

ses nicht gerecht. Im allgemeinen und auch im vorliegenden Falle bleibt nämlich zwischen den Kaufvertragsparteien ungeklärt, ob und in welcher Höhe der Verkäufer dem Makler zur Provisionszahlung aufgrund eines Maklervertrages verpflichtet ist. Außerdem ist eine im Verhältnis des Maklers zum Verkäufer begründete „Verkäuferprovision“ meistens deutlich geringer als die von dem Käufer im Kaufvertrag „übernommene“ Gesamtprovision. Die Verkäuferprovision beträgt im allgemeinen nur 2%, die Gesamtprovision (wie auch im vorliegenden Falle) 4 oder 5%. Vielfach bleibt der Verkäufer aber überhaupt provisionsfrei. So soll es nach der Bekundung der Zeugin K. auch im vorliegenden Falle gewesen sein. In anderen Fällen verpflichtet sich der Verkäufer, bei den Kaufverhandlungen darauf hinzuwirken, daß dem Makler von dem Käufer eine Provision eingeräumt wird. In allen diesen Fällen kommt eine Schuldübernahme nicht in Betracht. Darüber hinaus dürften die Parteien des Kaufvertrages es ohnehin für zweckmäßiger halten, eine im Kaufvertrag geregelte Provisionszahlungspflicht unabhängig von dem Verhältnis des Verkäufers zum Makler zu gestalten.

3. Daß die Klägerin die Provisionszahlung auch zur Erfüllung eines etwa zwischen ihr und dem Beklagten bestehenden Maklervertrages erbracht hätte, ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme und dem Parteivorbringen auszuschließen. Der Beklagte, der sein Recht, die Provision behalten zu dürfen, während des ersten Rechtszuges und auch noch nach den Hinweisen des Senatsbeschlusses vom 14. Mai 1984 ausschließlich aus dem Kaufvertrag hergeleitet hat, hat zwar in der Berufungsinstanz vorgetragen, die Beklagte habe sich bei der Zeugin K. sogleich im ersten Gespräch nach der Provision erkundigt und erst daraufhin seien Maklerleistungen erbracht worden; darin liege der Abschluß eines Maklervertrages. Die Zeugin K. hingegen hat über ein derartiges Telefongespräch nichts bekunden können. Nach ihrer Erinnerung ist die Frage der Provision erst im Anschluß an eine Besichtigung besprochen worden, und zwar in allgemeinen, den Kaufvertrag betreffenden Zusammenhängen, etwa im Zusammenhang mit den von der Klägerin aufzubringenden Geldmitteln und der Finanzierung. Sie meint ferner, daß der Beklagte auch ein Provisionsatz von 5% genannt worden sei, dies aber mit dem Zusatz, daß sich der Satz möglicherweise wegen der Größe des Objekts ermäßigen lasse. Die Klägerin selbst hat dazu eingeräumt, daß sie ohnehin damit gerechnet habe, Provision zahlen zu müssen, und daß sie gesagt habe, nur zur Zahlung von 3% bereit zu sein. Die Zeugin K. glaubt sich dann weiter zu erinnern, daß jedenfalls vor dem Beurkundungstermin geklärt worden sei, daß der Provisionsatz 4% betragen solle.

Allein die Tatsache, daß der vom Verkäufer eingeschaltete Makler dem Kaufinteressenten die Höhe der Provision benennt, diese unter Umständen auch nach Gegenvorstellungen des Interessenten ermäßigt, erlaubt noch nicht schlechthin und in jedem Falle die rechtliche Wertung, daß damit ein Maklervertrag geschlossen werde. Vielmehr sind Angaben über die Provision und deren Höhe auch deshalb von Bedeutung, weil der Kaufinteressent erfahren möchte, welche finanziellen Mittel er für den Grundstückserwerb insgesamt aufzubringen haben wird. So wird denn vielfach die Provisionshöhe auch deutlich in einen Zusammenhang mit den weiteren Kaufvertragsbedingungen gestellt, etwa zu sonstigen Erwerbskosten, Vermessungskosten, Übernahmeverpflichtungen und dergleichen. Daß eine in diesem Rahmen gestellte Provisionsangabe noch keinen Maklervertrag herbeiführte, ist auch in der Rechtsprechung des Bundesge-

