BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 276/05

Verkündet am:
27. Juli 2006
Heinzelmann,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

BGB §§ 631, 634, 635 a.F.; WEG § 21

a) Ein Beschluss der Wohnungseigentümergemeinschaft, vom Veräußerer Vorschuss auf Mängelbeseitigungskosten zu fordern, lässt jedenfalls bis zur Zahlung des Vorschusses grundsätzlich die Befugnis des einzelnen Erwerbers unberührt, vom Veräußerer die Beseitigung von Mängeln des Gemeinschaftseigentums mit Fristsetzung und Ablehnungsandrohung zu dem Zweck zu verlangen, die Voraussetzungen für den großen Schadensersatzanspruch oder die Wandelung zu schaffen.

b) Ein Vergleich aufgrund eines Beschlusses der Wohnungseigentümergemeinschaft, mit dem Mängel des Wohnungseigentums abgegolten werden, lässt die bereits entstandenen Ansprüche der Erwerber unberührt, vom Veräußerer großen Schadensersatz oder Wandelung zu verlangen.

AGBG § 9 Abs. 1

Eine Allgemeine Geschäftsbedingung des Veräußerers von Wohnungseigentum, nach der die Wandelung ausgeschlossen ist und der große Schadensersatz nur im Falle grober Fahrlässigkeit und des Vorsatzes geltend gemacht werden kann, ist gemäß § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam.

AGBG §§ 3, 9 Abs. 1; MaBV § 7 Abs. 2, § 2 Abs. 2

a) Eine Klausel in einer Bürgschaft gemäß § 7 i.V. mit § 2 Abs. 2 Makler- und Bauträgerverordnung, nach der Voraussetzung für die Inanspruchnahme aus der Bürgschaft ist, dass die Fälligkeit und Höhe des Kaufpreisrückgewähranspruchs entweder durch ein rechtskräftiges Urteil/einen rechtskräftigen Vergleich oder durch eine übereinstimmende Erklärung von Erwerber und Veräußerer nachgewiesen werden, ist überraschend und wird nicht Vertragsbestandteil.

b) Eine Klausel in einer Bürgschaft nach § 7 i.V. mit § 2 Abs. 2 Makler- und Bauträgerverordnung, nach der Voraussetzung für die Inanspruchnahme aus der Bürgschaft ist, dass der Erwerber vorher auf seinen Anspruch gegenüber der Bank aus der Pfandfreigabeverpflichtung verzichtet, ist gemäß § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam.

BGH, Urteil vom 27. Juli 2006 - VII ZR 276/05 - OLG München

LG München I

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Juli 2006 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler, die Richter Dr. Wiebel, Prof. Dr. Kniffka, Bauner und die Richterin Safari Chabestari

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 15. März 2005 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

1 Die Kläger nehmen die Beklagte aus einer Bürgschaft in Anspruch, die diese im Auftrag eines Wohnbauunternehmens im Zusammenhang mit der Errichtung und Veräußerung von Eigentumswohnungen übernommen hat.

2 Der Kläger zu 1 erwarb 1993 zwei Eigentumswohnungen und zwei Tiefgaragenstellplätze in einer von der D. GmbH zu errichtenden Wohnanlage zu einem Gesamtpreis von 831.915 DM (= 425.351,38 €), die Klägerin zu 2 drei Eigentumswohnungen, zwei Tiefgaragenstellplätze und einen "Vierfach-Parker" in derselben Wohnanlage zum Gesamtpreis von 943.668 DM (= 482.489,78 €). Hinsichtlich der Gewährleistung ist jeweils in Abschnitt 15 der Erwerberverträge geregelt:

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

> "Für Mängel am Bauwerk ... hat der Käufer in erster Linie einen Anspruch auf Nachbesserung (Mängelbeseitigung, § 633 BGB), in zweiter Linie einen Anspruch auf Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung, § 634 BGB). Das Recht, die Rückgängigmachung des Vertrags (Wandlung, § 634 BGB) zu verlangen, wird ausgeschlossen. Das Recht, Schadensersatz zu verlangen, wird auf den Fall beschränkt, dass der Verkäufer Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat."

3 Den Verträgen ist jeweils eine Erklärung der Rechtsvorgängerin der Beklagten (im Folgenden: die Beklagte) beigefügt, die Eigentumswohnungen aus der Pfandhaftung für die zu ihren Gunsten bestellten Grundschulden in Höhe von insgesamt 45 Mio. DM unter im einzelnen dort bestimmten Voraussetzungen zu entlassen.

4 Die Kläger zahlten auf den Erwerbspreis 410.464,09 € bzw. 465.602,64 € an die D. GmbH, bevor der entsprechende Baufortschritt erreicht war. Die Beklagte übernahm entsprechend der vertraglichen Vereinbarung "gemäß § 7 i.V. § 2 Abs. 2 der Makler- und Bauträgerverordnung" bis zum Betrag in Höhe von 1.713.437,60 DM (= 876.066,73 €) für die Ansprüche der Kläger "auf Rückgewähr des Kaufpreises die selbstschuldnerische Bürgschaft" unter Verzicht auf die Einreden der Anfechtung, Aufrechnung und Vorausklage gemäß §§ 770, 771 BGB. In der Bürgschaftserklärung heißt es u.a.:

> "5. Voraussetzung für die Inanspruchnahme aus dieser Bürgschaft ist, dass uns die Fälligkeit und Höhe des Kaufpreisrückgewähranspruchs entweder durch ein rechtskräftiges Urteil/einen rechtskräftigen Vergleich oder durch eine übereinstimmende Erklärung von Käufer und Verkäufer nachgewiesen werden und dass der Käufer vorher auf seinen Anspruch gegenüber unserer Bank aus der erweiterten Pfandfreigabe-Verpflichtung vom 14.07.1993 verzichtet hat.
>
> ...
>
> 7. Die Bürgschaft erlischt ... wenn die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 der Makler- und Bauträgerverordnung erfüllt sind und das Vertragsangebot vollständig fertiggestellt ist ... ."

