

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB §§ 675, 652, 631

Bei einem Baubetreuungsvertrag im Rahmen eines Bauherrenmodells, in dem der Baubetreuer auch die Verpflichtung zur Beschaffung der Finanzierung und der Bauherr die zu ihrer Abnahme übernimmt, und in dem die Vergütung nicht nach Prozentsen des vermittelten Kredits, sondern als Gesamtvergütung an der Wohnfläche der Eigentumswohnung ausgerichtet ist, handelt es sich um einen Geschäftsbesorgungsvertrag, der nicht dem Maklerrecht, sondern dem Werkvertragsrecht unterliegt.

BGH, Urt. v. 17. April 1991 - IV ZR 112/90 - OLG Bamberg
LG Bayreuth

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IV ZR 112/90

URTEIL

Verkündet am:
17. April 1991
Keller
Justizsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch den Vorsitzenden Richter Bundschuh und die Richter Rottmüller, Dr. Zopfs, Dr. Ritter und Römer auf die mündliche Verhandlung vom 17. April 1991

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Bamberg vom 13. Februar 1990 aufgehoben.

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Bayreuth vom 27. April 1989 wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten der Rechtsmittelverfahren.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger, Beteiligter an einer Bauherrengemeinschaft, verlangt die Rückzahlung von 12.701,20 DM. Diese wurden als Teil der Gesamtvergütung der beklagten Baubetreuerin bezahlt.

Zwischen der durch Treuhänder vertretenen Bauherrengemeinschaft und der Beklagten wurden, nachdem die Bauherren das Baugrundstück zu Miteigentumsanteilen von der Beklagten



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

gekauft hatten, ein wirtschaftlicher und ein technischer Baubetreuungsvertrag sowie ein Verwaltervertrag vor einem Notar geschlossen. Der Baubetreuungsvertrag (wirtschaftlich) enthielt auch Regelungen über die Finanzierungsvermittlung. Das von der Beklagten beschaffte Endfinanzierungsangebot nahm der Kläger nicht an. Er besorgte sich anderweitig ein Darlehen. Deshalb fordert er den auf die Vermittlung entfallenden Teil der Baubetreuungsvergütung zurück, den die Treuhänder für ihn bezahlt haben.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers wurde die Beklagte zur Rückzahlung verurteilt. Mit der zugelassenen Revision verfolgt sie ihr Ziel der Klagabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

Auf die Revision ist die angefochtene Entscheidung aufzuheben und das Urteil des Landgerichts wiederherzustellen.

1. Mit Recht führt allerdings das Berufungsgericht aus, daß es sich bei dem Baubetreuungsvertrag um Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 1 AGBG handelt. Es hat dazu festgestellt, daß der gesamte Text des Vertrages von der Beklagten zusammen mit einem Notar für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert und mit dem gesamten ebenfalls von der Beklagten und dem Notar verfaßten Vertragswerk in einer Grundlagenurkunde niedergelegt worden ist. Diese Feststellung greift die Revision ohne Erfolg an. Die Grundlagenurkunde selbst ist zwar von den Parteien nicht

vorgelegt worden. Für die Feststellung brauchte der Tatrichter diese Urkunde aber nicht. Daß die Grundlagenurkunde das gesamte Vertragswerk enthält, ist ebenso unstreitig wie die Tatsache, daß der Text des Baubetreuungsvertrages dem in der Grundlagenurkunde niedergelegten Wortlaut entspricht. Unstreitig ist weiter, daß der Vertrag für die Verwendung mit den circa 60 Bauherren vorformuliert wurde, und daß die Beklagte in Zusammenarbeit mit dem Notar alle Verträge verfaßt hat. Der Schriftsatz vom 31. Januar 1990 an das Berufungsgericht, aus dessen Formulierungen die Beklagte ein Bestreiten des letztgenannten Umstandes entnehmen will, ist erst nach Schluß der mündlichen Verhandlung eingereicht worden und war nicht nachgelassen. Den Hinweis der Beklagten darauf, daß eine bestimmte Bauherrin durch besondere Absprache eine Mithaftung ihres Ehemannes ausgeschlossen hat, sieht das Berufungsgericht zutreffend nicht als ausreichend dafür an, daß das Vertragswerk auch im Verhältnis zum Kläger im Sinne von § 1 Abs. 2 AGBG ausgehandelt worden sei.

