

# Bundesgerichtshof

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

§§ 21 Abs. 5 WEG; 633, 634, 635 BGB

- 1. Der einzelne Wohnungseigentümer ist zur selbständigen (auch gerichtlichen) Verfolgung der aus dem Vertragsverhältnis mit dem Veräußerer herrührenden, auf Beseitigung der Mängel am gemeinschaftlichen Eigentum gerichteten Ansprüche befugt. Er kann vom Veräußerer Nachbesserung und unter den Voraussetzungen des § 633 Abs. 3 BGB Ersatz seiner Aufwendungen für die Mängelbeseitigung sowie einen Vorschuß auf voraussichtliche Mängelbeseitigungskosten verlangen.**
- 2. Dabei kann offen bleiben, was für die Wandlung und den auf "Zurückweisung" des mangelhaften Werks, also Rückgängigmachung des Erwerbs der Eigentumswohnung, gerichteten Schadensersatzanspruch gilt. Diese Rechte können eigene Wege gehen, also möglicherweise nur dem einzelnen Wohnungseigentümer zustehen, weil von ihrer Ausübung das gemeinschaftliche Eigentum nicht betroffen wird. Anstelle des Wohnungseigentümers, der aus der Wohnungseigentümergeinschaft ausscheidet, würde dann wieder der Veräußerer treten.**
- 3. Andererseits ist nicht zu verkennen, daß der Veräußerer ein Interesse daran hat, nicht Mängelbeseitigungsansprüchen eines einzelnen Wohnungseigentümers ausgesetzt zu sein, die im offenen Widerspruch zu Mehrheitsbeschlüssen der Wohnungseigentümergeinschaft über die Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums stehen und daher nicht durchsetzbar sind. Dem wird aber in der Rechtsprechung dadurch Rechnung getragen, daß niemand zu einer Leistung verurteilt werden darf, die unstreitig nicht möglich ist.**
- 4. Anders ist die Interessenlage bei der Minderung und dem Schadensersatz, der nicht auf Rückgängigmachung des Erwerbsvertrags gerichtet ist. Diese beiden Gewährleistungsrechte sind nicht miteinander vereinbar. Sie sind schon der Art, vor allem aber den Voraussetzungen und dem Umfang nach verschieden. Der Veräußerer kann nicht einigen Wohnungseigentümern zur Minderung und den anderen zum Schadensersatz, etwa in Form der Erstattung der Mängelbeseitigungskosten, verpflichtet sein. Diese Gewährleistungsrechte können nur einheitlich und damit gemeinschaftlich ausgeübt werden. Vor allem kann die Wahl, ob Minderung oder Schadensersatz, gegebenenfalls in Eventualstellung, verlangt werden soll, nicht von jedem einzelnen Wohnungseigentümer für sich allein, sondern muß gemeinschaftlich für alle getroffen werden.**
- 5. Kann die Gemeinschaft beschließen, wegen der Mängel am gemeinschaftlichen Eigentum vom Veräußerer Schadensersatz nach § 635 BGB zu verlangen, so kann sie auch den Verwalter ermächtigen, den Anspruch im eigenen Namen einzuklagen. Der Abtretung der Forderung**

**an ihn bedarf es dazu nicht.**

- 6. Die formularmäßige Bestimmung, wonach ein Vertrag über die Veräußerung einer Eigentumswohnung mit Fertigstellungsverpflichtung des Veräußerers kein Werkvertrag, sondern ein Kaufvertrag sein soll, ist unwirksam.**
- 7. Zu den Pflichten des Erwerbers von Wohnungseigentum, dem Gewährleistungsansprüche des Veräußerers gegen einen anderen Baubeteiligten abgetreten worden sind, wenn der Drittbeteiligte in Konkurs gefallen ist.**

BGH, Urteil vom 10.05.1979; Az.: VII ZR 30/78

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Mai 1979 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Dr. Girisch, Meise, Dr. Recken und Obenhaus für Recht erkannt:

**Tenor:**

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 11. Januar 1978 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Beklagte zur Zahlung von mehr als 44.510,47 DM nebst Zinsen verurteilt und ihre weitergehende Ersatzpflicht festgestellt worden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

**Tatbestand:**

Die Beklagte errichtete 1971/1972 in M. Eigentumswohnungen, die sie veräußerte. In den Verträgen mit den Erwerbern hat sie sich von jeder Sachmängelhaftung freigezeichnet und ihre Gewährleistungsansprüche gegen die Bauhandwerker an die Erwerber abgetreten. Weiter heißt es in den Verträgen, die Beteiligten seien sich darüber einig, daß es sich um einen Kaufvertrag handle, auf den die §§ 631 ff BGB nicht anzuwenden seien.

Zu der Wohnanlage gehört ein Hallenschwimmbad, das als gemeinschaftliches Eigentum mit 85 von den insgesamt 174 Eigentumswohnungen verbunden ist. Als Mängel an der Schwimmanlage auftraten, wandten sich die Wohnungseigentümer an die Firma, die das Schwimmbad gebaut hatte. Das Unternehmen fiel jedoch am 30. Oktober 1974 in Konkurs. Der Konkursverwalter lehnte der Beklagten und den Wohnungseigentümern gegenüber die Nachbesserung ab, weil er über keine Mittel dazu verfüge. Daraufhin ließ sich die Wohnungseigentümergeinschaft vom Konkursverwalter die von der Beklagten einbehaltene Restforderung der Gemeinschuldnerin abtreten und verpflichtete sich, gegen die Masse und die Gemeinschuldnerin keine Gewährleistungsansprüche mehr geltend zu machen.

Mit Anwaltsschreiben vom 15. Januar 1976 forderten die Wohnungseigentümer nunmehr die Beklagte zur Nachbesserung bis 29. Februar 1976 auf mit der Androhung, daß nach fruchtlosem Ablauf der Frist Mängelbeseitigung durch die Beklagte abgelehnt und stattdessen Schadensersatz verlangt werde. Nach Ablauf der Frist lehnten die Wohnungseigentümer die Nachbesserung durch die Beklagte ab.

