

**letzte Aktualisierung:** 14.3.2016

OLG Düsseldorf, 30.6.2015 - 21 U 231/14

**MaBV §§ 7, 3 Abs. 1; BGB §§ 633, 765, 766  
Sicherungszweck einer Bürgschaft nach § 7 MaBV**

Soll durch die vom Bauträger zu stellende Bürgschaft nach § 7 MaBV nicht ein Vorauszahlungsfall im Sinne des § 3 Abs. 2 MaBV gesichert werden, sondern die Zahlungen des Erwerbers für den Fall abgesichert werden, dass die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2-4 MaBV nicht vorliegen, werden von dem Sicherungszweck der Bürgschaft nicht Mängelansprüche des Erwerbers gesichert (Anschluss an BGH, Urteil vom 9.12.2010 – VII ZR 206/09, NJW 2011, 1347ff)

## Oberlandesgericht Düsseldorf, I-21 U 231/14

**Datum:** 30.06.2015  
**Gericht:** Oberlandesgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** 21. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** I-21 U 231/14

---

**Vorinstanz:** Landgericht Wuppertal, 1 O 75/14

**Leitsätze:** Leitsatz:

Verpflichtung zur Freigabeerklärung; Bürgschaft nach § 7 MaBV;  
Sicherungs-zweck der Bürgschaft

Soll durch die vom Bauträger zu stellende Bürgschaft nach § 7 MaBV nicht ein Vor-auszahlungsfall im Sinne des § 3 Abs. 2 MaBV gesichert werden, sondern die Zah-lungen des Erwerbers für den Fall abgesichert werden, dass die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2-4 MaBV nicht vorliegen, werden von dem Sicherungszweck der Bürgschaft nicht Mängelansprüche des Erwerbers gesichert (Anschluss an BGH , Urteil vom 09.12.2010 – VII ZR 206/09, NJW 2011, 1347ff)

MaBV §§ 7; 3 Abs. 2 , Abs. 1 Satz 1 Nr. 1-4 ; BGB §§ 633, 765, 766;

OLG Düsseldorf, 21. Zivilsenat Urteil vom 30.06.2015, I-21 U 231/14;

---

**Tenor:** Die Berufung des Beklagten gegen das am 22.11.2014 verkündete Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts W... – 1 O 130/14 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beklagten auferlegt.

Das Urteil und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar. Dem Beklagten wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung i.H.v. 120 % des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, sofern nicht zuvor die Klägerin Sicherheit in selber Höhe des jeweils zu vollstreckenden Betrages geleistet hat.

Die Revision wird nicht zugelassen.

---

**Gründe:**

1

2

## A)

Die Klägerin ist eine Bauträgersgesellschaft, die in der L...straße in W... Mehrfamilienhäuser errichtete. Der Beklagte erwarb mit notariellem Kaufvertrag vom 12.2.2009, beurkundet durch den Notar M.. K., die Wohnung Nummer 1 sowie ein Tiefgaragenstellplatz zu einem Kaufpreis von 132.280 € (wegen der Einzelheiten des notariellen Kaufvertrages wird auf die zu den Akten gereicht der Ablichtung H 1 = GA 15 Bezug genommen).	3
Der sich mit der " <i>Kaufpreisfälligkeit</i> " befassende § 4 des Notarvertrages enthält unter anderem folgende Regelungen:	4
1) <i>Allgemeine Fälligkeitsvoraussetzung für alle Kaufpreistraten ist die schriftliche Mitteilung des Notars an den Käufer, dass die nachstehenden, der rechtlichen Absicherung des Käufers dienenden Voraussetzungen, vorliegen:</i>	5
a) <i>Rechtswirksamkeit des Vertrages und Vorliegen der für seinen Vollzug erforderlichen Genehmigungen;</i>	6
b) <i>die Teilungserklärung durch Anlegung der entsprechenden Grundbücher vollzogen ist;</i>	7
c) <i>Eintragung einer Vormerkung zu Gunsten des Käufers in das Grundbuch/die Grundbücher;</i>	8
d) <i>dem Notar eine Bescheinigung der zuständigen Gemeinde vorliegt, dass Erschließungskosten nach Maßgabe der jetzt geltenden Bestimmungen des Baugesetzbuches bzw. des Kommunalabgabengesetzes oder der Ortssatzung nicht ausstehen;</i>	9
e) <i>Sicherstellung der Freistellung des Kaufgegenstandes von allen nicht übernommenen, mit Rang vor der Vormerkung eingetragenen Beschränkungen im Sinne der Makler- und Bauträgerverordnung.</i>	10
(...)	11
<i>Weitere, jedoch nicht vom Notar mitzuteilende, Fälligkeitsvoraussetzung ist das Vorliegen einer Bestätigung der Baugenehmigungsbehörde, dass nach den baurechtlichen Vorschriften (§ 67 BauONW) mit dem Bauvorhaben begonnen werden darf (...)</i>	12
2) <i>Alternativ zur Regelung im vorstehenden Absatz (1) ist statt der allgemeinen Fälligkeitsvoraussetzung auch ausreichend die Bestätigung des Notars über das Vorliegen einer Bürgschaft gemäß § 7 Makler- und Bauträgerverordnung zur Absicherung aller etwaigen Ansprüche des Käufers auf Rückgewähr oder Auszahlung der von ihm geleisteten Vermögenswerte. Sie ist aufrechtzuerhalten, bis das Bauvorhaben vollständig fertig gestellt ist, längstens bis die vorstehend in Absatz (1) genannten Voraussetzungen vorliegen und ein den geleisteten Zahlungen entsprechender Bautenstand erreicht ist.</i>	13
<i>Der Notar wird beauftragt, die Bürgschaftserklärung für den Käufer zu verwahren und ihm auf einseitiges Verlangen herauszugeben. Die Bürgschaft ist an die Bank zurückzugeben, wenn die in Abs. 1) genannten Voraussetzungen vorliegen, ein entsprechender Bautenstand gegeben ist und das Einverständnis des aus der Bürgschaft berechtigten dem Notar vorliegt. Bei Vorliegen der Voraussetzungen ist der Käufer zur unverzüglichen Rückgabe verpflichtet und hat anderenfalls einen Zinsschaden des Verkäufers zu ersetzen.</i>	14

