

Ditmar Weis¹ / Patrick Rösler²

Das Wahlrecht der finanzierenden Bank im Rahmen einer Freistellungsverpflichtungserklärung nach § 3 MaBV³

- gleichzeitig eine Stellungnahme zu Grziwotz in ZIP 2002, 825 -

Der Bauträgervertrag und das ihn umgebende Vertragsgeflecht mit den beteiligten Banken steht nach der Bauträger-Boom-Phase Anfang der 90er Jahre in letzter Zeit – vor allem vor dem Hintergrund zahlreicher Bauträger-Insolvenzen und fehlgeschlagener Bauträger-Objekte – auf dem Prüfstand.⁴ Durch den Beitrag von Grziwotz gerät jetzt auch die von der Bank des Bauträgers abzugebende Freistellungsverpflichtungserklärung nach § 3 MaBV in die Diskussion.

1. Gesetzliche Grundlage

Nach § 3 Abs. 2 MaBV unterliegt ein Bauträger, der im eigenen Namen und für eigene Rechnung ein Bauvorhaben vorbereitet und dazu Vermögenswerte des Erwerbers verwendet, besonderen Sicherungspflichten. Er darf Raten grundsätzlich nur nach Baufortschritt entgegennehmen und nur dann, wenn die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 MaBV gegeben sind.⁵ Zu den Voraussetzungen nach § 3 Abs. 1 MaBV gehört insbesondere die Freistellung des Vertragsobjektes von allen Grundpfandrechten, die der Auflassungsvormerkung des Erwerbers vorgehen oder gleichstehen und nicht übernommen werden. Diese Freistellung muss auch für den Fall gesichert sein, dass das Bauvorhaben nicht vollendet wird. In den meisten Fällen steht als vorrangiges Recht die Grundschuld der den Bauträger finanzierenden Bank im Grundbuch, da dieser mangels ausreichendem Eigenkapital regelmäßig zum Erwerb des Grundstücks und zum Aufbau des Objekts auf eine Finanzierung angewiesen ist. Von der den Bauträger finanzierenden Bank wird eine schuldrechtlich wirkende Freistellungsverpflichtungserklärung abgegeben, um den Bauträger nicht beim Verkauf zu behindern.

Die Bank kann sich nach den Regelungen der MaBV das Recht vorbehalten, wahlweise den Grundbesitz freizugeben oder aber die erhaltenen Kaufpreislraten bis zum anteiligen Wert des Vertragsobjektes Zug um Zug gegen Löschung der Auflassungsvormerkung an den Erwerber zurückzuzahlen. Ein solches Wahlrecht ist in den üblichen Freistellungsverpflichtungserklärungen der Banken enthalten. Die entsprechende Formulierung⁶ lautet etwa wie folgt:

¹ Leiter der Rechtsabteilung der Volksbank Bonn Rhein-Sieg eG.

² Dr. jur., Rechtsanwalt, Geschäftsführer Finanz Colloquium Heidelberg GmbH.

³ Die Autoren danken Herrn Rechtsanwalt Dr. Ekkehardt von Heymann, Frankfurt am Main und Herrn Rechtsanwalt und Notar Dr. Klaus-R. Wagner, Wiesbaden, für wertvolle Anregungen und Hinweise zu diesem Beitrag.

⁴ Dazu z.B. *Thode*, ZfIR 2001, 345; *Thode/Wagner*, Neue Entwicklungen zum Bauträgervertragsrecht, 5. Auflage, Stand 29.08.2001; und zu den europarechtlichen Fragestellungen ausführlich *Wagner*, ZNotP 2002, Beilage 1.

⁵ Siehe zu den Voraussetzungen des § 3 MaBV im Detail *Rösler* in: von Heymann/Wagner/Rösler, MaBV für Notare und Kreditinstitute, 2000, Rdnr. 48 ff.

⁶ Vgl. auch Muster der Bundesnotarkammer, DNotZ 2002, 402, dieses aber ohne Erwerber-Verschuldensklausel.

„Sofern das Bauvorhaben aus Gründen, die der Erwerber nicht zu vertreten hat, nicht vertragsgemäß vollendet werden sollte, werden wir nach unserer Wahl

1. das Kaufobjekt freigeben, sobald der Erwerber den geschuldeten Kaufpreisteilbetrag, der dem erreichten Bautenstand entspricht, vorbehaltslos auf das vorbezeichnete Konto bezahlt hat

oder

2. die auf dem vorbezeichneten Konto vom Erwerber eingezahlten Beträge ohne Zinsen Zug um Zug gegen Löschung der Auflassungsvormerkung und etwaiger für Rechnung des Erwerbers eingetragener Grundpfandrechte zurückerstatten.

