

## Der Bauträgervertrag und die Verbraucherschutzrichtlinie\*

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

I.	Einleitung	2
II.	Verhältnis von Gemeinschaftsrecht zum nationalen Recht	3
	1. Primäres Gemeinschaftsrecht	7
	2. Sekundäres Gemeinschaftsrecht	7
	3. Die Verbraucherschutzrichtlinie 93/13/EWG (VerbrRL)	9
	a) Erwägungsgründe	10
	b) Richtlinientext	11
	c) Anhang	11
III.	Beispiele aus dem Bauträgervertrag im Abgleich mit der VerbrRL	12
	1. Erwägungsgrund (16), Art. 3 Abs. 1 und 3, Anhang Nr. 1. o) VerbrRL und Abschlagszahlungsvereinbarung	12
	2. Erwägungsgrund (16), Art. 3 Abs. 1 und 3, Anhang Nr. 1. b), o) und q) VerbrRL und vorhandene oder fehlende Sicherheitenregelung	14
	a) Sicherheitenregelung im Bauträgervertrag (§ 7 MaBV)	14
	b) Ohne Sicherheitenregelung im Bauträgervertrag	15
	3. Erwägungsgrund (20) Satz 2, Art. 5, Anhang Nr. 1. i) VerbrRL und § 13a BeurkG	16
	4. Art. 3 Abs. 3, Anhang Nr. 1 q) VerbrRL und (persönliche und dingliche) notarielle Zwangsvollstreckungsunterwerfungen in Grundschuldbestellungsurkunden	17
	a) Transformation der VerbrRL und § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO	17
	b) Notarielle Zwangsvollstreckungsunterwerfung in Bauträgerverträgen und Grundschuldbestellungsurkunden	18
	c) Zwischenergebnis	19
IV.	Fazit	21

\* Vortrag, gehalten am 06.02.2004 anlässlich der Eröffnungsveranstaltung des Institutes für Notarrecht der Humboldt Universität zu Berlin. Veröffentlicht in ZfBR 2004, Heft 4.

## I. Einleitung

Die Diskussion um den Bauträgervertrag der vergangenen 3 Jahre war u.a. davon bestimmt, daß einerseits auf die Notwendigkeit hingewiesen wurde, die Abschlagsverordnung und vertraglichen Regelungen an der Verbraucherschutzrichtlinie<sup>1)</sup> (im folgenden VerbrRL) abzugleichen und Korrekturbedarf anzumelden,<sup>2)</sup> während andererseits darauf hingewiesen wurde, der Bauträgervertrag habe sich in der Vergangenheit bewährt, er entspreche den Vorgaben dieser Richtlinie.<sup>3)</sup> Dies erweckte den Eindruck, als ob es sich hier um einen Meinungsstreit handle, den man so lange unbeachtet lassen könne, bis er höchstrichterlich bzw. durch den EuGH entschieden worden sei. Es soll nachfolgend aufgezeigt werden, daß es hier um Grundsätzlicheres geht. Dazu gehört auch, der Frage nachzugehen, wer welche Vorteile und wer welche Nachteile hat, wenn man die VerbrRL aus dem eigenen Blickfeld verdrängt. Immerhin werden als Zielgruppen Bauträger, Besteller, Banken, Berater und Notare angesprochen. Auch für die notarielle Dienstaufsicht dürfte es von Interesse sein, wenn die VerbrRL unbeachtet gelassen wird. Und es wird deutlich werden, daß womöglich aus Gründen der VerbrRL die herkömmliche Konzeption des Bauträgervertrages rechtlich zu überdenken sein wird. Schon jetzt ist sie zu unsicher, intransparent und für Kreditinstitute immer mehr ein Anlaß, in dieser Vertragsform ein operationelles Risiko zu sehen.

Bedenkt man ferner, daß es nicht ausgeschlossen ist, daß künftig auch Niederlassungen von EU-Auslandsgesellschaften in Deutschland Bauträgerverträge abschließen werden,<sup>4)</sup> so gilt es ferner folgendes zu bedenken: In Deutschland wird derzeit diskutiert, ob im Anschluss an die Überseering-<sup>5)</sup> und Inspire Art-Rechtsprechung<sup>6)</sup> das Gesellschaftsrecht solcher Zweigniederlassungen sich nach dem Recht des Gründungs- bzw. Herkunftsstaates oder dem des Aufnahme Staates richtet.<sup>7)</sup> Von dem Ausgang dieser Diskussion hängt ab, ob der mit dem deutschen Kapitalersatzrecht samt Existenzvernichtungshaftung verbundene Gläubigerschutz auch für solche Zweigniederlassungen Geltung hat oder nicht.<sup>8)</sup>

---

1) 93/13/EWG vom 05.04.1993

2) *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 könne 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 könne, liege für solche Fälle ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 Anhang Nr. 1. o) VerbrRL vor;
- § 1 Satz 3 AbschlVO verstoße gegen Erwägungsgrund (4), (13) Satz 1, (16) Satz 4, (21) Satz 2 sowie Art. 3 Abs. 1, 6, 7 Abs. 1 VerbrRL

3) *Ullmann NJW* 2002, 1073

4) *Hirte EWS* 2003, 521, 522

5) EuGH 05.11.2002 - Rs. C-208/00 (Überseering), *NJW* 2002, 3614; BGH 13.03.2003 - VII ZR 370/98, *NJW* 2003, 1461

6) In EuGH 30.09.2003 – Rs. C-167/01 (Inspire Art), *GmbHHR* 2003, 1260 Rdn. 135

7) Für Herkunftsstaat: *Meilicke GmbHHR* 2003, 1271, 1272; *Wachter GmbHHR* 2004, 88, 89, 91, 93; *Ziemons ZIP* 2003, 1913, 1917. Für Aufnahme Staat: *Altmeyen NJW* 2004, 97, 98 ff.; andeutungsweise auch *Binge/Thölke DNotZ* 2004, 21, 26

8) In EuGH 30.09.2003 – Rs. C-167/01 (Inspire Art), *GmbHHR* 2003, 1260 Rdn. 135 hat der EuGH die Frage, ob Mindestkapital einen geeigneten Gläubigerschutz darstellt, ausdrücklich offengelassen. Nach *Wachter GmbHHR* 2004, 88, 97 kann der Gläubigerschutz von Mindestkapital allenfalls den Schutz des Rechtsverkehrs vor unseriösen Gründungen betreffen.

Möchte man den ungewissen Ausgang dieser Diskussion nicht abwarten, so ist es angeraten, Sicherheit für Besteller eines Bauträgervertrages auch mit solchen Bauträgern über das *Vertragsrecht* des Bauträgervertrages herzustellen. Je ungewisser es mithin für den Verbraucher ist, ob die Durchsetzung eigener Ansprüche aus in der Person des Vertragspartners liegenden Gründen überschaubar zu bewältigen ist, um so wichtiger wird es sein, im Bauträgervertrag selbst Sicherheit für den Verbraucher-Besteller herzustellen.

## II. Verhältnis von Gemeinschaftsrecht zum nationalen Recht

Der *Vorrang* des europäischen Gemeinschaftsrechts vor nationalem Recht – nicht die Nichtigkeit nationalen Rechts<sup>9)</sup> - verpflichtet die Mitgliedstaaten und ihre Organe zu zweierlei: Einerseits das mit dem Gemeinschaftsrecht nicht vereinbare nationale Recht nicht anzuwenden<sup>10)</sup> und andererseits dem Gemeinschaftsrecht im nationalen Recht zum Durchbruch zu verhelfen.<sup>11)</sup> Der Vorrang kann sich wie folgt stellen: Einerseits im Falle der unmittelbaren Anwendung des Gemeinschaftsrechts im nationalen Rechtskreis (Anwendungsvorrang i.e.S.)<sup>12)</sup> und andererseits im Falle der richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts (Anwendungsvorrang i.w.S.).<sup>13)</sup>

Bei der Umsetzung von Gemeinschaftsrecht muß man unterscheiden zwischen der Amtspflicht nationaler Gerichte, Gemeinschaftsrecht anzuwenden und der getrennt davon zu sehenden Frage, ob bzw. wann dem EuGH vorzulegen ist.<sup>14)</sup> Nationale Gerichte – auch Instanzgerichte<sup>15)</sup> – sind *von Amts wegen* verpflichtet, europäischem Recht zur Geltung zu verhelfen.<sup>16)</sup> Für die Verbraucherschutzrichtlinie (93/13/EWG) hat der EuGH dies in seiner *Oceano Grupo*-Entscheidung wie folgt formuliert:<sup>17)</sup>

„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.“

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*“<sup>18)</sup> anzusehen, um einen wirksamen Verbraucherschutz zu gewährleisten.<sup>19)</sup>

---

9) *Jarass/Beljin* NVwZ 2004, 1, 4: Durch den Anwendungsvorrang bleibt das nationale Recht wirksam und gilt für die Fälle weiter, die nicht im Konflikt mit dem Gemeinschaftsrecht stehen.

10) *Jarass/Beljin* NVwZ 2004, 1, 4 f.

11) *Jarass/Beljin* NVwZ 2004, 1

12) Nach *Jarass/Beljin* NVwZ 2004, 1, 3 f. ist dafür Voraussetzung: Die Rechtswirksamkeit von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht, zugleich aber ein Widerspruch zwischen beidem oder eine Anwendungskollision.

13) *Jarass/Beljin* NVwZ 2004, 1, 2 f.

14) Zur Vorlagebefugnis unterinstanzlicher Gerichte *Pache/Knauff* NVwZ 2004, 16 m.w.N..

15) Nach *Tramon/Tüllmann* NVwZ 2004, 43, 45 wurden z.B. in 1998 3/4 aller Vorlagefragen an den EuGH von unterinstanzlichen Gerichten gestellt.

