

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB §§ 633, 635, Allg. Geschäftsbedingungen

- a) Die Haftung des Bauträgers, der seine Ansprüche auf Nachbesserung und Schadensersatz zum Zwecke der Freizeichnung an den Erwerber abgetreten hat, lebt wieder auf, wenn der Versuch des Erwerbers mißlingt, den Schuldner der abgetretenen Forderung in Anspruch zu nehmen.
- b) Die Haftung des Bauträgers tritt auch dann wieder ein, wenn er dem Erwerber nicht mitteilt oder nicht mitteilen kann, wer der für den Mangel Verantwortliche ist, gegen den der Erwerber auf Grund der Abtretung vorgehen könnte.

BGH, Urt. v. 11. Oktober 1979 - VII ZR 272/77 - OLG Celle

LG Hannover

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 272/77

URTEIL

Verkündet am

11. Oktober 1979

Henco,
Justizangestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Karl-Heinz N [REDACTED], R [REDACTED]straße [REDACTED],
H [REDACTED]

Beklagten, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

I. die Wohnungseigentümer der Häuser "An der B [REDACTED] [REDACTED]
und [REDACTED] A" in H [REDACTED]-Ri [REDACTED]:

- 1.
- 2.
- 3.
- 4.
- 5.
- 6.
- 7.
- 8.
- 9.

- 2 -

- 10.
- 11.
- 12.
- 13.
- 14.
- 15.
- 16.
- 17.
- 18.
- 19.

II. die Wohnungserbbauberechtigten der Häuser "An der B [REDACTED]
[REDACTED] B, [REDACTED] C und [REDACTED] D" in H [REDACTED]-Ri [REDACTED]:

- 1.
- 2.
- 3.
- 4.
- 5.
- 6.
- 7.
- 8.
- 9.
- 10.
- 11.
- 12.
- 13.
- 14.
- 15.



- 16.
- 17.
- 18.
- 19.
- 20.
- 21.
- 22.
- 23.
- 24.
- 25.
- 26.
- 27.
- 28.
- 29.
- 30.
- 31.

Kläger, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Oktober 1979 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Dr. Girisch, Meise, Doerry und Obenhaus

für Recht erkannt:

1. Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 19. Oktober 1977 wird zurückgewiesen, soweit die Ansprüche der Kläger zu I bis zur Höhe von 170.050 DM (Pos. 1 und 12), die der Kläger zu II bis zur Höhe von 170.070 DM (Pos. 1 und 9), jeweils nebst Zinsen, dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt worden sind.
2. Im übrigen werden auf die Rechtsmittel des Beklagten das genannte Urteil des Oberlandesgerichts sowie das Urteil der 7. Zivilkammer des Landgerichts Hannover vom 4. März 1977 teilweise aufgehoben.
 - a) Die Klage der Kläger zu I wird in Höhe von 420 DM (Pos. 9, 10, 11, 13), die der Kläger zu II in Höhe von 50 DM (Pos. 12), jeweils mit Zinsen, abgewiesen.
 - b) Im übrigen wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen.
3. Von den Kosten der beiden Rechtsmittelzüge hat der Beklagte 17/20 zu tragen; die Entscheidung über die restlichen 3/20 wird dem Landgericht übertragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger zu I sind Mitglieder der Wohnungseigentümer-gemeinschaft "An der B[REDACTED] und [REDACTED] A", die Kläger zu II sind Mitglieder der Wohnungserbbauberechtigten-gemeinschaft "An der Bauernwiese 10 B, 10 C und 10 D" in H[REDACTED]-Ri[REDACTED]. Die Grundstücke sind mit einem aus fünf Häusern bestehenden, untereinander verbundenen Gebäudekomplex bebaut.

Der Beklagte hatte die Wohnungseigentums- und Wohnungserbbaurechte verkauft und sich zur Errichtung der Wohnungen verpflichtet. Nach § 5 der notariell beurkundeten Formularverträge sollte er von jeglicher Haftung frei sein; dafür sollten die ihm zustehenden Rechte auf "Mängelbeseitigung (Nachbesserung, Aufwendungs- oder Schadensersatz) ... mit Besitzübergabe" auf die Erwerber übergehen. "Für Ansprüche aus Mängeln am Miteigentum" sollte dies "entsprechend mit der Maßgabe (gelten), daß diese Ansprüche an die Gemeinschaft der Miteigentümer abzutreten sind".

