

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 75/72

URTEIL

Verkündet am

11. Juli 1974

Blust,
Justizangestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns und Bauingenieurs Dieter B [REDACTED],
E [REDACTED], F [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Widerklägers,
Anschlußberufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Exportkaufmann Werner H [REDACTED], E [REDACTED],
F [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger, Widerbeklagten,
Anschlußberufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Juli 1974 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Erbel, Schmidt, Dr. Girisch und Doerry

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 13. März 1972 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Durch Vertrag vom 19. November 1967 verpflichtete sich der Beklagte, dem Kläger auf dessen Grundstück ein Haus zu errichten.

Nr. VIII des Bebauungsvertrags lautet:

"Der Bauträger (Bekl.) tritt sämtliche Gewährleistungsansprüche nach den Bestimmungen der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) gegenüber Architekten, bauausführenden Unternehmen und anderen an der Erstellung des Eigenheims und der Garage beteiligten Dritten an den Käufer (Kl.) als Gesamtberechtigter mit der Maßgabe ab, daß sie ihm vom Tage der Übergabe an unmittelbar zustehen.

- 3 -

Daneben verpflichtet sich der Bauträger (Bekl.), Mängel der Bauwerke, die in einer bei der Übergabe aufzunehmenden Verhandlung niedergelegt werden, oder innerhalb von 2 Monaten seit dem Tage der Übergabe durch eingeschriebenen Brief geltend gemacht werden, unverzüglich auf seine Kosten zu beseitigen, oder beseitigen zu lassen.

.....

Soweit sich aus Vorstehendem nichts anderes ergibt, entläßt der Käufer (Kl.) den Bauträger (Bekl.) mit dem Tage der Übergabe aus allen Gewährleistungsansprüchen.

....."

Der Beklagte schloß am 1. Dezember 1967 mit dem Architekten K. einen Vertrag, in dem dieser sich als Unternehmer gegenüber dem Beklagten verpflichtete, sieben Häuser - darunter das Haus des Klägers - zu bauen.

Nr. IX Abs. 1 dieses Vertrages lautet:

"Herr K. tritt sämtliche Gewährleistungsansprüche nach den Bestimmungen der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) an die einzelnen Käufer als Gesamtberechtigte ab mit der Maßgabe, daß sie ihnen vom Tage der Übergabe an unmittelbar zustehen. Daneben verpflichtet sich der Architekt den Käufern gegenüber, für Mängel der Bauwerke, die in einer bei der Übergabe aufzunehmenden Verhandlung niedergelegt werden oder innerhalb von 15 Tagen seit der Übergabe durch eingeschriebenen Brief geltend gemacht werden, unverzüglich auf seine Kosten zu beseitigen, oder beseitigen zu lassen."

Am 2. Dezember 1968 übergab der Beklagte dem Kläger das Haus. Im Übergabeprotokoll sind einzelne Beanstandungen aufgeführt.

Mit Schreiben vom 21. März 1969 forderte der Kläger den Beklagten auf, noch nicht abgeschlossene Bauarbeiten



bis zum 30. April 1969 fertigzustellen, anderenfalls er einen anderen Unternehmer damit beauftragen werde. Da der Beklagte dieser Aufforderung nicht nachkam, kündigte der Kläger mit Schreiben vom 15. Mai 1969 den Vertrag vom 19. November 1967.

Der Kläger hat vom Beklagten Vertragsstrafe, Mängelbeseitigungskosten, Wertminderung und Gutachterkosten in Höhe von insgesamt 23.506,69 DM verlangt und unter Abzug einer Restforderung des Beklagten von 6.973,95 DM Klage auf Zahlung von 16.532,74 DM nebst Zinsen und hinsichtlich künftiger Schäden Feststellungsklage erhoben. Der Beklagte hat widerklagend 6.132,93 DM nebst Zinsen verlangt.

Das Landgericht hat durch Teilurteil die Feststellungsklage, ferner die Zahlungsklage in Höhe von 16.434,86 DM und die Widerklage in Höhe von 2.525 DM abgewiesen.

Im Berufungsverfahren hat der Kläger unter Abstandnahme von der Feststellungsklage auf Zahlung von 25.965,79 DM nebst Zinsen geklagt. Der Beklagte hat die Zurückweisung der Berufung des Klägers sowie im Wege der Anschlußberufung beantragt, die Teilabweisung der Widerklage auf 1.300 DM zu beschränken.

Das Oberlandesgericht hat die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, die Teilabweisung der Widerklage in Höhe von 2.525 DM durch das Landgericht bestätigt und die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung der Kläger bittet, beantragt der Beklagte weiterhin, die Klage abzuweisen und die Teilabweisung seiner Widerklage auf 1.300 DM zu beschränken.

Im Revisionsverfahren hat der Kläger dem Architekten K[REDACTED] den Streit verkündet. Dieser ist dem Rechtsstreit nicht beigetreten.

Entscheidungsgründe:

I.

