

trag ansieht. Es befremdet, wenn der Senat darauf hinweist, daß einer der Verkäufer den Vertrag nach seinen Wünschen von dem Notar seines Vertrauens habe entwerfen lassen, als ob damit dessen Unparteilichkeit entfallen sei. Das fordert zum Widerspruch heraus, denn auch der Notar, der auf Verlangen einer Partei einen Vertragsentwurf fertigt, ist zur Unparteilichkeit verpflichtet (vgl. *Seybold-Horning*, Rdnrn. 36, 37 zu § 14 BNotO), und es darf ihm nicht von vorneherein die Unparteilichkeit abgesprochen werden, weil er auf Ansuchen einer Partei den Vertragsentwurf gefertigt hat. Auch geht m. E. der Senat über Wortlauf, Sinn und Zweck des Gesetzes hinaus, wenn er feststellt, aus § 1 Abs. 2 AGBG ergebe sich, daß ein Vertrag vor dem Beurkundungstermin ausgehandelt worden sein muß, wenn er als Individualvertrag gelten soll. Gerade im Beurkundungstermin wird unter dem Eindruck der Belehrungen und Hinweise des Notars ernsthaft und dank seiner Assistenz fundiert über den Vertragsinhalt verhandelt. Was soll eigentlich noch geschehen, damit der Senat ein „Aushandeln“ des Vertrages anerkennt?

Angesichts dieser Rechtsprechung müssen wir Notare uns darauf einstellen, daß nahezu alle notariellen Verträge der Inhaltskontrolle durch die Gerichte, sei es über das AGBG oder § 242 BGB, unterliegen, obwohl das Beurkundungsverfahren und der Zivilprozeß ganz verschiedenen Voraussetzungen und Regeln unterliegen (vgl. dazu den Beitrag von *Wolfsteiner* in „AGB und vorsorgende Rechtspflege“ — herausgegeben von der Bundesnotarkammer 1975).

Nun zu der vom BGH für unwirksam erklärten Vertragsklausel. Im entschiedenen Fall hatte der Verkäufer die Zahlung der letzten Rate von 14% des Kaufpreises vor Übergabe des Hauses verlangt und bei etwa vorhandenen Baumängeln lediglich gestattet, daß die Rate hinterlegt wird, bis über die Berichtigung der Einwendungen eine Einigung erzielt oder entschieden ist. Der BGH sieht darin einen Verstoß gegen § 11 Nr. 2 a AGBG.

Was für diese Klausel gilt, muß umso mehr für die in echten Bauträgerverträgen anzutreffende Regelung gelten, daß der Käufer die nach § 3 Abs. 2 MaBV letztfällige Rate von 3,5% des Kaufpreises vorgezogen zusammen mit der vorletzten Rate (10,5% nach Bezugsfertigkeit und Besitzübergabe), also 14% zahlen muß, wenn ihm der Verkäufer in Höhe dieser letzten Rate eine Bankbürgschaft übergibt. Es ist in dieser Zeitschrift schon mehrmals darauf hingewiesen worden, daß diese Praxis der MaBV widerspricht (MittBayNot 1983, 216, 217 1984, 109). Nach der vorstehenden Entscheidung des BGH muß sie auch als Verstoß gegen § 11 Nr. 2 a AGBG angesehen werden, so daß diese Regelung auch für jene Bauträger verboten und damit unwirksam ist, die nicht unter die MaBV fallen (§ 34 c Abs. 5 GewO). Damit ist höchststrichterlich entschieden, daß unter der Geltung des AGBG keine Baufortschrittsrate gem. § 3 MaBV entgegen den gesetzlichen Fälligkeitsvoraussetzungen gegen Übergabe einer Bankbürgschaft vorgezogen werden darf.

Zweifel, die bisher noch bestanden haben sollten, weil in der Literatur die Vermischung der Sicherungsvorschriften von § 3 und § 7 MaBV für zulässig erachtet worden ist (so *Reithmann*, Kauf vom Bauträger, 4. Aufl. Rdnr. 344, *Schmidt*, Münch. Vertr. Handb. Bd. 2, Anm. 16 zu VIII, 1) und die es gerechtfertigt haben könnten, diese Regelung zu beurkunden und lediglich auf die Zweifel an ihrer Gültigkeit nach § 17 Abs. 2 BeurkG hinzuweisen, sind durch diese Entscheidung ausgeräumt. Es geht nun nicht mehr an, gesetzwidrige Klauseln zu beurkunden und nur auf die „evtl. Unwirksamkeit nach MaBV und/oder AGBG“ hinzuweisen. Was gegen das Gesetz verstößt, darf der Notar überhaupt nicht beurkunden (§ 4 BeurkG); er hat dies abzulehnen (§ 14 Abs. 2 BNotO).

