

### **Gutachten des Deutschen Notarinstituts**

**Fax-Abruf-Nr.:** 97439#

**letzte Aktualisierung:** 11. Januar 2010

### **BGB § 167; MaBV §§ 3, 7**

### **Änderungsvollmacht für den Bauträger; Auswirkungen der Änderung der Teilungserklärung auf die Vormerkung und die Baugenehmigung**

#### **I. Sachverhalt**

Ein Bauträger hat ein genehmigtes Baugesuch und beabsichtigt, auf der Grundlage des nach baden-württembergischen Bauordnungsrecht genehmigten Baugesuchs die Abgeschlossenheitsbescheinigung für die Aufteilungspläne einzuholen. Die Teilungserklärung soll auf der Grundlage dieser Unterlagen beurkundet werden.

Der Bauträger beabsichtigt jedoch, ein weiteres Baugesuch genehmigen zu lassen und das Bauvorhaben anhand des noch zu genehmigenden Baugesuchs durchzuführen. Inhalt des einzureichenden Baugesuchs ist die Änderung der Außenfassade durch Einbau von weiteren Fenstern, die Errichtung weiterer Stellplätze in einem Teilbereich der Tiefgarage und die Verschiebung der Kellertrennwände. An zwei im Zuge der Änderung des Bauvorhabens neu entstehenden Stellplätzen sollen Sondernutzungsrechte begründet werden. Die Kellerräume und die „alten“ Stellplätze sollen nach dem Inhalt der Teilungserklärung dagegen schon nach dem bisherigen (alten) Aufteilungsplan im Sondereigentum eines (Wohnungs-)Eigentümers stehen.

Zudem wird im Zuge der Änderung des Bauvorhabens in das Sondereigentum von wenigen Wohnungen eingegriffen, indem sich die jeweilige Wohnung um wenige Quadratmeter vergrößert (Abweichungen von der Wohnfläche liegen aber nach Aussage des Bauträgers wohl unter 3 %).

Der Bauträger möchte jedoch vor Vorliegen des noch einzuholenden Baugesuchs den Verkauf von Wohnungseinheiten betreiben. Dabei wird von dem bereits genehmigten Baugesuch – wie vorstehend geschildert – abgewichen. Der Verkauf der Wohnungen soll auf Grundlage des alten Baugesuchs und Aufteilungsplans, also der vorgenannten Teilungserklärung mit den „alten“ Aufteilungsplänen und auf Grundlage des genehmigten (alten) Baugesuchs erfolgen. Erst nachträglich sollen die oben geschilderten Baudurchführungen rechtlich in Form eines Nachtrags zur Teilungserklärung aufgearbeitet werden.

Es wird beabsichtigt, im Kaufvertrag die Pläne des projektierten Bauvorhabens beizufügen, die Zustimmung des Erwerbers zum projektierten (abweichenden) Bauvorhaben aufzunehmen und den Bauträger für die erforderlichen notariell zu beurkundenden Erklärungen (Nachträge zur

Teilungserklärung) allseits zu bevollmächtigen. Das Bauvorhaben wurde bereits teilweise begonnen.

## II. Fragen

1. Kann der Bauträger bereits mit Kaufvertragsabschluss vom jeweiligen Erwerber dahingehend (beschränkt) bevollmächtigt werden, dass er in das Sonder- und Gemeinschaftseigentum, insbesondere in Bezug auf die Kellerräume, Stellplätze und Wohnungseigentum, eingreifen und hierzu Änderungen vornehmen kann?
2. Ist eine Anforderung der Kaufpreisraten nach der MaBV möglich (trotz fehlenden Baugesuchs hinsichtlich der neuen Aufteilung)? Insbesondere: Sichert die Auflassungsvormerkung den Erwerber, wenn diese an Einheiten eingetragen wird, die tatsächlich so nicht gebaut werden?
3. Falls eine Anforderung der Kaufpreisraten nach Frage 2 nicht möglich sein sollte: Können Kaufpreisraten nach Stellen einer Bürgschaft i. S. d. § 7 MaBV angefordert werden?

