

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 6/79

URTEIL

Verkündet am

17. Januar 1980

Henco,

Justizangestellte

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

der Firma Josef O [REDACTED], vertreten durch die persönlich haftende Gesellschafterin, die Oevermann-Verwaltungs-GmbH, diese vertreten durch ihren Geschäftsführer Josef O [REDACTED], R [REDACTED]-B [REDACTED]-Straße [REDACTED], M [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. Dr. Alfred S [REDACTED], N [REDACTED]-Straße [REDACTED], D [REDACTED],
2. Dr. Paul S [REDACTED], N [REDACTED]-Straße [REDACTED], D [REDACTED],
3. Hugo B [REDACTED], N [REDACTED]-Straße [REDACTED], D [REDACTED],
4. die R [REDACTED]-W [REDACTED] I [REDACTED]-Anlage Gesellschaft F [REDACTED] A [REDACTED]-M [REDACTED]-KG, vertreten durch ihre persönlich haftenden Gesellschafter, die Beklagten zu 1-3,

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Januar 1980 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Dr. Girisch, Meise, Dr. Recken und Bliesener

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Klägerin werden die Urteile des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 15. November 1978 und der 10. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Düsseldorf vom 15. März 1978 aufgehoben.

Der Klaganspruch ist dem Grunde nach gerechtfertigt.

Wegen der Höhe des Anspruchs und der Kosten des gesamten Rechtsstreits wird die Sache an das Landgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Stadt B[REDACTED] plante im Jahre 1970, ein Wohn- und Geschäftszentrum zu errichten. Sie stellte die notwendigen Grundstücke zur Verfügung und übertrug die Verwirklichung des Bauvorhabens der Firma C[REDACTED]-Bau KG, Baubetreuungs-GmbH & Co, L[REDACTED] (künftig "C[REDACTED]-Bau"). An den zu erstellenden Gebäuden sollte durchweg Wohnungs- und Teileigentum gebildet werden.

- 3 -

Die Beklagte zu 4, eine Immobilienanlagegesellschaft (künftig "die Beklagte"), deren persönlich haftende Gesellschafter die Beklagten zu 1-3 sind, beabsichtigte, 30 Raumeinheiten zu erwerben. Sie schloß am 5. April/18. Juni 1971 mit der C-Bau einen "Betreuungsvertrag". Darin heißt es, daß die Raumeinheiten von der Beklagten als "Bauherr" im eigenen Namen und für eigene Rechnung erstellt werden (§ 1) und die C-Bau im Wege der Vollbetreuung beauftragt und ermächtigt wird, das Bauvorhaben im Namen und für Rechnung des Bauherrn vorzubereiten und durchzuführen (§§ 2, 3). Alle Bauleistungen sollte die Baubetreuungsgesellschaft im Namen und für Rechnung des Bauherrn vergeben (§ 6). Im Interesse einheitlicher Rechtsverfolgung hatte bis 18 Monate nach Übergabe der Raumeinheiten ausschließlich die C-Bau die Gewährleistungsansprüche der Bauherren wahrzunehmen (§ 11). Die Herstellungskosten waren (ohne Grundstück) "bindend" auf 6.416.293 DM festgelegt worden und konnten sich nur unter gewissen Voraussetzungen verändern. Rechnung über die Herstellungskosten brauchte die C-Bau nicht zu legen (§ 12). Die Beklagte beteiligte sich an dem Projekt mit weiteren 150 Raumeinheiten. Durch notarielle Verträge vom 23. Dezember 1971 und 20. April 1972 erwarb sie die zu den Raumeinheiten gehörenden Miteigentumsanteile am Grundstück (verbunden mit dem Sondereigentum an den Raumeinheiten) unmittelbar von der Stadt B. Beim Kauf wurde sie von der C-Bau vertreten.

Die Klägerin hat die Rohbauarbeiten für das Stadtmitteprojekt übernommen und ausgeführt. In dem mit ihr



am 16. November 1971 von der C-Bau geschlossenen Bauvertrag (mit Nachtrag vom gleichen Tage) ist als Auftraggeber die C-Bau bezeichnet, die die im einzelnen aufgeführten Bauleistungen der Klägerin "in Wahrnehmung der Bauherrenfunktion für die Bauherrengemeinschaft Stadtmitte B" übertrug. In Ziffer 1.3 heißt es dann ausdrücklich, der Vertrag werde "im Namen und für Rechnung der Bauherren" geschlossen, die jedoch nicht gesamtschuldnerisch, sondern nur für ihren Anteil an der Bauunternehmerleistung haften sollen. Die Haftung des einzelnen Bauherren für den Gesamtauftrag "werde auf den Anteil beschränkt, der dem Verhältnis der Baumaßnahme des Bauherrn zur Gesamtleistung des Auftragnehmers nach Maßgabe dieses Vertrages" entspreche. Die unter Ziffer 1.4 des Vertrags vorgesehene Bestimmung, wonach der Auftragnehmer die von den einzelnen Bauherren auf die einzelnen Raten der Herstellungskosten zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten an den Auftraggeber geleisteten Zahlungen insoweit als Zahlung mit schuldbefreiender Wirkung gegen sich gelten lasse, als diese Raten den Anteil des einzelnen Bauherren an den Bauunternehmerleistungen betreffen, entfiel gemäß Ziffer I 4. des Nachtrags. Nach Ziffer I 3. des Nachtrags sollte für alle Bauteile, deren Erwerber, d.h. Bauherr, nicht feststehe, die C-Bau Bauherr im Sinne des Bauvertrags bleiben. Die Kaufverträge der feststehenden Bauherren sollten der Klägerin zur Einsicht zugänglich gemacht werden. In einer ebenfalls am 16. November 1971 getroffenen schriftlichen Schiedsgerichtsvereinbarung sind die Bauherren oder ein Vertretungsverhältnis zwischen ihnen und der C-Bau nicht erwähnt.

