

4

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

BGB §§ 633, 634, 635, 670

Hat ein Bauträger sich unter Abtretung der ihm zustehenden Gewährleistungsansprüche formularmäßig freigezeichnet und sind dem Erwerber bei dem Versuch, diese Ansprüche gegenüber dem Unternehmer oder sonst am Bau beteiligten durchzusetzen, Kosten entstanden, die er von dem in erster Linie zur Gewährleistung Verpflichteten später nicht ersetzt bekommt, so sind diese Aufwendungen von dem Bauträger nach den Vorschriften über den Auftrag zu ersetzen.

BGH, Urt. v. 12. Juli 1984 - VII ZR 268/83 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

1

4

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 268/83

URTEIL

Verkündet am
12. Juli 1984
H e n c o,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. der Firma Dr. Wilhelm T [REDACTED] GmbH & Co KG, vertreten durch die Dr. Wilhelm T [REDACTED] GmbH, diese vertreten durch ihren Geschäftsführer Herbert V [REDACTED] [REDACTED], B [REDACTED] Allee [REDACTED], D [REDACTED],
2. die Firma Dr. Wilhelm T [REDACTED] GmbH, vertreten durch ihren Geschäftsführer Hermann V [REDACTED], B [REDACTED] Allee [REDACTED], D [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägerinnen,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. K. [REDACTED]
und F. [REDACTED] -

g e g e n

den Steuerberater Fritz Be [REDACTED], N [REDACTED]-
straße [REDACTED], D [REDACTED],

Kläger, Berufungskläger
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Juli 1984
durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die
Richter Dr. Recken, Doerry, Bliesener und Quack

für Recht erkannt:

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil
des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
Düsseldorf vom 11. Juli 1983 wird mit der
Maßgabe zurückgewiesen, daß die Absätze
2-4 der Urteilsformel berichtigt und wie
folgt neu gefaßt werden:

Die Beklagten werden wie Gesamt-
schuldner verurteilt, an den Kläger
2.596,29 DM nebst 4 % Zinsen seit
dem 9. Juni 1981 zu zahlen.

Die weitergehende Klage wird abge-
wiesen.

Der Kläger trägt 1/5, die Beklagten
tragen 4/5 der Kosten des ersten
Rechtszuges.

Die Beklagten tragen die Kosten des
Berufungsrechtszuges mit Ausnahme von
17,50 DM der Gerichtskosten, die dem
Kläger zur Last fallen.

2. Die Beklagten haben die Kosten der Revision
zu tragen.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Durch Vertrag vom 17. Dezember 1969 erwarben der Kläger und seine Ehefrau von der Beklagten zu 1, deren persönlich haftende Gesellschafterin die Beklagte zu 2 ist, eine Eigentumswohnung. Hinsichtlich der Gewährleistung war in § 4 des Vertrages formularmäßig folgendes bestimmt:

"Bauliche Mängel, die vor oder bei Übergabe des Sondereigentums mit Recht gerügt werden, muß die Verkäuferin in angemessener Frist beseitigen. Für andere Mängel haftet sie nicht.

Mit der Übergabe des Sondereigentums tritt die Verkäuferin ihre sämtlichen Ansprüche aus Mängelhaftung einschließlich solchen aus mangelhafter Bauleitung gegen alle am Bau Beteiligten an den Käufer zur Geltendmachung im eigenen Namen ab, ohne daß es einer besonderen Abtretungserklärung bedarf. Das gleiche gilt für Ansprüche aus Mängeln am Gemeinschaftseigentum, die an die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer abgetreten werden."