## III. Zur Rechtslage

### 1. Vollmacht im Bauträgervertrag

Im Grundbuchverfahren verliert der Verkäufer/Bauträger die Befugnis zur Änderung der Teilungserklärung mit der Eintragung einer Auflassungsvormerkung für den ersten Erwerber des Wohnungseigentums, der ab diesem Zeitpunkt grundsätzlich eine Inhaltsänderung der Teilungserklärung zustimmen muss (BayObLG DNotZ 1994, 233, 234; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 2962). Die Zustimmung bzw. Bewilligung der Erwerber kann jedoch auch von einem Vertreter abgegeben werden, wobei eine wirksame Vollmacht in der Form des § 29 GBO nachzuweisen ist (BayObLG DNotZ 1992, 714 ff.; BayObLG DNotZ 1994, 233, 236).

Nach der Rechtsprechung des BGH kann eine **Ermächtigung** des Bauträgers oder eines Wohnungseigentümers, die sachenrechtlichen Grundlagen der Gemeinschaft zu ändern, **nicht Gegenstand** einer Vereinbarung in **der Teilungserklärung** sein (BGH DNotZ 2003, 536, 538, sog. verdinglichte Ermächtigung, s. Hügel, in: Würzburger Notarhandbuch, 2. Aufl. 2010, Teil 2, Kap. 5, Rn. 234). Eine **Vollmacht** zur diesbezüglichen Änderung der Teilungserklärung ist deshalb vielmehr **in** die entsprechenden **Kaufverträge aufzunehmen** (Hügel, a.a.O.).

### 2. Schranken der Bevollmächtigung im Bauträgervertrag

#### a) Schrankenlose Vollmacht im Außenverhältnis

Um grundbuchverfahrensrechtlich verwendbar zu sein, müssen derartige Vollmachten dem grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz genügen. Daher empfiehlt die Literatur meistens, die Vollmacht im Außenverhältnis unbeschränkt zu fassen, so dass keine Nachweisprobleme dem Grundbuchamt gegenüber entstehen können. Lediglich im Innenverhältnis wird der Gebrauch der Vollmacht auf bestimmte Fälle eingeschränkt (Riemenschneider, in: Grziwotz/Koebler, Handbuch Bauträgerrecht, 2004, 3. Teil, Rn. 220). Vollmachten, die diese Grundsätze berücksichtigen, sind nach der Entscheidung des BayObLG v. 12.9.2002, DNotZ 2003, 51 regelmäßig in grundbuchrechtlicher Hinsicht ausreichend bestimmt.

## b) Veränderung sachenrechtlicher Grundlagen

Der im Außenverhältnis unbeschränkte Umfang der Änderungsbefugnis schließt auch die Veränderung der sachenrechtlichen Grundlagen ein. Dies gilt etwa für die Umwandlung von Gemeinschafts- in Sondereigentum sowie von Sonder- in Gemeinschaftseigentum, ferner die nachträgliche Änderung von Miteigentumsanteilen (Basty, Der Bauträgervertrag, 6. Aufl. 2009, Rn. 194; Meyer, RNotZ 2006, 497, 500). Dies ist, soweit ersichtlich, unstrittig (vgl. auch OLG München MittBayNot 2009, 296; OLG München, RNotZ 2009, 329; OLG München DNotZ 2008, 289).

## c) Zulässigkeitsstranken

Soweit auf den Vertrag die §§ 305 ff. BGB Anwendung finden, insbesondere bei Verbraucherverträgen i. S. v. § 310 Abs. 3 BGB, ist berücksichtigen, dass eine Ermächtigung des Bauträgers im Bauträgervertrag zur Änderung der Teilungserklärung möglicherweise gegen die §§ 305 ff. BGB verstoßen kann. Dies führt dazu, dass die grundsätzlich abstrakte Vollmacht ebenfalls nach §§ 305 ff. BGB unwirksam ist. Namentlich kommt insbesondere ein Verstoß gegen § 308 Nr. 4 BGB in Betracht.

Gem. **§ 308 Nr. 4 BGB** ist in einem Formularvertrag die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, wenn nicht die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist, unwirksam. Voraussetzungen und Grenzen des Abänderungsvorbehalts müssen im einzelnen vertraglich konkretisiert werden (OLG Frankfurt, BauR 2000, 1204; Basty, Der Bauträgervertrag, 6. Aufl. 2009, Rn. 200 ff.; Meyer, RNotZ 2006, 497, 501; Kolb, MittRhNotK 1996, 254, 258). Der Vorschrift des § 308 Nr. 4 BGB genügt eine Änderungsvollmacht nur dann, wenn sie dem Erwerber zumutbar ist und einen **Rahmen vorgibt, innerhalb dessen sie ausgeübt werden darf** (OLG Frankfurt, BauR 2000, 1204 m. w. N.; Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Aufl. 2010, § 308 Rn. 22 f.; Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, 4. Aufl. 2004, Rn. 112).