Der gesamte Rechnungs- und Zahlungsverkehr wurde zunächst über die C[REDACTED]-Bau abgewickelt. Auf die "Bauherrngemeinschaft Stadtmitte Bergkamen, vertreten durch die C[REDACTED]-Bau KG" hat die Klägerin die Schlußrechnung vom 6. Juni 1974 ausgestellt. 1976 geriet die C[REDACTED]-Bau in Vermögensverfall.

Die Klägerin verlangt nunmehr von den Beklagten anteiligen Restwerklohn in Höhe von 270.733 DM nebst Zinsen. Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der - angenommenen - Revision, um deren Zurückweisung die Beklagten bitten, verfolgt die Klägerin die Klage weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Das Berufungsgericht verweist auf sein das Stadtmitteprojekt M[REDACTED] betreffendes Urteil vom 28. Dezember 1977, das in Betrieb 1978, 583 veröffentlicht und Gegenstand des Revisionsverfahrens VII ZR 42/78 ist. Es hebt hervor, daß maßgeblich die steuerliche Lage die Beteiligten bewogen habe, den Baubetreuungsvertrag und den Bauvertrag in einen Wortlaut zu fassen, der dem wirklichen Willen der Vertragspartner nicht entsprochen und zu der gesamten Abwicklung eines solchen umfangreichen Bauprojekts nicht gepaßt habe. Hätten allerdings die Beteiligten eine bestimmte zivilrechtliche Gestaltung gewollt, um damit ein bestimmtes steuerrechtliches

Tatbestandsmerkmal zu schaffen, so wäre diese Gestaltung ernstlich gewollt. So sei es hier aber gerade nicht, denn der Betreute könne sich die Steuervorteile, die zur Bauförderung gewährt würden, jedenfalls nicht dadurch sichern, daß er die Verträge mit den Bauhandwerkern in seinem Namen schließen lasse. Solche Vertragsabschlüsse seien nach dem sog. Bauherrenenerlaß nur ein Merkmal unter vielen für den steuerrechtlichen Begriff des Bauherren. Zwar möge es nach dem Bauherrenenerlaß schwierig geworden sein, bei einer Baubetreuung im weiteren Sinne die Steuervorteile zu erhalten. Es liege aber "zumindest genau so nahe, daß diesen Schwierigkeiten lediglich mit dem Wortlaut der Verträge begegnet" werde, als mit einer wirklich gewollten zivilrechtlichen Haftung. Eine Täuschung der Steuerbehörden liege darin nicht.

Auf jeden Fall fehle es - wie auch in den anderen vom Berufungsgericht entschiedenen, von der C-Bau betreuten Stadtmitteprojekten - an einer Vollmacht der Beklagten. Hier komme hinzu, daß nach Ziffer 1.3 des Bauvertrags in Verbindung mit I 3. des Nachtrags die C-Bau nur einzelne Bauherren des gesamten Projekts gegenüber der Klägerin unmittelbar verpflichtet habe, nämlich die, die bereits "feststanden", die anderen dagegen nicht. Es habe aber nicht dem Willen der Betreuten entsprochen, der Betreuerin zu gestatten, willkürlich einzelne Betreute schlechter zu stellen als andere. Die Beklagte habe das auch nicht genehmigt. Ihr sei wohl der Bauvertrag, nicht aber der Nachtrag bekannt gewesen.

2. Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

Der Senat hatte sich schon einmal mit der Frage zu befassen, wer bei einer Vertragsgestaltung wie der vorliegenden Vertragspartner der Bauhandwerker wird, die Bauherren oder der Baubetreuer (BGHZ 67, 334, ausführlicher abgedruckt in NJW 1977, 294). Der Senat hat damals bei eindeutigem Wortlaut des Vertrags, wonach die Bauherren, vertreten durch den Baubetreuer, Auftraggeber waren, keinen übereinstimmenden gegenteiligen Willen der Vertragsschließenden angenommen, daß Auftraggeber allein der Baubetreuer sein solle, weil der Bauhandwerker seine Auftraggeber bei Vertragsschluß etwa schon kennen mußte und nie mit einer Vielzahl ihm zunächst unbekannter Bauherren abschließen wolle. Es besage auch nichts, wenn der Baubetreuer den Rechnungs- und Zahlungsverkehr abwickle, weil das zu seinen Pflichten gegenüber dem Bauherren gehöre. Die Vereinbarung eines pauschalen Gesamtpreises für mehrere Wohnblöcke spreche ebenfalls nicht für eine Vertragspartnerschaft nur des Baubetreuers. An einer entsprechenden Vollmacht des Betreuers zur Vergabe der Bauarbeiten im Namen der Bauherren fehle es nicht, selbst wenn mit diesen ein Festpreis vereinbart sei, der dann als Preisgarantie des Betreuers zu deuten sei. Gewisse Risiken doppelter Inanspruchnahme seien nicht zu vermeiden, vor allem, wenn mit dem Abschluß der Bauverträge im Namen des Bauherren der Zweck verfolgt werde, dem Betreuten steuerliche Vorteile zu verschaffen, wie das in aller Regel der Fall sei. Für die steuerliche Anerkennung sei erforderlich, daß die jeweils gewählte bürgerlich-rechtliche Gestaltung ernsthaft gewollt sei. Eine bestimmte

vertragliche Regelung könne nicht gleichzeitig als steuerrechtlich gewollt und als zivilrechtlich nicht gewollt angesehen werden.