richtshofs anerkannt (BGH WM 1981, 495, = LM § 354 HGB Nr. 7). Die Abgrenzung und Einordnung kann im Einzelfall schwierig sein. Grundsätzlich ist aber von dem Makler, der ein selbständiges Rechtsverhältnis mit dem Kaufinteressenten begründen will, zu erwarten, daß er dies dem Interessenten auch deutlich macht. Geschieht dies nicht und kann der Interessent den Umständen nach die Äußerung über die Provision und deren Höhe als eine rein tatsächliche Information über den Inhalt des noch auszuhandelnden und abzuschließenden Kaufvertrages verstehen, so müssen die daraus folgenden Rechtsnachteile den Makler selbst treffen. So hat der Beklagte im vorliegenden Fall offenbar, wie aus der Aussage der Zeugin K. hervorgeht, selbst nicht daran gedacht, mit der Klägerin einen Maklervertrag abzuschließen; dies hätte, wie die Zeugin ebenfalls bekundet hat, auch nicht seiner Übung entsprochen. Üblich war vielmehr für den Beklagten, daß er sich den Provisionsanspruch im Kaufvertrag notariell verbrieft ließ. Deshalb hat er auch in diesem Fall wie in anderen Fällen einen Maklervertrag nicht unterzeichnen lassen. Andererseits ist die Klägerin selbst, und zwar wegen der Höhe der Provision, in geschäftliche Erörterungen mit dem Kläger oder der Zeugin K. eingetreten, um eine Herabsetzung zu erreichen. Diese Verhandlungen haben nach Auffassung des Senats nicht den Erklärungswert, daß die Beteiligten daraus den Abschluß eines die Klägerin verpflichtenden Maklervertrages entnehmen konnten. Denn die der Klägerin zunächst gegebene Information über die Provision war ohne weiteres als eine Mitteilung über die allgemeinen Erwerbsbedingungen und den gewünschten Inhalt des Kaufvertrages zu verstehen. Wenn die Klägerin sich dagegen wandte und auf eine Herabsetzung des Provisionssatzes hinwirkte, wird dadurch die rechtliche Tendenz der Erörterung nicht verändert. Die Klägerin erklärte damit nicht, sich unmittelbar dem Beklagten gegenüber durch einen selbständigen Vertrag zur Bezahlung einer ermäßigten Provision verpflichten zu wollen, sondern wirkte auf eine für sie günstigere Gestaltung der Erwerbsbedingungen in bezug auf die Provisionshöhe hin. Daß sie selbst davon ausging, letztlich Provision zahlen zu müssen, beeinflußt die Rechtslage nicht. Denn für die Frage, ob ein selbständiges Vertragsverhältnis zwischen den Parteien zustande gekommen ist, kann allein der Erklärungswert ihrer Äußerungen und der begleitenden Umstände zugrundegelegt werden. Im übrigen hatte die Erwartung der Klägerin, Provision zahlen zu müssen, schließlich auch ihre Grundlage darin, daß ihr die Erwerbsbedingungen mitgeteilt waren und daß sie meinte, spätestens im Kaufvertrag mit einer entsprechenden Regelung belastet zu werden. Da ein Maklervertrag nicht zustande gekommen ist, kann der Beklagte auf ein solches Rechtsverhältnis ein Recht, die geleistete Provision (auch über den Fortbestand des Kaufvertrages hinaus) behalten zu dürfen, nicht stützen.

#### 7. BGB § 649 (Kein ordentliches Kündigungsrecht beim Bauträgerkauf)

**Der Erwerber kann den die Errichtung des Baus betreffenden Teil des Bauträgervertrags nicht nach § 649 BGB, sondern nur aus wichtigem Grund kündigen.**

BGH, Urteil vom 21.11.1985 — VII ZR 366/83 —

#### Aus dem Tatbestand:

Im Zusammenhang mit der Errichtung von insgesamt 19 Zweifamilien-Reihenhäusern in M.-S. verkaufte der Beklagte den Klägern durch

Vertrag vom 1. März 1978 ein 499 qm großes Grundstück mit der Verpflichtung, hierauf ein Reihen-Eckhaus gemäß mitbeurkundeter Beschreibung zu bauen. Außerdem verkaufte er den Klägern einen Miteigentumsanteil von 2/38 an einem zweiten Grundstück mit der weiteren Verpflichtung, dort zwei Tiefgaragenabstellplätze herzustellen. Die Vergütung für Hausgrundstück und Haus sollte gemäß beigefügtem Zahlungsplan fällig werden und einheitlich 586.000 DM betragen; die Abstellplätze sollten zusätzlich 18.000 DM kosten. Auf diese 604.000 DM haben die Kläger nach Eintragung einer zu Ihren Gunsten bewilligten Auflassungsvormerkung 351.000 DM gezahlt. Das Haus ist — von Mängeln, die unter den Parteien streitig sind, abgesehen — inzwischen weitgehend fertiggestellt. Der Beklagte ist noch Eigentümer des Hausgrundstücks.

