

Nachschlagewerk: ja

BGHZ : ja

-----

BGB §§ 538, 242 Be

Auf das in einem Träger-Bewerber-Vertrag begründete Nutzungsverhältnis eines Eigenheimbewerbers ist in der Regel § 538 Abs. 2 BGB jedenfalls entsprechend anzuwenden.

Ist der Bewerber danach berechtigt, den Mangel selbst zu beseitigen, so kann er dafür einen Vorschuß in Höhe der voraussichtlichen Kosten verlangen.

BGH, Urt. v. 7. Mai 1971 - V ZR 94/70 - OLG Düsseldorf  
LG Krefeld

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

✓ ZR 94/70

## URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am

7. Mai 1971

H i r t h  
Justizsekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

1. des Rentners Emil Leopold K [REDACTED] in Ke [REDACTED],  
Graf-B [REDACTED]-Straße [REDACTED],
2. dessen Ehefrau Alicia K [REDACTED] geb. W [REDACTED], ebenda,

Kläger, Berufungsbeklagte  
und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma Bau-F [REDACTED] Wohnungsbau-Gesellschaft mbH.,  
in Ke [REDACTED], gesetzlich vertreten durch den Geschäftsführer  
Bauingenieur Hans H [REDACTED] in Ke [REDACTED], F [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagte, Berufungsklägerin  
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Mai 1971 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter Dr. Rothe, Dr. Freitag, Dr. Mattern und Offterdinger

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 6. Februar 1970 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

#### Tatbestand

Auf Grund eines notariellen Träger-Bewerber-Vertrags mit der Beklagten vom 17. Dezember 1964 haben die Kläger die Nutzung eines Eigenheims bis zur Eigentumsübertragung gegen Zahlung eines Nutzungsentgelts und nutzen das Eigenheim seit Mai 1966.

Mit der Klage begehren sie als Vorschuß zur Beseitigung von Baumängeln die Zahlung von ursprünglich 1 780 DM, jetzt 3 211,86 DM mit Zinsen.



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



Das Landgericht hat nach dem ursprünglichen Klagantrag verurteilt. Das Oberlandesgericht hat die Klage als unbegründet abgewiesen.

Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgen die Kläger ihren letzten Klagantrag weiter. Die Beklagte bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

#### Entscheidungsgründe

In tatsächlicher Hinsicht ist das Vorhandensein der im Beweissicherungsverfahren von einem Sachverständigen angeführten Mängel und der Umfang der damals (Oktober 1969) zur Mangelbeseitigung nötigen Aufwendungen in Höhe des ursprünglichen Klagbetrags unstreitig.

In rechtlicher Hinsicht geht der Streit im wesentlichen darum, ob die Kläger ein Recht zur Mangelbeseitigung auf Kosten der Beklagten nach Art des § 538 Abs. 2 BGB haben und ob sich daraus nach § 242 BGB ein Vorschußanspruch der eingeklagten Art ergibt.

Beide Fragen sind entgegen dem Berufungsurteil mit dem Landgericht zu bejahen.

#### I.

Nach § 538 Abs. 2 BGB kann, wenn die vermietete Sache bei Abschluß des Mietvertrags mit einem Fehler behaftet ist, der ihre Tauglichkeit zu dem vertragsmäßigen

Gebrauch aufhebt oder mindert, und wenn außerdem der Vermieter in Verzug ist, der Mieter den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen. Nach § 633 Abs. 3 BGB hat bei einem Werkvertrag der Besteller unter den entsprechenden Voraussetzungen dieselben Rechte; Ähnliches bestimmt § 13 Nr. 5 Abs. 2 von Teil B der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB). In dieser Hinsicht wird im wesentlichen darum gestritten, ob das zwischen den Parteien bestehende Nutzungsverhältnis einem Mietverhältnis derart ähnelt, daß § 538 Abs. 2 BGB entsprechend anzuwenden ist. Das ist der Fall, ohne daß es auf die von der Revision in den Vordergrund gestellte Frage nach der rechtlichen Natur des (erst in Aussicht genommenen) Hauptvertrags (Kaufvertrag, Werklieferungsvertrag, Geschäftsbesorgungsvertrag) ankommt.

a) Offen bleiben mag, ob ein Mietverhältnis im eigentlichen Sinn vorliegt und deshalb § 538 BGB schon unmittelbar gilt. Einerseits wurde die Beklagte durch den Nutzungsvertrag nach Art eines Mietvertrags verpflichtet, den Klägern den Gebrauch der in Rede stehenden Sache - Hausanwesen - während einer bestimmten Zeit - von der Übergabe bis zur Eigentumsübertragung - gegen "Entgelt" zu gewähren (vgl. § 535 BGB und Vorbemerkung 1 zum Träger-Bewerber-Vertrag sowie dessen § 1 Abs. 3, § 3, § 6 Abs. 5); das "Entgelt" besteht auch in der Zahlung eines monatlich wiederkehrenden Geldbetrags (§ 4 des Vertrags). Andererseits ist dieses sogenannte Nutzungsentgelt für den Regelfall nicht, wie typischerweise bei der Miete, schlechthin zum endgültigen wirtschaftlichen Verbleib bei der Beklagten bestimmt; es soll vielmehr, wie sich aus § 6 Abs. 5 des

