

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: ja  
BGHR: ja  
-----

15

BGB §§ 463 Satz 2, 251 Abs. 1;  
WohnungseigentumsG §§ 1 Abs. 2, 16 Abs. 2

Verschweigt der Verkäufer einer Eigentumswohnung arglistig einen Fehler des gemeinschaftlichen Eigentums (hier: Mängel der Heizungsanlage), so kann der Käufer nach § 463 Satz 2 BGB im Rahmen des "kleinen" Schadensersatzes nicht den gesamten Minderwert des Gemeinschaftseigentums ersetzt verlangen, sondern grundsätzlich nur den Bruchteil, der dem gekauften Sondereigentum an dem gemeinschaftlichen Eigentum zugeordnet ist (§ 1 Abs. 2 WEG). Dies gilt auch dann, wenn der Minderwert anhand der erforderlichen Reparaturkosten berechnet wird.

BGH, Urt. v. 23. Juni 1989 - V ZR 40/88 - KG Berlin  
LG Berlin

# BUNDESGERICHTSHOF

15

## IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 40/88

### URTEIL

Verkündet am:  
23. Juni 1989  
H i r t h ,  
Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. Hans Dieter H [REDACTED], G [REDACTED], B [REDACTED],

2. Karola H [REDACTED], ebenda,

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwältin [REDACTED] -

g e g e n

Kommanditgesellschaft in Firma Hans Peter P [REDACTED] Grund-  
stücksverwaltungs KG, vertreten durch den persönlich haften-  
den Gesellschafter Hans Peter P [REDACTED], geschäftsansässig  
K [REDACTED] / [REDACTED], B [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

WII

15

- 2 -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. Juni 1989 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Hagen und die Richter Dr. Eckstein, Linden, Dr. Räfle und Dr. Wenzel

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 12. Januar 1988 wird auf Kosten der Kläger mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß im Tenor zu I die Worte "als Gesamtgläubiger" entfallen.

Von Rechts wegen

### Tatbestand

Die Beklagte veräußerte in den Jahren 1980 bis 1984 89 in Eigentumswohnungen umgewandelte Mietwohnungen einer im Jahre 1965 im sozialen Wohnungsbau errichteten Wohnanlage in Berlin-Charlottenburg. Eine der Wohnungen erwarben die Kläger mit notariellem Kaufvertrag vom 3. Mai 1984 zum Preis von 126.800 DM. Ihr Vertrag enthält ebenso wie alle anderen vor demselben Notar beurkundeten Verträge in § 2 Abs. 2 folgende Bestimmung:

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



**JLaw – Gesetze und Urteile**

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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

"Beschaffenheit und Ausstattung des Kaufgegenstandes sind dem Käufer bekannt. Die Verkäuferin übernimmt keine Gewähr für Größe, Güte und Beschaffenheit der hier verkauften Eigentumswohnung, weder hinsichtlich der im Sondereigentum noch hinsichtlich der im Gemeinschaftseigentum stehenden Gebäudeteile und des Grundstücks."

Der Vertrag enthält keine Verpflichtung der Beklagten zur Vornahme von Arbeiten. Die Wohnung wurde den Klägern am 1. Juni 1984 übergeben.

Bei Abschluß der nach dem 28. Oktober 1983 beurkundeten Verträge wußte die Beklagte von Mängeln der Heizungsanlage, insbesondere von Schäden der unter den beiden Öltanks befindlichen Auffangwannen. Sie offenbarte diese Mängel den Klägern und weiteren Erwerbern nicht.

Mit Mehrheitsbeschluß "bevollmächtigten und ermächtigten" die Wohnungseigentümer im Februar 1985 die Kläger, "sämtliche Mängel am gemeinschaftlichen Eigentum 'Sanierung der Öltank-Lagerräume' einschließlich Schadenersatz auch für die Wohnungseigentümergeinschaft geltend zu machen und durchzusetzen".

Dem Beschluß stimmten insbesondere die Wohnungseigentümer zu, die ihr Wohnungseigentum nach dem 28. Oktober 1983 erworben haben.

Die Kläger haben von der Beklagten Mängelbeseitigungskosten in Höhe von ursprünglich 31.326,90 DM als Schadenersatz geltend gemacht, und zwar in erster Linie aus eigenem

Recht, hilfsweise aufgrund der Ermächtigung der Wohnungseigentümergeinschaft.