Die Bürgschaft kann unterteilt für einzelne Kaufpreisteile getrennt gestellt werden, insbesondere auch nur hinsichtlich der ersten Rate. 15

(...) 16

3) Sofern die Mitteilung des Notars gemäß Abs. (1) oder Abs. (2) vorliegt, ist im übrigen der Kaufpreis nach Baufortschritt in folgenden Raten fällig, frühestens jedoch am 1. Juni 2009: 17

1. Rate (30 %) =	nach Beginn der Erdarbeiten	18
2. Rate (28 %) =	nach Rohbaufertigstellung einschließlich Zimmererarbeiten	
3. Rate (12,6 %) =	für die Herstellung der Dachflächen und Dachrinnen und für den Fenstereinbau einschließlich Verglasung,	
4. Rate (12,6 %) =	für die Installation der Heizungsanlagen/Sanitäreanlagen /Elektroanlagen, für den Innenputz, ausgenommen bei Putzarbeiten, und für den Estrich,	
5. Rate (2,1 %) =	für Fassadenarbeiten,	
6. Rate (11,2 %) =	für die Fliesenarbeiten im Sanitärbereich und nach Bezugsfertigkeit und Zug um Zug gegen Besitzübergabe,	
7. Rate (3,5 %) =	nach vollständiger Fertigstellung (d.h. nach Beseitigung der im Abnahmeprotokoll aufgeführten Mängel und Fertigstellung der Außenanlagen gemäß Baubeschreibung).	

Der Notar hat auf § 632 a Abs. 3 BGB in der seit 1. Januar 2009 gültigen Fassung hingewiesen, wonach dem Verbraucher bei der ersten Abschlagszahlung eine (zusätzliche) Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Werks ohne wesentliche Mängel in Höhe von 5 % des Vergütungsanspruchs zu leisten ist. 19

(...) 20

Am 5.10.2011 stellte die Stadtparkasse W.... die streitgegenständliche Bürgschaftsurkunde in Höhe von 13,3 % des Kaufpreises aus, was der 5. und 6. Kaufpreisrate entsprach (vgl. Anl. H 3 = GA 49). 21

Am 21.10.2011 wurde die Wohnung vorbehaltlich einiger Mängel abgenommen und wird seitdem genutzt. Das Gemeinschaftseigentum wurde am 19.12.2012 mit Vorbehalt einiger Mängel abgenommen. Der Beklagte hat auf die Übergaberechnung Zahlungen in Höhe von 13.232,72 € geleistet. Mit der ausstehenden Schlussrate stehen insgesamt Zahlungen in Höhe von 8990,32 € aus. 22

Der mit dem Vollzug betraute Notar K.... teilte mit Schreiben vom 24.01.2012 dem Beklagten mit, dass die Teilungserklärung durch Anlegung der entsprechenden Grundbücher sowie die Eintragung der Vormerkung des Beklagten vollzogen sei und überreichte das Freigabeversprechen der Stadtparkasse W... im Original. Ebenfalls teilte er mit, dass er nun nach Erfüllung sämtlicher Fälligkeitsvoraussetzungen die vorliegenden Sicherheitsbürgschaften zurückgeben wolle, wenn der Beklagte als Käufer den entsprechenden Bautenstand für die bereits fällig gestellten Raten schriftlich bestätigt habe und seine Einverständniserklärung zur Rückgabe der Bürgschaften als Berechtigter aus diesen Bürgschaften vorlege (vgl. Anl. H 6 = GA 53).	23
Trotz entsprechender schriftlicher Mahnschreiben unter den 23.04 2012 – mit Fristsetzung bis zum 2.5.2012 - und mit Schreiben vom 28.03. 2013 – mit weiter Fristsetzung bis zum 15.4.2013 – gab der Beklagte gegenüber dem Notar eine Bestätigung-oder Erledigungserklärung nicht ab.	24
Die Klägerin hat behauptet, die vom Beklagten vorgebrachten Mängel, die bei Abnahme des Sonder- und Gemeinschaftseigentum vorbehalten worden seien, bestünden nicht. Unabhängig von einem etwaigen Bestehen dieser Mängel sichere - so die Auffassung der Klägerin – die streitgegenständliche Bürgschaft nur die Vorauszahlung für den Fall des Eintritts der allgemeinen Fälligkeitsvoraussetzungen ab. Die Freigabeverpflichtung werde auch nicht durch etwaig vorliegende Mängel am Gemeinschaftseigentum beseitigt.	25
Vor diesem Hintergrund hat die Klägerin zuletzt beantragt,	26
<u>1.</u> den Beklagten zu verurteilen, gegenüber Herrn Notar M.... K...., geschäftsansässig B..straße in W... zu erklären, dass er mit der Rückgabe der Bürgschaftsurkunde der Stadtparkasse W... vom 5.11.2011 über einen Höchstbetrag von 1593,94 € einverstanden ist;	27
<u>2.</u> festzustellen, dass dem Beklagten keine Ansprüche aus der durch Urkunde vom 5.10.2011 verbrieften Bürgschaftsverpflichtung bis zu einem Höchstbetrag von 17.593,54 € gegen die Stadtparkasse W... zustehen;	28
<u>3.</u> den Beklagten zu verurteilen an sie 961,28 € nebst Zinsen in Höhe von 5-Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz nach § 247 BGB seit Rechtshängigkeit zu zahlen;	29
<u>4.</u> den Beklagten zu verurteilen, an sie 586,11 € nebst Zinsen in Höhe von 5-Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz nach § 247 BGB seit Rechtshängigkeit zu verurteilen;	30
<u>5.</u> festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, ihr die mit Ablauf des 31.12.2013 gegenüber der Stadtparkasse W... als Bürgin weiter fällig werdenden Aval-Kreditkosten in Höhe von 2 % jährlich aus einem Höchstbetrag von 17.593,94 € bis zur Abgabe der Erklärung gemäß Ziffer 1.) der Klage zu erstatten.	31
Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Er ist der Auffassung gewesen, aufgrund der wesentlichen, bei Abnahme vorbehaltenen Mängel am Gemeinschaftseigentum gäbe es keine Rückgabe- und damit keine Freigabeverpflichtung. Er hat behauptet, die Beseitigung allein der Mängel am Gemeinschaftseigentum würden 300.000 € kosten. Die Abnahme habe er bzw. seine Eigentümergemeinschaft nur erklärt, weil sie dann einfacher die Gewährleistungsansprüche geltend machen könnten.	32
Wegen der sonstigen Einzelheiten des Sach- und Streitstandes im erstinstanzlichen	33

