

DR. JUR. KLAUS-R. WAGNER
Rechtsanwalt u. Notar · Fachanwalt für Steuerrecht

Lessingstraße 10
65189 Wiesbaden
Telefon (06 11) 3 92 04/5
Telefax (06 11) 30 72 51
Handy (01 71) 3 55 66 44
<http://www.raun-wagner.de>
K.-R.Wagner@t-online.de

**Der Bauträgervertrag im Spätstadium oder
Der schwierige Austausch von Geld, Land und Steinen
- Die Sichtweisen des Verbraucher-Bestellers -**

*Dr. Klaus – R. WAGNER, Wiesbaden**
Rechtsanwalt und Notar • Fachanwalt für Steuerrecht

Stand: 27.10.2003

als Rechtsanwalt in folgenden Rechtsbereichen tätig: öffentliches und privates Baurecht;
Amtshaftungsrecht; Gewerblicher Rechtsschutz; Gesellschaftsrecht; Grundstücks- und Immobilienrecht;
Kapitalanlagerecht; Mitarbeiterbeteiligungsrecht; Steuerrechtsprozeßrecht; Verfassungsrecht
als Rechtsanwalt Mitglied in EUROJURIS Deutschland e. V., ein Verband deutscher Rechtsanwaltskanzleien
dieser Mitglied in EUROJURIS International (EWIV), Brüssel
Sprechstunden nur nach Vereinbarung · Bürostunden Montag bis Freitag 9.00 bis 17.00 Uhr
Wiesbadener Volksbank (BLZ 510 900 00) Konto-Nr. 234 710 (Rechtsanwalt) · Konto-Nr. 253 200 (Notar)

Literaturhinweise

- Barth* Zur Praxistauglichkeit gesetzlicher und vertraglicher Sicherheiten im Baurecht, ZfIR 2000, 235
- Basty* Das Freigabeversprechen nach der Makler- und Bauträgerverordnung, DNotZ 1992, 131
- Basty* Pflichten des Globalgläubigers nach Aufhebung des Bauträgervertrages, MittBayNot 2000, 507
- Basty* Aktuelle Fragen zur Bürgschaft nach § 7 MaBV – Zugleich Anmerkungen zum Beschluss BGH v. 2.5.2002 – VII ZR 178/01, DNotZ 2002, 567
- Basty* Verbraucherschutz im Bauträgervertrag: Eigenheimerwerb ohne Risiko? DNotZ 2002, 567
- Basty* Der Bauträgervertrag, 4. Aufl. 2002
- Basty* Der Bauträgervertrag, 4. Aufl. 2002, Aktuelle Ergänzungen zur 4. Aufl. 2002
- Bergmeister/Reiß* MaBV für Bauträger, 4. Aufl. 2003
- Blank* Aktuelle Probleme der Bürgschaft in der Makler- und Bauträgerverordnung, in: Thode / Uechtritz / Wochner, Immobilienrecht 2000, RWS 2001, Seite 175
- Blank* Bürgschaft im Bauträgervertrag, ZfIR 2001, 785
- Blank* Bauträgervertrag, 2. Aufl. 2002
- Boergen* „Vermischungsverbot“ von Sicherheiten gem. §§ 3 und 7 MaBV? NJW 2000, 251
- Brandhofer* Haftung der Bank wegen vorschriftswidriger Formulierung der Bürgschaftsurkunde gemäß § 7 MaBV? NZBau 2002, 305
- Brych/Pause* Bauträgerkauf und Baumodelle, 3. Aufl. 1999
- Bundesnotarkammer* Muster eines Freigabeversprechens i.S. von § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 MaBV, DNotZ 2002, 402
- Ewenz* Der Sicherungszweck der Bürgschaft nach § 7 MaBV, ZfIR 2000, 8
- Fabis* Rechtliche Grenzen der Vorlagesperre im Bauträgervertrag, ZfIR 2002, 177
- Fischer* Reichweite der Bürgschaften nach der Makler- und Bauträgerverordnung, WM 2003, 1

<i>Freckmann</i>	Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Sicherungsumfang einer Bürgschaft nach § 7 MaBV, BKR 2003, 399
<i>Greiner</i>	Mängel am Gemeinschaftseigentum und Aufrechnung einzelner Erwerber gegen Restforderungen des Bauträgers, ZfBR 2001, 439
<i>Groß</i>	Die Geltendmachung von Mängelansprüchen am Gemeinschaftseigentum, BTR 2003, 217
<i>Grziwotz</i>	Bauträgervertrag ohne Verbraucherschutz? ZfIR 2002, 91
<i>Häublein</i>	Gestaltungsprobleme im Zusammenhang mit der abschnittswisen Errichtung von Wohnungseigentumsanlagen, DNotZ 2000, 442
<i>Häublein</i>	Die Gestaltung der Abnahme gemeinschaftlichen Eigentums beim Erwerb neu errichteter Eigentumswohnungen, DNotZ 2002, 608
<i>Heinrichs</i>	Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen durch Auslegung Erweiterung des Anwendungsbereichs der Inhaltskontrolle, NJW 1995, 153
<i>Hertwig/Zellnig</i>	Zur Problematik von Abschlagszahlungsvereinbarungen in Bauträgerverträgen, DStR 2002, 225
<i>v. Heymann/Wagner/Rösler</i>	MaBV für Notare und Kreditinstitute, 2000
<i>Hildebrandt</i>	Folgen einer unwirksamen Sicherungsabrede im Bauvertrag, ZfIR 2002, 872
<i>Hildebrandt</i>	Die rechtliche Einordnung des Bauträgervertrages nach der Schuldrechtsmodernisierung: Kaufvertrag, ZfIR 2003, 489
<i>Hildebrandt</i>	Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums vom Bauträger nach der Schuldrechtsreform, BTR 2003, 211
<i>Karczewski/Vogel</i>	Abschlagszahlungspläne im Generalübernehmer- und Bauträgervertrag, BauR 2001, 859
<i>Kaufmann</i>	Die Verpflichtung aus Bürgschaften nach § 7 der Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV) – Rechtsfragen zu Begründung, Umfang und Erlöschen unter Berücksichtigung der Schuldrechtsreform, BauR 2002, 997
<i>Keim</i>	Die notarielle Vorlagesperre – Begründung einer Vorleistungspflicht oder Sicherungsinstrument im Rahmen einer Zug-um-Zug-Abwicklung? MittBayNot 2003, 21
<i>Kniffka</i>	Die Neuregelungen im Werkvertragsrecht: Neue Unklarheiten für die Praxis, in: Thode / Uechtritz / Wochner, Immobilienrecht 2000, RWS 2001, Seite 231
<i>Kniffka</i>	IBR-Online-Kommentar Bauvertragsrechts, Stand 08.08.2003

<i>Kunze</i>	Der Umfang der Bürgschaft nach § 7 MaBV, ZfIR 2003, 540
<i>Litzenburger</i>	Das neue Schuldrecht und der Bauträgervertrag, RNotZ 2002, 23
<i>Marcks</i>	MaBV, 7. Aufl. 2003
<i>Niemöller</i>	Abnahme und Abnahmefiktionen nach dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen, BauR 2001, 481
<i>Ott</i>	Die Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf Bauträgerverträge und andere aktuelle Fragen des Bauträgerrechts, NZBau 2003, 233
<i>Pause</i>	Verstoßen Zahlungspläne gem. § 3 II MaBV gegen geltendes Recht? NZBau 2001, 181
<i>Pause</i>	Auswirkungen der Schuldrechtsmodernisierung auf den Bauträgervertrag, NZBau 2002, 648
<i>Peters</i>	Das Baurecht im modernisierten Schuldrecht, NZBau 2002, 113
<i>Preussner</i>	Das neue Werkvertragsrecht im BGB 2002, BauR 2003, 231
<i>Rapp</i>	Bauträgervertrag und Abschlagszahlungen, MittBayNot 2001, 145
<i>Rathjen</i>	Abnahme und Sicherheitsleistung beim Bauvertrag, BauR 2002, 242
<i>Riemenschneider</i>	Ausgewählte Probleme zur Bürgschaft gemäß § 7 MaBV, ZfIR 2002, 949
<i>Rodemann</i>	§ 632a BGB: Regelungsbedarf für Unternehmer, BauR 2002, 863
<i>Schmid</i>	Die vorrangige Grundschuld und die sich daraus ergebenden Probleme des Bauträgerkäufers, BauR 2000, 971
<i>Sienz</i>	Die Neuregelung im Werkvertragsrecht nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BauR 2002, 181
<i>Staudinger</i>	Der Bauträgervertrag auf dem Prüfstand des Gemeinschaftsrechts, DNotZ 2002, 166
<i>Thode</i>	Werkleistung und Erfüllung im Bau- und Architektenvertrag, ZfBR 1999, 116
<i>Thode</i>	Erfüllungs- und Gewährleistungssicherheiten in innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Bauverträgen, ZfIR 2000, 165
<i>Thode</i>	Bauträgervertrag – Gestaltungsfreiheit im Rahmen der neuen Gesetzgebung und Rechtsprechung, in: Thode/Uechtritz/Wochner, Immobilienrecht 2000, RWS 2001, Seite 267
<i>Thode</i>	Rechtssicherheit für den Bauträgervertrag – eine Phantasmagorie, ZfIR 2001, 345

- Thode* Aktuelle höchstrichterliche Rechtsprechung zur Sicherungsabrede in Bauverträgen, ZfBR 2002, 4
- Thode* Die wichtigsten Änderungen im BGB-Werkvertragsrecht: Schuldrechtsmodernisierung und erste Probleme, NZBau 2002, 297 und 360
- Thode/Quack* Abnahme und Gewährleistung im Bau- und Bauträgervertrag, 2003
- Vogel* Das magische Dreieck – die Freigabeerklärung der Globalbank und der Schutz des Erwerbers in der Bauträgerinsolvenz -, BauR 1999, 992
- Vogel* BGH: Neue Urteile zur MaBV Bürgschaft, BTR 2002, 2
- Vollrath* Neuestes zum Bürgschaftsinhalt nach § 7 MaBV – Zugleich Anmerkung zum Vorlagebeschluss des BGH an den EuGH vom 2.5.2002 – VII ZR 178/01, MittBayNot 2002, 254
- Voppel* Abschlagszahlungen im Baurecht und § 632a BGB, BauR 2001, 1165
- Voppel* Das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts und das Leistungsstörungsrecht beim Werkvertrag, BauR 2002, 843
- Wagner* MaBV in der notariellen Praxis, ZNotP 2000, 461
- Wagner* Bauträgervertrag am Ende? WM 2001, 718
- Wagner* „Ratenzahlungs“-Vereinbarungen in Bauträgerverträgen nach der Entscheidung des BGH vom 22.12.2000, ZfBR 2001, 262
- Wagner* Wie rechtssicher ist die nachträgliche Absenkung des Verbraucherschutzes in Bauträgerverträgen? BauR 2001, 1313
- Wagner* Zukunft des Bauträgervertrages, ZfIR 2001, Sonderbeilage zu Heft 10
- Wagner* Die europarechtliche Seite des Bauträgervertrages, ZNotP 2002, Beilage zu Heft 7
- Wagner* Kommentierung Werkvertrag (§§ 631 – 651 BGB), in: Henssler/Graf von Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, 2. Aufl. 2003
- Wagner/Loritz* Konzeptionshandbuch der steuerorientierten Kapitalanlage, Bd. 1, 2. Aufl. 1997
- Weis/Rösler* Das Wahlrecht der finanzierenden Bank im Rahmen der Freistellungsverpflichtungserklärung nach § 3 MaBV, ZIP 2002, 1520

Inhalt

I.	Einleitung	9
II.	Europarecht	10
III.	Amtspflichten von Notaren, Europarecht gegen nationales Recht durchzusetzen	13
IV.	Allgemeine Amtspflichten von Notaren	14
V.	Geld	15
1.	Die Bezugsfertigungsrate	15
a)	Bezugsfertigkeit – Abnahmefähigkeit – Fertigstellung – Erfüllung	20
a1)	Bezugsfertigkeit	20
a2)	Abnahmefähigkeit	21
a3)	Fertigstellung	22
a4)	Erfüllung	27
b)	Exemplarische Abhandlung des Rechts auf Abschlagszahlung beim Bauträgervertrag an Hand der Bezugsfertigungsrate	27
b1)	Verstößt die Regelung hinsichtlich der Bezugsfertigungs-Rate bei einem „MaBV-Vertrag“ gegen sich aus dem Europarecht oder dem deutschen Recht ergebende Verbraucherschutzbestimmungen?	31
b1.1)	Nationales Recht	32
b1.1.1)	§ 632a Satz 1 BGB	32
b1.1.2)	§ 632a Satz 3 BGB	34
b1.2)	Gemeinschaftsrecht	36
b2)	Andere Lösungen: Zahlungsabwicklungen über Notaranderkonto? Spätere individualvertragliche Regelung der Parteien bei vorgezogener Auflassungserklärung? Weitere Sicherheiten für den Käufer?	38
b2.1)	Zahlungsabwicklung über Notaranderkonto?	38
b2.2)	Alternative: Spätere individualvertragliche Vereinbarung eines vorgezogenen Eigentumsübergangs	42
2.	Abnahme	42
a)	Abnahme/Abnahmefähigkeit – Fertigstellung	42
b)	Probleme der Abnahme von „Gemeinschaftseigentum“	43
b1)	Bisherige Rechtslage	43
b2)	Neue Rechtslage	44
b2.1)	Das Gebäude	45
b2.2)	Rechtsbeziehungen des Bauträgers und der Besteller untereinander bezüglich der Errichtung des Gesamtbauvorhabens und der einzelnen Wohnungen	46
b2.3)	Das Eigentum	46
b2.4)	Fazit	47
3.	Die Fertigstellungsrate	48
a)	Gibt es einen Anspruch des Bauträgers auf „Fertigstellungsbestätigung“?	50
b)	Hat eine Fertigstellung nach Abnahme Folgen für die Dauer der Gewährleistung?	51

VI.	Land	52
	1. Eigentumsübergang trotz nicht vollständiger Kaufpreiszahlung	52
	a) Zurückbehaltungsrecht (§ 320 Abs. 2 BGB)	52
	b) Schadensersatz statt (Teil)Leistung	55
	b1) Schadensersatz wegen Mängeln „im Sondereigentum“	55
	b2) Schadensersatz wegen Mängeln „im Gemeinschaftseigentum“	56
	c) Teilkündigung aus wichtigem Grund	57
	c1) Bisherige Rechtslage	57
	c2) Neues Recht	57
	2. Die Globalgrundschuld	59
	a) Die Globalgrundschuld als „Aufrechnungssperre“ trotz berechnigte Gegenansprüche des Käufers	59
	a1) Rechtsverhältnis Bauträger und Besteller	60
	a2) Rechtsverhältnis Kreditinstitut (Globalgrundpfandgläubiger) und Besteller	62
	b) Muss der Käufer das, was er aufgrund der Bürgschaft mit der einen Hand bekommt, mit der anderen wieder an die Globalbank zurückgeben, um das Grundstück lastenfrei zu erhalten?	65
VII.	Steine	67
	1. Mängelansprüche betreffend das Gemeinschaftseigentum	67
	a) Rechtsprechung des BGH	67
	b) Überdenken der Rechtsprechung des BGH aus Anlaß des § 638 Abs. 2 BGB	68
	2. Inanspruchnahme von Bürgschaften wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum	71
	a) Die fatale „Gemeinschaftsbezogenheit“	71
	b) Welche Kategorien von Bürgschaften gibt es?	72
	b1) Die „echte“ 7er-Bürgschaft	72
	b1.1) Ausgelegte Bürgschaft entspricht nicht den Vorgaben des § 7 MaBV	76
	b1.2) Sicherungsvereinbarung weicht von Vorgaben des § 7 MaBV ab	77
	b1.2.1) Der Besteller hat in Unkenntnis dessen schon an den Bauträger vorausgezahlt	77
	b1.2.2) Der Besteller hat in Unkenntnis dessen an den Bauträger noch nicht vorausgezahlt	78
	b2) Die Vorauszahlungsbürgschaft	78
	3. Die Fertigstellung des Bauvorhabens und die Pflicht zur Rückgabe von Bürgschaften	79
VIII.	Fazit	79
	Anlage A	80
	(Bauträgervertrag Geschosswohnungsbau – Sicherheitsleistung Notaranderkonto)	80
	I. Vorbemerkung	81
	II. Bauträgervertrag	83
	§ 1 Vertragsgegenstand	83
	§ 2 Auflassungsvormerkung	84
	§ 3 Herstellungsverpflichtung des Bauträgers	84
	§ 4 Abnahme	85

§ 5	Übergabe/Besitzübergang	86
§ 6	Eigentum	86
§ 7	Mängel	87
§ 8	Pauschalpreis, Fälligkeit, Abschläge	87
§ 9	Sicherheiten	89
§ 10	Finanzierung	90
III.	Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV)	91
§ 11	Belehrungen	91
§ 12	§ 7 MaBV	92
IV.	Vollzug, Belehrungen und Sonstiges	92
§ 13	Abwicklung, Vollmachten	92
§ 14	Belehrungen	93
§ 15	Streitbeilegung	94
§ 16	Schriftformklausel	95
§ 17	Schlußbestimmungen	95
§ 18	Kosten und Abschriften	95

Autoren sind geneigt, ihre Rechtsauffassung darzustellen und andere Meinungen als unzutreffend zu bezeichnen. Richter bzw. Gerichte treffen Entscheidungen und geben mit den Entscheidungsgründen Gesetzesrecht u.U. einen weitergehenden Inhalt oder schaffen mittels Richterrecht neues Recht, mitunter mit Rückwirkung. Notare sind nicht gehalten, per notariellen Urkunden ihre Rechtsauffassung durchzusetzen, sondern sich im Interesse der Beteiligten an dem für diese sichersten und zweckmäßigsten Weg zu orientieren. Der Anwalt dagegen hat auszuloten, welche Möglichkeiten gegeben sein könnten, den Interessen seines Mandanten zum Erfolg zu verhelfen und zwar unter Berücksichtigung oft nicht einheitlicher Rechtsprechung, ungeklärter bzw. im Fluß befindlicher Rechtsfragen und eines eventuellen Meinungsstreites im Fachschrifttum.

Vor diesem Hintergrund soll nachfolgend aus dem Blickwinkel eines Rechtsanwaltes eines Verbraucher-Bestellers hinterfragt werden, welche Rechtsstandpunkte aufgrund welcher Gründe mit Augenmaß bei einem Bauträgervertrag für einen Verbraucher-Besteller von Bedeutung sein könnten. Die anderen vorgenannten Personengruppen werden zwar angesprochen, nicht aber ihr Blickwinkel zum Ausgangspunkt der nachfolgenden Betrachtungen gemacht.

Und in Anlage A wird der Versuch unternommen, mittels eines Vertragsmusters zur Diskussion zu stellen, wie die hier vertretene Rechtsauffassung in Form eines Bauträgervertrages aussehen könnte.

I. Einleitung

- 1 Mit „Bauträgervertrag im Spätstadium“ ist der Zeitraum um die Bezugsfertigkeit herum gemeint. Die hier auftretenden Fragen und Probleme zu beleuchten, ist Ziel dieses Beitrages. Dabei wird die Sichtweise des Verbraucher-Bestellers eingenommen, dies aus 3 Gründen:
- 2 (1) Damit bei der Vertragsgestaltung diese Sichtweise berücksichtigt werden kann.
- 3 (2) Um dem Verbraucher-Besteller bzw. dessen Berater zu verdeutlichen, welche Rechte ein Verbraucher-Besteller geltend machen kann bzw. wo für ihn besser Vorsicht angezeigt ist.
- 4 (3) Um dem Bauträger bzw. dessen Berater zu verdeutlichen, worauf er sich einzustellen hat bzw. wo Unsicherheit besteht.
- 5 Fragen stellen sich um den Zeitraum der Bezugsfertigkeit herum in den 3 Bereichen der Zahlungsabwicklung, Eigentumsverschaffung und Bauerrichtung.
- 6 Es wird deutlich werden, dass viele nachfolgend angesprochenen Probleme des klassischen Bauträgervertrages damit zusammenhängen, dass die Eigentumsumschreibung erst mit Fertigstellung¹⁾ und dann erfolgter vollständiger Zahlung des Geschuldeten erfolgt, während der Besteller zuvor bereits (voraus)bezahlt und doch im Gegenzuge nicht sofort etwas erhält.²⁾ Denn auch wenn vorab das Grundstück bezahlt wird, erfolgt die Eigentumsumschreibung erst sehr viel später mit Fertigstellung. Und auch das im Zuge der Bauerrichtung Bezahlte wächst zunächst eigentumsmäßig gemäß § 946 BGB dem Bauträger und nicht dem bezahlenden Besteller an. Die späte Eigentumsumschreibung bei früher Zahlung führt folglich zu Vorauszahlungen des Bestellers, selbst wenn er Abschlagszahlungen erbringt und sich an § 3 Abs. 2 MaBV orientiert.³⁾ Wenn daher die Meinung vertreten wird, Vorauszahlungen im Bauträgervertrag seien unzulässig,⁴⁾ so wird verkannt, daß Vorauszahlungen dem Bauträgervertrag wesensimmanent sind. Viele nachfol-

* www.raun-wagner.de

1) Zur Problematik dieses Begriffes s.u. Rdn. 38 ff.

2) *Wagner ZfIR 10/2001*, Beilage Seite 9 f.

3) *Wagner ZfIR 10/2001*, Beilage Seite 10; *Wagner WuB I E 5 – 3.03*; *Wagner WuB I E 5. – 5.03*; *Vogel BTR 2002*, 2, 6

4) *Vollrath MittBayNot 2002*, 254, 255

gend beschriebenen Probleme könnten vermieden werden, wenn bei unveränderter Gestaltung des Bauträgervertrages die Eigentumsumschreibung des Grundstückes auf den Besteller mit Zahlung des Grundstückskaufpreises erfolgen würde und er alsdann auf eigenem Grund und Boden bauen würde. Die MaBV und die mit ihr zusammenhängenden Probleme würden ebenso entfallen wie die Probleme in Verbindung mit § 632a Satz 3 BGB⁵⁾ und der Bauträger könnte dann seine Vorleistungen nach § 648a BGB absichern lassen,⁶⁾ wenn er dies wünschen würde.

- 7 Geht man diesen Weg nicht, dann bedarf es der Beantwortung vielfältiger zusätzlicher Fragen, auf die hier auszugsweise und cursorisch einzugehen sein wird. Aber auch unabhängig davon sind in der Praxis folgende Themen von Bedeutung, denen sich insbesondere der den Bauträgervertrag beurkundende Notar stellen muss:
- 8 - Einfluß des Europarechts, das dem nationalen Recht vorrangig ist.
- 9 - Amtspflicht des Notars, Europarecht auch gegen das nationale Recht durchzusetzen, andernfalls Gerichte verpflichtet sind, dies zu tun.
- 10 - Allgemeine Amtspflichten des Notars bei der Vertragsgestaltung.
- 11 Geht man von diesen drei Eckpunkten aus, dann kommt es in der Praxis, anders als im Schrifttum oder auf Seminaren, nicht darauf an, ob man zu unterschiedlichen Fragen unterschiedlicher Meinung sein kann, sondern wie der beurkundende Notar solche Meinungsunterschiede im konkreten Fall mit diesen 3 Voraussetzungen in Einklang bringt. Daran wird sich Nachfolgendes ebenfalls orientieren.

II. Europarecht

- 12 Nationale Gerichte – auch Instanzgerichte – sind *von Amts* wegen verpflichtet, europäischem Recht zur Geltung zu verhelfen. Für die Verbraucherschutzrichtlinie (93/13/EWG) hat der EuGH dies in seiner *Oceano Grupo*-Entscheidung wie folgt formuliert:⁷⁾

„26. Das Ziel des Art. 2 Richtlinie, nach dem die Mitgliedstaaten vorsehen, dass mißbräuchliche Klauseln für Verbraucher unverbindlich sind, könnte nicht erreicht werden, wenn die Verbraucher die Mißbräuchlichkeit solcher Klauseln selbst geltend machen müssten. Infolgedessen kann ein wirksamer Schutz des Verbrauchers nur erreicht werden, wenn dem nationalen Gericht die Möglichkeit eingeräumt wird, eine solche Klausel von Amts wegen zu prüfen.“
- 13 Dies hat der EuGH u.H.a. seine *Oceano Grupo*-Entscheidung ferner in seiner *Cofidis* - Entscheidung wiederholt und darauf hingewiesen, ein nationales Gericht habe diese Befugnis als „notwendig“ anzusehen, um einen wirksamen Verbraucherschutz zu gewährleisten.⁸⁾ Gemeinschaftsrecht geht dem nationalem Recht vor.⁹⁾ Denn die Bundesrepublik Deutschland ist als Mitgliedsstaat verpflichtet, mit *allen Trägern öffentlicher Gewalt*, und dazu zählen nationalen Gerichte ebenso wie auch Notare, dafür zu sorgen, dass die mit einer Richtlinie verfolgten Ziele in den

5) *Wagner* WM 2001, 718, 721 ff.; *Wagner* BauR 2001, 1313, 1329 f.

6) *Wagner* WM 2001, 718, 723 f.; *Wagner* BauR 2001, 1313, 1330

7) EuGH 27.06.2000 – Rs. C-240/98 bis C-244/98 (*Oceano Grupo*), NJW 2000, 2571 Rdn. 26

8) EuGH 21.11.2002 – Rs. C-473/00 (*Cofidis*), EuZW 2003, 27 Rdn. 32 - 33

9) EuGH 13.11.1990 – Rs. C-106/89 (*Marleasing*), Slg. 1990, I-4135 Rdn. 8; EuGH 16.12.1993 – Rs. C-334/92 (*Wagner Miret*), Slg. 1993, I-6911 Rdn. 20; EuGH 11.07.2002 – Rs. C-62/00 (*Marks & Spencer*), Slg. 2002, I-6325 Rdn. 24; BVerfG 09.01.2001 – 1 BvR 1036/99, WM 2001, 749

- Mitgliedsstaaten erreicht werden.¹⁰⁾ Folglich müssen sich alle Träger öffentlicher Gewalt bei der Auslegung und Anwendung nationalen Rechts daran ausrichten, entsprechend dem Wortlaut und dem Zweck einer Richtlinie den mit der Richtlinie verfolgten Zweck umzusetzen.¹¹⁾
- 14 „Zwar kann der Gerichtshof nicht seine Beurteilung an die Stelle der Beurteilung des nationalen Gerichts setzen, die für die Feststellung des Sachverhalts der Rechtssache, mit der sie befasst sind, allein zuständig sind; jedoch darf die Anwendung einer nationalen Rechtsvorschrift zur Vermeidung von Mißbräuchen nicht die volle Wirksamkeit und die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Insbesondere dürfen die nationalen Gerichte nicht die Zwecke vereiteln, die mit der betreffenden Richtlinie verfolgt werden (in diesem Sinne Urteil vom 12.05.1998 in der Rechtssache C-367/96, Kefalas u.a. Slg. 1998, I-2843, Rdn. 22).“¹²⁾
- 14 In der Rechtsprechung des EuGH¹³⁾ ist entschieden, dass der Staat dem Einzelnen für solche Schäden zu haften hat, die ihre Ursache in solchen dem Staat zuzurechnenden Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht haben. Auch Art. 10 EG verpflichtet die Mitgliedstaaten, rechtswidrige Folgen von Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht zu beheben.¹⁴⁾ Derzeit war/ist z.B. der EuGH mit der Frage befasst, ob und inwieweit der einzelne Mitgliedstaat dem Einzelnen für Schäden einzustehen hat, die ihm deshalb entstanden sind, weil das höchste¹⁵⁾ bzw. ein Instanz-Gericht¹⁶⁾ gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen bzw. dies nicht angewandt hat. Während eine Entscheidung des EuGH betreffend Instanzgerichten noch aussteht, hat er bezüglich der höchst-richterlichen Instanz inzwischen folgendes entschieden:
- 15 In der Rechtsprechung des EuGH¹⁷⁾ ist entschieden, ob und inwieweit der einzelne Mitgliedstaat dem einzelnen für Schäden einzustehen hat, die ihm deshalb entstanden sind, weil das höchste Gericht gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen hat. Der EuGH führt aus, daß **alle staatlichen Instanzen** die vom Gemeinschaftsrecht vorgeschriebenen Normen zu beachten haben.¹⁸⁾ Um die Wirksamkeit gemeinschaftsrechtlicher Bestimmungen nicht zu beeinträchtigen, müsse für den Einzelnen die Möglichkeit der Entschädigung gegeben sein, wenn seine Rechte durch Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht beeinträchtigt würden. Bei Entscheidungen letztinstanzlicher Ge-

10) EuGH 06.07.1995 – Rs. C-62/93 (BP Soupergaz), Slg. 1995, I-1883 Rdn. 35; EuGH 26.09.1996 – Rs. C-168/95 (Arcaro), Slg. 1996, I-4705 Rdn. 41; EuGH 11.07.2002 – Rs. C-62/00 (Marks & Spencer), Slg. 2002, I-6325 Rdn. 24, 27

11) EuGH 13.11.1990 – Rs. C-106/89 (Marleasing), Slg. 1990, I-4135 Rdn. 8; EuGH 16.12.1993 – Rs. C-334/92 (Wagner Miret), Slg. 1993, I-6911 Rdn. 20; EuGH 11.07.2002 – Rs. C-62/00 (Marks & Spencer), Slg. 2002, I-6325 Rdn. 24

12) EuGH 11.09.2003 – Rs. C-201/01 (Walcher), EWS 2003, 480 Rdn. 37

13) EuGH 19.11.1991 – Rs. C-6/90 und C-9/90 (Francovich), Slg. 1991, I-5357, Rdn. 33; EuGH 05.03.1996 – Rs. C-46/93 und C-48/93 (Brasserie du pecheur und Factortame), Slg. 1996, I-1029, Rdn. 31 – 32; EuGH 01.06.1999 – Rs. C-302/97 (Konle), Slg. 1999, I-3099 Rdn. 62; EuGH 04.07.2000 – Rs. C-424/97 (Haim), Slg. 2000, I-5123 Rdn. 27; EuGH 28.06.2001 – Rs. C-118/00 (Larsy), 2001, I-5063 Rdn. 35; EuGH Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), Schlussanträge des Generalanwaltes Leger vom 08.04.2003, Nr. 64, 104

14) EuGH 19.11.1991 – Rs. C-6/90 und C-9/90 (Francovich), Slg. 1991, I-5357, Rdn. 36; EuGH Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), Schlussanträge des Generalanwaltes Leger vom 08.04.2003, Nr. 32

15) EuGH Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), dazu Schlussanträge des Generalanwaltes Leger vom 08.04.2003, Nr. 15, bejahend in Nr. 25, 40.

16) Mitgeteilt in EuGH Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), Schlussanträge des Generalanwaltes Leger vom 08.04.2003, Nr. 3. u. H. a. Rs. C-129/00 (Kommission/Italien) und Nr. 41 ff. Dass ein Mitgliedstaat sicherstellen muss, dem Einzelnen den Schaden zu ersetzen, der ihm wegen Verstoßes gegen Gemeinschaftsrecht entstanden ist, einerlei welche staatliche Stelle für diesen Verstoß verantwortlich ist, siehe bereits EuGH 04.07.2000 – Rs. C-424/97 (Haim), Slg. 2000, I-5123 Rdn. 27; EuGH 28.06.2001 – Rs. C-118/00 (Larsy), 2001, I-5063 Rdn. 35

17) EuGH 30.09.2003 – Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), DB 2003, 2331.; siehe auch Schlussanträge des Generalanwaltes Leger vom 08.04.2003, Nr. 15, bejahend in Nr. 25, 40.

18) EuGH 30.09.2003 – Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), DB 2003, 2331. Rdn. 32

richte, die gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßen würden, sei ein solcher Verstoß dem jeweiligen Mitgliedstaat zuzurechnen.¹⁹⁾ Ein solcher Staatshaftungsanspruch betreffend letztinstanzliche Entscheidungen berühre nicht die Rechtskraft der letztinstanzlichen Entscheidung, da das Staatshaftungsverfahren einen anderen Streitgegenstand betreffe. Denn mit dem Staatshaftungsverfahren werde nicht die Aufhebung besagter letztinstanzlicher Entscheidung angestrebt, vielmehr gehe es darum, die Folgen einer das Gemeinschaftsrecht negierenden Entscheidung auszugleichen.²⁰⁾ Da es zudem nicht um die persönliche Haftung der Richter sondern um die Haftung des Mitgliedstaates gehe, werde auch nicht die Unabhängigkeit von Richtern und Gerichten tangiert.²¹⁾ Der EuGH verweist darauf, es sei Sache der Mitgliedstaaten, zu bestimmen, welches Gericht für die Durchführung eines solchen Staatshaftungsverfahrens zuständig sei.²²⁾ Der Mitgliedstaat müsse dem Einzelnen bei Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht bei Vorliegen von 3 Voraussetzungen einen Staatshaftungsanspruch gewähren, es sei denn, die Staatshaftung nach nationalem Recht sei von weniger strengen Voraussetzungen abhängig.²³⁾

- 16 (1) „Die verletzte Rechtsnorm bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen.
(2) Der Verstoß ist hinreichend qualifiziert.
(3) Zwischen dem Verstoß gegen die dem Staat obliegende Verpflichtung und dem den geschädigten Personen entstandenen Schaden besteht ein unmittelbarer Kausalzusammenhang.“²⁴⁾
- 17 Gemäß dem EuGH gelten diese Voraussetzungen für den Fall der Staatshaftung wegen gemeinschaftswidriger Entscheidung eines letztinstanzlichen nationalen Gerichts.²⁵⁾ Ein solcher Verstoß eines letztinstanzlichen Gerichts im Hinblick auf vorgenannte Voraussetzung zu (2) sei aber nur dann gegeben, wenn das letztinstanzliche Gericht offenkundig gegen geltendes Gemeinschaftsrecht verstoßen habe²⁶⁾ bzw. einschlägige Rechtsprechung des EuGH offenkundig verkennt.²⁷⁾
- 18 Im nationalen Recht ist derzeit noch umstritten, ob das Rechtsinstitut des gemeinschaftsrechtlichen Haftungsanspruchs eigenständig neben dem innerstaatlichen Amtshaftungsanspruch steht²⁸⁾ oder im innerstaatlichen Haftungsanspruch inkorporiert ist.²⁹⁾ Würde man von letzterem ausgehen, so müßte allerdings insoweit das nationale Haftungsrecht gemeinschaftskonform ausgelegt werden, um den Besonderheiten des gemeinschaftsrechtlichen Haftungsanspruches gerecht zu werden.³⁰⁾ Diese im Fachschrifttum streitig gewesene Frage ist jetzt vom EuGH dahingehend entschieden worden, daß der Staatshaftungsanspruch wegen Verstoßes eines höchstinstanzlichen Gerichts gegen das Gemeinschaftsrechts bezüglich seiner Voraussetzungen die Rechtsgrundlage unmittelbar aufgrund Gemeinschaftsrechts habe, während die Folgen des verursachten Schadens aufgrund nationalen Haftungsrechts zu beheben seien,³¹⁾ es sei denn, der EuGH verfüge über alle

19) EuGH 30.09.2003 – Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), DB 2003, 2331. Rdn. 33

20) EuGH 30.09.2003 – Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), DB 2003, 2331. Rdn. 39

21) EuGH 30.09.2003 – Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), DB 2003, 2331. Rdn. 42

22) EuGH 30.09.2003 – Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), DB 2003, 2331. Rdn. 45 - 50

23) EuGH 30.09.2003 – Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), DB 2003, 2331. Rdn. 57

24) EuGH 30.09.2003 – Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), DB 2003, 2331. Rdn. 51

25) EuGH 30.09.2003 – Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), DB 2003, 2331. Rdn. 52

26) EuGH 30.09.2003 – Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), DB 2003, 2331. Rdn. 53

27) EuGH 30.09.2003 – Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), DB 2003, 2331. Rdn. 56

28) Dafür *Detterbeck* AöR 125 (2000), 202, 239 ff.

29) Dafür *Schoch* Jura 2002, 837, 839 f.. Zum Überblick *Cole/Haus* JuS 2003, 760, 766 f.

30) *Cole/Haus* JuS 2003, 760, 766

31) EuGH 30.09.2003 – Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), DB 2003, 2331. Rdn. 58, 100

Angaben, um im Rahmen einer anlässlich eines Staatshaftungsverfahrens erfolgten Vorlage gemäß Art. 234 EG die Voraussetzungen für die Haftung eines Mitgliedstaates selbst feststellen zu können.³²⁾ Dabei dürfe das nationale Recht nicht solche Hürden aufbauen, daß die Erlangung einer Entschädigung praktisch unmöglich werde.³³⁾

- 19 An dem zuvor Ausgeführten ist die Rechtsprechung des BGH³⁴⁾ zum Gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch abzugleichen. Dort ging es um eine Haftung für „legislatives Unrecht“³⁵⁾, während es bei der Köbler-Entscheidung des EuGH um „judikatives Unrecht“ geht. Auch der BGH³⁶⁾ geht davon aus, daß dann, wenn sich aus dem nationalen Recht keine Anspruchsgrundlage herleiten lasse, dann zu prüfen sei, ob sich ein Anspruch unmittelbar aus dem europäischen Gemeinschaftsrecht herleiten lasse. Er macht einen gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch an den gleichen Voraussetzungen fest wie auch der EuGH.³⁷⁾
- 20 Und ebenso wie der EuGH³⁸⁾ ließ auch der BGH³⁹⁾ den geltend gemachten gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch im konkreten Fall daran scheitern, daß kein hinreichend qualifizierter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht angenommen wurde. Dies verdeutlicht, daß an dieser Stelle vorab besonders zu prüfen sein wird, ob man für den Fall eines Verstoßes des BGH gegen Gemeinschaftsrechts die Hürde für einen gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch überwinden kann. Wäre dies nicht naheliegend, wäre dann eher zu prüfen, ob verfassungsrechtliche Wege einzuschlagen wären.⁴⁰⁾
- 21 Folglich werden mit nachfolgend Beschriebenem Notare als Träger öffentlicher Gewalt an vergleichbaren Maßstäben gemessen werden. Dies impliziert die Amtspflicht nationaler Gerichte und von Notaren, einen vorgetragenen Fall nicht nur nach nationalem Recht, sondern auch nach Gemeinschaftsrecht zu würdigen. Dies kann entweder durch Substitution nationaler gesetzlicher Regelungen durch das Gemeinschaftsrecht oder durch richtlinienkonforme Auslegung geschehen, wenn das nationale Recht im Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht steht.

III. Amtspflichten von Notaren, Europarecht gegen nationales Recht durchzusetzen

- 22 An anderer Stelle habe ich bereits im einzelnen begründet, dass und warum auch Notare verpflichtet sind, Europarecht durchzusetzen und sei es gegen das nationale Recht.⁴¹⁾ So spricht etwa der EuGH⁴²⁾ davon, die Gewährleistung von Gemeinschaftsrecht habe der Mitgliedstaat u.a. durch seine „nationalen Behörden“ vorzunehmen. Der Notar ist zwar keine solche. Aber das BVerfG⁴³⁾

32) EuGH 30.09.2003 – Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), DB 2003, 2331. Rdn. 101

33) EuGH 30.09.2003 – Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), DB 2003, 2331. Rdn. 58

34) BGH 24.10.1996 – III ZR 127/91, BGHZ 134, 30 nach Vorlage zum EuGH in BGH 28.01.1993 – III ZR 127/91, WM 1993, 707 und Entscheidung des EuGH 05.03.1996 – Rs. C-46/93 (Brasserie du Pecheur), NJW 1996, 1267

35) BGH 24.10.1996 – III ZR 127/91, BGHZ 134, 30, 31

36) BGH 24.10.1996 – III ZR 127/91, BGHZ 134, 30, 33, 36

37) BGH 24.10.1996 – III ZR 127/91, BGHZ 134, 30, 37

38) EuGH 30.09.2003 – Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), DB 2003, 2331. Rdn. 122

39) BGH 24.10.1996 – III ZR 127/91, BGHZ 134, 30, 37 f.

40) BVerfG 09.01.2001 – 1 BvR 1036/99, WM 2001, 749

41) *Wagner* ZNotP 2002, Beilage 1, Seite 20 f.; *Wagner* FS für Jagenburg, 2002, Seite 981, 992 ff.

42) EuGH 23.03.1995 – Rs. C-365/93 (Kommission/Griechenland), Slg. 1995, I-499 Rdn. 9; EuGH 10.05.2001 – Rs. C-144/99 (Kommission/Niederlande), EuZW 2001, 437 Rdn. 17

43) BVerfG 05.05.1964 – 1 BvL 8/62, BVerfGE 17, 371, 379

hat schon sehr früh den Aufgabenbereich des Notars als Träger eines öffentlichen Amtes dahingehend beschrieben, dass dann, wenn es ihn nicht gäbe, der Staat die vom Notar ausgeübte Tätigkeit „durch seine Behörden erfüllen“ müsste. Von daher ist der Notar als Träger eines öffentlichen Amtes einer Behörde im Sinne der Rechtsprechung des EuGH durchaus gleich zu stellen.⁴⁴⁾

Zudem spricht der EuGH⁴⁵⁾ davon, das z.B. durch die Verbraucherschutz-Richtlinie eingeführte Schutzsystem gehe davon aus, dass die Ungleichheit zwischen Verbraucher und Gewerbetreibenden nur durch ein positives Eingreifen von dritter Seite, die von den Vertragsparteien unabhängig sei, ausgeglichen werden könne. Auch der Notar ist Dritter, der von den Vertragsparteien unabhängig ist und zudem kraft Amtes unparteilich ist (§ 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO). Der Notar als Träger eines öffentlichen Amtes hat folglich die Parteien nicht nur über eine einschlägige Richtlinie zu belehren, sondern er muss auch der Geltung dieser Richtlinie zum Durchbruch verhelfen.

- 23 Immerhin hat bereits *Heinrichs*⁴⁶⁾ 1995 darauf hingewiesen, dass der Notar der Amtspflicht des sichersten Weges unterliege.⁴⁷⁾ Bereits bei der Prüfung der Rechtslage und Beratung müsse der Notar z.B. im Hinblick auf die Verbraucherschutzrichtlinie „die ernsthaft in Betracht kommende Möglichkeit einbeziehen, dass die Inhaltskontrolle nicht mehr auf die „gestellte“ Klauseln beschränkt ist.“ Dies gilt auch für die Vertragsgestaltung und Belehrung entsprechend. *Heinrichs* ging mithin bereits damals davon aus, dass die Amtspflicht des sichersten Weges den Notar verpflichte, die europäische Verbraucherschutzrichtlinie mit zu berücksichtigen. Die notarielle Inhaltskontrolle entspreche der richterlichen Inhaltskontrolle.⁴⁸⁾

IV. Allgemeine Amtspflichten von Notaren

- 24 Die Beurkundungspflicht beim Bauträgervertrag (§ 311b Abs. 1 BGB) hat notarielle Amtspflichten zur Folge. Zu diesen notariellen Amtspflichten, die *öffentlichrechtlicher* Art sind, gehören.⁴⁹⁾
- Aufklärungspflicht (§ 17 Abs. 1 BeurkG).⁵⁰⁾
 - Rechtspflicht zur Errichtung einer wirksamen Urkunde.⁵¹⁾
 - Sorge für eine „auftragsgerechte, zweckmäßige und rechtlich zuverlässige Gestaltung des beabsichtigten Rechtsgeschäftes“.⁵²⁾
 - Beachtung einer „umfassenden, ausgewogenen und interessengerechten Vertragsgestaltung“.⁵³⁾

44) Zur Verpflichtung aller Träger öffentlicher Gewalt eines Mitgliedstaates, alle Maßnahmen zu ergreifen, die geeignet sind, die Ziele einer Gemeinschaftsnorm zu gewährleisten, siehe Streinz JuS 2001, 1113, 1114

45) EuGH 27.06.2000 – Rs. C-240/98 (Oceano Grupo), NJW 2000, 2571, 2572

46) *Heinrichs* NJW 1995, 153, 157; so auch *Wagner ZfIR* 2001, Sonderbeilage zu Heft 10, Seite 5

47) BGH 21.03.1989 – IX ZR 155/88, NJW-RR 1989, 1492, 1494; BGH 27.10.1994 – IX ZR 12/94, NJW 1995, 330, 331; BGH 02.07.1996 – IX ZR 299/95, WM 1996, 2071; BGH 15.01.1998 – IX ZR 04/97, WM 1998, 783, 784; BGH 15.04.1999 – IX ZR 93/98, ZfIR 1999, 430, 431

48) *Heinrichs* NJW 1995, 153, 158

49) Siehe *Wagner* in: von Heymann/Wagner/Rösler, MaBV für Notare und Kreditinstitute, 2000, Rdn. 18

50) BGH 15.04.1999 – IX ZR 93/98, ZfIR 1999, 430, 431

51) BGH 27.05.1993 – IX ZR 66/92, WM 1993, 1513; BGH 24.06.1993 – IX ZR 84/92, WM 1993, 1896; BGH 28.04.1994 – IX ZR 161/93, WM 1994, 2283

52) BGH 11.05.1992 – IX ZR 260/91, WM 1993, 260, 263

53) BGH 28.04.1994 – IX ZR 161/93, WM 1994, 1673

- Folgenbelehrung (§ 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG).⁵⁴⁾
 - Beachtung des sichersten Weges.⁵⁵⁾
- 25 Auch deshalb hat der beurkundende Notar die zuvor dargestellten europarechtlichen Pflichten zu berücksichtigen, nicht nur, um vergleichbar nationalen Gerichten⁵⁶⁾ sich nicht Haftungsrisiken auszusetzen, wenn er dem nicht entspricht, sondern um als nationale Institution des Mitgliedstaates Bundesrepublik Deutschland dessen europarechtliche Pflichten bei der Vertragsgestaltung umzusetzen. Ist er sich im einen oder anderen Fall nicht sicher, welches der zutreffende Weg ist, dann hat er die Vertragsbeteiligten darüber zu belehren, diese Belehrung in die Urkunde aufzunehmen und hat entsprechend § 17 Abs. 2 Satz 2 BeurkG zu verfahren.

V. Geld

1. Die Bezugsfertigkeitsrate

- 26 Die Rechtsnatur des Bauträgervertrages wurde von der Rechtsprechung bisher wie folgt bestimmt: Es handele sich bei ihm um einen Vertrag, der neben werk- und werklieferungsvertraglichen auch (soweit der Grundstückserwerb in Rede stehe) kaufvertragliche Elemente sowie - je nach den Umständen des Einzelfalles - Bestandteile aus dem Auftrags- und Geschäftsbesorgungsrecht enthalte.⁵⁷⁾ Ob dies auch heute - insbesondere nach dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes - noch so zutrifft, ist zu überdenken.⁵⁸⁾ Die Bestimmung der Rechtsnatur setzt die Betrachtung dessen voraus, was tatsächlich geschieht. Denn für die rechtliche Einordnung eines Vertrages ist weder die von den Parteien gewünschte Rechtsfolge noch die von ihnen gewählte Bezeichnung maßgeblich, sondern der tatsächliche Geschäftsinhalt.

