

des Werkvertrages nach § 313 BGB vorlag, noch konkret dazu etwas aussagt, wie es im konkreten Fall mit der Anwendung der Makler- und Bauträgerverordnung stand.

In diesen beiden Punkten versetzt die Entscheidung vielmehr den Leser in, wohl vom Urteil nicht beabsichtigte, Zweifel.

3. Die Entscheidung sagt ausdrücklich, daß das Grundstück von den Eigentümern unmittelbar zu kaufen war und daß es zum Erwerb des Grundstücks nicht mehr gekommen ist. Eine Heilung eines eventuellen Formzwangs durch vollzogene Auflassung scheidet also aus.

Die Entscheidung sagt ferner, daß der Werkunternehmer sich gewerbsmäßig als Bauträger, Generalunternehmer mit Planungsverpflichtung oder als Generalübernehmer zu der im Werkvertrag vorgesehenen schlüsselfertigen Errichtung des Hauses auf einem vom Auftraggeber zu erwerbenden Grundstück verpflichtet hat. Die Entscheidung spricht zwar davon, daß das Grundstück vorweg zu erwerben war. Dies gibt aber allein noch keinen hinreichend sicheren Schluß darauf; ob und inwieweit der Werkvertrag mit dem Grundstückserwerb in irgendeiner Weise rechtlich verknüpft war oder nicht.

Die Frage der Verknüpfung lag um so näher und wäre um so mehr zu erörtern gewesen, als nach dem Sachverhalt der Kunde sich auf ein Inserat meldete, nach dem „Einfamilienhäuser zu erwerben seien“. Wer ein Einfamilienhaus erwerben will, will in der Regel in einer Einheit Grundstück und Bauwerk erwerben, nicht ein Grundstück kaufen und einen Werkvertrag abschließen, mögen die rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten sein wie auch immer. Jedenfalls wäre hierauf einzugehen gewesen. Schließlich wären auch die Gesichtspunkte des unlauteren Wettbewerbs erörterungswürdig gewesen, gerade weil gezielt und ausdrücklich „Einfamilienhäuser“ zu erwerben waren (vgl. die Entscheidungen des LG München I und des OLG München, in diesem Heft S. 102).

Mag man die rechtliche Verknüpfung in der Leerformel sehen, daß die einzelnen Leistungen miteinander „stehen und fallen sollen“ oder sieht man die Verknüpfung richtigerweise im synallagmatischen Verhältnis oder mögen die Verträge nur im Abschluß, nicht aber im weiteren rechtlichen Schicksal voneinander abhängen (vgl. Korte DNotZ 1984, 3 ff., Lichtenberger DNotZ 1988, 531 ff.), es hätten jedenfalls alle diese Fragen erörtert werden müssen, gleich, welchen Standpunkt man auch im Ergebnis dann immer bezieht. Selbst wenn es rechtlich möglich und sachlich denkbar gewesen wäre, die Verträge rechtlich zu trennen, hätte das Urteil dazu Stellung nehmen müssen.

4. Das Urteil darf daher auf keinen Fall dazu Anlaß bieten, diese Entscheidung als Freibrief dafür zu verwerten, Werkverträge und Grundstückserwerbverträge unbedenklich voneinander zu trennen. Vielmehr bedarf es hierzu einer genauen Untersuchung, die sehr häufig nach den in der Rechtsprechung und Literatur herausgearbeiteten Grundsätzen zu einer wie auch immer gearteten Verknüpfung führen werden oder zumindest können, mag es auch nur in einer bedingungsmäßigen Abhängigkeit sein, die entsprechend zu beurkunden ist (vgl. Korte, Lichtenberger aaO). Auf keinen Fall erlaubt das Urteil den Schluß, nur deshalb, weil der BGH, aus welchen Gründen auch immer, diese Problematik nicht erörtert, nunmehr sei „getrennt alles möglich“. Es verbleibt vielmehr bei den nach wie vor bestehenden Fragen der wie auch immer gearteten rechtlichen (bedingungs-

mäßigen oder synallagmatischen) Verknüpfung. Hieran will das Urteil, auch wenn es weder im Sachverhalt, noch in der Begründung hierzu etwas aussagt, keinesfalls etwas ändern.

