

**Dokumentnummer:** 7zr167\_11  
**letzte Aktualisierung:** 14.1.2014

BGH, 7.11.2013 - VII ZR 167/11

**MaBV §§ 3 Abs. 1, 12; BGB §§ 134, 307**

**Pfandfreistellungsverpflichtungserklärung: Vorbehalt hinsichtlich eines Verschuldens des Auftraggebers unzulässig; Fehlerfolgen**

a) Es ist mit § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Satz 3 MaBV unvereinbar, die Verpflichtung der kreditgebenden Bank zur Pfandfreistellung an die Bedingung zu knüpfen, den Auftraggeber dürfe hinsichtlich der Nichtvollendung des Bauvorhabens kein Verschulden treffen.

b) Enthält die Pfandfreistellungsverpflichtungserklärung eine solche Bedingung, muss dies nicht zwingend zu ihrer Unwirksamkeit führen.

c) Nimmt ein Bauträgervertrag entgegen § 3 Abs. 1 Satz 5 Halbsatz 1 MaBV nicht auf die zu diesem Zeitpunkt bereits vorliegenden, zur Sicherung der Freistellung erforderlichen Erklärungen Bezug, beeinträchtigt dies nicht die Wirksamkeit des Bauträgervertrages.



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

VII ZR 167/11

Verkündet am:  
7. November 2013  
Seelinger-Schardt,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

MaBV § 3 Abs. 1, § 12; BGB § 134, § 307

- a) Es ist mit § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Satz 3 MaBV unvereinbar, die Verpflichtung der kreditgebenden Bank zur Pfandfreistellung an die Bedingung zu knüpfen, den Auftraggeber dürfe hinsichtlich der Nichtvollendung des Bauvorhabens kein Verschulden treffen.
- b) Enthält die Pfandfreistellungsverpflichtungserklärung eine solche Bedingung, muss dies nicht zwingend zu ihrer Unwirksamkeit führen.
- c) Nimmt ein Bauträgervertrag entgegen § 3 Abs. 1 Satz 5 Halbsatz 1 MaBV nicht auf die zu diesem Zeitpunkt bereits vorliegenden, zur Sicherung der Freistellung erforderlichen Erklärungen Bezug, beeinträchtigt dies nicht die Wirksamkeit des Bauträgervertrages.

BGH, Urteil vom 7. November 2013 - VII ZR 167/11 - OLG München  
LG München I

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. November 2013 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka und die Richter Dr. Eick, Halfmeier, Dr. Kartzke und Prof. Dr. Jurgleit

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 30. Juni 2011 aufgehoben, soweit die Beklagte zur Zahlung von mehr als 3.167,64 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 25. April 2008 sowie zur Zahlung von mehr als 272,87 € außergerichtlichen Rechtsanwaltsgebühren nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 17. Mai 2008 verurteilt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts München I vom 12. Januar 2010 zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen die Klägerin zu 95 % und die Beklagte zu 5 %. Die Kosten des Rechtsstreits zweiter Instanz tragen die Klägerin zu 98 % und die Beklagte zu 2 %. Die Kosten des Revisionsverfahrens trägt die Klägerin.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin macht Nutzungsersatz für vor Fälligkeit bezahlte "Kaufpreisen" im Rahmen der Durchführung eines Bauträgervertrages geltend.

2 Die Klägerin erwarb mit notariell beurkundetem "Bauträgerkaufvertrag" vom 8. Mai 2006 von der Rechtsvorgängerin der Beklagten eine Wohnung im Haus Nr. II des Bauvorhabens M.-Weg in M. nebst Tiefgaragenstellplatz Nr. 138 im Kombiparker Nr. 122 zu einem Gesamtpreis von 455.988,88 €, von dem 13.900 € auf den Tiefgaragenplatz entfielen. In dem "Bauträgerkaufvertrag" ist in § 6 unter der Überschrift "Kaufpreiszahlung" Folgendes geregelt:

"1. Der Kaufpreis ist in den festgelegten Raten laut folgender Ziffer 3. zu bezahlen, jedoch erst, wenn die Bürgschaft nach Ziffer 2. ausgehändigt ist oder wenn der Notar dem Erwerber nach Vollzug der Teilungserklärung schriftlich bestätigt hat, dass

a) der Vertrag rechtswirksam ist im Sinne des § 3 MaBV und die für seinen Vollzug erforderlichen Genehmigungen vorliegen,

b) die Auflassungsvormerkung des Erwerbers im Grundbuch an erster Rangstelle bzw. im Rang lediglich nach Belastungen eingetragen ist, die nach diesem Vertrag bestehen bleiben dürfen oder die mit Zustimmung des Erwerbers erfolgt sind oder für die die Erklärung der Gläubigerin gemäß nachstehendem Buchstaben c) vorliegt,

c) die Freistellung des Vertragsobjekts von allen Grundpfandrechten, die der Auflassungsvormerkung im Range vorgehen oder gleichstehen und vom Erwerber nicht übernommen werden, oder gegebenenfalls die Rückzahlung bereits bezahlter Kaufpreisteile im Sinne des § 3 Abs. 1 MaBV gesichert ist; eine Abschrift dieser Erklärung der Grundpfandrechtsgläubiger nach § 3 Abs. 1 MaBV ist dem Erwerber auszuhändigen; dies geschieht durch Übersendung einer Abschrift, wozu der Notar hiermit angewiesen wird.

..."

3

Die Wohnungs- und Teileigentumseinheiten waren zum Zeitpunkt des Abschlusses des Bauträgerkaufvertrages in Abteilung III des Grundbuchs mit zwei Buchgrundschulden für die L.-Bank über insgesamt 27.039.000 € belastet. Die L.-Bank gab am 9. Mai 2005 eine "Pfandfreistellungsverpflichtungserklärung" ab. Gegenstand der Erklärung ist die Verpflichtung der L.-Bank, die einzelnen, noch zu bildenden Wohnungseigentumseinheiten/Teileigentumseinheiten aus der Pfandhaft der zu ihren Gunsten eingetragenen Buchgrundschulden zu entlassen. Für den Fall der Nichtvollendung der Baumaßnahme heißt es in der Erklärung:

"Für den Fall, dass die Baumaßnahme **aus Gründen, die der Käufer nicht zu vertreten hat** (*Heraushebung durch den Senat; nachfolgend: Vertreten-müssen-Klausel*), nicht ordnungsgemäß vollendet werden sollte, werden wir

- a) die einzelnen, noch zu bildenden Wohnungseigentumseinheiten/Teileigentumseinheiten gegen vorbehaltlose Zahlung des dem erreichten Bautenstand entsprechenden Teiles der geschuldeten Kaufvertragssumme pfandfrei stellen.
- b) Wir behalten uns aber ausdrücklich vor, anstelle der Pfandfreistellung gemäß Ziffer 3 a - unter angemessener Berücksichtigung der Interessen des Käufers - die vom Käufer geleisteten Kaufpreiszahlungen maximal bis zum anteiligen Wert des Vertragsobjekts ohne Zinsen **Zug-um-Zug gegen Löschung der Auflassungsvormerkung** (*Heraushebung durch den Senat; nachfolgend: Zug-um-Zug-Klausel*) des jeweiligen Käufers an diesen zurückzuzahlen.

Sofern freizugebende Beträge durch Grundpfandrechte am Vertragsobjekt abgesichert sind, ist außerdem Voraussetzung, dass gleichzeitig die Löschung dieser Belastung erfolgt."

