

Nachschlagewerk: ja

Amtliche Sammlung: ja

WohnungseigentumsG §§ 43, 46

Wohnungseigentümer, die vor Rechtshängigkeit aus der Wohnungseigentümergeinschaft ausgeschieden sind, sind nicht Beteiligte eines Verfahrens nach § 43 WEG. Streitigkeiten, die aus ihrer früheren Beteiligung erwachsen, müssen von ihnen und gegen sie vor dem Prozeßgericht ausgefochten werden. Eine Abgabe nach § 46 WEG an das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit findet nicht statt.

BGH, Urt. v. 14. Juni 1965 - VII ZR 160/63 - OLG Frankfurt a.M.
LG Frankfurt a.M.

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 160/63

URTEIL

Verkündet am
14. Juni 1965
Jodas,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts Hermann K [REDACTED], F [REDACTED] a.M.,
G [REDACTED] B [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] -

gegen

die Firma N [REDACTED] Wohnungsbauträger GmbH,
gesetzlich vertreten durch den Geschäftsführer Raimund H [REDACTED],
Br [REDACTED], St [REDACTED] [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Juni 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt am Main vom 24. April 1963 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 6. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1951 erwarb die Klägerin ein Erbbaurecht an dem im Eigentum der Stadt F██████ a.M. stehenden Grundstück O██████ und ███. Im Jahre 1952 errichtete sie darauf ein Haus mit 9 Wohnungen, die sie zu Wohnungseigentum veräußerte. 1956 erwarben die Wohnungseigentümer von der Stadt F██████ auch das Eigentum am Grundstück.

Einer der Wohninteressenten war der Beklagte. Mit ihm (wie mit den übrigen) schloß die Klägerin 1951 zwei Vorträge:



In dem notariellen "Veräußerungsvertrag" vom 6. Oktober 1951 veräußerte sie dem Beklagten gegen Zahlung anteiliger Baukosten von 26.055,75 DM das Sondereigentum an einer bestimmt bezeichneten Wohnung des damals erst geplanten Hauses zugleich mit einem Erbbaurechtsanteil von 109,89 o/oo (1956 vertraglich erhöht auf 114,70 o/oo). In § 4 des Vertrages erklärten die Parteien die Auflassung und Eintragungsbewilligung. Zu entsprechenden Grundbucheintragungen ist es aber nicht gekommen.

Der "Treuhandvertrag" der Parteien vom 6. Oktober 1951 enthält u.a. folgende Bestimmungen:

"§ 1

..... Der Erbbauberechtigte errichtet auf diesem Erbbaugrundstück ein vierstöckiges Wohnhaus ... und wird ... gemäß §§ 30 Abs. 2, 8 WEG das Erbbaurecht entsprechend der Anzahl der künftigen Eigenwohnungen in 10 Anteile zerlegen, von denen jeder mit dem Sondereigentum an einer bestimmten Wohnung ... verbunden ist.

..... Der Erbbauberechtigte erklärt sich bereit, dem WE (Wohnungseigentümer) das Wohnungserbbaurecht/Teilerbbaurecht an den in § 2 näher bezeichneten Räumen nach Maßgabe der folgenden Vereinbarungen zu verschaffen.

.....

§ 4

Voraussetzung für die endgültige Verschaffung des Wohnungseigentums nach Maßgabe dieses Vertrages ist die Erfüllung aller Verpflichtungen durch den WE, insbesondere

- a) aus dem Bausparvertrag,
 - b) aus diesem Vertrage und dem notariellen Teilhabervertrage nach dessen Abschluß, auch der finanziellen Verpflichtungen,
 - c) Abschluß einer Lebensversicherung ...,
 - d) Zahlung des ersten Wohngeldes.
- ...

§ 8

Der WE ist zusammen mit den anderen Anteilscignern des Wohnungs- Teil- Erbbaurechts verantwortlicher Bauherr des ... Bauvorhabens.