16) *Jarass/Beljin* NVwZ 2004, 1, 9

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

18) Kursivsetzung durch den Autor

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

Gemeinschaftsrecht geht dem nationalem Recht vor.<sup>20)</sup> Denn die Bundesrepublik Deutschland ist als Mitgliedsstaat verpflichtet, mit *allen Trägern öffentlicher Gewalt* dafür zu sorgen, dass die mit einer Richtlinie verfolgten Ziele in den Mitgliedsstaaten erreicht werden.<sup>21)</sup> 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.<sup>22)</sup>

„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 Mitgliedsstaaten 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).“<sup>23)</sup>

In der Rechtsprechung des EuGH<sup>24)</sup> 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.<sup>25)</sup> 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 höchste<sup>26)</sup> bzw. ein Instanz-Gericht<sup>27)</sup> 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:

- 
- 20) 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; *Jarass/Beljin NVwZ* 2004, 1, 2
  - 21) 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
  - 22) 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
  - 23) EuGH 11.09.2003 – Rs. C-201/01 (Walcher), EWS 2003, 480 Rdn. 37
  - 24) 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
  - 25) 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
  - 26) EuGH Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), dazu Schlussanträge des Generalanwaltes *Leger* vom 08.04.2003, Nr. 15, bejahend in Nr. 25, 40.
  - 27) 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

So hat der EuGH<sup>28)</sup> entschieden, daß 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.<sup>29)</sup> Zur *Vorlagepflicht* eines deutschen letztinstanzlichen Gerichts hat zudem bereits das BVerfG in seiner Entscheidung vom 09.01.2001<sup>30)</sup> u.a. folgendes ausgeführt:

Der nationale Gesetzgeber sei bei der Umsetzung von Gemeinschaftsrecht zwar an die Vorgaben des GG gebunden.

„Soweit im Übrigen die Normsetzung zwingend dem Gemeinschaftsrecht folgt, ist sie ebenso wie das sekundäre Gemeinschaftsrecht selbst nicht am Maßstab der deutschen Grundrechte durch das Bundesverfassungsgericht zu prüfen, sondern unterliegt dem auf Gemeinschaftsrechtsebene gewährleisteten Grundrechtsschutz.“

Ferner sei der EuGH gesetzlicher Richter i.S.d. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, so daß es

„einen Entzug des gesetzlichen Richters darstellt, wenn ein nationales Gericht seiner Pflicht zur Anrufung des Europäischen Gerichtshofs im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens nicht nachkommt (vgl. BVerfGE 73, 339 <366 ff.>; 82, 159 <194 ff.>; s. auch BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 21. August 1996 - 1 BvR 866/96 -, NVwZ 1997, S. 481; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 5. August 1998 - 1 BvR 264/98 -, DB 1998, S. 1919). Danach wird die Vorlagepflicht insbesondere in solchen Fällen unhaltbar gehandhabt, in denen ein letztinstanzliches Gericht seine Vorlageverpflichtung grundsätzlich verkennt. Gleiches gilt, wenn zu einer entscheidungserheblichen Frage des Gemeinschaftsrechts einschlägige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs noch nicht vorliegt oder wenn eine vorliegende Rechtsprechung die entscheidungserhebliche Frage möglicherweise noch nicht erschöpfend beantwortet hat. Erscheint eine Fortentwicklung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nicht nur als entfernte Möglichkeit, so wird Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts dann verletzt, wenn das letztinstanzliche Gericht den ihm in solchen Fällen notwendig zukommenden Beurteilungsrahmen in unvertretbarer Weise überschritten hat. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn mögliche Gegenauffassungen zu der entscheidungserheblichen Frage des Gemeinschaftsrechts gegenüber der vom Gericht vertretenen Meinung eindeutig vorzuziehen sind. .... Ein Gericht, das sich hinsichtlich des europäischen Rechts nicht ausreichend kundig macht, verkennt regelmäßig die Bedingungen für die Vorlagepflicht. Dabei umfasst der Begriff des europäischen Rechts nicht nur materielle Rechtsnormen, sondern auch die Methodenwahl; denn die Wahl der Methode - Spezialität oder praktische Konkordanz - entscheidet auch darüber, welche Rechtsnorm sich im Kollisionsfall durchsetzt und damit materiell gilt.“

ES wird mithin deutlich, daß deutsche Gerichte sich von Amts wegen mit Gemeinschaftsrecht befassen müssen und getrennt davon ggf. den EuGH als gesetzlichen Richter i.S.d. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens anrufen müssen.

Und wie steht es um Notare ?

Diese werden an vergleichbaren Maßstäben gemessen werden müssen. Dies impliziert die Amtspflicht nationaler Gerichte *und von Notaren*, einen vorgetragenen Fall nicht nur nach nationalem Recht, sondern auch nach Gemeinschaftsrecht zu würdigen.

---

28) 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.. Ferner *Obwexer* EuZW 2003, 726

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

30) BVerfG 09.01.2001 – 1 BvR 1036/99, WM 2001, 74 9, 750 f.

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.

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.<sup>31)</sup> So spricht etwa der EuGH<sup>32)</sup> davon, die Gewährleistung von Gemeinschaftsrecht habe der Mitgliedstaat u.a. durch seine „nationalen Behörden“ vorzunehmen. Der Notar ist zwar keine solche. Aber das BVerfG<sup>33)</sup> 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.<sup>34)</sup> Zudem spricht der EuGH<sup>35)</sup> 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 unparteiisch 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.

Immerhin hat bereits *Heinrichs*<sup>36)</sup> 1995 darauf hingewiesen, dass der Notar der Amtspflicht des sichersten Weges unterliege.<sup>37)</sup> 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.<sup>38)</sup>

---

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

32) 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

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

34) 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

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

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

37) 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

38) *Heinrichs* NJW 1995, 153, 158

## 1. Primäres Gemeinschaftsrecht

Zum primären Gemeinschaftsrecht gehören die Gründungsverträge<sup>39)</sup> – sogenannte „Verfassung“ der Gemeinschaftsrechtsordnung<sup>40)</sup> –, die Protokolle zu den Verträgen als deren Bestandteile (Art. 311 EG) und die (ungeschriebenen) Allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts. Die alleinige Auslegungskompetenz der Verträge steht – je nach Zuständigkeit – alleine dem EuGH bzw. dem EuG zu (Art. 220 EG). Die dadurch verfaßte Rechtsordnung der Gemeinschaft hat Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten und entfaltet gegenüber Mitgliedstaaten und bezüglich der die Staatsangehörigen von Mitgliedstaaten betreffenden Bestimmungen unmittelbare Wirkung,<sup>41)</sup> ohne daß es eines Umsetzungsaktes bedarf, was von den innerstaatlichen Organen der Mitgliedstaaten (Behörden, Gerichte) zwingend zu beachten ist.<sup>42)</sup>

Der EuGH hat unter Rückgriff auf gemeinsame Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten und der Gewährleistung der EMRK allgemeine Rechtsgrundsätze bezüglich gemeinschaftlicher Grundrechtsstandards entwickelt.<sup>43)</sup> Das BVerfG<sup>44)</sup> attestiert diesem gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsschutz ein Maß, das

„nach Konzeption, Inhalt und Wirkungsweisen dem Grundrechtsstandard des Grundgesetzes im wesentlichen gleichzuachten ist,“

so daß es eine Überprüfung des Gemeinschaftsrechts am Maßstab des GG so lange nicht vornimmt, solange dieser gemeinschaftsrechtliche Grundrechtsstandard anhalte.<sup>45)</sup>

## 2. Sekundäres Gemeinschaftsrecht

Hierzu zählen Verordnungen,<sup>46)</sup> Richtlinien und Entscheidungen.

*Verordnungen* haben unmittelbare und verbindliche Geltungswirkung in allen Mitgliedstaaten (Art. 249 Abs. 2 EG).

*Richtlinien* dagegen richten sich an die Mitgliedstaaten und sind für diese bezüglich des mit einer Richtlinie verfolgten Ziels verbindlich (1. Stufe), wobei die Wahl von Form und Mittel der Richtlinie dem jeweiligen Mitgliedstaat überlassen bleibt (2. Stufe - Art. 249 Abs. 3 EG). Die Umsetzung einer Richtlinie muß dem Gebot effektiver<sup>47)</sup> Umsetzung entsprechen. Folglich muß der Mitgliedstaat eine Richtlinie so umsetzen, daß er

„tatsächlich die vollständige Anwendung der Richtlinie in so klarer und bestimmter Weise gewährleistet, daß – soweit die Richtlinie Ansprüche des einzelnen begründen soll – die Begünstigten in der Lage sind, von allen ihren Rechten Kenntnis zu erlangen und diese gegebenenfalls vor den nationalen Gerichten geltend zu machen.“<sup>48)</sup>

---

39) Zuletzt Vertrag über die Europäische Union i.d.F. des Vertrages von Nizza vom 26.02.2001

40) EuGH 14.12.1991 – Gutachten 01/91, Slg. 1991, I-6079 Rdn. 21

41) EuGH 14.12.1991 – Gutachten 01/91, Slg. 1991, I-6079 Rdn. 21

42) *Herdegen*, Europarecht, 4. Aufl. 2002, Rdn. 167

43) Nachweise bei *Herdegen*, Europarecht, 4. Aufl. 2002, Rdn. 170 f.

44) BVerfG 22.10.1986 – 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339, 378

45) BVerfG 22.10.1986 – 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339, 387

46) Grundverordnungen des Rates und Durchführungsverordnungen der Kommission

47) *Jarass/Beljin NVwZ* 2004, 1, 10 m.w.N.

