

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](mailto:K.-R.Wagner@t-online.de)

Dr. Klaus-R. Wagner, Wiesbaden  
Rechtsanwalt und Notar • Fachanwalt für Steuerrecht

## **Bauträgerrecht\***

als Rechtsanwalt in folgenden Rechtsbereichen tätig: privates Baurecht;  
Amtshaftungsrecht; Gesellschaftsrecht; Grundstücks- und Immobilienrecht; Kapitalanlagerecht;  
Mitarbeiterbeteiligungsrecht; Steuerrechtsprozeßrecht; Verfassungsrecht

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)

<i>Basty</i>	Bauträgervertrag, 7. Aufl. 2012
<i>Blank</i>	Bedarf es einer Stärkung der Rechte des Verbrauchers im Bauträgervertrag, BauR 2010, 4
<i>Bergmeister/Reiß</i>	MaBV für Bauträger, 4. Aufl. 2003;
<i>Blank</i>	Bauträgervertrag, 4. Aufl. 2010
<i>Bülow</i>	Ein neu gefaßter § 13 BGB – überwiegende Zweckbestimmung, WM 2014, 1
<i>Freckmann/Rösler</i>	MaBV: Finanzierung von Bauträger und Besteller, ZfIR 2011, 739
<i>von Heymann/Wagner/Rösler</i>	MaBV für Notare und Kreditinstitute, 2000
<i>Grams</i>	Verbotene Aufrechnung des Bauträgers bei Mängelansprüchen der WEG ? ZfIR 2009, 573
<i>Grziwotz</i>	MaBV, 2. Aufl. 2012
<i>Grziwotz/Koebler</i>	Handbuch Bauträgerrecht, 2004
<i>Messerschmidt/Leidig</i>	Rechtsfolgen unwirksamer Abnahmeklauseln zum Gemeinschaftseigentum in notariellen Bauträgerverträgen, BauR 2014, 1
<i>Pause</i>	Bauträgerkauf und Baumodelle, 4. Aufl. 2004
<i>Schmid/Wagner</i>	Der Notar – die letzte Chance des Verbrauchers beim Bauträgervertrag, ZfBR 2011, 316
<i>Thode</i>	Bauträgervertrag – Gestaltungsfreiheit im Rahmen der neuen Gesetzgebung und Rechtsprechung, in: Thode/Uechtritz/ Wochner, Immobilienrecht 2000, RWS-Forum 19, 2001, Seite 267
<i>Thode</i>	Rechtssicherheit für den Bauträgervertrag – eine Phantasmagorie, ZfIR 2001, 345
<i>Thode</i>	Transparenzgebot und Bauträgervertrag, ZNotP 2004, 131
<i>Thode</i>	Das gesetzliche Leitbild des Bauträgervertrages, ZNotP 2006, 208
<i>Thode/Wagner</i>	Anspruch und Wirklichkeit – Ein Diskussionsbeitrag zum Diskussionsentwurf der Bundesnotarkammer über die Regelung des Bauträgervertrages im Bürgerlichen Gesetzbuch, BTR 2006, 2
<i>Wagner</i>	Allgemeine Inhaltskontrolle (auch) von Bauverträgen - Konsequenzen der Rechtsprechung von BGH und BVerfG sowie der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Verbraucherverträge, in: Dornfeld/Klumpe/Quast, Richter, Schmider/Söffing (Hrsg.), Handbuch der Bauherrengemeinschaften und geschlossenen Immobilienfonds (HdB), (02/1996), Fach 4310
<i>Wagner</i>	Wie rechtssicher ist die Absenkung des Verbraucherschutzes in Bauträgerverträgen ? BauR 2001, 1313

- Wagner* Verbrauchergrundrechtsschutz ? ZNotP 2001, 305
- Wagner* Die europarechtliche Seite des Bauträgervertrages, ZNotP 2002, Beilage 1
- Wagner* Werkvertrag, in: Henssler/Graf von Westphalen (Hrsg.), Praxis der Schuldrechtsreform, 2. Aufl. 2003, § 631 BGB - § 651 BGB
- Wagner* Der Bauträgervertrag im Spätstadium oder der schwierige Austausch von Geld, Land und Steinen – Die Sichtweisen des Verbraucher-Bestellers, in: Schmider/Wagner/Loritz (Hrsg.), Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), (04/2004), Fach 6112
- Wagner* Bauträgerrecht, in: Schmider/Wagner/Loritz (Hrsg.), Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), (12/2013), Fach 6120
- Wagner* Bauträgervertrag und Geschosswohnungsbau, ZNotP 2004, 4
- Wagner* Die Bezugfertigungs-„Rate“ im Bauträgervertrag, BauR 2004, 569
- Wagner* Der Bauträgervertrag und die Verbraucherschutzrichtlinie, ZfBR 2004, 317
- Wagner* Fragwürdiges zur neuen Rechtsprechung des Ansichziehens von Gewährleistungsansprüchen durch die WEG-Gemeinschaften beim Bauträgervertrag im Geschosswohnungsbau – Zu BGH v. 12.04.2007 – VII ZR 236/05, ZNotP 2007, 288
- Wagner* Bauträgervertrag, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, E
- Wagner* Zur Amtspflicht von Gerichten, EU-Gemeinschaftsrecht gegen nationales Recht durchzusetzen und gegen EU- Gemeinschaftsrecht verstoßendes nationales recht nicht anzuwenden, ZSteu 2010, 355
- Wagner* Rechtsrahmen für Bauträger (ohne § 3 und § 7 MaBV), in: Riemenschneider/Farrelly, Praktikerhandbuch Bauträgerfinanzierung und –vertrag, 2012, § 3
- Wagner* Der Bauträgervertrag und neues zum Verbraucherrechtsschutz, ZNotP 2012, 162
- Wagner* Bauverträge mit Verbrauchern, BauR 2013, 393
- Wagner* Abnahmeklauseln zum Gemeinschaftseigentum in notariellen Bauträgerverträgen – Die andere Sicht der Dinge, ZfBR 2014, 328
- Wagner* Folgen des § 648a BGB und BGH 06.03.2014 – VII ZR 349/12, dargestellt am Beispiel des Bauträgervertrages, ZfBR 5/2014 und ZNotP 6/2014

Wendehorst

Das neue Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie,  
NJW 2014, 577

## Inhaltsübersicht

1.	Rechtliche Grundlagen	5
1.1	Der Bauträgervertrag	5
1.1.1	Herkömmlicher Bauträgervertrag	6
1.1.2	Bauträgervertrag und europäisches Verbraucherschutzrecht	10
1.1.2.1	Verbraucherrechte-RL 2011/83 (VerbrRL)	11
1.1.2.2	Verbraucherschutz-RL 93/13/EWG (VerbrRL)	12
1.1.2.2.1	Pflichten von Notaren und Gerichten	12
1.1.2.2.2	Verstöße von Gerichten	15
1.1.2.2.3	Europäischer Verbraucherschutz und notarielle Wirksamkeitsbescheinigung	16
1.1.2.2.4	Europäischer Verbraucherschutz und vertragliche Inhaltskontrolle	19
1.1.2.2.5	VerbrRL und Schiedsklauseln	20
1.1.2.2.6	VerbrRL und notarielle Zwangsvollstreckungsunterwerfungsklauseln	21
1.2	Geschuldete Leistung	22
1.3	Vergütungsanspruch	23
1.3.1	Geschuldete Vergütung	23
1.3.2	Zahlungsabwicklung	24
1.3.2.1	Abschlagszahlungen oder Ratenvorauszahlungen	24
1.3.2.1.1	Vor dem 01.09.2008 geschlossene Bauträgerverträge	24
1.3.2.1.2	Nach dem 01.09.2008 geschlossene Bauträgerverträge	25
1.3.2.2	Fälligkeit und Entgegennahmeverbote	27
1.3.2.3	Abnahme	29
1.3.2.4	Auflassung und Eigentumsumschreibung	29
1.3.3	Gekündigter Bauträgervertrag	30
1.3.4	Einwände des Bestellers	31
1.3.4.1	Fehlende Fälligkeit	31
1.3.4.2	Entgegennahmeverbote des Bauträgers	33
1.3.4.3	Mängel: Geschuldete und nicht vereinbarte Vergütung	33
1.3.4.4	Deliktische Schadensersatzansprüche	34
1.3.4.5	§ 817 Satz 1 BGB	34
2.	Sachmängelrecht / Mangelprozess	35
2.1	Rechtliche Grundlagen	35
2.2	Mängel	35
2.2.1	Mängel im Sonder-/Wohnungseigentum	36
2.2.2	Mängel im Gemeinschaftseigentum	36
2.2.3	Mängelrechte und Aktivlegitimation	37
2.2.3.1	Mängel vor Abnahme	37
2.2.3.2	Mängel bei Abnahme	37

2.2.3.3	Mängel nach Abnahme	37
2.2.3.3.1	Die Wohnungseigentümergeinschaft	38
2.2.3.3.2	Einzelne Besteller	40
2.3	Hinweise	40
2.3.1	Herkömmlicher Bauträgervertrag	41
2.3.2	Neuer Bauträgervertrag	41
2.4	Einwände des Bauträgers	42
3.	Bürgschaft gem. § 7 MaBV	45
3.1	Neue Rechtsprechung des BGH	45
3.2	Grundlegende Einwände	45
3.2.1	Grund der Bürgschaft gem. § 7 MaBV	46
3.2.2	Anlass der Bürgschaftsinanspruchnahme gem. § 7 MaBV	47
3.3	Weitere Rechtsprechung zu § 7 MaBV	47

## 1. Rechtliche Grundlagen

### 1.1 Der Bauträgervertrag

- 1 Im folgenden wird von einem Bauträgervertrag und Bauträgerprozess im Geschosswohnungsbau ausgegangen. Für nach dem Inkrafttreten des Forderungssicherungsgesetzes (FoSiG) geschlossene Bauträgerverträge sind die Neuregelungen des BGB zu beachten, während die Regelungen des Bauforderungssicherungsgesetzes (BauFordSiG) vom 23.10.2008 ab 01.01.2009<sup>1)</sup> zu beachten sind, einerlei, ob der Bauträgervertrag vor oder nach dem 01.09.2008 abgeschlossen wurde.
- 2 Der Terminologie des Gesetzes folgend (sic. § 632a Abs. 2 BGB), wird auch beim Bauträgervertrag im Folgenden nicht mehr vom Besteller sondern vom „Besteller“ gesprochen wie auch die nachfolgende Darstellung sich mit dem Besteller befaßt, der zugleich Verbraucher (§ 13 BGB) ist.
- 3 Der Bauträger baut beim herkömmlichen Bauträgervertrag auf eigenem oder fremden Grund und Boden, jedenfalls nicht auf im Eigentum des Bestellers befindlichen Grund und Boden. Die Folge ist, daß das von ihm Verbaute gemäß § 946 BGB Eigentum des Grundstückseigentümers wird. Der Besteller zahlt über den Bauablauf hinweg „Abschlagszahlungen“ (§ 632a Abs. 2 BGB) bzw. Raten (§ 3 Abs. 2 MaBV), erhält dafür aber nur eine inäquivalente Sicherheit (§ 632a Abs. 3 BGB) und eine Sicherung in Form einer Vormerkung (§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MaBV) am Vertragsgegenstand. Eine Eigentumsumschreibung findet erst statt, wenn das Bauvorhaben fertiggestellt und das vertraglich Geschuldete bezahlt worden ist.<sup>2)</sup>

---

\* Stand: 12.06.2014

1) BGBl. I 2008, 2022 = NZBau 2008, Beilage zu Heft 10. Zu Beschlussempfehlung und Bericht des Bundestagsrechtsausschusses siehe BT-Drucks. 16/9787 vom 25.06.2008. Gesetzesbeschluss des Deutschen Bundestages BR-Drucks. 616/08 vom 29.08.2008. Dazu *Heerdt/Schramm* BauR 2009, 1353

2) BGH 22.07.2010 – III ZR 293/09, WM 2010, 2281 Rdn. 18; *Basty*, Der Bauträgervertrag, 7. Aufl. 2012, Rdn. 779; *Grziwotz/Koebler*, Handbuch Bauträgerrecht, 2004, 1. Teil Rdn. 17; *Wagner* in: *Messerschmidt/Voit*, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, E Rdn. 14 m.w.N.

### 1.1.1 Herkömmlicher Bauträgervertrag

- 4 Der Bauträgervertrag<sup>3)</sup> ist ein Vertragstyp sui generis. Er wird durch folgende Merkmale bestimmt:
- 5 - Das zu errichtende Gebäude wird nicht auf dem im Eigentum der Besteller befindlichen Grundstück errichtet, sondern entweder auf dem im Eigentum des Bauträgers oder eines Dritten befindlichen Grundstück. Die Folge ist, daß das Verbaute gemäß § 946 BGB zunächst nicht Eigentum der Besteller wird, sondern des jeweiligen Grundstückseigentümers. Und da Besteller nicht schon mit notarieller Protokollierung des Bauträgervertrages und auch nicht mit Zahlung der anteiligen Vergütung für das Grundstück Grundstückseigentümer werden, ist *deshalb* auf den Bauträgervertrag zwingend die MaBV anwendbar.<sup>4)</sup>
- 6 - Der Besteller zahlt für Grundstücksanteil und sukzessive Bauerrichtung, ohne im Gegenzuge dafür wegen § 946 BGB sofort etwas zu erhalten, wie zuvor verdeutlicht. Folglich stellen diese sukzessiven Zahlungen auch keine Abschlagszahlungen sondern ratenweise Vorauszahlungen dar.<sup>5)</sup> § 632a Abs. 2 BGB spricht in der Sache den Bauträgervertrag an und ordnet auch ratenweise Vorauszahlungen dem Begriff der Abschlagszahlung zu, obwohl der Besteller anders als in § 632a Abs. 1 BGB für das von ihm Gezahlte keinen Wertzuwachs erfährt, weder das Grundstück noch das Verbaute betreffend. Wenn mithin in § 632a Abs. 2 BGB der Begriff der Abschlagszahlung verwendet wird, wird dort nicht wie in § 632a Abs. 1 Satz 1 BGB darauf abgestellt, daß die vom Bauträger vertragsgemäß erbrachte Leistung beim Besteller sogleich zu einem Wertzuwachs führt. Dies bedeutet, daß der Gesetzgeber in § 632a Abs. 2 BGB den Begriff der Abschlagszahlung auch für den Fall verwendet, der eigentlich eine ratenweise Vorauszahlung zum Gegenstand hat.
- 7 - Die Eigentumsumschreibung von Grundstückseigentum – beim Geschosswohnungsbau in Form des Wohnungs- und Gemeinschaftseigentums - und der verbauten Bausubstanz auf den Besteller erfolgt i.d.R. erst, wenn vom Besteller alles vertraglich Vereinbarte bzw. vertraglich Geschuldete bezahlt worden ist.<sup>6)</sup>
- 8 Letzteres hat zur Folge, daß selbst dort, wo der Bauträger vor Beginn seiner „Verkaufs“-Aktivitäten schon eine Teilungserklärung gem. § 8 WEG im Grundbuch hat wahren lassen, sofern es sich um ein im Eigentum des Bauträgers befindliches Grundstück handelte, dadurch noch keine Wohnungseigentümergeinschaft entstanden ist.<sup>7)</sup>

---

3) Zur Historie des Bauträgervertrages Messerschmidt/Voit/Wagner, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, E. Rdn. 1 ff. m.w.N.

4) § 3 Abs. 1 Satz 1 MaBV: „....., sofern dem Besteller Eigentum an einem Grundstück übertragen .... werden *soll*, ...“ - § 7 Abs. 1 Satz 3 MaBV: „, .... in denen dem Besteller Eigentum an einem Grundstück übertragen .... werden *soll*, ...“

5) Thode ZNotP 2006, 208, 214 ff.; Messerschmidt/Voit/Wagner, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, E. Rdn. 72 ff.

6) Messerschmidt/Voit/Wagner, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, E. Rdn. 14; Wagner ZNotP 2007, 288, 289 f.

7) Wagner ZfBR 2014, 328

- 9 Denn eine solche setzt voraus, daß beim Geschosswohnungsbau nicht nur der Bauträger im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist. Vielmehr setzt ihr Entstehen voraus, daß mindestens **ein**<sup>8)</sup> **weiterer** Besteller als Wohnungseigentümer im Grundbuch eingetragen worden sein muß.<sup>9)</sup> Dies wird i.d.R. frühestens nach Abnahme der Fall sein, so daß ein Wohnungseigentümergeinschaft bis dahin nicht existiert.
- 10 Aber auch eine werdende Wohnungseigentümergeinschaft wird beim herkömmlichen Bauträgervertrag bis zur Abnahme nicht existieren. Denn nach h.M. setzt eine werdende Wohnungseigentümergeinschaft voraus, daß neben der Anlegung der Wohnungseigentumsgrundbücher, der Wirksamkeit schuldrechtlicher Verträge, der Bildung einer tatsächlichen Gemeinschaft, der Eintragung von Vormerkungen für die Besteller zusätzlich der Übergang der Nutzungen, Besitz, Lasten und Gefahr auf die Besteller erfolgt sein muß.<sup>10)</sup> Da beim herkömmlichen Bauträgervertrag erst *nach* durchgeführter Abnahme der Übergang von Besitz, Nutzungen, Lasten und Gefahr auf die Besteller erfolgen wird, denen der Bauträger nicht wegen Mängeln und einbehaltener Zahlungen dies verweigert, wird frühestens **nach** durchgeführter Abnahme eine werdende Eigentümergeinschaft vorhanden sein, der aber diejenigen Personen nicht angehören werden, bei denen zwar die Anlegung der Wohnungseigentumsgrundbücher, die Wirksamkeit schuldrechtlicher Verträge, die Bildung einer tatsächlichen Gemeinschaft und die Eintragung von Vormerkungen gegeben sein mag, denen aber der Bauträger den Übergang von Besitz, Nutzungen, Lasten und Gefahr verweigert hat (sog. Outsider).<sup>11)</sup>
- 11 Der werdende Wohnungseigentümer, auf den Besitz, Nutzen und Lasten übertragen worden sind und für den eine Vormerkung im Wohnungseigentumsgrundbuch eingetragen worden ist, tritt betreffend die mit dem Wohnungseigentum verbundenen Rechte und Pflichten an die Stelle des Bauträgers, dem nur die sachenrechtliche Eigentümerstellung verbleibt.<sup>12)</sup>
- 12 *Bis* zur Abnahme und eine gewisse Zeit danach existiert folglich beim herkömmlichen Bauträgervertrag weder eine werdende noch eine endgültige Wohnungseigentümergeinschaft, so daß die Abnahme auch nicht von diesen Gemeinschaften durchgeführt werden kann. Abgenommen wird zudem nicht wie immer wieder fehlerhaft zu lesen ist, Wohnungs- und Gemeinschaftseigentum, da beides nicht hergestellt sondern nur eingeräumt (§ 3 WEG), begründet (§ 1 Abs. 1, 2

---

8) BGH 05.06.2008 – V ZB 85/07, NJW 2008, 2639 Rdn. 12; OLG Köln 16.04.1999 – 16 Wx 08/99, ZfIR 1999, 601; OLG München 09.01.2006 – 34 Wx 89/05, FGPrax 2006, 63; Erman/*Grziwotz*, BGB, 11. Aufl. 2004, § 10 Rdn. 10; Messerschmidt/*Voit/Wagner*, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, E. Rdn. 191 – Mit der Rechtsprechung des BGH vom 05.06.2008 hat sich die instanzgerichtliche Rechtsprechung erledigt, die für das Entstehen einer Wohnungseigentümergeinschaft forderte, daß außer dem aufteilenden Bauträger zumindest *zwei* weitere Besteller Wohnungseigentümer geworden sein mußten. Dazu *Wagner ZNotP* 2007, 288, 289 u. H.a. BayObLG 11.04.1990 – BReg. 2Z 07/90, NJW 1990, 3216, 3217; OLG Hamm 27.01.2000 – 15 W 318/99, WuM 2000, 319; OLG Jena 12.06.2001 – 6 W 177/01, WuM 2001, 504; OLG Frankfurt 15.06.2005 – 20 W 17/03, n.V.; OLG Hamm 10.03.2007 – 15 W 428/06, BauR 2008, 377, 378; Münchener Kommentar/*Engelhardt*, BGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2004, § 43 WEG Rdn. 24

9) BGH 05.06.2008 – V ZB 85/07, BGHZ 177, 53 Rdn. 12; *Wagner ZfBR* 2014, 328

10) BGH 05.06.2008 – V ZB 85/07, NJW 2008, 2639 Rdn. 7; BGH 11.05.2012 – V ZR 196/11, WM 2013, 486 Rdn. 7; OLG Köln 16.04.1999 – 16 Wx 08/99, ZfIR 1999, 601; OLG Jena 12.06.2001 – 6 W 177/01, WuM 2001, 504; OLG Frankfurt 15.06.2005 – 20 W 17/03, n.V.; OLG München 09.01.2006 – 34 Wx 89/05, FGPrax 2006, 63; OLG Hamm 10.03.2007 – 15 W 428/06, BauR 2008, 377, 378; Erman/*Grziwotz*, BGB, 11. Aufl. 2004, § 10 Rdn. 10; Münchener Kommentar/*Engelhardt*, BGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2004, § 43 WEG Rdn. 24; *Wagner ZNotP* 2007, 288, 290; a.A. *Wenzel* NJW 2007, 1905, 1907

11) *Wagner ZNotP* 2007, 288, 290; Messerschmidt/*Voit/Wagner*, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, E. Rdn. 193

12) BGH 11.05.2012 – V ZR 196/11, NJW 2012, 2650 Rdn. 14 - 15 (Juris);

WEG) bzw. verschafft werden kann (§ 633 Abs. 1 BGB). Die Abnahme gemäß § 640 Abs. 1 BGB bezieht sich folglich auf das vom Bauträger werkvertraglich Geschuldete und dies ist das gemäß § 633 Abs. 1 BGB zu verschaffende Werk, wozu gehören:

- 13 - Besitz am Grundstück und der darauf errichteten Immobilie,
- 14 - die Herstellung des Gebäudes,
- 15 - die Herstellung der in diesem Gebäude befindlichen Wohnungen.

16 Die Verschaffung von Wohnungs- und Gemeinschaftseigentum daran gehört allerdings zum vertraglich geschuldeten Erfolg i.S.d. § 362 Abs. 1 BGB.<sup>13)</sup>

17 In Anbetracht dessen stehen die diversen Besteller, die im Geschosswohnungsbau jeder für sich mit dem Bauträger einen Bauträgervertrag geschlossen haben (vertikale Rechtsbeziehungen) untereinander von Anfang an in einer horizontalen Rechtsbeziehung, indem sie im *Außenverhältnis* gemeinschaftliche Gläubiger (§ 432 Abs. 1 BGB) – auch Mitgläubiger genannt – sind, denn: Der Bauträger schuldet die Errichtung des Gebäudes samt Wohnungen tatsächlich nur einmal, rechtlich jedoch so oft wie der Bauträger sich in den abgeschlossenen Bauträgerverträgen gegenüber Bestellern rechtlich verpflichtet hat.<sup>14)</sup> Im *Innenverhältnis* handelt es sich bei diesen gemeinschaftlichen Gläubigern bzw. Mitgläubigern um eine Bestellergemeinschaft (§§ 741 ff. BGB) bzw. um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Innengesellschaft (§§ 705 ff. BGB).<sup>15)</sup> Folglich müßte die Abnahme des Gebäudes durch die Besteller als gemeinschaftliche Gläubiger erfolgen, während die Abnahme jeder Wohnung durch den jeweiligen Besteller erfolgen könnte, der in seinem jeweiligen Bauträgervertrag mit dem Bauträger eine bestimmte Wohnung als durch den Bauträger vertraglich geschuldet vereinbart hatte. Mit einer Abnahme von Wohnungseigentum und Gemeinschaftseigentum hat dies nichts zu tun.

18 In der Rechtsprechung des BGH<sup>16)</sup> zur Geltendmachung von Rechten nach Abnahme hat dieser folgendes iudiziert:

- 19 - Minderung und kleiner Schadensersatz könnten nach entsprechender Beschlussfassung in der Wohnungseigentümergeinschaft und dem an sich Ziehen solcher Rechte nur von der Wohnungseigentümergeinschaft geltend gemacht werden. Dabei wird allerdings verkannt, daß nicht jeder Besteller Mitglied einer solchen Wohnungseigentümergeinschaft sein muß (z.B. der oben genannte Outsider).<sup>17)</sup>
- 20 - Großer Schadensersatz, Wandlung bzw. Rücktritt könnten einzelne Besteller individuell geltend machen, sofern dies nicht Interessen der Wohnungseigentümergeinschaft widerspricht.<sup>18)</sup>

---

13) Thode NZBau 2002, 297, 301; Wagner/Loritz, Konzeptionshandbuch der steuerorientierten Kapitalanlage, Bd. 1, 2. Aufl. 1997, Rdn. 1889, 1891 – 1893; Wagner ZNotP 2002, Beilage 1, Seite 2 ff.; Henssler/von Westphalen/Wagner, Praxis der Schuldrechtsreform, 2. Aufl. 2002, § 633 Rdn. 5, 8 – 9, 31 – 36; Wagner ZNotP 2007, 288, 289; Messerschmidt/Voit/Wagner, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, E. Rdn. 180

14) BGH 21.03.1985 – VII ZR 148/83, BGHZ 94, 117, 119; Erman/Ehmann, BGB, 11. Aufl. 2004, § 432 Rdn. 4; Soergel/Wolf, BGB, 12. Aufl. 1990, § 432 Rdn. 1; Wagner ZNotP 2007, 288, 289

15) Zu den Voraussetzungen einer GbR-Innengesellschaft BGH 12.11.2007 – II ZR 183/06, WM 2008, 28.