Bei diesen Verknüpfungsfragen ist in der Ermittlung des Willens der Beteiligten, des Sachverhaltes und der Ausgestaltung der Beurkundung äußerste Sorgfalt und äußerste Genauigkeit und Penibilität geboten; ein Mehr ist nach dem Stand der Meinungen in Rechtsprechung und Literatur und nach den Grundsätzen, daß der sicherste Weg zu begehen ist, im Zweifel stets besser als ein Weniger. Nach heutiger Rechtslage wäre auch den Gesichtspunkten des unlauteren Wettbewerbs noch mehr Aufmerksamkeit zu schenken, weil jetzt die Sanktion des § 13a UWG besteht.

5. Ebensowenig wie zu den vorstehenden Fragen nimmt das Urteil dazu Stellung, wie es nun mit der Anwendung der Makler- und Bauträgerverordnung auf derartige Verträge steht. Dies ist in Literatur und Rechtsprechung umstritten. Nach herrschender Meinung findet die Makler- und Bauträgerverordnung dann keine Anwendung, wenn der Grundstückserwerb so gestaltet ist, daß, etwa auch gesichert durch ranggerechte Auflassungsvormerkung und vor allem durch entsprechende Gestaltung der Zahlungspflichten des Käufers, die den Grundstückserwerb nicht von den Zahlungen aus dem Werkvertrag abhängig machen, der gleiche Zustand besteht, wie wenn der Werkunternehmer auf einem Grundstück des Bestellers Bauwerke errichten würde.

Handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen, so findet, was gerne übersehen wird, auf jeden Fall das Gesetz über Allgemeine Geschäftsbedingungen Anwendung, welches Voraussetzungen nur in seinem eng begrenzten Rahmen zuläßt. Auch wenn man also mit der herrschenden Meinung in diesem Fall die Anwendung der Makler- und Bauträgerverordnung verneint, so darf man darin auf keinen Fall einen Freibrief für beliebige Zahlungsmodalitäten erblicken, vielmehr ist stets das AGB-Gesetz zu beachten.

Zu bedauern ist jedenfalls, daß das Urteil auch zu dieser Frage keine Stellung nimmt, vielmehr den Eindruck erweckt, als sei unbedenklich die Makler- und Bauträgerverordnung anwendbar, was nach dem Sachverhalt zumindest zweifelhaft erscheint, jedenfalls nach herrschender Meinung.

Notar Dr. Peter Lichtenberger, München

4. EGBGB Art. 96 (Voraussetzungen für die Annahme eines Leihgedingvertrages)

Eine Grundstücksübertragung wird noch nicht allein durch eine Wohnrechtsgewährung mit Pflege- und Versorgungsverpflichtung zum Altenteilsvertrag i. S. v. Art. 96 EGBGB. (Leitsatz nicht amtlich)

BGH, Urteil vom 28.10.1988 — V ZR 60/87 —

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger und seine — im Herbst 1980 verstorbene — Ehefrau verkauften mit notariellem Vertrag vom 19. Mai 1972 ihr Hausgrundstück an die Beklagte. Als Entgelt verpflichtete sich die Beklagte zur Zahlung einer Leibrente und bestellte den Verkäufer als Gesamtgläubiger „ein Wohnrecht an ihrer bisherigen Wohnung, bestehend aus Stube, Kammer, Küche und Steinküche sowie Nebengelaß und freien Umgang in Haus und Garten“. Heizung und Beleuchtung gehörten nicht dazu. Außerdem verpflichtete sich die Beklagte, die Verkäufer in kranken Tagen zu pflegen oder pflegen zu lassen.

Der Kläger wohnt seit etwa Mitte Dezember 1980 bei den Eheleuten B.