54) BGH 15.04.1999 – IX ZR 93/98, ZfIR 1999, 430, 431

55) BGH 21.03.1989 – IX ZR 155/88, NJW-RR 1989, 1492, 1494; BGH 27.10.1994 – IX ZR 12/94, NJW 1995, 330, 331; BGH 02.07.1996 – IX ZR 299/95, WM 1996, 2071; BGH 15.01.1998 – IX ZR 04/97, WM 1998, 783, 784; BGH 15.04.1999 – IX ZR 93/98, ZfIR 1999, 430, 431

56) S.o. Rdn. 13

57) BGH 05.04.1979 – VII ZR 308/77, NJW 1979, 1820; BGH 12.07.1984 - VII ZR 268/83, BGHZ 92, 123, 126; BGH 21.11.1985 - VII ZR 366/83, BGHZ 96, 275, 277 f.; BGH 17.07.1987 – VII ZR 153/86, NJW 1988, 135; BGH 29.06.1989 – VII ZR 151/88, NJW 1989, 2748. Diese Rechtsprechung des BGH, einen Vertrag sui generis als Typenkombinationsvertrag anzunehmen, reicht in eine Zeit vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetz zurück, als es noch keinen § 633 Abs. 1 BGB n.F. gab, so dass sich daraus für die neue Rechtslage nichts herleiten läßt.; a.A. anscheinend *Blank*, Bauträgervertrag, 2. Aufl. 2002, Rdn. 2

58) Für die rechtliche Einordnung des Bauträgervertrages als Kaufvertrag: *Baumann/Fabis* RNotZ 2001, 101, 103; *Brambring* DNotZ 2001, 904, 906; *Heinemann* ZfIR 2002, 167, 168; *Hertel* DNotZ 2002, 6, 18; *Litzenburger* DNotZ 2002, 23, 24; *Litzenburger* RNotZ 2002, 23, 24; *Teichmann* ZfBR 2002, 19 f.; *Wälzholz/Bühlow* Mitt-BayNot 2001, 509; *Kersten/Bühling/Wolfsteiner*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 21. Aufl. 2001, § 37 Rdn. 1

Für die rechtliche Einordnung des Bauträgervertrages als Werkvertrag: *Büdenbender* in: Dauner-Lieb/ Heidel/ Lepa/Ring, Das neue Schuldrecht in der anwaltlichen Praxis, 2002, § 438 Rdn. 13; *Dören* ZfIR 2003, 497; *Quack* IBR 2001, 705; *Wagner* ZfIR 2001, Beilage zu Heft 10, Seite 24; *Wagner* in: Henssler/Graf von Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, 2. Aufl. 2003, § 633 Rdn. 31; *Werner/Pastor*, Der Bauprozess, 10. Aufl. 2002, Rdn. 1445;

Für die rechtliche Einordnung des Bauträgervertrages bezüglich des Grundstückes als Kaufvertrag und bezüglich der Bauerrichtung als Werkvertrag: *Basty*, Der Bauträgervertrag, 4. Aufl. Aktuelle Ergänzungen 2002, Rdn. 14; *Blank*, Bauträgervertrag, 2. Aufl. 2002, Rdn. 4; *Hildebrandt* ZfIR 2003, 489, 490; *Kniffka*, IBR-Online-Kommentar Bauvertragsrecht, § 631 Rdn. 27, § 633 Rdn. 2; *Pause* NZBau 2002, 648, 652; *Pause* BTR 2003, 7; *Thode* NZBau 2002, 297, 299; *Thode/Quack*, Abnahme und Gewährleistung im Bau- und Bauträgervertrag, 2003, Rdn. 21

- 27 Dies gilt gerade dann, wenn sich die von den Parteien gewählte Bezeichnung des Vertrages und ihre tatsächliche Handhabung widersprechen; denn der BGH⁵⁹⁾ sieht dann die tatsächliche Handhabung als maßgebend an,⁶⁰⁾ „weil sich aus ihr am ehesten Rückschlüsse darauf ziehen lassen, von welchen Rechten und Pflichten die Vertragsparteien ausgegangen sind, was sie also wirklich gewollt haben.“
- 28 Was geschieht also beim Bauträgervertrag tatsächlich? Ein Bauträger plant und baut auf eigenem Grund und Boden z.B. ein Wohngebäude. Das solchermaßen Errichtete wächst ihm – dem Bauträger – gemäß § 946 BGB eigentumsmäßig zu. Aufgrund des mit einem Interessenten, der in der Regel Verbraucher i.S.d. § 13 BGB ist, abgeschlossenen Vertrag – dem Bauträgervertrag – schuldet der Bauträger diesem nicht (nur) Wohnungseigentum sondern eine Eigentumswohnung, also die Errichtung des Gebäudes und darin die vereinbarte Wohnung und die Verschaffung des Eigentums daran. Und der Erwerber zahlt an den Bauträger bereits während des Bauablaufs Abschlagszahlungen für das Grundstück und die fortschreitende Bausubstanz samt der darin enthaltenen Planung, ohne jedoch zunächst das Eigentum an dem bereits bezahlten Grundstück und der bereits bezahlten verbauten Bausubstanz zu erhalten,⁶¹⁾ weshalb es sich insoweit um Vorauszahlungen handelt.⁶²⁾ Der Bauträger hat das, was er zunächst in der eigenen Sphäre und auf eigenem Grund und Boden plant und errichtet, eigentumsmäßig und baulich dem Erwerber zu verschaffen. Dies ist das geschuldete Werk.⁶³⁾ Und eine solche Verschaffungspflicht findet sich im BGB nur in § 633 Abs. 1 BGB. Und da der Bauträger alles aus einer Hand liefert bzw. zu liefern verpflichtet ist und er selbst oft keine eigenen Bauleistungen erbringt, sondern die Leistungserbringung von Nachunternehmern koordiniert, handelt es sich vom Typus her um einen Generalübernehmervertrag,⁶⁴⁾ der in Anbetracht des § 633 Abs. 1 BGB von seiner Rechtsnatur her ein Werkvertrag ist.⁶⁵⁾
- 29 Das BGB-Werkvertragsrecht kennt keine „Bezugsfertigkeit“ und es kennt keine „Rate“. Es kennt nur „in sich abgeschlossene Teile des Werkes“ und „Abschlagszahlungen“ (§ 632a Satz 1 BGB).⁶⁶⁾ Folglich ist dem BGB-Werkvertragsrecht auch eine in der Praxis häufig so genannte „Bezugsfertighkeitsrate“ fremd. Folglich kann es nur um die Frage gehen, ob im Bauträgervertrag im Zusammenhang mit der Bezugsfertigkeit Abschlagszahlungen vereinbart werden können.
- 30 Allerdings ist der Begriff der „Bezugsfertigkeit“ und der „Rate“ in § 3 Abs. 2 Nr. 2 MaBV anzutreffen, weshalb aus diesem Grund von einer „Bezugsfertighkeitsrate“ gesprochen wird. Dies erfordert es, das Verhältnis von MaBV und BGB-Werkvertragsrecht klarzustellen, um damit die Frage zu beantworten, ob in einem Bauträgervertrag nur deshalb eine „Bezugsfertighkeitsrate“

59) BGH 25.06.2002 - X ZR 83/00, NJW 2002, 3317, 3318

60) So auch *Thode NZBau* 2002, 297, 299

61) *Wagner ZNotP* 2002, Beilage 1, Seite 2. Zu den historischen bedingten Gründen des Hinausschiebens des Eigentumsüberganges siehe *Wagner ZfIR* 2001, Beilage zu Heft 10, Seite 3 f. m.w.N.

62) *Vogel BTR* 2002, 2, 6; *Wagner ZfIR* 10/2001, Beilage Seite 10; *Wagner WuB I E* 5. – 3.03; *Wagner WuB I E* 5. – 5.03.

Es kann daher *Barth ZfIR* 2000, 235, 237 nicht zugestimmt werden, der meint, § 3 Abs. 2 MaBV beinhalte eine Vorleistungspflicht des Bauträgers, da auch bei Abschlägen entsprechend § 3 Abs. 2 MaBV der Besteller vorauszahlt.

63) *Thode NZBau* 2002, 297, 301

64) *Kullak/Terner ZfBR* 2003, 443

65) OLG Hamm 01.10.2002 – 21 U 165/01, WM 2003, 1809; *Thode NZBau* 2002, 297, 301; *Wagner ZNotP* 2002, Beilage 1, Seite 3; *Wagner* in: Henssler/Graf von Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, 2. Aufl. 2003, Rdn. 31

66) *Karczewski/Vogel BauR* 2001, 859: Es geht beim Abschlag um eine vorläufige Anzahlung des Bestellers auf den Gesamtvergütungsanspruch des Bauträgers.

vereinbart werden kann, weil eine solche in § 3 Abs. 2 Nr. 2 MaBV geregelt ist bzw. weil man in einem Bauträgervertrag z.B. zusätzlich *vertraglich* die MaBV vereinbart hat.

- 31 Ein Bauträgervertrag ist *zivilrechtlicher* Natur und wird zwischen den beiden Vertragsparteien abgeschlossen. Die MaBV ist eine Rechtsverordnung im Sinne von Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG, deren gesetzliche Ermächtigungsgrundlage § 34c Abs. 3 GewO ist. Sie gehört folglich zum *öffentlichen* Recht. Adressat der MaBV ist ausschließlich der Bauträger; der Erwerber ist nur Begünstigter.⁶⁷⁾ Die MaBV regelt mithin ausschließlich den Bauträger betreffende gewerberechtliche und damit *öffentlichrechtliche* Verbote und Gebote.⁶⁸⁾ So enthält § 3 MaBV ein nur an den Bauträger gerichtetes öffentlichrechtliches Entgegennahmeverbot, worin geregelt ist, welche Voraussetzungen kumulativ gegeben sein müssen, damit ein Bauträger Zahlungen überhaupt entgegennehmen darf.⁶⁹⁾ Dieses hat der Bauträger aus öffentlichrechtlichen Gründen zwingend zu beachten, es bedarf aus *öffentlichrechtlichen* Gründen dieserhalb keiner Vereinbarung der MaBV. Selbst wenn also die Vertragsparteien eines Bauträgervertrages *schuldrechtlich* die MaBV vereinbaren – wovon § 1 der Abschlagszahlungsverordnung⁷⁰⁾ ausgeht –, ändert sich nichts daran, dass aus vorgenannten *öffentlichrechtlichen* Gründen die Regelungen der MaBV für den Bauträger zwingend zu beachten sind, andernfalls er keine Gelder entgegennehmen darf. Dies bedeutet für die „Bezugsfertigerate“: Ist Bezugsfertigkeit im Sinne von § 3 Abs. 2 Nr. 2 MaBV gegeben, dann besteht für den Bauträger für die Bezugsfertigerate aus *öffentlichrechtlichen* Gründen kein öffentlichrechtliches Entgegennahmeverbot mehr.
- 32 Damit ist aber noch nicht gesagt, ob aus *zivilrechtlichen* Gründen eine Zahlungspflicht des Bestellers besteht, da § 632a BGB keine „Bezugsfertigerate“ kennt. Zivilrechtlich ist der Besteller zur Zahlung eines Abschlags nur verpflichtet, wenn die Voraussetzungen des § 632a BGB gegeben sind. Soweit § 1 der Abschlagszahlungsverordnung regelt, im Bauträgervertrag könne der Besteller zivilrechtlich zur Leistung von Abschlagszahlungen „entsprechend“ § 3 Abs. 2 der Makler- und Bauträgerverordnung unter den Voraussetzungen ihres § 3 Abs. 1 verpflichtet werden, ohne dass es der Gestellung einer weiteren Sicherheit bedürfe, weicht dies *zivilrechtlich* von § 632a BGB und insbesondere dessen Satz 3 ab, während gleichzeitig von den *öffentlichrechtlichen* Vorgaben der MaBV – den Bauträger und dessen Entgegennahmeverbot betreffend – nicht abgewichen werden kann; denn die Abschlagszahlungsverordnung hat als gesetzliche Ermächtigungsgrundlage nicht wie die MaBV, § 34 c Abs. 3 GewO als gesetzliche Ermächtigungsgrundlage, befaßt sich also nicht mit dem öffentlichen Recht, sondern Art. 244 EGBGB und befaßt sich mit dem Zivilrecht.

67) Thode in: Thode/Uechtritz/Wochner, Immobilienrecht 2000, 2001 (RWS-Forum 19) 267, 283 f.; Wagner ZNotP 2000, 461, 466; Wagner WuB I E 5. – 5.02

68) BGH 22.12.2000 – VII ZR 310/99, BGHZ 146, 250, 259 f.; BGH 18.06.2002 - XI ZR 359/01, ZIP 2002, 1405, 1407; Wagner ZNotP 2000, 461, 466 f.

69) BGH 22.12.2000 – VII ZR 310/99, BGHZ 146, 250, 258; Wagner ZfIR 2001, Beilage zu Heft 10, Seite 10; Wagner WuB I E 5. – 5.02

70) Die Verkündung erfolgte im BGBl. I vom 28.05.2001, so dass diese Verordnung am 29.05.2001 in Kraft getreten ist.

- 33 In der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum § 34c GewO und zur MaBV (MaBVwV)⁷¹⁾ ist nachzulesen, durch die Abschlagszahlungsverordnung werde der Bauträger ermächtigt, *zivilrechtlich* Abschlagszahlungen entsprechend dem Ratenzahlungsplan von § 3 Abs. 2 MaBV zu vereinbaren. Dem könnte man folgen, wenn die Abschlagszahlungsverordnung ihrerseits keinen rechtlichen Bedenken ausgesetzt wäre. Das Gegenteil ist aber der Fall, da die Abschlagszahlungsverordnung erheblichen verfassungsrechtlichen⁷²⁾ und europarechtlichen⁷³⁾ Bedenken ausgesetzt ist. Gemeinschaftsrecht geht zudem nationalem Recht vor.⁷⁴⁾ Deutsche Gerichte sind von Amts wegen verpflichtet, europäisches Recht anzuwenden,⁷⁵⁾ was zunächst nichts mit der Vorlagefrage gem. Art. 234 EG zu tun hat. Eine solche Feststellung des Gemeinschaftsrechts beruht auf seinem Vorrang gegenüber dem nationalen Recht. Gemäß Art. 10 EG sind nämlich die Mitgliedstaaten verpflichtet, mit ihren Gerichten einen Rechtsschutz zu gewähren, der sich aus der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts ergibt. Dazu gehört auch, die rechtswidrigen Folgen eines Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht zu beheben.⁷⁶⁾ Dies geht so weit, dass nationale Gerichte, die aufgrund Art. 10, 234 EG die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts anzuwenden haben und für die volle Wirksamkeit dieser Normen zu sorgen haben, Bestimmungen des nationalen Rechts, die dem entgegen stehen, unangewendet lassen müssen, ohne dass diese nationalen Normen zuvor durch den Gesetzgeber bzw. ein verfassungsgerichtliches Verfahren beseitigt werden müssten.⁷⁷⁾ Die nationalen Gerichte müssen sogar nationale Normen verfassungsrechtlicher

71) *Marcks*, MaBV, 7. Aufl. 2003, zu MaBVwV Ziff. 3.3.2.1 Abs. 1

72) *Thode* ZfIR 2001, 345; *Wagner* ZfIR 2001, 422; *Wagner* ZNotP 2001, 306; *Wagner* WuB I E 5. – 5.03:

- Gesetzliche Ermächtigungsgrundlage ist Art. 244 EGBGB (§ 27a AAGBG a.F.). Diese kann nicht ermächtigen, vom gesetzlichen Leitbild des § 632a Satz 3 BGB abzuweichen, wenn dieses der VerbrRL entspricht (siehe auch *Wagner* ZNotP 7/2002, Beilage 12 f.);
- Art. 244 EGBGB ist keine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage alleine für Bauträgerverträge sondern für Häuser und vergleichbare Bauwerke;
- Art. 244 EGBGB ermächtigt nur, per Rechtsverordnung zu regeln, welcher Art die zu wählende Sicherheit sein kann, sie regelt nicht, auf Sicherheiten ganz verzichten zu können (so aber § 1 Satz 3 AbschlVO);
- Verfassungsrechtlich bedenkliche Rückwirkung des AbschlVO, die zudem von Art. 244 EGBGB nicht gedeckt ist.

73) *Thode* in: *Thode / Uechtritz / Wochner*, Immobilienrecht, 2000, 2001 [RWS Forum 19]; *Thode* ZfIR 2001, 345, 346; *Wagner* ZfIR 2001, 422, 424; *Wagner* ZfIR 10/2001, Beilage S. 22 f., 28 f.; *Wagner* ZNotP 2001, 305; *Wagner* ZfBR 2001, 363, 366 f.; *Wagner* BauR 2001, 1313, 1321 f.; *Wagner* ZNotP 2002, Beilage 1, S. 15 f.; *Wagner* WuB I E 5. – 5.03; *Karczewski/Vogel* BauR 2001, 859, 862; *Blank* ZfIR 2001, 85, 92:

- Art. 244 EGBGB i.V.m. AbschlVO kann nicht §§ 310 Abs. 3 Nr. 3, 307 Abs. 1 und 2 BGB i.V.m. VerbrRL außer Kraft setzen oder einschränken;
- indem mit Art. 244 EGBGB i.V.m. AbschlVO das Sicherheitenerfordernis des § 632a BGB abbedungen werden kann, liegt für solche Fälle ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 Anhang Nr. 1. o) VerbrRL vor;
- § 1 Satz 3 AbschlVO verstößt gegen Erwägungsgrund (4), (13) Satz 1, (16) Satz 4, (21) Satz 2 sowie Art. 3 Abs. 1, 6, 7 Abs. 1 VerbrRL

a. A. *Staudinger* DNotZ 2002, 166, der meint, ein MaBV-konformer Zahlungsplan verstoße nicht gegen Art. 3 Abs. 1 VerbrRL.

74) EuGH 13.11.1990 – Rs. C-106/89 (Marleasing), Slg. 1990, I-4135 Rdn. 8; EuGH 16.12.1993 – Rs. C-334/92 (Wagner Miret), Slg. 1993, I-6911 Rdn. 20; EuGH 11.07.2002 – Rs. C-62/00 (Marks & Spencer), Slg. 2002, I-6325 Rdn. 24; BVerfG 09.01.2001 – 1 BvR 1036/99, WM 2001, 749

75) EuGH 19.11.1991 – Rs. C-6/90 und C-9/90 (Francovich), Slg. 1991, I-5357, Nr. 32 u.H.a. EuGH 09.03.1978 – Rs. 106/77 (Simmenthal), Slg. 1978, 629 Rdn. 16 und EuGH 19.06.1990 – Rs. C-213/89 (Factortame), Slg. 1990, I-2433 Rdn. 19

76) *Leger* Schlussanträge 17.06.2003 – Rs. C-453/00 (Kühne & Heitz NV), Nr. 47

77) *Leger* Schlussanträge 17.06.2003 – Rs. C-453/00 (Kühne & Heitz NV), Nr. 51, 54

Art unbeachtet lassen, wenn diese die Durchführung des Gemeinschaftsrechts beeinträchtigen.⁷⁸⁾ Die Pflicht der Durchsetzung von Gemeinschaftsrecht im nationalen Recht trifft dabei nicht nur Bundesgerichte sondern gleichermaßen Instanzgerichte⁷⁹⁾ und zwar unabhängig davon, ob Entscheidungen von Instanzgerichten im nationalen Rechtssystem durch Rechtsmittelgerichte korrigiert werden können.⁸⁰⁾ Und das, was Gerichte im Hinblick auf die Durchsetzung von Gemeinschaftsrecht betrifft, ist ebenfalls Amtspflicht von – den Bauträgervertrag beurkundenden – Notaren.⁸¹⁾

- 34 Würde folglich in einem Bauträgervertrag entsprechend der durch § 1 AbschlVO eingeräumten Möglichkeit *schuldrechtlich* eine Bezugsfertigkeitrate vereinbart, dann wäre insoweit zunächst nur ein Gleichlauf der zivilrechtlichen Vereinbarung mit der den Bauträger betreffenden öffentlichrechtlichen Entgegennahmeverbotsregelung des § 3 Abs. 2 Nr. 2 MaBV hergestellt. Damit wäre aber noch nicht die Frage beantwortet, ob die damit einhergehende zivilrechtliche Abweichung von § 632a BGB wirksam wäre., was wiederum von der Wirksamkeit von § 1 der AbschlVO abhängig ist. Und wegen dieser letzteren Unsicherheit besteht für den Bauträger das Risiko, dass ein Verbraucher-Besteller von der Möglichkeit Gebrauch machen könnte, die Zahlung einer Bezugsfertigkeitrate mit der Begründung zu verweigern, eine solche weiche von den Vorgaben des § 632a BGB ab und eine dies ermöglichende Abschlagszahlungsverordnung sei wegen besagter verfassungsrechtlicher und europarechtlicher Einwände Wirksamkeitsbedenken ausgesetzt. Die Folge wäre, dass insoweit dem Bauträger die entsprechende Liquidität fehlen würde und sollte er dieserhalb einen Rechtsstreit anstrengen, er unsicher wäre, ob er in einem solchen letztlich obsiegen würde. Diese Probleme werden ungleich größer, wenn es sich um Bauträgerverträge im Geschosswohnungsbau handeln würde, weil dann für jeden einzelnen Bauträgervertrag sich diese Probleme ergeben können, was zu einer Problemkumulation führen würde.
- 35 Diese bekannten Unsicherheiten sollten dazu führen, dass der Notar bereits bei der Beurkundung von Bauträgerverträgen von § 1 der AbschlVO jedenfalls insoweit keinen Gebrauch machen sollte, wie gemäß § 1 Satz 3 AbschlVO von der Gestellung von Sicherheiten (§ 632a Satz 3 BGB) kein Gebrauch gemacht werden muß, weil er den oben beschriebenen Amtspflichten⁸²⁾ unterliegt. Diesen Amtspflichten würde es nicht entsprechen, die aufgezeigten Unsicherheiten zu negieren, es sei denn, der Notar hätte über vorgenannte Wirksamkeitsbedenken und deren Folgen belehrt und im Hinblick auf § 17 Abs. 2 Satz 2 BeurkG hätten gleichwohl beide Urkundsbeteiligten – der Bauträger und der Verbraucherbesteller – auf der Beurkundung einer Bezugsfertigkeitrate ohne Sicherheiten bestanden.⁸³⁾

78) *Leger* Schlussanträge 17.06.2003 – Rs. C-453/00 (Kühne & Heitz NV), Nr. 58 u.H.a. EuGH 22.06.1989 – Rs. 103/88 (Fratelli Constanzo), Slg. 1989, 1839 Rdn. 33; EuGH 19.01.1993 – Rs. C-101/91 (Kommission/Italien), Slg. 1993, I-191 Rdn. 24; EuGH 28.06.2001 – Rs. C-118/Larsy), Slg. 2002, I-5063 Rdn. 52

79) Schlussanträge Generalanwalt *Geelhoed* vom 03.06.2003 – Rs. C-129/00, Nr. 57

80) Schlussanträge Generalanwalt *Geelhoed* vom 03.06.2003 – Rs. C-129/00, Nr. 59; dazu insgesamt auch *Wagner* BKR 2003, 649, 655

81) Dazu im einzelnen *Wagner* ZNotP 2002, Beilage 1, Seite 20 f. m.w.N. = *Wagner*, FS Jagenburg, 2002, 981, 992 ff. m.w.N.

82) s.o. Rdn. 24 - 25

83) Im Hinblick auf § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG sollte der Notar bereits bei Vorabzusendung des Entwurfes des beabsichtigten Bauträgervertrages auf solche Wirksamkeitsbedenken und ihre Folgen hinweisen, damit der Verbraucher-Besteller die Möglichkeit hat, sich damit vor Beurkundung – ggf. nach Rücksprache auch mit dem eigenen finanzierenden Kreditinstitut – sich darüber Gedanken zu machen.

- 36 In einem Bauträgervertrag müsste folglich eine zweispurige Regelungen vorgesehen werden:
- (1) Die *öffentlichrechtlichen* Voraussetzungen der MaBV als zwingendes Recht, das vom Bauträger zu beachten ist und wozu u.a. die Entgegennahmeverbote des § 3 MaBV gehören. In diesem Zusammenhang ist die Bezugsfertigkeitsrate ein solches öffentlichrechtliches Element.
- 37 (2) Und die *zivilrechtlichen* Voraussetzungen des § 632a BGB, wozu die Vereinbarung von Abschlagszahlungen und Sicherheitengestellung gehört, die Bezugsfertigkeit aber kein Kriterium für eine eigene Abschlagszahlung ist.
- 38 Dem wird nicht entsprochen, wenn in einem Bauträgervertrag davon die Rede ist, der „Kaufpreis“ (obwohl es sich um keinen Kaufvertrag handelt) sei in „Teilbeträgen (Raten)“ (statt Abschlagszahlungen“) zu erbringen und dann nur der Ratenzahlungsplan der MaBV wiedergegeben wird.⁸⁴⁾
- 39 Werden diese Maßstäbe nicht eingehalten, so riskiert der Bauträger, dass der Besteller dieserhalb berechnigte Einwände erheben kann, was Probleme und Rechtsstreitigkeiten provozieren kann. Möchte ein Bauträger diese Maßstäbe nicht einhalten, ohne sich Problemen mit dem Besteller auszusetzen, so bleiben nur alternative Vertragsgestaltungen.⁸⁵⁾

a) Bezugsfertigkeit – Abnahmefähigkeit – Fertigstellung – Erfüllung

- 40 Diese 4 Begriffe beinhalten jeweils unterschiedliches:

a1) Bezugsfertigkeit

- 41 Dieser Begriff findet sich in der den Bauträger betreffenden öffentlichrechtlichen Entgegennahmeverbotsregelung des § 3 Abs. 2 Nr. 2 MaBV. Eine Erläuterung zum *öffentlichrechtlichen* Bezugsfertigkeitsbegriff der MaBV findet sich in der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum § 34c GewO und zur MaBV (MaBVwV).⁸⁶⁾ Dort heißt es:
- „Ein Gebäude oder eine Wohnung ist dann als bezugsfertig anzusehen, wenn der Bau so weit fortgeschritten ist, dass den zukünftigen Mietern oder sonstigen Bewohnern zugemutet werden kann, das Gebäude oder die Wohnung zu beziehen. Wann dieser Zeitpunkt gekommen ist, ist nach der Verkehrsauffassung zu beurteilen. Die behördliche Genehmigung zum Beziehen des Gebäudes oder der Wohnung (Schlußabnahmeschein der Baugenehmigungsbehörde) ist nicht entscheidend. Ebenso wenig genügt eine einseitig vom Verkäufer abgegebene Erklärung über die Bezugsfertigkeit, die mit der tatsächlichen Sachlage nicht in Einklang steht.“
- 42 *Zivilrechtlich* wird unter Bezugsfertigkeit ganz allgemein verstanden, der Bau müsse soweit fortgeschritten sein, dass den künftigen Bewohnern es zugemutet werden könne, es zu beziehen. Das Wohnhaus müsse in seiner Funktion als Wohnhaus genutzt werden können.⁸⁷⁾ Folglich müssten alle dafür erforderlichen Gewerke fertiggestellt sein.⁸⁸⁾

84) So aber *Schmidt/Eue* in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. 5/1, 5. Aufl. 2003, I. 30 zu § 5 Abs. 4

85) z.B. Kompensations-Modell, 3-Raten-Modell, Bauträgervertrag mit frühem Eigentumsübergang, dazu siehe jeweils *Wagner BauR* 2001, 1313; *Wagner ZfIR* 10/2001, Beilage Seite 15 f.

86) *Marcks*, MaBV, 7. Aufl. 2003, zu MaBVwV Ziff. 3.3.2.1 Abs. 2

87) *Blank*, Bauträgervertrag, 2. Aufl. 2002, Rdn. 228

88) *Köble*, Rechtshandbuch Immobilien, Bd. I, Fach 12, Rdn. 110

- 43 Ersichtlich hat die Bezugsfertigkeit definitorisch nichts mit Abnahmefähigkeit, Fertigstellung oder Erfüllung zu tun, einerlei, ob man den Bezugsfertigkeitsbegriff öffentlichrechtlich oder zivilrechtlich einordnet.

a2) Abnahmefähigkeit

- 44 Unter der Abnahme (§ 640 Abs. 1 BGB) wird die körperliche Entgegennahme des Werkes in Verbindung mit der rechtsgeschäftlichen Billigung des Werkes als vertragsgerechte Leistung verstanden, wobei diese Billigung dem Unternehmer gegenüber erkennbar zum Ausdruck gebracht werden muss.⁸⁹⁾ Ungeklärt ist, ob die Abnahme das umfassen muß, was Gegenstand der Verschaffungspflicht des § 633 Abs. 1 BGB ist⁹⁰⁾ oder nur das, was Gegenstand der Herstellungspflicht des § 631 Abs. 1 BGB ist.⁹¹⁾ Von der Klärung dieser noch offenen Rechtsfrage ist abhängig, ob die Abnahme erst nach der Erfüllung der Verschaffungspflicht gemäß § 633 Abs. 1 BGB – also u.a. erst nach Eigentumsumschreibung auf den Besteller – erfolgen kann oder vorher. *Thode*⁹²⁾ äußert Zweifel, ob eine Abnahme vor Eigentumsumschreibung im Hinblick auf die Rechtsprechung des BGH zur Leitbildfunktion der Abnahme einer Inhaltskontrolle standhalten wird. Er regt daher an, einer vorhandenen Rechtsunsicherheit dadurch aus dem Wege zu gehen, daß die Eigentumsverschaffung Zug um Zug gegen Abnahme erfolgt.⁹³⁾
- 45 Fehlt es an einer körperlichen Entgegennahme des Werkes mit der dem Unternehmer gegenüber zum Ausdruck gebrachten Billigung einer von diesem erbrachten vertragsgerechten Leistung, ist aber die erbrachte Leistung objektiv vertragsgerecht, dann spricht man von *Abnahmefähigkeit*.⁹⁴⁾ Diese stellt sich nur dann, wenn der Besteller die Abnahme verweigert und der Besteller nicht berechtigt ist, die Abnahme zu verweigern.⁹⁵⁾ Und dies ist wiederum dann der Fall, wenn die vertraglich geschuldete Leistung vollständig erbracht wurde und nur unwesentliche Mängel bestehen (§§ 640 Abs. 1 Satz 2 BGB).
- 46 Mit Bezugsfertigkeit hat die Abnahmefähigkeit definitorisch nichts zu tun.

89) BGH 15.11.1973 – VII ZR 110/71, BauR 1974, 67; BGH 30.06.1983 – VII ZR 185/81, BauR 1983, 573; BGH 25.04.1996 – X ZR 59/94, WM 1996, 1646; BGH 10.06.1999 – VII ZR 170/98, BauR 1999, 1186; Ingenstau/Korbion/Oppler, VOB, 14. Aufl. 2001, B § 12 Rdn. 8 f.; *Thode ZfBR* 1999, 116; *Thode/Quack*, Abnahme und Gewährleistung im Bau- und Bauträgervertrag, 2003, Rdn. 165

90) *Thode NZBau* 2002, 297, 301 f.

91) So wohl eher *Pause BTR* 2003, 7, 10

92) *Thode NZBau* 2002, 297, 302

93) *Thode NZBau* 2002, 297, 302 u.H.a. auf das z. .B. in *Wagner BauR* 2001, 1313, 1326 f. beschriebene Drei-Raten-Modell

94) OLG Hamm 01.07.1993 - 17 U 65/93, NJW-RR 1994, 474

95) *Thode ZfBR* 1999, 116, 117

a3) Fertigstellung

- 47 Der XI. Senat des BGH hat in seiner Entscheidung vom 22.10.2002⁹⁶⁾ iudiziert, die Bürgschaft nach § 7 MaBV sichere Ansprüche des Bestellers nur bis zur mangelfreien Abnahme.⁹⁷⁾ In § 7 MaBV ist jedoch die Abnahme nicht genannt, sondern die Fertigstellung.⁹⁸⁾ Hinzu kommt, daß eine Abnahme auch bei einer nur beschränkten Werkleistung – also einer gerade nicht fertiggestellten Werkleistung – möglich ist, wie das Beispiel der Teilkündigung aus wichtigem Grund zeigt.⁹⁹⁾
- 48 Die MaBV kennt den Begriff der „Abnahme“ nicht sondern nur den der „Fertigstellung“ (sic. § 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 letzter Spiegelstrich und § 7 Abs. 1 Satz 3 MaBV), während das Werkvertragsrecht des BGB den Begriff der „Fertigstellung“ nicht kennt sondern nur den der „Abnahme“ (§ 640 BGB). Beide Begriffe verkörpern auch nicht dasselbe und haben unterschiedliche Funktionen. Fertigstellung ist mithin mit der Abnahme nicht gleichzustellen, denn beim Begriff der im öffentlichen Recht der MaBV angesiedelten Fertigstellung geht es nicht um die Entgegennahme des vertraglich Geschuldeten durch den Erwerber als Erfüllung. Adressat der MaBV ist nicht der Erwerber sondern der Bauträger. Folglich besagen die in §§ 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 letzter Spiegelstrich, 7 Abs. 1 Satz 3 MaBV verwandten Begriff der Fertigstellung nur etwas darüber, wie lange das den Bauträger *öffentlichrechtlich* treffende Entgegennahmeverbot des § 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 letzter Spiegelstrich MaBV zu beachten ist. Es geht folglich nicht um die Frage der zivilrechtlichen werkvertraglichen Erfüllung gegenüber dem Erwerber sondern um die Dauer des öffentlichrechtlichen Entgegennahmeverbotes des Bauträgers.¹⁰⁰⁾
- 49 In Anbetracht dieser unterschiedlichen Zwecksetzungen von öffentlichrechtlicher Fertigstellung einerseits und zivilrechtlicher Abnahme andererseits ist damit aber noch nicht geklärt, was in autonomer *öffentlichrechtlicher* Auslegung den Begriff der „Fertigstellung“ ausmacht, denn dieser Begriff ist in der MaBV nicht definiert. Sieht man aus zuvor genannten Gründen von der verfehlten Gleichstellung von Fertigstellung mit Abnahme durch den XI. Senat des BGH¹⁰¹⁾ einmal ab, so findet sich ansonsten in der BGH-Rechtsprechung keine Definition zum Fertigstellungs-begriff der MaBV. In den wenigen veröffentlichten OLG-Entscheidungen findet eine Gleichstellung MaBV-rechtlicher Fertigstellung mit zivilrechtlicher Abnahmefähigkeit statt,¹⁰²⁾ indem davon die Rede ist, alle Arbeiten müssten erbracht sein und die Mängelfreiheit im Sinne der *Behebung* aller (Protokoll-) Mängel – nicht des *Fehlens* von Mängeln – müsse gegeben sein¹⁰³⁾ bzw. es dürften keine wesentlichen Mängel mehr vorhanden sein.¹⁰⁴⁾ Und so merkte man auf, als jüngst *Thode*¹⁰⁵⁾ zu dieser Frage folgendes vertrat, was vermuten lässt, dass der VII. Senat des BGH eher in Rich-

96) BGH 22.10.2002 – XI ZR 393/01, WM 2002, 2411

97) So auch *Ewenz* ZfIR 2000, 8, 14; *Fischer* WM 2003, 1, 3; *Freckmann* BKR 2003, 399, 402. Einzig *Freckmann* (aaO) weist allerdings auf die damit verbundenen Probleme hin wie sie nunmehr aufgrund der divergierenden Entscheidungen BGH 22.10.2002 – XI ZR 393/01, WM 2002, 2411 und BGH 02.05.2002 – VII ZR 178/01, WM 2002, 1506 eingetreten sind (dazu siehe auch *Wagner* WuB I E 5. – 5.02)

98) *Vogel* ZfIR 2003, 60, 61; *Wagner* WuB I E 5. – 3.03

99) BGH 19.12.2002 – VII ZR 103/00, NJW 2003, 1450, 1452; s.u. Rdn. 216 ff.

100) *Wagner* WuB I E 5. – 3.03

101) BGH 22.10.2002 – XI ZR 393/01, WM 2002, 2411

102) OLG Hamm 13.09.2001 - 17 U 164/00, BauR 2002, 641. So jetzt auch *Fischer* WM 2003, 1, 3

103) OLG Hamm 24.09.1993 - 12 U 175/92, DNotZ 1994, 870, 871; OLG Düsseldorf 30.09.2002 – 21 U 16/02, BauR 2003, 93; *Riemenschneider* ZfIR 2002, 949, 958; *Keldungs* ZfBR 2003, 627, 629

104) OLG Köln 04.05.1982 - 15 U 128/81, BauR 1983, 380, 381

105) *Thode* WuB I E 5. – 6.01

tung einer autonomen öffentlichrechtlichen Auslegung tendieren könnte, wenn er es denn einmal zu entscheiden hätte:

- 50 „Nicht diskutiert wird die vorrangige Frage, welcher Zeitpunkt für die Beurteilung der Fertigstellung maßgeblich ist und wer für die Vertragsparteien die Fertigstellung verbindlich feststellt. Da im Hinblick auf etwaige verdeckte Mängel niemand die Fertigstellung, die *unabhängig von der Abnahme*¹⁰⁶⁾ nach objektiven Kriterien zu beurteilen ist, endgültig bescheinigen kann, steht jede Aussage über die Fertigstellung unter dem Vorbehalt, dass später relevante Mängel entdeckt werden. Da der Erwerber bis zum Ablauf der Gewährleistungsfrist Gewährleistungsansprüche auf jeden Mangel stützen kann, der innerhalb der Gewährleistungsfrist auftritt, ist das Vertragsobjekt erst mit Ablauf der Gewährleistungsfrist im Rechtssinne fertiggestellt. Folglich wird unter dieser Voraussetzung die letzte Rate erst nach Ablauf der Gewährleistungsfrist fällig.“
- 51 Folglich wären in dem vom XI. Senat des BGH¹⁰⁷⁾ entschiedenen Fall entgegen der Entscheidung des XI. Senates des BGH nach *Thode* von der Bürgschaft nach § 7 MaBV auch Gewährleistungsansprüche nach Abnahme erfaßt worden und die Bürgschaft wäre über den Zeitpunkt der Abnahme hinaus vorzuhalten gewesen.
- 52 Dieses unbequeme Ergebnis hätte man nur dadurch mildern können, indem man durch Eigentumsübertrag auf den Erwerber z.B. im Zeitpunkt der Abnahme die MaBV abbrach,¹⁰⁸⁾ was allerdings im Entscheidungsfall kein Thema war.¹⁰⁹⁾
- 53 Vor diesem Hintergrund wird es interessant werden, wenn bei nächster sich bietender Gelegenheit der VII. bzw. XI. Senat des BGH sich bewußter, als in der Entscheidung des XI. Senates des BGH vom 22.10.2002¹¹⁰⁾ geschehen, mit der von *Thode*¹¹¹⁾ thematisierten Frage der *Definition* des *Zeitpunktes* der Fertigstellung befassen würden, da davon sehr viel abhängt: Immerhin beantwortet sich daraus, wie lange die Bürgschaft (§ 7 MaBV) vorzuhalten ist mit der Folge, dass eine zu früh zurückgegebene Bürgschaft dazu führt, dass der Bauträger öffentlichrechtlich eine Vorauszahlung unter Mißachtung des Entgegennahmeverbotes des § 3 Abs. 2 MaBV entgegengekommen haben könnte, sofern nicht ein Fall des § 7 Abs. 1 Satz 4 MaBV gegeben ist. Auch würden Unklarheiten bereinigt, um den Zeitpunkt der Fertigstellung in der Sicherungsvereinbarung sicher definieren zu können, um nicht dem Risiko von §§ 12 MaBV, 134 BGB ausgesetzt zu sein. Die Definition des Zeitpunktes der Fertigstellung ist aber nicht nur im Hinblick auf § 7 Abs. 1 Satz 3 MaBV von Bedeutung sondern auch, um in Fällen des in § 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 letzter Spiegelstrich MaBV geregelten Entgegennahmeverbotes Rechtssicherheit für den *öffentlichrechtlichen* Zeitpunkt der letzten Rate zu erhalten, weil eine vorzeitige Zahlung der letzten Rate sonst insoweit gegen das öffentlichrechtliche Entgegennahmeverbot dieser Norm verstoßen würde.
- 54 Der VII. Senat des BGH hat mit seinem Vorlagebeschluss vom 02.05.2002¹¹²⁾ dem EuGH u.a. die Frage vorgelegt, ob für den Fall einer in einem Bauträgervertrag vereinbarten Totalvorauszahlung gegen Gestellung einer Bürgschaft nach § 7 MaBV dies mit der VerbrRL zu vereinbaren sei, wenn diese Bürgschaft in der Sache alle Geldansprüche des Auftraggebers sichere, die aus mangelhafter oder unterlassener Erfüllung des Vertrages ergeben könne. Dann aber hätte sich erst

106) Kursivsetzung durch den Autor

107) BGH 22.10.2002 – XI ZR 393/01, WM 2002, 2411

108) *Wagner* BauR 2002, 1313, 1328; *Wagner* WM 2001, 718, 722

109) *Wagner* WuB I E 5. – 3.03

110) BGH 22.10.2002 – XI ZR 393/01, WM 2002, 2411

111) *Thode* WuB I E 5. – 6.01

112) BGH 02.05.2002 – VII ZR 178/01, WM 2002, 1506 = *Wagner* WuB I E 5. – 5.02

Recht die Vorlagenotwendigkeit auch für die Entscheidung des XI. Senates des BGH zum EuGH gestellt. Denn über die von ihm vorgenommene Verkürzung der Zeitschiene sichert die Bürgschaft gemäß § 7 MaBV trotz mangelhafter Erfüllung des Vertrages vorhandene Geldansprüche des Auftraggebers nicht, soweit es sich um Ansprüche nach Abnahme handelt. Bei dieser Frage geht es mithin nicht darum, wie der Begriff der Fertigstellung in der MaBV definiert wird, sondern ob unter Berücksichtigung des in der VerbrRL zum Ausdruck gekommenen Verbraucherschutzes eine solche zeitlich eingegrenzte Bürgschaft eine ausreichende Kompensation für den Nachteil vertraglich vereinbarter Totalvorauszahlung ist, zumal mit der Abnahme beim Bauträgervertrag keine Automatik der Eigentumsübertragung des bereits Bezahlten verbunden ist.¹¹³⁾

55 Die Definition der MaBV-rechtlichen Fertigstellung ist aber nicht nur für die Zeitschiene der Dauer der vorzuhaltenden Bürgschaft gemäß § 7 MaBV von Bedeutung, sondern auch für ihren Inhalt. Denn während der VII. Senat des BGH¹¹⁴⁾ ihr *alle* Geldansprüche des Auftraggebers gegenüber dem Bauträger zuordnet, die sich aus mangelhafter oder unterlassener Erfüllung des Vertrages ergeben können - also auch solche nach Abnahme -, weicht der XI. Senat des BGH¹¹⁵⁾ davon ab und beschreibt inhaltlich nur solche Geldansprüche, die bis zum Zeitpunkt der Abnahme entstanden sind. Dies wäre zumindest eine Anfrage des XI. Senates beim VII. Senat des BGH Wert gewesen (§ 132 Abs. 3 Satz 1 GVG). Und abgesehen von der unterlassenen Vorlage zum EuGH (Art. 234 Abs. 3 EG) wäre dann, wenn nach Anfrage der VII. Senat des BGH dem XI. Senat nicht gefolgt wäre, eine Vorlage zum Großen Senat des BGH (§ 132 Abs. 2 GVG) geboten gewesen.¹¹⁶⁾ Denn wenn der für das Bürgschaftsrecht zuständige XI. Senat des BGH die zeitliche Geltungsdauer einer Bürgschaft nach § 7 MaBV auf den Zeitpunkt der Abnahme festlegt, dann hat dies Auswirkungen für die öffentlichrechtliche Bestimmung der Entgegennahmeverbote gemäß § 3 MaBV, die mit dieser Bürgschaft im Totalvorauszahlungsfall überwunden werden sollen, was wiederum in der Zuständigkeit des VII. Senates liegt. Und wie der Vorlagebeschluss des VII. Senates des BGH vom 02.05.2002¹¹⁷⁾ zeigt, wirkt sich der zeitliche und inhaltliche Umfang einer Bürgschaft nach § 7 MaBV auch auf das zivilrechtliche Äquivalenzverhältnis zwischen Bauträger und Erwerber im Falle vereinbarter Totalvorauszahlung aus, ob nämlich eine solche eingegrenzte Bürgschaft nach § 7 MaBV entsprechend der Rechtsprechung des XI. Senates des BGH für den Totalvorauszahlungsfall zivilrechtlich noch eine ausreichende Kompensation im Sinne von Erwägungsgrund (16) Satz 4 VerbrRL ist, was wiederum ebenfalls in die Zuständigkeit des VII. Senates des BGH fallen kann. Es wäre folglich sehr mißlich, wenn dieserhalb die Rechtsprechung von XI. und VII. Senat des BGH auseinanderlaufen würde.¹¹⁸⁾

56 *Zivilrechtlich* wirkt sich das zuvor dargelegte in *vier* Rechtsbereichen aus:

(1) Würde der in § 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 letzter Spiegelstrich MaBV genannte Begriff der Fertigstellung mit *Thode*¹¹⁹⁾ der Zeitpunkt des Ablaufs der Gewährleistungsfrist sein, dann dürfte auch dann erst gemäß § 7 Abs. 1 Satz 3 MaBV die Bürgschaft zurückgegeben/zurückgefordert werden, sofern kein Fall des § 7 Abs. 1 Satz 4 MaBV gegeben ist oder nicht zuvor durch Eigentumsumschreibung die MaBV abgebrochen wurde.¹²⁰⁾ Dann aber würde eine

113) *Wagner* WuB I E 5. – 3.03

114) BGH 02.05.2002 – VII ZR 178/01, WM 2002, 1506 = *Wagner* WuB I E 5. – 5.02

115) BGH 22.10.2002 – XI ZR 393/01, WM 2002, 2411

116) *Kunze* ZfIR 2003, 540, 544

117) BGH 02.05.2002 – VII ZR 178/01, WM 2002, 1506 = *Wagner* WuB I E 5. – 5.02

118) *Wagner* WuB I E 5. – 3.03

119) *Thode* WuB I E 5. – 6.01

120) *Wagner* BauR 2002, 1313, 1328; *Wagner* WM 2001, 718, 722

vertragliche Regelung in der Sicherungsvereinbarung, die Bürgschaft wäre bereits mit Abnahme zurückzugeben, gemäß §§ 12 MaBV, 134 BGB nichtig sein und damit gemäß § 139 BGB im Zweifel die gesamte zwischen Bauträger und Erwerber geschlossene Sicherungsvereinbarung nichtig sein.¹²¹⁾

- 57 (2) Die Folge einer nichtigen Sicherungsvereinbarung und einer nicht § 7 Abs. 1 Satz 3 MaBV entsprechenden Bürgschaft wäre, dass der Bauträger Vorauszahlungen unter Verstoß gegen das Entgegennahmeverbot des § 3 Abs. 2 MaBV erhalten würde und zur Rückzahlung an den Erwerber verpflichtet wäre, soweit er nicht unter Beachtung seiner Vorleistungspflicht, des zivilrechtlichen Äquivalenzprinzips und der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 632a BGB Anspruch auf Abschlagszahlungen hätte.¹²²⁾
- 58 (3) Damit wird auch das Vertragsverhältnis des Bauträgers zu seiner die Bürgschaft auslegenden Bank berührt, die ja für den Fall der Totalvorauszahlung und nicht im Rahmen des § 632a Satz 3 BGB die Bürgschaft auslegte, nunmehr aber mit dem Risiko des Bauträgers auf Rückzahlung konfrontiert wird und für diesen Fall die Geschäftsgrundlage des Avalkreditvertrages zum Bauträger in Frage stellen wird.
- 59 (4) Und die Bank als Bürgin wird gegenüber dem Erwerber aus der Bürgschaft für die zuvor beschriebene Konstellation zusätzlich neben dem Anspruch des Erwerbers auf Rückzahlung der Vorauszahlung eintreten müssen, wenn die Sicherungsvereinbarung zwischen Bauträger und Erwerber nichtig wäre.
- 60 Wie sieht nun eine Folgenbetrachtung aus?
- (1) Wann öffentlichrechtlich der Zeitpunkt der Fertigstellung i.S.d. § 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 letzter Spiegelstrich MaBV gegeben ist, vor dem aufgrund des damit verbundenen Entgegennahmeverbotes die letzte Abschlagszahlung/Rate nicht vom Bauträger entgegengenommen werden darf, fällt in die Zuständigkeit des VII. Senates, nicht in die des XI. Senates des BGH. Würde der VII. Senat des BGH *Thode*¹²³⁾ folgen, dann dürfte der Bauträger die letzte Abschlagszahlung/Rate nicht vor Ablauf der Gewährleistungsfrist entgegennehmen. Da Eigentumsübergang erst nach vollständiger Zahlung der Vergütung erfolgt, würde vorher auch dem Erwerber kein Eigentum übertragen werden. Darüber würde auch keine Bürgschaft nach § 7 MaBV hinweghelfen, wenn mit dem XI. Senat des BGH diese nur bis zur Abnahme soll vorgehalten werden müssen, denn daran wäre der VII. Senat des BGH bei seiner Beurteilung des Entgegennahmeverbotes im Rahmen des § 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 letzter Spiegelstrich MaBV nicht gebunden. Diese Folgen könnten nur durch den oben bereits beschriebenen *Abbruch der MaBV* per Eigentumsübertragung begegnet werden.
- 61 (2) Läge ein Totalvorauszahlungsfall vor und würde damit insgesamt von § 3 Abs. 2 MaBV abgewichen, so würde, wenn darüber der VII. Senat zu entscheiden hätte, er sich fragen, ob *MaBV-rechtlich* mit einer verkürzten Bürgschaft i.S.d. § 7 MaBV in der Diktion der Entscheidung des XI. Senates des BGH aus seiner Sicht dem § 7 Abs. 1 Satz 3 MaBV genüge getan sei und würde er dies verneinen, würde er in einer solchen vom XI. Senat gutgeheißenen Bürgschaft einen Verstoß gegen § 12 MaBV sehen können, mit denen oben bereits beschriebenen Folgen. *AGB-rechtlich* würde der VII. Senat des BGH sich fragen müssen, ob eine Bürgschaft gemäß § 7 MaBV, wie vom XI. Senat des BGH in seiner Entscheidung vom

121) *Wagner* WuB I E 5. – 3.03

122) *Wagner* WuB I E 5. – 3.03

123) *Thode* WuB I E 5. – 6.01

22.10.2002 für ausreichend erachtet, den Anforderungen stand hält, die er selbst in seinem Vorlagebeschluss vom 02.05.2002¹²⁴⁾ beschrieben hat, was wohl kaum zu erwarten ist.