Um die sachgerechte Durchführung aller mit dem Bau zusammenhängenden Aufgaben, sowie die Vollfinanzierung sicherzustellen, bevollmächtigt der WE hiermit den Erbbauberechtigten, treuhänderisch für ihn alle Geschäfte und Aufgaben eines Bauherrn durchzuführen und ihn gegenüber dem Grundstückseigentümer, den übrigen Anteilscignern, sowie gegenüber Dritten und Behörden zu vertreten und die Verwaltung (§ 20 ff WEG) bis zur Tilgung des Fremdkapitals zu führen.

§ 9

Der WE zahlt keinen Mietzins.

Er verpflichtet sich lediglich, seine anteiligen Zins- und Tilgungsleistungen aus den aufgenommenen Fremdgeldern aufzubringen, sowie seinen Anteil an dem Erbbauzins, den Gebühren für Straßenreinigung, Müllabfuhr, Kaminkehrer, Wasser, Brandversicherung, Treppenbeleuchtung usw. zu bezahlen.

§ 10

Für den WE ergeben sich zwei Arten von Verpflichtungen

- a) Tilgung der ... aufgenommenen Darlehensverpflichtungen lt. Tilgungsplan.
...
- b) Zinszahlungen, Verwaltungsgebühren und die in § 8, 9 genannten Betriebskosten einschl. Rücklagen für Hausreparaturen.
- c) Die unter a) und b) genannten Leistungen sind vom WE jeweils am 1. eines jeden Monats im voraus bar und kostenfrei an den Erbbauberechtigten zu entrichten.
.....".

Durch notarielle Verträge vom 28. Februar 1958 verkaufte und veräußerte der Beklagte seinen Grundstücksanteil, seinen Erbbaurechtsanteil (je 114,17 o/oo) sowie sein Wohnungseigentum

an Frau I [REDACTED]. Seit 1. April 1958 trägt diese dafür die öffentlichen Lasten.

Die Klägerin hat mit der Klage vom Beklagten für die Zeit vom 1. November 1952 bis 1959 Zahlung von insgesamt 11.943,61 DM "Wohngeld" nebst Zinsen gefordert. Dieses setzt sich zusammen aus den auf den Beklagten entfallenden Anteilen an Kreditzinsen und -tilgungen, Erbbauzinsen, Grundsteuern, Gebühren für Kanal- und Straßenreinigung und für die Müllabfuhr, Strom- und Wassergeld, Löhnen für Hausmeister, Putzfrauen und Gärtner, Kosten für Haus- und Hausmeisterbedarf, Feuerversicherungsprämien, Schornsteinfegergebühren, Instandhaltungskosten, Notarkosten und Verwaltungskosten (Vergütung für die Verwaltungstätigkeit der Klägerin).

Der Beklagte hält die Klageforderung für nicht berechtigt. Er hat einen Teil der angesetzten Posten bestritten. Er hat sich auf erhebliche Mängel des Hauses berufen, insbesondere auf dessen Hellhörigkeit. Er hat vorgetragen, die Klägerin habe von 1953 bis 1956 ihr Erbbaurecht treuwidrig zu baufremden Zwecken mit mehr als 100.000 DM Grundpfandrechten belastet und dadurch die Übertragung des Wohnungseigentums auf die Interessenten verzögert, sowie das Weiterlaufen des Erbbauzinses bis 1956 verursacht. Er hat hieraus Schadensersatzansprüche hergeleitet, mit denen er aufgerechnet hat. Er hat auch ein Leistungsverweigerungs- und Zurückbehaltungsrecht deswegen geltend gemacht, weil er bisher nicht als Wohnungseigentümer im Grundbuch eingetragen ist.

