

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB §§ 633, 635, 638

Zur Sachmängelhaftung nach Werkvertragsrecht bei der Veräußerung neuerrichteter Eigentumswohnungen (im Anschluß an BGHZ 74, 204; 74, 258; BGH NJW 1980, 2800; 1981, 273; BauR 1979, 514).

BGH Urt. v. 29. Juni 1981 - VII ZR 259/80 - OLG Hamm  
LG Essen

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 259/80

## URTEIL

Verkündet am  
29. Juni 1981  
Werner,  
Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Frau Elisabeth L [REDACTED],  
Am S [REDACTED], E [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin  
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. [REDACTED]  
und [REDACTED] -

gegen

die Frau Anneliesl L i [REDACTED],  
Am S [REDACTED], E [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte  
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

188

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. Juni 1981 durch die Richter Dr. Girisch, Meise, Dr. Recken, Doerry und Obenhaus

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Klägerin werden die Urteile des 21. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 20. Mai 1980 und der 13. Zivilkammer des Landgerichts Essen vom 22. Mai 1979 aufgehoben.

Der Zahlungsanspruch ist dem Grunde nach gerechtfertigt.

Die Sache wird zur weiteren Verhandlung und Entscheidung über den Betrag des Zahlungsanspruchs, den Feststellungsantrag und die Kosten beider Rechtsmittel an das Landgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

### Tatbestand:

Die Beklagte ließ in den Jahren 1973/74 in E [REDACTED] ein Mehrfamilienhaus mit 6 Eigentumswohnungen errichten. Fünf davon veräußerte sie alsbald nach Fertigstellung, so zwei mit notariellen Verträgen vom 21. Februar 1974 an die Klägerin und deren Ehemann. In § 3 der "Kaufverträge" heißt es u.a.:



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



"Das Wohnungseigentum und der Grundstücksanteil wird verkauft wie es steht und liegt, ...

Hinsichtlich des erstellten Gebäudes sichert Verkäufer handwerksgerechte Erstellung des Bauwerks zu und kommt seinen etwaigen Gewährleistungsverpflichtungen dadurch nach, daß er auf Verlangen verpflichtet und berechtigt ist, seine etwaigen Gewährleistungsansprüche an die Erwerber als Gesamtberechtigte abzutreten. Weitere Gewähr wird nicht geleistet.

Etwa vorhandene Mängel sind bei Rechtsverlust binnen einer Ausschußfrist von 2 Monaten nach Erlangung des Besitzes an der Wohnung Verkäufer und bauleitendem Architekt schriftlich zu melden. Dies gilt nicht für verdeckte Mängel. ...."

Am 12. März 1974 wurden die beiden Wohnungen der Klägerin und ihrem Ehemann übergeben und gerügte Mängel in einer formularmäßigen "Abnahmeerklärung" festgehalten. Mit Schreiben vom 18. März 1974 rügte der Ehemann der Klägerin das Fehlen von vorgesehener Gleitfolie zwischen tragenden Wänden und Decke sowie von Putzfugen unter der Decke. Noch im selben Jahr zeigten sich an den Wänden die befürchteten Risse sowie Feuchtigkeit. Am 21. Oktober 1974 wiederholte der Ehemann der Klägerin die Bitte um Übergabe einer Handwerkerliste mit Angabe der Gewährleistungsfristen, jedoch vergeblich. Nach weiterem Schriftwechsel verwies die Beklagte mit Schreiben vom 18. August 1978 darauf, daß nicht sie, sondern der Bankier Gallinat der Bauherr sei, und trat wegen der Risse in den Wänden "hinsichtlich der Gewährleistung ... vertragsgemäß etwaige Ansprüche als ehemaliger Eigentümer an Sie als Erwerber gegen die Verursacher, z.B. die Architekten oder Statiker, ab." Ein auf Antrag der Klägerin und ihres Ehemanns im Beweisicherungsverfahren beim Amtsgericht Essen eingeholtes Sachverständigengutachten vom 29. November 1978 klärte die Ursachen der Risse und der Feuchtigkeit. Der für die

Baumängel verantwortlich erachtete Bauunternehmer Krekeler war bereits im November 1977 in Konkurs gefallen. Der Sachverständige errechnete für beide Wohnungen zusammen Mängelbeseitigungskosten von 13.905,19 DM und einen Minderwert von 13.500 DM. Die Beklagte zahlte daraufhin den auf die Beseitigung von Feuchtigkeitsschäden entfallenden Betrag von 965,70 DM und lehnte weitere Zahlungen ab.

