



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

XI ZR 211/06

Verkündet am:  
18. September 2007  
Herrwerth,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: ja  
BGHR: ja

---

ZPO § 592

Ein in einem selbständigen Beweisverfahren eingeholtes schriftliches Sachverständigengutachten stellt kein zulässiges Beweismittel im Urkundenprozess dar, soweit dadurch der Beweis durch Sachverständige ersetzt werden soll.

BGH, Urteil vom 18. September 2007 - XI ZR 211/06 - Kammergericht Berlin

LG Berlin

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. September 2007 durch den Richter Dr. Joeres als Vorsitzenden und die Richter Dr. Müller, Dr. Ellenberger, Prof. Dr. Schmitt und Dr. Grüneberg

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 20. März 2006 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als es zum Nachteil der Beklagten ergangen ist.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Vorbehaltsurteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Berlin vom 22. März 2005 abgeändert, soweit es zum Nachteil der Beklagten ergangen ist.

Die Klage wird als im Urkundenprozess unstatthaft abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger nimmt die beklagte Sparkasse im Urkundenprozess aus einer Bürgschaft gemäß § 7 Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV) in Anspruch. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:
  
- 2 Mit notariellem Kauf- und Bauträgervertrag vom 25. Oktober 2000 erwarb der Kläger von der W. Bauträgergesellschaft mbH (im Folgenden: Insolvenzschuldnerin) in einem aus zwei Gebäuden bestehenden Wohnkomplex in B. eine Eigentumswohnung zum Kaufpreis von 395.500 DM. Am 7. November 2000 erteilte die Beklagte dem Kläger eine Bürgschaft gemäß § 7 MaBV „zur Sicherung aller etwaigen Ansprüche des Auftraggebers gegen den Bauträger/Gewerbetreibenden auf Rückgewähr oder Auszahlung“ der 395.500 DM, „die der Bauträger/Gewerbetreibende erhalten hat oder zu deren Verwendung er ermächtigt worden ist“. Am 19. Dezember 2000 erklärte der Kläger schriftlich die Abnahme des Sondereigentums vorbehaltlich im Einzelnen aufgeführter Mängel. Den im September 2001 nach zwischenzeitlicher Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Insolvenzschuldnerin anberaumten Termin zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums nahm er nicht wahr.
  
- 3 Mit Beschluss vom 6. November 2001 ordnete das Landgericht auf Antrag des Klägers im selbständigen Beweisverfahren die Beweisaufnahme zu vom Kläger behaupteten Baumängeln in seiner Wohnung und am Gemeinschaftseigentum durch Einholung von drei Sachverständigen-

gutachten an. Die Sachverständigen führten in ihren schriftlichen Gutachten diverse Mängel auf und schätzten die voraussichtlichen Beseitigungskosten.

- 4 Der Kläger nimmt die Beklagte auf Zahlung eines Kostenvorschusses in Höhe von 133.774,88 Euro nebst Zinsen zur Beseitigung der behaupteten Mängel am Sondereigentum und am Gemeinschaftseigentum in Anspruch. Die Beklagte ist durch das Landgericht zur Zahlung von 127.326,02 Euro und auf ihre Berufung durch das Berufungsgericht zur Zahlung von 127.540,85 Euro, jeweils nebst Zinsen und unter Vorbehalt der Ausführung ihrer Rechte im Nachverfahren, verurteilt worden. Mit der - vom Senat zugelassenen - Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

- 5 Die Revision ist begründet. Sie führt zur Abweisung der Klage als im Urkundenprozess unstatthaft.

I.

