HdB

Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen

- Steuern und Recht -

Herausgegeben von

Karl-Heinz Schmider
Dipl.-Finanzwirt, Regierungsdirektor a. D.

Dr. jur. Klaus-R. Wagner
Rechtsanwalt und Notar
Fachanwalt für Steuerrecht

Dr. jur. Karl-Georg Loritz
Ordentlicher Professor
an der Universität Bayreuth
Leiter der Forschungsstelle für
Deutsches und Ausländisches Unternehmens-,
Steuer- und Kapitalanlagerecht an der Universität Bayreuth
Steuerberater

2. Auflage

Stand: April 2009 (einschl. 78. Aktualisierung)

Band 1

CFM

C. F. Müller

www.cfmueller-verlag.de

Bauträgerrecht

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

Literaturhinweise

Basty	Bauträgervertrag, 6. Aufl. 2009
Bergmeister/Reiß	MaBV für Bauträger, 4. Aufl. 2003
Blank	Bauträgervertrag,3. Aufl. 2006
von Heymann/ Wagner/Rösler	MaBV für Notare und Kreditinstitute, 2000
Grziwotz	MaBV, 2006
Grziwotz/Koeble	Handbuch Bauträgerrecht, 2004
Pause	Bauträgerkauf und Baumodelle, 4. Aufl. 2004
Thode	Bauträgervertrag – Gestaltungsfreiheit im Rahmen der neuen Gesetzgebung und Rechtsprechung, in: Thode/Uechtritz/Wochner, Immobilienrecht 2000, RWS-Forum 19, 2001, Seite 267
ders.	Rechtssicherheit für den Bauträgervertrag – eine Phantasmagorie, ZfIR 2001, 345
ders.	Transparenzgebot und Bauträgervertrag, ZNotP 2004, 131
ders.	Das gesetzliche Leitbild des Bauträgervertrages, ZNotP 2006, 208
Thode/Wagner	Anspruch und Wirklichkeit – Ein Diskussionsbeitrag zum Diskussionsentwurf der Bundesnotarkammer über die Regelung des Bauträgervertrages im Bürgerlichen Gesetzbuch, BTR 2006, 2
Wagner	Allgemeine Inhaltskontrolle (auch) von Bauverträgen – Konsequenzen der Rechtsprechung von BGH und BVerfG sowie der EG-Richtlinie über missbräuchliche Verbraucher-

verträge, in: Dornfeld/Klumpe/Quast, Richter, Schmider/Söffing (Hrsg.), Handbuch der Bauherrengemeinschaften und geschlossenen Immobilienfonds (HdB), (02/1996), Fach 4310

ders. Wie rechtssicher ist die Absenkung des Verbraucherschutzes in Bauträgerverträgen? BauR 2001, 1313

ders. Verbrauchergrundrechtsschutz? ZNotP 2001, 305

ders. Die europarechtliche Seite des Bauträgervertrages, ZNotP 2002, Beilage 1

ders. Werkvertrag, in: Henssler/Graf von Westphalen (Hrsg.), Praxis der Schuldrechtsreform, 2. Aufl. 2003, § 631 BGB – § 651 BGB

ders. 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

ders. Bauträgervertrag und Geschosswohnungsbau, ZNotP 2004, 4

ders. Die Bezugsfertigkeits-"Rate" im Bauträgervertrag, BauR 2004, 569

ders. Der Bauträgervertrag und die Verbraucherschutzrichtlinie, ZfBR 2004, 317

ders. 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

ders. Bauträgervertrag, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 2008, E.

Inhaltsübersicht

		Rdnr.
	I. Rechtlichen Grundlagen	**1–24**
1.1	Der Bauträgervertrag	1–25
1.1.1	Herkömmlicher Bauträgervertrag	3–20
1.1.2	Bauträgervertrag und europäisches Verbraucherschutzrecht	21–25
1.2	Geschuldete Leistung	26–35
1.3	Vergütungsanspruch	36–86
1.3.1	Geschuldete Vergütung	40
1.3.2	Zahlungsabwicklung	41–65
1.3.2.1	Abschlagszahlungen oder Ratenvorauszahlungen	41–53
1.3.2.1.1	Vor dem 01.09.2008 geschlossene Bauträgerverträge	42–46
1.3.2.1.2	Nach dem 01.09.2008 geschlossene Bauträgerverträge	47–53
1.3.2.2	Fälligkeit und Entgegennahmeverbote	54–59
1.3.2.3	Abnahme	60–62
1.3.2.4	Auflassung und Eigentumsumschreibung	63–65
1.3.3	Gekündigter Bauträgervertrag	66–69
1.3.4	Einwände des Bestellers	70–86
1.3.4.1	Fehlende Fälligkeit	70–78
1.3.4.2	Entgegennahmeverbote des Bauträgers	79–81
1.3.4.3	Mängel: Geschuldete und nicht vereinbarte Vergütung	82
1.3.4.4	Deliktische Schadensersatzansprüche	83–85
1.3.4.5	§ 817 Satz 1 BGB	86
	2. Sachmängelrecht/Mangelprozess	**87–150**
2.1	Mängel	87–120
2.1.1	Mängel im Sonder-/Wohnungseigentum	95–96
2.1.2	Mängel im Gemeinschaftseigentum	97
2.1.3	Mängelrechte und Aktivlegitimation	98–99
2.1.3.1	Mängel vor Abnahme	100

		Rdnr.
2.1.3.2	Mängel bei Abnahme	101
2.1.3.3	Mängel nach Abnahme	102–120
2.1.3.3.1	Die Wohnungseigentümergemeinschaft	105–116
2.1.3.3.2	Einzelne Besteller	117–120
2.2	Hinweise	121–133
2.2.1	Herkömmlicher Bauträgervertrag	122–126
2.2.2	Neuer Bauträgervertrag	127–133
2.3	Einwände des Bauträgers	134–150
	3. Bürgschaft gem. § 7 MaBV	**151–180**
3.1	Neue Rechtsprechung des BGH	153
3.2	Grundlegende Einwände	154–170
3.2.1	Grund der Bürgschaft gem. § 7 MaBV	157–167
3.2.2	Anlass der Bürgschaftsinanspruchnahme gem. § 7 MaBV	168–170
3.3	Weitere Rechtsprechung zu § 7 MaBV	171–180

1 Rechtliche Grundlagen

1.1 Der Bauträgervertrag

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[1] zu beachten sind, einerlei, ob der Bauträgervertrag vor oder nach dem 01.09.2008 abgeschlossen wurde. **1**

Der Terminologie des Gesetzes folgend (sic. § 632a Abs. 2 BGB), wird auch beim Bauträgervertrag im Folgenden nicht mehr vom Erwerber sondern vom „Besteller" gesprochen wie auch die nachfolgende Darstellung sich mit dem Besteller befasst, der zugleich Verbraucher (§ 13 BGB) ist. **2**

1.1.1 Herkömmlicher Bauträgervertrag

Der herkömmliche Bauträgervertrag[2] ist ein Vertragstyp sui generis. Er wird durch folgende Merkmale bestimmt: **3**

- 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 Beurkundung des Bauträgervertrages und auch nicht mit Zahlung der anteiligen Vergütung für das Grundstück Grundstückseigentümer werden, ist **deshalb** auf den Bauträgervertrag zwingend die MaBV anwendbar.[3]
- Der Besteller zahlt für Grundstücksanteil und sukzessive Bauerrichtung, ohne im Gegenzuge dafür wegen § 946 BGB sofort einen Wertzuwachs zu erhalten, wie zuvor verdeutlicht. Folglich stellen diese sukzessiven Zahlungen auch keine Abschlagszahlungen sondern **5**

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.

2 Zur Historie des Bauträgervertrages Messerschmidt/Voit/*Wagner*, Privates Baurecht, 2008, E. Rdn. 8ff. m.w.N.

3 § 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*, ...".

ratenweise Vorauszahlungen dar.[4] § 632a Abs. 2 BGB n.F. 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.