Verfahren wird auf die tatsächlichen Feststellungen im Tatbestand und in den Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Das Landgericht hat den Beklagten im Wesentlichen antragsgemäß verurteilt, indem es wie folgt entschieden hat: 34

- unter 1. hat es den Beklagten verurteilt, gegenüber dem Notar zu erklären, dass er mit der Rückgabe der Bürgschaftsurkunde der Stadtparkasse W... mit der Nummer .....vom 5.10.2011 über einen Betrag von 17.593,24 € einverstanden ist; 35

- unter 2. hat es festgestellt, dass dem Beklagten keine Ansprüche aus der durch die besagte Urkunde verbrieften Bürgschaftsverpflichtung bis zu einem Höchstbetrag von 17.593,24 € gegen die Stadtparkasse W... zusteht; 36

- unter 3. hat es den Beklagten verurteilt, an die Klägerin 250,64 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz nach § 247 BGB seit dem 14.3.2014 zu zahlen. 37

- Schließlich hat es unter 4. festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin die mit Ablauf des 31.12.2013 gegenüber der Stadtparkasse W... als Bürgin weiter fällig werdenden Aval-Kreditkosten in Höhe von 2 % jährlich aus einem Höchstbetrag von 17.593, 24 € bis zur Abgabe der Erklärung gemäß 1.) der Klage zu erstatten. 38

Im übrigen hat das Landgericht die Klage abgewiesen. 39

Zur Begründung seiner Entscheidung hat das Landgericht sich im Wesentlichen auf folgende Erwägungen gestützt. Der unter 1. zugesprochene Anspruch auf Abgabe der Einverständniserklärung des Beklagten ergebe sich aus § 4 Abs. 2 des Kaufvertrages in Verbindung mit §§ 633, 765, 766 BGB. Die Voraussetzungen zur Rückgabe der streitgegenständlichen Bürgschaft an die Stadtparkasse W... nach dem Kaufvertrag seien gegeben. Wie durch Schreiben des Notars vom 24.01.2012 gegenüber dem Beklagten bestätigt, lägen die in § 4 Abs. 1 des Kaufvertrages genannten allgemeinen Fälligkeitsvoraussetzungen vor. Ein entsprechender Bautenstand sei ebenfalls gegeben. Die Bürgschaft nach § 7 MaBV habe unterteilt für die einzelnen Kaufpreisteile getrennt gestellt werden dürfen. Die streitgegenständliche Bürgschaft habe die 5. und 6. Kaufpreisrate abgedeckt, die die bei Bezugsfertigkeit und Inbesitznahme zu zahlen seien. Auch wenn der Beklagte geltend mache, er bzw. die Wohnungseigentümergeinschaft habe die Abnahme des Gemeinschaftseigentum nur erklärt, um in der Folge einfacher die Gewährleistungsansprüche durchsetzen zu können, habe er bzw. die Wohnungseigentümergeinschaft damit doch die Bezugsfertigkeit und Abnahmefähigkeit bestätigt, so dass ein Bautenstand entsprechend der 5. und 6. Rate gegeben sei. 40

Das Einverständnis des Beklagten liege zwar nicht vor, werde aber mit Rechtskraft des Urteils nach § 894 ZPO ersetzt. Da die übrigen Voraussetzungen vorlägen, sei der Beklagte zur Abgabe der Freigabeerklärung nach § 4 Abs. 2 des Kaufvertrages analog verpflichtet. Die Verpflichtung zur Freigabeerklärung für den Fall, dass die Bürgschaftserklärung bei dem Notar verbleibe, sei zwar nicht ausdrücklich geregelt. Diese Lücke sei jedoch durch Auslegung dahingehend zu schließen, dass die Parteien, wären sie sich dieser Regelungslücke bewusst gewesen, den Fall der Freigabeverpflichtung analog der Rückgabeverpflichtung geregelt hätten, da der Erklärungswert beider Handlungen der gleiche sei. Der Freigabeverpflichtung stehe die Vereinbarung in § 4 Abs. 2 Satz 2 HS 1 des Kaufvertrages nicht entgegen. Die dortige Regelung sei insofern missverständlich, als sie einmal auf die vollständige Fertigstellung und einmal auf den den 41

Zahlungen entsprechenden Bautenstand abstelle, wobei die letztgenannten Voraussetzungen entgegen der Formulierung nicht unbedingt zeitlich später eintreten müssten. Die vollständige Fertigstellung wäre nach der Definition des Vertrages erst nach Beseitigung der im Abnahmeprotokoll aufgeführten Mängel erreicht. Dies sei jedoch hier streitig. Die Voraussetzungen nach § 4 Abs. 1 des Kaufvertrages seien jedoch erfüllt und ein den Zahlungen entsprechender Bautenstand erreicht. Verträge seien so auszulegen, dass ihre Regelungen in sich widerspruchsfrei seien. Eine Auslegung der Vertragspassage dahin, dass die Bürgschaft aufrechterhalten bleiben müsste, bis die Fälligkeit der Schlussrate vorliege, stünde im Widerspruch zu der spezielleren, nachfolgenden Regelung zu der Frage, wann die Bürgschaftsurkunde zurückzugeben sei. Eine Auslegung des § 4 Abs. 2 Satz 2 des ersten Absatzes dahin, dass die Bürgschaft längstens nur so lange aufrechterhalten bleiben solle, bis die in Absatz (1) genannten Voraussetzungen vorlägen und ein den geleisteten Zahlungen entsprechender Bautenstand erreicht sei, egal ob die vollständige Fertigstellung vorher oder nachher eintrete, stünde im Einklang mit dem Wortlaut und den Regelungen des nachfolgenden Absatzes.