Er hat behauptet, die Beklagte habe es trotz seiner Pflegebedürftigkeit abgelehnt, ihn nach seinem Krankenhausaufenthalt im Herbst 1980 zu betreuen. Seine Wohnung sei zudem nach einem Brand nicht mehr bewohnbar. Er verlangt die Zahlung einer Wohnwertentschädigung sowie die Erstattung ersparter Pflegekosten.

Das Landgericht hat der Klage nach Einholung eines Sachverständigengutachtens im wesentlichen stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit ihrer Revision erstrebt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage.

Aus den Gründen:

Das Urteil kann schon deswegen keinen Bestand haben, weil das Berufungsgericht keine Feststellung darüber getroffen hat, daß das Niedersächsische Ausführungsgesetz zum BGB auf das Rechtsverhältnis der Parteien überhaupt anwendbar ist.

Gemäß § 5 Nds. AGBGB gelten, soweit die Parteien nichts anderes vereinbart haben, die Vorschriften des Gesetzes über Altenteilsverträge nur für Schuldverhältnisse aus Verträgen nach Art. 96 EGBGB. Art. 96 EGBGB betrifft Leibgedings-, Leibzuchts-, Altenteils- oder Auszugsverträge, die mit der Überlassung eines Grundstücks in Verbindung stehen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats hat ein Altenteils- oder Leibgedingsvertrag im Sinne dieser Bestimmung in der Regel die Gewährung des Unterhalts zum Inhalt, wobei dem Altenteiler ein Wohnrecht an einem bestimmten Teil des überlassenen Grundstücks gewährt wird. Auf der anderen Seite soll in Verbindung damit dem Übernehmer ein Gut oder ein Grundstück überlassen werden, kraft dessen Nutzung er sich eine eigene Lebensgrundlage schaffen und gleichzeitig den dem Altenteiler geschuldeten Unterhalt gewinnen kann (BGHZ 53, 41, 43; Senatsurt. v. 3. April 1981, V ZR 55/80, NJW 1981, 2528 [= DNotZ 1982, 45] jew. m. w. N.). Der Wesenszug eines solchen Altenteils liegt in einem Nachrücken der folgenden Generation in eine die Existenz — wenigstens teilweise — begründende Wirtschaftseinheit unter Abwägung der Interessen des abziehenden Altenteilers und des nachrückenden Angehörigen der nächsten Generation. Tritt in einer schuldrechtlichen Vereinbarung demgegenüber der Charakter eines gegenseitigen Vertrages mit beiderseits gleichwertigen Leistungen in den Vordergrund, so kann im allgemeinen nicht angenommen werden, es handele sich um eine Altenteilsvereinbarung (BGHZ 53, 41, 43). Eine Grundstücksübertragung wird daher noch nicht allein durch eine Wohnrechtsgewährung mit Pflege- und Versorgungs Verpflichtung zum Altenteilsvertrag im Sinne von Art. 96 (Senatsurt. v. 4. Dezember 1981, V ZR 37/81, DNotZ 1982, 697, 698).

Die für die Annahme eines Altenteilsvertrages danach erforderlichen Voraussetzungen hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

5. BGB § 633 (Keine Gewährleistung für Verschleißerscheinungen auch bei 5jähriger Gewährleistungsfrist)

Der normale gebrauchsbedingte Verschleiß einer Werkleistung (hier: Lasuranstrich von Fenstern) stellt auch dann keinen Fehler dar, wenn er sich innerhalb der vereinbarten fünfjährigen Gewährleistungsfrist realisiert.

(Leitsatz nicht amtlich)

LG Stuttgart, Urteil vom 1.6.1987 — 27 O 148/87 — mitgeteilt von Notar Prof. Dr. Helmut Schippel, München

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Rückzahlung eines aufgrund übernommener Gewährleistungsbürgschaft auf erstes Anfordern am 15.10.1986 bezahlten Betrages in Anspruch.