- 6 Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

- 7 Die Klage sei im Urkundenprozess statthaft. Die Verwendung der in dem selbständigen Beweisverfahren eingeholten Gutachten zum Be-

weis der von der Beklagten bestrittenen Mängel und Mängelbeseitigungskosten sei zulässig. Wenn nach § 493 Abs. 2 ZPO das Ergebnis des selbständigen Beweisverfahrens urkundenbeweislich vom Antragsteller in den Hauptprozess eingeführt werden könne, obwohl der Gegner an dem Verfahren nicht beteiligt gewesen sei, müsse dies erst recht gelten, wenn er - wie vorliegend - am Verfahren beteiligt gewesen sei. Der Senat folge nicht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 1, 218), nach der sich wegen ihrer geringeren Beweiskraft im Urkundenprozess die Zulassung einer Urkunde verbiete, welche die gutachterliche Äußerung eines Sachverständigen enthalte. Anders als der Bundesgerichtshof meine, diene die Beschränkung der Beweismittel im Urkundenprozess auf präsente Urkunden und Parteivernehmung nicht dem Zweck, ausschließlich besonders beweiskräftige Beweismittel zuzulassen. Vielmehr solle der Kläger schneller als im ordentlichen Verfahren zu einem vollstreckbaren Titel gelangen. Der Urkundenbeweis könne nicht nur durch die Vorlegung von Urkunden, sondern auch durch die Bezugnahme auf Urkunden, die dem Gericht schon zur Verfügung stünden, geführt werden. Dies treffe auch auf die Akten des selbständigen Beweisverfahrens zu.

- 8 Die Bürgschaft nach § 7 MaBV sichere die geltend gemachten Ansprüche bis auf einen geringen Teilbetrag. Sie erfasse die Ansprüche auf Ersatz von Aufwendungen für die Beseitigung von Mängeln am Sondereigentum, die in dem Abnahmeprotokoll festgehalten seien, und von Mängeln am Gemeinschaftseigentum, unabhängig davon, ob diese sich auf das Sondereigentum des Klägers auswirkten. Dem Kläger stehe ein unteilbarer Anspruch auf mangelfreie Herstellung des Gemeinschaftseigentums zu. Der Anspruch des Klägers sei nicht auf anteilige Mängelbe-

seitigungskosten beschränkt, da die Mängel noch nicht beseitigt seien und der Kläger einen Vorschuss für die Gesamtkosten beanspruche.

9            Der Kläger könne hinsichtlich des Kostenvorschusses für die Beseitigung von Mängeln am Gemeinschaftseigentum auch Zahlung an sich verlangen, da die Wohnungseigentümergeinschaft ihm am 22. Juni 2004 eine entsprechende Ermächtigung erteilt habe.

## II.

10            Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung nicht stand.

11            1. Das Berufungsurteil verletzt § 528 Satz 2 ZPO, soweit es die Beklagte auf ihre eigene Berufung zur Zahlung eines höheren Betrages als vom Landgericht ausgesprochen, nämlich zur Zahlung von weiteren (127.540,85 Euro - 127.326,02 Euro) 214,83 Euro verurteilt hat.

12            2. Rechtsfehlerhaft ist ferner die Auffassung des Berufungsgerichts, die Klage sei im Urkundenprozess statthaft. Der Kläger hat den erforderlichen Nachweis der seinen Anspruch aus § 765 Abs. 1 BGB begründenden Tatsachen nicht mit im Urkundenprozess zulässigen Beweismitteln angetreten.

13            a) Anders als die Revision meint, ist die Klage im Urkundenprozess allerdings nicht bereits deshalb unstatthaft, weil der Kläger keine Urkunden zum Nachweis des Abschlusses des Kaufvertrages sowie der Zahlung des Kaufpreises vorgelegt hat. Zutreffend hat das Berufungsge-

richt angenommen, dass unstreitige, zugestandene oder offenkundige Tatsachen eines Beweises durch Urkunden nicht bedürfen (vgl. BGHZ 62, 286, 289 ff.; BGH, Urteil vom 4. Februar 1985 - II ZR 142/84, WM 1985, 738, 739; RGZ 142, 303, 306; OLG Frankfurt WM 1995, 2079, 2081). Die Beklagte hat den Vortrag des Klägers zum Inhalt des zwischen ihm und der Insolvenzschuldnerin geschlossenen Vertrages ebenso wenig bestritten wie die Zahlung des Kaufpreises/Werklohnes durch den Kläger an die Insolvenzschuldnerin. Der Nachweis dieser Tatsachen durch Urkunden war somit nicht erforderlich.