Nach Bezug der Wohnung Ende August 1970 rügte der Kläger bei der Beklagten zu 1 (künftig nur: die Beklagte) Fließ- und Knackgeräusche, die von der Zentralheizung und ihren Zuleitungen ausgingen. Die Beklagte verwies ihn an den für die Herstellung der Heizungsanlage verantwortlichen Handwerker, die Firma G■■■■. Die Aufforderung des Klägers, für die Mängelbeseitigung zu sorgen, lehnte die Beklagte schließlich mit einem Schreiben ihrer Anwälte vom 5. Juli 1973 ab, in dem es - soweit hier interessierend - hieß:

"Sämtliche Gewährleistungsansprüche, die von den Miteigentümern geltend gemacht werden, richten

sich nicht gegen die Dr. T[REDACTED] KG (die Beklagte).
...

Wir können daher nur empfehlen, daß die Miteigentümer ... ihre vermeintlichen Ansprüche gegen die Firma B[REDACTED] (= Firma G[REDACTED]) durchzusetzen versucht. ..."

Die Firma G[REDACTED] unternahm auch mehrere Nachbesserungsversuche; mit deren Ergebnis war der Kläger jedoch nicht einverstanden. Im August 1975 erhob er Klage. Durch Teilurteil des Amtsgerichts Düsseldorf vom 22. Juni 1977 wurde die Heizungsfirma rechtskräftig verurteilt, die Fließgeräusche zu beseitigen. Der wegen der Knackgeräusche fortgesetzte Rechtsstreit wurde dann im Februar 1980 wegen Konkurses der Firma G[REDACTED] unterbrochen und nicht wieder aufgenommen.

Mit der im Mai 1981 erhobenen Klage hat der Kläger die Beklagten vor dem Landgericht zuletzt auf Zahlung von 500 DM Mängelbeseitigungskosten sowie auf Ersatz der Aufwendungen in Anspruch genommen, die ihm in Höhe von 2.746,29 DM im Vorprozeß erwachsen seien, insgesamt also auf Zahlung von 3.246,29 DM nebst Zinsen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Mit der Berufung hat der Kläger nur noch den Anspruch auf Ersatz der ihm im Vorprozeß entstandenen Aufwendungen verfolgt. Das Oberlandesgericht hat die Beklagten zur Zahlung von 2.746,29 DM nebst Zinsen verurteilt und die Klage nur wegen einer geringfügigen Zinsmehrforderung abgewiesen.

Mit der - zugelassenen - Revision, um deren Zurückweisung der Kläger bittet, verfolgen die Beklagten ihren auf vollständige Klageabweisung gerichteten Antrag weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht läßt offen, ob die Beklagten für die Kosten, die bei der Verfolgung der gegen die Heizungsfirma gerichteten Nachbesserungsansprüche entstanden sind, nach § 635 BGB haften. Der Kläger könne seine Aufwendungen jedenfalls aufgrund rechtsähnlicher Anwendung des § 670 BGB, hilfsweise aus Geschäftsführung ohne Auftrag gemäß §§ 683 Satz 1, 670 BGB ersetzt verlangen. Sein Versuch, bei der Firma G■■■■ die Mängelbeseitigung gerichtlich durchzusetzen, sei von der Beklagten veranlaßt worden und habe - zumindest auch - in deren Interesse gelegen.

Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1. Der vom Berufungsgericht eingeschlagene Weg ist nicht etwa deshalb ungangbar, weil der Senat bereits entschieden hat, daß die Vorschriften über die Gewährleistung beim Werkvertrag gegenüber den Ansprüchen aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder aus ungerechtfertigter Bereicherung eine abschließende Sonderregelung darstellen, der Besteller also, der die Voraussetzungen für den werkvertraglichen Anspruch auf Ersatz von Fremdnachbesserungskosten oder auf Schadensersatz nicht erfüllt hat, inso- weit weder Aufwendungsersatz verlangen (NJW 1968, 43 Nr. 8), noch Ansprüche aus § 812 BGB geltend machen kann (BGHZ 46, 246; 70, 389, 398; NJW 1963, 806, 807; 1966, 39, 40; 1968, 43 Nr. 8; Urteile vom 20. April 1978 - VII ZR 94/77 = ZfBR 1978, 77, 78 - und VII ZR 143/77 = WM 1978, 953, 954).

