

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

GewO § 34 c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2; MaBV §§ 2, 3
(= Makler- und Bauträgerverordnung vom 11.6.1975
- BGBl I 1352)

Zur Frage, wer Baubetreuer und wer Bauträger im
Sinne des § 34 c GewO, §§ 2, 3 MaBV ist.

BGH, Urt. v. 20. November 1980 - VII ZR 289/79 - OLG Köln
LG Köln

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 289/79

URTEIL

Verkündet am

20. November 1980
Werner,
Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der I [REDACTED] - Wohnungsbaugesellschaft mbH,
W [REDACTED]straße [REDACTED], G [REDACTED], vertreten durch ihre
Geschäftsführerin, Frau Ingeborg O [REDACTED], ebenda,

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. [REDACTED] und [REDACTED].

gegen

die Eheleute Peter und Monika S [REDACTED],
G [REDACTED]straße [REDACTED], K [REDACTED],

Kläger, Berufungskläger
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. November 1980 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Dr. Girisch, Meise, Dr. Recken und Doerry

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 15. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 25. September 1979 aufgehoben, soweit zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

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

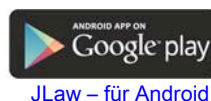
Von Rechts wegen

Tatbestand:

Durch notariellen Vertrag vom 1. September 1975 kauften die Kläger von der Beklagten zwei Grundstücke sowie einen Miteigentumsanteil an einem weiteren Grundstück. Die Beklagte verpflichtete sich gleichzeitig, auf diesen Grundstücken für die Kläger ein Einfamilienhaus sowie eine Garage zu errichten. Der Gesamtpreis betrug 166.000 DM; er war - abgesehen von einer Anzahlung - nach Baufortschritt in Raten zu entrichten. Nach Abschnitt V Nr. 4



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



des Vertrages sollten Wandelung, Minderung, Zurückbehaltung und Aufrechnung ausgeschlossen sein, soweit dem nicht zwingende gesetzliche Vorschriften entgegenstünden oder in der Urkunde etwas anderes vereinbart sei. Das Aufrechnungsverbot und das Verbot zur Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts sollten sich auch auf etwaige Gewährleistungs- und Beseitigungsansprüche beziehen.

Im Verlaufe der Bauausführung kam es zwischen den Parteien zu Meinungsverschiedenheiten über die Frage, ob die beiden Raten, die nach Fertigstellung der Schreiner- und Glaserarbeiten sowie nach der Besitzübergabe gezahlt werden sollten, fällig geworden seien. Die Kläger zogen zwar Ende 1976 ein; sie weigerten sich aber, die mit Rechnung vom 3. November 1976 angeforderten Beträge zu überweisen, weil die Beklagte nur mangelhaft bzw. unvollständig erfüllt habe. Diese trat daraufhin nach Mahnung und Fristsetzung mit Schreiben vom 25. Februar 1977 vom Vertrage zurück.

Mit ihrer Klage haben die Kläger die Feststellung erbeten, daß die "Kündigung" des Vertrages durch die Beklagte unwirksam sei. Hilfsweise haben sie die Verurteilung der Beklagten zur Einwilligung in die Umschreibung des Eigentums an den ihnen verkauften Grundstücken beantragt.

Das Landgericht hat die Klage ganz abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat festgestellt, daß das durch den Vertrag begründete Rechtsverhältnis durch den von der Beklagten erklärten Rücktritt unberührt geblieben sei. Im übrigen ist es bei der Klageabweisung verblieben.

Mit der - angenommenen - Revision, um deren Zurückweisung die Kläger bitten, verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf volle Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht läßt dahinstehen, ob der in Abschnitt V unter Nr. 4 des Vertrages vorgesehene Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts der Kläger mit Treu und Glauben vereinbar und damit wirksam ist. Es läßt ferner offen, ob die Beklagte im Zeitpunkt ihrer Rücktrittserklärung die tatsächlichen Voraussetzungen für die Fälligkeit der mit ihrer Rechnung vom 3. November 1976 geforderten Raten erfüllt, also die Schreinerarbeiten ausgeführt und das Haus zur Besitzübergabe fertiggestellt hatte. Ein Recht zum Rücktritt habe der Beklagten nämlich trotz ihrer Mahnung vom 9. Februar 1977 schon deshalb nicht zugestanden, weil sie als Baubetreuerin nach § 2 der Makler- und Bauträgerverordnung vom 11. Juni 1975 (BGBl I 1351, MaBV) zunächst zur Sicherheitsleistung verpflichtet gewesen sei, diese Vorleistung aber unstreitig nicht erbracht habe. Die Kläger hätten daher ein ihren Zahlungsverzug ausschließendes Leistungsverweigerungsrecht gehabt.