6 – Die Eigentumsumschreibung von Grundstückseigentum – beim Geschosswohnungsbau in Form des Wohnungs- und Gemeinschaftseigentums – und der verbauten Bausubstanz auf den Besteller erfolgt i.d.R. erst nach Abnahme, wenn zudem vom Besteller alles vertraglich Vereinbarte bzw. vertraglich Geschuldete bezahlt worden ist.[5]

7 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 Wohnungseigentümergemeinschaft entstanden ist. Denn eine solche setzt voraus, dass beim Geschosswohnungsbau nicht nur der Bauträger selbst im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist. Vielmehr setzt ihr Entstehen voraus, dass mindesten **ein**[6] weitere Besteller als Wohnungseigentümer im Grundbuch eingetragen worden sein muss.

4 *Thode* ZNotP 2006, 208, 214ff.; Messerschmidt/Voit/*Wagner,* Privates Baurecht, 2008, E. Rdn. 8, 50ff.

5 Messerschmidt/Voit/*Wagner,* Privates Baurecht, 2008, E. Rdn. 8; *Wagner* ZNotP 2007, 288, 289f.

6 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 – Mit der Rechtsprechung des BGH vom 05.06.2008 hat sich die instanzgerichtliche Rechtsprechung erledigt, die für das Entstehen einer Wohnungseigentümergemeinschaft 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.

Dies wird i.d.R. frühestens **nach** Abnahme der Fall sein, so dass ein Wohnungseigentümergemeinschaft bis dahin nicht existiert, folglich schon deshalb keine Abnahme durchführen kann, ganz abgesehen davon, dass die Wohnungseigentümergemeinschaft beim herkömmlichen Bauträgervertrag nicht Vertragspartner des Bauträgers ist.

Aber auch eine werdende Wohnungseigentümergemeinschaft wird beim herkömmlichen Bauträgervertrag bis zur Abnahme nicht existieren. Denn nach h.M. setzt eine werdende Wohnungseigentümergemeinschaft voraus, dass neben der Anlegung der Wohnungseigentumsgrundbücher, der Wirksamkeit schuldrechtlicher Verträge, der Bildung einer tatsächlichen Gemeinschaft, der Eintragung von Vormerkungen für die Besteller in den Wohnungseigentumsgrundbuchblättern zusätzlich der Übergang der Nutzungen, Lasten und Gefahr auf die Besteller erfolgt sein muss.[7] 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 Mängeleinwänden und einbehaltener Zahlungen dies verweigert, wird frühestens **nach** durchgeführter Abnahme eine werdende Eigentümergemeinschaft 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).[8] **8**

Bis zur Abnahme und eine gewisse Zeit danach existiert folglich beim herkömmlichen Bauträgervertrag weder eine werdende noch eine endgültige Wohnungseigentümergemeinschaft, 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 Gemeinschafts**eigentum**, da beides nicht hergestellt sondern nur eingeräumt (§ 3 WEG), begründet (§ 1 Abs. 1, 2 WEG) bzw. verschafft werden kann (§ 633 Abs. 1 BGB). Die Abnahme gemäß **9**

7 BGH 05.06.2008 – V ZB 85/07, NJW 2008, 2639 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.

8 *Wagner* ZNotP 2007, 288, 290.

§ 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:

10 – Besitz am Grundstück und der darauf errichteten Immobilie,

11 – die Herstellung des Gebäudes,

12 – die Herstellung der in diesem Gebäude befindlichen Wohnungen.

13 Die Verschaffung von Wohnungs- und Gemeinschafts**eigentum** daran gehört allerdings zum vertraglich geschuldeten Erfolg i.S.d. § 362 Abs. 1 BGB.[9]

14 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.[10] 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).[11] Folglich müsste die Abnahme des Gebäudes durch die Besteller als gemeinschaftliche Gläubiger erfolgen, während die Abnahme jeder Wohnung durch den 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 Wohnungs**eigentum** und Gemeinschafts**eigentum** hat dies nichts zu tun.

---

9 *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, 2008, E. Rdn. 161.

10 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.

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

In der neueren Rechtsprechung des BGH[12] zur Geltendmachung von Rechten **nach** Abnahme hat dieser Folgendes judiziert: **15**

- Minderung und kleiner Schadensersatz könnten nach entsprechender Beschlussfassung in der Wohnungseigentümergemeinschaft und dem an sich Ziehen solcher Rechte nur von der Wohnungseigentümergemeinschaft geltend gemacht werden. Dabei wird allerdings verkannt, dass nicht jeder Besteller Mitglied einer solchen Wohnungseigentümergemeinschaft sein muss (z.B. der oben genannte Outsider).[13] **16**
- Großer Schadensersatz, Wandlung bzw. Rücktritt könnten einzelne Besteller individuell geltend machen. **17**
- Mängelbeseitigung, Aufwendungsersatz und Kostenvorschuss, jeweils nur auf Leistung an die Wohnungseigentümergemeinschaft, könnten einzelne Besteller geltend machen, sofern auf eine ordnungsgemäße Herstellung des Gemeinschaftseigentum gerichtet und sofern die Wohnungseigentümergemeinschaft nicht durch Beschluss solche Rechte an sich gezogen hat. Auch hier wird verkannt, dass nicht jeder Besteller Mitglied einer solchen Wohnungseigentümergemeinschaft sein muss (z.B. der oben genannte Outsider)[14] und es ja überhaupt nicht um Mängel des Gemeinschafts**eigentums** gehen kann, sondern um Sach- oder Werkmängel. **18**

Diese Rechtsprechung des BGH wird auf Kläger- und Beklagtenseite erhebliche Rechtsunsicherheit auslösen wie folgendes zeigt: **19**

Das OLG München[15] hat judiziert, 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 **20**

12 BGH 12.04.2007 – VII ZR 236/05, ZIP 2007, 1014 = WM 2007, 1084.
13 *Wagner* ZNotP 2007, 288, 293; Messerschmidt/Voit/*Wagner,* Privates Baurecht, 2008, E. Rdn. 172, 177.
14 *Wagner* ZNotP 2007, 288, 293; *Wagner* in: Messerschmidt/Voit (Hrsg.), Privates Baurecht, 2008, E. Rdn. 174, 177.
15 OLG München 22.05.2007 – 9 U 3081/06, BauR 2008, 373.

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.?[16]

1.1.2 Bauträgervertrag und europäisches Verbraucherschutzrecht

21 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.[17] 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 beachtet hat, sind beurkundende Notare und Gerichte nach wie vor verpflichtet, den Vorgaben der VerbrRL zum Durchbruch zu verhelfen.

22 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.[18] Denn aufgrund des Anwendungsvorranges der VerbRL vor deutschem Recht[19] 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.[20] Denn gegenüber

16 *Buchner* BauR 2008, 375.

17 *Thode* in: Thode/Uechtritz/Wochner, Immobilienrecht 2000, Seite 267, 298ff.; *Thode* ZNotP 2004, 210, 213f.; *Thode* ZNotP 2005, 210; *Wagner* BauR 2001, 1313, 1317f.; *Wagner* ZNotP 2002, Beilage 1; *Wagner* ZfBR 2004, 317; *Wagner* BauR 2004, 569, 580f.; *Wagner* in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 2008, E Rdn. 6, 21–40, 52–54, 125, 284–298 m.w.N.

18 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.

19 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.

20 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.

allen nicht richtlinienkonformen innerstaatlichen Vorschriften kann sich der Betroffene **gegenüber deutschen Gerichten** auf die Bestimmungen einer Richtlinie direkt berufen.[21] Vor diesem Hintergrund stößt der herkömmliche Bauträgervertrag im Hinblick auf die VerbrRL auf Probleme:

So sollte in Bauträgerverträgen mit Verbrauchern vermieden werden, durch Schiedsklauseln ein schiedsgerichtliches Verfahren vorzusehen. Denn entgegen einer Entscheidung des III. Senates des BGH[22] 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[23] verstößt.[24] **23**

Notarielle Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärungen zu Gunsten des Bauträgers in Bauträgerverträgen sind gemäß §§ 3, 12 MaBV, § 134 BGB nichtig.[25] 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,[26] um sich gegen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen wehren zu können.[27] **24**

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 **25**

21 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. 15ff.