Vertrags ergibt, zur Bestreitung des Kapitaldienstes einschließlich Tilgungen (für die Baukredite) sowie der Verwaltungs-, Vertriebs- und Instandhaltungskosten dienen und, soweit dafür nicht verbraucht, bei der späteren Eigentumsübertragung den Klägern wieder gutgebracht werden, also in seinem Kern wirtschaftlich den Klägern selbst und nicht der Beklagten zugute kommen; nur falls es entgegen dem Vertragszweck aus irgendeinem Grund ausnahmsweise zur Vertragsaufhebung und zum Unterbleiben der Eigentumsübertragung kommt, soll der Beklagten das Nutzungsentgelt als echte Gegenleistung für die Nutzung verbleiben.

b) Zu bejahen ist jedenfalls die entsprechende Anwendung des § 538 Abs. 2 BGB.

Dafür spricht schon die genannte Bestimmung von § 6 Abs.5 des Vertrags: Für den Eintritt eines bestimmten Falles, der - verständlicherweise - zwar als Ausnahme, aber doch als praktisch möglich und deshalb regelungsbedürftig angesehen wurde (Nichtdurchführung des vorgesehenen gesamten Vertragswerks), hat der Träger-Bewerber-Vertrag das bis dahin gezahlte Nutzungsentgelt als volles rechtliches und wirtschaftliches Äquivalent für die Nutzungsgewährung nach Art einer Miete bestimmt. Schon diese Bestimmung rückt den Vertrag derart in die Nähe eines Mietvertrags, daß eine entsprechende Anwendung von mietrechtlichen Schutzvorschriften zugunsten des Bewerbers, darunter insbesondere die des § 538 Abs. 2 BGB, naheliegt. Auch der Vertragstext selbst nimmt in verschiedenen Beziehungen auf mietrechtliche Vorschriften

Bezug: so hinsichtlich der fristlosen Kündigung (§ 9 Abs. 1 Buchst. a), hinsichtlich des Aufwendungsersatzes bei Vertragsaufhebung (§ 14 Abs. 1 Satz 5; vgl. auch § 5 Abs. 2 Satz 2: "Untervermietung").

Entscheidend für die Bejahung eines Mangelbeseitigungsanspruchs spricht bei Träger-Bewerber-Verträgen wie dem vorliegenden die typische Interessenlage. Aus Gründen, die im Interessenbereich des Trägers liegen, wird dem Bewerber die Stellung eines privatrechtlichen Eigentümers noch vorenthalten, auch wenn er - wie es typischerweise der Fall ist - die von ihm für den späteren Eigentumserwerb zu erbringenden Eigenleistungen an Geld und gegebenenfalls Arbeitskraft im wesentlichen bereits erbracht hat. Dieses Zwischenstadium der Nutzung als Nichteigentümer ist erfahrungsgemäß von keineswegs unerheblichem zeitlichem Umfang; es dauert oft jahrelang (der vorliegende Vertrag selbst nennt in dieser Richtung eine Zweijahresfrist, § 6 Abs. 1). Unter solchen Umständen gebietet das Interesse des Bewerbers, daß er in diesem Zwischenstadium gegen einen Mangel des Bauwerks nicht ohne nennenswerten Schutz bleibt. Bereits in diesem Zwischenstadium muß er ein Recht darauf haben, daß ihm die Sache (Bauwerk) in mangelfreiem Zustand geliefert wird. Entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts geht es nicht an, ihn während dieses Zeitraums auf die Möglichkeit späterer Kaufpreisminderung zu vertrösten und ihm bis dahin eine entscheidende Abhilfemöglichkeit zu versagen. Seine Interessenlage gleicht vielmehr in dieser Hinsicht während des Zwischenstadiums trotz seiner "Kaufanwartschaft" (s. unten) und trotz der abweichenden wirtschaftlichen Zweckbestimmung

des "Nutzungsentgelts" der Interessenlage eines Mieters. Sie gebietet, auch ihm ein Recht zur Mangelbeseitigung analog § 538 Abs. 2 BGB zuzuerkennen. Daß ein berücksichtigenswertes Interesse des Trägers entgegenstünde, ist nicht erkennbar.

c) Diese für Eigenheimervertragswerke typischerweise geltenden Erwägungen werden im vorliegenden Fall auch nicht durch vertragliche Haftungsbeschränkungen entkräftet, so daß die Rechtswirksamkeit etwaiger derartiger Vereinbarungen nicht zu prüfen ist:

Nicht selten wälzen Bauträger von Kaufeigenheimen ihre Mangelhaftung für die Zeit nach der Lieferung vertraglich dadurch von sich ab, daß sie an Erfüllungsstatt dem Bewerber ihre eigenen Gewährleistungsansprüche an die einzelnen Bauhandwerker abtreten. Im vorliegenden Fall ist jedoch hierfür nichts dargetan. Der zwischen den Parteien abgeschlossene Träger-Bewerber-Vertrag (Vorvertrag) enthält darüber nichts. Der von den Klägern im Revisionsverfahren vorgelegte, größtenteils formularmäßige Text eines Kauf- und Übereignungsvertrags (Hauptvertrag), in welchem sich allerdings eine Abtretung solcher Ansprüche befindet (§ 1 Abs. 4), enthält weder ein genaues Datum noch Unterschriften und stellt daher nur einen Entwurf dar, der noch keine rechtliche Bindung bewirkt hat. Im übrigen ergibt er weder im unmittelbaren Wortlaut noch durch seine Verweisung auf die VOB (vgl. dort Teil A § 13 und Teil B §§ 10, 13), daß mit der Abtretung die eigene Mangelhaftung des Trägers entfallen sollte, und ebensowenig, daß diese bei Abschluß des Hauptvertrags etwa eintretende

Rechtsfolge auf den weit in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt der Übergabe und auf das dadurch in Kraft getretene Nutzungsverhältnis zurückwirken sollte.

d) Was das Oberlandesgericht ausführt, um die Verneinung eines Mangelbeseitigungsrechts des Bewerbers auf Kosten des Trägers zu begründen, greift nicht durch:

Der Tatrichter geht selbst von der Möglichkeit aus, auf das Nutzungsverhältnis mietrechtliche Vorschriften anzuwenden. Auch seine weitere Erwägung trifft zu, daß diese Möglichkeit ihre Grenze dort findet, wo die Anwendung von Mietrecht die besondere Eigenart der das Vertragsverhältnis beherrschenden "Kaufanwartschaft" verletzt. Es ist jedoch weder vom Berufungsgericht begründet noch zutreffend, daß diese besondere Eigenart durch eine entsprechende Anwendung des § 538 BGB verletzt würde. Die Gewährung eines Mangelbeseitigungsrechts des Bewerbers während jenes Zwischenstadiums steht mit dem Gesamtzweck des Vertragswerks nicht in Widerspruch, sondern in vollem Einklang.

Der Umstand, daß der Vertrag (§ 5 Abs. 1) die Last der Sacherhaltung abweichend vom gesetzlichen Mietrecht (§ 536 BGB) dem Benutzer (Kläger) auferlegt, würde sogar die Annahme eines Mietvertrags im eigentlichen Sinn nicht ausschließen (§ 536 BGB ist abdingbar; vgl. über Leasingverträge Palandt/Putzo BGB 30. Aufl. Einf. 4 vor § 535). Er steht jedenfalls der Bejahung eines mietähnlichen Verhältnisses mit der Wirkung analoger Anwendung der Mangelbeseitigungsvorschrift des § 538 Abs. 2 BGB nicht entgegen.

Die Erwägung, eine mietrechtliche Haftung des Trägers für ursprüngliche Mängel sei zu verneinen, mag allenfalls in dem Sinn richtig sein, daß eine unmittelbare Anwendung mietrechtlicher Vorschriften ausscheidet. Gegen ihre entsprechende Anwendung ergibt sie nichts.

Das Oberlandesgericht erwägt weiter: eine Minderung des Nutzungsentgelts würde den Klägern nichts nützen, weil sie damit nur den Zins- und Tilgungsdienst für ihre eigenen Baukredite gefährdeten und damit zu einer Erhöhung (besser: einer mangelnden Verminderung) der Kaufpreisschuld kämen. Das trifft zwar zu. Daraus ergibt sich aber nur, daß dem Bewerber mit diesem Gewährleistungsanspruch (Minderung) im Zwischenstadium nicht gedient ist. Es besagt nichts gegen die Zubilligung eines anderen auf die Nichterfüllung des Trägers gestützten Rechtes des Bewerbers, mit dem dieser praktisch etwas anfangen kann, nämlich des Mangelbeseitigungsanspruchs. Die Erwägung, nur durch eine Kaufpreisminderung - nach Abschluß des Hauptvertrags - könne der Bewerber eine endgültige Entlastung erhalten, besagt nichts dagegen, daß ihm schon im vorangehenden Zwischenstadium ein wirksames Abwehrmittel gegen mangelhafte Vertragserfüllung des Trägers zustehen kann und muß. Führt dieses Abwehrmittel bereits im Zwischenstadium zu dem Erfolg, daß der Mangel beseitigt wird, dann bedarf es einer Entlastung des Bewerbers im Endstadium nicht mehr.