2. Jedoch hält die Auffassung des Berufungsgerichts, die Vergütungsregelung des Baubetreuungsvertrages sei gemäß § 9 AGBG unwirksam, der revisionsgerichtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Das Berufungsgericht meint, für diesen Vertrag sei das Maklerrecht maßgeblich. Zum gesetzlichen Leitbild des § 652 BGB gehöre einmal die Entschließungs- und Abschlußfreiheit des Maklerkunden und zum andern im Grundsatz die Erfolgsabhängigkeit der zu entrichtenden Vergütung. Hier aber werde der Bauherr zur Abnahme der vom Baubetreuer zu beschaffenden Finanzierungsmittel verpflichtet und solle der

Betreuer sein Entgelt auch bei Nichtabnahme, also erfolgsunabhängig erhalten. Demgemäß weiche der vorformulierte Baubetreuungsvertrag von wesentlichen Grundgedanken des Maklerrechts ab.

Seine Auffassung, das Maklerrecht sei hier maßgeblich, begründet das Berufungsgericht unter Hinweis auf Senatsrechtsprechung (Urteile vom 1. Dezember 1982 und 21. Oktober 1987 - IVa ZR 109/81 und 103/86 - NJW 1983, 985 und 1988, 967 = WM 1983, 34 und 1988, 221) damit, ein Vertrag über eine Finanzierungsvermittlung sei ein Maklervertrag, der selbst als Maklerwerkvertrag gemäß § 9 AGBG am gesetzlichen Leitbild des § 652 BGB gemessen werden müsse.

b) Das Berufungsgericht belegt weder, warum der hier in Rede stehende Baubetreuungsvertrag - nur oder in erster Linie - als Vertrag über eine Finanzierungsvermittlung angesehen werden kann, noch daß ein solcher Vertrag immer nach den Grundsätzen des Maklerrechts beurteilt werden muß. Seiner Aufgabe, den maßgeblichen Vertragsinhalt durch Auslegung zu bestimmen, um auf diesem Wege die gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG anzuwendenden gesetzlichen Vorschriften zu ermitteln, kommt es nicht nach. Diese Unterlassung rügt die Revision mit Erfolg.

Bei dem Erwerb einer Eigentumswohnung im Bauherrenmodell übt der Erwerber in der Regel nicht selbst Bauherrentätigkeiten aus. Vielmehr überträgt er die für das gesamte Bauvorhaben notwendigen Tätigkeiten und den Abschluß der damit verbundenen Rechtsgeschäfte einem oder mehreren anderen durch Geschäftsbesorgungsverträge. Diese können je nach Aus-

gestaltung Elemente des Maklervertrages, des Dienst- oder des Werkvertrages enthalten. Nach § 305 BGB ist es das Recht der Vertragsparteien, den Inhalt des von ihnen abgeschlossenen Rechtsgeschäftes "Geschäftsbesorgungsvertrag" zu bestimmen. Für welche inhaltliche Gestaltung sie sich entschieden haben, hat der Tatrichter im Wege der Vertragsauslegung zu ermitteln. Eben das besagen die vom Berufungsgericht herangezogenen, oben unter 2. a) a.E. zitierten Senatsurteile vom 1. Dezember 1982 unter b) Abs. 1 und vom 21. Oktober 1987 unter II. 1. a.E.. Ein Geschäftsbesorgungsvertrag ist im Kern Maklervertrag, wenn Maklertätigkeit, nämlich Nachweis oder Vermittlung, zu erbringen ist, der Bauherr Entscheidungsfreiheit hat und die Vergütung erfolgsabhängig ist (Senatsurteil vom 20. März 1985 - IVa ZR 223/83 - NJW 1985, 2477 = WM 1985, 751 unter II Abs. 2).