Der Kläger ist der Verwalter der Wohnungseigentümergeinschaft. Er fordert von der Beklagten aufgrund einer ihm durch Mehrheitsbeschluß erteilten Ermächtigung der Wohnungseigentümer im eigenen Namen Ersatz der bereits entstandenen und voraussichtlich noch entstehenden Kosten für die Beseitigung der Mängel am Schwimmbad. Zunächst hat er 59.328,28 DM nebst Zinsen eingeklagt und die Feststellung begehrt, daß die Beklagte auch etwaige weitere Aufwendungen zu ersetzen habe.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Dagegen hat die Beklagte Berufung eingelegt. Der Kläger hat im Wege der Anschlußberufung die Zahlungsklage auf insgesamt 111.150,47 DM erhöht. Das Berufungsgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 108.850,47 DM nebst Zinsen verurteilt und die weitergehende Klage abgewiesen. Mit der - angenommenen - Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf volle Abweisung der Klage weiter.

Im Termin zur mündlichen Verhandlung über die Revision war der Kläger trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht vertreten.

Die Beklagte beantragt,

gegen ihn Versäumnisurteil zu erlassen.

### **Entscheidungsgründe:**

I.

Das Berufungsgericht hält den Kläger für klagebefugt. Die Wohnungseigentümer hätten mit Mehrheitsbeschluß die Prozeßführung durch den Kläger gebilligt. Daher sei er in gewillkürter Prozeßstandschaft berechtigt, im eigenen Namen zu klagen und Leistung an sich selbst zu verlangen.

Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

Soweit der Kläger die vom Konkursverwalter abgetretene restliche Werklohnforderung der Herstellerfirma gegen die Beklagte geltend macht, ist seine Klagebefugnis schon deswegen bedenkenfrei, weil diese Forderung an die Wohnungseigentümergeinschaft abgetreten worden ist, die den Verwalter, statt ihn gemäß § 27 Abs. 2 Nr. 5 WEG zu bevollmächtigen, auch ermächtigen kann, ihr zustehende Ansprüche in gewillkürter Prozeßstandschaft einzuklagen (Senatsurteil vom 17. Januar 1974 - VII ZR 119/73 = Schäfer/Finnern Z 2.10 Bl. 35; vgl. auch OLG Hamburg MDR 1966, 146 [OLG Hamburg 18.02.1965 - 6 U 226/64]). Die abgetretene Forderung deckt aber nur einen Teil des Klaganspruchs. Die Klage wird deshalb auch auf vertragliche Gewährleistungsansprüche der Wohnungseigentümer gestützt.

1.

Inwieweit Gewährleistungsansprüche wegen Mängeln am gemeinschaftlichen Eigentum vom einzelnen Wohnungseigentümer oder durch die Wohnungseigentümergeinschaft geltend gemacht werden können, ist in Rechtsprechung und Schrifttum umstritten.

a)

Die alleinige Berechtigung des einzelnen Wohnungseigentümers nehmen an der 2. Zivilsenat des OLG Köln (NJW 1968, 2063), der 20. Zivilsenat des OLG Frankfurt/Main (MDR 1974, 848) und der 25. Zivilsenat des OLG München (Betrieb 1978, 2360). Diese Auffassung wird damit begründet, daß die Gewährleistungsansprüche aus Verträgen der einzelnen Wohnungseigentümer - nicht der Gemeinschaft - mit dem Veräußerer herrühren, worin die Gemeinschaft nicht eingreifen könne.

b)

Die ausschließliche Befugnis der Wohnungseigentümergeinschaft oder zumindest ihre Berechtigung, neben den Wohnungseigentümern Gewährleistungsansprüche wegen Mängeln am gemeinschaftlichen Eigentum durchzusetzen, nehmen an der 21. Zivilsenat des OLG München (NJW 1973, 2027 Nr. 8), der 22. Zivilsenat des OLG Frankfurt/Main (NJW 1975, 2297), das Kammergericht (NJW 1976, 522 Nr. 11), der 9. Zivilsenat des OLG Köln (Schäfer/Finnern/Hochstein Nr. 2 zu § 634 BGB) und wohl auch das Bayerische Oberste Landesgericht (NJW 1973, 1086 Nr. 10 = BayObLGZ 1973, 68, 73). Maßgebend für diese Ansicht ist, daß sich die Gewährleistung auf gemeinschaftliches Eigentum bezieht, das die Wohnungseigentümer gemeinsam zu verwalten haben und für dessen ordnungsmäßige Instandhaltung und Instandsetzung sie deshalb gemäß § 21 Abs. 1, Abs. 5 Nr. 2 WEG auch gemeinschaftlich zu sorgen haben (vgl. zum Meinungsstand im übrigen, vor allem im Schrifttum, statt vieler Deckert, Baumängel am Gemeinschaftseigentum der Eigentumswohnung, 1978, S. 100 ff und Rosenberger BauR 1978, 241).