- 4 Mit Schreiben vom 22. Mai 2006 teilte der beurkundende Notar der Klägerin mit, dass die Voraussetzungen für die Fälligkeit des Kaufpreises nunmehr vorlägen. Diesem Schreiben lag als Anlage die Pfandfreistellungsverpflichtungserklärung der L.-Bank bei. Daraufhin erbrachte die Klägerin die im Vertrag vorgesehenen ratenweisen Zahlungen.
- 5 Die Löschung der Grundpfandrechte zugunsten der L.-Bank erfolgte am 17. Oktober 2007, am 25. Januar 2008 wurde die Klägerin als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen.
- 6 Im März 2008 stellten die Parteien fest, dass der Stellplatz Nr. 138 Komparker Nr. 122 mit einer Dienstbarkeit zugunsten von Haus Nr. I, Flur Nr. 18262-9, sowie der Stadt M. belastet war und dies nicht den Vereinbarungen der Parteien entsprach. Die Dienstbarkeiten wurden später verändert, so dass der Stellplatz der Klägerin damit nicht mehr belastet ist, was am 19. Dezember 2008 (Nutzungsrecht der Stadt M.) und am 27. November 2009 (Nutzungsrecht für Miteigentümer) im Grundbuch eingetragen wurde.
- 7 Die Klägerin macht geltend, die Beklagte habe die von ihr gezahlten Raten unter Verstoß gegen § 3 MaBV zu früh erhalten. Es lägen verschiedene Verstöße gegen die Makler- und Bauträgerverordnung vor. Wegen des Rechtsmangels im Zusammenhang mit dem Stellplatz sei keine rangrichtige Vormerkung eingetragen. Die Lastenfreistellung sei nicht korrekt. Die Baugenehmigung und Bauausführung entsprächen nicht dem Bausoll (Gründach statt Blechdach). Die Übergabe sei zu Unrecht von einer Bankbürgschaft für die letzte Rate abhängig gemacht worden. Es bestehe daher ein Anspruch auf Nutzungsersatz in Form ersparter Zinsen in Höhe der im Vertrag selbst vorgesehenen Verzugszinsen von 12 %.

8            In erster Instanz hat die Klägerin beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 67.413,64 € nebst Zinsen sowie Rechtsverfolgungskosten von 2.308,60 € zu verurteilen. Das Landgericht hat der Klage im Umfang von 2.178,25 € zuzüglich Zinsen und Rechtsverfolgungskosten im Umfang von 330,34 € stattgegeben und im Übrigen die Klage abgewiesen. Das Landgericht hat seine Entscheidung darauf gestützt, dass die Rechtsvorgängerin der Beklagten die letzte Rate von 15.501,50 € vor vollständiger Fertigstellung entgegengenommen habe. Zusätzlich könne die Klägerin wegen eines Verstoßes gegen § 3 Abs. 1 Nr. 2 MaBV Nutzungersatz für den auf den Stellplatz entfallenden Anteil der ersten fünf Raten verlangen.

9            Gegen dieses Urteil hat die Klägerin Berufung eingelegt. Das Berufungsgericht hat die Beklagte verurteilt, an die Klägerin insgesamt 53.285,28 € zu zahlen.

10           Gegen dieses Urteil wendet sich die Beklagte mit der vom Senat zugelassenen Revision, soweit sie zur Zahlung von mehr als 3.167,64 € nebst Zinsen sowie zur Zahlung von mehr als 272,87 € außergerichtlichen Rechtsanwaltsgebühren nebst Zinsen verurteilt worden ist.

#### Entscheidungsgründe:

11           Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückweisung der Berufung der Klägerin, soweit das Berufungsurteil im Revisionsverfahren angegriffen wird.

I.

12

Zur Begründung hat das Berufungsgericht ausgeführt: Für die vorzeitige Zahlung der letzten Rate und die vorzeitige anteilige Zahlung der ersten fünf Raten für den Tiefgaragenstellplatz sei bei zutreffender Berechnung ein Nutzungsersatz von 3.167,64 € zu zahlen. Die Klage sei darüber hinaus in erheblichem Umfang begründet. Die Pfandfreistellungsverpflichtungserklärung der L.-Bank stehe nicht im Einklang mit § 3 Abs. 1 MaBV. Dies beruhe zum einen auf der in der Pfandfreistellungsverpflichtungserklärung vorgesehenen Zug-um-Zug-Verpflichtung der Klägerin zur Löschung der Auflassungsvormerkung. Zum anderen sei es mit § 3 Abs. 1 MaBV nicht zu vereinbaren, dass die Freistellungsverpflichtung nur übernommen werde, wenn die Käuferin die Nichtvollendung des Baus nicht zu vertreten habe. Aufgrund dieser Verstöße gegen die MaBV habe die Beklagte zunächst keine Zahlungen entgegennehmen dürfen. Es liege ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 817 Satz 1 BGB vor. In diesem Rahmen finde § 813 Abs. 2 BGB keine Anwendung. Die Ungültigkeit der Freistellungserklärung wirke sich auf alle Raten in voller Höhe aus. Die subjektiven Voraussetzungen des § 817 Satz 1 BGB lägen vor. Die Beklagte habe leichtfertig gehandelt. Die Pfandfreistellungsverpflichtungserklärung der L.-Bank sei offensichtlich nicht für den einzelnen Verkaufsfall der Klägerin ausgestellt worden, sondern so formuliert, dass sie für alle Wohnungseigentumseinheiten Verwendung finden konnte. Die Beklagte hätte die Erklärung der L.-Bank deshalb unter den Voraussetzungen des § 3 MaBV prüfen müssen. Die beanstandeten Regelungen würden von zwei einschlägigen Werken zum Bauträgerrecht als problematisch eingeordnet.