Das Landgericht hat die zur Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten mit 20.034,38 DM ermittelt und die Beklagte insoweit zur Zahlung verurteilt. Das Kammergericht hat die Zahlungsverpflichtung der Beklagten auf 3.606,19 DM ermäßigt.

Mit der - zugelassenen - Revision erstreben die Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Beklagte beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

#### Entscheidungsgründe

##### I.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts können die Kläger und diejenigen Erwerber, die ihr Wohnungseigentum nach dem 28. Oktober erworben haben, von der Beklagten gemäß § 463 Satz 2 BGB Schadenersatz wegen arglistigen Verschweigens von Mängeln an der im Gemeinschaftseigentum stehenden Heizungsanlage verlangen. Den Wohnungseigentümern, die ihre Wohnung vorher gekauft haben, stünden Gewährleistungsansprüche nicht zu, da sich die Beklagte ihnen gegenüber wirksam freigezeichnet habe. Der Höhe nach sei der Schadensersatzanspruch auf den Teilbetrag der zur Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten begrenzt, der den Miteigentumsanteilen der Kläger und derjenigen Wohnungseigentümer, die nach dem 28. Oktober 1983 gekauft haben, entspreche.

II.

Hiergegen wendet sich die Revision im Ergebnis ohne Erfolg.

1. Ansprüche der Kläger aus eigenem Recht

a) Die Kläger sind zur Geltendmachung ihres eigenen Schadensersatzanspruchs befugt. Für das Werkvertragsrecht hat der Bundesgerichtshof ausgesprochen, daß die Wohnungseigentümer nur als Wohnungseigentümergeinschaft bestimmen können, ob wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum Minderung oder "kleiner" Schadensersatz, der hier verlangt wird, gefordert werden solle. Wegen der Gemeinschaftsbezogenheit könnten diese "sekundären" Gewährleistungsrechte nur einheitlich und damit gemeinschaftlich ausgeübt werden (BGHZ 74, 258, 263 ff; 81, 35, 37; BGH Urt. v. 4. November 1982, VII ZR 53/82, NJW 1983, 453 = WM 1983, 68). Ob dieser Rechtsprechung auch für die Gewährleistungsansprüche aus Kaufrecht zu folgen wäre, kann offenbleiben. Denn die Wohnungseigentümer haben hier durch nicht angefochtenen Beschluß die Kläger "bevollmächtigt und ermächtigt", Schadensersatzansprüche auch für die Gemeinschaft gerichtlich durchzusetzen. Das würde selbst nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Werkvertragsrecht die Sachbefugnis der Kläger rechtfertigen (vgl. BGHZ 74, 258, 267).

b) Den Klägern steht ein eigener Anspruch auf Schadensersatz wegen Mängeln am gemeinschaftlichen Eigentum in Höhe ihres Miteigentumsanteils (6.233/1.000.000) zu.

aa) Zutreffend hat das Berufungsgericht den geltend gemachten Anspruch der Kläger nach Kaufrecht beurteilt. Die Kläger - und die übrigen Erwerber - haben eine bereits 1965 fertiggestellte Eigentumswohnung erworben. Die Umwandlung der im Jahre 1965 im sozialen Wohnungsbau errichteten Anlage in Eigentumswohnungen hat nach der tatrichterlichen Feststellung keine Herstellungspflichten der Beklagten im Sinne der §§ 631, 633 BGB ausgelöst. Die vom Bundesgerichtshof beim Kauf einer neu errichteten, im Bau befindlichen oder erst zu errichtenden Eigentumswohnung für notwendig gehaltene Anwendung der Werkvertragsvorschriften entfällt daher (vgl. BGHZ 68, 372, 374; 98, 100, 107 f; 101, 350, 352 f; 100, 391, 396; Urt. v. 21. April 1988, VII ZR 146/87, WM 1988, 1028, 1029).

bb) Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht die Voraussetzungen des § 463 Satz 2 BGB hinsichtlich der Kläger - und der Wohnungseigentümer, die ihre Wohnung nach dem 28. Oktober 1983 gekauft haben -, dem Grunde nach bejaht. Auch die Beklagte stellt das Vorliegen einer arglistigen Täuschung in der Revisionsinstanz nicht mehr in Frage.

c) Dem Anspruch der Kläger - und der Erwerber, die ihre Wohnung nach dem 28. Oktober 1983 gekauft haben - steht nicht der Gewährleistungsausschluß nach § 2 Abs. 2 des Vertrages entgegen (§ 476 BGB).