2.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der einzelne Wohnungseigentümer zur selbständigen (auch gerichtlichen) Verfolgung der aus dem Vertragsverhältnis mit dem Veräußerer herrührenden, auf Beseitigung der Mängel am gemeinschaftlichen Eigentum gerichteten Ansprüche befugt. Er kann vom Veräußerer Nachbesserung und unter den Voraussetzungen des § 633 Abs. 3 BGB Ersatz seiner Aufwendungen für die Mängelbeseitigung sowie einen Vorschuß auf voraussichtliche Mängelbeseitigungskosten verlangen (BGHZ 62, 388, 393 [BGH 21.06.1974 - V ZR 164/72]; 68, 372, 377/378; BGH Urteil vom 28. Mai 1971 - V ZR 65/69 = LM WEG § 21 Nr. 1 = WM 1971, 958). Seine Sachbefugnis wird grundsätzlich nicht davon berührt, daß sich der Nachbesserungsanspruch auf die Instandsetzung gemeinschaftlichen Eigentums bezieht, die nach § 21 Abs. 1, Abs. 5 Nr. 2 WEG zu der der Gesamtheit der Wohnungseigentümer obliegenden Verwaltung gehört (BGH a.a.O.). Der Bundesgerichtshof hat ferner dem Erwerber einer Eigentumswohnung die Wandlung wegen erheblicher Fehler an gemeinschaftlichen Einrichtungen gestattet (BGH Urteil vom 2. Juli 1971 - V ZR 50/69 = WM 1971, 1251). Dagegen hatte der Bundesgerichtshof bisher nicht darüber zu entscheiden, ob auch die Wohnungseigentümergeinschaft nach entsprechendem Mehrheitsbeschluß Nachbesserungsansprüche, die

gemeinschaftliches Eigentum betreffen, gegenüber dem Veräußerer durchsetzen kann.

3.

Darum geht es auch im vorliegenden Fall nicht. Den Wohnungseigentümern stand hier ein Mängelbeseitigungsanspruch nicht mehr zu, nachdem sie mit der Fristsetzung die Erklärung verbunden hatten, daß sie nach Ablauf der Frist die Beseitigung der Mängel am Schwimmbad durch die Beklagte ablehnen (§ 634 Abs. 1 Satz 3 letzter Halbsatz). Damit war der Nachbesserungsanspruch verloren. Es entfiel aber auch das Selbstbeseitigungsrecht der Wohnungseigentümer gemäß § 633 Abs. 3 BGB mit der daraus herzuleitenden Pflicht des Veräußerers, einen Vorschuß auf voraussichtliche Mängelbeseitigungskosten zu leisten (vgl. Senatsurteil vom 9. Januar 1964 - VII ZR 171/62 = VersR 1964, 267, 268). Die Wohnungseigentümer hatten daher nur noch die sich aus den §§ 634, 635 BGB ergebenden Gewährleistungsrechte, konnten also Nachbesserungskosten allein noch als Schadensersatz verlangen. Der Kläger stützt die Klage denn auch auf § 635 BGB.

4.

Es kommt daher entscheidend darauf an, wem die Befugnis zusteht, zu bestimmen, welches der den Wohnungseigentümern gemäß §§ 634, 635 BGB verbliebenen Gewährleistungsrechte nunmehr geltend gemacht werden soll, wer also die Wahl zu treffen hat zwischen den noch vorhandenen Ansprüchen, der einzelne Wohnungseigentümer oder die Wohnungseigentümergeinschaft.

a)

Dabei kann offen bleiben, was für die Wandlung und den auf "Zurückweisung" des mangelhaften Werks, also Rückgängigmachung des Erwerbs der Eigentumswohnung, gerichteten Schadensersatzanspruch gilt. Diese Rechte können eigene Wege gehen, also möglicherweise nur dem einzelnen Wohnungseigentümer zustehen, weil von ihrer Ausübung das gemeinschaftliche Eigentum nicht betroffen wird. Anstelle des Wohnungseigentümers, der aus der Wohnungseigentümergeinschaft ausscheidet, würde dann wieder der Veräußerer treten. All das steht hier nicht in Frage.

b)

Hier geht es vielmehr um die Wahl zwischen Minderung und Schadensersatz, wobei die Erwerber die Eigentumswohnungen behalten wollen. Die Befugnis, diese Wahl zu treffen, kann nicht dem einzelnen Wohnungseigentümer, sondern muß der Wohnungseigentümergeinschaft zustehen. In diesem Fall ist die Interessenlage anders als bei der Geltendmachung des Mängelbeseitigungsanspruchs gegenüber dem Veräußerer (einschließlich der Erstattung der Nachbesserungskosten sowie des Vorschusses auf diese Kosten).

aa)

Rechtlicher Ausgangspunkt dafür, daß der einzelne Wohnungseigentümer gegenüber dem Veräußerer selbständig die Beseitigung von Mängeln am gemeinschaftlichen Eigentum verfolgen kann, ist der mit dem Veräußerer geschlossene individuelle Vertrag, aus dem die Nachbesserungspflicht des

Veräußerers hervorgeht. Die Beseitigung etwaiger Mängel gehört noch zur Erfüllung des Vertrags (BGHZ 68, 372, 374 mit weiteren Nachweisen). Auch muß in aller Regel Nachbesserung verlangt werden, bevor die Gewährleistungsrechte der §§ 634, 635 BGB geltend gemacht werden können. Das gilt für alle Wohnungseigentümer gleichermaßen. Deshalb handelt der Wohnungseigentümer, der selbständig die Mängelbeseitigung gegen den Veräußerer verfolgt, auch grundsätzlich im wohlverstandenen Interesse aller anderen Wohnungseigentümer. Er will den Veräußerer zu gehöriger Vertragserfüllung anhalten. Soweit die Einzelverträge der Wohnungseigentümer mit dem Veräußerer inhaltlich nicht voneinander abweichen, ist infolgedessen das Nachbesserungsverlangen des Einzelnen stets auf das gleiche Ziel gerichtet wie das Interesse der Gesamtheit.

