

Gutachten des Deutschen Notarinstituts**Abruf-Nr.:** 191603**letzte Aktualisierung:** 2. September 2022**BGB § 307****Schuldanerkenntnis bei Werkvertrag; AGB-Kontrolle****I. Sachverhalt**

Ein Bauunternehmer schließt mit einem Verbraucher einen Werkvertrag (Bauvertrag ohne Übereignung eines Grundstücks) ab. Dieser wurde nicht beurkundet und dementsprechend inhaltlich nicht vom Notar geprüft. Zur Absicherung des Werklohns verlangt der Bauunternehmer ein notarielles Schuldanerkenntnis samt Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung des Verbrauchers. Dieser ist einverstanden und es wird eine entsprechende Beurkundung beim Notar beauftragt.

II. Frage

Ist das notarielle Schuldanerkenntnis in zeitlichem und sachlichem Zusammenhang mit dem Bauvertragsschluss zur Absicherung des Werklohns zulässig?

III. Zur Rechtslage**1. Rechtsprechung des BGH zu Sicherungsmöglichkeiten des Bauunternehmers**

Der BGH hält eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung im Rahmen eines (hier nicht vorliegenden) Bauträgervertrags für unzulässig.

a) Urteil des BGH vom 22.10.1998

Eine **Unwirksamkeit einer Unterwerfungserklärung** hat der BGH bereits 1998 bei einem **Bauträgervertrag** angenommen, weil ein **Verstoß gegen § 3 Abs. 2 MaBV** vorliege (Urt. v. 22.10.1998, NJW 1999, 51), soweit eine Vollstreckungsklausel ohne Nachweis des Bautenstandes erteilt werden sollte. § 3 Abs. 2 MaBV soll den Auftraggeber möglichst weitgehend vor Vermögensschädigungen schützen und sei deshalb weit auszulegen. Die Unterwerfungserklärung mit Nachweisverzicht ermögliche dem Bauträger, im Wege der Zwangsvollstreckung auf Vermögensgegenstände des Auftraggebers zuzugreifen, obwohl die in § 3 MaBV geregelten Fälligkeitsvoraussetzungen nicht vorlägen. Dies komme einer Ermächtigung des Bauträgers, über Vermögenswerte des Erwerbers zu verfügen, wirtschaftlich nahe. Nach § 12 MaBV sei dem Bauträger die in der Vereinbarung der Vollstreckungsunterwerfung mit Nachweisverzicht liegende Beschränkung seiner Verpflichtung nach § 3 MaBV verboten. Da ein Schutz des Auftraggebers nur durch die Nichtigkeit der mit Nachweisdispens versehenen Unterwerfungserklärung zu erreichen sei, sei § 134 BGB anwendbar (BGH NJW 1999, 51).