Ein Abänderungsvorbehalt auch in einem Formularvertrag dürfte jedenfalls dann wirksam sein, wenn er im Außenverhältnis unbeschränkt ist, im Innenverhältnis aber entweder alle oder doch die meisten der nachfolgenden **Beschränkungen** enthält (vgl. den Formulierungsvorschlag bei Basty, Rn. 209):

- **keine Beeinträchtigung des Sondereigentums** und der **Sondernutzungsrechte des Erwerbers**,
- **keine Änderung des Miteigentums** des Erwerbers (dies sehen viele Literaturstellen nicht als erforderlich an),
- **Befristung** der Vollmacht (etwa auf einen bestimmten Zeitraum nach Bezugsfertigkeit oder bis zur Auflassung bzw. auf den Zeitraum, in den der Bauträger noch Eigentümer einer Wohnungs- oder Teileigentumseinheit ist), im übrigen Beschränkung auf den Erwerber „zumutbare“ Änderungen bzw. **Ausschluss von „unzumutbaren Beeinträchtigungen“**,
- **Bindung** der Ausübung der Vollmacht **an eine Notarstelle** (im Außenverhältnis).

Gerade im Hinblick auf das verkaufte Sondereigentum erscheint es unverzichtbar, dass die Vollmacht jedenfalls im Innenverhältnis letztlich so beschränkt sein muss, dass dessen Lage, Größe und Umfang nicht verändert werden können; dem Erwerber ist eine

Veränderung der zu seinem Sondereigentum gehörigen Räume, des Kostenverteilungsschlüssels oder eine Verringerung der zum Gemeinschaftseigentum gehörigen und zum Mitgebrauch berechtigenden Flächen etwa durch die zusätzliche Begründung von Sondereigentumseinheiten oder Sondernutzungsrechten unzumutbar im Sinne von § 308 Nr. 4 BGB (Pause, a. a. O., Rn. 112; Grziwotz/Koeble/Riemenschneider, a. a. O., 3. Teil Rn. 745; vgl. auch BayObLG DNotZ 2003, 932 ff.).

### 3. Auswirkungen der Änderung der Teilungserklärung auf den Vormerkungsschutz und die Kaufpreisfälligkeit

#### a) Vorgaben der MaBV

Nach § 3 Abs. 1 S. 1 Ziff. 2 MaBV muss „zur Sicherung des Anspruchs des Auftraggebers auf Eigentumsübertragung oder Bestellung oder Übertragung eines Erbbaurechts an dem Vertragsobjekt eine Vormerkung an der vereinbarten Rangstelle im Grundbuch eingetragen“ sein.

#### b) Vormerkungsschutz und Änderung der Teilungserklärung

In welcher Weise sich Änderungen der Bauausführung und der Teilungserklärung aufgrund einer Käufervollmacht auf den nach der MaBV erforderlichen Vormerkungsschutz auswirken, wird in der Rechtsprechung praktisch nicht erörtert und auch in der Literatur nur vereinzelt angesprochen. *Basty* (Der Bauträgervertrag, 6. Aufl. 2009, Rn. 323) diskutiert in diesem Zusammenhang die Frage, ob per se die Möglichkeit der im Außenverhältnis unbeschränkten Änderung der Teilungserklärung der Sicherungswirkung einer eingetragenen Vormerkung entgegensteht, äußert sich zu der Frage aber nicht abschließend. Prämisse der Diskussion ist, dass die Vormerkung den Anspruch auf Verschaffung des näher bezeichneten Wohnungseigentums in seinem jeweiligen (sachenrechtlichen) Bestand sichert und aufgrund ihrer Akzessorietät zum Bauträgervertrag Vertragsänderungen aufgrund der Vollmacht auf den Inhalt der Vormerkung „durchschlagen“ (vgl. *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rn. 323, 299).