Aus diesem Grunde ist der Veräußerer in der Regel in seinen schutzwerten Interessen auch nicht unzumutbar beeinträchtigt, wenn nur einzelne Wohnungseigentümer die Beseitigung von Mängeln am gemeinschaftlichen Eigentum betreiben (vgl. auch BGHZ 68, 372, 378). Dafür, daß dazu jeder einzelne Wohnungseigentümer in der Lage ist, kann ein erhebliches Bedürfnis vor allem dann bestehen, wenn sich ein Mangel schon vor Ablieferung des Werks zeigt und sich die Wohnungseigentümergeinschaft noch nicht in beschlußfähiger Form zusammengefunden hat. Andererseits ist nicht zu verkennen, daß der Veräußerer ein Interesse daran hat, nicht Mängelbeseitigungsansprüchen eines einzelnen Wohnungseigentümers ausgesetzt zu sein, die im offenen Widerspruch zu Mehrheitsbeschlüssen der Wohnungseigentümergeinschaft über die Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums stehen und daher nicht durchsetzbar sind. Dem wird aber in der Rechtsprechung dadurch Rechnung getragen, daß niemand zu einer Leistung verurteilt werden darf, die unstreitig nicht möglich ist (BGHZ 62, 388, 393 [BGH 21.06.1974 - V ZR 164/72]; 68, 372, 377 jeweils mit weiteren Nachweisen).

bb)

Anders ist die Interessenlage bei der Minderung und dem Schadensersatz, der nicht auf Rückgängigmachung des Erwerbsvertrags gerichtet ist. Diese beiden Gewährleistungsrechte sind nicht miteinander vereinbar. Sie sind schon der Art, vor allem aber den Voraussetzungen und dem Umfang nach verschieden. Der Veräußerer kann nicht einigen Wohnungseigentümern zur Minderung und den anderen zum Schadensersatz, etwa in Form der Erstattung der Mängelbeseitigungskosten, verpflichtet sein. Diese Gewährleistungsrechte können nur einheitlich und damit gemeinschaftlich ausgeübt werden. Vor allem kann die Wahl, ob Minderung oder Schadensersatz, gegebenenfalls in Eventualstellung, verlangt werden soll, nicht von jedem einzelnen Wohnungseigentümer für sich allein, sondern muß gemeinschaftlich für alle getroffen werden (ebenso z.B. Weitnauer/Wirths, WEG 5. Aufl., Anhang zu § 8 Rdn. 23; Brych in Reithmann/Brych/Manhart "Kauf vom Bauträger", 2. Aufl., 1977, Rdn. 82 und NJW 1976, 1097; Deckert, Baumängel am Gemeinschaftseigentum der Eigentumswohnung, 1978, S. 138).

Diese "Gemeinschaftsbezogenheit" der Gewährleistungsrechte ist unabhängig davon, wie die Wohnungseigentümergeinschaft rechtlich einzuordnen ist. Daß die Wohnungseigentümer die Wahl zwischen Minderung und Schadensersatz nur gemeinsam treffen können, folgt schon aus ihrer grundsätzlichen Stellung als Gesamtgläubiger der aus den einzelnen Erwerbsverträgen gegen den Veräußerer herzuleitenden Rechte wegen Mängeln am gemeinschaftlichen Eigentum. In Fällen

der Gesamtgläubigerschaft ist es im Interesse des Schuldners auch sonst geboten, die gemeinschaftliche Ausübung des Wahlrechts zu verlangen (vgl. BGHZ 59, 187).

Durch das Minderungs- oder Schadensersatzbegehren wird die vom Veräußerer verlangte Mängelgewähr nicht etwa zu einer teilbaren Leistung im Sinne des § 420 BGB (so z.B. Rosenberger BauR 1978, 241, 246 ff bei noch möglicher Nachbesserung; offenbar auch Riedler Betrieb 1976, 853, 857). Das ergibt sich schon daraus, daß die Bezogenheit dieser Sachmängelansprüche auf das gemeinschaftliche Eigentum eine Entscheidung über die Verwendung des Minderungs- bzw. Schadensersatzbetrags erfordert. Im Gegensatz zum Vorschuß auf voraussichtliche Mängelbeseitigungskosten, der nur zur Nachbesserung verwendet werden darf und deshalb abgerechnet werden muß (BGHZ 68, 372, 378), kann im Wege des Schadensersatzes der für die Mängelbeseitigung erforderliche Geldbetrag zwar auch bereits vor Behebung des Mangels verlangt werden (BGHZ 61, 28, 30; 61, 369, 374; BGH NJW 1974, 1322, 1324, insoweit in BGHZ 62, 323 nicht abgedruckt). Er braucht aber nicht wirklich zur Beseitigung des Mangels verwendet zu werden (BGHZ 61, 28, 30; 66, 239, 241; BGH NJW 1977, 1819 Nr. 5). Erst recht gilt das für einen etwaigen Minderungsbetrag. Die Wohnungseigentümer können sich also mit dem derzeitigen Zustand des gemeinschaftlichen Eigentums abfinden. Es kann aber auch geboten sein, zur ordnungsmäßigen Instandhaltung oder Instandsetzung Maßnahmen zu treffen, die über die bloße Mängelbeseitigung hinausgehen und Schadensbehebung bedeuten mit Verbesserungen der gemeinschaftlichen Anlage, zu deren Vornahme der Veräußerer nicht verpflichtet wäre. Das kommt vor allem dann in Frage, wenn die Beseitigung der Mängel unmöglich ist, aber eine andere Lösung gefunden werden kann, die Anlage funktionstüchtig zu machen. Schließlich umfaßt § 635 BGB auch Ansprüche wegen der Nachbesserung gar nicht zugänglicher Schäden (BGHZ 72, 31, 33/34).

cc)

Das alles zeigt, daß die Ausübung der nach den §§ 634, 635 BGB gegebenen Gewährleistungsrechte, soweit sie auf Minderung und Schadensersatz gerichtet sind, in einem Maße in die den Wohnungseigentümern gemäß § 21 Abs. 1, Abs. 5 Nr. 2 WEG gemeinsam obliegende Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums eingreift, daß - vor allem zum Schutze des Schuldners - nur eine gemeinschaftliche Verfolgung dieser Rechte zulässig ist. Eine derartige Einschränkung in der Ausübung ist den Rechten des einzelnen Wohnungseigentümers aus dem von ihm persönlich mit dem Veräußerer geschlossenen Vertrag nach der Natur der Sache, eben ihrer "Bezogenheit" auf gemeinschaftliches Eigentum, von Anfang an eigen. Mit dieser inhaltlichen Beschränkung werden sie schon begründet, gleichviel wie die Wohnungseigentümergeinschaft rechtlich einzuordnen ist.