Darum geht es hier nicht. Es handelt sich vielmehr um den Ersatz solcher Aufwendungen, die mit dem in § 633 BGB geregelten, die Anwendung der §§ 677, 683, 812 BGB ausschließenden Mängelbeseitigungsverfahren nicht ohne weiteres verbunden sind und - beispielsweise - auch bei letztlich erfolgreicher Nachbesserung durch den Drittunternehmer entstehen können. Diese Aufwendungen haben sich erst daraus ergeben, daß der Kläger aufgrund der Abtretung der Gewährleistungsansprüche gemäß § 633 BGB gegen die Heizungsfirma vorgegangen ist. Ohne diese Abtretung wären die Aufwendungen gar nicht entstanden.

2. Ebensowenig vergleichbar ist dieser Sachverhalt mit jenem, zu dem der Senat entschieden hat, daß der Bauträger, der den Erwerbern für Mängel zu haften hatte und der deshalb von ihnen gerichtlich in Anspruch genommen worden war, die Prozeßkosten entweder nach § 635 BGB oder aus positiver Vertragsverletzung von dem in erster Linie zur Gewährleistung verpflichteten Unternehmer ersetzt verlangen könne, weil dieser die eigene Gewährleistungspflicht nicht rechtzeitig erfüllt hatte (Urt. vom 30. Juni 1983 - VII ZR 185/81 = ZfBR 1983, 260, 261/262 = BauR 1983, 573, 576 mit Hinweis auf das Senatsurteil vom 4. November 1965 - VII ZR 239/63 = Schäfer/Finnern Z 2.410 Bl. 31, 32 R - sowie Glanzmann in BGB-RGRK, 12. Aufl., § 635 Rdn. 53).

Im vorliegenden Fall sind nämlich nicht Ansprüche aus dem vom Bauträger mit dem Unternehmer geschlossenen Bauvertrag zu beurteilen, sondern die Rechtsfolgen aus dem Bauträgerevertrag. Wie beim Bauvertrag richten sich hierbei zwar die Sachmängelansprüche des Erwerbers, soweit sie sich auf die Errichtung des Bauwerks beziehen,

nach Werkvertragsrecht (BGHZ 74, 204, 206; BGH NJW 1980, 2800, 2801; 1981, 273; 1982, 2243 mit weiteren Nachw. und ständig). Die Rechtsnatur des Bauträgervertrages ist damit aber nicht erschöpfend dargestellt: Es handelt sich bei ihm um einen Vertrag, der neben werk- und werklieferungsvertraglichen auch (soweit der Grundstückserwerb in Rede steht) kaufvertragliche Elemente sowie - je nach den Umständen des Einzelfalles - Bestandteile aus dem Auftrags- und Geschäftsbesorgungsgesetz enthält.

3. Nach den Vorschriften über den Auftrag ist insbesondere die Frage zu beantworten, wer die Aufwendungen zu tragen hat, wenn ein Bauträger sich unter Abtretung der ihm zustehenden Gewährleistungsansprüche formularmäßig freigezeichnet hat und dem Erwerber bei dem Versuch, diese Ansprüche gegenüber dem Unternehmer oder sonst am Bau Beteiligten durchzusetzen, Kosten entstehen, die er von dem in erster Linie zur Gewährleistung Verpflichteten später nicht ersetzt bekommt.

a) Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß die formularmäßige Freizeichnung des Veräußerers von seiner eigenen Gewährleistungspflicht gegenüber dem Erwerber von neuerrichteten oder noch zu errichtenden Eigentumswohnungen und Häusern allenfalls bei gleichzeitiger Abtretung seiner Gewährleistungsansprüche gegen andere am Bau Beteiligte und auch dann nur insoweit möglich ist, als sich der Erwerber aus den abgetretenen Ansprüchen schadlos halten kann (zuletzt Senatsurteil vom 5. April 1984 - VII ZR 21/83 - mit Nachw., zur Veröffentlichung bestimmt). Das Risiko, daß die Schadloshaltung fehlschlägt, trägt nach der gefestigten Recht-

