

**2. BGB § 179 (Haftung des für eine noch nicht gebildete Bauherengemeinschaft handelnden Vertreters)**

**Zur Haftung des im Rahmen eines Bauherrenmodells tätigen Treuhänders, der im Namen einer noch nicht gebildeten Bauherengemeinschaft mit einem Bauunternehmer einen Vertrag über die Errichtung der geplanten Wohnanlage geschlossen hat, wenn die Bauherengemeinschaft später nicht zustande kommt (im Anschluß an BGHZ 63, 45 [= Mitt-BayNot 1975, 32 = DNotZ 1975, 224]).**

BGH, Urteil vom 20.10.1988 — VII ZR 219/87 — mitgeteilt von D. Bundschuh, Richter am BGH

**Aus dem Tatbestand:**

Die Firma G.+C. Grundstücks- und Bauträgergesellschaft mbH wollte auf einem Grundstück in M. ein Wohn- und Geschäftshaus nach dem Bauherrenmodell errichten. Der Beklagte, der als Treuhänder der noch zu werbenden Bauherren vorgesehen war, beauftragte deshalb in dieser Eigenschaft als Vertreter der „Mitglieder der Bauherengemeinschaft“ in einem Werkvertrag vom 30. August 1984 die Firma K. GmbH Bau- und Beton KG mit der schlüsselfertigen Erstellung der Wohnanlage zum Pauschalfestpreis von netto 2.899.500,— DM. In einem mit diesem Vertrag vereinbarten Terminplan ist die „Baureifmachung“ des Grundstücks für September 1984 vorgesehen. Nach einem Zahlungsplan sollte die erste Rate in Höhe von 145.000,— DM zuzüglich Mehrwertsteuer nach durchgeführter „Baustelleneinrichtung, Erdarbeiten, Werkplanung“ zur Zahlung fällig sein.

Nach Beginn der Bauarbeiten verlangte die Firma K. mit Abschlagsrechnung vom 31. Oktober 1984 von dem Beklagten als Vertreter der Bauherengemeinschaft Zahlung von 165.300,— DM. Da ein Bankdarlehen nicht zur Verfügung gestellt wurde und Bauherren nicht gefunden werden konnten, zahlte der Beklagte nicht. Die Firma K. stellte daraufhin am 20. Dezember 1984 ihre Arbeiten ein. Nachdem auch in der Folgezeit die Bauherengemeinschaft nicht zustande kam, wurde das Bauvorhaben nicht durchgeführt.

Mit der Klage forderte die Firma K. von dem Beklagten einen Teilbetrag des ihr entstandenen Schadens in Höhe von 750.000,— DM nebst Zinsen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Während des Berufungsverfahrens wurde über das Vermögen der Firma K. das Anschlußkonkursverfahren eröffnet. Nach Aufnahme des unterbrochenen Verfahrens durch den zum Konkursverwalter bestellten Kläger hat das Oberlandesgericht die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Die — angenommene — Revision des Klägers führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung.

**Aus den Gründen:**

1. Das Berufungsgericht geht mit Recht davon aus, daß der Beklagte, der als Treuhänder im Namen noch nicht geworbeiner Mitglieder einer Bauherengemeinschaft mit der Gemeinschuldnerin einen Werkvertrag abschloß, als Vertreter ohne Vertretungsmacht i. S. d. § 179 Abs. 1 BGB handelte. Vollmachtloser Vertreter ist nach dieser Bestimmung nicht nur derjenige, der ohne rechtsgeschäftliche oder gesetzliche Vertretungsmacht im Namen eines Dritten tätig wird. Die Vorschrift ist vielmehr auch dann entsprechend anzuwenden, wenn jemand im Namen einer nicht vorhandenen Person vertragliche Vereinbarungen trifft, der angeblich Vertretene also gar nicht existiert (BGHZ 63, 45, 49 [= MittBayNot 1975, 32 = DNotZ 1975, 224]; Thiele in MünchKomm, BGB, 2. Aufl., § 179 Rdnr. 9 m. w. N.).