Die Klägerin hat Mängel des Hauses und irgendwelche Treuwidrigkeiten bestritten. Sie meint, sie hafte nicht für Mängel und sei zur Verschaffung des Wohnungseigentums an den Beklagten nicht verpflichtet, solange dieser das eingeklagte

Wohngeld nicht bezahlt habe.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von insgesamt 11.943,17 DM nebst Zinsen stattgegeben. Das Berufungsgericht hat durch Teilurteil die Verurteilung in Höhe von 10.811,05 DM ohne Zinsen bestätigt.

Hiergegen richtet sich die Revision des Beklagten mit dem Antrag, die Klage in diesem Umfang abzuweisen. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Es sind hier nicht die Voraussetzungen gegeben, unter denen das Prozeßgericht gemäß § 46 Abs. 1 Satz 1, § 43 WEG einen Rechtsstreit an das zuständige Amtsgericht zur Erledigung im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit abzugeben hat.

1.) Sinn und Zweck dieses Verfahrens liegt darin, daß angesichts des Gemeinschaftsverhältnisses der Wohnungseigentümer in Gemeinschaftsangelegenheiten nur einheitliche Entscheidungen sinnvoll erscheinen.

Deswegen sind an diesem Verfahren, anders als am Zivilprozeß, sämtliche Wohnungseigentümer beteiligt; ferner der Verwalter, soweit es um seine Rechte und Pflichten geht (§ 43 Abs. 1, 4 WEG), Dritte dagegen nur in dem (hier nicht gegebenen) Fall einer gerichtlichen Verwalterbestellung gemäß § 26 Abs. 2 WEG (§ 43 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 Nr. 3 WEG). Eine in dem Verfahren ergangene rechtskräftige Entscheidung ist für alle Beteiligten bindend (§ 45 Abs. 2 Satz 2 WEG).

2.) Im vorliegenden Fall gehört der Beklagte nicht zur Gemeinschaft der Wohnungseigentümer, so daß es dahin stehen kann, ob die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche ihrer Art nach sämtlich zu den Forderungen gehören, über die im Verfahren nach § 43 WEG zu entscheiden ist.

a) Es kann auf sich beruhen, ob der Beklagte, wenn auch mangels Grundbucheintragung (§ 4 Abs. 1 WEG) niemals Wohnungseigentümer im Rechtssinne geworden, auf Grund der Verträge vom 6. Oktober 1951 etwa eine Rechtsstellung (Wohnungseigentumsanwartschaft) erlangt hatte, welche eine entsprechende Anwendung der §§ 43 ff WEG hätte rechtfertigen können (vgl. OLG Hamburg, NJW 1960, 296; 1963, 818; Staudinger BGB 11. Aufl. Bd. III 2. Teil, § 10 WEG Rz 6; § 43 WEG Rz 2; RGRK BGB 11. Aufl. Bd. VI § 43 WEG Anm. 3; Bärmann WEG 3. Aufl 1964 § 10 Vorbemerkung; I vor § 43).

b) Der Beklagte hat nämlich seine Anwartschaft auf das Wohnungseigentum vor Rechtshängigkeit (Klageeinreichung: 1959) dadurch verloren, daß er seine betreffenden Rechte und Ansprüche 1958 auf Frau L. übertrug, einschließlich des Besitzes an der Wohnung (§ 6 Nr. 3 des Vertrages). Dadurch ist er aus der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer, falls er ihr jemals angehört hat, jedenfalls vor Erhebung der Klage wieder ausgeschieden, und zwar endgültig. Damit entfällt die innere Rechtfertigung für eine entsprechende Anwendung der §§ 43 ff WEG.