16) BGH 12.04.2007 – VII ZR 236/05, ZIP 2007, 1014 = WM 2007, 1084

17) Wagner ZNotP 2007, 288, 293; Messerschmidt/Voit/Wagner, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, E. Rdn. 193, 199

18) BGH 06.03.2014 – VII ZR 266/13



- 21 - Mängelbeseitigung, Aufwendungsersatz und Kostenvorschuss, jeweils nur auf Leistung an die Wohnungseigentümergeinschaft, könnten einzelne Besteller geltend machen, sofern auf eine ordnungsgemäße Herstellung des Gemeinschaftseigentum gerichtet und sofern die Wohnungseigentümergeinschaft nicht durch Beschluss solche Rechte an sich gezogen hat. Auch hier wird verkannt, daß nicht jeder Besteller Mitglied einer solchen Wohnungseigentümergeinschaft sein muß (z.B. der oben genannte Outsider)<sup>19)</sup> und es ja überhaupt nicht um Mängel des Gemeinschaftseigentums gehen kann, sondern um Sach- oder Werkmängel.
- 22 Diese Rechtsprechung des BGH hat auf Kläger- und Beklagtenseite erhebliche Rechtsunsicherheit ausgelöst wie folgendes zeigt:
- 23 Das OLG München<sup>20)</sup> hat iudiziert, daß ein Besteller gegen den restlichen Vergütungsanspruch eines Bauträgers mit einem Vorschussanspruch wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum aufrechnen könne. Und obwohl die WEG-Gemeinschaft keinen Beschluss gefaßt hatte, Gewährleistungsansprüche betr. das Gemeinschaftseigentum an sich zu ziehen, müsse dann der entsprechende Besteller den Betrag, dessentwegen er aufgerechnet habe, an die WEG-Gemeinschaft auszahlen. Der betreffende Besteller hat folglich das vom Bauträger vertraglich Geschuldete nicht mängelfrei erhalten und soll dann für die mangelhafte Leistung des Bauträgers auch noch an die WEG-Gemeinschaft zahlen. Ein befremdliches Ergebnis. Hinzu kommen die offen gebliebenen Fragen, wer den zur Aufrechnung gestellten Vorschuss gegenüber dem Bauträger abrechnen muß, einen zu hoch aufgerechneten Vorschuss dann an den Bauträger zurückzahlen muß etc. ?<sup>21)</sup>
- 23.1 Bei einem notariell beurkundeten Bauträgervertrag geht die Rechtsprechung vom Anschein eines Formularvertrages aus,<sup>22)</sup> es sei denn, die vorformulierten Vertragsbedingungen fänden einvernehmliche Verwendung, so daß dann die §§ 305 ff. BGB keine Anwendung finden.<sup>23)</sup> Klauselverwender ist der Bauträger.<sup>24)</sup> Folglich werden zivilrechtliche Vertragsgestaltung von Bauträgerverträgen daran gemessen, ob sie einer Inhaltskontrolle gemäß §§ 305 ff. BGB standhalten<sup>25)</sup> und zudem dabei die Einhaltung der Vorgaben der MaBV ebenfalls zum Maßstab dieser Inhaltskontrolle gemacht. Dabei bleibt folgendes unberücksichtigt:
- 23.2 Die MaBV ist nicht zivilrechtlich einzuordnen, sondern öffentlichrechtlich. Die darin enthaltenen öffentlichrechtlichen Vorgaben sind wegen der Nichtigkeitssanktion der §§ 12 MaBV, 134 BGB und der Ordnungswidrigkeitenfolgen des § 18 MaBV zu beachten, sie haben aber mit zivilrechtlicher Inhaltskontrolle nichts zu tun. Die zivilrechtliche Inhaltskontrolle hat sich an den §§ 305 ff.

---

19) Wagner ZNotP 2007, 288, 293; Wagner in: Messerschmidt/Voit (Hrsg.), Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, E. Rdn. 193

20) OLG München 22.05.2007 – 9 U 3081/06, BauR 2008, 373

21) Buchner BauR 2008, 375

22) BGHZ 118, 229, 238. Ferner: Zur formulmäßigen Verwendung von Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen, wenn ihre dreimalige Verwendung *beabsichtigt* ist, siehe BGH NJW 2002, 138. Zur formularmäßigen Verwendung von Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen, wenn die Bedingungen nicht gegenüber verschiedenen Vertragsparteien verwendet werden sollen, siehe BGH NJW 2004, 1454. Siehe auch Basty, Der Bauträgervertrag, Rdn. 17

23) BGH 17.02.2010 – VIII ZR 67/09, BGHZ 184, 259

24) a.A. von Westphalen BauR 2012, 699, 704, der meint, bei Einschaltung eines Notars sei die Inhaltskontrolle von Verträgen nicht aufrecht zu halten.

25) Dazu Sienz BauR 2009, 361

BGB zu orientieren und muß mit den öffentlichrechtlichen Vorgaben der MaBV keineswegs kompatibel sein. Folglich ist es nicht (mehr) möglich, die zivilrechtliche Vertragsgestaltung an den öffentlichrechtlichen Vorgaben der MaBV auszurichten, um dann zu meinen, den Inhaltskontrollvorgaben der §§ 305 ff. BGB sei Rechnung getragen worden. Vielmehr muß man diesbezüglich zweistufig an die Vertragsgestaltung herangehen:<sup>26)</sup>

- Die Vertragsgestaltung des Bauträgervertrages muß *zunächst* einmal *zivilrechtlich* den Vorgaben der §§ 305 ff. BGB stand halten und
- darf wegen der §§ 12, 18 MaBV *getrennt* davon nicht gegen die *öffentlichrechtlichen* Vorgaben der MaBV verstoßen.<sup>27)</sup>

23.3 Vor diesem Hintergrund zivilrechtlicher Inhaltskontrolle des Bauträgervertrages hat der BGH folgendes beanstandet:

Es kommt im Geschosswohnungsbau vor, daß Bauträger mit Interessenten bezüglich einzelner Wohnungen keinen Bauträgervertrag abschließen, sondern sich von den Bestellern ein vom Bauträger vorgegebenes notariell beurkundetes Bauträgervertragsangebot unterbreiten lassen, welches der Bauträger erst dann annimmt, wenn ein bestimmter „Verkaufsstand“ erreicht ist und damit die Finanzierung des Bauträgers diesem auszahlungsreif zur Verfügung steht.<sup>28)</sup> Inzwischen hat der BGH<sup>29)</sup> zu erkennen gegeben, daß eine Annahmefrist von über 4 Monaten zu lange sei und bei einem finanzierten Kauf allenfalls 4 Wochen angemessen seien.<sup>30)</sup> Auch sei eine Klausel in der Angebotserklärung unwirksam, wonach eine Bindungsfrist des Anbietenden von einem Monat gelten solle und bei Überschreiten dieser Monatsfrist das Angebot als widerrufliches, stets annehmbares Angebot fortbestehe (Verstoß gegen § 308 Nr. 1 Halbs. 1 BGB).<sup>31)</sup> Die Folgen sind, daß die vorgenannte Praxis nicht mehr rechtswirksam angewandt werden kann, worauf der beurkundende Notar auch im eigenen Interesse zu achten hat, hat er doch gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 MaBV eine notarielle Wirksamkeitsbescheinigung zu erteilen.<sup>32)</sup>

### 1.1.2 Bauträgervertrag und europäisches Verbraucherschutzrecht

23.4 Der Begriff des Verbrauchers ist in § 13 BGB definiert. Mit Wirkung ab 13.06.2014 ist die Neufassung des § 13 BGB in Kraft getreten. Danach ist Verbraucher eine natürliche Person, die

---

26) Wagner in: Schmider/Wagner/Loritz, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), Fach 6112 Rdn. 36 – 37 und zur Vertragsgestaltung Rdn. 383 und 420

27) Holland/Hertel in: Limmer/Hertel/Frenz/Mayer (Hrsg.), Würzburger Notarhandbuch, 2005: Bauträgervertrag, Kapitel 4, Rdn. 1264 – 1266. Diese Trennung von Zivilrecht und öffentlichem Recht bleibt bei *Baumann/Fabis* RNotZ 2001, 101 weitgehend unbeachtet.

28) Der die Annahmeerklärung beurkundende Notar hat über die Bedeutung der Annahmeerklärung zu belehren, nicht aber über den Inhalt des Vertragsangebotes: BGH 08.12.2011 – III ZR 225/10, WM 2012, 952 Rdn. 14 m.w.N.

29) BGH NZBau 2010, 697 Rdn. 7 – 8; BGH 27.09.2013 – V ZR 52/12, WM 2013, 2315 Rdn. 12

30) Nach OLG Nürnberg 31.01.2012 – 1 U 1522/11, MittBayNot 2012, 461 soll die Annahme-Frist 6 – 8 Wochen betragen können. Dies verneint der BGH in BGH 27.09.2013 – V ZR 52/12, WM 2013, 2315 Rdn. 12

31) BGH 07.06.2013 – V ZR 10/12, ZfIR 2013, 766 Rdn. 13, 18 f. mit Anm. Hertel; dazu Herrler DNotZ 2013, 887

32) Zu Einzelheiten siehe Wagner in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, Rdn. 159 ff.

ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die *überwiegend* weder ihrer gewerblichen noch selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.<sup>33)</sup>

### 1.1.2.1 Verbraucherrechte-RL 2011/83 (VerbrR-RL)

- 24 Die Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83/EU (VerbrR-RiL) über die Rechte der Verbraucher vom 25.10.2011 wurde am 22.11.2011 im Amtsblatt der EU veröffentlicht<sup>34)</sup> und ist am 12.12.2011 in Kraft getreten. Sie verwirklicht das Vollharmonisierungsprinzip (Art. 4 VerbrR-RiL).<sup>35)</sup> Zwar ist eine Bereichsausnahme für notariell beurkundete Verbraucherverträge nur wegen der Mitwirkung eines Notars in der VerbrR-RiL nicht enthalten. Aber gemäß Erwägungsgrund (26) Satz 1 bis 3 der VerbrR-RiL eignen sich die in dieser RiL enthaltenen Bestimmungen ausdrücklich nicht für Verträge
- über die Übertragung von Immobilien oder
  - 25 - über die Übertragung von Rechten an Immobilien oder
  - 26 - über den Erwerb von Immobilien bzw. Rechte oder
  - 27 - über den Bau von neuen Gebäuden oder
  - 28 - über den Verkauf noch zu bebauender Liegenschaften und
  - 29 - den Mietkauf.
- 30 Solche Verträge werden daher ausdrücklich vom Geltungsbereich dieser Richtlinie ausgenommen (siehe auch Art. 3 Abs. 3 e) und f) VerbrR-RiL),<sup>36)</sup> folglich auch Bauträgerverträge über neu zu errichtende Immobilien und solche, welche erhebliche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden zum Gegenstand haben (Art. 3 Abs. 3 f) VerbrR-RiL), wenn diese Umbaumaßnahmen im Zusammenhang mit einer der vorgenannten Fällen steht.<sup>37)</sup>
- 31 Dagegen unterfallen Dienstleistungsverträge im Zusammenhang mit der Instandsetzung und Renovierung von Gebäuden, die keine erheblichen Umbauarbeiten darstellen, sehr wohl der VerbrR-RiL (Erwägungsgrund 26 Satz 5). Aber Bauträgerverträge, die Instandsetzungen bzw. Renovierungen zum Gegenstand haben, ohne erhebliche Umbauten zu sein, unterfallen auch in diesem Fall nicht der VerbrR-RiL, weil ja bei solchen Bauträgerverträgen zu den Instandsetzungs- bzw. Renovierungsleistungen die Übertragung bzw. der Erwerb der Immobilie hinzutritt, weshalb auch hier die Bereichsausnahme des Art. 3 Abs. 3 e) und f) VerbrR-RiL greift. Auch hier gilt daher statt dessen weiter die VerbrRL 93/13/EWG.<sup>38)</sup>

---

33) *Bülow* WM 2014, 1

34) ABl. L 304 vom 22.11.2011, Seite 64 ff.

35) *Bülow* WM 2014, 1

36) *Wagner* Baur 2013, 393 f.

37) *Wagner* ZNotP 2012, 162

38) *Wagner* ZNotP 2002, Beilage 1, Seite 9; *Wagner* ZNotP 2012, 162, 163

- 31.1 Am 13.06.2014 ist das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechte-Richtlinie in Kraft getreten.<sup>39)</sup> Auf Bauträgerverträge findet in Anbetracht der zuvor beschriebenen Bereichsausnahme der VerbrR-RiL die Umsetzung nur in begrenztem Umfang Anwendung (siehe § 312 Abs. 2 Nr. 2. und 3. BGB i.V.m. § 312a Abs. 1, 3, 4, 6 BGB).

### 1.1.2.2 Verbraucherschutz-RL 93/13/EWG (VerbrRL)

#### 1.1.2.2.1 Pflichten von Notaren und Gerichten

- 32 Da bisher der Bauträgervertrag nicht ansatzweise gesetzlich geregelt war, waren beurkundende Notare und Gerichte gehalten, den Vorgaben der Verbraucherschutzrichtlinie 93/13/EWG (VerbrRL) auch bei Bauträgerverträgen zum Durchbruch zu verhelfen.<sup>40)</sup> Da der Gesetzgeber zwar aufgrund der Neufassung des § 632a BGB aufgrund des FoSiG den Bauträgervertrag in § 632a Abs. 2 – 3 BGB in der Sache angesprochen hat, dabei aber Vorgaben der VerbrRL weder hier noch an anderer Stelle erneut nicht beachtet hat, sind beurkundende Notare und Gerichte nach wie vor verpflichtet, den Vorgaben der VerbrRL zum Durchbruch zu verhelfen.
- 33 Stellen sich im Zusammenhang mit dem Bauträgervertrag entscheidungserhebliche Fragen z.B. betreffend die VerbrRL, so **müssen** Richter bzw. Gerichte diese **von Amts wegen** würdigen und der Anwalt des Verbraucher- Bestellers ist gehalten, die Rechtsfolgen zu bedenken und sich in seinem Prozessvortrag darauf einzustellen.<sup>41)</sup> Denn aufgrund des **Anwendungsvorranges** der VerbrRL vor deutschem Recht<sup>42)</sup> müssen Gerichte von Amts wegen prüfen, ob das nationale *Recht* - nicht nur deutsche *Gesetze* - den Richtlinienvorgaben entspricht oder nicht. Und dort wo dies zu Lasten von Verbrauchern nicht der Fall ist, müssen Gerichte von Amts wegen prüfen, ob und inwieweit deutsche gesetzliche Regelungen per richtlinienkonformer Auslegung sich an den Zielen und dem Zweck der VerbrRL ausrichten lassen.<sup>43)</sup> Denn gegenüber allen nicht richtlinienkonformen innerstaatlichen Vorschriften kann sich der benachteiligte Verbraucher **gegenüber deutschen Gerichten** auf die Bestimmungen einer Richtlinie direkt berufen.<sup>44)</sup>
- 34 Gerichte haben Vertragsklauseln aus Verträgen Gewerbetreibender mit Verbrauchern aufgrund des **Anwendungsvorrangs** des Gemeinschaftsrechts vor nationalem Recht *von Amts wegen* zu

---

39) BGBl. I 2013, 3542. Dazu *Wendehorst* NJW 2014, 577

40) *Thode* in: *Thode/Uechtritz/Wochner*, Immobilienrecht 2000, Seite 267, 298 ff.; *Thode* ZNotP 2004, 210, 213 f.; *Thode* ZNotP 2005, 210; *Wagner* BauR 2001, 1313, 1317 f.; *Wagner* ZNotP 2002, Beilage 1; *Wagner* ZfBR 2004, 317; *Wagner* BauR 2004, 569, 580 f.; *Wagner* in: *Messerschmidt/Voit*, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, E Rdn.6 - 8, 31 - 47, 98, 109, 193 – 194, 265 – 267/308 – 310, 323 334 m.w.N.

41) EuGH 27.06.2000 – Rs. C-240/98 bis C-244/98 (*Oceano Grupo*), NJW 2000, 2571 Rdn. 26; EuGH 21.11.2002 – Rs.C-473/00 (*Cofidis*), EuZW 2003, 27 Rdn. 32 – 33; *Wagner* ZNotP 2012, 162, 163

42) 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; *Wagner* ZSteu 2010, 355

43) 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*), Slg. 2001, I-3541 Rdn. 17; EuGH 04.12.2003 – Rs. C-63/01 (*Evans*), Slg. 2003, 14447 Rdn. 35; EuGH 09.12.2004 – Rs. C-177/03 (*Kommission/Frankreich*), Slg. 2004, I-11671 Rdn. 57

44) EuGH 17.02.2005 – Rs. C-462/02 (*Linneweber und Arkritidis*), Slg. 2005, I-1131 Rdn. 33 m.w.N.; EuGH 18.07.2007 – Rs. C-119/05 (*Lucchini*), EWS 2007, 402 Rdn. 60 – 61; im einzelnen *Wagner* in: *Schmider/Wagner/Loritz*, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), (06/2008), Fach 8410 Rdn. 15 ff.

beachten und zu prüfen.<sup>45)</sup> Dies deshalb, weil die VerbrRL einen Schutz gewährleisten soll, der mit dem bestehenden Ungleichgewicht von Verbrauchern und Gewerbetreibenden zu tun hat und durch das Gericht als unabhängigem Dritten hergestellt werden soll.<sup>46)</sup> Nationale Gerichte haben mithin nicht nur eine Befugnis zur Prüfung der Missbräuchlichkeit von Vertragsklauseln, sondern *müssen* von Amts wegen prüfen, sobald sie über die dazu erforderlichen tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen verfügen.<sup>47)</sup> Und dazu gehört sogar, daß das damit befaßte nationale Gericht sogar von Amts wegen Untersuchungsmaßnahmen durchführen *muß*.<sup>48)</sup> Mit dem EuGH geht dies sogar so weit, daß das Gericht, bei dem der Antrag auf Erlass eines Mahnbescheides gestellt worden ist, von Amts wegen solche Untersuchungsmaßnahmen durchführen muß, auch wenn der Verbraucher noch keinen Widerspruch erhoben hat, weil andernfalls die Effektivität der VerbrRL und der damit beabsichtigte Schutzzweck leiden würde.<sup>49)</sup> Und dies selbst dann, wenn nationale gesetzliche Regelungen solche Prüfungspflichten für Gerichte nicht vorsehen oder gar vermeiden wollen, weil auch dann gegen den Effektivitätsgrundsatz verstoßen würde.<sup>50)</sup>

- 35 Zur Beurteilung der Missbräuchlichkeit von Vertragsklauseln, die für den Fall verständlicher Vertragsklauseln weder den Hauptgegenstand des Vertrages noch Fragen der Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung betreffen dürfen,<sup>51)</sup> muß das nationale Gericht von Amts wegen u.a. prüfen, ob ein Fall des Anhangs zu Art. 3 Abs. 3 VerbrRL gegeben ist und ob und inwieweit der Verbraucher Vertragsklauseln die Möglichkeit hatte davon tatsächlich und verständlich Kenntnis zu nehmen (Erwägungsgrund 20 und Art. 5 VerbrRL).<sup>52)</sup>
- 36 Unterläßt ein Gericht diese vorrangige Prüfung von Vertragsklauseln gemessen an den Vorgaben der VerbrRL zum Nachteil des Verbrauchers, können diesem dadurch im Wege des Sekundärrechtsschutzes – nach Erschöpfung des Rechtsweges des Primärrechtsschutzes – Schadensersatzansprüche aus einem gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch zustehen.<sup>53)</sup>
- 37 In Anbetracht des Anwendungsvorrangs der VerbrRL vor dem nationalen Recht empfiehlt es sich, zunächst an Hand der VerbrRL zu klären, ob Vertragsklauseln einer Inhaltskontrolle stand halten oder missbräuchlich sein können (Art. 1, 3 i.V.m. Anhang VerbrRL) und dadurch unverbindlich sind (Art. 6 Abs. 1 VerbrRL). Soweit missbräuchliche Klauseln gegeben sind, sind diese nicht per se unwirksam, sondern zunächst einmal „unverbindlich“, ohne daß diese Vertragsklauseln zuvor gerichtlich angegangen worden sein müßten.<sup>54)</sup> Der Unterschied zur Unwirksamkeit besteht in folgendem: Eine missbräuchliche Klausel muß dann nicht unangewendet bleiben, wenn der

---

45) EuGH 26.04.2012 – Rs. C-472/10 (Pest Megyei Biróság), ZIP 2012, 2020 Rdn. 30 – 31; *Vorwerk*, FS f. Thode, 2005, Seite 645, 648 f.; *Wagner ZSteu* 2010, 355

46) EuGH 14.06.2012 – Rs. C-618/10 (Camino), EuZW 2012, 754 Rdn. 41 - 42

47) EuGH 14.06.2012 – Rs. C-618/10 (Camino), EuZW 2012, 754 Rdn. 43

48) EuGH 14.06.2012 – Rs. C-618/10 (Camino), EuZW 2012, 754 Rdn. 44

49) EuGH 14.06.2012 – Rs. C-618/10 (Camino), EuZW 2012, 754 Rdn. 53 f.

50) EuGH 14.06.2012 – Rs. C-618/10 (Camino), EuZW 2012, 754 Rdn. 56

51) EuGH 26.04.2012 – Rs. C-472/10 (Pest Megyei Biróság), ZIP 2012, 2020 Rdn. 23

52) EuGH 26.04.2012 – Rs. C-472/10 (Pest Megyei Biróság), ZIP 2012, 2020 Rdn. 27 – 28, 30

53) EuGH 24.11.2011 – Rs. C-379/10 (EU Kommission/Italien), EWS 2011, 543, 544; BGH 12.05.2011 – III ZR 59/10, WM 2011, 1670 Rdn. 13; *Wagner ZNotP* 2012, 162, 163

54) EuGH 26.10.2006 – Rs. C-168/05 (Mostaza Claro), NJW 2007, 135; EuGH 04.06.2009 – Rs. C-243/08 (Györfi), NJW 2009, 2367 mit Anm. *Pfeiffer*; EuGH 26.04.2012 – Rs. C-472/10 (Pest Megyei Biróság), ZIP 2012, 2020 Rdn. 34; *Wagner ZNotP* 2012, 162, 165;

Verbraucher die Missbräuchlichkeit und Unverbindlichkeit nicht geltend machen möchte.<sup>55)</sup> Umgekehrt bleibt eine missbräuchliche Klausel für den Verbraucher unverbindlich, wenn dieser auf die Unverbindlichkeit nicht verzichtet.<sup>56)</sup>

- 38 Erklärt ein Gericht eine missbräuchliche Klausel für unverbindlich und unanwendbar, ist das Gericht nicht befugt, dieshalb eine geltungserhaltende Reduktion vorzunehmen.<sup>57)</sup> Dies um eine abschreckende Wirkung der AGB-Kontrolle beizubehalten und die Spekulation mit geltungserhaltenden Reduktionen erst überhaupt nicht zuzulassen.<sup>58)</sup> Und der Vertrag bleibt mit Ausnahme der unverbindlichen Klausel weiter wirksam, wenn dies nach Regelungen des nationalen Rechts rechtlich möglich ist.<sup>59)</sup> Indem geltungserhaltende Reduktionen unverbindlicher missbräuchlicher Klauseln Gerichten nicht gestattet sind, erwächst daraus im Vorfeld abzuschließender Bauverträge, wenn es sich dabei um Verbraucherverträge handelt, für den beurkundenden Notar und betreuenden Anwälten von Bauträgerunternehmen eine besondere Verantwortung. Denn auf eine gerichtliche Nachbesserung mittels einer erhofften geltungserhaltenden Reduktion kann nicht mehr spekuliert werden, so daß damit gerechnet werden muß, daß Verbraucher an der Unverbindlichkeit missbräuchlicher Klauseln festhalten können, wenn nicht gar der Fall des § 306 Abs. 3 BGB einschlägig wird.<sup>60)</sup>
- 39 Enthält ein Vertrag mehrere missbräuchliche Klauseln und verzichtet der Verbraucher auf deren Unverbindlichkeit nicht, dann richtet sich die Rechtsfolge nach den gesetzlichen Regelungen des nationalen Rechts.<sup>61)</sup> Und ein solcher gesetzlicher Regelungsansatz findet sich im deutschen Recht in § 306 Abs. 3 BGB, wonach ein Vertrag insgesamt unwirksam wird, wenn ein festhalten am Vertrag unter Berücksichtigung des § 306 Abs. 2 BGB eine unzumutbare Härte darstellen würde.<sup>62)</sup>
- 40 Wann man von einer missbräuchlichen Klausel in Formularverträgen sprechen kann, folgt aus Art. 3 Abs. 1, 3 VerbrRL und bezieht sich nicht auf den Hauptgegenstand des Vertrages und die Preisangemessenheit von Leistung und Gegenleistung, „sofern diese Klauseln klar und verständlich abgefaßt sind“ (Art. 4 Abs. 2 VerbrRL).<sup>63)</sup> Der in Art. 3 Abs. 3 VerbrRL angesprochene Anhang enthält eine nicht erschöpfende Liste von Klauseln, die nicht missbräuchlich sind, sondern vom Gericht für missbräuchlich erklärt werden können.
- 41 Ferner muss der Verbraucher die tatsächliche Möglichkeit gehabt haben, von allen AGB-Klauseln und ihren Folgen in klarer und verständlicher Weise Kenntnis zu nehmen (Erwägungsgrund 20 VerbrRL),<sup>64)</sup> was ebenfalls vom Gericht zu prüfen ist.<sup>65)</sup>

---

55) EuGH 04.06.2009 – Rs. C-243/08 (Györfi), NJW 2009, 2367 Rdn. 33, 35; *Wagner ZNotP* 2012, 162, 165 f.