Die Senatsentscheidung hat Zustimmung gefunden (vgl. etwa Crezelius NJW 1978, 2158 und Wolfsteiner DNotZ 1979, 579 Fußn. 3, 591 Fußn. 21). Sie ist aber auch auf Kritik gestoßen (vgl. z.B. LG Arnsberg NJW 1978, 1588; Brych (wie schon früher) Betrieb 1979, 1589 und in Reithmann/Brych/Manhart, Kauf vom Bauträger, 3. Aufl., Rdn. 50, 51).

An ihr ist festzuhalten. Die insoweit entwickelten Grundsätze gelten auch für ein Bauvorhaben der hier in Frage stehenden Art.

a) Der Wortlaut des mit der Klägerin abgeschlossenen Bauvertrags ist eindeutig. Zwar ist darin die C-Bau als "Auftraggeber" bezeichnet. Aber schon im Eingang des Vertrags heißt es, sie übertrage der Klägerin die Ausführung der Bauleistungen "in Wahrnehmung der Bauherrenfunktion für die Bauherrengemeinschaft Stadtmitte Bergkamen". Eine solche Kurzbezeichnung genügt (vgl. BGH NJW 1977, 294 m.N.; vgl. auch das Senatsurteil NJW 1977, 1686). Darüber hinaus ist in einer besonderen Vertragsbestimmung ausdrücklich festgelegt, daß der Vertrag "im Namen und für Rechnung der Bauherren geschlossen" werde und die Bauherren nicht gesamtschuldnerisch, sondern anteilig für den Werklohn haften, wie das der ständigen Rechtsprechung des BGH entspricht (vgl. erst neuerdings wieder BGHZ 75, 26). Die Vertragsbestimmung enthält sogar Einzelheiten über die Berechnung der Quote, zu der die Bauherren nur in Anspruch genommen werden

können. Daß die im Vertragstext zunächst vorgesehene Klausel, wonach die Klägerin Zahlungen der Bauherren an die Betreuerin als Zahlungen mit schuldbefreiender Wirkung gegen sich gelten läßt, nicht Vertragsinhalt geworden ist, spielt keine entscheidende Rolle. Dadurch wird nicht in Frage gestellt, daß die Bauarbeiten im Namen der "Bauherren" vergeben worden sind und nicht etwa die C-Bau die alleinige Vertragspartnerin der Klägerin sein sollte.

Auch an der nötigen Bestimmbarkeit der Vertragspartner der Klägerin fehlt es nicht. Sie sind unschwer über die für das örtlich genau bezeichnete Bauvorhaben geschlossenen Erwerbs- und Betreuungsverträge zu ermitteln. Im Nachtrag zum Bauvertrag ist außerdem festgelegt, daß für alle "Bauteile", deren Erwerber nicht feststehen, die C-Bau Bauherr im Sinne des Bauvertrags bleibe. Die Beklagte gehört zu den "feststehenden" Bauherren. Sie hatte den Baubetreuungsvertrag mit der C-Bau bereits geschlossen, womit die ausschlaggebende Grundlage für den Erwerb der Raumeinheiten geschaffen war.

b) Der eindeutige Wortlaut des Vertrags wäre nur dann nicht maßgebend, wenn ihm der gegenteilige übereinstimmende Wille der Vertragschließenden entgegenstände, daß Auftraggeberin allein die Baubetreuerin sein solle (vgl. Senatsurteil NJW 1977, 294 m.N.). Das ist jedoch nicht der Fall.

aa) Wenn in der Schiedsgerichtsvereinbarung, also einer Nebenabrede, lediglich die Baubetreuerin genannt

und die Bauherrengemeinschaft nicht erwähnt ist, so besagt das noch nicht, daß die Baubetreuerin dann auch alleinige Vertragspartnerin der Klägerin für den Bauvertrag hätte sein sollen. Zum einen ließe sich eher der Schluß ziehen, daß eine solche Nebenabrede dem Hauptvertrag folgt, wofür hier spricht, daß schon in Ziffer 5.2 des Bauvertrags vorgesehen war, eine Schiedsgerichtsvereinbarung zu treffen. Dabei kann freilich zweifelhaft sein, ob die Baubetreuerin zum Abschluß einer Schiedsgerichtsvereinbarung von den Bauherren bevollmächtigt war. Zum anderen aber konnte eine lediglich zwischen der Klägerin und der C■■■-Bau geltende Schiedsgerichtsvereinbarung durchaus sinnvoll sein. Denn zu einem nicht unerheblichen Teil trat die C■■■-Bau selbst als "Bauherr" auf. Soweit sie etwa ohne Vertretungsmacht handelte, konnte sie gemäß § 179 BGB auf Erfüllung in Anspruch genommen werden. Schließlich war im Interesse einheitlicher Rechtsverfolgung ausschließlich sie ermächtigt, über einen bestimmten Zeitraum hinweg nach Übergabe der Raumeinheiten Gewährleistungsansprüche der Bauherren gegen die Bauhandwerker geltend zu machen.

bb) Aus dem Umfang des Bauvorhabens und der damit verbundene großen Zahl der zu erwartenden Bauherren läßt sich ebenfalls nicht der übereinstimmende Wille der Vertragsschließenden herleiten, nur die Baubetreuerin habe der Vertragspartner der Bauhandwerker sein sollen.