48) EuGH 11.08.1995 – Rs. C-433/93 (Kommission/Bundesrepublik Deutschland), Slg. 1995, I-2303 Rdn. 18

Dies bedeutet mit oben Ausgeführtem, daß nach dieser 2. Stufe alsdann quasi in einer 3. Stufe Gerichte und Behörden des jeweiligen Mitgliedstaates das in nationales Recht transformierte Gemeinschaftsrecht anwenden müssen. Dabei muß das nationale Recht richtlinienkonform ausgelegt werden.<sup>49)</sup>

Ist eine Richtlinie innerhalb der Umsetzungsfrist nicht so vollständig in nationales Recht umgesetzt worden, wie es dem Gebot effektiver Umsetzung entsprochen hätte, so muß das nationale Gericht im Wege der richtlinienkonformen Auslegung das nationale Recht „soweit wie möglich“ in Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht auslegen und gegebenenfalls der Richtlinie eine unmittelbare Wirkung im Mitgliedstaat zuordnen:

„Die Auslegungsregel läßt sich jedoch nicht zu einer eigentlichen Umformulierung der nationalen Rechtsvorschriften anwenden.“<sup>50)</sup>

wenn dies unter Verstoß gegen Art. 249 EG zu einer unmittelbaren Wirkung solcher Richtlinienbestimmungen führen würde, die für Bürger *Verpflichtungen* schaffen.<sup>51)</sup> Dies bedeutet im Umkehrschluss, daß Richtlinienbestimmungen entweder dann unmittelbare Wirkung entfalten, wenn bei einer *entgegen* dem Gebot effektiver Umsetzung transformierten Richtlinie dem Bürger die *Rechte* verschafft werden sollen, die in der Richtlinie zu seinen Gunsten angesprochen sind oder das nationale Recht entsprechend richtlinienkonform ausgelegt werden muß. Denn das Anliegen, Einzelnen per Richtlinie Rechtspositionen zu verleihen, könnte sonst beeinträchtigt bzw. vereitelt werden, wenn es Mitgliedstaaten möglich wäre, das Gebot effektiver Umsetzung zu ignorieren.<sup>52)</sup> Generalanwalt *Leger* beschreibt zudem die Möglichkeit der Normensubstitution:

„Es [das nationale Gericht] hat vielmehr sein innerstaatliches Recht kritisch zu würdigen, um sich vor dessen Anwendung zu vergewissern, dass es mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist. Hält es eine mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbare Auslegung seines innerstaatlichen Rechts nicht für möglich, so hat es dessen Anwendung auszuschließen und sogar an Stelle seines innerstaatlichen Rechts im Wege einer Normensubstitution die Bestimmung des Gemeinschaftsrechts anzuwenden, es sei denn - wiederum -, daraus ergibt sich eine Verschlechterung der Rechtsstellung des Einzelnen.“<sup>53)</sup>

In diese Richtung zielt auch die Rechtsprechung des EuGH, die für den Fall der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien nicht nur dem Einzelnen die Möglichkeit einräumt, sich darauf im Prozess zu berufen, sondern auch mitgliedstaatliche Gerichte verpflichtet, unmittelbar wirkendes Richtlinienrecht von Amts wegen zu beachten,<sup>54)</sup> sei es durch Normensubstitution oder durch richtlinienkonforme Auslegung.

---

49) *Ruffert* in: Callies/Ruffert, Kommentar zum EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Aufl. 2002, EG Art. 24 9 Rdn. 108 ff. m.w.N. zur Frage des Vorrangs der richtlinienkonformen Auslegung vor nationalen Auslegungsmethoden.

50) Genrealanwalt *Elmer* in EuGH 26.09.1996 – Rs. C- 168/95 (Arcaro), Slg. 1996, I- 4705 Nr. 39

51) EuGH 26.09.1996 – Rs. C- 168/95 (Arcaro), Slg. 1996, I- 4705 Rdn. 36

52) *Nettesheim* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der europäischen Union, Bd. II (Stand: 08/2002), EGV Art. 249 Rdn. 157 und 159; *Ruffert* in: Callies/Ruffert, Kommentar zum EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Aufl. 2002, EG Art. 24 9 Rdn. 68 ff., 74

53) Schlussanträge Generalanwalt *Leger* vom 08.04.2003 in EuGH Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), Nr. 59; in diesem Sinne auch Schlussanträge Generalanwalt *Geelhoed* vom 03.06.2003 in EuGH Rs. C-129/00 (Kommission/Italien), Nr. 66. Zur Bedeutung des Vorrangs und der Durchführung von EG-Recht für die nationale Rechtssetzung und Rechtsanwendung siehe ferner *Jarass/Beljin NVwZ* 2004, 1

54) EuGH 11.07.1991 – Rs. C-87/90 u.a. (Verholen/Sociale Verzekeringsbank), Slg. 1991, I-3757 Rdn. 12 ff.; EuGH 24.10.1996 – Rs. C-72/95 (Kraaijeveld), Slg. 1996, I-5403 Rdn. 55 ff.; *Ruffert* in: Callies/Ruffert, Kommentar zum EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Aufl. 2002, EG Art. 24 9 Rdn. 91



„Diese Befugnis, von Amts wegen eine gemeinschaftsrechtliche Frage aufzuwerfen, setzt voraus, daß nach Ansicht des nationalen Gerichts entweder das Gemeinschaftsrecht anzuwenden ist – wobei das nationale Recht, wenn nötig, unangewendet bleibt<sup>55)</sup> – oder das nationale Recht ist in Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht auszulegen.“<sup>56)</sup>

### 3. Die Verbraucherschutzrichtlinie 93/13/EWG (VerbrRL)

Diese war gemäß Art. 10 Abs. 1 Satz 1 VerbrRL bis spätestens 31.12.1994 in nationales Recht umzusetzen und erfaßt folglich Verträge, die ab 01.01.1995 0 Uhr geschlossen wurden.<sup>57)</sup> Die Umsetzung erfolgte in Deutschland verspätet u.a. durch § 24a AGBG,<sup>58)</sup> der im Rahmen der Schuldrechtsreform mit Wirkung ab 01.01.2002 durch § 310 Abs. 3 BGB ersetzt wurde. Es war allerdings umstritten, ob eine Transformation per § 24a AGBG bezogen auf den Ablauf der Transformationsfrist 31.12.1994<sup>59)</sup> eine effektive<sup>60)</sup> oder eine „ausreichende“<sup>61)</sup> Umsetzung der VerbrRL darstellte, da dieserhalb es nicht ausreichend ist, sich seitens der Bundesrepublik Deutschland als Mitgliedstaat auf Bestimmungen, Übungen oder Umstände der deutschen Rechtsordnung zu berufen.<sup>62)</sup> Zutreffend verweist Knapp<sup>63)</sup> darauf, daß Zweifel auch darin begründet sein könnten, daß es nach der Rechtsprechung des EuGH<sup>64)</sup> nicht ausreicht, daß Unterschiede des nationalen Rechts zur Richtlinie durch richtlinienkonforme Auslegung korrigiert werden können, da eine nationale Rechtsprechung nicht die Klarheit und Bestimmtheit aufweisen könne, um dem Erfordernis der Rechtssicherheit zu genügen. Von der Beantwortung dieser Streitfrage hängt immerhin ab, ob und inwieweit mit oben Ausgeführtem für den Fall nicht effektiver Umsetzung die VerbrRL in Deutschland unmittelbare Wirkung entfaltet. Insoweit ist die jüngst ergangene Entscheidung des EuGH vom 10.05.2001<sup>65)</sup> hilfreich, wenn es dort heißt:

„16. .... Sie [die niederländische Regierung] ist der Ansicht, eine ausdrückliche Umsetzung sei entbehrlich, wenn die mit der Richtlinie verfolgten Ziele im nationalen Recht bereits erreicht seien,....

---

55) Kursivsetzung durch den Autor

56) EuGH 11.07.1991 – Rs. C-87/90 u.a. (Verholen/Sociale Verzekeringsbank), Slg. 1991, I-3757 Rdn. 13

57) Pfeiffer in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Bd. II (Stand: 05/1999), EGV Art. 10 Rdn. 4

58) 24.07.1996 BGBl. I 1996, 1013. Der Wortlaut des § 24a AGBG wurde 1998 durch das HRefG vom 22.06.1998 BGBl. I 1998, 1474 abgeändert.

59) EuGH 15.03.2001 – Rs. C-147/00 (Kommission/Frankreich), Slg. 2001, I-2387 Rdn. 26; EuGH 04.07.2002 – Rs. C-173/01 (Kommission/Griechenland), Slg. 2002, I-6129 Rdn. 7; EuGH 20.04.2003 – Rs. C-114/02 (Kommission/Frankreich), Slg. 2003, I-3783 Rdn. 9

60) Hommelhoff/Wiedenmann ZIP 1993, 562

61) Heinrichs NJW 1993, 1817; Heinrichs NJW 1996, 2190; Horn in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 4. Aufl. 1999, § 24a Rdn. 7; Ulmer EuZW 1993, 337

62) EuGH 08.03.2001 – Rs. –C-276/98 (Kommission/Portugal), Slg. 2001, I-1699 Rdn. 20; EuGH 26.09.2002 – Rs. C-351/00 (Kommission/Frankreich), Slg. 2002, I-8101 Rdn. 9; EuGH 20.04.2003 – Rs. C-114/02 (Kommission/Frankreich), Slg. 2003, I-3783 Rdn. 11

63) Knapp MittBayNot 2003, 421, 422

64) EuGH 10.05.2001 – Rs. C-144/99 (Kommission/Niederlande), Slg. 2001, I-3541 Rdn. 26

65) EuGH 10.05.2001 – Rs. C-144/99 (Kommission / Niederlande), NJW 2001, 2244

17. Nach ständiger Rechtsprechung verlangt die Umsetzung einer Richtlinie zwar nicht notwendig in jedem Mitgliedstaat ein Tätigwerden des Gesetzgebers, es ist jedoch unerlässlich, dass das fragliche nationale Recht tatsächlich die vollständige Anwendung der Richtlinie durch die nationalen Behörden gewährleistet, dass die sich aus diesem Recht ergebende Rechtslage hinreichend bestimmt und klar ist und dass die Begünstigten in die Lage versetzt werden, von allen ihren Rechten Kenntnis zu erlangen und diese gegebenenfalls vor den nationalen Gerichten geltend zu machen (EuGH, Slg. 1995, I-499 Rdnr. 9 - Kommission/Griechenland).

18. Wie der EuGH hervorgehoben hat, ist diese letzte Voraussetzung besonders wichtig, wenn die Richtlinie darauf abzielt, den Angehörigen anderer Mitgliedstaaten Ansprüche zu verleihen (Urteil Kommission/Griechenland, Rdnr. 9). Gerade das ist hier jedoch der Fall, denn die Richtlinie bezweckt nach ihrer sechsten Begründungserwägung, unter anderem den Bürger in seiner Rolle als Verbraucher beim Kauf von Waren und Dienstleistungen mittels Verträgen zu schützen, für die die Rechtsvorschriften anderer Mitgliedstaaten gelten.

.....

21. Zu dem Vorbringen der niederländischen Regierung, der Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung der niederländischen Regelung, der vom Hoge Raad der Niederlande bestätigt worden sei, erlaube es jedenfalls, Unterschiede zwischen den Bestimmungen des niederländischen Rechts und denen der Richtlinie zu beheben, genügt der Hinweis, dass - wie der Generalanwalt in Rdnr. 36 seiner Schlussanträge ausgeführt hat - eine etwa bestehende nationale Rechtsprechung, die innerstaatliche Rechtsvorschriften in einem Sinn auslegt, der als den Anforderungen einer Richtlinie entsprechend angesehen wird, nicht die Klarheit und Bestimmtheit aufweisen kann, die notwendig sind, um dem Erfordernis der Rechtssicherheit zu genügen. Dies gilt ganz besonders im Bereich des Verbraucherschutzes.