d) Der Anspruch der Kläger aus § 463 Satz 2 BGB ist auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gerichtet. Der Käufer kann verlangen, so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn

der arglistig verschwiegene Fehler bei Gefahrübergang nicht vorhanden gewesen wäre (vgl. Soergel/Huber, BGB 11. Aufl. § 463 Rdn. 38; MünchKomm/H.P. Westermann, § 463 Rdn. 19). Das bedeutet nicht, daß er Mängelbeseitigung in Natur, d. h. Herstellung der fehlenden Eigenschaft, verlangen könnte; denn der primäre Erfüllungsanspruch ist ausgeschlossen und einen Nachbesserungsanspruch im Sinne des § 633 BGB kennt das gesetzliche Kaufrecht nicht (vgl. BGB-RGRK/Mezger, 12. Aufl. § 463 Rdn. 13). Daher sind die Grundsätze zur Haftung des Bauträgers für Baumängel des Gemeinschaftseigentums nach Werkvertragsrecht (vgl. BGHZ 74, 258, 263 f; BGH Urt. v. 21. Februar 1985, VII ZR 72/84, NJW 1985, 1551, 1552 re. Sp. unter a) nicht anzuwenden.

Dem Käufer stehen zur Schadensberechnung zwei Möglichkeiten offen: Er kann den Kaufgegenstand zurückweisen und Ersatz des gesamten ihm durch die Nichterfüllung des Vertrages entstandenen Schadens verlangen - "großer Schadensersatz" - oder die fehlerhafte Sache behalten und den Minderwert liquidieren - "kleiner" Schadensersatz - (BGHZ 96, 283, 287; MünchKomm/H.P. Westermann, § 463 Rdn. 20 ff m.w.N.). Dieser letztgenannte ("kleine") Schadensersatz zielt auf den Wertunterschied zwischen der mangelfreien und der mangelhaften Sache (BGB-RGRK/Mezger, aaO).

Handelt es sich - wie hier - um Mängel des gemeinschaftlichen Eigentums, so verteilt sich der insgesamt entstandene Minderwert auf die einzelnen Wohnungseigentümer, und zwar nach Maßgabe des jeweiligen Anteils am Gemeinschaftseigentum; denn die Summe der jeden einzelnen Miteigentümer treffenden Schäden (Minderwert) kann nicht

größer sein als der am gemeinschaftlichen Eigentum insgesamt entstandene Minderwert. Für das Miteigentum nach Bruchteilen hat in diesem Sinne schon das Reichsgericht entschieden, daß der Verkäufer eines Anteilsrechts, wenn nichts anderes vereinbart ist, nach den §§ 459 ff BGB für Sachmängel nur zu seinem rechnungsmäßigen Anteil haftet (RG SeuffArch 82 Nr. 174 = HRR 1928 Nr. 1799). Für das Wohnungseigentum als besonders ausgestaltetes Bruchteilseigentum (§ 1 Abs. 2, § 3 Abs. 1, § 8 Abs. 1 WEG) gilt, wenn nur das Gemeinschaftseigentum betroffen ist, nichts anderes (a.A. Doerry, Anm. LM WohnungseigentumsG § 21 Nr. 7).

Der Käufer kann allerdings - wie die Kläger dies hier tun - im Rahmen des "kleinen" Schadensersatzes den Minderwert anhand der zur Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten berechnen (Senatsurt. v. 9. Oktober 1964, V ZR 109/62, NJW 1965, 34, 35 = WM 1964, 1249; BGH Urt. v. 26. Januar 1983, VIII ZR 227/81, NJW 1983, 1424, 1425). Dabei ändert sich aber grundsätzlich nichts am gedanklichen Ansatz oder an den daraus zu ziehenden Folgerungen. Es geht nicht etwa um die Minderung des Kaufpreises nach § 462 BGB, sondern um eine vereinfachte Form der Berechnung des mangelbedingten Minderwertes. Auch der so ermittelte Minderwert trifft jeden Miteigentümer nur anteilig nach Maßgabe seines Anteils am gemeinschaftlichen Eigentum. Verändern kann sich dieser Schadensumfang im Rahmen der konkreten Schadensberechnung allenfalls dann, wenn im Innenverhältnis eine von der Wohnungseigentümergeinschaft beschlossene Reparaturkostenumlage (§ 21 Abs. 5 Nr. 2, § 16 Abs. 2 WEG) nicht gegenüber allen Miteigentümern durchgesetzt werden kann und der ungedeckte Betrag von den übrigen Miteigentümern - wiederum anteilig - aufgebracht werden muß.