e) Nach allem ist die entsprechende Anwendung des § 538 Abs. 2 BGB in Fällen wie dem vorliegenden geboten. Das bedeutet, daß die Beklagte bei von vornherein vorhandenen Mängeln des Gebäudes schon im Zwischenstadium des Nutzungsverhältnisses zur Nachbesserung verpflichtet

war und ist (vgl. § 538 Abs. 1 Fall 1 BGB) und daß dann, wenn sie mit der Nachbesserung in Verzug geriet, die Kläger die Mängel selbst beseitigen und von der Beklagten Ersatz der dafür erforderlichen Aufwendungen verlangen konnten und können (vgl. § 538 Abs. 2 BGB). Die Beschränkung auf von vornherein vorhandene Mängel, entsprechend dem ersten Fall von § 538 Abs. 1 BGB, ist deshalb geboten, weil die laufende Instandhaltung hier, anders als im typischen Fall eines Mietvertrags, Sache des Nutzenden, nicht des Nutzungsgewährenden ist (§ 5 Abs. 1 des Träger-Bewerber-Vertrags). Dabei kommt es ebenso wie im entsprechenden Fall des § 538 BGB dann, wenn das Gebäude erst nach Abschluß des Träger-Bewerber-Vertrags fertiggestellt wurde, abweichend vom Gesetzeswortlaut auf den Zeitpunkt der Fertigstellung oder Übergabe an (vgl. BGHZ 9, 320).

## II.

Ist aber die Beklagte solcher Art zu Mangelbeseitigung und Aufwendungsersatz verpflichtet, dann ist es ebenso wie in dem vom VII. Zivilsenat am 2. März 1967 entschiedenen Fall (BGHZ 47, 272) auch hier geboten, dem Aufwendungsersatzanspruch einen Vorschußanspruch vorzuschalten. Die einschlägigen Erwägungen jenes Urteils treffen in vollem Umfang auch hier zu. Daß dort bereits der Hauptvertrag erfüllt war, während sich die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien des vorliegenden Falls noch im Zwischenstadium des Vorvertrags befinden, macht keinen Unterschied, da die Vorschrift des § 538 BGB selbst (Miete) ebenfalls, abweichend von der des § 633 BGB (Werkvertrag), auf noch nicht voll abgewickelte

Vertragsbeziehungen zugeschnitten ist, aber trotzdem dieselben Rechte gewährt. Wie in jenem Entscheidungsfall ist auch hier die Vorschußpflicht des mangelhaft Liefernden ein Gebot der Billigkeit; dem Bewerber, der bei ordnungsmäßiger Vertragserfüllung des Trägers keine eigenen Mittel zu einer Mangelbeseitigung einzusetzen braucht, muß es bei mangelhafter Lieferung und unterlassener Nachbesserung des Trägers ebenfalls möglich sein, die Mangelfreiheit herbeiführen zu lassen, ohne eigene Mittel aufzuwenden; da er typischerweise nach Fertigstellung des Bauwerks die dafür vorgesehenen Mittel verbraucht hat, kann ihm nicht zugemutet werden, die Mangelbeseitigung gewissermaßen vorzufinanzieren (§ 242 BGB); dafür spricht auch eine gewisse Verwandtschaft dieser Fälle mit einem Auftragsverhältnis, bei dem die Vorschußpflicht im Gesetz niedergelegt ist (§ 669 BGB).

Wie in jenem Fall geht der Vorschußanspruch auch hier auf Zahlung desjenigen Betrags, der voraussichtlich zur Mangelbeseitigung erforderlich sein wird. Ergibt sich dann, daß der Bewerber zur Mangelbeseitigung tatsächlich einen größeren oder geringeren Betrag benötigt, dann ist der Unterschiedsbetrag entweder nachzuzahlen oder zurückzuerstatten (vgl. dazu Rietschel in der Anm. zu jenem Urteil LM VOB Teil B § 13 Nr. 12).

Besondere Umstände, wegen deren im vorliegenden Fall eine Vorschußpflicht ausnahmsweise nicht durch Treu und Glauben geboten wäre (vgl. BGHZ 47 aaO S. 274/75), sind bisher nicht festgestellt.

III.

Hiernach muß das angefochtene Urteil aufgehoben werden. Es bedarf nunmehr der Prüfung, welche zusätzlichen Kosten noch erforderlich sind (Anschlußberufung der Kläger) sowie ob die Kläger eine Mangelbeseitigung durch die Beklagte abgelehnt haben. Deshalb war die Sache zur weiteren tatsächlichen Aufklärung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Ihm wurde auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens übertragen.

Dr. Augustin

Rothe

Dr. Freitag

Mattern

Offterdinger