5 1995 errichtete die D. GmbH die Wohnanlage, die aus vier Häusern mit insgesamt 128 Wohnungen besteht. Das Gemeinschaftseigentum ist mit verschiedenen Mängeln behaftet.

6 Am 18. November 1999 beschloss die Eigentümergemeinschaft, ihren Verwaltungsbeirat zu ermächtigen, eine Klage gegen die D. GmbH wegen der Mängel am Gemeinschaftseigentum vorzubereiten und einzuleiten. Die Mitglieder des Verwaltungsbeirats, dem zu jenem Zeitpunkt der Kläger zu 1 angehörte, erhoben im Sommer 2000 gegen die D. GmbH Klage auf Zahlung von rund 2,86 Mio. DM, mit der überwiegend ein Vorschuss auf die voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten geltend gemacht wurde.

7 Mit außergerichtlichem Schreiben vom 8. November 2000 forderten die Kläger die D. GmbH zur Beseitigung der Mängel am Gemeinschaftseigentum bis zum 22. November 2000 auf und drohten an, bei fruchtlosem Ablauf der Frist großen Schadensersatz geltend zu machen und die Verträge rückabwickeln zu wollen. Der Kläger zu 1 kündigte an, von dem Klageverfahren des Verwaltungsbeirates Abstand zu nehmen. Am 24. November 2000 nahmen die Kläger die Beklagte aus der Bürgschaft in Anspruch. Die Beklagte lehnte die Inanspruchnahme unter Hinweis darauf ab, dass zunächst die Berechtigung der Kläger zur Rückabwicklung des Vertrages mit der D. GmbH geklärt werden müsse.

8 Am 29. Dezember 2000 wurde über das Vermögen der D. GmbH das Insolvenzverfahren eröffnet.

9 Am 5. April 2002 beschloss die Versammlung der Wohnungseigentümer, ihre damalige Verwalterin, die I. GmbH, zu beauftragen und zu bevollmächtigen, mit dem Insolvenzverwalter der D. GmbH einen Vergleich auszuhandeln und abzuschließen, der eine Schadensersatzzahlung von mindestens

512.000 € für die Behebung der Mängel am Gemeinschaftseigentum beinhalten sollte. Daraufhin schlossen die Wohnungseigentümergemeinschaft, vertreten durch die I. GmbH, und der Insolvenzverwalter der D. GmbH am 28. Mai 2002 einen außergerichtlichen Vergleich, in dem sich der Insolvenzverwalter verpflichtete, 512.000 € an die Wohnungseigentümergemeinschaft zu zahlen und diese die Klage nach Zahlung zurücknehmen sollte. Außerdem ist in dem Vergleich bestimmt:

> "2. Freistellung von Ansprüchen
>
> Mit Annahme der Zahlung des unter 1.1 genannten Betrages verpflichtet sich die Wohneigentümergemeinschaft ... keine Ansprüche wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum dieser Wohnanlage (insbesondere Gewährleistung und/oder Schadensersatz) sowie sonstige Ansprüche aus diesem Rechtsgrund gegenüber der D. GmbH geltend zu machen."

10 Der Insolvenzverwalter der D. GmbH zahlte den vereinbarten Betrag an die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer. Die Klage wurde zurückgenommen.

11 Die Kläger haben die Beklagte aus der Bürgschaft auf Zahlung von 876.066,73 € (= 1.713.437,60 DM) Zug um Zug gegen Rückgabe der Bürgschaftsurkunde, des Wohnungseigentums, gegen Löschung der Auflassungsvormerkungen und Grundpfandrechte und gegen den Verzicht auf die Ansprüche aus den Pfandfreigabeverpflichtungserklärungen in Anspruch genommen. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht die Klage abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision möchten die Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erreichen.

Entscheidungsgründe:

12 Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

13 Auf das Schuldverhältnis finden die bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Gesetze Anwendung (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

I.

14 Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der große Schadensersatzanspruch könne gegen die Beklagte als Bürgin nicht mehr geltend gemacht werden. Durch die finanzielle Abgeltung der Mängel müsse das Bauvorhaben als vollständig fertig gestellt angesehen werden. Die Bürgschaft sei damit erloschen. Der Erwerber solle durch die gemäß § 7 MaBV vom Bauträger zu stellende Sicherheit nur einen Ausgleich für seine Verpflichtung erhalten, die Vergütung sofort zu entrichten und nicht erst bei Abnahme oder nach § 3 Abs. 2 MaBV in Raten entsprechend dem Baufortschritt. Das Bauvorhaben sei zwar nicht abgenommen; der Abnahme sei jedoch der Fall gleichzustellen, dass die Mängel durch den Bauträger in Höhe der Mängelbeseitigungskosten abgegolten worden seien.