Die Klägerin, die sich die Ansprüche ihres Ehemanns hat abtreten lassen, hat die verbleibenden 26.439,49 DM nebst Zinsen eingeklagt und die Feststellung begehrt, daß die Beklagte weiteren, durch neue Risse entstandenen Schaden ersetzen müsse. Die Beklagte hat sich auf den vertraglichen Haftungsausschluß berufen und die Einrede der Verjährung erhoben.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage wegen Verjährung abgewiesen. Mit der - zugelassenen - Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihre Klageansprüche weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht wendet auf den Erwerb des neuerrichteten Wohnungseigentums durch die Klägerin und ihren Ehemann Kaufrecht an und erachtet demgemäß die Gewährleistungsansprüche der Erwerber für verjährt. Die Beklagte habe in den - alle erst nach Fertigstellung des Hauses abgeschlossenen - Kaufverträgen keine Erstellungsverpflichtung übernommen. Vielmehr seien nach dem Vertragsinhalt bereits erstellte Wohnungen verkauft worden. Weder sei eine Baubeschreibung Vertragsinhalt geworden noch hätten Sonderwünsche berücksichtigt werden können. Für die angebliche Aushändigung einer Baubeschreibung vor Vertragsschluß habe die Klägerin zu wenig vorgetragen. Auch sei in den Verträgen nicht auf eine Abnahme abgestellt, sondern auf die Erlangung des Besitzes.

Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats richten sich Ansprüche des Erwerbers aus Mängeln an neuerrichteten Häusern oder Eigentumswohnungen grundsätzlich nach Werkvertragsrecht, mag auch das Bauwerk bei Vertragsschluß bereits fertiggestellt sein (vgl. BGHZ 74, 204, 206/207 und 74, 258, 267/268 mit weiteren Nachweisen; BGH NJW 1980, 2800; 1981, 273; Urteil vom 28. Juni 1979 - VII ZR 166/78 = BauR 1979, 514 = ZfBR 1979, 235).

a) Dabei ist ohne Bedeutung, ob die Parteien den Vertrag als Kaufvertrag und sich selbst als Käufer und Verkäufer bezeichnet haben. Entscheidend ist vielmehr, daß sich aus dem Inhalt solcher Verträge, aus ihrem Zweck und ihrer wirtschaftlichen Bedeutung sowie aus der Interessenlage die Verpflichtung des Veräußerers zu (mangelfreier) Errichtung des Bauwerks ergibt. An diese Verpflichtung knüpft die Sachmängelhaftung nach Werkvertragsrecht an.

b) Es kann für die rechtliche Einordnung nicht darauf ankommen, ob bei Vertragsschluß die Bauausführung bereits begonnen hatte oder gar bereits beendet war und ob etwa andere Eigentumswohnungen im selben Baukomplex schon vor Fertigstellung verkauft worden waren. Die vollständige Vertragserfüllung umfaßt nämlich nicht nur die gegenständliche Werkerstellung, sondern auch die für den Werkvertrag typische Abnahme und die Beseitigung der dabei festgestellten Mängel. Auch für die Interessenlage auf beiden Seiten ist es gleich, ob das Bauwerk bei Vertragsschluß nur zum Teil oder ganz fertiggestellt war (vgl. BGHZ 68, 373, 375). Die beim Vorratsbau durch Bauträger vielfach vorweg erfüllte Verpflichtung zur Errichtung eines Hauses oder Wohnungseigentums wird zwangsläufig bei Vertragsschluß während der Bauausführung zur Verpflichtung, das Bauwerk fertigzustellen, und bei Vertragsschluß nach Fertigstellung zur Verpflichtung, dem Erwerber das neuerrichtete Haus oder Wohnungseigentum alsbald mangelfrei zu übergeben. Wird der Erwerbsvertrag erst nach Fertigstellung geschlossen, so ist - falls nicht das Vertragsformular schon vorher entworfen und verwendet worden ist - nicht zu erwarten, daß der Veräußerer sich darin sinngemäß oder gar ausdrücklich verpflichtet, das Bauwerk erst noch nach bestimmten Plänen

und Baubeschreibungen zu errichten oder fertigzustellen. Für die werkvertragliche Sachmängelhaftung genügt vielmehr, daß Gegenstand und Umfang der vertraglichen Leistung keine anderen sind, als wenn der Vertrag bereits vor Fertigstellung des Baues geschlossen worden wäre. Auf die Sachmängelhaftung ist daher stets dann Werkvertragsrecht anzuwenden, wenn ein neuerrichtetes Bauwerk - ein Haus oder eine Eigentumswohnung - an einen Erwerber veräußert wird, von diesem abzunehmen ist und dabei festgestellte Mängel vom Veräußerer (oder für ihn von Bauhandwerkern) zu beseitigen sind.