Notar Dr. Christian Schelter, Erlangen

2. AGBG §§ 7, 9, 11 Nr. 2 und 3; BGB §§ 242, 607 (Zur Unwirksamkeit eines unwiderruflichen Überweisungsauftrags bei einem Zwischenfinanzierungskonto)

a) Eröffnet der Besteller eines Fertighauses auf Veranlassung des Unternehmers bei dessen Hausbank ein Zwischenfinanzierungskonto und erteilt er der Bank den Auftrag zur Überweisung der vereinbarten Werklohnraten, so ist eine AGB-Bestimmung des Kontoeröffnungsvertrags, in der dieser Überweisungsauftrag für unwiderruflich erklärt wird, nach § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam.

b) Liegen bei diesem finanzierten Werkvertrag die objektiven und subjektiven Voraussetzungen der wirtschaftlichen Einheit von Werk- und Darlehensvertrag vor (vgl. Senatsurteil BGHZ 83, 301), so muß sich die Bank Einwendungen des Bestellers wegen solcher Mängel des Werkes entgegenhalten lassen, die dieser vor der Überweisung der letzten Rate entdeckt und — zumindest gegenüber dem Unternehmer — gerügt hatte.

BGH, Urteil vom 28.4.1984 — III ZR 63/83 — mitgeteilt von D. Bunschuh, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die klagende Sparkasse war die Hausbank der — inzwischen in Konkurs gefallenen — Firma L. Die Beklagte bestellte bei dieser Firma im Herbst 1979 ein Fertighaus mit Kellergeschoß. Im Werkvertrag war festgelegt, daß der Werklohn in Raten jeweils nach Abschluß bestimmter Bauphasen bezahlt werden sollte. Danach heißt es weiter:

„Der Bauherr hat durch eine Finanzierungsbestätigung seiner Bank die Zahlung ... sicherzustellen. Er hat weiterhin die Bank der Firma L. unwiderruflich zur Auszahlung der fälligen Beträge zu beauftragen ... Zur Finanzierung sind nur die von der Firma L. zur Verfügung gestellten Formulare gültig.“

Demgemäß unterschrieb die Beklagte die — ihr von der Firma L. vorgelegten — Formularanträge für die Eröffnung zweier Treuhandkonten bei der Klägerin. Darin heißt es:

„Die Sparkasse wird hiermit unwiderruflich beauftragt, zu Lasten des oben genannten Treuhandkontos an die Firma L. folgende Überweisungen vorzunehmen:

...

Die Firma L. hat der Sparkasse zu bestätigen, daß sie die entsprechend begründeten Leistungen erbracht hat. Eine Überprüfung seitens der Sparkasse ist nicht erforderlich.

Sind die erforderlichen Mittel an den vereinbarten Zahlungsterminen auf dem Treuhandkonto ... nicht verfügbar, beauftrage ich die Sparkasse unwiderruflich, die Zwischenfinanzierung der fälligen Raten vorzunehmen.“

In der Folgezeit unterrichtete die Firma L. die Klägerin über den Baufortschritt und erhielt von ihr — zu Lasten der Treuhandkonten — die vereinbarten Werklohnraten, die letzte am 7. Juli 1980. Die Beklagte überwies diese Beträge später an die Klägerin, verweigert aber die Bezahlung der für die Zwischenzeit berechneten Zinsen mit der Begründung, ihr habe wegen zahlreicher Baumängel und -schäden ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Werklohnanspruch der Firma L. zugestanden. Von den Baumängeln habe sie die Klägerin schon unterrichtet, bevor diese die letzte Rate überwiesen habe.

Das Landgericht hat die auf Zahlung der Zinsen gerichtete Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat ihr im wesentlichen stattgegeben. Die Revision der Beklagten führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

1. Mit Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß die zwischen den Parteien geschlossenen Verträge der Inhaltskontrolle nach dem AGBG unterliegen. Der gesamte Vertragstext ist bis auf die Ratenbeträge vorformuliert und von der Klägerin bei einer Vielzahl von Verträgen mit Kunden der Firma L. benutzt worden.

2. Dieser Inhaltskontrolle halten die Vertragsbestimmungen nicht stand, in denen der Auftrag der Beklagten an die Klägerin, zu bestimmten Zeitpunkten an die Firma L. die vereinbarten Werklohnrate zu überweisen und damit, soweit keine Deckung auf dem Konto besteht, der Beklagten einen Zwischenkredit zu gewähren, für unwiderruflich erklärt wird.

Das Berufungsgericht hat hierzu ausgeführt: Nichtigkeitsgründe ergäben sich zwar nicht aus dem Vertragsverhältnis zwischen Bauherren und Bank. Die Unwiderruflichkeitsklauseln seien aber gemäß § 7 AGBG als Umgehung des § 11 Nr. 2 AGBG unwirksam: Der Bauunternehmer dürfe in seinen Verträgen mit dem Bauherrn nicht dessen Recht ausschließen, bei Baumängeln sein Zurückbehaltungsrecht nach §§ 320, 273 BGB geltend zu machen oder mit Schadensersatzansprüchen aufzurechnen. Die gleichen Rechtsfolgen könnten dann aber auch nicht durch einen Finanzierungsvertrag erreicht werden, den der Bauherr auf Veranlassung des Bauunternehmers mit dessen Hausbank abschließe.

