gemäß § 320 BGB (Senatsurteil vom 11. Oktober 1984 - VII ZR 248/83 = NJW 1985, 852 = WM 1984, 1610 = BauR 1985, 93 = ZfBR 1985, 40). Die

fünfte Rate ist deshalb möglicherweise ganz oder teilweise nur Zug um Zug gegen Beseitigung der Mängel zu entrichten (vgl. Senatsurteil BGHZ 73, 140, 145).

b) Das Leistungsverweigerungsrecht wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Beklagte die Gewährleistungsansprüche gegen die Handwerker an die Kläger abgetreten hat. Auch in diesem Fall können die Kläger entgegen der Auffassung der Revision die Leistung bis zur Beseitigung der Mängel verweigern (vgl. Senatsurteil vom 8. Oktober 1981 - VII ZR 99/80 = NJW 1982, 169 = WM 1981, 1336 = BauR 1982, 61, 63 = ZfBR 1981, 284).

c) Die vertragliche Beschränkung des Leistungsverweigerungsrechtes verstößt gegen § 11 Nr. 2 a AGBG. Danach sind Bestimmungen unwirksam, durch die das Leistungsverweigerungsrecht, das dem Vertragspartner des Verwenders nach § 320 BGB zusteht, ausgeschlossen oder eingeschränkt werden. Eine Beschränkung des dem Besteller zustehenden Leistungsverweigerungsrechtes dahin, daß es nur wegen anerkannter oder rechtskräftig festgestellter Forderungen geltend gemacht werden dürfe, ist demnach unzulässig (Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen aaO § 11 Nr. 2 Rdn. 8 MünchKomm/Kötz aaO § 11 Rdn.20; Reithmann aaO Kap. B Rdn. 122). Anders ist das allerdings bei der Aufrechnung, § 11 Nr. 3 AGBG. Die auf eine Anwendung des § 11 Nr. 3 AGBG zielende Auffassung der Revisionserwiderung, die Kläger machten hier in Wahrheit einen zur Aufrechnung gestellten Zahlungsanspruch geltend, ist ohne jede Grundlage in den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts. Danach machen die Kläger bis zur Beseitigung der von ihnen gerügten Mängel ein Zurückbehaltungsrecht geltend.

d) Ein nach allem nicht auszuschließendes, sich aus § 320 BGB ergebendes Leistungsverweigerungsrecht der Kläger führt nicht zum vollen Erfolg der Vollstreckungsgegenklage. Die Kläger können lediglich die rechtsgestaltende Erklärung verlangen, daß die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde nur Zug um Zug gegen Beseitigung der von ihnen gerügten Mängel zulässig ist (OLG Hamm VersR 1984, 1049, 1050; Thomas/Putzo, ZPO, 17. Aufl., § 767 Anm. 4). Dieser Antrag ist in dem umfassenden Antrag, die Zwangsvollstreckung uneingeschränkt für unzulässig zu erklären, enthalten (BGHZ 27, 241, 249). Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts stützen sich die Kläger auf die in den Gutachten des Sachverständigen J. aufgeführten Mängel.

#### IV.

Nach allem kann das Urteil keinen vollen Bestand haben. Eine abschließende Entscheidung ist dem Senat nicht möglich, weil das Berufungsgericht zu den übrigen Streitpunkten zwischen den Parteien keine Feststellungen getroffen hat. Im übrigen ist der Beklagten Gelegenheit zu geben, den Anschein eines von ihr verwendeten Formularvertrages auszuräumen.