Nach Übergabe der Wohnungen (Mai bis August 1971) zeigten sich Mängel am gemeinschaftlichen Eigentum. Die Kläger beantragten daraufhin mit Schriftsatz vom 19. April 1973 gegenüber insgesamt 18 am Bau beteiligt gewesenen Architekten, Ingenieuren und Unternehmern ein Beweissicherungsverfahren (9 H 8/73 AG Hannover), in dem der Sachverständige ein den Beteiligten am 13. Dezember 1973 zugeleitetes Gutachten erstattete. Die Ursachen der einzelnen Mängel und die Frage, welcher der in Betracht kommenden Beteiligten dafür verantwortlich sei, wurden dort jedoch nicht geklärt.

Die Kläger haben behauptet, zur Beseitigung der nach ihrer Auffassung von dem Beklagten zu verantwortenden Mängel seien mehr als 200.000 DM erforderlich. Mit der Klage haben sie hiervon 200.000 DM nebst Zinsen verlangt. Der Beklagte hat seine Verpflichtung zu eigener Gewährleistung geleugnet, einen Teil der Mängel bestritten oder behauptet, daß sie beseitigt worden seien.

Das Landgericht hat die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die Berufung des Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit der - angenommenen - Revision, um deren Zurückweisung die Kläger bitten, verfolgt er seinen Antrag auf Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

1. Die Kläger haben vorgebracht, daß zur Beseitigung der von ihnen behaupteten Mängel folgende Beträge erforderlich seien:

Pos.	1	(Mauerrisse infolge angeblich fehlerhafter Dachkonstruktion)	170.000,-- DM
	2	(Attikaabdeckung)	5.000,-- DM
	3	(Kiesschüttung Dach)	5.000,-- DM
	4	(Gefälle Deckungsschicht Dach)	5.000,-- DM
	5	(Risse im Verblendmauerwerk)	10.000,-- DM
	6	(Motor für Tiefgaragentor)	1.000,-- DM
	7	(Bepflanzung des Garagendachs)	20.000,-- DM
	8	(Wasseruhr Haus 10 D)	435,40 DM
	9	(Türschwelle Fahrradkeller Haus 10 D)	70,-- DM

10	(Haustürfesthalter Haus 10 D)	50,-- DM
11	(Treppenhausfluatierung Haus 10 D)	150,-- DM
12	(Garagenvorkellerlampe Haus 10 A)	50,-- DM
13	(Briefkasten Haus 10 D)	150,-- DM

Davon hatten sie zunächst die Pos. 2 und 4 nur hilfsweise geltend gemacht.

Mit Schriftsatz vom 1. Oktober 1979 haben die Kläger - zulässigerweise (BGHZ 11, 192) - klargestellt, daß sie die Klage in erster Linie auf die Positionen 1, 2, 9, 12, 5 und 7 (letztere nur mit einem Teilbetrag von 14.880 DM) stützen und daß sie hilfsweise (in dieser Reihenfolge) die Positionen 7 (Rest), 3, 6, 8, 10, 11, 13 und 4 geltend machen. Damit ist der Einwand der Revision erledigt, daß die Klageforderung für eine Teilklage nicht hinreichend bestimmt worden sei.

2. Soweit die Kläger zu I Ansprüche aus den Positionen 9, 10, 11 und 13, die Kläger zu II einen Anspruch aus der Position 12 geltend machen, ist ihre Klage mangels Prozeßführungsbefugnis dieser Kläger unzulässig.

a) Die unter 9, 10, 11 und 13 aufgeführten Mängel befinden sich nur in dem den Wohnungserbbauberechtigten gehörenden Hause ■ D, der Mangel 12 betrifft allein das den Wohnungseigentümern gehörende Haus 10 A. Berechtigt sind daher im ersten Falle lediglich die Kläger zu II, im zweiten Falle nur die Kläger zu I.

b) Die auf diesen Mängeln beruhenden Ansprüche kann die jeweils nicht berechnigte Gemeinschaft auch nicht aufgrund einer besonderen Prozeßführungsbefugnis durchsetzen.