Die von den Klägern jetzt noch behaupteten und weitere Mängel hatten sie bereits seit 1978 gerügt. Mit Schreiben vom 12. April 1979 kündigten sie den auf den Hausbau gerichteten Teil des Vertrages vom 1. März 1978 und forderten den Beklagten gleichzeitig auf, die Auflassung des Hausgrundstücks und des Miteigentumsanteils zu erklären. Zur Begründung gaben sie im wesentlichen an, daß das Haus trotz des zum 31. Oktober 1978 vereinbarten Fertigstellungstermins sich immer noch im Rohbauzustand befinde und mit Mängeln behaftet sei, die der Beklagte trotz Aufforderung hierzu nicht beseitigt habe.

In einem Parallelprozeß, dessen Ruhen zur Zeit angeordnet ist, erstreben die Kläger die Verurteilung des Beklagten zur Auflassung des Grundstücks und des Miteigentumsanteils. Mit der vorliegenden, gemäß § 926 Abs. 1 ZPO erhobenen Klage verlangen sie vom Beklagten, es bei Meidung einer Ordnungsmaßnahme (Ordnungsgeld oder -haft) zu unterlassen, in und an dem Zweifamilienhaus Bauarbeiten aller Art durchzuführen. Zur Begründung haben sie vorgetragen, daß der Beklagte trotz der Kündigung weitere Arbeiten habe ausführen lassen und daß deren Fortsetzung zu besorgen sei. Der Beklagte hat die Wirksamkeit der Kündigung geleugnet und die Ansicht vertreten, daß er zur Fertigstellung des Bauvorhabens berechtigt sei.

Landgericht und Oberlandesgericht haben der Klage stattgegeben. Die Revision des Beklagten führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

#### *Aus den Gründen:*

Das Berufungsgericht meint, daß die Kläger den Vertrag vom 1. März 1978 gemäß § 649 BGB in Verbindung mit § 651 Abs. 1 Satz 2, 2. Halbs. BGB wirksam gekündigt hätten. Das Recht zu dieser Kündigung hätten die Parteien nicht stillschweigend abbedungen. Auch der Umfang des Bauvorhabens spreche nicht für einen Ausschluß des Kündigungsrechts; die anderen Reihenhäuser seien schon seit dem Frühjahr 1979 bewohnt. Die Frage, ob eine Teilkündigung des Vertrages überhaupt möglich sei, stelle sich nicht, weil die Kläger ihn „schlechthin“ gekündigt hätten. Da die Kündigung nur für die Zukunft wirke, bleibe der Vertrag für die in der Vergangenheit erbrachten Leistungen sowie für die Übertragung des Eigentums maßgebend. Der Beklagte sei nämlich verpflichtet, den Klägern das Werk — obschon unvollendet — zu verschaffen. Auch ein Recht des Beklagten auf Mängelbeseitigung stehe der Klage — zumindest derzeit — nicht entgegen.

Damit wird das Berufungsgericht, wie die Revision zutreffend rügt, den Besonderheiten des Bauträgervertrages nicht gerecht.

I. Die bisher getroffenen Feststellungen können den Unterlassungsanspruch nicht rechtfertigen.

1. Entgegen der Ansicht der Revision ergibt sich das allerdings nicht schon daraus, daß der Beklagte noch der Eigentümer des Grundstücks ist. Zwar kann, wie der Revision zugegeben ist und worin ihr die Revisionserwiderung auch zustimmt, keine Rede davon sein, daß die Kläger den Bauträgervertrag „schlechthin“ gekündigt haben. Die Kläger haben vielmehr in ihrem Schreiben vom 12. April 1979 die Kündigung ausdrücklich auf den „Werkvertrag“ beschränkt und

gleichzeitig mit der Auflassung der Grundstücke die Erfüllung des kaufvertraglichen Teils des Bauträgervertrages gefordert. Wäre aber diese Kündigung, die sich zudem nur auf die Errichtung des Zweifamilienhauses und nicht auch auf die Herstellung der Kfz-Abstellplätze in der Tiefgarage bezieht, wirksam und könnten die Kläger außerdem die Überweisung des Hausgrundstücks verlangen, so ergäbe sich schon hieraus unmittelbar ihr Recht, dem Beklagten die weitere Ausführung der Bauarbeiten auf dem Grundstück zu untersagen.