Aus unserer Sicht ist im Ausgangspunkt davon auszugehen, dass **Änderungen der jeweiligen Miteigentumsanteile** sowie **Änderungen bezüglich Gegenstand und Umfang des jeweiligen Sondereigentums** eine **Inhaltsänderung des Wohnungseigentums** darstellen und damit eine **Veränderung des Kaufgegenstandes** eintritt. Das BayObLG (MittBayNot 1984, 183 f.) hat etwa zur **Notwendigkeit einer erneuten Auflassung** erklärt:

„Im vorliegenden Fall sind hinsichtlich des aufgelassenen Wohnungs- und Teileigentums ersichtlich weder die jeweiligen Miteigentumsanteile (Quoten) noch Gegenstand und Umfang des jeweiligen Sondereigentums geändert worden. Insoweit bestehen deshalb gegen die Identität des Auflassungsobjektes keine Bedenken. Soweit im Grundbuch vermerkt worden ist, der jeweilige Miteigentumsanteil werde künftig durch ein anderes Wohnungseigentum als bisher beschränkt, gilt das selbe. Denn die Frage, durch welches sonstige Sondereigentum das hier aufgelassene Wohnungs-(Teil-) Eigentum beschränkt ist, hat mit dessen dinglicher Zuordnung nichts zu tun. Nicht anders ist es hinsichtlich sonstiger Änderungen der Teilungserklärung (Gemeinschaftsord-

nung), die nur das schuldrechtliche Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander regeln (z. B. Benutzungsrecht, Kostenverteilungsschlüssel o. Ä.).“

Das BayObLG differenziert also: Wird nach Erklärung der Auflassung nur die **Gemeinschaftsordnung** (z. B. Benutzungsrecht, Kostenverteilungsschlüssel) **geändert**, so **besteht** die **Identität** des aufgelassenen Gegenstandes **fort**. Eine erneute Auflassung ist nicht erforderlich. Dies dürfte auch dann gelten, wenn hinsichtlich der nicht von der Veräußerung betroffenen Einheiten Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum umgewandelt wurde bzw. dann, wenn die Miteigentumsanteile der nicht von der Veräußerung betroffenen Einheiten geändert wurden. Wird hingegen die **Miteigentumsquote** des veräußerten Objekts **geändert** oder ist das **Sondereigentum des veräußerten Objektes** in anderer Weise **unmittelbar betroffen**, etwa durch eine Änderung der Raumaufteilung, **ändert sich die Identität des aufgelassenen Gegenstandes**. Es muss dann eine erneute Auflassung erklärt werden. Diese Differenzierung hat sich die Literatur – soweit ersichtlich – angeschlossen (vgl. Demharter, GBO, 26. Aufl. 2008, § 20 Rn. 35; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 2939). Daneben erscheint es möglich, dass dem Erwerber – auch bei Identität des aufgelassenen Vertragsobjekts im o. g. Sinne – in Folge der nachträglichen Änderung in der Teilungserklärung Mängelansprüche zustehen (Korff, Der Wohnungseigentümer, 1983, 6, 7).

Übertragen auf den **Vormerkungsschutz** ist Folgendes festzustellen: Die Vormerkung nach § 883 BGB ist ein streng akzessorisches Sicherungsmittel. Die eingetragene Vormerkung ist mithin nur wirksam, wenn der Anspruch zu dessen Sicherung sie dienen soll, seinem Inhalt nach tatsächlich besteht; sie geht notwendigerweise unter, wenn der Anspruch erlischt. Dies bedeutet, dass feststehen muss, zugunsten welcher bestimmten Forderung die Vormerkung eingetragen ist. Einen anderen als den in der Eintragung genannten Anspruch kann die Vormerkung nicht sichern (RGZ 124, 180, 184; Schöner/Stöber, a. a. O., Rn. 1486 ff.; Palandt/Bassenge, BGB, 69. Aufl. 2010, § 883 BGB Rn. 2).

Daraus folgt der im Ausgangspunkt allgemein anerkannte Grundsatz, dass bei einer späteren Änderung der jetzigen Forderung sich **der Vormerkungsschutz nicht automatisch der Forderung anpasst**. Nach immer noch h.M. ist jedenfalls bei der Erweiterung oder qualitativen Änderung des Anspruchsinhalts die **Eintragung der Änderung des gesicherten Anspruchs bei der Vormerkung im Grundbuch konstitutives Erfordernis für die Erweiterung/Veränderung des Vormerkungsschutzes**; nur dann, wenn der Anspruch gegenständlich eingeschränkt wird, ist eine entsprechende Grundbucheintragung lediglich berichtigender Natur (Staudinger/Gursky, BGB, Neubearb. 2008, § 883 Rn. 353 ff.; BGH DNotZ 1959, 399; OLG Köln DNotZ 1976, 375; OLG Frankfurt a. M. DNotZ 1994, 247 m. Anm. Promberger; LG Düsseldorf MittRhNotK 1983, 154; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1986, 195; Promberger, Rpfleger 1977, 157 ff.). Die Vormerkung sichert also aufgrund ihrer strengen Akzessorietät lediglich den Anspruch, für den sie eingetragen ist. **Ändert sich der Anspruch später quantitativ** (ist er auf ein „Mehr“ oder ein „Weniger“ gerichtet) dann **reicht der Vormerkungsschutz soweit, wie sich der Anspruch und eingetragene Vormerkung decken**. Einer späteren Änderung des Anspruchsinhalts passt sich der Vormerkungsschutz nur dann an, wenn Inhalt des Anspruchs selbst eine „Gleitklausel“ ist. Denn dann ist der Anspruch mit dem jeweils gegenwärtigen Inhalt im Grundbuch eingetragen. Übertragen auf den vorliegenden Fall ergibt sich daraus:

