

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 195, 196, 199, 200, 650u; MaBV § 3 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 – Bauträgervertrag; Anspruch des Erwerbers auf Freistellung von Erschließungskosten; Verjährung des Freistellungsanspruchs; Einordnung des Freistellungsanspruchs in das Leistungsgefüge eines Bauträgervertrags

MaßnG-GesR § 5 Abs. 2; BGB §§ 21, 59 – Analoge Anwendung des § 5 Abs. 2 MaßnG-GesR auf die Gründung eines Vereins; Gründung eines eingetragenen Vereins unter Abwesenden; Gründung mit Vollmacht

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

EGBGB Art. 5 Abs. 1 S. 2, 6, 17 Abs. 2 Nr. 2; FamFG § 107; Rom-III-VO Art. 8 – Kollisionsrechtliche Behandlung einer im Wege der einseitigen Verstoßung nach syrischem Recht durchgeführten Privatscheidung deutsch-syrischer Eheleute

Literaturhinweis

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 195, 196, 199, 200, 650u; MaBV § 3 Abs. 2 S. 2 Nr. 1

Bauträgervertrag: Anspruch des Erwerbers auf Freistellung von Erschließungskosten; Verjährung des Freistellungsanspruchs; Einordnung des Freistellungsanspruchs in das Leistungsgefüge eines Bauträgervertrags

I. Sachverhalt

Im Jahre 2009 wurde ein Bauträgervertrag geschlossen. Dieser sah vor, dass der Bauträger die Kosten der erstmaligen Erschließung zu tragen hat. Nach nunmehr fast zwölf Jahren stellt die Gemeinde dem zwischenzeitlich im Grundbuch als Eigentümer eingetragenen Käufer für

die damalige Straßenherstellung, die zur Ersterschließung gehört, einen entsprechenden Erschließungsbeitrag in Rechnung.

II. Frage

Ist der Anspruch des Käufers auf Freistellung von Erschließungsbeiträgen verjährt?

III. Zur Rechtslage

1. Anspruch auf Freistellung von öffentlich-rechtlichen Erschließungskosten

Im Bauträgervertrag wird regelmäßig vereinbart, dass der Erwerbspreis auch die öffentlich-rechtlichen Erschließungskosten umfasst. Derartige vertragliche Abreden legen Rechtsprechung und Literatur dahingehend aus, dass der Bauträger sämtliche öffentlich-rechtlichen Erschließungskosten zu tragen hat, die im Zusammenhang mit der Erschließung des veräußerten Vertragsgegenstandes anfallen, und zwar unabhängig davon, wann die Beiträge von der zuständigen Kommune abgerechnet werden. Selbstverständlich steht es den

Beteiligten frei, durch eine ausdrückliche Kostenvereinbarung dem Erwerber die Kostentragungslast in Ansehung künftiger Erschließungsbeiträge zuzuordnen (sog. Bescheidslösung, vgl. Basty, IBR 1999, 167; Grziwotz/Koebler/Riemenschneider, Handbuch Bauträgerrecht, 2004, Teil 3 Rn. 307; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 3183; zu einer weiteren Gestaltungsvariante vgl. BGH NJW 1992, 2817; OLG Saarbrücken DNotZ 2007, 35; OLG Hamm RNotZ 2013, 49).

Schweigt der Bauträgervertrag zur Kostentragung, ist indes davon auszugehen, dass der Bauträger sämtliche – also auch erst künftig fällig werdende – Erschließungskosten zu tragen hat. Dies folgt aus einer an den wechselseitigen Interessen orientierten Vertragsauslegung vor dem Hintergrund, dass der im Bauträgervertrag vereinbarte Erwerbspreis regelmäßig einen Festpreis darstellt. Bei einer Kostentragungspflicht des Bauträgers steht dem Erwerber ein **vertraglicher Freistellungsanspruch** bzw. nach erfolgter Zahlung ein **Erstattungsanspruch** gegen den Bauträger zu (vgl. BGH MittBayNot 2008, 313, 314; LG Gießen MittBayNot 1999, 209; BeckOGK-BGB/Matkovic, Std.: 1.1.2021, § 650v Rn. 70 f.; Esbjörnsson, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 7. Aufl. 2019, § 2 Rn. 160 f.; ibrOK-BauVertrR/Pause/Vogel, Std.: 29.9.2019, § 650v BGB Rn. 29; Pause, NZBau 2001, 603, 608) – aus sprachlichen Gründen nachfolgend zusammenfassend „Freistellungsanspruch“ genannt.