Zwar ging es in der mehrfach erwähnten Senatsentscheidung BGHZ 67, 334 = NJW 1977, 294 um die Erstellung

von drei wohnblockartigen Mehrfamilienhäusern mit einer nur begrenzten Zahl beteiligter Bauherren. Der Senat hatte es aber auch schon mit umfangreicheren Bauherrengemeinschaften zu tun: so waren es z.B. in der Sache NJW 1979, 2101 insgesamt 25 Wohneinheiten; im Urteil vom 6. April 1978 - VII ZR 57/77 = BauR 1978, 317 ging es um eine "größere Anzahl" von Erwerbern. In dem vom VIII. Zivilsenat entschiedenen Verfahren NJW 1959, 2160 waren an der Aufbaugemeinschaft 67 Wohnungseigentümer beteiligt.

Stadtmitteprojekte der hier in Frage stehenden Art sind zwar noch umfangreicher. Sie umfassen zudem verschiedenartige Raumeinheiten, solche die Wohnzwecken und solche die gewerblichen Zwecken dienen. Das macht aber keinen durchgreifenden Unterschied. Auch reine Wohnanlagen brauchen keineswegs einheitlich gestaltet zu sein, sondern können aus verschiedenartigen Eigentumswohnungen mit unterschiedlicher Verbindung zu gemeinschaftlichen Einrichtungen, etwa einem Schwimmbad, bestehen. Nicht selten befinden sich jedoch im Erdgeschoß solcher Wohnanlagen gewerbliche Räume, an denen Teileigentum begründet wird. Es ist nicht zu erkennen, warum das den Zusammenschluß aller Erwerber zu einer Bauerrichtungsgemeinschaft hindern soll. Je größer die Zahl der Beteiligten ist, desto schwieriger wird es zwar für sie, das vorgesehene Bauvorhaben gemeinschaftlich ohne fremde Hilfe zu verwirklichen. Das bedeutet aber nur, daß dann die Vereinigung aller den Bauherren obliegenden Aufgaben in einer Hand unumgänglich erscheint. Diese Funktion kann und soll aber gerade der Baubetreuer übernehmen (BGH BauR 1978, 317, 318). Des-

wegen ist es für die Erwerber nicht etwa unmöglich oder auch nur untunlich, eine Bauerrichtungsgemeinschaft zu bilden, in deren Namen der Baubetreuer dann tätig wird. Umfangreiche und komplizierte Bauvorhaben zur Errichtung von Wohnungs- und Teileigentum mögen besonders gearteter Betreuung bedürfen. Gleichwohl können sie von den Erwerbern der Raumeinheiten als Bauherrengemeinschaft und müssen nicht zwangsläufig von einem Bauträger im eigenen Namen errichtet werden, der dann auch der alleinige Auftraggeber der Bauhandwerker wäre.

Stadtmitteprojekte mögen, was den Umfang und die Art der jeweiligen Vorhaben angeht, den bisher geläufigen Rahmen überschreiten. Dem Wesen nach unterscheiden sie sich von schon bekannten, gemischten Wohn- und Geschäftsanlagen aber nicht. Daher ist es nicht gerechtfertigt, sie anders zu behandeln und allein aus ihrem Umfang und ihrer Eigenart auf den übereinstimmenden Willen der Partner der zur Errichtung der Gebäude abgeschlossenen Werkverträge zu schließen, daß nicht die ausdrücklich genannte Bauherrengemeinschaft, sondern ausschließlich der Baubetreuer Auftraggeber der Handwerker sein solle. Eine andere Frage ist, wie in solchen Fällen die "anteilige" Haftung des einzelnen Bauherren zu bemessen ist, vor allem wenn und soweit sich Leistungen der Handwerker auf Sondereigentum und gemeinschaftliches Eigentum trennen lassen. Schwierigkeiten, die insoweit auftreten könnten, erscheinen nicht unüberwindbar, so daß auch aus diesem Grund nicht angenommen werden kann, eine Vertragspartnerschaft der Bauherren zu den Bauhandwerkern scheide nach ihrem übereinstimmenden Willen aus.

cc) Das läßt sich im übrigen auch nicht deshalb annehmen, weil es bei derartigen Bauvorhaben den Bauhandwerkern keineswegs gleichgültig sein kann und auch nicht ist, wer ihr Vertragspartner wird. Es geht zu einem erheblichen Teil um kostspielige Objekte mit beachtlichem gewerblichen Nutzwert, für die nur Erwerber mit entsprechender finanzieller Leistungsfähigkeit in Frage kommen, etwa Immobilienfonds, wie sie von der Beklagten repräsentiert werden. Deren finanzielle Leistungsfähigkeit wird sogar in der Regel auf Dauer die des jeweiligen Baubetreuungsunternehmens übertreffen. Die Bauhandwerker müssen daher daran interessiert sein, Werklohnansprüche (mit allen Sicherungsmöglichkeiten) gerade gegen die Erwerber zu erhalten, denen als Wohnungs- bzw. Teileigentümer, also auch Miteigentümer am Grundstück, die Bauleistungen tatsächlich zufließen.

