

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

GewO § 34 c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2; MaBV §§ 2, 3 (= Makler- und Bauträgerverordnung vom 11.6.75 - BGBl I 1352 -)

Wer gewerbsmäßig im eigenen Namen und für eigene Rechnung auf dem Grundstück seines Auftraggebers für diesen einen Bau errichtet, ist weder "Bauherr" ("Bauträger") noch "Baubetreuer" i. S. von § 34 c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GewO (§ 3 MaBV).

BGH, Urt. v. 26. Januar 1978 - VII ZR 50/77 - OLG Bremen
LG Bremen

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 50/77

URTEIL

Verkündet am

26. Januar 1978

Werner,
Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Heinz R[REDACTED], H[REDACTED]-Haus, K[REDACTED]
Straße [REDACTED], B[REDACTED]

Klägerin, Berufungsbeklagte und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED]

gegen

1. den Kranführer Heinz-Erich Re[REDACTED]

2. dessen Ehefrau Karin Re[REDACTED]

beide wohnhaft L[REDACTED]kamp [REDACTED], Br[REDACTED],

Beklagte, Berufungskläger und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Januar 1978 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Meise, Dr. Recken, Doerry und Obenhaus

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Bremen vom 26. Januar 1977 aufgehoben. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Bremen vom 2. September 1976 wird zurückgewiesen.

Die Beklagten haben die gesamten Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Beklagten beauftragten die Klägerin durch "Haus-Auftrag" vom 17. März 1975 und zwei Ergänzungsaufträge, die die Klägerin insgesamt am 7. Mai 1975 annahm, auf dem Grundstück der Beklagten in Br██████, W██████-/Hei██████ Straße ein H██████-Haus des Typs "Wolfsburg" zum Gesamtfestpreis von 166.336 DM schlüsselfertig zu errichten. Der Preis sollte nach den Zahlungsbedingungen in Raten gezahlt werden, und zwar 5 % (sogenannte Planungsrate) bei Annahme des Auf-



trags, die weiteren Raten entsprechend dem jeweiligen Baufortschritt. Die Klägerin stundete zunächst auf Bitten der Beklagten die Planungsrate bis zum 30. April 1975. Danach mahnte sie die Beklagten mit Schreiben vom 27. Mai 1975. Diese lehnten die Zahlung und überhaupt die Vertragsausführung ab, zunächst mit der Begründung, daß ein Vertrag nicht zustandegekommen sei, und hilfsweise, daß sie von dem etwa zustandegekommenen Vertrag wegen unrichtiger Beratung durch eine Mitarbeiterin der Klägerin über die Finanzierung des Bauvorhabens zurückträten.

Die Klägerin hat gegen die Beklagten als Gesamtschuldner 8.316,80 DM nebst Zinsen eingeklagt. Sie beruft sich auf Nr. III 1.3 ihrer "Allgemeinen Vertragsbedingungen" (AVB), wonach die Planungsrate als "Abstandssumme für bereits geleistete Vorarbeiten" gilt, wenn "die Bauherren" den Vertrag vor Baubeginn kündigen. Die Beklagten, die im Laufe des Rechtsstreits durch einen anderen Unternehmer ein anderes Typenhaus auf ihrem Grundstück haben errichten lassen, machen jetzt nur noch geltend, daß der Vertrag gemäß §§ 134, 139 BGB nichtig sei, weil die Klägerin Bauherr (Bauträger) oder Baubetreuer im Sinne von § 34 c GewO, § 2 der Verordnung zur Durchführung des § 34 c der Gewerbeordnung vom 20. Juni 1974 - BGBl I 1314 - (im folgenden: DVO 1974) sei und entgegen § 2 DVO 1974 keine Sicherheiten für die Vorauszahlungen gestellt habe. Aber auch bei Wirksamkeit des Vertrags bestehe kein Zahlungsanspruch der Klägerin, weil sie wegen der in der Weigerung zur Stellung von Sicherheiten liegenden positiven Vertragsverletzung der Klägerin wirksam vom Vertrag zurückgetreten seien.

Das Landgericht hat der Klage (bis auf eine Zinsmehrforderung) stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen. Sein Urteil ist in NJW 1977, 638 veröffentlicht. Mit der - zugelassenen - Revision, um deren Zurückweisung die Beklagten bitten, erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht führt aus, zwischen den Parteien sei spätestens durch die Annahmeerklärung der Klägerin vom 7. Mai 1975, die sich auf den Haus-Auftrag und beide Ergänzungsaufträge der Beklagten bezogen habe, ein Bauvertrag mit einem Gesamtfestpreis von 166.336 DM zustande gekommen. Durch diesen Vertrag habe sich die Klägerin verpflichtet, das bestellte H[REDACTED]-Haus auf dem Grundstück der Beklagten zum Festpreis zu errichten und die zur Bauausführung erforderlichen Einzelverträge mit den Bauhandwerkern im eigenen Namen und für eigene Rechnung abzuschließen.