Die Interessen des Erwerbers werden wir bei Ausübung unseres Wahlrechts angemessen berücksichtigen.“

Diese Regelung wägt sachgerecht ab zwischen dem Interesse des Erwerbers, den seinen Vorschüssen entsprechenden Anteil an dem Bauvorhaben zu erhalten, und dem Interesse des Globalgläubigers, die in das Bauvorhaben gesteckten Mittel zurückzuerhalten.⁷ Der Erwerber erbringt im Rahmen der Abwicklung nach § 3 MaBV eine Vorleistung und ist durch die zu seinen Gunsten im Grundbuch eingetragene Vormerkung sowie die Freistellungsverpflichtungserklärung der den Bauträger finanzierenden Bank abgesichert. Die Bank übernimmt – im Gegensatz zur Abwicklung nach § 7 MaBV – ausdrücklich keine Zahlungsverpflichtung, sondern zunächst nur die Verpflichtung zur Freigabe. Die Rückzahlung der vom Erwerber geleisteten Zahlungen soll nur ausnahmsweise als weitere Möglichkeit vorbehalten sein. Dabei handelt es sich nicht um eine Wahlschuld, sondern um eine Ersetzungsbefugnis.⁸ Geschuldet ist nur die Freigabe, wobei der Bauträger bzw. die Bank die Befugnis hat, anstelle der geschuldeten Leistung die Rückzahlung der erhaltenen Beträge zu erbringen. Durch die angemessene Berücksichtigung der Erwerberinteresse ist klargestellt, dass die Bank nicht gegen Treu und Glauben von ihrem Wahlrecht Gebrauch machen darf.

Soweit die vom Erwerber geleisteten Kaufpreisteile noch nicht dem bereits erreichten Bautenstand entsprechen, kann die Bank vor der Freigabe bzw. der Löschung ihrer Finanzierungsgrundschuld vom Erwerber die Zahlung der entsprechenden Differenz verlangen.

Zulässig ist dabei die in der Freistellungserklärung enthaltene Auflage der Bank, dass die Rückzahlung nur gegen Löschung der zu Gunsten des Erwerbers eingetragenen Auflassungsvormerkung erfolgt.⁹ Der Erwerber kann nicht den Kaufpreis zurückerhalten und gleichzeitig seinen Anspruch auf Verschaffung der Gegenleistung (Eigentum) weiterhin im Grundbuch absichern. In der Praxis kann dadurch verhindert werden, dass der Erwerber in der Insolvenz des Bauträgers und bei Zwangsversteigerung des Objekts die Löschung seiner nicht mehr werthaltigen Vormerkung verweigert.

⁷ Marcks, MaBV, 6. Auflage, § 3 Rz 14.

⁸ Reithmann, NJW 1997, 1816 ff.

⁹ Reithmann, NJW 1997, 1816 ff.; Blank, Bauträgervertrag 2. Auflage, Rz 159; a.A. Basty, Der Bauträgervertrag, 4. Auflage, Rz. 315 ff.

Die Rückerstattung der gezahlten Beträge erfolgt dabei ohne Zinsen. Eine Regelung zum Zinsanspruch findet sich in der MaBV nicht. Aufgrund der Idee der Verbilligung des Objekts durch den frühzeitigen Einsatz der Käufermittel handelt es sich bei der Rückzahlung ohne Zinsen um ein systemimmanentes Risiko des Erwerbers bei Fehlschlagen der Bauträgermaßnahme. Die Chance auf einen günstigeren Objektkaufpreis geht einher mit dem Risiko des Zinsverlustes bei Steckenbleiben des Baus.

Der Erwerber hat also keinen Anspruch darauf, dass die den Bauträger finanzierende Bank sich nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 MaBV vorbehält, an Stelle der Freistellung die vom Erwerber geleisteten Zahlungen zurückzuzahlen.¹⁰ Noch weniger besteht ein Anspruch darauf, dass die Bank in den relevanten Fällen tatsächlich auch die Rückzahlung „wählt“. Ansonsten würde die Grundidee der Abwicklung nach § 3 MaBV umgekehrt. Diese Schwachstelle aus Sicht des Verbrauchers wurde bislang unter dem Gesichtspunkt hingenommen, dass im komplexen Geflecht der Vertragsbeziehungen im Bauträgermodell kein Vertragspartner eine optimale Stellung erhalten kann, um die gewünschte Verbilligung der Maßnahme durch die Einbindung des Erwerbers in die Aufbaufinanzierung des Objekt zu erreichen.