- 14           b) Zu Recht hat das Berufungsgericht die Statthaftigkeit des Urkundenprozesses auch nicht deshalb verneint, weil der Kläger das von ihm zum Beweis der Mängel und Mängelbeseitigungskosten angeführte Sachverständigengutachten nicht selbst vorgelegt, sondern insoweit lediglich auf die beim Gericht befindlichen Akten aus dem selbständigen Beweisverfahren Bezug genommen hat. Es entspricht einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Literatur, dass für einen ordnungsgemäßen Beweisantritt gemäß § 595 Abs. 3 ZPO der Antrag auf Beiziehung von Akten dann ausreichend ist, wenn diese dem Gericht - nicht notwendig demselben Spruchkörper - schon zur Verfügung stehen (BGH, Urteil vom 2. April 1998 - IX ZR 79/97, WM 1998, 1062, 1064; RGZ 8, 42, 45; OLG Karlsruhe Die Justiz 1968, 260; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO 65. Aufl. § 595 Rdn. 5; MünchKommZPO/Braun, 3. Aufl. Band 2 § 595 Rdn. 7; Musielak/Voit, ZPO 5. Aufl. § 595 Rdn. 11; Reichold in: Thomas/Putzo, ZPO 28. Aufl. § 595 Rdn. 3; Saenger/Eichele, ZPO 2. Aufl. § 595 Rdn. 6; Stein/Jonas/Schlosser, ZPO 21. Aufl. Band 5/2 § 595, Rdn. 3; Zimmermann, ZPO 7. Aufl. § 595 Rdn. 6; Zöllner/Greger, ZPO 26. Aufl. § 595 Rdn. 9; Teske JZ 1995, 472, 473). Etwas anderes

ergibt sich entgegen der Revision nicht aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 9. Juni 1994 (IX ZR 125/93, WM 1994, 2113, 2115 = NJW 1994, 3295, insoweit in BGHZ 126, 217 nicht abgedruckt). In diesem Urteil ist nur der Antrag auf Beiziehung von Akten, die sich bei anderen Behörden befinden, als nicht ausreichend erachtet, die Frage der Zulässigkeit einer Bezugnahme auf bereits beim Gericht befindliche Akten hingegen ausdrücklich offen gelassen worden.

15           c) Rechtsfehlerhaft ist hingegen die Annahme des Berufungsgerichts, der Kläger habe den ihm obliegenden Beweis der streitigen Mängel sowie ihrer voraussichtlichen Beseitigungskosten durch Vorlage der Sachverständigengutachten aus dem selbständigen Beweisverfahren erbracht. Anders als das Berufungsgericht meint, ist ein solches schriftliches Gutachten kein zulässiges Beweismittel in einem Urkundenprozess, soweit dadurch - wie hier - die unmittelbare Beweiserhebung ersetzt werden soll.

16           aa) In der Rechtsprechung und im weit überwiegenden Schrifttum ist anerkannt, dass Augenschein, Zeugen und Sachverständige im Urkundenprozess, in dem sie als Beweis nicht zugelassen sind, auch nicht auf dem Wege über eine Urkunde, in der außergerichtlich das Ergebnis des Augenscheins, die Zeugenaussage oder die gutachterliche Äußerung des Sachverständigen niedergelegt ist, in den Prozess eingeführt werden dürfen. Es sei sinnwidrig, Augenschein, Zeugen und Sachverständige zwar als unmittelbare Beweismittel auszuschließen, sie aber in der grundsätzlich schwächeren Form des Urkundenbeweises zuzulassen (vgl. BGHZ 1, 218, 220 f.; OLG Frankfurt WM 1975, 87, 88; Johannsen, in: FS für den 45. Deutschen Juristentag, 1964, S. 81, 101; Olzen, in:

Wieczorek/Schütze, ZPO 3. Aufl. § 592 Rdn. 42; Musielak/Voit, ZPO 5. Aufl. § 592 Rdn. 12; Reichold, in: Thomas/Putzo, ZPO 28. Aufl. § 592 Rdn. 7; Saenger/Eichele, ZPO 2. Aufl. § 592 Rdn. 4; Zöllner/Greger, ZPO 26. Aufl. § 592 Rdn. 16; MünchKommZPO/Braun, Bd. 2, 3. Aufl. § 592 Rdn. 16; a.A. Becht NJW 1991, 1993, 1994 f.; Stein/Jonas/Schlosser, ZPO Bd. 5/2, 21. Aufl. § 592 Rdn. 17).