Das läßt keinen Rechtsfehler erkennen.

Entgegen der Ansicht der Beklagten hat sich die Klägerin nicht vorbehalten, die Verträge mit den Bauhandwerkern auch im Namen und auf Rechnung der Beklagten abzuschließen. Gemäß Nr. V 1.2 AVB war sie zwar von dem Beklagten "bevollmächtigt, alle die Baudurchführung betreffenden Maßnahmen mit rechtlicher Wirkung für die Bauherren zu treffen", und befugt, "für die Durchführung des Bauvorhabens ... das Hausrecht" aus-

zuüben. Diese Vollmacht ist jedoch eng auszulegen und schränkt jedenfalls nicht die vom Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellte Verpflichtung der Klägerin ein, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung die Bauhandwerker zu beauftragen. Die Vollmacht bezieht sich vielmehr nur auf solche Maßnahmen, die zur ordnungsmäßigen Erfüllung der Vertragspflichten der Klägerin erforderlich sind.

II. Das Berufungsgericht meint, die Klägerin sei gemäß § 2 DVO 1974 verpflichtet gewesen, den Beklagten vor Zahlung der vereinbarten Raten Sicherheit gegen Schäden aus unerlaubten Handlungen zu leisten. Sie unterliege wegen der Durchführung solcher Bauvorhaben dem § 34 c Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GewO, der folgenden Wortlaut hat:

"Wer gewerbsmäßig

1. ...

2. Bauvorhaben

a) als Bauherr im eigenen Namen für eigene oder fremde Rechnung vorbereiten oder durchführen und dazu Vermögenswerte von Erwerbern, Mietern, Pächtern oder sonstigen Nutzungsberechtigten oder von Bewerbern um Erwerbs- oder Nutzungsrechte verwenden,

b) als Baubetreuer im fremden Namen für fremde Rechnung wirtschaftlich vorbereiten oder durchführen,

will, bedarf der Erlaubnis der zuständigen Behörde."

Die Klägerin sei "Bauherr" im Sinne dieser Vorschrift. "Bauherr" sei nämlich auch der Gewerbetreibende,

der, wie die Klägerin, Bauvorhaben im eigenen Namen und für eigene Rechnung unter Verwendung von Vermögenswerten des jeweiligen Auftraggebers auf dessen Grundstück durchführe.

Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

1. Nach dem Vertrag der Parteien war die Klägerin weder "Bauherr" ("Bauträger") noch "Baubetreuer" im Sinne der § 34 c Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GewO, § 3 MaBV.

a) Eine Baubetreuung nach § 34 c Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Buchstabe b) GewO liegt schon deshalb nicht vor, weil die Klägerin nach dem Vertrag im eigenen Namen und auf eigene Rechnung die Bauhandwerker zu beauftragen hatte. Die Vollmacht gemäß Nr. V 1.2 AVB bezieht sich somit nur auf Betreuungsleistungen wie z. B. im Bereich etwa übernommener Architektenaufgaben oder der Verhandlungen mit den Baubehörden. Derartige Betreuungsaufgaben sind Nebenpflichten und machen die Klägerin nicht etwa zum "Baubetreuer".

b) Die Klägerin ist auch nicht deshalb als "Bauherr" im Sinne der genannten Vorschriften anzusehen; weil sie im eigenen Namen und auf eigene Rechnung das Bauwerk für die Beklagten zum Festpreis zu errichten hatte.

Der Begriff des "Bauherrn" stammt aus dem Bauordnungsrecht. So ist nach § 77 Abs. 1 S. 1 der Bremischen Landesbauordnung vom 21. September 1971 (Brem.GBl. S. 207) Bauherr, "wer selbst oder durch Dritte ein Bauvorhaben im eigenen Namen für eigene oder fremde Rechnung