22. Daher ist festzustellen, dass das Königreich der Niederlande dadurch gegen seine Verpflichtungen aus der Richtlinie verstoßen hat, dass es nicht die für eine vollständige Umsetzung der Art. 4 II und 5 Richtlinie 93/13/EWG in das niederländische Recht erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften erlassen hat.“

Es darf daher in Zweifel gezogen werden, ob § 24a AGBG und ihm folgend § 310 Abs. 3 BGB dem Gebot der effektiven Umsetzung der VerbrRL in Deutsches Recht entspricht wie unten noch zu zeigen sein wird. Und soweit dies nicht der Fall ist, sind Gerichte und Notare von Amts wegen verpflichtet, die VerbrRL unmittelbar und mit oben Ausgeführtem ungeachtet nationaler gesetzlicher Regelungen anzuwenden bzw. sind Verbraucher bei Verbraucherverträgen berechtigt, sich in einem Prozeß auf die unmittelbare Anwendung der VerbrRL zu berufen.

Die VerbrRL enthält Erwägungsgründe, den Richtlinientext und einen Anhang.

#### **a) Erwägungsgründe**

Richtlinien sind grundsätzlich europäisch-autonom auszulegen. Die Erwägungsgründe geben dabei Aufschluss über die Vorstellungen des Richtliniengebers als sog. Interpretationsdirektiven<sup>66)</sup> sowie die Ziele einer Richtlinie.<sup>67)</sup>

---

66) *Drygala* ZIP 1997, 968, 970; *Pfeiffer* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Bd. III (Stand: 05/1999), RL 93/13/EWG A 5 Vorbem. Rdn. 20, 22

67) EuGH 23.03.2000 – Rs. C-208/98 (Berliner Kindl Brauerei/Siepert), ZIP 2000, 574 Rdn. 20; *Drygala* ZIP 1997, 968, 970

## b) Richtlinientext

Adressat der VerbrRL ist der Mitgliedstaat (Art. 11 VerbrRL). Der Richtlinientext gibt einerseits den Mitgliedstaaten vor, ihre Rechts- und Verwaltungsvorschriften über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen aufgrund der Vorgaben der Richtlinie anzugleichen (Art. 1 Abs. 1 VerbrRL). Ferner müssen die Mitgliedstaaten – mit Normen, Gerichten und Behörden - dafür sorgen, daß in Verbraucherverträgen mißbräuchliche Klauseln für den Verbraucher unverbindlich sind (Art. 3 Abs. 1 VerbrRL). Und Mitgliedstaaten müssen dafür sorgen, angemessene und wirk-same Mittel zur Verfügung zu stellen, daß mißbräuchlichen Klauseln ein Ende gesetzt wird (Art. 7 Abs. 1 VerbrRL). Bei all dem bleibt es Mitgliedstaaten vorbehalten, im nationalen Recht stren-gere Bestimmungen zu erlassen, „um ein höheres Schutzniveau für Verbraucher zu gewähr-leisten“ (Art. 8 VerbrRL), wodurch deutlich wird, daß mit der VerbrRL nur ein Mindestschutz ge-währleistet werden soll.

## c) Anhang

Zur rechtlichen Einordnung des Anhangs hat der EuGH entschieden.<sup>68)</sup> Der EuGH<sup>69)</sup> erinnert daran, daß der Adressat der Richtlinie verpflichtet sei, in seiner nationalen Rechtsordnung alle Maßnahmen zu ergreifen, „um die volle Wirksamkeit der Richtlinie gemäß ihrer Zielsetzung zu gewährleisten.“ Dabei müsse die sich aus den nationalen Umsetzungsmaßnahmen ergebende Rechtslage hinreichend bestimmt und klar sein, so daß die Begünstigten in die Lage versetzt würden, von allen ihren Rechten Kenntnis zu erlangen und diese gegebenenfalls vor nationalen Gerichten geltend zu machen.<sup>70)</sup> Art. 3 Abs. 3 VerbrRL verweise auf den Anhang als einer nicht erschöpfenden Liste mißbräuchlicher Klauseln. Es sei folglich denkbar, daß eine im Anhang auf-geführte Klausel im konkreten Fall nicht mißbräuchlich sei<sup>71)</sup> und eine dort nicht aufgeführte Klausel sehr wohl mißbräuchlich sein könne.<sup>72)</sup> Die effektive Umsetzung der VerbrRL sei mithin nicht dadurch in Frage gestellt, wenn der Anhang nicht Bestandteil der nationalen Bestimmungen geworden sei, mit denen die Richtlinie umgesetzt worden sei.<sup>73)</sup> Die Liste im Anhang habe „Hin-weis- und Beispielscharakter“ und stelle

„eine Informationsquelle sowohl für die mit der Anwendung der Umsetzungsmaßnahmen betrauten natio-nalen Behörden als auch für die von diesen Maßnahmen betroffenen Einzelnen dar.“<sup>74)</sup>

Aber: Die Mitgliedstaaten müßten zur Erreichung des Zieles der Richtlinie

---

68) EuGH 07.05.2002 – Rs. C-478/99 (Kommission/Schweden), Slg. 2002, I-4147 = EuZW 2002, 465 mit Anm. Pfeiffer

69) EuGH 07.05.2002 – Rs. C-478/99 (Kommission/Schweden), Slg. 2002, I-4147 Rdn. 15 u.H.a. EuGH 17.06.1999 – Rs. C-336/97 (Kommission/Italien), Slg. 1999, I-3771 Rdn. 19 und EuGH 08.03.2001 – Rs. C-97/00 (Kommission/Frankreich), Slg. 2001, I-2053 Rdn. 9

70) EuGH 07.05.2002 – Rs. C-478/99 (Kommission/Schweden), Slg. 2002, I-4147 Rdn. 18 u.H.a. EuGH 23.03.1995 – Rs. C-365/93 (Kommission/Griechenland), Slg. 1995, I-499 Rdn. 9 und EuGH 10.05.2001 – Rs. C-144/99 (Kommission/Niederlande), Slg. 2001, I-3541 Rdn. 17

71) EuGH 27.06.2000 – Rs. C-240/98 – C-244/98 (Oceano Grupo), NJW 2000, 2571 Rdn. 22: Siehe die Vertrags-klausel, wonach Kostenaufwand zur Durchsetzung der Verbraucherinteressen eine gegen Art. 3 Abs. 3 Anhang Nr. 1. q) VerbrRL verstoßende Erschwerung sein kann.

72) EuGH 07.05.2002 – Rs. C-478/99 (Kommission/Schweden), Slg. 2002, I-4147 Rdn. 20

73) EuGH 07.05.2002 – Rs. C-478/99 (Kommission/Schweden), Slg. 2002, I-4147 Rdn. 21

74) EuGH 07.05.2002 – Rs. C-478/99 (Kommission/Schweden), Slg. 2002, I-4147 Rdn. 22

„Umsetzungsformen und –mittel wählen, die hinreichende Sicherheiten dafür bieten, daß die Allgemeinheit von dieser Liste Kenntnis erlangen kann.“<sup>75)</sup>

In dem vom EuGH Schweden betreffenden Fall war vorgetragen worden, daß nach schwedischer Rechtstradition Materialien, die leicht zugänglich seien, ein wichtiges Instrument der Gesetzesauslegung sei. Ferner werde die Unterrichtung der Allgemeinheit über mißbräuchliche Klauseln auf unterschiedliche Weise sichergestellt.<sup>76)</sup> Aus diesem Grunde beanstandete der EuGH nicht die fehlende Transformation des Anhangs durch den Mitgliedstaat Schweden. Ob man Vergleichbares auch für die Bundesrepublik Deutschland sagen kann, ist nicht gesichert. Jedenfalls greift es zu weit, aus dieser Entscheidung des EuGH abzuleiten, der EuGH habe ganz allgemein eine Umsetzungsverpflichtung bezüglich des Anhangs verneint.<sup>77)</sup>

### III. Beispiele aus dem Bauträgervertrag im Abgleich mit der VerbrRL

An Hand von ausgewählten Beispielen zum Bauträgervertrag soll einmal der Frage nachgegangen werden,

- ob einerseits der deutsche Gesetzgeber bei der Transformation der VerbrRL in deutsches Recht seinem Transformationsauftrag in effektiver Weise entsprochen hat und
- ob andererseits gängige vertragliche Regelungen im Bauträgervertrag den Zielsetzungen der VerbrRL entsprechen.

#### 1. Erwägungsgrund (16), Art. 3 Abs. 1 und 3, Anhang Nr. 1. o) VerbrRL und Abschlagszahlungsvereinbarung

Nach Erwägungsgrund (16) VerbrRL muß nach den Grundsätzen von Treu und Glauben eine globale Bewertung der Interessenlage der Vertragsparteien vorgenommen werden. Dabei muß insbesondere berücksichtigt werden, welches „Kräfteverhältnis zwischen den Verhandlungspositionen der Vertragsparteien bestand“. Dem Grundsatz von Treu und Glauben entspricht es, wenn der Gewerbetreibende

„sich gegenüber der anderen Partei, deren berechtigten Interessen er Rechnung tragen muß, loyal und billig verhält.“

Vertragsklauseln in Formularverträgen sind gemäß Art. 3 Abs. 1 VerbrRL dann mißbräuchlich,

„wenn sie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Mißverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursacht.“

Art. 3 Abs. 3 VerbrRL verweist auf den Anhang als einen Beispielskatalog mißbräuchlicher Klauseln. Der Anhang Nr. 1. o) VerbrRL spricht die asymmetrische Erfüllungspflicht an und beschreibt diese wie folgt:

„der Verbraucher allen seinen Verpflichtungen nachkommen muß, obwohl der Gewerbetreibende seine Verpflichtungen nicht erfüllt.“

---

75) EuGH 07.05.2002 – Rs. C-478/99 (Kommission/Schweden), Slg. 2002, I-4147 Rdn. 22

76) EuGH 07.05.2002 – Rs. C-478/99 (Kommission/Schweden), Slg. 2002, I-4147 Rdn. 23

77) So aber *Micklitz* in: Reich/Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht, 4. Aufl. 2003, Seite 519