II.

13           Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Eine Unwirksamkeit der in der Pfandfreistellungsverpflichtungserklärung der L.-Bank vom 9. Mai 2005 verwendeten Zug-um-Zug-Klausel und/oder der Vertreten-müssen-Klausel würde nicht dazu führen, dass die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 MaBV, unter denen der Bauträger Vermögenswerte des Auftraggebers entgegennehmen kann, nicht erfüllt sind. Der Klägerin steht deshalb ein Nutzungsersatzanspruch in Form gezogener Zinsen - soweit noch Gegenstand des Revisionsverfahrens - nicht zu.

14           1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 22. März 2007 - VII ZR 268/05, BGHZ 171, 364; Urteil vom 22. Dezember 2000 - VII ZR 310/99, BGHZ 146, 250), von der das Berufungsgericht ausgeht, ist eine Vereinbarung zwischen einem Bauträger und einem Auftraggeber über die Fälligkeit der von dem Auftraggeber zu leistenden Abschlagszahlungen, die gegen § 3 Abs. 1, § 3 Abs. 2, § 12 MaBV verstößt, gemäß § 134 BGB nichtig. Die Nichtigkeit erfasst ausschließlich die von § 3 Abs. 1, § 3 Abs. 2 MaBV abweichende Vereinbarung und berührt die Wirksamkeit des Vertrages im Übrigen nicht. An die Stelle der nichtigen Vereinbarung tritt § 641 Abs. 1 BGB, so dass mit der Abnahme die Zahlungsverpflichtung des Auftraggebers fällig wird. Erfüllt der Auftraggeber in einem solchen Fall vor der Abnahme seine Zahlungspflichten, verstößt die Entgegennahme der Zahlungen durch den Bauträger gegen ein gesetzliches Verbot. Dem Auftraggeber steht deshalb ein Bereicherungsanspruch aus § 817 Satz 1 BGB zu, der nach § 818 Abs. 1, § 100 BGB das Recht umfasst, von dem Bauträger die Herausgabe der gezogenen Nutzungen in Form von Zinszahlungsersparnissen (BGH, Urteil vom 6. März 1998 - V ZR 244/96, BGHZ 138, 160, 164 f.) zu verlangen. Dieser Anspruch ist nach § 813 Abs. 2 BGB grundsätzlich nicht ausgeschlossen.