2. Mit Recht beanstandet die Revision jedoch die Auffassung des Berufungsgerichts, der Erwerber könne den Bauträgervertrag gemäß § 649 BGB mit der Wirkung kündigen, daß der Bauträger zur Herausgabe des unvollendet gebliebenen Werks einschließlich der Überweisung des Baugrundstücks verpflichtet bleibt. Anders als beim gewöhnlichen Werklieferungsvertrag, auf den nach § 651 Abs. 1 Satz 2, 2. Halbs. BGB auch § 649 BGB anzuwenden ist, kommt beim Bauträgervertrag ein Kündigungsrecht des Erwerbers nach § 649 BGB gegenüber dem vertragstreuen Bauträger nicht in Betracht.

a) Beim Bauträgervertrag handelt es sich um einen einheitlichen Vertrag (BGHZ 74, 204, 207 [= DNotZ 1979, 741], der neben werk- und werklieferungsvertraglichen auch (soweit der Grundstückserwerb in Rede steht) kaufvertragliche Elemente sowie — je nach den Umständen des Einzelfalles — Bestandteile aus dem Auftrags- und Geschäftsbesorgungsrecht enthält (BGHZ 92, 123, 126 [= MittBayNot 1984, 179]). Dieser Vertrag ist also nicht, wie das Berufungsgericht offenbar meint, ausschließlich als Werklieferungsvertrag zu behandeln. Soweit der Senat bei der Erörterung von Ansprüchen aus dem Bauträgervertrag lediglich den Werklieferungsvertrag erwähnt hat, ging es um Fragen, die nach § 651 BGB letztlich nur aus dem Recht des Werkvertrages zu beantworten waren. Spielte dagegen die Verpflichtung zum Erwerb oder zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück eine Rolle, hat er das kaufvertragliche Element betont. So hat der Senat einerseits in gefestigter Rechtsprechung die Haftung des Bauträgers für die mangelfreie Errichtung des Bauwerks nach Werkvertragsrecht beurteilt und entsprechend entschieden, wo es — auch in Bezug auf das Grundstück — auf die Verjährung des als einheitlich zu würdigenden Vergütungsanspruchs ankam (dazu BGHZ 72, 229, 232 f [= MittBayNot 1978, 201]; 74, 273, 275; NJW 1979, 2193 [= MittBayNot 1980, 33]; 1981, 273, 274 [= DNotZ 1981, 375]; 1981, 1665, 1666). Andererseits hat er die rechtliche Abhängigkeit der werk- und kaufvertraglichen Bestandteile von einander berücksichtigt und demgemäß zur Wirksamkeit von Bauverträgen, die mit einem Grundstückserwerb verbunden werden sollten, die sonst nur für den Grundstückserwerb erforderliche notarielle Beurkundung verlangt (BGHZ 78, 346 [= MittBayNot 1980, 198 = DNotZ 1981, 115]). Unter Einbeziehung der dem Auftrags- und Geschäftsbesorgungsrecht zu entlehrenden Elemente erweist sich der Bauträgervertrag danach als Vertrag eigener Art, als Vertrag freilich, der wegen der Gestaltungsfreiheit der Beteiligten in mannigfaltigen Erscheinungen auftreten kann.

b) Diese Gestaltungsfreiheit und die Möglichkeit ihres Mißbrauchs haben zwar dazu geführt, daß der Gesetzgeber dem Bauträger mit der Makler- und Bauträgerverordnung vom 11. Juni 1975 (MaBV — BGBl I 1351) erhebliche den Schutz des Erwerbers bezweckende Sicherungspflichten auferlegte. Das mit dem Bauträgervertrag erstrebte Ziel einer wirtschaftlich nutzbaren und auch dem Erwerber nützenden