Der Anspruch der Klägerin sei auch durchsetzbar. Es könne dahinstehen, ob ein etwaiges Zurückbehaltungsrecht vertraglich oder gesetzlich bereits ausgeschlossen sei. Jedenfalls stehe dem Beklagten schon deswegen kein Zurückbehaltungsrecht zu, weil der Sicherungszweck der Bürgschaft im vorliegenden Fall die Absicherung möglicher Mängelbeseitigungskosten am Gemeinschaftseigentum nicht umfasse. Der Sicherungszweck einer Bürgschaft nach § 7 MaBV umfasse nur dann die Abdeckung möglicher Mängelbeseitigungskosten, wenn ein Fall der Vorauszahlung vorliege. Dies sei dann der Fall, wenn der Beklagte als Erwerber nicht entsprechend dem Bautenstand Zahlungen geleistet habe, sondern - obwohl ein Bautenstand noch nicht erreicht sei - die entsprechenden Zahlungen geleistet habe. Der Beklagte sei weder vertraglich zu einer Vorauszahlung verpflichtet noch sei diese tatsächlich erfolgt. Die Zahlung der Kaufpreiskrate sei nach § 4 Abs. 3 des Kaufvertrages an den Baufortschritt entsprechend der vereinbarten Raten geknüpft. Der Kaufpreis sei nicht allein bei Vorliegen der allgemeinen Fälligkeitsvoraussetzungen und Vorliegen der entsprechenden Bürgschaft fällig gewesen. Auch entspreche die Zahlung dem tatsächlichen Bautenstand. Der Beklagte habe auch kein darüber hinausgehendes Sicherungsinteresse, denn sein Zahlungsstand entspreche bis auf die noch offene Forderung dem mit der Abnahme bestätigten Bautenstand. Ein Sicherungsinteresse darüber hinausgehend für die Kosten der vollständigen Fertigstellung, also der Beseitigung der im Abnahmeprotokoll aufgeführten Mängel, bestehe nicht, dafür habe er unstreitig die Schlussrate noch nicht bezahlt.

Der Antrag zu 2. auf Feststellung, dass dem Beklagten keine Ansprüche aus der verbrieften Bürgschaftsverpflichtung zustehen, sei zulässig und begründet. Das Feststellungsinteresse der Klägerin ergebe sich aus dem Umstand, dass bei einer möglichen späteren Inanspruchnahme, die aufgrund der Möglichkeit des Gegenbeweises, dass trotz nicht vorhandener Bürgschaftsurkunde eine Bürgenhaftung bestehe, denkbar sei, die Klägerin nach Ziff. 2 der Bedingungen für das Avalgeschäft die Avalprovisionen bis zur Zahlung zu entrichten habe. Die Klägerin habe auch einen Anspruch auf Abgabe einer Enthaltungserklärung bzw. auf Feststellung, dass keine Ansprüche aus der streitgegenständlichen Bürgschaft bestehen. Der unter dem Antrag zu 3. geltend gemachte Anspruch auf Erstattung der Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 961,28 € auf Schaden sei nicht begründet, da sich der Beklagte zum Zeitpunkt der Beauftragung der Prozessbevollmächtigten durch die Klägerin nicht in Verzug befunden habe. Der Antrag zu 4. auf Ausgleich der vom 3.5.2012 bis 31.12.2013 angefallenen Avalzinsen in Höhe von 586,11 € sei nur in Höhe von 250,64 € begründet, da die Klägerin nach § 4 Abs. 2 des

Kaufvertrages nur einen Anspruch auf Avalzinsen von 2 % per anno seit dem 16.4.2013 bis zum 31.12.2013 habe. Begründet sei auch der Antrag zu 5. auf Feststellung der Ausgleichspflicht der nach dem einen 31.12. 2013 angefallenen Avalzinsen für die nicht freigegebene Bürgschaft.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Berufung des Beklagten, mit der er die Abänderung des landgerichtlichen Urteils und die Abweisung der Klage in vollem Umfang erstrebt. Zur Begründung führt der Beklagte im Wesentlichen folgendes an: 44

