

Rechtsanwalt Dr. David Greiner
Henriettenweg 1, 72072 Tübingen – www.ragreiner.de

Fachhochschule Nürtingen, Außenstelle Geislingen
Studiengang Immobilienwirtschaft

Vorlesung „Ausgewählte Fragen des Immobilienrechts“

Sommersemester 2003

Skript

Stand Februar 2003

Inhaltsverzeichnis

TEIL A: BAUMODELLE	5
I. Begriff des Baumodells	5
II. Der Bauträgervertrag	5
1. Grundstruktur.....	5
2. Die gesetzlichen Grundlagen: § 34 c GewO und die Makler- und Bauträgerverordnung.....	6
2.1. Überblick.....	6
2.2. Exkurs: Gesetz und Verordnung.....	7
2.3. Einzelheiten der MaBV.....	8
2.4. Zur Bürgschaft.....	9
3. Zum Vertragsabschluss, insbesondere zur Form.....	10
4. Rechtsnatur des Bauträgervertrags.....	11
5. Die Vergütung des Bauträgers.....	12
5.1. Allgemeines.....	12
5.2. Leistungsumfang, der für den Festpreis geschuldet ist.....	12
a) Allgemeines.....	12
b) Sonderproblem: Kosten der Erschließung	13
6. Die Wohnungsübergabe	14
6.1. Allgemeines.....	14
6.2. Wohnungsübergabe und Abnahme.....	15
6.3. WEG-rechtliche Wirkung der Wohnungsübergabe.....	15
7. Die Abnahme beim Wohnungseigentum.....	16
7.1. Pflicht zur Abnahme und Definition der Abnahme.....	16
7.2. Zeitpunkt der Abnahme.....	16
7.3. Abnahmeformen	16
7.4. Wesentliche Wirkungen der Abnahme.....	17
7.5. Sonderprobleme der Abnahme von Sondereigentum – Gemeinschaftseigentum.....	17
III. Der Generalunternehmer	19
1. Allgemeines.....	19
2. Das GU-Modell, oder: Anwendbarkeit des § 34 c GewO und der MaBV auf den GU-Vertrag?.....	20
IV. Das Bauherrenmodell	22
1. Grundstruktur	22
1.1. Die Bauherren als BGB-Gesellschaft und die Haftung im Innenverhältnis.....	22
1.2. Die Haftung der Bauherren im Außenverhältnis	23
2. Funktion und Aufgabenbereich des Baubetreuers.....	24
3. Die Bestimmungen der GewO und der MaBV für Baubetreuer	25
4. Das vom Initiator professionell angebotene Bauherrenmodell – ein Kind des Steuerrechts.....	26
4.1. Einleitung.....	26
4.2. Steuerlich relevante Kosten beim Bau und Erwerb von Immobilien.....	26
4.3. Der Bauherrenenerlass.....	28
TEIL B: BAUVERTRAGSRECHT	28
I. Der Bauvertrag nach BGB	28

1. Vorbemerkung	28
2. Die Vergütung beim Werkvertrag.....	29
3 Die Abnahme der Werkleistung (Wiederholung und Vertiefung).....	30
4. Ausführungsfristen, Verzug und Kündigung.....	31
4.1. Ausführungsfristen.....	31
4.2. Verzögerung und Verzug.....	31
4.3. Kündigung / Rücktritt und Schadenersatz wegen Verzögerung	33
a) Schadenersatz statt der Leistung gem. § 281 Abs. 1 BGB.....	33
b) Rücktritt gem. § 323 BGB.....	34
c) Weitere Bestimmungen und Rechtsfolgen bei der Vertragsbeendigung.....	34
5. Mängelhaftung.....	36
II. Der VOB-Vertrag.....	38
1. Begriff und Bedeutung der VOB.....	39
2. Die VOB/B als Allgemeine Geschäftsbedingungen und ihre Einbeziehung.....	39
a) Rechtsnatur der VOB/B und Inhaltskontrolle.....	40
b) Einbeziehung der VOB/B in den Bauvertrag	40
3. Der VOB/B - Einheitspreisvertrag.....	41
3.1. Bedeutung und Zustandekommen; die Funktionen des Leistungsverzeichnisses.....	41
3.2. Die Vergütung und ihre Abrechnung.....	43
a) Allgemeines.....	43
b) Anforderungen an die Abrechnung und Prüfungsfrist.....	43
c) Vorleistungspflicht des AN, Abschlagszahlungen und Zurückbehaltungsrecht.....	44
4. Einige weitere Bestimmungen der VOB/B.....	45
4.1. Behinderung der Ausführung § 6 VOB/B.....	45
4.2. Vertragsstrafe § 11 VOB/B.....	46
4.3. Abnahme § 12 VOB/B.....	47
4.4. Sicherheitsleistung § 17 VOB/B.....	47
TEIL C: PROZESSRECHT.....	47
1. Gerichtliche Zuständigkeiten.....	47
1.1. Rechtsweg (Gerichtsbarkeiten).....	47
1.2. Sachliche und örtliche Zuständigkeit; besondere Zuständigkeiten.....	48
a) Sachliche Zuständigkeit.....	48
b) Örtliche Zuständigkeit und besondere Zuständigkeiten.....	49
2. Ablauf eines Prozesses.....	50
3. Praxisrelevante prozessuale Besonderheiten.....	51
3.1. Selbstständiges Beweisverfahren.....	51
3.2. Streitverkündung.....	52
4. Beispielsfall für Rollenspiel.....	53
TEIL D: RECHT DER IMMOBILIENMAKLER.....	53
1. Grundzüge des Maklervertrags.....	53
1.1. Vorbemerkung.....	53
1.2. Die 2 Tätigkeitsalternativen des Maklers.....	54
1.3. Das Erfolgsprinzip.....	54
2. Besondere Vertragsgestaltungen.....	55
2.1. Der einfache Alleinauftrag.....	55

2.2. Der „erweiterte“ „(qualifizierte“) Alleinauftrag.....	55
2.3. Aufwendungsersatz und Nichtabschlussklausel.....	56
3. Zustandekommen des Maklervertrages.....	57
3.1. Formfragen.....	57
3.2. Angebot und Annahme.....	58
4. Der Provisionsanspruch.....	59
5. Ausschluss des Provisionsanspruchs.....	61
5.1. Doppeltätigkeit.....	61
5.2. Ausschluss des Provisionsanspruchs wegen Pflichtverletzung.....	62
5.3. Selbsteintritt und Eigengeschäfte.....	64
a) Allgemeines.....	64
b) Wirtschaftliche Verflechtung zwischen Makler und Vertragsgegenseite.....	64
6. Haftung für fehlerhafte Angaben.....	65
7. Vermittlung von Mietwohnungen.....	66

Anhang

Muster

Bauträgervertrag über Eigentumswohnung	66
Bürgschaft gem. § 7 MaBV	73
Bauherrenerlass	74
Leistungsverzeichnis	77
Bauvertrag (Kohlhammer-Formular)	80
Aufmasszettel	81
Abrechnung beim Einheitspreispreisvertrag	83
Urteil des LG Berlin zur Reservierungsgebühr des Maklers	84

Gesetzes- und Verordnungstexte

Gewerbeordnung, § 34 c	86
Makler- und Bauträgerverordnung	87
Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften	91
VOB/B (2002)	96
Wohnungsvermittlungsgesetz	95

Teil A: Baumodelle

I. Begriff des Baumodells

Es gibt bekanntlich verschiedenste Möglichkeiten, wie man eine Immobilie bauen oder bauen lassen kann und demnach unendlich viele vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten am Bau.¹ Einige Grundformen haben sich aber herausgebildet. Außerdem möchten wir die komplexe Realität ja immer gerne in bestimmte „Schubladen einordnen. Diese Grundformen oder „Schubladen“ nennt man häufig „Baumodelle“, und zwar aus 2 Gründen:

Wie ein Baukastenmodell (z.B. eine Märklin-Modelleisenbahn) bestehen Baumodelle aus verschiedenen Komponenten, die aufeinander abgestimmt sind und ineinander greifen. Bei Baumodellen geht es nicht (wie bei der Modelleisenbahn) um Schienen und Waggons, sondern um vertragliche und gesetzliche Komponenten.

Sie tauchen (wie eine Märklin-Modellbahn) jedenfalls mit gleichen Grundzügen immer wieder auf.

Der Begriff „Baumodell“ ist demnach kein Rechtsbegriff, aus dem irgendwelche Folgerungen abzuleiten wären, sondern nur eine Orientierungshilfe zur Systematisierung.

II. Der Bauträgervertrag

(und einige zum Verständnis erforderliche Grundbegriffe des privaten Baurechts, Gesellschafts- und Steuerrechts)

Hinweis: Dieses Skript wird hervorragend ergänzt durch das Bauträger-Merkblatt der Landesnotarkammer Bayern, dessen Lektüre empfohlen wird. Fundstelle im Internet: <http://www.notare.bayern.de> (Buttons Immobilien – Bauträgervertrag).

1. Grundstruktur

Der Bauträger verpflichtet sich im Bauträgervertrag zur Errichtung und Übereignung eines Objekts, meistens einer Eigentumswohnung oder eines schlüsselfertigen Hauses. Typischer Weise wird dafür ein Festpreis vereinbart. Für die Zahlungen werden Raten nach Baufortschritt entsprechend der MaBV vereinbart. Das Eigentum wird dem Erwerber erst nach vollständiger Bezahlung übertragen. Der Bauträger baut gewerblich auf dem eigenen Grundstück und für eigene Rechnung. Er ist alleiniger Vertragspartner der am Bau beteiligten Personen, Unternehmen und Handwerker.²

Das verdeutlicht

¹ Auch der Immobilienfond ist ein häufiges Baumodell. Er wird in dieser Vorlesung aber nicht behandelt, weil er Gegenstand einiger Spezialveranstaltungen ist.

² Vgl. die Definition in § 34 c Abs. 1 Nr. 2 a GewO.

Fall 1: Student der FH Konrad Kuhl (K) hat vom Bauträger Vollmundig (V) zum Festpreis von 175.000 € eine noch zu errichtende Eigentumswohnung gekauft. Der Bauträgervertrag sieht vor, dass Wünsche der Erwerber hinsichtlich der Innenausstattung (Fußbodenbelag usw.) berücksichtigt werden können und dadurch eintretende Kostensteigerungen oder Kostensenkungen den Festpreis entsprechend verändern. Auf Wunsch des K. wird in seiner Wohnung statt des in der Baubeschreibung vorgesehenen Teppichbodens ein von K. ausgesuchtes wertvolles Eichenparkett verlegt. K. erteilt dem Parkettleger dabei noch Weisungen zur Verlegung. Nach Fertigstellung des Hauses beantragt Bauträger V. das Insolvenzverfahren. Kurz danach meldet sich der Parkettleger bei K. und präsentiert ihm die Rechnung für die Parkettverlegung. K. verweigert die Zahlung und verweist den Parkettleger an den Insolvenzverwalter des V. Kann der Parkettleger von K. Zahlung verlangen?

Lösung: Der Parkettleger hat einen Zahlungsanspruch gegen K, wenn zwischen beiden ein Werkvertrag zustande gekommen ist. Das ist nicht der Fall, selbst wenn der Parkettleger der Meinung gewesen sein sollte, er habe einen Auftrag von K. erhalten. Die Rechtsprechung stellt auf die Sicht des K als des Leistungsempfängers ab, der auf den Festpreis mit dem Bauträger vertraue und deshalb nicht davon ausgehe, „Zusatzaufträge“ direkt an die Handwerker bezahlen zu müssen. Hintergrund ist die Überlegung, dass ein Erwerber beim Kauf vom Bauträger (grundsätzlich) nur in Vertragsbeziehungen zum Bauträger stehen will. Er erwirbt i.d.R. ein „schlüsselfertiges“ Werk und hat mit den am Bau tätigen Personen und Unternehmen nicht direkt zu tun. Meistens wird darüber auch keine Unklarheit bestehen, weil die Handwerker am Bau die Aufträge – auch für Sonderwünsche usw. – ausdrücklich vom Bauträger (und nicht vom Erwerber der Wohnung) erhalten.

Der Parkettleger muss sich also zur Bezahlung seiner Leistungen an den Bauträger V. bzw. an dessen Insolvenzverwalter halten, letzterer ggf. an den Erwerber K (wegen der Bezahlung der Mehrkosten des Sonderwunsches).

2. Die gesetzlichen Grundlagen: § 34 c GewO und die Makler- und Bauträgerverordnung

2.1. Überblick

Die MaBV wurde in den Siebzigerjahren geschaffen. Man musste seinerzeit nämlich feststellen, dass im Bereich der gewerblichen Grundstücksmakler, Darlehensmakler und Baubetreuer erhebliche Missstände bestanden. Es gab kaum Vorschriften für die Berufsausübung auf diesem Sektor, obwohl es dabei meistens um erhebliche Vermögenswerte geht. In diesem fast rechtsfreien Raum konnte sich jedermann praktisch unkontrolliert betätigen. Das hatte für die Kunden von Maklern, Bauträgern oder Baubetreuern teilweise verheerende Folgen. Schlimmstenfalls verloren sie ihr ganzes Vermögen, wenn sie – was vorkommen konnte – einen Bauträger im voraus die gesamte Vergütung für eine Wohnung gezahlt hatten und dieser dann vor Baubeginn in die Insolvenz ging. Auch Veruntreuungen des Vermögens der Auftraggeber durch Bauträger oder Baubetreuer kamen vor. Es wurde deshalb beschlossen, dass Immobilienmakler, Baubetreuer und Bauträger eine **Erlaubnis** beantragen müssen, wenn sie ihrer Tätigkeit gewerbsmäßig nachgehen. Unzuverlässige Personen – dazu gehört auch, wer in

„ungeordneten Vermögensverhältnissen lebt (§ 34 c Abs. 2 Nr. 2 GewO) - erhalten die Erlaubnis nicht. Das ist der wesentliche Inhalt des seinerzeit eingeführten § 34 c der Gewerbeordnung (GewO). Außerdem beinhaltet § 34 c GewO eine Ermächtigung an das Bundeswirtschaftsministerium zum Erlass einer Verordnung zum Schutz der Vermögenswerte der Auftraggeber. Diese Verordnung ist die Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV³).

Die Bestimmung des § 34 c GewO und die Grundzüge der MaBV müssen Sie kennen. Sie werden voraussichtlich in einem Bereich arbeiten, in welchem die Bestimmungen des § 34 c GewO und der MaBV zu beachten sind, also als Makler, Bauträger oder Baubetreuer.

§ 34 c Abs. 1 Nr. 2 a beinhaltet eine Definition des Bauträgers (die der oben eingangs gegebenen Begriffsbestimmung entspricht); demnach ist Bauträger vor allem, wer gewerbsmäßig Bauvorhaben im eigenen Namen vorbereitet oder durchführt und dazu Vermögenswerte von Erwerbern verwendet.

Weitere Einzelheiten des § 34 c GewO werden hier nicht ausgeführt; sie ergeben sich ohne weiteres aus dem Verordnungstext (den man dazu aber auch *lesen* muss!).

2.2. Exkurs: Gesetz und Verordnung

Der Begriff „Gewerbeordnung“ ist irre führend. Es handelt sich um ein *Gesetz* im formellen Sinne, nicht um eine Verordnung. Sie heißt Gewerbeordnung und nicht Gewerbegesetz, weil sie aus einer Zeit stammt, als der Unterschied noch nicht so feinsinnig gemacht wurde, nämlich vom Anfang des letzten Jahrhunderts.

In unserem Rechtssystem gibt es eine Hierarchie der Normen, die man auch „Normenpyramide“ nennt. Alle Normen dürfen inhaltlich zu den in der Hierarchie darüber stehenden Normen nicht im Widerspruch stehen.

Ganz oben steht unsere Verfassung, das Grundgesetz. Darunter kommt das Gesetz (im formellen Sinne). Gesetze im formellen Sinne sind die Normen, die vom Gesetzgeber (Legislative) förmlich beschlossen werden. Gesetzgeber ist das Parlament (die Versammlung der gewählten Abgeordneten), also für Bundesgesetze der Bundestag und für Landesgesetze die Landtage. Die Verfassung verlangt, dass alle wesentlichen Entscheidungen vom Gesetzgeber selber getroffen werden. Wesentlich ist, was Grundrechte berührt (im Fall des § 34 c GewO ist die Berufsausübungsfreiheit - Art. 12 GG - betroffen). Nur die Details darf die *Exekutive* (die Verwaltung) regeln; eine Norm, die von der Verwaltung erlassen wurde, heißt nicht „Gesetz“, sondern „Rechtsverordnung“. An der Spitze der Exekutive stehen die Bundesministerien; der Verwaltungsaufbau setzt sich im Übrigen nach unten wiederum hierarchisch strukturiert fort. In einem Gesetz, das die Exekutive zum Erlass einer Rechtsverordnung ermächtigt müssen Zweck, Inhalt und Grenzen der VO geregelt sein (Art. 80 GG).

Ergebnis: Die Gewerbeordnung ist ein Gesetz im formellen Sinne, d.h.: vom Parlament = Bundestag = Legislative beschlossen. Die MaBV ist eine Rechtsverordnung, d.h. von der

³ Derzeit in der Fassung vom 1.7.2005 (vgl. zu den die Makler betreffenden Neuerungen WuM 2005, 510).

Verwaltung (Exekutive, hier: Bundesministerium für Wirtschaft) auf der Grundlage der detaillierten Ermächtigung in § 34 c Abs. 3 GewO erlassene Vorschrift. Sie steht im Rang unter dem Gesetz (der Gewerbeordnung).

2.3. Einzelheiten der MaBV

Zum Schutz des Vermögens des Auftraggebers darf der Bauträger Vermögenswerte nur unter 2 alternativen Voraussetzungen entgegen nehmen:

Entweder unter den Voraussetzungen des § 3 MaBV, d.h. nur in **Raten nach Baufortschritt** sowie unter weiteren Voraussetzungen, insbesondere, dass der Eigentumserwerb des Erwerbers bereits durch eine *Vormerkung* gesichert ist. Die Vormerkung stellt sicher, dass der Erwerber – ggf. zusammen mit den anderen Erwerbern - Grundstückseigentümer werden kann, wenn er will. Weil nur nach Baufortschritt gezahlt wird, stehen den von ihm geleisteten Zahlungen in jedem Fall entsprechende Werte auf dem Grundstück gegenüber.

Oder der Bauträger stellt eine Bürgschaft gem. § 7 MaBV. Durch die Bürgschaft wird gesichert, dass der Erwerber bei einer Rückabwicklung des Vertrags die von ihm geleisteten Zahlungen zurück erhält. Dann darf der Bauträger auch unabhängig von der Vormerkung und den anderen Voraussetzungen des § 3 MaBV Raten entgegen nehmen (Einzelheiten zur Bürgschaft unten).

Die Zahlungsvoraussetzungen in § 3 MaBV, insbes. die Ratenzahlung gehören zum absoluten Kernbereich der MaBV. Sie finden sich in jedem Bauträgervertrag wieder. Einen anderen Vertrag dürfte ein Notar auch gar nicht beurkunden. Denn die Notare haben darauf zu achten, dass die von ihnen beurkundeten Verträge keine unwirksamen oder rechtswidrigen Klauseln enthalten. Bei Verstoß dagegen droht den Notaren eine Schadensersatzhaftung.

Zur Erläuterung einige Beispielfälle:

Fall 2: Wie Fall 1 (K hat von Bauträger V eine noch zu errichtende Wohnung gekauft), mit folgender Abwandlung: Im Kaufvertrag ist hinsichtlich der Fälligkeit des Kaufpreises die Klausel enthalten: „Binnen 1 Woche nach Vertragsschluss sind 50 % des Kaufpreises zu bezahlen, nach Fertigstellung der Rest“. 1 Woche nach Vertragsschluss verlangt V die Zahlung der 1. Rate. Muss K zahlen?

Lösung: Nein, die Klausel verstößt gegen die Bestimmungen über die Ratenzahlung in § 3 Abs. 2 der MaBV; K muss vorerst nicht bezahlen.

Weiterführende Frage: Ist wegen des Verstoßes gegen die Zahlungsbestimmungen der MaBV der ganze Vertrag unwirksam? Und falls nicht: wann muss K dann bezahlen?

Antwort: Der Verstoß führt anerkanntermaßen nicht dazu, dass der gesamte Bauträgervertrag unwirksam wäre. Nach früherer Rechtsprechung sollten statt der unzulässig vereinbarten dann die nach der MaBV zulässigen Raten gelten. Nach neuester Rechtsprechung (Urteil des Bundesgerichtshofes – BGH - vom 22.12.2000) ist das aber anders: es gilt statt der unwirksam vereinbarten Ratenzahlung direkt das Werkvertragsrecht des BGB, und danach kann der Bauträger erst nach Fertigstellung (der gesamten Wohnanlage, nicht etwa nur des Sondereigen-

tums an de Wohnung) und Abnahme Zahlung verlangen (§ 641 BGB; Einzelheiten sogleich nach Fall 3 und näher in Teil B).

Fall 3: Kurz nach Abschluss des Kaufvertrags beginnt V mit den Erdarbeiten, die Vormerkung zu Gunsten des K ist aber noch nicht im Grundbuch eingetragen. V verlangt die erste Rate des Kaufpreises (30 %). Muss K zahlen?

Lösung: Gem. § 3 Abs. 2 MaBV könnte V zwar nach Beginn mit den Erdarbeiten 30 % des Kaufpreises verlangen. Es müssen aber zudem die Voraussetzungen des Abs. 1 vorliegen. Danach muss u.A. eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs des Auftraggebers auf Eigentumsverschaffung im Grundbuch eingetragen sein. Weil das nicht der Fall ist, ist die Rate noch nicht fällig. – Um auch ohne Eintragung der Vormerkung Raten verlangen zu können, kann V dem K eine Sicherheit durch Bürgschaft stellen. Dann ist er an die Bestimmungen des § 3 MaBV nicht gebunden (das ergibt sich – schwierig zu erfassen – aus § 7 Abs. 1 Satz 1 MaBV).

Die von der MaBV vorgesehene Ratenzahlung nach Baufortschritt entspricht an sich nicht dem gesetzlichen Leitbild für Zahlungen beim Werkvertrag. Denn der Sache nach handelt es sich beim Bauträgervertrag um einen Werkvertrag und es gilt § 641 BGB: „Die Vergütung ist bei der Abnahme des Werkes zu entrichten“, d.h.: nach vollständiger Fertigstellung. An sich würde die von der MaBV vorgesehene Ratenzahlung deshalb einer Inhaltskontrolle nach den Bestimmungen des BGB über Allgemeine Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff BGB; früher AGB-Gesetz) nicht stand halten. Zur Behebung dieses „Problems“ hat der Gesetzgeber neuerdings die „Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen“ vom 23.5.2001 erlassen. Kurz gesagt wird in der Verordnung geregelt, dass beim Hausbau auch in Formularverträgen (AGB) die Zahlung von Raten nach der MaBV vereinbart werden darf.

2.4. Zur Bürgschaft

a) Will der Bauträger nicht an die Zahlungsbestimmungen des § 3 Abs. 1 und 2 MaBV (Zahlung nach Baufortschritt) gebunden sein, kann er dem Erwerber als Sicherheit eine Bürgschaft gem. § 7 Abs. 1 MaBV stellen. Die Bürgschaft muss nach dem Wortlaut des § 7 Abs. 1 MaBV „Sicherheit für alle etwaigen Ansprüche des Auftraggebers auf Rückgewähr oder Auszahlung seiner Vermögenswerte“ leisten. Wegen der formellen Anforderungen an die Bürgschaft verweist § 7 MaBV auf § 2 MaBV, dort auf Abs. 2. Demnach muss Bürge ein Kreditinstitut o.ä. sein und muss die Bürgschaft den Verzicht auf die Einrede der Vorausklage enthalten. – Ein Muster einer Bürgschaft gem. § 7 MaBV findet sich im Anhang.

b) Wie „funktioniert“ eine Bürgschaft? Generell ergibt sich das aus § 765 BGB: „Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen.“

Für den Fall der MaBV-Bürgschaft stelle man sich folgendes Beispiel vor: Der Bau wird nicht begonnen oder nicht fortgeführt, weil der Bauträger pleite ausgegangen ist; der Erwerber verlangt sein Geld zurück (unter welchen Voraussetzungen er dazu berechtigt ist, wird unten im Teil B behandelt). „Gläubiger“ im Sinne von § 765 BGB ist also der Erwerber. „Dritter“ ist

der Bauträger, der Geld des Erwerbers empfangen hat und der jetzt verpflichtet ist, das Geld an den Erwerber zurück zu zahlen. Bürge ist i.d.R. eine Bank (ansonsten eine andere der in § 2 MaBV genannten Körperschaften). Weil die Bank sich für den Bauträger verbürgt hat, muss sie dem Erwerber „sein“ Geld zurückzahlen. Der „Verzicht auf die Einrede der Vorausklage“ (§ 2 Abs. 2 S. 3 MaBV) bedeutet, dass der Erwerber von vornherein auf den Bürgen zugreifen kann und nicht erst versuchen muss, sein Geld bei dem sog. Hauptschuldner (also dem Bauträger) einzuklagen.

3. Zum Vertragsabschluss, insbesondere zur Form

Durch den Vertrag mit dem Bauträger verpflichtet sich der Erwerber, (Mit-)Eigentum an einem Grundstück zu erwerben. Der Bauträgervertrag muss deshalb notariell beurkundet werden (§ 311 b Abs. 1 BGB: „Ein Vertrag, durch den sich der eine oder andere Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, bedarf der notariellen Beurkundung.“)

Exkurs: Gründe für die notarielle Form:

- Warnfunktion (soll die Parteien auf die Bedeutung des Geschäfts hinweisen).
- Beweisfunktion (soll den Beweis der Vereinbarung sichern).
- Beratungsfunktion (Notar muss beraten - § 17 BeurkG).

Ein Vertrag, der die erforderliche notarielle Form nicht einhält, ist nichtig (§ 125 BGB). Welche Folgen es haben kann, wenn vor dem Notar unrichtige Aussagen gemacht und beurkundet werden, verdeutlicht

Fall 4: K schließt mit V den notariellen Vertrag über 150.000,- € ab. Vereinbart ist in Wahrheit ein Preis von 175.000,- €. Vor dem Notar gibt man weniger an; die im Vertrag aber nicht erwähnt werden: K will Schwarzgeld unterbringen und Notarkosten sparen, V seine Steuerlast erträglicher gestalten. Kurz danach will K doch lieber einen Ferrari statt einer Wohnung kaufen und erklärt V, er betrachte die Geschäftsbeziehung als beendet. V verlangt Bezahlung. Zu Recht?

Lösung: Der Bauträgervertrag beinhaltet die Verpflichtung, Eigentum, an einem Grundstück zu übertragen bzw. zu erwerben; er bedarf mithin gem. § 311 b Abs. 1 BGB der notariellen Beurkundung. Das beurkundete Geschäft über 150.000,- € ist aber nicht gewollt. Gem. § 117 Abs. 1 BGB ist es als Scheingeschäft nichtig. Das gewollte Geschäft (über 175.000,00 € ist hingegen nicht beurkundet und wegen Formmangel nichtig (§ 125 BGB). Fazit: es bestehen keinerlei wirksame gegenseitige Rechten und Pflichten.