15 Die Klage sei auch deshalb unbegründet, weil das Verlangen der Kläger nach großem Schadensersatz im Widerspruch zum Verhalten der Wohnungseigentümergemeinschaft gestanden habe. Durch den Beschluss der Wohnungseigentümergemeinschaft, vom Bauträger Vorschuss auf die Mängelbeseitigungskosten zu verlangen, hätten die Kläger den Anspruch auf großen Schadensersatz verloren. Einem solchen Beschluss komme Außenwirkung zu, da

der Eigentümer bewusst in eine Risikogemeinschaft eingetreten sei, er sich auch im Übrigen einem Mehrheitsbeschluss beugen müsse und der Bauträger Rechtssicherheit erwarten dürfe. Es sei widersprüchlich, wenn der Bauträger sowohl Kostenvorschuss zur Mängelbeseitigung leisten als auch aufgrund der Nachfristsetzung der Kläger die Mängel am Gemeinschaftseigentum beseitigen müsse. Der Bauträger werde bei einer Rückabwicklung über Gebühr in Anspruch genommen, weil er das Risiko des Wertverlustes der Immobilie, die Nebenkosten für die Rückübereignung und den Aufwand für die erneute Akquisition von Erwerbern tragen müsse; im Extremfall müsse der Bauträger das gesamte Objekt zurücknehmen.

16 Darüber hinaus müsse berücksichtigt werden, dass die Erfüllung des Vergleichs dieselbe Wirkung gehabt habe, wie die Nachbesserung durch die D. GmbH. Dass im Falle der erfolgreichen Nachbesserung kein Anspruch der Kläger auf Rückgängigmachung des Vertrages bestünde, unterliege keinem Zweifel.

II.

17 Das hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand. Die Kläger haben jeweils gegen die D. GmbH Anspruch auf sogenannten großen Schadensersatz gemäß § 635 BGB (dazu A.), für den die Beklagte als Bürgin einzustehen hat (dazu B.).

A.

18 1. Die Kläger hatten aus ihren mit der D. GmbH geschlossenen Verträgen jeweils einen Anspruch auf mangelfreie Herstellung der im gemeinschaftli-

chen Eigentum stehenden Bauteile der Wohnanlage (vgl. BGH, Urteil vom 25. Februar 1999 - VII ZR 208/97, BGHZ 141, 63, 66; Urteil vom 15. April 2004 - VII ZR 130/03, BauR 2004, 1148, 1149 = ZfBR 2004, 557 = NZBau 2004, 435). Das Gemeinschaftseigentum weist erhebliche Mängel auf.

19 2. Die Kläger waren nicht deshalb gehindert, von der D. GmbH die Mängelbeseitigung zu verlangen, weil der Verwaltungsbeirat für die Wohnungseigentümergemeinschaft bereits eine Klage auf Zahlung eines Vorschusses erhoben hatte. Die Auffassung des Berufungsgerichts, durch den Beschluss der Wohnungseigentümer seien die Kläger in ihrer Befugnis beschränkt worden, diesen Anspruch geltend zu machen und durchzusetzen, trifft nicht zu.

20 a) Wie das Berufungsgericht nicht verkennt, ist der Erwerber von Wohnungseigentum berechtigt, seine individuellen Ansprüche aus dem Vertrag mit dem Veräußerer selbständig zu verfolgen, solange durch sein Vorgehen gemeinschaftsbezogene Interessen der Wohnungseigentümer oder schützenswerte Interessen des Veräußerers nicht beeinträchtigt sind (vgl. BGH, Urteil vom 10. Mai 1979 - VII ZR 30/78, BGHZ 74, 258, 264; Urteil vom 25. Februar 1999 - VII ZR 208/97, BGHZ 141, 63, 66; Urteil vom 15. April 2004 - VII ZR 130/03, BauR 2004, 1148, 1149 f. = ZfBR 2004, 557 = NZBau 2004, 435).

21 b) Es entspricht danach ständiger Rechtsprechung, dass ein Erwerber seinen Erfüllungsanspruch selbständig und ohne Beteiligung der Wohnungseigentümergemeinschaft durchsetzen kann (z.B. BGH, Urteil vom 15. Februar 1990 - VII ZR 269/88, BGHZ 110, 258). Seine Befugnis wird grundsätzlich nicht davon berührt, dass sich der Nachbesserungsanspruch auf das gemeinschaftliche Eigentum bezieht, dessen Instandsetzung nach § 21 Abs. 1, Abs. 5 Nr. 2 WEG zu der den Wohnungseigentümern obliegenden Verwaltung gehört (BGH, Urteil vom 11. Oktober 1979 - VII ZR 247/78, BauR 1980, 69). Interessen der

Wohnungseigentümer werden grundsätzlich auch dann nicht beeinträchtigt, wenn ein Erwerber zu dem Zweck, die Voraussetzungen des großen Schadensersatzanspruchs zu schaffen, eine Frist zur Vertragserfüllung mit Ablehnungsandrohung setzt und diesen Anspruch durchsetzt (vgl. BGH, Urteil vom 23. Februar 2006 - VII ZR 84/05, BauR 2006, 979 = NZBau 2006, 371). Das gilt jedenfalls auch dann, wenn die Wohnungseigentümergemeinschaft bereits beschlossen hat, Vorschuss auf die Mängelbeseitigungskosten zu verlangen, der Vorschuss jedoch noch nicht bezahlt ist.