Die Richtigkeit der hier für das Kaufrecht vertretenen Lösung wird, wie die Revisionserwiderung mit Recht bemerkt, durch einen Blick auf die unhaltbaren Folgerungen bestätigt, die sich vom gegenteiligen Standpunkt aus ergäben. Hätte z. B. im vorliegenden Falle nur ein einziger Erwerber seinen Kaufvertrag erst nach dem 28. Oktober 1983 geschlossen - und wäre mithin nur er arglistig getäuscht worden -, so könnte er nach dieser Auffassung die gesamten Reparaturkosten selbst dann ersetzt verlangen, wenn diese ein Mehrfaches des Kaufpreises ausmachten und damit den Wert, den die Eigentumswohnung in fehlerfreiem Zustand gehabt hätte, weit überstiegen. Das kann nicht rechtens sein. Eine solche ausufernde Ersatzpflicht verstieße nicht zuletzt gegen den Rechtsgedanken des § 251 Abs. 2 BGB. Umgekehrt wird durch die Beschränkung seines Schadensersatzanspruchs der Käufer nicht unbillig benachteiligt, denn im Innenverhältnis zu den anderen Wohnungseigentümern kann er durch einen Beschluß der Gemeinschaft nur verpflichtet werden, zu den Reparaturkosten in dem Umfang beizutragen, der seinem Anteil am gemeinschaftlichen Eigentum entspricht (§ 16 Abs. 2 WEG).

## 2. Ansprüche aus fremdem Recht der übrigen Wohnungskäufer

a) Soweit die Kläger Ansprüche in gewillkürter Prozeßstandschaft geltend machen, bestehen hiergegen keine prozesualen Bedenken. Die Wohnungseigentümer haben die Kläger durch Mehrheitsbeschluß (§ 21 Abs. 3 WEG; vgl. BGHZ 74, 258, 266 f) zur Geltendmachung ihrer etwaigen Ansprüche im eigenen Namen ermächtigt. Das erforderliche eigene schutzwürdige Interesse der Kläger (vgl. Senatsurt. v. 2. Oktober 1987, V ZR 182/86, WM 1987, 1406, 1407 f) folgt daraus, daß die

Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums den Wohnungseigentümern gemeinschaftlich zusteht (§ 21 Abs. 1 WEG). Die Beklagte wird durch die gewählte Art der Prozeßführung auch nicht unbillig benachteiligt; insbesondere liegt angesichts der internen Kostenzusage der Wohnungseigentümer nichts dafür vor, daß die Durchsetzung entstehender Kostenerstattungsansprüche gefährdet wäre (vgl. Senatsurteil aaO). Ob und in welchem Umfang den übrigen Miteigentümern Ansprüche gegen die Beklagte zustehen, ist - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - nur eine Frage der Begründetheit der Klage. Das Senatsurteil vom 16. September 1964, V ZR 132/62, NJW 1964, 2296 f, kann für die Auffassung des Berufungsgerichts nicht herangezogen werden. Es hatte - anders als hier - Ansprüche zum Gegenstand, die ihrer Natur nach nicht abtretbar waren und auch anderen nicht zur Ausübung überlassen werden konnten.

b) Zu Recht hat das Berufungsgericht Schadensersatzansprüche derjenigen Erwerber, die ihr Wohnungseigentum vor dem 28. Oktober 1983 von der Beklagten gekauft haben, verneint. Diesen Erwerbern steht ein Anspruch aus § 463 Satz 2 BGB nicht zu, weil sie nach den unangegriffenen tatrichterlichen Feststellungen nicht arglistig getäuscht worden sind.