56) *Wagner ZNotP* 2012, 162, 166

57) EuGH 14.06.2012 – Rs. C-618/10 (Camino), *EuZW* 2012, 754 Rdn. 65, 69 – 72; *Pfeiffer LMK* 2012, 339740 (beck-online); *Wagner BauR* 2013, 393, 395

58) *Pfeiffer LMK* 2012, 339740 (beck-online); a.A. *Uffmann NJW* 2012, 2225

59) EuGH 14.06.2012 – Rs. C-618/10 (Camino), *EuZW* 2012, 754 Rdn. 65

60) *Wagner BauR* 2013, 393, 396

61) EuGH 15.03.2012 – Rs. C-453/10 (SOS), *EWS* 2012, 293 Rdn. 34 - 36

62) *Wagner ZNotP* 2012, 162, 166

63) EuGH 26.04.2012 – Rs. C-472/10 (Pest Megyei Biróság), *ZIP* 2012, 2020 Rdn. 23

64) EuGH 26.04.2012 – Rs. C-472/10 (Pest Megyei Biróság), *ZIP* 2012, 2020 Rdn. 28

65) EuGH 26.04.2012 – Rs. C-472/10 (Pest Megyei Biróság), *ZIP* 2012, 2020 Rdn. 30 - 31

#### 1.1.2.2 Verstöße von Gerichten

- 42 Gerichte – wie auch beurkundende Notare - haben die Einschlägigkeit der VerbrRL und deren Anwendungsvorrang von Amts wegen zu beachten.<sup>66)</sup> Sie haben folglich von Amts wegen zu prüfen, ob in notariell beurkundeten Bauträgerverträgen besagtem Anwendungsvorrang Rechnung getragen wurde. Denn die Nichtanwendung einer RiL kann sonst zu einem EU-gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch für davon Betroffene führen.<sup>67)</sup> Bisher ist nicht erkennbar, daß dem in veröffentlichten Entscheidungen entsprochen worden wäre. Dies kann nach Erschöpfung des Rechtsweges (Primärrechtsschutz) dazu führen, daß wegen Nichtanwendung der VerbrRL im Sekundärrechtsschutz ein Staatshaftungsanspruch geltend gemacht werden kann.<sup>68)</sup> Denn nach der Rechtsprechung des BGH<sup>69)</sup> und des EuGH<sup>70)</sup> ist ein solcher gegeben, wenn gegen Unionsrecht verstoßen wird, das bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, der Verstoß hinreichend qualifiziert ist und zwischen diesem Verstoß und dem dem Einzelnen entstandenen Schaden ein unmittelbarer Kausalzusammenhang besteht. Hat ein Gericht solchermaßen gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen, was auch im Falle der Nichtanwendung der VerbrRL gegeben sein kann, ist im Sekundärrechtsschutz der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch gegen das Bundesland zu richten, dem das letztinstanzliche Gericht angehört.<sup>71)</sup> Im Fall des BGH als letztinstanzliches Gericht ist passivlegitimiert die Bundesrepublik Deutschland.<sup>72)</sup>
- 43 Bestände für ein Gericht – Instanzgericht oder BGH – Unklarheit über die Bedeutung und Reichweite von Unionsrecht, um den Anwendungsvorrang exakt bestimmen zu können oder um darauf eine richtlinienkonforme Auslegung aufbauen zu können, so haben sowohl Instanzgerichte wie auch der BGH die *Pflicht* der Vorlage zum EuGH. Für den BGH folgt dies aus Art. 267 Abs. 3 AEUV und für Instanzgerichte gem. dem BVerfG aus Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG,<sup>73)</sup> auch wenn für Instanzgerichte gemäß Art. 267 Abs. 2 AEUV ansonsten nur ein *Recht* auf Vorlage zum EuGH besteht.<sup>74)</sup> Hat das letztinstanzliche Gericht eine gebotene Vorlage zum EuGH unterlassen, so kann dies wegen Verstoßes gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG zum Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde gemacht werden.<sup>75)</sup> Und hat das letztinstanzliche Gericht in seiner Entscheidung nicht Gründe angegeben, die erkennen lassen, daß es sich mit dem Gemeinschaftsrecht ausreichend kundig befaßt hat, so wird das BVerfG dann daran gehindert, nachzuvollziehen, ob das letztinstanzliche Gericht von einer vertretbaren Handhabung der nicht erfolgten Vorlagepflicht

---

66) *Vorwerk*, FS f. Thode, 2005, Seite 645, 648 f.

67) BGH 12.05.2011 – III ZR 59/10, WM 2011, 1670 Rdn. 19

68) BGH 12.05.2011 – III ZR 59/10, WM 2011, 1670 Rdn. 25

69) BGH 12.05.2011 – III ZR 59/10, WM 2011, 1670 Rdn. 13

70) EuGH 24.11.2011 – Rs. C-379/10 (EU Kommission / Italien), EWS 2011, 543, 544

71) BGH 12.05.2011 – III ZR 59/10, DB 2011, 1503 Rdn. 13 u.H.a. BGH 02.12.2004 – III ZR 358/03, BGHZ 161, 224, 234 ff.

72) *Wagner* ZNotP 2012, 162, 163

73) BVerfG 04.10.2011 – 1 BvL 3/08, DSStR 2011, 2141 Rdn. 51 - 54

74) BVerfG 04.10.2011 – 1 BvL 3/08, DSStR 2011, 2141 Rdn. 53

75) BVerfG 04.10.2011 – 1 BvL 3/08, DSStR 2011, 2141 Rdn. 59; zur verfassungsrechtlichen Effektivierung des Vorabentscheidungsverfahrens *Britz* NJW 2012, 1313

ausgegangen ist, so daß eine Erfolgsaussicht einer Verfassungsbeschwerde im Hinblick auf Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG gegeben sein kann.<sup>76)</sup>

### 1.1.2.2.3 Europäischer Verbraucherschutz und notarielle Wirksamkeitsbescheinigung

44 Bei Bauträgerverträgen handelt es sich um Formularverträge.<sup>77)</sup> Für Bauträgerverträge beurkundende Notare ist es von grundlegender Bedeutung, zu prüfen, ob und inwieweit Vertragsklauseln eines Bauträgervertrages mit den Vorgaben der VerbrRL konform gehen, dies auch vor dem Hintergrund, daß Bauträgerverträge beurkundende Notare schließlich eine schriftliche notarielle Wirksamkeitsbescheinigung zu erteilen haben (§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 MaBV).<sup>78)</sup> Fehlt es daran, hat dies zur Folge, daß der Bauträger für die Dauer der Einschlägigkeit der MaBV aufgrund des bestehenden öffentlichrechtlichen Entgegennahmeverbotes keine Vermögenswerte vom Besteller entgegennehmen darf, es sei denn, er hat dem Besteller eine Bürgschaft ausgehändigt, die den Anforderungen des § 7 MaBV entspricht.<sup>79)</sup> Dabei kann die Frage, ob Vertragsklauseln unwirksam oder nur risikoreich sind, mitunter schwer zu beantworten sein. Denn bei risikoreichen, wenngleich wirksamen, Vertragsklauseln treffen den Notar Belehrungspflichten (§ 17 BeurkG bzw. § 14 BNotO), während an unwirksamen Klauseln der Notar nicht mitwirken darf und auch keine Wirksamkeitsbescheinigung (§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 MaBV) erteilen darf. Ein Beispiel mag dies verdeutlichen:

45 Vertragsklauseln in Bauträgerverträgen müssen stets im Blick haben, daß zwischen dem Bauträger und dem Besteller-Verbraucher ein ungleiches Kräfteverhältnis besteht.<sup>80)</sup> Deshalb ist der Bauträger gehalten, den Interessen des Besteller-Verbrauchers Rechnung zu tragen und sich loyal und billig zu verhalten (Erwägungsgrund 16 VerbrRL).<sup>81)</sup> Es muß bezweifelt werden, daß dem mit § 632 Abs. 3 Satz 1 BGB und einer daran angelehnten Vertragsgestaltung Rechnung getragen wird. Denn wenn es zum Insolvenzfall des Bauträgers kommen sollte, wird beim herkömmlichen Bauträgervertrag die Rückzahlung der seitens der Besteller schon bezahlten Abschlagszahlungen/Raten nicht zwingend sichergestellt sein und ob durch die Pauschale von 5 % in § 632 Abs. 3 Satz 1 BGB<sup>82)</sup> eventuelle Mehrkosten der Restfertigstellung für den Fall einer vorherigen Eigentumsübertragung des Grundstückes und des schon Gebauten (§ 946 BGB)<sup>83)</sup> abdecken, kann

---

76) BVerfG 21.12.2010 – 1 BvR 506/09 (Juris); dazu *Schmid/Wagner ZfBR* 2011, 316 f.; *Wagner ZNotP* 2012, 162, 163

77) BGH 14.05.1992 – VII ZR 204/90, BGHZ 118, 229, 238; *Wagner* in: Messerschmidt/Voit, *Privates Baurecht*, 2. Aufl. 2012, Rdn. 31.

78) *Wagner* in: Riemenschneider/Farrelly, *Praktikerhandbuch Bauträgerfinanzierung und –vertrag*, 2012, Rdn. 166 ff., 187, 189 ff.,

79) OLG Schleswig 07.05.2010 – 4 U 126/08, n.V.

80) Dazu *Wagner ZfIR* 2001, Beilage zu Heft 10, Seite 15 u.H.a. Erwägungsgrund (16) VerbrRL: „Diese (Bewertung) stellt das Gebot von Treu und Glauben dar. Bei der Beurteilung von Treu und Glauben ist besonders zu berücksichtigen, welches Kräfteverhältnis zwischen den Verhandlungspositionen der Parteien bestand, ob auf den Verbraucher in irgendeiner Weise eingewirkt wurde, seine Zustimmung zur Klausel zu geben ...“.

81) *Wagner ZfIR* 2001, Beilage zu Heft 10, Seite 15

82) *Wagner ZfIR* 2001, Beilage zu Heft 10, Seite 15 berichtet, daß im baurechtlichen Ergänzungsentwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz des entsprechenden Arbeitskreises des Institutes für Baurecht Freiburg e.V. (IfBF) ausweislich BauR 2001, Beilage zu Heft 4, Seite 4 f., 15 f. damals pauschal 10 % vorgeschlagen worden waren.

83) *Wagner ZNotP* 2002, Beilage 1, Seite 10



mehr als fraglich sein. Sich mithin in der Vertragsgestaltung an § 632a Abs. 2, 3 Satz 1 BGB zu orientieren, führt zwar nach deutschem Recht nicht zur Unwirksamkeit der entsprechenden Vertragsgestaltung kann aber für den Besteller risikoreich sein, so daß der Notar beim herkömmlichen Bauträgervertrag mit Abschlagszahlungen/Raten und spätem Eigentumsübergang, würde man nur von deutschem Recht ausgehen, gem. § 17 BeurkG gehalten wäre, analog zur Situation ungesicherter Vorleistungen über die denkbaren Risiken zu belehren.<sup>84)</sup> An der Erteilung einer Wirksamkeitsbescheinigung (§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 MaBV) wäre der notarielle beurkundende Notar deshalb allerdings nicht gehindert.

46 Aber es stellt sich die Frage, ob Vertragsklauseln in einem herkömmlichen Bauträgervertrag wirksam sind, wonach der Besteller Abschlagszahlungen/Raten an den Bauträger quasi voranzuzahlen hat, während die Leistung des Bauträgers, nämlich die Eigentumsumschreibung bezüglich Grundstück und Verbautem (§ 946 BGB) erst zum Schluss des Bauvorhabens erfolgen soll, wenn man auch die VerbrRL mit berücksichtigt. Für eine Wirksamkeit sprechen § 632a Abs. 2 und 3 BGB nebst § 3 Abs. 2 MaBV, die genau davon ausgehen. Gegen die Wirksamkeit könnte Art. 3 Abs. 1, 3 i.V.m. Anhang Nr. 1. o) VerbrRL sprechen wie an anderer Stelle im einzelnen begründet.<sup>85)</sup> Denn wenn für den Insolvenzfall des Bauträgers weder die Rückzahlung bereits gezahlter Abschläge noch für den Fall der Eigentumsumschreibung von Grundstück und Bauruine die Abgeltung der Mehrkosten der Restfertigstellung sichergestellt sind, dann könnten vereinbarte Vorauszahlungen für den Besteller zu einem für diesen ungerechtfertigten Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung führen. Dies führt zu der Frage, ob diesbezügliche Vertragsklauseln des Bauträgervertrages nach deutschem Recht wirksam, nach Art. 3 Abs. 1, 3 i.V.m. Anhang Nr. 1. o) VerbrRL dagegen missbräuchlich<sup>86)</sup> und deshalb unwirksam sein können und wie es vor diesem Hintergrund der beurkundende Notar mit der Erteilung der notariellen Wirksamkeitsbescheinigung (§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 MaBV) halten soll.

47 Die VerbrRL scheint diesen Konflikt auf ihre Weise zu lösen. Denn in Erwägungsgrund (13) Satz 1 und 2 VerbrRL heißt es:

„Bei Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten, in denen direkt oder indirekt die Klauseln für Verbraucherverträge festgelegt werden, wird davon ausgegangen, daß sie keine mißbräuchliche Klauseln –enthalten. Daher sind Klauseln, die auf bindenden Rechtsvorschriften ..... beruhen, .... nicht dieser Richtlinie zu unterwerfen.“

48 Dies könnte zu der Schlussfolgerung führen, wegen der deutschen gesetzlichen Regelungen in § 632a Abs. 2, 3 BGB und § 3 Abs. 2 MaBV könnte Vertragsklauseln in herkömmlichen Bauträgerverträgen, die sich daran orientieren, nicht nur nicht missbräuchlich i.S.d. VerbrRL sein, sondern dieserhalb eine Bereichsausnahme unterliegen, so daß die VerbrRL dieserhalb – also bezüglich des Vorauszahlungsmodells - nicht anwendbar wäre.<sup>87)</sup> Denn immerhin ist z.B. § 3 Abs. 1 und 2 MaBV eine bindende und keine dispositive Rechtsvorschrift (siehe § 12 MaBV). Und würde man dem folgen, wäre der beurkundende Notar zwar mit zuvor Ausgeführtem verpflichtet, über die zuvor beschriebenen Risiken der Besteller zu belehren (§ 17 BeurkG), er wäre aber nicht

---

84) *Wagner ZfIR* 2001, Beilage zu Heft 10, Seite 16

85) *Wagner ZNotP* 2002, Beilage 1, Seite 11

86) Zur Entscheidungsbefugnis des EuGH betr. die Auslegung des Begriffes der missbräuchlichen Klausel i.S.d. Art. 3 Abs. 1 VerbrRL siehe EuGH 09.11.2010 – Rs C-137/08 (Schneider), *EuZW* 2011, 27 Rdn. 39 f., 44

87) Ähnlich *Schmidt/Rätsch NZBau* 2001, 356, 359; Zweifelnd *Wagner ZNotP* 2002, Beilage 1, Seite 16

gehindert, eine Wirksamkeitsbescheinigung (§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 MaBV) zu erteilen, wenn die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen.

- 49 Dieser Ansatz würde zudem im Einklang mit der neueren Rechtsprechung des BGH<sup>88)</sup> stehen. In dieser Entscheidung hat der BGH darauf hingewiesen, daß ein Bauträgervertrag im Vergleich zu allgemeinen Grundstücksgeschäften für Käufer ein erhöhtes wirtschaftliches Risiko aufweisen würden, worüber der Besteller vom beurkundenden Notar nicht nur gem. § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG belehrt werden müsse,<sup>89)</sup> sondern dies auch Ausfluss der sich aus § 14 BNotO ergebenden erweiterten Belehrungspflicht sei.<sup>90)</sup> Und der BGH weist ausdrücklich auf die zuvor genannten Risiken hin, die darin bestünden, daß der Besteller an den Bauträger Abschlagszahlungen als finanzielle Vorleistungen bezahle, während er Besitz und Eigentum erst dann erhalte, nachdem das vertraglich Geschuldete fertiggestellt und die geschuldete Vergütung gezahlt worden sei.<sup>91)</sup>
- 50 Wenn diesseits gleichwohl vertreten wird, das Vorauszahlungsmodell des herkömmlichen Bauträgervertrages verstoße, wenn vertraglich umgesetzt, in seiner vertraglichen Umsetzung gegen Art. 3 Abs. 1, 3 i.V.m. Anhang Nr. 1.o) VerbrRL,<sup>92)</sup> so daß insoweit keine Bereichsausnahme gegeben ist, dann hat dies folgende Gründe. Vom EuGH war bei seiner Entscheidung vom 01.04.2004<sup>93)</sup> ein herkömmlicher deutscher Bauträgervertrag zu beurteilen, also ein solcher mit einem Vorauszahlungsmodell, auf den die MaBV anwendbar war. Der EuGH hat in dieser Entscheidung keine Bereichsausnahme angenommen, so daß eigenständig zu prüfen ist, ob das vertraglich vereinbarte Vorauszahlungsmodell eine missbräuchliche Regelung i.S.d. Art. 3 Abs. 1, 3 Anhang Nr. 1.o) VerbrRL ist.<sup>94)</sup> Und da die Missbräuchlichkeit von vertraglichen Regelungen – wie hier das Vorauszahlungsmodell – an einer globalen Bewertung der Interessenlage der Vertragsparteien festmacht, ist gemäß Erwägungsgrund (16) Satz 4 VerbrRL zu prüfen, ob den dort geregelten Geboten von Treu und Glauben Rechnung getragen wird. Und dies wäre dann der Fall, wenn dem Nachteil des Verbrauchers in Form des Vorauszahlungsmodells ein Vorteil gegenübergestellt wird, um diesen Nachteil zu kompensieren. Daß dieser Vorteil die Sicherheitsregelung in § 632a Abs. 3 BGB ist, steht nicht im Widerspruch zur VerbrRL.<sup>95)</sup> Man mag darüber

---

88) BGH 22.07.2010 – III ZR 293/09, ZfBR 2011, 30

89) BGH 22.07.2010 – III ZR 293/09, ZfBR 2011, 30 Rdn. 15, 17: „Dies bedeutet, dass der Notar jedenfalls bei Beurkundung eines Bauträgervertrages, der .... zwischen einem Unternehmer und Verbrauchern abgeschlossen wird (Verbrauchervertrag im Sinne des § 310 Abs. 3 BGB), wegen der mit dem Abschluss eines solchen Vertrags verbundenen wirtschaftlichen Risiken und der gegenüber Verbrauchern bestehenden besonderen Schutz- und Belehrungsfunktion der Beurkundung .... verpflichtet ist, nicht nur auf die durch einen solchen Vermerk für die rechtliche, sondern auch auf die für die wirtschaftliche Durchführbarkeit des Vertrags bestehenden Gefahren hinzuweisen.“

90) BGH 22.07.2010 – III ZR 293/09, ZfBR 2011, 30 Rdn. 17

91) BGH 22.07.2010 – III ZR 293/09, ZfBR 2011, 30 Rdn. 18

92) *Wagner* in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, Rdn. 39 m.w.N.; *Wagner* in: Riemenschneider/Farrelly, Praktikerhandbuch Bauträgerfinanzierung und –vertrag, 2012, Rdn. 187. So auch *Basty*, Der Bauträgervertrag, 7. Aufl. 2012, Rdn. 28; *Thode* ZNotP 2004, 210;

93) EuGH 01.04.2004 – Rs. C-237/02 (Freiburger Kommunalbauten), NJW 2004, 1647

94) Zutreffend *Basty*, Der Bauträgervertrag, 7. Aufl. 2012, Rdn. 27

95) *Wagner* in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, Rdn. 40 f.. Nach *Wagner* (aaO Rdn. 44) verstieß der herkömmliche Bauträgervertrag mit Ratenvorauszahlung gegen Art. 3 Abs. 1, 3 Anhang Nr. 1.o) VerbrRL, wenn es sich um ungesicherte Raten-Vorauszahlungen handelte. Dies war der Fall, weil nach § 1 Satz 3 der Abschlagszahlungsverordnung die Stellung von Sicherheiten für Abschlagszahlungen nicht vorgesehen zu werden brauchte. Dies hat sich durch § 632a Abs. 3 BGB n.F. geändert.

streiten, ob dies eine ausreichende Kompensation ist und ab wann bei nicht ausreichender Kompensation die Grenze der Unwirksamkeit überschritten wäre. So lange aber nur Zweifel vorhanden sein könnten, müßte der beurkundende Notar gem. § 17 Abs. 2 BeurkG verfahren,<sup>96)</sup> wäre aber nicht daran gehindert, eine Wirksamkeitsbescheinigung (§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 MaBV) zu erteilen, wenn er nicht von der Unwirksamkeit überzeugt wäre.

#### 1.1.2.2.4 Europäischer Verbraucherschutz und vertragliche Inhaltskontrolle

- 51 Führt folglich das Vorauszahlungsmodell im herkömmlichen Bauträgervertrages nicht per se zu missbräuchlichen Klauseln und zur Unwirksamkeit des Bauträgervertrages im ganzen, sondern „nur“ zu einer erhöhten Aufklärungsbedürftigkeit der Beteiligten durch den Notar, dann sind in einem nächsten Schritt inhaltliche die Vertragsklauseln des jeweiligen konkreten Bauträgervertrages zivilrechtlich einer Inhaltskontrolle dahingehend zu unterwerfen,<sup>97)</sup> ob es missbräuchliche Klauseln i.S. von Art. 1, 3 i.V.m. Anhang VerbrRL gibt. Diese Prüfung hat sowohl der beurkundende Notar wie auch im Streitfall das Gericht jeweils von Amts wegen vorzunehmen.<sup>98)</sup> Denn missbräuchliche Vertragsklauseln sind für Verbraucher-Besteller „nicht verbindlich,“ ohne daß dieser sie vorher angefochten haben müßte.<sup>99)</sup> Wenn der EuGH betreffend den Verbraucher von einer fehlenden Verbindlichkeit und nicht von einer Unwirksamkeit missbräuchlicher Klauseln spricht, dann hängt dies damit zusammen, daß der EuGH iudiziert hat, auch eine missbräuchliche Klausel müsse dann nicht unangewendet bleiben, wenn der Verbraucher nach entsprechendem Hinweis des Gerichts – und für den beurkundenden Notar und dessen Hinweis gilt nichts anderes – die Missbräuchlichkeit und Unverbindlichkeit nicht geltend machen möchte.<sup>100)</sup> Der Verbraucher-Besteller entscheidet mithin letztlich, ob es bei missbräuchlichen Vertragsklauseln bei einer ihn betreffenden fehlenden Verbindlichkeit bleiben soll oder ob er diese Unverbindlichkeit nicht geltend machen möchte, worüber der Notar den Verbraucher-Besteller zu belehren hat.
- 52 Eine ganz andere Frage ist, ob dann, wenn der Bauträgervertrag missbräuchliche Klauseln enthält,<sup>101)</sup> dies zur Folge hat, daß der Vertrag als ganzes den Verbraucher nicht bindet, wenn dies für den Verbraucher günstiger ist. Diese Frage hat der EuGH<sup>102)</sup> wie folgt beantwortet:

---

96) *Basty*, Der Bauträgervertrag, 7. Aufl. 2012, Rdn. 29, 31; *Thode* ZNotP 2004, 210; *Wagner* in: *Messerschmidt/Voit*, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, Rdn. 45 f.