22 aa) Der Senat muss nicht allgemein entscheiden, inwieweit die Wohnungseigentümergemeinschaft die Verfolgung von Erfüllungs- und Gewährleistungsansprüchen an sich ziehen kann, so dass die Erwerber an die Entscheidung gebunden wären (vgl. dazu Werner/Pastor, Der Bauprozess, 11. Aufl., Rdn. 496 ff.; Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, 4. Aufl., Rdn. 907, 937 f.; Koeble, Festschrift für Soergel, S. 125). Denn der Beschluss vom 18. November 1999 lässt nicht erkennen, dass die Wohnungseigentümergemeinschaft die Verfolgung aller Ansprüche an sich gezogen hat. Der Verwaltungsbeirat hat in Vollzug des Beschlusses eine Klage erhoben, mit der überwiegend Vorschuss auf die Mängelbeseitigungskosten verlangt wurde. Mit einem insoweit ermächtigenden Beschluss wird regelmäßig nicht zum Ausdruck gebracht, dass ein einzelner Wohnungseigentümer bis zur Zahlung des Vorschusses gehindert sein soll, Mängelbeseitigung zu verlangen (anders wohl Kleine-Möller/Merl, Handbuch des privaten Baurechts, 3. Aufl., Rdn. 1045). Das gilt insbesondere dann, wenn dieses Verlangen erkennbar den Zweck hat, die Voraussetzungen für die Wandelung oder den großen Schadensersatz zu schaffen (Wenzel, ZWE 2006, 114; Staudinger/Bub (2005), WEG, § 21 Rdn. 274). Durch das Vorschussverlangen ist das Interesse der Gemeinschaft an einer Mängelbeseitigung nicht erloschen. Derjenige Erwerber, der selbständig die Mängelbeseitigung gegen den Veräußerer verfolgt, handelt grundsätz-

lich auch nach einem Entschluss der Gemeinschaft, Vorschuss zu verlangen, noch in ihrem wohlverstandenen Interesse (vgl. auch BGH, Urteil vom 10. Mai 1979 - VII ZR 30/78, BGHZ 74, 258, 264). Denn mit einer eventuell bewirkten Mängelbeseitigung werden die Selbstvornahme und die damit verbundenen Komplikationen hinfällig. Die Klage könnte für erledigt erklärt werden.

23 bb) Etwas anderes ergibt sich hier nicht daraus, dass der Kläger zu 1 als Vorsitzender des Verwaltungsbeirates während der Versammlung betont hat, er betrachte die Verfolgung von Mängeln des Gemeinschaftseigentums weiterhin als ausschließliche Angelegenheit des Verwaltungsbeirates bzw. Baumängelausschusses. Damit hat er nicht zum Ausdruck gebracht, dass einzelne Erwerber keine Mängelbeseitigung mehr fordern dürften. Deren Forderung, Mängel zu beseitigen, ist Voraussetzung für die weitere Verfolgung von Mängelansprüchen, die der Verwaltungsbeirat als seine Angelegenheit ansah. Es kann daher dahinstehen, ob - wogegen erhebliche Bedenken bestünden - die Wohnungseigentümergemeinschaft überhaupt befugt gewesen wäre, die Verfolgung der Mängelansprüche in einer Weise an sich zu ziehen, die es den Erwerbern unmöglich gemacht hätte, die Voraussetzungen für die Rückabwicklung ihrer Verträge zu schaffen.

24 cc) Allerdings kann die Wohnungseigentümergemeinschaft ein Interesse daran haben, die Mängelbeseitigung durch den im Verzug befindlichen Veräußerer nicht mehr zuzulassen, etwa weil sie schon Drittunternehmer beauftragt hat oder sich der Veräußerer als unzuverlässig erwiesen hat. In diesem Fall wäre dem Veräußerer die Mängelbeseitigung unmöglich. Inwieweit in diesem Fall etwas anderes gilt (vgl. dazu BGH, Urteil vom 5. Mai 1977 - VII ZR 36/76, BGHZ 68, 372, 377; Wenzel, ZWE 2006, 109, 113; Staudinger/Bub (2005), WEG, § 21 Rdn. 265 f.), kann dahinstehen. Es ist nicht festgestellt, dass die Wohnungseigentümergemeinschaft die Mängelbeseitigung durch die D. GmbH

nach dem Beschluss vom 18. November 1999 nicht mehr zugelassen hätte. Es gibt auch keine Anhaltspunkte dafür, dass der Beschluss der Wohnungseigentümergemeinschaft vom 18. November 1999 dahin auszulegen wäre, eine Mängelbeseitigung durch die D. GmbH sei künftig nicht mehr zuzulassen.

25 c) Auch schützenswerte Interessen des Veräußerers sind regelmäßig nicht beeinträchtigt, wenn einzelne Wohnungseigentümer Mängelbeseitigung fordern, während andere ihn (klageweise) auf Vorschuss in Anspruch nehmen, jedoch noch bereit sind, die Mängelbeseitigung hinzunehmen. Denn der Veräußerer kann der Forderung auf Zahlung eines Vorschusses mit einer Mängelbeseitigung jederzeit den Boden entziehen.