Der Sicherungszweck der Bürgschaft sei nicht beschränkt mit der Maßgabe, dass der Sicherungszweck nur eintrete, wenn das Sondereigentum oder das Gemeinschaftseigentum noch nicht abgenommen worden sei. Ein Sicherungsbedürfnis könne auch vorliegen, wenn bereits abgenommen worden sei. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung erstrecke sich der Sicherungszweck der Bürgschaft auch auf die Mängel, die der Erwerber bei der Abnahme vorbehalten habe. Entgegen der Auffassung des Landgerichts liege im vorliegenden Fall ein Vorauszahlungsfall vor. Nach § 4 Abs. 2 sei die Bürgschaft, durch die statt der allgemeinen Fälligkeitsvoraussetzungen die Fälligkeit ausgelöst werde, bis zur vollständigen Fertigstellung, längstens, bis die unter § 4 Abs. 1 des Vertrages genannten Voraussetzungen vorliegen und ein den geleisteten Zahlungen entsprechender Bautenstand erreicht sei, aufrechtzuerhalten; wegen der vorliegenden Mängel sei ein solcher Bautenstand nicht erreicht. Die zurückgehaltenen Gelder reichten angesichts der vorgetragenen und unter Beweis gestellten Mängel selbst unter Zurechnung der Zurückbehalte der anderen Erwerber nicht für eine Mängelbeseitigung aus. In dem selbstständigen Beweisverfahren 1 OH 38/13 Landgericht W... habe der Sachverständige bereits vorläufig Mängelbeseitigungskosten in einer Größenordnung von ca. 70.000 € geschätzt; in Hinblick auf einige Mängel habe er die Mängelbeseitigungskosten noch gar nicht geschätzt. Bei diesen sei von einer Größenordnung von 50.000 € und damit unter Berücksichtigung von Mängelbeseitigungskosten in Höhe von mindestens 120.000 € auszugehen. Die Mängelbeseitigungskosten im Hinblick auf Heizung/Lüftung habe der Privatsachverständige der Gemeinschaft vorläufig mit 100.000/150.000 € beziffert. Damit sei von Mängelbeseitigungskosten in Höhe von mindestens 220.000 € auszugehen, so dass die Erwerber mindestens 440.000 € zurückbehalten dürften. Bei diesen Zahlen sei ersichtlich, dass der derzeitige Bautenstand nicht den geleisteten Zahlungen entspreche. Das Gleichgewicht zwischen den geleisteten Zahlungen und den erbrachten Leistungen des Veräußerers sei gestört und der Wert der Unternehmensleistung gemindert. Damit sei der entsprechende Bautenstand nicht erreicht, unabhängig davon, ob abgenommen worden sei oder nicht. 45

Er beantragt hiernach, 46

unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Klage abzuweisen. 47

Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Berufung. Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung gegen die Angriffe der Berufung und trägt im Wesentlichen wie folgt vor: 48

Zu Recht habe das Landgericht darauf abgestellt, dass der Sicherungszweck sich darin erschöpfe, den Beklagten vor den Risiken zu schützen, die eintreten könnten, wenn auf den Zahlungsanspruch des Bauträgers Zahlungen geleistet würden, ohne dass der Beklagte einen realisierbaren Gegenwert erworben habe. Die Ansicht des Beklagten, er habe mit der Stadtparkasse W... einen weiteren Sicherungszweck vereinbart, nämlich die Schaffung einer Sicherheit auch für den Fall, dass die Bauleistungen der Klägerin Mängel aufweisen würden, sei falsch. Ein Wille der Stadtparkasse W..., sich auch für die Erfüllung 49



der mangelbedingten Nacherfüllungsansprüche zu verpflichten, sei nicht gegeben.

Der Anspruch der Klägerin auf Abgabe der Freigabeerklärung sei auch durchsetzbar, da dem Beklagten kein Zurückbehaltungsrecht zustehe. Ein Zurückbehaltungsrecht könne nur für den Vorauszahlungsfall angenommen werden, also für den Fall, dass Zahlungen vor Erreichen bestimmter Bautenstände geleistet worden seien. Der Beklagte sei jedoch nicht zur Vorauszahlung verpflichtet gewesen und habe eine solche auch nicht erbracht. Das vom Beklagten ausgeübte Zurückbehaltungsrecht bestehe auch deshalb nicht, weil eine Übersicherung gegeben sei. Es bestünden keine Mängel in einer Größenordnung von mehr als 70.000 €. Feuchtigkeitsschäden in der Tiefgarage und Mängelbeseitigungskosten von weiteren 60.000 € würden ins Blaue hinein behauptet. Der Druckzuschlag nach § 641 Abs. 3 BGB sei im vorliegenden Fall nicht anzuwenden. 50

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes im Berufungsverfahren wird auf den Inhalt der in diesem Rechtszug gewechselten Schriftsätze Bezug genommen. 51

**B)** 52

Die Berufung des Beklagten gegen das im Wesentlichen der Klage stattgebende Urteil des Landgerichts ist zulässig, insbesondere frist- und formgerecht eingelegt, in der Sache jedoch unbegründet (§ 513 S. 1 ZPO), da der Beklagte keinen Rechtsfehler im Sinne des § 546 Abs. 1 ZPO dargetan hat und auch ansonsten die vom Senat seiner Entscheidung nach § 529 Abs. 1 ZPO zu berücksichtigenden Tatsachen keine vom Landgericht abweichende Bewertung der Sach- und Rechtslage zu Gunsten des Beklagten rechtfertigen. 53

**I)** 54

Das Landgericht hat den Beklagten zu Recht im aus dem Tenor des angefochtenen Urteils ersichtlichen Umfang verurteilt. 55

**1.** 56

Die Entscheidung des Landgerichts, den Beklagten zu verurteilen, gegenüber dem Notar M.... K.... zu erklären, dass er mit der Rückgabe der Bürgschaftsurkunde der Stadtparkasse W..., die die Klägerin nach Maßgabe der vertraglichen Regelung in § 4 Abs. 2 gestellt hatte, einverstanden ist, hält den Angriffen der Berufung des Beklagten stand. 57

**1.1** 58

Die Überlegungen des Landgerichts zur Auslegung des Klageantrages zu 1. dahingehend, dass hiermit die Freigabe der mit der Anlage H 3 = GA 49 vorgelegten Kopie der Bürgschaftsurkunde mit der Nr. ....begehrt wird, sind zutreffend und werden in der Berufung auch nicht infrage gestellt. 59

**1.2** 60

Zuzustimmen ist dem Landgericht weiterhin dahin, dass der Anspruch auf Abgabe der Einverständniserklärung des Beklagten, nach der der Notar die Bürgschaftsurkunde an die Stadtparkasse W... herausgeben möge, aus der vertraglichen Regelung in § 4 Abs. 2 des Kaufvertrages i.V.m. dem §§ 633, 765, 766 BGB hergeleitet werden kann. 61