- 62 (3) Der Bauträger baut auf eigenem Grund und Boden, so dass das von ihm Errichtete eigentumsmäßig ihm selbst zu Eigentum zuwächst (§ 946 BGB). Deshalb richtet sich die *Verschaffungspflicht* des Bauträgers gemäß § 633 Abs. 1 BGB auf Grundstück, Gebäude und das Eigentum an beidem. Die *Herstellungsverpflichtung* gemäß § 631 Abs. 1 BGB, worauf sich die Abnahme gemäß § 640 Abs. 1 Satz 1 BGB bezieht,¹²⁵⁾ bezieht sich auf das von ihm Hergestellte aber noch in seinem Eigentum befindliche Gebäude. Der Erwerber hat davon erst etwas, wenn aufgrund der Verschaffungspflicht des Bauträgers (§ 633 Abs. 1 BGB) das Hergestellte, das Grundstück und das Eigentum an beidem ihm vom Bauträger verschafft worden ist.¹²⁶⁾ Bis dahin hat der Erwerber entweder per Abschlagszahlung oder per Totalvorauszahlung für etwas gezahlt, was sich im Eigentum des Bauträgers befindet, ein Umstand, der gegen die VerbrRL verstößt,¹²⁷⁾ weshalb auch die Abschlagszahlungsverordnung richtlinienwidrig ist, die von § 632a Satz 3 BGB freistellt.¹²⁸⁾ Das Insolvenzrisiko des Bauträgers kann bei *Abschlagszahlungen richtlinienkonform* durch Einhaltung des § 632a Satz 3 BGB oder das 3-Ratenmodell bzw. das Kompensationsmodell bewältigt werden.¹²⁹⁾ Bei einer *Totalvorauszahlung* würde mit der Entscheidung des XI. Senates des BGH vom 22.10.2002¹³⁰⁾ die Bürgschaft nur bis zur Abnahme reichen, also früher enden, als der Zeitpunkt der Verschaffungspflicht des § 633 Abs. 1 BGB. Für den Zeitraum zwischen Abnahme und der Eigentumsübertragung wäre mithin der Erwerber bezüglich seiner Vorauszahlung ungesichert, ein Verstoß gegen § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB i.V.m. Art. 3 Abs. 3 Anhang Nr. 1. o) VerbrRL.
- 63 Die Folgenbetrachtung zeigt mithin, dass die Entscheidung des XI. Senates des BGH vom 22.10.2002¹³¹⁾ nicht unbedingt zur Rechtssicherheit beigetragen hat. Man sollte daher in der Praxis zwischen
- dem nur den Bauträger und die MaBV betreffenden öffentlichrechtlichen Fertigstellungsbegriff und
 - dem beide Vertragsparteien und den zivilrechtlichen Bauträgervertrag betreffenden Abnahmebegriff

unterscheiden. Ersterer hat etwas mit dem den Bauträger öffentlichrechtlich treffenden Entgegennahmeverbot und dessen Dauer zu tun, letzteres etwas mit der zivilrechtlichen Erfüllung der vertraglich geschuldeten Werkleistung.

124) BGH 02.05.2002 – VII ZR 178/01, WM 2002, 1506 = *Wagner WuB I E 5. – 5.02*

125) Zur Abnahme beim Bauträgervertrag *Basty* BTR 2003, 12. *Thode NZBau* 2002, 297, 302 spricht von einer durch das Gesetz verursachten Rechtsunsicherheit, weil im Hinblick auf die Verschaffungspflicht des § 633 Abs. 1 BGB, die sich auch auf die Eigentumsverschaffung am Werk bezieht, nicht eindeutig ist, ob folglich auch die Abnahme drauf beziehen müsse, ob alles das frei von Sach- und Rechtsmängeln verschafft worden sei, wozu sich der Bauträger im Hinblick auf § 633 Abs. 1 BGB habe verpflichten müssen.

126) *Wagner* in: Henssler/Graf von Westphalen, *Praxis der Schuldrechtsreform*, 2. Aufl. 2003, § 633 Rdn. 8 ff.

127) *Wagner ZNotP* 7/2002, Beilage 1, Seite 9 f.

128) *Wagner ZNotP* 7/2002, Beilage 1, Seite 15 f.

129) *Wagner BauR* 2001, 1313, 1323 – 1327; *Wagner ZfIR* 10/2001, Beilage Seite 15

130) BGH 22.10.2002 – XI ZR 393/01, WM 2002, 2411

131) BGH 22.10.2002 – XI ZR 393/01, WM 2002, 2411

a4) Erfüllung

- 64 Im Regelfall wird der Bauträgervertrag mit einem weder im Baugewerbe tätigen noch sonst im Baubereich bewanderten Vertragspartner abgeschlossen. In solchen Fällen kann die VOB/B nicht durch bloßen Hinweis auf ihre Geltung in den Vertrag einbezogen werden. Dies gilt auch für notariell beurkundete Verträge.¹³²⁾ Folglich wird bei der weiteren Würdigung vom BGB und nicht von der VOB/B ausgegangen.
- 65 „Das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird“ (§ 362 BGB). Geschuldete Leistung beim Bauträgervertrag ist das, was der Bauträger gemäß § 633 Abs. 1 zu verschaffen hat. Dies ist z.B. das Haus nebst Eigentum daran bzw. die Eigentumswohnung.¹³³⁾ Die vom Bauträger zu erbringende Bau- und Planungsleistung einerseits sowie die Eigentumsverschaffung an Grundstück und dem Errichteten – dem Bauträger zunächst gemäß § 946 BGB zu Eigentum zugewachsen – sind nur Bestandteile dieser zu erfüllenden Verschaffungspflicht.
- 66 Ob und inwieweit der Bauträger als Bestandteil dieser Verschaffungspflicht seine Werkleistung erfüllt hat, richtet sich nicht nach § 362 BGB, sondern nach der Abnahme (§ 640 Abs. 1 BGB).¹³⁴⁾ Ist Abnahmereife gegeben,¹³⁵⁾ dann bedeutet dies, dass der Bauträger den von ihm *werkvertraglich* geschuldeten Teil des Bauträgervertrages erfüllt hat, so dass der Besteller als Hauptpflicht verpflichtet ist, abzunehmen.¹³⁶⁾ Der Besteller kann aber umgekehrt auch abnehmen, wenn noch keine Abnahmereife gegeben ist. In einem solchen Fall hat die Abnahme bezüglich der Bauleistung Erfüllungswirkung auch dann, wenn die abgenommene Werkleistung noch nicht abnahmereif bzw. erfüllungstauglich war.¹³⁷⁾

b) Exemplarische Abhandlung des Rechts auf Abschlagszahlung beim Bauträgervertrag an Hand der Bezugfertigkeitrate

- 67 Bezüglich dieser Überschrift gilt es, zunächst einmal mit dem schon oben Angesprochenen begriffliche Klarheit herzustellen. Denn der Begriff der „Abschlagszahlung“ betrifft im Hinblick auf § 632a BGB beide Vertragsparteien und die zivilrechtliche Seite des Bauträgervertrages, der Begriff der „Bezugfertigkeitrate“ im Hinblick auf § 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 MaBV dagegen das nur den Bauträger ansprechende öffentlichrechtliche Entgegennahmeverbot.¹³⁸⁾ Oben wurde angeregt, im Bauträgervertrag eine zweispurige Regelung vorzusehen, nämlich einerseits eine, die den öffentlichrechtlichen Voraussetzungen der MaBV und eine, die den zivilrechtlichen Voraussetzungen des § 632a BGB Rechnung trägt.¹³⁹⁾ Wie dies aussehen könnte,¹⁴⁰⁾ soll hier vertieft werden:

132) BGH 09.11.1989 - VII ZR 16/89, NJW 1990, 715; BGH 26.03.1992 - VII ZR 258/90, BauR 1992, 503

133) s.o. Rdn. 28

134) Thode ZfBR 1999, 116; Ingenstau/Korbion/Oppler, VOB, 14. Aufl. 2001, B § 12 Rdn. 17

135) s.o. Rdn. 44 f.

136) Ingenstau/Korbion/Oppler, VOB, 14. Aufl. 2001, B § 12 Rdn. 17

137) Thode ZfBR 1999, 116, 117

138) s.o. Rdn. 31

139) s.o. Rdn. 36 - 37

140) Siehe auch unten Rdn. 395 ff. betreffend zivilrechtliche Abschläge und Rdn. 423 f. betreffend MaBV und öffentlichrechtliches Entgegennahmeverbot

- 68 § 3 Abs. 2 MaBV ist keine zivilrechtliche Ersatzregelung, sondern ausschließlich eine Verbote und Gebote enthaltende gewerberechtliche Regelung, die sich alleine an den Bauträger als Normadressaten richtet.¹⁴¹⁾ Die Regelungen der MaBV stellen folglich auch kein zivilrechtliches Leitbild dar.¹⁴²⁾ Folglich kann ein Bauträgervertrag nicht ergänzend dahingehend ausgelegt werden, dass der Erwerber Abschlagszahlungen zu denen in § 3 Abs. 2 MaBV genannten Zeitpunkten schuldet.¹⁴³⁾ Dies gilt auch für die Bezugsfertigkeitsrate in § 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 MaBV. Folglich ist vom Abschlagszahlungsbegriff des § 632a Satz 1 BGB auszugehen und es ist dann wegen § 3 Abs. 2 MaBV zusätzlich zu dokumentieren, bei welcher zivilrechtlich vereinbarten Abschlagszahlung gemäß § 632a Satz 1 BGB die öffentlichrechtliche Bezugsfertigkeitsrate gemäß § Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 MaBV *enthalten* ist.
- 69 Gemäß § 632a Satz 1 BGB kann der Bauträger vom Besteller für in sich abgeschlossene Teile des Werks Abschlagszahlungen für die erbrachten vertragsgemäßen Leistungen verlangen.¹⁴⁴⁾ Was in sich abgeschlossene Teile des Werks sind, ist derzeit noch nicht abschließend geklärt.¹⁴⁵⁾ Man scheint sich im Schrifttum derzeit lediglich einig zu sein, dass die Funktionalität der Leistung, anders als bei § 12 Nr. 2 VOB/B, kein geeignetes Abgrenzungskriterium ist.¹⁴⁶⁾ Ebenso ist unklar, ob die Abgeschlossenheit von Teilleistungen auch für Baustoffe und Bauteile gilt.¹⁴⁷⁾ Es wird daher derzeit im *Schrifttum* vertreten, bei einer großzügigen Auslegung des Begriffes der in sich abgeschlossenen Teile des Werkes solche dann anzunehmen, wenn diese selbständig werthaltig, eigenständig nutzbar sowie bewertbar und damit auch abrechnungsfähig sind¹⁴⁸⁾ bzw. im Geschäftsverkehr selbständig vergeben und beauftragt werden kann.¹⁴⁹⁾ In der *Gesetzesbegründung* wird ausgeführt, denkbar sei auch eine Abschlagszahlung für Leistungen, die nicht zu einem in sich abgeschlossenen Werk oder Teil desselben geführt habe. Voraussetzung dafür sei jedoch, dass sie nach dem Vertrag gesondert zu vergüten sei und einen eigenen nachprüfbaren Wert habe.¹⁵⁰⁾
- 70 *Zivilrechtlich* eine Abschlagszahlung im Bauträgervertrag zu vereinbaren, die an der Bezugsfertigkeit festmacht, scheint jedoch aus folgenden Gründen rechtlich zulässig zu sein, ohne dass man an dieser Stelle sich mit § 1 AbschlVO und die zu dieser VO vorhandenen rechtlichen Zweifelsfragen bemühen müsste:

141) BGH 22.12.2000 – VII ZR 310/99, BGHZ 146, 250, 259 f.

142) *Voppel* BauR 2001, 1165, 1166

143) BGH 22.12.2000 – VII ZR 310/99, BGHZ 146, 250, 261

144) Das Recht auf Abschlagszahlungen wurde in der Zeit vor Inkrafttreten des § 632a BGB seitens des BGH aus § 242 BGB hergeleitet: BGH 06.12.1984 – VII ZR 227/83, BauR 1985, 192; BGH 17.09.1987 – VII ZR 155/86, BGHZ 101, 357

145) *Kniffka*, IBR-Online-Kommentar Bauvertragsrecht, § 632a Rdn. 3.

146) *Kniffka* ZfBR 2000, 227; *Kniffka*, IBR-Online-Kommentar Bauvertragsrecht, § 632a Rdn. 3; *Kraus* BauR 2001, 1, 9; *Motzke* NZBau 2000, 489; *Rodemann* BauR 2002, 863; *Voppel* BauR 2001, 1165; *Werner/Pastor*, Der Bauprozess, 10. Aufl. 2002, Rdn. 1218a

147) Eher bejahend *Kniffka*, IBR-Online-Kommentar Bauvertragsrecht, § 632a Rdn. 4

148) *Voppel* BauR 2001, 1165, 1167; *Werner/Pastor*, Der Bauprozess, 10. Aufl. 2002, Rdn. 1218a; Palandt/*Sprau*, BGB, 62. Aufl. 2003, § 632a Rdn. 5; a.A. *Rodemann* BauR 2002, 863, 864 f., wonach die Werthaltigkeit einer Leistung nicht eine abgeschlossenen Teilleistung ausmacht. Maßgebend sei der Parteiwille.

149) *Voppel* BauR 2001, 1165, 1167

150) BR-Drucks. 14/1246, Seite 6. Für Abschlagszahlungen, die an einzelne voneinander abgrenzbare Gewerke oder Bautenstände innerhalb dieser Gewerke ansetzen: *Karczewski/Vogel* BauR 2001, 859, 863. *Kniffka* ZfBR 2000, 227, 229 meint, an die Abgeschlossenheit dürften keine zu hohen Anforderungen gestellt werden.

- 71 ➤ Nach der Gesetzesbegründung zu § 632a BGB erfordert eine zivilrechtlich vereinbarte Abschlagszahlung nicht zwingend ein abgeschlossenes Werk oder eine in sich abgeschlossene Teilleistung, wenn sie einen eigenen nachprüfbaren Wert hat.¹⁵¹⁾ Mit der obigen *zivilrechtlichen* Definition der Bezugsfertigkeit¹⁵²⁾ ist eine nachprüfbare Wertermittlung möglich.¹⁵³⁾
- 72 ➤ Indem in § 632a Satz 1 BGB Abschlagszahlungen nur für und damit auch nur in Höhe der vertragsgemäß erbrachten Leistungen vereinbart werden können, kann man diese gesetzliche Regelung als Ausdruck eines zivilrechtlichen Äquivalenzprinzips bezeichnen. Abschläge dürfen mithin nicht höher angesetzt werden, als es der Wertäquivalenz der erbrachten Leistung entspricht.
- 73 Auch die Rechtsprechung des BGH geht bauwerkvertraglich inzwischen vom sog. Äquivalenzprinzip aus.¹⁵⁴⁾ Folglich können vertraglich Abschläge *vereinbart* werden, die dem Wert der vertraglich vorgesehenen Teilleistung entsprechen, einen Anspruch auf *Auszahlung* eines vertraglich vereinbarten Abschlages besteht aber nur in Höhe der mangelfrei erbrachten Teilleistung, d.h. bezüglich der mangelhaft erbrachten Teilleistung kann der Besteller ein Zurückbehaltungsrecht in Höhe des Zwei- bis Dreifachen der Mängelbeseitigungskosten geltend machen.¹⁵⁵⁾
- 74 ➤ Auch wenn der Bauträger auf eigenem Grund und Boden baut und das verbaute ihm (zunächst) zu Eigentum wächst (§ 946 BGB), ist er im Hinblick auf § 632a Satz 1 BGB gehalten, zivilrechtlich das Äquivalenzprinzip zu beachten. Es lässt sich folglich zivilrechtlich eine Abschlagszahlung vereinbaren, die am Faktum der Bezugsfertigkeit anknüpft, weil sich im Hinblick darauf mit dem zuvor ausgeführten¹⁵⁶⁾ auch eine Bewertung der erbrachten Leistung vornehmen lässt.¹⁵⁷⁾
- 75 Zu klären bliebe dann noch, was im Hinblick auf das zivilrechtliche Äquivalenzprinzip des § 632a Satz 1 BGB unter „erbrachten vertragsmäßigen Leistungen“ zu verstehen ist. Das *Fachschrifttum* ist uneinheitlich. Einerseits wird vertreten, Vertragsgemäßheit bedeute Mängelfrei-

151) BR-Drucks. 14/1246, Seite 6

152) s.o. Rdn. 42

153) S.u. Rdn. 404 - 405

154) Zum zivilrechtliche Äquivalenzprinzip: BGH 20.04.2000 - VII ZR 458/97, NJW-RR 2000, 1331, 1333; BGH 07.06.2001 - VII ZR 420/00, BGHZ 148, 85, 89

Zum MaBV-rechtlichen Äquivalenzprinzip: BGH 22.10.1998 - V II ZR 99/97, BGHZ 139, 387, 390 f.; BGH 19.07.2001 - IX ZR 149/00, WM 2001, 1756, 1758; Thode WuB I E 5. - 1.02.; Blank ZfIR 2001, 785, 786 f. - Die im Fachschrifttum geführte Diskussion, im Hinblick auf die Rechtsprechung des BGH zu § 7 MaBV würde es sich bei einer Bürgschaft gemäß § 7 MaBV um eine Gewährleistungs- oder Vertragserfüllungsbürgschaft handeln (Schmitz, Die Bauinsolvenz, 2. Aufl. 2001, Rdn. 529 f.; Basty DNotZ 2002, 567, 572; Kaufmann BauR 2002, 997), ist unzutreffend. Die unten aufgeführte Rechtsprechung (s.u. Rdn. 256 ff.) ist Ausdruck eines öffentlich-rechtlichen Äquivalenzprinzips (so auch zutreffend Blank ZfIR 2001, 785, 787; Freckmann BKR 2003, 399, 402). Damit erübrigen sich auch Fragen danach, welche Ansprüche noch von einer Bürgschaft gemäß § 7 MaBV erfasst sein könnten (Basty DNotZ 2002, 567, 569). Folglich ist entgegen Basty (aaO, Seite 571) dieses öffentlich-rechtliche Äquivalenzprinzip auch auf eine Bürgschaft gemäß § 7 MaBV anzuwenden, mit der das Fehlen einer allgemeinen Fälligkeitsvoraussetzung des § 3 Abs. 1 MaBV überwunden werden soll, jedoch statt Totalvorauszahlung eine Vorauszahlung per Abschlägen vereinbart wurde (a.A. Blank in: Thode/Uechtritz/Wochner, Immobilienrecht 2000, RWS 2001, 175, 182).

155) BGH 09.07.1981 - VII ZR 40/80, BauR 1981, 577; BGH 21.04.1988 - VII ZR 65/87, BauR 1988, 474; Kniffka in: Thode/Uechtritz/Wochner, Immobilienrecht 2000, RWS 2001, 231, 235

156) s.o. Rdn. 42

157) S.u. Rdn. 403 - 408

heit,¹⁵⁸⁾ andererseits wird darauf hingewiesen, es sei nicht erkennbar, ob mit dem Begriff der Vertragsgemäßheit die Rechtsprechung habe geändert werden sollen,¹⁵⁹⁾ nach dieser konnte Zahlung entsprechend dem Wert der erbrachten Leistung verlangt werden bzw. der Besteller hatte bis zum Zwei- bzw. dreifachen der Mängelbeseitigungskosten ein Zurückbehaltungsrecht.¹⁶⁰⁾ Die *Gesetzesbegründung* zu § 632a BGB spricht dagegen von einer mängelfreien Leistung.¹⁶¹⁾ Damit aber würde der Gesetzeszweck der Beschleunigung fälliger Zahlungen konterkariert.¹⁶²⁾ Es stellt sich folglich die Frage, in welchem Verhältnis Gesetzeswortlaut, Gesetzesbegründung und Gesetzeszweck stehen, wenn diese untereinander keine Klarheit schaffen. Im Hinblick auf die Rechtsprechung des BVerfG¹⁶³⁾ würde eine Auslegung des Begriffes „vertragsmäßige Leistungen“ in § 632a Satz 1 BGB im Hinblick auf den Gesetzeszweck und in Abkehr von der Gesetzesbegründung nur dann auf verfassungsrechtliche Bedenken stoßen, wenn die Belange des Bestellers einseitig und unangemessen zu Gunsten des Bauträgers hintangesetzt würden.

- 76) Wäre die erbrachte Leistung bis zur Bezugsfertigkeit nicht mängelfrei, und käme es auf die Mängelfreiheit der Leistung für die „vertragsgemäße Leistung“ bei § 632a Satz 1 BGB an, dann könnte ein Bauträger keine Vorauszahlungen gemäß § 632a Satz 1 BGB mittels vereinbarter Abschläge abfordern, wenn der Besteller Mängel behaupten würde, so lange der Bauträger die Mängelfreiheit nicht nachgewiesen hätte. Andererseits könnte aber der Bauträger im Falle durchgeführter Abnahme Werklohn im Hinblick auf §§ 640 Abs. 1 Satz 2, 641 Abs. 1 Satz 1 BGB dann verlangen, wenn unwesentliche Mängel vorhanden sind. Im übrigen geht § 641 Abs. 3 BGB davon aus, dass dem Besteller dann, wenn er Mangelbeseitigung verlangen kann, nur die Zahlung eines angemessenen Teils der Vergütung verweigern kann, nicht aber die Zahlung der Vergütung insgesamt. Aus der Gesetzesbegründung ist nicht nachvollziehbar, warum bei Abschlagszahlungen strengere Voraussetzungen gelten sollen als bei der endgültigen Zahlung. Wenn daher bei dem Begriff der „vertragsgemäßen Leistung“ in § 632a Satz 1 BGB, der sich auch in § 640 Abs. 1 Satz 1 BGB wiederfindet, auf der Rechtsfolgenseite für den Fall von Mängeln der Besteller in beiden Fällen auf die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts verwiesen würde, dann würde dies, zumal im Hinblick auf den Gesetzeszweck des § 632a BGB betreffend Beschleunigung fälliger Zahlungen, den Besteller in seiner Rechtsposition nicht unangemessen benachteiligen.¹⁶⁴⁾ Dies zumal deshalb nicht, weil dem Besteller von nicht mehr möglichen notariellen Zwangsvollstreckungsunterwerfungsklauseln keine Gefahr mehr droht. Dies würde auch mit dem zivilrechtlichen Äquivalenzprinzip¹⁶⁵⁾ konform gehen.
- 77) Da eine zivilrechtlich vereinbarte Abschlagszahlung i.S.d. § 632a Satz 1 BGB sich definitorisch nicht von dem öffentlichrechtlichen Bezugsfertigkeitsbegriff des § 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 MaBV unterscheiden muß, kann bei der vertraglichen Abschlagszahlungsvereinbarung betreffend die Bezugsfertigkeit im Bauträgervertrag darin zum Ausdruck gebracht werden, dass in dieser zivil-

158) *Kirberger* BauR 2001, 492, 499; *Kiesel* NJW 2000, 1673, 1675

159) *Kniffka*, IBR-Online-Kommentar Bauvertragsrecht, § 632a Rdn. 5

160) BGH 09.07.1981 – VII ZR 40/80, BauR 1980, 577; BGH 21.04.1988 – VII ZR 65/87, BauR 1988, 474

161) BT-Drucks. 14/1246, Seite 6

162) Immerhin wurde § 632a BGB durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30.03.2000 (BGBl. I 2000, 330) in das BGB eingefügt. Siehe auch BT-Drucks. 14/1246, Seite 1. *Kniffka*, IBR-Online-Kommentar Bauvertragsrecht, § 632a Rdn. 5; *Werner/Pastor*, Der Bauprozess, 10. Aufl. 2002, Rdn. 1218b

163) BVerfG 11.07.1995 – 1 BvR 1279/95, NJW-RR 1995, 1162

164) a.A. *Karczewski/Vogel* BauR 2001, 859, 864, die einen Anspruch auf eine Abschlagszahlung verneinen, wenn die dafür erbrachte Leistung nicht insgesamt mängelfrei ist. Sie halten aber eine Vertragsklausel für erforderlich und zulässig, die dem Bauträger einen Anspruch auf Abschlagszahlungen auch bei Mängeln einräumt, allerdings nur unter Berücksichtigung eines Zurückbehaltungsrechts des Bestellers (mit Druckzuschlag).

165) s.o. Rdn. 73

rechtlichen vertraglichen Regelung das öffentlichrechtliche Entgegennahmeverbot der Bezugsfertigkeitsrate des § 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 MaBV enthalten ist.¹⁶⁶⁾ Dabei ist zudem begrifflich zwischen

- 78 ➤ der *Fälligkeits-Vereinbarung* des Abschlages für den Fall der Bezugsfertigkeit und
- 79 ➤ der Berechtigung der *Abforderung* der *Höhe* des Abschlages im Zeitpunkt der Bezugsfertigkeit
- ebenso zu differenzieren wie zwischen
- 80 ➤ der *Vertragsgemäßheit* der erbrachten Leistungen bis zur Bezugsfertigkeit sowie ihrer Bewertung einerseits und
- 81 ➤ der *Bezugsfertigkeit* andererseits.¹⁶⁷⁾

b1) Verstößt die Regelung hinsichtlich der Bezugsfertigkeits-Rate bei einem „MaBV-Vertrag“ gegen sich aus dem Europarecht oder dem deutschen Recht ergebende Verbraucherschutzbestimmungen?

- 82 Korrekt müsste die Fragestellung lauten, ob der Bauträgervertrag, auf den die MaBV anwendbar ist, bezüglich des den Bauträger betreffenden öffentlichrechtlichen Entgegennahmeverbotes der „Bezugsfertigkeitsrate“ in § 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 MaBV gegen europäisches Verbraucherschutzrecht oder deutsche Verbraucherschutzbestimmungen verstoßen. Dies wird aber nicht gemeint sein. Vielmehr steckt hinter dieser Formulierung die Frage, ob eine zivilrechtliche Abschlagszahlungsvereinbarung gemäß § 632a BGB, die einen Abschlag für den Fall der Bezugsfertigkeit regelt und die mit der öffentlichrechtlichen Entgegennahmeverbotsregelung des § 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 MaBV in Einklang steht, gegen europäische bzw. deutsche Verbraucherschutzbestimmungen verstößt.
- 83 Zunächst einmal sei nochmals in Erinnerung gerufen, dass beim klassischen bzw. herkömmlichen Bauträgervertrag das Eigentum erst dann dem Besteller verschafft wird, nachdem er die geschuldete Leistung gezahlt hat, also nach „Fertigstellung“. Werden folglich vertraglich und damit zivilrechtlich Abschlagszahlungen gemäß § 632a Satz 1 BGB vereinbart, die zudem dem Rechtsgrunde nach mit der den Bauträger betreffenden öffentlichrechtlichen Entgegennahmeverbotsregelung des § 3 Abs. 2 MaBV in Einklang stehen,¹⁶⁸⁾ und wird seitens des Bestellers dementsprechend bezahlt, dann handelt es sich bei diesen Abschlägen aus oben schon dargestellten Gründen¹⁶⁹⁾ um Vorauszahlungen des Bestellers. Er bezahlt für das Grundstück und erhält im Gegenzuge nicht sofort Eigentum. Er bezahlt nach Baufortschritt und das Verbaute wächst eigentumsmäßig zunächst gemäß § 946 BGB dem Bauträger zu. Der Besteller bezahlt mithin einen Abschlag nach dem anderen und erhält im Gegenzuge dafür zunächst nichts, weshalb seine erbrachten Abschläge zunächst Vorauszahlungen sind. Folglich stellt sich *deshalb* die Frage, ob beim klassischen Bauträgervertrag ohne frühen Eigentumsübergang solche Vorauszahlungen gegen deutsches bzw. gemeinschaftsrechtliches Verbraucherschutzrecht verstoßen. Dabei soll die Aufmerksamkeit 3 Fragen gelten:
- 84 (1) Läßt sich dem Rechtsgrunde nach eine vereinbarte Abschlagzahlung „Bezugsfertigkeit“ *entsprechend* § 3 Abs. 2 Nr. 2 MaBV mit § 632a Satz 1 BGB in Einklang bringen?

166) S.u. Rdn. 403, 410

167) S.u. Rdn. 406 - 407

168) S.o. Rdn. 77

169) S.o. Rdn. 28

- 85 (2) Falls ja: Läßt sich der Höhe nach dafür ein zu vereinbarenden *entsprechender* Prozentsatz des § 3 Abs. 2 Nr. 2 MaBV mit § 632a Satz 1 BGB in Einklang bringen?
- 86 (3) Kann eine Abschlagszahlung „Bezugsfertigkeit“ *entsprechend* § 3 Abs. 2 Nr. 2 MaBV ohne jede Sicherheit trotz § 632a Satz 3 BGB vereinbart werden?

b1.1) Nationales Recht

b1.1.1) § 632a Satz 1 BGB

- 87 In § 632a Satz 1 BGB ist geregelt, dass der Unternehmer vom Besteller nur für in sich abgeschlossene Teile des Werkes Abschlagszahlungen verlangen kann. Da mit oben ausgeführtem¹⁷⁰⁾ für den Bauträgervertrag Werkvertragsrecht anzuwenden ist, gilt dies auch für den Bauträgervertrag. Auf die Schwierigkeiten, in sich abgeschlossene Teile des Werkes rechtssicher zu definieren, wurde oben schon hingewiesen.¹⁷¹⁾ Art. 244 EGBGB ermächtigt das Bundesjustizministerium, im Einvernehmen mit dem Bundeswirtschaftsministerium durch Rechtsverordnung unter Abweichung von § 632a BGB bei der Errichtung von Häusern oder vergleichbaren Bauwerken u.a. zu regeln,
- „welche Abschlagszahlungen bei Werkverträgen verlangt werden können, ... insbesondere wieviele Abschläge vereinbart werden können, welche erbrachten Gewerke hierbei mit welchen Prozentsätzen der Gesamtbausumme angesetzt werden können, welcher Abschlag für eine in dem Vertrag enthaltene Verpflichtung zur Verschaffung des Eigentums angesetzt werden kann ...“
- 88 Unter Bezug auf die Vorgängernorm des Art. 244 EGBGB, nämlich § 27a AGBG, erließ das Bundesjustizministerium im Einvernehmen mit dem Bundeswirtschaftsministerium die sog. Abschlagszahlungsverordnung vom 23.05.2001, die am 29.05.2001 in Kraft trat.¹⁷²⁾ In § 1 Satz 1 dieser VO folgendes geregelt:
- 89 „§ 1 Zulässige Abschlagszahlungsvereinbarungen
- In Werkverträgen, die die Errichtung eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks auf einem Grundstück zum Gegenstand haben und zugleich die Verpflichtung des Unternehmers enthalten, dem Besteller das Eigentum an dem Grundstück zu übertragen oder ein Erbbaurecht zu bestellen oder zu übertragen, kann der Besteller zur Leistung von Abschlagszahlungen entsprechend § 3 Abs. 2 der Makler- und Bauträgerverordnung unter den Voraussetzungen ihres § 3 Abs. 1 verpflichtet werden. ...“
- 90 Durch das zuvor verwandte Wort „entsprechend“ wird verdeutlicht, dass von § 632a Satz 1 BGB über Art. 244 EGBGB in der Weise *vertraglich* soll abgewichen werden können, dass an die Stelle der „in sich abgeschlossenen Teiles des Werkes“ Abschlagszahlungen auch dann zivilrechtlich sollen vereinbart werden können, wenn sie sich an der öffentlichrechtlichen Entgegennahmeverbotsregelung des § 3 Abs. 2 MaBV orientieren, vorausgesetzt, die öffentlichrechtliche Entgegennahmeverbotsregelung des § 3 Abs. 1 MaBV ist beachtet.
- 91 Dies bedeutet, wobei man differenzieren muss:
- (1) Abschlagszahlungsvereinbarungen gemäß § 632a Satz 1 BGB müssen aufgrund Art. 244 EGBGB i.V.m. § 1 Satz 1 AbschVO nicht mehr zwingend nur noch für in sich abgeschlossene Teile des Werkes vereinbart werden. Sie können statt dessen auch für Gewerke vereinbart werden, wie sie in § 3 Abs. 2 MaBV geregelt sind, wenn im übrigen die den Bauträger

170) S.o. Rdn. 28

171) S.o. Rdn. 69 f.

172) BGBl. I 2001, 981 (abgedruckt auch in Palandt/*Sprau*, BGB, 62. Aufl. 2003, § 632a Anhang)

treffenden öffentlichrechtlichen Entgegennahmeverbotsregelungen des § 3 Abs. 1 MaBV beachtet sind. Damit ist zunächst nur etwas dazu gesagt, dem *Rechtsgrunde* nach die „in sich abgeschlossenen Teile des Werkes“ des § 632a Satz 1 BGB in einer zivilrechtlichen Abschlagszahlungsvereinbarung durch Abschläge „entsprechend“ § 3 Abs. 2 MaBV ersetzen zu dürfen.

- 92 (2) In welcher *Höhe* eine solche *zivilrechtliche* Abschlagszahlungsvereinbarung gemäß § 632a Satz 1 BGB Prozentsätze für die einzelnen Gewerke zulässt, ist in § 1 Satz 1 AbschlVO nicht wörtlich angesprochen. Es wäre m.E. nicht zutreffend und würde gegen die oben angesprochenen notariellen Amtspflichten verstoßen, einfach zu meinen, man könne in der zivilrechtlichen Abschlagszahlungsvereinbarung gemäß § 632a Satz 1 BGB denen für Abschläge zuzuordnenden Gewerken „entsprechend“ § 3 Abs. 2 MaBV auch einfach die dort genannten Prozentsätze zuordnen. Denn dabei würde folgendes verkannt:
- 93 Die öffentlichrechtliche Entgegennahmeverbotsregelung des § 3 Abs. 2 MaBV, die sich mit oben dargestelltem nur an den Bauträger richtet, enthält keine Abschlagszahlungen sondern einen Ratenplan. Die dort genannten Prozentsätze sind nur *Obergrenzen*, die aus *öffentlichrechtlichen* Gründen nicht überschritten werden dürfen, sie besagen aber in Anbetracht des auch MaBV-rechtlichen Äquivalenzprinzips¹⁷³⁾ nicht, dass in jedem Fall für die dort genannten Gewerke diese Prozentsätze für den Fall von Zahlungen zugrunde gelegt werden dürfen, sondern nur, dass *höchstens* Zahlungen bis zu diesen dort ausgewiesenen Prozenten zugrunde gelegt werden dürfen, wenn die Leistungen der entsprechenden Gewerke erbracht worden sind. *Zivilrechtliche* Abschlagszahlungsvereinbarungen müssen aber in Anbetracht des in § 632a Satz 1 BGB gesetzlich geregelten Äquivalenzprinzips beachten, dass nur „Abschlagszahlungen für die erbrachten vertragsgemäßen Leistungen verlangt“ werden dürfen. Dies ist etwas grundlegend anderes, als die aus öffentlichrechtliche Gründen gegenüber dem Bauträger zwingenden Vorgaben (§ 12 MaBV), bei der Entgegennahme von Zahlungen in keinem Falle die in § 3 Abs. 2 MaBV jeweils vorgeschriebenen prozentualen *Obergrenzen* überschreiten zu dürfen. Es ist daher auch in Anbetracht all dessen nicht möglich, aufgrund § 1 AbschlVO öffentlichrechtlich bedingte Höchstprozentsätze des § 3 Abs. 2 MaBV in entsprechender Anwendung zum Gegenstand einer zivilrechtlichen Abschlagszahlungsvereinbarung zu machen, bei der es nicht um Höchstprozentsätze geht, sondern in § 632a Satz 1 BGB Maßstab für das „Verlangen“ des Bauträgers die „erbrachten vertragsmäßigen Leistungen“ sind. Höchstprozentsätze und Äquivalenzprinzip lassen sich zivilrechtlich nicht miteinander vereinbaren.
- 94 (3) Dies bedeutet: Wenn ein Bauträger mit einem Besteller *zivilrechtlich* Abschläge vereinbart, muss er sich aufgrund Art. 244 EGBGB i.V.m. § 1 Satz 1 AbschlVO dabei nach nicht an den „in sich abgeschlossenen Teilen des Werkes“ orientieren, sondern kann statt dessen dem *Rechtsgrunde* nach Abschläge „entsprechend“ § 3 Abs. 2 MaBV vereinbaren. Zivilrechtlich sind den einzelnen Abschlägen allerdings der *Höhe* nach die Prozentsätze zuzuordnen, die je nach Bauträgervertrag und konkretem Bauvorhaben wertäquivalent der jeweils erbrachten vertragsgemäßen Leistung pro Abschlag entspricht.¹⁷⁴⁾ Wendet der Besteller später beim zu zahlenden Abschlag ein, die entsprechenden Leistung sei nicht vertragsgemäß erbracht, so hat er dann insoweit ein entsprechendes Zurückbehaltungsrecht samt Druckzuschlag. Dies ändert aber nichts an der Zulässigkeit einer Abschlagszahlungsvereinbarung für eine wert-

173) S.o. Rdn. 73 m.w.N.

174) Ähnlich *Karczewski/Vogel* BauR 2001, 859, 865; s.u. Rdn. 391 - 499

äquivalente vertragsgerechte Leistung, geht man doch bei Vertragsabschluss noch davon aus, dass der Bauträger seine Leistungen vertragsgerecht erbringen werde.¹⁷⁵⁾

- 95 Werden zivilrechtlich dem *Rechtsgrunde* nach Abschlüsse „entsprechend“ § 3 Abs. 2 MaBV vereinbart und der *Höhe* nach an dem gesetzlichen Äquivalenzprinzip der „vertragsgemäßen Leistung“ (§ 632a Satz 1 BGB) ausgerichtet, dann ist dies beim öffentlichrechtlichen Entgegennahmeverbot des § 3 Abs. 2 MaBV in seiner direkten Anwendung nicht anders, seitdem die Rechtsprechung auch MaBV-rechtlich vom Äquivalenzprinzip ausgeht. Beim öffentlichrechtlichen Entgegennahmeverbot des § 3 Abs. 2 MaBV in seiner *direkten* Anwendung ist lediglich zusätzlich zu beachten, dass ungeachtet der Höhe einer zivilrechtlichen Abschlagszahlung bei vertragsgemäßer Leistung wegen § 12 MaBV in keinem Fall die in § 3 Abs. 2 MaBV geregelten prozentualen Obergrenzen überschritten werden dürfen.
- 96 Ein solches Verständnis von § 632a Satz 1 BGB, Art. 244 EGBGB, § 1 Satz 1 AbschlVO ist in sich systemkonform und steht im Einklang mit der dargestellten Rechtsprechung des BGH. Bei einem solchen Verständnis von § 632a Satz 1 BGB, Art. 244 EGBGB, § 1 Satz 1 AbschlVO ist darin kein Verstoß gegen nationales Verbraucherschutzrecht erkennbar.

b1.1.2) § 632a Satz 3 BGB

- 97 Aus dem Zusammenspiel von § 632a Satz 1 und Satz 3 BGB wird deutlich, dass Abschlagszahlungen auch dann vereinbart werden können, wenn die dafür erbrachte Leistung nicht sofort in das Eigentum des Bestellers übergeht. In einem solchen Fall muss aber der Unternehmer gemäß § 632a Satz 3 BGB dem Besteller Sicherheit leisten. Und was Sicherheiten sind, ergibt sich aus § 232 BGB.¹⁷⁶⁾ Die Vormerkung ist dort nicht erwähnt, weil sie keine Sicherheit sondern eine „Sicherheit“ (so der Wortlaut in § 883 Abs. 1 BGB) ist. Da mit oben ausgeführtem¹⁷⁷⁾ für den Bauträgervertrag Werkvertragsrecht anzuwenden ist, gilt dies auch für den Bauträgervertrag. Die Folge ist, dass beim klassischen Bauträgervertrag ohne frühen Eigentumsübergang zivilrechtlich Abschlüsse gemäß § 632a Satz 1 BGB vereinbart werden können, im Gegenzuge dafür aber der Bauträger dem Besteller für die von diesem zu leistenden Abschlüsse jeweils Sicherheit zu leisten hat (§ 632a Satz 3 BGB). Da § 3 Abs. 2 MaBV nur eine den Bauträger ansprechende öffentlichrechtliche Entgegennahmeverbotsregelung ist, die mit dem die Vertragsparteien betreffenden zivilrechtlichen § 632a BGB bezüglich einer direkten Anwendung nichts zu tun hat, vermag § 3 Abs. 2 MaBV die Vertragsparteien auf der *zivilrechtlichen* Ebene des Bauträgervertrages von § 632a BGB, insbesondere von dessen Satz 3, nicht zu dispensieren.
- 98 Art. 244 EGBGB ermächtigt das Bundesjustizministerium, im Einvernehmen mit dem Bundeswirtschaftsministerium durch Rechtsverordnung unter Abweichung von § 632a BGB bei der Errichtung von Häusern oder vergleichbaren Bauwerken u.a. zu regeln, *w e l c h e Sicherheiten* dem Besteller bei Abschlagszahlungen hierfür zu leisten sind. In Art. 244 EGBGB ist als Ermächtigungsgrundlage für eine solche Rechtsverordnung nicht geregelt, dass in einer Rechtsverordnung vorgesehen werden könnte, dass an die Stelle von Sicherheiten Sicherungen treten könnten und dass man Abschlagszahlungen ohne Sicherheiten vereinbaren könnte. Denn Art. 244 EGBGB ermächtigt den Ordnungsgeber nur, zu regeln, „*welche*“ Sicherheiten dem Besteller für von diesem gezahlte Abschlüsse zu leisten sind, dort ist mit keinem Wort davon die Rede, der Ordnungsgeber sei ermächtigt, von dem in § 632a Satz 3 BGB geregelten Sicherheitenerfordernis gänzlich zu dispensieren.

175) S.u. Rdn. 391 - 399

176) *Rodemann* BauR 2002, 863, 868

177) S.o. Rdn. 28

- 99 Mit dieser Vorgabe in Art. 244 EGBGB steht § 1 Satz 3 AbschlVO im krassen Widerspruch, wenn dort geregelt ist, bei Abschlagszahlungsvereinbarungen gemäß § 632a BGB bräuchten weitergehende Sicherheiten nicht vorgesehen werden. § 1 Satz 3 AbschlVO ist folglich von der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage des Art. 244 EGBGB nicht gedeckt und aufgrund Verstoßes gegen Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG schon deshalb verfassungswidrig.¹⁷⁸⁾ Da die Widersprüchlichkeit von Art. 244 EGBGB letzter Halbsatz und § 1 Satz 3 AbschlVO offensichtlich ist, ist der beurkundende Notar in Anbetracht seiner oben dargestellten Amtspflichten¹⁷⁹⁾ gehalten, den sichersten Weg zu gehen. Und dann stellt sich ihm die Rechtslage wie folgt dar:
- 100 Art. 244 EGBGB hat das Bundesjustizministerium im Einvernehmen mit dem Wirtschaftsministerium ermächtigt, durch Rechtsverordnung u.a. zu regeln, *w e l c h e Sicherheiten* dem Besteller bei Abschlagszahlungen hierfür zu leisten sind. Von dieser Ermächtigung hat der Verordnungsgeber nicht bzw. nicht verfassungsgemäß Gebrauch gemacht, da in der AbschlVO nicht geregelt ist, *w e l c h e Sicherheiten* dem Besteller bei Abschlagszahlungen hierfür zu leisten sind. Folglich bleibt es derzeit bei der Einschlägigkeit des § 632a Satz 3 BGB.
- 101 Ausgehend von § 632a Satz 3 BGB müsste mithin der Bauträger für Abschlagszahlungen dem Besteller Sicherheiten leisten und was Sicherheiten sind, ist in § 232 BGB geregelt. Dort ist aber nur geregelt, welcher *Art* Sicherheiten sein müssen, nicht aber welchen *Inhalt* diese haben müssen. Auch regelt § 632a Satz 3 BGB nicht, welches Bedürfnis des Bestellers nach Sicherheit inhaltlich wie abzusichern ist. Möchte man hier ansetzen, so wären 2 Alternativen zu betrachten:
- 102 (1) Das Bedürfnis des Bestellers könnte darauf ausgerichtet sein, für den Fall der Insolvenz des Bauträgers oder einer sonstigen Leistungsstörung, die ein Hindernis für eine abnahmegerechte Herstellung des Bauvorhabens wäre, die Rückzahlung vom Besteller bezüglich bereits erbrachter Zahlungen abzusichern.
- 103 (2) Das Bedürfnis des Bestellers könnte aber statt dessen darauf ausgerichtet sein, für den Fall solcher Störungen sichergestellt zu sehen, dass die Fertigstellung des Bauvorhabens finanziell in einer Weise gesichert wird, dass der Besteller mit keinen höheren Kosten als bei normaler Vertragsabwicklung zu rechnen hat.
- 104 § 632a Satz 3 BGB regelt, dass dem Besteller das Eigentum „an den Teilen des Werkes...“ übertragen wird *oder* – nicht und - „hierfür“ Sicherheit geleistet wird. Was damit gemeint sein könnte, erschließt sich weder aus dem Gesetzeswortlaut noch aus der Gesetzesbegründung. Beide zuvor genannten Zwecksetzungen sind denkbar.¹⁸⁰⁾ Wenn aber beide Zwecksetzungen denkbar sind, wäre es angebracht, zwischen dem, was das Gesetz gemeint haben könnte und dem, worauf sich die Vertragsparteien verständigen könnten, zu unterscheiden. Würden sich die Vertragsparteien darauf verständigen, für die geleisteten Abschläge Sicherheit zu leisten, so wäre z.B. jede Abschlagszahlung durch Bankbürgschaft (§ 232 Abs.2 BGB) zu sichern. Würden dagegen sich die Vertragsparteien darauf verständigen, z.B. die Mehrkosten der Restfertigstellung abzusichern, so wären diese und nicht die gezahlten Abschläge zu sichern. An die Stelle des Gesetzeszweckes würde mithin der übereinstimmende Wille der Vertragsparteien treten, der vom beurkundenden Notar zuvor zu ermitteln wäre und zum Inhalt der Urkunde gemacht werden sollte.

178) Zu verfassungsrechtlichen Bedenken im übrigen *Wagner ZfIR* 2001, 422

179) S.o. Rdn. 24 - 25

180) *Kniffka*, IBR-Online-Kommentar Bauvertragsrecht, § 632a BGB Rdn. 12; Bamberger/Roth/Voit, BGB, 2003, § 632a Rdn. 10 meint, der Gesetzgeber beziehe die Sicherheitsleistung auf den Eigentumserwerb, was keinen Sinn ergebe. Sinnvoller wäre, sie auf die bezahlten Abschläge zu beziehen.

- 105 Würden sich die Vertragsparteien auf die Absicherung des zu (2) beschriebenen verständigen, dann würde dem Umstand Rechnung getragen, dass § 632a Satz 3 BGB nicht vorschreibt, wie eine gestellte Sicherheit inhaltlich ausgestaltet sein muss, folglich auch nicht vorgegeben ist, ob eine als Sicherheit vom Bauträger gestellte Bankbürgschaft gezahlte Abschläge oder eventuelle Mehrkosten einer Restfertigstellung absichert. Letzteres müsste sich dann allerdings, da der Bauträgervertrag in der Regel Formularvertrag ist, an den §§ 305 ff. BGB messen lassen. Da der Grundgedanke der gesetzlichen Regelung in § 632a Satz 3 BGB mit zuvor Ausgeführtem nicht eindeutig zu ermitteln ist, kann die Absicherung eventueller Mehrkosten einer Restfertigstellung nicht gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB verstoßen. Im Hinblick auf § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB würde zudem die Erreichung des Vertragszwecks nicht gefährdet sondern sichergestellt. Auch läge keine unangemessene Benachteiligung gemäß § 307 Abs. 1 BGB vor. Hinzu käme, daß auf diese Weise der Bauträger auf diese Weise Erwägungsgrund (16) Satz 4 VerbrRL Rechnung tragen würde,¹⁸¹⁾ der da lautet:

„Dem Gebot von Treu und Glauben kann durch den Gewerbetreibenden Genüge getan werden, indem er sich gegenüber der anderen Partei, deren berechtigten Interessen er Rechnung tragen muss, loyal und billig verhält.“

b1.2) Gemeinschaftsrecht

- 106 Wird ein klassischer Bauträgervertrag abgeschlossen und werden dort gemäß § 1 AbschlVO „entsprechend“ § 3 Abs. 2 MaBV vertraglich Raten zu denen in § 3 Abs. 2 MaBV genannten Prozentsätzen vereinbart so handelt es sich aus oben genannten Gründen bei den Raten um zudem wertinäquivalente Vorauszahlungen.¹⁸²⁾ Wird zudem im Bauträgervertrag von § 1 Satz 3 AbschlVO Gebrauch gemacht und werden folglich im Bauträgervertrag keine vom Bauträger zu stellende Sicherheiten vereinbart, so handelt es sich um unbesicherte Vorauszahlungen.
- 107 Gemäß Art. 3 Abs. 3 i.V.m. Anhang Nr. 1. o) VerbrRL (93/13/EWG) sind Vertragsklauseln nichtig, die darauf abzielen oder zur Folge haben, dass der Verbraucher allen seinen Verpflichtungen nachkommen muss, obwohl der Gewerbetreibende seine Verpflichtungen nicht erfüllt. Dazu zählen auch Vorleistungsklauseln.¹⁸³⁾ Also unterfällt die Vereinbarung von Vorauszahlungen Art. 3 Abs. 3 i.V.m. Anhang Nr. 1. o) VerbrRL (93/13/EWG), wobei mit oben Ausgeführtem beim klassischen Bauträgervertrag mit spätem Eigentumsübergang bereits die Vereinbarung von Raten „entsprechend“ § 3 Abs. 2 MaBV Vorauszahlungen sind und nicht nur die vereinbarte Totalvorauszahlung, welche mittels § 7 MaBV besichert wird.¹⁸⁴⁾ Während sich bei der Totalvorauszahlung in Anbetracht der Banksicherheit des § 7 MaBV die Frage stellt, ob durch diese in Anbetracht des Richtlinienverstößes gegen Art. 3 Abs. 3 i.V.m. Anhang Nr. 1. o) VerbrRL (93/13/EWG) eine Kompensation vorhanden sein könnte,¹⁸⁵⁾ die Erwägungsgrund (16) Satz 4 VerbrRL (93/13/EWG) entsprechen könnte, fehlt es bei einer Ratenzahlungsvereinbarung „entsprechend“ § 3 Abs. 2 MaBV mit dort genannten Prozentsätzen (§ 1 Satz 1 AbschlVO) ohne jede Sicherheit (§ 1 Satz 3 AbschlVO) an jeglicher Kompensation. Denn im Insolvenzfall des Bauträgers würde der Besteller weder gezahlte Abschläge zurückerhalten noch bezüglich eventueller

181) *Wagner* ZfIR 10/2001, Beilage Seite 15 - 17

182) S.o. Rdn. 93 f.