2. Verjährung des Freistellungsanspruchs

Fraglich ist, ob der Freistellungsanspruch des Erwerbers den Verjährungsregeln gem. §§ 195, 199 BGB (drei-jährige Regelverjährung) oder gem. §§ 196, 200 BGB (zehnjährige Verjährung) unterliegt. Die Beantwortung dieser Frage richtet sich u. E. danach, ob die Pflicht des Bauträgers zur Tragung der Erschließungskosten als Teil der synallagmatischen Hauptleistungspflichten eines Bauträgervertrags oder als vertragliche Nebenpflicht anzusehen ist.

a) Erschließungskosten im Leistungsgefüge eines Bauträgervertrags

Nach der überwiegenden Auffassung in der Literatur sind die Erschließungskosten der sog. Grundstücksrate gem. § 3 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 MaBV zuzuordnen (vgl. BeckOGK-BGB/Matkovic, § 650v Rn. 70; Grziwotz/Koebler/Riemenschneider, Teil 3 Rn. 307; ibrOK-BauVertrR/Pause/Vogel, § 650v BGB Rn. 29; Marcks, MaBV, 10. Aufl. 2019, § 3 Rn. 31).

Von dieser Zuordnung geht offenkundig auch der Notarhaftungssenat des BGH aus, wenn er ausführt (DNotZ 2008, 280, 281, m. Anm. Grziwotz =

MittBayNot 2008, 313, 314, m. Anm. Basty; Hervorhebung i. F. durch das DNotI):

*„Die in dem Kaufvertrag enthaltene Regelung, dass der Kaufpreis auch die Erschließungskosten umfasste, bedeutete, dass die Bauträgerin es übernommen hatte, die Kläger, die als Grundstückseigentümer im öffentlich-rechtlichen Sinne beitragspflichtig waren (§ 134 BauGB), von dieser Verpflichtung gegenüber der Stadt F. freizustellen. Andererseits waren die Erschließungskosten in dem im Vertrag vereinbarten Teilzahlungsmodus nicht gesondert ausgewiesen, sondern in die nach § 3 Abs. 2 MaBV festgelegten Ratenstufen einbezogen. Dementsprechend rechneten die Erschließungskosten hier zu denjenigen des **ersten Bauabschnitts nach § 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 MaBV**, d. h. zu den 30 v. H. der Vertragssumme, die nach Beginn der Erdarbeiten zu entrichten waren (vgl. BGH, DNotZ 1981, 243, 245 f. m. w. N.; Marcks, MaBV, 7. Aufl., § 3 Rdnr. 31).“*

Die vorgenannte Entscheidung ist für die notarielle Gestaltungspraxis von erheblicher Bedeutung. So bejahte der BGH eine Amtspflichtverletzung i. S. v. § 19 BNotO wegen Verstoßes gegen die doppelte Belehrungspflicht aufgrund ungesicherter Vorleistung des Erwerbers hinsichtlich der im Erwerbspreis enthaltenen Erschließungskosten. Auf die praktische Schwierigkeit, dass zumeist weder die Beteiligten noch der Notar (und meist noch nicht einmal die Gemeinde) absehen können, ob, wann und in welcher Höhe eine Nachzahlung droht, und dass demzufolge das Aufzeigen effektiver Sicherungsmittel praktisch nicht möglich ist, ging das Gericht bedauerlicherweise nicht ein.

Die vom BGH vorgenommene Zuordnung der Erschließungskosten zur sog. Grundstücksrate gem. § 3 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 MaBV spricht auf den ersten Blick dafür, dass die Verpflichtung des Bauträgers, die Erschließungskosten zu tragen, in den synallagmatischen Leistungsaustausch zwischen Bauträger und Erwerber einbezogen ist (in diesem Sinne insbesondere ibrOK-BauVertrR/Pause/Vogel, § 650v BGB Rn. 29: *„Von dieser Rate ist auch die Verpflichtung des Bauträgers zur Freistellung des Erwerbers von den Erschließungskosten umfasst. Ist dieser Freistellungsanspruch noch nicht fällig, muss eine entsprechende Sicherheit gestellt werden (BGH, Urt. v. 17.1.2008 – III ZR 136/07; ...).“*). Nach unserem Dafürhalten vermag diese Sichtweise indes nicht zu überzeugen, weshalb sich die Argumentation des BGH sodann auch an anderer Stelle der Entscheidungsgründe als inkonsistent erweist (hierzu sogleich).

Zunächst gilt es allerdings, sich die **Hauptleistungspflichten des Bauträgers** aus einem Bauträgervertrag

zu vergegenwärtigen. 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. Dieses Begriffsverständnis lässt sich auch dem vorliegenden Vertrag aus dem Jahre 2009 zugrunde legen. So hat der Gesetzgeber mit der Einführung des § 650u Abs. 1 S. 1 BGB (vgl. auch § 632a Abs. 2 S. 1 BGB a. F.) keine Neuordnung des Bauträgervertragsrechts beabsichtigt, sondern wollte vielmehr an die Rechtsprechung des BGH anknüpfen (BT-Drucks. 18/8486, S. 27).