In § 4 Abs. 2 zweiter Absatz, S. 3 des Vertrages ist die Verpflichtung des Erwerbers, also 62

des Beklagten, geregelt, die nach § 4 Abs. 2 erster Absatz vom Verkäufer gestellte Bürgschaft an die Bank zurückzugeben, wenn die in § 4 Nr. 1 genannten Voraussetzungen vorliegen, ein entsprechender Bautenstand gegeben ist und das Einverständnis des aus der Bürgschaft berechtigten den Notar vorliegt.

a) 63

Das Landgericht hat in sachgerechter und die Interessen der Parteien in genügender Form berücksichtigender Auslegung nach §§ 133, 157 BGB die Regelungslücke, die darin besteht, dass eine konkrete Regelung für den Fall, dass die Bürgschaftsurkunde bei dem Notar verbleibt, nicht getroffen worden ist, dahingehend geschlossen, dass die Parteien den Fall der reinen Freigabeverpflichtung durch Freigabeerklärung analog der Rückgabeverpflichtung, also unter denselben tatbestandlichen Voraussetzungen regeln wollten. Einwände hiergegen werden von der Berufung nicht erhoben. 64

b) 65

Dass die in § 4 Abs. 1 des Kaufvertrages genannten allgemeinen Fälligkeitsvoraussetzungen – wie durch das Schreiben des Notars vom 24.1.2012 gegenüber dem Beklagten bestätigt – erfüllt sind, hat das Landgericht zu Recht festgestellt, ohne dass die Berufung dem entgegengetreten ist. 66

Die hier streitgegenständliche Bürgschaft nach § 7 MaBV durfte unterteilt für die einzelnen Kaufpreisteile getrennt gestellt werden. Die streitgegenständliche Bürgschaft deckte die 5. und 6. Kaufpreisrate ab. Nachdem Ratenplan in § 4 Abs. 3 erster Absatz war die 5. Rate i.H.v. 2,1 % des Kaufpreises für die Fassadenarbeiten und die 6. Rate (11,2 %) nach Bezugsfertigkeit und Zug um Zug gegen Besitzübergabe zu zahlen. Diese Voraussetzungen sind unstreitig erfüllt, wie das Landgericht zutreffend festgestellt hat. 67

c) Das Landgericht hat sich in überzeugender Weise mit der Frage auseinandergesetzt, ob einer Freigabeklärungsverpflichtung die Regelung in § 4 Abs. 2 zweiter Satz des ersten Absatzes entgegenstehen könnte. An dieser Stelle des Kaufvertrages ist geregelt, dass die Bürgschaft aufrechtzuerhalten ist, „bis das Bauvorhaben vollständig fertig gestellt ist, längstens bis die vorstehend in Abs. (1) genannten Voraussetzungen vorliegen und ein den geleisteten Zahlungen entsprechender Bautenstand erreicht ist.“ 68

Das Landgericht hat erkannt, dass diese Regelung insofern missverständlich ist, als sie zum einen auf die vollständige Fertigstellung und zum anderen auf den den Zahlungen entsprechenden Bautenstand abstellt, da die vollständige Fertigstellung nach der Definition des Vertrages erst nach Beseitigung der im Abnahmeprotokoll aufgeführten Mängel erreicht ist. Während die Voraussetzungen nach § 4 Abs. 1 des Kaufvertrages erfüllt sind, und ein den Zahlungen entsprechender Bautenstand erreicht ist, steht indessen zwischen den Parteien im Streit, ob eine vollständige Fertigstellung im Sinne dieser Vertragsdefinition erreicht wurde. 69

Das Landgericht hat in diesem Zusammenhang ausgeführt, es sei auszugehen von dem Auslegungsgrundsatz, demzufolge ihrem Wortlaut nach widersprüchliche Vertragsregelungen in einer zur Widerspruchsfreiheit führenden Weise ausgelegt werden müssen. Während ein Verständnis der in Rede stehenden vertraglichen Vereinbarung dahin, dass die Bürgschaft aufrechterhalten bleiben müsste, bis die Fälligkeit der Schlussrate vorliegt, in Widerspruch zu der spezielleren, nachfolgenden Regelung stünde, nach der die Rückgabeverpflichtung hinsichtlich der Bürgschaftsurkunde sich allein nach dem Bautenstand und nicht nach der Fertigstellung regeln, wird demgegenüber eine 70

Auslegung des § 4 Abs. 2 S. 2 des ersten Absatzes dahingehend, dass die Bürgschaft unabhängig davon, ob die vollständigen Fertigstellung vorher oder nachher eintritt, längstens nur so lange aufrecht erhalten bleiben soll, bis die in § 4 Abs. 1 genannten Voraussetzungen vorliegen und ein den geleisteten Zahlungen entsprechender Bautenstand erreicht ist, den Regelungen des nachfolgenden Absatzes gerecht und vermeidet eine entsprechende Widersprüchlichkeit.

**d)**Entgegen den Angriffen der Berufung ist der somit nach seinen reinen tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllte Anspruch auf Abgabe einer Freigabeerklärung hinsichtlich der beim Notar noch verwahrten Bürgschaft der Stadtparkasse W... auch durchsetzbar. Ebenso wie das Landgericht ist auch der Senat der Auffassung, dass es dahin gestellt werden kann, ob ein etwaiges Zurückbehaltungsrecht vertraglich oder gesetzlich bereits ausgeschlossen ist, worauf sich die Klägerin erstinstanzlich berufen hat (vgl. Klageschrift vom 10.3.2014 Seite 8/9 GA). Begründet hat das Landgericht dies mit der Auffassung, dass dem Beklagten schon deswegen kein Zurückbehaltungsrecht zustehe, weil der Sicherungszweck der Bürgschaft nach § 7 MaBV im vorliegenden Fall die Absicherung wegen möglicher Mängelbeseitigungskosten am Gemeinschaftseigentum nicht umfasst. 71