97) Dazu *Basty*, Der Bauträgervertrag, 7. Aufl. 2012, Rdn. 27 - 31

98) EuGH 26.10.2006 – Rs. C-168/05 (*Mostaza Claro*), NJW 2007, 135 Rdn. 26 f., 38; EuGH 04.06.2009 – Rs. C-243/08 (*Györfi*), NJW 2009, 2367 Rdn. 32

99) EuGH 26.10.2006 – Rs. C-168/05 (*Mostaza Claro*), NJW 2007, 135 Rdn. 29; EuGH 04.06.2009 – Rs. C-243/08 (*Györfi*), NJW 2009, 2367 Rdn. 25, 28 mit Anm. *Pfeiffer*

100) EuGH 04.06.2009 – Rs. C-243/08 (*Györfi*), NJW 2009, 2367 Rdn. 33, 35: „..... daß das nationale Gericht verpflichtet ist, die Missbräuchlichkeit einer Vertragsklausel von Amts wegen zu prüfen, sobald es über die hierzu erforderlichen rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen verfügt. Ist es der Auffassung, dass eine solche Klausel missbräuchlich ist, so läßt es sie unangewendet, sofern der Verbraucher dem nicht widerspricht.. ...“

101) Dazu *Basty*, Der Bauträgervertrag, 7. Aufl. 2012, Rdn. 29, 31; *Thode* ZNotP 2004, 210; *Wagner* in: *Messerschmidt/Voit*, Privates Baurecht 2. Aufl. 2012, Rdn. 45 f.

102) EuGH 15.03.2012 – Rs. C-453/10 (*SOS*), Rdn. 26 (Juris)

- 53 - In seiner zuvor angesprochenen Györfi-Entscheidung<sup>103)</sup> hatte der EuGH nicht von der Unwirksamkeit sondern der Unverbindlichkeit von missbräuchlichen Vertragsklausel für den Verbraucher gesprochen, der letztlich zu entscheiden habe, ob es dabei bleibe oder ob er auf die Geltendmachung der Unverbindlichkeit verzichte. Die Unverbindlichkeit betreffend den Verbraucher entspricht der im deutschen Recht bekannten materiellrechtlichen Einrede. Daran möchte der EuGH anscheinend in seiner vorgenannten SOS-Entscheidung<sup>104)</sup> nichts ändern.
- 54 - Verzichtet aber der Verbraucher nicht auf die Unverbindlichkeit materiellrechtlicher Klauseln, dann bleiben diese für den Verbraucher unverbindlich. Und dann stellt sich die Frage, „ob ein Vertrag, der eine oder mehrere missbräuchliche Klauseln enthält, ohne diese Klauseln bestehen kann.“ Und diese Frage kann nach dem EuGH nicht dahingehend beantwortet werden, daß dann der Vertrag insgesamt nichtig sein könnte und dies für den Verbraucher vorteilhaft sein könnte.<sup>105)</sup> Dies gesetzlich zu regeln sei Sache der Mitgliedstaaten, da diese zum besseren Schutz der Verbraucher durchaus solches regeln könnten und dadurch durch die VerbrRL nicht gehindert seien.<sup>106)</sup> Dieser Ansatz des EuGH findet sich insbesondere in § 306 Abs. 3 BGB, wonach der Vertrag insgesamt dann unwirksam wird, wenn ein Festhalten an ihm unter Berücksichtigung des § 306 Abs. 2 BGB eine unzumutbare Härte darstellen würde.
- 55 Folglich gehört es zur Aufgabe des einen Bauträgervertrag beurkundenden Notars, sich zu vergewissern, daß im Rahmen der (auch) von ihm anzustellenden Inhaltskontrolle keine missbräuchlichen Klauseln vorhanden sind, die über eine Unverbindlichkeit für den Verbraucher-Besteller hinaus wegen § 306 Abs. 3 BGB zur Unwirksamkeit des gesamten Vertrages führen könnte.<sup>107)</sup> Und er hat weiter zu prüfen, daß es bei den Vertragsklauseln zu keinem Widerspruch zu den zwingenden öffentlichrechtlichen Vorgaben der MaBV gekommen ist (§ 12 MaBV), was sonst zur Nichtigkeit (§ 134 BGB) bzw. über § 139 BGB zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages führen kann. Denn abgesehen davon, daß der beurkundenden Notar bereits von Berufs wegen nicht an nichtigen Vertragsklauseln bzw. Verträgen mitwirken darf, würde dies ihn auch hindern, eine Wirksamkeitsbescheinigung (§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 MaBV) abzugeben, mit den schon dargelegten Folgen.<sup>108)</sup>

#### 1.1.2.2.5 VerbrRL und Schiedsklauseln

- 56 Vor diesem Hintergrund stößt der herkömmliche Bauträgervertrag im Hinblick auf die VerbrRL auf Probleme:

---

103) EuGH 04.06.2009 – Rs. C-243/08 (Györfi), NJW 2009, 2367

104) EuGH 15.03.2012 – Rs. C-453/10 (SOS), Rdn. 26 ff. (Juris)

105) EuGH 15.03.2012 – Rs. C-453/10 (SOS), Rdn. 33 (Juris)

106) EuGH 15.03.2012 – Rs. C-453/10 (SOS), Rdn. 34 - 36 (Juris)

107) Zur Gesamtnichtigkeit eines Verbrauchervertrages bei Verwendung missbräuchlicher Klauseln i.S.d. VerbrRL siehe *Thode ZNotP* 2004, 131, 134

108) *Wagner ZNotP* 2012, 162, 165 f.

- 57 So sollte in Bauträgerverträgen mit Verbrauchern vermieden werden, durch Schiedsklauseln ein schiedsgerichtliches Verfahren vorzusehen. Denn entgegen einer Entscheidung des III. Senates des BGH<sup>109)</sup> kann solches rechtswirksam nicht vereinbart werden, da dies gegen Art. 3 Abs. 1 und 3 Anhang Nr. 1 q) VerbrRiL 93/13/EWG und die Rechtsprechung des EuGH<sup>110)</sup> verstößt.<sup>111)</sup>

#### 1.1.2.2.6 VerbrRL und notarielle Zwangsvollstreckungsunterwerfungsklauseln

- 58 Notarielle Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärungen zu Gunsten des Bauträgers in Bauträgerverträgen sind gemäß §§ 3, 12 MaBV, § 134 BGB nichtig.<sup>112)</sup> Dies selbst dann, wenn die notarielle Zwangsvollstreckungsunterwerfungsklausel in einem Bauträgervertrag an den Nachweis des Fortschrittes durch den bauleitenden Architekten oder den Bauleiter genüpft wird.<sup>113)</sup> Notarielle Zwangsvollstreckungsunterwerfungsklauseln zu Lasten von Verbrauchern kollidieren aber auch mit Art. 3 Abs. 3 Anhang Nr. 1 q) VerbrRL, weil dem Verbraucher weitgehende Initiativlasten aufgebürdet werden,<sup>114)</sup> um sich gegen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen wehren zu können.<sup>115)</sup>
- 59 Da beim herkömmlichen Bauträgervertrag der Bauträger entweder auf eigenem Grund und Boden oder auf fremdem Grund und Boden baut, zahlt der Besteller entweder ratenmäßig voraus (§ 3 Abs. 2 MaBV) oder total voraus (im letzteren Fall gegen Bürgschaft gem. § 7 MaBV), ohne daß der zahlende Besteller zunächst bis zu einer Umschreibung des Wohnungseigentums, was irgendwann *nach* Abnahme der Fall sein kann, dafür etwas erhält; denn das Eigentum des Verbauten und vom Besteller Bezahlten wächst zunächst gem. § 946 BGB eigentumsmäßig dem jeweiligen Grundstückseigentümer zu, also dem Bauträger oder einem fremden Grundstückseigentümer, nicht dem zahlenden Besteller-Verbraucher. Hier ist die Frage klärungsbedürftig, ob der herkömmliche Bauträgervertrag nicht gegen Art. 3 Abs. 3 Anhang Nr. 1. o) VerbrRiL (93/13/EWG) verstößt und daher unwirksam ist. Dies hängt mit der klärungsbedürftigen Frage zusammen, ob ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 Anhang Nr. 1. o) VerbrRiL (93/13/EWG) auch dann gegeben ist, wenn während des Bauträgervertrages – vom Vertragsabschluss bis zur Eigentumsumschreibung – ein Äquivalenzverhältnis nicht besteht oder ob ein Richtlinienverstoß nur dann gegeben wäre, wenn zum Ende des Bauträgervertrages eine Pflichtensymmetrie und ein Äquivalenzverhältnis nicht gegeben wäre.

---

109) BGH 01.03.2007 – III ZR 164/06, NZBau 2007, 298

110) EuGH 26.10.2006 – Rs. C-168/05 (Claro/Milenium SL), NJW 2007, 135

111) Zutreffend *Thode* ZfBR 2007, 430; *Thode* DNotZ 2007, 404, jeweils m.w.N.. Ferner siehe Messerschmidt/Voit/Wagner, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, E. Rdn. 334

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

113) OLG München 03.03.2009 – 9 U 3417/08, n.V.

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

115) *Quack* RpfIStud. 2002, 145; *Wagner/von Heymann* WM 2003, 2257, 2261; *Wagner* ZfBR 2004, 317, 325 f.; Messerschmidt/Voit/Wagner, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, E. Rdn. 240 – 250; *Wagner* in: Schmiuder/Wagner/Loritz, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), (06/2008), Fach 8410 Rdn. 354 – 359; a.A. *Knapp* MittBayNot 2003, 421; *Freitag/Riemenschneider* WM 2004, 2470

## 1.2 Geschuldete Leistung

60 Was seitens des Bauträgers als Leistung geschuldet ist, hängt vom Inhalt des Bauträgervertrages ab. Der Vertragsinhalt muß nicht mit dem Vertragswortlaut identisch sein.

61 Enthält ein Bauträgervertrag Regelungslücken, so ist zunächst zu klären, ob diese mittels **ergänzender Vertragsauslegung** geschlossen werden können. Auch Umstände außerhalb der Urkunde sind mit zu berücksichtigen, soweit sie bewiesen sind, was in einem **ersten Schritt** zu klären ist.<sup>116)</sup> Im Zusammenhang mit Baubeschreibungen hat der BGH<sup>117)</sup> folgendes iudiziert:

„a) Bei der Auslegung von Willenserklärungen (§§ 133, 157 BGB) ist, wenn sich nicht zweifelsfrei anderes ergibt, davon auszugehen, daß die Parteien das Vernünftige gewollt haben (BGHZ 79, 16, 18 f.; Urt. v. 10. März 1994, IX ZR 152/93, NJW 1994, 1537, 1538). Es ist deshalb der Deutung der Vorzug zu geben, die einen Vertrag als widerspruchsfrei erscheinen läßt (MünchKomm-BGB/Mayer-Maly/Busche, 4. Aufl., § 133 Rdn. 56 m.w.N.) und in den Grenzen des Gesetzes zu einer sachgerechten Regelung führt (BGHZ 134, 325, 329).“

62 Wenn folglich darauf abzustellen ist, daß die Parteien das Vernünftige gewollt haben, dann ist dem Bauträgervertrag mit dem BGH eine Deutung zu geben, die ihn als widerspruchsfrei erscheinen läßt. Und dazu gehört auch, daß der VII. Senat des BGH<sup>118)</sup> folgendes iudiziert:

„ ..... Eine **einseitige** Vorstellung einer Vertragspartei ist für die Bestimmung des Vertragsinhalts von Bedeutung, wenn der Erklärungsempfänger den wirklichen Willen des Erklärenden erkennt und in Kenntnis dieses Willens den Vertrag abschließt.“

63 Diese Rechtsprechung hat der BGH<sup>119)</sup> dahingehend bestätigt, daß für die Frage, welche werkvertragliche Verpflichtung ein Bauträger übernimmt, auch ein dem Besteller übergebener Prospekt ausschlaggebend sein kann.

64 Und in einem **zweiten Schritt** ist zu klären, ob dieses Auslegungsergebnis der notariellen Form entspricht, was der Fall ist, wenn diese vorgenannten Umstände in der notariellen Urkunde einen zumindest andeutungsweisen Ausdruck gefunden haben.<sup>120)</sup>

65 Von der vorgenannten **ergänzenden Auslegung** zu unterscheiden ist die **interessengerechte Auslegung**. Diese ist dann gegeben, wenn statt Lückenfüllung die Auslegung des Vertragsinhaltes ansteht. Maßgebend ist bei dieser zunächst wegen § 311b Abs. 1 BGB der Wortlaut des notariell beurkundeten Bauträgervertrages. So hat der BGH<sup>121)</sup> judiziert, dass zu den anerkannten Auslegungsregeln gehört,

„dass in erster Linie der von den Parteien gewählte Wortlaut und der dem Wortlaut zu entnehmende objektiv erklärte Parteiwille zu berücksichtigen ist“.

---

116) BGH 23.02.1956 – II ZR 207/54, BGHZ 20, 109, 111 – 112; BGH 05.02.1999 – V ZR 353/97, NJW 1999, 1702, 1703

117) BGH 14.03.2003 – V ZR 278/01, BauR 2003, 1032, 1034

118) BGH 08.01.2004 – VII ZR 181/02, BauR 2004, 847, 849

119) BGH 25.10.2007 – VII ZR 205/06, BauR 2008, 351

120) BGH 20.12.1974 – V ZR 132/73, BGHZ 63, 359, 362; BGH 09.04.1981 – IVa ZB 06/80, 80, 246, 250; BGH 25.03.1983 – V ZR 268/81, BGHZ 87, 150, 154

121) BGH 27.11.1997 – IX ZR 141/96, NJW 1998, 900, 901; BGH 03.04.2000 – II ZR 194/98, NJW 2000, 2099

- 66 Eine Auslegung gegen den eindeutigen Vertragswortlaut scheidet jedoch aus. Und eine Auslegung kommt zudem nur dort in Betracht, wo ein auslegungsbedürftiger Begriff gegeben ist.<sup>122)</sup> Sind diese Voraussetzungen einer interessengerechten Auslegung gegeben, dann muß diese Auslegung nicht nur nach einer Seite sondern nach **beiden** Seiten hin erfolgen. Und im Zweifel ist das gewollt, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und der recht verstandenen Interessenlage **beider Parteien** entspricht.<sup>123)</sup>
- 67 Ist das vertraglich Geschuldete ermittelt worden, so schuldet der Bauträger eine mangelfreie Herstellung des Versprochenen (§ 631 Abs. 1 BGB). Dazu ist der Bauträger verpflichtet, das Bauwerk unter Beachtung der anerkannten Regeln der Technik zu errichten, wozu auch die DIN-Normen gehören. Dabei ist nicht auf die DIN-Normen abzustellen, die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses galten, sondern auf die, die zum Zeitpunkt der Abnahme gelten.<sup>124)</sup>

### 1.3 Vergütungsanspruch

- 68 Beim Bauträgervertrag muss man zwei rechtliche Ebenen unterscheiden:
- 69 - Zum einen die zivilrechtliche und damit die vertragliche Ebene. Hier sind Adressat des Bauträgervertrages beide Vertragsparteien. Hierzu gehören auch die neuen gesetzlichen Regelungen des § 632a Abs. 2 – 4 BGB.
- 70 - Und zum anderen die öffentlichrechtliche Ebene der MaBV, deren Normadressat alleine der Bauträger ist.<sup>125)</sup>
- 71 Für beide Ebenen gilt das sog. Äquivalenzprinzip, wonach dem Bauträger nicht mehr an Vergütung zusteht, als er an Leistung erbracht hat.<sup>126)</sup>

#### 1.3.1 Geschuldete Vergütung

- 72 Ausgehend von diesem Äquivalenzprinzip hat der Bauträger nur Anspruch auf die geschuldete und nicht auf die vereinbarte Vergütung. Folglich ist der Bauträger dem Besteller auch zur Eigentumsumschreibung verpflichtet, wenn vom Besteller statt der vereinbarten nur die geschuldete Vergütung bezahlt worden ist. Auch hier kommt es auf die vereinbarte Vergütung nicht an. Klagt

---

122) BGH 10.12.1992 – I ZR 186/90, BGHZ 121, 13, 16

123) BGH 27.09.1991 - V ZR 191/90, WM 1992, 151, 152; BGH 02.07.1992 - I ZR 181/90, WM 1992, 2026, 2028 li. Sp. unten; BGH 08.06.1994 - VIII ZR 103/93, WM 1994, 1720, 1722; BGH 31.10.1995 - XI ZR 06/95, BGHZ 131, 136, 138; BGH 28.10.1997 - XI ZR 260/96, BGHZ 137, 69, 72; BGH 03.04.2000 - II ZR 194/98, NJW 2000, 2099; BGH 15.11.2001 - I ZR 158/99, BGHZ 149, 337, 353; BGH 07.02.2002 - I ZR 304/99, BGHZ 150, 32, 39; BGH 10.10.2002 - I ZR 193/00, NJW 2003, 664, 665; BGH 17.05.2004 - II ZR 261/01, WM 2004, 1286

124) OLG Zweibrücken 21.12.2006 – 4 U 12/06, DNotZ 2008, 187 mit zustimmender Anm. *Pause* DNotZ 2008, 188 f., der dafür auf § 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB verweist.

125) BGH 22.12.2000 – VII ZR 310/99, BGHZ 146, 250, 259 ff.; BGH 22.12.2000 - VII ZR 311/99, NotBZ 2001, 102 f.

126) 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; *Wagner* in: *Schmider/ Wagner/ Loritz*, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), (04/2004), Fach 6112 Rdn. 73, 93

folglich der Bauträger die vereinbarte Vergütung ein und beantragt der Besteller widerklagend die Eigentumsumschreibung, weil er die geschuldete Vergütung bezahlt habe und dem Bauträger wegen mangelhafter Leistung die vereinbarte Vergütung nicht zustehe, so richtet sich der Streitwert nach dem noch offenen streitigen Betrag.<sup>127)</sup>

### 1.3.2 Zahlungsabwicklung

#### 1.3.2.1 Abschlagszahlungen oder Ratenvorauszahlungen

73 Hier muß man unterscheiden zwischen Bauträgerverträgen, die noch vor dem 01.09.2008 geschlossen wurden und für die die Neuregelung des § 632a BGB aufgrund des FoSiG nicht gelten und den Bauträgerverträgen, die nach dem 01.09.2008 geschlossen wurden/werden, für die die Neuregelung des § 632a BGB aufgrund des FoSiG gelten.

##### 1.3.2.1.1 Vor dem 01.09.2008 geschlossene Bauträgerverträge

74 Abschlagszahlungen sind gegeben, wenn in sich abgeschlossene Leistungen - zudem wertäquivalent - **erbracht** worden sind (§ 632a Satz 1 BGB a.F.), was aber nur dann der Fall ist, wenn die jeweilige Leistung dem **Besteller** gegenüber **erbracht** worden ist. Die Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen vom 23.05.2001 (AbschlVO) geht in § 1 Satz 1 davon aus, daß es sich bei einer vertraglichen Vereinbarung „entsprechend“ § 3 Abs. 2 MaBV um die Vereinbarung von Abschlagszahlungen handele. Dies kann nicht unwidersprochen bleiben:

75 Zunächst einmal ist beim herkömmlichen Bauträgervertrag zu berücksichtigen, daß der Bauträger entweder auf eigenem oder auf fremdem Grund und Boden baut, jedenfalls nicht auf Grund und Boden, der sich im Eigentum des/der Besteller befindet. Das, was der Bauträger aufgrund Bauträgervertrages verbaut, wächst mithin eigentumsmäßig dem Grundstückseigentümer (§ 946 BGB) und nicht dem/den Besteller(n) zu. Dies hat zur Folge:

76 - Im Hinblick auf den schuldrechtlichen Bauträgervertrag erbringt der Bauträger seine Leistungen gegenüber dem Besteller als seinem Vertragspartner.

77 - Nur kommt diese Leistung wegen § 946 BGB zum jeweiligen Zeitpunkt der Leistungserbringung zunächst dinglich nicht beim Besteller sondern beim Grundstückseigentümer an.

78 Dies führt zu der weiteren Frage, worauf es bei der Leistungserbringung ankommt, von der der Begriff der Abschlagszahlung in § 632a Satz 1 BGB a.F. ausgeht. Hierzu bestehen unterschiedliche Auffassungen. Einerseits wird vertreten, beim Bauträgervertrag würde es sich um Abschlagszahlungen handeln.<sup>128)</sup> Es komme nicht darauf an, daß die vom Bauträger erbrachte Leistung dinglich beim Besteller ankomme, denn davon gehe § 632a Satz 3 BGB a.F. ja aus. Andererseits wird vertreten, daß dann und so lange das, was der Bauträger an Leistung erbringe, im Gegenzug beim Besteller nicht dinglich ankomme, die Zahlungen des Bestellers keine Abschlagszahlungen sondern ratenmäßige Vorauszahlungen seien, weil der Bauträger nicht nur die Leistungserbringung sondern auch die Eigentumsverschaffung daran schulde<sup>129)</sup> Auf die in die-

---

127) BGH 06.12.2001 – VII ZR 420/00, NJW 2002, 684

128) BGH 22.12.2000 – VII ZR 311/99, NotBZ 2001, 102 f.; BGH 22.12.2000 – VII ZR 310/99, BGHZ 146, 146, 250, 257 f.

129) Thode ZNotP 2006, 208, 215 m.w.N.; Wagner WuB IE 5. – 3.03; Wagner WuB IE 5. – 5.03



sem Zusammenhang bestehenden Bedenken im Hinblick auf die VerbrRL wurde oben schon hingewiesen.

### 1.3.2.1.2 Nach dem 01.09.2008 geschlossene Bauträgerverträge

- 79 Für Verträge über die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder vergleichbaren Bauwerks, die zugleich die Eigentumsverschaffungsverpflichtung des Unternehmers enthalten, wie dies bei herkömmlichen Bauträgerverträgen der Fall ist, enthält § 632a Abs. 2 BGB n.F. eine Regelung. Wenn dort allerdings davon die Rede ist, Abschlagszahlungen könnten nur verlangt werden, wenn sie z.B. gemäß der auf Art. 244 EGBGB beruhenden Abschlagszahlungsverordnung vereinbart wurden, dann unterstellt das Gesetz, daß bei herkömmlichen Bauträgerverträgen Abschlagszahlungen möglich wären. Dazu ist folgendes anzumerken: Aufgrund § 632a Abs. 1 Satz 1 BGB n.F. geht der Gesetzgeber davon aus, daß Abschlagszahlungen Leistungen des Unternehmers voraussetzen, die beim Besteller zu einem Wertzuwachs führen. Dies ist aber beim herkömmlichen Bauträgervertrag deshalb nicht der Fall, weil die Bauleistung des Bauträgers, der auf eigenem oder fremdem Grund und Boden – nicht dem des Bestellers – baut, wegen § 946 BGB zu einem Wertzuwachs beim Bauträger selbst (wenn er selbst Grundstückseigentümer ist) oder beim Dritten (wenn dieser Grundstückseigentümer ist) führen, also gerade nicht beim Besteller. Deshalb handelt es sich bei Zahlungen des Bestellers beim Bauträgervertrag um ratenweise Vorauszahlungen und nicht um Abschlagszahlungen.<sup>130)</sup> Wenn mithin in § 632a Abs. 2 BGB der Begriff der Abschlagszahlung verwendet wird, wird dort nicht wie in § 632a Abs. 1 Satz 1 BGB darauf abgestellt, daß die vom Bauträger vertragsgemäß erbrachte Leistung beim Besteller so gleich zu einem Wertzuwachs führt. Dies bedeutet, daß der Gesetzgeber in § 632a Abs. 2 BGB den Begriff der Abschlagszahlung auch für den Fall verwendet, der eigentlich eine ratenweise Vorauszahlung zum Gegenstand hat.
- 80 Der Bauträger kann vom Besteller „Abschlagszahlungen“ nur verlangen, soweit sie entsprechend der Abschlagszahlungsverordnung mit dem Besteller vereinbart wurde (§ 632a Abs. 2 BGB). Da es sich bei § 632a Abs. 2 BGB um eine zivilrechtliche Regelung handelt, bedeutet dies, daß im Bauträgervertrag eine Abschlagszahlungsvereinbarung **entsprechend** §§ 3 und 7 MaBV vereinbart worden sein muss, die wegen §§ 12 MaBV, 134 BGB nicht im Widerspruch zur MaBV steht, also nicht zum Nachteil des Bestellers von der MaBV abweichen darf. Daneben bleiben die öffentlichrechtlichen Regelungen der MaBV mit dem Bauträger als Normadressaten, insbesondere die von ihm zu beachtenden öffentlichrechtlichen Entgegennahmeverbote des § 3 MaBV betreffend, gesondert zu beachten.
- 81 Der Bauträger erhält mithin gemäß § 632a Abs. 2 BGB „Abschlagszahlungen“, **ohne** daß wegen § 946 BGB, weil der Bauträger nicht auf im Eigentum des Bestellers befindlichem Grund und Boden baut, der Besteller durch die Leistung des Bauträgers einen sofortigen Wertzuwachs erfährt. Und diesen fehlenden Wertzuwachs versucht das Gesetz dadurch zu kompensieren, daß die Abschlagszahlungen gemäß der auf Art. 244 EGBGB basierenden Abschlagszahlungsverordnung vereinbart worden sein müssen. Dies bedeutet, daß im Bauträgervertrag Abschlagszahlungen in entsprechender Anwendung des § 3 Abs. 1 und 2 MaBV vereinbart werden müssen und Abweichungen davon nur unter den Voraussetzungen des § 7 MaBV vereinbart werden können.