17           bb) Eine höchstrichterliche Entscheidung darüber, ob die Verwertung von gerichtlichen Protokollen über Zeugenvernehmungen oder ein in einem selbständigen gerichtlichen Beweisverfahren eingeholtes Sachverständigengutachten im Urkundenprozess zu Beweis Zwecken zulässig ist, liegt hingegen bislang nicht vor. Im Schrifttum werden dazu unterschiedliche Auffassungen vertreten.

18           (1) Nach einer Ansicht ist der Urkundenbeweis im Urkundenprozess wie im normalen Erkenntnisverfahren unbeschränkt und gerade dann zulässig, wenn es sich um gerichtliche Protokolle über Zeugenvernehmungen oder schriftliche Gutachten aus einem vom Gericht angeordneten Beweissicherungsverfahren handelt (Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, Bd. 5/2, 21. Aufl., § 592 Rdn. 17; Peters, Rechtsnatur und Beschleunigungsfunktion des Urkundenprozesses - unter besonderer Berücksichtigung der Beweismittelbeschränkung der §§ 592 S. 1, 595 II ZPO -, 1996, S. 116; Becht NJW 1991, 1993, 1994 f.; speziell für den Fall der Vorlage einer gerichtlich protokollierten Zeugenaussage: RGZ 97, 162; OLG München NJW 1953, 1835; OLG Rostock OLGR 2003, 171, 172; Zöllner/Greger, ZPO 26. Aufl. § 592 Rdn. 15).

- 19 (2) Nach anderer Auffassung dürfen dagegen im Urkundenprozess auch gerichtliche Protokolle über Vernehmungen und Sachverständigen-gutachten aus einem vorangegangenen selbständigen Beweisverfahren nicht als Urkundenbeweis verwendet werden, soweit dadurch die unmittelbare Beweiserhebung durch die genannten Beweismittel ersetzt werden soll (KG JW 1922, 498 Nr. 5; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO 65. Aufl. § 592, Rdn. 13; Olzen, in: Wieczorek/Schütze, ZPO Bd. III 2, 3. Aufl. § 592 Rdn. 42; Reichold, in: Thomas/Putzo, ZPO 28. Aufl. § 592 Rdn. 7; Musielak/Voit, ZPO, 5. Aufl. § 592 Rdn. 12; wohl auch Saenger/Eichele, ZPO § 592 Rdn. 4).
- 20 cc) Der Senat schließt sich der letztgenannten Meinung jedenfalls für den hier zu entscheidenden Fall des in einem besonderen Beweisverfahren eingeholten schriftlichen Sachverständigengutachtens an. Zwar handelt es sich dabei um eine Urkunde im Sinne der Zivilprozessordnung. Sie stellt jedoch keine im Urkundenprozess taugliche Urkunde dar, weil sie lediglich den dort nicht zulässigen Sachverständigenbeweis ersetzen soll.
- 21 (1) Allerdings verweist das Berufungsgericht im Ansatz zutreffend darauf, dass mit diesem Verfahren dem Kläger schneller als im ordentlichen Verfahren zu einem vollstreckbaren Titel verholfen werden soll (so auch BGHZ 62, 286, 290; Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 2, Abteilung 1 [CPO], 2. Aufl., S. 387; Becht NJW 1991, 1993, 1995). Dieses Ziel wird unter anderem mit der Beschränkung auf Urkunden als zulässige Beweismittel erreicht, bei denen es sich um leicht zu verwendende und regelmäßig präsen- te Beweismittel

handelt (Becht aaO). Das trifft auch auf schriftliche Gutachten aus einem selbständigen Beweisverfahren zu.