Der Auffassung des Berufungsgerichts ist jedenfalls im Ergebnis zuzustimmen. Zur Begründung bedarf es allerdings nicht des Rückgriffs auf § 7 AGBG. Zwar sind die Sondervorschriften des § 11 Nr. 2 und 3 AGBG im Verhältnis der Beklagten zur Klägerin nicht anwendbar, da sich diese Bestimmungen nur auf den Ausschluß von Rechten beziehen, die dem Vertragspartner gegenüber dem Verwender der AGB-Klauseln — nicht aber nur gegenüber einem Dritten — zustehen. Die Unwirksamkeit der hier streitigen AGB-Bestimmungen ergibt sich jedoch aus der Generalklausel des § 9 Abs. 1 AGBG.

a) Der Bankkunde wird nämlich durch die Unwiderruflichkeit des Überweisungsauftrags erheblich benachteiligt: Ohne die streitigen Klauseln könnte er seinen Überweisungsauftrag jederzeit widerrufen (vgl. BGHZ 4, 244, 247; *Canaris*, Bankvertragsrecht, 2. Aufl. Rdnr. 352 ff.) und dadurch gegenüber dem Überweisungsempfänger bestehende Rechte aus §§ 320, 273 BGB ausüben. Durch die Ausführung des Überweisungsauftrags aufgrund der Unwiderruflichkeit verliert er diese Möglichkeit; dadurch können ihm erhebliche Schäden erwachsen, insbesondere wenn — wie hier — eine spätere aktive Durchsetzung von Ansprüchen gegen den Überweisungsempfänger nicht mehr möglich ist.

Der Berücksichtigung dieser Nachteile steht nicht entgegen, daß es sich um Rechtsverluste gegenüber einem Dritten handelt. Weder Wortlaut noch Sinn des Gesetzes gebieten es, in die Interessenabwägung gemäß § 9 Abs. 1 AGBG nur Nachteile einzubeziehen, die den Vertragspartner gerade im Verhältnis zum Klauselverwender treffen. Notwendig ist allein, daß die Benachteiligung in der Person des Vertragspartners eintritt (*Wolf in Wolf/Horn/Lindacher* AGBG § 9 Rdnr. 98).

b) Ein schützenswertes Interesse der Bank, das die erheblichen Nachteile auf Seiten des Kunden rechtfertigen könnte, besteht nicht. Ein Widerruf des Überweisungsauftrags würde zwar die zinsbringende Kreditgewährung verzögern

oder ganz verhindern. Der Vertrag gab der Klägerin aber ohnehin kein Recht auf eine Zwischenfinanzierung. Er bot vielmehr der Beklagten jederzeit die Möglichkeit, durch rechtzeitige Überweisungen auf das Treuhandkonto eine Kreditgewährung durch die Klägerin überflüssig zu machen.

Die Unwiderruflichkeit des Überweisungsauftrags lag hier vor allem im Interesse des Überweisungsempfängers, der Firma L. Zwar ist der Verwender von AGB bei deren Gestaltung nicht grundsätzlich gehindert, auch Interessen Dritter wahrzunehmen, zumal wenn beide durch Vertragsbeziehungen verbunden sind und dadurch gleichgerichtete Interessen haben (vgl. *Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen* AGBG 4. Aufl. § 9 Rdnr. 90; *Wolf in Wolf/Horn/Lindacher* AGBG § 9 Rdnr. 103, 104). Aber selbst wenn man deswegen bei der Abwägung gemäß § 9 Abs. 1 AGBG das Interesse an der Durchsetzung von Ansprüchen der Firma L. auf Seiten der Klägerin als deren Hausbank und Kreditgeberin berücksichtigt, so bleibt doch auch dann die Benachteiligung der Beklagten unangemessen. Es widerspricht den Geboten von Treu und Glauben, wenn der Verwender in seinen AGB — sei es auch im eigenen Interesse — Ansprüche eines Dritten mit Mitteln durchsetzt, die dem Dritten selbst im Verhältnis zum Vertragspartner nicht erlaubt sind. Auch wenn man einem Fertighausunternehmer ein besonderes Interesse an kurzen Zahlungsfristen zubilligt, darf er dennoch nicht das Recht des Bestellers zur Zurückbehaltung oder Aufrechnung durch AGB völlig ausschließen.

3. Das — durch Wegfall des beanstandeten Klauselteils eröffnete — Recht, den Überweisungsauftrag vor seiner Ausführung zu widerrufen, bot der Beklagten eine Möglichkeit, gegenüber dem Werklohnanspruch Gegenrechte aus den §§ 633 ff. BGB geltend zu machen.

Nach den Feststellungen des Berufungsurteils hat die Beklagte allerdings von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht. Sie hat zwar vorgetragen, sie habe der Klägerin schon vor Überweisung der letzten Werklohnrate das Vorhandensein von Baumängeln mitgeteilt. Die Auffassung des Berufungsgerichts, dies allein stelle noch keinen Widerruf des Überweisungsauftrags dar, wird von der Revision nicht angegriffen und ist revisionsrechtlich auch nicht zu beanstanden.

4. Ein Rechtsfehler, der zur Aufhebung und Zurückverweisung führen muß, liegt jedoch darin, daß das Berufungsgericht den Sachverhalt nicht unter zwei weiteren rechtlichen Gesichtspunkten geprüft hat:

a) Die Klägerin kann zum Schadensersatz verpflichtet sein, wenn sie gegenüber der Beklagten vertragliche oder vorvertragliche Pflichten aus dem Treuhandkontovertrag verletzt hat.