wirtschaftlich und technisch vorbereitet und durchführt." In den Bauordnungen der anderen Bundesländer wird er ähnlich gekennzeichnet (vgl. u. a. Art. 73 der Bayerischen Bauordnung i.d.F. vom 1. Oktober 1974 - GVBl. S. 513 -). Der "Bauherr" ist danach Herr des gesamten Baugeschehens; er tritt nach außen im eigenen Namen auf, insbesondere auch gegenüber den Baubehörden, und ist in der Regel Eigentümer (oder sonst Berechtigter) des Baugrundstücks (vgl. Marcks in Landmann/Rohmer, 13. Aufl., GewO, § 34 c, Rdn. 37; Fuhr, GewO, § 34 c Anm. 1 c Nr. 3 und 2 c Nr. 2; Sieg/Leifermann, 3. Aufl. GewO, § 34 c Anm. 15). Hierbei macht es keinen Unterschied, ob er selbst mehrere Bauhandwerker mit der Ausführung einzelner Gewerke und für die Architektenaufgaben einen Architekten beauftragt oder ob er einen Generalunternehmer mit der Ausführung des gesamten Bauwerks einschließlich Planung und Bauaufsicht betraut. Der Generalunternehmer ist zwar befugt, in seinem Namen und auf seine Rechnung mit einem Teil der Bauleistungen Nachunternehmer zu beauftragen. Dadurch wird er aber nicht Bauherr. Diese Eigenschaft bleibt vielmehr bei seinem Auftraggeber, der den bestimmenden Einfluß auf das gesamte Baugeschehen behält, für die wirtschaftliche Durchführung des Bauvorhabens auf seinem Grundstück im Rahmen des vereinbarten Werklohns und sonstiger zu erwartender Kosten zu sorgen hat und das sog. Bauherren-Risiko trägt (vgl. auch den sog. "Bauherrenerlaß" vom 31. August 1972 - Betrieb 1972, 1749). Gleiches gilt auch dann, wenn der Bauherr einen Generalübernehmer, der selbst überhaupt keine eigenen Bauleistungen erbringt, sondern alle Bauleistungen durch Nachunternehmer erbringen läßt (vgl. Locher, Baubetreuungsrecht 1973, S. 8 ff; Ingenstau/Korbion,

VOB, 8. Aufl., Anh. zu A Rdn. 50), mit der Durchführung seines Bauvorhabens beauftragt.

c) Im vorliegenden Fall haben die Beklagten durch den Bauvertrag (Werkvertrag) die Klägerin als Generalunternehmerin oder Generalübernehmerin mit der Planung und Errichtung des Bauwerks zum Festpreis beauftragt. Die Klägerin sollte also das Bauwerk zwar im eigenen Namen und für eigene Rechnung, aber auf dem Grundstück der Beklagten erstellen. Bei dieser Sach- und Rechtslage sind die Beklagten selbst die Bauherren. Ihr bestimmender Einfluß auf das gesamte Baugeschehen ist durch den vorliegenden Werkvertrag nicht geringer, als wenn sie zur Errichtung eines Wohnhauses auf ihrem Grundstück einen Architekten mit der Planung, Bauleitung und Bauaufsicht sowie verschiedene Handwerker mit den Bauleistungen betraut hätten. Sie haben zunächst entschieden, daß und wo auf ihrem Grundstück und welches Haus aus dem Typenprogramm der Klägerin gebaut werden sollte. Für die Finanzierung des "Werklohns" - nicht "Kaufpreises", wie das Berufungsgericht irrtümlich meint - mußten sie selbst sorgen. Sie sollten auch den Baubehörden gegenüber als die Bauherren auftreten und tragen das "Bauherren-Risiko" wie jeder andere, der auf seinem Grundstück baut. Besonders deutlich wird hier der bestimmende Einfluß der Beklagten auf das gesamte Baugeschehen noch dadurch, daß sie den Unternehmer wechselten und ihr Bauvorhaben, wenn auch erneut geändert, auf ihrem Grundstück durchführten.

d) Wortlaut sowie Sinn und Zweck des § 34 c Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Buchst. a) GewO rechtfertigen es nicht, den Gewerbetreibenden, der - wie hier - auf dem Grundstück seines Auftraggebers Bauleistungen zum Festpreis erbringt