In dem Entschluß zur gemeinsamen Klageerhebung liegt zwar auch die entsprechende Ermächtigung seitens der jeweils Berechtigten, weil dafür schlüssiges Verhalten genügt (BGHZ 25, 250, 260; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 20. Aufl., Rdn. 44 vor § 50) und hier sämtliche Berechtigte an der Klage beteiligt sind. Das zur Zulässigkeit der Ermächtigung außerdem erforderliche schutzwürdige Interesse an der Prozeßführung im eigenen Namen ist aber insoweit weder dargetan noch sonst erkennbar. In bezug auf die Positionen 9, 10, 11 und 13 (insgesamt 420 DM) ist daher nur die Klage der Kläger zu II zulässig, in bezug auf die Position 12 (50 DM) nur die der Kläger zu I; gegenüber der jeweils anderen Gemeinschaft ist sie als unzulässig abzuweisen.

3. Die übrigen Mängel betreffen beide Gemeinschaften. Das gilt auch für die im Hause 10 D installierte Wasseruhr an der alle fünf Häuser versorgenden Heizungsanlage.

Aus eigenem Recht können die Kläger freilich auch insoweit nur verlangen, was zur Beseitigung der jeweils an ihrem Gemeinschaftseigentum oder -erbbaurecht aufgetretenen Mängel notwendig ist. Das steht aber dem gemeinschaftlichen Vorgehen nicht im Wege, weil den jeweils nicht geschädigten Klägern die Prozeßführungsbefugnis zuzubilligen ist: Die insoweit in Betracht kommenden Mängel können nur einheitlich behoben werden. Das schutzwürdige Interesse der Kläger an der wechselseitigen Ermächtigung zur gemeinsamen Klage liegt deshalb vor.

II.

Die Revision rügt mit Recht, daß die Erwägungen, mit denen das Berufungsgericht die Zulässigkeit des Grundurteils bejaht, nicht haltbar sind.

1. Das Berufungsgericht meint, es könne offen bleiben, ob der Beklagte die ihm gegenüber Architekten und Unternehmern zustehenden, das gemeinschaftliche Eigentum betreffenden Gewährleistungsansprüche wirksam abgetreten habe. Entscheidend sei, daß er einige der von den Klägern behaupteten Mängel nicht bestritten habe. Seine Berufung auf die Freistellungsklausel in § 5 der Kaufverträge scheitere jedenfalls daran, daß er die Kläger nicht sofort nach Erhebung der Mängelrüge bei der Durchsetzung der Gewährleistungsansprüche unterstützt, ihnen nicht einmal die Verantwortlichen benannt habe. Infolge seines vertragswidrigen Verhaltens hätten sich die Gewährleistungsansprüche der Kläger in einen einheitlichen Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung verwandelt. Die Mängel begründeten damit nicht mehr selbständige Ansprüche mit unterschiedlicher Rechtsfolge, sondern bildeten nur noch Einzelposten der Schadensberechnung. Inwieweit sie dem Beklagten zuzurechnen seien, könne deshalb dem Betragsverfahren überlassen werden.

2. Diese Ausführungen können auch dann nicht gebilligt werden, wenn zugunsten des Beklagten von der Wirksamkeit der Abtretung - entweder in den Kaufverträgen oder bei der Übergabe der Wohnungen an die einzelnen Erwerber - ausgegangen wird.

a) In Rechtsprechung und Schrifttum ist allerdings die Ansicht vertreten worden, daß der Bauträger, der den Erwerbern bei der Durchsetzung der ihnen abgetretenen Gewährleistungsansprüche nicht behilflich gewesen ist, zwar zum Schadensersatz wegen positiver Vertragsverletzung herangezogen werden könne, daß seine eigene Verpflichtung zur Gewährleistung aber nicht wieder auflebe (so anscheinend: OLG Köln BauR 1971, 197, 198; Gross, BauR 1972, 325, 330; eindeutig in diesem Sinne: Locher, Anm. zu BGHZ 62, 251 in JZ 1974, 614, 615; ders., Das private Baurecht, 2. Aufl., Rdn. 413, S. 255; Weitnauer/Wirths, WEG, 5. Aufl., Anh. zu § 8 Rdn. 14, 15 a).