Die gegenteilige Auffassung würde dazu führen, den Kreis der Verfahrensbeteiligten übermäßig auszuweiten. Bei großen Objekten mit zahlreichen Wohnungen und häufigem Wechsel der Eigentümer, wie das z.B. bei sog. Appartements-Wohnungen

nicht selten zu beobachten ist, könnte die Einbeziehung der Ausgeschiedenen dazu führen, daß diese einen beträchtlichen, u.U. sogar den überwiegenden Teil der Beteiligten ausmachen würden. Da die Interessen der Ausgeschiedenen häufig von denen der derzeit Beteiligten abweichen werden, könnte diese Einbeziehung dazu führen, daß im Verfahren nach § 43 WEG Ziele verfochten würden, die mit den wahren Interessen der derzeitigen Eigentümergemeinschaft nicht vereinbar wären. Ein solches Ergebnis würde dem Sinn und Zweck des Verfahrens nach § 43 WEG nicht entsprechen.

Ausgeschiedene Wohnungseigentümer und -eigentumsanwärter sind daher in dieses Verfahren nicht einzubeziehen. Streitigkeiten, die aus ihrer früheren Beteiligung erwachsen, müssen von ihnen und gegen sie vor dem Prozeßgericht ausgefochten werden. Ob etwas anderes gilt, wenn ein Beteiligter erst im Laufe des nach § 43 WEG eingeleiteten Verfahrens ausscheidet, braucht hier nicht entschieden zu werden.

II.

1.) Das Berufungsgericht meint, die Klägerin mache keine materiell eigenen Ansprüche geltend, sondern klage in gewillkürter Prozeßstandschaft für die Wohnungseigentümergemeinschaft.

Das ist unvereinbar mit dem unstreitigen Sachvortrag der Klägerin, wonach sie die eingeklagten Beträge aus ihrem eigenen Vermögen verauslagt hat. Demnach handelt es sich um ein Geschäft, das sie auf Grund der Treuhandverträge für jeden einzelnen Wohnungseigentümer, also auch für den Beklagten, geführt hat.

Nichts anderes gilt, wenn man davon ausgeht, die Klägerin habe die Beträge für die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer verauslagt. Auch dann kann sie, im Gegensatz zur Ansicht des Berufungsgerichts, von jedem Gemeinschaftsmitglied, also auch vom Beklagten, jedenfalls den auf diesen entfallenden Anteil unmittelbar fordern.

a) Somit steht der Klägerin gegen den Beklagten ein unmittelbarer eigener Anspruch auf Aufwendungsersatz zu (§§ 675, 670 BGB).

b) Aus demselben Grunde kann - entgegen der Annahme des Berufungsgerichts - die Zulässigkeit einer Aufrechnung des Beklagten mit eigenen Ansprüchen gegen die Klägerin nicht wegen fehlender Gegenseitigkeit vorzint werden. Ebenso kann auch ein Zurückbehaltungsrecht des Beklagten nicht mit dieser Begründung abgelehnt werden.

c) Es trifft weiter nicht zu, "daß auf Grund der Zweckbestimmung der Wohngeldforderung es angesichts der Gemeinschaftsbindung der Natur des Rechtsverhältnisses widersprechen würde, die (vom Beklagten) gegen die Klägerin persönlich geltend gemachten Einwendungen für zulässig zu erachten". Auch bei dieser Annahme verkennt das Berufungsgericht, daß die Klägerin keine Forderung der Wohnungseigentümergeinschaft aus § 16 Abs. 2 WEG geltend macht, sondern einen eigenen Anspruch.

2.) Das Berufungsgericht führt hilfsweise aus, Gegenrechte des Beklagten bestünden nicht. Auch diese Hilfsbegründung trägt das Urteil nicht.

Von den Einzelposten der Gesamtabrechnung für das ganze Haus, aus denen die Klägerin mit jeweils rd. 11,5 % die dem Beklagten zur Last fallenden Anteile errechnet hat, greift die Revision folgende an:

Posten II: Zwischenkreditzinsen	5.226,92 DM
Posten III: Erbbauzinsen	2.212,70 DM
von Posten X: Reparaturkosten:	
Ziff. 3: Dacharbeiten	39,24 DM
Ziff. 5: Setzrisse	293,10 DM
Ziff. 6: Verputz	181,43 DM
Ziff. 7: Malerarbeiten	54,80 DM

zusammen	568,57 DM.