22 BGH 01.03.2007 – III ZR 164/06, NZBau 2007, 298.

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

24 Zutreffend *Thode* ZfBR 2007, 430; *Thode* DNotZ 2007, 404, jeweils m.w.N.. Ferner siehe Messerschmidt/Voit/*Wagner,* Privates Baurecht, 2008, E. Rdn. 308.

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

26 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.

27 *Quack* RpflStud. 2002, 145; *Wagner/von Heymann* WM 2003, 2257, 2261; *Wagner* ZfBR 2004, 317, 325f.; Messerschmidt/Voit/*Wagner,* Privates Baurecht, 2008, E. Rdn. 218–227; *Wagner* in: Schmider/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.

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 – wegen § 946 BGB ein Äquivalenzverhältnis nicht besteht oder ob ein Richtlinienverstoß nur dann gegeben wäre, wenn zum Ende des Bauträgervertrages im Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung eine Pflichtensymmetrie und ein Äquivalenzverhältnis nicht gegeben wäre.

1.2 Geschuldete Leistung

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

27 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.[28] Im Zusammenhang mit Baubeschreibungen hat der BGH[29] folgendes judiziert:

28 „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, 18f.; 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)."

29 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[30] folgendes judiziert:

---

28 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.

29 BGH 14.03.2003 – V ZR 278/01, BauR 2003, 1032, 1034.

30 BGH 08.01.2004 – VII ZR 181/02, BauR 2004, 847, 849.

„ ..... 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." **30**

Diese Rechtsprechung hat der BGH[31] jüngst dahingehend bestätigt, dass für die Frage, welche werkvertragliche Verpflichtung ein Bauträger übernimmt, auch ein dem Besteller übergebener Prospekt ausschlaggebend sein kann. **31**

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.[32] **32**

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[33] judiziert, dass zu den anerkannten Auslegungsregeln gehört, **33**

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

Eine Auslegung gegen den eindeutigen Vertragswortlaut scheidet jedoch aus. Und eine Auslegung kommt zudem nur dort in Betracht, wo ein auslegungsbedürftiger Begriff gegeben ist.[34] 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.[35] **34**

---

31 BGH 25.10.2007 – VII ZR 205/06, BauR 2008, 351.

32 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.

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

34 BGH 10.12.1992 – I ZR 186/90, BGHZ 121, 13, 16.

35 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.

35 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.[36]

1.3 Vergütungsanspruch

36 Beim Bauträgervertrag muss man zwei rechtliche Ebenen unterscheiden:

37 – 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.

38 – Und zum anderen die öffentlichrechtliche Ebene der MaBV, deren Normadressat alleine der Bauträger ist.[37]

39 Für beide Ebenen gilt das sog. Äquivalenzprinzip, wonach dem Bauträger nicht mehr an Vergütung zusteht, als er an Leistung erbracht hat.[38]

1.3.1 Geschuldete Vergütung

40 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 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

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

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

38 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, 390f.; 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.

Vergütung nicht zustehe, so richtet sich der Streitwert nach dem noch offenen streitigen Betrag.[39]

1.3.2 Zahlungsabwicklung

1.3.2.1 Abschlagszahlungen oder Ratenvorauszahlungen

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. **41**

1.3.2.1.1 Vor dem 01.09.2008 geschlossene Bauträgerverträge

Abschlagszahlungen sind gegeben, wenn in sich abgeschlossene Leistungen – zudem wertäquivalent – **erbracht** worden sind (§ 632a Satz 1 BGB), 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: **42**

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: **43**

- Im Hinblick auf den schuldrechtlichen Bauträgervertrag erbringt der Bauträger seine Leistungen gegenüber dem Besteller als seinem Vertragspartner. **44**
- Nur kommt diese Leistung wegen § 946 BGB zum jeweiligen Zeitpunkt der Leistungserbringung zunächst dinglich/wertmäßig nicht beim Besteller an. **45**

Dies führt zu der weiteren Frage, worauf es bei der Leistungserbringung ankommt, von der der Begriff der Abschlagszahlung in § 632a Satz 1 BGB ausgeht. Hierzu bestehen unterschiedliche Auffassungen. Einer- **46**

39 BGH 06.12.2001 – VII ZR 420/00, NJW 2002, 684.

seits wird vertreten, beim Bauträgervertrag würde es sich um Abschlagszahlungen handeln.[40] 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[41] Auf die in diesem Zusammenhang bestehenden Bedenken im Hinblick auf die VerbrRL wurde oben schon hingewiesen.

1.3.2.1.2 Nach dem 01.09.2008 geschlossene Bauträgerverträge

47 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 Erwerbers beim Bauträgervertrag um ratenweise Vorauszahlungen und nicht um Abschlagszahlungen.[42] 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 Bestel-

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

41 *Thode* ZNotP 2006, 208, 215 m.w.N.; *Wagner* WuB I E 5. – 3.03; *Wagner* WuB I E 5. – 5.03; Messerschmidt/Voit/*Wagner*, Privates Baurecht, 2008, E. Rdn. 54 m.w.N.

42 *Wagner* in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 2008, E Rdn. 51ff., 58.

ler 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.

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 und dem zuvor schon angesprochenen Äquivalenzprinzip entsprechen muss. 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. **48**

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 unter Berücksichtigung des Äquivalenzprinzips vereinbart werden müssen und Abweichungen davon nur unter den Voraussetzungen des § 7 MaBV vereinbart werden können. **49**

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 die- **50**

ser vorgenannten zweispurigen Ebene des Zivilrechts (wann kann der Bauträger „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, der Besteller ratenweise Vorauszahlungen leistet, ohne dass Besteller aus vorgenannten Gründen einen Wertzuwachs erhalten.

51 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 Total-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.[43] Soweit vereinzelt im Fachschrifttum zweckorientiert argumentiert wird, um den Umfang der Vergütung auf die Bauvergütung zu reduzieren,[44] gilt: Eine solche Meinung setzt sich über den Gesetzes*wortlaut* des § 632a Abs. 3 BGB hinweg, der mit der Rechtsprechung des BVerfG maßgebend ist.[45]

52 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.[46] 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

43 *Basty*, Der Bauträgervertrag, 6. Aufl. 2009, Rdn. 44; *Basty* DNotZ 2008, 891, 893; *Blank* notar 2008, 377, 381.

44 *Jeep* notar 2008, 384, 385; *Leitzen* ZNotP 2009, 3, 9.

45 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, 130f.; 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.

46 *Leinemann* NJW 2008, 3745, 3747.

Sicherheitsleistung durch Einbehalt des Bestellers in der in § 632a Abs. 3 Satz 3 BGB geregelten Weise zu erbringen.

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 voraus, 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[47] und es geht auch nicht um die Frage, ob § 7 MaBV eine Ausnahme von § 632a Abs. 3 BGB darstellt,[48] sondern alleine darum, ob Abschlagszahlungen vereinbart wurden oder nicht. Das dies anders sehende Fachschrifttum,[49] 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.[50] 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.[51] 53

47 Dies verkennend *Blank* notar 2008, 377, 383.

48 Dies verkennend *Basty* DNotZ 2008, 891, 897 f.

49 *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.

50 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.

51 S.o. zu 1.1.2.

1.3.2.2 Fälligkeit und Entgegennahmeverbote

54 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.