Führen die Änderungen der Teilungserklärung dazu, dass der **Vertragsgegenstand** und die durch Teilung entstandene Wohnung (**Belastungsgegenstand**) nicht (mehr) übereinstimmen, müsste dementsprechend eine Änderung des Kaufvertrags im Wege der Nachtragsbeurkundung erfolgen, bei gegenständlicher Erweiterung oder Änderung des Anspruchs auch ein Nachtrag im Grundbuch, damit der Vormerkungsschutz entsprechend erweitert bzw. abgeändert wird. Eine Beeinträchtigung des Erwerbsanspruchs des Käufers – mit der Folge der Notwendigkeit der Grundbucheintragung zum Erhalt des Vormerkungsschutzes – wäre aus unserer Sicht wohl **nicht nur bei einem unmittelbaren Eingriff in Sondereigentum des Käufers** anzunehmen, sondern auch dann, wenn ein **potentielles Mitgebrauchsrecht des Käufers** (am Gemeinschaftseigentum) dadurch **beeinträchtigt** würde, dass Flächen, die nach der ursprünglichen Teilungserklärung Gemeinschaftseigentum werden sollten, nunmehr (fremdes) Sondereigentum werden sollen.

Ob dann, wenn nicht die Teilungserklärung abgeändert, sondern lediglich der Bau in Abweichung von der Teilungserklärung durchgeführt wird (vgl. hierzu auch BGH, DNotZ 2009, 50), eine Beeinträchtigung des Vormerkungsschutzes angenommen werden müsste, ist in Anbetracht der Tatsache, dass die Vormerkung keinen Anspruch auf tatsächliche Bauausführung (sondern nur einen Anspruch auf dingliche Rechtsänderung) sichert, zweifelhaft und nach der persönlichen Ansicht des Sachbearbeiters zu verneinen.

#### 4. Auswirkungen der Änderung der Bauausführung auf die Baugenehmigung und die Kaufpreisfälligkeit

##### a) Vorgaben der MaBV

Nach § 3 Abs. 1 S. 1 Ziff. 4 MaBV darf der Bauträger u.a. erst dann Zahlungen entgegennehmen, wenn „die Baugenehmigung erteilt worden ist“ (Einzelheiten etwa bei Basty, a.a.O., Rn. 441 ff.). In welcher Weise sich Änderungen der Bauausführung und der Teilungserklärung aufgrund einer Käufervollmacht auf das Erfordernis einer Baugenehmigung nach MaBV auswirken, wird in der Rechtsprechung praktisch nicht erörtert und auch in der Literatur nur vereinzelt angesprochen. U.E. ist im Grundsatz davon auszugehen, dass **eine Baugenehmigung nur dann als ausreichend im Rahmen des § 3 Abs. 1 S. 1 Ziff. 4 MaBV anzusehen ist, wenn sie die vertraglich vorausgesetzte Nutzung abdeckt** (vgl. Basty, Der Bauträgervertrag, Rn. 443). Insoweit ist zu beachten, dass **nach bauordnungsrechtlichen Grundsätzen eine Baugenehmigung erlischt**, wenn ein Bauwerk errichtet wird, das von der Baugenehmigung hinsichtlich Standort, Nutzungsart oder Gestaltung so weit abweicht, dass **eine Identität zwischen Bauwerk und Baugenehmigung nicht mehr besteht** (Dürr, Besonderes Verwaltungsrecht für Baden-Württemberg: Baurecht, 10. Aufl. 2001, Rn. 224; VGH Mannheim v. 4.5.1988 – 3 S 2835/87). Ob die Abweichungen im vorliegenden Fall nach diesen Grundsätzen zu einem Erlöschen der Baugenehmigung führen, kann abschließend nur von der Baubehörde bzw. einem Verwaltungsgericht beurteilt werden und entzieht sich schon mangels näherer Sachverhaltsangaben einer Beurteilung durch das Deutsche Notarinstitut.