Verbindung von Bauland-Verfügbarkeit und Bebauung hat er aber auch dadurch anerkannt, daß er die Bauträger — wie andere Unternehmen der Bau- und Wohnungswirtschaft auch — vom Koppelungsverbot des Art. 10 § 3 des Mietrechtsverbesserungsgesetzes — MRVG — vom 4. November 1971 (BGBl I 1745) freistellte (BGHZ 89, 240 [= MittBayNot 1984, 82]).

c) Der Bauträgervertrag ist daher nicht nur dadurch gekennzeichnet, daß er sich aus verschiedenen in den „Einzelnen Schuldverhältnissen“ des Bürgerlichen Gesetzbuchs geregelten Vertragstypen zusammensetzt. Seine Eigenart zeigt sich auch darin, daß diese Vertragstypen — soweit sie abdingbares Recht enthalten — nur insoweit berücksichtigt werden können, wie sie mit dem auch vom Erwerber akzeptierten, im weitesten Sinne wirtschaftlichen Ziel des Bauträgervertrags vereinbar sind. Demgemäß hat der Senat schon — wenn auch mehr beiläufig — erwähnt, bei Bauträgerverträgen sei zumindest zu vermuten, daß verschiedene Bestimmungen der VOB/B (auch wenn deren Geltung uneingeschränkt „vereinbart“ worden ist) ausgeschlossen sein sollten (NJW 1983, 453, 454 [= MittBayNot 1983, 116 = DNotZ 1984, 99]).

d) Jenem wirtschaftlichen Ziel würde es zuwiderlaufen, wenn der Erwerber den bauvertraglichen Teil des Bauträgervertrages ohne wichtigen Grund, nämlich nach § 649 BGB kündigen und auf der Übereignung des Grundstücks bzw. eines Miteigentumsanteils daran bestehen könnte.

aa) Im Bauträgervertrag verpflichtet sich der Bauträger zu einer Gesamtleistung, die zu erbringen er deshalb auch grundsätzlich berechtigt ist. Grundstücksveräußerung und Bauwerkerrichtung sind für ihn in der Regel schon aus kalkulatorischen und bautechnischen Gründen untrennbar. Beide Teile des Vertrages sollen — auch seinem Vertragspartner erkennbar — ebenso wie in jenen Fällen miteinander „stehen oder fallen“, in denen diese Pflichten und Rechte in äußerlich getrennten Verträgen begründet werden sollen (vgl. BGHZ 78, 346, 349 [= MittBayNot 1980, 198 = DNotZ 1981, 115]). Dem hat der Bundesgerichtshof nicht nur im Blick auf die bereits erwähnte Beurkundungsbedürftigkeit des Bauträgervertrags Rechnung getragen. Er hat auch schon entschieden, daß bei derartigen Verträgen das Rücktrittsrecht hinsichtlich der verbundenen Rechtsgeschäfte grundsätzlich nur einheitlich ausgeübt werden kann (NJW 1976, 1931, 1932).

bb) Hier kann offenbleiben, ob im Einzelfall nur die Lage des anders nicht erhältlichen Grundstücks, die angebotene Qualität der Bauleistung oder beides in Verbindung mit einem günstigen Preis den Bauträgervertrag für den Erwerber attraktiv erscheinen lassen. Dieser weiß jedenfalls, daß er das Grundstück (bzw. den Miteigentumsanteil daran) nur dann bekommen kann, wenn er sich mit der Errichtung des Bauwerks gerade durch den als Bauherrn gewerbsmäßig tätig werdenden Bauträger (§ 34 c Abs. 1 Nr. 2 a GewO) einverstanden erklärt. Ebenso wie der Bauträger geht er daher bei Vertragsschluß davon aus, daß der Bauträgervertrag einheitlich abgewickelt wird (vgl. BGH NJW 1984, 869, 870). Das schließt die freie Kündigung schlechthin aus.

cc) Danach kommt es nicht mehr darauf an, ob und in welchem Umfang die berechtigten Interessen des vertragstreuen Bauträgers dadurch gewahrt sein könnten, daß der Erwerber ihm bei Zulässigkeit der freien Kündigung nach § 649 Satz 2 BGB die vereinbarte Vergütung schulden würde und der Bauträger sich hierauf nur dasjenige anrechnen lassen

müßte, was er infolge der Aufhebung der Bauverpflichtung an Aufwendungen ersparen könnte. Ist das Recht zur freien Kündigung der Bauleistung mit der Eigenart des Bauträgervertrages von vornherein unvereinbar, kann sich diese Frage nicht mehr stellen.