22           (2) Ihre Verwertung zu Beweis Zwecken ist jedoch mit Sinn und Zweck des Urkundenprozesses unvereinbar. Anders als das Berufungsgericht meint, beruht die Privilegierung des Beweismittels der Urkunde gerade auch auf „der Prima-facie-Liquidität des urkundlichen Anspruchs“ (Hahn, aaO, S. 387), also der besonderen Beweiskraft, die sie vor anderen Beweismitteln wie dem Zeugen- oder Sachverständigenbeweis auszeichnet (BGHZ 1, 218, 220; BGHZ 65, 300, 302; OLG Frankfurt WM 1975, 87, 88; KG JW 1922, 498 Nr. 5; Stürner NJW 1972, 1257, 1258). Dementsprechend fand die mit dem Ausschluss anderer Beweismittel verbundene vorläufige Verkürzung der Verteidigungsrechte des Beklagten nach Ansicht des Gesetzgebers der ZPO ihre innere Rechtfertigung gerade in der generell erhöhten Erfolgswahrscheinlichkeit des von Urkunden gestützten Rechtsbegehrens (BGHZ 148, 283, 288), die sich daraus ableiten ließ, dass „erfahrungsmäßig nur selten von dem Rechte der Nachklage Gebrauch gemacht wird“ (Hahn aaO, S. 387).

23           (3) Dieser ratio legis des Urkundenprozesses liefe es zuwider, Niederschriften von Gutachten, die in einem selbständigen Beweisverfahren eingeholt wurden, als Beweismittel zuzulassen. Solche schriftlichen Gutachten sollen an die Stelle des im Urkundenprozess ausgeschlossenen Sachverständigenbeweises treten. Bereits dies macht deutlich, dass es sich um eine Umgehung des vom Gesetzgeber gewollten Ausschlusses des Sachverständigenbeweises handelt. Würde man dies anders sehen, wäre die Beschränkung der Beweismittel auf Urkunden sinnlos, weil sie durch Vorlage von Niederschriften, die den Sachver-

ständigenbeweis ersetzen sollen, problemlos umgangen werden könnte (vgl. Musielak/Voit, ZPO 5. Aufl. § 592 Rdn. 12).

24           Darüber hinaus besitzt eine schriftliche Sachverständigenäußerung in Form eines Urkundenbeweises eine geringere Beweiskraft als der unmittelbare Beweis durch Einholung eines mündlichen oder schriftlichen Sachverständigengutachtens (vgl. BGHZ 1, 218, 220; OLG Frankfurt WM 1975, 87, 88; KG JW 1922, 498 Nr. 5). Insoweit macht es keinen Unterschied, ob es sich um ein Privatgutachten oder ein Gutachten handelt, das in einem selbständigen Beweisverfahren erstattet wurde. In beiden Fällen kann die Auswertung des schriftlichen Gutachtens die Möglichkeit der §§ 402, 395 ff. ZPO bzw. § 411 Abs. 3 ZPO, den Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung zu hören und ihm dort Fragen zu stellen, nicht ersetzen (Olzen, in: Wieczorek/Schütze, ZPO 3. Aufl. § 592 Rdn. 42).

25           Es wäre deshalb wie bei privatschriftlichen Gutachten auch bei gutachterlichen Äußerungen, die in einem selbständigen Beweisverfahren eingeholt wurden, sinnwidrig, Sachverständige zwar als unmittelbare Beweismittel im Urkundenprozess von Gesetzes wegen auszuschließen, sie aber in der grundsätzlich schwächeren Form des Urkundenbeweises zuzulassen.