Die Beklagte hatte einer Fa. K. den Auftrag erteilt, Fenster bei einem Bauvorhaben der Beklagten einzubauen; die Holzteile sollten nach dem zugrundeliegenden Leistungsverzeichnis lasiert werden. Die Klägerin übernahm für diese Arbeiten gegenüber der Beklagten eine Gewährleistungsbürgschaft „auf erstes Anfordern“ in Höhe von 33.200,— DM. Die Beklagte nahm die Arbeiten am 27.11.1981 ab. Mit Schreiben vom 4.12.1984 rügte ihr Architekt die Ablösung und Witterung des Außenanstrichs an den Holzteilen der eingebauten Fenster. Nach erfolgter — fruchtlos gebliebener — Fristsetzung zur Nachbesserung nahm die Beklagte die Klägerin aufgrund der Gewährleistungsbürgschaft in voller Höhe für die Kosten der Ersatzvornahme gerichtlich mit Erfolg in Anspruch.

Die Klägerin meint, ein Gewährleistungsfall habe nicht vorgelegen, weil die Leistung nicht mangelhaft, sondern nur — witterungsbedingt — verschlissen gewesen sei, und behauptet, Lasuranstriche müßten spätestens alle zwei Jahre erneuert werden.

Aus den Gründen:

Die Klage ist begründet.

Die Klägerin kann von der Beklagten die Rückzahlung des zurückgehaltenen — rechtsgrundlos erlangten — Betrages verlangen (§ 812 Abs. 1 S. 1 BGB).

Die Klägerin hat auf die Anforderung der Beklagten rechtsgrundlos geleistet, weil die Hauptschuld und demzufolge die Bürgschaftsverpflichtung nicht bestand (§ 767 Abs. 1 S. 1 BGB). Der Beklagten stand ein Anspruch auf Kostenvorschuß zur Nachbesserung (§ 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B, § 633 Abs. 3 BGB) nicht zu. Der Unternehmer hat seine Werkleistung mangelfrei erbracht.

Maßgeblich für die Frage, ob ein Mangel vorliegt, ist der Zeitpunkt der Abnahme. Danach können zwei Mängeltypen unterschieden werden: Der offene Mangel, bei dem der Mangeltatbestand bei Abnahme bereits vollendet ist und die Fehlerhaftigkeit offen zutage tritt, und der Mangel, der bei Abnahme lediglich (im Keim) begründet ist, während sich der volle Mangeltatbestand erst zeitlich nach Gefährübergang vollendet (vgl. *Kaiser*, Mängelhaftungsrecht der VOB/B, 5. Aufl., Rdnr. 23 c m. w. N.).

Der Mangel liegt „im Keim“ dann vor, wenn sich infolge des nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauchs ein Zustand herausbildet, der in einem kürzeren Zeitraum als vorausgesetzt diesen Gebrauch ganz oder teilweise unmöglich macht. Ein solcher „Anlage“-Mangel liegt hier nicht vor.

Fenster sind den Witterungseinflüssen ausgesetzt. Die Parteien des Werkvertrages wußten, daß diese Witterungseinflüsse den Fensteranstrich im Laufe der Zeit zerstören. Dies nahm die Beklagte auch im Rahmen des normalen witterungsbedingten Verschleißes in Kauf. Sie durfte allerdings erwarten, daß diese Abnutzung nicht schneller als üblich erfolgen würde. Sie durfte dagegen nicht erwarten, daß diese Verschleißerscheinungen sich erst nach Ablauf der vereinbarten fünfjährigen Gewährleistungsfrist zeigen würden.

Die Vernehmung des Sachverständigen und der Zeugen hat ergeben, daß es sich bei den an den Fenstern festgestellten Schäden um die witterungsbedingten Verschleißerscheinungen handelt, die bei Lasuranstrichen vor allem an der Wetterseite in dieser Art wie hier und nach einer Zeitspanne wie hier üblicherweise auftreten. Einen Lasuranstrich, der den Witterungseinflüssen länger standhält, gibt es nach der Aussage des Sachverständigen nicht. Das verwendete Material und auch die erbrachte Leistung weichen daher nicht negativ von der Sollbeschaffenheit ab.