

Gutachten des Deutschen Notarinstituts**Abruf-Nr.: 184875****letzte Aktualisierung: 01. Oktober 2021****MaBV § 3; BGB §§ 631, 640****Getrennter Ratenplan für die Herstellung einer Erschließungsstraße; Unzulässigkeit der Abnahme durch einen vom Bauträger bestimmten Sachverständigen****I. Sachverhalt**

Im Bauträgervertrag soll für eine vom Bauträger zu erstellende Erschließungsstraße ein eigener Ratenplan vereinbart werden. Die Ratenzahlung soll wie folgt lauten: 40 % nach Beginn der Erdarbeiten, 50 % nach benutzungsfähiger Erstellung, 6,5 % nach Abnahme durch einen öffentlich bestellten Sachverständigen und 3,5 % nach vollständiger Fertigstellung;

II. Fragen

Kann eine solche Ratenzahlung vereinbart werden, wenn Voraussetzung für die Fälligkeit der 50 %-Rate zusätzlich noch die benutzungsfähige Erstellung der mitverkauften Wohnung ist?

III. Zur Rechtslage**1. Zulässigkeit getrennter Ratenpläne für eine Erschließungsstraße**

Eine getrennte Fertigstellung und getrennte Führung von Ratenzahlungsplänen nach MaBV ist möglich, wenn neben einer Hauptanlage eine rechtlich selbstständige Nebenanlage erstellt werden soll (vgl. hierzu Basty, Der Bauträgervertrag, 10. Aufl. 2021, Kap. 5 Rn. 175 ff.; Grziwotz/Bischoff, MaBV, 3. Aufl. 2017, § 3 Rn. 138; Riemenschneider, in: Grziwotz/Koeble, Handbuch Bauträgerrecht, 2004, Teil 3 Rn. 695, 698). Soweit in der Literatur eine getrennte Fälligkeitstellung von Haupt- und Nebenanlage für möglich gehalten wird, ist stets von Nebenanlagen, wie etwa Garagen, Stellplätzen oder ähnlichem die Rede (Basty, Kap. 5 Rn. 175; Grziwotz/Bischoff, 137; Marcks, MaBV, 10. Aufl. 2019, § 3 Rn. 26). Insofern ist fraglich, ob die hier zu errichtende Straße, selbst wenn diese ein rechtlich eigenständiges Grundstück darstellt, eine solche Nebenanlage oder nicht vielmehr eine Erschließungsanlage darstellt.

U. E. kann die Beantwortung dieser Frage jedoch i. E. dahinstehen. Denn für die Frage, ob für eine im Rahmen eines Bauträgervertrags vom Bauträger herzustellende Erschließungsstraße ein eigener Ratenplan vorgesehen werden kann, kommt es u. E. auf die Beantwortung der vorgelagerten Frage an, ob es sich bei der Verpflichtung zur Errichtung des Gebäudes einerseits und der Erschließungsstraße andererseits um eine *einzig*e einheitliche Verpflichtung des Bauträgers handelt oder ob es sich nicht vielmehr um *zwei* eigenständige, werkvertragsrechtlich geprägte Ansprüche des Auftraggebers/Erwerbers gegen den Bau-

träger handelt. Soweit ersichtlich, ist diese Frage in Rechtsprechung und Literatur nicht ausdrücklich behandelt worden. Nach unserem Dafürhalten ist jedoch Letzteres der Fall.

Zwar hängen die Ansprüche gem. § 631 BGB auf Errichtung des Gebäudes und auf Herstellung der Erschließungsstraße miteinander zusammen. In der Folge muss daher auch die Verpflichtung zur Herstellung der Erschließungsstraße gem. § 311b Abs. 1 S. 1 BGB mit beurkundet werden, da diese nach dem Willen der Beteiligten Teil des einheitlichen schuldrechtlichen Vertrages sein soll (BeckOGK-BGB/Schreindorfer, Std.: 1.9.2021, § 311b Rn. 150, 163). Dies sagt jedoch noch nichts darüber aus, ob es sich um einen einzigen Anspruch des Erwerbers oder zwei eigenständige Bauverpflichtungen des Bauträgers handelt.