Ergänzender Hinweis: Wenn der – an sich nichtige – Vertrag vollzogen und der Erwerber als Eigentümer ins Grundbuch eingetragen wird, wird der ursprüngliche Formmangel geheilt (§ 311 b Abs. S. 2 BGB). Ab der Eigentumsumschreibung kann sich niemand mehr auf den früheren Formmangel berufen.

Zur Beurkundung der Baubeschreibung:

Zum Bauträgervertrag gehört zwingend eine Leistungsbeschreibung, aus der sich ergibt, was der Erwerber für den Festpreis erhält, also eine Baubeschreibung und – üblicher Weise – der Aufteilungsplan. An sich müsste die Baubeschreibung im Bauträgervertrag enthalten sein und bei der Beurkundung des Bauträgervertrags vollständig vorgelesen und genehmigt werden (§ 9 BeurkG). Das ist aber meistens nicht der Fall (und wäre den Beteiligten viel zu aufwendig und zu langweilig). Man kann darauf aus folgendem Grund verzichten: die Baubeschreibung und der Aufteilungsplan sind nämlich Bestandteil der Teilungserklärung, die bereits beurkundet wurde (ohne fertige Teilungserklärung und Pläne gäbe es noch keine Wohnungen, die der Bauträger verkaufen könnte). Das BeurkG lässt insoweit eine Ausnahme zu: da die Baubeschreibung bereits Gegenstand einer anderen notariellen Urkunde (der Teilungserklärung) ist, kann auf sie *verwiesen* werden. Sie muss dann nicht vorgelesen und auch nicht beigelegt werden, wenn die Beteiligten erklären, dass ihnen der Inhalt der anderen Niederschrift bekannt ist und sie auf Vorlesen und Beifügen verzichten. So verfährt man in der Praxis.

Vorsicht mit **Zusatzabreden**, z.B. Änderungen der Baubeschreibung bzw. Sonderwünschen (Fußbodenbelag, Einbau einer gewendelten statt eckigen Treppe, weitere Fenster usw.) Die Rechtsprechung hat entschieden, dass „alle Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Vertragsparteien das Veräußerungsgeschäft zusammensetzt“, beurkundet werden müssen. Um Nichtigkeit zu vermeiden, jedenfalls aber um die Wirksamkeit der Zusatzabrede sicher zu stellen, sollte ausnahmslos alles, was im Zusammenhang mit dem Erwerb zwischen Bauträger und Erwerber vereinbart wurde, beurkundet werden.

4. Rechtsnatur des Bauträgervertrags

Obwohl über den meisten Bauträgerverträgen „Wohnungseigentumskaufvertrag“ steht und vielfach die Rede ist vom „Kauf vom Bauträger“ ist der Bauträgervertrag kein reiner Kaufvertrag. Denn tatsächlich „verkauft“ der Bauträger nur das Grundstück, im Übrigen verpflichtet er sich „zur Herstellung eines Werkes“, nämlich zur Errichtung eines Bauwerkes. Es handelt sich also auch um Werkvertrag, insgesamt daher um einen gemischten Vertrag, wobei die werkvertragliche Komponente wesentlich überwiegt. Dementsprechend entscheidet die Rechtsprechung schon lange, dass sich die Gewährleistungsansprüche der Erwerber nach Werkvertragsrecht und nicht nach Kaufrecht richten. Allein die Anwendung von Werkvertragsrecht sei sachgemäß, und zwar selbst dann, wenn eine Wohnung erst lange nach Fertigstellung des Hauses erworben wird. Der spätere Erwerber soll den früheren Erwerbern gleich gestellt sein und beide nach Werkvertragsrecht behandelt werden.

Früher spielte die Unterscheidung zwischen Kaufrecht und Werkvertragsrecht bei der Haftung für Mängel (Gewährleistung) eine große Rolle. Es gab es im Kaufrecht bei Mängeln der verkauften Sache kein Nachbesserungsrecht bzw. keine Nachbesserungspflicht des Verkäufers, und die Gewährleistungsfrist betrug bei Bauwerken nur 1 Jahr. Seit der Schuldrechtsreform (in Kraft seit 1.1.2002) ist die Gewährleistung beim Kaufvertrag aber derjenigen des Werkvertrags angepasst. Jetzt ist der Verkäufer ebenso wie der Werkunternehmer bei Mängeln zur Nachbesserung berechtigt und verpflichtet und trägt die Gewährleistungsfrist einheitlich

5 Jahre (S. §§ 437, 439 BGB). Es gibt also keine erheblichen Unterschiede bei der Mängelgewährleistung mehr, sodass es auch keine große Bedeutung (mehr) hat, dass sich die Gewährleistung beim Bauträgervertrag nach Werkvertragsrecht und nicht nach Kaufrecht richtet.

5. Die Vergütung des Bauträgers

5.1. Allgemeines

In den Verträgen ist meistens von einem Kaufpreis die Rede. Da es sich aber tatsächlich im Wesentlichen um einen Werkvertrag handelt, müsste besser von der „Vergütung“ des Bauträgers für seine Leistungen die Rede sein.

Typisch für den Bauträgervertrag ist die Vereinbarung eines **Festpreises**. Das hat Vor- und Nachteile für den Bauträger.

Vorteile:

- Kein Streit über die Höhe der Vergütung.
- Gewinn bei zutreffender Kalkulation (Bauträger muss Vergünstigungen, Skonti, Rabatte usw. nicht an die Käufer herausgeben).
- Rechnungslegung entfällt, damit auch die Pflicht zur Herausgabe von Unterlagen (Verträgen, Angeboten, Leistungsverzeichnissen usw.), § 8 Abs. 1 MaBV.

Nachteile:

- Risiko der Erhöhung von Lohn- und Materialkosten (Anpassung des Festpreises kommt nur ausnahmsweise unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage in Betracht).
- Risiko zusätzlicher Leistungen (Gründungsprobleme, behördliche Auflagen – z.B. Brandschutz – usw.).

Kurz: Baurisiko

5.2. Leistungsumfang, der für den Festpreis geschuldet ist

a) Allgemeines

Der Bauträger ist verpflichtet, dem Erwerber ein schlüsselfertiges Objekt zu verschaffen, das dieser funktionsgerecht nutzen kann. Im Zweifel muss er zum Festpreis alles erbringen, was dazu erforderlich ist. Dazu gehört insbesondere das Grundstück, die Bauleistungen einschließlich Planung, Gebühren für öffentlich-rechtliche Genehmigungen (insbes. Baugenehmigung), sowie die Vertriebskosten des Bauträgers. Nicht im Gesamtpreis enthalten sind Notar- und Grundbuchkosten sowie die Grunderwerbsteuer.

Den zwingenden Leistungsumfang verdeutlicht

Fall 5: Ein Bauträger verkauft ein von ihm zu errichtendes Wohnhaus als „schlüsselfertig“. In der Baubeschreibung, die Vertragsinhalt ist, werden Malerarbeiten nicht erwähnt. Es kommt zum Streit mit dem Auftraggeber, der vom Bauträger die Durchführung der Malerarbeiten fordert. Der Bauträger macht dies von einer zusätzlichen Vergütung abhängig. Wer hat Recht? (nach OLG Nürnberg, Urt. v. 3.4.2000).

Lösung: Der Bauträger muss die Malerarbeiten erbringen ohne dafür gesonderte Vergütung verlangen zu können. Für die Auslegung des Begriffs „schlüsselfertig“ ist auf den allgemeinen Sprachgebrauch abzustellen. Man versteht darunter die uneingeschränkte und dauerhafte Bezugsfertigkeit, also dass man das Haus nur noch aufschließen muss und dann seine Möbel hinein stellen kann. Deshalb gehören die Malerarbeiten auch dann dazu, wenn sie in der Baubeschreibung nicht besonders erwähnt sind.

Der Bauträger sollte also im eigenen Interesse den Inhalt seiner Leistung möglichst genau beschreiben, damit keine Zweifel bleiben. Das erfolgt i.d.R. in der *Baubeschreibung*, die – zusammen mit dem Aufteilungsplan – Gegenstand der Teilungserklärung ist und auf die beim Abschluss des Bauträgervertrags Bezug genommen wird (s.o. Ziff. 3).

b) Sonderproblem: Kosten der Erschließung

„Erschließung“ ist ein Begriff, den das Baugesetzbuch (BauGB) verwendet. In § 127 BauGB werden zwei Arten der Erschließung unterschieden:

Erschließung im engeren Sinne (§ 127 Abs. 2 BauGB): Straßenbau, Wegebau, Plätze, Parkflächen, Grünanlagen usw.

Erschließung im weiteren Sinne: (§ 127 Abs. 4 BauGB): Öffentliche Versorgungs- und Entsorgungsleitungen für Elektrik, Wasser, Gas, Wärme, Abwasser.

Die Erschließung i.e.S. ist Aufgabe der jeweiligen Gemeinde, in welcher sich das Baugebiet befindet. Für die Kosten der von der Gemeinde durchgeführten Erschließung kann sie von den Anliegern (jeweiligen Grundstückseigentümern) Erschließungsbeiträge erheben (allerdings höchstens 90 % der Erschließungskosten, 10 % muss sie immer selber tragen, § 129 Abs. 1 S. 3 BauGB).

Für die Erschließung im weiteren Sinne (Erstellung der Versorgungs- und Entsorgungsleitungen) werden besondere Beiträge erhoben (Klärbeitrag, Abwasserbeitrag usw.). Die Erschließung führt der jeweilige öffentliche Versorgungsträger durch, der dann auch die Beiträge erhebt.

Die Höhe der Beiträge richtet sich nach der jeweiligen Satzung der erhebenden Körperschaft.

Nicht zur Erschließung gehören die Aufwendungen für den Hausanschluss für die Versorgungsleitungen, d.h. die *Anschlusskosten*.

Erschließungskosten und Anschlusskosten hat grundsätzlich der Bauträger, nicht der Erwerber zu tragen.

Fall 6: K. erhält 2 Jahre nach seinem Einzug in die neue Wohnung (die letzte Rate an den Bauträger V. nach vollständiger Fertigstellung ist längst bezahlt) einen städtischen Erschließungsbeitragsgebührenbescheid über 1.300,- €. Er wendet sich an V. mit der Bitte um Bezahlung, der winkt ab: das Bauvorhaben sei für ihn längst erledigt und abgerechnet. Muss K. an die Stadt bezahlen? Kann er Erstattung von V. verlangen? Variante: V. ist inzwischen insolvent geworden; ändert sich etwas?

Lösung: Der tatsächliche Erschließungsaufwand steht häufig erst lange nach Abschluss der entsprechenden Baumaßnahmen fest und kann erst dann von der Gemeinde endgültig abgerechnet werden. Beitragspflichtig ist derjenige, der im Zeitpunkt der Bekanntgabe des Beitragsbescheids Eigentümer des Grundstücks ist (§ 134 BauGB). Die Erschließungskosten ruhen als öffentliche Last auf dem Grundstück. K. muss also grundsätzlich an die Gemeinde bezahlen.

Weil im Bauträgervertrag ein Festpreis für die Gesamtleistung vereinbart ist, muss letztlich aber V. die Erschließungskosten tragen, auch wenn davon nichts ausdrücklich im Vertrag steht, weil die Erschließung zur vollständigen Leistungserbringung des Bauträgers erforderlich ist. Es kommt nicht darauf an, wann die Kosten von der Gemeinde erhoben werden. K. kann also von V. Freistellung verlangen (d.h. von V. verlangen, dass dieser den Beitrag bezahlt) oder, wenn er schon selber gezahlt hat, Erstattung verlangen. Variante: Die Insolvenz des Bauträgers ändert rechtlich nichts – K. muss trotzdem an die Gemeinde bezahlen und bleibt dann auf den Kosten „sitzen“. Vor diesem Problem hätte sich K. durch Ausübung seines Zurückbehaltungsrechtes schützen können: Ist bei Fertigstellung des Gebäudes nämlich zweifelhaft, ob noch Erschließungsbeiträge der Gemeinde offen stehen, kann der Erwerber die vollständige Bezahlung der Bauträgervergütung verweigern, bis ihm nachgewiesen wird (Bestätigung durch die Gemeinde), dass die Erschließungskosten bezahlt oder ihre Entrichtung durch den Bauträger sicher gestellt ist.

6. Die Wohnungsübergabe

6.1. Allgemeines

Der Bauträger ist an einer möglichst frühen Wohnungsübergabe aus verschiedenen Gründen interessiert. Zum einen hat er häufig im Bauträgervertrag einen bestimmten Termin der Bezugsfertigkeit zugesichert, den er zur Meidung einer Schadensersatzhaftung einhalten will. Zum anderen geht es ihm um eine weitere Rate der Vergütung. Die MaBV erlaubt in § 3 Abs. 2 10. Spiegelstrich, dass „nach Bezugsfertigkeit und Zug um Zug gegen Besitzübergabe“ eine Rate i.H.v. 12 % von 70 % (also 8,4 %) der Gesamtvergütung fällig wird, und entsprechend wird eine Ratenzahlung in den Bauträgerverträgen vereinbart. Durch die Wohnungsübergabe an den Erwerber will der Bauträger die Bezugsfertigkeit der Wohnung dokumentieren. Die Bezugsfertigkeit der Wohnung bedeutet aber nicht, dass der Bauträger schon alle Leistungen erbracht hat. Die Wohnung kann schon bezugsfertig sein, auch wenn das Gemeinschaftseigentum noch längst nicht fertig gestellt ist. Das ergibt sich auch aus der MaBV, die ja nach der Bezugsfertigkeit der Wohnung noch zwei weitere Raten vorsieht (Fassadenarbeiten und vollständige Fertigstellung).

Sinnvoller Weise sieht der Bauträgervertrag auch vor, dass ab der Übergabe der Wohnung an den Erwerber die Gefahr (für Verschlechterungen, Beschädigungen usw.) auf den Erwerber übergeht, ebenso „Nutzen und Lasten“.

6.2. Wohnungsübergabe und Abnahme

Die Wohnungsübergabe ist **nicht** gleichbedeutend mit der Abnahme der Wohnung (näher zur Abnahme sogleich unter Ziff. 7). Viele Bauträger verbinden die Wohnungsübergabe aber zugleich mit einer Abnahme der Wohnung (des Sondereigentums). Es wird ein vom Erwerber zu unterschreibendes Abnahmeprotokoll aufgestellt, das Restarbeiten, Minderungen usw. fest hält. Dabei ist schon umstritten, ob eine gesonderte Teilabnahme des Sondereigentums an der Wohnung überhaupt möglich und zulässig ist. Sicher ist aber, dass der Bauträger keinen Anspruch darauf hat, dass der Erwerber die Wohnung abnimmt, bevor auch das Gemeinschaftseigentum fertig gestellt ist. Denn der Bauträger hat dem Erwerber gegenüber die Pflicht zur Erstellung von Sonder- *und* Gemeinschaftseigentum. Seine Leistung hat er erst nach vollständiger Fertigstellung beider Bestandteile erbracht und vorher ist der Erwerber nicht zur Abnahme verpflichtet, auch und nicht zu einer „Teilabnahme“. Weil die Abnahme für den Erwerber von Nachteil ist – ab da beginnt die Verjährung der abgenommenen Leistungen – sollte er sie bei der Wohnungsübergabe verweigern.

6.3. WEG-rechtliche Wirkung der Wohnungsübergabe

Die Übergabe der Wohnung hat auch wohnungseigentumsrechtliche Folgen. Mit ihr wird der Erwerber nämlich Mitglied der „werdenden WEG“. Im Einzelnen:

Rechtlich entsteht eine Eigentümergemeinschaft dann, wenn mindestens 2 Wohnungseigentümer im Grundbuch eingetragen sind. Solange noch der Bauträger alleine Eigentümer der Wohnungen ist, liegt keine Eigentümergemeinschaft vor. Die Eigentumsumschreibung im Grundbuch zu Gunsten der Wohnungserwerber wird vom Bauträger aber erst dann bewilligt, wenn die letzte Rate seiner Vergütung vollständig bezahlt ist, also erst nach vollständiger Herstellung der Außenanlagen, Beseitigung aller Mängel usw., d.h.: deutlich nach dem Bezug der Wohnung. *Faktisch* ist aber mit dem Bezug des Hauses durch die Erwerber eine Gemeinschaft der künftigen Wohnungseigentümer bereits vorhanden. Den Erwerbern fehlt nur noch die Eintragung als Eigentümer ins Grundbuch. Durch die vorhandene Auflassungsvormerkung haben die Erwerber bereits eine gesicherte Position, die Eigentumsumschreibung ist gewissermaßen eine bloße Förmlichkeit, die früher oder später mit Sicherheit statt finden wird. Es ist deshalb anerkannt, dass die Vorschriften des Wohnungseigentumsgesetzes (WEG) auch auf die *faktische/werdende Wohnungseigentümergeinschaft* anzuwenden sind. Es muss also eine Versammlung statt finden, ein Wirtschaftsplan aufgestellt werden, der werdende Wohnungseigentümer muss Hausgeld zahlen usw.

Mit der Übergabe der Wohnung wird ein Erwerber Mitglied der werdenden WEG. Er ist von diesem Zeitpunkt an zur Zahlung von Hausgeld verpflichtet, muss zu einer Versammlung eingeladen werden usw. - Weitere Einzelheiten in der Sondervorlesung WEG.

7. Die Abnahme beim Wohnungseigentum

7.1. Pflicht zur Abnahme und Definition der Abnahme

Der Bauträgervertrag ist der Sache nach im Wesentlichen ein Werkvertrag (s.o. Ziff. 5). Nach dem BGB ist vorgesehen, dass der Besteller das hergestellte Werk in einer bestimmten Weise entgegennimmt; das wird „Abnahme“ genannt. Die Abnahme ist eine der Hauptpflichten des Bestellers. § 640 BGB besagt:

„Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist.“

Die Abnahme ist im Gesetz zwar vorgesehen. Der Begriff wird aber an keiner Stelle definiert. Man versteht darunter die körperliche Entgegennahme des Werkes (Übergabe), verbunden mit der Erklärung, dass das Werk im Wesentlichen als vertragsgemäß gebilligt (anerkannt) wird.

Es müssen also immer zwei Elemente vorliegen:

- die Übergabe des Werkes (bei Häusern: Begehung, Schlüsselübergabe o.ä.)
- die Erklärung des Auftraggebers: „alles (im Großen und Ganzen) O.K.“

7.2. Zeitpunkt der Abnahme

Der Besteller muss das „vertragsgemäß hergestellte Werk“ abnehmen. Das „Werk“ ist beim Bauträgervertrag erst dann vertragsgemäß hergestellt, wenn nicht nur das Sondereigentum an der Wohnung, sondern auch das Gemeinschaftseigentum fertig gestellt ist, also auch und insbesondere die Außenanlagen. Vorher ist der Erwerber nicht zur Abnahme verpflichtet. Wegen der Besonderheiten bei der Abnahme der Wohnung (Sondereigentum) und dem Rest (Gemeinschaftseigentum) s.u. Ziff. 5.

Für die Abnahme ist keine absolute Mängelfreiheit erforderlich. Es genügt, wenn das Haus funktionsgemäß genutzt, also ungehindert in den bestimmungsgemäßen Gebrauch übernommen werden kann. Geringfügige Restarbeiten können noch ausstehen (und werden üblicher Weise in einem Abnahmeprotokoll fest gehalten). Das sagt § 640 Abs. 1 S. 2 BGB ausdrücklich: „Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden“.

7.3. Abnahmeformen

Eine besondere Form für die Abnahme ist vom Gesetz nicht vorgeschrieben. Die Erklärung, dass das Werk als vertragsgemäß anerkannt wird, kann deshalb mündlich erfolgen. Sie muss nicht einmal ausdrücklich erfolgen. Es kann auch durch schlüssiges Verhalten abgenommen werden. Das kann z.B. der Fall sein, wenn der Erwerber ohne Beanstandung die letzte Rate zahlt. Auch der Einzug in die Wohnung kann eine stillschweigende Billigung bedeuten (aber nicht, wenn das Gemeinschaftseigentum noch nicht fertig gestellt ist). Deshalb Vorsicht: wenn

der Erwerber nicht abnehmen will, sollte er im Zweifel ausdrücklich und nachweislich darauf hinweisen, dass sein Einzug nicht als Abnahme zu verstehen ist.

Fiktive Abnahme: Gem. § 640 Abs. 1 S. 3 BGB gilt die Abnahme als erfolgt, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer vom Unternehmer gesetzten Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist. – Voraussetzung der fiktiven Abnahme ist es also, dass das Werk abnahmefähig ist, d.h. keine wesentlichen Mängel vorliegen, und dass eine angemessene Frist gesetzt wird. Angemessen sind ca. 10 – 12 Tage.

Üblicherweise wird eine *förmliche Abnahme* durchgeführt. Das ist auch empfehlenswert. Förmlich heißt: zu einem bestimmten Termin, mit gemeinsamer Begehung des Objekts durch den Erwerber und den Bauträge, oft auch den Bauleiter/Architekten. Dann wird ein Abnahmeprotokoll erstellt. Darin werden etwaige Restmängel festgehalten.

In der VOB/B gibt es noch weitere Bestimmungen zur Abnahme (Abnahmeformen). Darauf wird später eingegangen (unten B II), denn die VOB/B kann im Bauträgervertrag nicht wirksam vereinbart werden⁴ und gilt deshalb beim Bauträgervertrag nicht.

7.4. Wesentliche Wirkungen der Abnahme

Fälligkeit der Vergütung (§ 641 BGB). Das spielt bei vielen Werkverträgen eine große Rolle. Aber nicht beim Bauträgervertrag, weil da besondere Fälligkeitsvereinbarungen bestehen, vor allem die Raten nach § 3 Abs. 2 MaBV.

Beginn der Gewährleistungsfrist (§ 634 a BGB – *lesen*). 5 Jahre bei Bauwerken! Merken.

Umkehr der Beweislast für Mängel. – Einzelheiten später in Teil B (Bauvertragsrecht).

7.5. Sonderprobleme der Abnahme von Sondereigentum – Gemeinschaftseigentum

Typischer Weise baut der Bauträger Haus mit mehreren Wohnungen, also ein Mehrfamilienhaus oder eine Wohnanlage. Die Wohnungen werden einzeln veräußert. Es entsteht also Wohnungseigentum und im Ergebnis eine Wohnungseigentümergeinschaft.

Exkurs: Wohnungseigentum besteht aus 2 Komponenten: Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum (vgl. § 1 Abs. 2 WEG: „Wohnungseigentum ist das Sondereigentum an einer Wohnung in Verbindung mit dem Miteigentumsanteil an dem gemeinschaftlichen Eigentum, zu dem es gehört.“) Vereinfacht gehört zum Sondereigentum das Innere der Wohnung und zum Gemeinschaftseigentum der Rest. Die Abnahme von Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum muss unterschieden werden und kann unterschiedliche Wege gehen.

Für die Abnahme des Sondereigentums an der Wohnung ist – selbstverständlich – jeder Erwerber einzeln zuständig. Die Frage ist nur, ob der Erwerber die Wohnung bereits bei Bezugsfertigkeit – also bei Übergabe der Wohnung abnehmen muss. In der Praxis verlangen die Bauträger bei Gelegenheit der Wohnungsübergabe auch die Abnahme der auf das

⁴ Grund laut Rechtsprechung: Die VOB/B gilt für „Bauleistungen“, der Bauträger erbringt aber sämtliche Leistungen, also auch Planungs- und Finanzierungsleistungen. Deshalb „passt“ die VOB/B beim Bauträgervertrag nicht.

Sondereigentum bezogenen Leistungen, obwohl zu diesem Zeitpunkt das Gemeinschaftseigentum i.d.R. noch lange nicht abnahmefähig ist. Nach dem Gesetz ist der Erwerber aber nicht dazu verpflichtet, die Wohnung isoliert vom Gemeinschaftseigentum abzunehmen. Der Bauträger kann die gesonderte, „vorgezogene“ Abnahme nur verlangen, wenn er das ausdrücklich im Bauträgervertrag vereinbart hat. Eine solche Vereinbarung wäre denn auch zulässig und wirksam, denn letztlich kann man dem Bauträger ein legitimes Interesse an einer gesonderten Abnahme der Wohnung nicht absprechen.

Anerkannt ist es – nach jahrelangem Streit – inzwischen aber auch, dass der (einzelne) Erwerber ebenso für die Abnahme des Gemeinschaftseigentums zuständig ist. Es ist *nicht* die Wohnungseigentümergeinschaft, auch nicht der Verwalter oder der Verwaltungsbeirat zuständig. Grundsätzlich ist die Gemeinschaft auch nicht befugt, z.B. in der ersten Eigentümerversammlung per Mehrheitsbeschluss das Gemeinschaftseigentum für abgenommen zu erklären. Der Grund dafür ist, dass jeder Erwerber aus seinem individuellen Erwerbsvertrag (Bauträgervertrag) einen Anspruch darauf hat, dass das Gemeinschaftseigentum mangelfrei hergestellt wird. Die Abnahme ist deshalb sein Recht und seine Pflicht. Vollständig ist das Gemeinschaftseigentum daher erst dann abgenommen, wenn *jeder* Erwerber die Abnahme vollzogen hat.

Für jeden Erwerber laufen deshalb eigene Verjährungsfristen, je nach dem, wann er abgenommen hat. Dazu

Fall 7: Eine Wohnanlage wurde 1974 fertig gestellt und von den Erwerbern widerspruchslos bezogen, mit Ausnahme einer Wohnung, die zunächst leer stand und erst im Jahr 1976 an den dann gefundenen Erwerber übertragen wurde. Eine einheitliche Abnahme des Gemeinschaftseigentums war weder in den Erwerbsverträgen, noch in der Teilungserklärung vorgesehen und fand auch nicht statt. Wegen Feuchtigkeitsschäden an Balkonen macht der letzte Erwerber im Jahr 1980 Gewährleistungsansprüche gegen den Bauträger geltend. Der Bauträger wendet Verjährung ein. Zu Recht? (Fall nach BGH, Urteil v. 21.2.1985)

Lösung: Es kommt darauf an, wann die 5-jährige Gewährleistungsfrist des § 634 a Abs. 1 BGB zu laufen beginnt.

Die Gewährleistungsfrist beginnt mit der *Abnahme* des Werkes (§ 634 a Abs. 2 BGB). Bei Schäden an Balkonen geht es um Mängel am Gemeinschaftseigentum. Das Gemeinschaftseigentum muss von jedem Erwerber einzeln abgenommen werden; für jeden Erwerber laufen deshalb eigene Gewährleistungsfristen. Für alle Erwerber, die im Jahr 1974 eingezogen sind (und damit ausdrücklich oder stillschweigend Sonder- und Gemeinschaftseigentum abgenommen haben) ist im Jahr 1980 die Gewährleistungsfrist abgelaufen. Der letzte Erwerber kann aber frühestens bei seinem Erwerb 1976 abgenommen haben. 1980 sind seine Gewährleistungsansprüche demnach noch nicht verjährt. Er kann z.B. Nachbesserung verlangen. Seine Rechte beziehen sich dabei nicht nur auf „seinen“ (den zu seiner Wohnung gehörenden) Balkon, sondern auf *alle* Balkone. Denn die Balkone gehören – wie gesagt – zum Gemeinschaftseigentum und jeder Erwerber kann (solange seine Ansprüche nicht verjährt sind) auch

ohne Mitwirkung der Eigentümergemeinschaft vom Bauträger die Beseitigung von Mängeln des Gemeinschaftseigentums.

Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums erfolgt genauso wie die des Sondereigentums, also (normalerweise) Begehung des Hauses mit Protokoll usw. Der Bauträger muss somit (je nachdem, wie viele Erwerber es sind) 10, 20 oder 100 Mal das Haus komplett begehen. Das ist für ihn lästig, ebenso wie der uneinheitliche und gestreckte Beginn der Verjährung. Für den Bauträger ist es das Beste, wenn die Abnahme des Gemeinschaftseigentums mit Wirkung für und gegen alle Wohnungseigentümer (auch künftige) einheitlich erfolgt. Obwohl hier im Detail einiges umstritten und noch nicht höchstichterlich geklärt ist, kann man davon ausgehen, dass eine einheitliche Regelung möglich ist, sofern sie in sämtlichen Erwerbsverträgen vereinbart ist. Vertraglich kann also vorgesehen werden, dass die Abnahme durch den Verwalter der WEG erfolgen soll (aber nicht, wenn der Verwalter mit dem Bauträger identisch oder mit ihm verflochten ist), durch den Verwaltungsbeirat (abzurufen wegen Überforderung) oder durch einen externen Sachverständigen (am besten). Für den Erwerber ist die Einbeziehung eines Sachverständigen besonders vorteilhaft, denn mitunter kann der Erwerber gar nicht beurteilen, ob an einem Haus noch Mängel vorliegen oder nicht, ob z.B. die Fassade oder das Dach richtig ausgeführt usw. Damit der Sachverständige unparteiisch ist, ist es üblich, ihn in solchen Fällen von der Architektenkammer auswählen zu lassen.

III. Der Generalunternehmer

1. Allgemeines

Der **Generalunternehmer** (GU) ist ein Auftragnehmer, der vom Bauherrn den Auftrag hat, sämtliche für die Herstellung eines Bauvorhabens erforderlichen Bauleistungen zu erbringen und der wesentlichen Teile hiervon (meistens die Erdarbeiten und den Rohbau) selber ausführt. Die weiteren Arbeiten (Gewerke) vergibt der GU an Subunternehmer (Dach an Zimmerei, Elektrikerarbeiten an Elektriker usw.). Der Bauherr – nicht der GU! - ist der Eigentümer des zu bebauenden Grundstücks. Der Bauherr hat mit dem GU nur einen Ansprechpartner für sämtliche Bauleistungen und keine darüber hinaus gehenden Vertragsbeziehungen mit den am Bau Beteiligten. Die meisten „Bauunternehmen“ fungieren auch als Generalunternehmer und bieten schlüsselfertige Häuser an (oft sog. „Massivhausbau“).

Der **Generalübernehmer** (GÜ) demgegenüber vergibt *sämtliche* Bauleistungen an Subunternehmer. Er *übernimmt* die Ausführung, *unternimmt* selber auf der Baustelle aber nichts. Er ist häufig kein Bauunternehmer, sondern ein „Hans Dampf in allen Gassen“, ein Organisations-talent. Er verspricht dem Bauherrn den Hausbau und sucht sich dann ein Bauunternehmen und weitere Unternehmer für die Ausführung.

Sowohl der GU als auch der GÜ führen entweder eine vom Bauherrn vorgegebene Planung aus oder erbringen auch die Planungsleistungen sowie die Beschaffung der Baugenehmigung (wobei diese Leistungen dann wiederum an die Fachplaner – Architekten und/oder Ingenieure – als Subunternehmer weiter vergeben werden). Solche Unternehmer kann man

„Totalunternehmer“ oder Projektmanager nennen, denn sie sind „total“ für alle zur Durchführung des Bauvorhabens erforderlichen Leistungen zuständig und der Bauherr hat insgesamt nur noch einen einzigen Ansprechpartner.

In der Praxis sind verschiedenste Mischformen der Generalunternehmung anzutreffen. Auch die hier gemachte terminologische Unterscheidung zwischen GÜ und GU wird selten konsequent durchgeführt. Oft werden die Verträge einfach mit „Bauvertrag“ überschrieben.

2. Das GU-Modell, oder: Anwendbarkeit des § 34 c GewO und der MaBV auf den GU-Vertrag?

In neuerer Zeit betätigen sich „klassische“ Bauträgerunternehmen verstärkt als Generalunternehmer. Im Generalunternehmermodell werden nämlich auch fertig geplante schlüsselfertige Häuser und sogar Wohnungen in Mehrfamilienhäusern angeboten. Die Unternehmer suchen passende Baugrundstücke und beplanen sie. Mit den Auftraggebern werden zwei separate Verträge abgeschlossen: einmal der Grundstückskaufvertrag (bzw. Kauf eines Miteigentumsanteils am Grundstück) und gleichzeitig oder anschließend der GU-Vertrag, der auf die schlüsselfertige Herstellung des Gesamtobjekts (einschließlich Planung) gerichtet ist. Der Grundstückskauf und der Bauvertrag können nur gemeinsam abgeschlossen werden.

Das Merkblatt der Landesnotarkammer Bayern (s. den Hinweis oben II ganz am Anfang) bezeichnet diese Vertragsgestaltung als „verdecktes Bauherrenmodell“. Was unterscheidet bei der Anbietung von „Komplettpaketen“ die Baumodelle „Bauträgervertrag“ und „GU-Vertrag“?

Der entscheidende Unterschied besteht letztlich darin, dass beim Generalunternehmermodell der Auftraggeber bei Baubeginn bereits *Eigentümer* des Baugrundstücks ist, beim Bauträgervertrag aber nicht. Der GU übereignet das Baugrundstück oder die Wohnung bereits *vor* Baubeginn an den jeweiligen Erwerber. Das ist auch bei Mehrfamilienhäusern möglich, denn rechtlich ist das Wohnungseigentum bereits entstanden, sobald das Wohnungsgrundbuch angelegt ist. Es kann (obwohl es zunächst nur „auf dem Papier steht“) nicht nur – wie beim Bauträgervertrag – verkauft, sondern auch übereignet werden. Der Erwerber schließt also zwei Verträge: zum einen den Kaufvertrag über das Grundstück (oder den Miteigentumsanteil an einem Grundstück) und zum anderen einen Generalunternehmervertrag, der auf die schlüsselfertige Herstellung des Gesamtobjekts (einschließlich Planung) gerichtet ist. Typischer Weise können beide Verträge nur gemeinsam abgeschlossen werden oder werden in Abhängigkeit von einander gebracht. Wird z.B. erst der Bauvertrag (GU-Vertrag) abgeschlossen, ist darin ein Rücktrittsrecht für den Fall enthalten, dass der Erwerb des Baugrundstücks nicht zustande kommt. Weil der GU-Vertrag in diesem Fall nur wirtschaftlich, aber nicht rechtlich vom Grundstückserwerb abhängt, ist er *nicht beurkundungspflichtig!*⁵

Wegen des inneren Zusammenhangs ist dann auch der GU-Vertrag gem. § 311 b Abs. 1 BGB beurkundungspflichtig.

⁵ BGH, Urt. v. 13.6.2002, entgegen der früher h.M. Kürzlich anders (Bauvertrag beurkundungspflichtig) LG Berlin v. 25.11.2004 – 5 O 220/04, ZMR 2005, 788.

Was ist der **Vorteil** für den Unternehmer?

Auf die Tätigkeit des GÜ findet § 34 c GewO und damit die MaBV keine Anwendung. Der GÜ ist kein Bauträger, da er sich nicht als *Bauherr* i.S.v. § 34 c Abs. 1 Nr. 2 a betätigt. Der BGH hat den Begriff des Bauherrn nämlich wie folgt definiert:

Der Bauherr ist ... Herr des gesamten Baugeschehens; er tritt nach außen im eigenen Namen auf, insbesondere gegenüber der Baubehörden, und ist in der Regel Eigentümer des Baugrundstücks. 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 Bauwerkes einschließlich der Planung und Bauaufsicht beauftragt.⁶

Der Unternehmer braucht also weder eine Erlaubnis gem. § 34 c GewO, noch ist er an die Bestimmungen der MaBV gebunden.

Dieses Baumodell wird wegen seiner **Risiken für den Erwerber** in der Literatur vielfach kritisiert (s. nur das oben erwähnte Bauträgermerkblatt der Landesnotarkammer Bayern) und die entsprechende Anwendung der MaBV oder eine dahin gehende Gesetzesänderung gefordert. Wie groß das Risiko für den Erwerber aber tatsächlich ist, ist umstritten. Der Schutz des Vermögens, den die MaBV ja bezweckt, wird beim Erwerber im GU-Modell auf anderem Weg erreicht. I.d.R. wird ein Ratenzahlungsplan vereinbart, der sich inhaltlich an den Regelungen des § 3 MaBV orientiert. Denn der GU ist gesetzlich zur Vorleistung verpflichtet (§ 641 Abs. 1 BGB). Deshalb muss auch der Erwerber im GU-Modell keine Zahlungen leisten, bevor nicht z.B. eine Baugenehmigung vorliegt (vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 4 MaBV). Die Beschaffung der Baugenehmigung gehört auch beim GU-Modell zu den Pflichten des GU; und bevor diese Leistung nicht erbracht ist, hat der Erwerber zumindest ein Zurückbehaltungsrecht und muss nichts bezahlen. Aus dem selben Grund kann er ferner nur zu Raten nach Baufortschritt verpflichtet werden, d.h. immer erst nach Ausführung der entsprechenden Bauleistung. Eine andere vertragliche Gestaltung wäre wegen Verstoßes gegen § 307 BGB unwirksam. Der vom GU gestellte GU-Vertrag ist nämlich grundsätzlich als AGB zu qualifizieren. Das ist jedenfalls dann unvermeidbar, wenn der Erwerber ein „Verbraucher“ ist (§ 310 Abs. 3 BGB i.V.m. § 13 BGB). Eine Abweichung vom gesetzlichen Leitbild der Vorleistungspflicht des Unternehmers würde zur Unwirksamkeit des ganzen Ratenzahlungsplans führen mit der Folge, dass der Erwerber erst nach Fertigstellung der Gesamtleistung bezahlen müsste.

An sich wäre es Aufgabe der Notare, eine „AGB-feste“ und für den Erwerber sichere Vertragsgestaltung für den Bauvertrag (GU-Vertrag) zu entwerfen. Nach der bislang h.M musste im GU-Modell auch der GU-Vertrag notariell beurkundet werden. Das ist nach der jüngsten Entscheidung des BGH (s.o.) aber anderes, so dass der Erwerber in Zukunft nicht mehr

⁶ BGH, Urt. v. 26.1.1978, NJW 1978, 1054. Sachlich ebenso die Definition der Finanzverwaltung in Ziff. I 1.2 des „Bauherrenerlasses“ (s.u. III 4.3. bzw. im Anhang).

zwingend in den Schutz der notariellen Beratung kommt. (Vorteil auf der anderen Seite: er spart Notarkosten ...)

Das GU-Modell hat für den Erwerber sogar gewisse **Vorteile**. In einer Hinsicht ist der Erwerber im GU-Modell nämlich besser gestellt als der Erwerber vom Bauträger. Denn der Erwerber im GU-Modell ist bereits Eigentümer des Grundstücks und wird dadurch kraft Gesetzes zwingend Eigentümer des Bauwerks (soweit es eben jeweils gediehen ist). Denn die mit dem Boden fest verbundenen Sachen sind wesentliche Bestandteile des Grundstücks und stehen als solche immer im Eigentum des Grundstückseigentümers (§ 94 BGB). Geht der GU z.B. während der Bauphase in die Insolvenz, kann der Erwerber isoliert den GU-Vertrag kündigen und dann mit einem anderen Unternehmer den Bau vollenden. Beim Bauträgervertrag ist das wesentlich komplizierter, denn dabei handelt es sich um einen einheitlichen Vertrag, bei dem der Bauerrichtungsteil nicht losgelöst vom Kaufvertrag über das Grundstück gekündigt werden kann. Will der Erwerber hier zu Ende bauen, muss er einerseits den Bauträgervertrag kündigen, andererseits seine Eigentümerstellung aus der durch Vormerkung gesicherten Position heraus realisieren. Die Details sind schwierig und umstritten.

IV. Das Bauherrenmodell

1. Grundstruktur

1.1. Die Bauherren als BGB-Gesellschaft und die Haftung im Innenverhältnis

Bei einer Bauherrengemeinschaft schließen sich mehrere zusammen, um ein Grundstück zu erwerben und zu bebauen. Die Organisation übernimmt ein Baubetreuer, der im Namen und für Rechnung der Bauherren die erforderlichen Verträge abschließt. Zwischen den bauausführenden Unternehmen und dem Baubetreuer bestehen keine unmittelbaren Vertragsbeziehungen.

Zur Verdeutlichung der Haftung der Bauherren im Innenverhältnis diene folgendes

Beispiel: Eine Baugruppe (Bauherrengemeinschaft) besteht aus 5 Mitgliedern, die zusammen auf einem ihnen bereits gehörenden Grundstück ein Mehrfamilienhaus bauen; einen schriftlichen Bauherrenvertrag gibt es nicht. Die Mitglieder leisten regelmäßig Zahlungen auf ein Gemeinschaftskonto. Die Zahlungen fordert der Baubetreuer zur Erfüllung der Zahlungspflichten an die baubeteiligten Personen und Unternehmen (Baubehörde, Architekt, Bauunternehmen usw.) jeweils an. Nachdem der Rohbau steht, leistet M 1 keine Zahlungen mehr, weil er sich lieber einen BMW kaufen will. Können die anderen Bauherren (M 2 – M 5) von M1 verlangen, dass er weiterhin die erforderlichen Zahlungen auf das Gemeinschaftskonto leistet?

Die Bauherren tun sich zusammen, um ein Bauvorhaben gemeinsam durchzuführen; sie verfolgen also einen gemeinsamen Zweck. Damit bilden sie ohne weiteres eine Gesellschaft im Rechtssinne, nämlich die Gesellschaft gem. §§ 705 ff BGB, kurz: BGB-Gesellschaft (oder

noch kürzer: GbR). Diese Gesellschaft ist die Grundform aller Gesellschaften. Gem. § 705 BGB besteht eine Gesellschaft nämlich schon dann, wenn folgende Voraussetzungen gegeben sind:

- mehrere
- verpflichten sich durch Vertrag
- zur Förderung eines gemeinsamen Zwecks (insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten)

Der Gesellschaftsvertrag bedarf keiner besonderen Form. Er muss nicht also insbesondere nicht schriftlich geschlossen werden. Der Vertrag bedarf aber der notariellen Beurkundung, wenn er die Verpflichtung zum Erwerb eines Grundstücks beinhaltet (§ 311 b Abs. 1 BGB). Das ist bei einer Bauherrengemeinschaft dann der Fall, wenn das zu bebauende Grundstück erst noch erworben werden soll. Gehört es den Bauherren bereits, muss der Gesellschaftsvertrag nicht beurkundet werden. (Schriftform ist dann zwar – wie gesagt – nicht erforderlich, aber wie immer zu empfehlen).

Der Gesellschaftsvertrag muss nicht *ausdrücklich* geschlossen werden, sondern kann auch durch schlüssiges Verhalten (konkludent) zu Stande kommen. Auch ohne ausdrückliche Einigung besteht von dem Tag an, an dem die Gesellschafter die ersten Geschäfte tätigen, eine wirksame Gesellschaft, für die dann, wenn keine besonderen vertraglichen Bestimmungen vereinbart wurden, die Bestimmungen des BGB (§§ 705 ff) gelten.

Im Beispielfall besteht also auch dann, wenn es keinen schriftlich niedergelegten oder ausdrücklich mündlich vereinbarten Gesellschaftsvertrag geben sollte, eine BGB-Gesellschaft. Jeder Gesellschafter (Bauherr) ist den anderen gegenüber zur Zahlung der vereinbarten Beiträge verpflichtet. Das ist auch nötig. Die Bauarbeiter arbeiten nämlich nur weiter, wenn ihre fälligen Abschlagszahlungen beglichen werden. Wenn M 1 nicht zahlt, müssen die anderen seinen Beitrag finanzieren, um den „gemeinsamen Topf“ aus dem die Rechnungen bezahlt werden, aufzufüllen. M 1 kann nicht einfach „aussteigen“, sondern muss die vom Baubetreuer angeforderten Zahlungen leisten, weil diese zur Erreichung des gemeinsamen Zwecks erforderlich sind.

1.2. Die Haftung der Bauherren im Außenverhältnis

Beispiel: Der Rohbauunternehmer hat den Gesellschaftern der Bauherrengemeinschaft aus dem obigen Beispiel (1.1.) eine Rechnung über 100.000,- € gestellt. Die Bauherrengemeinschaft bezahlt aber nur 80.000,- €, weil der Anteil des M 1 fehlt. Kann der Unternehmer von M 1 und/oder M 2 – M 5 Zahlung der fehlenden 20.000,- € verlangen?

Für Verbindlichkeiten einer BGB-Gesellschaft im Außenverhältnis gilt **im Grundsatz** eine gesamtschuldnerische Haftung aller Gesellschafter (§ 427 BGB). Das bedeutet, dass jeder Gesellschafter mit seinem persönlichen Vermögen voll und ganz für die gesamten Verbindlichkeiten aufkommen muss, nicht nur mit seinem „internen Anteil“. Der Gläubiger hat dann die Wahl, ob er zur Erfüllung seiner Forderung auf einen, mehrere oder alle Gesellschafter zugreifen will.

Nur bei Bauherrengemeinschaften macht die Rechtsprechung aber eine **Ausnahme** vom Grundsatz der gesamtschuldnerischen Haftung, und zwar für die sog. **Aufbauschulden**. Das sind die Kosten, die im Stadium des Bauens anfallen. Hier haftet jeder Bauherr auch im Außenverhältnis nur in der Höhe, die sich aus seiner internen Beteiligung (Quote) an den Gesamtkosten ergibt. Grund: den Baubeteiligten sei klar, dass ein einzelner Bauherr sich unmöglich gesamtschuldnerisch zur Zahlung der Baukosten verpflichten kann, weil jeder im Regelfall schon genug Schwierigkeiten hat, die Finanzanzierung nur der eigenen Wohnung hin zu bekommen. Weil das so klar sei, müsse es im Verhältnis zu den Baubeteiligten auch ohne besondere Erwähnung als vertraglich vereinbart gelten. – Diese Ausnahme ist beruhigend für Bauherren, bringt aber dafür Schwierigkeiten an anderer Stelle mit sich. Nicht jedes Bauunternehmen (oder jeder Handwerker, Planer usw.) ist bereit, mit einer Bauherrengemeinschaft zusammen zu arbeiten, weil es im Streitfall schwierig ist, Ansprüche gegen alle Bauherren durchzusetzen. – Im Beispielsfall kann der Rohbauunternehmer also nur von M 1 Zahlung von 20.000,- € verlangen.

Verwaltungsschulden (im Gegensatz zu den Aufbauschulden) werden dann die Kosten genannt, die nach Abschluss des Bauvorhabens entstehen. Jetzt sind die Bauherren Wohnungseigentümer. Die für Aufbauschulden gemachte Ausnahme gilt nicht mehr. Für die Verwaltungsschulden, also alle Verbindlichkeiten, die im Zuge der Verwaltung (Instandhaltung usw.) des Gemeinschaftseigentums anfallen, haften die Wohnungseigentümer einzeln und persönlich in voller Höhe als Gesamtschuldner. Näheres ggf. in der Spezialvorlesung WEG.

2. Funktion und Aufgabenbereich des Baubetreuers

Die Pflichten des Baubetreuers sind meistens vertraglich geregelt. Ist das nicht der Fall, hat er die Leistungen zu erbringen, die typischer Weise für die Erbringung der Baubetreuung erforderlich sind. Er muss deshalb in der Regel die für die Durchführung des Bauvorhabens erforderlichen Verträge vorbereiten und ggf. im Namen der Gesellschafter abschließen, also den Grundstückskaufvertrag, die Teilungserklärung, den Gesellschaftsvertrag der Bauherrengemeinschaft, die Architekten- und Bauverträge usw. Ihm obliegt sodann die Überwachung der Durchführung der Verträge, die Bezahlung von fällig gewordenen Beträge und der Einzug der Beiträge der Gesellschafter. Außerdem müssen die Bauherren während des gesamten Bauvorhabens beraten werden, und zwar auch in technischer Hinsicht. Der Baubetreuer muss sich ferner erforderlichenfalls um die Geltendmachung der Gewährleistungsrechte der Bauherren kümmern.

Nicht verantwortlich ist der Baubetreuer demgegenüber für die Mangelfreiheit der Bauleistungen als solche. Dazu

Fall 1: Konrad Kuhl (K) ist Mitglied der Bauherrengemeinschaft „Quartier 16“ in Tübingen. Der Gesellschaftsvertrag sieht einen Zahlungsplan für die prognostizierten Baukosten vor. Bei Übergabe der Wohnung sind 20.000,- € auf das Gemeinschaftskonto zu bezahlen. K. stellt beim Einzug in die Wohnung zahlreiche Mängel fest: die Räume sind nicht entsprechend den Vertragsplänen zugeschnitten, die Türen hängen in der Luft, die Gipsarbeiten sind schlampig ausgeführt. B. fordert die

20.000,- € von K an, der verweigert unter Hinweis auf die Mängel die Zahlung auf das Gemeinschaftskonto. Zu Recht?

Lösung: Offensichtlich liegen Mängel der Bauleistung vor (Architekten-Planungsfehler, fehlerhafter Trockenbau usw.). Bei mangelhaften Leistungen des Auftragnehmers hat der Auftraggeber (Bauherr) Mängelrechte. Zunächst hat er ein Zurückbehaltungsrecht (ZbR). D.h., solange die Mängel nicht beseitigt sind, muss der Werklohn nicht bezahlt werden (Einzelheiten unten im Teil B). Darauf will sich Bauherr K. offenbar berufen.

Wer aber kann wem gegenüber das ZbR ausüben? Mängelrechte hat der Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer. Die Lösung des Falles hängt also davon ab, wer in Bezug auf die mangelhaften Leistungen Auftraggeber und wer Auftragnehmer ist.

B., der Baubetreuer, hat die mangelhaften Leistungen nicht ausgeführt hat und ist dafür nicht gewährleistungspflichtig. Der Baubetreuer schuldet er den Bauherren nicht (wie ein Bauträger) die Herstellung eines mangelfreien Werkes, sondern ihre Betreuung. Auftraggeber der Handwerker und anderen bauausführenden Unternehmen sind die Bauherren gemeinsam. Nur die Bauherren gemeinsam können nur gegenüber den bauausführenden Unternehmen (ihren Auftragnehmern) ein Zurückbehaltungsrecht wegen Mängeln der Bauausführung ausüben. Weil sie auch insoweit vom Baubetreuer vertreten werden, muss dieser bei der Bezahlung von Baurechnungen erforderlichenfalls Einbehalte wegen Mängeln vornehmen.

Die Pflicht des K. zur Zahlung auf das Gemeinschaftskonto beruht auf dem Gesellschaftsvertrag und hat mit dem Verhältnis der Bauherrengemeinschaft gegenüber den bauausführenden Unternehmen nichts zu tun. K. muss bezahlen.

3. Die Bestimmungen der GewO und der MaBV für Baubetreuer

Zu den Pflichten des Baubetreuers gehört auch die Verwaltung des gemeinschaftlichen Geldes der Bauherren. Die GewO (der Ihnen schon bekannte § 34 c) und die MaBV sehen für ihn deshalb dieselben umfassenden Sicherungspflichten wie für Bauträger vor, u.a. Folgende :

- § 2 Abs. 1 MaBV: Sicherheitsleistung.

Der Baubetreuer muss eine Bürgschaft stellen. Die muss abdecken: „vorsätzlich begangene unerlaubte Handlungen, die sich gegen Vermögenswerte richten, die vom Auftraggeber bereit gestellt wurden“. Es handelt sich um eine Sicherheit für den Fall, dass der Baubetreuer Geld entgegennimmt und sich dann absetzt.

§ 4 Abs. 2 MaBV: Vermögenswerte des Bauherren dürfen nur anteilig verwendet werden.

§ 6 MaBV: Getrennte Vermögensverwaltung.

§ 8 MaBV: Rechnungslegung.

Diese Sicherungspflichten entfallen, wenn der Baubetreuer mit der Mittelverwendung nichts mehr zu tun hat. Man hat deshalb einige Varianten des Bauherrenmodells entwickelt, die hier nicht im Detail behandelt werden sollen. Dreh- und Angelpunkt ist meistens die Einschaltung eines „Treuhanders“, der die Verwendung der von den Bauherren gezahlten Beiträge überwacht und insoweit den Baubetreuer kontrolliert. In diesem Fall erfolgen Zahlungen nicht an

den Baubetreuer. Das Geld der Bauherren wird vom Treuhänder verwaltet. Dieser muss unabhängig sein und darf mit der Baubetreuung und dem Bauvorhaben ansonsten nichts zu tun haben.

4. Das vom Initiator professionell angebotene Bauherrenmodell – ein Kind des Steuerrechts

4.1. Einleitung

Eine Zeitlang, insbesondere in den 80er-Jahren, wurden von professionellen Immobiliengesellschaften (Projektanbietern) größere und große Bauvorhaben im „Bauherrenmodell“ angeboten. Diese Bauherrengemeinschaften waren keine „Baugruppen“ wie in dem oben besprochenen Beispielfall. Der Sache ging es vielmehr um einen verschleierte Kauf vom Bauträger. Der Projektanbieter hatte das gesamte Projekt genau wie ein Bauträger schon im Vorfeld vollständig ausgearbeitet, also das Grundstück an der Hand und die Planung fertig, die erforderlichen Verträge formuliert und beurkundet. Der Projektanbieter übereignete den Bauherren das Grundstück vor Baubeginn und fungierte nachher als technischer Baubetreuer.

Heute wird kaum noch im Bauherrenmodell gebaut. Warum war es früher so beliebt und was sind die Gründe für seinen Niedergang?

Die Verbreitung des Bauherrenmodells hatte steuerliche Gründe. Das Bauherrenmodell zielt ab auf den Kapitalanleger, der die Wohnung nicht selber bewohnen, sondern anschließend vermieten will. Die Einkünfte aus der Vermietung muss er versteuern. Er möchte seine Ausgaben für die Herstellung der Wohnung abziehen. Als Bauherr stand er diesbezüglich günstiger als beim Erwerb vom Bauträger. Zum Verständnis ist ein Exkurs ins Steuerrecht erforderlich:

Ausgangspunkt ist § 9 Abs. 1 S. 1 EStG:

„Werbungskosten sind Aufwendungen zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung der Einnahmen.“

Steuerlich relevante Einkünfte bzw. der Gewinn sind also nur das, was nach Abzug der Werbungskosten von den Einnahmen übrig bleibt. Musterbeispiel sind Fahrten mit dem Pkw zur Arbeit. Verdient ein Arbeitnehmer 5.000,- € im Monat netto, hat aber Fahrkosten i.H.v. 1.000,- € im Monat, beträgt sein zu versteuerndes Einkommen monatlich 4.000,- €.

Bei der Vermietung einer neu hergestellten Wohnung ((Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung, § 21 Abs. 1 EstG) stellt sich die Frage, welche Kosten aus der Bauphase als Werbungskosten anerkannt werden (die laufenden Kosten der Wohnung - Instandhaltung, Betriebskosten usw.- sind ohnehin Werbungskosten; das interessiert hier nicht). Darum geht es im Folgenden.