Da mit oben Ausgeführtem der Wortlaut des Anhangtextes nicht alleine maßgebend ist, sondern als Informationsquelle nur einen Anhaltspunkt für die Frage der Mißbräuchlichkeit von Vertragsklauseln ist, ist zu überdenken, ob wertinäquivalente Abschlagszahlungsvereinbarungen auch darunter fallen könnten. So wird vertreten, daß Regelungen, die zu einer spürbaren Verschiebung des Äquivalenzverhältnisses führen oder führen können, von Anhang Nr. 1. o) VerbrRL erfaßt sein können.<sup>78)</sup>

Wie also sieht es mit dem Gebot der Rücksichtnahmepflicht, dem Mißverhältnis vertraglicher Rechte und Pflichten und dem Äquivalenzverhältnis bei Abschlagszahlungsvereinbarungen im Bauträgervertrag aus ? Der Besteller soll einen Abschlag nach dem anderen bezahlen, mit der Rechtsfolge, daß das, was er damit bezahlt, gleichwohl zunächst im Eigentum des Bauträgers bleibt (Grundstück) oder dem Bauträger bezüglich der bezahlten Bausubstanz gemäß § 946 BGB zu Eigentum wächst. Es handelt sich mithin bei bezahlten Abschlägen dieserhalb um Vorauszahlungen.<sup>79)</sup> Dies ist dort problematisch, wo in Bauträgerverträgen zudem für solche bezahlten Abschläge u.H.a. § 1 Satz 3 AbschlVO unter Abweichung des § 632a Satz 3 BGB keine Sicherheit in Form einer Bankbürgschaft gestellt wurde. Eine Wertinäquivalenz ist (zusätzlich) auch dann gegeben, wenn die zu zahlenden Abschläge als Raten z.B. im Hinblick auf § 3 Abs. 2 MaBV vereinbart/bezahlt werden, statt sie an der Wertäquivalenz von Leistung (Baufortschritt) und Gegenleistung (Abschläge) zu orientieren, weil man verkennt, daß Raten nach § 3 Abs. 2 MaBV im Rahmen an den Bauträger gerichteter öffentlichrechtlicher Entgegennahmeverbote nur prozentuale Obergrenzen vorgeben, über die Wertäquivalenz aber nichts aussagen.<sup>80)</sup>

Würde man darin eine dem Anhang Nr. 1 o) VerbrRL unterfallende Wertinäquivalenz sehen,<sup>81)</sup> dann könnte dies im Hinblick auf Art. 3 Abs. 3 VerbrRL zur Einordnung als mißbräuchliche Klauseln führen, die über § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB von damit befaßten Gerichten beanstandet werden müßten. Um diesen Risiken aus dem Wege zu gehen, wurde vorgeschlagen, beim Bauträgervertrag einen frühen Eigentumsübergang auf den Erwerber vorzusehen, damit er Grundstückseigentümer wird und das Errichtete gemäß § 946 BGB ihm zu Eigentum wächst<sup>82)</sup> und Abschläge wertäquivalent zu vereinbaren und - soweit die MaBV überhaupt anwendbar wäre<sup>83)</sup> - die Prozentsätze des § 3 Abs. 2 MaBV lediglich als Höchstgrenzen vorzusehen.<sup>84)</sup>

---

78) *Pfeiffer* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Bd. III (Stand: 05/1999), RL 93/13/EWG A 5 Anhang Rdn. 132; *Wagner* ZNotP 2002, Beilage 1, Seite 11; *Wolf* in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 4. Aufl. 1999, RiLi Anh Nr. 1 o Rdn. 193

79) *Wagner* ZfIR 2001, Beilage, Seite 9; *Wagner* BauR 4/2004; *Wagner* in: [www.raun-wagner.de](http://www.raun-wagner.de) dort Informationen und Fachbeiträge, dort: Der Bauträgervertrag im Spätstadium, Rdn. 6

80) Zum zivilrechtlichen 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.. Insegsamt siehe *Wagner* in: [www.raun-wagner.de](http://www.raun-wagner.de) dort Informationen und Fachbeiträge, dort: Der Bauträgervertrag im Spätstadium, Rdn. 69 ff. m.w.N.

81) So *Wagner* ZNotP 2002, Beilage 1, Seite 11 f.

82) *Wagner* BauR 2001, 1313, 1329 f.. Zum Eigentumsübergang bei Abnahme *Wagner* WM 2001, 718, 726

83) Bei frühem Eigentumsübergang wäre dies nicht der Fall: *Wagner* BauR 2001, 1313, 1329

84) *Wagner* in: [www.raun-wagner.de](http://www.raun-wagner.de) dort Informationen und Fachbeiträge, dort: Der Bauträgervertrag im Spätstadium, Rdn. 69 ff.

## 2. Erwägungsgrund (16), Art. 3 Abs. 1 und 3, Anhang Nr. 1. b), o) und q) VerbrRL und vorhandene oder fehlende Sicherheitenregelung

Zu Erwägungsgrund (16), Art. 3 Abs. 1 und 3 und Anhang Nr. 1 o) VerbrRL wird auf zuvor Ausgeführtes verwiesen. Anhang Nr. 1. b) VerbrRL lautet:

„Ansprüche des Verbrauchers gegenüber dem Gewerbetreibenden oder einer anderen Partei, einschließlich der Möglichkeit, eine Verbindlichkeit gegenüber dem Gewerbetreibenden durch eine etwaige Forderung gegen ihn auszugleichen, ausgeschlossen oder ungebührlich eingeschränkt werden, wenn der Gewerbetreibende eine der vertraglichen Verpflichtungen ganz oder teilweise nicht erfüllt oder mangelhaft erfüllt.“

Und Anhang Nr. 1. q) VerbrRL lautet (auszugsweise):

„dem Verbraucher die Möglichkeit, Rechtsbehelfe bei Gericht einzulegen .... erschwert wird, ....“

### a) Sicherheitenregelung im Bauträgervertrag (§ 7 MaBV)

Wenn in einem Bauträgervertrag, bei dem die MaBV anwendbar ist, eine Totalvorauszahlung vereinbart wird, kann *öffentlichrechtlich* das Entgegennahmeverbot des Bauträgers gemäß § 3 Abs. 1 und 2 MaBV nur gegen Gestellung einer Bürgschaft überwunden werden, die den Anforderungen des § 7 MaBV entspricht. Daraus hat die Praxis die Konsequenz gezogen, solches sei auch *zivilrechtlich* wirksam.

Der BGH<sup>85)</sup> hat einen Bauträgerfall dem EuGH in einem Vorabentscheidungsverfahren (Art. 234 Abs. 3 EG) vorgelegt, in welchem es um die Vorauszahlung gegen Gestellung einer Bürgschaft nach § 7 MaBV geht. Eine solche Konzeption hat für den Besteller u.a. den Nachteil, im Falle der Vorauszahlung früher die eigene Fremdfinanzierung zu valutieren, was früher zu einer Zinsbelastung wegen Vorauszahlung erfolgt, während der Bauträger einen Zinsvorteil erzielt, ohne dafür erkennbar einen Preisnachlass geben zu müssen. Ferner wird das Leistungsverweigerungsrecht des Bestellers (§ 320 Abs. 1 BGB) während des Bauablaufs außer Kraft gesetzt. Für den Fall der Inanspruchnahme der Bürgschaft durch den Besteller kann der Bürge bei einer selbstschuldnerischen Bürgschaft die Einreden der §§ 768 und 770 BGB geltend machen<sup>86)</sup> und dem Besteller wird angesonnen, ggf. gegen den Bürgen prozessieren zu müssen, folglich die Last der Einleitung eines Gerichtsverfahrens zu haben und mit Gerichtskosten in Vorlage treten zu müssen.

Es wird sich folglich der EuGH im Hinblick auf die Vorlage des VII. Senates des BGH mit den Fragen befassen müssen, ob diese Nachteile des Bestellers mit Erwägungsgrund (16), Art. 3 Abs. 1 und 3, Anhang Nr. 1. b) und o) VerbrRL vereinbar sind. Immerhin hat der EuGH<sup>87)</sup> bereits entschieden, daß das Hineindrängen eines Verbrauchers in eine Prozessführungslast mit der Folge kostenmäßiger Nachteile (z.B. mit Gerichtskosten in Vorlage treten zu müssen) im Hinblick auf Anhang Nr. 1. q) VerbrRL für den Verbraucher bezüglich der Geltendmachung seiner Rechte abschreckend sein könne und damit im Sinne von Anhang Nr. 1. q) VerbrRL eine Behinderung des Rechtsweges sein könne. Andererseits wird auch abzuwägen sein, ob nicht in Anbetracht der in Erwägungsgrund (16) Satz 1 VerbrRL angesprochenen globalen Bewertung der In-

---

85) BGH 02.05.2002 - VII ZR 178/01, WM 2002, 1506. Dazu *Basty* DNotZ 2002, 567; *Hertel* NotBZ 2002, 255; *Schwenker* IBR 2002, 421; *Vogel* EWiR 2002, 591; *Vollrath* MittBayNot 2002, 254; *Wagner* BKR 2002, 635; *Wagner* ZNotP 2002, Beilage Nr 1, Seite 17 f.; *Wagner* WuB I E 5 Bankbürgschaft/-garantie 5.02

86) Dazu zählt gemäß § 768 Abs. 1 BGB nach BGH 28.01.2003 – XI ZR 243/02, DNotZ 2004, 45 auch die Geltendmachung der Einrede der Verjährung der Hauptschuld selbst dann, wenn nach Übernahme der Bürgschaft der Bauträger wegen Vermögenslosigkeit und/oder Löschung im Handelsregister untergegangen und deshalb die gegen ihn gerichtete Forderung weggefallen ist.

87) EuGH 27.06.2000 – Rs. C-240/98 bis C-244/98 (Oceano Grupo), NJW 2000, 2571 Rdn. 22; EuGH 21.11.2002 – Rs. C-473/00 (Cofidis), EuZW 2003, 27 Rdn. 34

teressenlagen der Vertragsparteien aus Erwägungsgrund (16) Satz 4 VerbrRL herausgelesen werden kann, bei Nachteilen des Verbraucher-Bestellers seitens des Bauträgers für eine Kompensation sorgen zu dürfen und ob nicht eine Bankbürgschaft eine solche Kompensation sein kann.

Es wird folglich deutlich, daß aus Sicht der VerbrRL noch nicht einmal der Fall der Sicherheiten-gestellung bedenkenfrei ist.