II. Aus den Erwägungen des Berufungsgerichts kann das angefochtene Urteil danach nicht gehalten werden. Ob es sich aus anderen Gründen letztlich als richtig darstellt, bedarf noch der Sachaufklärung.

1. Die Regel, daß der Bauträgervertrag einheitlich abzuwickeln ist, verlangt eine Ausnahme dann, wenn der Bauträger dem Erwerber einen wichtigen Grund zur Kündigung der Bauleistung gibt. Dann kann es geboten sein, dem Erwerber sowohl das Recht zur Kündigung zu gewähren als auch den Anspruch auf Übereignung des Grundstücks (bzw. des Miteigentumsanteils daran) zu belassen.

a) Für den Bauträgervertrag ist charakteristisch, daß der Bauträger die Verträge mit den am Bau Beteiligten zwar in eigenem Namen und für eigene Rechnung schließt, daß er von den Erwerbern die vereinbarte Vergütung jedoch schon vor Verschaffung des Eigentums, zu einem erheblichen Teil schon nach Beginn der Erdarbeiten, im übrigen in vom Baufortschritt abhängigen Raten verlangt. Wegen der hiernach möglichen Vermögensschädigung des Erwerbers hat der Bauträger, wie schon erwähnt, bestimmte Sicherungspflichten. Kernstück dieser Pflichten ist, daß der Erwerber die vom Baufortschritt abhängigen Raten erst zu zahlen braucht, wenn zu seinen Gunsten eine Auflassungsvormerkung eingetragen worden ist, und daß der Bauträger sich ein vertragliches Rücktrittsrecht nicht vorbehalten darf (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 bzw. Nr. 1 MaBV; vgl. dazu Senatsurteil NJW 1985, 438 [= MittBayNot 1985, 17 = DNotZ 1985, 301]).

b) Dieses System der Erwerbssicherung geht davon aus, daß mit der Eintragung der Auflassungsvormerkung die Ansprüche des Erwerbers nicht mehr beeinträchtigt werden können und er damit insbesondere auch im Falle des steckengebliebenen Baues, z. B. beim Konkurs des Bauträgers, hinreichend gesichert ist. Demgemäß hat der Gesetzgeber durch Einfügung des Satzes 2 in § 24 KO klargestellt, daß der Erwerber von dem Konkursverwalter die Übertragung des Eigentums an dem Grundstück auch dann verlangen kann, wenn dieser es nach § 17 KO ablehnt, den Vertrag zu erfüllen (BGHZ 79, 103, 109 [= DNotZ 1981, 556]). Im Konkurs des Bauträgers führt mithin die Weigerung des Konkursverwalters, das Bauwerk fertigzustellen, nicht dazu, daß der Erwerber auf einen — ungesicherten — Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung verwiesen werden kann. Dies gilt vielmehr nur für den Teil des Vertrages, der die Bauleistung betrifft (vgl. auch BGHZ 68, 379, 382). Der Anspruch auf Übereignung des Grundstücks wird hingegen von der Erfüllungsablehnung nicht berührt. Der Erwerber kann unter Anrechnung seiner für das Grundstück und das bis dahin erstellte Bauwerk geleisteten Zahlungen die Übereignung verlangen. Der einheitliche Vertrag wird damit aufgeteilt; der Grundstücksübereignungsanspruch wird von dem durch die Erfüllungsablehnung für die Zukunft erledigten Anspruch auf Fertigstellung des Bauwerks gelöst.

c) Das ist auch dann sachgerecht, wenn der Bauträger dem Erwerber Veranlassung gibt, den auf die Bauleistung bezogenen Teil des Bauträgervertrages aus wichtigem Grund zu kündigen. Das Interesse des Bauträgers, die von ihm angebotene Bauleistung vollständig erbringen zu können, ist in

einem solchen Falle nicht mehr schutzwürdig. Dann ist vielmehr das Interesse des vertragstreuen Erwerbers vorrangig, der seinen Anspruch auf Übereignung des Grundstücks behalten darf, und zwar auch, weil er andernfalls die Sicherheit verlieren würde, die ihm die Vormerkung für die bisher geleisteten Ratenzahlungen bietet.