55 Die dem öffentlichrechtlichen Gewerberecht 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 Gewerberecht.[52]

56 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 Unwirksamkeitsverdiktes der § 12 MaBV, 134 BGB nicht im Widerspruch zu öffentlichrechtlichen Entgegennahmeverbotsregelungen des § 3 MaBV stehen.[53] Darauf hat der Notar bei der Beurkundung des Bauträgervertrages und bei seiner zivilrechtlichen Fälligkeitsmitteilung zu achten.

57 Man kann zwar die Voraussetzungen des § 3 MaBV aufgrund vertraglicher Vereinbarung zu zivilrechtlichen Fälligkeitsregelungen machen.[54] 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.

---

52 BGH 30.09.2004 – VII ZR 458/02, WM 2004, 2386; *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rdn. 60; *Basty* BTR 2005, 149; *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.

53 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.

54 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.

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: **58**

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 zum Nachteil des Bestellers 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.[55] **59**

1.3.2.3 Abnahme

Mit der zivilrechtlichen Abnahme als Fälligkeitsvoraussetzung (§ 641 Abs. 1 BGB) enden aber nicht die getrennt davon zu beachtenden öffentlichrechtlichen Entgegennahmeverbote des § 3 MaBV. **60**

Denn der Anwendungsbereich der MaBV endet erst mit der Eigentumsumschreibung des vertraglich Geschuldeten auf den Besteller[56] 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.[57] Beide bezwecken auch unterschiedliches, denn die zivilrechtliche Fälligkeit richtet sich an den Besteller,[58] während öffentlichrechtliche Entgegennahmeverbote sich an den Bauträger **61**

55 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.
56 BGH 05.12.2008 – V ZR 144/07, WM 2009, 211 Rdn. 14.
57 Messerschmidt/Voit/*Wagner,* Privates Baurecht, 2008, E. Rdn. 106.
58 Messerschmidt/Voit/*Wagner,* Privates Baurecht, 2008, E. Rdn. 111 f.

richten.[59] Und der Abnahmebegriff hat etwas mit der vertraglich geschuldeten Erfüllung und der Fertigstellungsbegriff etwas mit der mangelfreien Leistung des Bauträgers zu tun.

62 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).[60] Was unter Fertigstellung (§ 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 letzter Spiegelstrich und § 7 Abs. 1 Satz 3 MaBV) zu verstehen ist, ist umstritten.[61] 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 abzubrechen, so dass damit auch die öffentlichrechtlichen Entgegennahmeverbote enden und sich dann nur noch die zivilrechtliche Fälligkeit nach Maßgabe des § 641 BGB stellt.[62]

1.3.2.4 Auflassung und Eigentumsumschreibung

63 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.

64 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 Eigentumsverschaffung gehört folglich beim Bauträgervertrag mit zur **Verschaffungspflicht** des § 633 Abs. 1 BGB.[63]

65 Eine ganz andere Frage ist, ob deshalb auch die Eigentumsumschreibung zur Abnahme gehört. Dies ist zu verneinen. Denn Gegenstand der

59 Messerschmidt/Voit/*Wagner,* Privates Baurecht, 2008, E. Rdn. 113f.

60 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; Ingenstau/Korbion/*Oppler,* VOB, 14. Aufl. 2001, B § 12 Rdn. 8f.; *Thode* ZfBR 1999, 116; *Thode/Quack,* Abnahme und Gewährleistung im Bau- und Bauträgervertrag, 2003, Rdn. 165; Messerschmidt/Voit/*Wagner,* Privates Baurecht, 2008, E. Rdn. 111.

61 Nachweise bei Messerschmidt/Voit/*Wagner,* Privates Baurecht, 2008, E. Rdn. 114ff.

62 *Wagner* BauR 2002, 1313, 1328; *Wagner* WM 2001, 718, 722; Messerschmidt/Voit/*Wagner,* Privates Baurecht, 2008, E. Rdn. 123.

63 *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, 2008, E. Rdn. 18–19; a.A. *Kniffka,* ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 13.11.2007, § 633 Rdn. 2; Palandt/*Sprau,* BGB, 67. Aufl. 2008, § 633 Rdn. 3; *Pause* NZBau 2002, 648, 652.

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.[64]

1.3.3 Gekündigter Bauträgervertrag

Eine Kündigung des Bauträgervertrages bezüglich des die Errichtung des Baus betreffenden Teils ist gegenüber dem vertragstreuen Bauträger gemäß § 649 BGB ist ausgeschlossen.[65] **66**

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.[66] 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.[67] Hier kann es allerdings zu Schwierigkeiten kommen, wenn eine Teilkündigung eines Bauträgervertrages aus wichtigem Grund durch einen der Besteller im Geschosswohnungsbau kommt. **67**

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.[68] **68**

64 Messerschmidt/Voit/*Wagner,* Privates Baurecht, 2008, E Rdn. 111.

65 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, 67f.; *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.

66 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, 67f.; *Kniffka,* ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 13.11.2007, § 649 Rdn. 15.

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

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

69 Wurde ein Bauträgervertrag rechtswirksam aus wichtigem Grund gekündigt, so ist eine umfassende Gesamtabrechnung vorzunehmen.[69] Im Fall der Teilkündigung des Bauträgervertrages durch den Besteller aus vom Bauträger zu vertretenden wichtigem Grund behält der Bauträger seinen Anspruch auf den Grundstückskaufpreis.[70]

1.3.4 Einwände des Bestellers

1.3.4.1 Fehlende Fälligkeit

70 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
- den besonderen Fälligkeitsvoraussetzungen, die die Fälligkeit der einzelnen Vorauszahlungsraten betreffen und in die der Notar nicht eingeschaltet ist.

Allgemeine Fälligkeitsvoraussetzungen:

71 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).[71]

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

69 OLG Saarbrücken 27.11.2001 – 24, 4 U 96/01, OLGR 2002, 67f.
70 KG Berlin 22.12.1998 – 27 U 429/98, BauR 2000, 114, 116.
71 BGH 24.10.1985 – IX ZR 91/84, BGHZ 96, 157, 164; OLG München 15.06.1989 – 1 U 5630/88, DNotZ 1991, 337f.

- 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.[72] 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 Haftungsinanspruchnahme des Notars präjudiziell.[73] **73**
- 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).[74] Verklagt in diesem Fall der Besteller zunächst den Notar und verkündet dem Bauträger den Streit, dann ist die Streitverkündung zulässig.[75] **74**

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 Entgegennahmeverbotsvoraussetzungen alle erfüllt sind oder nicht. **75**

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 Satz 1 BGB a.F.). Ob dies bedeutet, dass die Leistung, die mit der Abschlagszahlung bezahlt werden soll, mängelfrei[76] oder nur im wesentlichen mangelfrei sein muss, ist **76**

72 BGH 06.12.2007 – IX ZR 143/06, WM 2008, 266f.
73 BGH 06.12.2007 – IX ZR 143/06, WM 2008, 266, 267.
74 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.
75 BGH 06.12.2007 – IX ZR 143/06, WM 2008, 266, 267.
76 OLG Schleswig 30.03.2007 – 17 U 21/07, BauR 2007, 1579; *von Craushaar* BauR 2001, 471, 473f.; *Kirberger* BauR 2001, 492, 498f.; *Rodemann* BauR 2002, 863, 866f.; a.A. *Kniffka* BauR 2000, 227, 229; *Kniffka*, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 13.11.2007, § 632a Rdn. 6f.

für bis zum 01.09.2008 geschlossene Bauträgerverträge streitig.[77] 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.

77 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 Ausgeführtem zusammen, der im Rahmen einer gemeinschaftskonformen – nicht richtlinienkonformen – Auslegung[78] 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 Anhang Nr. 1. o) VerbrRL nicht effektiv in deutsches Recht umgesetzt wurde wie das oben beschriebene Beispiel des Bauträgervertrages zeigt.[79]

78 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.[80]

1.3.4.2 Entgegennahmeverbote des Bauträgers

79 Alle Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1–4 MaBV müssen gegeben sein, andernfalls der Bauträger einem öffentlichrechtlichen Ent-

77 OLG Saarbrücken 05.01.2006 – 1 UH 664/05, OLGR 2006, 413 f.
78 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.
79 Messerschmidt/Voit/*Wagner*, Privates Baurecht, 2008, E. Rdn. 27.
80 BGH 24.01.2002 – VII ZR 196/00, WM 2002, 870, 871.

gegennahmeverbot 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.