183) *Pfeiffer* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Stand 5/1999, A 5 Anhang Rdn. 129; *Wolf* in: Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, 4. Aufl. 1999, RiLi Anhang Nr. 1. o) Rdn. 191; *Wagner* ZNotP 2002, Beilage zu Heft 7, Seite 11

184) Dazu die Vorlage von BGH 02.05.2002 – VII ZR 178/01, WM 2002, 1506; dazu *Wagner* ZNotP 2002, Beilage zu Heft 7, Seite 11; *Wagner* WuB I E 5. – 5.02

185) Zur Klärung dieser Frage hat der BGH 02.05.2002 – VII ZR 178/01, WM 2002, 1506 dem EuGH vorgelegt

- Mehrkosten bei der Restfertigstellung abgesichert sein. Der klassische Bauträgervertrag, insbesondere wenn er von den Möglichkeiten des § 1 AbschlVO Gebrauch macht, verstößt dann mithin gegen Art. 3 Abs. 3 i.V.m. Anhang Nr. 1. o) VerbrRL (93/13/EWG).¹⁸⁶⁾
- 108 § 1 Satz 3 AbschlVO sagt nicht, dass abweichend von § 632a Satz 3 BGB das dort normierte Sicherheitenerfordernis zwingend entfällt. Dort heißt es vielmehr, weitergehende Sicherheiten bräuchten nicht vorgesehen zu werden. Der Ordnungsgeber überlässt es mithin den Vertragsparteien des Bauträgervertrages, ob sie Sicherheiten vorsehen und wie diese inhaltlich ausgestaltet werden. Dies bedeutet für den beurkundenden Notar, dass er die Vertragsbeteiligten bereits im Vorfeld der Beurkundung (§ 17 Abs. 2a Satz 1 BeurkG) aber auch anlässlich der Beurkundung darüber zu belehren hat (§ 17 Abs. 1 und 2 BeurkG), dass es bei einer Ratenzahlungsvereinbarung „entsprechend“ § 3 Abs. 2 MaBV mit dort genannten Höchst-Prozentsätzen (§ 1 Satz 1 AbschlVO) ohne jede Sicherheit (§ 1 Satz 3 AbschlVO) an jeglicher Kompensation fehlt, dadurch der Besteller das Risiko tragen würde, im Insolvenz- bzw. Leistungsstörungsfall des Bauträgers weder gezahlte Abschläge zurückerhalten noch bezüglich eventueller Mehrkosten bei der Restfertigstellung abgesichert zu sein. Und deshalb könnte der Bauträgervertrag wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 3 i.V.m. Anhang Nr. 1. o) VerbrRL (93/13/EWG) unwirksam sein, was schließlich nicht nur den Besteller sondern auch den Bauträger tangieren würde. Bestehen Bauträger und Besteller gleichwohl auf einer Beurkundung ungeachtet der gemeinschaftsrechtlichen Probleme, dann muss der Notar die Beurkundung ablehnen, wenn er von der Unwirksamkeit des vereinbarten Bauträgervertrages überzeugt ist. Hat er nur Zweifel, muss er seine diesbezügliche Belehrung und die Erklärungen der Vertragsbeteiligten in die Urkunde aufnehmen (§ 17 Abs. 2 Satz 2 BeurkG), darf dann aber beurkunden. Im letzteren Fall hat der Notar *seine* Haftungsrisiken beseitigt, die Probleme einer möglichen Unwirksamkeit des zwischen dem Besteller und dem Bauträger Vereinbarten und das Risiko, dass sich später der Besteller dem Bauträger gegenüber im Hinblick auf § 310 Abs. 3 Nr. 3 i.V.m. Art. 3 Abs. 3 i.V.m. Anhang Nr. 1. o) VerbrRL (93/13/EWG) darauf beruft, bestehen aber zwischen den Vertragsbeteiligten fort.
- 109 Daher vermeidet man diese gemeinschaftsrechtlichen Probleme ähnlichen wie Probleme nach deutschem Recht jedenfalls dann, wenn man das zuvor schon Angesprochene vereinbart:
- 110 - Abschlagszahlungen werden zwar gewerkweise vereinbart, die diesen Abschlägen zuzuordnenden Prozentsätze müssen aber wertäquivalent zur vertragsgerechten Leistung sein;¹⁸⁷⁾
- 111 - Da damit bei spätem Eigentumsübergang aber gleichwohl Vorauszahlungen gegeben wären, wird im Hinblick auf § 632a Satz 3 BGB eine vom Bauträger zu stellende Sicherheit vereinbart, die z.B. als Bankbürgschaft in Höhe von pauschalisierten 10 %, bemessen an der vereinbarten Vergütung, denkbare Mehrkosten einer Restfertigstellung im Falle der Insolvenz des Bauträgers absichert.¹⁸⁸⁾
- 112 - Die richtlinienwidrige Vorauszahlung gemäß Art. 3 Abs. 3 i.V.m. Anhang Nr. 1. o) VerbrRL (93/13/EWG) würde auf diese Weise im Hinblick auf Erwägungsgrund (16) Satz 4 VerbrRL (93/13/EWG) kompensiert werden, weshalb dieser Vorschlag als Kompensationsmodell bezeichnet wurde.¹⁸⁹⁾

186) *Wagner ZNotP* 2002, Beilage zu Heft 7, Seite 11 f., 17

187) S.o. Rdn. 93 f.

188) So auch der baurechtliche Ergänzungsentwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz des Arbeitskreises Schuldrechtsmodernisierungsgesetz des Institutes für Baurecht Freiburg e.V. (IfBF), BauR 04/2001, Beilage Seite 4 f., 15 f.; Ferner *Wagner ZfIR* 10/2001, Beilage Seite 16

189) *Wagner BauR* 2001, 1313, 1323 f.; *Wagner ZfIR* 10/2001, Beilage Seite 15 f.; *Wagner ZNotP* 2002, Beilage zu Heft 7, Seite

b2) Andere Lösungen: Zahlungsabwicklungen über Notaranderkonto? Spätere individualvertragliche Regelung der Parteien bei vorgezogener Auflassungserklärung? Weitere Sicherheiten für den Käufer?

b2.1) Zahlungsabwicklung über Notaranderkonto?

113 Man muss hier zwischen der notarrechtlichen und der baurechtlichen Seite unterscheiden.

Notarrechtlich darf der Notar eine Verwahrung von Geldern per Notaranderkonto vornehmen, wenn hierzu u.a. „ein berechtigtes Sicherungsinteresse der am Verwahrungsgeschäft beteiligten Personen besteht“ (§ 54a Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 BeurkG). Im Rundschreiben Nr. 31/2000 der Bundesnotarkammer vom 04.09.2000 wird dies wie folgt definiert:

114 „... In diesem Zusammenhang ist aber darauf hinzuweisen, dass nach der Gesetzesbegründung durch § 54 a BeurkG „einer formularmäßig vorgesehenen Verwahrung entgegengewirkt werden“ soll. Für die Prüfung des berechtigten Interesses durch den Notar ist danach von Bedeutung, ob, wie im Rundschreiben dargelegt, die Verwahrung die Sicherung von Beteiligten verbessert. Daher stellen die dort aufgeführten Fallgruppen - unter Wahrung eines Beurteilungsspielraums des Notars - nach wie vor eine geeignete Orientierungshilfe für die Wahl der Abwicklungsmethode von Kaufverträgen dar. Folgende Gesichtspunkte verdienen dabei besondere Hervorhebung:

115 - Der Notar hat vor der Durchführung einer Verwahrung das Vorliegen des berechtigten Sicherungsinteresses der Beteiligten zu prüfen. Der Prüfung muss notwendig eine Risikoprognose des Notars zugrunde liegen. Hat der Notar das Vorliegen des berechtigten Sicherungsinteresses in einem konkreten Einzelfall geprüft, so ist ein rational nachvollziehbares Ergebnis als Ausdruck notarieller Unabhängigkeit zu akzeptieren. Dem Notar ist insoweit ein Beurteilungsspielraum vorbehalten (vgl. Arndt/Lerch/Sandkühler, § 23 BNotO, Rdn. 41).

116 - Im Hinblick auf die Mitwirkung des Verkäufers bei der Sicherung des Kaufpreisdarlehens (Rundschreiben, Seite 5 ff) ist darauf hinzuweisen, dass es sich hierbei nicht um eine Besonderheit der Abwicklung durch Direktzahlung handelt. Die Hinterlegung fremdfinanzierter Kaufpreisteile hat zur Folge, dass der Käufer die Finanzierungskosten einschließlich Zinsen für den Kaufpreis zu tragen hat, ohne dass der Verkäufer bereits über den Kaufpreis verfügen kann. Je länger die Zeit bis zur Eigentumsumschreibung andauert, um so stärker wirken sich die geschilderten Nachteile einer Finanzierung ohne Mitwirkung des Verkäufers aus.“

117 In diesem Rundschreiben vom 04.09.2000 wird Bezug genommen auf das Rundschreiben 01/1996 vom 11.01.1996 und dort heißt es u.a.:

„2. Beim Bauträgervertrag ist eine Abwicklung der einzelnen Kaufpreisratenzahlungen über Notaranderkonto in aller Regel nicht sachgerecht. Sind die Voraussetzung des § 3 Abs. 1 MaBV erfüllt, hängt die Fälligkeit der einzelnen Kaufpreisraten allein vom Baufortschritt ab. Die Hinterlegung auf Anderkonto bietet keinem Vertragsteil zusätzliche Sicherheit, da als Auszahlungsvoraussetzung regelmäßig nur die entsprechende Bestätigung des Verkäufers über den Bautenstand in Betracht kommt.“

118 Diese *notarielle* Sichtweise berücksichtigte folgendes nicht:

119 - Der Bauträgervertrag ist kein Kaufvertrag.¹⁹⁰⁾

120 - Es geht nicht um Kaufpreisratenzahlungen, sondern um Abschlagszahlungen.¹⁹¹⁾

121 - Die Vereinbarung von Abschlagszahlungen muss wertäquivalent sein.¹⁹²⁾

190) S.o. Rdn. 26 - 28

191) S.o. Rdn. 29

192) S.o. Rdn. 72 f. m.w.N.

- 122 - Auch bei vereinbarten und bezahlten Abschlägen „entsprechend“ § 3 Abs. 2 MaBV handelt es sich um Vorauszahlungen.
- 123 - Man muß bei Abschlägen „entsprechend“ § 3 Abs. 2 MaBV zwischen solchen zivilrechtlich dem Rechtsgrunde nach vereinbarten und denen zivilrechtlich gegen das Äquivalenzprinzip verstoßenden Höchst-Prozentsätzen bei entsprechender Anwendung des § 3 Abs. 2 MaBV unterscheiden.
- 124 - Vor dem Inkrafttreten des § 632a BGB war für diese Vorauszahlungen keine Stellung von Sicherheiten vorgesehen und aufgrund des verfassungsrechtlich¹⁹³⁾ und gemeinschaftsrechtlich¹⁹⁴⁾ zweifelhaften § 1 Satz 3 AbschlVO könnte auch jetzt nicht auf die Gestellung von Sicherheiten verzichtet werden.¹⁹⁵⁾
- 125 *Baurechtlich* ist immer noch die Entscheidung des BGH vom 11.10.1984¹⁹⁶⁾ bedeutsam, wonach es AGB-widrig ist, wenn in einem Bauträgervertrag ein Notaranderkonto vereinbart wird und der Besteller unabhängig von der Frage, ob Werkmängel vorhanden sind, verpflichtet ist, Werklohn auf Notaranderkonto voranzuzahlen. Denn dem Besteller (damals noch „Erwerber“ genannt) werde damit das Leistungsverweigerungsrecht des § 320 Abs. 1 BGB genommen bzw. eingeschränkt
„und das Recht auf Minderung bis zu einer endgültigen Einigung oder Streitentscheidung (ausgesetzt).“¹⁹⁷⁾
- 126 Diese *baurechtliche* Sichtweise berücksichtigte folgendes nicht:
- 127 - Auch bei vereinbarten und bezahlten Abschlägen „entsprechend“ § 3 Abs. 2 MaBV handelt es sich um Vorauszahlungen.
- 128 - § 632a Satz 3 BGB fordert eine Sicherheit bei Abschlagszahlungen, wovon auch der verfassungsrechtlich und gemeinschaftsrechtlich fragwürdige § 1 Satz 3 AbschlVO nicht dispensieren kann.
- 129 - Sicherheit i.S.d. § 232 Abs. 1 BGB kann auch die Hinterlegung von Geld sein.
- 130 Es ist mithin festzuhalten, dass sowohl das notarielle Berufsrecht wie auch die Entscheidung des BGH vom 11.10.1984¹⁹⁸⁾ die aktuelle Rechtslage um den Bauträgervertrag nicht erfassen. Also ist dies zu hinterfragen.
- 131 Ausgangspunkt ist zunächst die oben schon dargelegte rechtliche Feststellung, dass ein klassischer Bauträgervertrag mit spätem Eigentumsübergang und Abschlagszahlungen ohne Sicherheiten sowohl mit dem nationalen Recht wie auch mit dem Gemeinschaftsrecht nicht konform geht.¹⁹⁹⁾ Dies vor allen Dingen dann, wenn Abschlagszahlungen „entsprechend“ § 3 Abs. 2 MaBV unbesicherte Vorauszahlungen sind, wenn gemäß § 1 Satz 3 AbschlVO entgegen § 632a Satz 3 BGB keine Sicherheit vorgesehen wird, und im Insolvenz- bzw. Leistungsstörungsfall des Bauträgers dazu führen können, dass der Besteller seiner bereits erbrachten Zahlungen verlustig geht. Auch das Argument des BGH im Hinblick auf § 320 Abs. 1 BGB ist zu überdenken: Denn wenn der Bauträger auf eigenem Grund und Boden baut und das Verbaute ihm zu Eigentum zu-

193) S.o. Rdn. 33

194) S.o. Rdn. 33

195) S.o. Rdn. 99

196) BGH 11.10.1984 – VII ZR 248/83, DNotZ 1985, 287

197) BGH 11.10.1984 – VII ZR 248/83, DNotZ 1985, 287, 290

198) BGH 11.10.1984 – VII ZR 248/83, DNotZ 1985, 287

199) S.o. Rdn. 33

wächst, der Besteller aber gleichwohl Abschläge für etwas bezahlt, für das er zum Zeitpunkt der Zahlung keinen Gegenwert erhält, so fehlt es zu den Zahlungszeitpunkten an dem typischen Synallagma. Denn der Bauträger bewirkt nicht, dass der Besteller die Bauleistung des Bauträgers Zug um Zug gegen Zahlung eines Abschlages sukzessive erhält, wächst doch die verbaute Leistung gemäß § 946 BGB eigentumsmäßig dem Bauträger selbst zu. Der Bauträger ist zu jenen Zeitpunkten Eigentümer des Grundstückes, er wird gemäß § 946 BGB Eigentümer der verbauten Leistungen und erhält die Abschläge des Bestellers. Ein (teilweises) Bewirken der Leistungserbringung des Bauträgers gegenüber dem Besteller, um dafür Abschläge verlangen zu können, findet mithin zum Zeitpunkt der Abschlagszahlungen nicht statt, so dass schon der gesetzestypische Ausgangsfall des § 320 Abs. 1 BGB nicht gegeben ist. Der Bauträger ist auch nicht vorleistungspflichtig, wovon eigentlich § 631 BGB ausgeht, da der Bauträger das Eigentum am Grundstück und das Eigentum an der Bauleistung (wegen § 946 BGB) behält. Würde man § 320 Abs. 1 BGB auch auf diese Situation übertragen wollen, so würde dies bei einer mangelhaften Bauausführung nur bedeuten, dass dem Bauträger in Anbetracht des § 946 BGB wertmäßig weniger zu Eigentum zuwachsen würde und deshalb der Besteller weniger vorauszahlen müsste. Mit § 320 Abs. 1 BGB hat dies ersichtlich aber wenig zu tun. Es liegt mithin bereits im System des Bauträgervertrages mit spätem Eigentumsübergang begründet, dass das Leistungsverweigerungsrecht des Bestellers dadurch relativiert wird, dass er zunächst vom Bauträger keine Leistung erhält und sein Recht, die Gegenleistung ganz oder teilweise verweigern zu können sich auf etwas bezieht, was im Leistungsbereich des Bauträgers verblieben ist.

- 132 *Aber:* Wenn ein Besteller ein Leistungsverweigerungsrecht bei erhaltener mangelhafter Leistung hat, dann muss ihm ein Leistungsverweigerungsrecht erst Recht zugestanden werden, wenn er vorauszahlt für eine bereits vom Bauträger erbrachte Bauleistung, die der Besteller erst später erhalten soll. Denn die Wertinäquivalenz wegen Mängeln – nicht wegen Vorauszahlung - wird ja schon bei Abschlagszahlung deutlich.
- 133 Eine Zahlung des Bestellers auf Notaranderkonto, deren Auszahlung von Notaranderkonto von bestimmten Voraussetzungen abhängig ist, ist zwar eine Vorauszahlung, aber die normale Abschlagszahlung – wie gezeigt – auch. Die frühere und auch heute noch gängige Betrachtung, die normale Abschlagszahlung sei keine Vorauszahlung, weswegen die Zahlung auf Notaranderkonto als Vorauszahlung etwas für den Besteller nachteiliges sei, ist mithin unzutreffend. Wenn also sowohl die normale Abschlagszahlung wie auch die Zahlung auf Notaranderkonto eine Vorauszahlung des Bestellers zum Gegenstand haben, bleibt zu prüfen, worin sich die Zahlung auf Notaranderkonto von der normalen Abschlagszahlung unterscheidet und ob eine Zahlung auf Notaranderkonto dem Sicherheitenerfordernis des § 632a Satz 3 BGB entspricht. Dies erfordert es aber, zunächst einmal zu betrachten, von welchen Hinterlegungen auszugehen ist:
- 134 (1) Würde die gesamte vereinbarte Vergütung vom Besteller vorausgezahlt (sog. Totalvorauszahlung) und zwar *auf* Notaranderkonto, dann wäre dies MaBV-rechtlich – also *öffentlich-rechtlich* – zunächst irrelevant, da § 3 MaBV nur ein Entgegennahmeverbot des Bauträgers zum Gegenstand hat, der Bauträger hier aber nichts entgegennimmt. Folglich würde sich in diesem Stadium auch nicht die Frage nach § 7 MaBV stellen.

Zivilrechtlich könnte aber mit der Entscheidung des BGH vom 11.10.1984²⁰⁰⁾ § 320 Abs. 1 BGB tangiert sein, da der BGH nicht darauf abstellt, ob bei Ausübung des § 320 Abs. 1 BGB dem Bauträger etwas vorenthalten wird, sondern ob der Besteller Zahlungen zurückhalten kann, um gegebenenfalls mit eigenen Gegenansprüchen aufrechnen zu können.²⁰¹⁾ § 309 Nr.

200) BGH 11.10.1984 – VII ZR 248/83, DNotZ 1985, 287, 290

201) BGH 10.11.1983 – VII ZR 373/82, NJW 1984, 725, 726 f.; BGH 11.10.1984 – VII ZR 248/83, DNotZ 1985, 287, 290; BGH 14.01.1999 - IX ZR 140/98, WM 1999, 535, 537

2a BGB könnte mithin bei Zugrundelegung dieser Rechtsprechung tangiert sein. Aber wenn in der Hinterlegungsvereinbarung geregelt wäre, dass bei vom Besteller eingewandter mangelhafter Leistung der Notar Beträge nicht von Notaranderkonto auszahlen, sondern die entsprechenden einzubehaltenden Beträge an den Besteller zurückzahlen müsste, wäre die Ausübung der Rechte gemäß § 320 Abs. 1 BGB nicht tangiert.

- 135 Mit § 632a BGB hätte dies allerdings zunächst nichts zu tun, weil es um die Einzahlung *auf* Notaranderkonto ginge und nicht um Zuflüsse per Abschlägen beim Bauträger.
- 136 Folglich muss die Betrachtung beim klassischen Bauträgervertrag mit spätem Eigentumsübergang und Abschlagszahlungen als Vorauszahlungen eigentlich eine ganz andere sein. Es wurde oben schon ausgeführt, dass aus § 632a BGB als gesetzlichem Leitbild, der auch für den Bauträgervertrag gilt, im Grunde folgendes abzuleiten ist:
- 137 - Abschlagszahlungen als Vorauszahlungen sind zulässig, ohne dass dem Besteller sofort an dem dafür Geleisteten Eigentum verschafft werden muss (§ 632a BGB).
- 138 - Dann aber muss für eine solche Vorauszahlung dem Besteller Sicherheit geleistet werden (§ 632a Satz 3 BGB) und
- 139 - die Vorauszahlung muss wertäquivalent („vertragsmäßigen Leistungen“) sein.
- 140 (2) Gemäß § 632a Satz 3 BGB hat der *Bauträger* Sicherheit zu leisten. Würde sich der Bauträger im Bauträgervertrag damit einverstanden erklären, dass Abschlagszahlungen, die ihm „entsprechend“ § 3 Abs. 2 MaBV zustehen, nicht direkt an ihn ausgezahlt werden sondern auf Notaranderkonto gezahlt werden, so würde zwar die Zahlung des Bestellers auf Notaranderkonto de facto eine Zahlung des Bestellers sein, de iure aber eine Hinterlegung des Bauträgers zu Gunsten des Bestellers. Und da es sich de iure um eine Zahlung des Bauträgers auf Notaranderkonto zu Gunsten des Bestellers handeln würde, würde sich damit auch nicht das Thema des Sicherheitseinbehaltes durch den Besteller zu Lasten des Bauträgers stellen.²⁰²⁾
- 141 Wenn der Bauträger sich z.B. damit einverstanden erklären würde, dass fällige Abschlagszahlungen „entsprechend“ § 3 Abs. 2 MaBV an ihn nicht in voller Höhe ausgezahlt würden, sondern z. B. in Höhe eines bestimmten Prozentsatzes des zur Zahlung anstehenden Betrages rechtlich mit Wirkung für den Bauträger auf einem Notaranderkonto hinterlegt würden, bis insgesamt z.B. die oben genannten 10 %²⁰³⁾ erreicht würden, die als Sicherheit für den Fall eventueller Mehrkosten der Fertigstellung im Falle der Insolvenz des Bauträgers dienen sollen, dann würde es sich insoweit um keine Sicherheit gemäß § 232 BGB handeln. Denn die in § 232 Abs. 1 HS 1 BGB angesprochene Hinterlegung von Geld des Hinterlegungspflichtigen ist nur die Hinterlegung nach der HintO, nicht die auf Notaranderkonto.²⁰⁴⁾ Ob „Sicherheit“ i.S.d. § 632a Satz 3 BGB nur eine solche gemäß § 232 BGB sein kann, erschließt sich weder aus dem Wortlaut der gesetzlichen Regelung noch aus der Gesetzesbegründung. Würde man vertreten, „Sicherheit“ in § 632a Satz 3 BGB sei nur eine solche gemäß § 232 BGB und würde mit zuvor dargestelltem eine solche Sicherheit gestellt, die nicht in § 232 BGB geregelt ist, so wäre zu klären, ob der Besteller dadurch Nachteile erleiden

202) BGH 05.06.1997 – VII ZR 324/95, BGHZ 136, 27 zur AGB-rechtlichen Unwirksamkeit einer formularvertraglichen Sicherheitseinhaltsklausel von 5 % der Auftragssumme, wenn dieser Sicherheitseinbehalt vom Besteller bis zum Ablauf einer vertraglich vereinbarten 5-jährigen Gewährleistungsfrist vorgehalten werden kann.

203) S.o. Rdn. 111

204) OLG Nürnberg 24.01.1980 - 2 W 65/79, JurBüro 1980, 1103; Münchener Kommentar/*Grothe*, BGB, 4. Aufl. 2001, § 232 Rdn. 3

würde, wäre diese Variante für den Besteller doch ungleich vorteilhafter, als der Verzicht auf Sicherheiten gemäß § 1 Satz 3 AbschlVO.

- 142 Bei der hier dargestellten Sicherheit würde das Recht des Bestellers gemäß § 320 Abs. 1 BGB nicht tangiert, würde doch der Besteller dieses Recht bei jeder Abschlagszahlung ausüben können, während der dem Notaranderkonto zuzuführende Betrag von dem Betrag „entnommen“ würde, der an sich dem Bauträger ausbezahlt wäre. Auch Erwägungsgrund (16) Satz 4 VerbrRL würde entsprochen, indem der Bauträger in angemessener Weise auf die Belange des Bestellers Rücksicht nehmen würde.
- 143 Eine solchermaßen im Bauträgervertrag vorgesehene Sicherheit, die zwar in § 232 BGB nicht erwähnt ist, aber weit über die verfassungswidrige und richtlinienwidrige Regelung des § 1 Satz 3 AbschlVO hinaus geht – keine Sicherheit stellen zu müssen –, zudem § 320 Abs. 1 BGB auf Seiten des Bestellers nicht tangiert und Erwägungsgrund (16) Satz 4 VerbrRL entspricht, dürfte wohl nicht beanstandenswert sein.²⁰⁵⁾

b2.2) Alternative: Spätere individualvertragliche Vereinbarung eines vorgezogenen Eigentumsübergangs

- 144 Mit oben Ausgeführtem²⁰⁶⁾ wurde verdeutlicht, dass *zivilrechtlich* eine Abschlagszahlung - keine Rate - zum Zeitpunkt der Bezugsfertigkeit vereinbart werden kann, jedoch nicht zu den starren Prozentsätzen des § 3 Abs. 2 Nr. 2 MaBV, sondern zu wertäquivalenten Prozentsätzen,²⁰⁷⁾ aus MaBV-rechtlichen Gründen nach oben „gedeckelt“ durch die Prozentsätze des § 3 Abs. 2 Nr. 2 MaBV.²⁰⁸⁾ Allerdings bleibt aus dargelegten Gründen die Pflicht zur Gestellung von Sicherheiten gemäß § 632a Satz 3 BGB, entweder in Höhe des gezahlten Abschlags oder als Kompensation in Höhe von denkbaren Mehrkosten für den Fall des Scheiterns des Bauvorhabens.²⁰⁹⁾ Möchten die Vertragsparteien diesem Sicherheitenerfordernis aus dem Wege gehen, können sie z.B. zum Zeitpunkt der Bezugsfertigkeit in notariell beurkundeter Form die Auflassung vereinbaren und die Eigentumsumschreibung durchführen.²¹⁰⁾ Die Folge wäre, dass der Besteller Eigentum am Grundstück und an dem Verbauten erhalten würde, was bis dahin gemäß § 946 BGB dem Bauträger zu Eigentum zugewachsen war. Der Besteller würde dann nicht mehr vorbezahlen, sondern für das zahlen, was er zu Eigentum erhalten hat. Auf diese Situation ist § 632a Satz 3 BGB nicht (mehr) anwendbar. Im übrigen würde mit Eigentumsumschreibung auch die Grundlage der weiteren öffentlichrechtlichen Anwendung der MaBV entfallen.²¹¹⁾

2. Abnahme

a) Abnahme/Abnahmefähigkeit – Fertigstellung

- 145 Insoweit wird auf oben bereits Ausgeführtes verwiesen.²¹²⁾

205) S.u. Rdn. 402, 411 - 414

206) s.o. Rdn. 29

207) s.o. Rdn. 72; s.u. Rdn. 390 - 399

208) s.o. Rdn. 72; s.u. Rdn. 403, 410, 420 f.

209) s.o. Rdn. 102 - 103 ff.; *Wagner ZfIR* 10/2001, Beilage Seite 15 f.

210) S.u. Rdn. 378

211) *Wagner WM* 2001, 718, 721 ff.; *Wagner BauR* 2001, 1313, 1329 f.; s.o. Rdn. 1, 30 m.w.N.

212) S.o. Rdn. 44 f. und 47 f. Zur Abnahme siehe ferner *Thode/Quack*, Abnahme und Gewährleistung im Bau- und Bauträgervertrag, 2003, Rdn. 158 ff.

b) Probleme der Abnahme von „Gemeinschaftseigentum“

b1) Bisherige Rechtslage

- 146 Errichtet der Bauträger Wohnungen im Geschosswohnungsbau, teilt diese in Wohnungseigentum auf, und veräußert diese vorab oder während des Bauablaufs, wurde/wird in Bauträgerverträgen die Abnahme von Sonder- und Gemeinschaftseigentum getrennt geregelt. Dies hat folgenden Hintergrund:
- 147 Der BGH²¹³⁾ judizierte, Gewährleistungsansprüche wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum könne der einzelne Wohnungseigentümer aufgrund seines Vertragsverhältnisses zum Bauträger geltend machen. Dies betreffe die Beseitigung von Mängeln am Gemeinschaftseigentum, die Nachbesserung, die Geltendmachung des Ersatzes von Aufwendungen für die Mängelbeseitigung und den Vorschuss auf voraussichtliche Mängelbeseitigungskosten. Ferner könne der Erwerber Wandlung²¹⁴⁾ oder Schadensersatzansprüche in Höhe der gesamten Mängelbeseitigungskosten²¹⁵⁾ - letztere ohne Quotelungspflicht²¹⁶⁾ - wegen erheblicher Mängel am Gemeinschaftseigentum geltend machen.
- 148 Geht es jedoch um die *Wahl*, Minderung *oder* Schadensersatz geltend zu machen, so soll dieses Wahlrecht nicht dem einzelnen Wohnungseigentümer zustehen, sondern der Wohnungseigentümergeinschaft.²¹⁷⁾ Dies wurde damit begründet, diese Gewährleistungsrechte könnten nur einheitlich ausgeübt werden, denn es gehe nicht an, dass der Bauträger einzelnen Erwerbern auf Mängelbeseitigung eintreten solle und anderen auf Schadensersatz. Diese Wahl von Minderung *oder* Schadensersatz müsse mithin von allen Wohnungseigentümern gemeinschaftlich getroffen werden. Dies unabhängig davon wie die Wohnungseigentümergeinschaft einzuordnen sei, ob es sich also um *Gesamtgläubiger* handle.²¹⁸⁾ Die Wohnungseigentümergeinschaft müsse dieserhalb zwecks Ausübung des Wahlrechts (Minderung oder Schadensersatz) gemäß § 21 Abs. 3 WEG einen Beschluss mit Stimmenmehrheit treffen, dem Außenwirkung zukomme. Zur Geltendmachung der solchermaßen beschlossenen Ansprüche aus Minderung oder Schadensersatz könne der Wohnungseigentumsverwalter ermächtigt werden, diese als gewillkürter Prozessstandschafter im eigenen Namen auf Leistung an sich selbst einzuklagen.²¹⁹⁾ Davon hat der BGH²²⁰⁾ dann eine Ausnahme gemacht, so dass es keiner Beschlussfassung der Wohnungseigentümergeinschaft bezüglich der Ausübung des Wahlrechts bedarf, wenn der Bauträger Eigentümer der Einheiten sei und ohne Beeinträchtigung der Interessen von weiteren Miteigentümern vom klagenden Besteller das Wahlrecht ausgeübt werde.

213) BGH 21.06.1974 – V ZR 164/72, BGHZ 62, 388, 392; BGH 05.05.1977 – VII ZR 36/76, BGHZ 68, 372, 377 f.; BGH 10.05.1979 – VII ZR 30/78, BGHZ 74, 258, 262; BGH 04.06.1981 – VII ZR 09/80, BGHZ 81, 35, 38; BGH 21.02.1985 – VII ZR 72/84, NJW 1985, 1551; *Greiner ZfBR* 2001, 439, 440

214) Zum unwirksamen Ausschluß der Wandlung in einem Bauträgervertrag als Formularvertrag siehe BGH 08.11.2001 - VII ZR 373/99, NJW 2002, 511

215) BGH 25.02.1999 – VII ZR 208/97, BGHZ 141, 63, 65 f.

216) BGH 25.02.1999 – VII ZR 208/97, BGHZ 141, 63, 67

217) BGH 10.05.1979 – VII ZR 30/78, BGHZ 74, 258, 263

218) BGH 10.05.1979 – VII ZR 30/78, BGHZ 74, 258, 265 f.

219) BGH 10.05.1979 – VII ZR 30/78, BGHZ 74, 258, 266 f.

220) BGH 07.06.2001 – VII ZR 420/00, BGHZ 148, 85, 88

- 149 In einer weiteren Entscheidung judizierte der BGH,²²¹⁾ die Wohnungseigentümergeinschaft könne auch mehrheitlich beschließen, dass die Wohnungseigentümergeinschaft Nachbesserung oder damit zusammenhängende Ansprüche auf Vorschuss bzw. Erstattung geltend machen soll.
- 150 Der BGH geht davon aus, dass die Abnahme durch den Besteller zu erfolgen hat. Dies könne auch im Hinblick auf das Gemeinschaftseigentum der einzelne Besteller und nicht die Wohnungseigentümergeinschaft. Denn durch den Bauträgervertrag erhalte der Besteller einen eigenen Anspruch auf mängelfreies Gemeinschaftseigentum.²²²⁾ Die Interessenlage eines einzelnen Bestellers erfordere es nicht, dass die Abnahme des Gemeinschaftseigentums nur durch die Gemeinschaft erfolgen könne. Da jeder Besteller einen eigenen Anspruch auf mängelfreies Gemeinschaftseigentum habe, liege insoweit keine Teilgläubigerschaft vor, vielmehr könne jeder Besteller = Wohnungseigentümer die Erfüllung der gesamten Leistung verlangen, einerlei ob als Gesamtgläubiger (§ 428 BGB) oder als Mitgläubiger (§ 432 BGB).²²³⁾
- 151 Soweit aber vertreten wird, der Bauträger könne beim Geschoßwohnungsbau in den Bauträgerverträgen vereinbaren, daß die förmliche Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch den Wohnungseigentumsverwalter erfolgen solle,²²⁴⁾ ist dies mit nachfolgendem zu hinterfragen.

b2) Neue Rechtslage

- 152 Das vom Bauträger vertraglich Geschuldete ist die Verschaffung des Werks frei von Sach- und Rechtsmängeln (§ 633 Abs. 1 BGB). Der Bauträger hat mithin vor diesem Hintergrund dem Besteller
- 153 - das Eigentum an der/dem vertraglich geschuldeten Eigentumswohnung/Haus zu verschaffen (§ 633 Abs. 1 BGB) und
- 154 - das versprochene Bauvorhaben herzustellen (§ 631 Abs. 1 BGB).
- 155 Die Abnahme bezieht sich in § 640 Abs. 1 BGB auf das „hergestellte Werk.“ Wenn auf Seiten des Bestellers mehrere beteiligt sind, so kann die Minderung nur von allen *Bestellern* geltend gemacht werden (§ 638 Abs. 2 BGB). Eine vergleichbare Regelung für Schadensersatzansprüche fehlt. Es ist damit nicht eindeutig, ob sich dieserhalb an der vorgenannten Rechtsprechung²²⁵⁾ etwas ändert oder nicht.
- 156 Was nun die sogenannte Abnahme von Gemeinschaftseigentum betrifft, ist fraglich, ob sich an der zuvor dargelegten Rechtslage aufgrund der Rechtsprechung des BGH etwas ändert. Vielleicht ließe sich diese gedanklich etwas klarer darstellen, worauf diesseits schon an anderer Stelle hingewiesen wurde:²²⁶⁾

221) BGH 04.06.1981 – VII ZR 09/80, BGHZ 81, 35, 38 f.

222) *Thode/Quack*, Abnahme und Gewährleistung im Bau- und Bauträgervertrag, 2003, Rdn. 258

223) BGH 10.05.1979 – VII ZR 30/78, BGHZ 74, 258, 263 f.; BGH 21.02.1985 – VII ZR 72/84, NJW 1985, 1551, 1552

224) *Thode/Quack*, Abnahme und Gewährleistung im Bau- und Bauträgervertrag, 2003, Rdn. 259

225) S.o. Rdn. 146 f.

226) *Wagner* in: Henssler/Graf von Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, 2. Aufl. 2003, § 638 Rdn. 10 f.

- 157 Man muss folgende unterschiedlichen rechtlichen Ebenen unterscheiden:
- (1) Die werkvertragliche Verschaffungspflicht des Bauträgers gegenüber mehreren Bestellern im Hinblick auf das Gesamtgebäude und die einzelnen Wohnungen (§ 633 Abs. 1 BGB). Diese Ebene hat nichts mit Eigentum (weder Wohnungs- noch Gemeinschaftseigentum) zu tun.
 - 158 (2) Die rechtliche Ebene des Bauträgers und der Besteller untereinander – weil z.B. einige Wohnungen seitens des Bauträgers noch nicht veräußert wurden und er insoweit im eigenen Interesse miterrichtet - im Hinblick auf Gesamtgebäude und einzelne Wohnungen. Auch diese Ebene hat nichts mit Eigentum (weder Wohnungs- noch Gemeinschaftseigentum) zu tun.
 - 159 (3) Die werkvertragliche Verschaffungspflicht des Bauträgers gegenüber mehreren Bestellern im Hinblick auf die Verschaffung von jeweiligem Wohnungseigentum nebst anteiligem Gemeinschaftseigentum (§ 633 Abs. 1 BGB).
 - 160 (4) Die rechtliche Ebene der Besteller untereinander im Hinblick auf das zu errichtende bzw. errichtete.
 - 161 (5) Die rechtliche Ebene der Besteller untereinander im Hinblick auf ihr jeweiliges Wohnungseigentum und Gemeinschaftseigentum.

b2.1) Das Gebäude

- 162 Wenn in einem Bauträgervertrag seitens des Unternehmers dem jeweils einzelnen Besteller die Verschaffung „seiner“ Eigentumswohnung – und nicht Wohnungseigentum – geschuldet ist, dann setzt dies voraus, dass das Gesamtgebäude errichtet wird, um auch die geschuldete Eigentumswohnung errichten zu können. Folglich schuldet der Bauträger jedem einzelnen Besteller die Errichtung des Gesamtbauvorhabens *incl.* der konkretisierten Eigentumswohnung, hat aber schuldrechtlich gegenüber dem einzelnen Besteller nur einen Vergütungsanspruch in Höhe der vereinbarten Vergütung. Dies gilt gegenüber allen und damit jedem einzelnen Besteller(n) aller Eigentumswohnungen im betreffenden Geschosswohnungsbau gleichermaßen. Folglich hat jeder einzelne Besteller gegenüber dem Bauträger nicht nur einen Anspruch auf Errichtung „seiner“ einzelnen Eigentumswohnung sondern auch des Gesamtbauvorhabens, weil ohne dieses die jeweils einzelne Eigentumswohnung für sich gesehen rein *tatsächlich* nicht errichtet werden könnte. Folglich richtet sich die Abnahme auch nicht auf Gemeinschafts- und Sondereigentum, denn Eigentum kann man nicht abnehmen sondern allenfalls übertragen, sondern auf die geschuldete Bauwerkleistung, nämlich das Gesamtbauvorhaben und die jeweils einzelne Wohnung zugleich. Weil aber der Anspruch jedes einzelnen Bestellers nicht nur auf die Errichtung der jeweils einzelnen vertraglich vereinbarten Wohnung gerichtet ist, sondern zugleich auf die Errichtung des Gesamtbauvorhabens, schuldet der Bauträger *insoweit* jedem einzelnen Besteller aufgrund jedes mit diesen geschlossenen einzelnen Bauträgervertrages dasselbe, nämlich das Gesamtbauvorhaben. Der Bauträger schuldet mithin *tatsächlich einmal* die Errichtung des *Gesamtbauvorhabens*, aber *rechtlich* gegenüber so vielen Personen, wie er Bauträgerverträge mit einzelnen Bestellern abgeschlossen hat. Und deshalb sind auf Bestellerseite bezüglich der Errichtung dieses einen Gesamtbauvorhabens mehrere beteiligt.

163 Andererseits schuldet der Bauträger jedem einzelnen Besteller *darin eingebunden* die Errichtung der jeweils *einzelnen Wohnung*, die im jeweiligen Bauträgervertrag mit dem einzelnen Besteller konkretisiert wurde.

b2.2) Rechtsbeziehungen des Bauträgers und der Besteller untereinander bezüglich der Errichtung des Gesamtbauvorhabens und der einzelnen Wohnungen

164 Die Errichtung des Gesamtbauvorhabens dient einem gemeinsamen Zweck von Bauträger und den jeweils einzelnen Bestellern, denn der Bauträger errichtet das Gesamtbauvorhaben auch für sich selbst, wenn er etwa für 2 Wohnungen keine Besteller „gefunden“ hatte. Die Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks führt kraft Gesetzes gemäß § 705 BGB dazu, dass der Bauträger und die Besteller *untereinander* in einer gesellschaftsrechtlichen Rechtsbeziehung einer Gesellschaft Bürgerliche Rechts (GbR) stehen.²²⁷⁾ Da diese GbR nach außen nicht auftritt bzw. nicht Vertragspartner des Bauträgers ist, handelt es sich insoweit um eine GbR als *Innengesellschaft*,²²⁸⁾ folglich ohne Gesamthandsvermögen, da es sich bei einer GbR als Innengesellschaft um keine Gesamthandsgesellschaft handelt. Die Beiträge gemäß § 705 BGB sind unterschiedlich: Die Besteller schulden gesellschaftsrechtlich die jeweils vereinbarte Vergütung, der Bauträger die Errichtung des Gesamtbauvorhabens samt der einzelnen Wohnungen. Da die GbR als Innengesellschaft keine Gesamthandsgesellschaft ist, handelt es sich bei diesen gesellschaftsrechtlichen Beitragspflichten gesellschaftsrechtlich um schuldrechtliche Pflichten, die neben die wechselseitigen schuldrechtlichen Pflichten aus den einzelnen Bauträgerverträge treten. Dies alles hat mit Eigentum nichts zu tun.

b2.3) Das Eigentum

165 Gemäß § 633 Abs. 1 BGB hat der Bauträger ferner jedem einzelnen Besteller nicht nur das Gesamtbauwerk und die einzelne vertraglich konkretisierte Wohnung zu verschaffen, sondern auch das Eigentum daran. Da Wohnungseigentum das Sondereigentum an einer Wohnung verbunden mit dem Miteigentum in Form des Gemeinschaftseigentums ist (§ 1 Abs. 2 WEG), hat der Bauträger zusätzlich jedem einzelnen Besteller Wohnungseigentum und anteiliges Gemeinschaftseigentum zu verschaffen (§ 633 Abs. 1 BGB). Und indem er dieser Verpflichtung nachkommt, schafft er auf Bestellerseite automatisch zugleich eine Wohnungseigentümergeinschaft (§ 10 Abs. 1 Satz 1 WEG), ohne dass diese Besteller ist. Denn die Wohnungseigentümergeinschaft hat keinen Bauträgervertrag geschlossen. Die Wohnungseigentümergeinschaft ist nur das Ergebnis der Eigentumsverschaffungsverpflichtung des Bauträgers gemäß § 633 Abs. 1 BGB gegenüber den einzelnen Bestellern. Die Wohnungseigentümergeinschaft ist selbst aber nicht Besteller. Der Bauträger behält z.B. an den 2 bei ihm verbliebenen Wohnungen ebenfalls jeweils Wohnungseigentum. Dies führt aufgrund der Verschaffungspflicht in § 633 Abs. 1 BGB beim Geschosswohnungsbau aufgrund Bauträgerverträgen zu folgendem:

- 166 - Besteller sind die einzelnen in den Bauträgerverträgen genannten Erwerber. Diese sind - jeder für sich - Vertragspartner des Bauträgers.
- 167 - Jedem einzelnen hat der Bauträger das Gesamtbauvorhaben incl. der jeweils vertraglich vereinbarten einzelnen Wohnung zu verschaffen.

227) *Wagner/Loritz*, Konzeptionshandbuch der steuerorientierten Kapitalanlage, Bd. 1, 2. Aufl. 1997, 2025

228) *Wagner/Loritz*, Konzeptionshandbuch der steuerorientierten Kapitalanlage, Bd. 1, 2. Aufl. 1997, 2024

- 168 - Der Bauträger hat ferner jedem einzelnen Besteller das jeweils vertraglich vereinbarte Wohnungseigentum zu verschaffen und
- 169 - begründet damit auf Empfängerseite dieser aus § 633 Abs. 1 BGB resultierenden jeweiligen Eigentumsverschaffungspflicht zugleich kraft Gesetzes (§§ 1 Abs. 2, 10 Abs. 1 Satz 1 WEG) – nicht aufgrund Vertrages – automatisch eine Wohnungseigentümergeinschaft, in die jeder Besteller und der Bauträger aufgrund der 2 bei ihm verbliebenen Wohnungen zwangsweise eingebunden ist.

b2.4) Fazit

- 170 Bezüglich der Verschaffung des Gesamtbauvorhabens und der jeweils einzelnen Wohnungen (§ 633 Abs. 1 BGB) – also unabhängig von der Eigentumsfrage – besteht auf schuldrechtlicher / werkvertraglicher Ebene aufgrund der jeweils abgeschlossenen Bauträgerverträge auf Seiten des Bauträgers gegenüber jedem Besteller eine Verpflichtung zur Errichtung des Gesamtbauvorhabens. Die Besteller sind insoweit Gesamtgläubiger (§ 428 BGB) bzw. Mitgläubiger (§ 432 Abs. 1 Satz 1 BGB). *Darin enthalten* ist die Verschaffungspflicht gegenüber dem einzelnen Besteller bezüglich der im jeweiligen Bauträgervertrag konkretisierten Wohnung, denn wenn das geschuldete Gesamtbauvorhaben errichtet ist, ist auch die jeweils geschuldete einzelne Wohnung errichtet worden. Und wenn jeder einzelne Besteller einen Anspruch auf Herstellung des Gesamtbauvorhabens samt der darin enthaltenen, in seinem Bauträgervertrag konkretisierten, Wohnung hat, dann hat die Abnahme durch den einzelnen Besteller zu erfolgen, ohne dass dies etwas mit Eigentum, folglich auch nichts mit Gemeinschaftseigentum, zu tun hat. Denn durch den Bauträgervertrag erhält der Besteller einen eigenen Anspruch auf ein mängelfreies Gesamtbauvorhaben.
- 171 Da die Wohnungseigentümergeinschaft nicht Besteller ist, kann weder sie noch der Wohnungseigentumsverwalter für sie abnehmen,²²⁹⁾ folglich auch nicht das Gesamtbauvorhaben. Die Wohnungseigentümergeinschaft hat auch keine Beschlusskompetenz, über die aus den individuellen Bauträgerverträgen resultierende Abnahmeberechtigung des Bestellers betreffend das Gesamtbauvorhaben – nicht das Gemeinschaftseigentum – zu beschließen, zumal die Abnahme nicht Gegenstand einer Vereinbarung nach § 10 Abs. 1 WEG sein kann.²³⁰⁾ Mit einer anderen Sichtweise gelangt man folglich zu einem vergleichbaren Ergebnis wie der BGH,²³¹⁾ ohne allerdings bezüglich der Abnahme den Begriff des Eigentums bzw. Gemeinschaftseigentums bemühen zu müssen.
- 172 Daneben tritt die Verschaffungspflicht des Bauträgers (§ 633 Abs. 1 BGB) bezüglich des Wohnungseigentums nebst anteiligem Gemeinschaftseigentum, wodurch zugleich eine Wohnungseigentümergeinschaft *entsteht*.
- 173 Zu dieser schuldrechtlichen Ebene zwischen Bauträger und den jeweiligen Bestellern aufgrund Werkvertrages (§ 633 Abs. 1 BGB) tritt die schuldrechtliche Ebene zwischen Bauträger und jeweiligen Bestellern aufgrund gesellschaftsrechtlicher Rechtsbeziehungen einer GbR als Innengesellschaft *hinzu* (dieser GbR gehört der Bauträger allerdings nur an, wenn er für einzelne Wohnungen keine Besteller „gefunden“ hatte, andernfalls Mitglied dieser GbR als Innengesellschaft nur die Besteller sind).

229) Ott NZBau 2003, 233, 241

230) Hildebrandt BTR 2003, 211, 213; Ott NZBau 2003, 233, 242

231) BGH 10.05.1979 – VII ZR 30/78, BGHZ 74, 258, 263 f.; BGH 21.02.1985 – VII ZR 72/84, NJW 1985, 1551, 1552

174 Weder die vorgenannte GbR als Innengesellschaft noch die vorgenannte Wohnungseigentümergeinschaft sind aber gegenüber dem Bauträger werkvertragliche Besteller, sondern betreffen beim Geschoßwohnungsbau nur die horizontale Rechtsbeziehungen der Besteller (und bei nicht veräußerten Wohnungen des Bauträgers) *untereinander*: Die GbR als Innengesellschaft bezüglich der Bauerrichtung betreffend das Gesamtbauvorhaben incl. Wohnungen, die Wohnungseigentümergeinschaft bezüglich des aufgrund gebildeten Wohnungseigentums entstandenen Gemeinschaftseigentums.