**aa)**Zu Unrecht meint die Berufung, dass die vom Landgericht vertretene Auffassung, der Sicherungszweck eine Bürgschaft nach § 7 MaBV umfasse nur dann die Abdeckung möglicher Mängelbeseitigungskosten, wenn ein Fall der Vorauszahlung vorliege, im Widerspruch zu der höchstrichterlichen Rechtsprechung stehe, insbesondere zu der von ihr herangezogenen Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 12.4.2007, VII ZR 50/06, NJW 2007, 1557 = NZBau 2007, 441, Rn. 53). 72

**(1)**Zutreffend ist zunächst, dass der Haftungsumfang der von der Bürgin übernommenen Bürgschaft durch Auslegung der Bürgschaftserklärung anhand ihres Wortlautes und des Schutzzweckes der Bürgschaft zu bestimmen ist (vgl. BGH, Urteil vom 9.12.2010, VII ZR 206/09, NJW 2011, 1347, Rz. 12). 73

**(2)**Richtig ist ebenfalls, dass der BGH in mehreren Entscheidungen über Bürgschaftserklärungen zu befinden hatte, deren Wortlaut dem hier gewählten nach § 7 MaBV entsprach, und hierbei hervorgehoben hatte, dass nach dem durch den Wortlaut gedeckten Schutzzweck derartiger Bürgschaften gemäß § 7 MaBV zu den gesicherten Ansprüchen grundsätzlich auch solche zu zählen seien, die sich aus den auf mängelgestützten Ansprüchen des Erwerbers gegen den Bauträger ergeben (neben dem Urteil des BGH vom 12.4.2007, a.a.O., noch die Urteile vom 29.1.2008 - XI ZR 160/07 = NJW 2008, 523ff = NZBau 2008, 52 Rn. 30, vom 18.6.2002 - XI ZR 359/01 – NJW 2002, 2563, = NZBau 2002, 497 und vom 22.10.2002 - XI ZR 393/01 – NJW-RR 2003, 959 = BauR 2003, 1220).All diesen Entscheidungen, in denen der BGH den Umfang des Schutzzweckes dieser Bürgschaft auf auf Mängel gestützte Ansprüche des Erwerbers gegen den Bauträger erstreckt hat, war gemein, dass ihnen Fallkonstellationen zu Grunde lagen, in denen der Erwerber nach den vertraglichen Vereinbarungen mit dem Bauträger - abweichend vom dispositiven Rechte § 641 Abs. 1 BGB und den Vorgaben des § 3 Abs. 2 MaBV - Vorauszahlungen auf den Erwerbspreis zu erbringen hatte, ohne dass Bauleistungen erbracht worden waren. Zur Begründung hat der BGH angeführt, dass der Zweck einer Bürgschaft gemäß § 7 MaBV darin liege, die in den vertraglichen Abreden zwischen Erwerber und Bauträger angelegten Störungen des Gleichgewichts zwischen den (Voraus-) Zahlungen des Erwerbers und den Leistungen des Bauträgers abzusichern. Dieser Zweck würde verfehlt, wenn der Sicherungsumfang der Bürgschaft auf solche Ansprüche beschränkt bliebe, die unmittelbar auf Rückgewähr geleisteter Zahlungen gerichtet sind. „Denn durch die Verpflichtung, Vorauszahlungen ohne entsprechenden 74

*Gegenwert zu erbringen zu müssen, ist dem Erwerber beim Auftreten von Mängeln die Möglichkeit genommen, den gemäß § 3 Abs. 2 MaBV am Baufortschritt ausgerichteten Zahlungen sein gesetzliches Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 320 BGB entgegenzuhalten oder mit Ansprüchen auf Erstattung der Mängelbeseitigungskosten aufzurechnen“ (vgl. eingehend BGH Urteil vom 9.12.2010 - VII ZR 206/09 – NJW 2011, 1347, 1348/49 Rz. 13/14).*

(3) In der soeben angeführten Entscheidung vom 9.12.2010 hat der BGH jedoch in Abgrenzung zu den bisherigen Entscheidungen über eine Fallkonstellation zu befinden gehabt, in denen durch die Bürgschaft nach § 7 MaBV nicht ein Vorauszahlungsfall im Sinne des § 3 Abs. 2 MaBV gesichert werden sollte, sondern die Zahlungen für den Fall abgesichert werden sollten, dass die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2-4 MaBV nicht vorliegen.