26 Bessert der Veräußerer nicht nach, muss er den Vorschuss an die Wohnungseigentümergemeinschaft zahlen. Dieser werden damit die zur Mängelbeseitigung notwendigen Mittel zur Verfügung gestellt. Der Veräußerer muss es darüber hinaus hinnehmen, dass diejenigen Erwerber, die eine Frist mit Ablehnungsandrohung gesetzt haben, den großen Schadensersatzanspruch geltend machen und damit auch berechtigt sind, den Vertrag mit der Rückgabe der Wohnung abzuwickeln (vgl. BGH, Urteil vom 23. Februar 2006 - VII ZR 84/05, BauR 2006, 979 = NZBau 2006, 371). Insbesondere kann der Veräußerer nicht geltend machen, eine Rücknahme der Wohnung würde ihn deshalb unangemessen benachteiligen, weil er hinsichtlich der ausscheidenden Eigentümer das Risiko der Verringerung des Marktwertes, die Nebenkosten für die Rückabwicklung und den Aufwand für die Akquisition neuer Erwerber tragen müsste. Denn diese Nachteile sind allein daraus abzuleiten, dass er den Vertrag nicht ordnungsgemäß erfüllt hat.

27 3. Ohne Bedeutung ist es, dass der nunmehr Schadensersatz verlangende Kläger zu 1 als Mitglied des Beirats der Wohnungseigentümergemein-

schaft die Klage auf Zahlung eines Vorschusses zur Mängelbeseitigung geführt hat.

28 Es steht einem Erwerber frei, zunächst Vorschuss zu verlangen und später die Voraussetzungen für den Anspruch auf großen Schadensersatz zu schaffen (vgl. BGH, Urteil vom 7. Juli 1988 - VII ZR 320/87, BGHZ 105, 103, 106 f.; BGH, Urteil vom 23. Februar 2006 - VII ZR 84/05, BauR 2006, 979 = NZBau 2006, 371). Hat er Klage auf Vorschuss erhoben, wird ihr durch den fruchtlosen Fristablauf allerdings die Grundlage entzogen, denn ein Anspruch auf Mängelbeseitigung besteht dann nicht mehr, so dass auch kein Vorschuss mehr verlangt werden kann (BGH, Urteil vom 23. Februar 2006, aaO). Das hindert den Erwerber jedoch nicht, einerseits den eigenen Schadensersatzanspruch und andererseits in seiner Eigenschaft als ermächtigtes Mitglied des Verwaltungsbeirats die verbleibenden Ansprüche auf Zahlung von Vorschuss anderer Wohnungseigentümer zu verfolgen. Die Ankündigung des Klägers zu 1 im Schreiben vom 8. November 2000, er werde von dem Prozess Abstand nehmen, ändert daran nichts. Es handelt sich um eine Absichtserklärung, die keine rechtlichen Wirkungen im Hinblick auf seinen Anspruch auf Schadensersatz entfaltet.

29 4. Die Befugnis der Kläger, großen Schadensersatz zu verlangen, ist nicht durch den Vergleich entfallen, den die Eigentümergemeinschaft mit dem Insolvenzverwalter der D. GmbH geschlossen hat. Durch den Vergleich blieben die bereits entstandenen Ansprüche einzelner Erwerber auf großen Schadensersatz unberührt.

30 a) Mit Ablauf der gemäß § 634 Abs. 1 Satz 1 BGB mit einer Ablehnungsandrohung verbundenen Frist zur Mängelbeseitigung wandelt sich das Schuldverhältnis um (vgl. BGH, Urteil vom 16. September 1999 - VII ZR 456/98, BGHZ

142, 278, 281). An die Stelle des Erfüllungsanspruchs des Erwerbers treten die sekundären Gewährleistungsansprüche gemäß §§ 634, 635 BGB. Dies kann der Veräußerer nur dadurch vermeiden, dass er den gerügten Mangel innerhalb der ihm gesetzten Frist vollständig beseitigt (vgl. BGH, Urteil vom 20. Oktober 2000 - V ZR 207/99, NJW 2001, 66; Urteil vom 3. März 1998 - X ZR 14/95, NJW-RR 1998, 1268; Urteil vom 19. Juni 1996 - VIII ZR 252/95, NJW 1996, 2647). Eine Beseitigung der Mängel nach Fristablauf kann dem Erwerber den Anspruch auf großen Schadensersatz gemäß § 635 BGB gegen seinen Willen nicht mehr entziehen. Der Schadensersatzanspruch entfällt daher auch nicht, weil nunmehr eine Mängelbeseitigung nicht mehr in Betracht kommt, sondern die Mängel durch Zahlung an die Wohnungseigentümergemeinschaft abgegolten sind.

31 b) Den Ansprüchen der Kläger auf großen Schadensersatz gemäß § 635 BGB steht Nr. 2 des Vergleichs nicht entgegen. Es kann dahinstehen, inwieweit die Wohnungseigentümergemeinschaft befugt war, über diesen Vergleich durch Mehrheitsbeschluss zu beschließen. Denn die Regelung in Nr. 2 schließt Ansprüche von Erwerbern auf Rückabwicklung der Erwerberverträge im Wege des großen Schadensersatzes oder der Wandelung nicht aus.