3. Die Fertigstellungsrate

175 Auch hier ist zwischen dem *öffentlichrechtlichen* Entgegennahmeverbot der Fertigstellungsrate und § 3 Abs. 2 Nr. 2 MaBV in direkter Anwendung und der zivilrechtlichen Vereinbarung der Abschlagszahlung zum Zeitpunkt der Fertigstellung „entsprechend“ § 1 AbschlVO²³²⁾ zu unterscheiden. Das eigentliche Problem liegt in der Definition des Begriffes der Fertigstellung. Die Definition dieses Begriffes ist nicht gesichert²³³⁾ wie oben schon dargestellt und zwar weder öffentlichrechtlich im Rahmen der MaBV noch zivilrechtlich bei „entsprechender“ Anwendung des § 3 Abs. 2 Nr. 2 MaBV.²³⁴⁾ Weil dem so ist und damit Rechtsunsicherheit besteht, stellt sich die Frage, ob es nicht besser wäre, dem Begriff der „Fertigstellung“ aus dem Weg zu gehen. Dies könnte auf zweierlei Weise geschehen:

176 - *Öffentlichrechtlich*, indem man im Bauträgerevertrag z.B. vereinbart, dass zum Zeitpunkt der Bezugsfertigkeit²³⁵⁾ oder Abnahme die Eigentumsumschreibung auf den Besteller erfolgt und damit die MaBV abgebrochen wird.²³⁶⁾ Ist die MaBV abgebrochen, stellt sich das Problem der Definition der öffentlichrechtlichen Fertigstellungsrate im Hinblick auf § 3 Abs. 2 Nr. 2 MaBV nicht mehr.

177 - *Zivilrechtlich*, indem man dann im Bauträgerevertrag die letzte Abschlagszahlung z.B. von der Mängelbeseitigung der bei Abnahme festgestellten Mängel abhängig macht.²³⁷⁾

178 Allerdings könnte man meinen, der BGH²³⁸⁾ habe diese differenzierende Betrachtung in seiner jüngeren Rechtsprechung noch nicht anklingen lassen, indem er die Zahlung der letzten Rate nicht vor Beseitigung der Mängel fällig werden läßt. Nur wird dabei folgendes (noch) nicht berücksichtigt:

179 Zum einen wird das zuvor angesprochene Thema der Definition der Fertigstellung und ihres Zeitpunktes ausgespart. Zudem hat zwar der BGH²³⁹⁾ folgendes ausgeführt:

180 „Die Auslegung, dass die letzte Rate erst nach Beseitigung der Mängel fällig wird, wird den Interessen beider Parteien gerecht. Sie berücksichtigt einerseits das mit der Vertragsgestaltung verfolgte Interesse der Bekl., den Besitz der Wohnungen nicht vor Erhalt des vollständigen Kaufpreises zu verlieren.....“

232) S.o. Rdn. 90 ff.

233) Problematisiert durch *Thode* WuB I E 5. – 6.01, der zur Diskussion stellte, ob Fertigstellung nicht erst dann gegeben sei, wenn entweder keine Mängel – auch keine versteckten – mehr gegeben seien bzw. nicht mehr geltend gemacht werden könnten, so daß die Fertigstellungsrate i.S.d. § 3 Abs. 2 Nr. 2 MaBV erst nach Ablauf der Gewährleistungsfrist fällig werden könne. Zu den Konsequenzen daraus s.o. und *Wagner* WuB I E 5. – 3.03

234) S.o. Rdn. 47 ff.

235) Zur Definition s.o. Rdn. 41 und Rdn. 42

236) Zum Abbruch der MaBV s.o. Rdn. 1, 30 m.w.N.; s.u. Rdn. 378

237) S.u. Rdn. 398

238) BGH 20.01.2000 - VII ZR 224/98, NJW 2000, 1403

239) BGH 20.01.2000 - VII ZR 224/98, NJW 2000, 1403, 1404

- 181 Es geht aber nicht um den Besitz, sondern um folgendes: Der Besteller hat bis zur letzten „Rate“ für Grundstück und Bausubstanz vorausgezahlt und noch nichts erhalten. Der Bauträger ist nach wie vor Eigentümer des Grundstückes, aufgrund § 946 BGB Eigentümer der Bausubstanz und hat bis dahin vorausgezahlt. Die letzte „Rate“ erst nach Mängelbeseitigung zahlen zu müssen, würde mit dem zuvor Zitierten so verstanden werden können, daß der Bauträger gerade in Anbetracht der vom Besteller berechtigterweise ausgeübten Einrede des nicht erfüllten Vertrages so lange die Eigentumsumschreibung verweigern könnte, bis diese gezahlt worden ist, obwohl zudem eine berechnete Einrede gemäß § 320 Abs. 1 BGB ihren Grund in einer mangelhaften Leistung des Bauträgers hat. Im Ergebnis würde folglich der Bauträger Eigentum am Grundstück und der Bausubstanz behalten, wäre vom Besteller vorausbezahlt worden, da er dem Besteller noch nichts verschafft hat und könnte die Eigentumsumschreibung deshalb zurückhalten, weil er – der Bauträger – mangelhaft geleistet hat, deshalb der Besteller die Einrede aus § 320 Abs. 1 BGB erhebt und es deshalb nicht zur vollen Zahlung der Vergütung kommt.
- 182 Vor diesem Hintergrund ist fraglich, ob nicht jedenfalls dann der Bauträger aufgrund § 320 Abs. 2 BGB *verpflichtet* ist, in die Eigentumsumschreibung einzuwilligen, wenn die „Fertigstellungs-Rate“ wegen einer berechtigten Einrede des Bestellers gemäß § 320 Abs. 1 BGB nicht gezahlt wird. Denn das zuvor beschriebene Ergebnis verstößt jedenfalls dann gegen Treu und Glauben, wenn es letztlich die mangelhafte Bauleistung des Bauträgers selbst die Einrede des Bestellers gemäß § 320 Abs. 1 BGB auslöst und dadurch die Eigentumsumschreibung wegen nicht vollständiger Zahlung verhindert. Dem wird denn auch die neuere Rechtsprechung des BGH²⁴⁰⁾ gerecht, die in diese zuvor angesprochene Richtung zeigt.²⁴¹⁾
- 183 Hinzu kommt, daß Vertragsklauseln im Bauträgervertrag, die vorgenanntes unbilliges Ergebnis ermöglichen würden, gegen §§ 310 Abs. 3 Nr. 3, 307 Abs. 1 und 2 BGB, Art. 3 Abs. 3 Anhang Nr. 1 b) VerbrRL (93/13/EWG) verstoßen würden. Danach sind nämlich Vertragsklauseln mißbräuchlich, die darauf abzielen oder zur Folge haben können, daß Ansprüche (hier auf Eigentumsumschreibung) eines Verbrauchers (hier Bestellers) gegen einen Gewerbetreibenden (hier Bauträger) ausgeschlossen oder „ungebührlich beschränkt werden, wenn der Gewerbetreibende eine der vertraglichen Verpflichtungen ganz oder teilweise nicht erfüllt *oder mangelhaft* erfüllt“. Und daraus folgt gemäß §§ 310 Abs. 3 Nr. 3, 307 Abs. 1 Satz 1 BGB die Unwirksamkeit solcher Vertragsklauseln, was wiederum zur Folge hätte, daß der Bauträger die Eigentumsumschreibung auf den Besteller jedenfalls dann nicht verweigern darf, wenn die restliche Vergütung aufgrund einer berechtigten Einrede des Bestellers gemäß § 320 Abs. 1 BGB noch nicht gezahlt wurde.
- 184 Darüber hinaus stellt sich die – zugegeben zugespitzte - Frage, ob es nicht auch dann gegen § 320 Abs. 2 BGB verstößt, seitens des Bauträgers die Eigentumsumschreibung zu verweigern, weil der Bauträger argumentieren könnte, mit oben Ausgeführten²⁴²⁾ bezüglich des öffentlichrechtlichen Fertigstellungsbegriffes sei es unklar, wann er aus öffentlichrechtlichen Gründen die letzte Rate entgegennehmen dürfe, weshalb er die letzte Rate erst mit Ablauf der Gewährleistungsfrist entgegennehme und auch dann erst in die Eigentumsumschreibung einwillige. Ohne dies weiter theoretisch zu vertiefen, gibt es jedenfalls im Hinblick auf § 320 Abs. 2 BGB eine Lösungsmöglichkeit: Die MaBV und damit die Problematik des dort angesiedelten Fertigstellungsbegriffes²⁴³⁾ wird dadurch abgebrochen, indem vertraglich vereinbart wird, die Eigentumsumschreibung z.B. zum Zeitpunkt der Abnahme oder Bezugsfertigkeit vorzunehmen, so daß die letzte Abschlags-

240) BGH 07.06.2001 - VII ZR 420/00, BGHZ 148, 85, 89. Andeutungen im Hinblick auf § 320 Abs. 2 BGB finden sich allerdings auch schon in BGH 20.01.2000 - VII ZR 224/98, NJW 2000, 1403, 1404

241) S.u. Rdn. 199

242) S.o. Rdn. 50 f.

243) S.o. Rdn. 50 f.

zahlung auf einen Zeitpunkt nach Eigentumsumschreibung und damit außerhalb der dann nicht mehr einschlägigen MaBV vereinbart wird.²⁴⁴⁾

a) Gibt es einen Anspruch des Bauträgers auf „Fertigstellungsbestätigung“?

- 185 § 641a BGB regelt die Fertigstellungsbescheinigung.²⁴⁵⁾ Er definiert aber nicht, wann Fertigstellung gegeben ist, sondern nur, unter welchen Voraussetzungen eine Fertigstellungsbescheinigung erteilt werden kann. So spricht § 641a Abs. 1 Satz 1 BGB nur davon, dass eine Fertigstellungsbescheinigung unter den dort genannten Voraussetzungen einer Abnahme *gleich steht*, nicht aber dass eine nicht definierte Fertigstellung bescheinigt wird. Es handelt sich bei der Fertigstellungsbescheinigung folglich nur um eine Abnahmefiktion,²⁴⁶⁾ die zivilrechtlich wirkt, aber keine Auswirkung auf den öffentlichrechtlichen Fertigstellungsbegriff des § 3 Abs. 2 Nr. 2 MaBV hat.
- 186 Der Bauträger hat einen gesetzlichen Anspruch darauf, ein Fertigstellungsbescheinigungsverfahren einzuleiten. Damit sind aber eine Vielzahl von Unklarheiten verbunden, wie folgende Beispiele verdeutlichen:
- 187 - § 641a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB spricht die Mängelfreiheit an. Nach dem Gesetzeswortlaut müsste folglich die Abnahmefiktion der Fertigstellungsbescheinigung bei geringfügigen Mängeln scheitern, obwohl geringfügige Mängel gemäß § 640 Abs. 1 Satz 1 BGB keinen Abnahmeverweigerungsgrund darstellen.²⁴⁷⁾
- 188 - § 641a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB spricht die Freiheit des Werks von Mängeln an. Sind im Hinblick auf § 633 Abs. 1 BGB damit auch die Freiheit von Rechtsmängeln gemeint? Ein Sachverständiger ist zudem nicht in der Lage, Rechtsmängel zu beurteilen, wobei die Frage hinzu kommt, ob er dazu überhaupt berufen ist?²⁴⁸⁾
- 189 Im Hinblick auf das gesetzliche Recht des Bauträgers, ein Fertigstellungsbescheinigungsverfahren gemäß § 641a BGB durchführen zu dürfen²⁴⁹⁾ und damit verbundenen Rechtsunsicherheiten ist der den Bauträgervertrag beurkundende Notar aufgrund der oben dargestellten Amtspflichten²⁵⁰⁾ gehalten, die Urkundsbeteiligten über damit verbundene Unsicherheiten zu belehren. Die Urkundsbeteiligten können dann entscheiden, ob sie mit dieser Unsicherheit leben wollen oder ob der Besteller diese Unsicherheit bereinigt haben will und sei es dadurch, dass das Fertigstellungsbescheinigungsverfahren abbedungen wird, da § 641a BGB dispositiv ist.²⁵¹⁾

244) S.u. Rdn. 368

245) Umfassend *Thode/Quack*, Abnahme und Gewährleistung im Bau- und Bauträgervertrag, 2003, Rdn. 203 ff.

246) *Thode/Quack*, Abnahme und Gewährleistung im Bau- und Bauträgervertrag, 2003, Rdn. 203. *Thode/Quack* (aao Rdn. 213) weisen zutreffend darauf hin, daß die Abnahmewirkungen im Falle des § 641a Abs. 1 Satz 2 BGB nicht eintreten, so daß der Bauträger durchaus ein elementares Interesse daran haben könne, sicherheitshalber zusätzlich eine Abnahme durchzuführen. Man sollte daher mit der Formulierung vorsichtig sein, „die Durchführung der Abnahme als originäre Erklärung des Bestellers (werde) durch ein Sachverständigenverfahren ersetzt“ (so aber *Niemöller BauR* 2001, 481, 486). Denn bei Unklarheiten im Zusammenhang mit § 641a Abs. 1 Satz 2 BGB bleibt dann unsicher, ob Abnahmewirkungen überhaupt eingetreten sind.

247) *Kniffka*, IBR-Online-Kommentar Bauvertragsrecht, § 641a BGB Rdn. 3; *Kniffka* in: *Thode/Uechtritz/Wochner*, Immobilienrecht 2000, RWS 2001, 231, 251; *Niemöller BauR* 2001, 481, 487

248) *Kniffka*, IBR-Online-Kommentar Bauvertragsrecht, § 641a BGB Rdn. 7

249) *Thode* in: *Thode/Uechtritz/Wochner*, Immobilienrecht 2000, RWS 2001, 267, 309

250) S.o. Rdn. 24

251) *Kniffka ZfBR* 2000, 227, 236; s.u. Rdn. 369

- 190 Ist ein Fertigstellungsbescheinigungsverfahren vertraglich nicht abbedungen worden, dann können die Vertragsparteien für den Fall eines vom Bauträger eingeleiteten Verfahrens quasi im *Konfliktfall* sich auf einen Sachverständigen einigen, sie können sich aber *nicht* bereits *vorab* im Bauträgervertrag auf einen Sachverständigen einigen.²⁵²⁾ Denn andernfalls bestünde die Gefahr, daß bei der Möglichkeit eines vertraglich vorgesehenen Sachverständigen der wirtschaftlich überlegene Bauträger „seinen“ Sachverständigen durchsetzen könnte.²⁵³⁾
- 191 Die Fertigstellungsbescheinigung ist im Hinblick auf eine notarielle Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) nicht geeignet, den Nachweis der Fälligkeit zu erbringen.²⁵⁴⁾ Denn der Nachweis der Fälligkeitsvoraussetzungen wäre gemäß § 726 Abs. 1 ZPO durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde zu erbringen. Dieses Erfordernis des § 726 Abs. 1 ZPO ist zwar individualvertraglich abdingbar,²⁵⁵⁾ nicht aber in einem Bauträgervertrag als Formularvertrag. Was eine öffentliche Urkunde ist, folgt aus § 415 Abs. 1 ZPO. Eine öffentlich beglaubigte Urkunde ist eine öffentliche Urkunde in beglaubigter Abschrift, nicht aber eine Privaturkunde mit Beglaubigungsvermerk.²⁵⁶⁾ Bei der Fertigstellungsbescheinigung gemäß § 641a BGB handelt es sich aber weder um eine öffentliche noch um eine öffentlich beglaubigte Urkunde, so daß mit ihr der Fälligkeitsnachweis gemäß § 726 Abs. 1 ZPO im Hinblick auf eine notarielle Zwangsvollstreckungsunterwerfung nicht geführt werden kann.²⁵⁷⁾ Folglich bleibt es bei der Rechtsprechung des BGH, daß in einem Bauträgervertrag als Formularvertrag²⁵⁸⁾ eine notarielle Zwangsvollstreckungsunterwerfung im Hinblick auf § 320 Abs. 1 BGB rechtswirksam nicht vereinbart werden kann,²⁵⁹⁾ auch nicht mit Hilfe einer Fertigstellungsbescheinigung gemäß § 641a BGB.²⁶⁰⁾

b) Hat eine Fertigstellung nach Abnahme Folgen für die Dauer der Gewährleistung?

- 192 Die Dauer der „Gewährleistung“ ist nicht von dem mit Unsicherheiten befrachteten Fertigstellungsbegriff abhängig, sondern ist – ebenso wie der Beginn der Verjährungsfrist - gesetzlich geregelt (sic. § 634a BGB).

252) *Thode* in: Thode/Uechtritz/Wochner, Immobilienrecht 2000, RWS 2001, 267, 310; ebenfalls zweifelnd *Kniffka* in: Thode/Uechtritz/Wochner, Immobilienrecht 2000, RWS 2001, 231, 253

253) *Thode* in: Thode/Uechtritz/Wochner, Immobilienrecht 2000, RWS 2001, 267, 311; ebenfalls zweifelnd *Kniffka* in: Thode/Uechtritz/Wochner, Immobilienrecht 2000, RWS 2001, 231, 253

254) *Basty*, Der Bauträgervertrag, 4. Aufl. 2002, Aktuelle Ergänzungen, Rdn. 139; *Blank*, Bauträgervertrag, 2. Aufl. 2002, Rdn. 273 f.

255) BGH 23.10.1980 – III ZR 62/79, DNotZ 1981, 738

256) BGH 16.11.1979 – V ZR 93/77, NJW 1980, 1047; *Thode* in: Thode/Uechtritz/Wochner, Immobilienrecht 2000, RWS 2001, 267, 314

257) *Thode* in: Thode/Uechtritz/Wochner, Immobilienrecht 2000, RWS 2001, 267, 314

258) BGH 14.05.1992 - VII ZR 204/90, BGHZ 118, 229, 238 f.

259) BGH 14.05.1992 - VII ZR 204/90, BGHZ 118, 229, 240 f.

260) *Thode* in: Thode/Uechtritz/Wochner, Immobilienrecht 2000, RWS 2001, 267, 317; *Blank*, Bauträgervertrag, 2. Aufl. 2002, Rdn. 274

VI. Land

1. Eigentumsübergang trotz nicht vollständiger Kaufpreiszahlung

- 193 Es wurde oben schon darauf hingewiesen, dass und warum nach diesseitiger Ansicht der Bauträgervertrag kein Kaufvertrag ist.²⁶¹⁾ Folglich handelt es sich bei der in einem Bauträgervertrag vereinbarten Vergütung auch nicht um einen Kaufpreis. Hinter vorgenannter Überschrift steckt denn auch in Wirklichkeit die Frage, ob ein Besteller Anspruch auf Eigentumsumschreibung hat, wenn zwar die erste Abschlagsrate betreffend das Grundstück bezahlt wurde, jedoch noch nicht die gesamt vereinbarte Vergütung.
- 194 Den Vertragsparteien eines Bauträgervertrages ist es zunächst einmal unbenommen, vertraglich zu vereinbaren, dass die Eigentumsumschreibung auf den Besteller bereits dann erfolgen soll, wenn der Abschlag betreffend das Grundstück gezahlt worden ist. Da der Besteller dann auf eigenem Grund und Boden baut, entfällt ab Eigentumsumschreibung die MaBV und da das Verbaute dann dem Besteller gemäß § 946 BGB zu Eigentum zuwächst, auch das Sicherheitserfordernis des § 632a Satz 3 BGB.²⁶²⁾ Dafür stehen dem Bauträger dann beim Geschosswohnungsbau und der Errichtung von Eigentumswohnungen die Möglichkeiten des § 648a BGB zur Verfügung.²⁶³⁾ Über die damit zusammenhängenden Folgen muss der Notar allerdings bei Beurkundung des Bauträgervertrages die Vertragsparteien belehren, weil § 648a BGB, der vertraglich nicht abdingbar ist (§ 648a Abs. 7 BGB), bei dessen Inanspruchnahme durch den Bauträger den Besteller existentiell treffen könnte. Dies nämlich dann, wenn das finanzierende Kreditinstitut des Bestellers einen Avalkredit für eine Sicherheit nach § 648a BGB auf den Fremdmittelkredit für die aufgrund des Bauträgervertrages geschuldete Vergütung nicht anrechnen würde und es deshalb beim Besteller zu einer Doppelbelastung der Kreditlinien kommen könnte.²⁶⁴⁾
- 195 Haben die Vertragsparteien sich nicht bereits im Bauträgervertrag darauf geeinigt, dass eine Eigentumsumschreibung auf den Besteller nach Zahlung der Abschlagsrate für das Grundstück erfolgen soll, so stellt sich die Frage, ob der Besteller in nachfolgenden Leistungsstörungen-Fällen die vorzeitige Eigentumsumschreibung verlangen kann,

a) Zurückbehaltungsrecht (§ 320 Abs. 2 BGB)

- 196 Haben die Vertragsparteien vereinbart, dass der Besteller die Eigentumsumschreibung erst dann soll verlangen können, wenn die von ihm geschuldete (nicht die vereinbarte) Vergütung gezahlt worden ist,²⁶⁵⁾ dann führt die Einrede des nicht erfüllten Vertrages durch den Besteller dazu, dass er *derzeit* den einbehaltenen Betrag nicht schuldet, nicht aber dazu, dass er ihn endgültig nicht mehr schuldet. Denn gemäß § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB besteht diese Einrede „bis zur Bewirkung der Gegenleistung.“ Da beim klassischen Bauträgervertrag der Bauträger bezüglich der Eigentumsumschreibung (anders bei der Herstellungsverpflichtung) nicht vorleistungspflichtig ist sondern der Besteller vorauszahlungspflichtig,²⁶⁶⁾ würde dem Besteller bei Ausübung der Rechte aus § 320 Abs. 1 BGB nicht schon deshalb ein Eigentumsumschreibungsanspruch zustehen.

261) S.o. Rdn. 26 - 28

262) Wagner WM 2001, 718, 723 f.

263) Wagner WM 2001, 718, 724 f.

264) Wagner WM 2001, 718, 724

265) BGH 07.06.2001 - VII ZR 420/00, BGHZ 148, 85

266) S.o. Rdn. 28

- 197 Aber: Der Besteller hat gemäß § 633 Abs. 1 BGB einen Verschaffungsanspruch auf das vereinbarte Werk frei von Sach- und Rechtsmängeln und im Rahmen dessen den Herstellungsanspruch des § 631 BGB. Und wenn der Bauträger dem nicht durch eine mangelfreie Leistung entspricht, hat der Besteller aufgrund dessen auch schon vor der Abnahme einen Nacherfüllungsanspruch.²⁶⁷⁾ Beim Bauträgervertrag begründet dieser Nacherfüllungsanspruch (§ 635 BGB) zugleich bezüglich der eigenen Zahlungspflicht eine Einrede des nicht erfüllten Vertrages.²⁶⁸⁾
- 198 Kommt der Bauträger seinen diesbezüglichen Pflichten der Mängelbeseitigung aufgrund Nacherfüllung (vor Abnahme) nicht nach, kann sich die Frage stellen, ob der Bauträger dann berechtigt ist, die Eigentumsumschreibung auf den Besteller zu verweigern. Denn die Weigerung des Bauträgers zur Nacherfüllung würde in diesem Falle zwar dazu führen, dass der Besteller seine Rechte aus § 320 Abs. 1 BGB ausüben könnte, zugleich aber mit zuvor Ausgeführten²⁶⁹⁾ auch dazu, dass eine Eigentumsumschreibung nicht erfolgen würde. Der Besteller würde mithin mit der berechtigten Ausübung des § 320 Abs. 1 BGB zugleich die von ihm angestrebte Eigentumsumschreibung ver- bzw. behindern. Denn würde der Besteller die Eigentumsumschreibung begehren, müsste er trotz seines an sich bestehenden Rechts aus § 320 Abs. 1 BGB unter Negierung desselben weiter vorauszahlen, so dass dadurch der Besteller sein Recht aus § 320 Abs. 1 BGB faktisch verlieren würde, ohne dass dafür ein sachlicher Grund dies rechtfertigen würde. Deshalb hat der BGH²⁷⁰⁾ für solche Fälle darauf hingewiesen, dass in solchen Fällen auch in Anbetracht der Ausübung des Rechts aus § 320 Abs. 1 BGB durch den Besteller ihm im Hinblick auf § 320 Abs. 2 BGB nicht verwehrt werden könne, den Eigentumsverschaffungsanspruch gleichwohl zusätzlich geltend machen zu können. Diesbezüglich hat der VII. Senat des BGH²⁷¹⁾ auf eine Entscheidung des VIII. Senates des BGH²⁷²⁾ verwiesen. Überträgt man dessen Ausführungen im Hinblick auf den hier zu untersuchenden Fall auf den Bauträgervertrag, so könnte man die Begründung des VII. und des VIII. Senates des BGH folgendermaßen interpretieren:
- 199 Der Besteller erbringt aus oben genannten Gründen im Rahmen seiner Abschlagszahlungen Vorauszahlungen.²⁷³⁾ Diese sind im Hinblick auf § 307 BGB daraufhin zu würdigen, ob sie den Besteller nach Treu und Glauben unangemessen benachteiligen und deshalb unwirksam sind. Denn entgegen der gesetzlichen Regelung der §§ 320, 322 BGB zahlt der Besteller Abschläge, ohne dafür sofort einen Gegenwert zu erhalten.²⁷⁴⁾ Der sachliche Grund für diese Vorauszahlung von Abschlägen beim Bauträgervertrag ist ein historischer,²⁷⁵⁾ ob dieser aber heute noch überzeugend ist, ist mehr als fraglich.²⁷⁶⁾ Die Argumentation des VII. Senates des BGH²⁷⁷⁾ ist daher mehr als nachvollziehbar, dass bei einer berechtigten Einrede des nicht erfüllten Vertrages und deshalb zurückgehaltenen Zahlungen seitens des Bestellers, bis der Bauträger seinen Nacherfüllungspflichten nachgekommen ist, je nach Einzelfall zu prüfen sein wird, ob im Hinblick auf § 320

267) *Wagner* in: Henssler/Graf von Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, 2. Aufl. 2003, § 635 Rdn. 1

268) *Blank*, Bauträgervertrag, 2. Aufl. 2002, Rdn. 333; Palandt/*Heinrichs*, BGB, 62. Aufl. 2003, § 320 Rdn. 9

269) S.o. Rdn. 177

270) BGH 07.06.2001 - VII ZR 420/00, BGHZ 148, 85, 89

271) BGH 07.06.2001 - VII ZR 420/00, BGHZ 148, 85, 89

272) BGH 10.03.1999 – VIII ZR 204/98, BGHZ 141, 108, 114

273) S.o. Rdn. 28

274) S.o. Rdn. 19. So die Gedankenführung in BGH 07.06.2001 - VII ZR 420/00, BGHZ 148, 85, 89, worauf BGH 07.06.2001 - VII ZR 420/00, BGHZ 148, 85, 89 Bezug nimmt.

275) *Wagner* ZfIR 2001, Beilage zu Heft 10, Seite 1 f.

276) Dazu, dass der klassische Bauträgervertrag vor Inkrafttreten des § 632a Satz 3 BGB gegen die Verbraucherschutzrichtlinie 93/13/EWG vom 05.04.1993 verstieß, siehe *Wagner* ZNotP 2002, Beilage zu Heft 7, Seite 12 f.

277) BGH 07.06.2001 - VII ZR 420/00, BGHZ 148, 85, 89

Abs. 2 BGB sich darin die Rechte des Bestellers erschöpfen oder gleichwohl einen Auflassungs- bzw. Eigentumsumschreibungsanspruch hat.

200 Vor diesem Hintergrund ist vor allem die im notariellen Fachschriftum²⁷⁸⁾ vorgetragene Kritik nicht berechtigt, die darauf hinausläuft, dem VII. Senat des BGH²⁷⁹⁾ vorzuhalten, damit werde die in notariellen Urkunden enthaltene Vorlagesperre außer Kraft gesetzt, die den Bauträger vor vorzeitiger Eigentumsumschreibung – nämlich einer Eigentumsumschreibung vor Nachweis der vereinbarten Zahlung – schützen solle. Denn es ist nicht einsichtig, welche Rechtsgrundlage es rechtfertigen soll, den per Abschlägen vorausbezahlten Bauträger in die Lage zu versetzen, eine Eigentumsumschreibung mit Hilfe einer notariellen Vorlagesperre behindern zu können, nur weil Maßstab der vereinbarte und nicht der geschuldete Preis wäre. Über die vom BGH²⁸⁰⁾ bereits angesprochenen Gründe hinaus deuten auch die hierzu bereits an anderer Stelle²⁸¹⁾ angesprochenen gemeinschaftsrechtlichen Gründe in eine andere Richtung, als im notariellen Fachschriftum vertreten. Allerdings ist *Keim*²⁸²⁾ zuzustimmen, wenn er darauf hinweist, daß im Falle eines Streites zwischen Bauträger und Besteller um die Berechtigung von Einwänden des Bestellers im Hinblick auf § 320 BGB der Notar die Berechtigung dieser Einwände nicht zu prüfen hat. Vielmehr werden die Vertragsparteien dies bei Gericht klären müssen, so daß die notarielle Vorlagesperre nicht so entscheidend ist. Nachdenken muß man allerdings über folgende Fragen:

- 201 - Beim klassischen Bauträgervertrag zahlt der Verbraucher-Besteller für Grundstück und Baubsubstanz entsprechend Baufortschritt. Er erhält aber dafür im unmittelbaren Gegenzug kein Eigentum an dem, wofür er gezahlt hat, weshalb eine Vorauszahlung gegeben ist.²⁸³⁾ Behauptet nun der Verbraucher-Besteller, mangelbedingt sei der vereinbarte Preis nicht der geschuldete und begehrt er die Eigentumsumschreibung, dann muß er zusätzlich zu der bereits erfolgten Vorauszahlung im Streitfall nicht nur um die Frage der behaupteten Mängel streiten, sondern zusätzlich auch die Eigentumsumschreibung erstreiten. Dies hat mich bewogen, an anderer Stelle im einzelnen zu begründen, daß darin beim Bauträgervertrag eine systembedingte Beeinträchtigung des Äquivalenzverhältnisses von Leistung (Geldzahlung des Bestellers) und Gegenleistung (Vorenthalten der Eigentumsumschreibung) durch den Bauträger liegen könne, die schwerlich mit Art. 3 Abs. 1 und 3 Anhang Nr. 1. o) VerbrRL in Einklang zu bringen ist.²⁸⁴⁾
- 202 - Hinzu kommen die oben angesprochenen Überlegungen,²⁸⁵⁾ wonach das System der späten Eigentumsumschreibung beim Bauträgervertrag bei (abschlagsweiser) Vorauszahlung durch den Besteller jedenfalls dann gegen Art. 3 Abs. 1 und 3 Anhang Nr. 1. b) VerbrRL verstoßen kann, wenn (abschlagsweise) Vorauszahlung und Erstreiten der Eigentumsumschreibung miteinander kumulieren und der Verbraucher-Besteller in die kostenträchtige Prozessrolle des Klägers gedrängt wird.

278) *Fabis* ZfIR 2002, 177; *Keim* MittBayNot 2003, 21; *Litzenburger* RNotZ 2002, 51; einschränkend *Basty* DNotZ 2002, 44

279) BGH 07.06.2001 - VII ZR 420/00, BGHZ 148, 85

280) BGH 07.06.2001 - VII ZR 420/00, BGHZ 148, 85

281) S.o. Rdn. 183

282) *Keim* MittBayNot 2003, 21, 25

283) S.o. Rdn. 28

284) *Wagner* ZNotP 7/2002, Beilage Seite 11 m.w.N.

285) S.o. Rdn. 183

- 203 Jeder dieser beiden Punkte für sich, erst Recht beide Punkte zusammengenommen, führen dazu, daß Notare nicht in Bauträgerverträgen formulieren sollten, die Veranlassung der Eigentumsumschreibung vom Nachweis der vereinbarten Vergütung abhängig zu machen wie auch grundlegend über den zuvor beschriebenen Systemmangel des Bauträgervertrages bezüglich der Eigentumsumschreibung (zumindest) in Fällen des § 320 Abs. 2 BGB nachgedacht werden müßte. Zumindest ist der beurkundende Notar gehalten, aus den oben bereits genannten Gründen²⁸⁶⁾ die Beteiligten eines Bauträgervertrages über damit verbundene Unsicherheiten zu belehren und eine zweckmäßige Gestaltung vorzuschlagen, die jedenfalls das Prozeßrisiko für den Verbraucher-Besteller im Hinblick auf die Eigentumsumschreibung für Fälle des § 320 Abs. 2 BGB vermeiden hilft. Dies könnte z.B. in der Weise erfolgen, daß der Bauträger sich im Bauträgervertrag verpflichtet, spätestens mit Erhalt der Abschlagszahlung für die Bezugsfertigkeit²⁸⁷⁾ zur Eigentumsumschreibung verpflichtet zu sein. Über Mängel und die Höhe damit verbundener Kürzungen der vereinbarten Vergütung mögen dann die Vertragsparteien des Bauträgervertrages gesondert streiten. Es würde aber auf diese Weise die Vorenthaltung der Eigentumsumschreibung nicht mehr zu Lasten des Verbraucher-Bestellers als „Erpressungspotential“ eingesetzt und dieser Bereich dem Prozessrisiko des Verbraucher-Bestellers entzogen.
- 204 Hinzu käme, daß mit oben bereits beschriebenen²⁸⁸⁾ mit einer solchen vorgezogenen Eigentumsumschreibung die MaBV abgebrochen würde und sich damit oben angesprochene Fragen der „Fertigstellung“ und „Fertigstellungsrate“ nicht mehr stellen würden.

b) Schadensersatz statt (Teil)Leistung

- 205 Es wurde oben schon darauf hingewiesen, dass der einzelne Besteller auch im Geschosswohnungsbau einen Schadensersatzanspruch gegen den Bauträger geltend machen kann, selbst wenn dieser mit Mängeln am Gemeinschaftseigentum zusammenhängt.²⁸⁹⁾ Fraglich ist, ob sich daran durch die Neuregelungen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes etwas geändert hat und wie sich dies auf den Auflassungs- bzw. Eigentumsumschreibungsanspruch des Bestellers auswirkt. Der Beantwortung dieses Themas nähert man sich am besten dadurch, dass man danach unterscheidet, ob es sich um Schadensersatzansprüche wegen Mängeln „im Sondereigentum“ einerseits bzw. „im Gemeinschaftseigentum“²⁹⁰⁾ andererseits handelt.

b1) Schadensersatz wegen Mängeln „im Sondereigentum“

- 206 Zunächst einmal ist zu klären, welche Art von Schadensersatz geltend gemacht wird:
- (1) Wird seitens des Bestellers Schadensersatz deswegen geltend gemacht, weil der Bauträger nicht auf die Belange des Bestellers Rücksicht genommen hat (§§ 241 Abs. 2, 282, 280 BGB), dann deshalb, weil es hier um Schäden geht, die direkt nichts mit einem mangelhaften Werk zu tun haben.²⁹¹⁾ Dieser Schadensersatzanspruch hat mit § 634 Nr. 4 BGB nichts zu tun

286) S.o. Rdn. 24 - 25

287) S.o. Rdn. 144

288) S.o. Rdn. 47 ff., 175 ff.

289) S.o. Rdn. 132 u.H.a. BGH 25.02.1999 – VII ZR 208/97, BGHZ 141, 63, 67

290) Dass es hier nicht um Mängel im Sonder- bzw. Gemeinschaftseigentum geht, sondern um Mängel in der Bausubstanz, die nach Aufteilung (§ 3 bzw. § 8 WEG) im Sonder- bzw. Gemeinschaftseigentum befindlich ist, wurde oben schon ausgeführt: s.o. Rdn. 162

291) *Preussner* BauR 2002, 231, 238; *Wagner* ZfIR 2002, 353, 358; *Wagner* in: Henssler/Graf von Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, 2. Aufl. 2003, § 634 Rdn. 22

und setzt auch nicht die vorherige Geltendmachung eines Nacherfüllungsanspruches voraus (§ 635 BGB). Das originäre, auf beiderseitige Erfüllung gerichtete, Vertragsverhältnis der Vertragsparteien bleibt unberührt.

- 207 Dem Besteller steht ein Auflassungs- bzw. Eigentumsumschreibungsanspruch zu, sobald er die geschuldete Vergütung bezahlt hat, wozu er mit seinem diesbezüglichen Schadensersatzanspruch aufrechnen kann.
- 208 (2) Ganz anders, wenn es um einen Schadensersatzanspruch wegen mangelhafter Werkerfüllung geht. Hier ist der Besteller gehalten, zunächst seinen Nacherfüllungsanspruch (§§ 635, 634 Nr. 1 BGB) geltend zu machen. Schlägt dieser fehl und übt dann der Besteller sein Wahlrecht zwecks Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches gemäß § 634 Nr. 4 BGB aus, dann endet damit der Erfüllungsanspruch des Bestellers aufgrund des Werkvertrages (§ 281 Abs. 4 BGB).²⁹²⁾ Folglich steht dann dem Besteller auch kein Anspruch auf Eigentumsumschreibung mehr zu und er verliert in dem Moment auch sein Recht auf Sicherung seines vormaligen Erfüllungsanspruches durch Vormerkung,²⁹³⁾ so dass er in die Löschung der Vormerkung einwilligen muss.
- 209 Es wird mithin deutlich, dass unterschiedliche Arten des Schadensersatzanspruches auch unterschiedliche Auswirkungen auf die zu Gunsten des Bestellers eingetragene Vormerkung und seinen Eigentumsumschreibungsanspruch haben.

b2) Schadensersatz wegen Mängeln „im Gemeinschaftseigentum“

- 210 Es handelt sich insoweit nicht um Mängel „im Gemeinschaftseigentum“, sondern am Gesamtbauvorhaben, das sich nach Aufteilung im Gemeinschaftseigentum befindet.²⁹⁴⁾ Da die Wohnungseigentumsgemeinschaft nicht Besteller ist, kann jeder einzelne Besteller aufgrund seines Bauträgervertrages den Nacherfüllungsanspruch gegenüber dem Bauträger geltend machen.²⁹⁵⁾ Schlägt der Nacherfüllungsanspruch fehl, stünde dann dem Besteller, der ihn geltend gemacht hatte, das Wahlrecht zu, Schadensersatz gemäß § 634 Nr. 4 BGB geltend zu machen.²⁹⁶⁾ Aber in § 634 Nr. 2 und 3 BGB stehen auch noch andere Alternativen mit ganz unterschiedlichen Rechtsfolgen zur Verfügung:
- 211 - § 634 Nr. 2 BGB (Selbstbeseitigung und Aufwendungsersatz): Der Erfüllungsanspruch des Bestellers auf Verschaffung des Eigentums (§ 633 Abs. 1 BGB) wird nicht berührt.
- 212 - § 634 Nr. 3 BGB (Rücktritt): Es handelt sich um die Ausübung eines Gestaltungsrechts, wodurch das Schuldverhältnis des Bauträgervertrages in ein Abrechnungs- und Abwicklungsverhältnis umgewandelt wird.²⁹⁷⁾ Ein Erfüllungsanspruch und somit ein Eigentumsumschreibungsanspruch entfällt und eine zu Gunsten des Bestellers bereits eingetragene Vormerkung ist zu löschen.

292) *Wagner* in: Henssler/Graf von Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, 2. Aufl. 2003, § 634 Rdn. 21 f.

293) So auch BGH 05.04.2001 - VII ZR 498/99, NJW 2001, 2249 für den Fall der Geltendmachung der Rechte gemäß § 326 BGB a.F.

294) S.o. Rdn. 170

295) S.o. Rdn. 170

296) S.o. Rdn. 208 u.H.a. BGH 25.02.1999 – VII ZR 208/97, BGHZ 141, 63, 65 f.

297) Palandt/*Sprau*, BGB, 62. Aufl. 2003, § 634 Rdn. 5; *Wagner* in: Henssler/Graf von Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, 2. Aufl. 2003, § 634 Rdn. 11

- 213 - § 634 Nr. 3 BGB (Minderung): Auch diesbezüglich handelt es sich um ein Gestaltungsrecht. Aber dieses Recht der Minderung kann nur von allen Bestellern gegenüber dem Bauträger einheitlich ausgeübt werden (§ 638 Abs. 2 BGB).
- 214 Wegen § 638 Abs. 2 BGB ist es aber notwendig, dass zunächst alle Besteller (nicht alle Wohnungseigentümer) sich darin einig werden, ein Minderungsrecht geltend zu machen oder auch nicht. Entgegen der früheren Rechtslage ist mithin dieserhalb kein Beschluß der Wohnungseigentümergeinschaft zu fassen, sondern die Besteller haben sich diesbezüglich untereinander zu einigen.²⁹⁸⁾ Können sich die Besteller untereinander nicht darauf einigen, die Minderung von allen geltend zu machen, dann entfällt das Minderungsrecht und der Besteller kann Schadensersatz geltend machen, ohne dass es diesbezüglich zu einem Meinungsbildungsprozess aller Besteller oder gar der Wohnungseigentümergeinschaft kommen müsste. Diesbezüglich, was also die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches durch einen Besteller betrifft, hätte sich gegenüber der alten Rechtslage nichts geändert.²⁹⁹⁾
- 215 Aber die Geltendmachung des Schadensersatzanspruches gemäß § 634 Nr. 4 BGB führt auch hier zur Beendigung des Erfüllungsanspruches des Bestellers mit zuvor bereits genannten Folgen.³⁰⁰⁾

c) Teilkündigung aus wichtigem Grund

c1) Bisherige Rechtslage

- 216 Der BGH hatte iudiziert, der Erwerber eines Bauträgervertrages könne den die Errichtung des Baus betreffenden Teil des Bauträgervertrages nicht nach § 649 BGB kündigen. Denn beim Bauträgervertrag handele es sich um einen einheitlichen Vertrag, in welchem sich der Bauträger zu einer Gesamtleistung verpflichte, es handele sich aber nicht um einen durch einzelne Schuldverhältnisse zusammengesetzten Vertragstyp.³⁰¹⁾ Eine Ausnahme hat der BGH aber für den Fall gemacht, wenn der Bauträger dem Erwerber Anlaß gegeben hat, die Bauleistung aus wichtigem Grund zu kündigen. Dann könne der Erwerber das Recht zur Kündigung der Restbauleistung aus wichtigem Grund haben und gleichwohl den Anspruch auf Übereignung des Grundstücks bzw. Miteigentumsanteils behalten. Wann dies der Fall sei, sei im Einzelfall zu klären.³⁰²⁾ Der bis zur Teilkündigung einheitliche Bauträgervertrag wurde folglich mit der Teilkündigung aus wichtigem Grund aufgeteilt in einen Anspruch auf Grundstücksüberlassung einerseits und die Ablehnung auf Fertigstellung des Bauwerks andererseits.³⁰³⁾

c2) Neues Recht

- 217 Ob von vorgenannter Rechtslage auch nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes ausgegangen werden kann, ist nicht zweifelsfrei.³⁰⁴⁾ Denn es ist streitig, ob es in Anbetracht des novellierten Werkvertragsrechts ein Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund überhaupt noch gibt. Denn das Recht der Kündigung aus wichtigem Grund ist in § 314 BGB für Dauerschuldverhältnisse geregelt, worum es sich beim Bauträgervertrag aber nicht handelt. Und gäbe es

298) *Wagner* in: Henssler/Graf von Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, 2. Aufl. 2003, § 634 Rdn. 12 f.

299) S.o. Rdn. 146 f. und Rdn. 210 u.H.a. BGH 25.02.1999 – VII ZR 208/97, BGHZ 141, 63, 65 f.

300) S.o. Rdn. 208

301) BGH 21.11.1985 – VII ZR 366/83, NJW 19985, 925, 926

302) BGH 21.11.1985 – VII ZR 366/83, NJW 19985, 925, 927

303) KG Berlin 22.12.1998 – 27 U 429/98, BauR 2000, 114

304) *Sienz* BauR 2002, 181, 195

kein Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund, so auch kein Recht zur Teilkündigung aus wichtigem Grund. Folgende Meinungen werden zu der Frage eines Kündigungsrechts aus wichtigem Grund vertreten:

- 218 - Eine Kündigung des Bestellers aus wichtigem Grund wird mit der Begründung einer teleologischen Reduktion des § 649 Satz 2 BGB dann bejaht, wenn dem Besteller ein weiteres Festhalten am Vertrag nicht zugemutet werden kann³⁰⁵⁾ oder die Geschäftsgrundlage entfallen ist und der Unternehmer sich weigert, die Vertragsanpassung vorzunehmen.³⁰⁶⁾ Eine andere Auffassung plädiert für eine analoge Anwendung des § 314 BGB.³⁰⁷⁾
- 219 - Mangels gesetzlicher Regelung sei nicht von einer Kündigung aus wichtigem Grund auszugehen, vielmehr habe der Besteller ein Rücktrittsrecht gemäß § 323 Abs. 1 BGB, wenn der Auftragnehmer seine Leistung nicht bzw. nicht vertragsgemäß erbringe und der Besteller dem Auftragnehmer eine angemessene Frist zur Leistungserbringung oder Nacherfüllung gesetzt habe. Die Fristsetzung könne gemäß §§ 323 Abs. 2, 636 BGB unter den dort genannten Voraussetzungen entbehrlich sein. Der Besteller sei nicht gehindert, neben Rücktritt auch Schadensersatz zu verlangen (§ 325 BGB), was insbesondere dann gelte, wenn Schadensersatz statt Leistung verlangt werde (§§ 280 ff. BGB).³⁰⁸⁾
- 220 - Dort, wo eine Kündigung aus wichtigem Grund im Grundsatz bejaht wird, sei aber zunächst zu prüfen, ob den Interessen des Bestellers nicht statt dessen durch die in § 634 BGB genannten Rechtsfolgen entsprochen werden könne.³⁰⁹⁾
- 221 Ob mithin nach neuem Recht eine Teilkündigung des Bauträgervertrages aus wichtigem Grund mit der Folge noch möglich ist, dass der Besteller im Anschluss daran einen Eigentumsübertragungsanspruch hat, ist in Anbetracht der durch § 314 BGB ausgelösten Unsicherheiten und der Diskussionen im Fachschrifttum so lange unsicher, bis sie vom BGH entschieden worden ist. Es empfiehlt sich daher, die Frage der Teilkündigung aus wichtigem Grund und ihre Rechtsfolgen *vertraglich* zu regeln.³¹⁰⁾
- 222 Bejaht man eine Teilkündigung des Bauträgervertrages aus wichtigem Grund auch nach neuem Recht, dann könnte auch folgende Aussage in der Rechtsprechung des BGH³¹¹⁾ bedeutsam werden: Das Erfüllungsstadium bezüglich der Bauerrichtung würde nicht mit der Teilkündigung enden, sondern mit der Abnahme, wobei die Kündigung des Bestellers selbst keine konkludente Abnahme ist.³¹²⁾ Denn die Abnahme dient dazu, festzustellen, ob die aufgrund der Kündigung beschränkte Werkleistung des Bauträgers vertragsgemäß erbracht wurde.³¹³⁾ Denn bezüglich der Herstellung tritt Erfüllung erst mit der Abnahme ein.³¹⁴⁾ Folglich hat der Bauträger auch für den

305) *Voit* in: Bamberger/Roth, BGB, 2003, § 649 Rdn. 21 f.

306) *Voit* in: Bamberger/Roth, BGB, 2003, § 649 Rdn. 23

307) *Sienz* BauR 2002, 181, 195

308) *Falk/Maier*, Handbuch des privaten Baurechts, 2003, Rdn. 573 f.

309) *Voit* in: Bamberger/Roth, BGB, 2003, § 649 Rdn. 22

310) S.u. Rdn. 383

311) BGH 19.12.2002 – VII ZR 103/00, NJW 2003, 1450, 1452. Dazu *Brügmann/Kenter* NJW 2003, 2121

312) BGH 19.12.2002 – VII ZR 103/00, NJW 2003, 1450, 1452

313) BGH 19.12.2002 – VII ZR 103/00, NJW 2003, 1450, 1452 u.H.a. *Kniffka* ZfBR 1998, 113; *Thode* ZfBR 1999, 116, 120 ff.

314) BGH 19.12.2002 – VII ZR 103/00, NJW 2003, 1450, 1452 u.H.a. *Thode* ZfBR 1999, 116

Fall der Teilkündigung aus wichtigem Grund gegenüber dem Besteller einen Anspruch auf Abnahme.³¹⁵⁾

2. Die Globalgrundschuld

a) Die Globalgrundschuld als „Aufrechnungssperre“ trotz berechnete Gegenansprüche des Käufers

223 Hierunter wird folgendes verstanden:

Der Bauträger wird i.d.R. den Erwerb des Grundstücks und die Durchführung der Baumaßnahmen finanzieren. Zu diesem Zweck wird auf seinem Grundstück eine Globalgrundschuld eingetragen, die nach Aufteilung in Wohnungseigentum in den Wohnungseigentumsgrundbüchern aller Wohneinheiten als Gesamtgrundschuld (§§ 1192 Abs. 1, 1132 BGB) eingetragen wird.³¹⁶⁾ Diese geht denen später zu Gunsten der Besteller in den Wohnungseigentumsgrundbüchern einzutragenden Vormerkungen im Range vor.