##### b) Änderung der Teilungserklärung

Ändern sich aufgrund der Änderung der Teilungserklärung und des Erwerbsvertrages der Vertragsgegenstand und/oder die vertraglich vorausgesetzte Nutzung des Erwerbsobjekts, so muss diese Änderung u.E. (noch) von der erteilten Baugenehmigung

getragen sein, bevor der Bauträger Zahlungen entgegennehmen darf. Werden Kaufvertrag, Teilungserklärung und Bauausführung so abgeändert, dass eine ursprünglich erteilte Baugenehmigung dieses geänderte Vorhaben nicht mehr erlaubt, liegen ab diesem Zeitpunkt die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 S. 1 Ziff. 4 MaBV nicht (mehr) vor. (Entsprechendes gilt, wenn das Kaufobjekt von Anfang an von demjenigen Objekt abweicht, das der Genehmigungserteilung zugrundelag und nach bauordnungsrechtlichen Grundsätzen von einem Erlöschen der Baugenehmigung ausgegangen werden muss.) Da die MaBV auf die Kongruenz von Vertragsobjekt und Baugenehmigung abstellt, muss dabei u.E. schon ab dem Zeitpunkt der – im vorstehend dargestellten Sinne erheblichen – Änderung der Teilungserklärung und des Kaufvertrages und nicht erst im Zeitpunkt der Bauausführung für die Zwecke der MaBV von dem Fehlen einer Baugenehmigung ausgegangen werden.

Für die notarielle Praxis ist allerdings im Grundsatz davon auszugehen, dass der **Notar zu einer Prüfung der Baugenehmigung** bzw. der Identität von Baugenehmigung und Bauausführung **nicht verpflichtet** ist (näher Basty, Der Bauträgervertrag, Rn. 447 ff.).

## 5. Fälligkeit des Kaufpreises bei Fehlen der Baugenehmigung und/oder der Vormerkung

Wenn und soweit der Bauträger bei Anwendung der unter Ziff. 3 und 4 dargestellten Grundsätze – zumindest derzeit – keine Zahlungen (mehr) entgegennehmen darf, stellt sich die Frage, ob das Fehlen von Baugenehmigung und/oder Vormerkung durch die Bereitstellung einer Bürgschaft (§ 7 MaBV) überwunden werden kann.

Die MaBV gewährt dem Bauträger in § 7 Abs. 1 grundsätzlich die Möglichkeit, den Anforderungen des § 3 Abs. 1 u. 2 MaBV auszuweichen, wenn er für die Leistungen des Erwerbers Sicherheit durch eine Bankbürgschaft stellt. Es wird mithin dem Bauträger die Möglichkeit eingeräumt, vor der Fälligkeit der Raten **ohne die in § 3 Abs. 1 MaBV vorgesehenen Sicherungen** und abweichend vom Ratenplan des § 3 Abs. 2 MaBV Zahlungen des Erwerbers entgegenzunehmen. Aber auch wenn der Verkäufer eine Bürgschaft gem. § 7 MaBV stellt, kann er **immer nur Zahlungen „nach dem Bautenstand“** verlangen. Es kann also auch bei Stellung einer Bürgschaft nie dazu kommen, dass der Käufer verpflichtet ist, Kaufpreistraten zu zahlen, für die der Bautenstand noch nicht erreicht ist.

Stets ist allerdings eine entsprechende vertragliche Vereinbarung im Bauträgervertrag erforderlich, um ein entsprechendes Forderungsrecht des Bauträgers zu begründen. Wie sich aus § 7 Abs. 1 S. 4 MaBV ergibt, bleibt es dem Bauträger unbenommen, von einer Sicherungsart zur anderen zu wechseln, vorausgesetzt, dass dieser **Austausch der Sicherheiten im Bauträgervertrag vertraglich vorgesehen** ist (Pause, Bauträgervertrag und Baumodelle, 4. Aufl. 2004, Rn. 360 ff.; Volmer, ZfIR 1999, 493). Ist dies nicht der Fall, kann im Einzelfall aus § 242 BGB ein Anspruch auf entsprechende Änderung des Vertrages bestehen (Basty, a.a.O., Rn. 445 a.E.).