---

130) Wagner in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, Rdn. 70 ff.

- 82 Und da die MaBV nicht abgeschafft wurde, bleiben neben dieser zivilrechtlichen Regelung des § 632a Abs. 2 BGB, Art. 244 EGBGB, § 1 Abschlagszahlungsverordnung die den Bauträger als Normadressat ansprechenden öffentlichrechtlichen Entgegennahmeverbotsregelungen des § 3 Abs. 1 und 2 MaBV (im Falle des Abs. 2 sind die dortigen Prozentsätze nur Höchstprozentsätze) bestehen, die nur dann überwunden werden können, wenn deren Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind oder eine Bürgschaft gestellt wird, die alle Voraussetzungen des § 7 MaBV erfüllt. Die Kompensation, als Besteller Abschlagszahlungen zu zahlen, ohne einen Wertzuwachs zu erhalten, soll mithin aufgrund dieser vorgenannten zweispurigen Ebene des Zivilrechts (wann kann der Besteller „Abschlagszahlungen“ verlangen?) und der den Bauträger ansprechenden und von diesem zwingend zu beachtenden öffentlichrechtlichen Entgegennahmeverbote (§§ 3, 7 MaBV) erfolgen. Dies ändert aber nichts daran, daß dort, wo die im Bauträgervertrag vereinbarten „Abschlagszahlungen“ sowohl auf der zivilrechtlichen wie auf der öffentlichrechtlichen Ebene alle Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 und 2 MaBV erfüllen, so daß keine Bürgschaft gem. § 7 MaBV erforderlich ist, ratenweise Vorauszahlungen leistet, ohne daß Besteller aus vorgenannten Gründen einen Wertzuwachs erhalten.
- 83 Eine weitere vom Bauträger zu beachtende gesetzliche Neuerung ist § 632a Abs. 3 BGB n.F.. Bei Bauträgerverträgen mit Verbrauchern als Bestellern ist erstmals gesetzlich für die zivilrechtliche Vertragsebene geregelt, daß der Bauträger für den Fall vereinbarter Abschlagszahlungen – also nur für diesen Fall und nicht für den Fall vertraglich vereinbarter Vorauszahlung gegen Bürgschaft nach § 7 MaBV - dem Besteller bei der ersten Abschlagszahlung i.S.d. § 632a Abs. 2 BGB eine Sicherheit in Höhe von 5 % des Vergütungsanspruches leisten muß, die sich unter den Voraussetzungen des § 632a Abs. 3 Satz 2 BGB erhöht, wenn der Bauträger Abschlagszahlungen verlangt. Vergütungsanspruch als Bemessungsgrundlage ist die vereinbarte Gesamtvergütung.<sup>131)</sup> Soweit vereinzelt im Fachschrifttum zweckorientiert argumentiert wird, um den Umfang der Vergütung auf die Bauvergütung zu reduzieren,<sup>132)</sup> gilt: Eine solche Meinung setzt sich über den Gesetzeswortlaut des § 632a Abs. 3 BGB hinweg, der mit der Rechtsprechung des BVerfG maßgebend ist.<sup>133)</sup>
- 84 Diese Sicherheit ist zu geben für die rechtzeitige Herstellung des Werkes ohne wesentliche Mängel (§ 632a Abs. 3 Satz 1 BGB). Es handelt sich folglich um eine Vertragserfüllungssicherheit.<sup>134)</sup> Was unter Sicherheitsleistung zu verstehen ist, regelt im Grundsatz § 232 BGB. Dies wird erweitert durch die in § 632a Abs. 4 BGB geregelten Möglichkeiten. Allerdings hat der Bauträger die Wahlmöglichkeit, statt dessen die Sicherheitsleistung durch Einbehalt des Bestellers in der in § 632a Abs. 3 Satz 3 BGB geregelten Weise zu erbringen.
- 85 Da § 632a Abs. 2 BGB nur den Fall regelt, was vertraglich zu beachten ist, wenn Abschlagszahlungen verlangt werden können sollen, wenn sie vertraglich vereinbart wurden, ist damit nicht ausgeschlossen, in einem Bauträgervertrag auf die Vereinbarung von Abschlagszahlungen zu verzichten und statt dessen eine Totalvorauszahlung zu vereinbaren. Dies setzt aber wegen des öffentlichrechtlichen Entgegennahmeverbotes nach Maßgabe des § 3 Abs. 1 bzw. 2 MaBV vor-

---

131) *Basty*, Der Bauträgervertrag, 7. Aufl. 2012, Rdn. 44; *Basty* DNotZ 2008, 891, 893; *Blank* notar 2008, 377, 381

132) *Jeep* notar 2008, 384, 385; *Leitzen* ZNotP 2009, 3, 9

133) BVerfG 21.05.1952 – 2 BvH 02/52, BVerfGE 1, 299, 312. Vergleichbar BVerfG 15.12.1959 – 1 BvL 10/55, BVerfGE 10, 234, 245; BVerfG 17.05.1960 – 2 BvL 11/59, 11/60, BVerfGE 11, 126, 130 f.; BVerfG 18.10.1966 – 2 BvR 386, 478/63, BVerfGE 20, 283, 293; BVerfG 17.01.1978 – 1 BvL 13/76, BVerfGE 47, 109, 127; BVerfG 09.05.1978 – 2 BvR 952/75, BVerfGE 48, 246, 256

134) *Leinemann* NJW 2008, 3745, 3747

aus, daß wegen §§ 12 MaBV, 134 BGB seitens des Bauträgers dem Besteller eine Bürgschaft ausgehändigt worden sein muß, die sämtlichen Anforderungen des § 7 MaBV entsprochen haben muß. Da die Fertigstellungssicherheit des § 632a Abs. 3 BGB nur für den Fall von vereinbarten Abschlagszahlungen vorgesehen ist, ist eine solche nicht zu stellen, wenn statt Abschlagszahlungen eine Totalvorauszahlung gegen Aushändigung einer Bürgschaft gem. § 7 MaBV vereinbart wurde. Es geht folglich nicht um die Frage, ob die Sicherheit gem. § 632a Abs. 3 BGB eine solche nach § 7 MaBV ersetzen kann<sup>135)</sup> und es geht auch nicht um die Frage, ob § 7 MaBV eine Ausnahme von § 632a Abs. 3 BGB darstellt,<sup>136)</sup> sondern alleine darum, ob Abschlagszahlungen vereinbart wurden oder nicht. Das dies anders sehende Fachschrifttum,<sup>137)</sup> welches auch im Falle vereinbarter Totalvorauszahlung gegen Bürgschaft nach § 7 MaBV die Fertigstellungssicherheit des § 632a Abs. 3 BGB fordert, setzt sich über den Gesetzeswortlaut des § 632a Abs. 3 BGB hinweg, der mit der Rechtsprechung des BVerfG maßgebend ist.<sup>138)</sup> Ob eine solche vertraglich vereinbarte Totalvorauszahlung, selbst wenn eine Bürgschaft gem. § 7 MaBV gegeben wurde, mit den Vorgaben der VerbrRL im Einklang steht, bedarf einer gesonderten rechtlichen Würdigung.<sup>139)</sup>

### 1.3.2.2 Fälligkeit und Entgegennahmeverbote

- 86 Fälligkeitsvoraussetzungen sind im zivilrechtlich einzuordnenden Bauträgervertrag enthalten. Sie regeln, ab wann der **Gläubiger** – hier also der Bauträger - im Hinblick auf § 271 Abs. 2 BGB Zahlung **verlangen** kann, andernfalls § 271 Abs. 1 BGB gilt.
- 87 Die dem öffentlichrechtlichen Gewererecht zuzuordnende MaBV hat als Normadressat alleine den Bauträger. Sie regelt in § 3 Abs. 1 und 2 MaBV keine Fälligkeit sondern – wie bereits oben angesprochen - alleine den **Bauträger** betreffende **öffentlichrechtliche Entgegennahmeverbote**. Die MaBV regelt nicht zivilrechtliches Vertragsrecht, sondern öffentlichrechtliches Gewererecht.<sup>140)</sup>
- 88 Zivilrechtliche Fälligkeitsregelungen, die beide Vertragsparteien betreffen und öffentlichrechtliche Entgegennahmeverbotsregelungen, deren Normadressat alleine der Bauträger ist, sind folglich rechtlich nicht dasselbe. Allerdings dürfen zivilrechtliche Fälligkeitsregelungen wegen des Unwirksamkeitsverdikttes der §§ 12 MaBV, 134 BGB nicht im Widerspruch zu öffentlichrechtlichen Entgegennahmeverbotsregelungen des § 3 MaBV stehen.<sup>141)</sup> Darauf hat der Notar bei der

---

135) Dies verkennend *Blank* notar 2008, 377, 383

136) Dies verkennend *Basty* DNotZ 2008, 891, 897 f.

137) *DNotI* DNotI-Report 2009, 1, 6; *Basty*, Der Bauträgervertrag, 6. Aufl. 2009, Rdn. 48; *Basty* DNotZ 2008, 891, 897 f.; *Blank* notar 2008, 377, 383; *DNotI* DNotI-Report 2009, 1, 6; *Leitzen* ZNotP 2009, 3, 8

138) BVerfG 21.05.1952 – 2 BvH 02/52, BVerfGE 1, 299, 312. Vergleichbar BVerfG 15.12.1959 – 1 BvL 10/55, BVerfGE 10, 234, 245; BVerfG 17.05.1960 – 2 BvL 11/59, 11/60, BVerfGE 11, 126, 130 f.; BVerfG 18.10.1966 – 2 BvR 386, 478/63, BVerfGE 20, 283, 293; BVerfG 17.01.1978 – 1 BvL 13/76, BVerfGE 47, 109, 127; BVerfG 09.05.1978 – 2 BvR 952/75, BVerfGE 48, 246, 256

139) S.o. zu 1.1.2

140) BGH 30.09.2004 – VII ZR 458/02, WM 2004, 2386; *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rdn. 60; *Basty* BTR 2005, 149; *Blank* BauR 2010, 4; *Thode* ZNotP 2005, 162, 173; *Thode* ZfBR 2007, 427; *Ullmann* NJW 2002, 1073; *Wagner* ZNotP 2000, 461, 465 ff.; *Wagner* WM 2001, 718, 719 f.

141) BGH 22.12.2000 - VII ZR 311/99, NotBZ 2001, 102 f.; BGH 22.12.2000 – VII ZR 310/99, BGHZ 146, 250, 257 f.; BGH 27.03.2007 – VII ZR 268/05, ZfBR 2007, 544 Rdn. 19

Beurkundung des Bauträgervertrages und bei seiner zivilrechtlichen Fälligkeitsmitteilung zu achten.

- 89 Man kann zwar die Voraussetzungen des § 3 MaBV aufgrund vertraglicher Vereinbarung zu zivilrechtlichen Fälligkeitsregelungen machen.<sup>142)</sup> Dies ändert aber nichts daran, daß daneben und ungeachtet einer solchen vertraglichen Regelung § 3 MaBV als eine öffentlichrechtliche Entgegennahmeverbotsregelung fortbesteht und von der Bauträgergesellschaft sowie deren Geschäftsführern zu beachten ist. Die vertragliche und damit zivilrechtliche Fälligkeits-Vereinbarung verdrängt dann nicht die öffentlichrechtlichen Entgegennahmeverbotsregelung, sondern tritt neben diese, so daß es stets die zivilrechtliche und die öffentlichrechtliche Ebene getrennt zu würdigen gilt.
- 90 Je nachdem, was zivilrechtlich als Fälligkeitsvoraussetzungen vereinbart wurde, kann es mithin vorkommen, daß zwar zivilrechtlich bzw. vertraglich die Fälligkeit gegeben ist, der Bauträger aber gleichwohl keine Gelder entgegennehmen darf, weil bzw. wenn nicht alle Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 und 2 MaBV gegeben sind. Dieser Unterschied zwischen vertraglichen Fälligkeitsregelungen und öffentlichrechtlichen Entgegennahmeverbotsregelungen macht sich auch in folgendem bemerkbar:
- 91 Zivilrechtliche bzw. vertragliche Fälligkeitsregelungen unterliegen der Inhaltskontrolle gem. § 305 ff. BGB. Wird ferner gegen wirksam vereinbarte vertragliche Fälligkeitsregelungen verstoßen, so hat dies Schadensersatzansprüche zur Rechtsfolge. Verstoßen dagegen vertragliche Fälligkeitsregelungen gegen öffentlichrechtliche Entgegennahmeverbotsregelungen des § 3 MaBV, so sind gem. §§ 12 MaBV, 134 BGB die vertraglichen Fälligkeitsregelungen unwirksam, mit der Rechtsfolge, daß die zivilrechtliche Fälligkeit erst gem. § 641 Abs. 1 BGB mit Abnahme eintritt.<sup>143)</sup>
- 91.1 Bei dem öffentlichrechtlichen Entgegennahmeverbot für den Bauträger gemäß § 3 Abs. 1 und 2 MaBV handelt es sich um ein öffentlichrechtliches Sicherungssystem zu Gunsten des Bestellers, das durch das Sicherungssystem des § 7 MaBV ersetzt werden kann, mit diesem aber nicht vermischt werden darf. Eine solche zur Unwirksamkeit führende Vermischung ist z.B. dann gegeben, wenn im Bauträgervertrag vom Ratenzahlungsplan des § 3 Abs. 2 MaBV — ausgenommen die letzte Rate — ausgegangen wird und für die letzte Rate vorgesehen wird, diese könne vorzeitig gegen Gestellung einer Sicherheit gemäß § 7 MaBV abgefordert werden.<sup>144)</sup>
- 91.2 Sind die Voraussetzungen auch nur einer der Regelungen des § 3 Abs. 1 und 2 MaBV nicht gegeben bzw. nicht wirksam gegeben, was der Bauträger als Normadressat der MaBV eigenständig zu prüfen hat, so besteht für den Bauträger ein öffentlichrechtliches Entgegennahmeverbot.<sup>145)</sup>

---

142) Geschehen z.B. in BGH 22.12.2000 – VII ZR 310/99, BGHZ 146, 250, 258; BGH 11.07.2002 - IX ZR 68/01, DNotZ 2002, 716

143) BGH 22.12.2000 – VII ZR 311/99, NotBZ 2001, 102; BGH 22.12.2000 – VII ZR 310/99, BGHZ 146, 250; BGH 22.03.2007 – VII ZR 268/05, BGHZ 171, 364

144) OLG Schleswig – 07.05.2010 – 4 U 126/08; *Weber/Heuer* NJW 2013, 209, 210

145) Gemäß BGH 07.11.2013 – VII ZR 167/11, ZIP 2014, 227 ist eine Pfandfreistellungserklärung im Hinblick auf § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 3 MaBV unwirksam, wenn die kreditgebende Bank ihre Pflicht zur Pfandfreistellung an die Bedingung knüpft, den Auftraggeber dürfe hinsichtlich der Nichtvollendung des Bauvorhabens kein Verschulden treffen.

### 1.3.2.3 Abnahme

- 92 Mit der zivilrechtlichen Abnahme als Fälligkeitsvoraussetzung (§ 641 Abs. 1 BGB) enden aber nicht die getrennt davon zu beachtenden öffentlichrechtlichen Entgegennahmeverbote des § 3 MaBV.
- 93 Denn der Anwendungsbereich der MaBV endet erst mit der Eigentumsumschreibung des vertraglich Geschuldeten auf den Besteller<sup>146)</sup> und bis dahin müssen alle Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 und 2 MaBV beachtet werden. Zivilrechtliche Fälligkeit gem. § 641 Abs. 1 BGB bedeutet mithin nicht, daß deshalb der Bauträger schon Geld entgegennehmen darf; dies nämlich dann nicht, wenn nicht alle Voraussetzungen des § 3 MaBV gegeben sind. So kennt die öffentlichrechtliche MaBV nicht den Begriff der Abnahme, sondern den der Fertigstellung (§ 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 letzter Spiegelstrich und § 7 Abs. 1 Satz 3 MaBV) und dem BGB ist der Begriff der Abnahme (§ 640 BGB) nicht aber der der Fertigstellung bekannt.<sup>147)</sup> Beide bezwecken auch unterschiedliches, denn die zivilrechtliche Fälligkeit richtet sich an den Besteller,<sup>148)</sup> während öffentlichrechtliche Entgegennahmeverbote sich an den Bauträger richten.<sup>149)</sup> Und der Abnahmebegriff hat etwas mit der vertraglich geschuldeten Erfüllung und der Fertigstellungsbegriff etwas mit der mangelfreien Leistung des Bauträgers zu tun.
- 94 Unter Abnahme versteht man die rechtsgeschäftliche Willenserklärung des Bestellers, das vom Bauträger vertraglich Geschuldete als im wesentlichen vertragsgemäß entgegenzunehmen (§ 640 Abs. 1 Satz 1 BGB).<sup>150)</sup> Was unter Fertigstellung (§ 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 letzter Spiegelstrich und § 7 Abs. 1 Satz 3 MaBV) zu verstehen ist, ist umstritten.<sup>151)</sup> Und weil der Fertigstellungsbegriff ob seiner unterschiedlichen Meinungen dazu Rechtsunsicherheit erzeugt, bietet es sich an, mit einer Eigentumsumschreibung auf den Besteller z.B. im Zuge der Abnahme den Anwendungsbereich der MaBV abzurechnen, so daß damit auch die öffentlichrechtlichen Entgegennahmeverbote enden und sich dann nur noch die zivilrechtliche Fälligkeit nach Maßgabe des § 641 BGB stellt.<sup>152)</sup>

### 1.3.2.4 Auflassung und Eigentumsumschreibung

- 95 Der Bauträger baut auf eigenem oder fremdem Grund und Boden. Das von ihm Errichtete wächst aufgrund § 946 BGB eigentumsmäßig dem Grundstückseigentümer zu, der der Besteller zunächst nicht ist.
- 96 Um folglich dem Besteller das auf dem Grundstück Errichtete zu verschaffen (§ 633 Abs. 1 BGB), muss **deshalb** der Bauträger dem Besteller auch das Eigentum daran verschaffen. Die

---

146) BGH 05.12.2008 – V ZR 144/07, WM 2009, 211 Rdn. 14

147) Messerschmidt/Voit/Wagner, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, E. Rdn. 118 f.

148) Messerschmidt/Voit/Wagner, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, E. Rdn. 124 f..

149) Messerschmidt/Voit/Wagner, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, E. Rdn. 55 f.

150) 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; Basty BTR 2006, 150; Thode ZfBR 1999, 116; Thode/Quack, Abnahme und Gewährleistung im Bau- und Bauträgervertrag, 2003, Rdn. 165; Messerschmidt/Voit/Wagner, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, E. Rdn. 124 f.

151) Nachweise bei Messerschmidt/Voit/Wagner, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, E. Rdn. 126 ff.

152) Wagner BauR 2002, 1313, 1328; Wagner WM 2001, 718, 722; Messerschmidt/Voit/Wagner, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, E. Rdn. 136

Eigentumsverschaffung gehört folglich beim Bauträgervertrag mit zur **Verschaffungspflicht** des § 633 Abs. 1 BGB.<sup>153)</sup>

- 97 Eine ganz andere Frage ist, ob deshalb auch die Eigentumsumschreibung zur Abnahme gehört. Dies ist zu verneinen. Denn Gegenstand der Verschaffungspflicht in § 633 Abs. 1 BGB ist das, wozu mit zuvor Ausgeführtem auch die Eigentumsverschaffung gehört. Gegenstand der Abnahme ist dagegen in § 640 Abs. 1 BGB das „**hergestellte Werk**“ und Eigentum wird nicht hergestellt.<sup>154)</sup>

### 1.3.3 Gekündigter Bauträgervertrag

- 98 Eine Kündigung des Bauträgervertrages bezüglich des die Errichtung des Baus betreffenden Teils gegenüber dem vertragstreuen Bauträger gemäß § 649 BGB ist ausgeschlossen.<sup>155)</sup>
- 99 Folglich verbleibt nur die Möglichkeit der Kündigung aus wichtigem Grund, wobei diese sich auf den die Errichtung des Baus betreffenden Teil einschränken läßt, um als Besteller so den Anspruch auf Eigentumsumschreibung des Grundstücks zu behalten.<sup>156)</sup> Auf diese Weise behält der Besteller seinen Erfüllungsanspruch im Hinblick auf das Grundstück und das Sicherungsinstrument der akzessorischen Vormerkung. Der Besteller bleibt dann in der Lage, mit einem anderen Unternehmen auf dem Grundstück das Bauwerk zu errichten bzw. fertigzustellen.<sup>157)</sup> Hier kann es allerdings zu Schwierigkeiten kommen, wenn eine Teilkündigung eines Bauträgervertrages aus wichtigem Grund durch einen der Besteller im Geschosswohnungsbau kommt.
- 100 Kündigt dagegen der Besteller den gesamten Bauträgervertrag aus wichtigem Grund bzw. macht er den großen Schadensersatz geltend, dann hat dies seine Lösung vom gesamten Bauträgervertrag zur Folge, so daß der Besteller dann seinen Erfüllungsanspruch verliert. Die Vormerkung als akzessorisches Sicherungsinstrument wird dann gegenstandslos.<sup>158)</sup>

---

153) *Schwenker* in: Erman, BGB, 11. Aufl. 2004, § 633 Rdn. 3; *Thode* NZBau 2002, 297, 301; Henssler/Graf von Westphalen/*Wagner*, Praxis der Schuldrechtsreform, 2003, § 633 Rdn. 5 und *Wagner* ZNotP 2002, Beilage 1, Seite 3; Messerschmidt/*Voit/Wagner*, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, E. Rdn. 27 ff.; a.A. *Pause* NZBau 2002, 648, 652:

154) Messerschmidt/*Voit/Wagner*, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, E Rdn. 27

155) BGH. 21.11.1985 - VII ZR 366/83, BauR 1986, 208, 209; KG Berlin 22.12.1998 – 27 U 429/98, BauR 2000, 114, 115; OLG Saarbrücken 27.11.2001 – 24, 4 U 96/01, OLGR 2002, 67 f.; *Kniffka*, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 13.11.2007, § 649 Rdn. 15. Da die Leistung des Bauträgers im Wohnungsbau gegenüber dem Besteller gem. § 4 Nr. 9 a) UStG umsatzsteuerfrei ist und § 649 BGB ausgeschlossen ist, stellt sich beim Bauträgervertrag die umsatzsteuerliche Thematik von BGH 22.11.2007 – VII ZR 83/05, WM 2008, 889 nicht.

156) BGH, Urt. v. 21.11.1985 - VII ZR 366/83, BauR 1986, 208, 210; KG Berlin 22.12.1998 – 27 U 429/98, BauR 2000, 114, 115; OLG Saarbrücken 27.11.2001 – 24, 4 U 96/01, OLGR 2002, 67 f.; *Kniffka*, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 13.11.2007, § 649 Rdn. 15

157) *Kniffka*, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 13.11.2007, § 649 Rdn. 15

158) BGH 05.04.2001 – VII ZR 489/99, BauR 2001, 1097, 1098; *Kniffka*, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 13.11.2007, § 649 Rdn. 15

101 Wurde ein Bauträgervertrag rechtswirksam aus wichtigem Grund gekündigt, so ist eine umfassende Gesamtabrechnung vorzunehmen.<sup>159)</sup> Im Fall der Teilkündigung des Bauträgervertrages durch den Besteller aus vom Bauträger zu vertretenden wichtigem Grund behält der Bauträger seinen Anspruch auf den Grundstückskaufpreis.<sup>160)</sup>

### 1.3.4 Einwände des Bestellers

#### 1.3.4.1 Fehlende Fälligkeit

102 Wendet der Besteller beim Bauträgervertrag dem Bauträger gegenüber fehlende Fälligkeit ein, dann wird dem i.d.R. eine notarielle Fälligkeitsmitteilung des Notars vorausgegangen sein. Dies führt zu der Frage, ob ein Besteller fehlende Fälligkeit einwenden kann, wenn eine notarielle Fälligkeitsmitteilung vorliegt. Hier wird man unterscheiden müssen zwischen

- den allgemeinen Fälligkeitsvoraussetzungen eines Bauträgervertrages und
- 103 - den besonderen Fälligkeitsvoraussetzungen, die die Fälligkeit der einzelnen Vorauszahlungsraten betreffen und in die der Notar nicht eingeschaltet ist.