aa) Eine Bank, die den Darlehensbetrag auf Anweisung des Darlehensnehmers an einen Dritten auszahlt, ist zwar grundsätzlich nicht verpflichtet, das Rechtsverhältnis des Darlehensnehmers zum Dritten zu überprüfen, um den Darlehensnehmer vor Schäden zu bewahren. Im Einzelfall können sich aber aus § 242 BGB besondere Vertragspflichten der Bank ergeben (BGH Urteil vom 29. Mai 1978 — II ZR 173/77 = NJW 1978, 2547; Senatsurteil vom 21. Mai 1981 — III ZR 139/79 = WM 1981, 869, 870). Die Parteien haben hier zwar in den Treuhandkontoverträgen ausdrücklich vereinbart, daß die Klägerin vor den Überweisungen die von der Firma L. vorzulegenden Bestätigungen über den Baufortschritt nicht zu überprüfen brauchte. Wenn die Klägerin aber — wie die Beklagte behauptet — vor Überweisung der letzten Rate bereits positive

Kenntnis von Baumängeln hatte, die der Beklagten gegenüber der Firma L. ein Zurückbehaltungsrecht gaben, so durfte die Klägerin nach Treu und Glauben die Überweisung nicht mehr durchführen; diese Auffassung hat sie selbst in der Berufungsinstanz vertreten. Darauf, ob die Beklagte vorher den Überweisungsauftrag widerrufen hatte, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an; einen ausdrücklichen Widerruf konnte die Klägerin um so weniger erwarten, als sie das Recht zum Widerruf in ihren AGB — wenn auch rechtlich unzulässig — ausgeschlossen hatte.

bb) Ein noch weitergehender Schadensersatzanspruch kann der Beklagten gegen die Klägerin wegen Verschuldens bei Vertragsschluß (culpa in contrahendo) zustehen. Durch die Verwendung unwirksamer AGB-Klauseln verletzt der Verwender die vorvertragliche Pflicht zur Rücksichtnahme gegenüber dem Kunden (*Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen* AGB 4. Aufl. § 9 Rdnr. 54; *Wolf in Wolf/Horn/Lindacher* ABGB § 9 Rdnr. 140). Wenn die Beklagte Rechte wegen der bereits vor der Überweisung der letzten Rate entdeckten Mängel und Schäden nur gegenüber der Firma L. geltend machte, sich deswegen aber nicht an die Klägerin wandte und den Überweisungsauftrag nicht widerrief, weil der Widerruf im Vertrag ausgeschlossen war, so ist die Klägerin ihr für den dadurch entstandenen Schaden ersatzpflichtig.

b) Zu prüfen ist ferner, ob die Beklagte der Darlehensgeberin nicht Gegenrechte aus dem Werkvertrag mit der Firma L. im Wege des Einwendungsdurchgriffs entgegensetzen kann.

aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegen zwar, wenn ein Darlehensvertrag der Finanzierung eines vom Darlehensnehmer mit einem Dritten geschlossenen Vertrags dient, zwei rechtlich selbständige Verträge vor. Unter besonderen Umständen kann der Darlehensnehmer, der nicht als Kaufmann im Handelsregister eingetragen ist, dem Kreditgeber jedoch nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) bestimmte Einwendungen aus dem finanzierten Vertrag entgegensetzen, wenn andernfalls die Risiken der an einem solchen Geschäft Beteiligten nicht angemessen verteilt wären (BGHZ 83, 301, 303 m.w.Nachw.). Es darf nicht einseitig zu Lasten einer Partei gehen, wenn auf Veranlassung des Vertragsgegners eine Finanzierungsbank eingeschaltet und dadurch ein wirtschaftlich einheitliches Geschäft in zwei rechtlich selbständige Verträge aufgespalten wird.

Das Berufungsgericht hat hier — in anderem Zusammenhang — einen engen wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen den Bauwerk- und dem Treuhandkontoverträgen bejaht. Die Firma L. hatte der Beklagten in den Werkverträgen die Einschaltung der Klägerin zu deren Formularbedingungen vorgeschrieben. Das Treuhandkonto bei der Klägerin wurde danach ausdrücklich zugunsten der Firma L. eröffnet, der Beklagten jede freie Verfügung über die Darlehensvaluta verwehrt. Damit liegen die objektiven und subjektiven Voraussetzungen der wirtschaftlichen Einheit vor (BGHZ 83, 301, 304).

bb) Die Rechtsgrundsätze des Einwendungsdurchgriffs beschränken sich nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats nicht auf finanzierte Abzahlungskäufe beweglicher Sachen im Sinne des § 1 AbzG, sondern können bei gleicher Interessenlage auch auf andere fremdfinanzierte Rechtsgeschäfte, darunter auch auf Bauträger- und Werkverträge Anwendung finden (Senatsurteile vom 12. Juli 1979 — III ZR 18/78 = WM 1979, 1054 [= DNotZ 1980, 344]; vom 19. November 1981 — III ZR 87/80 = WM 1982, 150 = ZIP 1982, 155 m.w.Nachw.; vgl. ferner Senatsurteil vom 8. Juni 1978 — III ZR 136/76 = NJW 1978, 2145).