Ihrem unbezweifelbaren weiteren Interesse, es bei Errichtung des Baues und Abwicklung des gesamten Vorhabens nicht ständig mit einer Vielzahl von Bauherren zu tun zu haben, wird schon dadurch hinreichend Rechnung getragen, daß alle Bauherrenfunktionen allein vom Baubetreuer wahrgenommen werden. Dieser wiederum kann den von ihm erstrebten Gewinn auch dann erzielen, wenn er nicht Vertragspartner der Bauhandwerker ist, aber mit den von ihm betreuten Bauherren - wie hier - Festpreise vereinbart hat, über die er bei normaler Abwicklung des Bauvorhabens nicht abrechnen muß.

dd) Deshalb besagt es auch nichts, wenn die Klägerin zunächst ihre nach dem einheitlich mit der Bauherrengemeinschaft geschlossenen Bauvertrag erbrachten

Leistungen einheitlich, also ohne Aufteilung auf die einzelnen Bauherren, mit der Baubetreuerin abgerechnet hat. In deren Händen, aber eben als Betreuerin, lag nach dem Willen sowohl der Bauherren, wie der Bauhandwerker der gesamte Rechnungs- und Zahlungsverkehr. Diese Vereinfachung lag im Interesse aller Beteiligten und hätte bei normaler Abwicklung des Bauvorhabens zu keinen Weiterungen geführt. Darauf kommt es allein an, alles andere wäre eine unzulässige rückschauende Betrachtung. Denn die vereinfachende Handhabung des Rechnungs- und Zahlungsverkehrs war von vornherein für beide Teile nicht ohne Risiko. Es war vorauszusehen, daß bei Störungen in der Abwicklung des Bauvorhabens die Bauhandwerker in Schwierigkeiten geraten konnten, ihre zusammengefaßten Abrechnungen nunmehr aufgliedern zu müssen, während es für die Bauherren zu Unklarheiten kommen konnte, wie vom Baubetreuer an die Handwerker weitergeleitete Zahlungen zu verrechnen sind. Beidem wäre vorzubeugen gewesen. Daraus, daß es nicht geschehen ist, kann aber nicht geschlossen werden, daß die Vertragspartner übereinstimmend eine einseitig für die Bauherren risikolose Vertragsgestaltung gewollt haben, nämlich, daß die Baubetreuerin der wahre Vertragspartner der Bauhandwerker sein sollte.

ee) Dabei bliebe außerdem das Interesse außer Betracht, das die Erwerber daran haben, die Bauverträge tatsächlich in ihrem Namen abschließen zu lassen, um sich die mit dem gewählten "Bauherrenmodell" verbundenen steuerlichen Vorteile zu verschaffen. Solche steuerlichen Anreize spielen beim Erwerb von Objekten der hier in Frage stehenden Art eine erhebliche Rolle.

Ob die erstrebten Steuervorteile erreicht werden, hängt von verschiedenen Voraussetzungen ab, die erfüllt sein müssen, damit der Steuerpflichtige als "Bauherr" anerkannt wird. Er wird das nur, wenn er auf eigene Rechnung und Gefahr baut oder bauen läßt, was unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles nach dem wirklichen Gehalt der von den Parteien getroffenen Vereinbarungen und deren tatsächlicher Durchführung zu entscheiden ist (§ 7 Abs. 5 a.F. EStG, § 11 c EStDV, Abschnitt 56 a.F. EStR; vgl. auch BFHE 90, 534, 537). Wenn danach auch nicht immer sicher vorausgesagt werden kann, ob ein Bauinteressent schließlich als "Bauherr" anerkannt wird, so ist ihm die Anerkennung jedoch grundsätzlich bereits dann zu versagen, wenn er aus den Verträgen über die Ausführung des Bauvorhabens weder berechtigt noch verpflichtet wird.

Daran hat schon der sog. Bauherrenenerlaß des Bundesfinanzministeriums vom 31. August 1972 (BStBl I 486 = Betrieb 1972, 1749) in Buchstabe i) angeknüpft. Dabei sind die Oberfinanzdirektionen geblieben (vgl. die Rundverfügungen der OFD Hannover vom 12. September 1977 = Betrieb 1977, 2204 und vom 2. Oktober 1978 = Betrieb 1978, 2047). Auch der Bundesfinanzhof hat sich dem angeschlossen (vgl. Urteil vom 15. März 1973 BStBl II 593 = Betrieb 1973, 1628; vgl. auch das zum Investitionszulagengesetz ergangene Urteil vom 25. Juni 1976 BStBl II 728 = Betrieb 1976, 1893). Es ist deshalb zur Anerkennung der steuerlichen Bauherreneigenschaft in der Regel - bis auf seltene Ausnahmen - unumgänglich, daß die Verträge über die Bauausführung mit den einzelnen Unternehmern in offener Stellvertretung für die Bauinteressenten abgeschlossen werden.