4.2. Steuerlich relevante Kosten beim Bau und Erwerb von Immobilien

Kosten, die beim Bau bzw. Erwerb einer Wohnung (oder eines Hauses) anfallen, werden steuerrechtlich eingeordnet in:

- Anschaffungskosten des Grund und Bodens,
- Herstellungskosten des Gebäudes und
- sofort abziehbare Werbungskosten.

Die erste Position kann bei der anschließenden Vermietung nicht als Werbungskosten geltend gemacht werden.

Die zweite Position (Herstellungskosten des Gebäudes) wird anteilig i.H.d. jährlichen Abnutzung als Werbungskosten anerkannt (§ 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 7 i.V.m. 7 EStG). Das ist die Afa (Absetzung für Abnutzung), die bei Gebäuden 2 % jährlich beträgt. Welche Aufwendungen zu den Anschaffungs- und Herstellungskosten zählen, bestimmt sich für Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung nach § 255 HGB. Bei Sanierungsmaßnahmen nach Erwerb eines Altbaus gilt Folgendes: Aufwendungen für Instandsetzung und Modernisierung (also für Sanierung), die innerhalb von drei Jahren nach der Anschaffung des Gebäudes durchgeführt werden, stellen grundsätzlich Herstellungskosten des Gebäudes dar, wenn die Aufwendungen 15 % der Anschaffungskosten des Gebäudes übersteigen. Aufwendungen für Erhaltungsarbeiten, die jährlich üblicher Weise anfallen, werden dabei nicht berücksichtigt. Drei Jahre nach der Anschaffung gelten Maßnahmen, die der Erhaltung oder Schaffung eines zeitgemäßen Wohnstandards dienen, als *Erhaltungsaufwendungen*. *Herstellungskosten* sind nur die Aufwendungen, mit denen das Gebäude durch Anhebung des Standards wesentlich aufgewertet wird⁷.

das soll hier nicht weiter vertieft werden.

Die dritte Position (sofort abzugsfähige Werbungskosten) ist die vorliegend interessanteste und die eigentlich streitige. Für sie bleibt nur übrig, was nicht als Herstellungs- und Anschaffungskosten qualifiziert wird. Anerkannt sind dabei stets (ob sie bei Erwerb der fertigen Wohnung oder beim Bau durch einen Bauherren anfallen):

- Aufwendungen für die Finanzierung des Bauvorhabens (Zinsen der End und Zwischenfinanzierung, Damnum, Bearbeitungskosten, Gebühren für die Übernahme von Garantien usw. im Zusammenhang mit der Vermietung usw.).

Nur bei einem **Bauherren** können folgende sofort abzugsfähigen Werbungskosten anfallen:

- Baubetreuungskosten und Kosten der Leistungen des Treuhänders.

In diese beiden letzten Positionen wurden in den 70-er und 80er-Jahren möglichst viele Kosten eingestellt, die „eigentlich“ zu den Herstellungskosten des Gebäudes gehören (z.B. Kosten für die Ausarbeitung der technischen, wirtschaftlichen und steuerlichen Grundkonzeption usw.). Darin bestand dann der „steuerliche Vorteil“ des Bauherrenmodells – hohe sofort abzugsfähige Werbungskosten.

⁷ § 6 Abs. 1 Nr. 1 a EStG ab dem 1.1.2004 als Reaktion auf die geänderte BFH-Rspr.

4.3. Der Bauherrenerlass

Die Finanzverwaltung hat im Laufe der Zeit immer weniger sofort abziehbare Werbungskosten im Bauherrenmodell anerkannt. Die Einzelheiten (auch die obige steuerrechtliche Einteilung der Bau- und Erwerbskosten) ergeben sich aus den „Bauherrenerlassen“ des Bundesfinanzministeriums (auszugsweise im Anhang). Mit dem **Bauherrenerlass vom 1.8.1990** wurde schließlich dem Bauherrn, der im typischen Bauherrenmodell eine Wohnung erwarb, die Eigenschaft als „Bauherr“ aberkannt. Es heißt im Bauherrenerlass klar und deutlich:

„Der Anleger, der sich aufgrund eines von den Projektanbietern vorformulierten Vertragswerkes beteiligt und bei den damit zusammen hängenden Rechtsgeschäften durch die Projektanbieter oder von ihnen eingeschalteten sonstigen Personen (z.B. Treuhänder, Geschäftsbesorger, Betreuer) umfassend vertreten lässt, ist regelmäßig nicht Bauherr, sondern Erwerber des bebauten Grundstücks.“

Seitdem wird das Bauherrenmodell jedenfalls von professioneller Anbieterseite aus kaum noch praktiziert. Für die Erwerber ist das kein Nachteil. Denn das Bauherrenmodell war in den meisten Varianten extrem unübersichtlich. Es hatte gegenüber dem Kauf vom Bauträger für den Anleger/Bauherren kaum Vorteile, denn die „Steuerersparnis“ wurde – wenn überhaupt – typischer Weise nur durch überzogene Werbungskosten – also schlicht durch ungerechtfertigte Überteuerung der Gesamtkosten – erreicht.

Heute ist das gemeinsame professionell betreute Bauen nur noch für „echte“ Bauherrengemeinschaften von Interesse, also für Leute, die gemeinsam ein Haus zur anschließenden Eigennutzung bauen wollen, und die eine professionelle Betreuung benötigen. Dann hat die Bauherrengemeinschaft viele Vorteile, unter anderem den Vorteil geringerer Baukosten. Denn die Gewinnspanne, die ansonsten der Bauträger einstreicht, fällt weg. Diese „Gewinnspanne“ ist i.d.R. höher als die Kosten der Baubetreuung. Dafür tragen die Bauherren auch das volle Risiko (höherer Baukosten usw.), das sonst der Bauträger hätte.

Teil B: Bauvertragsrecht

I. Der Bauvertrag nach BGB

1. Vorbemerkung

In Bauverträgen wird meistens die Geltung der VOB/B vereinbart. (Näheres zur VOB unten Ziff. II). Deren Bestimmungen gehen dann den §§ des BGB vor. Das Werkvertragsrecht des BGB gilt demnach immer dann, wenn nichts anderes vereinbart wurde, insbesondere dann, wenn *nicht* die VOB/B vereinbart wurde oder wenn die Vereinbarung der VOB/B aus bestimmten Gründen unwirksam ist (dazu sogleich unten). Auch bei Vereinbarung der VOB/B

gilt das BGB, soweit die VOB/B nichts Abweichendes bestimmt. Deshalb müssen Sie die Grundzüge des BGB-Werkvertragsrechts kennen.

Das Werkvertragsrecht des BGB ist nicht auf den Bauvertrag zugeschnitten. Der Begriff des Werkvertrags ist im BGB ganz weit gefasst:

§ 631 Abs. 2 BGB „Gegenstand des Werkvertrags kann sowohl die Herstellung einer Sache als ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein.“

Der Werkvertrag wird vom Dienstvertrag: dadurch abgegrenzt, dass bei letzterem nur eine Tätigkeit geschuldet ist, beim Werkvertrag aber ein Erfolg, also ein bestimmtes Ergebnis der Tätigkeit (Arbeit oder Dienstleistung) des Unternehmers, gleich welcher Art.

Zum Werkvertrag gehören also die unterschiedlichsten Bereiche und Tätigkeiten, z.B.: Bau eines Hauses, Reparatur eines Fahrradlichtes, Lackierung eines Fahrzeugs, der Beförderungsvertrag (Taxi, Eisenbahn), der Bestattungsvertrag usw.

2. Die Vergütung beim Werkvertrag

Fall 1: Besteller Berti (B) ist Eigentümer einer Wohnung. „, Nach dem Vertrag mit dem Bauräger ist er befugt, den Bodenbelag selbst auszusuchen und direkt in Auftrag zu geben. B beauftragt Parkettleger Unmut (U) mit der Verlegung von Eichenparkett in der Wohnung. Über Geld wird nicht gesprochen.

a) Nach Abschluss der Arbeiten stellt U seine Rechnung. B wendet ein, von Bezahlung sei nicht die Rede gewesen und für den Fall, dass er dennoch bezahlen müsse, sei die Rechnung überhöht. Rechtslage?

b) Wie vor, aber nachdem U das Parkett im Eingangsbereich der Wohnung verlegt hat, stellt er dem B eine Abschlagsrechnung mit dem Hinweis, dass er die Arbeit erst nach Leistung der Abschlagszahlung fortsetzen werde. B will nicht zahlen. Rechtslage?

Lösung: Zu a): Gem. § 632 Abs. 1 BGB gilt eine Vergütung als stillschweigend vereinbart, wenn die Herstellung des Werkes den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. So liegt der Fall hier. Weil die Höhe der Vergütung vorliegend (natürlich erst recht) nicht vereinbart wurde, ist gem. § 632 Abs. 2 BGB die übliche Vergütung zu bezahlen. Was für die Tätigkeit des Parkettlegers üblicherweise bezahlt wird, ist Tatfrage. Im Streitfall muss U (mittels eines Sachverständigen) beweisen, dass die von ihm verlangte Vergütung die übliche ist.

Zu b) Abschlagszahlungen können unter den Voraussetzungen des § 632 a BGB verlangt werden, auch wenn sie vorher nicht besonders vereinbart wurden. Die Parkettierung des Eingangsbereichs kann wohl nicht als ein „in sich abgeschlossener Teil des Werkes“ betrachtet werden, so dass U weder für seine Arbeit, noch für das angelieferte und eingebaute Parkett eine Abschlagszahlung verlangen kann.

Der Unternehmer ist also grundsätzlich auf eigene Kosten und Risiko vorleistungspflichtig! D.h., er muss erst arbeiten, und wird dann bezahlt. Dass Abschlagszahlungen gem. § 632 a BGB verlangt werden können, kommt in der Praxis kaum vor. Abschlagszahlungen werden aber häufig besonders vereinbart, was ohne weiteres zulässig ist.

Wann genau ist die Vergütung fällig (zahlbar)? Das steht in § 641 Abs. 1 BGB:

„Die Vergütung ist bei der Abnahme des Werkes zu entrichten“.

Was aber ist die „Abnahme“? Das leitet über zum nächsten Punkt:

3 Die Abnahme der Werkleistung (Wiederholung und Vertiefung)

Zum Begriff der Abnahme s. oben III 7 b, c. Zur Wiederholung nochmals die Rechtsfolgen der Abnahme:

- Fälligkeit des Werklohns (§ 641 Abs. 1 BGB).
- Beginn der Gewährleistungsfrist (§ 634 a Abs. 2 BGB).
- Gefahrübergang (Ende der Gefahrtragung des Auftragnehmers, § 644 Abs. 1 S. 1 BGB).

Was bedeutet „Gefahrübergang“?

Fall 2: In Fall 1 ist das Parkett verlegt, nur die Bodenleisten fehlen noch. Bevor U die Arbeit fertig stellen kann, kommen die Heizungsbauer und montieren in jedem Zimmer die Heizkörper. Unter ihren schweren Arbeitsschuhen tragen sie Dreck und Kieselsteinchen von der Baustellenumgebung herein. Als die Heizkörper montiert sind, ist das neue Parkett zerkratzt. B weist den U bei der Abnahme darauf hin und zieht später von der Rechnung des U 1.000,- € als Minderung wegen des mangelhaften Zustands des Parketts ab. U ist empört, weil er sich unschuldig bestraft fühlt und verlangt volle Bezahlung. Wer hat Recht?

Lösung: Gem. § 644 Abs. 1 BGB trägt der Unternehmer „die Gefahr“ bis zur Abnahme des Werkes, d.h.: die Gefahr für den Untergang oder die Beschädigung des Werkes. Folge: Alle Mängel, die das Werk bis zur Abnahme erleidet oder erlitten hat, ja selbst dessen vollständiger Untergang werden dem Unternehmer zugerechnet. Ob er etwas dafür kann oder nicht: Er ist und bleibt (verschuldensunabhängig) zur fehlerfreien Herstellung des Werkes verpflichtet (§ 633 Abs. 2 BGB).

Vorliegend kann deshalb der U, der sich seine Rechte bei der Abnahme vorbehalten hat (§ 640 Abs. 2 BGB), Minderung des Werklohns wegen Mangelhaftigkeit des Parketts verlangen (Einzelheiten dazu werden später behandelt). U muss für alle Mängel des Werkes, die vor der Abnahme entstanden sind, gerade stehen, auch für diejenigen, die von Dritten (hier: den Heizungsbauern) verursacht wurden. Auch schädigende Dritte sind seine „Gefahr“, d.h.: sein Risiko. B hat deshalb Recht (vorausgesetzt, die Höhe der Minderung ist zutreffend angesetzt, was im Streitfall das Gericht unter Zuhilfenahme eines Sachverständigen entscheidet). - U seinerseits muss bzw. kann sich wegen des ihm durch die Minderung des Werklohns entstandenen Schadens an die Verursacher, vorliegend also die Heizungsbauer halten. Das bereitet für gewöhnlich praktische Schwierigkeiten (vor allem Nachweisprobleme). In solchen Fällen ist aber die Bauwesenversicherung (Bauleistungsversicherung) eintrittspflichtig, die ein Unternehmer i.d.R. unterhält.

Weitere Beispiele der Gefahrtragung: Das Haus, das der U gebaut hat, geht kurz vor der Abnahme wegen Brandstiftung in Flammen auf. U muss das Haus noch einmal bauen.

4. Ausführungsfristen, Verzug und Kündigung

4.1. Ausführungsfristen

Für den Werkvertrag gibt es keine besonderen gesetzlichen Regelungen der Ausführungsfristen. Wann eine vereinbarte Leistung auszuführen ist und welche Rechtsfolgen Verspätungen haben, ist eine allgemeine Frage, die das Gesetz auch an allgemeiner Stelle behandelt (im „allgemeinen Schuldrecht“). Die einschlägigen Bestimmungen des BGB sollen hier der Vollständigkeit halber besprochen werden. Sie gelten im Prinzip genau so für alle anderen Arten von Verträgen (Kaufvertrag usw.). Zur Erläuterung diene

Fall 3: In Fall 1 wird bei der Auftragserteilung über einen Termin zur Fertigstellung nicht gesprochen. Als U Tage und Wochen nach Vertragsschluss immer noch nicht mit der Parkettierung anfangen hat, wird B unruhig. Er kommt zu Ihnen und fragt: Wann muss U von Rechts wegen mit der Arbeit anfangen und fertig werden?

Lösung: Das BGB behandelt beim Werkvertrag die Frage der „Ausführungsfristen“ nicht. Es behandelt nur im allgemeinen Teil des Schuldrechts ganz allgemein die Frage der „Fälligkeit“ einer Leistung, d.h.: wann die Leistung zu erbringen ist. Es kommt also darauf an, wann die Werkleistung „fällig“ ist. Weil beim Werkvertrag nicht nur eine einzige Handlung vorzunehmen ist (im Gegensatz z.B. zur Bezahlung einer Geldschuld), bedeutet die Fälligkeit hier nicht, dass der geschuldete Erfolg – nämlich das fertige Werk – vorliegen muss, sondern dass der Unternehmer die Tätigkeit aufnehmen und das Werk zügig zu Ende bringen muss.

Vorliegend ist vertraglich kein Termin für die Fälligkeit vereinbart. Für diesen Fall bestimmt § 271 Abs. 1 BGB, dass den „Umständen“ zu entnehmen ist, wann eine Leistung fällig ist. Lässt sich den „Umständen“ nichts entnehmen, ist sie sofort fällig. - Im vorliegenden Fall müssen also zunächst die Umstände des Vertragsschlusses untersucht werden. Weil vorliegend das Parkett Voraussetzung für die Nutzung der Wohnung ist, ergibt sich aus den Umständen, dass U mit der Arbeit unverzüglich beginnen soll, sobald die bauseitigen Voraussetzungen dafür vorliegen (der Estrich getrocknet ist usw.).

Weil die Auslegung der Umstände immer eine zweifelhafte Angelegenheit ist (jeder kann dazu eine eigene Meinung vertreten – auch der zur Entscheidung berufene Richter) und die Beweislast für den Ausführungstermin beim Besteller liegt, ist diesem dringend zu empfehlen, die Ausführungsfristen vertraglich zu fixieren.

4.2. Verzögerung und Verzug

Verzögerung liegt vor, wenn die fällige Leistung nicht erbracht wird. Das ist auch dann der Fall, wenn der Unternehmer rechtzeitig anfängt, die Arbeit aber nicht zügig fortsetzt und zu Ende bringt (also „trödelt“). Die Verspätung alleine ist aber noch kein Verzug! Verzug ist eine „qualifizierte Verspätung“. Wann er eintritt, steht in § 286 BGB.

Voraussetzungen des Verzugs gem. § 286 BGB:

- Fälligkeit der Leistung.
- Mahnung oder Fristüberschreitung.
- Bei Geldschulden: spätestens 30 Tage nach Rechnungszugang.

[- Verschulden des Schuldners - wird gesetzlich vermutet]

Wie der Begriff der Abnahme, ist auch die **Mahnung** im Gesetz nicht definiert. Man versteht darunter eine eindeutige und bestimmte Leistungsaufforderung. Sie kann auch höflich sein. Es gibt keinen Formzwang, die Mahnung kann deshalb auch mündlich erfolgen. Aus Beweisgründen empfiehlt sich aber die Schriftform. Außerdem: Wer sich auf die Mahnung beruft, muss auch deren *Zugang* beweisen. Im Streitfall kann durch Vorlage einer schriftlichen Mahnung alleine nicht bewiesen werden, dass der Schuldner diese auch erhalten hat ...

Rechtsfolge des Verzugs ist die Verpflichtung des säumigen Schuldner zum **Schadensersatz**. Das ergibt sich aus § 286 Abs. 1 und 2 BGB. Gem. § 280 Abs. 1 BGB verpflichtet jede schuldhaft Vertragsverletzung zum Schadensersatz. Weil die Verzögerung der Leistung eine Pflichtverletzung ist, müsste an sich schon die Verzögerung eine Schadensersatzpflicht auslösen. Das ist aber nicht der Fall, weil nach der ausdrücklichen Bestimmung in § 280 Abs. 2 BGB nur der in § 286 BGB geregelte Verzug (also die „qualifizierte Verzögerung“) zum Schadensersatz führt.

Fall 4: In Fall 1 wurde zwischen U. und B. bei Auftragserteilung Arbeitsbeginn „Anfang September“ vereinbart. Tatsächlich beginnt U auch rechtzeitig mit der Arbeit und parkettiert den Eingangsbereich; danach lässt er sich aber nicht mehr blicken. Am 12.09. ruft B bei ihm an und bittet darum, die Arbeit fortzusetzen, ebenso an den folgenden Tagen, U hat aber stets „gerade keine Zeit“. Weil das Parkett nicht verlegt ist, kann B die bei der „Fa. Mammut-Einrichtungshaus“ bestellte Wohnzimmereinrichtung nicht liefern und aufstellen lassen. Ab dem 20.9. verlangt die Fa. Mammut von B Lagerkosten von 10,00 € täglich. B. möchte, dass U. diesen Schaden bezahlt. Zu Recht?

Lösung: U muss dem B die Lagerkosten als Verzugsschaden gem. §§ 280, 286 BGB ersetzen, wenn U sich mit seiner Leistung (Parkettverlegung) in Verzug befand und die Lagerkosten eine Verzugsfolge sind.

a) Die Voraussetzungen des Verzugs

Sie sind in § 286 BGB geregelt. Nach Abs. 1 gerät der Schuldner durch eine Mahnung in Verzug, sofern die Leistung fällig war. Vereinbarung war vorliegend ein Arbeitsbeginn Anfang September, den U. auch eingehalten hat. Er war aber verpflichtet, die Arbeit zügig durchzuführen und zu Ende zu bringen. Er hat also trotz (fortbestehender) Fälligkeit nicht (mehr) geleistet. Die Bitte des B., die Arbeit fort zu setzen, ist als Mahnung zu werden. (Schriftform ist dafür nicht erforderlich, jedoch muss B im Streitfall die Mahnung beweisen). Weil U. auf die Mahnung hin nicht unverzüglich die Arbeit fortgesetzt hat, ist er durch die Mahnung in Verzug geraten.

b) Verzugsschaden

Die Kosten der Lagerung bei der Fa. Mammut-Einrichtungshaus sind eine Folge des Verzugs, denn wenn B mit der Arbeit nicht in Verzug geraten wäre, wären sie nicht angefallen. B kann diesen Schaden von U gem. § 288 Abs. 1, 2 BGB ersetzt verlangen.

4.3. Kündigung / Rücktritt und Schadenersatz wegen Verzögerung

Mit Schadenersatz wegen Verzugs ist dem Besteller (Auftraggeber) oft nicht gedient. Wenn der Unternehmer „trödelt“, will der Besteller ihn möglicher Weise „los werden“ und die Arbeiten von einem anderen Unternehmer vollenden lassen. Das Gesetz gibt dem Besteller bei Verzögerung der Leistung das Recht, den Vertrag zu beenden. Voraussetzung ist aber, dass er vorher dem Unternehmer eine **angemessene Frist** zur Fertigstellung gesetzt hat.

Das Recht zur Beendigung des Vertrags ist im Gesetz nicht glücklich geregelt. Statt vorzusehen, dass der Besteller den Vertrag nach Fristsetzung kündigen (d.h. mit Wirkung für die Zukunft beenden) kann, gibt das Gesetz ihm ein Recht zum Rücktritt sowie ein Recht auf Schadenersatz statt der Leistung. Beides führt im Ergebnis zur Vertragsbeendigung; der Begriff „Kündigung“ taucht aber nicht auf. Im Einzelnen:

a) *Schadenersatz statt der Leistung gem. § 281 Abs. 1 BGB*

§ 281 Abs. 1 Satz 1 BGB lautet:

„Soweit der Schuldner die fällige Leistung nicht oder nicht wie geschuldet erbringt, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 Schadenersatz statt der Leistung verlangen, wenn er dem Schuldner vorher eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung gesetzt hat.“

Den letzten Halbsatz (mir der Frist) unterstreichen Sie sich am besten.

„Statt der Leistung“ ist wörtlich zu verstehen. Der Gläubiger kann, wenn er Schadenersatz verlangt, nicht mehr die ursprüngliche Leistung verlangen, sondern – ggf. - nur noch Geld. Das steht vorsorglich noch ausdrücklich in Abs. 4:

„Der Anspruch auf die Leistung ist ausgeschlossen, sobald der Gläubiger statt der Leistung Schadenersatz verlangt hat“.

Das bedeutet, dass die Erklärung, jetzt Schadenersatz statt der Leistung zu verlangen, eine Kündigung beinhaltet. Das Wort „Kündigung“ muss nicht gebraucht werden, schadet aber auch nicht. Damit ist der Vertrag de facto beendet. Die bis dahin erbrachten Leistungen muss der Besteller selbstverständlich bezahlen.

Hat ein Unternehmer seine Leistung bei Fälligkeit nicht erbracht oder verzögert er die Fertigstellung, schickt ihm der Besteller also zweckmäßiger Weise (mit Zugangsnachweis) nach einander zwei Schreiben:

(1) Die Mahnung mit Fristsetzung

Sehr geehrter Herr U.,

leider haben Sie das Parkett noch nicht fertig gestellt. Ich bitte um Fertigstellung bis spätestens

Mit freundlichen Grüßen

(2) Nach erfolglosem Fristablauf die Vertragsbeendigung

Sehr geehrter Herr U.,

trotz meiner im Schreiben vom ... gesetzten Frist ist das Parkett noch nicht fertig gestellt. Ich mache deshalb Schadensersatz statt der Leistung geltend. Den Schaden werde ich zu einem späteren Zeitpunkt beziffern.

Mit freundlichen Grüßen

b) Rücktritt gem. § 323 BGB

Wenn der Unternehmer seine Leistungen nicht rechtzeitig erbringt, kann der Besteller auch vom Vertrag zurück treten, sofern er vorher eine angemessene Frist zur Leistung gesetzt hat und die Frist erfolglos abgelaufen ist (es sei denn, der Schuldner musste nicht mit dem Rücktritt rechnen).

Der Rücktritt hat an sich die Rechtsfolge, dass die gegenseitig erbrachten Leistungen zurück gewährt werden müssen. Das ist bei Werkleistungen kaum möglich. An die Stelle der Rückgewähr der vom Unternehmer erbrachten Leistung tritt dann ein Anspruch auf Wertersatz, was im Ergebnis wieder darauf hinaus läuft, dass die bis zur Rücktrittserklärung erbrachten Leistungen bezahlt werden müssen.

Der Rücktritt ist deshalb in der Praxis ohne Bedeutung.

c) Weitere Bestimmungen und Rechtsfolgen bei der Vertragsbeendigung

Sowohl beim Verlangen nach Schadensersatz statt der Leistung als auch beim Rücktritt ist die Fristsetzung entbehrlich, wenn der Unternehmer seine Leistung ernsthaft und endgültig verweigert oder wenn besondere Umstände vorliegen, die bei Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt bzw. die sofortige Geltendmachung von Schadensersatz rechtfertigen (§ 323 Abs. 2 bzw. § 281 Abs. 2 BGB).

Ist der Vertrag – durch Rücktritt oder das Verlangen nach Schadensersatz statt der Leistung – beendet, muss der Besteller – wie erwähnt – die bis dahin erbrachten Leistungen bezahlen. Er hat aber auch einen Anspruch auf Schadensersatz, und zwar auch dann, wenn er den Rücktritt vom Vertrag erklärt hat. Letzteres steht ausdrücklich in § 325 BGB:

“Das Recht, bei einem gegenseitigen Vertrag Schadensersatz zu verlangen, wird durch den Rücktritt nicht ausgeschlossen“.

Weil und soweit der Besteller einen Anspruch auf Schadensersatz hat, kann er etwaige Mehrkosten, die ihm durch die Beauftragung von anderen Unternehmen zur Fertigstellung entstehen (das wird in der Regel der Fall sein) vom Unternehmer ersetzt verlangen. Diese Kosten wird er von der Rechnung des Unternehmers für die erbrachten Leistungen abziehen. Weitere Einzelheiten zur Vertragsbeendigung und zum Schadensersatz statt der Leistung in

Fall 5: In Fall 4 reicht es dem B nach Wochen des Wartens schließlich. Am 22.09. setzt er dem U zur Fertigstellung des Parketts eine Frist zum Monatsende; die Frist verstreicht ergebnislos. B schreibt darauf hin an U: „Ich kündige hiermit fristlos den Auftrag.“

a) Ist er zur Kündigung berechtigt?

b) Welche Rechte hat B jetzt?

c) Variante: B. schreibt am 22.9. an U.: „Stellen Sie das Parkett endlich fertig, sonst sehe ich mich zur Vertragskündigung gezwungen.“ Nachdem bis zum Monatsende U. immer noch nicht fertig ist, erklärt B. die fristlose Kündigung. Daraufhin stellt U. eine Rechnung über den vollen bei Vertragsschluss vereinbarten Preis von 2.000,- €. Muss B. zahlen?

Lösung: a) Im Werkvertragsrecht gibt es keine spezielle Bestimmung zu der Frage, ob und wann der Besteller bei Verzögerung/Verzug des Unternehmers den Vertrag außerordentlich beenden (kündigen) kann. Es gelten also die Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts.