- 15            2. a) Das Berufungsgericht meint des Weiteren zutreffend, dass die Vertreten-müssen-Klausel in der Pfandfreistellungsverpflichtungserklärung der L.-Bank § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Satz 3 MaBV widerspricht.
- 16            Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 MaBV darf der Bauträger Vermögenswerte des Auftraggebers erst entgegennehmen, wenn die Freistellung des Vertragsobjekts von allen Grundpfandrechten, die der zugunsten des Auftraggebers eingetragenen Vormerkung im Rang vorgehen oder gleichstehen, gesichert ist, und zwar auch für den Fall der Nichtvollendung des Bauvorhabens. Diese Regelung wird durch § 3 Abs. 1 Satz 3 MaBV ergänzt. Danach kann sich der Kreditgeber für den Fall der Nichtvollendung des Bauvorhabens vorbehalten, an Stelle der Freistellung alle vertragsgemäß geleisteten Zahlungen bis zum anteiligen Wert des Vertragsobjekts zurückzuzahlen.
- 17            Mit diesen Regelungen ist es unvereinbar, die Verpflichtung zur Pfandfreistellung an die Bedingung zu knüpfen, den Auftraggeber dürfe hinsichtlich der Nichtvollendung des Bauvorhabens kein Verschulden treffen. Durch diese in der Makler- und Bauträgerverordnung nicht vorgesehene Bedingung wird systemwidrig ohne sachliche Rechtfertigung eine Einwendung aus dem Verhältnis zwischen Bauträger und Auftraggeber in das Verhältnis von Kreditgeber zum Auftraggeber eingeführt (heute allgemeine Meinung: Bast, Der Bauträgervertrag, 7. Aufl., Rn. 419; Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, 5. Aufl., III. Rn. 278; Bischof in Grziwotz, MaBV, 2. Aufl., § 3 Rn. 84; Grziwotz, BauRB 2004, 246, 248; Bundesnotarkammer, DNotZ 2002, 402, 405). Soweit die Revision meint, der Senat habe diese Klausel in seinem Urteil vom 30. September 2004 (VII ZR 458/02, BGHZ 160, 277) gebilligt, ist das unzutreffend. Zwar lag der Entscheidung eine entsprechende Klausel zugrunde. Die Frage, ob eine solche Klausel von der Makler- und Bauträgerverordnung abweicht, war jedoch nicht entscheidungserheblich, weshalb sich der Senat mit diesem Problem nicht auseinandergesetzt hat.

18           b) Ob, wie das Berufungsgericht weiterführend meint, auch die Zug-um-Zug-Klausel im Widerspruch zu § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Satz 3 MaBV steht, ist umstritten (bejahend: Basty, aaO, Rn. 385 ff.; Schmitz in Grziwotz/Koeble, Handbuch Bauträgerrecht, 2004, 5. Teil, Rn. 118; Holland in Lambert-Lang/Tropf/Frenz, Handbuch der Grundstückspraxis, 2. Aufl., Teil 2 Abschnitt 1, Rn. 806; Pause, aaO, Rn. 267; Kutter, Beck'sches Notar-Handbuch, 5. Aufl., A II Bauträgervertrag, Rn. 68; Häublein, ZWE 2001, 303, 308 f.; Grziwotz, BauRB 2004, 246, 248; verneinend: Reithmann, NJW 1997, 1816, 1818; Blank, ZfIR 2005, 678, 680; Eue in Münchener Vertragshandbuch Bd. 5, Bürgerliches Recht I, 6. Aufl., S. 346 f.). Für den Senat bestand bisher keine Veranlassung, zu dem Problem Stellung zu nehmen (vgl. Beschluss vom 16. April 2009 - VII ZR 240/06). Es bedarf auch in diesem Verfahren keiner Entscheidung zu dieser Frage, da ein möglicher Verstoß der Klausel gegen § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Satz 3 MaBV nicht zu den vom Berufungsgericht angenommenen Rechtsfolgen führt.

19           3. Von Rechtsfehlern beeinflusst ist die Auffassung des Berufungsgerichts, ein Verstoß der Vertreten-müssen-Klausel und/oder der Zug-um-Zug-Klausel gegen § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Satz 3 MaBV führe über § 12 MaBV, § 134 BGB wegen der Nichtigkeit der Klauseln zur Gesamtnichtigkeit der Pfandfreistellungsverpflichtungserklärung der L.-Bank (a). Entsprechendes gilt für eine Überprüfung der Klauseln im Rahmen der Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB (b).

20           a) aa) Nach § 12 MaBV darf der Bauträger seine sich aus § 3 MaBV ergebenden Verpflichtungen durch eine vertragliche Vereinbarung mit dem Auftraggeber weder ausschließen noch beschränken. Diese Vorschrift findet keine unmittelbare Anwendung auf die Pfandfreistellungsverpflichtungserklärung der kreditgebenden Bank, da diese nicht das Vertragsverhältnis von Bauträger und Auftraggeber betrifft, sondern Ansprüche des Auftraggebers gegen die kreditgebende Bank begründet (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juni 1983 - V ZR 252/80,

DNotZ 1984, 322, 323). Eine Vereinbarung zwischen Bauträger und Auftraggeber, wie in § 12 MaBV vorausgesetzt (vgl. BGH, Urteil vom 22. Dezember 2000 - VII ZR 310/99, BGHZ 146, 250, 258; Urteil vom 22. Oktober 1998 - VII ZR 99/97, BGHZ 139, 387, 392), liegt deshalb nicht vor.