Wenn daher die Erwerber von Wohnungs- und Teileigentum an dem Stadtmittelpunkt überhaupt die Aussicht haben wollten, steuerlich als Bauherren anerkannt zu werden, mußten sie die Verträge mit den Bauhandwerkern unmittelbar abschließen, so wie es nach dem eindeutigen Wortlaut der Bauverträge hier auch geschehen ist. Dabei war für die steuerliche Anerkennung erforderlich, daß die gewählte bürgerlich-rechtliche Gestaltung auch ernsthaft gewollt war (BGHZ 67, 334, 338 m.N.). Da die Errichtung der Wohn- und Geschäftszentren die Dilligung der zuständigen Behörden gefunden haben muß und den Interessenten auch steuerliche Anreize für den Erwerb geboten werden sollten, mögen die Finanzbehörden später bei der Anwendung des Bauherrenenerlasses nicht kleinlich gewesen sein. Daß sie von dem Erfordernis der unmittelbaren Berechtigung und Verpflichtung der Interessenten aus den Verträgen über die Ausführung des Bauvorhabens abgehen würden, war jedoch schon aus Gründen der Gleichbehandlung mit anderen Projekten nicht zu erwarten. Denn dann hätten die Interessenten schwerlich das für einen Bauherrn typische Risiko getragen, auf das es für die Anerkennung der Bauherreneigenschaft schon immer ankam. Dem haben die Parteien und die Baubetreuerin mit der gewählten Vertragsgestaltung ersichtlich vorbeugen wollen. Das allein ist entscheidend.

Bei dieser Sachlage muß davon ausgegangen werden, daß der Abschluß des Werkvertrags zwischen den Parteien, so wie es dessen eindeutiger Wortlaut wiedergibt, auch ernstlich gewollt war. Wäre er es nicht, würde das bedeuten, daß der Vertrag zur Täuschung der Finanzbehörden

so abgefaßt worden wäre. Das kann den Parteien nicht unterstellt werden.

ff) Soweit die Klägerin sich, nachdem es zu Störungen bei der Abwicklung des Bauvorhabens gekommen war, zunächst an die C-Bau gehalten hat, um von ihr die noch ausstehenden Zahlungen zu erhalten, kann daraus für die Frage, wer die Partner des vor Baubeginn abgeschlossenen Werkvertrags sind, nichts hergeleitet werden. Abgesehen davon, daß diese Maßnahmen mittelbar auch der Entlastung der Bauherren dienten, von denen die Klägerin nichts einzufordern brauchte, soweit sie von der C-Bau befriedigt wurde, machte sich die Klägerin damit lediglich den Standpunkt der C-Bau zu eigen, selbst Vertragspartnerin zu sein. Das bot der Klägerin die Möglichkeit, unter Umständen schneller zu ihrem Geld zu kommen. Dagegen läßt ihr Verhalten nicht den Schluß zu, sie habe von Anfang an nur die C-Bau in deren Einvernehmen als Auftraggeberin angesehen.

Das ist hier umso weniger möglich, als die Klägerin in den Vereinbarungen mit der C-Bau vom 23. Dezember 1974 und 14. April 1975, die dem von der Klägerin gegen die C-Bau angestrebten Schiedsgerichtsverfahren vorausgingen, jeweils ausdrücklich ihren Standpunkt aufrecht erhalten hat, nicht nur die C-Bau, sondern auch die anderen "Bauherren" seien ihre Vertragspartner. Sie hat sich lediglich bereit gefunden, erst gegen die anderen Mitglieder der Bauerrichtungsgemeinschaft vorzugehen, wenn die abschließende Klärung der damals offenen Abrechnungsfragen mit der C-Bau endgültig ge-

scheitert ist oder der Klägerin zustehende Zahlungen von der C-Bau verweigert werden. Dieser Fall ist eingetreten. Daraus, daß die Klägerin allein gegen die C-Bau das Schiedsgerichtsverfahren betrieben hat, kann daher für ihren Willen bei Vertragsschluß, wer ihr Vertragspartner sein soll, nichts entnommen werden.

gg) Der Vortrag der Beklagten (unter Beweisantritt), die Klägerin habe genau gewußt, daß nach Maßgabe des Baubetreuungsvertrags die einzelnen Erwerber "eben nicht" Vertragspartner der Klägerin hätten werden sollen und nach dem Vertragszweck hätten werden können, ist zu allgemein gehalten, als daß daraus der übereinstimmende Wille der Parteien hergeleitet werden könnte, entgegen dem eindeutigen Vertragswortlaut habe die C-Bau alleinige Vertragspartnerin der Klägerin werden sollen. Denn aus dem - wie noch darzulegen sein wird - ebenfalls eindeutigen Wortlaut der Betreuungsverträge ergab sich das gerade nicht.