Durch eine Vertragserfüllungsbürgschaft seitens des Bauträgers (von dessen Bank) könnte die Absicherung des Erwerbers zweifellos verbessert werden. Dies würde aber wiederum die Finanzierungskosten des Bauobjekts ansteigen lassen, wobei diese Kosten über den Kaufpreis auf den Erwerber umgewälzt werden müssten. Eine Erwerbersicherung ist in § 632a Satz 3 BGB ausdrücklich vorgesehen, allerdings wird diese Rückzahlungssicherheit von § 1 Satz 3 der Abschlagszahlungsverordnung weitgehend ausgehebelt. Eine solche zivilrechtliche Regelung zum Schutz des Erwerbers wäre wesentlich effektiver, anstatt das Wahlrecht der Bank nach § 3 MaBV zu beschränken.

Eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung¹¹ zur Rückzahlung der vor der Eigentumsumschreibung vom Erwerber an den Bauträger gezahlten Kaufpreisteile ist bisher nur im Rahmen einer Abwicklung des Kaufvertrages nach § 7 MaBV vorgesehen. Hierbei übernimmt die Bank im Auftrag des Bauträgers gegenüber dem Erwerber eine Bürgschaft für die Rückzahlung der von diesem erhaltenen Kaufpreisteile. Diese Bürgschaft erledigt sich, wenn die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 MaBV vorliegen und zusätzlich das Objekt fertig gestellt ist. Sollte es bei einer Abwicklung nach § 7 MaBV zu einer Rückabwicklung des Kaufvertrages kommen, erhält der Erwerber von der den Bauträger finanzierenden Bank aufgrund der ihm vorliegenden Bürgschaft den von ihm bereits gezahlten Kaufpreis zurück. Er erleidet lediglich einen Zinsverlust und muss evtl. die Kosten für den notariellen Kaufvertrag tragen.

2. Voraussetzungen für die Ausübung des Wahlrechts durch die Bank

¹⁰ Ullmann, NJW 2002, 1073, 1074.

¹¹ Zivilrechtlich vgl. den soeben erwähnten § 632a Satz 3 BGB.

Soweit eine Bauträgermaßnahme nicht wie vorgesehen abgewickelt werden kann, stellt sich die Frage, wann und unter welchen Voraussetzungen die Bank ihr Wahlrecht ausüben kann. In den üblichen Freistellungserklärungen ist hierzu ein entsprechender Passus enthalten:

„Bei Streitigkeiten über die Feststellung der Nicht-Vollendung des Bauvorhabens, des erreichten Bautenstandes oder des anteilig vorhandenen Wertes des Vertragsobjektes soll das Gutachten eines von der zuständigen Industrie- und Handelskammer zu benennenden neutralen und vereidigten Gutachters maßgebend sein. Die Möglichkeit der Beschreitung des Rechtsweges bleibt für beide Parteien darüber hinaus bestehen. Die Kosten des Gutachters soll diejenige Partei tragen, deren tatsächliche Angaben widerlegt worden sind. Ist dies jeweils nur zum Teil der Fall, so werden die Kosten verhältnismäßig geteilt.“

Problematisch wird regelmäßig die Bestimmung des anteilig vorhandenen Wertes des Vertragsobjektes sein. Hier dürften beide Seiten, sowohl die Bank als auch der Erwerber, ohne das Gutachten eines Sachverständigen kaum in der Lage sein, einen auch nur annähernd objektiven Wert zu bestimmen. Mit Aufnahme der Rechtswegklausel wird dem Erwerber der ordentliche Rechtsweg und damit der richterliche Prüfungsmaßstab nicht abgeschnitten, es ist lediglich vorher ein Gutachter einzuschalten. Mit dieser Regelung soll im Interesse aller Beteiligten eine zügige Regelung gefunden werden, wobei dennoch die Interessen des Erwerbers gewahrt werden.¹²