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. **80**

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. **81**

1.3.4.3 Mängel: Geschuldete und nicht vereinbarte Vergütung

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.[81] Dies hat zusätzlich zur Folge, dass ein Eigentumsumschreibungsanspruch des Bestellers auch dann besteht, wenn der noch streitige Vergütungsanspruch gemessen am Gesamtvergütungsanspruch geringfügig ist.[82] **82**

1.3.4.4 Deliktische Schadensersatzansprüche

Dass das öffentlichrechtliche Entgegennahmeverbot des § 3 MaBV Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB ist, ist in der Rechtsprechung entschieden.[83] **83**

81 *Basty*, Der Bauträgervertrag, 5. Aufl. 2005, Rdn. 675, 682, 687, 689 und 695 Abs. 1; Messerschmidt/Voit/*Wagner*, Privates Baurecht, 2008, E. Rdn. 136.

82 LG Heilbronn 11.07.2001 – 2 O 3003/00 IV, BauR 2002, 107; *Basty*, Der Bauträgervertrag, 5. Aufl. 2005, Rdn. 695.

83 BGH 05.12.2008 – V ZR 144/07, WM 2009, 211 Rdn. 10f.; 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.

84 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.

85 Neben dem Bauträger kann dann auch dessen Geschäftsführer persönlich haften[84] Denn Geschäftsführer einer Bauträgergesellschaft 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.[85] Dazu gehören folglich auch die seitens einer Bauträgergesellschaft zu beachtendenen öffentlich-rechtlichen Entgegennahmeverbotsregelungen des § 3 MaBV.

1.3.4.5 § 817 Satz 1 BGB

86 Hat ein Bauträger unter Verstoß gegen öffentlichrechtliche Entgegennahmeverbote und ohne Hingabe einer Bürgschaft gemäß § 7 MaBV Zahlungen entgegengenommen, dann kann der Besteller (auch) Zahlungsansprüche gegen den Bauträger gemäß § 817 Satz 1 BGB geltend machen. Für einen solchen Fall hat der BGH[86] 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.

2 Sachmängelrecht/Mangelprozess

2.1 Mängel

87 Der Bauträger schuldet im Geschosswohnungsbau aufgrund des mit jedem Besteller geschlossenem Bauträgervertrag

84 BGH 05.12.2008 – V ZR 144/07, WM 2009, 211 Rdn. 12.
85 BGH 15.10.1996 – VI ZR 319/95, GmbHR 1997, 25, 26; Scholz/*Schneider*, GmbHG, 10. Aufl. 2007, § 43 Rdn. 358, 359.
86 BGH 22.03.2007 – VII ZR 268/05, BauR 2007, 1235, 1239.

- die Errichtung des Bauvorhabens tatsächlich einmal, rechtlich jedoch gegenüber so vielen Bestellern wie er mit diesen Bauträgerverträge geschlossen hat; **88**
- die Errichtung der Wohnung jedem einzelnen Besteller gegenüber wie im jeweiligen Bauträgervertrag vereinbart; **89**
- die Verschaffung des Grundbesitzes tatsächlich einmal, rechtlich jedoch gegenüber so vielen Bestellern wie er mit diesen Bauträgerverträge geschlossen hat; **90**
- 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. **91**

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. **92**

Mit Ausgeführtem entsteht die werdende bzw. endgültige Wohnungseigentümergemeinschaft frühestens nach Abnahme wie auch dieser (werdenden) Wohnungseigentümergemeinschaft 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 Eigentum verschafft wurde, sondern alleine davon abhängig, ob der tatsächliche Ist-Zustand des Bauvorhabens von dem im jeweiligen Bauträgervertrag vertraglich Vereinbarten abweicht. **93**

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. dieserhalb in einem Prozess Rechte geltend zu machen. **94**

2.1.1 Mängel im Sonder-/Wohnungseigentum

95 Es ist immer wieder im Fachschrifttum und Urteilen von Mängeln im Sonder-/Wohnungs**eigentum** zu lesen. Dies ist in vielerlei Hinsicht eine unzutreffende Formulierung:

96 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.

2.1.2 Mängel im Gemeinschaftseigentum

97 Nicht anders ist es bei diesen Mängeln. Auch hier geht es nicht um Mängel am Gemeinschafts**eigentum** als Rechtsmängeln, sondern um das Vorhandensein von Mängel an all dem, was in Abweichung des Ist-Zustandes von dem vertraglich Geschuldeten sich dort befindet, wo Gemeinschaftseigentum sein wird bzw. bereits vorhanden ist.

2.1.3 Mängelrechte und Aktivlegitimation

98 Bei Mängeln am Grundstück ist für die Zeit nach dem Inkrafttreten des Schuldrechtsreformgesetzes streitig, ob diesbezüglich Kaufrecht[87] oder im Hinblick auf § 633 Abs. 1 BGB Werkvertragsrecht[88] gilt. Bei Mängeln am Bauvorhaben gilt Werkvertragsrecht.

99 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.[89]

2.1.3.1 Mängel vor Abnahme

100 Beim herkömmlichen Bauträgervertrag gibt es **vor** der Abnahme weder eine werdende noch eine endgültige Wohnungseigentümergemeinschaft.[90] Folglich ist der einzelne Besteller als Besteller berechtigt, bei

87 Palandt/*Sprau*, BGB, 67. Aufl. 2008, Vorb. v § 633 Rdn. 3.
88 *Vorwerk* BauR 2003, 1, 7 f.; Messerschmidt/Voit/*Wagner*, Privates Baurecht, 2008, E. Rdn. 17 m.w.N.
89 *Wagner* ZNotP 2007, 288; Messerschmidt/Voit/*Wagner*, Privates Baurecht, 2008, E. Rdn. 171 ff.
90 *Wagner* ZNotP 2007, 288, 290 f.; Messerschmidt/Voit/*Wagner*, Privates Baurecht, 2008, E. Rdn. 178.

mangelhafter Leistung des Bauträgers Ansprüche auf mängelfreie Erfüllung geltend zu machen (§§ 280, 323 ff. BGB).[91] Ob daneben zusätzlich die §§ 634 ff. BGB gelten, ist derzeit noch nicht abschließend geklärt. Immerhin sprechen die §§ 634 Nr. 1, 635 BGB von **Nach**erfüllung, was etwas anderes als Erfüllung ist.[92]

2.1.3.2 Mängel bei Abnahme

Beim herkömmlichen Bauträgervertrag gibt es auch zum Zeitpunkt der Abnahme weder eine werdende noch eine endgültige Wohnungseigentümergemeinschaft.[93] Folglich ist der einzelne Besteller als Besteller, so lange es noch keine werdende bzw. endgültige Wohnungseigentümergemeinschaft gibt bzw. so lange er (noch) nicht Mitglied einer Wohnungseigentümergemeinschaft ist (sog. Outsider[94]), berechtigt, Ansprüche wegen mangelhafter Bauträgerleistung geltend zu machen. **101**

2.1.3.3 Mängel nach Abnahme

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 eine endgültige Wohnungseigentümergemeinschaft entsteht. **102**

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 Eigentümergemeinschaft werden (sog. Outsider). **103**

Bezüglich der Geltendmachung von Rechten für den Fall mangelhafter Bauträgerleistung ist hier vieles unklar, so dass Rechtsunsicherheit besteht: **104**

2.1.3.3.1 Die Wohnungseigentümergemeinschaft

In dem Moment, in dem außer dem Bauträger auf einen weiteren Besteller Wohnungseigentum umgeschrieben wird, entsteht mit der jün- **105**