Unerheblich ist ferner, wozu sich die C-Bau in dieser Frage selbst bekannt hat. Dem ist ein übereinstimmender gegen den Vertragswortlaut gerichteter Wille der Parteien bei Vertragsschluß nicht zu entnehmen. Der Erklärung der C-Bau in der Vereinbarung vom 23. Dezember 1974, alleinige Schuldnerin der Klägerin zu sein, steht die Erklärung der Klägerin in der gleichen Vereinbarung gegenüber, sie halte ihren Standpunkt aufrecht, daß auch die "Bauherren" ihre Vertragspartner seien. Schließlich lassen auch die von der Beklagten in das Verfahren eingeführten Aussagen, die Dr. S von der C-Bau in einem anderen Rechtsstreit allgemein

darüber gemacht hat, wie er die Rechtsbeziehungen zwischen den an den jeweiligen Stadtmittelpunkten Beteiligten beurteile, keinen Schluß auf einen übereinstimmenden gegen den eindeutigen Vertragswortlaut gerichteten Willen der Parteien zu.

c) Die C■■■-Bau war von der Beklagten auch bevollmächtigt, den Werkvertrag mit der Klägerin in ihrem Namen abzuschließen. Das ergibt sich wiederum eindeutig aus dem Betreuungsvertrag (§§ 2, 3, 6), wonach die C■■■-Bau ermächtigt wurde, das Bauvorhaben im Namen und für Rechnung der Bauherren vorzubereiten und durchzuführen, sie u.a. gegenüber Bauausführenden, Lieferanten usw. zu vertreten, sowie alle Bauleistungen im Namen und für Rechnung der Bauherren zu vergeben.

Daß der C■■■-Bau nach dem Betreuungsvertrag noch weitergehende Rechte eingeräumt worden sind, nämlich die Eigentumsverhältnisse zu regeln, die Gemeinschaftsordnung festzulegen und im Interesse einheitlicher Rechtsverfolgung über einen gewissen Zeitraum hinweg die Gewährleistungsansprüche ausschließlich wahrzunehmen, steht dem nicht entgegen. Das erklärt sich aus der Notwendigkeit, bei einem so umfangreichen Projekt die Bauherrenfunktionen möglichst weitgehend in einer Hand zu vereinigen, um das von den Bauherren erstrebte gemeinsame Ziel reibungslos zu erreichen. Dasselbe gilt für die Bestimmung im Betreuungsvertrag (§ 10), in der der Betreuungsvertrag mit dem von der C■■■-Bau und der Stadt über die Errichtung des Wohn- und Geschäftszentrums geschlossenen Vertrag verklammert wurde. Das alles

ändert an der nach außen hin unbeschränkten Bevollmächtigung der Baubetreuerin, die Bauleistungen im Namen der Bauherren zu vergeben, nichts.

Daß die Vereinbarung eines Festpreises für eine solche Bevollmächtigung kein Hinderungsgrund ist und daß die Bevollmächtigung auch ernsthaft gewollt sein muß, um die erstrebten Steuervorteile zu erlangen, hat der Senat bereits in BGHZ 67, 334, 337 ff ausgeführt. Das gilt auch hier. In jener Entscheidung hat sich der Senat ferner mit den Risiken auseinandergesetzt, die mit der unmittelbaren Beauftragung der Handwerker und der Zwischenschaltung des Baubetreuers für den Bauherren verbunden sind. Sie bestehen in gleichem Maße in Fällen der vorliegenden Art, nötigen aber nicht zu einer grundsätzlich anderen Beurteilung. Sie sind hier wie da unvermeidbar, wenn die von den Beteiligten insgesamt erstrebten - auch steuerlichen - Ziele erreicht werden sollen.

Die C-[REDACTED]-Bau hatte die ihr erteilte Vollmacht auch nicht dadurch überschritten, wie das Berufungsgericht meint, daß der Klägerin gegenüber aus dem Bauvertrag unmittelbar nur die "feststehenden" Bauherren verpflichtet wurden und im übrigen die C-[REDACTED]-Bau selbst als "Bauherr" auftrat. Dem Baubetreuungsvertrag ist keine Beschränkung der Vollmacht der C-[REDACTED]-Bau dahin zu entnehmen, daß sie die Bauleistungen im Namen des jeweiligen Betreuten nur dann vergeben dürfe, wenn das für sämtliche Erwerber von Raumeinheiten geschehe und die C-[REDACTED]-Bau nicht selbst als "Bauherr" ebenfalls Vertragspartnerin der Bauhandwerker werde. Eine solche Beschränkung ergibt

sich auch nicht "aus der Natur der Sache". Der Betreuerin war damit nicht etwa willkürlich gestattet, einzelne Betreute schlechter zu behandeln als andere. Wenn sie hier den Bauvertrag nur im Namen der bereits "feststehenden" Bauherren und im übrigen im eigenen Namen abgeschlossen hat, so erklärt sich das vielmehr zwanglos daraus, daß sie vor oder zu Baubeginn noch nicht für alle Raumeinheiten Interessenten gefunden hatte und möglicherweise auch selbst Raumeinheiten erwerben wollte, die Klägerin aber auf einer klaren Regelung über die Vertragspartnerschaft der "Bauherren" bestand. Ein solcher Vertragsabschluß hält sich durchaus im Rahmen der der C-Bau von den Betreuten erteilten Vollmacht. Damit wurde nämlich wenigstens für die bereits "feststehenden" Erwerber die für die steuerliche Anerkennung der Bauherreneigenschaft erforderliche Voraussetzung geschaffen, daß sie aus den Verträgen über die Ausführung des Bauvorhabens berechtigt und verpflichtet werden. Da die Erwerber für den Werklohn ohnehin nicht gesamtschuldnerisch, sondern nur anteilig haften, sind sie nicht unzumutbar dadurch beeinträchtigt, daß nicht ausschließlich anderweitige "Bauherren" der Bauerrichtungsgemeinschaft angehören, sondern auch die C-Bau selbst. Darauf, ob die Beklagte den vollen Wortlaut des von ihrer Bevollmächtigten mit der Klägerin geschlossenen Vertrags (einschließlich des Nachtrags) kannte, kommt es nicht an.