75

Die sich hierbei stellende Frage, ob Mängelansprüche des Erwerbers auch dann durch eine Bürgschaft nach § 7 MaBV gesichert werden, wenn der Hingabe der Bürgschaft nicht eine Vorauszahlungsvereinbarung zu Grunde liegt, hat der BGH mit näherer Begründung verneint (vgl. a.a.O. Rn. 18ff; vgl. hierzu auch Koeble in Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl. 2014, 11. Teil, Rz. 528; sowie Basti in seiner Anm. zu der BGH Entscheidung vom 9.12.2010 in NJW 2011, 1350/1351.). Maßgeblich hat der BGH darauf abgestellt, dass der entscheidende Gesichtspunkt für die Einbeziehung von Mängelansprüchen in den Haftungsumfang einer Bürgschaft nach § 7 MaBV das berechnete Interesse des Erwerbers ist, von den Risiken freigestellt zu werden, die sich aus seiner vertraglich übernommenen Verpflichtung ergeben, unter Abweichung von § 3 Abs. 2 MaBV Zahlungen an den Bauträger leisten zu müssen, ohne dass diesen Zahlungen ein entsprechender, in der vertragsgerecht erbrachten Leistung repräsentierter Gegenwert gegenübersteht. Ein solches Sicherungsinteresse, insbesondere im Falle der Insolvenz des Bauträgers nicht mit seinen auch auf Geldleistungen ausgerichteten Mängelansprüchen auszufallen, bestehe nicht, wenn der Erwerber die Vergütung entsprechend § 3 Abs. 2 MaBV nach Baufortschritt zu entrichten hatte. Ausdrücklich hat der BGH angeführt, dass eine Bürgschaft nach § 7 MaBV keine späteren Ansprüche des Erwerbers auf Ersatz von Aufwendungen für Mängelbeseitigung sichert, wenn er das Werk vom Unternehmer als mangelfrei abgenommen hat, da dann kein Bedürfnis für eine Sicherung der Mängelansprüche mehr bestehe, weil der Erwerber, der die vorbehaltlose Abnahme der Bauleistung erklärt hat, auch nach der gesetzlichen Regelung oder nach § 3 MaBV verpflichtet wäre, den gesamten Erwerbspreis zahlen. Dies gilt nach Auffassung des BGH entsprechend, wenn der Erwerber den Kaufpreis in Raten nach Baufortschritt zu entrichten hat, weil ihm dann ein gesetzliches Leistungsverweigerungsrecht zusteht und die Bürgschaft keine zusätzliche Gewährleistungssicherheit darstellt. Der BGH hat klargestellt (a.a.O. Rn. 23), dass der Sicherungszweck einer Bürgschaft nach § 7 MaBV, mit der die Voraussetzungen für die Entgegennahme von Zahlungen nach § 3 Abs. 1 Nrn. 2-4 MaBV ersetzt werden sollen, nicht weiter reiche als derjenige, der sich aus § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2-4 MaBV ergibt. Nur diejenigen Risiken, die den Erwerb des unbelasteten Eigentums am Baugrundstück sowie die Beschaffung der für die Durchführung des Vertrages erforderlichen Genehmigungen, insbesondere der Baugenehmigung betreffen, sollen durch diese Sicherung ausgeglichen werden.

76

Diese höchstrichterliche Rechtsprechung, die eine klare Abgrenzung zwischen dem Sicherungszweck einer Bürgschaft nach § 7 MaBV, durch den der Vorauszahlungsfall des § 3 Abs. 2 MaBV abgedeckt werden soll und denjenigen, in denen es „lediglich“ um die Sicherung des Erwerbers vor den Risiken einer Zahlung ohne die Voraussetzung nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 2-4 MaBV geht, vornimmt, ist auf den vorliegenden Fall anzuwenden.

77

In § 4 Abs. 1 des Kaufvertrages sind die allgemeinen Kaufpreisfälligkeitvoraussetzungen, wie sie auch in § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2-4 MaBV aufgeführt werden, geregelt. Zweifelsfrei bezieht sich die hier in Rede stehende von der Klägerin gestellte Bürgschaft nach § 7 MaBV auf den Fall, dass noch nicht gänzlich sämtliche in § 4 Abs. 1 des notariellen Vertrages aufgeführten Fälligkeitvoraussetzungen gegeben sind und dennoch eine Zahlung durch den Erwerber erfolgt. Weil demnach kein Zusammenhang zwischen eventuellen Ansprüchen des Erwerbers wegen Mängeln des Bauobjekts und dem Sicherungszweck einer Bürgschaft besteht, mit der nur die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2-4 MaBV ersetzt werden sollen, können auch die Vereinbarungen § 4 Abs. 2 und die darauf beruhende Bürgschaftserklärung nur in diesem Sinne verstanden werden.

**(2)** Damit hat auch die Kammer völlig auf dem Boden der einschlägigen höchstrichterlichen Rechtsprechung erkannt, dass der hier vorliegende Fall der Sicherung eben nicht des Vorauszahlungsrisikos nach § 3 Abs. 2 MaBV den Umfang des Sicherungszweckes dahingehend beschränkt, dass von ihm Mängelansprüche des oder der Erwerber nicht abgedeckt werden. Der tatsächlichen Feststellung der Kammer in diesem Zusammenhang, dass der Beklagte zu einer Vorauszahlung weder vertraglich verpflichtet ist, noch sie tatsächlich erfolgt sei und darüber hinaus die Zahlung auch den tatsächlich erreichten Bautenstand entsprach, ist die Berufung nicht in relevanter Weise entgegengetreten. 78

**e)** Nach alledem kann es der Senat offen lassen und kommt es auch nicht entscheidend darauf an, ob das von dem Beklagten angeführte selbständige Beweisverfahren zu dem Ergebnis geführt hat (bzw. sich hieraus entsprechende Erkenntnisse herleiten lassen), dass die klägerische Leistung, sowohl am Sonder- aber auch insbesondere am Gemeinschaftseigentum, mit Mängel behaftet ist, die Kostenvorschussansprüche in Hinblick auf die Mängelbeseitigungsaufwendungen in dem vom Beklagten mit der Berufungsbegründung angeführten Umfang rechtfertigen könnten. 79

**2)** Soweit das Landgericht festgestellt hat, dass dem Beklagten entsprechend dem Klageantrag zu 3. keine Ansprüche aus der in Rede stehenden Urkunde bis zu einem Höchstbetrag i.H.v. 17.593,24 EUR gegen die Stadtparkasse W... zustehen, werden von der Berufung keine Angriffe hiergegen erhoben.. 80

Dasselbe gilt, soweit das Landgericht den Beklagten auf den Klageantrag zu 4. zum Ausgleich der vom 16.4.2013 bis zum 31.12.2013 angefallenen Aval-Zinsen in Höhe von insgesamt 250,64 EUR verurteilt hat. Auch insoweit fehlt es an jeglicher Begründung des Beklagten, warum seine diesbezügliche Verurteilung fehlerhaft sein soll. 81

**II)** Nach alledem hat es trotz des von dem Beklagten erhobenen Rechtsmittels bei der landgerichtlichen Entscheidung zu verbleiben, so dass die Berufung wie geschehen zurückzuweisen ist. 82

**c)** 83

Die Kostenentscheidung beruht auf der Anwendung des § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711, 709 Satz 2 ZPO. Die Revision war nicht zuzulassen. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 ZPO). 84

Streitwert des Berufungsverfahrens und Beschwer des Beklagten: 21.698 € 85