224 Für den Bauträger ist *öffentlichrechtliche* Entgegennahmenvoraussetzung in § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 MaBV, dass die Freistellung des Vertragsobjektes des Erwerbers - also das Haus oder die Eigentumswohnung³¹⁷⁾ - von denen der zu Gunsten des Bestellers eingetragenen Vormerkung vorgehenden eingetragenen Grundpfandrechten sichergestellt ist, auch wenn das Bauvorhaben nicht fertiggestellt ist.³¹⁸⁾ Und was unter einer solchen Sicherstellung verstanden wird, ist in § 3 Abs. 1 Satz 2 f. MaBV definiert. Zu diesem Zweck ist dem Besteller eine Freistellungserklärung der finanzierenden Bank des Bauträgers auszuhändigen (§ 3 Abs. 1 Satz 4 MaBV). Und gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 MaBV hat die Freistellungserklärung dann, wenn das Bauvorhaben vollendet wird, eine Verpflichtung der finanzierenden Bank des Bauträgers zu enthalten, das Gesamtgrundpfandrecht unverzüglich auf dem Vertragsobjekt zu löschen, wenn die „*geschuldete* Vertragssumme“ gezahlt worden ist.³¹⁹⁾ Hier entstehen nun folgende Probleme:

225 (1) Wird im Gegensatz dazu seitens eines Kreditinstitutes eine Freistellungserklärung gegeben, die nicht auf die „*geschuldete* Vertragssumme“ sondern auf die „*vereinbarte* Vertragssumme“ abstellt, dann soll nach dem OLG Dresden³²⁰⁾ dies maßgebend sein. Dem Erwerber stehe nur gegenüber dem Bauträger ein Anspruch auf eine andere Freistellungserklärung zu. Im Ergebnis führt diese Rechtsprechung dazu, daß berechnete Aufrechnungen des Bestellers gegen Vergütungsansprüche des Bauträgers zwar Einfluß auf die Höhe der geschuldeten

315) BGH 19.12.2002 – VII ZR 103/00, NJW 2003, 1450, 1452

316) BGH 30.01.1992 - IX ZR 64/91, NJW 1992, 1390; *Rösler* in: von Heymann/Wagner/Rösler, MaBV für Notare und Kreditinstitute, 2000, Rdn. 70

317) Vertragsobjekt i.S.d. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 MaBV ist beim Geschosswohnungsbau folglich nicht das Grundstück sondern das Wohnungseigentumsgrundbuch der jeweiligen Wohnung des jeweiligen Bestellers. Folglich muß sich die Freistellungserklärung auf die Freistellung des jeweiligen Wohnungseigentumsgrundbuches beziehen: BGH 30.01.1992 - IX ZR 64/91, NJW 1992, 1390; *Schmid* BauR 2000, 971, 976

318) Auf das Wahlrecht der den Bauträger finanzierenden Bank, dann, wenn das Bauvorhaben nicht fertiggestellt wird, an Stelle der Freistellung alle vom Besteller gezahlten Beträge bis zum anteiligen Wert des Vertragsobjektes zurückzuzahlen (§ 3 Abs. 1 Satz 3 MaBV), soll hier nicht näher eingegangen werden. Dazu siehe *Weis/Rösler* ZIP 2002, 1520

319) Gemäß BGH 05.04.2001 - VII ZR 498/99, NJW 2001, 2249 kann *zivilrechtlich* eine Freistellungserklärung durchaus Bedingungen enthalten, die in § 3 Abs. 1 MaBV nicht vorgesehen sind. Die Folge ist aber dann, daß für den Bauträger die *öffentlichrechtlichen* Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 MaBV nicht gegeben sind und er folglich keine Vergütungen entgegennehmen kann, es sei dann, diesem Defizit würde durch eine Bürgschaft gemäß § 7 MaBV Rechnung getragen.

320) OLG Dresden 27.06.1997 – 7 U 860/97, DNotZ 1998, 372

Vertragssumme hätten, nicht aber zur Freistellung des Grundstückes bzw. Wohnungseigentumsgrundbuchs von der Globalpfandbelastung führt.

- 226 (2) Im Muster eines Freigabeversprechens der Bundesnotarkammer³²¹⁾ heißt es unter Ziff. 4., eine Freigabeverpflichtung bestehe für die Grundpfandgläubigerin nicht, „soweit die Vertragssumme nicht mehr geschuldet ist, weil mit einer Forderung gegen den Bauträger aufgerechnet wurde, die nicht dem kaufvertraglichen Rechtsverhältnis entstammt.“ Denn die wirtschaftliche Grundlage des Freigabeverprechens werde in Frage gestellt, wenn der Erwerber mit Forderungen aufrechnen könne, die nichts mit dem „Kaufvertrag“ zu tun hätten.³²²⁾ Dies könne z.B. dann der Fall sein, wenn sich ein Erwerber von Dritten (z.B. Bauhandwerkern) Forderungen abtreten ließe, um damit gegen Forderungen des Bauträgers aufzurechnen. In solchen Fall könne „billigerweise“ der Bank die Freigabe der Grundschuld nicht auferlegt werden.³²³⁾ Dem folgt auch das Fachschrifttum.³²⁴⁾
- 227 Abgesehen davon, daß das Rechtsverhältnis des Bestellers zum Bauträger kein kaufvertragliches ist,³²⁵⁾ führt auch dies dazu, daß berechtigte Aufrechnungen des Bestellers gegen Vergütungsansprüche des Bauträgers zwar Einfluß auf die Höhe der geschuldeten Vertragssumme hätten, nicht aber zur Freistellung des Grundstückes bzw. Wohnungseigentumsgrundbuchs von der Gesamtgrundpfandbelastung führt.³²⁶⁾
- 228 (3) Wird zwischen dem Bauträger und dem Besteller ein Aufrechnungsverbot vereinbart, um auf diese Weise im Rahmen der Gesamtfinanzierung der Freistellungserklärung Rechnung zu tragen, so ist ein solches Aufrechnungsverbot nach einer Entscheidung des OLG Düsseldorf³²⁷⁾ wirksam.
- 229 Da in vorgenannten Beispielsfällen die Gesamtgrundschuld sich im Hinblick auf die Freistellung als „Aufrechnungssperre“ trotz berechtigter Gegenansprüche des Bestellers erweist, stellt sich die Frage, ob dies wirklich rechtlich unbedenklich ist. Denn es kumulieren die Vorauszahlungspflicht des Bestellers per Abschlagszahlungen³²⁸⁾ mit dieser den Besteller treffenden faktischen „Aufrechnungssperre“. Bei der nachfolgenden rechtlichen Betrachtung soll zwischen dem Rechtsverhältnis zwischen Bauträger und Besteller einerseits und dem zwischen der Gesamtgrundpfandgläubigerin, die eine Freistellungserklärung abgegeben hat, und dem Besteller andererseits unterschieden werden.

a1) Rechtsverhältnis Bauträger und Besteller

- 230 Für den klassischen Bauträgervertrag ist die MaBV einschlägig. Bei der MaBV handelt es sich um eine dem öffentlichen Recht zuzuordnende Rechtsverordnung, die als Adressaten nur den Bauträger hat. Sie regelt den Bauträger betreffende Gebote und Verbote.³²⁹⁾ Der Bauträger hat die Verbotsvorschrift des § 12 MaBV zu beachten, wonach der Bauträger seine Verpflichtungen nach

321) DNotZ 2002, 402, 403

322) So auch KG Berlin 20.02.2003 – 10 U 403/01, ZIP 2003, 1881

323) BNotK DNotZ 2002, 402, 407 f.

324) *Basty* DNotZ 1992, 131, 136

325) S.o. Rdn. 26 - 28

326) So KG Berlin 20.02.2003 – 10 U 403/01, ZIP 2003, 1881

327) OLG Düsseldorf 31.08.1998 – 9 U 25/98, ZfIR 1999, 27, 30

328) S.o. Rdn. 28

329) BGH 22.12.2000 - VII ZR 310/99, BGHZ 146, 250, 260

- den §§ 2 – 8 MaBV durch vertragliche Vereinbarungen weder ausschließen noch beschränken darf. Verstößt er dagegen, so kann dies zur Nichtigkeit entsprechender Vereinbarungen gemäß § 134 BGB führen.³³⁰⁾
- 231 § 3 Abs. 1 Satz 1 MaBV regelt ein Entgegennahmeverbot des Bauträgers. Demnach darf der Bauträger vom Besteller keine Vergütung entgegennehmen, wenn nicht die dort normierten Voraussetzungen erfüllt sind. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 MaBV fordert, daß die Freistellung von der Vormerkung vorgehenden Grundpfandrechten auf dem Vertragsobjekt – also dem entsprechenden Wohnungsgrundbuch - gesichert sein muß. Und § 3 Abs. 1 Satz 2 MaBV definiert, wann dies der Fall ist, und zwar, wenn das Bauvorhaben vollendet wird, indem die „geschuldete Vertragssumme“ gezahlt ist. Der Begriff der „geschuldeten Vertragssumme“ ist eindeutig.
- 232 Wenn nun in obigen Beispielen(1) und (2)³³¹⁾ davon abgewichen wird, so handelt es sich um eine Beschränkung dieses Begriffes. Und im obigen Beispiel (3)³³²⁾ des vertraglich vereinbarten Aufrechnungsverbot es sich um eine vertragliche Vereinbarung, die auf den Ausschluss des Begriffes bzw. ebenfalls auf eine Einschränkung des Begriffes „geschuldete Summe“ zielt. Ob dies jeweils zur Nichtigkeit der betreffenden vertraglichen Regelungen im Bauträgervertrag führt (§§ 12 MaBV, 134 BGB), hängt davon ab, ob § 12 MaBV sich nur gegen vertraglich ausschließende bzw. beschränkende Vereinbarungen wenden möchte oder auch gegen die privatrechtliche Wirksamkeit und damit gegen die wirtschaftlichen Folgen solcher Regelungen.³³³⁾
- 233 Der BGH³³⁴⁾ iudiziert im Hinblick auf § 3 Abs. 2 MaBV, zwar richte sich § 12 MaBV nur an den Bauträger, bezwecke aber damit den Schutz des Erwerbers. Dieser solle davor geschützt werden, daß der Bauträger Vermögenswerte entgegennehme, ohne daß der mit § 3 Abs. 2 MaBV bezweckte Mindestschutz gewährleistet sei. Dies kann für den Fall des § 3 Abs. 1 MaBV nicht anders sein.
- 234 Möchte folglich der Bauträger im Hinblick auf §§ 12 MaBV, 134 BGB nicht die Nichtigkeit aufgrund von § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Satz 2 MaBV abweichender Regelungen riskieren, indem der Begriff „geschuldete Summe“ mit irgendwelchen Einschränkungen versehen wird, dann sollte von obigen Beispielfällen Abstand genommen werden. Andernfalls wären abweichende Regelungen im Bauträgervertrag nichtig und der Besteller hätte – vorbehaltlich § 139 BGB - gegen den *Bauträger* einen Anspruch darauf, daß seitens des finanzierenden Kreditinstitutes des Bauträgers dem Besteller eine ohne Einschränkungen versehene Freistellungserklärung zur Verfügung gestellt wird.
- 235 Und bevor dies nicht geschieht, ist der Besteller nicht verpflichtet, an den Bauträger zu zahlen und vor allem der Bauträger nicht berechtigt, eine Vergütung entgegen zu nehmen. Der Besteller behält aber gegenüber dem Bauträger seinen Erfüllungsanspruch. Die dies anders sehende Musterfreistellungserklärung der BNotK, die Rechtsprechung und das Fachschrifttum³³⁵⁾ unterschätzen mithin die seit der Rechtsprechung des BGH³³⁶⁾ von den §§ 12 MaBV, 134 BGB ausgehen-

330) BGH 22.12.2000 - VII ZR 310/99, BGHZ 146, 250, 258

331) S.o. Rdn. 225 und Rdn. 226 f.

332) S.o. Rdn. 228

333) BGH 22.12.2000 - VII ZR 310/99, BGHZ 146, 250, 258

334) BGH 22.12.2000 - VII ZR 310/99, BGHZ 146, 250, 258 u.H.a. BGH 22.10.1998 – VII ZR 99/97, BGHZ 139, 387, 391 f.

335) S.o. Rdn. 226

336) BGH 22.12.2000 - VII ZR 310/99, BGHZ 146, 250

den Gefahren. Der beurkundende Notar muß im Hinblick auf seine obigen Amtspflichten³³⁷⁾ zumindest nach § 17 Abs. 2 Satz 2 BeurkG verfahren.

a2) Rechtsverhältnis Kreditinstitut (Globalgrundpfandgläubiger) und Besteller

- 236 Reicht das finanzierende Kreditinstitut des Bauträgers dem Besteller eine Freistellungserklärung aus, dann erfolgt dies aufgrund des Kreditvertrages zwischen dem Bauträger und diesem Kreditinstitut. Es handelt sich insoweit um einen echten Vertrag zu Gunsten Dritter (§ 328 BGB), so daß mit der Freistellungserklärung der Besteller einen direkten Freistellungsanspruch gegenüber der finanzierenden Bank der Bauträgers (Gesamtgrundpfandgläubigerin) erhält.³³⁸⁾
- 237 Das den Bauträger finanzierende Kreditinstitut (Gesamtgrundpfandgläubiger) ist nicht Adressat der MaBV und folglich auch nicht des § 12 MaBV.³³⁹⁾ Gibt dieses eine Freistellungserklärung, die den Begriff „geschuldete Vertragssumme“ in § 3 Abs. 2 Satz 2 MaBV einschränkt und zwar unabhängig davon, ob dies aufgrund der vertraglichen Regelungen des Bauträgervertrages vorgegeben ist, dann verfügt der Besteller über keine Freistellungserklärung im Sinne des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 MaBV, mit der Folge, daß der Besteller nicht verpflichtet ist, an den Bauträger zu zahlen und vor allem der Bauträger nicht berechtigt ist, eine Vergütung entgegen zu nehmen. Der Besteller behält aber gegenüber dem Bauträger seinen Erfüllungsanspruch. Hat der Besteller in Unkenntnis dessen gleichwohl an den Bauträger gezahlt, ohne daß ihm zuvor eine Sicherheit gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Satz 2 MaBV gegeben wurde, dann kann dies zum Schadenersatzanspruch des Verbraucher-Bestellers gemäß §§ 311 Abs. 2, 3, 241 Abs. 2 BGB gegenüber dem Kreditinstitut entsprechend dem unten ausgeführten führen.³⁴⁰⁾ Das Kreditinstitut hat dann den Besteller so zu stellen wie wenn sie von Anfang an eine mit § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Satz 2 f. MaBV konforme Freistellungserklärung abgegeben hätte.³⁴¹⁾
- 238 Würde dagegen das den Bauträger finanzierende Kreditinstitut (Globalgrundpfandgläubiger) eine dem Wortlaut des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Satz 2 MaBV entsprechende Freistellungserklärung dem Besteller geben, jedoch im Falle der Geltendmachung der Freistellung durch den Besteller sich auf eine einschränkende Auslegung entsprechend dem oben Dargestellten³⁴²⁾ berufen, dann wäre dem seitens des Bestellers folgendes entgegenzuhalten: Einerlei, ob man das Rechtsverhältnis zwischen dem Gesamtgrundpfandgläubiger und dem Besteller als Vertragsverhältnis³⁴³⁾ (§ 311 Abs. 1 BGB) oder als Schuldverhältnis i.S.d. § 311 Abs. 2, 3 BGB ansieht, in beiden Fällen wäre § 241 Abs. 2 BGB einschlägig. Und danach müßte die Globalgrundpfandgläubigerin auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Bestellers Rücksicht nehmen. Und dies würde es verbie-

337) S.o. Rdn. 24

338) BGH 28.05.1976 - V ZR 203/75, NJW 1976, 2340; BGH 10.06.1983 - V ZR 252/80, NJW 1984, 169, 170; BGH 30.01.1992 - IX ZR 64/91, NJW 1992, 1390; *Schmid* BauR BauR 2000, 971, 976 meint, der Besteller schließe mit dem Bauträger zugleich einen Vertrag über die Freigabe des Erwerbsgegenstandes bezüglich der (Global-) Grundschuld (richtiger wohl bezüglich der auf das Wohnungsgrundbuch belastenden Gesamtgrundschuld) ab.

339) BGH 06.05.2003 – XI ZR 33/02, ZfR 2003, 590, 591; *Marcks*, MaBV, 7. Aufl. 2003, § 1 Rdn. 1; *Rösler* EWiR 2003, 889, 890; a.A. *Habscheid* DNotZ 1998, 325, 334, der bei einer gegen § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Satz 2 MaBV verstoßenden Freistellungserklärung einen Verstoß gegen § 9 Abs. 1 AGBG annahm und meinte, über § 6 Abs. 1 und 2 AGBG die Vorschriften der MaBV ergänzend heranziehen zu können. Ähnlich *Schmid* BauR 2000, 325, 335; *Vogel* BauR 1999, 992, 997

340) S.u. Rdn. 263; so auch *Schmid* BauR 2000, 971, 977, der sogar §§ 823 Abs. 2 BGB, 3 Abs. 1 MaBV in Erwägung zieht.

341) *Schmid* BauR 2000, 971, 978

342) S.o. Rdn. 226

343) *Basty* MittBayNot 2000, 507, 508

- ten, eine Freistellungserklärung in einer Weise auszulegen, daß sie im Ergebnis gegen § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Satz 2 MaBV und damit gegen § 12 MaBV verstoßen wurde, nachdem zuvor der Besteller bei seinen Vorauszahlungen in Form von Abschlagszahlungen davon ausgegangen war, daß sein Recht auf Freistellung mit keinen Einschränkungen versehen war, hätte er sonst doch nicht zahlen müssen. Und vor dem Hintergrund des § 241 Abs. 2 BGB behält dann der Besteller seinen Freistellungsanspruch gegenüber der Globalgrundpfandgläubigerin, ohne sich deren einschränkende Auslegungen durch das Kreditinstitut entgegenhalten lassen zu müssen, so lange seitens des Bestellers der Verschaffungsanspruch gemäß § 633 Abs. 1 BGB fortbesteht und die geschuldete Vergütung vom Besteller gezahlt worden ist.³⁴⁴⁾
- 239 Mit diesem Ergebnis stimmt eine neuere Entscheidung des KG Berlin,³⁴⁵⁾ die allerdings zu einem Sachverhalt vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes ergangen ist, nicht überein. Demnach ist Maßstab der „geschuldeten Vertragssumme“ nicht der Betrag, der nach Verrechnung mit Gegenansprüchen aus einem weiteren Wohnungserwerb „zu Aufrechnungszwecken“ verbleibt. Begründet wird dies im wesentlichen damit, der Erwerber habe „bei verständiger Würdigung der Interessenlage“ nicht erwarten können, daß die Grundpfandgläubigerin pfandfrei stelle, wenn der
- „zu leistende Kaufpreis durch Aufrechnung mit Ansprüchen zum Erlöschen gebracht wurde, die ihre Grundlage außerhalb der Erfüllungs- und Gewährleistungshaftung des Bauträgers habe. Denn in diesem Fall wären die dinglichen Sicherheiten für den der ... GmbH gewährten Kredit geschmälert worden, ohne daß sie einen Gegenwert erhalten hätte.“³⁴⁶⁾
- 240 Die Freistellungserklärung sei MaBV-gerecht auszulegen. Und die Freistellungserklärung schütze lediglich die Vermögenswerte des Erwerbers, die der Bauträger als Voraus- und Abschlagszahlungen erhalte, bevor er dem Erwerber Eigentum verschafft habe.³⁴⁷⁾
- 241 Dem ist aus Sicht des Verbraucher-Bestellers folgendes entgegen zu halten: Die Argumentation des KG Berlin hat nichts mit dem eindeutigen Begriff der „geschuldeten Vertragssumme“ zu tun. Die Interessenlage der Grundpfandgläubigerin war auch nicht in der Freistellungserklärung zum Ausdruck gekommen. Es handelte sich mithin bei dieser Argumentation des KG Berlin um die nachträgliche einseitige und rückwirkende Implementierung einer „Interessenlage“ der Grundpfandgläubigerin, ohne daß dies dem Verbraucher-Besteller bei ihm zugereichter Freistellungserklärung von Anfang an erkennbar war. Im Hinblick auf das zuvor zu §§ 311, 241 Abs. 2 BGB Ausgeführte stellt sich die Frage, ob zum Rücksichtnahmegebot nicht auch gehört, daß der Verbraucher-Besteller im Hinblick auf den Rechtsgedanken des § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB *vorher* die Möglichkeit gehabt haben muß, von einer solchen Interessenlage Kenntnis zu erhalten. Hinzu kommt aber folgendes:
- 242 Der BGH³⁴⁸⁾ hat zur Frage der Auslegung einer Freistellungserklärung einer Bank folgendes iudiziert:
- „Ob und in welchem Umfang dem Kl. ein Anspruch auf Grundschuldverzicht (§§ 1192 I, 1169, 1175 I 2 BGB) zusteht, ist durch Auslegung der mit Formularschreiben vom 13. 1. 1976 dem beurkundenden Notar übersandten Freistellungserklärung zu ermitteln, die ein Angebot zum Abschluß einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung darstellt. Ob die Vereinbarung über die Freistellung der einzelnen neu zu bildenden Grundstücke von der Gesamtgrundschuld zwischen der Grundschuldgläubigerin und dem Bau-

344) Ähnlich *Basty* MittBayNot 2000, 507, 508

345) KG Berlin 20.02.2003 – 10 U 403/01, ZIP 2003, 1881; zustimmend *Mues* ZfIR 2003, 863 f.

346) KG Berlin 20.02.2003 – 10 U 403/01, ZIP 2003, 1881, 1883

347) So auch *Schmid* BauR 2000, 971, 981; *Vogel* BauR 1999, 992, 998; *Vogel* EWiR 2003,

348) BGH 10.06.1983 – V ZR 252/80, NJW 1984, 169, 170

träger zuunsten der Erwerber (§ 328 BGB) oder - auch - zwischen der Grundschuldgläubigerin und den Erwerbern zustande gekommen ist, kann hier dahingestellt bleiben. Die Auslegung der formularmäßig getroffenen Vereinbarung über die Voraussetzungen der Freistellung hat objektiv, d. h. nach dem Willen verständiger und redlicher Vertragspartner, unter Abwägung der Interessen der normalerweise an solchen Geschäften beteiligten Kreise zu erfolgen (vgl. nur BGHZ 17, 1 (3) = NJW 1955, 1145; BGHZ 33, 216 (218, 219) = NJW 1961, 212; BGHZ 62, 251 (254) = NJW 1974, 1135). Dabei sind die Interessen der Erwerber auch dann zu berücksichtigen, wenn sie insoweit nicht als Vertragsschließende, sondern nur als leistungsberechtigte Dritte (§ 328 I BGB) anzusehen sein sollten (vgl. Senat, NJW 1976, 2340 (2342) = LM § 133 (C) BGB Nr. 38 (Bl. 3, 4) = MDR 1976, 918 = Betr 1976, 1761 (1762) = WM 1976, 845 (847, 848) = DNotZ 1977, 356 (360) m. krit. Anm. Schöner). Die Auslegung durch den Senat bestätigt im Ergebnis die Auffassung des BerGer.

a) Die Meinung der Revision, daß für die Freigabe die Einzahlung der vollen Vertragssumme auf das Baukonto auch dann erforderlich sei, wenn sich die Erwerbsforderung etwa durch Minderung des „Kaufpreises“ wegen festgestellter Mängel **oder durch Aufrechnung mit Gegenforderungen** vermindert haben sollte, findet im Wortlaut der Freistellungserklärung keine ausreichende Stütze. Die Formulierung „vollständige Einbezahlung des Kaufpreises auf das zu errichtende Baukonto“ läßt offen, ob damit mehr als der Zahlungsweg geregelt werden soll. Soweit es darum geht, in welcher Höhe Zahlungen zu leisten sind, erscheint es vom Standpunkt des Erwerbers naheliegend, daß die Einzahlung des Kaufpreises spätestens dann vollzogen ist, wenn die aus dem Vertrag mit dem Bauträger geschuldete Gegenleistung dem Baukonto gutgebracht worden ist;

Auch das Bedenken der Revision, daß Kreditinstitute die Globalfinanzierung von Bauvorhaben der vorliegenden Art nur dann verantworten könnten, wenn gewährleistet sei, daß die veranschlagte Bausumme vollständig zur Verfügung stehe, greift nicht durch. Es mag sein, daß der finanzierenden Bank im Interesse einer ordnungsgemäßen Abwicklung des Baukredits daran gelegen ist, die Freigabe erst bei Einzahlung der ungeschmälernten Vertragssumme zu erteilen. Bei der Auslegung der Freistellungserklärung dürfen jedoch die **Interessen der Erwerber** nicht außer acht gelassen werden (vgl. Senat, NJW 1976, 2340). **Diese gehen dahin, unabhängig vom Umfang der Darlehensverbindlichkeiten des Bauträgers zur Lastenfreistellung jedenfalls nicht mehr aufwenden zu müssen, als sie selbst dem Bauträger schulden.** Dies wird für den Fall der vertragsgemäßen Durchführung des Bauvorhabens durch die Freistellungserklärung auch sichergestellt.

Selbst wenn hiernach das Auslegungsergebnis noch zweifelhaft wäre, griffe zugunsten des Kl. die sogenannte Unklarheitenregel ein. Nach ihr wirken sich bei Formularverträgen etwaige Auslegungszweifel zum Nachteil des Verwenders aus (vgl. nur BGHZ 5, 111 = NJW 1952, 657; BGHZ 47, 207 (216) = NJW 1967, 1022; BGHZ 62, 83 (89) = NJW 1974, 551; Senat, NJW 1976, 2340; vgl. jetzt auch § 5 AGB-Gesetz).

Erhebt ein Erwerber wegen vorhandener Mängel berechtigterweise die (dauernde) Einrede der Minderung (§§ 634, 638, 639 i. V. mit §§ 478, 479 BGB) **oder rechnet er wirksam mit Gegenforderungen auf** (vgl. dazu unten b und c), so ist der Minderungs- oder Aufrechnungsbetrag für die Freistellungsverpflichtung ebenso bedeutsam wie die bereits auf das Baukonto eingezahlten Gelder.“

243 Allerdings bringt der BGH sodann zum Ausdruck, daß es nahe liege, daß dann eine Aufrechnung eine Erwerbspreisforderung des Bauträgers, nicht aber die Freistellungsverpflichtung der Bank, zum Erlöschen bringen könne, wenn die zur Aufrechnung gestellten Forderungen

„ihren Rechtsgrund nicht in dem Schuldverhältnis haben, dessen Durchführung durch die Inhaberin der Gesamtgrundschuld finanziert wird.“³⁴⁹⁾

244 Dabei ist aber folgendes zu bedenken: § 2 Abs. 2 Nr. 2 AGBG als Vorgängernorm des oben genannten § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB wird vom BGH in dieser Entscheidung nicht behandelt. Hinzu kommt, daß sowohl § 2 Abs. 2 Nr. 2 AGBG wie § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB im Hinblick auf das in

349) BGH 10.06.1983 – V ZR 252/80, NJW 1984, 169, 171

Art. 5 VerbrRL geregelte Transparenzgebot richtlinienkonform auszulegen sind,³⁵⁰⁾ womit sich der BGH in seiner Entscheidung vom 10.06.1983 noch nicht befassen mußte, da die VerbrRL erst vom 05.04.1993 datiert. Und in Art. 5 Satz 1 VerbrRL ist geregelt, daß Klauseln klar und verständlich abgefaßt sein müssen. Weiter heißt es in Art. 5 Satz 2 VerbrRL, daß bei Zweifeln über die Bedeutung einer Klausel

„die für den Verbraucher günstigste Klausel gilt.“

- 245 Wenn in einer Freistellungserklärung eines Kreditinstitutes geregelt ist, daß das Kreditinstitut zur Freistellung verpflichtet ist, wenn die „geschuldete Vertragssumme“ gezahlt worden ist und mit zuvor zitierter Entscheidung des BGH vom 10.06.1986 die Aufrechnung mit Gegenforderungen der Zahlung gleichgestellt ist, dann ist, wenn keine weiteren klärenden Regelungen enthalten sind, es für einen Verbraucher-Besteller weder klar noch verständlich, daß die Aufrechnung mit einer dem Verbraucher-Besteller abgetretenen Forderung zwar zu einer geringeren „geschuldeten Vertragssumme“ gegenüber dem Bauträger führt, nicht aber gegenüber dem Kreditinstitut, das die Freistellungserklärung ausgelegt hat.
- 246 Die § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGBG = § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB und Art. 5 Abs. 1 VerbrRL negierende Rechtsprechung des KG Berlin³⁵¹⁾ und das Fachschrifttum³⁵²⁾ schaffen mithin keine Rechtssicherheit und geben Verbraucher-Bestellern im Bedarfsfall durchaus die Möglichkeit, zu versuchen, unter Hinweis auf die gebotene richtlinienkonforme Auslegung die Pfandfreistellung durchzusetzen, wobei aus oben genannten Gründen Gerichte verpflichtet sind, europäisches Recht zur Anwendung zu bringen.³⁵³⁾

b) Muss der Käufer das, was er aufgrund der Bürgschaft mit der einen Hand bekommt, mit der anderen wieder an die Globalbank zurückgeben, um das Grundstück lastenfrei zu erhalten?

- 247 Der in dieser Überschrift angesprochene Bürgschaftsfall bedarf der Konkretisierung:
- 248 Unterstellung:
- (1) Weil eine der Voraussetzungen des § 3 MaBV nicht von Anfang an gegeben war, wurde – weil dies im Bauträgervertrag so vereinbart war – dem Besteller eine Bürgschaft ausgehändigt, die den Voraussetzungen des § 7 MaBV entsprach. Die Folge war, daß die in § 3 MaBV geregelten und den Bauträger betreffenden öffentlichrechtlichen Entgegennahmeverbote überwunden wurden und der Bauträger Vergütungen entgegennehmen durfte.
- 249 (2) Im Hinblick auf §§ 632a Satz 3, 232 Abs. 2 BGB wurde die Bürgschaft so ausgestaltet, daß zugleich die damit zusammenhängenden Voraussetzungen erfüllt wurden.
- 250 Einen durch Bürgschaft gesicherten Rückzahlungsfall bei gleichzeitigem Erfüllungsanspruch – denn nur dann kann der Anspruch auf Lastenfreistellung relevant werden – stellt sich nur dann, wenn der Besteller mehr an Abschlägen gezahlt hätte, als es der geschuldeten Vergütung entsprach. Dies wäre nicht im Falle der Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen gemäß § 634 Nr. 4 BGB der Fall, da mit der Geltendmachung solcher Schadensersatzansprüche das Erfül-

350) Münchener Kommentar/*Basedow*, BGB, 4. Aufl. 2001, § 2 AGBG Rdn. 3; *Wolf* in: *Wolf/Horn/Lindacher*, AGBG, 4. Aufl. 1999, § 2 Rdn. 1

351) KG Berlin 20.02.2003 – 10 U 403/01, ZIP 2003, 1881

352) *Koebler*, Rechtshandbuch Immobilien, Kap. 12 Rdn. 94; *Schmid* BauR 2000, 971, 981; *Vogel* BauR 1999, 992, 998; *Vogel* EWiR 2003,

353) S.o. Rdn. 12 - 21

lungsverhältnis endet und in ein Abrechnungsverhältnis übergeht.³⁵⁴⁾ Dies könnte sehr wohl aber in folgenden Fällen eintreten:

- 251 - Nach fehlgeschlagener Nacherfüllung macht der Besteller für die restlichen Bauarbeiten das Recht der Selbstvornahme und Aufwendungsersatzansprüche gemäß § 634 Nr. 2 BGB geltend und rechnet mit den Aufwendungsersatzansprüchen gegenüber dem Bauträger auf. Bezüglich zu viel gezahlter Abschläge hätte der Besteller gegen den Bauträger einen Rückzahlungsanspruch.
- 252 - Oder: Nach fehlgeschlagener Nacherfüllung machen die Besteller (§ 638 Abs. 2 BGB) Minderung geltend und bestehen auf Eigentumsverschaffung. Als Ergebnis würde sich herausstellen, daß zu hohe Abschläge gezahlt wurden, so daß bezüglich zu viel gezahlter Abschläge gegenüber dem Bauträger ein Rückzahlungsanspruch bestehen würde.
- 253 - Aufgrund Teilkündigung aus wichtigem Grund besteht der Besteller auf Eigentumsverschaffung.³⁵⁵⁾ Es stellt sich aber heraus, daß gemessen an der geschuldeten Vergütung zu viel an Abschlägen gezahlt wurde, so daß gegenüber dem Bauträger ein Rückzahlungsanspruch bestehen würde.
- 254 - Dem Besteller stehen gegenüber dem Bauträger Schadensersatzansprüche gemäß §§ 241 Abs. 2, 282, 280 BGB zu, mit denen er aufrechnet. Würde sich als Ergebnis herausstellen, daß er zuviel an Abschlägen gezahlt hätte, so stünde dem Besteller gegenüber dem Bauträger in Höhe des zu viel gezahlten ein Rückzahlungsanspruch zu.
- 255 In diesen vorgenannten Fällen hätte der Besteller bezüglich zu viel gezahlter Abschläge gegenüber dem Bauträger einen Rückzahlungsanspruch und daneben gleichzeitig einen fortbestehenden Eigentumsverschaffungsanspruch. Würde der Besteller bezüglich des zu viel Gezahlten die Bürgschaft in Anspruch nehmen, dann verbliebe dem Bauträger die *geschuldete* Vergütung, so daß mit dem zuvor Ausgeführten³⁵⁶⁾ die Globalgrundpfandgläubigerin freistellen müßte, ohne daß der Besteller das, was er aufgrund der Bürgschaft in Anspruch genommen hätte, dafür einsetzen müßte.
- 256 Von diesem Grundsatz wären jedoch zwei Ausnahmen zu machen:
Zum einen dann, wenn eine fehlende Freistellungserklärung (§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 MaBV) durch eine Bürgschaft nach § 7 MaBV überwunden worden wäre. Zum anderen dann, wenn man entgegen dem zuvor Ausgeführten³⁵⁷⁾ die Meinung vertreten würde, der in § 3 Abs. 1 Satz 2 MaBV verwendete Begriff der „geschuldete Summe“ sei relativierbar, ohne daß dies im Hinblick auf §§ 12 MaBV, 134 BGB zur Nichtigkeit führen würde.

354) S.o. Rdn. 208

355) S.o. Rdn. 216 ff.

356) S.o. Rdn. 238, 244 f.

357) S.o. Rdn. 238, 244 f.

VII. Steine

1. Mängelansprüche betreffend das Gemeinschaftseigentum

a) Rechtsprechung des BGH³⁵⁸⁾

- 257 - Die Wohnungseigentümergeinschaft ist weder rechts- noch parteifähig.³⁵⁹⁾
- 258 - Es steht Vertragspartnern frei, zu vereinbaren, daß bestimmte Erfüllungsansprüche den einzelnen Bauherren zustehen sollten. Folglich sind Gläubiger von Rückzahlungsansprüchen aus einer zu erstellenden Schlußabrechnung nach dem Vertrag nur die einzelnen Bauherren.³⁶⁰⁾
- 259 - Der einzelne Wohnungseigentümer ist zur selbständigen (auch gerichtlichen) Verfolgung der aus dem Vertragsverhältnis mit dem Veräußerer herrührenden, auf Beseitigung der Mängel am gemeinschaftlichen Eigentum gerichteten Ansprüche befugt. Er kann vom Veräußerer Nachbesserung und unter den Voraussetzungen des § 633 Abs. 3 BGB Ersatz seiner Aufwendungen für die Mängelbeseitigung sowie einen Vorschuß auf voraussichtliche Mängelbeseitigungskosten verlangen.³⁶¹⁾
- 260 - Wandlung und den auf „Zurückweisung“ des mangelhaften Werks, also Rückgängigmachung des Erwerbs der Eigentumswohnung, gerichteten Schadensersatzanspruch kann der einzelne Wohnungseigentümer geltend machen.³⁶²⁾
- 261 - Die Befugnis zur Wahl zwischen Minderung und Schadensersatz, der nicht auf Rückgängigmachung des Erwerbsvertrags gerichtet ist, steht der Wohnungseigentümergeinschaft und nicht den einzelnen Wohnungseigentümern zu.³⁶³⁾
- 262 - Die Wohnungseigentümergeinschaft kann auch bestimmen, daß wegen Mängeln am gemeinschaftlichen Eigentum Minderung verlangt werde, es aber dem einzelnen Wohnungseigentümer überlassen bleibe, ob und in welchem Umfang er das Recht zur Minderung entsprechend seinem Anteil am gemeinschaftlichen Eigentum selbst durchsetzen will.³⁶⁴⁾
- 263 - Jeder Wohnungseigentümer ist auch ohne besondere Ermächtigung durch die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer befugt, zur Feststellung am gemeinschaftlichen Eigentum aufgetretene Mängel ein Beweissicherungsverfahren zu beantragen.³⁶⁵⁾
- 264 - Der einzelne Wohnungseigentümer kann selbständig Minderung vom Veräußerer verlangen, wenn der ausschließlich sein Sondereigentum beeinträchtigende Mangel am Gemeinschaftseigentum nicht behoben werden kann und der Wohnungseigentümergeinschaft ein Schaden nicht entstanden ist. In solchem Fall stellt sich nicht die Frage der Ausübung des der Wohnungseigentümergeinschaft vorbehaltenen Wahlrechts zwischen Minderung und

358) Leitsätze bzw. JURIS-Orientierungssätze

359) BGH 12.05.1977 - VII ZR 167/76, NJW 1977, 1686

360) BGH 06.04.1979 - VII ZR 57/77, BauR 1978, 317

361) BGH 21.06.1974 - V ZR 164/72, BGHZ 62, 388; BGH 28.05.1971 - V ZR 65/69, WM 1971, 958; BGH 10.05.1979 - VII ZR 30/78, BGHZ 74, 258

362) BGH 10.05.1979 - VII ZR 30/78, BGHZ 74, 258

363) BGH 10.05.1979 - VII ZR 30/78, BGHZ 74, 258

364) BGH 04.11.1982 - VII ZR 53/82, NJW 1983, 453

365) BGH 11.10.1979 - VII ZR 247/78, BauR 1980, 69

Schadensersatz und der Entscheidung über die Verwendung der vom Gewährleistungsschuldner erlangten Mittel.³⁶⁶⁾

- 265 - Wirken sich Mängel am Gemeinschaftseigentum auf das Sondereigentum aus (z.B. Trittschallschutz), kann der davon betroffene und zur selbständigen Durchsetzung befugte Wohnungseigentümer den gemäß BGB § 635 zu ersetzenden Schaden nach den für die Beseitigung dieser Mängel erforderlichen Kosten berechnen, selbst wenn die Ansprüche der übrigen Wohnungseigentümer verjährt sind.³⁶⁷⁾
- 266 - Der Verwalter ist zur Geltendmachung von Mängelansprüchen einer Wohnungseigentümergeinschaft in gewillkürter Prozeßstandschaft befugt, wenn Mängel am Gemeinschaftseigentum und Sondereigentum ineinandergreifen.³⁶⁸⁾
- 267 - Die Wohnungseigentümer können durch Mehrheitsbeschluß bestimmen, daß der Verwalter der Wohnungseigentümergeinschaft Nachbesserungsansprüche wegen Mängeln am gemeinschaftlichen Eigentum im eigenen Namen klageweise geltend machen soll.³⁶⁹⁾
- 268 - Verlangen mehrere Wohnungseigentümer mit Billigung der Gemeinschaft Zahlung von Voranschluß zur Mängelbeseitigung an den Verwalter, so kann der beklagte Bauträger nicht mit Restkaufpreisansprüchen gegen einzelne Wohnungseigentümer aufrechnen.³⁷⁰⁾
- 269 - Der Veräußerer kann nicht verpflichtet sein, einem Erwerber Minderung oder Schadensersatz wegen eines Mangels am Gemeinschaftseigentum zu schulden, während ein anderer Erwerber noch berechtigt ist, Nachbesserung gerade dieses Mangels zu verlangen. Die Gemeinschaftsbezogenheit der Gewährleistungsrechte und damit die Zuständigkeit der Gemeinschaft beginnt bereits mit der Entscheidung über die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung, wenn Minderung oder kleiner Schadensersatz geltend gemacht werden soll.³⁷¹⁾
- 270 - Der Schadensersatzanspruch nach BGB § 635, der dem einzelnen Bauherrn einer Bauherrengemeinschaft wegen eines behebbaren Mangels am Gemeinschaftseigentum zusteht, ist auf den Ersatz der gesamten Kosten gerichtet, die zur Mängelbeseitigung erforderlich sind.³⁷²⁾

b) Überdenken der Rechtsprechung des BGH aus Anlaß des § 638 Abs. 2 BGB

- 271 Insoweit wird zunächst auf oben bereits Ausgeführtes verwiesen.³⁷³⁾ Darüber hinaus gilt es aber folgendes zu überdenken: Das Werkvertragsrecht geht davon aus, daß der Unternehmer verpflichtet ist, dem Besteller das Werk frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. § 634 BGB spricht ebenfalls nur von den Rechten des Bestellers. Und § 638 Abs. 2 BGB spricht davon, daß auf Seiten des Bestellers mehrere beteiligt sind. Eine Wohnungseigentümergeinschaft ist jedoch nicht Besteller. Dies führt zu der Frage, wie die BGH-Rechtsprechung mit all dem zusammenpaßt.

366) BGH 15.02.1990 - VII ZR 269/88, BGHZ 110, 258

367) BGH 06.06.1991 - VII ZR 372/89, BGHZ 114, 383

368) BGH 20.03.1986 - VII ZR 81/85, VII ZR 81/85

369) BGH 04.06.1981 - VII ZR 9/80, BGHZ 81, 35

370) BGH 26.09.1991 - VII ZR 291/90, NJW 1992, 435

371) BGH 30.04.1998 - VII ZR 47/97, NJW 1998, 2967

372) BGH 25.02.1999 - VII ZR 208/97, BGHZ 141, 63

373) S.o. Rdn. 146 ff.

- 272 Der BGH³⁷⁴⁾ hat schon sehr früh darauf hingewiesen, daß es sich bei einer Wohnungseigentümergeinschaft um eine Miteigentümergeinschaft handelt, wobei gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 WEG die Regelungen des WEG das Verhältnis der Wohnungseigentümer *untereinander* regelt. Folglich ist es dem einzelnen Wohnungseigentümer nicht verwehrt, eigene Ansprüche aus einem Bauträgervertrag zu verfolgen, weil Beschränkungen aufgrund von Vereinbarungen der Wohnungseigentümer nur deren *Innenverhältnis* berühren.³⁷⁵⁾ Folgerichtig hat der VII. Senat des BGH³⁷⁶⁾ ebenfalls schon sehr früh klargestellt:
- 273 „Die Wohnungseigentümergeinschaft ist nicht rechtsfähig und nicht parteifähig. Das ist allgemein anerkannt. Sie ist eine Gemeinschaft (§§ 741ff BGB), die eine ihrer Eigenart entsprechende Sonderregelung im Wohnungseigentumsgesetz gefunden hat (§ 10 Abs. 1 WEG). ... Wenn dennoch im Geschäftsverkehr häufig von Verhandlung, Vertrag, Verbindlichkeit und Haftung der "Wohnungseigentümergeinschaft" gesprochen wird, so sind damit aus der Sicht des objektiven Betrachters erkennbar die Wohnungseigentümer gemeint, die diese Gemeinschaft bilden, nicht etwa ein nicht vorhandenes Rechtssubjekt. Die Angabe der "Wohnungseigentümergeinschaft" ist insoweit nur eine kurze zusammenfassende Bezeichnung der Wohnungseigentümer, deren Einzelanführung bei den häufig anzutreffenden großen Gemeinschaften als lästig und unnötig empfunden wird.“
- 274 Werden folglich von einzelnen Bestellern Bauträgerverträge geschlossen, dann sind auch nur diese Besteller aus diesen Verträgen berechtigt und verpflichtet.
- Folglich können nicht einer Wohnungseigentümergeinschaft, die selbst nicht Besteller ist, Rechte oder Pflichten im Hinblick auf die von den einzelnen Bestellern abgeschlossene Bauträgerverträge zustehen, also auch keine Rechte aus § 634 BGB.³⁷⁷⁾
- 275 Aber in der Rechtsprechung des VII. Senates des BGH ist seit seiner Entscheidung vom 10.05.1979³⁷⁸⁾ eine rechtliche Unschärfe enthalten, die sich in seiner weiteren Rechtsprechung fortsetzt. So ist zunächst davon die Rede, bei einem Bauträgervertrag sei zunächst einmal der einzelne Wohnungseigentümer zur selbständigen Verfolgung der Ansprüche auf Beseitigung der Mängel am Gemeinschaftseigentum befugt.³⁷⁹⁾ Vertragspartner war und ist aber nicht eine Person als „Wohnungseigentümer“ – sie will es erst werden –, sondern bezüglich der Bauerrichtung als werkvertraglicher Besteller (früher Auftraggeber). Und es geht auch nicht um Mängel am Gemeinschaftseigentum – denn bezüglich des Eigentums könnte es sich ja nur um Rechtsmängel handeln –, sondern es geht um Sachmängel des errichteten Bauvorhabens. Ob diese Mängel irgendwann einmal eigentumsrechtlich sich in der Bausubstanz befinden, die zum Gemeinschaftseigentum gehört, ist werkvertraglich bezüglich des Sachmängelrechts ohne Belang. Und in Anbetracht dieses zunächst anscheinend nur begrifflichen Fehlgriffes stellt alsdann der VII. Senat des BGH plötzlich die Frage, ob es nicht auch Ansprüche geben könne, die die Wohnungseigentümergeinschaft selbst geltend machen könne,³⁸⁰⁾ womit er, würde er dies bejahen, von seiner oben zitierten Entscheidung zur fehlenden Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümerge-

374) BGH 15.03.1951 – V ZB 02/62, BGHZ 37, 203, 207

375) BGH 21.06.1974 – V ZR 164/72, BGHZ 62, 388, 393

376) BGH 12.05.1977 – VII ZR 176/76, NJW 1977, 1686

377) Etwas anderes ist es, wenn die einzelnen Wohnungseigentümer den Verwalter bevollmächtigt haben, einen Werkvertrag z.B. zwecks Mängelbeseitigung abzuschließen. Dann sind Vertragspartner immer noch die einzelnen Wohnungseigentümer, sie haften aber gesamtschuldnerisch für die dadurch begründeten sog. „Verwaltungsschulden“, so BGH 21.10.1976 - VII ZR 193/75, BGHZ 67, 232, 235 f.; BGH 12.05.1977 – VII ZR 176/76, NJW 1977, 1686

378) BGH 10.05.1979 – VII ZR 30/78, BGHZ 74, 258

379) BGH 10.05.1979 – VII ZR 30/78, BGHZ 74, 258, 262

380) BGH 10.05.1979 – VII ZR 30/78, BGHZ 74, 258, 263

meinschaft³⁸¹⁾ abweichen würde. Aber er weicht nicht ab, sondern ordnet für die Wahl, ob Minderung oder Schadensersatz geltend gemacht werden soll, nur die *Wahl* – nicht die Geltendmachung - der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer bzw. Wohnungseigentümergeinschaft zu. Die Geltendmachung nach getroffener Wahl ist dann Sache der Gemeinschaft der einzelnen Wohnungseigentümer – nicht der Wohnungseigentümergeinschaft - als Gesamtgläubiger.³⁸²⁾ Der BGH hat damit zwar vermieden, der Wohnungseigentümergeinschaft Rechts- bzw. Parteifähigkeit zuzuordnen. Zutreffender wäre allerdings gewesen, auf die Gemeinschaft der Besteller (früher Auftraggeber) abzustellen, wie dies nunmehr z.B. § 638 Abs. 2 BGB nahelegt. Denn mit zuvor schon ausgeführtem hat die Geltendmachung von Rechten wegen Bau- bzw. Sachmängeln (§ 634 BGB) mit *Wohnungseigentum* zunächst nichts zu tun, so daß es auch nicht um die Wohnungseigentümer gehen kann. Die Folge wäre, daß der Meinungsbildungsprozess der Besteller untereinander nichts mit der Wohnungseigentümergeinschaft zu tun hat, sondern entweder Ausdruck der horizontalen Rechtsbeziehungen der Besteller *untereinander* als Gemeinschaft gemäß §§ 741 ff. BGB oder als Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Innengesellschaft gemäß §§ 705 ff. BGB einzuordnen ist. An der Geltendmachung im *Außenverhältnis* als Gesamtgläubiger (§ 428 BGB) bzw. Mitgläubiger (§ 432 Abs. 1 BGB)³⁸³⁾ hätte dies nichts geändert.