Einschlägig sind sowohl § 323 Abs. 1 BGB als auch § 281 Abs. 1 BGB. Dort ist zwar auch nicht von einem Recht zur Kündigung die Rede. Die „Kündigung“ bringt aber bei vernünftiger Auslegung den Willen des Bestellers zum Ausdruck, den Vertrag zu beenden, läuft also auf dasselbe Ergebnis hinaus, wie es bei Erklärung des Rücktritts gem. § 323 Abs. 1 bzw. bei Verlangen nach Schadensersatz statt der Leistung auch eintritt. Es kann demnach offen bleiben, ob die Erklärung des B. einen Rücktritt oder ein Verlangen nach Schadensersatz statt der Leistung bedeutet. Die Voraussetzungen der §§ 323 Abs. 1 wie des § 281 Abs. 1 BGB liegen nämlich vor. U. hat seine fällige Leistung nicht erbracht, obwohl B. ihm dafür eine angemessene Frist gesetzt hat. Mit Fristablauf war B. sowohl zum Rücktritt als auch zum Verlangen nach Schadensersatz statt der Leistung berechtigt. Seine „Kündigung“ erfolgte somit zu Recht.

b) Infolge der Kündigung muss B. weitere Leistungen des U. nicht entgegennehmen und auch nicht bezahlen. Die bereits erbrachten Leistungen des U. muss B. allerdings bezahlen.

Außerdem kann B gem. § 281 Abs. 1 BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Das Recht auf Schadensersatz besteht unabhängig vom Rücktritt, was in § 325 BGB ausdrücklich hervorgehoben wird.

Der Schadenersatzanspruch des B. kann verschiedene Positionen umfassen, insbesondere:

- Mehrkosten bei Fertigstellung durch Folgehandwerker gegenüber den Kosten, die bei Ausführung des ursprünglichen Vertrags entstanden wären.
- Kosten der Rechtsverfolgung (Beratung und Vertretung durch einen Rechtsanwalt; Einschaltung eines Sachverständigen usw.).
- Mietausfall oder Kosten einer Ersatzunterkunft wegen verspäteter Bezugsfertigkeit der Wohnung.

c) Variante: Hier liegen die Voraussetzungen für einen Rücktritt (§ 323 BGB) bzw. für Schadensersatz statt der Leistung (§ 281 Abs. 1 BGB) nicht vor. Die Kündigung des B. ist aber trotzdem wirksam. Gem. § 649 BGB kann ein Besteller den Werkvertrag nämlich jederzeit kündigen. Dem freien Kündigungsrecht des Bestellers liegt die Überlegung zu Grunde, dass die Herstellung des Werkes in seinem Interesse erfolgt und es in seinem Belieben stehen soll, ob er es fertig stellen lassen möchte oder nicht. Allerdings kann der beauftragte Werkunternehmer bei einer derartigen „freien“ Kündigung *trotzdem die vereinbarte Vergütung* verlangen! Er muss sich nur die ersparten Aufwendungen anrechnen lassen sowie anderweitige Einkünfte „aus der Verwertung seiner Arbeitskraft“ in der fraglichen Zeit. Vorliegend hat U das Parkett wohl bereits bestellt und dem B. überlassen. Material (Aufwendungen) erspart er durch die Aufhebung des Vertrags (d.h. durch die Nicht-Fertigstellung des Werkes) also nicht. Wenn er noch nachweisen kann, dass er in der Zeit nach der Kündigung (dem Zeitraum, der an sich für die Verlegung des Parketts bei B. einzuplanen war) keine anderweitigen Aufträge hatte (also seine Arbeitskraft auch nicht anderweitig verwerten konnte), kann er den vollen vereinbarten Werklohn (2.000,- €) verlangen, obwohl er nicht gearbeitet hat.

Fazit: Kündigen Sie auf keinen Fall voreilig einen Vertrag. Immer zuvor nachweislich eine angemessene Frist zur Vertragserfüllung setzen!

5. Mängelhaftung

Der Besteller (Auftraggeber) hat einen gesetzlichen Anspruch darauf, ein mangelfreies Werk zu erhalten. Das steht in § 633 BGB. Abs. 1 und 2 BGB:

„Der Unternehmer hat dem Besteller das Werk frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen Das Werk ist frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat“.

Im Folgenden geht es um die Rechte des Bestellers, wenn das Werk Mängel hat. Die Rechtslage ist hier seit dem 1.1.2002 geändert und ist einfacher geworden. Insbesondere gibt es nicht mehr – wie früher – Unterschiede danach, ob die Mängel vor und nach der Abnahme auftreten. Außerdem sind die Mängelrechte im Prinzip dieselben wie im Kaufrecht. Die Rechte des Bestellers sind allgemein in § 634 BGB aufgelistet. Wegen der Einzelheiten der jeweiligen Rechte verweist § 634 BGB auf weitere Vorschriften.

Die Grundstruktur ist einfach. Zunächst hat der Besteller einen Anspruch auf Mangelbeseitigung, in der Terminologie des Gesetzes: Nacherfüllung. Die weiteren Rechte des Bestellers haben zur Voraussetzung, dass dem Unternehmer eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt wurde und diese Frist erfolglos verstrichen ist. Die Einzelheiten werden erläutert in

Fall 6: Das Parkett (s. Fall B 1) ist fertig, aber an einigen Stellen wellig statt eben. B. verweigert die Abnahme. Welche Rechte hat B. jetzt?

Lösung: B. hat einen Anspruch darauf, dass ihm das Werk frei von Sachmängeln verschafft wird (§ 633 Abs. 1 BGB). Das ist laut Sachverhalt nicht der Fall. Welche Rechte B. jetzt hat, wird in § 634 BGB aufgezählt.

a) Nacherfüllung (§§ 634 Nr. 1, 635 BGB)

B. kann unter den Voraussetzungen des § 635 BGB Nacherfüllung verlangen. Dabei hat der Unternehmer die Wahl, ob er den Mangel beseitigen (nachbessern) oder das Werk gleich ganz neu herstellen will. Besondere Voraussetzungen hat dieser grundlegende Anspruch des B. nicht. Er kann ihn formlos geltend machen und auch gerichtlich durchsetzen. Zu beachten ist, dass der U. die Nacherfüllung verweigern kann, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist (§ 635 Abs. 3 BGB; dazu auch sogleich Fall 7). Verweigert U. die Nacherfüllung, kann B. ohne weiteres (insbesondere ohne Fristsetzung) vom Vertrag zurücktreten und Schadensersatz verlangen.

Für die folgenden Rechte ist (abgesehen vom Sonderfall, dass die Nacherfüllung grundlos verweigert wird) immer Voraussetzung, dass der Besteller B. dem Unternehmer U. eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat und diese erfolglos abgelaufen ist; dann hat B. folgende Rechte:

b) Ersatzvornahme (Selbstvornahme), Aufwendungsersatz und Kostenvorschuss (§§ 634 Nr. 2, 637 BGB)

B. kann den Mangel selbst beseitigen (lassen) und anschließend Ersatz der dafür notwendig gewordenen Kosten verlangen (§ 637 Abs. 1 BGB). Er kann nach Fristablauf aber auch zunächst von U das Geld verlangen, das voraussichtlich für die Selbstvornahme erforderlich sein wird (Kostenvorschuss, § 637 Abs. 3 BGB).

c) Rücktritt (§§ 634 Nr. 3, 323 BGB)

B kann gem. 323 BGB vom Vertrag zurücktreten (kündigen). Anschließend kann er Schadensersatz verlangen (s.u.). Der Rücktritt als solcher ist eigentlich nie von Interesse, ihn zu erklären schadet aber auch nicht; das Recht auf Schadensersatz bleibt davon unberührt (§ 325 BGB).

d) Schadensersatz (§§ 634 Nr. 2, 280 BGB)

Der Schadensersatzanspruch soll den Besteller finanziell so stellen, als ob von vornherein mangelfrei erfüllt worden wäre. Sämtliche Kosten, die ihre Ursache in der Mangelhaftigkeit des Werkes haben, sind ersatzfähig (Mangelbeseitigungskosten, verbleibender Minderwert des Werkes, Gutachter- und Rechtsverfolgungskosten usw.; vgl. oben Fall 5 b).

d) Minderung (§§ 634 Nr. 3, 638 BGB)

B kann eine Frist zur Nacherfüllung setzen. Nach Fristablauf kann er die Vergütung mindern, d.h. wegen dem Mangel einen Abzug vom Werklohn machen oder – falls schon voll bezahlt wurde - einen Teil der Vergütung zurück verlangen.

Welche Rechte B letztlich geltend macht, kommt auf den Einzelfall an. Dabei sind folgende Gesichtspunkte von Bedeutung:

Hofft man noch auf Nachbesserung durch den Unternehmer, wird zweckmäßiger Weise Kostenvorschuss zur Mängelbeseitigung geltend gemacht. Das Nachbesserungsrecht und die Nachbesserungspflicht des Unternehmers bleiben in diesem Fall erhalten, solange der Mangel noch vorhanden ist. Diesen Weg wählt man vor allem dann, wenn der Unternehmer insolvent

ist oder voraussichtlich wird. Weil Geld von ihm dann kaum zu holen ist, möchte man ihm so lange wie möglich die Möglichkeit offen halten, doch noch nachzubessern.

Will man den Unternehmer aber endgültig „los werden“, wird man Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Das Verlangen von Schadensersatz hat nämlich – wie die Erklärung des Rücktritts – zur Folge, dass der Unternehmer weder nachbessern (nacherfüllen) darf noch muss (§ 281 Abs. 3 BGB).

Rücktritt und Minderung haben keine nennenswerten Vorteile gegenüber dem Kostenvorschuss- und dem Schadensersatzanspruch und spielen praktisch keine Rolle.

Fall 7: B. hat bei Bauträger U. eine Wohnung gekauft. Bei der Abnahme stellt B. fest, dass im Wohnzimmerfenster ein kleiner Kratzer ist. Er verlangt den Einbau eines neuen Fensters. U. verweigert das. Wie ist die Rechtslage?

Lösung: Das Fenster hat wegen des Kratzers einen Mangel. Der Mangel ist - durch Einbau eines neuen Fensters - auch nachbesserungsfähig. Die Mängelbeseitigung erfordert aber einen im Verhältnis zum Mangel unverhältnismäßigen Aufwand. Für diesen Fall bestimmt § 635 Abs. 3 BGB, dass der Unternehmer die Nachbesserung verweigern darf. In diesem Fall kann der Besteller gem. § 636 BGB statt dessen ohne weiteres Minderung gem. § 638 bzw. (was hier auf dasselbe hinaus läuft) Schadensersatz gem. § 280 BGB verlangen. Welchen Minderwert das Fenster hat, ist – ebenso wie die Frage, wann eine Nachbesserung unverhältnismäßig wäre - letztlich reine Ansichtssache und wird vom Gericht geschätzt.

Schließlich noch ein Hinweis auf die Folgen der **vorbehaltlosen Abnahme**. § 640 Abs. 2 BGB bestimmt:

„Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk ... ab, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in den §§ 633, 634 bestimmten Ansprüche nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehält.“

Man sollte meinen, dass der Besteller dann, wenn er in Kenntnis von Mängeln das Werk vorbehaltlos abnimmt, keine Mängelrechte mehr hat. Dem ist aber nicht so. Die Rechtsprechung nimmt das Gesetz wörtlich und steht auf dem Standpunkt, dass der Besteller nur keine Nachbesserung bzw. Wandlung/Minderung mehr verlangen kann, wohl aber Schadensersatz gem. § 635 BGB. Er steht dann eigentlich besser, als wenn er sich seine Rechte vorbehalten hätte, denn gem. § 635 BGB kann er – ohne vorher unter Fristsetzung Nachbesserung verlangen zu müssen - im Wege des Schadensersatzes die Mängelbeseitigungskosten verlangen und dann einen beliebigen Dritten mit der Mängelbeseitigung beauftragen. Das Nachbesserungsrecht des Unternehmers wird dadurch ausgehebelt. Dieses Ergebnis ist absurd und letztlich unerklärlich. (Nach der VOB/B ist es anders, vgl. § 12 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B: keine Mängelrechte mehr nach Abnahme ohne Vorbehalt bezüglich bekannter Mängel).

II. Der VOB-Vertrag

1. Begriff und Bedeutung der VOB

VOB ist die Abkürzung für „Verdingungsordnung für Bauleistungen“. Die VOB hat drei Teile (A, B, C). Teil A behandelt die Vergabe von Bauleistungen durch die öffentliche Hand. Teil B beinhaltet **allgemeine Vertragsbedingungen** für die Ausführung von Bauleistungen. Teil C beinhaltet technische Vorschriften (z.B. wie der Außenputz an den Leibungskanten anzubringen ist und wie das dann abzurechnen ist). Es handelt sich im Wesentlichen um eine Sammlung von DIN-Vorschriften für alle möglichen Gewerke. Teil C gilt „automatisch“, wenn Teil B vereinbart ist (§ 1 Nr. 1 VOB/B).

Die VOB wurde schon in den 20er Jahren des 20. Jahrhunderts durch einen Ausschuss des Finanzministeriums geschaffen, weil der Staat einheitliche Grundsätze für die Vergabe und Durchführung von Bauleistungen brauchte. Die VOB wird heute durch den „Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen“ ständig weiter entwickelt. In diesem Verdingungsausschuss sind die am heutigen Baugeschehen beteiligten Ministerien, öffentlichen Verwaltungen, Wirtschafts- und Berufsverbände sowohl der Auftraggeber- als auch der Auftragnehmerseite vertreten. Die Weiterentwicklung insbesondere der VOB/B wird aber durch die Zusammensetzung und die Arbeitsweise des Ausschusses begrenzt. Nach seinem Organisationsschema ist im Verdingungsausschuss stets eine einheitliche Meinungsbildung anzustreben. Außerdem hat die staatliche Auftraggeberseite gegenüber der Auftragnehmerseite im Vorstand ein Übergewicht (5 : 4). Wegen der zahlreichen Schwächen sowohl der VOB/B als auch des BGB-Werkvertragsrechts wird vielfach nach dem Gesetzgeber gerufen, damit im BGB ein einheitliches Bauvertragsrecht geschaffen werde. Das ist allerdings noch nicht in Sicht.

Die derzeit aktuelle Fassung ist die VOB/B 2002.

Die VOB/B, um die es im Folgenden gehen wird, hat in der Praxis weite Verbreitung. Privates Baurecht und Recht der VOB/B sind praktisch identisch. Das hat mehrere Gründe. Zum einen werden viele Bauaufträge von der öffentlichen Hand vergeben und diese ist verpflichtet, die VOB/B allen Bauverträgen zu Grund zu legen (§ 10 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A). Zum anderen ist die VOB/B im Gegensatz zum Werkvertragsrecht des BGB speziell auf Bauleistungen zugeschnitten und damit schon wegen ihrer größeren Regelungsdichte sowohl für Auftragnehmer als auch für Auftraggeber vorteilhafter als das BGB-Werkvertragsrecht. Schließlich hatte – bis zum Inkrafttreten der Fassung 2002 - vor allem die Auftragnehmerseite ein Interesse an der Vereinbarung der VOB/B. Markantester Vorteil für den Auftragnehmer beim Bauvertrag **war** die (nur) 2-jährige Gewährleistungsfrist für Baumängel. (BGB-Werkvertrag: 5 Jahre - § 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB). Sie können sich vorstellen, dass einem Bauunternehmer daran gelegen war, seine Gewährleistungszeit um 3 Jahre zu verkürzen. In der VOB 2002 gilt allerdings eine Gewährleistungsfrist von **4 Jahren** (13 Nr. 4 Abs. 1 VOB/B). Ob dieser Umstand zur Folge haben wird, dass die VOB/B seltener vereinbart wird, bleibt abzuwarten.

2. Die VOB/B als Allgemeine Geschäftsbedingungen und ihre Einbeziehung

a) Rechtsnatur der VOB/B und Inhaltskontrolle

Die VOB/B ist kein Gesetz und keine Rechtsverordnung. Es handelt sich allgemeine Geschäftsbedingungen. Man muss die VOB/B also besonders vereinbaren, d.h. in den Vertrag einbeziehen, wenn sie gelten soll (dazu sogleich näher unter b).

Allgemeine Geschäftsbedingungen unterliegen einer Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff BGB (früher: AGB-Gesetz). Viele Vorschriften der VOB/B würden – einzeln betrachtet - einer Inhaltskontrolle nicht stand halten, weil sie eine Seite gegenüber der Regelung im BGB benachteiligen. Das gilt vor allem für die Verkürzung der Gewährleistungsfrist von den gesetzlich vorgesehenen 5 Jahren auf 2 Jahre. Die Verkürzung von gesetzlichen Gewährleistungsfristen durch AGB ist gem. § 309 Nr. 8 b ff) BGB grundsätzlich unzulässig. Speziell hierfür bestimmt aber § 309 Nr. 8 b ff), dass die Verkürzung der Gewährleistungsfrist bei Bauleistungen zulässig ist, wenn die VOB/B insgesamt vereinbart ist. Der Grund dafür soll sein, dass die VOB/B insgesamt so ausgewogen für beide Seiten sei, dass man nicht die einzelne Bestimmung zur Verjährung einer isolierten Inhaltskontrolle unterwerfen soll. Die Rechtsprechung hat daraus einen noch viel weiter gehenden Grundsatz gemacht: Die VOB/B unterliegt danach überhaupt keiner Inhalts-Kontrolle nach den AGB-Bestimmungen, wenn sie als Ganzes ohne vertragliche Abweichungen vereinbart wurde. Jede vertragliche Abweichung von der VOB/B führt dazu, dass sie nicht als Ganzes vereinbart ist, ohne dass es darauf ankommt, welches Gewicht der Eingriff hat⁸. Abweichungen von der VOB/B sind in der Praxis die Regel. In diesem Fall unterliegt die VOB/B also der Inhaltskontrolle, wonach viele Klauseln unwirksam sind. Ob sich die ABG-mäßige Privilegierung der VOB/B bei Vereinbarung „als Ganzes ohne Einschränkungen“ überhaupt auf Dauer halten lässt, ist darüber hinaus fraglich.

b) Einbeziehung der VOB/B in den Bauvertrag

Als Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) muss die VOB/B besonders vereinbart, d.h. in den Bauvertrag einbezogen werden, sonst gilt sie nicht. Es gibt kein Gewohnheitsrecht und keinen Handelsbrauch, wonach für Bauleistungen immer die VOB/B gelte. Für die Vereinbarung (Einbeziehung) gilt wieder § 305 BGB „Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag“. Dazu

Fall 8: Die Eheleute B. lassen sich vom Bauunternehmer U ein Haus bauen. Im Vertrag, den U. vorgelegt hat, steht ausdrücklich, dass die VOB/B Vertragsgrundlage ist. 4 ½ Jahre nach Fertigstellung und Abnahme des Hauses verlangen die B. Nachbesserung der Drainage: schon seit Jahren stellen sie fest, dass es im Keller zu feucht ist. U. lehnt unter Hinweis auf die Verjährung ein Tätigwerden ab. Wer hat Recht?

Lösung: Nach § 13 Nr. 4 Abs. 1 VOB/B (Fassung 2000) beträgt die Gewährleistungsfrist für Bauwerke 2 Jahre, nach § 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB 5 Jahre. Es kommt also darauf an, ob die VOB/B wirksam in den Bauvertrag einbezogen wurde. Weil es sich bei den Bestimmungen der VOB/B um AGB handelt, ist § 305 BGB zu beachten. Danach werden AGB nur dann in den Vertrag einbezogen, wenn

⁸ BGH v. 22.1.2004, NJW 2004, 1597.

- der Verwender auf ihre Geltung ausdrücklich hinweist *und*
- dem Vertragspartner die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen.

Der Hinweis auf die VOB/B ist vorliegend erfolgt. Hat U den B. Kenntnis von dem Inhalt der VOB/B verschafft? Das wäre der Fall, wenn er den B. den Text vorgelegt, z.B. an den Vertrag angeheftet hätte. Das ist Tatfrage, von deren Beantwortung die Verjährungsfrage abhängt.

Obwohl die VOB/B weit verbreitet ist, kann man nicht ohne weiteres erwarten, dass jeder von ihrem Inhalt Kenntnis hat oder sich den Text in zumutbarer Weise verschaffen kann. Privatpersonen muss also der Text der VOB/B ausgehändigt werden, weil es solchen Personen auf andere Weise nicht zumutbar möglich ist, vom Inhalt Kenntnis zu nehmen. Dagegen wird in der Praxis vielfach verstoßen.

Eine Ausnahme gilt allerdings gegenüber Personen, die gewerblich auf dem Bausektor tätig sind. Bei Ihnen wird die Kenntnis der Bestimmungen der VOB/B unterstellt (nach meiner praktischen Erfahrung freilich zu Unrecht ...). Insbesondere wenn Bauunternehmen und Handwerker untereinander Verträge schließen, genügt der Hinweis im Bauvertrag auf die Geltung der VOB/B, der Text muss nicht vorgelegt werden.

Fall 9: In Fall 8 verlangt U. von Subunternehmer S., der den Rohbau (und damit die Drainage) ausgeführt hat, Nachbesserung. In dem Bauvertrag zwischen beiden ist die Geltung der VOB/B vereinbart. S. lehnt unter Hinweis auf die Verjährung ein Tätigwerden ab. Wer hat Recht?

Lösung: Bei einem Bauunternehmer wird die Kenntnis der Bestimmungen der VOB/B unterstellt. Es genügt dann ein Hinweis im Vertrag auf die Geltung der VOB/B, der Text muss nicht vorgelegt werden. Der Nachbesserungsanspruch des U. ist also verjährt. Der U. ist in der „Zwickmühle“: Er muss gegenüber den Bauherren für Mängel haften (und diese auf eigene Kosten nachbessern), ohne dass er bei dem dafür letztlich Verantwortlichen Subunternehmer S. Regress nehmen kann. Einen Ausweg aus dieser Zwickmühle gibt es nachträglich nicht. Ein Unternehmer muss vielmehr bei Vertragsschluss darauf achten, dass die Gewährleistungsfristen im Verhältnis zum Bauherren einerseits und zu den Subunternehmern andererseits gleich lang sind. Er sollte entweder gegenüber den Bauherren die VOB/B wirksam einbeziehen oder mit den Subunternehmern eine entsprechend lange Gewährleistungsfrist vereinbaren (die VOB/B sieht ausdrücklich die Möglichkeit der Vereinbarung einer längeren Verjährungsfrist als 2 Jahre vor).

3. Der VOB/B - Einheitspreisvertrag

3.1. Bedeutung und Zustandekommen; die Funktionen des Leistungsverzeichnisses

In einem Bauträgervertrag oder einem GU-Vertrag wird der vom Unternehmer zu erbringende Leistungserfolg für gewöhnlich in Form einer *Baubeschreibung* dargestellt. Welche einzelnen Leistungen für die Durchführung des Bauvorhabens erforderlich sind (wie viele Kubikmeter Beton, wie viele Mauersteine usw.) und was diese kosten, interessiert den Auftraggeber nicht. Er bezahlt ja einen Festpreis für die gesamte Leistung.

Der typische VOB/B-Vertrag sieht aber anders aus. Die einzelnen Leistungen werden bei Vertragsschluss detailliert beschrieben und später nicht pauschal abgerechnet, sondern nach konkret geleisteten Mengen. Die einzelnen Leistungsbereiche nennt man „Gewerke“. Die Leistungsbeschreibung heißt dann *Leistungsverzeichnis*. Das Leistungsverzeichnis kann nur ein Fachmann fertigen, meistens ein Architekt (Leistungsphase 6 gem. § 15 HOAI). Ein Muster eines Leistungsverzeichnisses finden Sie im Anhang.

Im Leistungsverzeichnis werden die verschiedenen Gewerke des Bauvorhabens aufgelistet. Innerhalb der Gewerke wird nach fortlaufenden Positionsnummern jede einzelne Teilleistung, die zu dem betreffenden Gewerk gehört, beschrieben. Zu jeder Positionsnummer wird in einer weiteren Spalte die für das Bauvorhaben voraussichtlich benötigte Menge (angegeben nach den entsprechenden Einheiten, also Meter, Kubikmeter, Tonnen usw.) eingetragen. Weitere Spalten sind für den Preis pro Einheit und den daraus sich ergebenden Preis für die jeweilige Position vorgesehen.

Der Auftraggeber (Bauherr) lässt von seinem Architekten auf der Grundlage der Planung für das Bauvorhaben das Leistungsverzeichnis fertigen. Für die Leistungen werden dann verschiedene Angebote eingeholt. Dazu wird das Leistungsverzeichnis (oder Teile davon) an die Interessenten, d.h. an die Firmen oder Unternehmen, die für die jeweilige Leistung in Betracht kommen, verschickt. In der Übermittlung des Leistungsverzeichnisses liegt die Aufforderung zur Abgabe eines Angebots. Wenn sich ein Unternehmen für die Leistung interessiert, teilt es mit, wie viel die jeweiligen Arbeiten bei ihm kosten werden, indem die Preise in das Leistungsverzeichnis eingetragen werden. Das ausgefüllte Leistungsverzeichnis schickt der Anbieter/Interessent dann an den Auftraggeber zurück. Darin liegt die Abgabe eines Angebots. Der Auftraggeber vergleicht die eingegangenen Angebote und erteilt schließlich einem der Anbieter den Auftrag.

Wenn sich der Auftraggeber für einen Anbieter entschieden hat, stellt sich die Frage, ob er mit diesem noch einen besonderen Bauvertrag schließen muss oder ob die Annahme des (in der Übersendung des Leistungsverzeichnisses liegenden) Angebots genügt. Häufig werden dem Leistungsverzeichnis nämlich alle vertraglich relevanten Angaben voran gestellt, also insbesondere Ausführungsfristen, Vertragsstrafenregelungen usw. Ist das der Fall, kommt der Bauvertrag ganz einfach dadurch zustande, dass der Bauherr an den Anbieter schreibt: „Auf der Grundlage des von Ihnen eingesandten LV erteile ich Ihnen den Auftrag“. Der Abschluss eines besonderen „Bauvertrags“ ist nicht mehr nötig; das vereinbarte Leistungsverzeichnis ist „der Bauvertrag“. Beschränkt sich das Leistungsverzeichnis auf die Leistungsbeschreibung, wird noch ein besonderer Bauvertrag (i.d.R. irgendein Formular) abgeschlossen, der auf das Leistungsverzeichnis Bezug nimmt und es damit zum Vertragsgegenstand macht.

Das LV ist also in mehrfacher Hinsicht von zentraler Bedeutung für den Bauvertrag:

- Bezeichnung, welche Leistungen Vertragsgegenstand sind.
- Vereinbarung der Vergütung.
- Ggf. noch weitere vertragliche Regelungen.

3.2. Die Vergütung und ihre Abrechnung

a) Allgemeines

Beim Einheitspreisvertrag wird bezahlt, was konkret an Leistungen ausgeführt wurde. Das muss ermittelt und berechnet werden, und zwar gesondert für jede Position des Leistungsverzeichnisses. In vielen Fällen ist dazu ein *Aufmaß* erforderlich. „Aufmaß“ ist der Fachausdruck für eine Mengenermittlung. Man misst am Bauvorhaben bestimmte Maße (z.B. Länge x Breite x Höhe) und errechnet daraus die verwendeten Mengen. Die Messung kann man auch anhand der Ausführungspläne vornehmen.

Beispiele: Aufmaß einer Baugrube, um die Menge der ausgebaggerten Erde zu berechnen. Aufmaß einer betonierten Wand, um die Menge des dafür verwendeten Betons festzustellen.

Ein Beispiel für Aufmasszettel finden Sie im Anhang.