Ein Bauträger schuldet dem Erwerber regelmäßig nicht die Errichtung von Erschließungsanlagen, weshalb eine werkvertragliche Leistungspflicht des Bauträgers gem. §§ 631 ff. BGB ausscheidet. Aus dem Vertragszweck ließe sich allenfalls ableiten, dass der Bauträger dem Erwerber die Verschaffung eines erschlossenen Grundstücks schuldet, also eine besondere Beschaffenheit des Grundstücks i. S. v. § 434 Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 1 BGB. Hierbei würde es sich sodann um ein kaufrechtliches Element des Bauträgervertrags handeln (in diesem Sinne Basty, DNotZ 2008, 284, 286).

Die Annahme, der Bauträger schulde die Verschaffung eines erschlossenen Grundstücks, dürfte hinter der von der h. M. vorgenommenen Zuordnung der Erschließungskosten zur sog. Grundstücksrate gem. § 3 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 MaBV stehen. Bei näherer Betrachtung erweist sich diese Annahme allerdings als unpräzise und damit unzutreffend. 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 nicht Gegenstand des Pflichtenprogramms des zivilrechtlichen Bauträgervertrags. 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 Voraussetzungen 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.

Würde der Bauträger den tatsächlichen Zustand des „Erschlossenseins“ schulden, so müsste dem Erwerber konsequenterweise die Einrede des nicht erfüllten Vertrags gem. § 320 BGB zustehen, solange die Erschließungsanlagen noch nicht fertiggestellt sind und demzufolge das Grundstück noch nicht die vermeintlich geschuldete Beschaffenheit aufweist. Der BGH (DNotZ 2008, 280 Rn. 12) geht hingegen davon aus, dass die fehlende (tatsächliche) Erschließung einer Entgegennahme von Abschlagszahlungen nicht entgegensteht, womit sich die Argumentation letztlich als inkonsistent erweist:

„Die sich am tatsächlichen Baufortschritt orientierende Ratenregelung des § 3 Abs. 2 MaBV verbietet es nicht, dass sich der Bauträger die Zahlung der ersten Rate versprechen lässt, obwohl die Erschließungsanlagen – wie häufig – von der Gemeinde noch nicht abgerechnet sind (Basty, Der Bauträgervertrag, 5. Aufl., Rdn. 672). Entgegen der Auffassung des Beklagten kann der Erwerber insoweit nicht auf ein Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB verwiesen werden.“

Die dogmatische Inkonsistenz dieser Argumentation tritt auch an anderer Stelle zutage. Das Gericht geht nämlich zwar davon aus, dass Erschließungskosten ein Teil des Ratenzahlungsplans gem. § 3 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 MaBV seien, hält aber zur Abwendung eines ungesicherten Vorleistungsrisikos eine Bürgschaft i. S. v. § 7 Abs. 1 MaBV für nicht erforderlich. Es genüge vielmehr eine betragsmäßig begrenzte Bürgschaft, die der Höhe nach nur das Risiko der späteren Inanspruchnahme des Erwerbers durch die öffentliche Hand wegen noch nicht abgerechneter Erschließungsbeiträge umfasse. Einen Verstoß gegen das sog. Vermischungsverbot (BGH DNotZ 2004, 48) sieht der Senat hierin nicht (DNotZ 2008, 280, 282 f.; Hervorhebung i. F. durch das DNotI):

*„Die gesonderte **zusätzliche** Absicherung der Erschließungskosten bedeutet daher keinen Verstoß gegen das Regelungswerk der Makler- und Bauträgerverordnung, sondern hält dieses – wie die Revisionserwiderung mit Recht hervorhebt – ausdrücklich aufrecht und stellt lediglich zusätzlich klar, was von der dortigen Schutzregelung nicht erfasst wird. ... Eine **zusätzliche** Absicherung der Kläger, und zwar insbesondere auch die vom BerufungsG favorisierte „Bürgschaftslösung“, hätte nicht in Widerspruch zu den Bestimmungen der Makler- und Bauträgerverordnung gestanden (a. A. Grziwotz, aaO). Zwar trifft es zu, dass eine Bürgschaft, mit der die nach § 7 MaBV vorgeschrie-*