32 Die im Vergleich eingegangene Verpflichtung, keine Ansprüche mehr wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum der Wohnanlage (insbesondere Gewährleistung und/oder Schadensersatz) geltend zu machen, kann nur dahin verstanden werden, dass davon die bereits begründeten Rechte einzelner Erwerber zur Abwicklung des Vertrages unberührt bleiben. Denn die Wohnungseigentümergemeinschaft war erkennbar nicht befugt, auf bereits begründete Ansprüche einzelner Erwerber auf großen Schadensersatz oder Wandelung zu verzichten. Die Befugnis der Gemeinschaft, durch Beschluss über die Ausübung einzelner Rechte zu entscheiden, lässt sich vorbehaltlich einer rechtsge-

schäftlichen Ermächtigung einzelner Erwerber nur aus § 21 WEG herleiten. Diese Regelung bezieht sich auf die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums. Davon sind die Ansprüche einzelner Erwerber auf großen Schadensersatz oder Wandelung nicht erfasst. Diese Ansprüche begründen Abwicklungsverhältnisse, die die Verwaltung des Gemeinschaftseigentums grundsätzlich nicht berühren (BGH, Urteil vom 10. Mai 1979 - VII ZR 30/78, BGHZ 74, 258, 263; Wenzel, ZWE 2006, 109, 111, 115; Staudinger/Bub (2005), WEG, § 21 Rdn. 274).

33 c) Anhaltspunkte dafür, dass ausnahmsweise die Ansprüche der Kläger mit erledigt werden sollten und diese den Verwalter oder die Wohnungseigentümergemeinschaft dazu ermächtigt hätten, sind nicht ersichtlich. Das hat schon das Landgericht festgestellt, ohne dass dazu Beanstandungen vorgebracht worden sind.

34 d) Auch ist entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung nicht erkennbar, dass die Kläger den Willen gehabt hätten, mit dem Vergleich ihre Rechte auf Vertragserfüllung wieder aufleben zu lassen und diese abschließend mitzuregeln. Allein der Umstand, dass die Kläger nach ihrer Forderung, den Vertrag rückabzuwickeln, längere Zeit darauf nicht zurückgekommen sind und ihren Anspruch erst nach Abschluss des Vergleichs im Wege der Klage durchsetzen, rechtfertigt diese Auffassung nicht. Die Kläger waren ohnehin nicht berechtigt, den Vertrag einseitig wieder in Vollzug zu setzen, nachdem er durch Fristablauf in ein Abwicklungsverhältnis übergegangen war.

35 e) Die Kläger sind unter dem Gesichtspunkt eines widersprüchlichen Verhaltens auch dann nicht gehindert, den großen Schadensersatz geltend zu machen, wenn sie für den Vergleich gestimmt haben. Der Vergleich regelt nicht ihre Ansprüche auf großen Schadensersatz. Es ist kein widersprüchliches Ver-

halten gegenüber dem Veräußerer darin zu erkennen, dass ein Wohnungseigentümer für einen Vorschuss stimmt, der den nach seinem Ausscheiden verbleibenden Wohnungseigentümern zugute kommt, während er selbst gewillt ist, den Vertrag abzuwickeln.

36 4. Der danach begründete Schadensersatzanspruch der Kläger ist selbst dann nicht ausgeschlossen, wenn die von der D. GmbH zu vertretenden Mängel nicht grob fahrlässig oder vorsätzlich verschuldet wären. Die in Abschnitt 15 des Vertrages enthaltene Beschränkung der Haftung ist unwirksam. Diese steht im Zusammenhang mit dem dort ebenfalls geregelten Ausschluss der Wandelung. Diese Regelung benachteiligt die Erwerber insgesamt unangemessen, § 9 AGBG.

37 a) Das Berufungsgericht hat durch Bezugnahme auf das landgerichtliche Urteil festgestellt, dass die Erwerberverträge für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert und den Erwerbern von der D. GmbH gestellt worden sind. Die Beklagte hat hiergegen nichts erinnert. Die Regelung in Abschnitt 15 der Erwerberverträge unterliegt damit zu Lasten der D. GmbH der Inhaltskontrolle. Dieser hält sie nicht stand.

38 b) Nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine Klausel mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist.

39 Die in Abschnitt 15 vorgesehene Beschränkung der Möglichkeit des Erwerbers, im Falle von Mängeln den Vertrag über die Wandelung oder den großen Schadensersatzanspruch rückabzuwickeln, weicht von den gesetzlichen Regelungen der §§ 634, 467, § 635, §§ 326, 327, 346 ff. BGB ab. Diesen liegt zugrunde, dass ein Besteller grundsätzlich die Möglichkeit haben muss, dem Unternehmer zur Vertragserfüllung eine angemessene, mit einer Ablehnungs-

androhung verbundene Frist zu setzen, um nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Vertrag rückabzuwickeln. Diese Möglichkeit wird durch den in Abschnitt 15 des Vertrages geregelten Ausschluss der Wandelung und durch die Beschränkung des Schadensersatzanspruchs weitgehend eingeschränkt, ohne dass schützenswerte Interessen des Veräußerers dies erfordern.