sprechung des Bundesgerichtshofs der Veräußerer (BGHZ 74, 258, 270; zuletzt BGH NJW 1982, 169, 170; 1982, 1808, 1809; 1982, 2243 - jeweils mit Nachw.). Die - aufschiebend bedingte - Gewährleistungshaftung des Bauträgers lebt dann wieder auf; mit dem Eintritt der Bedingung beginnt erst die Verjährung (Senatsurteil NJW 1981, 2343). Beim Bauträger bleibt also ein "Restrisiko" (BGH NJW 1982, 1808, 1809).

b) Daraus folgt für die Parteien, daß der Kläger zwar verpflichtet war, in einem ihm nach den Umständen zumutbaren Maße von der Abtretung der Gewährleistungsansprüche gegenüber der Firma G. Gebrauch zu machen, und daß er die Schadloshaltung durch dieses Unternehmen nicht hätte vereiteln dürfen (Senatsurteil BGHZ 74, 258, 271). Daraus ergibt sich aber auch, daß er wie ein Beauftragter von der Beklagten nach § 670 BGB sämtliche Aufwendungen ersetzt erhalten muß, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte und von der Heizungs-firma nicht mehr erstattet bekommen hat. Anderenfalls hätte die Beklagte das für die Wirksamkeit der Freizeichnung unerläßliche volle Risiko der Schadloshaltung nicht zu tragen; ein Teil dieses Risikos wäre vielmehr dem Kläger überbürdet worden. Mit Recht verweist das Berufungsgericht darauf, daß hier die Interessenlage der-jenigen vergleichbar ist, die aus einer vom Schuldner erfüllungshalber gegebenen Leistung - nicht, wie die Revision meint, aus einer erfüllungshalber zusätzlich übernommenen Verbindlichkeit - entsteht: Der Gläubiger hat aufgrund der dieser Leistung zugrundeliegenden Abrede zwar aus dem erfüllungshalber angenommenen Gegenstand mit verkehrsüblicher Sorgfalt Befriedigung zu suchen; nach Sinn und Zweck der Abrede gehen aber dort

mangels anderweitiger Vereinbarung die mit der Verwertung verbundenen Kosten zu Lasten des Schuldners (Palandt/Heinrichs, BGB, 43. Aufl., § 364 Anm. 4; Köhler, WM 1977, 242, 252 mit Nachw. in FN. 89).

c) Entsprechendes gilt auch für die Kosten, die zur Durchsetzung der abgetretenen Gewährleistungsansprüche erforderlich wurden. Selbst wenn der Kläger diese Kosten ausdrücklich übernommen hätte, wäre die formularmäßig eingegangene Verpflichtung hierzu doch unwirksam, weil sie seinen Anspruch auf Schadloshaltung unangemessen beeinträchtigt hätte.

d) Auf die Hilfserwägung, mit der das Berufungsgericht begründet, weshalb der Kläger jedenfalls aus Geschäftsführung ohne Auftrag die Kosten erstattet verlangen könne, die durch die gerichtliche Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche entstanden sind, kommt es schon deshalb nicht an, weil der Kläger von der Beklagten mit Schreiben vom 5. Juli 1973 aufgefordert worden ist, seine "vermeintlichen Ansprüche" gegen die Heizungsfirma selbst "durchzusetzen". Diese Formulierung schließt, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei feststellt, die Klage ein. Die vom Senat bisher offene gelassene Frage, ob der Erwerber in den von § 11 Nr. 10 a AGBG noch nicht erfaßten Fällen zur vorherigen gerichtlichen Inanspruchnahme Dritter verpflichtet war (vgl. Senatsurteil NJW 1981, 2343; verneinend Reithmann/Brych/Manhart, Kauf vom Bauträger, 5. Aufl., Rdz. 111), bedarf deshalb auch hier keiner abschließenden Klärung.