b) Urteil des BGH vom 27.9.2001

Mit Urt. v. 27.9.2001 (BGH NJW 2002, 138) hat der BGH für eine **Zwangsvollstreckungsunterwerfung** in einem nicht der MaBV unterliegenden **Generalunternehmervertrag** entschieden, dass bei Verträgen, die nicht unter die MaBV fallen, eine in einem notariellen Vertrag enthaltene Klausel in der Form einer allgemeinen Geschäftsbedingung, mit der sich der Erwerber eines noch zu errichtenden Hauses der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterwirft und der Unternehmer berechtigt ist, sich ohne weitere Nachweise eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde erteilen zu lassen, **gegen § 9 AGBG, d. h. heute also gegen § 307 Abs. 2 BGB n. F., verstößt**. Wesentlicher Gesichtspunkt für den BGH war in dieser Entscheidung, dass aufgrund einer derartigen Zwangsvollstreckungsunterwerfung ohne weitere Nachweise der Unternehmer jederzeit vom Notar eine vollstreckbare Ausfertigung erlangen könnte, ohne nachweisen zu müssen, dass das Bauvorhaben auch wirklich fertiggestellt sei. Damit sei aber die Möglichkeit für den Unternehmer eröffnet, den Werklohn beim Besteller schon zwangsweise beizutreiben, obwohl das Bauvorhaben nicht vollendet ist. Folglich geraten bei einer derartigen Klausel die Auftraggeber in die **Gefahr einer Vorleistung**, die gerade die Umkehrung der gesetzlichen Regelung des Werkvertrages (§§ 641, 320 BGB) darstellen würde. Da der BGH ein besonderes rechtfertigendes Interesse des Unternehmers an der Verwendung derartiger Klauseln nicht erkennen kann und nach Auffassung des BGH die ZPO auch keine ausreichenden Rechtsbehelfe zum Schutz des Bestellers bietet, hält er eine derartige Klausel aufgrund eines Verstoßes gegen die grundlegenden Prinzipien des Werkvertragsrechts des BGB für unzulässig (vgl. hierzu auch Basty, *Der Bauträgervertrag*, 10. Aufl. 2021, Kap. 8 Rn. 8; Vogel, in: Grzizwotz/Koeble/Riemenschneider, *Handbuch Bauträgerrecht*, 2004, 4. Teil Rn. 140 m. w. N.; OLG Hamm IBR 2002, 21).

Aus dieser Rechtsprechung wird allgemein der Schluss gezogen, dass jedenfalls Unterwerfungsklauseln mit Nachweisverzicht in Bauverträgen unwirksam sind. Der dem Urteil zu entnehmende zentrale Gedanke, dass das Vorleistungsverbot nicht durch AGB umgangen werden darf, dürfte auch für den vorliegenden Fall zu berücksichtigen sein.

c) Urteil des BGH vom 27.5.2010

In einem Urteil, das die AGB eines Einfamilienfertighausanbieters betraf, hat der BGH eine Formulierung, dass eine **unbefristete, selbstschuldnerische Bankbürgschaft** zur Absicherung der Zahlungsverpflichtungen des Bauherrn vorzulegen war, **nicht für nach § 307 BGB unwirksam gehalten** (BGH NJW 2010, 2272). Der Norm des § 648a BGB a. F. (entspricht § 650f BGB n. F.) kam dabei keine Leitbildfunktion zu, da diese lediglich nachvertragliche Sicherheitsverlangen betrifft. Für eine bereits im Vertrag vereinbarte Sicherheit entfaltete § 648a BGB a. F. keine Sperrwirkung. Die vom BGH vorgenommene Gesamtabwägung (NJW 2010, 2272, 2274 Rn. 22 ff.) ergab, dass das **Sicherheitsverlangen angemessen** war. Gerade die Vorleistungspflicht des Werkunternehmers begründet ein Sicherungsverlangen, dass durch die gesetzliche Sicherungshypothek (§ 648 BGB a. F.) regelmäßig nicht befriedigt werden kann, weil das Baugrundstück regelmäßig bereits bei Baubeginn bis an die Grenze der Beleihungsfähigkeit belastet ist.

Es erscheint daher denkbar, aus diesem Urteil zu folgern, dass – wenn eine selbstschuldnerische Bürgschaft zulässig ist – auch ein den Bauhandwerker weniger stark absichern-

des Schuldnererkenntnis zulässig sein muss. Auch hierbei bestehen jedoch Bedenken wegen des Vorleistungsrisikos, das durch eine Vollstreckungsmöglichkeit begründet wird. Denn bei einer selbstschuldnerischen Bürgschaft wird – gerade anders als bei einem Schuldnererkenntnis – keine Vorausleistung ermöglicht, da dem Schuldner die Einrede (§ 770 Abs. 2 BGB) verbleibt, dass die Forderung noch nicht fällig ist.