cc) Mit dem Sachverhalt, über den der Senat in seinem Urteil vom 13. November 1980 (III ZR 96/79 = NJW 1981, 389) zu entscheiden hatte, ist der vorliegende Fall nicht zu vergleichen. Dort ist eine Anwendung der Rechtsgrundsätze des Einwendungsdurchgriffs auf den drittfinanzierten Beitritt zu einer Abschreibungsgesellschaft abgelehnt worden, weil die Aufspaltung des wirtschaftlich einheitlichen Geschäfts in zwei rechtlich selbständige Verträge gerade im steuerlichen Interesse des Darlehensnehmers selbst geschah; deshalb sollte er auch das „Aufspaltungsrisiko“ tragen. Im vorliegenden Fall diene der Abschluß der Treuhandverträge mit der Klägerin dagegen vor allem den Interessen der Firma L. und der Klägerin selbst. Die Beklagte hätte die Zahlungen über ihre eigene Bank unmittelbar an die Firma L. leisten können; die Zwischenfinanzierungsverträge mit der Klägerin hatte sie nur geschlossen, weil die Firma L. davon den Abschluß der Werkverträge abhängig machte.

dd) Dem Einwendungsdurchgriff steht hier auch nicht der Grundsatz der Subsidiarität dieses Rechtsinstituts entgegen (vgl. Senatsurteile vom 18. Januar 1973 — III ZR 69/71 = NJW 1973, 452; vom 18. Januar 1979 — III ZR 129/77 = NJW 1979, 2194 = WM 1979, 489). Die Beklagte kann nicht — wie der Besteller eines Fertighauses im Senatsbeschluß vom 23. Februar 1984 (III ZR 192/82 zu 2. d) — darauf verwiesen werden, sie müsse wegen der behaupteten Mängel zunächst den Werkunternehmer in Anspruch nehmen. Die Firma L. ist in Konkurs gefallen; gegen sie sind daher Mängelansprüche nicht mehr durchzusetzen.

ee) Die Beklagte kann im Wege des Einwendungsdurchgriffs gegenüber der Klägerin jedoch Rechte nur aus den Mängeln herleiten, die sie vor der Überweisung der letzten Rate entdeckt und — zumindest gegenüber der Firma L. — gerügt hatte. Die Zulassung des Einwendungsdurchgriffs will nämlich nur die besonderen Risiken ausgleichen, die sich aus der Einschaltung der Klägerin als Zwischenfinanzierungsbank ergaben. Die Beklagte soll aber nicht besser gestellt werden, als sie ohne den Zwischenfinanzierungsvertrag stehen würde. Im Werkvertrag hatten die Vertragsparteien sehr kurze Zahlungsfristen nach Abschluß der einzelnen Bauphasen vereinbart. Die Beklagte konnte von der Firma L. als Fertighausherstellerin keine längere Kreditierung erwarten. Sie hätte, wenn es nicht zur Einschaltung der Klägerin gekommen wäre, über ihre eigene Bank zu den vereinbarten Terminen Zahlung leisten müssen und ein Zurückbehaltungsrecht auch nur wegen der Mängel geltend machen können, die ihr vor dem letzten Zahlungstermin bekannt geworden waren. Das Risiko, wegen später erst entdeckter Mängel ihre Ansprüche gegen die Firma L. aktiv durchsetzen zu müssen, hätte sie auch ohne Einschaltung der Klägerin tragen müssen. Treu und Glauben gebieten es nicht, ihr dieses Risiko im Wege des Einwendungsdurchgriffs abzunehmen.

Anmerkung:

Dieser Entscheidung kommt erhebliche praktische Bedeutung zu, weil sie eine nicht nur für den Fertighauskauf typische, sondern auch für den notariellen Bauträgervertrag verbreitete Vertragskonstruktion zum Gegenstand hat: Der Verkäufer (Bauträger) verlangt, daß der Käufer bei einer bestimmten Bank oder Sparkasse ein Konto eröffnet, über das alle Zahlungen an ihn zu erfolgen haben und das, wenn es bei Fälligkeit einer Rate kein ausreichendes Guthaben aufweist, mit einem Zwischenkredit belastet wird, der die Überweisung der Kaufpreiskasse ermöglicht. Die Fälligkeit der Kaufpreiskasse teilt der Verkäufer oder sein Bauleiter bzw.

Architekt dem Kreditinstitut mit, das dann, ohne die Fälligkeitsvoraussetzungen prüfen zu müssen, die Überweisung vornimmt, gedeckt durch einen möglichst unwiderruflichen Überweisungsauftrag und eine Abbuchungsvollmacht, die der Käufer im Kaufvertrag erteilt hat. Meist hält sich die Bank ihrerseits frei, ob sie den Kredit im Einzelfall gewähren will. Gewährt sie ihn nicht, wird der Käufer vom Verkäufer in Verzug gesetzt und hat dessen Folgen zu tragen. Er zahlt dann Verzugszinsen an den Verkäufer statt Kreditzinsen an die Bank.

Von den beiden möglichen Lastschriftverfahren (vgl. Abkommen über den Lastschriftverkehr vom 1.7.1982 — abgedr. bei *Baumbach-Duden-Hopt*, HGB 25. Aufl. Nebenges. 10) hat sich beim Bauträgervertrag die Einzugsermächtigung verständlicherweise nicht eingebürgert, weil der binnen 6 Wochen gegen die Lastschrift zulässige Widerspruch ein zu großes Unsicherheitsmoment für den Verkäufer darstellt. Seinen Interessen ist das Abbuchungsverfahren dienlicher, besonders wenn die Abbuchungsvollmacht unwiderruflich erteilt ist. Deren Zulässigkeit beurteilt sich nach den Vorschriften a) der Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV) und b) des AGB-Gesetzes.