In der Regel vereinbaren die Vertragsbeteiligten in einem Bauträgervertrag, dass der Erwerbspreis auch die öffentlich-rechtlichen Erschließungskosten umfasst. Bei einer Kostentragungspflicht des Bauträgers steht dem Erwerber ein vertraglicher Freistellungsanspruch bzw. nach erfolgter Zahlung ein Erstattungsanspruch gegen den Bauträger zu. Bezüglich der Einordnung des Anspruchs des Erwerbers auf Freistellung von Erschließungskosten in das Leistungsgefüge eines Bauträgervertrages haben wir kürzlich in einem im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten Stellung genommen (**DNotI-Report, 2021, 17**).

Wie diesem Gutachten zu entnehmen ist, geht die überwiegende Auffassung in der Literatur und der Notarhaftungssenat des BGH davon aus, dass die Erschließungskosten der sog. Grundstücksrate gem. § 3 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 MaBV zuzuordnen sind (Gutachten DNotI-Report 2021, 17, 18 m. w. N). Die h. M. könnte im vorliegenden Fall dafür sprechen, dass erst recht nur dann ein *einzig*er Ratenzahlungsplan zulässig ist, wenn – wie hier – der Bauträger ausnahmsweise sogar die werkvertragliche Verpflichtung zur Herstellung von Erschließungsanlagen gegenüber dem Erwerber übernimmt. Die herrschende Ansicht halten wir jedoch für unzutreffend.

Nach § 650u Abs. 1 S. 1 BGB ist ein Bauträgervertrag ein Vertrag, der die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand hat und der zugleich die Verpflichtung des Unternehmers enthält, dem Besteller das Eigentum am Grundstück zu übertragen oder ein Erbbaurecht zu bestellen oder zu übertragen.

Ein Bauträger schuldet dem Erwerber regelmäßig nicht die Errichtung von Erschließungsanlagen, weshalb eine werkvertragliche Leistungspflicht des Bauträgers gem. §§ 631 ff. BGB in diesen Regelfällen ausscheidet. Allenfalls könnte aus dem Vertragszweck abgeleitet werden, dass der Bauträger dem Erwerber die Verschaffung eines erschlossenen Grundstücks schuldet. Diese Annahme ist jedoch u. E. unpräzise.

Der Bauträgervertrag ist nach seinem Vertragszweck nicht auf die Verschaffung eines *erschlossenen* Grundstücks gerichtet, sondern auf die Verschaffung eines Grundstücks nebst legalisiertem Bauvorhaben. Demzufolge ist nicht die Verschaffung eines erschlossenen, sondern eines *bebaubaren* Grundstücks geschuldet. Das rechtliche Kriterium der „Bebaubarkeit“ ist allerdings nicht identisch mit dem tatsächlichen Zustand des „Erschlossenseins“. Überdies ist gem. § 123 Abs. 1 BauGB die Erschließung eine öffentliche Aufgabe, sodass es keinen sachlichen Grund dafür gibt, die Erschließung und die hiermit korrespondierende Beschaffenheit des veräußerten Grundstücks dem Pflichtenkreis des Bauträgers zuzurechnen. Die Erschließung ist somit regelmäßig nicht Gegenstand des Pflichtenprogramms des zivilrechtlichen Bauträgervertrages. Hiervon geht auch der Gesetzgeber zutreffend aus, indem er in § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 MaBV anordnet, dass der Bauträger – sofern die übrigen Vorausset-

zungen vorliegen – Vermögenswerte entgegennehmen darf, wenn die Baugenehmigung erteilt wurde. Das Gesetz stellt somit auf das rechtliche Kriterium der Bebaubarkeit und nicht auf den tatsächlichen Erschließungszustand des Grundstücks ab.

Dafür spricht auch, dass nach den Vorschriften der Bauordnungen der Länder (z. B. Art. 59 BayBO) für die Erteilung einer Baugenehmigung u. a. die bauplanungsrechtlichen Vorschriften der §§ 29 ff. BauGB einzuhalten sind und diese für die Zulässigkeit von Vorhaben gerade nicht erfordern, dass ein Grundstück erschlossen ist, sondern dass die Erschließung gesichert ist (§ 30 Abs. 1, Abs. 2, § 33 Abs. 1 Nr. 4, § 34 Abs. 1 S. 1, § 35 Abs. 1, Abs. 2 BauGB).