c) Deshalb ist nicht jeder Vertrag, in dessen Rahmen (unter anderem) eine Finanzierungsvermittlung geregelt wird, als einheitlicher Finanzierungsvermittlungsvertrag anzusehen, der dem Maklerrecht unterfallen muß. Insbesondere dann, wenn ein Bauherr sich verpflichtet, vom Betreuer beschaffte Finanzierungsmittel anzunehmen, also wenn er eine Abnahmeverpflichtung übernimmt, liegt die Anwendbarkeit des Maklerrechts fern (Senatsurteil vom 7. Dezember 1983 - IVa ZR 52/82 - WM 1984, 240). In einem solchen Fall können vielmehr die werk- oder dienstvertraglichen Elemente so überwiegen, daß der gesamte Vertrag - oder ein abtrennbarer Teil davon - dem Recht des Werkvertrages oder des Dienstvertrages zu unterstellen ist (vgl. auch dazu Senatsurteil vom 21. Oktober 1987 - IVa ZR 103/86 - NJW 1988, 967 unter I 1).

d) Weil der Tatrichter die danach erforderliche Vertragsauslegung nicht vorgenommen hat, muß sein Urteil aufgehoben werden.

3. Eine Zurückverweisung der Sache kann jedoch unterbleiben. Der Senat kann den Vertrag selbst auslegen. Die entscheidenden Auslegungsgesichtspunkte ergeben sich aus dem im Berufungsurteil umfassend in Bezug genommenen Akteninhalt. Weiterer Sachvortrag dazu ist nicht zu erwarten. Der Kläger hat nicht nur die drei mit der Beklagten von den Treuhändern für die Bauherren geschlossenen Verträge vollständig mit Anlagen vorgelegt, sondern auch den Gesellschaftsvertrag und den Teilungsvertrag der Bauherren untereinander und die weiteren mit Dritten geschlossenen Verträge, nämlich den Generalunternehmervertrag, den Vermietungsvermittlungs- und Mietgarantievertrag und den Steuerberatervertrag.

Die Auslegung führt zu dem Ergebnis, daß der Baubetreuungsvertrag mangels Vorliegens der typischen Merkmale eines Maklervertrages (siehe oben unter 2. b) a.E.) nicht an dem Leitbild des § 652 BGB zu messen ist. Vielmehr ist der Auslegung des Landgerichts zu folgen, nach der die Grundsätze des Werkvertrages zur Anwendung kommen.

a) Nach dem Baubetreuungsvertrag (wirtschaftlich) hat die Beklagte ebensowenig wie nach dem Baubetreuungsvertrag (technisch) Maklerleistungen zu erbringen. Der Baubetreuungsvertrag (technisch) enthält in § 2 neben der Unterrichtungspflicht der Beklagten eine umfassende Aufzählung der von der Beklagten erwarteten Leistungen zur Vorbereitung,

Durchführung und Überwachung des gesamten Bauvorhabens beginnend mit der Grundstücksvermessung und endend mit der Rechnungslegung; von Nachweis oder Vermittlung ist darin nicht die Rede. Der Baubetreuungsvertrag (wirtschaftlich) verpflichtet die Beklagte im Rahmen der wirtschaftlichen und finanziellen Betreuung allerdings auch zu als Vermittlung bezeichneten Leistungen. Die maßgeblichen Einzelbestimmungen des § 2 lauten:

a) Finanzielle Betreuung des Bauherrn bei der Beschaffung und Durchführung der Zwischen- und Endfinanzierung, insbesondere durch

aa) Erstellung zeit- und zinsgünstiger Geldbedarfs- und Mittelverwendungspläne und Unterstützung des Treuhänders und der finanzierenden Bank bei deren Durchführung;

bb) Erstellung von Bautenzustandsberichten und Wirtschaftlichkeitsberechnungen zur Erleichterung der Endfinanzierung und deren zeitgerechte Anpassung an die Kostenentwicklung des Bauvorhabens und der Baueinheit des Bauherrn;

cc) Beschaffung sonstiger Beleihungs- und Darlehenssicherungsunterlagen wie Grundbuchauszüge, Grenzbescheinigungen, Lage- und Baupläne, Genehmigungsunterlagen, Wohnflächen-, Baukosten- und sonstige Berechnungen;