Ad a) Lautet das Zwischenfinanzierungskonto auf den Namen des Käufers und darf die Abbuchung nur nach erwiesenem Baufortschritt erfolgen, bestehen nach *Reithmann* (Kauf vom Bauträger, 4. Aufl. RdNr. 298) unter dem Gesichtspunkt der §§ 2, 3 MaBV keine Bedenken. Doch müssen sehr wohl Bedenken angemeldet werden, wenn der Verkäufer oder sein Bauleiter den die Fälligkeit einer Rate auslösenden Baufortschritt allein der Bank mitteilt. Mit *Wolfsteiner* (MittBayNot 1981, 10) muß man verlangen, daß die Baufortschrittsanzeige rechtzeitig vor der Abbuchung auch dem Käufer mitgeteilt worden sein muß, wenn sich die Bank darauf soll verlassen dürfen. Geht die Fälligkeitsanzeige, welche die Abbuchung auslöst, direkt vom Verkäufer oder seinem Bauleiter an die Bank, ohne daß der Käufer überhaupt eine Prüfungsmöglichkeit hat, um intervenieren zu können, liegt darin m.E. eine „Ermächtigung zur Verwendung von Vermögenswerten des Auftraggebers“ i.S. des § 3 MaBV, sofern diese auf den Bauträger anwendbar ist. Eine solche Abbuchungsvollmacht kann daher als Verstoß gegen § 3 MaBV angesehen werden mit der Folge, daß sie der Notar nicht beurkunden darf (§§ 12 MaBV, 134 BGB, 4 BeurkG).

Ad b) Ist die Abbuchungsvollmacht formularmäßig unmittelbar oder, wie üblich, im Kaufvertrag erteilt, unterliegt sie auch der Inhaltskontrolle nach dem AGBG. In der Literatur wird die Abbuchungsermächtigung an § 11 Nr. 2 AGBG gemessen und ihre Unwiderruflichkeit als eindeutige Verletzung dieser Vorschrift angesehen (*Reithmann* a.a.O.; *Schmidt* Münchener Vertragshandbuch, Band 2, RdNr. 25 zu Abschn. VIII, 1). Dabei wird aber, wie das Berufungsgericht im vorliegenden Fall erkannt hat, nicht ausreichend unterschieden, daß aus dem Vertragsverhältnis zwischen dem Käufer und der Bank dieser Nichtigkeitsgrund nicht abgeleitet werden kann, sondern allenfalls aus dem Kaufvertrag. Daher hat das Berufungsgericht die unwiderrufliche Abbuchungsvollmacht, selbst wenn sie im Finanzierungsvertrag steht, über § 7 AGBG als Umgehung des § 11 Nr. 2 angesehen. Der BGH hält die Berufung auf § 7 nicht für nötig, sondern folgert die Unwirksamkeit aus der Generalklausel des § 9 Abs. 1 AGBG. Der Käufer, so der BGH, wird entgegen dem Grundsatz von Treu und Glauben dann unangemessen benachteiligt, wenn ihm im Rahmen des Abbuchungsverfah-

rens keine Möglichkeit offengelassen wird, der Abbuchung zu widersprechen, also z. B. ein Zurückbehaltungsrecht wegen Baumängeln geltend zu machen. Zwischen der Fälligkeitsanzeige des Verkäufers an den Käufer und die Bank und dem Vollzug der Abbuchung muß also eine angemessene Frist liegen, damit der Käufer Einwendungen aus dem Kaufvertrag auch der Bank gegenüber vorbringen und der Abbuchung widersprechen kann. Eine unwiderrufliche Abbuchungsermächtigung nimmt ihm diese Möglichkeit und ist daher nach dem AGBG nicht zulässig. Für den Notar, der das AGBG zu beachten und eine Beurkundung abzulehnen hat, wenn solchermaßen erkennbar unerlaubte Zwecke verfolgt werden (§ 4 BeurkG), ergibt sich also die Pflicht, solche Abbuchungsvollmachten daraufhin zu prüfen. Eine unwiderrufliche Abbuchungsvollmacht darf er nicht beurkunden.

Die Entscheidung stellt aber auch eine bedeutsame Fort- und Festschreibung der Rechtsprechung des BGH zum sog. Einwendungsdurchgriff dar, wie er für finanzierte Abzahlungskäufe beweglicher Sachen i.S. der §§ 1, 6 AbzG entwickelt und fortschreitend auf andere fremdfinanzierte Rechtsgeschäfte, auch Bauträger- und Werkverträge, angewendet wurde (ablehnend dazu noch *Wolfsteiner*, DNotZ 1980, 349). Danach können in dem Dreiecksverhältnis Verkäufer-Bank-Käufer Einwendungen des Käufers aus dem Bauträgervertrag (Zurückbehaltungsrecht, Minderungsrecht, Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen) auch der Bank entgegengehalten werden, wenn Kauf- und Kreditvertrag objektiv und subjektiv eine wirtschaftliche Einheit bilden und die Risiken der an einem solchen Geschäft Beteiligten nicht mehr angemessen verteilt sind. Die im Bauträgervertrag an die Bank gerichtete Abbuchungsvollmacht begründet die wirtschaftliche Einheit von Kauf- und Kreditvertrag besonders dann, wenn, wie regelmäßig, die Bank auch als Globalgläubiger die Vorausfinanzierung des Bauvorhabens des Bauträgers und gleichzeitig die Zwischen- und/oder Endfinanzierung für den Käufer durchführt. Auch und gerade bei dieser häufig anzutreffenden Vertragsgestaltung darf — so der BGH — der Käufer durch die Einschaltung der Bank nicht schlechter gestellt werden als ohne sie. Das bedeutet, daß er Einwendungen aus dem Kauf-(Werk-)vertrag auch der Bank entgegenhalten und damit eine Überweisung zu Lasten seines Baukontos verhindern kann oder — anders gesehen — die Bank auf eigenes Risiko eine Überweisung an den Verkäufer (Bauträger) vornimmt, wenn sie in Kenntnis solcher Einwendungen handelt. Einen ausdrücklichen Widerruf der Abbuchungsvollmacht kann man — so der BGH weiter — seitens der Bank dann nicht erwarten, wenn man vorher die Unwiderruflichkeit vereinbart hat.