Das ist nicht richtig. Daß die Beklagte keine Sicherheit geleistet hatte, schloß ihr Rücktrittsrecht nicht aus.

1. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts war die Beklagte nicht Baubetreuerin, sondern Bauträger.

a) Baubetreuer ist, wer gewerbsmäßig Bauvorhaben im fremden Namen für fremde Rechnung wirtschaftlich vorbereitet oder durchführt (§ 34 c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 b GewO). Schließt der Baubetreuer Verträge, so berechtigt und verpflichtet er unmittelbar den Betreuten. Dieser ist "Bauherr"; er trägt das "Bauherrenrisiko" (vgl. die Senatsurteile BGHZ 67, 334, 337 f; 76, 86, 94 f; ferner - zur steuerrechtlichen Anerkennung als "Bauherr" - BFH Urteil vom 22. April 1980 - VIII R 149/75 = BB 1980, 1137). Wird das Bauvorhaben dagegen vom Gewerbetreibenden im eigenen Namen für eigene oder fremde Rechnung vorbereitet oder durchgeführt, so ist er nicht Baubetreuer, sondern Bauträger (§ 34 c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 a GewO): Er selbst, nicht sein Auftraggeber (der "Erwerber" im Sinne des § 7 b Abs. 1 EStG), ist dann Vertragspartner der Bauhandwerker und "Bauherr".

b) Hier hatte die Beklagte, wie das Berufungsgericht insoweit zutreffend feststellt, die zur Bauausführung erforderlichen Verträge mit den Handwerkern im eigenen Namen zu schließen, ob für eigene oder fremde Rechnung ist ohne Belang. Über etwaige Änderungswünsche der Kläger durfte sie allein entscheiden (Abschnitt VII Nr. 2 des Vertrages). Gab sie den Wünschen statt, so durfte sie zwar die dazu notwendigen Aufträge im Namen der Kläger erteilen (aaO). Diese nur mit ihrem Einverständnis zu verwirklichende Nebenabrede machte sie aber nicht zur Baubetreuerin und die Kläger demgemäß nicht zu Bauherren. Die Beklagte blieb vielmehr Herrin des Baugeschehens; die Kläger hatten sich jeglicher Weisung gegenüber den am Bau Tätigen zu enthalten (Abschnitt VII Nr. 1 aaO).

2. Haben Bauträger, also Gewerbetreibende im Sinne des § 34 c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 a GewO, ihren Auftraggebern - wie hier - Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, so gilt für sie, wenn sie zur Ausführung ihres Auftrags Vermögenswerte der Auftragsnehmer entgegennehmen oder sich zur Verwendung der Vermögenswerte ermächtigen lassen, hinsichtlich ihrer Sicherungspflichten nicht § 2, sondern ausschließlich § 3 MaBV (Marks, Makler- und Bauträgerverordnung, Sonderdruck aus Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung, 13. Aufl., § 2 MaBV Rdn. 5, § 3 MaBV Rdn. 2). Das ergibt sich, was das Berufungsgericht übersieht, aus § 2 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz sowie aus § 3 Abs. 1 Satz 1 MaBV. Von der nur in § 2 MaBV angeordneten Sicherheitsleistung war die Beklagte daher befreit; sie hatte lediglich die in § 3 MaBV vorgeschriebenen Sicherungspflichten zu beachten.

Mit einer auf § 2 MaBV gestützten Vorleistungspflicht der Beklagten läßt sich ein Leistungsverweigerungsrecht der Kläger mithin nicht begründen.

3. Nach dem bisher festgestellten Sachverhalt erweist sich das angefochtene Urteil auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 563 ZPO). Es ist noch ungeklärt, ob die Beklagte im Zeitpunkt der Mahnung die ihr nach § 3 MaBV obliegenden Pflichten erfüllt hatte. Insoweit steht nur fest, daß die im Verträge vorgesehenen Raten zulässig waren. Weiter ist offen, ob die von der Beklagten geforderten Teilbeträge nach dem Stand des Baufortschritts überhaupt schon fällig waren.

4. Das angefochtene Urteil ist nach alledem aufzuheben, soweit es der Klage stattgegeben hat. Da die Sache weiterer Aufklärung bedarf, ist sie an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Vogt

Girisch

Meise

Recken

Doerry