a) Zwischenkredit- und Erbbauzinsen:

Das Berufungsgericht führt aus, gemäß § 8 Abs. 2 des Treuhandvertrages habe die Klägerin die erforderlichen Zwischenkredite aufnehmen dürfen, deren Zinsen die Wohnungseigentümer gemäß § 9 des Treuhandvertrages zu tragen hätten. Die Notwendigkeit der Aufnahme der Zwischenkredite und die Höhe der Zinsen habe die Klägerin im einzelnen klargelegt, berechnet und durch die vorgelegten Unterlagen nachgewiesen.

Auch die Erbbauzinsen seien berechtigt, weil sie gemäß § 9 des Aufbauvertrages Aufwendungen und Rechnungsfaktoren für das Wohngeld und auch nur bis zu dem Zeitpunkt berechnet seien, bis zu dem sie tatsächlich entstanden seien, nämlich dem 30. September 1956.

Die Revision macht geltend, die vom Berufungsgericht für die Zwischenkreditzinsen gegebene Begründung sei zu summarisch. Bei den Erbbauzinsen habe es übersehen, daß

die Klägerin unter Mißbrauch ihrer Treuhänderstellung ihr Erbbaurecht mit Grundpfandrechten von 126.000 DM und 40.000 DM belastet und dadurch den Grundstückserwerb durch die Wohnungseigentümer verzögert, somit die Verpflichtung zur Zahlung von Erbbauzins an die Stadt F[REDACTED] verlängert habe.

Auf diese - nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand unbegründeten - Rügen braucht nicht näher eingegangen zu werden. Denn das Berufungsurteil muß, wie unten zu b) ausgeführt ist, aus einem anderen Grunde aufgehoben werden. Der Beklagte hat daher Gelegenheit, in der neuen Verhandlung vor dem Berufungsgericht sofern bislang nicht genügend substantiierten Sachvortrag zu den genannten Punkten zu ergänzen

b) Mängelhaftung der Klägerin

Der Beklagte ist der Auffassung, die Klägerin hafte ihm für die von ihm behaupteten erheblichen Mängel des Hauses. Er bestreitet deswegen einmal seine Verpflichtung, anteilig zu den oben genannten Reparaturkosten beizutragen, weil diese Arbeiten der Beseitigung von Mängeln gedient hätten. Zum anderen und vor allem leitet er aus der angeblichen Mängelhaftigkeit des Hauses ein Zurückbehaltungsrecht her, sowie Schadensersatzansprüche, mit denen er aufgerechnet hat. Den Minderwert der Wohnung infolge der Mängel hat er auf rd. 11.900 DM beziffert (S. 8 des Urteils des Landgerichts), was in etwa den vom Landgericht zuerkannten 11.943,17 DM gleichkommt.

Das Berufungsgericht führt zu diesem Punkt aus: Die Klägerin habe für etwaige Mängel des Baues nicht ohne weiteres selbst einzustehen. Sie habe nach den getroffenen Vereinbarungen nicht selbst das Baurisiko zu tragen gehabt.

Sie habe vielmehr nur die Stellung eines Beauftragten und eines Vertreters gegenüber den Baufirmen einnehmen sollen. Dafür, daß sie ihre Pflichten als Beauftragte insoweit verletzt habe, liege kein genügender Anhaltspunkt vor. Es könne nicht davon ausgegangen werden, daß sie Mängel der Wohnung schuldhaft verursacht habe.