c)

Die Entscheidung, ob statt Nachbesserung Minderung (§ 634 BGB) oder Schadensersatz (§ 635 BGB) verlangt wird, haben die Wohnungseigentümer als Verwaltungshandlung gemäß § 21 Abs. 3 WEG mit Stimmenmehrheit zu treffen. Da der Beschluß rechtsgestaltenden Charakter hat, muß ihm - wiederum zum Schutze des Schuldners - auch Außenwirkung zukommen mit Bindung für und gegen die überstimmten Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft. Die Interessenlage ist ähnlich wie bei einer Verwaltungsmaßnahme unter Miterben (vgl. dazu BGHZ 56, 47).

5.

Hier haben die Wohnungseigentümer durch Mehrheitsbeschluß die auf Schadensersatz gemäß § 635 BGB gerichtete Rechtsverfolgung des Verwalters gebilligt. Es kann offen bleiben, ob dabei die Mehrheit der betroffenen Wohnungseigentümer mitgewirkt hat, also derjenigen, mit deren Wohnungseigentum das gemeinschaftliche Eigentum am Schwimmbad verbunden ist (vgl. BayObLGZ NJW 1962, 492; BayObLGZ 1975, 177, 180 zur Stimmberechtigung bei Mehrhausanlagen). Denn der Mehrheitsbeschluß ist nicht gemäß §§ 23 Abs. 4, 43 Abs. 1 Nr. 4 WEG angefochten worden und ist deshalb für alle Wohnungseigentümer verbindlich, selbst dann, wenn an sich Einstimmigkeit erforderlich gewesen wäre (BGHZ 54, 65, 69).

6.

Kann die Gemeinschaft beschließen, wegen der Mängel am gemeinschaftlichen Eigentum vom Veräußerer Schadensersatz nach § 635 BGB zu verlangen, so kann sie auch den Verwalter ermächtigen, den Anspruch im eigenen Namen einzuklagen. Der Abtretung der Forderung an ihn bedarf es dazu - entgegen der Ansicht der Revision - nicht (Senatsurteil vom 17. Januar 1974 - VII ZR 119/73 = Schäfer/Finnern Z 2.10 Bl. 35). Das für eine solche gewillkürte Prozeßstandschaft erforderliche rechtliche Interesse des Verwalters ergibt sich aus dem ihm gemäß § 27 Abs. 1 Nr. 2 WEG zustehenden eigenen, selbständigen Recht, die für die ordnungsmäßige Instandhaltung und Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums notwendigen Maßnahmen zu treffen (vgl. BGHZ 67, 232, 235, 239). Als in gewillkürter Prozeßstandschaft klagender Einziehungsermächtigter kann der Verwalter auch Leistung an sich selbst verlangen (BGHZ 70, 389, 395 [BGH 23.02.1978 - VII ZR 11/76]; BGH NJW 1978, 1578 Nr. 6, insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 71, 309).

Nach alledem hat das Berufungsgericht die Klagebefugnis des Klägers zu Recht bejaht.

II.

Das Berufungsgericht beurteilt die vom Kläger erhobenen Sachmängelansprüche nicht nach Kaufrecht, sondern nach Werkvertragsrecht.

Auch das bemängelt die Revision ohne Erfolg.

1.

Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs richten sich Sachmängelansprüche des Erwerbers eines Grundstücks mit einem vom Veräußerer darauf zu errichtenden Bauwerk (einschließlich Eigentumswohnungen) in aller Regel nach Werkvertragsrecht (zuletzt BGHZ 68, 372, 373; 72, 229, 231 jeweils mit weiteren Nachweisen). Dabei macht es keinen Unterschied, in welchem Umfang das Gebäude oder die Eigentumswohnung bei Vertragsschluß noch nicht fertiggestellt ist. Auch wenn der Bau schon fertig war oder nur noch unbedeutende Kleinigkeiten fehlten, richtet sich die Sachmängelhaftung des Veräußerers nach Werkvertragsrecht (BGHZ 68, 372, 373 f). An dieser Rechtsprechung hat der Senat erst kürzlich in seinem zum Abdruck in BGHZ bestimmten Urteil vom 5. April 1979 - VII ZR 308/77 - festgehalten. Er hat dabei wieder hervorgehoben, daß diese Rechtsfolge an

die zum Vertragsinhalt gemachte Verpflichtung des Veräußerers zur Erstellung des Bauwerkes anknüpft, die ausdrücklich in den Vertrag aufgenommen sei, sich aber auch aus den gesamten Umständen ergeben kann. Auf die Bezeichnung des Vertrags als "Kaufvertrag" kann es ebensowenig ankommen wie darauf, ob das Bauwerk vom Veräußerer zunächst im eigenen Namen und auf eigene Rechnung errichtet und erst dann veräußert worden ist. Ausschlaggebend sind vielmehr Sinn und Zweck des Veräußerungsvertrags, seine wirtschaftliche Bedeutung und die Interessenlage der Parteien (BGHZ 60, 362, 364 mit weiteren Nachweisen).

Soweit ein Grundstück mit einem Bauwerk veräußert wird, das sich bei Vertragsschluß in bereits fortgeschrittenem Bauzustand befindet, besteht die Erstellungsverpflichtung des Veräußerers darin, das Bauwerk fertigzustellen (BGHZ 65, 359). Da aber ein einheitlicher Vertrag über den Erwerb des Gebäudes oder der Eigentumswohnung zu einem einheitlichen Preis abgeschlossen wird, ist die Fertigstellungsverpflichtung des Veräußerers grundsätzlich als Erstellungsverpflichtung anzusehen, die sich auf das ganze Bauwerk bezieht (o.a. Senatsurteil vom 5. April 1979).