40 Der Senat hat bereits darauf hingewiesen, dass die Erwägungen, die für die Einschränkung des Rechts zur Wandelung bei Bauleistungen angestellt werden können, nicht gelten, wenn Wohnungseigentum vom Bauträger erworben wird. Denn in den Fällen der Rückabwicklung dieser Verträge werden keine wirtschaftlichen Werte gefährdet und es wird auch nicht in fremdes Eigentum eingegriffen. Vielmehr wird das Wohnungseigentum erhalten; der Veräußerer tritt lediglich an die Stelle des Erwerbers (BGH, Urteil vom 8. November 2001 - VII ZR 373/99, BauR 2002, 310 = NZBau 2002, 89 = ZfBR 2002, 244).

41 Es besteht auch kein anerkennenswerter Grund, die Rückabwicklungsmöglichkeit nur für den Fall vorzusehen, dass ein Mangel vom Veräußerer grob fahrlässig oder vorsätzlich verschuldet ist. Diese weitgehende Abweichung von der gesetzlichen Regelung, nach der die Wandelung sogar ohne Verschulden des Veräußerers möglich ist, führt zu einer ganz erheblichen Benachteiligung des Erwerbers. In vielen Fällen werden Bauleistungen mangelhaft erbracht, ohne dass dem Veräußerer grobes Verschulden oder Vorsatz zur Last fällt. Solche Mängel können jedoch erhebliche Beeinträchtigungen des Erwerbers zur Folge haben. Der Erwerber wäre nach der in Abschnitt 15 gewählten Vertragsgestaltung gezwungen, eine Wohnung auch dann zu behalten, wenn sie Mängel hätte, die zu ganz erheblichen Beeinträchtigungen führen.

42 5. Der Anspruch der Kläger gegen die D. GmbH ist nicht verjährt. Jedenfalls die Abnahme der Tiefgarage, die erhebliche Mängel aufweist, ist verwei-

gert worden. Wie das Landgericht zutreffend entschieden hat, liegt eine konkludente Abnahme der Tiefgarage bis zur Verweigerung der Abnahme nicht vor. Soweit die Beklagte in der Berufung aus der weiteren Nutzung der mangelhaften Garage eine konkludente Abnahme hergeleitet hat, kann ihr nicht gefolgt werden. Wird die Abnahme wegen Mängeln verweigert, kommt eine konkludente Abnahme durch Weiterbenutzung des Werkes regelmäßig nicht in Betracht (vgl. BGH, Urteil vom 8. Januar 2004 - VII ZR 198/02, BauR 2004, 670 = NZBau 2004, 210 = ZfBR 2004, 269). Die vertragliche Regelung, nach der eine Abnahme fingiert wird, ist gemäß § 10 Nr. 5 b AGBG unwirksam. Auch das hat das Landgericht zutreffend entschieden.

B.

43 Die Ansprüche der Kläger sind durch die Bürgschaft der Beklagten gesichert.

44 1. Die Beklagte hat eine Bürgschaft nach § 7 i.V. mit § 2 Abs. 2 MaBV übernommen. Diese sichert auch solche Ansprüche auf Rückgewähr der Vorauszahlung, die aus einer auf Mängel gestützten Wandelung oder aus einem Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung resultieren (BGH, Beschluss vom 2. Mai 2002 - VII ZR 178/01, BauR 2002, 1390, 1391 = NZBau 2002, 499 = ZfBR 2002, 671; Urteil vom 18. Juni 2002 - XI ZR 359/01, BGHZ 151, 147, 151; Urteil vom 22. Oktober 2002 - XI ZR 393/01, BauR 2003, 243 = NZBau 2003, 98 = ZfBR 2003, 140). Dazu gehört der Anspruch auf Rückzahlung der Vorauszahlung, der sich aus der Wahl des großen Schadensersatzanspruches gemäß § 635 BGB ergibt (BGH, Urteil vom 9. Februar 2006 - VII ZR 228/04, BauR 2006, 828 = NZBau 2006, 371 = ZfBR 2006, 456).

45 2. Eine Haftungsbefreiung der Beklagten kann nicht damit begründet werden, das Objekt gelte im Sinne von Nr. 7. a) der Bürgschaft als fertiggestellt, weil die vorhandenen Mängel durch Zahlung des Insolvenzverwalters abgegolten worden seien; die Bürgschaft sei deshalb erloschen. Der Anspruch der Kläger auf Rückgewähr der Vorauszahlungen ist vor der Abfindung entstanden und gegenüber der Beklagten geltend gemacht worden. Er bleibt auch dann gesichert, wenn das Bauwerk infolge der Abfindung als fertiggestellt gilt.

46 3. Entgegen der Regelung in Nr. 5 der Bürgschaft bedarf es keines Nachweises des Bestehens der Ansprüche der Kläger gegen die D. GmbH durch ein rechtskräftiges Urteil, einen Vergleich oder eine übereinstimmende Erklärung der D. GmbH und der Kläger. Diese Regelung ist gemäß § 3 AGBG nicht Bestandteil des Vertrages geworden.

47 a) Die Bürgschaftserklärung enthält Allgemeine Geschäftsbedingungen der Beklagten. Dies hat das Berufungsgericht durch Bezugnahme auf das landgerichtliche Urteil festgestellt. Die Beklagte hat hiergegen nichts erinnert.