2. Die von der Klägerin und ihrem Ehemann mit der Beklagten geschlossenen Erwerbsverträge erfüllen diese Voraussetzungen für die Sachmängelhaftung nach Werkvertragsrecht. Auch das Verhalten der Parteien stimmt damit überein.

a) Die Beklagte veräußerte gemäß § 1 "künftiges" Wohnungseigentum zu einem "Festpreis". Danach war die ihr obliegende Leistung erst noch zu erbringen und dafür von den Erwerbern eine Pauschalvergütung zu zahlen. Die Verschaffung einer noch in der Entstehung begriffenen Sache und die Bezeichnung des Entgelts als Festpreis, der an die Stelle einer nach Leistungsverzeichnis abzurechnenden Vergütung tritt, sind nicht für den Kauf, wohl aber für den Werkvertrag typisch. Im übrigen sollte nach § 7 der Verwalter des (gemeinschaftlichen) Wohnungseigentums "während der Bauzeit" keine Vergütung erhalten.

b) Die Beklagte sicherte in § 3 hinsichtlich des errichteten Gebäudes "handwerksgerechte Erstellung des Bauwerks" zu und versprach, etwaigen Gewährleistungs-

verpflichtungen durch Abtretung ihrer Gewährleistungsansprüche nachzukommen. Obwohl nicht gesagt wird, gegen wen die abzutretenden Gewährleistungsansprüche zu richten wären, können damit nur werkvertragliche Gewährleistungsansprüche gemeint sein, etwa gegen Handwerker, Architekten oder andere am Bau Beteiligte, wie sich auch aus der Abtretungserklärung der Beklagten vom 18. August 1978 ergibt. Die Beklagte sicherte damit nicht einen bestimmten Zustand des Gebäudes zu, sondern die handwerkliche, den Regeln der Baukunst entsprechende Erstellung als Werk-ausführung sowie die eigene Gewährleistung dafür in Form werkvertraglicher Fremdgewährleistung.

c) Dementsprechend wurden die den Erwerbern veräußerten Eigentumswohnungen auch von ihnen vertragsgemäß abgenommen. Daß insofern in den Verträgen nicht von Abnahme, sondern von "Erlangung des Besitzes" die Rede ist, ändert nichts daran, daß sachlich Abnahme gemeint war. Beiderseits gewollt und von der Beklagten zugesagt war eine Übergabe der fertiggestellten Wohnung mit Prüfung ihres Zustandes und Protokollierung sichtbarer Mängel. Demgemäß heißt es denn auch in der von der Beklagten oder ihrem Architekten vorformulierten "Abnahmeerklärung" vom 12. März 1974, die beiden Wohnungen seien einschließlich Nebenräumen besichtigt und "abgenommen", die Schlüssel übergeben und folgende Mängel festgestellt worden (...); ansonsten seien "keine Beanstandungen gegeben und keine weiteren sichtbaren Mängel an den handwerklichen Ausführungen und Leistungen festgestellt worden."

d) Ob und unter welchen Umständen dem Ehemann der Klägerin - wie sie behauptet - vor Vertragsschluß vom Architekten der Beklagten eine Baubeschreibung vom

März 1973 ausgehändigt wurde, kann dahinstehen. Da die Wohnungen fertiggestellt waren, verstand es sich von selbst, daß Wohnungsinteressenten ihren Erwerbsentschluß nicht auf eine Baubeschreibung, sondern vor allem auf eine Baubesichtigung gründeten. Sind derartige zum Verkauf ausgeschriebene Wohnungen fast oder vollständig fertiggestellt und zu besichtigen, so ist eine Baubeschreibung kaum noch von Interesse. Insbesondere besteht, falls der Baubeschreibung keine besondere Bedeutung zukommt - etwa für die Verwendung nunmehr unsichtbaren Baumaterials -, kein Anlaß, sie ausdrücklich zum Vertragsbestandteil zu machen. Auch die Berücksichtigung von Sonderwünschen durch den Bauherrn kommt dann kaum noch in Betracht. Insofern mißt das Berufungsgericht dem Umstand, daß in den Verträgen weder eine Baubeschreibung noch Sonderwünsche erwähnt sind, eine diesem tatsächlich für die rechtliche Einordnung der Verträge nicht zukommende Bedeutung bei.