So ist es auch hier. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts, die sich auf den von den Parteien mitgeteilten Inhalt der notariellen Verträge stützen, gehörte die Verpflichtung zur Erstellung von Eigentumswohnungen zumindest in der Form der Verpflichtung, sie (einschließlich der Gemeinschaftsanlagen) fertigzustellen, zu den Vertragspflichten der Beklagten. Dann gilt für deren Sachmängelhaftung Werkvertragsrecht.

2.

Das ist nicht etwa deshalb anders, wie die Revision meint, weil die Veräußerungsverträge folgende formularmäßige Bestimmung enthalten:

"Die Beteiligten sind sich darüber einig, daß dieser Vertrag kein Werk- oder Werklieferungsvertrag ist, so daß die §§ 631 ff BGB keine Anwendung finden und daß dieser Vertrag ein Kaufvertrag ist."

Es erscheint zweifelhaft, ob es überhaupt möglich ist, durch eine solche Klausel einen Vertrag mit eindeutigen werkvertraglichen Elementen, wie der Verpflichtung zur Erstellung bzw. Fertigstellung eines Bauwerks, entgegen seinem klaren Inhalt zu einem "Kaufvertrag" zu machen, also in einen ganz anderen Vertragstypus umzuwandeln. Ob das etwa im Wege einer Individualvereinbarung erreichbar wäre und welche Anforderungen gegebenenfalls an eine solche Abrede zu stellen wären, die letztlich auf eine Verkürzung der Gewährleistungsrechte des Erwerbers und eine Abkürzung der Verjährungsfrist hinauslaufen würde, kann hier dahinstehen. Denn keinesfalls kann dieses Ziel durch eine derartige Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder ihnen gleichstehenden Formularverträgen - worum es sich hier handelt - geschehen. Eine solche Bestimmung hält nämlich der nach Treu und Glauben vorzunehmenden Inhaltskontrolle nicht stand.

Wie der Senat wiederholt dargelegt hat (zuletzt in BGHZ 68, 372, 375 mit Nachweisen), führt bei der Veräußerung eines Bauwerks mit Erstellungsverpflichtung des Veräußerers allein die Sachmängelhaftung nach Werkvertragsrecht mit der der Gewährleistung vorgeschalteten Nachbesserungspflicht und der gegenüber dem Kaufrecht angemesseneren Verjährungsfrist von 5 Jahren zu einem interessengerechten Ausgleich (vgl. auch Hiddemann WM 1977, 1242, 1243). Dabei macht es für die Interessenlage keinen

Unterschied, ob mit dem Bau des Hauses oder der Eigentumswohnung bei Vertragsschluß noch gar nicht begonnen, ob das Bauwerk damals teilweise oder ob es ganz fertig war. Insbesondere das im Vordergrund stehende Interesse des Erwerbers ist in allen Fällen das gleiche (so auch das o.a. Senatsurteil vom 5. April 1979).

Demgegenüber bedeutet die Anwendung von Kaufrecht, das ohne besondere Vereinbarung keine Nachbesserung kennt und Gewährleistungsansprüche bei Grundstücken schon nach einem Jahr ab Übergabe verjähren läßt, eine unangemessene, das Interesse des Veräußerers, seine Haftung für Sachmängel inhaltlich und zeitlich möglichst gering zu halten, einseitig bevorzugende Regelung, die mit Recht und Billigkeit unvereinbar und daher nach Treu und Glauben unwirksam ist.

3.

Da sich also die vom Kläger geltend gemachten Sachmängelansprüche nach Werkvertragsrecht richten, sind sie nicht verjährt, wie das Berufungsgericht zutreffend feststellt und die Revision insoweit auch nicht beanstandet.

III.

Das Berufungsgericht läßt die in den notariellen Verträgen enthaltene Freizeichnung der Beklagten von der Sachmängelhaftung nicht durchgreifen. Zwar habe die Beklagte ihre Gewährleistungsansprüche gegen die Herstellerin des Schwimmbads an die Wohnungseigentümer abgetreten. Da die Herstellerin aber in Konkurs gefallen sei, könnten sich die Wohnungseigentümer und damit der Kläger an ihr nicht mehr schadlos halten.

Auch das bekämpft die Revision vergeblich. Die Auffassung des Berufungsgerichts befindet sich im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.

1.

Danach ist die formularmäßige Freizeichnung des Veräußerers einer neu errichteten oder noch zu errichtenden Eigentumswohnung von seiner eigenen Gewährleistungspflicht gegenüber dem Erwerber durch Abtretung seiner Gewährleistungsansprüche gegen andere Baubeteiligte nur insoweit möglich, als sich der Erwerber aus den abgetretenen Ansprüchen schadlos halten kann (BGHZ 62, 251, 254 [BGH 29.03.1974 - V ZR 22/73]/255; 67, 101, 103; 70, 193, 196 mit weiteren Nachweisen). Das Risiko, daß die Schadloshaltung fehlschlägt, trägt der Veräußerer. Deshalb haftet er selbst, sobald der Drittbeteiligte zahlungsunfähig geworden ist (Senatsurteile vom 11. Juli 1974 - VII ZR 75/72 = BauR 1975, 133, 135; vom 13. Januar 1975 - VII ZR 194/73 = BauR 1975, 206, 209). Etwas anderes könnte nur gelten, wenn der Erwerber die Schadloshaltung bei dem Dritten vereitelt hätte, obgleich sie ihm den Umständen nach hätte zugemutet werden können (der Senat a.a.O.). Das ist hier nicht der Fall.