26           (4) Dieses Ergebnis rechtfertigt sich schließlich auch aus der Überlegung, dass der Gegner des Beweisführers im Urkundenprozess, anders als im ordentlichen Verfahren (vgl. BGHZ 6, 398, 400 f.; 24, 9, 14; BGH, Urteil vom 22. Mai 2001 - VI ZR 268/00, VersR 2002, 120, 121 f.), keine unmittelbare Vernehmung des Sachverständigen herbeiführen und so die

Urkunde als Beweismittel ausschalten kann (vgl. BGHZ 1, 218, 221; Olzen, in: Wieczorek/Schütze, ZPO 3. Aufl. § 592 Rdn. 42). Der Prozessgegner wird deshalb dem geltend gemachten Anspruch häufiger widersprechen, als wenn dieser auf unmittelbar den die Klage begründenden Anspruch dokumentierende Urkunden gestützt wird. Das hätte zur Folge, dass das Verfahren nach Erlass eines Vorbehaltsurteils in das Nachverfahren übergeht. Von einer generell erhöhten Erfolgswahrscheinlichkeit der auf eine solche Niederschrift gestützten Klage im Urkundenprozess, welche - wie dargelegt - die innere Rechtfertigung für die Verkürzung der Verteidigungsrechte des Beklagten im Urkundenprozess darstellt, könnte danach keine Rede sein. Die Zulassung eines in einem selbständigen Beweisverfahren eingeholten schriftlichen Gutachtens würde vielmehr zu einer vom Gesetzgeber nicht bezweckten, verfassungsrechtlich bedenklichen Verkürzung des rechtlichen Gehörs des Prozessgegners führen.

27 Dagegen kann, anders als das Berufungsgericht meint, nicht eingewandt werden, dass die Beklagte am selbständigen Beweisverfahren beteiligt war. Auch im selbständigen Beweisverfahren sind weder die Beteiligung der Parteien noch ihre Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Entscheidungen des Gerichts in gleicher Weise wie im ordentlichen Verfahren gewährleistet. Insbesondere hat der Prozessgegner in diesem Verfahren wie im Urkundenprozess keinen Anspruch auf mündliche Anhörung des Sachverständigen. Unter der zusätzlichen Voraussetzung, dass eine Einigung zu erwarten ist, steht eine mündliche Erörterung gemäß § 492 Abs. 3 ZPO lediglich im Ermessen des Gerichts. Im Übrigen erfolgt die Verwertung des Gutachtens im nachfolgenden Prozess - wie sich aus § 493 Abs. 1 ZPO ergibt - grundsätzlich nicht im Wege des Urkundsbe-

weises, sondern wie nach einer Beweisaufnahme vor dem Prozessgericht (Musielak/Huber ZPO, 5. Aufl. § 493 Rdn. 4; Zöller/Herget ZPO, 26. Aufl. § 493 Rdn. 1).

### III.

- 28           1. Das angefochtene Urteil war danach aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da keine weiteren Feststellungen zur Statthaftigkeit der Klage im Urkundenprozess erforderlich sind, hat der Senat selbst in der Sache entschieden (§ 563 Abs. 3 ZPO) und unter teilweiser Abänderung des erstinstanzlichen Urteils die Klage als im Urkundenprozess unstatthaft abgewiesen, soweit sie nicht bereits vom Landgericht als unbegründet abgewiesen worden war. Die Zurückverweisung zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO) kam nicht in Betracht, da die Parteien in den Tatsacheninstanzen bereits über die Statthaftigkeit der Klage im Urkundenprozess gestritten haben.
- 29           2. Auch eine Abweisung der Klage als unbegründet gemäß § 597 Abs. 1 ZPO kam nicht in Betracht. Der Kläger hat schlüssig eine Bürgenhaftung der Beklagten für Ansprüche auf Zahlung eines Kostenvorschusses im Hinblick auf die behaupteten Mängel am Sondereigentum, soweit solche Mängel bei der Abnahme gerügt worden sind, und am Gemeinschaftseigentum, insoweit allerdings nur hinsichtlich des in der Eigentümergemeinschaft auf ihn entfallenden Kostenanteils, vorgetragen.
- 30           a) Eine Bürgschaft gemäß § 7 MaBV sichert jeden Anspruch des Auftraggebers auf Rückgewähr ohne Beschränkung auf bestimmte An-

sprüche (Senat BGHZ 162, 378, 381; Senatsurteil vom 22. Oktober 2002 - XI ZR 394/01, NJW-RR 2003, 452, 453) und damit auch den Kostenvorschussanspruch nach § 633 Abs. 3 BGB a.F. (§ 637 Abs. 3 BGB n.F.; vgl. BGH, Beschluss vom 2. Mai 2002 - VII ZR 178/01, WM 2002, 1506, 1507; Urteil vom 12. April 2007 - VII ZR 50/06, WM 2007, 1089, 1093 Tz. 52 und 56).