### **b) Ohne Sicherheitenregelung im Bauträgervertrag**

Wenn folglich im Bauträgervertrag selbst der Fall der Sicherheitenregelung nicht frei von Bedenken ist, um wieviel mehr muß der Fall nicht geregelter Sicherheiten zum Nachdenken Anlaß geben.

Mit oben bereits Dargestelltem zahlt beim normalen Bauträgervertrag der Besteller Abschläge über Abschläge voraus, indem das, was er bezahlt, zunächst im Eigentum des Bauträgers verbleibt (Grundstück) bzw. ihm zu Eigentum gemäß § 946 BGB wächst (Bausubstanz). Bezüglich der Notwendigkeit der Sicherheiten-gestellung (§ 632a Satz 3 BGB) hat der deutsche Verordnungsgeber in § 1 Satz 3 AbschlVO vorgesehen, Vertragsparteien bräuchten keine Sicherheiten vorzusehen, könnten also kompensationslos von § 632a Satz 3 BGB abweichen.

Es stellt sich mit zuvor zu § 7 MaBV bereits Angedachtem bereits die Frage, ob § 632a Satz 3 BGB mit Erwägungsgrund (16), Art. 3 Abs. 1 und 3 und Anhang Nr. 1. b), o) und q) VerbrRL konform geht, weil für den Streitfall auch im Falle einer aufgrund § 632a Satz 3 BGB gestellten Bankbürgschaft zumindest die Prozessführungslast mit entsprechenden (Gerichts-)Kostenfolgen auf den Besteller verlagert wird und der Besteller auch hier sich in einem Bürgschaftsprozess Einwänden des Bürgen gemäß §§ 768 und 770 BGB ausgesetzt sehen kann.

Wenn aber keine Banksicherheit gestellt wird, der Besteller ungesichert Abschläge vorauszahlt, ohne Zug um Zug *zugleich* Eigentum an von ihm bezahltem Grundstück und errichteter Bausubstanz zu erhalten, und im Leistungsstörungs- bzw. Insolvenzfall des Bauträgers ggf. seine Zahlungen abschreiben zu müssen, wie auch im Leistungsstörungsfall für den Fall der Geltendmachung von Gewährleistungsrechten der Besteller auch noch die ihn sichernde Vormerkung „verliert,<sup>88)</sup> ohne wenigstens über eine Bankbürgschaft eine Kompensation zu erhalten, so stellt sich mit Erwägungsgrund (16), Art. 3 Abs. 1 und 3 und Anhang Nr. 1. b), o) und q) VerbrRL folgende Frage:

Wie sieht folglich die globale Interessenlage der Vertragsparteien hier aus ? Hat der Bauträger hier sich gegenüber dem Besteller loyal und billig verhalten, hat er also gegenüber dem Besteller dessen berechtigten Interessen Rechnung getragen ? Oder bleibt nicht ein erhebliches Mißverhältnis zu Lasten des Verbrauchers ? Ist dies noch Ausdruck eines Äquivalenzprinzips, wenn der Bauträger per Abschlägen bezahlt wird, Eigentum am Grundstück zunächst behält und bezüglich errichteter Bausubstanz erhält (§ 946 BGB) und der Besteller bei Geltendmachung von Gewährleistungsrechten seiner Vormerkung verlustig gehen kann sowie das Risiko trägt, mit Rückzahlungsansprüchen bezüglich des bereits Gezahlten auszufallen, wenn der Bauträger insolvent wird und statt dessen sich allenfalls in komplizierten Gesprächen mit dem Insolvenzverwalter und der finanzierenden Bank des Bauträgers darum kümmern muß, ggf. die Bauruine zu erhalten?

---

88) BGH 05.04.2001 – VII ZR 498/99, NJW 2001, 2249, worin die Kläger mit der Ausübung ihrer Rechte aus § 326 BGB ihren Anspruch auf Übertragung des Eigentums und die Rechte aus der hiervon abhängigen Vormerkung verloren hatten.

Wird ein Verbraucher-Besteller nicht bei all diesen Komplikationen abgeschreckt, seine Rechte geltend zu machen, was ohne anwaltliche Hilfe kaum möglich ist, ihn finanziell also ein weiteres Mal fordert, während der Verbraucher-Besteller ungeachtet all dessen ohne einen Nutzen seinen aufgenommenen Fremdmittelkredit zurückzahlen muß?

Es scheint doch sehr fraglich, ob ein Bauträgervertrag ohne Sicherheitenregelung – zumindest als Kompensation - Erwägungsgrund (16), Art. 3 Abs. 1 und 3 und Anhang Nr. 1. b), o) und q) VerbrRL stand hält.

### 3. Erwägungsgrund (20) Satz 2, Art. 5, Anhang Nr. 1. i) VerbrRL und § 13a BeurkG

Art. 5 VerbrRL regelt das Transparenzgebot. Dem Verbraucher in Verträgen unterbreitete Klauseln müssen stets klar und verständlich sein (Art. 5 Satz 1 VerbrRL). Dies schließt aufgrund der Erwägungsgründe (20) Satz 2 VerbrRL ein, daß der Verbraucher die Möglichkeit gehabt haben muß, von allen Vertragsklauseln Kenntnis zu nehmen. Denn dort, wo ein Verbraucher nicht die Möglichkeit hat, vor Vertragsabschluss von Vertragsklauseln *tatsächlich* Kenntnis zu nehmen, und deshalb seine Zustimmung unwiderlegbar festgestellt wird, kann es sich um eine mißbräuchliche Klausel i.S.d. Art. 3 Abs. 3 Anhang. Nr. 1. i) VerbrRL handeln.

§ 13a BeurkG ermöglicht es, in einem notariell beurkundeten Bauträgervertrag auf andere nach §§ 8 ff. BeurkG beurkundete notarielle Niederschriften zu verweisen, ohne daß diese vom Notar vorgelesen bzw. dem Bauträgervertrag als Anlage beigelegt werden müssen (§ 13a Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BeurkG). Voraussetzung ist jedoch, daß beide Vertragsbeteiligten erklären, daß ihnen der Inhalt der anderen Niederschrift bekannt ist (§ 13a Abs. 1 Satz 1 BeurkG)<sup>89)</sup> und als Soll-Regelung, daß den Beteiligten die andere Niederschrift in beglaubigter Abschrift bei Beurkundung vorliegt (§ 13a Abs. 1 Satz 3 BeurkG). § 13a Abs. 2 BeurkG regelt als Soll-Vorschrift ferner, daß der Notar unter den dort genannten Voraussetzungen auf Einsichtnahmemöglichkeiten vorab hinweisen soll. Folglich werden in der Praxis bei zuvor schon anderweitig beurkundeten Teilungserklärungen, Gemeinschaftsordnungen<sup>90)</sup> und Baubeschreibungen etc. von den Möglichkeiten des § 13a BeurkG Gebrauch gemacht. Allerdings ist die Rechtsprechung des BGH widersprüchlich, ob die Erklärung der Beteiligten, der Inhalt einer in Bezug genommenen anderen Urkunde sei ihnen bekannt, im Hinblick auf § 13 a Abs. 1 Satz 1 BeurkG zwingendes Wirksamkeitserfordernis der Beurkundung ist.<sup>91)</sup>

Es stellt sich mithin die Frage, ob Vertragsklauseln, die von den Möglichkeiten der Bezugnahme gemäß § 13a BeurkG Gebrauch machen, mit Erwägungsgrund (20) Satz 2 i.V.m. Art. 5 Satz 1 und Anhang Nr. 1. i) VerbrRL in Einklang stehen. Der Inhalt der anderen notariellen Niederschrift kann nämlich dem Verbraucher-Besteller inhaltlich anläßlich der Beurkundung des Bauträgervertrages nur dann bekannt sein, wenn sie ihm eine geraume Zeit vor der Beurkundung des Bauträgervertrages zur Verfügung gestellt wurde, damit er die *tatsächliche* Möglichkeit hatte, von deren Inhalt Kenntnis zu nehmen. Dem wird entsprochen, wenn auch die Verweisungsurkunden dem Verbraucher-Besteller 2 Wochen vor der Beurkundung zur Verfügung gestellt werden (§ 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG).<sup>92)</sup>

---

89) Nach BGH 18.07.2003 – V ZR 431/02, ZNotP 2003, 429, 431 begründet allerdings das Fehlen dieser Feststellung in der Niederschrift keinen Wirksamkeitsmangel und hat auch keine Auswirkungen auf die Darlegungs- und Beweislast.

90) OLG Frankfurt/M. 16.09.1992 - 17 U 188/90, OLGR Frankfurt 1993, 1

91) Für Wirksamkeitserfordernis: BGH 29.01.1992 - VIII ZR 95/91, DNotZ 1993, 614, 615. Gegen Wirksamkeitserfordernis: BGH 18.07.2003 – V ZR 431/02, ZNotP 2003, 429, 431

92) *Winkler*, BeurkG, 15. Aufl. 2003, § 17 Rdn. 170



Damit wird zugleich deutlich, daß dem Transparenzgebot von Erwägungsgrund (20) Satz 2 i.V.m. Art. 5 Satz 1 und Anhang Nr. 1. i) VerbrRL im Hinblick auf § 13a BeurkG nur dann Rechnung getragen wird, wenn er in der Praxis seinem Wortlaut entsprechend i.V.m. § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG gehandhabt wird. Zweifelhaft ist aber, ob dem entsprochen wird, wenn in der beurkundeten Baubeschreibung, auf die gemäß § 13a BeurkG verwiesen werden soll, auf ein nach der Baubeschreibung zu beachtendes privatschriftliches Gutachten verwiesen wird, das dem Verbraucher nicht vorab mit zur Verfügung gestellt worden ist.<sup>93)</sup>

#### **4. Art. 3 Abs. 3, Anhang Nr. 1 q) VerbrRL und (persönliche und dingliche) notarielle Zwangsvollstreckungsunterwerfungen in Grundschuldbestellungsurkunden**

Anhang Nr. 1. q) VerbrRL wurde oben schon angesprochen. Man muß hier in der Fragestellung unterscheiden,

- ob die Bundesrepublik Deutschland bei Transformation der VerbrRL § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO im Hinblick auf *Verbraucher* unverändert lassen durfte oder hätte angleichen müssen und
- getrennt davon, ob und inwieweit in Urkunden *Verbraucher* notariellen Zwangsvollstreckungsunterwerfungen ausgesetzt werden dürfen.