2. Anwendung auf den vorliegenden Fall

a) Prüfungsmaßstab

Das **Zivilrecht allgemein** verbietet Sicherungsmittel nicht (Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 4. Aufl. 2018, Rn. 6.23). Grenzen zulässiger Vereinbarungen können sich jedoch aus §§ 134, 138 BGB oder aus den §§ 305 ff. BGB ergeben. Für eine Sittenwidrigkeit oder einen Gesetzesverstoß – insbesondere einen Verstoß gegen die MaBV – liegen hier nach dem Sachverhalt keine Anhaltspunkte vor.

Denkbar ist jedoch einen **Verstoß gegen die §§ 305 ff. BGB**. Voraussetzung für eine Prüfung nach §§ 305 ff. BGB ist, dass es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt. Diese müssten also insbesondere zur mehrmaligen Verwendung vorformuliert sein. Ob der Werkunternehmer hier eine mehrfache Verwendung der Klausel beabsichtigt, ist für uns nicht ersichtlich, erscheint aber möglich. Das Merkmal des „Stellens“ durch den Unternehmer wird in einer Unternehmer-Verbraucher-Konstellation gem. § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB vermutet. Wir gehen dabei davon aus, dass der „Werkunternehmer“ nicht nur „Unternehmer“ im werkvertragsrechtlichen Sinn (als Gegenbegriff zu: Besteller) ist, sondern auch gewerblich tätig wird („Unternehmer“ als Gegenbegriff zu „Verbraucher“).

Nachfolgend wird als Zwischenergebnis davon ausgegangen, dass jedenfalls nach den erleichterten Voraussetzungen des § 310 Abs. 3 BGB Allgemeine Geschäftsbedingungen anzunehmen sind.

b) Schuldnererkenntnis als Vorleistung?

Zuzugeben ist, dass der BGH ein **Sicherungsbedürfnis des Werkunternehmers anerkannt** hat, das aus dessen Vorleistungspflicht resultiert. Gleichwohl gilt es zu beachten, dass der BGH in seiner Entscheidung 2001 die Vorleistung des Bestellers durch Abgabe der ZV-Unterwerfung als Verstoß gegen den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung angesehen hat. Daran dürfte sich auch durch die zwischenzeitlich erfolgte Modernisierung des Bauträgerrechts nichts geändert haben. Auch die vom BGH 2010 als zulässig angesehene selbstschuldnerische Bürgschaft eines Kreditinstituts ist keine Abkehr von diesem Prinzip.

Möglicherweise anders liegt es aber bei einem **Schuldnererkenntnis nach § 781 BGB**, das – je nach Ausgestaltung – konstitutiv oder deklaratorisch ausgestaltet sein kann, also einen neuen Schuldgrund schaffen oder ein bestehendes Schuldverhältnis bestätigen kann. Auch in letzterem Fall hat das Schuldnererkenntnis insofern, als Uneinigkeiten oder Streit über das Bestehen des Schuldverhältnisses beseitigt werden, eine potentiell konstitutive Wirkung (Grüneberg/Sprau, BGB, 81. Aufl. 2022, § 781 Rn. 2 f.).

Dem Sachverhalt ist nicht zu entnehmen, inwieweit das Schuldnererkenntnis die Ansprüche des Bauunternehmers gegenüber der gesetzlichen Lage verbessern würde. Es ist

aber davon auszugehen, dass eine solche Verbesserung – insbesondere durch entbehrliche Nachweise – vorliegt, da ansonsten das Schuldanerkenntnis wirtschaftlich uninteressant wäre. Soweit der Bauunternehmer bereits vor der Fälligkeit der werkvertraglichen Forderung einen Anspruch aus dem Schuldanerkenntnis hat, liegt u. E. ein **Verstoß gegen das Vorleistungsverbot** vor.