Die Vormerkung soll den Erwerber so stellen, als ob das Bauwerk auf einem ihm bereits gehörenden Grundstück errichtet würde. Was auf dem Grundstück gebaut wird, soll wirtschaftlich — weil von ihm bereits bezahlt — dem Erwerber zuwachsen. Dieser Zweck würde vereitelt werden, wenn die Kündigung der Bauleistung aus wichtigem Grunde ausgeschlossen und nur ein Rücktritt vom ganzen Vertrag zulässig wäre. Denn mit dem Wegfall des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs auf Auflassung entfielen die Wirkung der Vormerkung und damit deren Sicherungsfunktion hinsichtlich der schon gezahlten Raten. Gegenüber dem Grundbuchberichtigungsanspruch des Bauträgers bliebe dem Erwerber zwar noch ein Zurückbehaltungsrecht; gegenüber Dritten, deren Rechte durch die gegenstandslos gewordene Vormerkung beeinträchtigt werden, könnte er sich aber nicht einmal darauf berufen. Der Erwerber wäre damit auf einen — möglicherweise unsicheren — schuldrechtlichen Rückzahlungsanspruch angewiesen (vgl. auch *Schmidt*, MittBayNot 1977, 155, 162).

2. Wann der Erwerber die Bauleistung aus wichtigem Grund kündigen kann und seinen Anspruch auf Übereignung des Grundstücks gleichwohl behält, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab und ist überwiegend vom Tatrichter zu entscheiden. Steht — wie hier — die Errichtung eines Reihen-Eckhauses in Rede und können die Bauarbeiten auf den anderen Grundstücken offenbar ohne nennenswerte Beeinträchtigung fortgeführt werden, sind an die Voraussetzungen, unter denen die Kündigung aus wichtigem Grund zulässig ist, geringere Anforderungen zu stellen als etwa in Fällen, in denen die Kündigung zur Stilllegung des gesamten Bauvorhabens führen könnte und in denen deshalb möglicherweise nur die Kündigung durch die Mehrheit der Erwerber in Betracht kommt.

3. Ob die Kläger zur Kündigung aus wichtigem Grund berechtigt waren, hat das Berufungsgericht bisher nicht geprüft. Da sie „fristlos“ gekündigt haben, wird diese Prüfung nachzuholen sein.

8. BGB §§ 633 Abs. 2, 398, 413 (*Zur Abtretbarkeit des Nachbesserungsanspruchs beim Bauträgervertrag*)

**Zur Abtretbarkeit des dem Besteller eines Werkvertrags wegen eines Werkmangels zustehenden Anspruchs auf Nachbesserung.**

BGH, Urteil vom 24.10.1985 — VII ZR 31/85 —

*Aus dem Tatbestand:*

Mit „Grundstückskaufvertrag“ vom 16. September 1980 veräußerte die Klägerin an die Eheleute S. (Sohn und Schwiegertochter des Beklagten) ein Grundstück mit einem darauf zu errichtenden Zweifamilien-Wohnhaus. In § 4 des Vertrags, den die Klägerin auch bei der Veräußerung anderer Grundstücke verwendete, wurde u. a. vereinbart, daß dem „Käufer“ Gewährleistungsansprüche gegenüber der „Verkäuferin“ nur gemäß § 13 VOB/B zustehen sollen.

Nach Fertigstellung des Hauses — im Sommer 1982 — einigte sich die Klägerin mit den Eheleuten S. dahin, daß ihr noch eine Restforderung in Höhe von 50.000 DM zustehen, ein Betrag von 20.000 DM sofort bezahlt und für den nach Mängelbeseitigung zu zahlenden Restbetrag von 30.000 DM eine Bankbürgschaft gestellt werden sollte. Da

die Eheleute S. die Bürgschaft nicht beibringen konnten, unterzeichnete der Beklagte am 28. Juli 1982 eine als „Schuldversprechen“ überschriebene Urkunde, in der er erklärte, der Klägerin einen Betrag von 30.000 DM zu schulden.