Entgegen der Ansicht der Revision ist der Gewährleistungsausschluß wirksam:

aa) Dabei kann zugunsten der Kläger unterstellt werden, daß hier das AGB-Gesetz Anwendung findet (§ 1 Abs. 1 Satz 1 AGBG; vgl. BGHZ 98, 100, 106 unter 1.; OLG München NJW 1981,

2472), wovon auch das Berufungsgericht ausgeht. Denn die Freizeichnung der Verkäuferin von ihren Gewährleistungspflichten ist auch dann nicht zu beanstanden.

bb) § 11 Nr. 10 a AGBG ist hier nicht einschlägig. Nach dieser Vorschrift ist eine Bestimmung, durch die bei Verträgen über Lieferungen neu hergestellter Sachen und Leistungen die Gewährleistungsansprüche gegen den Verwender insgesamt ausgeschlossen werden, nichtig. Um eine neu hergestellte Sache im Sinne dieser Vorschrift handelt es sich vorliegend jedoch nicht. Nach der Rechtsprechung des VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes kann allerdings auch die Umwandlung eines Altbaus in Eigentumswohnungen die Voraussetzungen von § 11 Nr. 10 a AGBG erfüllen. Voraussetzung ist aber, daß mit dem "Verkauf" der Wohnungen eine Herstellungspflicht des Veräußerers verbunden ist, die nach Umfang und Bedeutung mit der Neuherstellungspflicht vergleichbar ist (BGHZ 100, 391, 397 ff m.w.N.; vgl. BGH Urt. v. 21. April 1988, VII ZR 146/87, WM 1988, 1028, 1029). Daran fehlt es hier.

cc) Der Gewährleistungsausschluß hält auch der Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG und § 242 BGB stand.

Die Gewährleistungsvorschriften sind dispositiv und lassen deshalb auch - wie § 476 BGB voraussetzt (vgl. auch § 11 Nr. 10 a AGBG) - einen Ausschluß der Sachmängelhaftung zu. Die Unwirksamkeit eines Gewährleistungsausschlusses käme dann in Betracht, wenn die gesetzlich zulässige Freizeichnung unangemessen wäre und zu einem mit Treu und Glauben nicht mehr in Einklang stehenden Ergebnis führen würde (vgl.

BGHZ 98, 100, 106 f). Das ist beim Verkauf einer Eigentumswohnung in einem Altbau indes anders als bei einer neu hergestellten Wohnung nicht der Fall (BGHZ 62, 251, 254; 65, 359, 362; 98, 100, 107). Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Wirksamkeit von Gewährleistungsausschlüssen in Veräußerungsverträgen über neu errichtete, im Bau befindliche oder noch zu errichtende Häuser oder Eigentumswohnungen (BGHZ 98, 100, 107 f; 101, 350, 353 ff; kritisch: Medicus, Zur gerichtlichen Inhaltskontrolle notarieller Verträge, Heft 2 der Schriften der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg e.V., 1989) läßt sich weder auf den formalarmäßigen noch auf den "formelhaften" Gewährleistungsausschluß in Individualverträgen bei Altbauten ohne Herstellungsverpflichtung übertragen (BGHZ 98, 100, 106 ff; Palandt/Putzo, BGB 48. Aufl. Vorbem. vor § 459 Anm. 4 e aa und § 476 Anm. 2 f; kritisch: Bunte, EWIR § 242 BGB 7/86, 871).

dd) Sonstige Ansprüche sind nicht ersichtlich.

c) Für die Wohnungseigentümer, die ihre Kaufverträge mit der Beklagten nach dem 28. Oktober 1983 abgeschlossen haben, hat das Berufungsgericht zutreffend Schadensersatzansprüche nach § 463 Satz 2 BGB bejaht. Insoweit gelten die gleichen Überlegungen wie zugunsten der Kläger selbst (vgl. oben unter II 1).

### 3. Zur Höhe der Klageforderung

Nach allem schuldet die Beklagte den Klägern und den anspruchsberechtigten Wohnungseigentümern nur Ersatz desjenigen Anteils am gesamten, durch die Mängel der Heizungs-

anlage bedingten Minderwert der Wohnanlage, der der Summe ihrer Anteile an dem gemeinschaftlichen Eigentum entspricht. Diese Summe hat das Berufungsgericht unangegriffen mit 18 % festgestellt. Demgemäß hat es die Beklagte zu Recht zur Zahlung von 3.606,19 DM verurteilt.

Zu Unrecht bezeichnet es die Kläger allerdings als Gesamtgläubiger (§ 428 BGB). Denn, wie dargelegt, kann jeder Käufer einer Eigentumswohnung nur den entsprechenden Bruchteil des auf die gesamte Wohnanlage entfallenden Minderwerts ersetzt verlangen.

Mit dieser Maßgabe ist die Revision mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Hagen

Dr. Eckstein

Linden

Räfle

Wenzel