e) Auch für einen Veräußerungsvertrag über eine neuerrichtete, fertige Eigentumswohnung, wie er hier abgeschlossen worden ist, gilt daher die werkvertragliche Sachmängelhaftung. Dieser Vertrag unterscheidet sich nach seinem Sinn und Zweck, seiner wirtschaftlichen Bedeutung und vor allem der Interessenlage der Parteien nicht von den vom Senat (aaO) bereits entschiedenen Fällen (vgl. neuerdings Müller, BauR 1981, 219, 220/221). Der Gewährleistungsanspruch der Klägerin und ihres Ehemanns richtet sich nicht - wie die Vorinstanzen meinen - nach § 477 BGB, sondern nach § 638 BGB. Die fünfjährige Gewährleistungsfrist war bei Eingang der Klage noch nicht abgelaufen.

II.

Die Urteile des Landgerichts und des Oberlandesgerichts können daher keinen Bestand haben. Die nicht verjährten Klageansprüche bedürfen der Prüfung und Feststellung.

1. Die Beklagte hat sich in § 3 der Verträge nicht wirksam von der Gewährleistung freigezeichnet.

a) Die Erwerbsverträge sind im wesentlichen gleichlautende Formularverträge, wie sie unstreitig auch mit den drei anderen Wohnungserwerbern geschlossen worden sind. Auf ihre Auslegung und Verbindlichkeit sind daher die für Allgemeine Geschäftsbedingungen geltenden Grundsätze anzuwenden. Daß es sich insgesamt um nur fünf Verträge gehandelt hat und die Verträge mit der Klägerin und ihrem Ehemann die ersten gewesen sind, ändert daran nichts (vgl. zu § 1 des damals noch nicht geltenden AGBG Ulmer/Brandner/Hensen, 3. Aufl. Rn. 16, 17; Löwe/von Westphalen/Trinkner Rn. 8; Palandt/Heinrichs, 40. Aufl., Anm. 2 c).

b) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs beseitigt eine formularmäßige Freizeichnungsklausel, durch die der Veräußerer einer neu errichteten Eigentumswohnung die eigene Verpflichtung zur Gewährleistung ausschließt und dem Erwerber statt dessen seine Gewährleistungsansprüche gegen die anderen am Bau Beteiligten abtritt, die Eigenhaftung des Veräußerers nicht in jedem Fall. Diese Haftung ist vielmehr nur insoweit abbedungen, als sich der Erwerber aus den abgetretenen Ansprüchen auch tatsächlich schadlos halten kann. Das Risiko, daß die Schadloshaltung fehlschlägt, bleibt bei dem Veräußerer (BGHZ 74, 258,

270 mit weiteren Nachweisen; BGH NJW 1980, 282, 283; 1980, 2800, 2801; Urteil vom 4. Juni 1981 - VII ZR 212/80 - zur Veröffentlichung bestimmt).

c) Im vorliegenden Fall genügt schon die Freizeichnung selbst nicht den Erfordernissen, die erfüllt sein müssen, um den Veräußerer zumindest zeitweise vor unmittelbarer Inanspruchnahme durch den Erwerber zu bewahren.

Der Verkauf "ohne Gewähr für Größe, Güte und Beschaffenheit" des Wohnungseigentums und des Grundstücksanteils "wie es steht und liegt" (§ 3 Abs. 1 der Verträge) betrifft ersichtlich nur das Grundstück, nicht das darauf erstellte Gebäude. Die Klausel "wie es liegt und steht" deutet auf den Ausschluß der Gewährleistung auch für verborgene Mängel hin (vgl. BGHZ 74, 204, 210). Für das erstellte Gebäude ist aber in § 3 Abs. 2 ausdrücklich nicht jegliche Gewährleistung ausgeschlossen, insbesondere nicht für "verdeckte" Mängel. Die völlige Freizeichnung wäre auch unangemessen und gemäß § 242 BGB unwirksam (BGHZ 74, 204, 209 mit weiteren Nachweisen).