Die Erschließung ist im bauplanungsrechtlichen Sinne gesichert, wenn nach objektiven Kriterien erwartet werden kann, dass die Erschließungsanlagen spätestens bis zur Fertigstellung der anzuschließenden baulichen Anlagen benutzbar sind (BVerwG, Urt. v. 20. 5. 2010 – 4 C 7.09, NVwZ 2010, 1561 Rn. 40), die Erschließungsanlagen müssen nicht bereits im Zeitpunkt der Entscheidung über den Bauantrag vorhanden sein. Vielmehr ist es allein notwendig, dass aus dem Stand und Fortgang der Erschließungsarbeiten nach aller Erfahrung darauf geschlossen werden kann, dass diese Arbeiten bis zur Fertigstellung der baulichen Anlagen abgeschlossen sein werden, d. h., dass die Erschließungsanlagen technisch nutzbar sind und auf Dauer zur Verfügung stehen werden (BeckOK-BauGB/Tophoven, Std.: 1.2.2021, § 30 Rn. 39; BVerwG NVwZ 1986, 38, 39; 1986, 646; NVwZ-RR 2002, 770, 772). Es kann dabei ausreichen, insbesondere bei kleineren Anlagen, dass mit der Herstellung der Erschließungsanlagen alsbald begonnen wird, wenn noch genügend Zeit bleibt, um sie bis zur Fertigstellung der baulichen Anlage benutzbar zu machen (Battis/Krautzberger/Löhr/Mitschang, BauGB, 14. Aufl. 2019, § 30 Rn. 23). Unerheblich ist es dabei, ob die Erschließung von der Gemeinde oder aufgrund eines städtebaulichen Vertrages nach § 11 BauGB durch einen Privaten erstellt wird, wobei in diesem Fall die Gemeinde trotz des Abschlusses eines Erschließungsvertrages nach außen für die Erschließung verantwortlich bleibt (Battis/Krautzberger/Löhr/Mitschang, § 11 Rn. 19). Somit ist für die Erteilung der Baugenehmigung i. S. v. § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 MaBV gerade nicht der Zustand des Erschlossenseins erforderlich. Weitere Anforderungen an den Erschließungszustand des Grundstücks stellt der Gesetzgeber für die Entgegennahme von Vermögenswerten durch den Bauträger gem. § 3 MaBV nicht auf. Dies wäre aber geboten gewesen, wenn es regelmäßig zum zivilrechtlichen Pflichtenkreis des Bauträgers gehörte, auch die Erschließungsanlagen zu errichten.

Wie dem bereits erwähnten Gutachten (DNotI-Report 2021, 17, 20) weiter zu entnehmen ist, müsste dem Erwerber bei Bestehen einer entsprechenden Verpflichtung des Bauträgers konsequenterweise die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gem. § 320 BGB zustehen, solange die Erschließungsanlagen noch nicht fertiggestellt sind und demzufolge das Grundstück noch nicht die vermeintlich geschuldete Beschaffenheit aufweist, was jedoch auch vom BGH (DNotZ 2008, 280 Rn. 12) inkonsistenterweise abgelehnt wird (DNotI-Report 2021, 17, 19). Dies erweist sich jedoch aus dem Grund als zutreffend, als die Erschließung und die hiermit korrespondierenden öffentlich-rechtlichen Beiträge überhaupt nicht in den synallagmatischen Austausch der wechselseitigen Hauptleistungspflichten eines Bauträgervertrags einzubeziehen sind.

Im **Ergebnis** handelt es sich u. E. daher bei der Verpflichtung des Bauträgers zur Errichtung des Gebäudes einerseits und der hier – ausnahmsweise – kraft ausdrücklicher vertraglicher Vereinbarung geschuldeten Herstellung der Erschließungsstraße andererseits nicht um einen einzigen, sondern um **zwei eigenständige werkvertragliche Ansprüche mit**

korrespondierenden *eigenständigen* Zahlungspflichten der Erwerber. In der Folge ist nach unserem Dafürhalten auch die Vereinbarung eines separaten Ratenplans für die Erschließungsstraße zulässig. Gleichwohl weisen wir nochmals darauf hin, dass bezüglich dieser Frage keine Literatur oder Rechtsprechung ersichtlich ist und die Rechtslage im Ergebnis daher als nicht gesichert zu bezeichnen ist. Es bleibt abzuwarten, wie die konkrete Frage von einem unabhängigen Gericht beantwortet wird. Wir bitten daher, die vorstehenden Ausführungen unter dieser Einschränkung zu sehen.