48 b) Die Klausel ist überraschend, § 3 AGBG. Die Bürgschaft ist im Auftrag der D. GmbH gegeben worden. Diese hatte sich verpflichtet, eine Bürgschaft nach § 7 MaBV zu stellen. Die Beklagte hat in der Bürgschaftsurkunde darauf hingewiesen, dass der Veräußerer deshalb eine Bürgschaft nach § 7 i.V. mit § 2 Abs. 2 MaBV leisten muss, weil er beabsichtigt, im Gegensatz zu den Regelungen des § 3 MaBV vorzeitig Vermögenswerte des Käufers entgegenzunehmen. Die Erwerber, die wegen der ansonsten ungesicherten Vorauszahlungen abgesichert werden sollten, durften von der mit den Regelungen der Makler- und Bauträgerverordnung vertrauten Beklagten erwarten, dass diese eine Bürgschaft übergibt, die den Anforderungen der Verordnung entspricht. Nach § 7 Abs. 1 Satz 2 i.V. mit § 2 Abs. 2 MaBV muss die Bürgschaft den Verzicht auf

die Einrede der Vorausklage enthalten. Diesen Verzicht hat die Beklagte zwar zunächst unter Nr. 3 der Bürgschaftsurkunde erklärt, dann jedoch unter Nr. 5 erheblich eingeschränkt, indem als Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Bürgen ein rechtskräftiges Urteil über die Forderung für den Fall verlangt wird, dass Veräußerer und Erwerber sich nicht einig sind.

49 Diese Vertragsgestaltung schränkt die in § 2 Abs. 2 MaBV vorgesehene Sicherung erheblich ein. Denn der Verzicht auf die Einrede der Vorausklage (§ 771 BGB) erfasst nicht nur den Verzicht auf die Zwangsvollstreckung (so aber wohl Basty, Der Bauträgervertrag, 4. Aufl., Rdn. 492, der die Klausel für hinreichend hält). Vielmehr ist die Einrede der Vorausklage eine Ausprägung des die Bürgschaft prägenden Grundsatzes der Subsidiarität, indem sie es dem Bürgen erlaubt, den Gläubiger auf die vorrangige Inanspruchnahme des Hauptschuldners zu verweisen (vgl. MünchKommBGB-Habersack, 4. Aufl., § 771 Rdn. 1). Demgemäß hat ein Verzicht auf die Einrede der Vorauszahlung, wie er insbesondere durch die Übernahme einer selbstschuldnerischen Bürgschaft zum Ausdruck gebracht werden kann, § 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB, zur Folge, dass die Subsidiarität der Bürgenhaftung entfällt. Der Gläubiger kann sich unmittelbar an den Bürgen halten, ohne gegen den Schuldner vorgegangen zu sein (MünchKommBGB-Habersack, 4. Aufl., § 773 Rdn. 5; PWW/Brödermann, § 773 Rdn. 2 f.).

50 Die Beschränkung in Nr. 5 der Bürgschaft ist auch im Hinblick darauf, dass die Bürgschaft als selbstschuldnerisch bezeichnet worden ist, nicht nur widersprüchlich, sondern so überraschend, dass ein Erwerber mit ihr vernünftigerweise nicht rechnen musste.

51 4. Der Inanspruchnahme der Beklagten aus der Bürgschaft steht nicht entgegen, dass die Kläger nicht zuvor auf die Pfandfreigabe aus der Erklärung

der Beklagten vom 14. Juli 1993 gemäß Nr. 7 der Bürgschaftserklärung verzichtet haben. Diese Klausel ist gemäß § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam.

52 Die Klausel erzeugt eine Vorleistungspflicht des Erwerbers hinsichtlich der Pfandfreigabeerklärung. Er muss auf die Pfandfreigabeerklärung verzichten, ohne sicher sein zu können, dass sein Begehren auf Rückabwicklung des Vertrages Erfolg hat. Das benachteiligt den Erwerber unangemessen. Er läuft Gefahr, seinen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises nicht durchsetzen zu können und dann die durch die Pfandfreigabeerklärung bewirkte Sicherung verloren zu haben.

III.

53 Das Berufungsurteil kann keinen Bestand haben. Das Berufungsgericht hat aus seiner Sicht folgerichtig bisher keine Feststellungen zur Höhe des Schadensersatzanspruchs der Kläger getroffen. Dies wird es nachzuholen und dabei zu berücksichtigen haben, dass die Kläger die Darlegungs- und Beweislast für den ihnen entstandenen Schaden, einschließlich der Steuervorteile, die sie sich gegebenenfalls anrechnen lassen müssen, tragen (vgl. BGH, Urteil vom 11. November 2004 - VII ZR 128/03, BauR 2005, 400, 404 = NZBau 2005, 158 = ZfBR 2005, 178). Es wird außerdem über den von der Beklagten hilfsweise zur Aufrechnung gestellten Anspruch zu entscheiden haben.

Dressler Wiebel Kniffka

Bauner Safari Chabestari

Vorinstanzen:
LG München I, Entscheidung vom 01.09.2004 - 24 O 18786/03 -
OLG München, Entscheidung vom 15.03.2005 - 13 U 4672/04 -