2. Dem Berufungsgericht kann aber nicht gefolgt werden, wenn es die Haftung des als vollmachtlosen Vertreter handelnden Beklagten aufgrund der Ausnahmeregelung des § 179 Abs. 3 BGB ausschließt.

a) Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht ist eine gesetzliche Garantienhaftung, die dem Vertreter das verschuldensunabhängige Risiko auferlegt, seine Erklärung, er habe die erforderliche Vertretungsmacht, sei richtig. Das Einstehen müssen des vollmachtlosen Vertreters für die

Rechtsfolgen dieser Erklärung beruht somit auf einer im Interesse der Verkehrssicherheit geregelten Vertrauenshaftung (vgl. Thiele aaO Rdnrn. 1, 2 m. N.). Behauptet der Vertreter ausdrücklich oder schließlich, die für die Vornahme des Rechtsgeschäfts erforderliche Vertretungsmacht zu haben, darf der Vertragspartner daran grundsätzlich glauben. Insbesondere ist er nicht ohne weiteres zu Nachforschungen über Bestand und Umfang der Vertretungsmacht verpflichtet; auch kann er den Mangel der Vertretungsmacht in der Regel nicht erkennen. Fehlt die von dem Vertreter behauptete Vertretungsmacht, muß grundsätzlich dieser und nicht der Vertragspartner für die Folgen des vollmachtlosen Handels einstehen. Denn der Schutz des auf die Vertretungsmacht des Vertreters vertrauenden Gegners geht etwaigen schutzwürdigen Interessen des vollmachtlosen Vertreters vor.

Der Vertragspartner des vollmachtlosen Vertreters verdient jedoch dann keinen Schutz, wenn er den Mangel der Vertretungsmacht kennt oder infolge Fahrlässigkeit nicht kennt (§ 179 Abs. 3 Satz 1 BGB). Soweit Anhaltspunkte hierfür vorliegen kann ihm zugemutet werden, den Vertreter zu Erklärungen über die angebliche Vertretungsmacht aufzufordern oder darüber Erkundigungen einzuziehen. Kommt er dem nicht nach, vernachlässigt er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt und muß die Folgen selbst tragen (Thiele aaO Rdn. 36 m. N.). Die Vertrauenshaftung des vollmachtlosen Vertreters ist dann ausgeschlossen, weil sein Vertragspartner aufgrund der Zweifel an der Vertretungsmacht Vertrauen in die Richtigkeit der vom Vertreter abgegebenen Erklärung gerade nicht in Anspruch nimmt.

b) Die Ausnahmeregelung des § 179 Abs. 3 Satz 1 BGB kann aber dann nicht ohne Einschränkung entsprechend herangezogen werden, wenn ein Vertreter für eine (noch) nicht existente Person gehandelt hat. Zwar haftet — wie ausgeführt — der Vertreter in diesem Fall ebenfalls nach § 179 Abs. 1 BGB wie ein vollmachtloser Vertreter. Weiß der Vertragspartner jedoch, daß der Vertretene nicht vorhanden ist, ist das dem Wissen von der fehlenden Vertretungsmacht nicht ohne weiteres gleichzusetzen. Vielmehr ist von dem Inhalt der Erklärung auszugehen, die der Vertreter in einem solchen Fall abgibt und auf deren Richtigkeit der Vertragspartner vertraut. Erklärt der Vertreter neben der Behauptung, Vertretungsmacht zu haben, noch weitere Tatsachen, kann die ihn nach § 179 Abs. 1 BGB grundsätzlich treffende Haftung nur dann in entsprechender Anwendung des § 179 Abs. 3 Satz 1 BGB ausgeschlossen werden, wenn der Vertragspartner auch die Unrichtigkeit dieser Umstände kennt. Nur dann ist es gerechtfertigt, dem Gegner des vollmachtlosen Vertreters den ihm durch die Vorschrift des § 179 Abs. 1 BGB gewährten Vertrauensschutz zu versagen. Hat der Vertreter bei dem Vertragspartner dagegen zumindest zum Teil Vertrauen in die Richtigkeit der von ihm abgegebenen Erklärung erweckt, muß die Haftung des vollmachtlosen Vertreters bestehen bleiben.