b) Beschaffung und Überprüfung von Unterlagen für den Abschluß von Wartungsverträgen sowie Sach- und Haftpflichtversicherungen während der Bauzeit und für die Zeit ab Bezugsfertigstellung, Einholung von Vertragsangeboten und Vermittlung solcher Verträge;

c) Mitwirkung bei der dinglichen Sicherstellung der erforderlichen Finanzierungsmittel und deren Überwachung, unter pauschaler Übernahme der

hierfür anfallenden Notar-, Grundbuch-, Schätz- und sonstigen Kosten;

d) Vermittlung der Zwischen- und Endfinanzierung für den Bauherrn nach näherer Maßgabe von § 3 dieses Vertrages.

Nach dem mit "Finanzierungsvermittlung" überschriebenen § 3 hat der Baubetreuer dem Bauherren eine Zwischenfinanzierung "nachzuweisen bzw. zu beschaffen". Weiter heißt es in § 3 zur Endfinanzierung:

2. Der Baubetreuer hat dem Bauherrn eine zum geeigneten Zeitpunkt an die Zwischenfinanzierung anschließende Endfinanzierung für seine Baueinheit zu den dann marktüblichen Bedingungen nachzuweisen bzw. zu beschaffen durch Verhandlungen mit Banken, Vorbereitung und Bearbeitung von Kreditanträgen sowie Beschaffung aller Kreditunterlagen, ferner beim Abschluß der erforderlichen Darlehens- und ggf. Bausparverträge mitzuwirken und die Kreditgewährung und die Ablösung der Zwischenfinanzierungsmittel zu überwachen.

3. Der Bauherr verpflichtet sich, die von der kreditgewährenden Bank geforderten Nachweise, Unterlagen und Sicherungen, z.B. Mithaftungserklärung bzw. Erklärung gem. § 1365 BGB seines Ehegatten, Selbstauskünfte sowie Einkommens- und Vermögensnachweise und sonstige bankübliche Auflagen unverzüglich zu erbringen und zu erfüllen sowie die nach diesem Vertrag zu beschaffenden Finanzierungsmittel abzunehmen. Verletzt der Bauherr eine dieser Verpflichtungen oder wird ihm die nachgewiesene Finanzierung aus Gründen fehlender Bonität versagt, so wird der Baubetreuer von seiner Betreuungspflicht frei; er behält in diesem Fall seinen Vergütungsanspruch gemäß § 8 dieses Vertrages als Vergütung für seine vorbereitenden Dienstleistungen. Bei der Bauherrin L. ist eine Mithaftung des Ehegatten nicht erforderlich.

Demgemäß werden einige der dem Baubetreuer obliegenden Leistungen als Nachweis oder Vermittlung bezeichnet. Gleichwohl sind auch sie keine typischen Maklerleistungen. Deshalb kann offenbleiben, ob die anderen in § 2 aufgeführten Leistungen überwiegen und dem Vertrag das Gepräge geben. § 3 Nr. 3 beseitigt nämlich Zweifel, ob eine Maklerleistung gewollt ist, die nach Nr. 1 und Nr. 2 wegen der durch die Abkürzung "bzw." gleichgeordneten Verwendung der Begriffe "nachzuweisen" und "zu beschaffen" auftreten könnten. Nach Nr. 3 ist der Baubetreuer verpflichtet, einen Erfolg im Sinne von § 631 Abs. 2 BGB herbeizuführen. Aus dieser Bestimmung ergibt sich deutlich, daß die Beklagte dem Bauherrn "nach diesem Vertrag" Finanzierungsmittel zu beschaffen hat. Die Beklagte ist danach nicht nur wie beim Dienstvertrag zu Bemühungen um die Finanzierung, sondern zur Herbeiführung des Finanzierungserfolges verpflichtet (vgl. Senatsurteil vom 17. Oktober 1990 - IV ZR 197/89 - VersR 1990, 1396).