*bene Sicherheitsleistung erbracht werden soll, die gesamte vom Erwerber im Voraus zu leistende Summe abdecken muss und nicht nur einen Teil davon (Fischer, WM 2003, 1). § 7 MaBV erfasst aber nur die Fallgestaltung, in der sich der Bauträger vom tatsächlichen Bauablauf völlig losgelöste (Abschlags-)Zahlungen versprechen lassen will. Entspricht hingegen – wie hier – der Ratenzahlungsplan den Maßgaben des § 3 Abs. 2 MaBV, so ist es den Vertragsparteien freigestellt, ob, in welcher Weise und in welchem Umfang sie **darüber hinausgehende Sicherheiten vereinbaren.***“

Der BGH geht u. E. zu Recht davon aus, dass eine Bürgschaft gem. § 7 MaBV nicht erforderlich ist und stattdessen eine „sonstige“ Sicherheit genügt. Der Grund für die Nichtanwendbarkeit des § 7 MaBV ist allerdings darin zu sehen, dass die Erschließung und die hiermit korrespondierenden öffentlich-rechtlichen Beiträge überhaupt nicht in den synallagmatischen Austausch der wechselseitigen Hauptleistungspflichten eines Bauträgervertrags einzubeziehen sind. Dies heißt, dass die **Grundannahme**, die **Erschließungskosten** seien ein **Teil des Ratenzahlungsplans** gem. § 3 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 MaBV, bereits **unzutreffend** ist. Vor diesem Hintergrund ist es wiederum richtig, dass der BGH ein Zurückbehaltungsrecht des Erwerbers gem. § 320 BGB verneint. Der Erwerber kann die Erbringung von Abschlagszahlungen nicht mit dem Argument verweigern, das von ihm erworbene Grundstück sei noch nicht erschlossen und/oder abgerechnet.

Die Verpflichtung des Bauträgers, die Erschließungskosten zu tragen, entspringt nicht den von ihm vertraglich übernommenen Leistungspflichten, sondern dem **Charakter der vom Erwerber geschuldeten Zahlungspflicht**. Nach dem Willen der Vertragsbeteiligten soll es sich typischerweise um eine Festpreisabrede handeln. In dieser Festpreisabrede, also dem Charakter der vom Erwerber [sic!] geschuldeten Gegenleistung, liegt der rechtliche Grund für den Freistellungsanspruch des Erwerbers.

b) Schlussfolgerung für die Anwendbarkeit des Verjährungsrechts

Da die Verpflichtung des Bauträgers, den Erwerber von künftigen Erschließungskosten freizustellen, nicht aus der Verpflichtung zur Verschaffung des Eigentums am veräußerten Grundstück folgt, sind u. E. die Bestimmungen der §§ 196, 200 BGB unanwendbar. Bei der Freistellungspflicht handelt sich vielmehr um eine vertragliche Nebenpflicht, auf die die **Regelverjährung gem. §§ 195, 199 BGB** anzuwenden ist. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass der Freistellungsanspruch erst dann im verjährungsrechtlichen

Sinne entsteht, wenn er erstmalig geltend gemacht und nötigenfalls im Wege einer Klage durchgesetzt werden kann. Unter verjährungsrechtlichen Gesichtspunkten ist somit ein Anspruch regelmäßig nicht schon mit seiner Begründung, sondern erst im Zeitpunkt seiner Fälligkeit als entstanden anzusehen, obgleich diese beiden Begriffe nicht gänzlich synonym sind (vgl. BGH NJW 1971, 979, 980; MünchKommBGB/Grothe, 8. Aufl. 2018, § 199 Rn. 5; Palandt/Ellenberger, BGB, 80. Aufl. 2021, § 199 Rn. 3).

Demzufolge beginnt die Verjährung im vorliegenden Fall nicht schon mit Abschluss des Bauträgervertrags, sondern erst mit der Inanspruchnahme des Erwerbers durch die öffentliche Hand (vgl. § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Dies würde im Übrigen auch dann gelten, wenn man entgegen der hier vertretenen Ansicht von einer zehnjährigen Verjährungsfrist gem. § 196 BGB ausginge. Denn auch § 200 S. 1 BGB setzt die Entstehung des Anspruchs (im Sinne einer erstmaligen Durchsetzbarkeit) voraus (vgl. § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB versus § 200 S. 1 BGB).

3. Ergebnis

Die Verpflichtung eines Bauträgers, den Erwerber von künftig fällig werdenden Erschließungskosten freizustellen bzw. entsprechende Zahlungen des Erwerbers zu erstatten, ist eine vertragliche Nebenpflicht, die der Regelverjährung gem. §§ 195, 199 BGB unterliegt. Im vorliegenden Fall ist der Anspruch des Erwerbers noch nicht verjährt, da der Freistellungsanspruch erst dieses Jahr (2021) im verjährungsrechtlichen Sinne entstanden ist.