Gem. § 14 Nr. 2 VOB/B soll das Aufmaß möglichst unmittelbar nach der Ausführung gemeinsam vorgenommen werden. Das gemeinsame Aufmaß wird beiderseitig unterschrieben. Darin liegt dann ein für beide Seiten verbindliches Anerkenntnis. Keine Seite kann später den Einwand erheben, in Wirklichkeit seien andere Mengen ausgeführt worden.

b) Anforderungen an die Abrechnung und Prüfungsfrist

Nach Fertigstellung seiner Leistung reicht der Unternehmer seine Schlussrechnung ein. Die formellen Anforderungen an eine Schlussrechnung beschreibt § 14 Nr. 1 VOB/B: Die Rechnung muss *prüfbar* sein. Dazu muss sie übersichtlich aufgestellt sein und insbesondere die Reihenfolge der Positionen des Leistungsverzeichnisses einhalten. Die erforderlichen Belege (insbesondere Aufmasszettel) sind beizufügen.

Im Grunde genommen ist das einfach, wenn man schon während der Bauarbeiten ordentlich vor gegangen ist. Dazu gehört vor allem, dass man rechtzeitig ein ordentliches Aufmaß gefertigt hat. Liegt das Aufmaß vor, muss man nur noch das Leistungsverzeichnis heranziehen und die mit dem Aufmaß ermittelten konkreten Mengen einsetzen (und mit den jeweiligen Einheitspreisen multiplizieren) – fertig ist die Schlussrechnung. Dazu kommen allerdings meistens noch einige Zusatzleistungen und Nachträge. Die sind besonders hervorzuheben.

Man sollte deshalb meinen, dass die Abrechnung von Bauleistungen kein besonderes Problem darstellt. Tatsächlich gibt es aber nicht wenige Bauunternehmer, die noch nie eine prüfbare Abrechnung hin bekommen haben. Solange der Auftraggeber trotzdem bezahlt, macht das auch nichts. Wird aber nicht freiwillig bezahlt und will der Auftragnehmer seine Vergütung einklagen, wird er scheitern: Die Prüfbarkeit der Schlussrechnung ist Voraussetzung für ihre Fälligkeit (§ 16 Nr. 3 VOB/B). Auch wenn unstrittig ist, dass der Unternehmer gearbeitet hat und noch Geld zu bekommen hat, kann er seinen Anspruch nicht durchsetzen, wenn er die Leistungen nicht prüfbar abgerechnet hat. Der Auftraggeber muss dann *überhaupt nichts* bezahlen.

Liegt eine prüfbare Schlussrechnung vor, hat der Auftraggeber 2 Monate Zeit, sie zu prüfen. Das ist sehr viel Zeit. Das macht im Ergebnis dann nicht viel, wenn der Auftragnehmer vorher Abschlagszahlungen verlangt hat, weil dann für die Schlusszahlung nicht mehr viel übrig bleibt.

c) Vorleistungspflicht des AN, Abschlagszahlungen und Zurückbehaltungsrecht

Aus dem Vorstehenden wird schon deutlich, weshalb Abschlagszahlungen so wichtig sind. Der Unternehmer muss nämlich grundsätzlich vorleisten. Seine Vergütung wird erst bei Abnahme der (fertig gestellten) Leistung fällig und auch dann erst 2 Monate nach Stellung der Schlussrechnung. Größere Bauvorhaben ziehen sich aber über Monate und Jahre hin. So lange kann ein Unternehmer nicht vorfinanzieren. Deshalb hat der Unternehmer gem. 16 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B ein Recht auf Abschlagszahlungen.

Der Auftragnehmer kann mit der Abschlagsrechnung die volle Bezahlung der erbrachten Leistung verlangen, nicht etwa nur z.B. 90 %. Voraussetzung ist eine prüfbare Aufstellung der Leistung, die eine sichere Beurteilung der erbrachten Leistungen ermöglicht. Es ist jedoch letztlich nicht das gleiche Maß von Genauigkeit erforderlich, das bei der Schlussrechnung gegeben sein muss. Das kann auch oft noch gar nicht der Fall sein, weil noch kein (gemeinsames) Aufmaß vorliegt.

Die Abschlagszahlung (AZ) ist gem. 16 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B binnen 18 Werktagen nach Zugang der Abschlagsrechnung zu leisten. Die AZ kann aber nur für eine mangelfreie Leistung verlangt werden. Der Auftraggeber muss nicht bezahlen, soweit er sich auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen Mängeln berufen kann. Andererseits muss auch der Unternehmer nur weiter arbeiten, wenn seine AZ bezahlt werden. Ein typischer Problemfall aus der Praxis sieht deshalb so aus:

Fall 10: Bauunternehmer Unmut (U) ist mit Rohbauarbeiten zur Herstellung eines Mehrfamilienhauses beauftragt (Erd-, Kanalisations-, Maurer-, Beton- und Putzarbeiten). Die VOB/B ist vereinbart, darüber hinaus ein spezieller Zahlungsplan. Nachdem der 2.Stock des Rohbaus steht, reicht U. gemäß Zahlungsplan bei dem Auftraggeber, Bauherr Berti (B) hierfür eine Abschlagsrechnung über 50.000,- € ein. B verweigert die Bezahlung, weil angeblich Wände schief sind. U stellt darauf hin seinerseits die Arbeit ein. Nach einer Fristsetzung mit Hinweis auf die Auftragsentziehung (§ 4 Nr. 7 und § 5 Nr. 4 VOB/B) kündigt B. den Bauvertrag mit U. (§ 8 Nr. 3 Abs. 1) und lässt die weiteren Arbeiten durch einen anderen Unternehmer erledigen. B. verlangt die daraus entstehenden Mehrkosten, U den vereinbarten Lohn für die entzogenen Leistungen unter Abzug ersparter Aufwendungen (§ 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B, § 649 BGB). Wer hat Recht?

Lösung: U ist gem. § 16 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B grundsätzlich berechtigt, Abschlagszahlungen zu verlangen. Solange eine fällige Abschlagsrechnung nicht bezahlt wird, ist der Unternehmer auch berechtigt, die Fortführung der Arbeiten zu verweigern (Einrede des nichterfüllten Vertrages, § 320 BGB). Denn ihm steht gegenüber dem Anspruch des Auftraggebers auf Leistung ein fälliger Gegenanspruch auf Zahlung der bereits erbrachten Leistungen zu.

Gem. § 16 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B konnte B aber Gegenforderungen einbehalten. U kann nämlich nur insoweit Zahlung verlangen, als seine Leistung auch mangelfrei ist. War B berechtigt, die Zahlung zurück zu halten, war U seinerseits nicht berechtigt, die Fortführung der Arbeiten einzustellen.

Es kommt also zunächst darauf an, ob tatsächlich Mängel des Mauerwerkes bzw. der Betonarbeiten vorliegen. Ist das der Fall, kommt es weiterhin darauf an, in welcher Höhe mit Mangelbeseitigungskosten gerechnet werden muss. Der Besteller kann bis zur 3-fachen Höhe der voraussichtlichen Mangelbeseitigungskosten ein Zurückbehaltungsrecht ausüben (sog. Druckzuschlag § 641 Abs. 3). B. darf im Beispielsfall die Zahlung der Abschlagsrechnung nicht vollständig verweigern, wenn die Mangelbeseitigungskosten zuzüglich Druckzuschlag unter 50.000,- € liegen, sondern eben nur in Höhe der voraussichtlichen Mangelbeseitigungskosten zuzüglich Druckzuschlag. Letztlich ist die Feststellung von Mängeln und Mangelbeseitigungskosten eine Tatfrage, zu deren Beantwortung ein Sachverständiger benötigt wird.

Beide Seiten des Bauvertrags gehen daher ein Risiko ein, wenn sie „aufs Ganze“ setzen, d.h. wenn der Auftraggeber eine Zahlung vollständig verweigert und der Auftragnehmer die Arbeit (vollständig) einstellt. In der Praxis muss zur Feststellung der Berechtigung der einen oder anderen Seite zur Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes oft eine umfangreiche Begutachtung und Berechnung durchgeführt werden. Wenn sich im Beispielsfall der B. auch nur um wenige tausend € verrechnet hat und deshalb die Abschlagsrechnung mindestens teilweise bezahlen musste, war der U berechtigt, wegen des dann ausstehenden berechtigten Teils der Abschlagszahlung die Fortführung der Arbeiten (gänzlich) zu verweigern. Ein kleiner Fehler in der Schätzung kann hier große Folgen haben.

4. Einige weitere Bestimmungen der VOB/B

4.1. Behinderung der Ausführung § 6 VOB/B

Es kommt häufig vor, dass ein Unternehmer sich zur Leistung innerhalb eines bestimmten Frist verpflichtet hat, aber nicht rechtzeitig mit seiner Leistung anfangen kann, weil notwendige Vorarbeiten fehlen.

Beispiel: Der Maler soll tapezieren und streichen, die Vorarbeiten durch den Gipser sind aber unzureichend (Fugen nicht geschlossen, unzureichender Glattstrich usw.).

Die Ausführungsfrist für den Maler verlängert sich im Beispiel nicht etwa „automatisch“. Der Maler muss vielmehr gegenüber dem Auftraggeber eine *Behinderungsanzeige* abgeben (§ 6 Nr. 1 VOB/B). Nur dann verlängert sich seine Ausführungsfrist entsprechend.

Dem Maler entsteht durch die Behinderung ein Schaden. Er muss seine Arbeiter und das Material vorrätig halten, weil er sofort nach dem Ende der Behinderung mit der Arbeit anfangen muss. Weil sich die Ausführungszeit insgesamt verlängert, kann er eventuell Folgeaufträge nicht rechtzeitig beginnen oder gar nicht erst annehmen usw. Hierfür muss der Auftraggeber *Schadensersatz* leisten, wenn er die Behinderung zu vertreten hat (§ 6 Nr. 6 VOB/B).

Hat der Auftraggeber im Beispielsfall die Behinderung zu vertreten? Schuld an der Behinderung ist der Gipser, der wiederum vom (selben) Auftraggeber beauftragt ist, weshalb die Behinderung ihre Ursache zumindest in der Sphäre des Auftraggebers hat. Trotzdem ist der BGH der Auffassung, dass das Verschulden anderer Unternehmer dem Auftraggeber nicht zugerechnet wird. Der Maler kann im Beispielsfall keinen Schadensersatz für die Behinderung verlangen (sofern den Auftraggeber nicht ein eigenes Verschulden an der Behinderung trifft, z.B. mangelhafte Bauleitung oder Überwachung des Gipsers).

4.2. Vertragsstrafe § 11 VOB/B

Vertragsstrafen gelten nicht „automatisch“. Es genügt insbesondere nicht die Vereinbarung der VOB/B. § 11 VOB/B setzt die Vereinbarung der Vertragsstrafe voraus, ersetzt diese aber nicht. Es muss Grund und Höhe der Vertragsstrafe genau bestimmt sein, und dazu sagt die VOB/B nichts. Rechte aus einer Vertragsstrafe bestehen also nur, wenn die Vertragsstrafe im Vertrag besonders vereinbart wurde. Das ist zur Sicherung von vereinbarten Leistungsfristen in Bauverträgen üblich.

§ 339 BGB besagt, dass eine Vertragsstrafe wegen Fristüberschreitung „verwirkt“ ist, wenn der Schuldner mit seiner Leistung in *Verzug* ist. Also muss vorliegen: entweder Überschreitung eines kalendermäßig bestimmten Fertigstellungstermins oder Mahnung.

Höhe der Vertragsstrafe: Sie wird üblicherweise in der Weise vereinbart, dass für jeden Tag der Fristüberschreitung ein bestimmter %-Satz der Bausumme zu zahlen ist. (Die VOB/B rechnet nur Werkzeuge; das kann auch in AGB abbedungen werden).

Die Höhe kann nicht beliebig vereinbart werden. Unangemessen hohe Vertragsstrafen verstoßen gegen § 9 AGBG und sind damit unwirksam. Die Rechtsprechung fordert eine Begrenzung der Höhe des einzelnen Tagessatzes und eine Begrenzung der Gesamthöhe. Zulässig ist z.B. folgende Begrenzung: höchstens 0,3 % der Bausumme für jeden (Arbeits-)Tag der Fristüberschreitung, insgesamt höchstens 5 %⁹. Früher wurde eine Begrenzung auf 10 % für zulässig gehalten. Seit Januar 2003 kann wegen eines neuen BGH-Urteils eine Vertragsstrafe wirksam nur noch bis zur Obergrenze von 5 % vereinbart werden.¹⁰ Die Begrenzung muss sich außerdem aus dem Text der Vertragsstrafenvereinbarung ergeben und darf nicht in einer Fußnote enthalten sein¹¹.

Was gilt, wenn eine Vertragsstrafe vereinbart ist, die erforderliche Begrenzung der Höhe nach aber fehlt? Gelten dann „automatisch“ die von der Rechtsprechung für zulässig gehaltenen Grenzen? – Nein, die Vertragsstrafenvereinbarung ist und bleibt unwirksam. Der Auftraggeber erhält dann *gar keine* Vertragsstrafe. Es ist ein Grundsatz des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, dass eine unwirksame Klausel nicht mit dem gerade noch zulässigen Inhalt (keine geltungserhaltende Reduktion).

Vertragsstrafe muss bei der Abnahme vorbehalten werden! (§ 11 Nr. 5).

⁹BGH v. 06.12.2007 - VII ZR 28/07. Hier auch Ausführungen zum Transparenzgebot und zur Auftragssumme.

¹⁰BGH, Urt. v. 23.1.2003 – VII ZR 210/01.

¹¹BGH v. 24.2.2005 – VII ZR 340/03, BauRB 2005, 158.

4.3. Abnahme § 12 VOB/B

Allgemeines zur Abnahme s.o.

§ 12 Nr. 1 VOB/B: Verlangt der Unternehmer nach der Fertigstellung die Abnahme der Leistung, so hat sie der Auftraggeber binnen 12 Tagen durchzuführen.

Die VOB/B kennt Abnahmeformen, die im BGB nicht vorkommen, insbesondere die förmliche Abnahme (Nr. 4) und die fiktive Abnahme (Nr. 5). Was es dazu zu wissen gibt, ergibt sich im Wesentlichen aus dem einschlägigen Text der VOB/B.

4.4. Sicherheitsleistung § 17 VOB/B

Jede Seite des Bauvertrags hat ein Interesse an Sicherheit. Der Unternehmer will eine Sicherheit dafür, dass seine Werkleistung bezahlt wird. Der Auftraggeber will Sicherheit dafür, dass die Leistung erbracht wird und etwaige Mängel beseitigt werden. Dazu kann eine Sicherheitsleistung vereinbart werden. Sie gilt nicht etwa schon deswegen als vereinbart, weil es üblich ist oder die VOB/B in § 17 Bestimmungen über die Sicherheitsleistung trifft. In § 17 VOB/B wird die Vereinbarung der Sicherheitsleistung vorausgesetzt.

Beispiel: Bei einem VOB-Vertrag sind die Arbeiten abgeschlossen, der Unternehmer hat seine Schlussrechnung gestellt. Der Besteller nimmt von der Schlusszahlung zur Sicherung etwaiger Gewährleistungsansprüche einen Einbehalt i.H.v. 5 % der Bausumme vor. Zu Recht? – Den Einbehalt darf der Auftraggeber nur machen, wenn eine entsprechende Sicherheitsleistung im Vertrag vorgesehen ist.

In der Praxis üblich ist eine Gewährleistungssicherheit zu Gunsten des Auftraggebers. Meistens nimmt der Auftraggeber einen Einbehalt von allen Zahlungen i.H.v. 5 % vor. Der Auftraggeber ist dann verpflichtet, das einbehaltene Geld binnen 18 Tagen auf ein Sperrkonto einzuzahlen (§ 17 Nr. 6 Abs. 1 VOB/B). Der Unternehmer ist berechtigt, die Auszahlung des Gewährleistungseinbehaltes zu verlangen, wenn er dafür als Sicherheit eine (Gewährleistungs-)Bürgschaft stellt (Austauschrecht gem. § 17 Nr. 3 VOB/B). Das ist in der Praxis üblich. Ist die Gewährleistungszeit vorbei, muss der Auftraggeber die Bürgschaft zurück geben.

Teil C: Prozessrecht

1. Gerichtliche Zuständigkeiten

1.1. Rechtsweg (Gerichtsbarkeiten)

Wenn man sich fragt, vor welches Gericht eine Streitigkeit gehört, muss man zunächst den richtigen *Rechtsweg* wählen. Das ist eine andere Bezeichnung für die verschiedenen „Gerichtszweige“ Diese sind:

- Ordentliche Gerichtsbarkeit. Dazu gehören die Zivilgerichte und die Strafgerichte. Dass diese Gericht zu einem eigenen Rechtsweg zusammen gefasst sind, hat historische Gründe.
- Arbeitsgerichtsbarkeit.
- Verwaltungsgerichtsbarkeit.
- Sozialgerichtsbarkeit.
- Finanzgerichtsbarkeit.
- Verfassungsgerichtsbarkeit.

Die Zivilgerichte entscheiden alle Streitigkeiten der Bürger untereinander, außer arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, für die das Arbeitsgericht zuständig ist. „Bürger“ sind auch juristische Personen wie die AG oder GmbH. Vor das Zivilgericht gehören also z. B. Klagen aus allen Arten von Verträgen (Bauvertrag, Mietvertrag, Kaufvertrag), Klagen auf Schadensersatz (z. B. Verkehrsunfälle, Körperverletzung) usw.

Verwaltungsgerichte sind zuständig für Klagen von Bürgern gegen Behörden (Hoheitsträger).

Beispiel: Klage gegen Baubehörde auf Erteilung einer Baugenehmigung, Klage gegen Hochschule auf Zulassung zum Studium, Klage auf Gewährung von Asyl.

Eine Ausnahme von der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte besteht bei Ordnungswidrigkeiten.

Beispiel: Ein Bürger will gegen einen Bußgeldbescheid, den er wegen einer Geschwindigkeitsüberschreitung erhalten hat, vorgehen. Das Rechtsmittel gegen den Bescheid heißt nicht „Widerspruch“ (wie sonst in Verwaltungssachen), sondern „Einspruch“, die Frist hierfür dauert 2 Wochen anstelle der Monatsfrist in Verwaltungssachen. Wird dem Einspruch von der Behörde nicht statt gegeben, verhandelt darüber das Amtsgericht, Abteilung für Strafsachen, nicht das Verwaltungsgericht.

1.2. Sachliche und örtliche Zuständigkeit; besondere Zuständigkeiten

Im Folgenden beschäftigen wir uns nur noch mit den Zuständigkeiten innerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit, Abteilung Zivilsachen, also der Zivilgerichtsbarkeit. Zur Erläuterung diene folgendes

Beispiel: Bauunternehmer U. hat im Auftrag des in Stuttgart wohnhaften Bauherrn B. in Tübingen ein Haus gebaut. B schuldet U noch restliche 15.000,- € Werklohn. U. will gegen B. Klage erheben. Welche Gerichte sind sachlich und örtlich zuständig und warum?

a) Sachliche Zuständigkeit

Weil es um einen Anspruch „Bürger gegen Bürger“ geht, ist im Beispielfall ist das Zivilgericht zuständig. Weil es eine ganze Reihe von Zivilgerichten gibt (Amtsgericht, Landgericht, Oberlandesgericht, Bundesgerichtshof) stellt sich die Frage, welches dieser Gerichte als Eingangsgericht für den Beispielfall zuständig ist (sog. sachliche Zuständigkeit). Das richtet sich (von

Ausnahmen mit besonderen Zuständigkeiten, die teilweise unten noch angesprochen werden, abgesehen) nach dem Streitwert. Das Amtsgericht ist als Eingangsgericht zuständig bis zu einem Streitwert von 5.000, €. Streitwerte über 5.000,- € kommen vor das Landgericht.

Gegen die Entscheidungen der 1. Instanz ist im Allgemeinen die Berufung und anschließend die Revision zulässig. Berufungsgericht ist für Fälle, die vom Amtsgericht entschieden wurden, das Landgericht, und für Fälle, die vom Landgericht entschieden wurden, das Oberlandesgericht. Für die dritte Instanz ist der einheitlich der Bundesgerichtshof als Revisionsgericht zuständig.

Bei den Zivilgerichten gibt es also folgenden Instanzenzug:

Amtsgericht – Landgericht – Oberlandesgericht – Bundesgerichtshof.

Im Beispiel ist also das Landgericht (Abteilung für Zivilsachen) zuständig, weil es um mehr als 5.000,- € geht.

Sonstiges: Ab dem Landgericht müssen sich die Parteien durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen. Ohne Rechtsanwalt kann die sog. „Naturpartei“ keine Anträge stellen und keine Ausführungen machen, wird gewissermaßen als nicht vorhanden behandelt. Nur vor dem Amtsgericht darf man ohne Anwalt auftreten (was aber nicht ratsam ist). Vor dem Landgericht treten die Anwälte meistens in Robe auf (ebenso grundsätzlich in Strafsachen).

b) Örtliche Zuständigkeit und besondere Zuständigkeiten

Als Grundsatz gilt: Der Beklagte muss an seinem allgemeinen Gerichtsstand verklagt werden. Der allgemeine Gerichtsstand ist der **Wohnsitz**, bei juristischen Personen der Geschäftssitz (§§ 12 ff ZPO).

Davon gibt es eine Reihe von Ausnahmen:

Streitigkeiten, die **Wohnraummietsachen** betreffen, sind immer – streitwertunabhängig - den örtlichen Amtsgerichten zugewiesen (§§ 32 ZPO, 32 Nr. 2 a GVG). Dort gibt es eine eigene Abteilung für Wohnraummietsachen. Für Streitigkeiten aus Mietverhältnissen über *Gewerberaum* gilt nur die besondere örtliche Zuständigkeit! Ob das Amtsgericht oder Landgericht zuständig ist, hängt vom Streitwert ab.

Beispiel: Vermieter V hat seine Tübinger Wohnung an den Mieter Prof. M. vermietet, der seinen Hauptwohnsitz in München hat und die Wohnung in Tübingen nur gelegentlich unter der Woche benutzt. M. befindet sich mit 10.000,- € Miete in Zahlungsrückstand, V. will die rückständige Miete einklagen. Welches Gericht ist sachlich und örtlich zuständig und warum?

Lösung: Zuständig ist ausschließlich das Amtsgericht Tübingen, weil in Streitigkeiten, die mit der Wohnraummiete zusammenhängen, unabhängig vom Streitwert der Sache ausschließlich das Amtsgericht zuständig ist, in dessen Bezirk sich das vermietete Objekt befindet.

Wohnungseigentumssachen: Ausschließliche Zuständigkeit des Amtsgerichts – Abteilung für WEG-Sachen - im Bezirk des betreffenden Objekts (§ 43 WEG).

Gerichtsstand des Erfüllungsortes (§ 23 ZPO): Wenn es um die Erfüllung von Verträgen geht, kann dort Klage erhoben werden, wo die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist. Geht es in Bauprozessen um Mängel des Bauwerkes usw., kann am Ort des Bauwerks geklagt werden. Im obigen Beispielfall sind also zwei Landgerichte zuständig: das Landgericht Stuttgart, weil B dort seinen Wohnsitz hat (allgemeiner Gerichtsstand). Und das Landgericht Tübingen als Gerichtsstand des Erfüllungsortes, weil sich das Bauwerk dort befindet.

Gerichtsstand der unerlaubten Handlung (§ 32 ZPO): Ein besonderer Gerichtsstand (d.h. ein zusätzlicher, nicht zwingender) besteht dort, wo eine unerlaubte Handlung begangen wurde. Wird z.B. ein Student der FH in Geislingen von einem Pkw-Lenker aus Hamburg angefahren, muss der Gegner nicht in Hamburg (seinem Wohnsitz) auf Schadensersatz verklagt werden, sondern kann in Geislingen verklagt werden.

2. Ablauf eines Prozesses

2.1. Vorbereitung

Die Klage muss grundsätzlich schriftlich eingereicht werden, wobei ein bestimmter Antrag gestellt werden muss. In der Klageschrift soll der Sachverhalt vollständig und umfassend dargestellt werden. Das Gericht entscheidet nach Eingang der Klage, ob es das schriftliche Vorverfahren oder einen frühen ersten Termin zur Verhandlung anordnet (Einzelheiten können dahin stehen). In jedem Fall gibt das Gericht dem Gegner die Möglichkeit auf die Klage zu erwidern. Unter Umständen werden anschließend noch weitere Schriftsätze ausgetauscht. Wenn nicht gleich ein früher erster Termin anberaumt wurde, setzt das Gericht einen Termin zur mündlichen Verhandlung fest, wenn es der Meinung ist, dass der Streitstoff schriftlich genügend vorbereitet ist.

2.2. Die mündliche Verhandlung

Sie ist das Kernstück des Prozesses, auf das nur ausnahmsweise verzichtet werden kann. Vorgeschaltet ist eine „Güteverhandlung“, die in der Praxis von der eigentlichen Hauptverhandlung aber nicht getrennt wird. Der Verlauf ist wie folgt:

- Einführung in den Sach- und Streitstand durch das Gericht.
- Stellen der Anträge durch die Rechtsanwälte.
- Anhörung der Parteien und Erörterung des Rechtsstreits. Dabei unternimmt das Gericht den Versuch einer gütlichen Einigung (Vergleich).
- Wenn erforderlich erfolgt jetzt ein Beweisbeschluss und in diesem oder einem weiteren Termin eine Beweisaufnahme.
- Urteil

2.3. Die Beweisaufnahme

Falls entscheidungserhebliche Tatsachen streitig bleiben, muss das Gericht hierzu eine Beweisaufnahme anordnen. Beweis kann geführt werden u.a. durch Urkunden, Zeugen und Sachverständige. In Bauprozessen ist eine Beweisaufnahme durch Zeugen und Sachverständige fast immer erforderlich. Der Ausgang des Prozesses hängt ganz entscheidend von den Feststellungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen ab.

Beispiel: Der Bauherr behauptet, er hätte den Bauunternehmer an einem bestimmten Tag mündlich und unter Fristsetzung gebeten, bestimmte Mängel zu beseitigen, was der Bauunternehmer bestreitet. Der Bauherr benennt einen Freund als Zeugen, der das Gespräch mit angehört hat. – Beweis wird erhoben, indem der Zeuge zum nächsten Gerichtstermin geladen wird und dann Aussagen zur Sache macht. Der Zeuge muss der Ladung Folge leisten! Und wahrheitsgemäß aussagen.

Beispiel: Der Bauherr behauptet, die gemauerten Wände seien schief. Der Bauunternehmer bestreitet das, weil der zulässige Toleranzrahmen nicht überschritten sei. Oder: Der Bauherr behauptet, die Schallisolierung im Haus sei unzureichend. Der Bauunternehmer ist anderer Ansicht.

Diese Fragen kann nur ein *Sachverständiger* beantworten. Es gibt für alle Bereiche des Bauwesens spezialisierte Sachverständige, die eine besondere Zulassung (Vereidigung) als öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige haben. Sie werden z.B. von der Handwerkskammer oder von der Architektenkammer bestellt. Einen derartigen Sachverständigen muss das Gericht auswählen. Ein Privatgutachten kann vor Gericht keinen Beweis erbringen. Wenn die Feststellungen des Privatgutachters bestritten werden, muss das Gericht einen weiteren Sachverständigen beauftragen, auch dann, wenn der erste Gutachter ebenfalls ein öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständige ist. Wenn er nämlich von einer Partei privat beauftragt wurde, ist er nicht unparteiisch. Nur der gerichtlich bestellte Sachverständige kann Beweis erbringen.