Der Kläger leitet den Klaganspruch zum Teil daraus her, daß der Beklagte nicht alle nach dem Vertrag geschuldeten Leistungen erbracht hat. Das Berufungsgericht bejaht insoweit einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung aus dem rechtlichen Gesichtspunkt des Verzugs (§ 326 BGB). Dieser Anspruch wird nach seiner Ansicht durch die Vereinbarung in Nr. VIII des Bauvertrags der Parteien nicht berührt, weil sie nur für Mängelansprüche gelte.

Der Ansicht der Revision, der Kläger könne nach Nr. VIII des Bauvertrags aus im Übergabeprotokoll nicht aufgeführten Beanstandungen keine Ansprüche mehr herleiten, kann nicht beigetreten werden. Die tatrichterliche Auslegung der Enthaftungsklausel durch den Berufungsrichter bindet das Revisionsgericht. Da in ihr die Ansprüche des Klägers gegen den Beklagten aus dem Bauvertrag stark eingeschränkt werden, hat das Berufungsgericht sie mit Recht eng ausgelegt. In ihr ist nur von

Gewährleistungsansprüchen, also von Ansprüchen die Rede, die aus Mängeln hergeleitet werden. Es besteht kein Anlaß, sie auch auf solche Ansprüche anzuwenden, die sich daraus ergeben, daß der Beklagte vertraglich geschuldete Leistungen noch gar nicht erbracht hat.

II.

Das Berufungsgericht erachtet auch die vom Kläger geltend gemachten Mängelansprüche durch Nr. VIII des Bauvertrags nicht für ausgeschlossen. Die Verpflichtungen, die der Beklagte im Bauvertrag gegenüber dem Kläger übernommen habe, seien mangels Zustimmung des Klägers nicht auf K. übergegangen. Daß K. seine Ansprüche gegen die Bauhandwerker an den Kläger abgetreten hätte, habe der Beklagte nicht behauptet. Dem Beklagten selbst ständen keine Ansprüche gegen die Bauhandwerker zu und deshalb könne er solche auch nicht an den Kläger abtreten. Die Bestimmung Nr. VIII des Bauvertrags sei somit wirkungslos.

1. Dem Berufungsgericht ist zuzustimmen, daß die Verpflichtungen des Beklagten aus dem Bauvertrag nicht dadurch auf K. übergegangen sind, daß dieser als Unternehmer in dem Werkvertrag mit dem Beklagten die Errichtung des Hauses übernommen und alsdann im eigenen Namen die erforderlichen Bauaufträge den Handwerkern erteilt hat. Der Kläger hat eine Schuldübernahme durch K. unstreitig nicht genehmigt (§ 415 BGB).

2. Rechtlich unbedenklich ist ferner die Ansicht des Berufungsgerichts, daß auch Mängelansprüche gegen die Bauhandwerker nicht auf den Kläger übergegangen sind.

a) Dem Beklagten stehen Mängelansprüche gegen die Handwerker nicht zu, da er mit ihnen keine Verträge abgeschlossen hat. Folglich kann er solche Ansprüche nicht gemäß Nr. VIII des Bauvertrags an den Kläger abgetreten haben.

b) K[REDACTED] hat seine Gewährleistungsansprüche gegen die Handwerker ebenfalls nicht wirksam an den Kläger abgetreten. Die Abtretungserklärung unter Nr. IX seines Vertrags mit dem Beklagten genügt hierfür nicht. Dazu hätte es nach § 398 BGB eines Abtretungsvertrags zwischen K[REDACTED] und dem Kläger bedurft, der unstreitig nicht geschlossen wurde.

c) Die Ansicht der Revision, der Kläger habe die im Vertrag zwischen dem Beklagten und K[REDACTED] vorgesehene Abtretung an ihn später durch schlüssiges Verhalten angenommen, entbehrt der tatsächlichen Grundlage.

aa) Dem Schreiben des Prozeßbevollmächtigten des Klägers vom 21. März 1969 an den Beklagten brauchte das Berufungsgericht dies nicht zu entnehmen. Zwar ist darin gesagt, der Kläger könne die abgetretenen Gewährleistungsansprüche nur dann mit Erfolg geltend machen, wenn er über die vertraglichen Beziehungen umfassend unterrichtet wäre, und der Beklagte müsse deshalb darüber Auskunft geben. Es heißt dann jedoch weiter, der Kläger könne ohne diese Auskunft die vertraglich vorgesehene Ablehnung der Gewährleistungsansprüche nicht akzeptieren und den Beklagten nicht aus der Haftung entlassen. Von K[REDACTED] zustehenden Gewährleistungsansprüchen ist darin überhaupt nicht die Rede und auch

nicht davon, daß der Kläger bereit wäre, über den Bauvertrag hinaus gegen Abtretung diesem zustehender Ansprüche auf die Haftung des Beklagten zu verzichten.

bb) Daraus, daß der Beklagte dem Übergabeprotokoll eine Liste der am Bau beteiligten Unternehmer beigefügt hat, ergibt sich die Zustimmung des Klägers zur Abtretung von Ansprüchen gegen Handwerker an ihn schon deshalb nicht, weil dem Beklagten solche Ansprüche nicht zustanden.

d) Auch durch einen Vertrag des Beklagten mit K██████ zugunsten des Klägers (§ 328 BGB) kann dieser die Gewährleistungsansprüche K██████ gegen die Unternehmer nicht erlangt haben. Der Abtretungsvertrag nach § 398 BGB ist ein Verfügungsvertrag, durch den eine bestehende Forderung auf einen anderen übertragen wird. Durch einen Vertrag zugunsten Dritter kann jedoch nur eine schuldrechtliche Verpflichtung begründet werden; für Verfügungsverträge gilt § 328 BGB nicht. Der Beklagte und K██████ konnten die für eine Abtretung nach § 398 BGB erforderliche Annahme der Abtretung durch den Kläger also nicht durch einen Vertrag zu dessen Gunsten ersetzen.