Mit Schreiben vom 19. August 1982 forderte der Sohn des Beklagten die Klägerin unter Setzung einer „letzten“ Frist bis 23. August 1982 zur Mängelbeseitigung auf und erteilte der Klägerin nach Ablauf der Frist „Haus- und Grundstücksverbot“. Am 20. April 1983 traten die Eheleute S. ihre „Forderung auf Zahlung des Nachbesserungsaufwandes“ und ihre „Forderungen auf Schadensersatz“ gegen die Klägerin an den Beklagten ab. In einer als „Klarstellung und Neuabtretung“ bezeichneten Urkunde vom 24. Oktober 1984 „erneuerten“ sie diese Abtretung und erklärten, die Abtretung erstrecke sich auf „alle Ansprüche auf Erfüllung, Nachbesserung, Mängelbeseitigung, Gewährleistung oder Schadensersatz“, die Ihnen gegen die Klägerin zustünden.

Der Beklagte zahlte an die Klägerin lediglich 20.000 DM. Mit der Klage fordert die Klägerin daher Zahlung von 10.000 DM nebst Zinsen. Das Landgericht hat den Beklagten, der mit ihm von den Eheleuten S. abgetretenen Ansprüchen auf Ersatz des Nachbesserungsaufwandes und Schadensersatz aufgerechnet hat, zur Zahlung von 3.400 DM nebst Zinsen verurteilt. Das Oberlandesgericht hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben. Die Revision des Beklagten führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

*Aus den Gründen:*

I. ...

II. 1. Das Berufungsgericht nimmt mit Recht an, daß etwaige Gewährleistungsansprüche der Eheleute S. gegen die Klägerin nicht verjährt sind. Die in § 4 des zwischen den Eheleuten S. und der Klägerin abgeschlossenen „Grundstückkaufvertrags“ enthaltene Verweisung lediglich auf § 13 VOB/B stellt eine unzulässige Verkürzung der gesetzlichen Gewährleistungsfristen durch Allgemeine Geschäftsbedingungen dar. Eine solche Klausel ist gemäß § 11 Nr. 10 f) AGBG unwirksam (vgl. Senatsurteil vom 10. Oktober 1985 — VII ZR 325/84 [= MittBayNot 1985, 250], zum Abdruck in BGHZ bestimmt).

2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hat der Beklagte durch die von den Eheleuten S. am 20. April 1983 erklärte Abtretung Nachbesserungsansprüche gegen die Klägerin erworben.

a) Das Schrifttum hält den Nachbesserungsanspruch des Bestellers eines Werkvertrags allgemein für abtretbar (vgl. *Brych* NJW 1973, 1583, 1588; *Daub/Piel/Soergel/Steffani*, Kom. zur VOB/B, ErlZB 13.378; *Deckert*, Baumängel am Gemeinschaftseigentum der Eigentumswohnung, 2. Aufl., S. 227; *Derleder* in AK BGB, vor §§ 633 ff. Rdnr. 4; *Fritz*, Haftungsfreizeichnung im Bauträger- und Architektenvertrag nach dem AGBG, S. 80; *Glanzmann* in BGB-RGRK, 12. Aufl., § 633 Rdnr. 24; *Gross* NJW 1971, 648; ders. BauR 1972, 325, 328; ders. BauR 1975, 12; *Heiermann/Riedl/Schwaab*, VOB, 3. Aufl., Einführung zu B § 13 Rdnr. 10; *Ingenstau/Korbion*, VOB, 10. Aufl., B § 13 Rdnr. 24; *Korbion/Hochstein*, Der VOB-Vertrag, 3. Aufl., Rdnr. 188; *Locher*, Das private Baurecht, 3. Aufl., Rdnr. 46; *Locher/Koebke*, Baubetreuungs- und Bauträgerrecht, 4. Aufl., Rdnr. 313; *Ohmen* MittRhNot 1973, 401, 418; ders. DNotZ 1975, 344, 347; *Reithmann/Brych/Manhart*, Kauf vom Bauträger und Bauherrenmodelle, 5. Aufl. Rdnrn. 96, 99, 108; *Riedler* Betrieb 1976, 853, 855; *F. Schmidt* MittBayNot 1977, 155, 167; *Soergel* in MünchKomm, BGB, § 633 Rdnr. 90; *Soergel/Mühl*, BGB, 11. Aufl., § 633 Rdnr. 28; *Werner/Pastor*, Der Bauprozess, 4. Aufl., Rdnr. 1548; vgl. auch *Schwenzer* AcP 182, 214, 221; *Seetzen* AcP 169, 352, 370/371).

Der Bundesgerichtshof geht ebenfalls davon aus, daß der Nachbesserungsanspruch gemäß § 633 Abs. 2 BGB abgetre-