91 *Kniffka*, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 13.11.2007, § 634 Rdn. 10; Palandt/*Sprau*, BGB, 67. Aufl. 2008, Vorb. v § 633 Rdn. 7.
92 *Kniffka*, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 13.11.2007, § 634 Rdn. 11.
93 *Wagner* ZNotP 2007, 288, 291.; Messerschmidt/Voit/*Wagner*, Privates Baurecht, 2008, E. Rdn. 159 f.
94 *Wagner* ZNotP 2007, 288, 291 f.

geren BGH-Rechtsprechung[95] eine Wohnungseigentümergemeinschaft. Mit dieser BGH-Rechtsprechung gehören dieser Wohnungseigentümergemeinschaft auch die Personen an, die Mitglied einer werdenden Wohnungseigentümergemeinschaft waren. Dies sind die Personen, auf die noch keine Umschreibung des Wohnungseigentums erfolgt ist, denen aber bereits die Wohnung übergeben wurde.[96] Der Wohnungseigentümergemeinschaft gehören mithin dann lediglich die Personen nicht an, auf die weder Wohnungseigentum umgeschrieben wurde, noch die Wohnung übergeben wurde (sog. Outsider).

106 In seiner Entscheidung vom 12.04.2007 hat der BGH[97] im Zusammenhang mit Wohnungseigentümergemeinschaften folgendes zum Ausdruck gebracht:

107 – Jeder Besteller bleibe **materiellrechtlich Anspruchsinhaber** der Ansprüche, die mit mangelhafter Leistung des Bauträgers zusammenhängen.

108 – Die Wohnungseigentümergemeinschaft 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 Wohnungseigentümergemeinschaft für die **Geltendmachung** solcher Ansprüche alleine zuständig. Im Gerichtsverfahren trete die Wohnungseigentümergemeinschaft als **gesetzlicher Prozessstandschafter** auf.

109 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.[98]

---

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

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

97 BGH 12.04.2007 – VII ZR 236/05, BauR 2007, 1221; dazu grundlegend *Wagner* ZNotP 2007, 288; Messerschmidt/Voit/*Wagner*, Privates Baurecht, 2008, E. Rdn. 171 ff.

98 Ohne einen solchen Mehrheitsbeschluss in der Wohnungseigentümergemeinschaft 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. 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.

- 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 Wohnungseigentümergemeinschaft ein schutzwürdiges Interesse habe, könne die Wohnungseigentümergemeinschaft Ansprüche in **gewillkürter Prozessstandschaft** geltend machen. **110**
- Bei Mängeln, die sich im Wohnungs-/Sondereigentum befinden, könne sich die Wohnungseigentümergemeinschaft von einzelnen Wohnungs-/Sondereigentümern ermächtigen lassen, diesbezügliche Ansprüche neben Ansprüchen wegen Mängeln im Gemeinschaftseigentum geltend zu machen. **111**

Diese Rechtsprechung des BGH schafft Rechtsunsicherheit, weil folgendes unberücksichtigt bleibt: **112**

- Besteller werden in den Bereichen, in denen die Wohnungseigentümergemeinschaft Rechte der Besteller zur Durchsetzung gegen deren Willen an sich zieht, rechtlos gestellt. Dies stößt auf grundlegende EU-gemeinschaftsrechtliche[99] und verfassungsrechtliche[100] Bedenken. **113**
- Besteller können aus der Zeit vor dem Entstehen der Wohnungseigentümergemeinschaft Ansprüche gegenüber dem Bauträger (prozessual) geltend gemacht haben. Sollen sie plötzlich z. B. im laufenden Prozess ihre diesbezügliche Aktivlegitimation verlieren, wenn die Wohnungseigentümergemeinschaft plötzlich Ansprüche an sich zieht? Wer kommt dem Besteller für die bisher aufgewandten Prozesskosten auf? **114**
- Zieht die Wohnungseigentümergemeinschaft in dem vom BGH beschriebenen Umfang Rechte an sich, ist sie keineswegs alleine zuständig, wenn es nämlich Besteller gibt, die der Wohnungseigentümergemeinschaft nicht angehören (sog. Outsider). Würde nämlich die Wohnungseigentümergemeinschaft auch in deren Rechte eingreifen, dann würde auch dies auf grundlegende EU-gemeinschaftsrechtliche[101] und verfassungsrechtliche[102] Bedenken stoßen. Wenn aber die **115**

99 *Wagner* ZNotP 2007, 288, 297; Messerschmidt/Voit/*Wagner,* Privates Baurecht, 2008, E. Rdn. 177.
100 *Wagner* ZNotP 2007, 288, 296; Messerschmidt/Voit/*Wagner,* Privates Baurecht, 2008, E. Rdn. 177.
101 *Wagner* ZNotP 2007, 288, 297; Messerschmidt/Voit/*Wagner,* Privates Baurecht, 2008, E. Rdn. 177.
102 *Wagner* ZNotP 2007, 288, 296; Messerschmidt/Voit/*Wagner,* Privates Baurecht, 2008, E. Rdn. 177.

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 Wohnungseigentümergemeinschaft – materiellrechtlich und prozessual – stehen.[103] Und dies lässt sich noch dadurch komplizieren, wenn Ansprüche von Bestellern aus einer Zeit vor Entstehen der endgültigen Wohnungseigentümergemeinschaft von einzelnen Bestellern vorab sicherungshalber an die jeweilige finanzierende Bank solcher Besteller abgetreten wurden.[104]

116 – Das an sich ziehen von Rechten von Bestellern durch die Wohnungseigentümergemeinschaft gegen den Willen von Bestellern ist auch dort nicht frei von Rechtsunsicherheit, wo zwar Besteller Mitglieder der Wohnungseigentümergemeinschaft sind (sog. Insider), dort aber bei der Beschlussfassung der Wohnungseigentümer überstimmt worden sind.[105]

2.1.3.3.2 Einzelne Besteller

117 In seiner Entscheidung vom 12.04.2007 hat der BGH[106] dazu folgendes zum Ausdruck gebracht:

118 – Der einzelne Besteller könne Ansprüche auf großen Schadensersatz oder Wandlung bzw. Rücktritt selbständig geltend machen.

119 – Werde die Wohnungseigentümergemeinschaft 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 Wohnungseigentümergemeinschaft zugute kämen. Dazu könne gehöre der Mängelbeseitigungsanspruch, der Anspruch auf Aufwendungsersatz und der Kostenvorschussanspruch, jedoch nur auf Zahlung an die Wohnungseigentümergemeinschaft.

120 Mit dem zuvor Ausgeführten wird auch der Outsider weiterhin berechtigt sein, eigene Rechte geltend zu machen. Das gleiche gilt für die

---

103 *Wagner* ZNotP 2007, 288, 296f.; Messerschmidt/Voit/*Wagner,* Privates Baurecht, 2008, E. Rdn. 177.

104 *Wagner* ZNotP 2007, 288, 296f.; Messerschmidt/Voit/*Wagner,* Privates Baurecht, 2008, E. Rdn. 185.

105 *Wagner* ZNotP 2007, 288, 296f.; Messerschmidt/Voit/*Wagner,* Privates Baurecht, 2008, E. Rdn. 178.

106 BGH 12.04.2007 – VII ZR 236/05, BauR 2007, 1221; dazu grundlegend *Wagner* ZNotP 2007, 288; Messerschmidt/Voit/*Wagner,* Privates Baurecht, 2008, E. Rdn. 171ff.

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 Wohnungseigentümergemeinschaft materiellrechtlich und prozessual stehen, besteht weitgehend Rechtsunsicherheit, weil dies alles in der Rechtsprechung des BGH[107] (noch) nicht entschieden wurde.