b) Nach § 3 Nr. 3 des Baubetreuungsvertrages ist der Bauherr wie nach § 640 BGB zur Abnahme der vertragsmäßig beschafften Finanzierung verpflichtet. Die Maßgeblichkeit der "marktüblichen Bedingungen" gemäß § 3 Nr. 2 und die in §§ 6 und 7 des Vertrages geregelte Weisungsbefugnis des Treuhänders und Haftung des Baubetreuers dafür, "daß er die übernommenen Aufgaben ordnungsgemäß wahrnimmt", schützt den Bauherrn vergleichbar der gesetzlichen Regelung der §§ 633, 634 BGB vor einer zu teuren oder gar unbrauchbaren Finanzierung. Seine Mitwirkungspflicht ist in § 3 Nr. 3 ähnlich geregelt wie in § 642 BGB.

c) Sowohl die Pflicht des Baubetreuers zur Beschaffung der Finanzierung als auch die Pflicht des Bauherrn zu ihrer Abnahme sind in einem Baubetreuungsvertrag keine überraschenden Vertragsgestaltungen im Sinne von § 3 AGBG.

d) Zusätzlich sprechen Voraussetzungen und Regelung der Vergütung gegen eine Anwendung des Maklerrechts und für die Grundsätze des Werkvertrages.

Das Landgericht hat bereits zutreffend darauf hingewiesen, daß gemäß § 3 Nr. 3 Satz 2 Halbsatz 2 des Vertrages die Vergütungspflicht - anders als im Maklerrecht - unabhängig ist von der Abnahme der von der Beklagten beschafften Finanzierung durch den Bauherrn. Vor allem aber hat auch die Regelung der Vergütung ausschlaggebendes Gewicht. Nach § 4 des Vertrages ist die Vergütung zur einen Hälfte schon mit dem Abschluß des Betreuungsvertrages fällig, also lange vor der Beschaffung der Finanzierung. Die andere Hälfte muß jedoch erst nach Vorlage der Schlußabrechnung bezahlt werden ohne Rücksicht darauf, ob dann die Endfinanzierung schon läuft. Zur Höhe der Vergütung verweist § 4 auf § 11, der seinerseits sich auf die Anlage 1 bezieht. In dieser Anlage sind für jede einzelne Wohnung des Bauvorhabens die Quadratmeterzahl, die Berechnung der Miteigentumsanteile und jeweils feste Einzelbeträge für Grundstückskosten, Baukosten, Architekten- und Statikergebühren, Notar- und Gerichtsgebühren und schließlich für die Baubetreuung aufgeführt. Der Kläger mußte nach dieser Anlage für die größere Wohnung 22.889,28 DM und für die kleinere Wohnung 8.005,82 DM an die Beklagte als Baubetreuerin zahlen. Diese Beträge enthalten nach § 4 bereits die Mehrwertsteuer. Sie lagen von vornher-

ein fest. Maßstab für die Höhe war die Wohnungsgröße. Die Höhe des Finanzierungsbedarfs des einzelnen Bauherrn war offensichtlich gleichgültig. Ein Finanzierungsmakler hingegen verlangt üblicherweise einen Prozentsatz der nachgewiesenen oder vermittelten Finanzierungssumme als Provision und dazu die Mehrwertsteuer. Darüber hinaus war mit diesen Beträgen auch die technische Baubetreuung vergütet. Denn der Baubetreuungsvertrag (technisch) verweist in seinen §§ 3 und 10 ebenfalls auf diese Anlage 1. Darin ist die Baubetreuung jedoch nur einmal aufgeführt, ohne daß die wirtschaftliche von der technischen Betreuung unterschieden wird.

e) Die vertraglichen Bestimmungen zur Finanzierungsbeschaffung der Beklagten, der Abnahmepflicht des Klägers und über die Vergütung stellen unter werkvertraglichen Gesichtspunkten insgesamt eine ausgewogene Regelung der beiderseitigen Interessen dar. Deshalb scheidet die Anwendung von § 9 AGBG aus.

4. Das Landgericht hat zutreffend ausgeführt, daß die Beklagte ihre nach Werkvertragsrecht zu beurteilende Verpflichtung, die Endfinanzierung zu beschaffen, auch ordnungsgemäß erfüllt hat. Danach kann der Kläger unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt Rückzahlung der Teilvergütung verlangen, so daß seine Klage abzuweisen ist.

Bundschuh

Rottmüller

Dr. Zopfs

Dr. Ritter

Römer