und dafür Ratenzahlungen nach Baufortschritt fordert, als "Bauherren" ("Bauträger") zu betrachten. Diese Vorschrift und die dazu ergangene DVO 1974 sowie deren Neufassung auf Grund der Änderungsverordnung vom 13. Mai 1975 (BGBl I 1110), in der Neufassung vom 11. Juni 1975 (BGBl I 1352) als Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV) bezeichnet, dienen im Bereich des Wohnungsbaus dem Schutz der Allgemeinheit und der Auftraggeber vor mißbräuchlicher Verwendung von Erwerbs- und Baugeldern durch Wohnungsunternehmer (vgl. BT-Drucks. VI/ 2588, Begr.; BR-Drucks. 786/73). Die Gefahr erheblichen Vermögensschadens ist aber dann verhältnismäßig gering, wenn der Auftraggeber bereits Eigentümer des Grundstücks ist. Er ist dann in der Regel hinreichend dadurch gesichert, daß er Abschläge oder Raten erst nach Bauleistungen zahlt, durch die ihm ein entsprechender Vermögenswert bereits zugeflossen ist. Dagegen ist die Gefahr erheblichen Geldverlustes in den Fällen groß, in denen die Vertragspartner der Bauträger erst später das dingliche Recht an dem zu bebauenden Grundstück oder nur ein Nutzungsrecht erhalten, aber vorher zahlen. Allein diese Fälle besonderer Schutzwürdigkeit vor unseriösen Bauträgern sind in § 34 c Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Buchst. a) GewO und den dazu ergangenen Durchführungsverordnungen erfaßt. Das wird neben dem dargelegten Schutzzweck durch die Kennzeichnung der in dieser Vorschrift aufgezählten Vertragspartner der Bauträger bestätigt. Hier ist die Rede von "Erwerbern, Mietern, Pächtern oder sonstigen Nutzungsberechtigten" sowie von "Bewerbern um Erwerbs- oder Nutzungsrechte."

Noch deutlicher ergibt sich aus den §§ 2, 3 MaBV, daß hier § 34 c GewO nicht anwendbar ist. Diese Verord-

nung ist, was das Berufungsgericht übersehen hat, gemäß Art. 2 der am 18. Mai 1975 in Kraft getretenen Änderungsverordnung auch auf Verträge anzuwenden, die - wie hier - zu diesem Zeitpunkt bereits geschlossen, aber noch nicht erledigt waren, es sei denn - wofür hier nichts vorgetragen und festgestellt ist -, der Bauträger hätte sich für die Anwendung der DVO 1974 in der alten Fassung entschieden.

In §§ 2, 3 MaBV sind die Pflichten des "Bauträgers" dahin festgelegt, daß er, sofern dem Auftraggeber Eigentum an einem Grundstück übertragen werden soll, gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz nicht zur Sicherheitsleistung durch Bürgschaft oder Versicherung, sondern gemäß § 3 in anderer Weise zur Sicherung des Auftraggebers verpflichtet ist, nämlich u. a. durch Eintragung einer Vormerkung im Grundbuch (Abs. 1 Nr. 2), Freistellung von etwaigen Grundpfandrechten (Abs. 1 Nr. 3) und Einhaltung bestimmter Zahlungspläne unter Berücksichtigung bestimmter Bauabschnitte (Abs. 2). Ist somit in den Fällen, in denen das Grundstückseigentum dem Auftraggeber erst künftig übertragen werden soll, eine Sicherheitsleistung nicht vorgeschrieben, so kann sie erst recht dann nicht gefordert werden, wenn das Baugrundstück dem Auftraggeber von Anfang an gehört und somit alles, was darauf gebaut wird, in sein Eigentum fällt (§§ 94, 946 BGB). Nur für Bauträgerverträge, bei denen allein Nutzungsrechte an dem zu bebauenden Grundstück begründet werden sollen, verbleibt es nach der Bauträgerverordnung bei der Pflicht zur Sicherheitsleistung und zur Erfüllung eines dieser Vertragsart angepaßten Zahlungsplans (§ 2 Abs. 1, § 3 Abs. 3 MaBV).

e) Da die Klägerin hiernach nicht zu den in § 34 c Abs. 1 S. 2 Nr. 2 aufgeführten Gewerbetreibenden gehört, kommt es auf alles weitere nicht mehr an.

2. Die Beklagten waren folglich nicht zum Rücktritt berechtigt. Ihre endgültige Weigerung der Vertragserfüllung ist als Kündigung zu werten. Sie sind deshalb gemäß III 1.3 AVB zur Zahlung der "Abstandssumme" von 8.316,80 DM (5 % des vereinbarten Gesamtfestpreises) an die Klägerin verpflichtet. Diese Vereinbarung entspricht in etwa der Regelung des § 649 BGB. Sie ist rechtlich nicht zu beanstanden. Die Höhe des Anspruchs, der im wesentlichen den im Werklohn enthaltenen Unternehmergewinn ausgleicht, erscheint angemessen. Die Beklagten haben insoweit auch keine gegenteiligen Umstände dargelegt.

III. Auf die Revision der Klägerin ist daher das angefochtene Urteil aufzuheben. Die Sache ist zur Endentscheidung reif (§ 565 Abs. 3 ZPO). Die Berufung der Beklagten gegen das landgerichtliche Urteil ist als unbegründet zurückzuweisen.

Die Beklagten haben auch die Kosten beider Rechts-
züge zu tragen (§§ 91, 97 ZPO).

Vogt

Meise

Recken

Doerry

Obenhaus