b) Das ist jedoch nicht richtig. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs beseitigt eine formularmäßige Freizeichnungsklausel, durch die der Veräußerer einer neu errichteten oder noch zu errichtenden 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 Falle. 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 62, 251, 255; 67, 101, 103; 70, 193, 196; 74, 258; Urteile vom 11. Juli 1974 - VII ZR 75/72 = BauR 1975, 133; 13. Januar 1975 - VII ZR 194/73 = BauR 1975, 206; zuletzt vom 28. Juni 1979 - VII ZR 166/78 = WM 1979, 1043). Auch das Schrifttum ist zum ganz überwiegenden Teil dieser Auffassung (so Jagenburg schon NJW 1972, 1222, 1223; im Anschluß an die Rechtsprechung des

Bundesgerichtshofs: Glanzmann in BGB-RGRK, 12. Aufl., Anh. zu §§ 633 - 635 Rdn. 100; Palandt/Thomas, BGB, 38. Aufl., § 637 Anm. 1 b; Ingenstau/Korbion, VOB, 8. Aufl., Teil B § 13 Rdn. 24 a; Reithmann/Brych/Manhart, Kauf vom Bauträger, 3. Aufl., Rdn. 96, 109; Deckert, Baumängel am Gemeinschaftseigentum, 1978, S. 166 mit FN 441). Der Bauträger haftet also auch dann, wenn er es nicht zu vertreten hat, daß der Versuch, den für den Mangel zunächst verantwortlichen Architekten, Unternehmer oder Lieferanten in Anspruch zu nehmen, ohne Verschulden des Erwerbers mißlingt.

c) Fehl schlägt der Versuch der Schadloshaltung jedoch nicht nur, wenn der zunächst Verantwortliche zur Mängelbeseitigung oder zum Schadensersatz nicht - oder nicht mehr - imstande ist. Die subsidiäre Eigenhaftung des Veräußerers (BGHZ 70, 193, 197) tritt schon dann ein, wenn dieser den Erwerber bei der Durchsetzung der abgetretenen Ansprüche nicht hinreichend unterstützt, ihm insbesondere nicht mitteilt, dies unter Umständen auch gar nicht kann, wer der zunächst Verantwortliche ist. Auch insoweit kommt es auf ein Verschulden des Veräußerers, wie dies für dessen Haftung aus positiver Vertragsverletzung Voraussetzung wäre, nicht an. Entscheidend ist nur, ob der Erwerber rechtzeitig in die Lage versetzt worden ist, die abgetretenen Ansprüche gegen den richtigen Schuldner geltend zu machen (Senatsurteile BauR 1975, 206, 208; WM 1979, 1043, 1045).

d) Auch hier kommt danach nur eine Haftung des Beklagten auf Erfüllung und Gewährleistung, nicht aber aus positiver Vertragsverletzung in Betracht. Ob der

Beklagte dem Grunde nach haftet, war deshalb für jeden einzelnen der hier behaupteten Mängel selbständig zu prüfen (vgl. Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht, 12. Aufl., § 58 IV 2 k, S. 259 mit Nachw.).

3. Wegen der zu 1, 9 und 12 aufgeführten Mängel hat die Revision trotzdem keinen Erfolg.

a) Die Mängel zu 9 (Türschwelle Fahrradkeller) und 12 (Garagenvorkellerlampe) sind unstreitig. Für den Mangel zu 1 (Mauerrisse infolge angeblich fehlerhafter Dachkonstruktion) gilt dies auch. Die Kläger haben zwar vorgebracht, das Dach sei nicht ordnungsgemäß geplant und ausgeführt, es "arbeite" und verursache ständig wiederkehrende Risse an den Wänden der Wohnungen im zweiten Obergeschoß und der Treppenhäuser. Der Beklagte hat aber nur bestritten, daß das Dach mangelhaft sei; die Risse, die nach seiner Meinung auch auf anderen Gründen beruhen könnten, hat er eingeräumt. Diese Risse brauchten, wie er behauptet hat, lediglich mit dauerplastischem Material verfüllt zu werden. Die dabei entstehenden Kosten würden nur einen Bruchteil der von den Klägern geforderten Summe betragen. Die Parteien streiten mithin nicht um die Existenz des Mangels, sondern um dessen Ursache und über die sich hieraus ergebende Frage, wie der Mangel am zweckmäßigsten behoben werden könne. Jede in Betracht kommende Ursache liegt aber im Verantwortungsbereich des Beklagten. Die Art der Mängelbeseitigung und die dafür erforderlichen Kosten betreffen die Höhe des Anspruchs. Dem Grunde nach ist daher auch der Mangel zu 1 unstreitig.