Der gerichtlich beauftragte Sachverständige wird damit beauftragt, ein schriftliches Gutachten zu erstatten. Dazu ergeht ein Beweisbeschluss.

Beispiel: Es ist Beweis zu erheben über folgende Behauptungen des Klägers: a) Das Dach im Haus ... ist undicht. b) Der Schallschutz ist unzureichend. ... Der Sachverständige soll auch zu den Mangelursachen und zu den voraussichtlichen Kosten der Mangelbeseitigung Stellung nehmen.

Wenn das Sachverständigen-Gutachten vorliegt, bestimmt das Gericht einen neuen Termin zur mündlichen Verhandlung. Zu diesem Termin wird der Sachverständige geladen, der dann eventuell aufgetretene Fragen beantwortet. Auch die Zeugen werden dazu geladen und vernommen. Auf der Grundlage des Beweisergebnisses ergeht später das Urteil.

3. Praxisrelevante prozessuale Besonderheiten

3.1. Selbstständiges Beweisverfahren

Ein Beweisverfahren kann auch außerhalb eines Gerichtsverfahrens stattfinden. Es heißt dann „selbstständiges Beweisverfahren“ (früher: Beweissicherungsverfahren). Es ist zulässig, wenn der Zustand einer Sache festgestellt werden soll, entweder weil das Beweismittel später verloren wäre oder weil anzunehmen ist, dass die Feststellung einen Rechtsstreit von vornherein vermeiden kann, also eigentlich immer (§§ 485 ff ZPO).

Ein dem Prozess „vorgeschaltetes“ selbstständige Beweisverfahren ist in Bausachen die Regel. Mängel treten meistens nicht erst am Ende eines Bauvorhabens auf. Sie müssen beseitigt werden, damit weiter gebaut werden kann. Lässt der Bauherr sie beseitigen, kann sie er später nicht mehr (oder nur erschwert) beweisen. Die Beweise müssen gesichert werden, erst dann wird weiter gebaut. Die Beweissicherung muss möglichst schnell gehen. Auch sonst kann es sinnvoll sein, erst einmal einen Sachverständigen seine Feststellungen treffen zu lassen. Sind Mängel und deren Verantwortlichkeit nämlich erst einmal „amtlich“ fest gestellt, kommt es oft zu einer Einigung, die vorher nicht möglich war, weil man sich noch darüber streiten musste, ob Mängel wirklich vorliegen oder nicht.

Einzelheiten zum selbstständigen Beweisverfahren sollen hier nicht behandelt werden.

3.2. Streitverkündung

Jede Partei eines Prozesses kann einem Dritten, der bisher am Prozess nicht beteiligt war, den Streit verkünden. Voraussetzung ist gem. § 72 ZPO, dass der Streitverkünder im Fall des ihm ungünstigen Ausgangs des Rechtsstreits einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadensersatz gegen den Streitverkündeten hat. Die Streitverkündung hat zur Folge, dass die Feststellungen, die durch das Gericht getroffen werden, auch gegen den Streitverkündeten wirken. Die Streitverkündung spielt immer da eine Rolle, wo Subunternehmer im Spiel sind.

Beispiel: Generalübernehmer GÜ muss für Bauherrn B schlüsselfertig ein Haus bauen. B behauptet folgende Mängel: Dach undicht, Haustür klemmt, Malerarbeiten schlampig, Parkett fehlerhaft verlegt, Schallisolierung mangelhaft. Er behält deshalb 50.000,- € ein.

GÜ hat die entsprechenden Gewerke nicht selber ausgeführt. Wenn die Mängel tatsächlich vorliegen, haben sie die von ihm beauftragten Personen und Unternehmen verschuldet: Architekt, Zimmermann, Maler, Parkettleger, Türenbauer. Gegenüber dem Bauherrn B. hilft dem GÜ das nicht, denn (nur) er ist ihm gegenüber für die Mangelfreiheit verantwortlich. Wenn das Gericht feststellt, dass B. wegen der Mängel zu Recht das Geld einbehält, will GÜ es sich von den „eigentlich“ verantwortlichen Personen wieder holen. Aufgrund der jeweiligen Werkverträge sind der Architekt, der Zimmermann usw. dem GÜ gegenüber ja ihrerseits gewährleistungspflichtig. Will GÜ später Schadensersatz von ihnen einklagen, kann es passieren, dass sie behaupten, die Mängel hätten in Wirklichkeit nicht vorgelegen oder sie seien nicht dafür verantwortlich. Das Urteil im Verhältnis von B und GÜ sei ein Fehlurteil. Tatsächlich besteht eine Bindungswirkung von Gerichtsurteilen nur zwischen den Parteien, die mit einander prozessiert haben. Es könnte deshalb ein Gericht im Folgeprozess zwischen GÜ und den Handwerkern (Architekt usw.) durchaus zu anderen Ergebnissen kommen als das erste Gericht. – Um die vom GÜ gewünschte Bindungswirkung her zu stellen, gibt es die Streit-

verkündung. Stellt das Gericht im Prozess zwischen GÜ und B fest, dass das Dach undicht ist und der Zimmermann dafür verantwortlich ist, und ist dem Zimmermann vom GÜ der Streit verkündet worden, dann gilt diese Feststellung auch im Folgeprozess. GÜ kann dann, gestützt auf die Ergebnisse des Erstprozesses, problemlos gegen die Subunternehmer vorgehen. Häufig wird es gar nicht mehr zu einem Folgeprozess kommen.

4. Beispielsfall für Rollenspiel

Bauunternehmer U. hat als Generalunternehmer für Bauherrn B. ein Einfamilienhaus schlüsselfertig hergestellt. Laut Bauvertrag (VOB/B nicht vereinbart) kostet das Haus pauschal 250.000,- €. Als Fertigstellungstermin ist der 31.5.2003 vereinbart. Ohne förmliche Abnahme ist B am Samstag, 7.6.2003 in das Haus eingezogen.

Beim Einzug war der Außenputz zwar angebracht, wegen der Eile der Arbeiten aber mangelhaft. Einige Stellen waren auffällig unsauber gearbeitet, in Bodennähe fehlte der Putz völlig. Außerdem waren die Fensterbretter, die Scheiben und alle möglichen Stellen mit Putzresten verspritzt.

Am Dienstag 10.6.2003 fordert B. den U. dazu auf, den Außenputz bis Ende der Woche (also bis Samstag, 14.6.2003) nachzuarbeiten. Als bis dahin nicht geschieht, beauftragt B. am Montag, 16.6.2003 die Fa. „Machs besser GmbH“ mit der Mangelbeseitigung am Putz. Die Fa. Machs besser GmbH rückt auch schon am selben Tag an und beginnt mit den Arbeiten. Die Putzkolonne des U. erscheint zwar am Dienstag, 17.6.2003 ebenfalls, geht aber unverrichteter Dinge wieder, da schon die Fa. Machs besser GmbH bei der Arbeit ist. B. zahlt an die Fa. Machs besser GmbH 5.000,- €.

Am 26.6.2003 erhält B. die Schlussrechnung des U., wonach er noch 15.000,-€ zu bezahlen hat. B zahlt 10.000,- € und verweigert den Rest. Er erklärt die Aufrechnung mit den Nachbesserungskosten für den Putz.

U. sieht das nicht ein und erhebt Klage gegen B. auf Zahlung von 5.000,- €.

Teil D: Recht der Immobilienmakler

1. Grundzüge des Maklervertrags

1.1. Vorbemerkung

Die Immobilienvermittlung ist in Deutschland ein alltägliches Geschäft. Man könnte deshalb meinen, dass das BGB für den Maklervertrag umfangreiche Regelungen bereit hält. Das ist aber nicht so. Im BGB befassen sich nur die §§ 652 – 656 mit dem Makler. Für den Immobilienmakler sind sogar nur die vier §§ 652 – 655 einschlägig, die aber ebenso für den den

Darlehens-, Versicherungs- oder Ehemakler gelten, kurz: für alle Arten von Maklertätigkeit. Die Rechtsprechung hat freilich aus den wenigen zivilrechtlichen Vorschriften ein eigenständiges Rechtsgebiet geschaffen. Maklerrecht ist im Wesentlichen Richterrecht.

Für die Tätigkeit der Immobilienmakler gelten die (öffentlich-rechtlichen) Bestimmungen der MaBV. Darauf soll hier hingewiesen sein. Was der Makler demnach zu beachten hat, ergibt sich aus der MaBV und wird hier nachfolgend nicht weiter behandelt.

1.2. Die 2 Tätigkeitsalternativen des Maklers

§ 652 BGB unterscheidet zwei Tätigkeitsalternativen:

- Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrags.
- Vermittlung eines Vertrags.

Nachweistätigkeit: Der Makler ist nicht mit dem Aushandeln der Vertragskonditionen befasst. Seine Tätigkeit ist auf das schlichte Zusammenbringen der Parteien beschränkt. Er muss den Auftraggeber in die Lage versetzen, in konkrete Verhandlungen über den von ihm angestrebten Vertrag einzutreten, muss i.d.R. also Name und Anschrift des Interessenten nennen, sonst nichts (Einzelheiten unten beim Provisionsanspruch).

Vermittlungstätigkeit: Der Makler soll nicht nur mit der Gegenseite Kontakt aufnehmen, sondern aktiv auf sie einwirken, i.d.R. durch Verhandeln, damit diese den angebotenen Vertrag möglichst abschließt.

1.3. Das Erfolgsprinzip

Die Vergütungspflicht des Auftraggebers entsteht nur dann, wenn der nachgewiesene oder vermittelte Vertrag tatsächlich abgeschlossen wird. Wesentliches Kennzeichen des Maklervertrags ist also das „Erfolgsprinzip“. Obwohl intensive Bemühungen durch den Makler normalerweise Voraussetzung für einen erfolgreichen Nachweis sind, werden nicht diese Bemühungen, sondern ausschließlich der Erfolg honoriert. Merke:

„Maklers Müh ist oft umsonst“

Fall 1: A möchte ein Haus kaufen und beauftragt Makler M damit, geeignete Objekte nachzuweisen. M weist ihm darauf hin eine Kaufgelegenheit nach, A hatte von dem betreffenden Haus aber bereits kurz zuvor von einem Bekannten erfahren. Nachdem A. das Haus gekauft hat, verlangt M. die vereinbarte Provision. Zu Recht?

Lösung: Der Makler hat keine Provision verdient. Der Erfolg, nämlich der Vertragsschluss, wurde nicht (ursächlich) von ihm herbeigeführt. A. hatte sog. Vorkenntnis.

Fall 2: Auftraggeber A möchte sein Haus verkaufen. Makler M. weist ihm unter Einsatz von erheblichen Inserationskosten 15 Interessenten nach, die einen höheren als den geforderten Preis bezahlen würden. A verkauft trotzdem an einen von ihm selbst ermittelten Käufer, und das zu einem schlechteren Preis. M. verlangt die Provision, die er bei einem Verkauf an einen der von ihm nachgewiesenen Käufer verdient hätte, oder Schadensersatz in derselben Höhe. Zu Recht?

Lösung: Zunächst hat der Makler keinen Provisionsanspruch, weil der Vertragsschluss nicht von ihm herbeigeführt wurde. Er hat aber auch keinen Anspruch auf Schadensersatz, und zwar schon deswegen nicht, weil A. nicht verpflichtet war, mit einem vom Makler nachgewiesenen Interessenten abzuschließen. Die Abschluss- und Entschließungsfreiheit des Auftraggebers wird durch einen Maklervertrag grundsätzlich nicht eingeschränkt.

Beim „einfachen“ Maklervertrag darf der Auftraggeber sogar andere Makler einschalten. Er kann beliebig viele Makler mit der Suche nach einem Käufer für ein Grundstücks beauftragen. Provision zahlen muss er dann nur an den Makler, der den Käufer letztlich vermittelt hat. Wie immer kann er aber auch an einen selber gefundenen Interessenten verkaufen oder die Verkaufsabsicht ganz aufgeben. (Letzteres muss er den Maklern dann allerdings mitteilen, sonst muss er ihnen als Schadensersatz deren überflüssige Aufwendungen erstatten).

Umgekehrt hat aber auch der Makler **keine Tätigkeitspflicht**.

Beispiel: M. ist mit der Vermittlung einer Eigentumswohnung beauftragt, kümmert sich aber wegen der schwierigen Marktlage nicht um den Verkauf. A. ist der Auffassung, M. verhalte sich vertragsbrüchig. Zu Unrecht. Denn beim einfachen Maklerauftrag hat der Auftraggeber keine Gewähr dafür und keinen Anspruch darauf, dass sich der Makler tatsächlich um Interessenten bemüht.

2. Besondere Vertragsgestaltungen

2.1. Der einfache Alleinauftrag

Beim Alleinauftrag verpflichtet sich der Auftraggeber, während der Laufzeit des Auftrages keine anderen Makler einzuschalten. Im Gegenzug ist der Makler zu Vermittlungsanstrengungen verpflichtet.

Der Alleinauftrag bedeutet nicht, dass der Auftraggeber verpflichtet ist, mit den vom Makler nachgewiesenen Interessenten abzuschließen. Er bedeutet auch nicht, dass der Auftraggeber verpflichtet ist, mit Interessenten, die sich direkt an ihn wenden, nur unter Hinzuziehung des Maklers zu verhandeln und abzuschließen. Er bedeutet lediglich, dass der Auftraggeber keine weiteren (anderen) Makler beauftragen darf und der Makler Vermittlungsanstrengungen entfalten muss.

2.2. Der „erweiterte“ „(qualifizierte“) Alleinauftrag

Beim sog. erweiterten oder qualifizierten Alleinauftrag wird eine Verweisungs- und Hinzuziehungsklausel vereinbart.

Beispiel: „Interessenten, die sich direkt an den Auftraggeber wenden, wird der Auftraggeber an den Makler verweisen. Der Makler ist vom Auftraggeber bei Verhandlungen mit eigenen Interessenten hinzu zu ziehen.“

Kommt es zum Vertragsschluss, verdient der Makler die Provision, obwohl eine ursächliche Mitwirkung seinerseits am Vertragsschluss fehlt.

Voraussetzungen:

Soweit der Maklervertrag mit einem Verbraucher (Definition in § 13 BGB) abgeschlossen wird, kann die Hinzuziehungsklausel nur durch eine *individuelle Vereinbarung* Gegenstand des Maklervertrags werden. Ist die Klausel Teil eines Formularvertrags, also als AGB zu qualifizieren, ist sie unwirksam (Verstoß gegen §§ 305 c und 307 BGB)! Der BGH ist der Auffassung, dass ein Auftraggeber bei Erteilung eines Alleinauftrags nicht damit rechnen muss, dass ihm eine Handlungspflicht auferlegt wird, nämlich die Pflicht, etwaige eigene Interessenten an den Makler zu verweisen¹². Die Anforderungen, welche die Rechtsprechung an eine individuelle Vereinbarung stellt, sind so hoch, dass man zu dem Ergebnis kommen muss, dass mit einem Verbraucher ein qualifizierter Alleinauftrag überhaupt nicht wirksam vereinbart werden kann.

Wird der Vertrag mit einem Unternehmer abgeschlossen oder liegt ausnahmsweise eine wirksame individuelle Vereinbarung mit einem Verbraucher vor, muss der Vertrag *angemessen befristet* sein, sonst würde er die Entscheidungsfreiheit des Auftraggebers zu weitgehend einschränken. Auch dies ist ein von der Rechtsprechung aufgestelltes Kriterium.

Rechtsfolgen bei Verstoß gegen die Hinzuziehungsklausel:

Ist die Hinzuziehungsklausel (ausnahmsweise) wirksam vereinbart, gilt Folgendes: Schließt der Auftraggeber entgegen seiner Verpflichtung einen Vertrag ab, ohne den Makler hinzuzuziehen, bekommt der Makler nicht etwa automatisch die entgangene Provision! (Das wird zwar in der Literatur teilweise vertreten, von der Rechtsprechung aber nicht bestätigt). Der Makler kann lediglich Schadensersatz verlangen, d.h.: Ersatz seiner (nachgewiesenen) Auslagen, sowie eine angemessene Entschädigung für seinen nutzlosen Arbeitsaufwand. Entgangenen Gewinn (also die Provision) kann er nur verlangen, wenn er den Nachweis führen kann, dass es ihm gelungen wäre, seinerseits einen Kunden zu denselben Bedingungen nachzuweisen. Das ist praktisch kaum möglich.

2.3. Aufwendungsersatz und Nichtabschlussklausel

a) Aufwendungsersatz

¹² So auch OLG Jena v. 8.12.2004 – 2 U 559/04, Leitsätze: „Die Vereinbarung einer von der Tätigkeit des Maklers unabhängigen Erfolgsprovision ist nur im Wege der ausgehandelten Individualvereinbarung möglich. Aushandeln bedeutet nach feststehender höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht nur Verhandeln. Es liegt nur dann vor, wenn der Verwender den in seinen AGB enthaltenen "gesetzesfremden" Kerngehalt, also die den wesentlichen Inhalt der gesetzlichen Regelung ändernden oder ergänzenden Bestimmungen inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt.“

Gem. § 652 Abs. 2 BGB kann vereinbart werden, dass der Makler Aufwendungsersatz erhält. Damit gemeint ist Ersatz der nachgewiesenen Unkosten (wozu die aufgewendete Arbeitszeit nicht gehört). Oft versucht der Makler hierfür eine Pauschale zu vereinbaren. Mitunter ist die Pauschale so groß, dass sie eine verdeckte Provision – Bezahlung ohne erfolgreiche Maklerleistung - darstellt. Beides ist jedenfalls in AGB gegenüber Verbrauchern weit gehend unzulässig. Problemlos in AGB zulässig ist nur die Vereinbarung, dass die konkret angefallenen Aufwendungen erstattet werden (diese Möglichkeit entspricht nämlich dem Gesetz). Eine Pauschale ist nach der Rechtsprechung des BGH¹³ nur bis zu einem „mäßigen Höchstbetrag“ in Anlehnung an die Aufwandspauschale von Rechtsanwälten (derzeit max. 20,- €) zulässig. Die Vereinbarung eines Prozentanteiles des Grundstückswertes oder der Provision als Pauschale ist in AGB demgegenüber schlechthin unzulässig.

b) Nichtabschlussklausel

Fall 3: Der Makler M lässt Auftraggeber A., der ein Haus kaufen will, einen Vertrag mit folgender Klausel unterschreiben: „Für den Fall, dass A. ein ihm zu den vereinbarten Bedingungen angebotenes Objekt nicht erwirbt, hat M. Anspruch auf eine pauschale Zahlung i.H.v. 10 % der bei Kauf geschuldeten Provision (zzgl. MwSt.) zu bezahlen.“ Ist diese Klausel wirksam?

Lösung: Die Klausel ist unwirksam gem. § 307 BGB, denn sie verstößt gegen das gesetzliche Leitbild des Maklervertrags. Danach darf die Abschlussfreiheit des Auftraggebers nicht beeinträchtigt werden, was durch die Klausel jedenfalls mittelbar der Fall ist. Außerdem verstößt sie gegen das Erfolgsprinzip, wonach der Makler Entgelt (Provision) ausschließlich bei Zustandekommen des Hauptvertrags erhalten darf.

3. Zustandekommen des Maklervertrages

3.1. Formfragen

Im bürgerlichen Recht (= Zivilrecht) ist ein Formzwang die Ausnahme. (Die für Sie wichtigste Ausnahme ist § 311 b Abs. 1 BGB). § 311 b Abs. 1 BGB gilt aber nicht für den Maklervertrag. Grundsätzlich kann der Maklervertrag also geschlossen werden (d.h., dass nicht einmal Schriftform erforderlich ist). Die Schriftform ist aber anzuraten, und zwar vor allem für den Makler. Denn im Streitfall will er seine Provision durchsetzen, und dann muss er nachweisen, dass ein Maklervertrag geschlossen wurde.

Ausnahmsweise ist notarielle Form erforderlich, soweit eine Erwerbs- oder Verkaufsverpflichtung vereinbart wurde (in Einzelfällen gegenüber gewerblichen Auftraggebern denkbar).
Dazu

Fall 4: Der mit dem gewerblich tätigen Verkäufer eines Grundstücks schriftlich geschlossene Maklervertrag, enthält folgende Bestimmung: „Ich verpflichte mich, mein Grundstück zu den oben genannten Bedingungen an jeden kaufwilligen Interessenten zu verkaufen, der mir von der Maklerfirma genannt wird.“ Diese Klausel wurde nachweislich individuell ausgehandelt, sie

¹³ BGH v. 28.1.1987, MDR 1987, 563; vgl. auch AG Rendsburg v. 18.7.2003 – 11 C 259/03.

unterliegt also nicht der Inhaltskontrolle nach dem AGBG. Nach getätigtem Verkauf verweigert der Verkäufer die Zahlung der Provision. Zu Recht?

Lösung: Der Maklervertrag beinhaltet eine Verpflichtung zur Übereignung des Grundstücks. Er bedarf deshalb gem. § 311 b Abs. 1 BGB der notariellen Beurkundung. Der Formmangel führt gem. § 125 BGB dazu, dass der gesamte Vertrag nichtig ist. Mangels wirksamen Vertrags hat der Makler keinen Anspruch auf Zahlung von Provision.

3.2. Angebot und Annahme

Der Maklervertrag kommt – wie jeder andere Vertrag – durch ein Angebot und die Annahme dieses Angebots zu Stande. Im Idealfall wird dem Auftraggeber vom Makler schriftlich oder mündlich ein Angebot unterbreitet, in dem die wesentlichen Konditionen enthalten sind und nimmt der Auftraggeber dieses Angebot ausdrücklich an.

Zwingend erforderlich ist für einen Vertragsschluss, dass der Makler beauftragt wird, dem Auftraggeber die Gelegenheit zum Abschluss eines Kaufvertrags nachzuweisen oder den Vertrag zu vermitteln.

Eine Provision muss demgegenüber nicht zwingend vereinbart werden. Gem. § 653 Abs. 1 BGB gilt ein Maklerlohn als stillschweigend vereinbart, wenn die dem Makler übertragene Leistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Als vereinbart gilt dann gem. § 653 Abs. 2 BGB die „übliche“ Vergütung. (Sie kennen die entsprechende Bestimmung für den Werkvertrag - § 632 BGB – bereits). Hier ist für den Makler aber höchste Vorsicht geboten! (Vgl. im Einzelnen die Beispielfälle unten).

Problematisch sind in der Praxis meistens die Fälle, in welchen z.B. ein Kaufinteressent sich auf ein Inserat meldet, das der Makler im Auftrag des Verkäufers geschaltet hat. Wie kommt der Maklervertrag hier zustande?

Entscheidend ist der **Hinweis** des Maklers auf die Provisionspflicht seiner Tätigkeit. Denn dass ein Interessent einen Makler überhaupt in Anspruch nimmt, genügt alleine nicht für die Annahme entsprechenden Vertragswillens auf Seiten des Interessenten. Grund: Ein Interessent darf im Allgemeinen davon ausgehen, dass der Makler schon von der Gegenseite (Verkäufer) vergütet wird. Der Makler will also (aus Sicht des Interessenten) mit dem auf ihn zu gehenden Interessenten gar keinen Maklervertrag abschließen, sondern handelt nur in Erfüllung des bereits bestehenden Verkäufer-Auftrages. So sieht es jedenfalls die Rechtsprechung.

Fall 5: A. wurde durch eine Zeitungsannonce auf das Maklerangebot (Verkauf eines Hauses) aufmerksam; in der Annonce stand nichts von einer Provision. A. erbat telefonisch nähere Objektinformationen, die ihm bereitwillig erteilt wurden. Nach einer vom Makler durchgeführten Hausbesichtigung kaufte A. das Haus. M. will Provision; zu Recht?

Lösung: Nein. Ein Maklervertrag wurde nicht geschlossen. Will der Makler sich in einer derartigen Situation die Provision sichern, muss er eindeutig und unmissverständlich darauf hinweisen, dass er im Erfolgsfall vom Interessenten eine Provision fordere. Erteilt er dem

Interessenten den Objektnachweis, ohne zuvor auf die Provisionspflicht hingewiesen zu haben, handelt er auf eigenes Risiko.

Fall 6: In Fall 5 weist M. den A. am Telefon ausdrücklich und nachweislich auf die Provisionspflichtigkeit des Objektnachweises hin. A. lehnt in dem Gespräch aber die Zahlung einer Provision ab. Trotzdem übersendet M. die Objektinformationen, woraufhin A. das Haus kauft. M will die Provision; zu Recht?

Lösung: Nein. Normalerweise gibt zwar ein Interessent, der in Kenntnis des Provisionsverlangens des Maklers dessen Dienste in Anspruch nimmt, in schlüssiger Weise zu erkennen, dass er in den Abschluss eines Maklervertrages einwilligt. Eine stillschweigende Willenserklärung kann aber dann nicht angenommen werden, wenn der Interessent ausdrücklich erklärt, einen Maklervertrag nicht abschließen zu wollen¹⁴. - Mangels Maklervertrag steht dem M. kein Provisionsanspruch zu.

Fall 7: In Fall 5 treffen sich A. und M. zur Objektbesichtigung. Bei dieser Gelegenheit händigt M. dem A. das Exposé aus, in welchem auf die Provisionspflichtigkeit deutlich hingewiesen wird. Nach Erwerb der Wohnung verweigert A. die Zahlung der Provision. Zu Recht?

Lösung: Ein stillschweigender Maklervertrag kann zu Stande kommen, wenn der Kunde nach dem Hinweis auf die Provisionspflichtigkeit (weitere) Maklerleistungen in Anspruch nimmt. Hier konnte A. erst nach der Objektbesichtigung von der Provisionsklausel Kenntnis erlangen; zu diesem Zeitpunkt benötigte er die Dienste des Maklers aber nicht mehr. - Mangels Maklervertrag steht dem M. kein Provisionsanspruch zu.

Fall 8: Das Angebot des Maklers enthält folgende Klausel: „Kaufpreis: 150.000,- €; Courtage: 3,45 %.“ (Oder auch: „Nachweiscourtage 3,45 % inkl. MwSt., fällig und verdient bei Abschluss des Kaufvertrags“). A., der durch das Angebot des Maklers auf das Objekt aufmerksam wurde und es anschließend kaufte, verweigert die Zahlung der Provision. Zu Recht?

Lösung: Ja. Das Provisionsverlangen ist nicht hinreichend deutlich. A. konnte auch der Meinung sein, es handele sich um die vom Verkäufer zu zahlende Provision, die er bei einem Verkauf gegebenenfalls mit übernehmen müsse, zumal sich der Provisionshinweis unmittelbar an die Erwähnung des Kaufpreises anschließt. Der Interessent darf nämlich, soweit ihm Gegenteiliges nicht bekannt ist, davon ausgehen, dass der Makler das Objekt von dem Verkäufer an die Hand bekommen hat und deshalb mit der angetragenen Weitergabe von Informationen eine Leistung für den Anbieter erbringen will. Ohne weiteres braucht der Kaufinteressent in einem solchen Fall nicht damit zu rechnen, dass der Makler auch von ihm eine Provision erwartet¹⁵. Weil das Provisionsverlangen nicht eindeutig ist, liegt in der Entgegennahme der Maklerleistung durch A. nicht der Abschluss eines stillschweigenden Vertrages.

4. Der Provisionsanspruch

Ist ein Maklerlohn (Provision) wirksam vereinbart, setzt das Entstehen der Provision voraus, dass die Maklertätigkeit die Ursache für den Vertragsschluss war (**Kausalzusammenhang**).