Im vorliegenden Fall behauptete der Beklagte bei Abschluß des Werkvertrags mit der Gemeinschuldnerin nicht nur, er handle als Treuhänder und somit Vertreter noch nicht geworbener Mitglieder einer Bauherengemeinschaft. Vielmehr erklärte er zusätzlich, die Bauherengemeinschaft werde alsbald entstehen und damit Vertragspartner der Gemeinschuldnerin werden; nur in dieser Weise kann seine Erklärung gegenüber der Gemeinschuldnerin ausgelegt werden. Entscheidend für die Schutzwürdigkeit der Gemeinschuldnerin und die Haftung des Beklagten gemäß § 179 Abs. 1 BGB ist daher, in welchem Umfang die Gemeinschuldnerin

auf die Richtigkeit der Behauptungen des Beklagten vertraute oder vertrauen durfte. Wußte sie — wovon das Berufungsgericht ausgeht —, daß die Bauherren noch nicht geworben waren, reicht das für einen Ausschluß der Haftung des Beklagten gemäß § 179 Abs. 3 Satz 1 BGB nicht aus. Entscheidend ist vielmehr, ob die Gemeinschuldnerin Kenntnis davon hatte, daß die Bauherren gemeinschaft in absehbarer Zeit nicht zustande kommen werde bzw. ob sie diese Kenntnis haben mußte. Nur dann kann ihr der durch § 179 Abs. 1 BGB gebotene Vertrauensschutz versagt und die Haftung des Beklagten gemäß § 179 Abs. 3 Satz 1 BGB in vollem Umfang ausgeschlossen werden. Durfte die Gemeinschuldnerin dagegen auf die Richtigkeit dieser vom Beklagten ebenfalls abgegebenen Behauptung vertrauen, kann eine Kenntnis bzw. ein Kennen müssen i. S. d. § 179 Abs. 3 Satz 1 BGB nicht angenommen werden. In diesem Fall haftet der Beklagte als Vertreter ohne Vertretungsmacht.

c) Das ist auch sach- und interessengerecht. Nach dem Terminplan, den der Beklagte als Treuhänder noch nicht geworbener Bauherren mit der Gemeinschuldnerin als Anlage zu dem geschlossenen Werkvertrag vereinbarte, sollte mit den Bauarbeiten bereits im September 1984, also unmittelbar nach dem Vertragsschluß vom 30. August 1984, begonnen werden. Da nach dem ebenfalls vereinbarten Zahlungsplan die erste Rate der festgelegten Pauschalvergütung in Höhe von 145.000,— DM zuzüglich Mehrwertsteuer bereits nach Fertigstellung der Baustelleneinrichtung, der Erdarbeiten und der Werkplanung zur Zahlung fällig war, ging der Beklagte bewußt das Risiko ein, bei nicht rechtzeitigem Zustandekommen der Bauherrengemeinschaft als Vertreter ohne Vertretungsmacht in Anspruch genommen zu werden. Dieses Risiko hätte der Beklagte, der sich selbst um die Gewinnung von Bauherren und die Förderung des Bauvorhabens bemühte, wie dem unstreitigen Teil des Tatbestands des Berufungsurteils zu entnehmen ist, durch eine entsprechende Vertragsgestaltung ausschließen oder mindern können und müssen; das hat er unterlassen.

Demgegenüber konnte der Vertragspartner des Treuhänders, die Gemeinschuldnerin, auf die Werbung der Bauherren und die Förderung des Projekts keinerlei Einfluß nehmen. Es wäre daher unbillig, ihr das Risiko einer nicht vergüteten, aber sofort verlangten Vorleistung aufzubürden, wenn das Bauvorhaben nicht durchgeführt wird, weil sich keine oder nicht genügend Bauherren finden lassen. Eine solche Risikoverteilung würde den Interessen der Beteiligten nicht gerecht werden, zumal die Gefahr eines Scheiterns des Projekts eindeutig im Risikobereich des Beklagten lag. Dies verkennt das Berufungsgericht, nach dessen Ansicht es Sache der Auftragnehmerin, der Gemeinschuldnerin, gewesen wäre, bei Vermeidung des Ausfallrisikos eine Haftung des Beklagten ausdrücklich in den Vertrag mitaufzunehmen. Eine solche Risikoverteilung entspräche nicht der beiderseitigen Interessenlage.

d) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kann eine Haftung des Beklagten auch nicht deshalb verneint werden, weil der Treuhänder eine dem Baubetreuer entsprechende Stellung habe und im Schrifttum allgemein die Haftung des Baubetreuers für die Vergütung der am Bau Beteiligten abgelehnt werde, wenn die Bauherrengemeinschaft nicht zustande kommt und das Bauvorhaben nicht durchgeführt wird. Anders, als das Berufungsgericht meint, bejahren Locher/Koeble (Baubetreuungs- und Bauträgerrecht, 4. Aufl., Rdnr. 152) ausdrücklich eine Verpflichtung des Betreuers gemäß § 179 Abs. 1 BGB gegenüber dem Architekten und

versagen dem Betreuer nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) die Berufung auf § 179 Abs. 3 BGB (vgl. a. Werner/Pastor, Der Bauprozeß, 5. Aufl., Rdnr. 779). Scheffler (Betrieb 1982, 633) vertritt zwar die Auffassung, die gesetzliche Haftung des Baubetreuers sei gemäß § 179 Abs. 3 Satz 1 BGB ausgeschlossen, wenn der Vertragspartner wisse, daß noch keine Bauherren geworben seien. Diese Ansicht verkennt jedoch, daß bei einer entsprechenden Anwendung des Haftungstatbestandes des § 179 Abs. 1 BGB auch die in § 179 Abs. 3 Satz 1 BGB enthaltene Ausnahmeregelung nur entsprechend herangezogen werden kann. Ferner übersieht sie, daß sie im Ergebnis zu einer unbilligen Risikoverteilung führt. Diese Auffassung wird denn auch mit Recht im Schrifttum abgelehnt (vgl. Locher/Koeble aaO; ebenso Locher/König, Bauherrenmodelle in zivil- und steuerrechtlicher Sicht [1982], Rdnrs. 53, 54 und wohl auch Brych in Reithmann/Brych/Manhart, Kauf vom Bauträger und Bauherrenmodelle, 5. Aufl., Rdnr. 140 e a. E.).

e) Hält man mit dem Berufungsgericht die Vorschrift des § 179 Abs. 3 Satz 1 BGB im vorliegenden Fall für anwendbar, würde im übrigen einem Ausschluß der Vertreterhaftung der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) entgegenstehen. Der Bundesgerichtshof (BGHZ 63, 45, 49/50) hat bereits entschieden, daß diese Bestimmung nach ihrem Sinngehalt nicht angewendet werden könne, wenn jemand für eine gegründete, aber noch nicht entstandene Handelsgesellschaft auftrete. Er hat dies damit begründet, daß der Geschäftsgegner der noch nicht entstandenen Gesellschaft entgegen der für den vollmachtlosen Vertreter getroffenen Regelung weder das Recht zum Widerruf nach § 178 BGB noch die Möglichkeit habe, durch eine Aufforderung nach § 177 Abs. 2 BGB klare Verhältnisse zu schaffen. Es sei daher sachgerecht, den Gesellschaftsgründern das Risiko zuzumuten, bei Scheitern der Gesellschaft für die Vertragserfüllung eintreten zu müssen.

Bei einer nicht zustandegekommenen Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ist es ebenso. Auch hier kann der über den Sachverhalt unterrichtete Vertragspartner den Vertrag nicht gemäß § 178 BGB widerrufen. Ihm fehlt jede Möglichkeit, den Schwebezustand, der durch das Handeln des vollmachtlosen Vertreters entstanden ist, zu beseitigen. Mit Recht wird deshalb von der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte dem Vertreter einer noch nicht gebildeten Bauherrengemeinschaft die Berufung auf § 179 Abs. 3 Satz 1 BGB als mit dem Grundsatz von Treu und Glauben unvereinbar ver sagt (vgl. OLG Frankfurt BB 1984, 692; OLG Hamm BauR 1987, 592; OLG Köln WM 1987, 1081).

### 3. MRVG Art. 10 § 3 (*Kein Koppelungsverbot für den als Generalunternehmer tätigen Architekten/Ingenieur*)

Für einen gewerbsmäßig (mit Erlaubnis nach § 34 c GewO) als Generalunternehmer tätigen Architekten oder Ingenieur, der schlüsselfertige Bauten auf einem dem Erwerber vorweg zu übertragenden Grundstück errichtet, gilt das Koppelungsverbot des Art. 10 § 3 MRVG grundsätzlich nicht (im Anschluß an BGHZ 89, 240 [= MittBayNot 1984, 82]).

BGH, Urteil vom 29.9.1988 — VII ZR 94/88 —

#### *Aus dem Tatbestand:*

Im Frühjahr 1986 zog die Maklerfirma H., die damals in B. zusammen mit dem Makler S. eine Bürogemeinschaft unterhielt, in mehreren Inseraten an, daß in St. A. Einfamilienhäuser zu erwerben seien.