b) Die übrigen von den Klägern behaupteten und jetzt unbedingt geltend gemachten Mängel (Pos. 2, 5 und 7) sind streitig. Insoweit fehlt es noch an den erforderlichen Feststellungen. Nicht geklärt ist, ob die Attika-Abdeckung (Pos. 2) mangelhaft ist. Nach der Rechtsprechung des Senats reicht es hierfür nicht aus, daß die Abdeckung unstreitig statt aus Zink aus verzinktem Stahlblech hergestellt ist. Ein Werkmangel liegt zwar bereits dann vor, wenn die vom Vertrag abweichende Verwendung eines bestimmten Werkstoffes das Risiko eines bestimmten Schadens in sich birgt, das dem im Verträge vorgesehenen Werkstoff nicht anhaftet (Senatsurteil vom 15. Mai 1975 - VII ZR 179/74 = BauR 1975, 346, 347). Ein derartiges Risiko hat der Beklagte aber bestritten. Das Berufungsgericht geht daher rechtsfehlerhaft davon aus, daß dieser Mangel unstreitig sei. Geprüft werden muß ferner, ob der Mangel Pos. 5 (Risse im Verblendmauerwerk) noch vorhanden oder, wie der Beklagte behauptet hat, inzwischen nachhaltig beseitigt ist. Daß schließlich die Tiefgarage nicht bepflanzt worden ist (Pos. 7), ist zwar unstreitig; der Beklagte hat aber vorgetragen, eine Bepflanzung der Tiefgarage sei vertraglich gar nicht vorgesehen gewesen. Sollte das zutreffen, wäre das Unterlassen der Bepflanzung kein Mangel.

c) Jedenfalls für die drei unstreitigen Mängel (Pos. 1, 9 und 12) ist der Beklagte verantwortlich. Selbst wenn auch in diesem Zusammenhang davon ausgegangen wird, daß die Abtretung der Nachbesserungs- und Schadensersatzansprüche an die Kläger nicht schon mangels hinreichender Bestimmbarkeit fehlgeschlagen ist (vgl. Reithmann/Brych/Manhart, aaO, Rdn. 100, 109 Nr. 10) und daß sie ursprünglich insoweit wirksam war, als der Beklagte - für die Erfüllung der Ver-

träge - nicht ohnehin allein haftet, ist seine aus diesen Verträgen sich ergebende Verpflichtung zur Gewährleistung doch alsbald wieder aufgelebt. Zu keiner Zeit war den Klägern nämlich unter den gegebenen Umständen zuzumuten, von sich aus gegen die am Bau beteiligten Architekten, Unternehmer oder Lieferanten vorzugehen. Es war nicht ihre Sache, in möglicherweise kostspieligen und zeitraubenden Untersuchungen den zunächst Verantwortlichen zu ermitteln. Noch während des Rechtsstreits hat der Beklagte vortragen lassen, daß er die Frage, welcher Handwerker für die einzelnen etwa vorhandenen Baumängel verantwortlich sei, nicht verbindlich beantworten könne (Schriftsätze vom 15. März 1976, S. 13; 26. Mai 1977, S. 5; 16. Februar 1978, S. 9). Zur Aufrechterhaltung seiner Freizeichnung wäre aber - wie bereits ausgeführt - zumindest die Angabe des richtigen Schuldners notwendig gewesen (Senatsurteile BauK 1975, 206, 208; WM 1979, 1043, 1045). Wenn er dazu außerstande war, so fällt das in seinen Risikobereich.

4. Nach alledem ist die Revision mit der Kostenfolge aus §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen, soweit die Ansprüche sämtlicher Kläger in bezug auf die Position 1 (170.000 DM), der Kläger zu II in bezug auf die Position 9 (70 DM) und der Kläger zu I hinsichtlich der Position 12 (50 DM), jeweils einschließlich der Prozeßzinsen (§ 291 BGB), dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt worden sind.

Im übrigen sind die Urteile aufzuheben. Soweit die Klage nicht als unzulässig abgewiesen werden muß, ist die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, insoweit

über Grund und Höhe, an das Landgericht zurückzuverweisen.
Ihm wird auch die Entscheidung über die restlichen Kosten
der beiden Rechtsmittelzüge übertragen.

Vogt

Girisch

Meise

Doerry

Obenhaus