104 *Allgemeine Fälligkeitsvoraussetzungen:*

Hier ist bei Bauträgerverträgen darauf zu achten, ob die Fälligkeit bei Eintritt aller in der notariellen Bauträgervertragsurkunde genannten Voraussetzungen gegeben sein soll und die Mitteilung des Notars vom Eintritt dieser Voraussetzungen nur deklaratorische Bedeutung haben soll oder ob die Mitteilung des Notars vom Eintritt der Fälligkeitsvoraussetzungen konstitutive Bedeutung haben soll. Der erstere Fall hat mit der Feststellung von Tatsachen durch den Notars zu tun, im letzteren Fall hat er zudem rechtlich zu begutachten, ob die Fälligkeitsvoraussetzungen alle vorliegen, so daß letzterer Fall eine notarielle Betreuung auf dem Gebiet vorsorgender Rechtspflege ist (§ 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO).<sup>161)</sup>

105 Welche der beiden Fälle vorliegt, muß sich aus dem Bauträgervertrag ergeben. Die Unterschiede sind gravierend, denn:

- 106 - Im ersteren Fall haftet der Notar für eine falsche Notarbestätigung, sofern nur ein Fall der Fahrlässigkeit gegeben ist, nur subsidiär (§ 19 Abs. 1 Satz 2 HS 1 BNotO). Würde in diesem Fall der Notar des ungeachtet primär verklagt und dem Bauträger der Streit verkündet werden, so wäre diese Streitverkündung unzulässig und könnte keine Verjährungshemmung gegenüber dem Bauträger herbeiführen.<sup>162)</sup> Folglich muss in diesem Fall einer fehlerhaften Notarbestätigung i.S. Fälligkeitsmitteilung als Tatsachenmitteilung, wenn dem Besteller daraus ein Schaden entstanden ist, der Besteller primär den Bauträger verklagen. Der Ausgang des Rechtsstreites gegen den Bauträger ist dann für eine subsidiäre Haftungsanspruchnahme des Notars präjudiziell.<sup>163)</sup>

---

159) OLG Saarbrücken 27.11.2001 – 24, 4 U 96/01, OLGR 2002, 67 f.

160) KG Berlin 22.12.1998 – 27 U 429/98, BauR 2000, 114, 116

161) BGH 24.10.1985 – IX ZR 91/84, BGHZ 96, 157, 164; OLG München 15.06.1989 – 1 U 5630/88, DNotZ 1991, 337 f.

162) BGH 06.12.2007 – IX ZR 143/06, WM 2008, 266 f.

163) BGH 06.12.2007 – IX ZR 143/06, WM 2008, 266, 267

107 - In dem Fall jedoch, daß die notarielle Fälligkeitsbestätigung aufgrund der vom Notar vorzunehmenden rechtlichen Prüfung konstitutiv ist, haftet bei Fehlerhaftigkeit derselben der Notar direkt (§ 19 Abs. 1 Satz 2 HS 2 i.V.m. § 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO).<sup>164)</sup> Verklagt in diesem Fall der Besteller zunächst den Notar und verkündet dem Bauträger den Streit, dann ist die Streitverkündung zulässig.<sup>165)</sup>

108 Ist die notarielle Fälligkeitsmitteilung – einerlei ob deklaratorisch oder konstitutiv – fehlerhaft, so kann der Besteller dies dem Bauträger gegenüber einwenden. Dies hat nichts mit der Frage zu tun, ob die öffentlichrechtlichen Entgegnahmeverbotsvoraussetzungen alle erfüllt sind oder nicht.

109 *Besondere Fälligkeitsvoraussetzungen:*

Diejenigen, die in dem im Bauträgervertrag vereinbarten Ratenzahlungsplan vereinbarte Abschlagszahlungen sehen, müssen berücksichtigen, daß Abschlagszahlungen nur für vertragsgemäß erbrachte Leistungen verlangt werden können (§ 632a Abs. 1 Satz 1 BGB). Ob dies bedeutet, daß die Leistung, die mit der Abschlagszahlung bezahlt werden soll, mängelfrei<sup>166)</sup> oder nur im wesentlichen mängelfrei sein muß, ist für bis zum 01.09.2008 geschlossene Bauträgerverträge streitig.<sup>167)</sup> Bei nach dem 01.09.2008 geschlossenen Bauträgerverträgen spricht § 632a Abs. 2 BGB zwar von Abschlagszahlungen, ohne jedoch durch Verweis auf § 632a Abs. 1 Satz 1 BGB zu verdeutlichen, daß es sich auch insoweit um eine vertragsgemäß erbrachte Leistung handeln muß. Immerhin verknüpft § 632a Abs. 1 Satz 1 BGB die Notwendigkeit der vertragsgemäß erbrachten Leistung mit dem Wertzuwachs beim Besteller, wozu es beim herkömmlichen Bauträgervertrag wegen § 946 BGB nicht kommt. Es ist mithin unklar, ob die in § 632a Abs. 1 Satz 1 BGB geregelte vertragsgemäß erbrachte Leistung auch für die Abschlagszahlung des § 632a Abs. 2 BGB Bedeutung hat, bei der sich hinter dem Begriff der Abschlagszahlung eine ratenweise Vorauszahlung verbirgt.

110 Handelt es sich bei den Abschlagszahlungen des § 632a Abs. 2 BGB der Sache nach um ratenweisen Vorauszahlungen, muß Mängelfreiheit der Leistungen gegeben sein, für die ratenweise vorausgezahlt werden soll. Insoweit wäre § 632a Abs. 1 Satz 2 BGB auf § 632a Abs. 2 BGB nicht übertragbar. Dies hängt mit dem oben zu Art. 3 Abs. 3 Anhang Nr. 1. o) VerbrRL Ausgeführten zusammen, der im Rahmen einer gemeinschaftskonformen – nicht richtlinienkonformen – Auslegung<sup>168)</sup> des § 310 Abs. 3 BGB Anwendungsvorrang hat. Denn § 310 Abs. 3 BGB als wortgleiche Transformationsnorm des § 24 a AGBG, mit welcher die VerbrRL in deutsches Recht transformiert wurde, weist das Defizit aus, daß die VerbrRL im Hinblick auf Art. 3 Abs. 3

---

164) BGH 24.10.1985 – IX ZR 91/84, BGHZ 96, 157, 165; OLG München 15.06.1989 – 1 U 5630/88, DNotZ 1991, 337, 338

165) BGH 06.12.2007 – IX ZR 143/06, WM 2008, 266, 267

166) OLG Schleswig 30.03.2007 – 17 U 21/07, BauR 2007, 1579; von Craushaar BauR 2001, 471, 473 f.; Kirberger BauR 2001, 492, 498 f.; Rodemann BauR 2002, 863, 866 f.; a.A. Kniffka BauR 2000, 227, 229; Kniffka, ibronline-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 13.11.2007, § 632a Rdn. 6 f.

167) OLG Saarbrücken 05.01.2006 – 1 UH 664/05, OLGR 2006, 413 f.

168) EuGH 18.07.2007 – Rs. C-119/05 (Lucchini), EWS 2007, 402. Rdn. 61; Wagner in: Schmider/Wagner/Loritz, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), (06/2008), Fach 8410 Rdn. 20 - 22



Anhang Nr. 1. o) VerbrRL nicht effektiv in deutsches Recht umgesetzt wurde wie das oben beschriebene Beispiel des Bauträgervertrages zeigt.<sup>169)</sup>

- 111 Einerlei, ob man beim Bauträgervertrag von Abschlagszahlungen oder ratenweisen Vorauszahlungen ausgeht, ist der Bauträger bei einem dem BGB unterfallenden Bauträgervertrag verpflichtet, nach Abnahme unter Berücksichtigung geleisteter Abschlags- bzw. Vorauszahlungen eine Schlussrechnung zu stellen. Dies folgt aus dem vorläufigen Charakter von Voraus- bzw. Abschlagszahlungen.<sup>170)</sup>

#### 1.3.4.2 Entgegennahmeverbote des Bauträgers

- 112 Alle Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 – 4 MaBV müssen gegeben sein, andernfalls der Bauträger einem öffentlichrechtlichen Entgegennahmeverbot unterliegt. Dies hat nichts mit vertraglichen und damit zivilrechtlichen Fälligkeitsvoraussetzungen und auch nichts mit notarieller Fälligkeitsbestätigung zu tun. Denn für die Beachtung der öffentlichrechtlichen Entgegennahmeverbote haben alleine der Bauträger und die für ihn handelnden Personen zu sorgen, denn nur der Bauträger ist Normadressat der MaBV.
- 113 Verstoßen vertragliche Regelungen gegen die öffentlichrechtlichen Entgegennahmeverbote des § 3 MaBV, so sind sie unwirksam (§§ 12 MaBV, 134 BGB). Fordert der Bauträger Zahlungen ab, obwohl nicht alle Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 und 2 MaBV erfüllt sind, so daß er einem öffentlichrechtlichen Entgegennahmeverbot unterliegt, so kann der Besteller die Zahlung verweigern, unabhängig davon, ob zivilrechtliche Fälligkeit eingetreten ist.
- 114 Der Bauträger kann bestehende öffentlichrechtliche Entgegennahmeverbote dadurch überwinden, daß er dem Besteller eine Bürgschaft stellt, die **alle** Anforderungen des § 7 MaBV erfüllen muß. Hat er dies getan, kann er dann vom Besteller gleichwohl nur und erst dann Zahlung verlangen, wenn vertraglich (zivilrechtlich) Fälligkeit gegeben ist.

#### 1.3.4.3 Mängel: Geschuldete und nicht vereinbarte Vergütung

- 115 Aufgrund des oben angesprochenen zivilrechtlichen und MaBV-rechtlichen Äquivalenzprinzips hat der Bauträger keinen vertraglichen Anspruch auf die vereinbarte Vergütung sondern nur auf die geschuldete Vergütung.<sup>171)</sup> Dies hat zusätzlich zur Folge, daß ein Eigentumsumschreibungsanspruch des Bestellers auch dann besteht, wenn der noch streitige Vergütungsanspruch gemessen am Gesamtvergütungsanspruch geringfügig ist.<sup>172)</sup>

---

169) Messerschmidt/Voit/Wagner, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, Rdn. 39

170) BGH 24.01.2002 – VII ZR 196/00, WM 2002, 870, 871

171) Messerschmidt/Voit/Wagner, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, E. Rdn. 149

172) LG Heilbronn 11.07.2001 – 2 O 3003/00 IV, BauR 2002, 107; Basty, Der Bauträgervertrag, 7. Aufl. 2012, Rdn. 779

#### 1.3.4.4 Deliktische Schadensersatzansprüche

- 116 Daß das öffentlichrechtliche Entgegennahmeverbot des § 3 MaBV Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB ist, ist in der Rechtsprechung entschieden.<sup>173)</sup>
- 117 Hat folglich ein Bauträger unter Verstoß gegen öffentlichrechtliche Entgegennahmeverbote und ohne Hingabe einer Bürgschaft gemäß § 7 MaBV Zahlungen entgegengenommen, dann kann der Besteller (auch) aufgrund deliktischer Anspruchsgrundlagen das an den Bauträger Ausgezahlte und von ihm Entgegengenommene mittels einer Schadensersatzklage zurückfordern.
- 118 Neben dem Bauträger kann dann auch dessen Geschäftsführer persönlich haften<sup>174)</sup> Denn Geschäftsführer einer Bauträgersgesellschaft haben die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden (§ 43 Abs. 1 GmbHG), wozu auch die Kenntnis der MaBV gehört. Dies ist bezüglich der vom Geschäftsführer einer GmbH zu beachtenden öffentlichrechtlichen Pflichten einer GmbH seit langem entschieden und auch anerkannt.<sup>175)</sup> Dazu gehören folglich auch die seitens einer Bauträgersgesellschaft zu beachtenden öffentlich-rechtlichen Entgegennahmeverbotsregelungen des § 3 MaBV.

#### 1.3.4.5 § 817 Satz 1 BGB

- 119 Hat ein Bauträger unter Verstoß gegen öffentlichrechtliche Entgegennahmeverbote und ohne Hingabe einer Bürgschaft gemäß § 7 MaBV Vermögenswerte des Bestellers entgegengenommen, dann kann der Besteller (auch) Zahlungsansprüche gegen den Bauträger gemäß § 817 Satz 1 BGB geltend machen. Für einen solchen Fall hat der BGH<sup>176)</sup> entschieden, daß dann, wenn Vermögenswerte entgegen § 3 Abs. 1 bzw. 2 MaBV seitens des Bauträgers entgegengenommen wurden und dadurch gegen § 134 BGB verstoßen worden sei, ein Anspruch gem. § 817 Satz 1 BGB bestehe. § 813 Abs. 2 BGB komme dann nicht zum Tragen, weil sonst der vom Verbotsgesetz bezweckte Schutz des Bestellers ausgeschaltet würde. Soweit der BGH in dem von ihm entschiedenen Fall ausnahmsweise doch § 813 Abs. 2 BGB für einschlägig erachtete, hing dies mit der Besonderheit des von ihm entschiedenen Falles zusammen. Für den Normalfall hat inzwischen der BGH erneut wie folgt entschieden:
- 119.1 *„1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 22. März 2007 - VII ZR 268/05, BGHZ 171, 364; Urteil vom 22. Dezember 2000 - VII ZR 310/99, BGHZ 146, 250), von der das Berufungsgericht ausgeht, ist eine Vereinbarung zwischen einem Bauträger und einem Auftraggeber über die Fälligkeit der von dem Auftraggeber zu leistenden Abschlagszahlungen, die gegen § 3 Abs. 1, § 3 Abs. 2, § 12 MaBV verstößt, gemäß § 134 BGB nichtig. Die Nichtigkeit erfasst ausschließlich die von § 3 Abs. 1, § 3 Abs. 2 MaBV abweichende Verein-*

---

173) BGH 05.12.2008 – V ZR 144/07, WM 2009, 211 Rdn. 10 f.; OLG Hamm 22.04.1998 – 12 U 37/97, NJW-RR 1999, 530, 531; OLG Celle 12.02.2001 – 4 U 289/99, BauR 2001, 1278, 1279; OLG Frankfurt 23.12.2004 – 24 U 85/03, BauR 2005, 1040, 1042

174) BGH 05.12.2008 – V ZR 144/07, WM 2009, 211 Rdn. 12

175) BGH 15.10.1996 – VI ZR 319/95, GmbHR 1997, 25, 26; Scholz/Schneider, GmbHG, 10. Aufl. 2007, § 43 Rdn. 358, 359

176) BGH 22.03.2007 – VII ZR 268/05, BauR 2007, 1235, 1239

*barung und berührt die Wirksamkeit des Vertrages im Übrigen nicht. An die Stelle der nichtigen Vereinbarung tritt § 641 Abs. 1 BGB, so dass mit der Abnahme die Zahlungsverpflichtung des Auftraggebers fällig wird. Erfüllt der Auftraggeber in einem solchen Fall vor der Abnahme seine Zahlungsverpflichtungen, verstößt die Entgegennahme der Zahlungen durch den Bauträger gegen ein gesetzliches Verbot. Dem Auftraggeber steht deshalb ein Bereicherungsanspruch aus § 817 Satz 1 BGB zu, der nach § 818 Abs. 1, § 100 BGB das Recht umfasst, von dem Bauträger die Herausgabe der gezogenen Nutzungen in Form von Zinszahlungsersparnissen (BGH, Urteil vom 6. März 1998 - V ZR 244/96, BGHZ 138, 160, 164 f.) zu verlangen. Dieser Anspruch ist nach § 813 Abs. 2 BGB grundsätzlich nicht ausgeschlossen.<sup>177)</sup>*

## 2. Sachmängelrecht / Mangelprozess

### 2.1 Rechtliche Grundlagen

### 2.2 Mängel

- 120 Der Bauträger schuldet im Geschosswohnungsbau aufgrund des mit jedem Besteller geschlossenem Bauträgervertrag
- die Errichtung des Bauvorhabens tatsächlich einmal, rechtlich jedoch gegenüber so vielen Bestellern wie er mit diesen Bauträgerverträge geschlossen hat;
- 121 - die Errichtung der Wohnung jedem einzelnen Besteller gegenüber wie im jeweiligen Bauträgervertrag vereinbart;
- 122 - die Verschaffung des Grundbesitzes tatsächlich einmal, rechtlich jedoch gegenüber so vielen Bestellern wie er mit diesen Bauträgerverträge geschlossen hat;
- 123 - die Begründung und Übertragung des lastenfreien Sonder- bzw. Wohnungseigentums gegenüber jedem Besteller an jeweils der Wohnung, die im jeweiligen Bauträgervertrag vereinbart wurde. Dessen Folge ist die anteilige Teilhabe jeden Bestellers am Gemeinschaftseigentum.
- 124 Die Besitz- und Eigentumsverschaffung durch den Bauträger gegenüber dem einzelnen Besteller erfolgt erst nach Zahlung der vom Besteller vollständig **geschuldeten** Vergütung, was von der **vereinbarten** Vergütung dann abweichen kann, wenn sich die Parteien über die Mangelfreiheit bzw. Vollständigkeit der vom Bauträger geschuldeten Vergütung nicht einig sind.
- 125 Mit Ausgeführtem entsteht die werdende bzw. endgültige Wohnungseigentümergeinschaft frühestens nach Abnahme wie auch dieser (werdenden) Wohnungseigentümergeinschaft nicht alle Besteller angehören müssen. Dies bedeutet, daß bis dahin z.B. Baumängel an einem errichteten Gebäude vorhanden sind, das sich weder im Besitz noch im Eigentum der Besteller sondern im Eigentum desjenigen befindet, der Grundstückseigentümer ist (§ 946 BGB). Dies kann der Bauträger sein, dies kann aber auch ein Dritter sein. Folglich ist die Frage, ob eine mangelhafte Leistung vorliegt, nicht von der Antwort abhängig, ob den Bestellern bereits Besitz und Eigen-

---

177) BGH 07.11.2013 – VII ZR 167/11, ZIP 2014, 227 Rdn. 14

tum verschafft wurde, sondern alleine davon abhängig, ob der tatsächliche Ist-Zustand des Bauvorhabens von dem im jeweiligen Bauträgervertrag vertraglich Vereinbarten abweicht.

- 126 Von der Frage, ob ein Mangel vorliegt, ist die Beantwortung der Frage zu unterscheiden, wer aktivlegitimiert ist, gegenüber dem Bauträger die Mangelbeseitigung zu verlangen und ggf. dies innerhalb in einem Prozess Rechte geltend zu machen.

### 2.2.1 Mängel im Sonder-/Wohnungseigentum

- 127 Es ist immer wieder im Fachschrifttum und Urteilen von Mängeln im Sonder-/ Wohnungseigentum zu lesen. Dies ist in vielerlei Hinsicht eine unzutreffende Formulierung:
- 128 Mängel im Eigentum könnten dann ja eigentlich nur Rechtsmängel sein. Dies ist in diesen Fällen aber nicht gemeint. Gemeint ist mit der Formulierung von Mängeln im Sonder-/ Wohnungseigentum statt dessen das Vorhandensein von Mängel in den Räumlichkeiten, die Sonder-/ Wohnungseigentum werden oder geworden sind. Es geht folglich nicht um Mängel im Eigentum, sondern um Baumängel bzw. Mängel, die aus der Abweichung des tatsächlich Ist-Zustandes vom vertraglich Geschuldeten herrühren.

### 2.2.2 Mängel im Gemeinschaftseigentum

- 129 Nicht anders ist es bei diesen Mängeln. Auch hier geht es nicht um Mängel am Gemeinschaftseigentum als Rechtsmängeln, sondern um das Vorhandensein von Mängel an all dem, was in Abweichung des Ist-Zustandes des Gebauten von dem vertraglich Geschuldeten sich dort befindet, wo Gemeinschaftseigentum sein wird bzw. bereits vorhanden ist. Soweit mithin Gerichte von einer Abnahme des Gemeinschaftseigentums sprechen, ist dies eine unzutreffende Kurzbezeichnung, die nur die Abnahme dessen meint, was sich im Gemeinschaftseigentum befindet bzw. befinden soll. Dies hat aber Konsequenzen:
- 130 Sofern es mithin nicht um die Abnahme von Gemeinschaftseigentum gehen kann, sind folglich zunächst einmal nicht Wohnungseigentümer oder eine (werdende) Wohnungseigentümergeinschaft zuständig, sondern die Besteller der einzelnen Bauträgerverträge. Folglich ist es unzutreffend und rechtlich unwirksam (§ 305c BGB), in Bauträgerverträgen zu bestimmen, für die Abnahme des Gemeinschaftseigentums seien z.B. 3 Wohnungseigentümer zuständig.<sup>178)</sup> Mithin kann die Abnahmewirkung auch nicht durch 3 Wohnungseigentümer herbeigeführt werden.
- 131 In Bauträgerverträgen enthaltene Vertragsklauseln, wonach die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch einen vom Bauträger bestimmten Sachverständigen vorgenommen werden soll, sind im übrigen wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 BGB (früher § 9 AGBG) wegen unangemessener Benachteiligung unwirksam, so daß Erklärungen des Sachverständigen keine Abnahmewirkung auslösen.<sup>179)</sup>

---

178) a.A. und dies verkennend OLG Nürnberg 12.12.2006 – 9 U 429/06, n.V.

179) BGH 12.09.2013 – VII ZR 308/12, NJW 2013, 3360; LG München I 02.07.2008 – 18 O 21458/07, BauR 2009, 1444; dazu *Messerschmidt/Leidig* BauR 2014, 1

### 2.2.3 Mängelrechte und Aktivlegitimation

- 132 Bei Mängeln am Grundstück ist für die Zeit nach dem Inkrafttreten des Schuldrechtsreformgesetzes streitig, ob diesbezüglich Kaufrecht oder im Hinblick auf § 633 Abs. 1 BGB Werkvertragsrecht<sup>180)</sup> gilt. Bei Mängeln am Bauvorhaben gilt Werkvertragsrecht.<sup>181)</sup>
- 133 Für die Geltendmachung von Rechten wegen mangelhafter Bauausführung außergerichtlich bzw. gerichtlich muß man auf der Zeitschiene unterschiedliche Situationen beachten, wobei zu Einzelheiten auf das an anderer Stelle dazu ausführlich Begründete verwiesen wird.<sup>182)</sup>

#### 2.2.3.1 Mängel vor Abnahme

- 134 Beim herkömmlichen Bauträgervertrag gibt es **vor** der Abnahme weder eine werdende noch eine endgültige Wohnungseigentümergeinschaft.<sup>183)</sup> Folglich ist der einzelne Besteller als Besteller berechtigt, bei mangelhafter Leistung des Bauträgers Ansprüche auf mangelfreie Erfüllung geltend zu machen (§§ 280, 323 ff. BGB).<sup>184)</sup> Ob daneben zusätzlich die §§ 634 ff. BGB gelten, ist derzeit noch nicht abschließend geklärt. Immerhin sprechen die §§ 634 Nr. 1, 635 BGB von **Nacherfüllung**, was etwas anderes als Erfüllung ist.<sup>185)</sup>

#### 2.2.3.2 Mängel bei Abnahme

- 135 Beim herkömmlichen Bauträgervertrag gibt es auch zum Zeitpunkt der Abnahme weder eine werdende noch eine endgültige Wohnungseigentümergeinschaft.<sup>186)</sup> Denn weder wird bis zur Abnahme eine Besitzverschaffung auf die Besteller erfolgt sein (deshalb keine *werdende* Wohnungseigentümergeinschaft) noch wird eine Eigentumsumschreibung auf Besteller erfolgt sein (deshalb keine *endgültige* Wohnungseigentümergeinschaft). Folglich ist der einzelne Besteller, so lange es noch keine werdende bzw. endgültige Wohnungseigentümergeinschaft gibt bzw. so lange er (noch) nicht Mitglied einer Wohnungseigentümergeinschaft ist (sog. Outsider<sup>187)</sup>), berechtigt, Ansprüche wegen mangelhafter Bauträgerleistung geltend zu machen.

#### 2.2.3.3 Mängel nach Abnahme

- 136 Beim herkömmlichen Bauträgervertrag erfolgt nach Abnahme bei denjenigen Bestellern, die die geschuldete Vergütung an den Bauträger bezahlt haben, die Besitzverschaffung und Eigentumsumschreibung des Wohnungs-/Sondereigentums mit der Folge, daß mit diesen eine endgültige Wohnungseigentümergeinschaft entsteht.

---

180) *Vorwerk* BauR 2003, 1, 7 f.; Messerschmidt/Voit/Wagner, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, E. Rdn. 25 f. m.w.N.

181) OLG München 25.01.2012 – 27 U 501/10, (ibr-online)

182) *Wagner* ZNotP 2007, 288; Messerschmidt/Voit/Wagner, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, E. Rdn. 25 ff.

183) *Wagner* ZNotP 2007, 288, 290 f.; Messerschmidt/Voit/Wagner, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, E. Rdn. 191

184) *Kniffka*, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 13.11.2007, § 634 Rdn. 10

185) *Kniffka*, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 13.11.2007, § 634 Rdn. 11

186) *Wagner* ZNotP 2007, 288, 291.; Messerschmidt/Voit/Wagner, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, E. Rdn. 191 f.