Im übrigen hat das Berufungsgericht insoweit auf die Gründe des landgerichtlichen Urteils verwiesen. Dort ist zu dieser Frage ausgeführt:

Selbst wenn man die Behauptung des Beklagten über Mängel des Hauses als wahr unterstelle, ergebe sich keine Haftung der Klägerin. Die vom Verschulden unabhängige Gewährleistung der §§ 633 ff BGB könne auf sie keine Anwendung finden. Sie habe im Verhältnis der Parteien zueinander die Stellung einer Treuhänderin, einer Vertreterin der Bauherren, einnehmen sollen. Das ergebe sich aus der Bezeichnung des Vertrages als Treuhandvertrag und vor allem aus dessen § 8. Die Stellung der Klägerin als Treuhänderin, als Geschäftsbesorgerin im Sinne des § 675 BGB, sei damit eindeutig gekennzeichnet. Daß sich die Klägerin in § 1 des Vertrages zugleich zur Errichtung des Hauses verpflichtet habe, ändere nichts daran, daß sie nach dem erklärten Willen der Parteien nur die Rechtsstellung einer Treuhänderin habe einnehmen sollen. Als solche hafte sie aber für Mängel der baulichen Gestaltung nur insoweit, als sie selbst durch Verletzung der innerhalb ihres Pflichtenkreises liegenden Obliegenheiten zur Entstehung von Mängeln beigetragen habe. Es handele sich um gewöhnliche Vertragshaftung wegen positiver Vertragsverletzung, die ein Verschulden voraussetze. Der Beklagte habe aber selbst nicht behauptet, daß die Klägerin im Hinblick

auf die angeblichen Mängel des Hauses ein Verschulden treffe, weil sie ihre Pflichten, etwa die Bauaufsicht oder die Heranziehung geeigneter Baufirmen, verletzt habe.

Mit Recht greift die Revision diese Ausführungen an. Es kann dabei dahinstehen, ob das Revisionsgericht die vom Berufungsgericht getroffene Auslegung des Formularvertrages frei oder (mit Rücksicht auf die Gerichtsstandsklausel) nur beschränkt nachprüfen darf. Auch im letzteren Falle sind die oben wiedergegebenen Ausführungen von Land- und Berufungsgericht nicht frei von Rechtsirrtum. Denn sie lassen die gebotene Würdigung sämtlicher Umstände des Falles vermissen.

aa) Der Senat hat mehrfach Fälle entschieden, in denen Wohnungsbaugesellschaften als Bauträger Häuser errichtet hatten. Dort hatten die Tatgerichte den Verträgen eine architekten- oder bauunternehmerähnliche Stollung der Gesellschaft entnommen und dies u.a. aus Vertragsklauseln hergeleitet, nach denen die Gesellschaft es unternahm, das Haus "zu errichten", dem Vertragspartner "das Wohnungseigentum zu verschaffen", Bestimmungen, wie sie ähnlich auch hier getroffen worden sind. Der erkennende Senat hat eine solche Vertragsauslegung nicht beanstandet und infolgedessen auch eine werkvertragliche Gewährleistungspflicht der Gesellschaften für Mängel des Architekten - oder Bauwerks bejaht (vgl. BGHZ 4 16 sowie das Urteil vom 17. Mai 1965 VII ZR 108/63).

Die von den Vordergerichten hier angenommene "Treuhandstellung" der Klägerin braucht einer solchen Gewährleistung nicht unbedingt entgegenzustehen. Eine Doppelstellung der Klägerin ist möglich. Übrigens umfaßt § 675 BGB auch Werkverträge.

bb) Das Oberlandesgericht hat bisher nicht positiv festgestellt, welche Geschäfte die Klägerin für den Beklagten auf Grund des "Treuhandvertrags" im einzelnen zu besorgen hatte. Ohne eine solche Klarstellung kann die Haftung der Klägerin nicht beurteilt werden. Da der Beklagte nach dem Vertrag "Bauherr" ist, liegt es nahe, daß die Klägerin - falls sie nicht sogar eine architekten- oder bauunternehmer-ähnliche Stellung hatte - dem Beklagten wenigstens die Aufgaben abnahm, die jedem Bauherrn üblicherweise zufallen: also eine gewisse Überwachung der Handwerker und die Rüge auftretender Mängel. Bei der Vertragsauslegung muß beachtet werden, daß die Klägerin sachkundig war oder sein mußte.