Der Einwendungsdurchgriff wird damit vom 3. Zivilsenat in dieser Entscheidung, bei der es um die Abbuchungsvollmacht ging, mit den gleichen Argumenten begründet, wie sie auch der 5. Senat in Bezug auf die Freistellungsverpflichtung der Bank nach § 3 MaBV im Verhältnis Verkäufer-Käufer-Globalgläubiger ausgesprochen hat (vgl. DNotZ 1984, 322 ff.). Wenn unabhängig voneinander sowohl der für Kreditsachen als auch der für Immobiliensachen zuständige Senat den Einwendungsdurchgriff auch beim Bauträgervertrag im Hinblick auf die Freistellungsverpflichtung und die Zwischenfinanzierung via Abbuchungsvollmacht zulassen, dann muß man eine gefestigte Rechtsprechung annehmen. Der zur Belehrung über die rechtliche Tragweite einer vertraglichen Vereinbarung verpflichtete Notar (§ 17 BeurkG) muß die Beteiligten auf diese Chancen und Risiken des Einwendungsdurchgriffs hinweisen.

Eingedenk dieser Rechtsprechung muß man sich wundern, daß Kreditinstitute ein so großes Interesse an solchen Abbuchungsvollmachten haben, die Risiken auf sie verlagern, die aus ganz anders gearteten Rechtsverhältnissen entspringen.

Notar Dr. Christian Schelter, Erlangen

3. GewO § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2; MaBV §§ 2, 3 (*Rechtsfolgen eines vertraglichen Rücktrittsrechts für den Bauträger*)

Zu den Rechtsfolgen, wenn einem Bauträger entgegen § 3 Abs. 1 Nr. 1 MaBV ein vertragliches Rücktrittsrecht eingeräumt ist.

BGH, Urteil vom 8.11.1984 — VII ZR 42/84 —

Aus dem Tatbestand:

Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 7. Juni 1978 verkaufte die Klägerin den Beklagten ein Grundstück und verpflichtete sich gleichzeitig, hierauf ein in einer Anlage zum Verträge näher beschriebenes eingeschossiges Wohnhaus mit Garage zu errichten. Der Preis für Grundstück und Gebäude sollte — ohne Berücksichtigung der in einer weiteren Anlage festgelegten Eigenleistungen, Erweiterungen und Sonderwünsche — insgesamt 345.000 DM betragen und in vom Baufortschritt abhängigen Raten fällig werden. Nach § 3 des Vertrages hatte die Klägerin das Recht zum Rücktritt, sofern die Beklagten sich länger als 14 Tage mit den jeweils fälligen Zahlungen im Verzuge befänden. In § 7 bevollmächtigten sich die Beklagten gegenseitig, Erklärungen mit rechtsverbindlicher Wirkung für jeden Teil abzugeben oder zu empfangen.

Am 17. August 1979 unterschrieb die Beklagte zu 1 eine privatschriftliche Vereinbarung, derzufolge die Gesamtvergütung unter Einbeziehung der Mehr- und Minderleistungen 373.809,66 DM betragen und hiervon auf die letzte Rate 5.272,14 DM entfallen sollten. Als der Neubau am 1. Oktober übergeben wurde, war gleichfalls nur die Beklagte zu 1 zugegen; nur sie unterzeichnete auch das Übergabeprotokoll. Die im Verträge vom 7. Juni 1978 vorgesehene eingehende Besichtigung nebst Mängelfeststellung unterblieb. Als Eigentümer sind die Beklagten bisher nicht eingetragen worden.

Mit der Klage hat die Klägerin in erster Linie Zahlung jener letzten Rate von 5.272,14 DM nebst Zinsen sowie — hilfsweise — Räumung und Herausgabe des Grundstücks für den Fall verlangt, daß das gesamte Vertragswerk mangels hinreichender Beurkundung nichtig sei. Die Beklagten haben gemeint, daß sie an die Erklärungen vom 17. August 1979 und 1. Oktober 1980 nicht gebunden seien, und zahlreiche Mängel gerügt. Die Klägerin hat erwidert, daß sie sich wirksam freigezeichnet habe.