187) *Wagner* ZNotP 2007, 288, 291 f.; Messerschmidt/Voit/Wagner, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, E. Rdn. 193

- 137 Aber es gibt auch Besteller, die wegen (behaupteter) Mängel die vollständige Zahlung der geschuldeten Vergütung an den Bauträger verweigern, weswegen der Bauträger seinerseits die Besitzverschaffung und Eigentumsumschreibung bei diesen Personen verweigert. Die Folge ist, daß diese Personen nicht Mitglied der (werdenden) Eigentümergemeinschaft werden (sog. Outsider).<sup>188)</sup>
- 138 Bezüglich der Geltendmachung von Rechten für den Fall mangelhafter Bauträgerleistung ist hier vieles unklar, so daß Rechtsunsicherheit besteht:

### 2.2.3.3.1 Die Wohnungseigentümergeinschaft

- 139 In dem Moment, in dem außer dem Bauträger auf **einen** weiteren Besteller Wohnungseigentum umgeschrieben wird, entsteht mit der jüngeren BGH-Rechtsprechung<sup>189)</sup> eine Wohnungseigentümergeinschaft. Mit dieser BGH-Rechtsprechung gehören dieser Wohnungseigentümergeinschaft auch die Personen an, die Mitglied einer werdenden Wohnungseigentümergeinschaft waren. Dies sind die Personen, auf die noch keine Umschreibung des Wohnungseigentums erfolgt ist, denen aber bereits die Wohnung übergeben wurde.<sup>190)</sup> Der Wohnungseigentümergeinschaft gehören mithin dann lediglich die Personen nicht an, auf die weder Wohnungseigentum umgeschrieben wurde, noch die Wohnung übergeben wurde (sog. Outsider).
- 140 In seiner Entscheidung vom 12.04.2007 hat der BGH<sup>191)</sup> im Zusammenhang mit Wohnungseigentümergeinschaften folgendes zum Ausdruck gebracht:
- 141 - Jeder Besteller bleibe **materiellrechtlich Anspruchsinhaber** der Ansprüche, die mit mangelhafter Leistung des Bauträgers zusammenhängen.
- 142 - Die Wohnungseigentümergeinschaft könne durch Mehrheitsbeschluss die **Durchsetzung** der Ansprüche an sich ziehen, die auf die ordnungsgemäße Herstellung des Gemeinschaftseigentums gerichtet seien, womit die ordnungsgemäße Herstellung dessen gemeint ist, was sich im Gemeinschaftseigentum befindet. Wenn sie davon Gebrauch mache, dann sei die Wohnungseigentümergeinschaft für die **Geltendmachung** solcher Ansprüche alleine zuständig. Im Gerichtsverfahren trete die Wohnungseigentümergeinschaft als **gesetzlicher Prozesstandschafter** auf.
- 143 Dazu zählt der BGH u.a. die Geltendmachung von Ansprüchen wegen Minderung und kleinem Schadensersatz, aber auch den Mängelbeseitigungsanspruch, den Anspruch auf Aufwendungsersatz und den Kostenvorschussanspruch.<sup>192)</sup>

---

188) Messerschmidt/Voit/Wagner, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, E. Rdn. 193

189) BGH 05.06.2008 – V ZB 85/07, NJW 2008, 2639 Rdn. 12

190) BGH 05.06.2008 – V ZB 85/07, NJW 2008, 2639 Rdn. 12

191) BGH 12.04.2007 – VII ZR 236/05, BauR 2007, 1221; dazu grundlegend Wagner ZNotP 2007, 288; Messerschmidt/Voit/Wagner, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, E. Rdn. 171 ff.

192) Ohne einen solchen Mehrheitsbeschluss in der Wohnungseigentümergeinschaft bleibt der einzelne Besteller berechtigt, solche Rechte selbst einzuklagen: OLG Brandenburg 08.02.2006 – 4 U 137/05, BauR 2006, 1323; KG Berlin 24.02.2006 – 7 W 19/06, BauR 2006, 1482. Ebenfalls ist die WEG-Gemeinschaft nicht berechtigt, per Beschluss Gewährleistungsansprüche an sich zu ziehen, wenn die Teilungserklärung bzw. Gemeinschaftsordnung bestimmt, daß jeder Wohnungseigentümer auf eigene Rechnung für die Instandhaltung von im Gemeinschaftseigentum befindlichen Gegenständen zu sorgen hat: OLG München 23.05.2007 – 32 Wx 30/07, NJW 2008, 2418.

- 144 - Bei Mängeln, die sich nicht im Gemeinschaftseigentum befinden, die aber in einem engen rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang mit der Verwaltung des Gemeinschaftseigentums stehen und an deren Behebung die Wohnungseigentümergeinschaft ein schutzwürdiges Interesse habe, könne die Wohnungseigentümergeinschaft Ansprüche in **gewillkürter Prozessstandschaft** geltend machen.
- 145 - Bei Mängeln, die sich im Wohnungs-/Sondereigentum befinden, könne sich die Wohnungseigentümergeinschaft von einzelnen Wohnungs-/Sondereigentümern ermächtigen lassen, diesbezügliche Ansprüche neben Ansprüchen wegen Mängeln im Gemeinschaftseigentum geltend zu machen.
- 146 Diese Rechtsprechung des VII. Zivilsenates des BGH, der inzwischen die Rechtsprechung des V. Zivilsenates des BGH<sup>193)</sup> und andere Gerichte<sup>194)</sup> gefolgt sind, schafft Rechtsunsicherheit, weil folgendes unberücksichtigt bleibt:
- 147 - Besteller werden in den Bereichen, in denen die Wohnungseigentümergeinschaft Rechte der Besteller zur Durchsetzung gegen deren Willen an sich zieht, rechtlos gestellt. Dies stößt auf grundlegende EU-gemeinschaftsrechtliche<sup>195)</sup> und verfassungsrechtliche<sup>196)</sup> Bedenken.
- 148 - Besteller können aus der Zeit vor dem Entstehen der Wohnungseigentümergeinschaft Ansprüche gegenüber dem Bauträger (prozessual) geltend gemacht haben. Sollen sie plötzlich z.B. im laufenden Prozess ihre diesbezügliche Aktivlegitimation verlieren, wenn die Wohnungseigentümergeinschaft plötzlich Ansprüche an sich zieht?<sup>197)</sup> Wer kommt dem Besteller für die bisher aufgewandten Prozesskosten auf?
- 149 - Zieht die Wohnungseigentümergeinschaft in dem vom BGH beschriebenen Umfang Rechte an sich, ist sie keineswegs alleine zuständig, wenn es nämlich Besteller gibt, die der Wohnungseigentümergeinschaft nicht angehören (sog. Outsider). Würde nämlich die Wohnungseigentümergeinschaft auch in deren Rechte eingreifen, dann würde auch dies auf grundlegende EU-gemeinschaftsrechtliche<sup>198)</sup> und verfassungsrechtliche<sup>199)</sup> Bedenken stoßen. Wenn aber die BGH-Entscheidung dahingehend zu verstehen ist, daß der Outsider-Fall dort nicht behandelt wurde, dann stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis Rechte von Outsidern zu an sich gezogenen Rechten der Wohnungseigentümergeinschaft - materiellrechtlich und prozessual - stehen.<sup>200)</sup> Und dies läßt sich noch dadurch komplizieren, wenn Ansprüche von Bestellern aus einer Zeit vor Entstehen der endgültigen Wohnungseigentü-

---

Allerdings kann eine solche Verpflichtung des einzelnen Wohnungseigentümers nichts durch Mehrheitsbeschluss begründet werden: OLG Zweibrücken 05.06.2007 – 3 W 98/07, NJW 2008, 2417

193) BGH 15.01.2010 – V ZR 80/09, NJW 2010, 933

194) OLG Hamm 05.11.2009 – I-15 Wx 15/09, ZEW 2010, 44

195) Wagner ZNotP 2007, 288, 297; Messerschmidt/Voit/Wagner, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, Rdn. 193

196) Wagner ZNotP 2007, 288, 296; Messerschmidt/Voit/Wagner, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, Rdn. 193

197) Mit OLG Hamm 05.11.2009 – I-15 Wx 15/09, ZEW 2010, 44 kann der klagende Besteller nach einem solchen Einziehungsbeschluss seine Klage analog §§ 265, 326 ZPO fortsetzen.

198) Wagner ZNotP 2007, 288, 297; Messerschmidt/Voit/Wagner, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, Rdn. 193

199) Wagner ZNotP 2007, 288, 296; Messerschmidt/Voit/Wagner, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, Rdn. 193

200) Wagner ZNotP 2007, 288, 296 f.; Messerschmidt/Voit/Wagner, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, Rdn. 193

mergemeinschaft von einzelnen Bestellern vorab sicherungshalber an die jeweilige finanzierende Bank solcher Besteller abgetreten wurden.<sup>201)</sup>

- 150 - Das an sich ziehen von Rechten von Bestellern durch die Wohnungseigentümergeinschaft gegen den Willen von Bestellern ist auch dort nicht frei von Rechtsunsicherheit, wo zwar Besteller Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft sind (sog. Insider), dort aber bei der Beschlussfassung der Wohnungseigentümer überstimmt worden sind.<sup>202)</sup>

### 2.2.3.3.2 Einzelne Besteller

- 151 In seiner Entscheidung vom 12.04.2007 hat der BGH<sup>203)</sup> dazu folgendes zum Ausdruck gebracht:
- 152 - Der einzelne Besteller könne Ansprüche auf großen Schadensersatz oder Wandlung bzw. Rücktritt selbständig geltend machen.
- 153 - Werde die Wohnungseigentümergeinschaft in dem Bereich, in dem sie tätig werden könne, nicht tätig, könne der einzelne Besteller Rechte individuell geltend machen, die auf eine ordnungsgemäße Herstellung des sich im Gemeinschaftseigentums Befindlichen richte und daher der Wohnungseigentümergeinschaft zugute kämen. Dazu könne gehöre der Mängelbeseitigungsanspruch, der Anspruch auf Aufwendungsersatz und der Kostenvorschussanspruch, jedoch nur auf Zahlung an die Wohnungseigentümergeinschaft.
- 154 Mit dem zuvor Ausgeführten wird auch der Outsider weiterhin berechtigt sein, eigene Rechte geltend zu machen. Das gleiche gilt für die finanzierende Bank des Bestellers, wenn ihr vorab Ansprüche des Bestellers abgetreten worden sind. Ob dies auch einem überstimmten Insider zusteht, ist unklar. Zu den damit verbundenen Problemen, in welchem Verhältnis diese Rechtsdurchsetzungen zu der einer Wohnungseigentümergeinschaft materiellrechtlich und prozessual stehen, besteht weitgehend Rechtsunsicherheit, weil dies alles in der Rechtsprechung des BGH<sup>204)</sup> (noch) nicht entschieden wurde.

## 2.3 Hinweise

- 155 Die zuvor aufgezeigte Rechtsunsicherheit entsteht, wenn beim herkömmlichen Bauträgervertrag in die Rechtsdurchsetzungsmöglichkeit von Besteller-Gewährleistungsansprüchen ohne deren Einverständnis durch die Wohnungseigentümergeinschaft nach entsprechender Beschlussfassung der Wohnungseigentümersammlung eingegriffen wird. So lange die zuvor angesprochenen Fragen nicht rechtssicher durch die höchstrichterliche Rechtsprechung des BGH geklärt sind, besteht in diesen Fällen die Rechtsunsicherheit für Wohnungseigentümergeinschaften und Besteller gleichermaßen. Diese Rechtsunsicherheiten lassen sich auf folgende Weise vermeiden:

---

201) Wagner ZNotP 2007, 288, 296 f.; Messerschmidt/Voit/Wagner, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, Rdn. 201

202) Wagner ZNotP 2007, 288, 296 f.; Messerschmidt/Voit/Wagner, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, Rdn. 194

203) BGH 12.04.2007 – VII ZR 236/05, BauR 2007, 1221; dazu grundlegend Wagner ZNotP 2007, 288; Messerschmidt/Voit/Wagner, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, E. Rdn. 186 ff. - Inzwischen ferner BGH 15.01.2010 – V ZR NZBau 2010, 432

204) BGH 12.04.2007 – VII ZR 236/05, BauR 2007, 1221 - Messerschmidt/Voit/Wagner, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, E. Rdn. 194



### 2.3.1 Herkömmlicher Bauträgervertrag

- 156 Dort, wo die Wohnungseigentümergeinschaft in den oben beschriebenen Fällen nach entsprechender Beschlussfassung Rechte von Bestellern zwecks deren Durchsetzung gegenüber dem Bauträger an sich ziehen kann, besteht eine Möglichkeit der Vermeidung von Rechtsunsicherheit darin, einen in der Wohnungseigentümergeinschaft zu fassenden Beschluss nur insoweit zu fassen, wie er nicht in Kollision mit Rechten von Bestellern steht, die diese selbst durchsetzen wollen.
- 157 Eine andere Möglichkeit besteht in folgendem:  
Zum Zeitpunkt des Abschlusses der Bauträgerverträge im Geschosswohnungsbau gibt es beim herkömmlichen Bauträgervertrag noch keine Wohnungseigentümergeinschaft. Indem der Bauträger das Grundstück und Gebäude tatsächlich nur einmal schuldet, rechtlich aber so oft, wie er **vertikal** aufgrund der mit Bestellern abgeschlossenen Bauträgerverträge dazu verpflichtet ist, wird zugleich deutlich, daß die Besteller bezüglich dieses Grundstückes und Gebäudes untereinander in einer **horizontalen** Rechtsbeziehung stehen. Dies bedeutet:
- 158 - Auf Seiten der Besteller gegenüber dem Bauträger besteht aufgrund der individualrechtlichen Rechtsbeziehungen aus den Bauträgerverträgen im Außenverhältnis vertikal eine gemeinschaftliche Gläubigerschaft i.S.d. § 432 Abs. 1 BGB, auch Mitgläubigerschaft genannt.<sup>205)</sup>
- 159 - Und horizontal besteht zwischen den Bestellern eine Bestellergemeinschaft, bei deren Bestimmung dieses horizontalen Rechtsverhältnisses, wenn vertraglich nichts geregelt ist, derzeit unklar ist, ob diese horizontale rechtliche Ebene im Innenverhältnis nach den §§ 741 ff. BGB zu würdigen ist oder eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Innengesellschaft anzusehen ist, auf die die §§ 705 ff. BGB entsprechend anzuwenden sind.<sup>206)</sup> Also kann es sich hier empfehlen, diese horizontale rechtliche Ebene vertraglich zu regeln, z.B. durch einen Innen-Gesellschaftsvertrag.<sup>207)</sup> Und darin können die Besteller untereinander vereinbaren, wie die Rechtsdurchsetzung im Außenverhältnis im einzelnen zu erfolgen hat. Sobald die endgültige Wohnungseigentümergeinschaft besteht, wird dann, wenn es bei der Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen zu Eingriffen in das Gemeinschaftseigentum kommt, zusätzlich die **Zustimmung** der Wohnungseigentümergeinschaft einzuholen sein, wozu in der Wohnungseigentümergeinschaft ein entsprechender Zustimmungsbeschluss zu fassen ist.<sup>208)</sup>

### 2.3.2 Neuer Bauträgervertrag

- 160 Bauerrichtungen im Geschosswohnungsbau könnte durchaus auch auf andere Weise als aufgrund herkömmlicher Bauträgerverträge erfolgen, wenn man folgendes bedenkt:

---

205) *Wagner* ZNotP 2007, 288, 289, 297

206) *Wagner* ZNotP 2007, 288, 289

207) *Wagner* ZNotP 2007, 288, 297

208) *Wagner* ZNotP 2007, 288, 297 f.

- 161 - Der Bauträger sorgt dafür, daß er selbst Grundstückseigentümer ist und läßt alsdann, noch bevor er sich nach Kunden umsieht, eine Teilungserklärung für das beabsichtigte Bauvorhaben im Grundbuch wahren.<sup>209)</sup>
- 162 - Im jeweils abzuschließenden Bauträgervertrag wird vereinbart, daß mit Zahlung der 1. Rate – der Grundstücksrate – bereits die Eigentumsumschreibung auf den jeweiligen Besteller erfolgt. Er wird damit Wohnungseigentümer und Gemeinschaftseigentümer, noch bevor mit dem Bau begonnen wird:
- 163 Die Folgen sind: Jeder Besteller wird von Anfang an Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft,<sup>210)</sup> so daß es hier der vertraglichen Regelung des horizontalen Rechtsverhältnisses aus zuvor genannten Gründen nicht bedarf. Besteller bauen dann auf eigenem Grund und Boden, so daß das Verbaute gemäß § 946 BGB ihnen zuwächst. Und weil den Bestellern von Anfang an Eigentum verschafft worden ist, ist die MaBV nicht einschlägig, so daß die ständigen Abgrenzungsprobleme zwischen MaBV und BGB entfallen. Es geht hier nicht um eine Umgehung der MaBV sondern um deren Vermeidung. Folglich sind die Zahlungen während des Bauablaufs keine ratenweisen Vorauszahlungen sondern Abschlagszahlungen. Und dann ist ferner bei Bauträgerverträgen, die nach dem 01.09.2008 abgeschlossen worden sind, zudem § 632a Abs. 1 BGB anwendbar, nicht aber § 632a Abs. 2 – 4 BGB.
- 164 - Weil es in diesem Fall die Wohnungseigentümergeinschaft von Anfang an gibt, der alle Besteller angehören, entfällt das Outsider-Problem.
- 165 - Es könnte dann im jeweiligen Bauträgervertrag zwischen Besteller und Bauträger vereinbart werden, dass und unter welchen Voraussetzungen die Wohnungseigentümergeinschaft berechtigt sein soll, im einzelnen vertraglich zu beschreibende gemeinschaftsbezogene Rechte oder Rechte, wozu sie durch einzelne Besteller ermächtigt wurde, geltend zu machen.<sup>211)</sup> Es ließe sich dann ebenfalls im jeweiligen Bauträgervertrag regeln, daß die Abnahme dessen, was sich im Gemeinschaftseigentum befindet, in Vertretung der Besteller durch die Wohnungseigentümergeinschaft, vertreten durch ihren Wohnungseigentumsverwalter, erfolgen soll, während die Abnahme der Wohnungen durch die einzelnen Besteller selbst erfolgen soll.<sup>212)</sup>
- 166 - Und darauf abgestimmt wäre in der Gemeinschaftsordnung der Wohnungseigentümergeinschaft auch zu regeln, unter welchen Voraussetzungen und worüber seitens der Wohnungseigentümergeinschaft in Gewährleistungsangelegenheiten Beschluss gefaßt werden kann und der Wohnungseigentumsverwalter für die Wohnungseigentümergeinschaft tätig werden kann/muss.

#### 2.4 Einwände des Bauträgers

- 167 Sieht sich der Bauträger Gewährleistungsansprüchen ausgesetzt, so wird er beim herkömmlichen Bauträgervertrag wie folgt vorgehen können:

---

209) Messerschmidt/Voit/Wagner, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, E. Rdn. 293

210) Messerschmidt/Voit/Wagner, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, E. Rdn. 293

211) Messerschmidt/Voit/Wagner, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, E. Rdn. 328

212) Messerschmidt/Voit/Wagner, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, E. Rdn. 330

- 168 Der Bauträger hat Anspruch auf die vereinbarte Vergütung, wenn diese mit der geschuldeten Vergütung übereinstimmt. Dazu gilt es zunächst zu bestimmen, was vertraglich von ihm geschuldet ist. Mit Ansprüchen von Bestellern bzw. der Wohnungseigentümergeinschaft konfrontiert, wird er einwenden, vollständig und mangelfrei geleistet zu haben. Denn wäre dies nicht der Fall
- 169 - könnte der Bauträger zivilrechtlich nicht die volle vereinbarte Vergütung begehren und
- 170 - dürfte wegen nicht vollständiger Fertigstellung i.S.d. § 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 letzter Spiegelstrich MaBV die letzte Rate nicht entgegennehmen.
- 171 In einem Bauträgerprozess, aber auch schon in einem **vorangehenden** selbständigen Beweisverfahren, wird er mit dem oben Ausgeführten zu beurteilen haben, ob dann, wenn ihm eine nicht vollständige bzw. mangelhafte Leistung entgegengehalten wird, dazu der einzelne Besteller überhaupt berechtigt ist oder ob dazu nur die Wohnungseigentümergeinschaft berechtigt ist. Dies insbesondere dann, wenn ein vom Bauträger auf Restzahlung verklagter Besteller mit behaupteten Gegenansprüchen aufrechnet; denn wenn die Wohnungseigentümergeinschaft die Durchsetzung von Rechten an sich gezogen hätte, wäre eine Aufrechnung durch den Besteller nicht (mehr) möglich.
- 172 Wenn dagegen der Bauträger restliche Vergütung einklagt, der Besteller aber mit einem Vorschussanspruch wegen Mängel an der im Gemeinschaftseigentum befindlichen Bausubstanz aufrechnet, weil die Wohnungseigentümergeinschaft die Durchsetzung eines solchen Kostenvorschussanspruches nicht (rechtswirksam) eingezogen hatte, dann soll es ihm gestattet sein, damit gegen den Vergütungsanspruch des Bauträgers aufzurechnen.<sup>213)</sup> Daß in Folge dessen dann dieser Besteller diesen von ihm gegenüber dem Bauträger aufgerechneten Betrag nach Meinung des OLG München im Innenverhältnis an die Wohnungseigentümergeinschaft auskehren soll,<sup>214)</sup> würde dann nach OLG München allenfalls das Innenverhältnis zur Wohnungseigentümergeinschaft, nicht jedoch das Außenverhältnis zum Bauträger betreffen.
- 173 Ob in solchen Fällen ein Besteller im Innenverhältnis zur Wohnungseigentümergeinschaft zur Ausschüttung der Beträge verpflichtet ist, die er zum Gegenstand seiner Aufrechnung gegenüber dem Bauträger gemacht hat, ist jedoch entgegen dem OLG München<sup>215)</sup> keinesfalls zweifelsfrei:
- 174 - Mit dem BGH<sup>216)</sup> stehen ja in den oben beschriebenen Fällen Gewährleistungsansprüche in jedem Fall **materiellrechtlich** weiter den Bestellern und gerade nicht der Wohnungseigentümergeinschaft zu. Der Wohnungseigentümergeinschaft soll nur in denen vom BGH beschriebenen Fällen, wenn ein rechtswirksamer Einziehungsbeschluss gefaßt wurde, das Recht der **Durchsetzung** solcher Ansprüche des Bestellers zustehen.
- 175 - Wenn der Besteller eine vertraglich vereinbarte Vergütung für den Fall der vollständigen bzw. mangelfreien Leistung schuldet, warum soll dann der Besteller für den Fall der nicht vollständigen bzw. mangelhaften Leistung ebenfalls die volle Vergütung schulden, teilweise an den Bauträger und teilweise in Höhe des abzuführenden Betrages an die Wohnungseigentümergeinschaft ?