cc) Erheblich kann in diesem Zusammenhang der Umstand sein, auf den die Revision mit Recht hinweist, daß zur Zeit des Hausbaus der damalige Geschäftsführer der Klägerin zugleich Geschäftsführer der Baufirma war, welche die Klägerin mit einem wesentlichen Teil der Bauarbeiten betraut hatte. Wenn auch durch diese Personengleichheit die rechtliche Selbständigkeit der beiden Firmen als zweier juristischer Personen nicht beseitigt wurde, so könnte doch unter den gegebenen Umständen eine Mitverantwortlichkeit der Klägerin für Baumängel weit eher zu bejahen sein, als das sonst anzunehmen wäre. Denn eine wirksame Überwachung der Baufirma durch die Klägerin dürfte von vornherein nicht möglich gewesen sein.

dd) Ungeklärt ist weiter, welche Rechtsstellung der in § 2 des "Treuhandvertrages" genannte Architekt S. hatte, nach dessen Plänen gebaut werden sollte. Unter Umständen muß die Klägerin für dessen etwaigen Fehler bei der Planung und Bauaufsicht nach § 278 BGB einstehen.

ee) Zu beachten ist ferner, daß dann, wenn eine objektive Pflichtverletzung des Werkunternehmers oder Dienstpflichtiger bewiesen ist, diesem die Beweislast dafür obliegt, daß ihn daran kein Verschulden trifft.

ff) Schließlich hat das Berufungsgericht bei dem Posten "Reparaturkosten" der Klageforderung nicht erwogen, ob die Klägerin nicht hätte erkennen müssen, daß die betreffenden Arbeiten, wie der Beklagte vorträgt, nur der Beseitigung von Mängeln dienten. Dann hätte sie die von ihr geleisteten Zahlungen, die sie vom Beklagten anteilig ersetzt verlangt, nicht "den Umständen nach für erforderlich" halten dürfen (§ 670 BGB), weil nämlich dann die Unternehmer zu kostenloser Nachbesserung verpflichtet waren. Sollte die Klägerin die Zahlung aber an andere, für die Mängel nicht verantwortliche Unternehmer geleistet haben, so könnte eine schuldhaftes Vertragsverletzung dann gegeben sein, wenn sie es verabsäumt hätte, die für die Mängel verantwortlichen Unternehmer rechtzeitig zur Nachbesserung anzuhalten oder von ihnen sonstige Gewährleistung zu fordern.

Nach alledem bedarf die Sache weiterer Aufklärung.

c) Vertragswidrige Belastung des Erbbaurechts durch die Klägerin von 1953 - 1956:

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, hierdurch sei dem Beklagten kein Schaden entstanden. Da ihm die Belastung damals überhaupt nicht bekannt gewesen sei, habe sie seine damaligen Entschlüsse auch nicht beeinflussen können.

Das ist nicht zu beanstanden. Die Revisionsbegründung enthält keinen Hinweis, daß der Beklagte in den Tatsacheninstanzen behauptet und unter Beweis gestellt hätte, er habe zu jener Zeit eine Veräußerung seiner Wohnung beabsichtigt. War das aber nicht der Fall, so kann ihm aus der Belastung kein Schaden deswegen entstanden sein, weil sie ihn an einer Veräußerung gehindert hätte.

Der Beklagte kann jedoch auch zu diesem Punkt in der neuen Tatsachenverhandlung weiteres vortragen.

3.) Angesichts der Höhe der vom Beklagten behaupteten mangelbedingten Wertminderung der Wohnung muß das Berufungsurteil in vollem Umfange aufgehoben werden. Da es weiterer tatrichterlicher Feststellungen bedarf, ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Der Senat hat dabei von § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

Glönnmann

Rietschel

Erbel

Finke

Vogt