- 276 Während der BGH in seiner Entscheidung vom 10.05.1979³⁸⁴⁾ noch iudiziert hatte, die Gemeinschaft könne *beschließen*, wegen Mängeln am gemeinschaftlichen Eigentum vom Veräußerer Schadensersatz zu verlangen, was im Kontext mit dem zuvor vom BGH ausgeführten so verstanden werden mußte, daß die Gemeinschaft im Innenverhältnis beschließe, es aber um die Geltendmachung von Ansprüchen der Gemeinschaftler gehe, findet sich plötzlich in der Entscheidung des BGH vom 04.06.1981³⁸⁵⁾ eine merkwürdige Unschärfe in der Begründung. Denn dort liest man plötzlich, die Wohnungseigentümergeinschaft könne den Verwalter ermächtigen und bevollmächtigen, *ihr* zustehende Ansprüche in gewillkürter Prozeßstandschaft geltend zu machen. Und in seiner Entscheidung vom 15.02.1990³⁸⁶⁾ spricht der BGH davon, bei Mängeln am Gemeinschaftseigentum, die auf das Sondereigentum ausstrahlten, stünde der Anspruch auf Minderung der Wohnungseigentümergeinschaft zu. Die erweckt den Eindruck, als ob die Wohnungseigentümergeinschaft als solche doch Inhaber von eigenen Ansprüchen sein könne. Dagegen spricht jedoch folgendes:
- 277 - Die Wohnungseigentümergeinschaft ist nicht Vertragspartner des Bauträgervertrages, sie ist nicht Besteller (früher Auftraggeber) und kann schon deshalb keine Ansprüche gegen den Bauträger haben.
- 278 - Der BGH³⁸⁷⁾ hatte zuvor noch zutreffend auf die fehlende Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft hingewiesen. Woher soll plötzlich eine Änderung dieser rechtlichen Einordnung kommen. Eine Begründung dafür fehlt in der Entscheidung vom 04.06.1981.³⁸⁸⁾ Statt dessen findet sich in dieser Entscheidung an anderer Stelle die Formulierung, die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer könne „einheitlich“ und „gemeinschaftlich“ vorge-

381) S.o. Rdn. 273 u.H.a. BGH 12.05.1977 – VII ZR 176/76, NJW 1977, 1686

382) BGH 10.05.1979 – VII ZR 30/78, BGHZ 74, 258, 265

383) BGH 11.10.1979 - VII ZR 247/78, BauR 1980, 69

384) BGH 10.05.1979 – VII ZR 30/78, BGHZ 74, 258, 267. So auch BGH 04.11.1982 - VII ZR 53/82, NJW 1983, 453

385) BGH 04.06.1981 – VII ZR 09/80, BGHZ 81, 35, 37; ähnlich BGH 20.03.1986 - VII ZR 81/85, BauR 1986, 374

386) BGH 15.02.1990 – VII ZR 269/88, BGHZ 110, 258, 260

387) BGH 12.05.1977 – VII ZR 176/76, NJW 1977, 1686

388) BGH 04.06.1981 – 09/80, BGHZ 81, 35, 37

hen,³⁸⁹⁾ was wieder dagegen spricht, daß der BGH der Wohnungseigentümergeinschaft als Partei hätte Ansprüche zuordnen wollen. Aber auch hier ist anzumerken, daß aus vorgeannten Gründen³⁹⁰⁾ die Wohnungseigentümer in dieser Eigenschaft den jeweiligen Bauträgervertrag nicht abgeschlossen haben.

- 279 - Zum Zeitpunkt des Abschlusses der jeweiligen Bauträgerverträge im Geschosswohnungsbau sind die einzelnen Besteller weder Wohnungseigentümer noch „werdende“ Wohnungseigentümer, sondern Besteller.
- 280 - Und für die Geltendmachung der Minderung spricht § 638 Abs. 2 BGB zutreffend davon, daß dieses Recht nur vom Besteller – nicht vom Wohnungseigentümer und auch nicht von einer Wohnungseigentümergeinschaft, die beide nicht Besteller sind – geltend gemacht werden könne. Und handelt es sich auf Seiten des Bestellers um mehrere Personen, dann müßten alle Besteller dieses Recht geltend machen.
- 281 Es bleibt mithin dabei, daß man zwischen dem internen Meinungsbildungsprozess einerseits und den Ansprüchen gegenüber dem Bauträger andererseits unterscheiden muß. Ersteres betrifft den Meinungsbildungsprozess der Besteller – nicht der Wohnungseigentümer – untereinander, letzteres betrifft die Ansprüche der Besteller – nicht der Wohnungseigentümer und auch nicht der Wohnungseigentümergeinschaft - gegenüber dem Bauträger.³⁹¹⁾

2. Inanspruchnahme von Bürgschaften wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum

a) Die fatale „Gemeinschaftsbezogenheit“

- 282 Ist mit zuvor Ausgeführtem die Wohnungseigentümergeinschaft als solche weder rechts- noch parteifähig und kommt es auch nicht auf die Eigenschaft als Wohnungseigentümer oder auf die Mitgliedschaft in einer Wohnungseigentümergeinschaft an wie z.B. aus § 638 Abs. 2 BGB zeigt, dann stellt sich die Frage, in welcher horizontalen Rechtsbeziehung beim Geschosswohnungsbau die Besteller zueinander und in welcher vertikalen Rechtsbeziehung sie *gemeinsam* über ihren individuellen Bauträgervertrag hinaus sie zum Bauträger stehen.
- 283 Denkbar wäre, daß die Besteller eine Gemeinschaft gemäß § 741 ff. BGB oder eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Innengesellschaft gemäß §§ 705 ff. BGB darstellen. Hierzu wurde oben die Auffassung vertreten, die Besteller würden untereinander eine GbR als Innengesellschaft bilden und im Außenverhältnis zum Bauträger wären die Besteller Gesamtgläubiger (§ 428 BGB) bzw. Mitgläubiger (§ 432 Abs. 1 BGB). Dies gilt es, hier näher zu begründen.
- 284 Eine Gemeinschaft i.S.d. § 741 BGB ist eine Interessengemeinschaft, ohne Zweckgemeinschaft zu sein.³⁹²⁾ Ob also im Geschosswohnungsbau die Besteller bei Abschluß ihrer jeweiligen Bauträgerverträge *untereinander* eine Gemeinschaft oder eine GbR als Innengesellschaft (Gelegenheitsgesellschaft) bilden, hängt davon ab, ob diesbezüglich eine Zweckgemeinschaft vorliegt oder nicht. In jedem Bauträgervertrag ist der Bauträger verpflichtet, auch das Gesamtbauvorhaben zu errichten, da er andernfalls die einzelne Wohnung nicht verschaffen könnte. Also haben alle Besteller einen gemeinsamen Zweck, nämlich die Errichtung des Gesamtbauvorhabens. Insoweit ist

389) BGH 04.06.1981 – 09/80, BGHZ 81, 35, 38. So auch BGH 06.06.1991 – VII ZR 372/89, BGHZ 114, 383, 387

390) S.o. Rdn. 275

391) Siehe auch OLG Brandenburg 16.01.2003 – 8 U 46/02, IBR 2003, 483 *Vogel*: Danach gehört die Vergabe von Architektenleistungen zur Sanierung und Modernisierung einer Wohnanlage nicht zu den Geschäften, für die der Verwalter nach dem Gesetz (§ 27 Abs. 2 WEG) Vertretungsmacht hat.

392) Palandt/*Sprau*, BGB, 62. Aufl. 2003, § 741 Rdn. 1

mithin im Zweifel eine Zweckgemeinschaft als Innengesellschaft, also ohne Gesamthandsvermögen, gegeben.³⁹³⁾

- 285 Möchte man in der Praxis Zweifelsfragen vermeiden, so empfiehlt es sich, die horizontalen Rechtsbeziehungen der Besteller untereinander zu regeln.³⁹⁴⁾

b) Welche Kategorien von Bürgschaften gibt es?

b1) Die „echte“ 7er-Bürgschaft

- 286 Es handelt sich diesbezüglich um eine Bürgschaft, die *aus Anlaß* des § 7 MaBV ausgelegt wird. Folglich muß eine solche Bürgschaft die Anforderungen des § 7 MaBV erfüllen, um das den Bauträger treffende *öffentlichrechtliche* Entgegennahmeverbot des § 3 Abs. 1 und 2 MaBV zu überwinden.³⁹⁵⁾ Es muß also „Sicherheit für alle etwaigen Ansprüche des Auftraggebers auf Rückgewähr oder Auszahlung seiner Vermögenswerte i.S.d. § 2 Abs. 1 Satz 1 MaBV“ gestellt werden.³⁹⁶⁾ Ob diese Bürgschaft *darüber hinaus* auch sonstige Ansprüche absichert, hat mit § 7 MaBV nichts zu tun.³⁹⁷⁾ Dieser Differenzierung des aus *öffentlichrechtlichen* Gründen Notwendigen und ob aus sonstigen Gründen – sofern im übrigen die Mindestvoraussetzungen des § 7 MaBV erfüllt sind – durch die Sicherungsabrede zusätzliches von der Bürgschaft erfaßt wird, wird in der Rechtsprechung und im Fachschrifttum derzeit (noch) nicht ausreichend Rechnung getragen.
- 287 Auf das im übrigen oben schon Ausgeführte wird verwiesen.³⁹⁸⁾ Die Bürgschaft ist, soweit sie die Anforderungen des § 7 MaBV als Mindestvoraussetzungen erfüllt, quasi ein Schlüssel, die Entgegennahmeverbote von § 3 Abs. 1 und MaBV zu überwinden. Daß nicht nur das Entgegennahmeverbot des § 3 Abs. 2 MaBV sondern auch das des § 3 Abs. 1 MaBV überwunden werden kann, wenn eine oder mehrere allgemeine Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 MaBV nicht erfüllt sind, ergibt sich aus dem Wortlaut des § 7 Abs. 1 Satz 1 MaBV. Dabei sei auf folgendes hingewiesen: Daß der Besteller Vorauszahlungen auch dann leistet, wenn er Abschläge „entsprechend“ § 3 Abs. 2 MaBV leistet, wurde oben schon begründet.³⁹⁹⁾ Eine Vorauszahlung liegt aber auch dann vor, wenn eine oder mehrere allgemeine Fälligkeitsvoraussetzungen des § 3 Abs. 1 Satz 1 MaBV nicht gegeben sind. Ob in diesen Fällen eine Totalvorauszahlung oder eine Vorauszahlung „entsprechend“ § 3 Abs. 2 MaBV erfolgt, ist irrelevant.⁴⁰⁰⁾ *Öffentlichrechtlich* ist in beiden Fällen das Entgegennahmeverbot des § 3 Abs. 1 MaBV nur durch eine Bürgschaft gemäß § 7 MaBV zu überwinden wie dem Wortlaut des § 7 Abs. 1 MaBV zu entnehmen ist, der den § 3 Abs. 1 MaBV ausdrücklich einschließt.⁴⁰¹⁾ Für den Fall einer Totalvorauszahlung – einerlei ob die Voraussetzungen von § 3 Abs. 1 und/oder Abs. 2 MaBV überwunden werden sollen – stellt sich dann bei

393) *Wagner* in: Henssler/Graf von Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, 2. Aufl. 2003, § 638 Rdn. 12

394) S.u. Rdn. 350

395) *Vogel* BTR 2003, 2, 3

396) *Blank* ZfR 2001, 785, 786

397) *Wagner* WuB I E 5. – 5.03

398) S.o. Rdn. 50 ff.

399) S.o. Rdn. 28

400) a. A. *Basty*, Der Bauträgervertrag, 4. Aufl. 2002, Aktuelle Ergänzungen, Rdn. 102 meint, nachfolgende Rechtsprechung und Erwägungen seien nicht auf die Fälle übertragbar, bei denen mit einer Bürgschaft gem. § 7 MaBV Entgegennahmeverbotsvoraussetzungen des § 3 Abs. 1 MaBV überwunden würden, im übrigen aber Abschlagszahlungen vereinbart würden. Ansprüche wegen Mängeln des Vertragsobjektes würden hier keine Rolle spielen.

401) *Riemenschneider* ZfR 2002, 949, 955 f.

einer aus *öffentlichrechtlichem* Anlass der MaBV gestellten Bürgschaft gemäß § 7 MaBV die *zivilrechtliche* Frage, ob eine solche Bürgschaft eine ausreichende Kompensation darstellt. Dies ist umstritten.⁴⁰²⁾

- 288 Der BGH⁴⁰³⁾ hat bezüglich der Frage der Kompensation inzwischen den EuGH angerufen. Generalanwalt *Geelhoed*⁴⁰⁴⁾ hat in seinen Schlussanträgen zu dieser Vorlage ausgeführt, nicht der EuGH müsse über diese Vorlage entscheiden, vielmehr müsse der VII. Senat des BGH als vorlegendes Gericht selbst feststellen, ob in dem von ihm vorgelegten Fall ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 VerbrRL vorliege. Dies hängt mit folgenden grundsätzlichen Fragen zusammen:
- 289 Jedes nationale (Instanz-) oder höchstrichterliche Gericht ist zunächst von Amts wegen verpflichtet, Gemeinschaftsrecht anzuwenden. Gemeinschaftsrecht geht dem nationalem Recht vor.⁴⁰⁵⁾ Denn die Bundesrepublik Deutschland ist als Mitgliedsstaat verpflichtet, mit *allen Trägern öffentlicher Gewalt*, und dazu zählen nationalen Gerichte ebenso wie auch Behörden, dafür zu sorgen, dass die mit einer Richtlinie verfolgten Ziele in den Mitgliedsstaaten erreicht werden.⁴⁰⁶⁾ Folglich müssen sich alle Träger öffentlicher Gewalt bei der Auslegung und Anwendung nationalen Rechts daran ausrichten, entsprechend dem Wortlaut und dem Zweck einer Richtlinie den mit der Richtlinie verfolgten Zweck umzusetzen.⁴⁰⁷⁾ Geschieht dies nicht, kann dies unter bestimmten Voraussetzungen zu einem Staatshaftungsanspruch eines dadurch Geschädigten führen.⁴⁰⁸⁾ Diese Amtspflicht von Richtern bzw. Gerichten hat zunächst noch nichts mit der Frage der Vorlage zum EuGH zu tun.⁴⁰⁹⁾ Im Zuge dieser Amtspflicht sind Gerichte gehalten, zu prüfen, ob sie gegenüber nationalen Normen, die mit Gemeinschaftsrecht nicht in Einklang stehen, nicht durch Normensubstitution bzw. richtlinienkonforme Auslegung dem Gemeinschaftsrecht zum Durchbruch verhelfen. Dies ist folglich kein Vorlagefall des Art. 234 EG.
- 290 Im Falle der Vorlage des BGH geht es jedoch nicht um die Frage, ob eine nationale Norm mit dem Gemeinschaftsrecht nicht in Einklang steht, sondern ob vertragliche Formularklauseln mit der VerbrRL nicht in Einklang stehen, wenn sie einerseits den Verbraucher belastende Vorauszahlungen zum Gegenstand haben, andererseits aber durch eine Bürgschaft eine den Verbraucher begünstigende Kompensation vorhanden ist. Ob das nationale Gericht aufgrund nationaler Vorschriften es erreichen kann, selbst im Wege einer weiten richtlinienkonformen Auslegung das mit der VerbrRL verfolgte Ziel durchzusetzen, daß bestimmte Vertragsklauseln mit der VerbrRL nicht im Widerspruch stehen⁴¹⁰⁾ oder ob es dieserhalb den EuGH anrufen kann, berührt die Frage,

402) Bejahend: *Pause* BKR 2002, 772, 773; *Wagner* BKR 2002, 635

Verneinend: *Basty* DNotZ 2002, 567, 576 f.; *Vogel* EWiR 2002, 591, 592; *Vogel* BTR 2002, 2, 5

403) BGH 02.05.2002 - VII ZR 178/01, WM 2002, 1506

404) EuGH Rs. C-237/02 (Freiburger Kommunalbauten) Generalanwalt *Geelhoed* 25.09.2003 Nr. 31

405) EuGH 13.11.1990 – Rs. C-106/89 (Marleasing), Slg. 1990, I-4135 Rdn. 8; EuGH 16.12.1993 – Rs. C-334/92 (Wagner Miret), Slg. 1993, I-6911 Rdn. 20; EuGH 11.07.2002 – Rs. C-62/00 (Marks & Spencer), Slg. 2002, I-6325 Rdn. 24; BVerfG 09.01.2001 – 1 BvR 1036/99, WM 2001, 749

406) EuGH 06.07.1995 – Rs. C-62/93 (BP Supergaz), Slg. 1995, I-1883 Rdn. 35; EuGH 26.09.1996 – Rs. C-168/95 (Arcaro), Slg. 1996, I-4705 Rdn. 41); EuGH 11.07.2002 – Rs. C-62/00 (Marks & Spencer), Slg. 2002, I-6325 Rdn. 24, 27

407) EuGH 13.11.1990 – Rs. C-106/89 (Marleasing), Slg. 1990, I-4135 Rdn. 8; EuGH 16.12.1993 – Rs. C-334/92 (Wagner Miret), Slg. 1993, I-6911 Rdn. 20; EuGH 11.07.2002 – Rs. C-62/00 (Marks & Spencer), Slg. 2002, I-6325 Rdn. 24

408) z.B. siehe EuGH 30.09.2003 – Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), n.V.; *Wagner* BKR 2003, 649, 655 m.w.N.

409) *Wagner* BKR 2003, 649, 655

410) EuGH 27.06.2000 – Rs. C-240/98 bis C-244/98 (Oceano Grupo), NJW 2000, 2571 Rdn. 25 ff.; EuGH 21.11.2002 – Rs. C-473/00 (Cofidis), EuZW 2003, 27

- wer darüber zu befinden hat. Hier hat aber der EuGH bezüglich der Vorlage wegen gegen die VerbrRL verstößenden Vertragsklauseln in seiner Cofidis-Entscheidung⁴¹¹⁾ folgendes ausgeführt:
- 291 „Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass es nach ständiger Rechtsprechung im Rahmen der durch Artikel 234 EG geschaffenen Zusammenarbeit zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten allein Sache des mit dem Rechtsstreit befassten nationalen Gerichts ist, in dessen Verantwortungsbereich die zu erlassende gerichtliche Entscheidung fällt, im Hinblick auf die Besonderheiten der Rechtssache sowohl die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung für den Erlass seines Urteils als auch die Erheblichkeit der dem Gerichtshof von ihm vorgelegten Fragen zu beurteilen. Das Ersuchen eines nationalen Gerichts kann nur zurückgewiesen werden, wenn offensichtlich kein Zusammenhang zwischen der von diesem Gericht erbetenen Auslegung des Gemeinschaftsrechts oder Prüfung der Gültigkeit einer Vorschrift des Gemeinschaftsrechts und den Gegebenheiten oder dem Gegenstand des Ausgangsverfahrens besteht (vgl. u. a. Urteile vom 22. Juni 2000 in der Rechtssache C-318/98, Fornasar u. a., Slg. 2000, I-4785, Randnr. 27, und vom 10. Mai 2001 in den Rechtssachen C-223/99 und C-260/99, Agorà und Excelsior, Slg. 2001, I-3605, Randnrn. 18 und 20).“
- 292 Da bezüglich der Vorlage des BGH vom 02.05.2002 keine der letztgenannten Voraussetzungen gegeben sind, steht der Schlussantrag von Generalanwalt *Geelhoed*⁴¹²⁾ insoweit nicht im Einklang mit zuvor zitierter Rechtsprechung des EuGH. Es ist daher offen wie der EuGH im Hinblick auf besagten Schlussantrag bezüglich der Vorlage des VII. Senates des BGH entscheiden wird.
- 293 Der beurkundende Notar ist mithin gehalten, aufgrund der oben dargestellten Amtspflichten⁴¹³⁾ die Beteiligten über die mit einer Vorauszahlung gegen Bürgschaft nach § 7 MaBV verbundenen Vor- und Nachteile zu belehren (§ 17 BeurkG), damit der Besteller diese in seinem Entscheidungsprozess gegeneinander abwägen kann, ehe er sich für oder gegen eine Total-Vorauszahlung entscheidet. Darüber hinaus ist der Notar gehalten, dann, wenn mittels einer Sicherheit gemäß § 7 MaBV seitens des Bauträgers eine der Entgegennahmeverbotsvoraussetzungen des § 3 Abs. 1 bzw. 2 MaBV überwunden werden soll,
- 294 ➤ dies im Bauträgervertrag explizit zu regeln,
- 295 ➤ verbunden mit dem Hinweis, daß der Bauträger verpflichtet sein soll, dafür zu sorgen, daß die zu stellende Bank-Bürgschaft nicht von dem soll abweichen dürfen, was Bauträger und Besteller in der Sicherungsvereinbarung geregelt haben, andernfalls der Bauträger nicht berechtigt sein soll, Zahlungen des Bestellers entgegen zu nehmen und der Besteller nicht verpflichtet sein soll, Zahlungen zu leisten und
- 296 ➤ im Bauträgervertrag auch die zwischen dem Bauträger und dem Besteller zu schließende Sicherungsvereinbarung mit zu beurkunden.⁴¹⁴⁾ Diese sollte folgendes beinhalten:⁴¹⁵⁾
- 297 - Daß der Bauträger von der Möglichkeit des § 7 MaBV soll Gebrauch machen dürfen.
- 298 - Daß die zu stellende Sicherheit eine selbstschuldnerischen Bankbürgschaft sein soll.
- 299 - *Höhe* der zu stellenden Bürgschaft.⁴¹⁶⁾

411) EuGH 21.11.2002 – Rs. C-473/00 (Cofidis), EuZW 2003, 27 Rdn. 20

412) EuGH Rs. C-237/02 (Freiburger Kommunalbauten) Generalanwalt *Geelhoed* 25.09.2003 Nr. 31

413) S.o. Rdn. 24 - 25

414) *Thode ZfBR* 2002, 4, 5

415) Dazu im einzelnen *Blank ZfIR* 2001, 785, 786 f.; *Thode ZfBR* 2002, 4

416) Nach *Fischer WM* 2003, 1 umfaßt die Bürgschaft im (Total-) des Bestellers Vorauszahlungsfall – also zur Überwindung des § 3 Abs. 2 MaBV - den gesamten vom Besteller vorausbezahlten Betrag. Dazu sollen auch Aufwendungen des Bestellers für Grundstücksanteil, sonstige Aufwendungen und im Preis enthaltene Drittprovisionen gehören.

- 300 - Beschreibung des *Sicherungszwecks*. Der Sicherungszweck der Bürgschaft muß einmal in der Sicherungsabrede zwischen Bauträger und Besteller im Bauträgervertrag beschrieben werden, ob folglich das Entgegennahmeverbot gemäß § 3 Abs. 1 oder 2 MaBV überwunden werden soll. Daneben muß er auch in der Bürgschaft - also zwischen Bürgin und Besteller - enthalten sein.⁴¹⁷⁾
- 301 - Beschreibung des *Sicherungsfalls*. Damit wird beschrieben, unter welchen Voraussetzungen der Besteller aus der Bürgschaft vorgehen kann.
- 302 - Beschreibung des *Sicherungsumfangs*.⁴¹⁸⁾ Es sollte mithin beschrieben werden, welche Ansprüche des Bestellers erfaßt sein sollen. Um als Sicherheit i.S.d. § 7 MaBV zu gelten, müssen dies zumindest alle die Ansprüche sein, die die Rechtsprechung nachfolgend bereits entschieden hat, andernfalls die Sicherungsvereinbarung nichtig sein kann.⁴¹⁹⁾ *Darüber hinaus* können aber auch weitergehende Ansprüche beschrieben / vereinbart werden.⁴²⁰⁾
- 303 Die Rechtsprechung stellt an eine solche Bürgschaft, die die vorgenannten Mindest-Anforderungen des § 7 MaBV erfüllen soll, folgende Anforderungen:⁴²¹⁾
- 304 - Diese umfasse alle Sprüche des Bestellers,
„die sich aus einer Störung des Gleichgewichts zwischen den geschuldeten oder geleisteten Zahlungen und dem Wert der geschuldeten oder erbrachten Bautenstände ergeben.“⁴²²⁾
- 305 Dies ist Ausdruck des oben bereits angesprochenen Äquivalenzprinzips.⁴²³⁾ Und weiter:
„Darunter fallen Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung des Vertrages und alle auf Zahlung von Geld gerichteten Gewährleistungsansprüche (Vorschuss auf Mängelbeseitigungskosten, Erstattung von Aufwendungen für Mängelbeseitigung, Schadensersatz, Minderung) ... Die Bürgschaft sichert sämtliche Geldansprüche der Erwerber, die ihnen wegen mangelhafter oder unterlassener Vertragserfüllung ... zustehen. Die Bürgschaft sichert die Erwerber auch dann, wenn (der Bauträger) in Insolvenz fällt. Lehnt in diesem Fall der Insolvenzverwalter die Vertragserfüllung ab, entsteht ihnen gemäß § 103 InsO ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung. dieser wird von der Bürgschaft umfaßt.“⁴²⁴⁾

417) *Blank ZfIR* 2001, 785, 786; *Thode ZfIR* 2000, 165, 172

418) *Fischer WM* 2003, 1, 2

419) *Fischer WM* 2003, 1, 4

420) S.o. Rdn. 252. Nicht in den Schutzbereich der *Mindestanforderungen* einer Bürgschaft nach § 7 MaBV fallen nach *Fischer WM* 2003, 1, 2: Vertragsstrafe, Verzögerungsschaden, Steuerschaden, Körperschaden wegen ungenügender Baustellensicherung, Mietausfallschaden, Nutzungsausfallschaden.

421) *Freckmann BKR* 2003, 399, 400 f.

422) BGH 02.05.2002 – VII ZR 178/01, WM 2002, 1506; *Wagner WuB I E* 5. – 5.02. Zum Äquivalenzprinzip zuvor schon BGH 20.04.2000 - VII ZR 458/97, NJW-RR 2000, 1331, 1333

423) S.o. Rdn. 72 f. m.w.N.. Bei Zugrundelegung des Äquivalenzprinzips (wieviel wurde im Hinblick auf die vertragsgemäße Leistung des Bauträgers vom Besteller gezahlt ?) zählen aber im Hinblick auf die *Mindestanforderungen* gemäß § 7 MaBV nicht dazu die im Zusammenhang mit dem Vertragsabschluss aufgewandten Vertragskosten, Finanzierungskosten und entgangener Gewinn des Bestellers oder gar der vertraglich geschuldete Gesamterfolg (s.u. Rdn. 261; so auch *Ewenz ZfIR* 2000, 8, 12; a.A. *Blank ZfIR* 2001, 785, 788). Letzteres müßte allenfalls in der Sicherungsabrede und der Bürgschaft *zusätzlich* zu den Mindestanforderungen gesondert vereinbart worden sein, wenn die Bürgschaft auch dies umfassen soll.

424) BGH 02.05.2002 – VII ZR 178/01, WM 2002, 1506; *Fischer WM* 2001, 1093, 1097 f.; *Kunze ZfIR* 2003, 540, 541 f.; *Thode ZfIR* 2000, 165, 175; *Thode WuB I E* 5. – 6.01; *Thode WuB I E* 5. – 6.01

- 306 - Dazu zählen auch aufgrund Minderung Rückzahlungsansprüche des Bestellers, die sich daraus ergeben, daß die Fläche eines zu errichtenden Gebäudes geringer als vereinbart ist, und bereits vor Abnahme geltend gemacht worden sind.⁴²⁵⁾
- 307 - Abgesichert werden ferner sowohl Ansprüche auf Ersatz von Aufwendungen für Mängelbeseitigungen als auch Ansprüche auf Rückgewähr einer Vorauszahlung, die aus einer auf Mängel gestützten Wandlung oder Minderung⁴²⁶⁾ oder aus einem Schadensersatzanspruch wegen (teilweiser) Nichterfüllung resultieren.⁴²⁷⁾
- 308 - Die Bürgschaft sichert nicht Aufwendungsersatzansprüche für Mängelbeseitigungsarbeiten, nachdem zuvor der Besteller das Werk mangelfrei abgenommen hat.⁴²⁸⁾ Auf die oben diesbezüglich bereits vorgetragene Bedenken gegen die Rechtsprechung wird verwiesen.⁴²⁹⁾ Ferner werden durch eine solche Bürgschaft auch nicht Mietausfallschäden und vom Erwerber zu tragende öffentlichrechtliche Sanierungsabgaben erfaßt,⁴³⁰⁾ da sie mit der Wertäquivalenz von Leistung und Gegenleistung nicht zu tun haben.
- 309 - Die Bürgschaft sichert auch keine Verzugsschadensersatzansprüche,⁴³¹⁾ da auch insoweit dies mit der Wertäquivalenz von Leistung und Gegenleistung nicht zu tun hat.
- 310 - Die Bürgschaft sichert ferner keine Ansprüche auf entgangene Steuervorteile oder Nutzungen, die durch Überschreitung der Bauzeit entstanden sind.⁴³²⁾
- 311 - Eine Reduzierung der Bürgschaft nach Baufortschritt ist unzulässig.⁴³³⁾

b1.1) Ausgelegte Bürgschaft entspricht nicht den Vorgaben des § 7 MaBV

- 312 Schränkt ein bürgendes Kreditinstitut eine nach § 7 MaBV ausgelegte *Bürgschaft* gegenüber dem Besteller in einer Weise ein, daß diese Bürgschaft den Mindestanforderungen des § 7 MaBV nicht entspricht, indem sie z.B. zum Nachteil des Bestellers von denen in § 7 MaBV genannten Voraussetzungen bzw. der zuvor genannten Rechtsprechung abweicht, dann bleibt es beim Entgegennahmeverbot des Bauträgers.⁴³⁴⁾ Dies berührt aber die Wirksamkeit der ausgelegten abweichenden Bürgschaft nicht, weil die MaBV im Vertragsverhältnis Besteller zu Bürgen keine Wirkung entfaltet.⁴³⁵⁾

425) BGH 19.07.2001 - IX ZR 149/00, NJW 2001, 3329; *Kunze ZfIR* 2003, 540, 541

426) BGH 14.01.1999 - IX ZR 140/98, NJW 1999, 1105

427) BGH 18.06.2002 - XI ZR 359/01, NJW 2002, 2563; *Kunze ZfIR* 2003, 540, 542

428) BGH 22.10.2002 - XI ZR 393/01, WM 2002, 2411; *Kunze ZfIR* 2003, 540, 543; *Wagner WuB I E 5.* - 3.03

429) S.o. Rdn. 47 ff.

430) BGH 22.10.2002 - XI ZR 393/01, WM 2002, 2411; kritisch dagegen *Kunze ZfIR* 2003, 540, 545

431) BGH 21.01.2003 - XI ZR 145/02, WM 2003, 485; *Wagner WuB I E 5.* - 5.03

432) BGH 18.06.2002 - XI ZR 359/01, NJW 2002, 2563; BGH 11.03.2003 - XI ZR 196/02, BKR 2003, 427

433) BGH 06.05.2003 - XI ZR 33/02, WM 2003, 1259; *Brandhofer NZBau* 2001, 305; *Fischer WM* 2003, 1, 4

434) *Fischer WM* 2003, 1, 5; *Freckmann BKR* 2003, 399, 400; *Riemenschneider ZfIR* 2002, 949, 959

435) BGH 19.07.2001 - IX ZR 319/00, n.V.; BGH 06.05.2003 - XI ZR 33/02, ZfIR 2003, 590, 591; *Krephold WuB I E 5.* - 10.03; *Riemenschneider ZfIR* 2002, 949, 959; *Rösler EWiR* 2003, 889, 890

- 313 Erkennt der Besteller dies nicht und zahlt voraus, stellt sich aber die Frage, ob sich dann das bürgende Kreditinstitut dem Besteller gegenüber schadensersatzpflichtig machen kann. Dies wird im Schrifttum vertreten.⁴³⁶⁾ Der Schadensersatzanspruch des Bestellers könnte dann entweder auf den Ersatz des Vertrauensschadens gerichtet sein, weil das Kreditinstitut ihn nicht über das Defizit aufgeklärt hat, so daß er so zu stellen wäre wie wenn er die Vorauszahlung bei vertragsgerechter Aufklärung durch das Kreditinstitut nicht erbracht hätte. Oder der Besteller ist so zu stellen wie wenn das Kreditinstitut ohne Pflichtverletzung eine Bürgschaft mit dem Sicherungsumfang gemäß § 7 MaBV gestellt hätte.⁴³⁷⁾

b1.2) Sicherungsvereinbarung weicht von Vorgaben des § 7 MaBV ab

- 314 Davon zu unterscheiden ist, daß die *Sicherungsvereinbarung* zwischen Bauträger und Besteller⁴³⁸⁾ nicht den Mindestanforderungen des § 7 MaBV entspricht und das bürgende Kreditinstitut in Kenntnis dessen eine Bürgschaft gemäß § 7 MaBV erteilt. Die Rechtsfolgen sind dann nach *Fischer*:⁴³⁹⁾

b1.2.1) Der Besteller hat in Unkenntnis dessen schon an den Bauträger vorausgezahlt

- 315 - An Stelle der nichtigen Sicherungsvereinbarung tritt nicht § 7 MaBV, sondern das BGB.
316 - Der Mangel der Sicherungsvereinbarung hat keine Auswirkung auf die Wirksamkeit des Bürgschaftsvertrages.
317 - Allerdings kann sich der Bürge gemäß § 768 BGB auf die Unwirksamkeit der Sicherungsvereinbarung berufen.
318 - Der Besteller kann dann eine an den Bauträger bereits geleistete Zahlung gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB zurückverlangen.
319 - Und dieser Rückzahlungsanspruch – so *Fischer* – ist von der Bürgschaft gemäß § 7 MaBV gedeckt.

436) *Rösler* EWiR 2003, 889, 890. *Vogel* BTR 2003, 2, 3 und *Vogel* EWiR 2002, 591, 592 vertritt die Meinung, daß ein Kreditinstitut, das nach außen hin für den Bauträger dem Besteller eine Bürgschaft nach § 7 MaBV zu stellen vorgibt, dabei aber die Anforderungen des § 7 Abs. 1 MaBV unterschreitet, dem Besteller gegenüber gemäß §§ 830 Abs. 2, 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 3, 7 MaBV auf Schadensersatz haften könnte. - *Brandhofer* NZBau 2001, 305, 307 sieht im Vertrag zwischen Bauträger und seinem Kreditinstitut auf Gestellung einer Bürgschaft gemäß § 7 MaBV einen Geschäftsbesorgungsvertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter (Besteller), aufgrund dessen der Besteller bei von der Bürgein ausgelegter abschmelzender Bürgschaft (eine solche hielt *Ewenz* ZfIR 2000, 8, 13 für zulässig) dann, wenn der Besteller dadurch einen Schaden erleiden würde, einen Schadensersatzanspruch gegen die Bürgein haben könnte. – *Fischer* WM 2003, 1, 5; *Kaufmann* BauR 2002, 997, 1000 und *Freckmann* BKR 2003, 399, 400 bejahen einen solchen Schadensersatzanspruch aufgrund §§ 311 Abs. 2 bzw. 3, 241 Abs. 2 BGB.

Brandhofer NZBau 2001, 305, 306 deutet an, subsidiär könne auch der den Bauträgervertrag beurkundende Notar haften, wenn er darin eine sich absichtende Bürgschaft als Sicherheit i.S.d. § 7 MaBV beurkundet habe und dem Besteller deshalb ein Schaden entstehe.

437) *Fischer* WM 2003, 1, 5; *Freckmann* BKR 2003, 399, 400

438) Die Sicherungsabrede wird i.d.R. nicht zwischen Bürgein und Besteller zustandekommen (so aber *Riemenschneider* ZfIR 2002, 949, 959)

439) *Fischer* WM 2003, 1, 4 f.

b1.2.2) Der Besteller hat in Unkenntnis dessen an den Bauträger noch nicht vorausgezahlt

- 320 Hat mithin das Kreditinstitut in Kenntnis einer unwirksamen Sicherungsvereinbarung (§§ 7, 12 MaBV, 134 BGB) eine Bürgschaft nach § 7 MaBV ausgelegt und damit zu erkennen gegeben, eine den Anforderungen des § 7 MaBV entsprechende Bürgschaft zu leisten, dann soll sie sich nicht mehr auf die Nichtigkeit der Sicherungsvereinbarung berufen können. Vielmehr hat sie dann ungeachtet dessen dem Besteller aus der von ihr geleisteten Bürgschaft einzustehen.⁴⁴⁰⁾
- 321 Dann aber wird man den Besteller nicht für berechtigt halten können, in Anbetracht einer nichtigen Sicherungsvereinbarung sich auf ein Entgegennahmeverbot des Bauträgers berufen zu können, wenn dem Besteller eine Bürgschaft eines Kreditinstitutes gemäß § 7 MaBV vorliegt, aus der das Kreditinstitut einzustehen hat. Dies aber nur dann, wenn dem Besteller nachweisbar bekannt ist, daß das Kreditinstitut Kenntnis von der Unwirksamkeit der Sicherungsabrede hatte und gleichwohl die Bürgschaft gemäß § 7 MaBV ausgelegt hat.
- 322 Wenn aber dem Besteller nicht nachweisbar bekannt ist, daß das Kreditinstitut Kenntnis von der Unwirksamkeit der Sicherungsabrede hatte und gleichwohl die Bürgschaft gemäß § 7 MaBV ausgelegt hat, dann würde der Besteller dem Risiko ausgesetzt sein, daß in Anbetracht der Unwirksamkeit der Sicherungsabrede auch die Bürgschaft unwirksam sein könnte.⁴⁴¹⁾ Zumindest könnte die Bürgin gemäß § 768 BGB den Einwand der Unwirksamkeit der Sicherungsabrede erheben. In Anbetracht dieser Unsicherheit kann der Besteller für den Fall der Unwirksamkeit der Sicherungsvereinbarung eine Vorauszahlung verweigern, da bei einer ihm vorliegenden Bürgschaft gemäß § 7 MaBV für ihn nicht sicher ist, ob diese auch wirksam bzw. ohne Einwände der Bürgin durchsetzbar wäre.

b2) Die Vorauszahlungsbürgschaft

- 323 Während eine Bürgschaft „gemäß § 7 MaBV“ aus Anlass der MaBV gestellt wird,⁴⁴²⁾ beschreibt eine Vorauszahlungsbürgschaft den Zweck, wofür sie gegeben wird. Im Grunde ist beim Bauträgervertrag jede aus Anlass des § 7 MaBV gegebene Bürgschaft eine Vorauszahlungsbürgschaft. Im Falle der Totalvorauszahlung soll damit das Entgegennahmeverbot im Hinblick auf § 3 Abs. 2 MaBV überwunden werden. Im Falle vereinbarter Abschläge „entsprechend § 3 Abs. 2 MaBV“ handelt es sich aus oben genannten Gründen ebenfalls um Vorauszahlungen;⁴⁴³⁾ soll dabei das Fehlen einer der allgemeinen Fälligkeitsvoraussetzungen des § 3 Abs. 1 MaBV überwunden werden, so ist dies der Anlass für die Bürgschaft gemäß § 7 MaBV, der Sache nach handelt es sich aber bereits aus oben genannten Gründen⁴⁴⁴⁾ um eine Vorauszahlungsbürgschaft. Hinzu kommt, daß es sich auch deshalb um eine Vorauszahlungsbürgschaft handelt, indem eine Zahlung vor Vorliegen allgemeiner Fälligkeitsvoraussetzungen möglich sein soll.
- 324 Selbst wenn öffentlichrechtlich die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 MaBV gegeben sind und zivilrechtlich dem Rechtsgrunde nach Abschläge gemäß § 632a Satz 1 BGB i.V.m. der entsprechenden Anwendung des § 3 Abs. 2 MaBV vereinbart werden, handelt es sich im Falle eines späten Eigentumsüberganges um Vorauszahlungen, so daß dann eine Bürgschaft gemäß §§ 632a Satz 3, 232 Abs. 2 BGB in der Sache eine Vorauszahlungsbürgschaft ist.⁴⁴⁵⁾

440) *Fischer* WM 2003, 1, 5 u.H.a. BGH 10.02.2000 – IX ZR 397/98, BGHZ 143, 381, 386

441) Gegenteilsschluss zu *Fischer* WM 2003, 1, 5

442) S.o. Rdn. 286

443) S.o. Rdn. 28

444) S.o. Rdn. 28

445) *Wagner* ZfIR 10/2001, Beilage Seite 10 f.

3. Die Fertigstellung des Bauvorhabens und die Pflicht zur Rückgabe von Bürgschaften

- 325 Gemäß § 7 Abs. 1 Satz 3 MaBV muß aus den Bauträger treffenden öffentlichrechtlichen Gründen für den Fall, daß man von der Möglichkeit der Bürgschaft aus Anlass des § 7 MaBV Gebrauch gemacht hat, diese so lange aufrecht erhalten werden, bis die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 MaBV erfüllt sind und das Vertragsobjekt vollständig fertiggestellt ist. Hier besteht die oben bereits beschriebene Rechtsunsicherheit, was unter dem öffentlichrechtlichen Begriff der Fertigstellung zu verstehen ist.⁴⁴⁶⁾ Daß der XI. Senat des BGH⁴⁴⁷⁾ iudizierte, Fertigstellung sei quasi mit der Abnahme gleichzustellen, schafft keine Rechtssicherheit, so lange das nicht unbegründete Risiko besteht, daß der VII. Senat des BGH gegenläufig entscheiden könnte.⁴⁴⁸⁾ Sich in der Praxis diese Entscheidung des XI. Senates des BGH zu eigen zu machen, eröffnet Verbraucher-Bestellern die Möglichkeit, die vorzeitige Rückgabe der Bürgschaft – also vor Ablauf der Gewährleistungsfrist – zu verweigern. Bauträger und die Bürgin sind dann bis zum Ablauf der Gewährleistungsfrist im Ungewissen, ob die Bürgschaft noch werthaltig ist oder nicht.
- 326 Es kann sich daher in der Praxis auch hier empfehlen, dem obigen Vorschlag zu folgen,⁴⁴⁹⁾ zum Zeitpunkt der Bezugsfertigkeit bzw. Abnahme die Eigentumsumschreibung auf den Besteller vorzunehmen und damit die MaBV abubrechen.⁴⁵⁰⁾

VIII. Fazit

- 327 Der Anwalt eines Verbraucher-Bestellers erhält um so weniger Angriffspunkte gegen einen Bauträgervertrag, um so mehr im Bauträgervertrag im Hinblick Erwägungsgrund (16) Satz 4 VerbrRL auch die berechtigten Interessen des Verbrauchers berücksichtigt wurden. Das einseitige Durchsetzen von Meinungen im Interesse des Bauträgers birgt das Risiko in sich, daß in Betracht vielfältig noch nicht endgültig geklärt Fragen Angriffspunkte bleiben. Auch Sicht finanzierender Kreditinstitute insbesondere des Bauträgers sind dies sogenannte operationelle Risiken, die sich insbesondere im Hinblick auf Basel II bei der Bauträgerfinanzierung erschwerend auswirken können.⁴⁵¹⁾

446) S.o. Rdn. 47 ff.

447) BGH 22.10.2002 – XI ZR 393/01, WM 2002, 2411; *Wagner WuB I E 5.* – 3.03

448) S.o. Rdn. 47 ff.

449) S.o. Rdn. 144

450) *Wagner BauR* 2002, 1313, 1328; *Wagner WM* 2001, 718, 722

451) *Wagner ZfIR* 10/2001, Beilage Seite 17 f.

Anlage A

(Bauträgervertrag Geschosswohnungsbau – Sicherheitsleistung Notaranderkonto)⁴⁵²⁾

erschieden

328 1. Herr/Frau, geb., geschäftsansässig, Der/die Erschienene erklärt, nicht im eigenen Namen zu handeln, sondern als alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer(in) der Firma, Bauträger GmbH. Ein dies ausweisender aktueller Handelsregisterauszug hat bei Beurkundung vorgelegen.

- nachfolgend „Bauträger“ genannt -

329 2. Herr/Frau, geb., wohnhaft

- nachfolgend „Besteller“ genannt -

330 Der/die Erschienene zu 1. wies sich aus durch:

Der/die Erschienene zu 2. wies sich aus durch:

Vorbefassungsklausel

331 Der Notar befragte die Erschienenen, ob er - der Notar - oder eine Person, mit der sich der Notar zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden hat oder mit der er gemeinsame Geschäftsräume hat, außerhalb seiner Amtstätigkeit mit diesem Vorgang bereits befaßt war.

Die Erschienenen verneinten dies.

332 Die Erschienenen erklären, dass ihnen vom Notar unter Beachtung der 2-Wochenfrist des § 17 Abs. 2a BeurkG ein Entwurf dieses Vertrages vorab zugesandt worden ist.

333 Auf Befragen des Notars erklärt der Besteller, daß er die Wohnung selbst zu nutzen gedenkt.⁴⁵³⁾

334 Der Notar belehrt im Hinblick auf §§ 312, 355 ff. BGB den Besteller über die Möglichkeiten des Widerrufs des Vertrages, wenn der Besteller Verbraucher ist und es zum Abschluss des hier beurkundeten Vertrages aufgrund einer Haustürsituation gekommen ist.⁴⁵⁴⁾

452) Fußnoten gehören nicht zur Urkunde sondern dienen dem Leser zur Orientierung

453) Um klarzustellen, daß § 48b EStG nicht einschlägig ist.

454) BGH 15.07.2003 – XI ZR 162/00, BKR 2003, 747, 748

- 335 Der Notar belehrt ferner darüber,⁴⁵⁵⁾ daß es nicht eindeutig ist, ob im Hinblick auf die europäische Haustürgeschäfte-richtlinie der deutsche Gesetzgeber ein Widerrufsrecht gemäß § 312 Abs. 3 Nr. 3 BGB rechtswirksam dann ausschließen kann, wenn - wie hier - die Willenserklärungen des Verbrauchers notariell beurkundet worden sind.⁴⁵⁶⁾ Der/die Erschienene zu 2. erklärte, daß bei ihm/ihr keine der vom Notar vorgelesenen Voraussetzungen eines Haustürgeschäftes gemäß § 312 Abs. 1 BGB gegeben seien.

I.

Vorbemerkung

- 336 (1) Der Bauträger ist alleiniger Eigentümer folgenden Grundstückes:
Grundbuch des Amtsgerichtes für
Band Blatt ...
Flur ... FlSt.
(Beschrieb)
- 337 (2) Das Grundstück ist wie folgt belastet:
Abt. II
Abt. III
- 338 (3) Der Bauträger erklärt, er errichte auf vorgenanntem Grundstück ein Mehrfamilienhaus in Übereinstimmung mit den Festsetzungen des Bebauungsplanes. Die Baugenehmigung sei am ... von der Stadt ... erteilt worden und sei bestandskräftig. Die Bauerrichtung erfolge gemäß der als **Anlage 1** beigefügten Baubeschreibung samt Plänen.
- 339 Der Notar erklärte: Bei **Anlage 1** handelt es sich um eine notariell beurkundete Baubeschreibung samt Plänen, die der Bauträger nach den Vorschriften über Willenserklärungen errichtet hat.⁴⁵⁷⁾ **Anlage 1** liegt während der Beurkundung in beglaubigter Abschrift vor.⁴⁵⁸⁾ Der Bauträger erläutert den Inhalt der Baubeschreibung und die beigefügten Pläne.⁴⁵⁹⁾
- 340 Die Erschienene zu 2. erklärte: **Anlage 1** ist mir vorab in beglaubigter Abschrift samt Plänen vom Bauträger ausgehändigt worden. Ich habe Kenntnis von ihrem Inhalt.⁴⁶⁰⁾

455) Zu notariellen Amtspflichten s.o. Rdn. 24 - 25

456) Folgende Gerichte stellen dies derzeit in Frage: OLG Bamberg 05.03.1999 – 6 U 73/98, EWiR 1999, 895; OLG Stuttgart 30.03.1999 – 6 U 141/98, WM 1999, 2305; OLG Stuttgart 04.05.1999 – 6 U 23/99, OLGR 1999, 288; OLG Stuttgart 26.06.1999 – 6 U 169/98, WM 1999, 2310; OLG Frankfurt 25.10.200 – 9 U 59/00, WM 2002, 545; OLG Karlsruhe 16.05.2002 – 11 U 10/01, BKR 2002, 593. Zum Einfluß des Europarechts s.o. Rdn. 12 – 21 und zur Amtspflicht des Notars, europäisches Gemeinschaftsrecht zu beachten s.o. Rdn. 22 - 23

457) §§ 8 ff. BeurkG. Nur bei solchen Urkunden ist § 13a BeurkG möglich wie § 13a Abs. 1 Satz 1 BeurkG zu entnehmen ist, nicht dagegen bei Urkunden, die nach §§ 36 ff. BeurkG errichtet wurden (*Winkler*, BeurkG, 15. Aufl. 2003, § 13a Rdn. 18; *Limmer* in: Eylmann/Vaasen, BNotO BeurkG, 2000, BeurkG § 13a Rdn. 6). Zur Pflicht der Mitbeurkundung von Bauplänen siehe OLG Hamm 04.03.2003 – 21 U 80/02, OLGR 2003, 235 = BauRB 2003, 167 *Grziwotz*

458) § 13a Abs. 1 Satz 3 BeurkG

459) Gemäß § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB, Erwägungsgrund (20) Satz 2 VerbrRL muß der Verbraucher, wenn er Besteller ist, die tatsächliche Möglichkeit der Kenntnisnahme vor Vertragsabschluss haben. Um dem Rechnung zu tragen, sollte man sich als Notar nicht alleine auf die Verweisungsnorm des § 13a BeurkG verlassen.