2. Anwendbarkeit der MaBV – Inhalt des Ratenplans

Nimmt man nach der hier vertretenen Ansicht an, dass die Verpflichtung des Bauträgers zur Errichtung der Straße einen *eigenständigen* werkvertraglichen Anspruch des Erwerbers begründet, stellt sich die Frage, ob auch diese Verpflichtung des Bauträgers dem Anwendungsbereich der MaBV unterfällt.

Dagegen könnte sprechen, dass im Rahmen des zivilrechtlichen Anwendungsbefehls der MaBV – durch die Verweisungskette des § 650v BGB i. V. m. Art. 244 EGBGB und § 1 der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen – im **§ 650u Abs. 1 BGB** ein Bauträgervertrag als ein Vertrag charakterisiert wird, der **die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks** zum Gegenstand hat und der zugleich die Verpflichtung des Unternehmers enthält, dem Besteller das Eigentum an dem Grundstück zu übertragen oder ein Erbbaurecht zu bestellen oder zu übertragen. Zwar ist der Begriff des Hauses bzw. der eines vergleichbaren Bauwerks im Gesetz nicht definiert. Nach dem gesetzlichen Leitbild von § 650u BGB (bzw. § 632a BGB a.F.) sind jedoch *zum Wohnen geeignete* Gebäude bzw. Eigentumswohnungen gemeint (zur Historie des Bauträgervertrages und Normzweck von § 650u BGB vgl. BeckOGK-BGB/Matkovic, Std.: 1.7.2021, § 650u Rn. 2 ff.). Eine Erschließungsstraße ist unzweifelhaft nicht zum Wohnen geeignet und dürfte auch bei weiter Auslegung der Begriffe des „Hauses“ oder des „vergleichbaren Bauwerks“ wohl nicht unter diese Vorschrift subsumiert werden können, sodass der *zivilrechtliche* Anwendungsbefehl der MaBV vorliegend nicht greift.

Neben dem zivilrechtlichen steht jedoch ein weiterer originärer Anwendungsbefehl, nämlich der *öffentlich-rechtliche* des § 1 Abs. 1 MaBV. Demnach gilt die MaBV für Gewerbetreibende, die Tätigkeiten nach § 34c Abs. 1 GewO ausüben. **§ 34c Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GewO** spricht von der gewerbsmäßigen Vorbereitung oder Durchführung von **Bauvorhaben**, ohne dies – wie § 650u BGB – auf Häuser oder vergleichbare Bauwerke zu beschränken. Vielmehr ist der gewerberechtliche Begriff des Bauvorhabens im Sinne von § 34c Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GewO weit zu verstehen und umfasst alle Hoch- und Tiefbauvorhaben (vgl. nur BeckOGK-GewO/Will, Std. 1.3.2021, § 34c Rn. 27), mithin auch die Errichtung einer Erschließungsstraße. Somit ist nach unserem Dafürhalten die MaBV aufgrund des öffentlich-rechtlichen Anwendungsbefehls des § 1 Abs. 1 MaBV vorliegend anwendbar.

3. Ausgestaltung des Ratenplans

Es ist zu beachten, dass die MaBV **gewerberechtliche Vermögensentgegennahmeverbote** statuiert, denen über die Verweisung in § 650v BGB auch zivilrechtlich Bedeutung zukommt (BeckOK-BGB/Voit, 59. Ed. 1.5.2020, § 650v Rn. 1; auch vor Inkrafttreten des § 650v BGB waren die Vorgaben bei der Vertragsgestaltung zu berücksichtigen, vgl. dazu MüKoBGB/Busche, 8. Aufl. 2020, § 650v Rn. 2). Mit Blick auf die Vertragsgestaltung ergibt sich die Beachtlichkeit insbesondere daraus, dass die Bestimmung des § 3 MaBV nach

Ansicht des BGH eine Verbotsnorm i. S. v. § 134 BGB darstellt und ein Verstoß somit zur zivilrechtlichen Unwirksamkeit der Fälligkeitsabrede führt.