21           bb) Ob § 12 MaBV wegen der in § 3 Abs. 1 Satz 5 MaBV vorgesehenen Verknüpfung der Pfandfreistellungsverpflichtungserklärung mit dem Bauträgervertrag analog anzuwenden ist, kann dahingestellt bleiben. Die Anwendung von § 12 MaBV analog, § 134 BGB würde jedenfalls nicht zur Gesamtnichtigkeit der Pfandfreistellungsverpflichtungserklärung führen.

22           Rechtsfolge des § 134 BGB ist in Verbindung mit § 139 BGB grundsätzlich die Gesamtnichtigkeit des Rechtsgeschäfts. Das gilt aber nicht, wenn sich aus dem Zweck des Verbotsgesetzes anderes ergibt (BGH, Urteil vom 21. Oktober 2010 - IX ZR 48/10, NJW 2011, 373, 374; Urteil vom 16. Dezember 1999 - IX ZR 117/99, NJW 2000, 1333, 1335; MünchKommBGB/Armbrüster, 6. Aufl., § 134 Rn. 103; Staudinger/Sack/Seibl, BGB, Neubearbeitung 2011, § 134 Rn. 88; Palandt/Ellenberger, BGB, 72. Aufl., § 134 Rn. 13, § 139 Rn. 18). Zweck des § 3 MaBV ist es, den Erwerber vor Vermögensschäden zu bewahren, indem der Bauträger nicht unbeschränkt und ohne Sicherung Vermögenswerte entgegennehmen darf. Damit wird der Erwerber in zweifacher Weise geschützt. Zum einen wird die Herstellung des Bauwerks gewährleistet. Zum anderen erfolgt die Eigentumsverschaffung lastenfrei (Basty, aaO, Rn. 86; Bischof in Grziwotz, aaO, § 3 Rn. 1, 15; Marcks, Makler- und Bauträgerverordnung, 8. Aufl., § 3 Rn. 1). Letzterer Zweck liegt § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Satz 3 MaBV zugrunde. Damit wäre es unvereinbar, die Freistellungsverpflichtungserklärung insgesamt als nichtig anzusehen und damit dem Auftraggeber den Anspruch auf Freistellung zu nehmen. Zugunsten des Auftraggebers muss die Freistellungsverpflichtung grundsätzlich bestehen bleiben; nichtig sind nur die Teile der Verpflichtung, die gegen § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Satz 3 MaBV verstoßen. Damit

ist das Interesse des Erwerbers an einer lastenfreien Eigentumsverschaffung vollständig gewahrt.

23           Das steht nicht im Widerspruch zum Urteil des Senats vom 22. März 2007 (VII ZR 268/05, BGHZ 171, 364 Rn. 20 ff.), in dem über die Rechtsfolgen entschieden wurde, die sich aus einem § 3 Abs. 2 MaBV widersprechenden Zahlungsplan ergeben. In diesem Fall ist ein Rückgriff auf die gesetzliche Regelung des § 3 Abs. 2 MaBV (nur deshalb) nicht möglich, weil diese Norm lediglich einen Rahmen vorgibt. Dieser Gedanke kann für § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Satz 3 MaBV nicht herangezogen werden.

24           b) Die das Vertragsverhältnis von Auftraggeber und kreditgebender Bank betreffenden Klauseln unterliegen in diesem Verhältnis der Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB. Soweit die Vertreten-müssen-Klausel und die Zug-um-Zug-Klausel gegen § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Satz 3 MaBV verstoßen, können sie nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, Art. 2 EGBGB unwirksam sein. Die Wirksamkeit der Pfandfreistellungsverpflichtungserklärung im Übrigen bliebe davon jedoch unberührt.

25           Zwar darf eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die gegen § 307 BGB verstößt, nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht im Wege der geltungserhaltenden Reduktion auf den gerade noch zulässigen Inhalt zurückgeführt und damit aufrechterhalten werden. Lässt sich eine Formularklausel jedoch nach ihrem Wortlaut aus sich heraus verständlich und sinnvoll in einen inhaltlich zulässigen und in einen unzulässigen Regelungsteil trennen, so ist die Aufrechterhaltung des zulässigen Teils rechtlich unbedenklich (BGH, Urteil vom 12. Februar 2009 - VII ZR 39/08, BGHZ 179, 374 Rn. 15).