31 Dies gilt grundsätzlich auch für Ansprüche aufgrund von Mängeln am Gemeinschaftseigentum. Hier hat jeder Erwerber einen eigenen Anspruch auf mangelfreie Herstellung auch des Gemeinschaftseigentums, den er ohne Mitwirkung der Gemeinschaft geltend machen kann. Bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen kann er bezüglich Mängeln am Gemeinschaftseigentum einen Kostenvorschussanspruch in vollem Umfang geltend machen (BGHZ 68, 372, 376 f.; 74, 258, 262; BGH, Urteil vom 21. Februar 1985 - VII ZR 72/84, WM 1985, 664 ff.; Urteil vom 10. März 1988 - VII ZR 171/87, WM 1988, 948; Urteil vom 19. Dezember 1996 - VII ZR 233/95, WM 1997, 1065, 1066; Urteil vom 15. April 2004 - VII ZR 130/03, NJW-RR 2004, 949, 950; Urteil vom 21. Juli 2005 - VII ZR 304/03, WM 2005, 2150 f.; Urteile vom 12. April 2007 - VII ZR 50/06, WM 2007, 1089, 1093 Tz. 55 und VII ZR 236/05, WM 2007, 1084, 1085 Tz. 18).

32 Dieser Anspruch wird dem Grunde nach vom Sicherungsumfang einer Bürgschaft gemäß § 7 MaBV umfasst (Senatsurteil vom 22. Oktober 2002 - XI ZR 393/01, WM 2002, 2411, 2412; BGH, Urteil vom 12. April 2007 - VII ZR 50/06, WM 2007, 1089, 1093 Tz 56 ff.). Der Höhe nach ist der Anspruch des Klägers aus der Bürgschaft hinsichtlich der Mängel am Gemeinschaftseigentum allerdings auf den Kostenanteil

beschränkt, für den er gegenüber der Gemeinschaft nach Ausfall des Verkäufers für Aufwendungen der Instandsetzung und Instandhaltung einzustehen hat (BGH, Urteil vom 12. April 2007 - VII ZR 50/06, WM 2007, 1089, 1094 Tz. 61 ff.).

33            b) Einem solchen Anspruch steht entgegen der Auffassung der Revision nicht die vorbehaltlose Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch den Kläger entgegen. Nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Kläger nur das Sondereigentum abgenommen. An einem Termin zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums hat er nicht teilgenommen, weil er, wie er mit Schreiben vom 19. September 2001 mitgeteilt hat, die Abnahme ohnehin verweigern würde.

34            Die Revision macht ohne Erfolg geltend, der Wohnkomplex sei nicht vollständig von der Insolvenzschuldnerin erstellt worden. Darauf kommt es nicht an, weil sich die Insolvenzschuldnerin in § 3 des Kauf- und Bauträgervertrages vom 25. Oktober 2000 zur Errichtung der gesamten Anlage verpflichtet hat, ohne auf die Mitwirkung eines weiteren Bauträgers hinzuweisen. Auf diese Verpflichtung bezieht sich die Bürgschaftserklärung der Beklagten.

- 35 c) Mangels rechtsfehlerfreier Feststellungen zu Grund und Höhe des Anspruchs kommt eine vollständige oder teilweise Abweisung der Klage als unbegründet nicht in Betracht.

Joeres

Müller

Ellenberger

Schmitt

Grüneberg

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 22.03.2005 - 9 O 129/04 -

KG Berlin, Entscheidung vom 20.03.2006 - 10 U 114/05 -