Vorliegend ist nach den Sachverhaltsangaben vorgesehen, dass eine erste Rate in Höhe von 40 % bereits mit Beginn der Erdarbeiten fällig werden soll. Gemäß § 3 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 MaBV darf diese erste Rate jedoch maximal 30 % umfassen. Anzudenken ist sogar, ob angesichts des Schutzzwecks der MaBV, den Erwerber vor Überzahlungen zu bewahren, die erste Rate für die Erschließungsstraße ggf. herabzusetzen ist. Insofern wäre zur Wahrung des Schutzzwecks der MaBV vom Bauträger zu erfragen, welcher Anteil der Kosten auf die Erdarbeiten entfällt.

Bezüglich der weiteren Raten treffen sämtliche in § 3 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 MaBV genannten Vomhundertsätze – mit Ausnahme der letzten Abschlagszahlung für die vollständige Fertigstellung – nicht auf die für die Errichtung einer Erschließungsstraße erforderlichen Gewerke zu. Insofern ist u. E. **§ 3 Abs. 2 S. 3 MaBV** zu berücksichtigen. Sofern einzelne der in § 3 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 MaBV genannten Leistungen nicht anfallen, wird nach dieser Vorschrift der jeweilige Vomhundertsatz anteilig auf die übrigen Raten (der Nr. 2) verteilt (vgl. die Formel bei Marcks, § 3 Rn. 44). Im Ergebnis dürfte u. E. also allein eine Umverteilung auf den letzten Spiegelstrich (5 % nach vollständiger Fertigstellung) in Frage kommen, sodass nur eine weitere Rate nach Fertigstellung in Höhe von (mindestens) 70 % in Frage käme.

Zudem halten wir es für geboten, eine Verknüpfung der Fälligkeit der Raten bezüglich der Erschließungsstraße mit der Bezugsfertigkeit des zu errichtenden Gebäudes bzw. der zu errichtenden Wohnung herzustellen, um dem Umstand gerecht zu werden, dass der Erwerber erst mit tatsächlicher Nutzbarkeit des Gebäudes bzw. der Wohnung auch ein Interesse an der Nebenanlage „Erschließungsstraße“ hat.

4. Abnahme durch einen Sachverständigen

Zudem möchten wir darauf hinweisen, dass bezüglich der Abnahme durch einen öffentlich bestellten Sachverständigen jedenfalls dann Bedenken bestehen, wenn der Sachverständige – auch nur mittelbar – vom Bauträger bestimmt werden kann, da der Sachverständige z. B. im Interesse von Folgeaufträgen im Zweifel im Sinne des Bauträgers entscheiden könnte (Basty, Kap. 12 Rn. 64 m. w. N).

Zudem erlauben wir uns darauf hinzuweisen, dass der BGH in seiner Entscheidung v. 12.05.2016 – VII ZR 171/15, NJW 2016, 2878, darauf hingewiesen hat, dass der **Erwerber die Möglichkeit haben muss, die Abnahme selbst durchzuführen oder durch eine vom ihm ausgesuchte Vertrauensperson** durchführen zu lassen. Legt man bei dem Begriff der „Vertrauensperson“ das Verständnis des BGH zu § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 1 BeurkG (vgl. Disziplinarentscheidung v. 20.07.2015 – NotSt(Brfg) 3/15, DNotZ 2016, 72) zugrunde, muss somit der Vertreter im positiven Sinne parteiisch, also gewillt und in der Lage sein, die Interessen des Erwerbers gegen den Bauträger im Rahmen des Abnahme durchzusetzen. Vor diesem Hintergrund erscheint es höchst zweifelhaft, dass ein öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger, der sich im Zweifel zur Neutralität verpflichtet sieht, eine geeignete Abnahmeperson ist (vgl. Monreal, DAI-Skript, Bauträgerrecht in der notariellen Praxis, Bochum, Sept. 2020. S. 120-125).