26           Diese Voraussetzungen liegen vor. Die Vertreten-müssen-Klausel und die Zug-um-Zug-Klausel können gestrichen werden, und es verbleiben inhaltlich

zulässige, in sich geschlossene, verständliche Regelungen über die Verpflichtungen der kreditgebenden Bank.

27           4. Da die Pfandfreistellungsverpflichtungserklärung der L.-Bank trotz teilweise bedenklicher Klauseln wirksam ist, lagen die Voraussetzungen von § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Satz 3 MaBV vor, als die Beklagte die Zahlungen der Klägerin entgegennahm. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann deshalb der Klageanspruch nicht gerechtfertigt werden. Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar.

28           a) Die Beklagte hat die Zahlungen der Klägerin nicht unter Missachtung von § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 MaBV in Verbindung mit § 3 Abs. 1 Satz 5 Halbsatz 1 MaBV entgegengenommen.

29           aa) Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 MaBV ist der Bauträger nur berechtigt, Vermögenswerte des Auftraggebers entgegenzunehmen, wenn der Bauträgervertrag rechtswirksam ist. Zum Inhalt des Bauträgervertrages bestimmt § 3 Abs. 1 Satz 5 Halbsatz 1 MaBV, dass auf die zur Sicherung der Freistellung erforderlichen Erklärungen einschließlich etwaiger Erklärungen nach § 3 Abs. 1 Satz 3 MaBV in dem Bauträgervertrag Bezug genommen werden muss, wenn sie zu diesem Zeitpunkt bereits vorliegen. Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt. Die Freistellungsverpflichtungserklärung der L.-Bank vom 9. Mai 2005 lag bei Abschluss des "Bauträgerkaufvertrages" am 8. Mai 2006 bereits vor, ohne dass in dem "Bauträgerkaufvertrag" auf die Erklärung Bezug genommen wird.

30           bb) Dieser Verstoß beeinträchtigt die Wirksamkeit des Bauträgervertrages nicht.

31           § 3 Abs. 1 Satz 5 Halbsatz 1 MaBV ist im Zusammenhang mit Halbsatz 2 auszulegen. Die in Halbsatz 1 geforderte Bezugnahme vermeidet die in den Bauträgervertrag aufzunehmenden Hinweise nach Halbsatz 2. In diesem Sinne ist das "Muss" nicht als Wirksamkeitsvoraussetzung des Vertragsschlusses zu

verstehen (Wolfsteiner in Kersten/Bühler, Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 23. Aufl., § 33 Rn. 60; Schmucker in Grziwotz/Koeble, aaO, Rn. 510; Grziwotz/Bischof, aaO, § 3 Rn. 93). Eine andere Auslegung, die die Durchführung des Erwerbsvertrages dauerhaft behinderte, wäre zudem mit dem von der MaBV beabsichtigten Erwerberschutz nicht zu vereinbaren (Schmucker in Grziwotz/Koeble, aaO). Aus diesem Grund ist es ebenfalls nicht gerechtfertigt, wie vereinzelt in der Literatur vertreten wird (Schmucker in Grziwotz/Koeble, aaO, Rn. 511; Basty, aaO, Rn. 427), zwar die Wirksamkeit des Erwerbsvertrages zu bejahen, dem Bauträger aber das Recht zu versagen, Zahlungen des Auftraggebers entgegenzunehmen.

32            b) Die Beklagte hat die Zahlungen der Klägerin nicht unter Missachtung von § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 MaBV in Verbindung mit § 3 Abs. 1 Satz 5 Halbsatz 2 MaBV entgegengenommen.

33            Sind die Voraussetzungen von § 3 Abs. 1 Satz 5 Halbsatz 1 MaBV nicht erfüllt, verlangt § 3 Abs. 1 Satz 5 Halbsatz 2 MaBV, dass der Bauträgervertrag einen ausdrücklichen Hinweis auf die Verpflichtung des Bauträgers zur Aushändigung der Freistellungsverpflichtungserklärungen und deren notwendigen Inhalt enthält.