2.

Zu Unrecht meint die Revision, die Wohnungseigentümer hätten auf die Subunternehmer der in Konkurs geratenen Herstellerfirma "durchgreifen" können und müssen. Dazu hatten sie jedoch keine rechtliche Möglichkeit. Es ist nicht zu erkennen, wieso sie von der Herstellerfirma oder vom Konkursverwalter die

Abtretung etwaiger Gewährleistungsansprüche gegen die Subunternehmer hätten verlangen können. Eine so weitgehende, sich auch auf Subunternehmer des Drittbeteiligten erstreckende Rechtsverfolgung, nur um die Beklagte zu entlasten, wäre ihnen den Umständen nach aber auch nicht zuzumuten gewesen, wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt.

3.

Ferner haben die Wohnungseigentümer ihre Schadloshaltung nicht dadurch vereitelt, daß sie sich vom Konkursverwalter die Restforderung der Gemeinschuldnerin gegen die Beklagte haben abtreten lassen und auf weitere Gewährleistung durch die Gemeinschuldnerin oder die Konkursmasse verzichtet haben.

a)

Der Konkursverwalter hatte die Erfüllung des Vertrags zwischen der Beklagten und der Gemeinschuldnerin gemäß § 17 KO abgelehnt, und zwar auch der Beklagten gegenüber. Dazu war er berechtigt. Da die Werklohnforderung noch nicht voll beglichen war und die Schwimmbadanlage Mängel aufwies, war der Vertrag beiderseits noch nicht vollständig erfüllt (vgl. Jaeger/Lent, 8. Aufl., Rdn. 23 b; Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, 9. Aufl., Rdn. 18 k; Böhle-Stamschräder, 12. Aufl., Anm. 3 a je zu § 17 KO). Mit der Weigerung, das von der Gemeinschuldnerin hergestellte Bauwerk weiter nachzubessern, brachte der Konkursverwalter seinen Willen, den Vertrag nicht zu erfüllen, hinreichend zum Ausdruck (vgl. zu den insoweit zu stellenden Anforderungen BGHZ 15, 333, 335). Dadurch wurde der Vertrag zwar nicht aufgehoben. Das Rechtsverhältnis wurde aber umgestaltet: Anstelle des gegenseitigen Schuldverhältnisses trat der einseitige Anspruch der Wohnungseigentümer bzw. der Beklagten auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (BGHZ 68, 379, 380 mit weiteren Nachweisen). Ein Nachbesserungsanspruch gegen die Masse oder die Gemeinschuldnerin bestand damit nicht mehr.

b)

Die Wohnungseigentümer haben also damit, daß sie sich gegenüber dem Konkursverwalter verpflichtet haben, keine Gewährleistung mehr von der Masse oder der Gemeinschuldnerin zu verlangen, nichts aus der Hand gegeben, was zumutbarerweise zu ihrer Schadloshaltung hätte dienen können und nicht schon vorher verloren gewesen wäre. Auf die Konkursquote brauchten sie sich nicht verweisen zu lassen.

Es wäre vielmehr Sache der Beklagten gewesen, nach dem Vermögensverfall der von ihr beauftragten Herstellerfirma die Mängelbeseitigung selbst in die Hand zu nehmen und gegebenenfalls über die Subunternehmer ihrer Vertragspartnerin die erstrebte Nachbesserung zu erreichen. Dazu hätte sie selbst, und zwar rechtzeitig auf eine eventuelle Abtretung der Gewährleistungsansprüche ihrer Vertragspartnerin gegen die Subunternehmer hinwirken müssen, wenn sie sich davon etwas versprach. Sie war an den Nachbesserungsversuchen, zu denen die Subunternehmer zugezogen waren, bis in das Jahr 1974 beteiligt, hatte sogar ein Beweissicherungsverfahren gegen die Herstellerfirma angestrengt und hatte wegen der weiteren Mängelbeseitigung auch selbst Verbindung zum Konkursverwalter aufgenommen. Unter diesen Umständen kann es nicht zu Lasten der Wohnungseigentümer gehen, wenn möglicherweise Nachbesserung in gewissem Umfang von den Subunternehmern zu erwirken gewesen wäre.

Daraus, daß sich die Wohnungseigentümer vom Konkursverwalter die werkvertragliche Restforderung der Herstellerin gegen die Beklagte haben abtreten lassen, entstehen dieser keine Nachteile. Denn diesem Anspruch kann sie alle Einwendungen entgegensetzen, die sie gegenüber der Herstellerin als ursprünglicher Forderungsinhaberin hätte erheben können.

IV.

Das Berufungsgericht hat dem Kläger insgesamt 108.850,47 DM zugesprochen, darunter 103.500 DM als "Vorschuß" auf die voraussichtlichen Kosten der Mängelbeseitigung. Diesen Betrag hat es gemäß § 287 ZPO geschätzt und dabei ein in dem von ihm selbst durchgeführtes Beweissicherungsverfahren erstattetes Sachverständigengutachten zugrunde gelegt.

Darin kann dem Berufungsgericht nicht gefolgt werden.

1.

Wie vorstehend unter Ziffer I 3 dargelegt, kann der Kläger Ersatz der Mängelbeseitigungskosten allein noch als Schadensersatz aus § 635 BGB verlangen. Er kann das zwar auch schon vor Behebung der Mängel. Ein Anspruch auf Vorschuß ergibt sich daraus aber nicht (BGHZ 61, 28, 30). Vielmehr muß die Höhe des Schadens, soweit er bezifferbar ist, endgültig ermittelt werden. Denn der dem Geschädigten als Schaden zugesprochene Betrag verbleibt ihm. Er muß ihn nicht etwa abrechnen, sondern braucht ihn dem Geschädigten gegenüber gar nicht zur Beseitigung des Mangels zu verwenden (BGHZ 61, 28, 30; 66, 239, 241; BGH NJW 1977, 1819 Nr. 5).