2.2 Hinweise

Die zuvor aufgezeigte Rechtsunsicherheit entsteht, wenn beim herkömmlichen Bauträgervertrag in die Rechtsdurchsetzungsmöglichkeit von Besteller-Gewährleistungsansprüchen ohne deren Einverständnis durch die Wohnungseigentümergemeinschaft nach entsprechender Beschlussfassung der Wohnungseigentümerversammlung 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 Wohnungseigentümergemeinschaften und Besteller gleichermaßen. Diese Rechtsunsicherheiten lassen sich auf folgende Weise vermeiden: **121**

2.2.1 Herkömmlicher Bauträgervertrag

Dort, wo die Wohnungseigentümergemeinschaft 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 Wohnungseigentümergemeinschaft zu fassenden Beschluss nur insoweit zu fassen, wie er nicht in Kollision mit Rechten von Bestellern steht, die diese selbst durchsetzen wollen. **122**

Eine andere Möglichkeit besteht in Folgendem: **123**

Zum Zeitpunkt des Abschlusses der Bauträgerverträge im Geschosswohnungsbau gibt es beim herkömmlichen Bauträgervertrag noch keine Wohnungseigentümergemeinschaft. 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: **124**

107 BGH 12.04.2007 – VII ZR 236/05, BauR 2007, 1221.

125 – Auf seitens 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.[108]

126 – 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.[109] Also kann es sich hier empfehlen, diese horizontale rechtliche Ebene vertraglich zu regeln, z. B. durch einen Innen-Gesellschaftsvertrag.[110] Und darin können die Besteller untereinander vereinbaren, wie die Rechtsdurchsetzung im Außenverhältnis im einzelnen zu erfolgen hat. Sobald die endgültige Wohnungseigentümergemeinschaft besteht, wird dann, wenn es bei der Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen zu Eingriffen in das Gemeinschaftseigentum kommt, zusätzlich die **Zustimmung** der Wohnungseigentümergemeinschaft einzuholen sein, wozu in der Wohnungseigentümergemeinschaft ein entsprechender Zustimmungsbeschluss zu fassen ist.[111]

2.2.2 Neuer Bauträgervertrag

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

128 – 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.[112]

129 – 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:

108 *Wagner,* ZNotP 2007, 288, 289, 297.
109 *Wagner,* ZNotP 2007, 288, 289.
110 *Wagner,* ZNotP 2007, 288, 297; Messerschmidt/Voit/*Wagner,* Privates Baurecht, 2008, E. Rdn. 247.
111 *Wagner,* ZNotP 2007, 288, 297 f.
112 Messerschmidt/Voit/*Wagner,* Privates Baurecht, 2008, E. Rdn. 302.

Die Folgen sind: Jeder Besteller wird von Anfang an Mitglied der Wohnungseigentümergemeinschaft,[113] 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. **130**

- Weil es in diesem Fall die Wohnungseigentümergemeinschaft von Anfang an gibt, der alle Besteller angehören, entfällt das Outsider-Problem. **131**
- Es könnte dann im jeweiligen Bauträgervertrag zwischen Besteller und Bauträger vereinbart werden, dass und unter welchen Voraussetzungen die Wohnungseigentümergemeinschaft berechtigt sein soll, im einzelnen vertraglich zu beschreibende gemeinschaftsbezogene Rechte oder Rechte, wozu sie durch einzelne Besteller ermächtigt wurde, geltend zu machen.[114] Es ließe sich dann ebenfalls im jeweiligen Bauträgervertrag regeln, dass die Abnahme dessen, was sich im Gemeinschaftseigentum befindet, in Vertretung der Besteller durch die Wohnungseigentümergemeinschaft, vertreten durch ihren Wohnungseigentumsverwalter, erfolgen soll, während die Abnahme der Wohnungen durch die einzelnen Besteller selbst erfolgen soll.[115] **132**
- Und darauf abgestimmt wäre in der Gemeinschaftsordnung der Wohnungseigentümergemeinschaft auch zu regeln, unter welchen Voraussetzungen und worüber seitens der Wohnungseigentümergemeinschaft in Gewährleistungsangelegenheiten Beschluss gefasst werden kann und der Wohnungseigentumsverwalter für die Wohnungseigentümergemeinschaft tätig werden kann/muss. **133**

113 Messerschmidt/Voit/*Wagner,* Privates Baurecht, 2008, E. Rdn. 302.
114 Messerschmidt/Voit/*Wagner,* Privates Baurecht, 2008, E. Rdn. 302–303.
115 Messerschmidt/Voit/*Wagner,* Privates Baurecht, 2008, E. Rdn. 304.

2.3 Einwände des Bauträgers

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

135 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 Wohnungseigentümergemeinschaft konfrontiert, wird er einwenden, vollständig und mangelfrei geleistet zu haben. Denn wäre dies nicht der Fall

136 – könnte der Bauträger zivilrechtlich nicht die volle vereinbarte Vergütung begehren und

137 – dürfte wegen nicht vollständiger Fertigstellung i.S.d. § 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 letzter Spiegelstrich MaBV die letzte Rate nicht entgegennehmen.

138 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 Wohnungseigentümergemeinschaft berechtigt ist. Dies insbesondere dann, wenn ein vom Bauträger auf Restzahlung verklagter Besteller mit behaupteten Gegenansprüchen aufrechnet; denn wenn die Wohnungseigentümergemeinschaft die Durchsetzung von Rechten an sich gezogen hätte, wäre eine Aufrechnung durch den Besteller nicht (mehr) möglich.

139 Wenn dagegen der Bauträger restliche Vergütung einklagt, der Besteller aber mit einem Vorschussanspruch wegen Mängel an der im Gemeinschaftseigentum befindlichen Bausubstanz aufrechnet, weil die Wohnungseigentümergemeinschaft die Durchsetzung eines solchen Kostenvorschussanspruches nicht (rechtswirksam) eingezogen hatte, dann soll es ihm gestattet sein, damit gegen den Vergütungsanspruch des Bauträgers aufzurechnen.[116] Dass in Folge dessen dann dieser Besteller diesen von ihm gegenüber dem Bauträger aufgerechneten Betrag nach Meinung des OLG München im Innenverhältnis an die Wohnungseigentümergemeinschaft auskehren soll,[117] würde dann nach OLG München allenfalls das Innenverhältnis zur Wohnungseigentü-

116 OLG München 22.05.2007 – 9 U 3081/06, BauR 2008, 373, 374.
117 OLG München 22.05.2007 – 9 U 3081/06, BauR 2008, 373, 374.

mergemeinschaft, nicht jedoch das Außenverhältnis zum Bauträger betreffen.

Ob in solchen Fällen ein Besteller im Innenverhältnis zur Wohnungseigentümergemeinschaft zur Ausschüttung der Beträge verpflichtet ist, die er zum Gegenstand seiner Aufrechnung gegenüber dem Bauträger gemacht hat, ist jedoch entgegen dem OLG München[118] keinesfalls zweifelsfrei: **140**

- Mit dem BGH[119] stehen ja in den oben beschriebenen Fällen Gewährleistungsansprüche in jedem Fall **materiellrechtlich** weiter den Bestellern und gerade nicht der Wohnungseigentümergemeinschaft zu. Der Wohnungseigentümergemeinschaft soll nur in denen vom BGH beschriebenen Fällen, wenn ein rechtswirksamer Einziehungsbeschluss gefasst wurde, das Recht der **Durchsetzung** solcher Ansprüche des Bestellers zustehen. **141**
- 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 Wohnungseigentümergemeinschaft? **142**
- 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 Wohnungseigentümergemeinschaft betreffend die Durchsetzung entzogen werden bzw. der Besteller Aufrechnungsbeträge wegen nicht vollständiger bzw. mangelhafter Leistung an die Wohnungseigentümergemeinschaft an die Wohnungseigentümergemeinschaft ausschütten soll. **143**
- 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 Wohnungseigentümergemeinschaft abführen müssen, sondern sich dann auch noch dem Folgerechtsstreit aussetzen müssen, wenn es darum geht, einen zu hohen Vorschuss an den Bauträger zurückzahlen zu **144**

118 OLG München 22.05.2007 – 9 U 3081/06, BauR 2008, 373, 374.
119 BGH 12.04.2007 – VII ZR 236/05, BauR 2007, 1221.

müssen, obwohl er den Vorschuss zuvor an die Wohnungseigentümergemeinschaft abgeführt haben soll?[120]

145 *Thode*[121] hat im Übrigen auf Folgendes hingewiesen:

146 Mache ein Besteller einen Vorschussanspruch geltend, **ohne die Mängelbeseitigung selbst zu veranlassen,** so bestünde ein solcher Vorschussanspruch nur auf Zahlung an die Wohnungseigentümergemeinschaft und zwar unabhängig davon, ob die Wohnungseigentümergemeinschaft diesen Anspruch zur Durchsetzung an sich gezogen habe.[122] Also würde es für eine Aufrechnung seitens des Bestellers mit einem Kostenvorschussanspruch gegen den Restvergütungsanspruch des Bauträgers an der Voraussetzung der Gegenseitigkeit fehlen.