Dazu

¹⁴ OLG Köln v. 7.10.2003, MDR 2004, 623; in dem Fall hatte der Kunde darauf hingewiesen, dass er keine Provision zahlen wolle.

¹⁵ BGH v. 22.9.2005 - III ZR 393/04, NJW 2005, 3779 = WuM 2005, 731.

Fall 9: A. möchte ein Wohnhaus kaufen und beauftragt Makler M. mit dem Nachweis von Kaufgelegenheiten. M. weist A. auf ein bestimmtes Objekt hin. Der vom Verkäufer verlangte Preis, der dem A. von M. genannt wird, ist dem A. aber zu hoch. M. sagt ihm deshalb zunächst nicht den Namen des Verkäufers, sondern will vereinbarungsgemäß erst mit diesem Rücksprache nehmen. – A. erfährt über den Mieter des Hauses Namen und Anschrift des Verkäufers, schreibt diesen an und kauft schließlich das Haus von ihm. M. verlangt Provision, A. verweigert die Zahlung. Wer hat Recht?

Lösung: Der BGH hat mit Urteil vom 25.2.1999 entschieden: „Für das Entstehen des Provisionsanspruchs des Nachweismaklers ist es erforderlich, dass sich der Abschluss des Hauptvertrags zumindest auch als das Ergebnis einer für den Erwerb wesentlichen Maklerleistung darstellt. Es genügt nicht, dass die Maklertätigkeit auf anderem Wege für den Erfolg adäquat kausal geworden ist. Der Nachweismakler hat den Auftraggeber auf die Gelegenheit, über ein bestimmtes Objekt einen Vertrag zu schließen, hin zu weisen. Er muss ihn in die Lage versetzen, in konkrete Verhandlungen über den von ihm angestrebten Hauptvertrag einzutreten. Dazu gehört i.d.R., dass er dem Kunden den Vertragspartner für dieses Geschäft benennt und dass dieser auch tatsächlich bereit ist, über das Objekt den in Rede stehenden Vertrag zu schließen.“

Das hat M. nicht getan, weshalb er von A. keine Provision verlangen kann.

Was hat M. falsch gemacht? Hätte er eine Hinzuziehungsklausel vereinbart, hätte er seine Provision erst recht verloren, weil (gegenüber einem Verbraucher) ein qualifizierter Auf Auftrag nicht wirksam vereinbart werden kann. M. hätte ganz einfach dem A. den Namen des Verkäufers nennen müssen. Davon hätte er keinen Nachteil gehabt.

Aber: Die bloße Objektangabe kann auch genügen. Z.B. dann, wenn es dem Interessenten zunächst auf den Namen des Eigentümers nicht ankommt, weil er sich zunächst über das Geschäft überhaupt klar werden will. Oder dann, wenn er sogleich „am Makler vorbei“ den Eigentümer ausfindig macht oder dieser an der selben Anschrift wohnt. Es kommt auf den Einzelfall an.

Fall 10: Makler M. bot im Juni 1996 in einer Zeitungsannonce ein Haus der V. für 420.000,00 DM an. A. meldet sich, unterschreibt eine Erklärung, wonach er bei Erwerb eine Provision von 5,75 % (inkl. MwSt.) an M. bezahlen wird und erhält sämtliche Objektinformationen. Zum Kauf kommt es aber zunächst nicht. Im Oktober 1996 bot die V. das Haus in einer eigenen Annonce für 395.000,00 DM zum Kauf an. A. meldete sich wieder und kaufte das Haus schließlich für 398.000,00 DM. M. will Provision, A. nicht zahlen. Wer hat Recht?

Lösung: Diesen Fall hat der BGH mit dem in Fall 9 genannten Urteil zu Gunsten des Maklers entschieden, weil sich der Abschluss des Vertrags zumindest auch als Ergebnis der Maklerleistung darstellte. Es ist nach Auffassung des BGH unerheblich, dass der Vertrag schließlich ohne weitere Beteiligung des Maklers zustande gekommen ist: „Eine andere Entscheidung hieße, den Provisionsanspruch des Maklers in nicht sachgerechtem Umfang in die Hände der Parteien des Hauptvertrags zu legen, ohne dass der Makler, der seine Leistung vertragsgemäß erbracht hat, hierauf Einfluss nehmen könnte“.

Übrigens: Das Landgericht (als 1. Instanz) und das Oberlandesgericht (als Berufungsinstanz) hatten den Anspruch des Maklers rundweg abgelehnt!

Der Hauptvertrag muss wirksam geschlossen worden sein. Das ist nicht z.B. der Fall, wenn er angefochten wird.

Beispiel: Der Verkäufer hat dem Käufer verschwiegen, dass das Haus ohne Baugenehmigung gebaut worden war (der Makler konnte davon nichts wissen). Der Käufer hat den Kaufvertrag wirksam angefochten. – Durch die Anfechtung wird der Vertrag rückwirkend nichtig. Infolge dessen hat der Makler keinen Provisionsanspruch.

Etwas anderes gilt, wenn der Vertrag später aufgehoben oder rückabgewickelt wird. Das geht den Makler nichts mehr an.

Beispiel: Der Makler M. hat ein Haus (Neubau) zum Kauf vermittelt. Wegen erheblicher Mängel der Bausubstanz erklärt der Käufer die Wandlung (Rückgängigmachung) des Kaufvertrags. M. kann seine Provision behalten.

5. Ausschluss des Provisionsanspruchs

5.1. Doppeltätigkeit

Bei der Immobilienvermittlung ist die Doppeltätigkeit weit verbreitet. Sie liegt vor, wenn sich der Makler von beiden zukünftigen Vertragspartnern einen Maklerauftrag erteilen lässt.

Beispiel: In den obigen Fällen Nr. 5 – 8 will jeweils der Grundstückseigentümer verkaufen und beauftragt den Makler mit der Suche nach einem geeigneten Käufer. Der Makler wirbt z.B. in Inseraten für das Grundstück und lässt sich vom Interessenten für den Fall des Vertragsabschlusses ebenfalls eine Provision versprechen.

Zur Doppeltätigkeit bestimmt § 654 BGB Folgendes:

„Der Anspruch auf den Maklerlohn und den Ersatz von Aufwendungen ist ausgeschlossen, wenn der Makler dem Inhalte des Vertrags zuwider auch für den anderen Teil tätig gewesen ist.“

Die Vorschrift soll verhindern, dass der Makler bei der Doppeltätigkeit in einen Interessenkonflikt gerät. Ob er „dem Inhalte des Vertrags zuwider“ für beide Seiten tätig wird, hängt davon ab, welche Leistung der Makler seinen Auftraggebern im Einzelfall schuldet, konkret: ob er Nachweis- oder Vermittlungsleistungen erbringen soll.

Unzulässig ist i.d.R. die **beidseitige Vermittlungstätigkeit**. Denn dabei soll der Makler auf den anderen Vertragsteil einwirken und für seinen Auftraggeber günstige Vertragskonditionen „heraus holen“ (s.o. Ziff. 1.2.). Bei einem Auftrag z.B. zum Verkauf des Grundstücks soll sich der Vermittlungs-Makler also für also zu Gunsten des Verkäufers für einen möglichst hohen Preis einsetzen. Würde der Makler auch vom Kaufinteressenten als Vermittlungsmakler beauftragt, müsste er sich in den Verhandlungen mit dem Verkäufer aber für einen möglichst

niedrigen Preis einsetzen. Der Interessenkonflikt liegt auf der Hand. Rechtsfolge ist, dass der Makler seinen (an sich gegebenen) Provisionsanspruch verliert.

Ausnahmsweise ist die Vermittlungstätigkeit für beide Seiten unter folgenden Voraussetzungen zulässig:

- In beiden Verträgen ist vereinbart, dass der jeweilige Auftraggeber mit der gleichzeitigen Tätigkeit für die Gegenseite einverstanden ist.
- Der Makler vermittelt als „ehrlicher Makler“ zwischen den Parteien. Er hält strikte Unparteilichkeit ein. Er ist beiden Seiten gegenüber zur umfassenden Information verpflichtet. Er soll vor allem grundsätzlich nicht in die Preisverhandlungen eingreifen. Allenfalls dann, wenn die Verhandlungen zu scheitern drohen und die Parteien den Rat des Maklers erbitten, darf er einen Kompromissvorschlag machen.

Ist der Makler nur für eine Seite als Vermittlungsmakler beauftragt, für die andere aber als Nachweismakler (so der Normalfall in der Praxis) oder für beide Seiten als Nachweismakler, besteht normaler Weise keine Gefahr eines Interessenkonflikts, weshalb diese Varianten der Doppeltätigkeit grundsätzlich zulässig sind.¹⁶

5.2. Ausschluss des Provisionsanspruchs wegen Pflichtverletzung

Zwischen dem Makler und seinem Auftraggeber besteht ein besonderes Treueverhältnis, wonach der Makler verpflichtet ist, i.R.d. Zumutbaren die Interessen des AG zu wahren. Insbesondere schuldet er umfassende Aufklärung und Beratung. Diese Treuepflicht ist um so strenger, je enger das Vertrauensverhältnis ist. Der Makler hat bei Ausführung des Auftrags alles zu unterlassen, was die Interessen seines Auftraggebers gefährden könnte.

Verletzt der Makler seine Treuepflicht und Loyalität gegenüber dem Auftraggeber, macht er sich schadensersatzpflichtig (dazu unten Ziff. 6). Und vor allem: Er verliert seinen Provisionsanspruch.

Den Verlust des Provisionsanspruchs hat die Rechtsprechung aus § 654 BGB heraus entwickelt. Es wird folgendermaßen argumentiert:

Gem. § 654 BGB verliert der Makler seinen Provisionsanspruch, wenn er unzulässiger Weise für beide Seiten tätig gewesen ist, ohne dass es darauf ankäme, ob dem Auftraggeber überhaupt ein Schaden entstanden ist. § 654 BGB ist nur *ein Beispiel* für eine Treuepflichtverletzung. In der Vorschrift steckt ein allgemeiner Rechtsgedanke, der in allen Fällen zur Anwendung kommt, in welchen der Makler vorsätzlich oder grob fahrlässig Vertragspflichten verletzt und dadurch wesentlich den Interessen des Auftraggebers zuwider handelt. Deshalb soll er in allen diesen Fällen den Anspruch auf die Provision verlieren. Der Verlust des Anspruchs hat Strafcharakter und setzt deshalb wieder nicht voraus, dass dem Auftraggeber ein Schaden entstanden ist. Die Gefahr des Verlustes soll den Makler dazu anhalten, die ihm gegenüber seinem Auftraggeber obliegende Treuepflicht zu wahren.

Fall 11: Vereinbarung einer Reservierungsgebühr

¹⁶ So jetzt auch BGH, Beschl. v. 30.4.2003 – III ZR 318/02, NZM 2003, 522.

Makler M hat einen Kaufinteressenten (A) für ein Grundstück an der Hand. Eine Einigung über die wesentlichen Punkte des Kaufvertrags ist bereits erfolgt. In einer besonderen Vereinbarung (betitelt mit „Reservierungsvereinbarung“) lässt M. den A. Folgendes unterschreiben: „Mit Abschluss dieser Vereinbarung entrichtet A. an M. eine Reservierungsgebühr i.H.v. 500,- € (max. 10 % der Gesamtprovision einschl. Ust). Mit dieser Gebühr ist das Risiko des M., durch die Einstellung der Verkaufsbemühungen während des Reservierungszeitraumes einen Provisionsverlust zu erleiden, abgegolten.“ A. kauft das Grundstück, will dem M. anschließend seine Provision nicht bezahlen, sondern verlangt noch die bezahlten 500,- zurück. Zu Recht? (Fall nach LG Berlin, Urt. v. 23.12.1999 ZMR 2000, 392 – im Anhang).

Lösung (Kurzfassung): Der Anspruch des M. auf Zahlung von Maklerlohn ist in entsprechender Anwendung des § 654 BGB ausgeschlossen, da er den A. pflichtwidrig veranlasst hat, eine unwirksame Reservierungsvereinbarung zu unterschreiben. Die Reservierungsvereinbarung stellt nämlich im Ergebnis eine erfolgsunabhängige Teilprovision dar, die in allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht vereinbart werden kann. (Ausführliche Begründung im Urteil des LG Berlin¹⁷).

Allgemein gilt: Immer wenn der Makler ihn günstige Klauseln in seinen AGB hat, die als unwirksam qualifiziert werden, riskiert er seine Provision. So hat das OLG Hamm z.B. entschieden, dass der Makler auch dann entsprechend § 654 BGB des Maklerlohns unwürdig sei, wenn er eine unwirksame Hinzuziehungsklausel (s.o. „qualifizierter Alleinauftrag“) vereinbart hat¹⁸. Der **BGH** ist dieser Entscheidung allerdings entgegen getreten und hat geurteilt:

Die Verwendung unzulässiger Allgemeiner Geschäftsbedingungen (hier: der formularmäßige Ausschluss aller Beratungspflichten seitens eines Versicherungsmaklers) rechtfertigt im Regelfall - ohne Hinzutreten besonderer Umstände - keine Verwirkung des Maklerlohnanspruchs.

Aus den Gründen:

Nicht jede objektiv erhebliche Pflichtverletzung des Maklers und damit auch nicht jedes Informations- und Beratungsverschulden lässt deshalb den Provisionsanspruch nach [§ 654 BGB](#) entfallen, vielmehr ist in erster Linie subjektiv eine schwerwiegende Treuepflichtverletzung zu fordern; der Makler muss sich seines Lohnes "unwürdig" erwiesen haben. Das ist nach der Rechtsprechung erst dann der Fall, wenn er seine Treuepflicht vorsätzlich, wenn nicht gar arglistig, mindestens aber in einer dem Vorsatz nahekommenden grob leichtfertigen Weise verletzt hat. Andere Fälle sind unter dem Gesichtspunkt der positiven Forderungsverletzung zufriedenstellend zu lösen. ... Die Verwendung unzulässiger Allgemeiner Geschäftsbedingungen seitens des Maklers allein kann im Regelfall - ohne Hinzutreten besonderer Umstände - keine Verwirkung seines Lohnanspruchs rechtfertigen (vgl. Schulz, [ZMR 2002, 102](#) , 104; anders [OLG Hamm NZM 2000, 1073](#) , 1074 = NJW-RR 2001, 567, 578 für die Vereinbarung einer sogenannten Verweisungsklausel; D. Fischer, NZM 2001, 873 , 881; Schwerdtner, Maklerrecht, 4. Aufl., Rn. 733)¹⁹.

¹⁷ Ebenso OLG Hamm NJW-RR 1989, 1209; OLG Stuttgart NJW-RR 1996, 822; Münch-Komm/Reuter, BGB, 12. Aufl., § 652 Rn. 160.

¹⁸ OLG Hamm, Urt. v. 29. 5. 2000 - 18 U 236/99, NJW-RR 2001, 567. Ausführlich zu § 654 BGB und Einzelfälle bei Döderlein, ZMR 2003, 808, insbes. Fn. 7.

¹⁹ BGH v. 19.5.2005 - III ZR 322/04, WuM 2005, 1480 = GuT 2005, 222.

Mitteilungspflicht:

Der Makler darf keine Umstände verheimlichen, die für die Kaufentscheidung von Bedeutung sind.

Beispiel: Wenn eine Wohnung der Zweckbindung nach dem Wohnungsbindungsgesetz unterliegt, muss der Makler das dem Käufer mitteilen.

Aufklärungspflicht:

Fall 11 a: Der Makler ist vom Verkäufer beauftragt. In den notariellen Kaufvertrag wird folgende Klausel aufgenommen: „Der Käufer hält den Verkäufer von der Verpflichtung zur Zahlung der Maklercourtage frei und verpflichtet sich deshalb, an den Makler eine Provision i.H.v. 5,5 % des Kaufpreises zzgl. MwSt. zu zahlen. ... Dem Makler entsteht ein selbstständiger Anspruch aus diesem Vertrag gegen den Käufer als Provisionszahlung.“ Makler und Verkäufer wissen, dass das Haus vom Holzbock befallen ist, weisen den Käufer darauf aber nicht hin. – Auch der Makler haftet auf SchE (im Fall ging es nur um die Rückzahlung der Provision). Er hat mit dem Käufer zwar keinen Maklervertrag. Durch die Vertragsklausel, die einen Vertrag zugunsten Dritter darstellt, ist er dem Käufer im Ergebnis aber trotzdem zur Aufklärung verpflichtet²⁰.

S. dazu auch die BGH-Entscheidungen unten unter Ziff. 6.

5.3. Selbsteintritt und Eigengeschäfte

a) Allgemeines

Die Maklerprovision entsteht nur, wenn der Vertrag zwischen dem Auftraggeber des Maklers und einem Dritten zustande kommt. Keine Provision wird geschuldet, wenn der Vertrag statt dessen zwischen dem Auftraggeber und dem Makler abgeschlossen wird.

Beispiel: Auftraggeber A. will sein Haus verkaufen und beauftragt Makler M. mit dem Nachweis von Kaufinteressenten. Zufällig sucht M. selber genau so ein Haus und kauft es. Anschließend verlangt er die Provision. Zu Recht? – Nein. Obwohl der A. im Ergebnis durch Einschaltung des M. genau das bekam, was er wollte – nämlich sein Haus verkaufen konnte – fehlt es an der für die Provision konstitutiven „Vermittlungsleistung“, weil nicht ein Dritter, sondern M. selber das Haus gekauft hat.

Beispiel: Der Makler ist selbst zur Hälfte Miteigentümer eines Grundstücks, das er provisionspflichtig zum Verkauf anbietet, wobei er seine Miteigentümerstellung verschweigt. Nach erfolgreichem Verkauf verlangt er vom Käufer die Provision. – Zu Unrecht, Begründung wie im Beispiel zuvor.

b) Wirtschaftliche Verflechtung zwischen Makler und Vertragsgegenseite

²⁰ BGH v. 22.9.2005 – III ZR 295/04, NJW 2005, 3778.

In manchen Fällen hat der Makler formal nichts mit einer der Vertragsparteien zu tun. Wirtschaftliche und rechtliche Verhältnisse führen aber im Ergebnis dazu, dass dem Vertragspartner – wie beim Selbsteintritt des Maklers – doch nur wieder der Makler gegenüber steht.

Fall 12: Die Treugrund GmbH befasst sich mit der Errichtung und Veräußerung von Wohneigentum. M. ist Hauptgesellschafter der GmbH. M. betreibt aber auch ein Maklerbüro. Seinen Käufer-Auftraggebern weist er auch Wohnungen der Treugrund GmbH nach und verlangt dafür die übliche Provision. Käufer K. will nicht zahlen. Zu Recht?

Lösung: Wenn der Makler den Kaufvertrag selber als Verkäufer abschließt (Selbsteintritt), steht ihm keine Provision zu: es fehlt am Nachweis eines „Dritten“. Wird der Vertrag nicht mit dem Makler selbst, sondern mit einer Gesellschaft abgeschlossen, an der der Makler maßgeblich beteiligt ist, wird dieser Fall genau so behandelt. Hinzu kommt, dass der Makler wegen seiner Beteiligung auf der Verkäuferseite rechtlich und tatsächlich außer Stande ist, die Interessen des Auftraggebers zu wahren; der Interessenkonflikt liegt auf der Hand. Auch analog § 654 BGB ist damit ein Provisionsanspruch ausgeschlossen.

Dasselbe gilt übrigens, wenn der Makler nicht Mehrheitsgesellschafter, sondern Geschäftsführer der GmbH ist.

Die Provision kann aber doch verlangt werden, wenn sie als **selbstständiges Provisionsversprechen** vereinbart wurde und dem Kunden die Verflechtung bekannt ist. Beispiel: „Die H. Projektmanagement und Consult GmbH gehört zu 100 % der H. Bank AG, die zugleich zu 94 % Gesellschafterin der Verkäuferin ist. Die H. Projektmanagement und Consult GmbH kann deshalb eine Maklertätigkeit im Sinne von § 652 BGB nicht erbringen. In Kenntnis der die Verflechtung begründenden rechtlichen und tatsächlichen Umstände besteht Einvernehmen, dass die H. Projektmanagement und Consult GmbH für Verkäufer und Käufer tätig werden durfte. Der Käufer übernimmt hiermit die vom Verkäufer an die H. Projektmanagement und Consult GmbH zu zahlende Provision in Höhe von € 40.260,00“. Wirksam gem. BGH v. 20.11.2008 - III ZR 60/08.

6. Haftung für fehlerhafte Angaben

Für Pflichtverletzungen, insbesondere für fehlerhafte Angaben oder für das Unterlassen von wichtigen Angaben (s.o. Mitteilungspflicht!) haftet der Makler dem Auftraggeber auf Schadensersatz. Einzelheiten in

Fall 13: In der Immobilienkurzbeschreibung des Maklers heißt es über ein Haus: „Die Einliegerwohnung im UG ist ebenso realisierbar wie Wohnen und Arbeiten“. Im Exposé ist die Einliegerwohnung mit 67,90 qm eingezeichnet. Nach dem Erwerb des Hauses (für 750.000 DM, Maklerprovision: 43.125 DM) erfahren die Käufer, dass die fraglichen Räume baurechtlich nicht als Wohnraum genehmigt sind. Sie verlangen vom Makler als Schadensersatz den Betrag, um den das Haus wegen der mangelnden Realisierbarkeit der Einliegerwohnung weniger wert ist sowie den darauf entfallenden Anteil der Maklerprovision, insgesamt 130.019,52 DM (Fall nach Urt. des BGH v. 28.9.2000²¹).

²¹ BGH v. 28.9.2000, WM 2001, 92 f.

Lösung: Der BGH hat in diesem Fall dem Auftraggeber den geltend gemachten Schadensersatz zugesprochen. Der Makler steht zu seinem Auftraggeber als dessen Interessenvertreter in einem besonderen Treueverhältnis, aus dem sich für ihn bei der Erfüllung seiner Aufgabe bestimmte Nebenpflichten ergeben. Eine sachgemäße Interessenwahrnehmung gebietet regelmäßig, den Auftraggeber nicht nur über das auf zu klären, was unerlässlich ist, sondern auch über alle dem Makler bekannten Umstände, die für die Entschliebung des Auftraggebers von Bedeutung sein können. Er darf insbesondere keine Informationen erteilen, für die es an einer hinreichenden Grundlage fehlt. Steht ihm eine solche nicht zur Verfügung, so muss er ebenso wie dies der BGH für den Anlagevermittler entschieden hat – zumindest diesen Umstand offen legen. Die Erklärungen des Maklers müssen insgesamt so beschaffen sein, dass sie bei seinem Kunden keine unzutreffenden Vorstellungen vermitteln. Hieraus folgt für den Makler auch die Pflicht, fehlerhafte Angaben richtig zu stellen.

Fall 13 a: Der Auftraggeber erwarb eine angeblich „gut vermietete“ Gewerbeinheit. Im Kaufvertrag wurde auf das Mietverhältnis hingewiesen und versichert, dass keine Mietrückstände bestanden. Das traf für dieses Objekt auch zu. Wie der Verkäufer aber wusste, war der Mieter alkoholbedingt in massive Schwierigkeiten geraten und bezahlte für ein anderes Mietobjekt schon lange keine Miete mehr, sondern hatte sogar die eidesstattliche Versicherung abgeben müssen. Der Makler hatte die Bonität des Mieters nicht überprüft. Der Auftraggeber klagt unter anderem gegen den Makler auf Schadensersatz für den Mietausfall (rund 60.000,- DM) sowie auf Feststellung, dass der Makler auch die künftig fällig werdenden Mieten übernehmen muss.

Lösung: Mit Erfolg. Der BGH entschied, dass der Verkäufer den Käufer auch ungefragt auf die ihm bekannte mangelnde Bonität des Mieters hätte hinweisen müssen. Der Makler wiederum sei verpflichtet gewesen, darauf hinzuweisen, dass er die Bonität des Mieters überhaupt nicht geprüft habe²². Denn: „Der Makler steht zu seinem Auftraggeber in einem besonderen Treueverhältnis. Daraus ergeben sich für ihn auch bestimmte Nebenpflichten bei der Erfüllung seiner Aufgabe. Diese folgen insbesondere daraus, dass er Interessenvertreter seines Auftraggebers ist. Eine sachgemäße Interessenwahrnehmung gebietet es regelmäßig, den Auftraggeber nicht nur über das aufzuklären, was unerlässlich ist, damit dieser vor Schaden bewahrt wird, sondern auch über alle dem Makler bekannten Umstände, die für die Entschliebung des Auftraggebers von Bedeutung sein können. Dabei ist entscheidend auf den jeweiligen konkreten Fall abzustellen²³.“

7. Vermittlung von Mietwohnungen

Für die Vermittlung von Mietwohnungen gilt das Gesetz zur Regelung der Wohnungsvermittlung (abgedruckt im Anhang). Die wichtigsten Inhalte ergeben sich aus

Fall 14: M., Inhaber einer Immobilienfirma, vermittelt unter anderem gewerblich Wohnungen zur Miete und wird von A., der eine Wohnung sucht, beauftragt. Es wird eine Provision von 2,5 Monatsmieten vereinbart. M. lässt sich eine von A. zunächst einen Vorschuss auf die künftige Provision von i.H.v. 500,- € DM zahlen. Er kann sodann eine Wohnung anbieten, die zu einem von ihm verwalteten Haus gehört. Darin wohnt allerdings noch der Mieter X, der erklärt, er werde nur gegen eine Abstandszahlung seitens des A. die Mühen des Umzugs auf

²² BGH v. 31.1.2003, NZM 2003, 415.

²³ BGH v. ???, NJW 1981, 2658.

sich nehmen. A. hat es eilig und bietet dem X 250,- € DM, wenn er die Wohnung räumt. – Nachdem A. den Mietvertrag geschlossen hat, will er weder an M. noch an X bezahlen. Muss A zahlen?

Lösung: Gem. § 2 Abs. 2 Nr. 2 WoVermG steht dem Wohnungsvermittler kein Provisionsanspruch zu, wenn der Mietvertrag Räume betrifft, deren Verwalter der Vermittler ist. Es stellt sich die Frage, welche Art Verwalter das Gesetz meint. Gemeint ist jedenfalls der Hausverwalter, dem die Mietverwaltung übertragen ist. Ein solcher Verwalter ist zur Interessenwahrnehmung des Vermieters verpflichtet, weshalb der Interessenkonflikt mit dem wohnungsuchenden Mieter auf der Hand liegt. Ob auch der WEG-Verwalter gemeint ist, ist streitig. Der WEG-Verwalter kümmert sich um die Finanzen der Eigentümergemeinschaft und um die Instandhaltung des Gemeinschaftseigentum, nicht aber um die einzelnen Wohnungen. – Wenn M. also Mietverwaltung über die Wohnung ausübt, muss A .ihm schon aus diesem Grund keine Provision zahlen.

Im übrigen muss A nicht an M zahlen, weil das Verlangen eines Vorschusses gem. § 2 Abs. 4 WoVermG unzulässig ist und die Vereinbarung einer Provision von mehr als 2 Monatsmieten gem. § 3 Abs. 2 ebenfalls unzulässig ist. Die gesetzeswidrigen Vereinbarungen müssen gem. § 654 BGB analog zum Verlust des Provisionsanspruchs führen.

An X muss A gem. § 4 a Abs. 1 nicht bezahlen, weil derartige Abstandszahlungen schlechthin unzulässig sind.