II.

Die Urteile der Vorinstanzen können nach alledem keinen Bestand haben. Eine abschließende Entscheidung

ist dem Senat nicht möglich. Es kann jedoch ein Urteil über den Grund der Klagforderung ergehen.

1. Daß die Beklagte zu den "feststehenden" Bauherren gehört, die Partner des Bauvertrags mit der Klägerin werden sollten, ist bereits vorstehend zu I 2 a dargelegt.

Es greift auch die hilfsweise von der Beklagten erhobene Rüge nicht durch, die Klage sei unzulässig, weil, wenn sie, die Beklagte, aus dem Bauvertrag in Anspruch genommen werden könne, dann auch die getroffene Schiedsgerichtsvereinbarung zwischen den Parteien gelten müsse. Dabei kann offen bleiben, ob diese erst nach der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht in das Verfahren eingeführte Rüge nicht gemäß §§ 282 Abs. 3, 296 Abs. 3. 1027 a ZPO verspätet ist. Denn die Schiedsgerichtsabrede ist gegenüber der Beklagten nicht wirksam geworden.

Wenn die Schiedsgerichtsvereinbarung nicht überhaupt nur solche Rechtsbeziehungen erfassen sollte, die unmittelbar zwischen der Klägerin und der C-Bau bestanden, so war die C-Bau zu ihrem Abschluß zu Lasten der von ihr betreuten Bauherren nicht bevollmächtigt. Der mit der Beklagten geschlossene Betreuungsvertrag enthält darüber nichts. Die allgemeine Ermächtigung, die Bauleistungen im Namen der Bauherren zu vergeben, umfaßt nicht die einschneidende Befugnis, für etwaige Streitigkeiten aus diesem Vertrag den ordentlichen Rechtsweg auszuschließen. Das kann hier umso weniger angenommen werden, als es in § 25 des Betreu-

ungsvertrags heißt, daß für alle Streitigkeiten "im Zusammenhang mit der Eingehung oder Ausführung dieses Vertrags" die ordentlichen Gerichte zuständig sein sollten.

Die Beklagte hat die Schiedsgerichtsvereinbarung auch nicht (vorsorglich) gemäß §§ 177 Abs. 1, 182 Abs. 1 BGB genehmigt. Eine derartige ausdrückliche Erklärung hat sie nicht abgegeben. Ihre hilfsweise erhobene Prozeßrüge kann nicht als stillschweigende Genehmigung gedeutet werden; denn sie war sich damals der schwebenden Unwirksamkeit der Schiedsgerichtsvereinbarung und damit ihrer Genehmigungsbedürftigkeit weder bewußt noch rechnete sie mit einer solchen Möglichkeit (vgl. zu diesem Erfordernis BGHZ 47, 341, 351/352 m.N.; BGH Urteil vom 24. Mai 1976 - VIII ZR 301/74 = WM 1976, 876, 878). Sie hat vielmehr ihre Prozeßrüge allein damit begründet, daß, wenn unmittelbare Vertragsbeziehungen zwischen ihr und der Klägerin bestünden, dann auch "notwendig" die Schiedsgerichtsabrede zwischen ihnen gelten müßte. Das ist aber gerade nicht der Fall.

2. Angesichts des von der Klägerin gegen die C-Bau im Rahmen des vorliegenden Stadtmitteprojekts erwirkten Schiedsspruchs ist der für den Erlaß eines Grundurteils erforderliche Grad der Wahrscheinlichkeit gegeben (BGHZ 53, 17, 23), daß der Klaganspruch in irgend einer Höhe besteht. Die Sache ist daher wegen der Höhe der Klagforderung und wegen der Kosten des Rechtsstreits an das Landgericht zurückzuverweisen, das nunmehr den Anteil der Beklagten zu bestimmen haben wird, zu dem sie für der Klägerin etwa zustehenden noch offenen

Restwerklohn haftet. In dem Bauvertrag haben die Parteien den Anteil so umschrieben, daß er "dem Verhältnis der Baumaßnahme des Bauherrn zur Gesamtleistung des Auftragnehmers nach Maßgabe dieses Vertrags entspricht". Dieser Anteil kann, muß sich aber nicht unbedingt mit dem Miteigentumsanteil der Beklagten am Grundstück (verbunden mit dem Sondereigentum an den Raumeinheiten) decken, dessen Größe sich gemäß der Vorbemerkung im Betreuungsvertrag allerdings ähnlich "nach dem Verhältnis des Wertes (ihres) Raumeigentums zum Gesamtwert der Gebäulichkeiten richtet". Darüber zu befinden, ist Sache des Tatrichters. Dasselbe gilt für die noch zu treffende Feststellung, wie die von der C-Bau für die Bauherren geleisteten Zahlungen zu verrechnen sind.

Vogt

Girisch

Meise

Recken

Bliesener