---

213) OLG München 22.05.2007 – 9 U 3081/06, BauR 2008, 373, 374

214) OLG München 22.05.2007 – 9 U 3081/06, BauR 2008, 373, 374

215) OLG München 22.05.2007 – 9 U 3081/06, BauR 2008, 373, 374

216) BGH 12.04.2007 – VII ZR 236/05, BauR 2007, 1221

- 176 - Das OLG München befaßt sich bezeichnenderweise wie schon der BGH, mit keinem Wort mit Fragen des Verfassungsrechts und des EU-Verbraucherschutzrechts, ob es denn damit vereinbar ist, wenn Gewährleistungsrechte, die materiellrechtlich dem Besteller zustehen, seitens der Wohnungseigentümergeinschaft betreffend die Durchsetzung entzogen werden bzw. der Besteller Aufrechnungsbeträge wegen nicht vollständiger bzw. mangelhafter Leistung an die Wohnungseigentümergeinschaft an die Wohnungseigentümergeinschaft ausschütten soll.
- 177 - Und warum soll in Anbetracht all dieser rechtlichen Unklarheiten der Besteller, der zu Recht gegen Vergütungsansprüche des Bauträgers aufrechnet, nicht nur den Aufrechnungsbetrag an die Wohnungseigentümergeinschaft abführen müssen, sondern sich dann auch noch dem Folgerechtsstreit aussetzen müssen, wenn es darum geht, einen zu hohen Vorschuss an den Bauträger zurückzahlen zu müssen,<sup>217)</sup> obwohl er den Vorschuss zuvor an die Wohnungseigentümergeinschaft abgeführt haben soll?<sup>218)</sup>
- 178 *Thode*<sup>219)</sup> hat im übrigen auf folgendes hingewiesen:  
Mache ein Besteller einen Vorschussanspruch geltend, **ohne die Mängelbeseitigung selbst zu veranlassen**, so bestünde ein solcher Vorschussanspruch nur auf Zahlung an die Wohnungseigentümergeinschaft und zwar unabhängig davon, ob die Wohnungseigentümergeinschaft diesen Anspruch zur Durchsetzung an sich gezogen habe.<sup>220)</sup> Also würde es für eine Aufrechnung seitens des Bestellers mit einem Kostenvorschussanspruch gegen den Restvergütungsanspruch des Bauträgers an der Voraussetzung der Gegenseitigkeit fehlen.
- 179 Umgekehrt könne auch der Bauträger nicht mit seinem Restvergütungsanspruch gegen einen Kostenvorschussanspruch des Bestellers, die der Beseitigung von an im Gemeinschaftseigentum befindlichen Mängeln dienen, aufrechnen, denn auch insoweit fehle es an der Gegenseitigkeit.
- 180 Damit hängt im Falle der Aufrechnung mit oder gegen Kostenvorschussansprüche betr. Mängeln, die sich im Bereich des Gemeinschaftseigentums befinden, das Merkmal der Gegenseitigkeit davon ab, wie für den Fall, daß die Wohnungseigentümergeinschaft solche Ansprüche nicht an sich gezogen hat, der Besteller mit den Kostenvorschüssen verfährt:
- 181 - Beseitigt er diese Mängel selbst, ist die Gegenseitigkeit gegeben.
- 182 - Beseitigt er die Mängel nicht selbst, ist die Gegenseitigkeit nicht gegeben.<sup>221)</sup>
- 183 Es wird mithin deutlich, daß vielfältige Zweifel bestehen, indem nicht nur Besteller sondern auch Bauträger in ihren Rechten durch die neuere Rechtsprechung des BGH zum an sich Ziehen von Gewährleistungsansprüchen durch die wohnungseigentümergeinschaft bestehen.<sup>222)</sup>

---

217) Zu den Voraussetzungen der Rückforderung eines Vorschusses auf Mängelbeseitigung durch den Auftragnehmer bzw. Bauträger BGH 14.01.2010 – VII ZR 108/08, NZBau 2010, 233

218) *Buchner* BauR 2008, 375

219) *Thode* IBR 2007, 488

220) BGH 12.04.2007 – VII ZR 236/05, BauR 2007, 1221, 1223. Zu Bedenken gegen diese Rechtsprechung *Grams* BTR 2007, 147, 149

221) *Thode* IBR 2007, 488

222) Dazu siehe auch *Grams* ZfIR 2009, 573

### 3. Bürgschaft gem. § 7 MaBV

- 184 Anlass für eine Bürgschaft gem. § 7 MaBV ist, daß entweder nicht alle **öffentlichrechtlichen Entgegennahmeverbote** des § 3 Abs. 1 MaBV und/oder des § 3 Abs. 2 MaBV gegeben sind, so daß der Bauträger keine Gelder entgegennehmen darf, selbst wenn aufgrund der vertraglich vereinbarten Fälligkeitsvoraussetzungen **zivilrechtlich Fälligkeit** gegeben ist. Letzteres hat etwas damit zu tun, ab wann der Besteller zivilrechtlich zur Zahlung verpflichtet ist, ersteres hat etwas damit zu tun, ab wann der Bauträger öffentlichrechtlich Geld entgegennehmen darf. Möchte folglich der Bauträger Gelder entgegennehmen, obwohl nicht alle Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 MaBV bzw. § 3 Abs. 2 MaBV gegeben sind, dann kann er, wenn dies im Bauträgervertrag so vereinbart wurde, dem Besteller eine Bürgschaft gem. § 7 MaBV aushändigen, die alle Voraussetzungen des § 7 MaBV erfüllen muss und dadurch das öffentlichrechtliche Entgegennahmeverbot des § 3 MaBV überwinden.
- 185 Man findet folglich Bürgschaften nach § 7 MaBV nicht nur dort, wo die vereinbarte Vergütung vom Besteller abweichend von § 3 Abs. 2 MaBV an den Bauträger in Gänze vorausgezahlt werden soll, sondern auch dort, wo zwar die Zahlung des Bestellers in Übereinstimmung mit § 3 Abs. 2 MaBV erfolgen soll, jedoch noch nicht alle Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 MaBV erfüllt worden sind. Wenn daher der BGH die Bürgschaft nach § 7 MaBV als Vorauszahlungsbürgschaft bezeichnet,<sup>223)</sup> dann betrifft dies nicht nur den Fall der Totalvorauszahlung sondern auch den der ratenweisen Vorauszahlung, sofern nicht alle Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 und 2 MaBV erfüllt sind.

#### 3.1 Neue Rechtsprechung des BGH

- 186 Neue Rechtsunsicherheit ist durch eine Entscheidung des BGH<sup>224)</sup> eingetreten, wonach die teilrechtsfähige Wohnungseigentümergeinschaft auch Ansprüche der Besteller aus Bürgschaften gem. § 7 MaBV in gewillkürter Prozessstandschaft geltend machen könne. Dies, soweit es um Mängel gehe, die in einem engen rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang mit der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums stünden. Der Umfang der Bürgschaft entspreche dem Haftungsanteil des jeweiligen Bestellers.<sup>225)</sup>

#### 3.2 Grundlegende Einwände

- 187 Man muß unterscheiden zwischen
- der Frage, warum die Bürgschaft gem. § 7 MaBV gegeben wurde
- 188 - von der Frage, aus welchem Anlass die Bürgschaft gem. § 7 MaBV in Anspruch genommen wird.

---

223) BGH 29.01.2008 – XI ZR 160/07, NJW 2008, 1729, 1730

224) BGH 12.03.2007 – VII ZR 50/06, BGHZ 172, 63

225) BGH 12.04.2007 – VII ZR 50/06, BGHZ 172, 63; BGH 18.09.2007 – XI ZR 211/06, ZIP 2008, 40, 43

### 3.2.1 Grund der Bürgschaft gem. § 7 MaBV

189 Möchte der Bauträger

- nicht vorhandene Voraussetzungen betr. die öffentlichrechtlichen Entgegennahmeverbote des § 3 Abs. 1 MaBV und/oder

190 - möchte der Bauträger in Abweichung von § 3 Abs. 2 MaBV eine Vorauszahlung erreichen, dann kann er dies dadurch erreichen – ohne gegen das Unwirksamkeitsverdict des § 12 MaBV zu verstoßen -, daß er eine Bürgschaft ausreicht, die in allen Punkten den Anforderungen des § 7 MaBV entspricht.

191 Diese Bürgschaft muß auf die Höhe ausgerichtet sein, die die Beträge betrifft, die der Bauträger vom Besteller erhält, ohne daß die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 oder Abs. 2 MaBV erfüllt sind. Entspricht die Bürgschaft diesen Anforderungen nicht, gelten wieder die öffentlichrechtlichen Entgegennahmeverbote des § 3 Abs. 1 und 2 MaBV und das, was der Bauträger unter Verstoß gegen diese öffentlichrechtlichen Entgegennahmeverbote entgegengenommen hat, muß er in voller Höhe wieder an den Besteller zurückzahlen, sei es aufgrund § 817 Satz 1 BGB, sei es aufgrund §§ 823 Abs. 2 BGB, 3 MaBV.

192 Diese Bürgschaft muß dem Besteller vom Bauträger vor Entgegennahme von Vermögenswerten des Bestellers zwingend ausgehändigt werden (§ 2 Abs. 4 Satz 3 MaBV), um die Anforderungen einer Bürgschaft gem. § 7 MaBV zu erfüllen (§ 7 Abs. 1 Satz 2 MaBV).<sup>226)</sup> Ersichtlich wollte der Verordnungsgeber der MaBV erreichen, daß der Besteller mit dieser Sicherheit in die Lage versetzt wird, unter bestimmten Voraussetzungen das der Höhe nach wieder zurück zu erhalten, was der Bauträger nicht hätte entgegennehmen dürfen, wenn bei einer nicht den Anforderungen des § 7 MaBV entsprechenden Bürgschaft der Bauträger wegen der öffentlichrechtlichen Entgegennahmeverbote keine Vermögenswerte des Bestellers hätte entgegennehmen dürfen.

193 Die Entscheidung des BGH<sup>227)</sup> verkennt damit folgendes:

- Wenn die Wohnungseigentümergeinschaft in gewillkürter Prozessstandschaft statt des Bestellers aus der Bürgschaft vorgehen kann, dann wird dem Besteller die Bürgschaft gem. § 7 MaBV als Sicherheit durch einen Dritten entzogen. Im selben Moment hat dies aber zur Folge, daß der Besteller ohne Sicherheit gem. § 7 MaBV da steht, so daß im Verhältnis des Bestellers zum Bauträger rückwirkend wieder die öffentlichrechtlichen Entgegennahmeverbote bestehen und der Bauträger verpflichtet ist, den Besteller so zu stellen wie dieser bei Bestehen der öffentlichrechtlichen Entgegennahmeverbote stehen würde. Dies benachteiligt gleichermaßen den Bauträger wie den Besteller:

194 Der Bauträger wird benachteiligt, weil er einem Rückzahlungsanspruch des Bestellers ausgesetzt wird, obwohl eine Bürgschaft gem. § 7 MaBV gestellt hat und nichts dafür kann, daß der BGH entgegen §§ 7 Abs. 1 Satz 2, 2 Abs. 4 Satz 3 MaBV dem Besteller entgegen dem Verordnungswortlaut diese Sicherheit entzogen hat.

195 Der Besteller wird benachteiligt, weil dieser Eingriff des BGH ein Eingriff in das verfassungsrechtliche Eigentum des Bestellers aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG ist, ohne daß der BGH dazu gesetzlich legitimiert war (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG).

---

226) *Freckmann/Rösler ZfIR* 2011, 739, 741

227) BGH 12.03.2007 – VII ZR 50/06, BGHZ 172, 63

- 196 - Durch den Eingriff des BGH wird § 2 Abs. 4 Satz 3 MaBV entgegen dem Verordnungswortlaut entwertet, was gegen das Gesetzesbindungsgebot gem. Art. 20 Abs. 3 GG verstößt. § 7 Abs. 1 Satz 2 MaBV, worin auf § 2 Abs. 4 Satz 3 MaBV verwiesen wird, sieht nicht vor, daß ein Dritter (Wohnungseigentümergeinschaft) an Stelle des Bestellers dessen Sicherheiten auf Zahlung an sich selbst soll durchsetzen können.
- 197 - Und schließlich ist der MaBV auch keine quotale Haftungsbegrenzung der Bürgschaft zu entnehmen, die als Sicherheit ausgereicht wurde, damit der Bauträger die öffentlichrechtlichen Entgegennahmeverbote überwinden kann. Denn ohne diese Sicherheit hätte der Bauträger vom Besteller überhaupt nichts entgegennehmen dürfen.

### 3.2.2 Anlass der Bürgschaftsinanspruchnahme gem. § 7 MaBV

- 198 Von dem Grund für die Ausreichung einer Bürgschaft gem. § 7 MaBV ist der Anlass ihrer Inanspruchnahme zu trennen. Diese Sicherheit erfaßt alle Ansprüche, die der Besteller gegen den Bauträger hat. Und da der BGH<sup>228)</sup> ausdrücklich iudiziert hat, daß diese materiellrechtlich dem Besteller verblieben, und allenfalls deren Durchsetzung differenziert zu betrachten sei, ist nicht nachvollziehbar, warum dann die Wohnungseigentümergeinschaft in dem Maße wie sie Ansprüche des Bestellers gegen den Bauträger geltend machen kann - und dort dem Besteller schon Ansprüche entzieht -, dann auch noch berechtigt sein soll, dem Besteller die sich auf seine Ansprüche beziehende Sicherheit des § 7 MaBV zwecks eigenständiger Durchsetzung soll entziehen können.<sup>229)</sup>
- 199 Der Besteller hat an den Bauträger bezahlt und hätte wegen des öffentlichrechtlichen Entgegennahmeverbotes nicht bezahlen müssen. Das, worauf der Besteller aufgrund des Bauträgervertrages einen schuldrechtlichen Anspruch hat, hat der Bauträger u.U. nicht erfüllt, so daß der Bauträger dieserhalb überzahlt ist. Und dann soll der Besteller der Durchsetzung aller Ansprüche und Sicherheiten nur deshalb verlustig gehen, weil es inzwischen eine Wohnungseigentümergeinschaft gibt ?
- 200 Dies greift nicht nur massiv in das verfassungsrechtliche Eigentum des Bestellers gem. Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG ein, sondern dies ist zusätzlich an den Vorgaben der VerbrRL abzugleichen wie dies oben bereits angesprochen wurde. Denn wenn das, was der BGH iudiziert, bei einer vertraglichen Gestaltung gegen die VerbrRL verstoßen würde, dann kann eine Rechtsprechung des BGH nicht dazu im Widerspruch stehende Maßstäbe setzen.

### 3.3 Weitere Rechtsprechung zu § 7 MaBV

- 201 Wird eine Bürgschaft gem. § 7 MaBV ausgelegt, so muß es sich mindestens um eine selbstschuldnerische Bürgschaft handeln (§§ 7 Abs. 1 Satz 2, 2 Abs. 2 Satz 2 MaBV). Davon abweichend kann es sich bei der Bürgschaft gem. § 7 MaBV auch um eine solche auf Zahlung auf erstes Anfordern handeln. § 12 MaBV greift hier nicht, da diese Abweichung vom Normalfall der MaBV zu Gunsten des Bestellers erfolgt:

---

228) BGH 12.04.2007 – VII ZR 236/05, BauR 2007, 1221

229) Messerschmidt/Voit/Wagner, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, E. Rdn. 108

- 202 - Bei einer selbstschuldnerischen Bürgschaft (§§ 7 Abs. 1 Satz 2, 2 Abs. 2 Satz 2 MaBV) be-  
ginnt die Verjährungsfrist betreffend den Bürgschaftsanspruch gem. §§ 195, 199 BGB mit  
der Fälligkeit der Hauptforderung zu laufen.<sup>230)</sup>
- 203 - Dies gilt auch bei einer Vorauszahlungsbürgschaft auf erstes Anfordern.<sup>231)</sup>
- 204 Wird der Bürge einer gem. § 7 MaBV ausgelegten Bürgschaft gerichtlich in Anspruch genom-  
men, dann kann dies auf zweierlei Weise geschehen:
- 205 - Entweder in einem normalen Bürgschaftsprozess
- 206 - oder in einem Urkundenprozess.<sup>232)</sup>
- 207 Im letzteren Fall ist der Urkundensprozess auch dann statthaft, wenn der Kläger keinen Urkunds-  
beweis erbringen kann. Denn eines Urkundsbeweises bedarf es dann nicht, wenn die anspruchsbegründenden  
Tatsachen unstreitig, zugestanden oder offenkundig sind und deshalb keines Beweises durch Urkunden  
bedürfen.<sup>233)</sup> Augenschein, Zeugen und Sachverständige sind im Urkundensprozess keine geeigneten  
Beweismittel.<sup>234)</sup> Sind Mängel streitig, dann ist auch ein in einem selbständigen Beweisverfahren  
eingeholtes Sachverständigen-Gutachten kein für einen Urkundensprozess geeignetes Beweismittel,  
da ein solches Gutachten nur den im Urkundensprozess nicht zulässigen Sachverständigenbeweis  
ersetzen würde.<sup>235)</sup>
- 208 Macht der Besteller gegen den Bauträger z.B. den Großen Schadensersatz geltend, der durch eine  
Bürgschaft gem. § 7 MaBV gesichert sind, ist eine Berechnung anzustellen, in die vermögenswirksamen  
Vor- und Nachteile als Rechnungsposten einzustellen sind. Dazu gehören auch Kosten, die der Besteller  
im Hinblick auf die von ihm aufgenommene Finanzierung aufgewandt hat.<sup>236)</sup>
- 209 In der Praxis ist immer wieder anzutreffen, daß Bürgschaften nach § 7 MaBV sukzessive nach  
Baufortschritt abgeschmolzen werden, weil in als Bürgschaften gem. § 7 MaBV bezeichneten  
Bürgschaften bürgschaftsvertragliche Abschmelzungsklauseln enthalten sind. Einerseits wird dabei  
nicht berücksichtigt, daß dem Besteller mit Baufortschritt nichts zuwächst, weil der Zuwachs der  
Bausubstanz gem. § 946 BGB dem Grundstückseigentümer zugute kommt.
- 210 Andererseits sieht die MaBV eine Abschmelzung nicht vor, zumal die Bürgschaft gem. § 7  
MaBV der Überwindung nicht vollständig gegebener öffentlichrechtlicher Entgegennahmeverbote  
gem. § 3 Abs. 1 bzw. 2 MaBV dient.<sup>237)</sup> Wird folglich eine der MaBV nicht entsprechende  
Bürgschaft mit bürgschaftsvertraglich vereinbarter Abschmelzungsklausel vereinbart, so ist die  
bürgschaftsvertragliche Vereinbarung wirksam, da die Bank als Bürgin nicht Normadressat der

---

230) BGH 29.01.2008 - XI ZR 160/07, BauR 2008, 986; OLG Koblenz 26.10.2007 - 10 U 1704/06, n.V.

231) BGH 08.07.2008 - XI ZR 230/07, ZNotP 2008, 406 = ZfBR 2008, 785; a.A. OLG Frankfurt 16.01.2008 - 23 U 51/07, BauR 2008, 1165, wonach die Verjährungsfrist erst mit der Geltendmachung des Bürgschaftsanspruches zu laufen beginnen soll.

232) BGH 18.09.2007 - XI ZR 211/06, ZIP 2008, 40

233) BGH 18.09.2007 - XI ZR 211/06, ZIP 2008, 40, 41

234) BGH 18.09.2007 - XI ZR 211/06, ZIP 2008, 40, 41

235) BGH 18.09.2007 - XI ZR 211/06, ZIP 2008, 40, 42

236) BGH 10.04.2008 - VII ZR 102/07, BauR 2008, 1142

237) BGH 06.05.2003 - XI ZR 33/02, BauR 2003, 1383, 1384 f.; OLG München 06.03.2007 - 9 U 4639/06, BauR 2008, 375, 376



MaBV ist.<sup>238)</sup> Eine der MaBV nicht entsprechende Bürgschaft gem. § 7 MaBV ist aber nicht geeignet, nicht vorhandene öffentlichrechtliche Entgegennahmeverbote des § 3 Abs. 1 bzw. 2 MaBV zu überwinden, so daß der Bauträger dem Besteller zur vollen Rückzahlung aller erhaltenen Zahlungen verpflichtet ist, da er die Zahlungen bei fortbestehenden öffentlichrechtlichen Entgegennahmeverboten rechtsgrundlos erhalten hat.<sup>239)</sup>

- 211 Der BGH<sup>240)</sup> stellt erneut klar, daß eine Bürgschaft gemäß § 7 MaBV nicht durch bürgschaftsvertragliche Regelungen von der MaBV abweichen darf. Zwar ist die bürgende Bank nicht Normadressatin der MaBV, so daß im Verhältnis des Bestellers zur Bürgin § 12 MaBV nicht zur Anwendung kommt (§ 12 MaBV betrifft das Rechtsverhältnis des Bestellers zum Bauträger). Aber der BGH unterwirft zutreffend die von der MaBV abweichenden Klauseln in einem Bürgschaftsvertrag einer Bürgschaft gemäß § 7 MaBV einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle (im Entscheidungsfall wegen Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB der § 5 AGBG; jetzt wäre dies § 305c Abs. 2 BGB). Auf diese Weise bleibt die Bürgschaft gemäß § 7 MaBV zivilrechtlich wirksam, jedoch mit einem Inhalt, der nicht im Widerspruch zur Regelungen der MaBV steht. Ein Bürge, der mithin ausdrücklich eine Bürgschaft gemäß § 7 MaBV ausgelegt hat, soll sich mithin daran festhalten lassen, ohne insgeheim davon wieder durch Bürgschaftsvertragsklauseln abrücken zu können.
- 212 Zutreffend verweist der BGH weiter in seinem Urteil darauf, daß Wandlungsansprüche und große Schadensersatzansprüche von der Bürgschaft nach § 7 MaBV gedeckt sind, unabhängig davon, ob die Wohnungseigentümergeinschaft wegen Mängeln der Bausubstanz im Gemeinschaftseigentum Gewährleistungsansprüche an sich gezogen hat. Auf die von *Wagner*<sup>241)</sup> thematisierten Fragen der Fragwürdigkeit der BGH-Rechtsprechung des an sich Ziehens von Gewährleistungsansprüchen durch WEG-Gemeinschaften kommt es in diesen Fällen folglich nicht an.
- 213 Mit der Rechtssprechung des BGH zur Inhaltskontrolle von nach § 7 MaBV ausgelegten Bürgschaften sind Bürgen mithin gehalten, davon Abstand zu nehmen, durch von der MaBV abweichende Klauseln in Bürgschaftsverträgen den durch § 7 MaBV beabsichtigten Rechtsschutz der Bürgschaftsgläubiger verkürzen zu wollen und dies mit der Begründung zu versehen, schließlich seien Bürgen nicht Normadressaten der MaBV. Soweit Bürgen dem nicht folgen, hat dies folgende Konsequenzen:
- 214 - Erfolgen bei einem Bauträgervertrag (Voraus-) Zahlungen seitens des Bestellers an den Bauträger, weil/obwohl nicht alle Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 und 2 MaBV (der keine zivilrechtliche Fälligkeitsregelung sondern eine öffentlichrechtliche Entgegennahmeverbotsregelung betrifft) gegeben sind, dann ist der Bauträger zur Rückzahlung wegen Verstößes gegen besagte öffentlichrechtliche Entgegennahmeverbotsregelungen verpflichtet, weil der Bauträger besagte Zahlungen überhaupt nicht hätte entgegennehmen dürfen. Auf die Frage, ob die Zahlungen zivilrechtlich fällig waren, kommt es nicht an. § 3 Abs. 1 und 2 MaBV ist nicht dispositiv wie §§ 12 MaBV, 134 BGB zu entnehmen ist.
- 215 - Erfolgen bei einem Bauträgervertrag (Voraus-) Zahlungen seitens des Bestellers an den Bauträger, weil/obwohl nicht alle Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 und 2 MaBV gegeben sind, dann ist der Bauträger ausnahmsweise gleichwohl berechtigt, solche Zahlungen entgegenzu-

---

238) BGH 06.05.2003 – XI ZR 33/02, BauR 2003, 1383, 1384 f.

239) BGH 05.12.2008 – V ZR 144/07, WM 2009, 211 Rdn. 20

240) BGH 08.12.2009 – XI ZR 181/08, WM 2010, 302

241) *Wagner* ZNotP 2007, 288

nehmen, wenn dem Besteller eine Bürgschaft übergeben wurde, die **alle** Voraussetzungen des § 7 MaBV erfüllt.

- 216 - Wurde dem Besteller eine Bürgschaft gemäß § 7 MaBV ausgehändigt, die nicht alle Voraussetzungen des § 7 MaBV erfüllt, weil z.B. im Bürgschaftsvertrag von der MaBV abweichende Vertragsklauseln enthalten sind, und sind nicht kumulativ alle öffentlichrechtlichen Entgegennahmeverbotsregelungen des § 3 Abs. 1 bzw. 2 MaBV gegeben, dann leben die **öffentlichrechtlichen** Entgegennahmeverbote des § 3 Abs. 1 bzw. 2 MaBV wieder ex tunc auf und der Bauträger darf keine Vermögenswerte des Bestellers entgegennehmen bzw. muß bereits entgegengenommene Vermögenswerte dem Bestellers wieder zurückgeben.
- 217 - Mit dem BGH wird eine nach § 7 MaBV ausgereichte Bürgschaft, die von Regelungen der MaBV abweicht, **zivilrechtlich** aber nicht unwirksam, sondern bleibt wirksam. Dies deshalb, da der Bürge nicht Normadressat der MaBV ist und ihm gegenüber § 12 MaBV deshalb keine Anwendung findet. ABER: Der BGH führt bei einer solchen gem. § 7 MaBV ausgereichten Bürgschaft insoweit, wie sie von den Regelungen der MaBV abweicht, eine zivirechtliche Inhaltskontrolle durch, so daß alle im Bürgschaftsvertrag enthaltenen Vertragsklauseln – nicht die Bürgschaft selbst -, die von der MaBV abweichen, gemäß § 305c Abs. 2 BGB (für Altfälle Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB i.V.m. § 5 AGBG) unwirksam sind.
- 218 - Werden in einer zwischen dem Bauträger und Besteller getroffenen Sicherungsvereinbarung die Gestellungsmöglichkeit einer Bürgschaft nach § 7 MaBV vereinbart und wird in diesem Zusammenhang bereits in der Sicherungsvereinbarung von den Regelungen der MaBV abgewichen, so sind solche Abweichungen gem. §§ 12 MaBV, 134 BGB unwirksam, denn der Bauträger ist Normadressat der MaBV und die Regelungen der MaBV sind gemäß § 12 MaBV nicht dispositiv. Es hilft dann dem Bauträger auch nicht der Einwand, der Besteller habe Abweichungen von der MaBV zugestimmt.<sup>242)</sup>

---

242) Zum gesamten *Wagner*, in: Messerschmidt/Voit (Hrsg.), Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, E Rdn. 131 f., 134