147 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.

148 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 Wohnungseigentümergemeinschaft solche Ansprüche nicht an sich gezogen hat, der Besteller mit den Kostenvorschüssen verfährt:

149 – Beseitigt er diese Mängel selbst, ist die Gegenseitigkeit gegeben.

150 – Beseitigt er die Mängel nicht selbst, ist die Gegenseitigkeit nicht gegeben.[123]

3 Bürgschaft gem. § 7 MaBV

151 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

120 *Buchner* BauR 2008, 375.
121 *Thode* IBR 2007, 488.
122 BGH 12.04.2007 – VII ZR 236/05, BauR 2007, 1221, 1223. Zu Bedenken gegen diese Rechtsprechung *Grams* BTR 2007, 147, 149.
123 *Thode* IBR 2007, 488.

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, die alle Voraussetzungen des § 7 MaBV erfüllen muss, aushändigen und dadurch das öffentlichrechtliche Entgegennahmeverbot des § 3 MaBV überwinden.

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,[124] 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. **152**

3.1 Neue Rechtsprechung des BGH

Neue Rechtsunsicherheit ist durch eine Entscheidung des BGH[125] eingetreten, wonach die teilrechtsfähige Wohnungseigentümergemeinschaft 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.[126] **153**

3.2 Grundlegende Einwände

Man muss unterscheiden zwischen **154**

- der Frage, warum die Bürgschaft gem. § 7 MaBV gegeben wurde **155**
- von der Frage, aus welchem Anlass die Bürgschaft gem. § 7 MaBV in Anspruch genommen wird. **156**

124 BGH 29.01.2008 – XI ZR 160/07, NJW 2008, 1729, 1730.
125 BGH 12.03.2007 – VII ZR 50/06, BGHZ 172, 63.
126 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

157 Möchte der Bauträger

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

159 – möchte der Bauträger in Abweichung von § 3 Abs. 2 MaBV eine Vorauszahlung erreichen,

dann kann er dies dadurch erreichen – ohne gegen das Unwirksamkeitsverdikt des § 12 MaBV zu verstoßen –, dass er eine Bürgschaft ausreicht, die in allen Punkten den Anforderungen des § 7 MaBV entspricht.

160 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.

161 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). 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.

162 Die Entscheidung des BGH[127] verkennt damit folgendes:

163 – Wenn die Wohnungseigentümergemeinschaft 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

127 BGH 12.03.2007 – VII ZR 50/06, BGHZ 172, 63.

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:

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. **164**

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).[128] **165**

- 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 (Wohnungseigentümergemeinschaft) an Stelle des Bestellers dessen Sicherheiten auf Zahlung an sich selbst soll durchsetzen können. **166**
- 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. **167**

3.2.2 Anlass der Bürgschaftsinanspruchnahme gem. § 7 MaBV

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[129] ausdrücklich judiziert hat, dass diese materiellrechtlich dem Besteller verblieben, und allenfalls deren Durchsetzung differenziert zu betrachten sei, ist nicht nachvollziehbar, warum dann die Wohnungseigentümergemeinschaft in dem Maße wie sie Ansprüche des Bestellers gegen den Bauträger geltend machen kann – und dort dem **168**

128 Messerschmidt/Voit/*Wagner*, Privates Baurecht, 2008, E. Rdn. 91 ff. m.w.N.
129 BGH 12.04.2007 – VII ZR 236/05, BauR 2007, 1221.

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.[130]

169 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 Wohnungseigentümergemeinschaft gibt?[131]

170 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 judiziert, bei einer vertraglichen Gestaltung gegen die VerbrRL verstoßen würde, dann kann eine Rechtsprechung des BGH nicht dazu im Widerspruch stehende Maßstäbe setzen.[132]

3.3 Weitere Rechtsprechung zu § 7 MaBV

171 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:

172 – Bei einer selbstschuldnerischen Bürgschaft (§§ 7 Abs. 1 Satz 2, 2 Abs. 2 Satz 2 MaBV) beginnt die Verjährungsfrist betreffend den Bürgschaftsanspruch gem. §§ 195, 199 BGB mit der Fälligkeit der Hauptforderung zu laufen.[133]

---

130 Messerschmidt/Voit/*Wagner*, Privates Baurecht, 2008, E. Rdn. 92.

131 Im einzelnen dazu Messerschmidt/Voit/*Wagner*, Privates Baurecht, 2008, E. Rdn. 99f. m.w.N.

132 Messerschmidt/Voit/*Wagner*, Privates Baurecht, 2008, E. Rdn. 100ff.

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

– Dies gilt auch bei einer Vorauszahlungsbürgschaft auf erstes Anfordern.[134] **173**

Wird der Bürge einer gem. § 7 MaBV ausgelegten Bürgschaft gerichtlich in Anspruch genommen, dann kann dies auf zweierlei Weise geschehen: **174**

– Entweder in einem normalen Bürgschaftsprozess **175**

– oder in einem Urkundenprozess.[135] **176**

Im letzteren Fall ist der Urkundsprozess auch dann statthaft, wenn der Kläger keinen Urkundsbeweis 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.[136] Augenschein, Zeugen und Sachverständige sind im Urkundsprozess keine geeigneten Beweismittel.[137] Sind Mängel streitig, dann ist auch ein in einem selbständigen Beweisverfahren eingeholtes Sachverständigen-Gutachten kein für einen Urkundsprozess geeignetes Beweismittel, da ein solches Gutachten nur den im Urkundsprozess nicht zulässigen Sachverständigenbeweis ersetzen würde.[138] **177**

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.[139] **178**

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. **179**

134 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.
135 BGH 18.09.2007 – XI ZR 211/06, ZIP 2008, 40.
136 BGH 18.09.2007 – XI ZR 211/06, ZIP 2008, 40, 41.
137 BGH 18.09.2007 – XI ZR 211/06, ZIP 2008, 40, 41.
138 BGH 18.09.2007 – XI ZR 211/06, ZIP 2008, 40, 42.
139 BGH 10.04.2008 – VII ZR 102/07, BauR 2008, 1142.

180 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.[140] Wird folglich eine der MaBV nicht entsprechende Bürgschaft mit bürgschaftsvertraglich vereinbarter Abschmelzunsklausel vereinbart, so ist die bürgschaftsvertragliche Vereinbarung wirksam, da die Bank als Bürgin nicht Normadressat der MaBV ist.[141] 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.[142]

140 BGH 06.05.2003 – XI ZR 33/02, BauR 2003, 1383, 1384f.; OLG München 06.03.2007 – 9 U 4639/06, BauR 2008, 375, 376.
141 BGH 06.05.2003 – XI ZR 33/02, BauR 2003, 1383, 1384f.
142 BGH 05.12.2008 – V ZR 144/07, WM 2009, 211 Rdn. 20.