3. Das Berufungsgericht hat jedoch nicht zwischen Ansprüchen gegen die Bauhandwerker und Ansprüchen gegen K██████ unterschieden.

a) Unter Nr. VIII des Bauvertrags hat der Beklagte sämtliche Gewährleistungsansprüche "gegenüber Architekten, bauausführenden Unternehmen und anderen an der Erstellung beteiligten Dritten" an den Kläger abgetreten. K██████ war beim Bau des Hauses gleichzeitig

als Architekt und als Unternehmer tätig. Auf Grund des im Bauvertrag enthaltenen Abtretungsvertrags der Parteien können deshalb - was das Berufungsgericht übersehen hat - Ansprüche des Beklagten gegen K[REDACTED] auf den Kläger übergegangen sein. Da der Beklagte unter den in Nr. VIII des Bauvertrags festgelegten Voraussetzungen jedoch nur gegen Abtretung der Ansprüche gegen den Architekten und gegen die am Bau beteiligten Unternehmer von der Haftung gegenüber dem Kläger frei werden soll, tritt diese den Kläger belastende Rechtsfolge dann nicht ein, wenn für einen Mangel sowohl K[REDACTED] als auch ein Bauhandwerker eintreten müssen, der Beklagte jedoch nur den Anspruch gegen K[REDACTED] an den Kläger abzutreten vermag. Anderenfalls würde der Kreis der dem Kläger haftenden Personen eine sich aus dem Bauvertrag nicht ergebende Einschränkung erfahren.

b) Daraus folgt, daß die Haftung des Beklagten nicht aufgehoben ist, soweit für einen Mangel sowohl der Architekt als auch ein Handwerker haften, da der Beklagte - wie ausgeführt - dem Kläger den Anspruch gegen den Handwerker nicht abgetreten hat. Die Haftungsbefreiung des Beklagten nach Nr. VIII des Bauvertrags kann aber insoweit eintreten, als dem Beklagten gegen K[REDACTED] ein Anspruch erwachsen ist wegen Mängel, für die nur eine Haftung K[REDACTED], die Haftung eines Handwerkers aber nicht in Betracht kommt.

c) Eine formularmäßige Freizeichnungsklausel, wie sie hier gegeben ist, in der der Veräußerer eines von ihm zu errichtenden Hauses seine eigene Gewährleistungspflicht gegenüber den Erwerbern ausschließt und gleichzeitig seine Gewährleistungsansprüche gegen Architekt,

Bauunternehmer und andere an der Erstellung beteiligte Dritte an den Erwerber abtritt, ist dahin auszulegen, daß die Eigenhaftung des Veräußerers (Bauträgers) nur insoweit abbedungen ist, als sich der Erwerber aus den abgetretenen Ansprüchen gegen die am Bau Beteiligten auch tatsächlich schadlos halten kann (BGH NJW 1974, 1135). Das Risiko, daß diese Schadloshaltung keinen Erfolg hat, bleibt beim Bauträger. Der Kläger hat im Schriftsatz vom 12. Januar 1971 vorgetragen, K[REDACTED] habe bereits mehrmals den Offenbarungseid geleistet. Der Beklagte hat das, soweit ersichtlich, nicht bestritten.

d) Das Berufungsgericht wird deshalb in erster Linie zu prüfen haben, ob Ansprüche gegen K[REDACTED] an dessen Mittellosigkeit scheitern. Ist das der Fall, so muß der Beklagte auch insoweit selbst eintreten. Im anderen Falle muß das Berufungsgericht weiter prüfen, für welche der vom Kläger geltend gemachten Mängel aus-schließlich eine Haftung K[REDACTED], sei es als Architekt oder als Unternehmer, in Frage kommt; insoweit wäre dann der Beklagte durch die Abtretung der Ansprüche gegen K[REDACTED] von seiner Haftung frei geworden.

III.

Die Revision rügt weiter, das Berufungsgericht habe bei der Prüfung, ob dem Kläger ein die Werklohnforderung des Beklagten übersteigender Schadensersatzanspruch zusteht, den vom Beklagten beanspruchten Pauschalbetrag von 800 DM für die Drainage nicht berücksichtigt.

Die Rüge ist begründet. Der genannte Betrag ist in der vom Berufungsgericht aufgemachten Abrechnung der Forderungen des Beklagten (10 BU) ersichtlich nicht berücksichtigt (vgl. auch Bl. 120, 134 GA). Auch aus diesem Grunde muß das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Vogt

Erbel

Schmidt

Girisch

Doerry