34            § 6 Abs. 1 c) des "Bauträgerkaufvertrages" enthält einen Hinweis auf die Aushändigung der Freistellungsverpflichtungserklärung und beschreibt deren Inhalt auf der Grundlage von § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 und Satz 3 MaBV. Auf das in § 3 Abs. 1 Satz 3 MaBV vorgesehene Wahlrecht ist hinreichend Bezug genommen.

35            c) Die Beklagte hat die Zahlungen nicht unter Missachtung von § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MaBV entgegengenommen. Nach dieser Vorschrift darf der Bauträger Leistungen des Auftraggebers erst entgegennehmen, wenn zu dessen Gunsten eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eigentumsübertragung im Grundbuch an der vereinbarten Rangstelle eingetragen ist.

Diese Voraussetzung war hinsichtlich des Tiefgaragenstellplatzes nicht erfüllt, weshalb die Beklagte zunächst nicht berechtigt war, die Teilbeträge entgegenzunehmen, die die Klägerin bezogen auf den Preis für den Tiefgaragenstellplatz zu zahlen hatte.

36            Das Fehlen der Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MaBV hinsichtlich des Tiefgaragenstellplatzes hatte aber keine Auswirkungen auf die weitergehenden Zahlungspflichten der Klägerin. Der Erwerb des Tiefgaragenstellplatzes und der Erwerb des Teil- und Gemeinschaftseigentums stellen rechtlich selbständige Vorgänge dar, für die der "Bauträgerkaufvertrag" jeweils gesonderte "Kaufpreise" vorsah. Die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 MaBV sind deshalb für den Tiefgaragenstellplatz einerseits und das Teil- und Gemeinschaftseigentum andererseits getrennt festzustellen (vgl. Basty, aaO, Rn. 311, 593; Reithmann/Meichssner/von Heymann, Kauf vom Bauträger, 7. Aufl., B 116).

37            d) Die Beklagte hat die Zahlungen nicht unter Missachtung von § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 MaBV entgegengenommen. Nach dieser Vorschrift ist der Bauträger nur berechtigt, Vermögenswerte des Auftraggebers entgegenzunehmen, wenn die erforderliche Baugenehmigung erteilt ist. Das war der Fall. Der von der Klägerin vorgetragene Umstand, die Beklagte habe statt des vertraglich geschuldeten Blechdachs ein begrüntes Dach errichtet, ändert daran nichts. Selbst wenn das begrünte Dach nicht der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit entspräche, läge darin - wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat - keine nennenswerte Abweichung von der Baugenehmigung, die die Anwendung von § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 MaBV rechtfertigen würde.

38            Die nach dem Vortrag der Klägerin nicht vertragsgerechte Ausführung des Dachs stellte zudem für die Beklagte kein öffentlich-rechtliches Hindernis nach § 3 Abs. 2 MaBV in Verbindung mit § 6 Nr. 3 c) "Bauträgerkaufvertrag" dar, Zahlungen der Klägerin entgegenzunehmen. Mängel der Bauleistung führen ausschließlich zu zivilrechtlichen Vertragserfüllungsansprüchen und Zu-

rückbehaltungsrechten (Marcks, aaO, § 3 Rn. 43; Basty, aaO, Rn. 553; Hertel in Münchener Vertragshandbuch Bd. 5, Bürgerliches Recht I, 7. Aufl., S. 456; Pause, aaO, Rn. 305; Reithmann/Meichssner/von Heymann, aaO, B 121; OLG Naumburg, NJW-RR 2010, 1323, juris Rn. 104).

39                5. Da das Urteil des Berufungsgerichts auf einer Rechtsverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf das festgestellte Sachverhältnis beruht und nach letzterem die Sache zur Endentscheidung reif ist, kann der Senat unter teilweiser Aufhebung des angefochtenen Urteils in der Sache selbst entscheiden (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 3 ZPO).

### III.

40                Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 Satz 1, § 92 Abs. 1 ZPO.

Kniffka

Eick

Halfmeier

Kartzke

Jurgeleit

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 12.01.2010 - 2 O 7116/08 -

OLG München, Entscheidung vom 30.06.2011 - 9 U 1977/10 -