Dabei dürfte es auch nicht entscheidend sein, ob der Anspruch (wie hier) zusätzlich durch eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung abgesichert wird. Denn bei einer unmittelbaren Vollstreckungsmöglichkeit ist zwar der Zugriff des Bauunternehmers auf Vermögen des Bestellers vor Fälligkeit seiner Ansprüche deutlich erleichtert. Auch bei fehlender unmittelbarer Vollstreckungsmöglichkeit wäre jedoch durch die Begründung eines Anspruchs die Grundlage gelegt, dass es – im Wege „freiwilliger“, d. h. nicht im Wege der Zwangsvollstreckung durchgesetzter, Zahlung auf den Anspruch oder nach Ausstellung eines entsprechenden Titels, ggf. im Klageweg – zu Vorleistungen des Bestellers kommen kann. Bereits die Begründung eines Anspruchs, aus dem vor Fälligkeit der Werklohnforderung Zahlungen verlangt werden können, verstößt daher nach Ansicht des Sachbearbeiters dieser Anfrage gegen das Vorleistungsverbot.

c) Urteil des OLG Oldenburg v. 18.2.2020

Ähnlich hat jüngst auch das OLG Oldenburg entschieden (OLG Oldenburg, Urt. v. 18.2.2020 – 2 U 260/19 –, juris). Bei einem Architektenvertrag, der an §§ 307 ff., 648a BGB a. F. zu messen war, stellte das Gericht – neben einem Verstoß gegen § 648a BGB a. F., da das Schuldanerkenntnis erst nachträglich verlangt wurde – auch einen Verstoß gegen § 307 BGB fest und stützte sich dabei auf das oben erwähnte Urteil des BGH:

„Die Klausel verstößt gegen § 307 BGB soweit man sie im Wege der Auslegung so verstände, dass der Kläger als Auftragnehmer zur Absicherung des Honorars des Beklagten sowie der EE GmbH ein notarielles Schuldanerkenntnis mit Vollstreckungsunterwerfung als Sicherheit leisten sollte. Denn die Leistung einer derartigen Sicherheit widerspricht den wesentlichen Grundgedanken der Rechtsordnung. So würde sie dem Auftragnehmer den Zugriff auf das Vermögen des Auftraggebers eröffnen, ohne dass es eines Nachweises bedürfte, dass er seine Architekten- und Ingenieursleistung in einem der jeweiligen Abschlagsrechnung entsprechenden Umfang erbracht hat. Damit setzt die Regelung den Auftraggeber der Gefahr einer Vorleistung aus, die den gesetzlichen Regelungen des Werkvertrags – und nichts anderes ist nach dem bis zum 31.12.2017 geltenden Werkvertragsrecht ein Vertrag über Architekten- und Ingenieurleistungen – fremd ist (vgl. §§ 641, 320 BGB). Denn der mit dem notariellen Schuldanerkenntnis mit Vollstreckungsunterwerfung einhergehende Verzicht auf den Nachweis der Fälligkeit der Forderung ermöglicht dem Unternehmer den schnellen Zugriff ohne Darlegung seiner materiellen Berechtigung, so dass der Auftraggeber in die Rolle der Verteidigung seiner Rechte gedrängt wird (vgl. BGH NJW 2002, 138). Insbesondere liefe er Gefahr, Vermögenswerte endgültig zu verlieren, ohne dafür einen entsprechenden Gegenwert am Bauvorhaben erhalten zu haben, wofür es keine sachliche Rechtfertigung gibt (vgl. BGH a.a.O.).“

(OLG Oldenburg, Urt. v. 18.2.2020 – 2 U 260/19 –, juris, Rz. 45)

Der BGH hat die Nichtzulassungsbeschwerde gegen die Entscheidung zurückgewiesen (BGH, Beschl. v. 7.7.2021 – VII ZR 36/20 –, juris).

3. Ergebnis

Wir gehen daher davon aus, dass die Pflicht zur Abgabe eines Schuldanerkenntnisses in AGB nicht wirksam wäre, da diese gegen das in §§ 307 Abs. 2, 641, 320 BGB verankerte Vorleistungsverbot verstößen würde.