2.

Die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch aus § 635 BGB sind hier erfüllt. Fristsetzung und Ablehnungsandrohung gemäß § 633, 634 BGB sind erfolgt. Die Beklagte hat nichts dafür vorgebracht, daß weder sie noch ihre Erfüllungsgehilfen die festgestellten Mängel verschuldet hätten (vgl. BGHZ 48, 310 mit weiteren Nachweisen).

3.

Die Schadenshöhe durfte das Berufungsgericht vor Behebung der Mängel durch Schätzung ermitteln. Die von ihm vorgenommene Schätzung bietet aber nicht in vollem Umfang eine ausreichende Grundlage für die Schadensermittlung; denn die von der Revision aus den §§ 402, 411 ZPO erhobene Verfahrensrüge greift durch, das Berufungsgericht habe den Antrag der Beklagten übergangen, den von ihm selbst im Beweissicherungsverfahren zugezogenen Sachverständigen zur nächsten mündlichen Verhandlung zu laden, damit er das von ihm schriftlich erstattete Gutachten erläutere.

Das Beweissicherungsverfahren ist vom Berufungsgericht auf Antrag der Beklagten nach Einlegung der Berufung eingeleitet worden. Der Sachverständige hat sein schriftliches Gutachten erstattet, noch bevor die Beklagte die Berufung begründet hatte. In der Berufungsbegründung hat die Beklagte zu dem Gutachten im einzelnen Stellung genommen und beantragt, den Sachverständigen zur Erläuterung seines Gutachtens zum nächsten Termin zu laden. Im ersten und einzigen Verhandlungstermin vor dem Berufungsgericht hat die Beklagte

ausweislich des Terminprotokolls die Anträge aus der Berufungsbegründung gestellt und zur Sache verhandelt. Damit hatte sie auch ihren Antrag auf Ladung des Sachverständigen vorgetragen. Dafür, daß der Antrag mißbräuchlich gestellt wäre oder die Beklagte stillschweigend auf ihn verzichtet hätte, fehlt jeder Anhaltspunkt. Das Berufungsgericht hätte dem Antrag deshalb stattgeben müssen (vgl. BGHZ 6, 398, 401; 24, 9, 14; 35, 370, 371; BGH NJW 1975, 2142 Nr. 3, 2143; Senatsurteil vom 4. Februar 1971 - VII ZR 55/69 = Schäfer/Finnern Z 3.01 Bl. 448, 450 Rs). Da die Fragen, die die Beklagte an den Sachverständigen stellen wollte, schon in der Berufungsbegründung deutlich umrissen waren, brauchte die Revision sie nicht erneut zu formulieren (vgl. Senatsurteil vom 29. Oktober 1970 - VII ZR 14/69 = Schäfer/Finnern Z 3.01 Bl. 445).

4.

Es ist nicht auszuschließen, daß das Berufungsgericht den Sachverständigen gerade deswegen nicht zur persönlichen Anhörung geladen hat, weil es der irrigen Ansicht war, der Kläger müsse den ihm lediglich als Vorschuß zugesprochenen Betrag ohnehin abrechnen, so daß es sich mit einer nur überschlägigen Schätzung des voraussichtlich entstehenden Mängelbeseitigungsaufwands begnügen könne. Hätte es erkannt, daß es hier den Schaden endgültig zu ermitteln hatte, hätte es sich möglicherweise mit den vom Sachverständigen in seinem schriftlichen Gutachten vorgenommenen Berechnungen nicht begnügt.

5.

Das Berufungsurteil kann deshalb keinen Bestand haben. Es braucht aber nicht in vollem Umfang - im Wege des Versäumnisurteils - aufgehoben zu werden. Die Beklagte hat nämlich das schriftliche Sachverständigengutachten nicht in allen Punkten beanstandet und dementsprechend auch die Erläuterung durch den Gutachter nur in beschränktem Umfang beantragt. Es handelt sich dabei um den Posten von 43.840 DM, die der Sachverständige für die Beseitigung der Mängel am Schwimmhallenboden angesetzt hat, um 7.000 DM, die er für den Austausch der Skimmer für erforderlich hält und um 15 % Baunebenkosten, die das Berufungsgericht in einer Gesamthöhe von 13.500 DM als Zuschlag auf alle vom Sachverständigen ermittelten Werte für berechtigt hält. Das sind insgesamt 64.340 DM.

Alle übrigen Posten bleiben von dem Verfahrensfehler unberührt. Sie stellen den schon jetzt feststehenden Mindestschaden dar. Das gilt auch für die in der Urteilssumme enthaltenen Kosten für bereits vorgenommene Mängelbeseitigungsarbeiten in Höhe von 5.350,47 DM. Bestehen bleiben muß das Berufungsurteil daher, soweit die Beklagte zur Zahlung von 108.850,47 DM - 64.340 DM = 44.510,47 DM nebst Zinsen verurteilt worden ist. Entgegen der Ansicht der Revision hat der Kläger auf diesen ihm als Schadensersatz und nicht als Vorschuß zuerkannten Betrag 4 % Verzugszinsen zu beanspruchen.

Die vom Berufungsgericht getroffene Feststellung über die weitergehende Ersatzpflicht der Beklagten muß ebenfalls - im Wege des Versäumnisurteils - aufgehoben werden, weil diese Feststellung davon abhängt, welcher Betrag dem Kläger endgültig zugesprochen wird.

Im Umfang der Aufhebung ist die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dieses muß nunmehr die notwendigen genaueren

Schadensermittlungen vornehmen und dazu den im Beweissicherungsverfahren zugezogenen Sachverständigen mündlich anhören, wie die Beklagte beantragt hat.

Die weitergehende Revision ist zurückzuweisen. Insoweit ist das Urteil kein echtes Versäumnisurteil.