Vielmehr wollte die Beklagte in § 3 Abs. 2 ihre eigene Gewährleistung für die "handwerksgerechte Erstellung des Bauwerks" auf die Gewährleistung der anderen am Bau Beteiligten beschränken. Dies wäre ihr möglich gewesen, soweit die Erwerber sich aus abgetretenen Ansprüchen zumutbarerweise hätten schadlos halten können. Dazu wäre jedoch zunächst einmal erforderlich gewesen, die möglichen Drittbeteiligten derart deutlich zu bezeichnen, daß über den Kreis der in Betracht kommenden Personen oder Firmen Klarheit bestanden hätte. Die Freizeichungsklausel in

§ 3 Abs. 2 der Verträge besagt jedoch nicht, gegen wen sich etwaige Gewährleistungsansprüche der Beklagten richten könnten. Angesichts der Behauptung der Beklagten, ihr Streithelfer in den Vorinstanzen Gallinat sei der "eigentliche" Bauherr gewesen, ist nicht einmal klar, ob der Beklagten überhaupt eigene Gewährleistungsansprüche zustanden. Näheres hat sie dazu nicht vorgetragen.

d) Die Beklagte hat aber auch die Klägerin und deren Ehemann nicht in den Stand gesetzt, gegen die für Baumängel Verantwortlichen abgetretene Ansprüche geltend zu machen. Die Erwerber haben von der Beklagten weder die gewünschte Liste der Bauhandwerker und anderen Baubeteiligten mit den notwendigen Angaben erhalten noch ist ihnen mitgeteilt worden, wer für die alsbald gerügten Schubrisse verantwortlich sein könnte. Als das im Beweissicherungsverfahren eingeholte Sachverständigengutachten Mängel der Bauausführung durch die Bauunternehmung K[REDACTED] ergab, waren Ansprüche gegen diese nicht mehr durchzusetzen. Eine Verantwortlichkeit des Statikers ist nicht erkennbar. Ob den Architekten ein Versagen bei der Bauaufsicht vorzuwerfen ist, ist dem Gutachten nicht zu entnehmen. Daher war den Erwerbern mit einer Abtretung "etwaiger Ansprüche ... gegen die Verursacher, z.B. die Architekten oder die Statiker" im Schreiben vom 18. August 1978 nicht gedient. Wie der Schriftwechsel der Parteien zwischen 1974 und 1978 zeigt, hat der Ehemann der Klägerin die Mängel immer wieder bei der Beklagten und ihrem Architekten gerügt und um Abhilfe gebeten, ohne von der Beklagten in den Stand gesetzt worden zu sein, deren etwaige Gewährleistungsansprüche aus eigenem oder fremden Recht gegen die Verantwortlichen geltend zu machen. Deshalb muß es bei

der Eigenhaftung der Beklagten bleiben (vgl. BGH NJW 1980, 282, 283).

2. In beiden Vorinstanzen hat die Beklagte das Ergebnis des im Beweissicherungsverfahren eingeholten Sachverständigengutachtens zu den Ursachen der Schubrisse in Wänden und Decken der beiden Wohnungen (Fehlen von vorgeschriebenen Stahlbetonringankern, FD-Gleitfolie und Putzfugen) nicht bestritten. Sie hat nur eingewandt, der Sachverständige habe nicht berücksichtigt, daß die Klägerin und ihr Ehemann eine tragende Wand zwischen den beiden Wohnungen hätten entfernen lassen. Das kann aber als mögliche Mitursache bei der Feststellung der Schadenshöhe geprüft und gegebenenfalls berücksichtigt werden. Als ausschließliche Ursache kommt der Umbau nicht in Betracht, nachdem der Sachverständige das Fehlen einer tragenden Zwischenwand nicht beanstandet hat.

Es ist daher nicht nur für das Revisionsgericht, sondern auch für den Tatrichter davon auszugehen, daß das Bauwerk nicht mangelfrei erstellt worden ist. Dies festzustellen, ist auch dem Revisionsgericht möglich (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO).

3. Die Beklagte haftet somit für die mangelhafte Errichtung des Bauwerks und deren Folgen. Sie muß die Kosten tragen, die erforderlich sind, die Baumängel und den Folgeschaden zu beseitigen, und - soweit das nicht möglich oder zumutbar ist - eine angemessene Minderung der vereinbarten Vergütung hinnehmen. Insofern ist der Zahlungsanspruch dem Grunde nach gerechtfertigt. Ob die Voraussetzungen für den Feststellungsantrag vorliegen, muß geprüft werden.

*1/2*

III.

Nach alledem sind auf die Rechtsmittel der Klägerin die Urteile der Vorinstanzen aufzuheben. Die Sache ist zur Verhandlung und Entscheidung über den Betrag des Zahlungsanspruchs, über den Feststellungsantrag sowie über die Kosten beider Rechtsmittel an das Landgericht zurückzuverweisen.

Girisch

Meise

Recken

Doerry

Obenhaus