##### **a) Transformation der VerbrRL und § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO**

Die Folge notarieller Zwangsvollstreckungsunterwerfung ist – hier bezogen auf Verbraucher –, daß der Verbraucher für den Fall der Zwangsvollstreckung mit einer Vollstreckungsgegenklage initiativ werden muß (§ 767 ZPO), dabei mit Gerichtskosten in Vorlage treten muß, bezüglich des Vollstreckungsschutzes (§ 769 ZPO) initiativ werden muß und dabei dem Risiko ausgesetzt ist, diesen entweder nicht zu erhalten oder nur gegen Sicherheitsleistung, die – wenn er denn eine Sicherheit überhaupt aufbringen kann – aufgrund des abzuschließenden Avalkreditvertrages seinen Kreditrahmen beschneidet und ihn mit den Kosten eines solchen Avalkredites belastet. Dies sind Folgen, die der EuGH<sup>94)</sup> für den Fall von Vertragsklauseln als Rechtsbehelferschwerung i.S.d. Art. 3 Abs. 3 Anhang Nr. 1. q) VerbrRL angesehen hat, die zur Einstufung der Mißbräuchlichkeit von Klauseln führen kann. Folglich stellt sich im Hinblick auf Art. 1 Abs. 1 VerbrRL die Frage, ob der deutsche Gesetzgeber nicht gehalten gewesen wäre, im Zuge der Transformation der VerbrRL in deutsches Recht den Anwendungsbereich des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO ebenfalls einer Angleichung zu unterziehen, soweit Verbraucher davon betroffen sein können.

Gemäß Erwägungsgrund (4) und (21) Satz 1, Art. 7 Abs. 1 VerbrRL müssen Mitgliedstaaten dafür sorgen, daß die mit Verbrauchern geschlossenen Verträge keine mißbräuchliche Klausel enthalten. Ob eine vertragliche notarielle Zwangsvollstreckungsunterwerfung eine solche mißbräuchliche Klausel wäre, wird nachfolgend unter lit. b) angesprochen.

---

93) So hat der BGH in BGH 14.03.2003 – V ZR 278/01, ZfBR 2003, 457 iudiziert, ein nach der Baubeschreibung zu beachtendes Bodengutachten bedürfe keiner Beurkundung (a.A. *Vogel* IBR 2003, 679), sich aber mit Erwägungsgrund (20) Satz 2 i.V.m. Art. 5 Satz 1 und Anhang Nr. 1. i) VerbrRL nicht befaßt.

94) EuGH 27.06.2000 – Rs. C-240/98 bis C-244/98 (*Oceano Grupo*), NJW 2000, 2571 Rdn. 22; EuGH 21.11.2002 – Rs. C-473/00 (*Cofidis*), EuZW 2003, 27 Rdn. 34

Daraus wird deutlich, daß die Rechtslage keineswegs eindeutig ist. Würde es sich nämlich bei einer notariellen Zwangsvollstreckungsunterwerfung in einer Grundschuldbestellungsurkunde um eine mißbräuchliche Klausel gemäß Art. 3 Abs. 3 Nr. 1. q) VerbrRL handeln, dann hätte dies zugleich zur Folge, daß die Bundesrepublik Deutschland im Zuge der Transformation der VerbrRL § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO im Hinblick auf Verbraucher hätte angleichen müssen. Und da dies nicht geschehen ist, würde es sich insoweit *nicht* um eine effektive richtlinienkonforme Umsetzung handeln, deren Rechtsfolgen oben beschrieben wurden.

#### **b) Notarielle Zwangsvollstreckungsunterwerfung in Bauträgerverträgen und Grundschuldbestellungsurkunden**

Da notarielle Zwangsvollstreckungsunterwerfung in Bauträgerverträgen, auf die die MaBV Anwendung findet, aufgrund der Rechtsprechung des BGH<sup>95)</sup> nicht wirksam vorgesehen werden kann, soll der Frage nachgegangen werden, wie sich die Rechtslage bei notariellen Zwangsvollstreckungsunterwerfungen in Grundschuldbestellungsurkunden samt der in Sicherungsvereinbarungen enthaltenen Verpflichtung zur Abgabe einer solchen Erklärung darstellt.

*Quack*<sup>96)</sup> hat im Nachgang zu *Thode*<sup>97)</sup> hierzu für die notarielle *dingliche* Zwangsvollstreckungsunterwerfung folgende Auffassung vertreten: Die im deutschen Recht gepflegte Diskussion, ob die notarielle Zwangsvollstreckungsunterwerfung dem materiellen oder dem Verfahrensrecht zuzuordnen sei, sei für die Frage, ob die notarielle Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung Art. 3 Abs. 3 Anhang Nr. 1. q) VerbrRL unterfalle, ohne Belang.<sup>98)</sup> Zudem könne man diese Frage mit der Sicherungsvereinbarung verbinden, in der die Verpflichtung zur Abgabe einer solchen Erklärung enthalten sei. Zweck einer solchen Sicherungsverpflichtung sei eine drastische Beschränkung des Rechtsschutzes des Verbrauchers, so daß eine Mißbräuchlichkeit gegeben sei. Folglich sei eine Generalklausel der §§ 307, 310 BGB dahin zu interpretieren, daß eine Klausel des Typs Anhang Nr. 1. q) VerbrRL im Verbrauchervertrag mangels Kompensation missbräuchlich sei. Fraglich sei für die dingliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung, ob diese vor diesem europäischen Hintergrund in das Grundbuch eingetragen werden dürfe.

Dem ist *Knapp*<sup>99)</sup> mit folgender Begründung entgegengetreten: Bei der Zwangsvollstreckungsunterwerfung eines Verbrauchers in einer notariellen Urkunde handele es sich zwar nach deutschem Rechtsverständnis lediglich um eine Prozeßhandlung. Nach einem Teil des deutschen Schrifttums unterfalle diese für sich gesehen nicht der VerbrRL. Darauf alleine dürfe jedoch nicht abgestellt werden. Vielmehr sei sie wesentlicher Bestandteil der Grundschuldbestellungsurkunde. Diese habe einen Vertrag zwischen Besteller und berechtigtem Gläubiger zum Gegenstand, so daß die notarielle Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung im Rahmen der Grundschuldbestellung sehr wohl von der VerbrRL erfaßt werde.<sup>100)</sup> Auch die zugrundeliegende Sicherungsvereinbarung werde von der VerbrRL erfaßt.<sup>101)</sup>

---

95) BGH 22.10.1998 – VII ZR 99/97, BGHZ 139, 387, 390 f.

96) *Quack* RPfStud. 2002, 145

97) Ausweislich *Wagner/von Heymann* WM 2003, 2257, 2260 anlässlich einer Seminarveranstaltung Ende 2000

98) So auch *Wagner/von Heymann* WM 2003, 2257, 2261

99) *Knapp* Mitt BayNot 2003, 421

100) So auch *Pfeiffer* in: Grabitz/hilf, Das Recht der europäischen Union, Bd. III (05/1999), RL 93/13/EWG, Vorbem. A5 Rdn. 12; *Wagner/von Heymann* WM 2003, 2257, 2261; *Wolf* in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 4. Aufl. 1999, Art. 1 RiLi Rdn. 26

101) *Wagner/von Heymann* WM 2003, 2257, 2261

Für den Fall der Zwangsvollstreckung aus der notariellen Zwangsvollstreckungsunterwerfung könne aber der Verbraucher seine materiellrechtlichen Einwände gemäß §§ 797 Abs. 4, 767, 771 ZPO im Wege der Vollstreckungsabwehrklage bzw. Drittwiderspruchsklage bei Gericht geltend machen, so daß ihm der Rechtsweg zu den staatlichen Gerichten nicht genommen werde. Auch sei damit keine Beweislastumkehr verbunden. Daß die Initiative, das Gerichte anzurufen, auf den Verbraucher überlagert werde, wird zwar erwähnt, jedoch damit abgetan, es sei zweifelhaft, ob dies schon Anhang Nr. 1. q) VerbrRL zugeordnet werden könne.<sup>102)</sup>

Die Möglichkeit, Vollstreckungsschutz zu beantragen, wird ebenfalls erwähnt, jedoch nur der Fall der Gewährung ohne Sicherheitsleistung, während die oben angesprochenen Folgen für den Verbraucher unerwähnt bleiben, wenn ihm Vollstreckungsschutz nicht gewährt wird oder nur gegen Sicherheitsleistung. *Knapp*<sup>103)</sup> kommt zum Ergebnis, die Vollstreckungsunterwerfung des Verbrauchers im Rahmen der Grundschuldbestellung unterfalle nicht Anhang Nr. 1. q) VerbrRL. Aber selbst wenn man dies anders sehen wolle - so *Knapp* weiter -, lasse sich auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts nicht feststellen, daß der Vollstreckung aufgrund Erkenntnisurteilen ein Vorrang vor einer Vollstreckung aus einer notariellen Zwangsvollstreckungsurkunde ein Vorrang zukomme.<sup>104)</sup> Nur verkennt *Knapp*, daß es auf diese Überlegung nicht ankäme, wenn man entgegen seiner Meinung u.H.a. Art. 3 Abs. 3 Anhang Nr. 1. q) VerbrRL zur Mißbräuchlichkeit notarieller Zwangsvollstreckungsunterwerfungsklauseln käme. Schließlich verweist *Knapp* darauf, daß bei einer anzustellenden Gesamtschau von Zwangsvollstreckungsunterwerfung und Sicherungsvereinbarung bei der notariellen Zwangsvollstreckungsunterwerfungsklausel eine Mißbräuchlichkeit gemäß Art. 3 Abs. 1 und Art. 4 VerbrRL nicht gegeben sei. Denn die Bank versuche dadurch nur ihr Ausfallrisiko hinsichtlich Darlehensrückzahlungs- und Zinszahlungspflicht des Verbrauchers zu reduzieren, das sich sonst bei einem länger dauernden Erkenntnisverfahren erhöhen würde. Die Nachteile des Verbrauchers gegenüber einem Erkenntnisverfahren lägen „*lediglich*<sup>105)</sup> ... in der Verlagerung der verfahrensrechtlichen Initiative, gegebenenfalls in der Leistung eines Gerichtskostenvorschusses, in der Vollstreckungsmöglichkeit der Bank ohne Sicherheitsleistung und in der Nichtanwendbarkeit des § 717 Abs. 2 ZPO.“ Deshalb liege aber kein erhebliches und ungerechtfertigtes Mißverhältnis im Sinne von Art. 3 Abs. 1 und Art. 4 VerbrRL vor.