Das Landgericht hat die Beklagten zur Zahlung der 5.272,14 DM, Zug um Zug gegen Beseitigung von im einzelnen aufgeführten Mängeln, verurteilt und die weitergehende Klage abgewiesen. Mit der Berufung hat die Klägerin den Fortfall ihrer Zug-um-Zug-Verpflichtung zur Mängelbeseitigung erstrebt; den Hilfsantrag auf Räumung und Herausgabe hat sie nicht mehr gestellt. Die Beklagten haben mit ihrer Berufung um vollständige Klageabweisung gebeten. Diesem Antrag hat das Oberlandesgericht unter Zurückweisung der Berufung der Klägerin entsprochen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Antrag auf uneingeschränkte Verurteilung der Beklagten weiter.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht führt aus, daß die Klägerin die von ihr verlangten 5.272,14 DM an sich noch zu beanspruchen habe. Daran ändere nichts, daß im Verträge vom 7. Juni 1978 nur die Grundvergütung von 345.000 DM beurkundet worden sei und die Parteien sich erst am 17. August 1979 in einer lediglich privatschriftlich festgehaltenen Vereinbarung über den endgültigen Betrag geeinigt hätten. Die für dessen Ermittlung maßgeblichen Änderungen und Eigenleistungen seien bereits im Hauptverträge und den ihm beigefügten Anlagen hinreichend konkretisiert worden. Da dieser Vertrag später

weder qualitativ noch quantitativ geändert worden sei, habe es einer weiteren Beurkundung nicht bedurft. Auch die Höhe der Restforderung stehe außer Frage, weil die Beklagten sie, wie es näher darlegt, mehrfach anerkannt hätten.

Das alles läßt Rechtsfehler nicht erkennen. Die Beklagten kommen denn auch im Revisionsverfahren darauf nicht mehr zurück.

II.

Das Berufungsgericht meint jedoch, daß die Restforderung noch nicht fällig sei. Hier greife die Makler- und Bauträgerverordnung ein (MaBV — in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Juni 1975 — BGBl. I S. 1351, geändert durch die VO vom 28. November 1979 — BGBl. I S. 1986). Danach sei der Bauträger, der vom Erwerber Vermögenswerte entgegennehmen wolle, zwar unter den Voraussetzungen des § 3 MaBV von der Verpflichtung zur Sicherheitsleistung befreit. Dazu gehöre jedoch auch, daß er sich keine vertraglichen Rücktrittsrechte habe einräumen lassen. Gerade das sei hier aber geschehen. Die Klägerin hätte daher Zahlungen nur verlangen dürfen, wenn sie zuvor Sicherheit geleistet hätte. Da sie das unstreitig nicht getan, das vertragliche Rücktrittsrecht auch nicht durch Eigentumsverschaffung oder Verzicht gegenstandslos gemacht habe, sei die Klage als zur Zeit unbegründet abzuweisen.

Diese Ausführungen halten im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Für Bauträger, die — wie hier — ihren Auftraggebern Eigentum an einem Grundstück zu übertragen haben, gilt allerdings, wenn sie zur Ausführung ihres Auftrags Vermögenswerte der Auftragnehmer entgegennehmen oder sich zur Verwendung der Vermögenswerte ermächtigen lassen, hinsichtlich ihrer Sicherungspflichten § 3 MaBV (Senatsurteil NJW 1981, 757 Nr. 12 [= DNotZ 1981, 377]). Von der Erfüllung weiterer Voraussetzungen abgesehen, darf der Bauträger daher Zahlungen nur verlangen, wenn ihm ein vertragliches Rücktrittsrecht nicht eingeräumt worden ist (§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 MaBV).

2. Hat der Bauträger sich dieses Rücktrittsrecht gleichwohl vorbehalten, so ist es nicht etwa, wie die Revision meint, unwirksam. Das ergibt sich zunächst aus § 3 Abs. 1 Satz 1 MaBV, wo nicht die Vereinbarung des Rücktrittsrechts, sondern die Annahme von Zahlungen verboten und damit dem Auftraggeber ein aus dem Wirtschaftsverwaltungsrecht abgeleitetes privatrechtliches Leistungsverweigerungsrecht eingeräumt wird (vgl. *Marcks*, Makler- und Bauträgerverordnung, 3. Aufl., § 12 Rdnr. 7 und 11; *Lach*, Gesetz für Immobilienmakler, Darlehensvermittler, Vermögensanlagenvermittler, Bauträger, Baubetreuer, 8. Aufl., S. 103; *Kanzleiter*, WiVerw. 1981, 96, 98; *Merle*, Festschrift für Otto Mühl (1981), 431, 448). Das zeigt ebenso § 7 Abs. 1 Satz 1 MaBV, wonach der Bauträger von den Sicherungspflichten des § 3 Abs. 1 und 2 MaBV freigestellt wird, insbesondere auch ein Rücktrittsrecht vereinbaren darf, wenn er für alle etwaigen Ansprüche des Auftraggebers auf Rückgewähr oder Auszahlung seiner Vermögenswerte Sicherheit nach § 2 Abs. 1 Satz 1 MaBV leistet hat. Das wird schließlich vor allem deutlich aus § 7 Abs. 1 Satz 3 MaBV, demzufolge die Verpflichtung zur Sicherheit wieder entfällt, wenn das Vertragsobjekt bezugsfertig ist, der Besitz übergeben ist, die Rechtsänderung oder eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs des Auftraggebers auf die Rechtsänderung im Grundbuch eingetragen ist und die vor- oder gleichrangigen Belastungen, die nicht übernommen werden sollen, im Grundbuch gelöscht sind.