II.

1. Bei der Prüfung des Umfangs der zu ersetzenden

Aufwendungen geht das Berufungsgericht unter Hinweis auf die im Vorprozeß eingeholten Sachverständigengutachten von der Feststellung aus, daß die vom Kläger gerügten Mängel in der Heizungsanlage vorhanden gewesen seien. Zwar möge die Firma G. nur für die Fließ-, nicht auch für die Knackgeräusche verantwortlich gewesen sein. Das ändere aber nichts daran, daß die insoweit vielleicht objektiv zu Unrecht erfolgte Inanspruchnahme der Heizungsfirma als im Sinne des § 670 BGB erforderlich anzusehen sei. Ausschlaggebend dafür sei, daß die Beklagte selbst den Kläger an diesen Unternehmer verwiesen habe.

Auch das ist nicht zu beanstanden.

a) Unrichtig ist zunächst die Auffassung der Revision, da der Kläger den vom Landgericht abgewiesenen Anspruch auf Zahlung von - zuletzt - 500 DM Mängelbeseitigungskosten in der Berufungsinstanz nicht weiterverfolgt habe, stehe rechtskräftig fest, daß ihm gegen die Beklagten ein Gewährleistungsanspruch wegen dieser Mängel nicht zugestanden habe.

b) Soweit die Revision meint, das Berufungsgericht habe sich unter Verstoß gegen § 286 ZPO nicht mit der Frage befaßt, wie es im Interesse der Beklagten liegen konnte, im Vorprozeß von einem - zu hohen - Streitwert von 1.500 DM auszugehen, geht die Rüge schon deshalb fehl, weil das Gericht im Vorprozeß den Streitwert in dieser Höhe tatsächlich festgesetzt hat. Das dürfte dem Berufungsgericht genügen.

c) Rechtsfehlerfrei ist schließlich die Auffassung

des Berufungsgerichts, daß die Beklagten auch diejenigen Aufwendungen zu ersetzen haben, die dadurch entstanden sind, daß der Kläger von der Heizungsfirma auch die Beseitigung der Knackgeräusche verlangt hat. Zu dem von der Beklagten zu tragenden Risiko gehört, daß sie dem Kläger rechtzeitig den für die Mängelbeseitigung zuständigen Handwerker benennt (Senatsurteile NJW 1980, 282, 283; 1981, 2344, 2345; zuletzt Urteil vom 5. April 1984 - VII ZR 21/83, zur Veröffentlichung bestimmt - jeweils mit Nachw.). Die Revision bringt denn auch dagegen nichts vor.

2. Zu Recht rügt die Revision jedoch, daß das Berufungsgericht dem Kläger 150 DM nebst Zinsen zuviel zugesprochen hat.

Der Kläger hat zwar behauptet, er habe ausschließlich der beiden im Vorprozeß erteilten Kostenrechnungen vom 17. Januar 1979 und 23. Juni 1980 an Gerichtskosten und Auslagen 2.360,99 DM, ferner als Rechtsanwaltsgebühren 371,25 DM und 14,05 DM, insgesamt mithin 2.746,29 DM aufwenden müssen, und zur Zahlung dieses Betrages nebst Zinsen hat das Berufungsgericht die Beklagten auch verurteilt. Dabei hat der Kläger aber, wie die Beklagten zutreffend vorgetragen haben, irrtümlich die 150 DM einbezogen, die nicht von ihm selbst, sondern von der Firma G. als Auslagenvorschuß eingezahlt worden waren. Das Berufungsgericht hat den Irrtum auch erkannt, dann aber versehentlich doch nicht berücksichtigt. Insoweit ist sein Urteil wegen offenkundiger Unrichtigkeit zu berichtigen; das kann auch durch den Senat geschehen (Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, 42. Aufl., § 319 Anm. 3 A).

3. Nach alledem ist die Revision mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Girisch

Recken

Doerry

Bliesener

Quack