### c) **Zwischenergebnis**

Vor dem Hintergrund dieses Meinungsstreits läßt sich jedenfalls folgendes festhalten, indem ein Verbraucher bei einer notariellen - insbesondere (auch) persönlichen - Zwangsvollstreckungsunterwerfung folgende erhebliche - und nicht nur lt. *Knapp* „*lediglich*“ - Nachteile und Risiken zu gewärtigen hat.<sup>106)</sup>

---

102) In diesem Sinne aber *Wagner/von Heymann* WM 2003, 2257, 2261

103) *Knapp* MittBayNot 2003, 421, 424

104) *Knapp* MittBayNot 2003, 421, 425: „Art. 57 der Brüssel-I-Verordnung regelt die Vollstreckbarerklärung öffentlicher Urkunden nach denselben Vorschriften, nach denen auch nach Art. 38 der Brüssel-I-Verordnung Urteile für vollstreckbar erklärt werden können. Art. 26 abs. 1 des Vorschlags Europäischer Vollstreckungstitel sieht ausdrücklich vor, dass öffentliche Urkunden wie Urteile nach Art. 4 des Vorschlags Europäischer Vollstreckungstitel als Europäischer Vollstreckungstitel bestätigt und in anderen Mitgliedstaaten anerkannt und vollstreckt werden kann.“

105) Kursivsetzung durch den Autor

106) *Wagner/von Heymann* WM 2003, 2257, 2261

- Initiativlast, sich gerichtlich gegen die Zwangsvollstreckung gerichtlich wehren und
- Vollstreckungsschutz beantragen zu müssen.
- Dieserhalb mit Gerichtskosten in Vorlage treten zu müssen.
- Das Risiko tragen zu müssen, Vollstreckungsschutz nicht zu erhalten.
- Der Risiko, bei Vollstreckungsschutz gegen Sicherheitsleistung die Sicherheit nicht aufbringen zu können bzw.
- der Nachteil, für den Fall der Sicherheitenaufbringung die eigene Kreditlinie durch den abzuschließenden Avalkreditvertrag verkleinern zu müssen und die damit verbundenen Kosten (Avalprovision) tragen zu müssen.
- Nichtanwendbarkeit des § 717 Abs. 2 ZPO.<sup>107)</sup>

Vor diesem Hintergrund ist die Rechtsprechung des EuGH aus seinen *Oceano Grupo* und *Cofidis*-Entscheidungen<sup>108)</sup> zu sehen, wonach das Hineindrängen eines Verbrauchers in eine Prozessführungslast mit der Folge kostenmäßiger Nachteile (z.B. mit Gerichtskosten in Vorlage treten zu müssen) im Hinblick auf Anhang Nr. 1. q) VerbrRL für den Verbraucher bezüglich der Geltendmachung seiner Rechte abschreckend sein könne und damit im Sinne von Art. 3 Abs. 3 Anhang Nr. 1. q) VerbrRL eine Behinderung des Rechtsweges sein könne, da solche Nachteile abschreckend sein könnten, eigene Rechte geltend zu machen.<sup>109)</sup> Es ist mithin unsicher, ob nicht im Wege der Transformation § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO bei *Verbrauchern* hätte angeglichen werden müssen<sup>110)</sup> bzw. ob es sich bei notariellen Zwangsvollstreckungsunterwerfungen in Grundschuldbestellungsurkunden – auch in Anbetracht nicht vorgenommener Angleichung - doch um eine mißbräuchliche Klausel im Sinne von Art. 3 Abs. 3 Anhang Nr. 1. q) VerbrRL handelt. Für den Fall gebotener, aber unterlassener Angleichung, wäre die Bundesrepublik Deutschland durch ihre Organe und damit auch durch ihre Gerichte verpflichtet, das mit der VerbrRL im Widerspruch stehende nationale Recht insoweit nicht anzuwenden wie es im Widerspruch steht und darauf basierende notarielle Vollstreckungsunterwerfungsklauseln könnten als mißbräuchliche Klauseln (Art. 3 Abs. 3, Anhang Nr. 1. q) VerbrRL) bei Gericht beanstandet werden.

Der BGH<sup>111)</sup> iudiziert, daß dann, wenn man sich vertraglich verpflichtet habe, sich der sofortigen Zwangsvollstreckung in das gesamte Vermögen zu unterwerfen, man eine solche Unterwerfungserklärung unverzüglich abgeben müsse. Dann aber verstieße es gegen Treu und Glauben, die Unwirksamkeit einer bereits abgegebenen Unterwerfungserklärung geltend zu machen. Die Aufnahme einer schuldrechtlichen Verpflichtung des Darlehensnehmers sei bankenüblich.<sup>112)</sup>

---

107) BGH 10.03.1977 - III ZR 38/75, WM 1977, 656; Münchener Kommentar/*Krüger*, 2. Aufl. 2000, § 717 Rdn. 12; *Zöller/Herget*, ZPO, 23. Aufl. 2003, § 717 Rdn. 5

108) EuGH 27.06.2000 – Rs. C-240/98 bis C-244/98 (*Oceano Grupo*), NJW 2000, 2571 Rdn. 22; EuGH 21.11.2002 – Rs. C-473/00 (*Cofidis*), EuZW 2003, 27 Rdn. 34

109) *Wagner* ZNotP 2002, Beilage 1, Seite 2; *Wagner/von Heymann* WM 2003, 2257, 2261

110) Zur Angleichung *Jarass/Beljin* NVwZ 2004, 1, 7

111) BGH 22.10.2003 - IV ZR 33/03, WM 2003, 2375, 2374

112) BGH 09.07.1991 - XI ZR 72/90, ZIP 1991, 1054 unter IV; BGH 26.11.2002 - XI ZR 10/00 - WM 2003, 64 unter III 1; BGH 09.07.1991 - XI ZR 72/90, ZIP 1991, 1054 unter IV.

Es entspreche jahrzehntelanger Praxis, daß sich der mit dem persönlichen Kreditschuldner identische Grundschuldbesteller bei Bankendarlehen regelmäßig der Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterwerfen müsse.<sup>113)</sup> Nach Meinung des XI. Senates des BGH komme es noch nicht einmal auf die Belehrung des Notars an.<sup>114)</sup> Ein solches Verlangen der Bank komme für ihn daher nicht überraschend.

Die Übernahme einer selbständigen, von der zu sichernden Kreditverbindlichkeit gelösten abstrakten persönlichen Haftung in Höhe des Grundschuldbetrages solle in Verbindung mit der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung die Ansprüche der Bank aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung zum Kreditnehmer sichern, indem sie deren Durchsetzung erleichtere. Eine unangemessene Benachteiligung der Kreditnehmer sei damit nicht verbunden.<sup>115)</sup>

Der BGH hat sich ersichtlich mit der im Fachschrifttum vorhandenen Diskussion, ob eine notarielle Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung in Grundschuldbestellungsurkunden gegen Art. 3 Abs. 3 Anhang Nr. 1. q) VerbrRL verstoßen könnte, (noch) nicht befaßt. Diese vor dem Hintergrund der VerbrRL zu beantwortende Frage kann nicht mit dem vom BGH in anderem Zusammenhang gebrauchten Argument der Üblichkeit einer Lösung zugeführt werden. Bedenkt man, daß der BGH zudem die Wirksamkeit einer notariellen Zwangsvollstreckungsunterwerfung nicht von einer notariellen Belehrung abhängig macht<sup>116)</sup> und auch in dem Fall, daß ein Dritter in Vertretung für den Verbraucher die notarielle Zwangsvollstreckungsunterwerfung erklärt, die Vollmacht keiner Beurkundung bedarf,<sup>117)</sup> wird dem Verbraucher noch nicht einmal in allen Fällen eine Folgenbelehrung zuteil, die ihm die aufgezeigten denkbaren Risiken und Nachteile einer notariellen Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung vor Augen führt.

Man sollte sich den aufgezeigten Unsicherheiten nicht mit der Bemerkung entziehen wollen, daß wer keine notarielle Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung in Grundschuldbestellungsurkunden abgebe, dann eben auf keinen Kredit rechnen könne. Dies ist nicht das Problem. Problematischer ist die Frage, ob eine abgegebene notarielle Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung letztlich einer Vorlageentscheidung zum EuGH standhalten würde und zwar einschließlich der Frage, ob es eine effektive Umsetzung der VerbrRL darstellte, als eine Angleichung des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO im Hinblick auf Verbraucher nicht erfolgte.

#### IV. Fazit

Indem deutsche Gerichte und auch Notare von Amts wegen verpflichtet sind, europäischem Recht und damit auch der VerbrRL zum Durchbruch zu verhelfen, wird es unumgänglich, auch das, was bisher *tatsächlich* üblich war oder sich bewährt hat, *rechtlich* auf den gemeinschaftsrechtlichen Prüfstand zu stellen und auf seine Gemeinschaftskonformität hin zu hinterfragen. Dazu gehört auch der Bauträgervertrag.

---

113) BGH 18.12.1986 – IX ZR 11/86, BGHZ 99, 274, 282; BGH 05.03.1991 – XI ZR 75/90, BGHZ 114, 9, 12; BGH 26.11.2002 - XI ZR 10/00, NJW 2003, 885, 886; BGH 22.10.2003 - IV ZR 33/03, WM 2003, 2375, 2374; BGH 28.10.2003 – XI ZR 263/02, NJW 2004, 158, 159; BGH 18.11.2003 – XI ZR 332/02, WM 2004, 27; BGH 02.12.2003 – XI ZR 421/02, ZIP 2004, 303, 306

114) BGH 26.11.2002 - XI ZR 10/00, NJW 2003, 885, 886; BGH 28.10.2003 – XI ZR 263/02, NJW 2004, 158, 159

115) BGH 22.10.2003 - IV ZR 33/03, WM 2003, 2375, 2374

116) BGH 26.11.2002 - XI ZR 10/00, NJW 2003, 885, 886; BGH 28.10.2003 – XI ZR 263/02, NJW 2004, 158, 159

117) BGH 18.11.2003 – XI ZR 332/02, WM 2004, 27, 29. Dazu *Joswig* EWiR 2004, 151