460) § 13a Abs. 1 Satz 1 BeurkG

- 341 Die Erschienenen nehmen auf **Anlage 1** als Bestandteil des hier geschlossenen Bauträgervertrages Bezug und erklären sodann, auf Vorlesen, Erläuterung und Beifügung von **Anlage 1** zu verzichten.⁴⁶¹⁾ Der Notar hat über die rechtliche Bedeutung dieser Verweisung belehrt.
- 342 (4) Die Erschienenen nehmen ferner Bezug auf die als **Anlage 2** beigefügte Teilungserklärung nebst Gemeinschaftsordnung.
- 343 Der Notar erklärte: Bei **Anlage 2** handelt es sich um eine Teilungserklärung nebst Gemeinschaftsordnung, die der Bauträger als derzeitiger alleiniger Grundstückseigentümer gemäß § 8 WEG nach den Vorschriften über Willenserklärungen beurkundet hat. Der Notar erläutert den Inhalt und die Bedeutung dieser Teilungserklärung nebst Gemeinschaftsordnung.
- 344 Die Erschienenene zu 2. erklärte: **Anlage 2** ist mir vorab in beglaubigter Abschrift vom Bauträger ausgehändigt worden. Ich habe Kenntnis von ihrem Inhalt.⁴⁶²⁾
- 345 Die Erschienenen nehmen auf **Anlage 2** als Bestandteil des hier geschlossenen Bauträgervertrages Bezug und erklären sodann, auf Vorlesen, Erläuterung und Beifügung von **Anlage 2** zu verzichten.⁴⁶³⁾ Der Notar hat über die rechtliche Bedeutung dieser Verweisung belehrt.
- 346 (5) Der Notar belehrte die Beteiligten über folgendes:
Unter II. dieser Urkunde werden die vertraglichen Vereinbarungen der Beteiligten, den hier geschlossenen Bauträgervertrag betreffend, wiedergegeben.
- 347 Unter III. dieser Urkunde werden die den Bauträger betreffenden Regelungen gemäß § 3 der Makler- und Bauträgerverordnung angesprochen. Diese haben keine Fälligkeitsregelungen zum Gegenstand, sondern Entgegennahmeverbotsregelungen. Der Bauträger darf mithin erst dann Gelder des Bestellers entgegennehmen, wenn die dort genannten Voraussetzungen kumulativ gegeben sind.
- 348 (6) Der Notar belehrte die Beteiligten, daß zwar das Gesamtbauvorhaben seitens des Bauträgers einmal erstellt wird, jedoch aufgrund mehrerer Bauträgerverträge für mehrere Besteller. Auch wenn jeder Besteller Wohnungseigentümer werden soll, so werde dadurch weder tatsächlich noch rechtlich die Wohnungseigentümergeinschaft Besteller für das herzustellende Bauvorhaben. Folglich könne weder die Wohnungseigentümergeinschaft noch per von dieser zu fassenden Beschlusses der Wohnungseigentumsverwalter Rechte im Hinblick auf die geschlossenen Bauträgerverträge geltend machen.
- 349 (7) Die Beteiligten vereinbaren, daß Rechte bezüglich der jeweiligen Wohnung (Abnahme und Rechte gemäß § 634 BGB – worüber der Notar die Beteiligten belehrte -, Schadensersatz bezüglich Vermögens- oder Folgeschäden des Bestellers) alleine vom Besteller der jeweiligen Wohnung sollen geltend gemacht werden können.
- 350 (8) Alle Besteller, die bezüglich der Errichtung des Gesamtbauvorhabens mit dem Bauträger jeweils einen Bauträgervertrag abschließen, verfolgen die Errichtung dieses Gesamtbauvorhabens als gemeinsamen Zweck. Sie bilden untereinander eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Innengesellschaft nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages, der als **Anlage 3** dieser Urkunde beigefügt ist und den Erschienenen vom Notar vorgelesen und erläutert wurde. Alle Rechte der Besteller bezüglich des Gesamtbauvorhabens, die nicht mit der jeweiligen Wohnung eines Bestellers zusammenhängen (Abnahme, Rechte gemäß § 634 BGB, Teilkündigungsrechte aus wichtigem Grund), können nur von den Bestellern gemeinsam wahr-

461) § 13a Abs. 1 Satz 1 und 2 BeurkG

462) § 13a Abs. 1 Satz 1 BeurkG

463) § 13a Abs. 1 Satz 1 und 2 BeurkG

genommen werden. Sie werden diesbezüglich gemäß **Anlage 3** einen Beschluss fassen und zugleich bestimmen, wen sie mit der Wahrnehmung dieser Rechte beauftragen und bevollmächtigen.

- 351 (9) Der Besteller ist nicht berechtigt, ohne Zustimmung des Bauträgers über seine Rechte und Ansprüche aus diesem Vertrag zu verfügen, insbesondere sie ganz oder teilweise abzutreten oder zu verpfänden.

II.

Bauträgervertrag

§ 1

Vertragsgegenstand

- 352 (1) Der Bauträger ist verpflichtet, dem Besteller folgendes bezugsfertig bis spätestens frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen.⁴⁶⁴⁾
- 353 1. Die Herstellung des Gesamtbauvorhabens sowie die Herstellung der Wohnung Nr. ... nebst dem mit Nr. ... bezeichneten Abstellraum im Kellergeschoss sowie den mit Nr. ... bezeichneten KfZ-Abstellplatz wie in Anlage 1 beschrieben. Die Wohnung soll eine Wohnfläche von ca. ... qm und der dazugehörige Abstellraum im Kellergeschoss eine Fläche von ca. ... qm haben. Die aus Anlage 1 ersichtlichen Pläne weisen Rohbaumaße aus. Baubedingte Abweichungen von diesen Rohbaumaßen von bis zu 1 % sollen nicht als Mangel gelten und keinen Einfluß auf die vereinbarte Vergütung haben. Die Wohnflächenberechnung erfolgt der 2. Berechnungsverordnung. Soweit in Plänen Teile der Umgebung mit dargestellt sind, ist dies für den hier geschlossenen Vertrag unverbindlich.
- 354 2./.....stel Miteigentumsanteil an dem in der Vorbemerkung genannten Grundstück, verbunden mit dem Sondereigentum an der im Aufteilungsplan in Anlage 2 mit Nr. ... bezeichneten Wohnung und dem mit Nr. ... bezeichneten Abstellraum im Kellergeschoss sowie dem als Sondernutzungsrecht zugewiesenen und mit Nr. ... bezeichneten Kfz-Abstellplatz.
- 355 (2) Der Bauträger verpflichtet sich, die Teilungserklärung unverzüglich im Grundbuch zu wahren.
- 356 (3) Der Bauträger ist verpflichtet, Zug um Zug mit der durch den Besteller erklärten Abnahme der Wohnung die Eigentumsumschreibung auf den Besteller zu veranlassen.⁴⁶⁵⁾
- 357 (4) Der Bauträger ist verpflichtet, unverzüglich die Lastenfreiheit des Wohnungseigentums des Bestellers herbeizuführen, soweit Belastungen in dieser Urkunde nicht ausdrücklich vom Besteller übernommen werden, sobald der Besteller die geschuldete Vergütung bezahlt hat.⁴⁶⁶⁾ Der Bauträger bewilligt und beantragt hiermit die Löschung aller in Abt. II und III der Wohnungseigentumsgrundbuchs des Bestellers eingetragenen und vom Besteller nicht übernommenen Belastungen. Der Notar wird angewiesen, von Löschungsbewilligung und Antrag zwecks Einreichung beim Grundbuchamt erst dann Gebrauch zu machen, wenn ihm alle zur

464) § 633 Abs. 1 BGB

465) Ziel ist nicht, die Eigentumsumschreibung erst dann durchzuführen, wenn die vereinbarte oder geschuldete Vergütung voll bezahlt worden ist, sondern mit Eigentumsumschreibung den Anwendungsbereich des § 632a Satz 3 BGB und der MaBV abzurechnen.

466) Es kann folglich vorkommen, daß die Eigentumsumschreibung früher als die Lastenfreistellung des Wohnungseigentumsgrundbuchs erfolgt.

Lastenfreistellung erforderlichen Löschungsunterlagen vorliegen und dem Notar nachgewiesen worden ist, daß die geschuldete Vergütung seitens des Bestellers bezahlt worden ist.

- 358 (5) Die Beteiligten sind sich darin einig, daß die Verjährungsfristen für Eigentumsverschaffung, mängelfreie Herstellung, Vergütung sowie Schadensersatz betreffend Vermögens- oder Folgeschäden jeweils erst mit der vom Besteller erklärten Abnahme der Wohnung zu laufen beginnen sollen und jeweils so lange laufen sollen wie die Verjährungsfrist gemäß § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB, längstens jedoch bis
- 359 (6) Der Bauträger trägt alle Erschließungsbeiträge für alle Erschließungsanlagen, die bis zur bezugsfertigen Herstellung des Gesamtbauvorhabens hergestellt sind oder für die die Gemeinde bis dahin Voraus- oder Sicherheitsleistungen verlangt (hat) oder über die mit der Gemeinde bis dahin ein Erschließungsvertrag abgeschlossen worden ist sowie die Kosten naturschutzrechtlicher Ausgleichsmaßnahmen. Der Bauträger trägt ferner die Kosten für Anschlüsse des Vertragsgegenstandes an Ver- und Entsorgungsanlagen einschließlich Anschlußgebühren, Herstellungsbeiträge und Kommunalabgaben nach dem Kommunalabgabengesetz für erstmalige vollständige Erschließung des Vertragsgegenstandes samt der Kosten der inneren Erschließung. Etwaige Rückerstattungen bezüglich der vom Bauträger bereits erbrachten Vorauszahlungen stehen dem Bauträger zu.

§ 2

Auflassungsvormerkung

- 360 (1) Zur Sicherung des Anspruchs des Bestellers auf Verschaffung des Sondereigentums an dem gemäß II. § 1 Abs. 1 Nr. 2 Geschuldeten bewilligt der Bauträger und beantragen beide Beteiligte, eine Auflassungsvormerkung gemäß § 883 BGB zu Gunsten des Bestellers in das nach Wahrung der Teilungserklärung im Grundbuch zu bildende Wohnungseigentumsgrundbuch des Bestellers im Rang nach denen in I. (2) genannten Belastungen einzutragen.
- 361 (2) Die Löschung dieser Vormerkung wird vom Besteller bewilligt und beantragt Zug um Zug mit der Eigentumsumschreibung auf ihn, vorausgesetzt, daß keine Zwischeneintragungen ohne Zustimmung des Bestellers erfolgt sind, denen er nicht zugestimmt hat oder Zwischenanträge vorliegen, die in diesem Vertrag nicht vorgesehen sind.

§ 3

Herstellungsverpflichtung des Bauträgers

- 362 (1) Der Bauträger ist verpflichtet, das Bauwerk gemäß der Baubeschreibung und den Bauplänen wie aus Anlage 1 ersichtlich, herzustellen. Der Bauträger hat anerkannten regeln der Technik einzuhalten und nur normgerechte Baustoffe zu verwenden.
- 363 (2) Abweichungen sind zulässig, wenn sie aufgrund behördlicher Auflagen rechtlich notwendig sind oder sich als technisch notwendig erweisen, keine Gebrauchs- oder Wertminderung zur Folge haben und dem Besteller zumutbar sind.
- 364 (3) Ein Anspruch des Bestellers gegenüber dem Bauträger auf Durchführung von Sonderwünschen in der Wohnung des Bestellers besteht nicht. Dies bedarf der gesonderten Einigung und ist gesondert abzurechnen.

- 365 Die Erfüllung von vereinbarten Sonderwünschen in der Wohnung des Bestellers setzt voraus, daß diese sich im Rahmen der Baugenehmigung und des Baufortschritts realisieren lassen und keine Verzögerung im Bauablauf Dies gilt auch, wenn der Besteller mit Zustimmung des Bauträgers Sonderwünsche betreffend seine Wohnung durch ein anderes Unternehmen realisieren läßt.
- 366 Der Bauträger übernimmt für solche Sonderwünsche keine Haftung. Die Abrechnung solcher Sonderwünsche erfolgt direkt zwischen dem Besteller und dem anderen Unternehmen.
- 367 (4) Mit der Herstellung des Bauvorhabens wird spätestens begonnen. Die Herstellung wird spätestens abgeschlossen. Unverschuldete Behinderungen (z.B. höhere Gewalt, Arbeitskampf, Ausführung von Sonderwünschen) verlängern die Dauer der Herstellung um die Dauer der Behinderung.

§ 4

Abnahme

- 368 (1) Gegenstand der Abnahme ist die Erklärung des Bestellers, ob und inwieweit der Vertragsgegenstand frei von Sach- und Rechtsmängeln verschafft worden ist.⁴⁶⁷⁾ Der Notar hat über die Möglichkeit der Abnahmefiktion gemäß § 641a BGB belehrt. Die Beteiligten vereinbaren, seitens des Bauträgers davon keinen Gebrauch zu machen.⁴⁶⁸⁾
- 369 (2) Eine Abnahme des hergestellten Gesamtbauvorhabens und der Wohnungen⁴⁶⁹⁾ erfolgt, sobald die Voraussetzungen des § 640 Abs. 1 BGB gegeben sind.⁴⁷⁰⁾ Der jeweilige Abnahmetermin ist durch den Bauträger mit einer Vorlaufzeit von mindestens 2 Wochen anzukündigen. Der Notar hat die Beteiligten über den Regelungsgehalt des § 640 Abs. 1 BGB belehrt. Kommt es bezüglich des Gesamtbauvorhabens vorzeitig zu einer Teilkündigung der Bauträgerverträge aus wichtigem Grund (s.o. I. Abs. 8), so ist der Bauträger berechtigt, eine Abnahme bezüglich dessen zu verlangen, was er bis dahin vertragsgerecht hergestellt hat.
- 370 (3) Wird die Abnahme verweigert, obwohl die Abnahmevoraussetzungen gegeben sind, dann gilt gemäß § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB die Abnahme als erfolgt.
- 371 (4) Die Abnahme bezüglich der hergestellten Wohnung wird durch den Besteller durchgeführt (s.o. I. Abs. 7). Die Abnahme der Wohnung ist nicht davon abhängig, daß die Außenanlage schon fertiggestellt ist., sondern daß die Bezugsfertigkeit des Gesamtbauvorhabens und der Wohnung gegeben ist.
- 372 (5) Die Abnahme bezüglich des Gesamtbauvorhabens – ausgenommen die hergestellte Wohnung – wird für den Besteller durch die Person durchgeführt, auf die sich die Besteller geeinigt haben (s.o. I. Abs. 8).
- 373 (6) Anläßlich der jeweiligen Abnahme wird eine Niederschrift errichtet, in der noch fehlende Leistungen bzw. (behauptete) Mängel aufgenommen werden. Diese jeweilige Niederschrift betreffend die Wohnung und das Gesamtbauvorhaben ist betreffend die Wohnung vom Be-

467) Damit wird *vertraglich* vereinbart, daß nicht nur die Herstellung des Bauvorhabens der Abnahme unterliegen soll, sondern die Verschaffung des Vertragsgegenstandes (§ 633 Abs. 1 BGB).

468) S.o. Rdn. 189

469) Es erfolgt mithin keine Abnahme von Wohnungs- und Gemeinschaftseigentum sondern von dem, was hergestellt wurde. S.o. Rdn. 152 ff.

470) S.o. Rdn. 44

steller und betreffend das Gesamtbauvorhaben von dem die Besteller vertretenden Person einerseits und vom Bauträger andererseits zu unterzeichnen.

§ 5

Übergabe/Besitzübergang

- 374 (1) Die Übergabe der Wohnung erfolgt nach durchgeführter Abnahme (II. § 4 Abs. 3), Bezugsfertigkeit der Wohnung vorausgesetzt.

Die Übergabe des Gesamtbauvorhabens im übrigen erfolgt an die die Besteller vertretende Person, sobald die Abnahme durchgeführt worden ist (II. § 4 Abs. 4) und die bei Abnahme festgestellten fehlenden Leistungen erbracht und Mängel beseitigt worden sind.

- 375 (2) Mit dem Tag der Übergabe gehen Besitz, Nutzen, Lasten und Gefahren des zufälligen Unterganges auf den Besteller über.

§ 6

Eigentum

- 376 (1) Die Vertragsparteien erklären folgende

Auflassung.

Wir sind darüber einig, daß das Eigentum am Vertragsgegenstand vom Bauträger auf den Besteller übergeht.

- 377 Der Bauträger bewilligt und beantragt die Eigentumsumschreibung im Grundbuch.

- 378 (2) Die Beteiligten weisen den Notar unwiderruflich an, diese Auflassung samt Eintragungsbevollmächtigung dem Grundbuchamt zum Vollzug erst dann vorzulegen, wenn dem Notar nachgewiesen worden ist, daß beide Vertragsparteien bezüglich der Wohnung die Abnahme durchgeführt haben und ein Abnahmeprotokoll unterschrieben haben (s.o. II § 4 Abs. 4 und 6).

- 379 (3) Der Besteller kann Zug um Zug gegen Zahlung eines entsprechenden Teils der mit dem Besteller vereinbarten Vergütung, die dem Wert der vom Bauträger mangelfrei erbrachten Leistung entspricht, die Zustimmung des Bauträgers zum Vollzug der Auflassung und Eigentumsumschreibung vor vollständiger Herstellung des Gesamtbauvorhabens und der Wohnung mit dem erreichten Bautenstand verlangen, wenn das Unvermögen des Bauträgers zur vollständigen Herstellung feststeht oder eine berechnete Teilkündigung des Bauträgervertrages durch den Besteller aus wichtigem Grund erfolgt ist

- 380 (4) Bis zu dem Zeitpunkt, zu dem der Notar die Eigentumsumschreibung veranlassen darf, darf der Notar von dieser Urkunde nur einfache Ausfertigungen, Abschriften oder beglaubigte Abschriften im Auszug – ohne Auflassung und Eintragungsbevollmächtigung (s.o. II. § 6 Abs. 1) – erteilen.

§ 7

Mängel

- 381 (1) Der Bauträger ist verpflichtet, alle bereits während der Vertragsdurchführung und Bauabwicklung auftretenden Mängel ordnungsgemäß und unverzüglich zu beseitigen. Bereits vor Abnahme sollen Rechte des Bestellers aufgrund § 634 BGB geltend gemacht werden können.
- 382 (2) Wird der Vertragsgegenstand nicht frei von Sach- und Rechtsmängeln verschafft, so sollen sich die Rechtsfolgen nach den Bestimmungen des Werkvertragsrechts des BGB richten.

§ 8

Pauschal festpreis, Fälligkeit, Abschläge

- 383 (1) Der Pauschal festpreis beträgt

€

(in Worten: Euro

Hiervon entfallen auf

Grundstücksanteil €

Wohnung samt Abstellraum im Kellergeschoss €

Kfz.-Abstellplatz €

- 384 Nicht im Pauschal festpreis enthalten sind die beim Notar, Grundbuchamt und Behörden anfallenden Kosten für diesen Vertrag sowie sämtliche mit einer vom Besteller aufgenommenen Finanzierung verbundenen Kosten, die Grunderwerbsteuer mit Sonderwünschen verbundene Kosten. Alle diese Kosten sowie die Grunderwerbsteuer trägt der Besteller. alle mit der Lastenfreistellung des Wohnungsgrundbuches sowie mit der Wahrung der Teilungserklärung im Grundbuch verbundene Kosten trägt der Bauträger.
- 385 (2) Der Bauträger kann Abschlagsrechnungen entsprechend dem aus Abs. 3 ersichtlichen Zahlungsplan stellen. Allgemeine Fälligkeitsvoraussetzungen sind:
- 386 1. Die Teilungserklärung (Anlage 2) ist im Grundbuch gewahrt.
- 387 2. Die Auflassungsvormerkung gemäß II. § 2 Abs. 1 ist für den Besteller in dem für seine Wohnung gebildeten Wohnungseigentumsgrundbuchblatt nach den Belastungen gemäß I. Abs. 2 eingetragen.
- 388 3. Eine die Bauerrichtung des Bauvorhabens (Anlage 1) ermöglichende Baugenehmigung ist dem Bauträger erteilt worden und dieser hat dem Notar schriftlich bestätigt, daß diese bestandskräftig ist.
- 389 4. Der Besteller dem Notar bestätigt hat, daß ihm eine Freistellungsverpflichtungserklärung der/des Grundpfandgläubiger(s) vorliegt, die eine Freistellung des Wohnungseigentumsgrundbuches des Bestellers von allen Grundpfandrechten sichert, die der für den Besteller eingetragenen Vormerkung vorgehen und von dem Besteller nicht übernommen worden sind.

- 390 Der Notar wird den Beteiligten mitteilen, wenn alle vorgenannten Fälligkeitsvoraussetzungen gegeben sind.
- 391 (3) Die Beteiligten vereinbaren folgende Abschlagszahlungen,⁴⁷¹⁾ wobei nachfolgende in Klammern gesetzte Prozentsätze⁴⁷²⁾ an dem Pauschal festpreis (s.o. Abs. 1) bemessen werden:
- 392 1. Nach Vorliegen aller vorgenannten allgemeinen Fälligkeitsvoraussetzungen und dem Beginn der Erdarbeiten (... %) €
- 393 2. Nach Rohbaufertigstellung einschließlich der Zimmerarbeiten, Herstellung der Dachflächen und Dachrinnen (... %) €
- 394 3. Nach⁴⁷³⁾ Rohinstallation der Heizungs-, Sanitär- und Elektroanlagen (...%) €
- 395 4. Nach⁴⁷⁴⁾ Fenstereinbau, einschließlich Verglasung (... %) €
- 396 5. Nach⁴⁷⁵⁾ Innenputz, ausgenommen Beiputzarbeiten, für den Estrich und die Fliesenarbeiten im Sanitärbereich (.... %) €
- 397 6. Nach Bezugsfertigkeit der Wohnung⁴⁷⁶⁾ und Zug um Zug gegen Besitzübergabe (... %) €
- 398 7. Nach Abnahme der Wohnung und des Gesamtbauvorhabens - einschließlich Fassadenarbeiten und Aussenanlagen – sowie Beseitigung aller bei den Abnahmen der Wohnung und des Gesamtbauvorhabens festgestellter Protokollmängel und Vorliegen der Schlußrechnung⁴⁷⁷⁾ (... %) €
- 399 Pauschal festpreis (s.o. Abs. 1) €
- 400 (4) Die Abschläge sind vom Besteller fällig und zahlbar nach Vorliegen der Fälligkeitsmitteilung des Notars beim Besteller betreffend die allgemeinen Fälligkeitsvoraussetzungen (s.o. Abs. 2 – diese wird nur einmal mitgeteilt und geht der 1. Abschlagszahlung voraus) und binnen 10 Tagen nach Zugang der entsprechenden Abschlagsrechnungen des Bauträgers samt einer jeweils beigefügten Bautenstandsbestätigung des vom Bauträger damit beauftragten Architekten/Baustellenleiters beim Besteller.

471) Gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 AbschlVO „entsprechend“ § 3 Abs. 2 MaBV, jedoch ohne Übernahme der dort genannten Prozentsätze.

472) Dies sind nicht die Höchstprozentsätze gemäß § 3 Abs. 2 MaBV, sondern die Prozentsätze, die Ausdruck der Wertäquivalenz der einzelnen Abschläge sind.

473) In § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 MaBV ist von „für“ die Rede. Dies ist aber eine *öffentlichrechtliche* Regelung. In Anbetracht der *zivilrechtlichen* Vorleistungspflicht des Bauträgers wird für diesen zivilrechtlichen Abschlag „Nach“ vorgeschlagen.

474) In § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 MaBV ist von „für“ die Rede. Dies ist aber eine *öffentlichrechtliche* Regelung. In Anbetracht der *zivilrechtlichen* Vorleistungspflicht des Bauträgers wird für diesen zivilrechtlichen Abschlag „Nach“ vorgeschlagen.

475) In § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 MaBV ist von „für“ die Rede. Dies ist aber eine *öffentlichrechtliche* Regelung. In Anbetracht der *zivilrechtlichen* Vorleistungspflicht des Bauträgers wird für diesen zivilrechtlichen Abschlag „Nach“ vorgeschlagen.

476) Zur Bezugsfertigkeits-, „Rate“ s.o. Rdn. 26 ff., 41 ff.,

477) Aus der Vereinbarung über Voraus- oder Abschlagszahlungen in einem BGB-Werkvertrag folgt die vertragliche Verpflichtung des Unternehmers, seine Leistungen abzurechnen: BGH 24.01.2002 - VII ZR 196/00, NJW 2002, 1567

- 401 (5) Die Abschläge können vom Besteller mit schuldbeitfreiender Wirkung nur auf das Konto überwiesen werden, das in der Freistellungsverpflichtungserklärung der Grundpfandgläubigerin (s.o. Abs. 2 Nr. 4) genannt ist.
- 402 (6) Der Bauträger erklärt sich damit einverstanden, daß der Besteller von denen von ihm zu zahlenden Abschlägen für den Bauträger jeweils 5 % so lange auf Notaranderkonto (s.u. II. § 9 Abs. 1) einzahlt, bis insgesamt 10 % des vereinbarten Pauschalpreises (s.o. Abs. 1) auf diesem Notaranderkonto eingezahlt worden sind.⁴⁷⁸⁾
- 403 (7) Soweit der Bauträger berechtigt ist, vom Besteller zum Zeitpunkt der Bezugsfertigkeit eine Abschlagszahlung zu fordern, darf diese im Hinblick auf § 3 Abs. 2 Nr. 2 MaBV 8,4 % der vereinbarten Vertragssumme nicht überschreiten darf. Voraussetzung für die Geltendmachung eines Abschlages in der gemäß obigem Abs. 3 Nr. 6 vereinbarten Höhe ist:
- 404 a) Die vom Bauträger bis zum Zeitpunkt der Bezugsfertigkeit zu erbringende Leistung entspricht gemäß dem Wertgutachten des öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen, das dem Besteller vor Abschluss des Vertrages in Abschrift ausgehändigt wurde, wertmäßig einem Betrag von €
- 405 b) Der Bauträger hat dem Besteller durch eine Bautenstandsbestätigung des Architekten ... oder des verantwortlichen Bauleiters nachgewiesen, dass seine bis zur Bezugsfertigkeit erbrachten Leistungen vertragsgemäß sind und den Wert gemäß lit. a) nicht überschreitet.
- 406 (8) Bezugsfertigkeit ist gegeben, wenn das geschuldete Wohnhaus/die geschuldete Eigentumswohnung zum Wohnen genutzt werden kann und alle dafür erforderlichen Gewerke erbracht worden sind.
- 407 (9) Vertragsgemäß ist die erbrachte Leistung, wenn sie der vertraglichen Vereinbarung entspricht und keine wesentlichen Mängel aufweist.
- 408 (10) Der Notar hat die Beteiligten über folgendes belehrt:
- 409 a) Ob der Bauträger berechtigt ist und der Besteller verpflichtet ist, den vereinbarten Abschlag zum Zeitpunkt der Bezugsfertigkeit in der Höhe des Abs. 3 Nr. 6 zu fordern/zahlen, hängt davon ab, ob Bezugsfertigkeit des Vertragsgegenstandes im Sinne des Abs. 8 und Vertragsgemäßheit der vom Bauträger geschuldeten Leistung im Sinne des Abs. 9 gegeben ist.
- 410 b) Daneben ist der Bauträger gemäß § 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 MaBV nur dann berechtigt, zum Zeitpunkt der Bezugsfertigkeit Geld in Höhe von 8,4 % der Vertragssumme (s.o. Abs. 1 Satz 1) entgegenzunehmen, wenn zu diesem Zeitpunkt die Voraussetzungen gemäß Sinne des Abs. 7 und 8 gegeben sind.

§ 9

Sicherheiten

- 411 (1) Die Beteiligten sind sich darin einig, daß für den Leistungsstörungs- und Insolvenzfall die Herstellung des Bauvorhabens durch Dritte möglich sein soll. Der Besteller soll bezüglich dann eventuell anfallender Mehrkosten mit nachfolgender Regelung in pauschalierter Form in der Weise abgesichert werden, daß bis zur Abnahme von Wohnung und Gesamtbauvorhaben eine finanzielle Sicherheit für den Besteller in Höhe von 10 % des vereinbarten Pau-

478) S.o. Rdn. 141

schalfestpreises (s.o. II. § 8 Abs. 1) aufgebaut werden soll. Die Vertragsparteien gehen davon aus, damit in rechtswirksamer Weise eine Kompensation für § 632a Satz 3 BGB vereinbart zu haben. Der Notar belehrte die Beteiligten über die Hintergründe dieser Regelung.

- 412 (2) Der Notar richtet für die Beteiligten ein diesen noch mitzuteilendes Notaranderkonto ein. Wirtschaftlicher Inhaber des Notaranderkontos ist der Besteller.
- 413 (3) Auf dieses Konto zahlt der Besteller die Beträge ein wie sie zuvor in II. § 8 Abs. 6 vereinbart worden sind. Der Notar teilt nach jeder Einzahlung beiden beteiligten mit, wieviel insgesamt eingezahlt wurde und wieviel insgesamt noch einzuzahlen ist. Der Notar teilt ferner beiden Beteiligten mit, wenn insgesamt 10 % des vereinbarten Pauschal festpreises eingezahlt worden sind.
- 414 (4) Ist vor Abnahme über das Vermögen des Bauträgers das Insolvenzverfahren eröffnet worden oder weist der Besteller dem Notar im Einvernehmen mit dem Bauträger oder durch ein (nicht notwendigerweise rechtskräftiges) Urteil nach, bei fortbestehender Verschaffungspflicht des Bauträgers betreffend das Eigentum als Besteller selbst berechtigt zu sein, sich um die Restfertigstellung kümmern zu müssen (z.B. Selbstvornahme, Teilkündigung aus wichtigem Grund), so ist der auf Notaranderkonto hinterlegte Betrag vom Notar an den Besteller auszuzahlen. Diese Auszahlung soll im Verhältnis zwischen Bauträger und Besteller als Vorschuss gelten, der nur für die Restfertigstellung bzw. Mängelbeseitigung und damit verbundene Mehrkosten verwandt werden darf. Der Besteller ist verpflichtet, diesen Vorschuss gegenüber dem Bauträger abzurechnen.
- 415 (5) Ist kein Fall gemäß Abs. 4 gegeben, so wird hiermit der Notar von beiden Beteiligten angewiesen, den auf Notaranderkonto hinterlegten Betrag auf das in der Freistellungsverpflichtungserklärung angegebene Konto zu überweisen, sobald dem Notar von einem der Beteiligten nachgewiesen worden ist, daß die Wohnung und das Gesamtbauvorhaben abgenommen worden ist und für beides die Abnahmeprotokolle jeweils beiderseits unterschrieben worden sind.

§ 10

Finanzierung

- 416 (1) Der Besteller beabsichtigt, den Pauschal festpreis bei einem Kreditinstitut seiner Wahl zu finanzieren. Die Fälligkeit von (Abschlags-) Zahlungen ist unabhängig davon, ob, wann und wie Fremdmittel zur Auszahlung gelangen bzw. zur Verfügung stehen. Es obliegt dem Besteller, selbst dafür zu sorgen, daß ihm die von ihm aufgenommenen Fremdmittel termingerecht zur Verfügung stehen. Der Besteller erklärt und der Bauträger bestätigt, daß er – der Besteller – sich bei der Vorbereitung und dem Abschluss von Kreditverträgen nicht der Mitwirkung des Bauträgers bedient hat und auch nicht bedienen wird.
- 417 (2) Der Bauträger verpflichtet sich, bei der Bestellung von Grundpfandrechten in dem für den Besteller vorgesehenen Wohnungseigentumsgrundbuch bis zur Höhe des vereinbarten Pauschal festpreises nebst banküblichen Zinsen und Nebenleistungen bereits vor Eigentumsumschreibung mitzuwirken und deren Eintragung samt dinglicher Zwangsvollstreckungsunterwerfung zu bewilligen. Eine persönliche Haftung oder Kosten übernimmt der Bauträger in diesem Zusammenhang nicht.

- 418 (3) Der Besteller tritt alle Rechte und Ansprüche gegen Finanzierungsgläubiger auf Auszahlung von Darlehen, die der Besteller zur Finanzierung des Pauschalpreises aufgenommen hat (s.o. Abs. 1), an den Bauträger mit der Maßgabe ab, daß Zahlungen nur auf das in der Freistellungsverpflichtungserklärung genannte Konto erfolgen sollen. Der Bauträger nimmt diese Abtretung hiermit an. Der Bauträger erklärt, daß er die hiermit an ihn abgetretenen Auszahlungsansprüche an das in der Freistellungsverpflichtungserklärung genannte Kreditinstitut mit der Maßgabe sicherheitshalber abgetreten hat, daß diese Zahlung nur auf das in der Freistellungsverpflichtungserklärung genannte Konto verlangen kann.
- 419 (4) Der Bauträger erteilt dem Besteller unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB zur Vorwegbeleihung hiermit Vollmacht, die zur Sicherheit des Bauträgers nur bei dem beurkundenden Notar oder seinem amtlich bestellten Vertreter ausgeübt werden kann.

III.

Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV)

§ 11

Belehrungen⁴⁷⁹⁾

- 420 (1) Der Notar händigte den Erschienen in Abschrift die derzeit aktuelle Makler- und Bauträgerverordnung aus. Er belehrte darüber, daß in § 3 Abs. 1 und 2 MaBV keine die Vertragsparteien betreffende zivilrechtliche Fälligkeitsregelungen enthalten sind, sondern den Bauträger betreffende öffentlichrechtliche Entgegennahmeverbotsregelungen.
- 421 (2) Der Bauträger darf keine Gelder des Bestellers entgegennehmen, so lange nicht kumulativ die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 – 4 MaBV gegeben sind.
- 422 1. Der Notar wird von den Beteiligten beauftragt, die Bestätigung gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 MaBV dem Bauträger mit einfachem Brief mitzuteilen. Der Besteller erhält eine Abschrift.
- 423 2. Der Notar wird im Hinblick auf § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MaBV beiden Beteiligten durch Übersendung einer Abschrift des Wohnungseigentumsgrundbuchblattes mitteilen, sobald nach Wahrung der Teilungserklärung (**Anlage 2**) im Grundbuch die Auflassungsvormerkung für den Besteller in dem für ihn vorgesehenen Wohneigentumsgrundbuch eingetragen ist.
- 424 3. Der Bauträger ist verpflichtet, eine Freistellungsverpflichtungserklärung (§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 MaBV) der Grundpfandgläubigerin dem Besteller auszuhändigen (§ 3 Abs. 1 Satz 4), die als notwendigen Inhalt das haben muß, was in § 3 Abs. 1 Satz 2 – 3 MaBV beschrieben ist.⁴⁸⁰⁾
- 425 4. Der Bauträger erklärt im Hinblick auf § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 MaBV, daß für die Errichtung des Bauvorhabens gemäß **Anlage 1** eine bestandskräftige Baugenehmigung vorliegt.

479) Man muß unterscheiden zwischen zivilrechtlichen Vereinbarungen, die beide Vertragsparteien ansprechen und öffentlichrechtlichen Vorgaben der MaBV, die als Adressaten nur den Bauträger haben. Die zivilrechtliche – beide Vertragsparteien ansprechende – Vereinbarung von Abschlagszahlungen im Hinblick auf §§ 632a Satz 1 BGB, 1 Satz 1 AbschlVO ist unter II. § 8 Abs. 3 geregelt. Die öffentlichrechtliche – nur den Bauträger ansprechende – Entgegennahmeverbotsregelung des § 3 Abs. 1 und 2 MaBV wird hier im Wege der Belehrung angesprochen.

480) § 3 Abs. 1 Satz 5 HS 2 MaBV

- 426 (3) Im Hinblick auf die zivilrechtliche Vereinbarung von Abschlagszahlungen (II. § 8 Abs. 3) darf der Bauträger keine Geldbeträge entgegennehmen, die über die in § 3 Abs. 2 MaBV geregelten Prozentsätze hinausgehen. Der Notar belehrte darüber, daß es sich bei denen in § 3 Abs. 2 MaBV genannten Prozentsätzen um vom Bauträger zu beachtende Höchstprozentsätze handelt.

§ 12

§ 7 MaBV

- 427 Der Notar belehrte über § 7 MaBV. Die Beteiligten sind sich einig, daß von den Möglichkeiten des § 7 MaBV kein Gebrauch gemacht werden soll.

IV.

Vollzug, Belehrungen und Sonstiges

§ 13

Abwicklung, Vollmachten

- 428 (1) Die Beteiligten beauftragen und bevollmächtigen den Notar, einzuholen/entgegenzunehmen:
- 429 1. Genehmigungen mit Wirkung für und gegen sämtliche Vertragsbeteiligten;
- 430 2. Vollzugsmitteilungen des Grundbuchamtes;
- 431 3. die für die Lastenfreistellung erforderlichen Erklärungen wie Löschungen, Pfandfreigaben und Rangrücktritte
- 432 (2) Bauträger und Besteller bevollmächtigen
1. Frau
2. Frau
- sämtlich angestellt bei dem amtierenden Notar, jede jeweils einzeln, Eintragungen und Löschungen aller Art in den jeweiligen Grundbüchern zu bewilligen und zu beantragen und solche Erklärungen gegenüber dem Grundbuchamt abzugeben, die vom Grundbuchamt zur Durchführung dieses Vertrages im einzelnen verlangt werden.
- 433 Die Bevollmächtigten werden auch bevollmächtigt, die Vertragsteile zu vertreten, wenn der Vertragsgegenstand nicht richtig bezeichnet worden ist und die zum Vollzug der berechtigten Urkunde erforderlichen Erklärungen abzugeben und Anträge zu stellen.
- 434 Hinsichtlich der erteilten Vollmachten sind die vorgenannten Bevollmächtigten von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit und ausdrücklich befugt, Untervollmacht zu erteilen. Die Vollmachten sind mit Wirkung des heutigen Tages erteilt und erlöschen mit Eigentumschreibung.

- 435 (3) Der Bauträger erklärt sich mit der Belastung des Vertragsgegenstandes durch den Besteller vor Eigentumsumschreibung bis zur Höhe des vereinbarten Pauschalpreises einverstanden und ermächtigt sowie bevollmächtigt zu diesem Zweck den Besteller, den Vertragsgegenstand mit Grundpfandrechten bis zu dieser Höhe zu belasten, zuzüglich 15% Jahreszinsen und 5% Nebenleistungen, sowie damit zusammenhängende Eintragungen, Rangänderungen und Löschungen aller Art in den jeweiligen Grundbüchern zu bewilligen und zu beantragen und den jeweiligen Eigentümer gemäß § 800 ZPO der sofortigen Zwangsvollstreckung in den zu belastenden Vertragsgegenstand zu unterwerfen.
- 436 (4) Der Notar ist berechtigt, Anträge aus dieser Urkunde getrennt und eingeschränkt zu stellen und sie in gleicher Weise zurückzunehmen. Die Beteiligten bevollmächtigen den Notar, Bewilligungen und Anträge gegenüber dem Grundbuchamt zu ändern und zu ergänzen und alles zu tun, was verfahrensrechtlich zur Durchführung des Vertrages erforderlich sein sollte und sie im Grundbuchverfahren uneingeschränkt zu vertreten.
- 437 (5) Der Besteller bevollmächtigt den Bauträger, Dienstbarkeiten wie Geh- und Fahrrechte sowie Rechte zur Ver- und Entsorgung zu Gunsten öffentlicher und privater Versorgungsträger sowie von Nachbargrundstücken zu bestellen und zu übernehmen und diesen Rang vor der Vormerkung und vor Rechten in Abt. III des Grundbuches zu verschaffen. Von dieser Vollmacht kann nur vor dem beurkundenden Notar oder seinem amtlich bestellten Vertreter Gebrauch gemacht werden. Sie erlischt mit Eigentumsumschreibung.

§ 14

Belehrungen

- 438 (1) Der Notar hat die Vertragsbeteiligten über folgendes belehrt:
- 439 1. Zur Eigentumsumschreibung muß die Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes vorliegen. Für die Grunderwerbsteuer sowie für rückständige Grundsteuer haften Käufer und Verkäufer kraft Gesetzes als Gesamtschuldner.
- 440 2. Der Notar beurkundet lediglich die Vereinbarungen der Vertragsteile, hat jedoch über steuerliche Aspekte dieses Vertrages keinerlei Beratung oder Belehrung gegeben.
- Er hat die Vertragsparteien vor Beurkundung darauf hingewiesen, sich eigenständig steuerlich beraten zu lassen, so daß die Beurkundung dieses Vertrages eingegrenzt, nämlich ohne steuerliche Belehrung, erfolgt.
- 441 3. Den Vertragsteilen steht bei Nichtanerkennung erwarteter steuerliche Vorteile ein Recht auf Anfechtung dieses Vertrages, auf Rücktritt vom Vertrag oder auf Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht zu.
- 442 4. Alle nicht beurkundeten Nebenabreden sind ungültig und können die Wirksamkeit des ganzen Vertrages in Frage stellen.
- 443 5. Die Käufer werden nicht schon mit Beurkundung dieses Vertrages sondern erst mit der Eigentumsumschreibung im jeweiligen Wohnungseigentumsgrundbuch Eigentümer.

- 444 6. Vor Umschreibung können Besteller den Vertragsgegenstand nur mit Zustimmung des Bauträgers belasten; insbesondere mit Grundpfandrechten zur Sicherung eines ihnen gewährten Darlehens.
- 445 7. Diese Urkunde enthält alle Vereinbarungen der Vertragsteile, insbesondere ist vereinbarte Vergütung richtig und vollständig angegeben, da der Vertrag andernfalls nichtig sein kann.
- 450 (2) Der Notar hat über die Haftung für öffentliche Lasten belehrt.

§ 15

Streitbeilegung

- 451 (1) Kommt es während der Vertragsabwicklung zu Auffassungsunterschieden der Parteien rechtlicher Art, sind sie verpflichtet, vor Einleitung gerichtlicher Maßnahmen mit Hilfe des Notars⁴⁸¹⁾ eine außergerichtliche Streitbeilegung zu versuchen.⁴⁸²⁾ Dies kann bereits baubegleitend durch Einholung einer unparteiischen Rechtsberatung des Notars erfolgen, dies kann aber auch durch ein von einer Partei bei diesem Notar eingeleitetes notarielles Streitbeilegungsverfahren erfolgen.⁴⁸³⁾
- 452 Der Notar wird im letzteren Fall im hiermit erklärten beiderseitigen Einverständnis der Parteien einem solchen Verfahren die aus **Anlage 4**⁴⁸⁴⁾ ersichtliche notarielle Güteordnung zu Grunde legen, die der beurkundende Notar den Erschienenen vorgelesen und erläutert hat.⁴⁸⁵⁾ Auf die als Vertragsbestandteil dieser Urkunde als **Anlage** beigefügte Güteordnung wird Bezug genommen. Eine Anrufung der Gerichtsbarkeit ist erst dann zulässig, wenn auf Antrag einer Partei Notar die Erfolglosigkeit der außergerichtlichen Streitbeilegung schriftlich bescheinigt hat.
- 453 (2) Auffassungsunterschieden der Parteien technischer Art werden durch den Sachverständigen als Schiedsgutachter für beide Parteien verbindlich entschieden.⁴⁸⁶⁾ Der Sachverständige ist berechtigt, andere Sachverständige in solchen Fragen mit hinzuzuziehen, die er aus eigener Kompetenz nicht klären kann.
- 454 (3) Für den Fall gerichtlicher Auseinandersetzungen vereinbaren die Parteien unter Ausschluß des ordentlichen Rechtsweges die Durchführung eines notariellen schiedsgerichtlichen Verfahrens.⁴⁸⁷⁾

481) Zum beurkundenden Notar und einer baubegleitenden außergerichtlichen Streitbeilegung *Wagner* in: von Heymann/Wagner/Rösler, MaBV für Notare und Kreditinstitute, 2000, Rdn. 283 und zum (beurkundenden Notar) als staatlich anerkannter Gütestelle (aaO) Rdn. 284 ff.

482) Analog BGH 28.10.1999 – VII ZR 393/98, NJW 2000, 807, 808

483) *Wagner* in: von Heymann/Wagner/Rösler, MaBV für Notare und Kreditinstitute, 2000, Rdn. 265 ff., 267 (Beratung), 273 ff. (förmliches Streitbeilegungsverfahren)

484) *Wagner* in: von Heymann/Wagner/Rösler, MaBV für Notare und Kreditinstitute, 2000, Anlage VII

485) *Wagner* in: von Heymann/Wagner/Rösler, MaBV für Notare und Kreditinstitute, 2000, Rdn. 277 und

486) *Wagner* in: von Heymann/Wagner/Rösler, MaBV für Notare und Kreditinstitute, 2000, Rdn. 266

487) Zum Notar als Einzelschiedsrichter *Wagner* ZNotP 1999, 22; *ders.* ZNotP 2000, 18, 20 f.; zum institutionellen Schiedsgericht „Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof deutscher Notare (SGH)“, der auf Veranlassung des Deutschen Notarvereins konstituiert wurde *Wolfsteiner* notar vier'99, Seite 115 ff.

Keine Bindung der Notars an seinen Amtsbereich, soweit er im Bereich der außergerichtliche Streitbeilegung bzw. als Schiedsrichter tätig ist: *Wagner* in: von Heymann/Wagner/Rösler, MaBV für Notare und Kreditinstitute, 2000, Rdn. 299

- 455 Auf die als Vertragsbestandteil dieser Urkunde als **Anlage 5** beigefügte Schiedsvereinbarung,⁴⁸⁸⁾ die den Erschienenen vom beurkundenden Notar vorgelesen und erläutert wurde, wird Bezug genommen. Schiedsrichter soll Notar⁴⁸⁹⁾ und wenn dieser verhindert ist, ein auf Antrag einer Partei von der Notarkammer in Bau- und Immobilienangelegenheiten erfahrener, von dem Präsidenten der Notarkammer zu benennender, Notar sein.
- 456 (4) Die außergerichtliche Streitbeilegung, Schiedsgutachterfeststellung und ein eventuelles Schiedsverfahren kann bereits während der Vertrags-/Bauabwicklung eingeleitet bzw. durchgeführt werden.⁴⁹⁰⁾

§ 16

Schriftformklausel

- 457 Alle diesen Vertrag betreffenden Vereinbarungen zwischen den Vertragsparteien bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform, soweit nicht kraft Gesetzes notarielle Beurkundung vorgeschrieben ist. Dies gilt auch für einen etwaigen Verzicht auf das Erfordernis der Schriftform.

§ 17

Schlußbestimmungen

- 458 Falls einzelne Bestimmungen dieses Vertrages unwirksam sein sollten oder dieser Vertrag Lücken enthält, wird dadurch die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen nicht berührt. An die Stelle der unwirksamen Bestimmung gilt diejenige wirksame Bestimmung als vereinbart, welche dem Sinn und Zweck der unwirksamen Bestimmung entspricht. Im Falle von Lücken gilt diejenige Bestimmung als vereinbart, die dem entspricht, was nach Sinn und Zweck dieses Vertrages vereinbart worden wäre, hätte man die Angelegenheit von vornherein bedacht.

§ 18

Kosten und Abschriften

- 459 (1) Die mit dieser Urkunde und ihrer Durchführung, der Ausfertigungen und Abschriften verbundenen Kosten- und Gerichtskosten sowie mit behördlichen Genehmigungen anfallende Kosten trägt der Besteller.
- 460 (2) Die anfallende Grunderwerbsteuer ist vom Besteller zu tragen.

488) Dies kann die von der Bundesnotarkammer (BNotK) erarbeitete Schiedsvereinbarung (DNotZ 2000, 401- dazu *Wagner* DNotZ 2000, 421) oder aber das „Statut des „Schlichtungs- und Schiedsgerichtshofes deutscher Notare“ nebst Kostenordnung (notar vier’99, Seite 124 ff. und 129 ff.) sein.

489) Zur Frage der (Un-) Vereinbarkeit der Tätigkeiten als beurkundender, schlichtender Notar und einer anschließenden schiedsrichterlichen Tätigkeit *Wagner* in: von Heymann/Wagner/Rösler, MaBV für Notare und Kreditinstitute, 2000, Rdn. 289

490) *Wagner* in: von Heymann/Wagner/Rösler, MaBV für Notare und Kreditinstitute, 2000, Rdn. 280

461 (3) Von dieser Urkunde sollen erteilt werden:

1. Eine Ausfertigung an:
 - a) Erste Ausfertigung an das Amtsgericht - Grundbuchamt -
 - b) zweite Ausfertigung an den Bauträger,
 - c) dritte Ausfertigung an den Besteller,
(jeweils im Auszug ohne Auflassung und Löschung der Vormerkung).
2. Eine beglaubigte Fotokopie an:
 - a) Das Finanzamt - Grunderwerbsteuerstelle – 2 x,
 - b) den Gutachterausschuß für,
 - d) der Bauträger 2x,
 - e) der Besteller 2x,
 - f) den amtierenden Notar - schreibauslagenfrei –,
(jeweils im Auszug ohne Auflassung und Löschung der Vormerkung).
3. Nach Zahlung des Pauschal festpreises eine vollständige Ausfertigung an:
 - vierte Ausfertigung an das Amtsgericht - Grundbuchamt –
 - fünfte Ausfertigung an den Bauträger,
 - sechste Ausfertigung an den Besteller,
eine beglaubigte Fotokopie an den amtierenden Notar (schreibauslagenfrei).

462 Diesem Protokoll sind folgende Anlagen beigefügt und zum Bestandteil der Urkunde gemacht worden:

- Anlage 1** Baubeschreibung nebst Plänen, notariell beurkundet gemäß §§ 8 ff. BeurkG⁴⁹¹⁾
(UR.-Nr. .../... des Notar ...)
- Anlage 2** Teilungserklärung nebst Aufteilungsplänen und Gemeinschaftsordnung; notariell
beurkundet gemäß §§ 8 ff. BeurkG⁴⁹²⁾ (UR.-Nr. .../... des Notar ...)
- Anlage 3** Gesellschaftsvertrag
- Anlage 4** Notarielle Güteordnung
- Anlage 5** Notarielle Schiedsvereinbarung

463 Vorstehendes Protokoll nebst Anlagen (ausgenommen **Anlagen 1 und 2**) ist/sind den Erschienenen vom Notar vorgelesen, von ihnen genehmigt und eigenhändig von ihnen und dem Notar vor dem Notar wie folgt unterschrieben worden:

491) Weil bei einer Beurkundung gemäß §§ 36 ff. BeurkG gemäß § 13a Abs. 1 Satz 1 BeurkG von § 13a BeurkG nicht Gebrauch gemacht werden könnte.

492) Weil bei einer Beurkundung gemäß §§ 36 ff. BeurkG gemäß § 13a Abs. 1 Satz 1 BeurkG von § 13a BeurkG nicht Gebrauch gemacht werden könnte.