Streit über die Tatsache der Nichtbeendigung dürfte in solchen Fällen nur in den wenigsten Fällen bestehen, da die Bank nach einer Kündigung des mit dem Bauträger abgeschlossenen Kreditvertrages regelmäßig nachweisen kann, dass dieser das Bauvorhaben nicht mehr vollenden kann. Die Situation, dass der Bauträger zwar nicht mehr weiter baut, jedoch trotz vorliegender Insolvenzgründe keinen Insolvenzantrag stellt, dürfte in der Praxis ebenfalls vorkommen. Faktisch dürfte es in solchen Fällen jedoch auch nur eine Frage der Zeit sein, bis einer der Gläubiger des Bauträgers Insolvenzantrag stellen wird, so dass sich die Situation höchstens um einige Monate verschiebt. Von einem stecken gebliebenen Bau kann also nicht erst dann gesprochen werden, wenn entweder das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Bauträgers eröffnet wurde und der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrages ablehnt oder aber der Insolvenzantrag mangels Masse abgelehnt wird.¹³ Vorausgesetzt werden muss, dass infolge längerer Untätigkeit (Baueinstellung für mehrere Monate) eine Fertigstellung nicht absehbar ist.¹⁴

3. Bankinterne Überlegungen zum Wahlrecht

Die Entscheidung der Bank hängt zunächst davon ab, um was für ein Objekt es sich handelt. Bei einem Einfamilienwohnhaus, einem Reihnhaus oder einer

¹² *Reisach*, Bauträgerrecht und Bauträgerfinanzierung, 2. Auflage, S. 133; *Wagner BauR* 2001, 1323, 1324, 1326.

¹³ So aber *Blank*, a.a.O., Rz 150.

¹⁴ *Brych/Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle, 3. Auflage Rz 128.

Doppelhaushälfte ist die Freigabe des Objekts unproblematisch, da der Erwerber es anschließend in der Hand hat, das Objekt mit von ihm beauftragten Handwerkern fertig zu stellen. Für die Bank dürfte bei solchen Einheiten die Freigabe grundsätzlich die erste Handlungsalternative darstellen, da es sich um ein einzelnes Objekt handelt und mit der Freigabe die Finanzierung für die Bank beendet ist.

Schwieriger wird die Frage der Freigabe im Rahmen von Geschosswohnungsbauten. Problematisch sind die nicht verkauften Einheiten, da diese für die Bank wertlos werden, wenn das Objekt nicht fertig gestellt wird. Wirtschaftlich ist die Bank aufgrund der von ihr vorgenommenen Bauträger-Finanzierung mit im Risiko. Je nach Zahl der nicht verkauften Einheiten und auch der Anzahl der von ihr finanzierten Enderwerber wird sie sich nicht ohne weiteres durch die Freigabe aus der Maßnahme verabschieden.

Bei problematisch werdenden Finanzierungen sind meist auch Baumängel vorhanden. Die Erwerber machen daraufhin entsprechende Kaufpreisminderungsansprüche gegenüber dem Bauträger geltend und können diese auch der Bank entgegenhalten. Weitere Zahlungen über die bereits erhaltenen Kaufpreisteile hinaus kann die Bank von den Erwerbern daher oft nicht mehr realisieren. Der Bank ist in solchen Fällen anzuraten, mit den Erwerbern eine einvernehmliche Regelung zu suchen, um langwierige Gerichtsverfahren zu vermeiden. Soweit noch ein Restsaldo nach Verrechnung zwischen Kaufpreislagen und Finanzierungsaufwand vorhanden ist, kann dieser von der Bank nur noch dem Bauträger gegenüber geltend gemacht werden. Je nach Bautenstand kann diese Lösung die für die Bank sinnvollste und wirtschaftlich günstigste sein.

Ein Vorteil für die Bank bei Festhalten am Objekt besteht darin, dass ihr der wirtschaftliche Wert der bereits erstellten Maßnahme erhalten bleibt, denn der Zugriff für dritte Gläubiger ist aufgrund ihrer vorrangigen Grundschuld wirtschaftlich nicht möglich. So kann das gesamte Objekt ohne störenden Einfluss durch Dritte fertig gestellt und abgewickelt werden. Gerade auch die bisherigen Erwerber werden sich bei einem entsprechenden Engagement der Bank eher dazu bereit finden, am eigenen Kaufvertrag festzuhalten und nicht einen möglicherweise bestehenden Rücktrittsgrund auszunutzen. Ansonsten wäre eine Verwertung nur durch eine Zwangsversteigerung oder im Rahmen eines Insolvenzverfahrens möglich. Dabei wird im Regelfall bei weitem nicht der Verkehrswert erzielt.

Ein Nachteil besteht für die Bank allerdings darin, dass nicht bekannt ist, welche Mängel sich im Objekt verbergen. Hier können für die Bank bei einem Weiterverkauf Probleme entstehen, wenn sie das Objekt vorübergehend in den Eigenbestand übernommen hat, da sie als Verkäufer dem Erwerber für bestehende Mängel haftet. Ein Gewährleistungsausschluss ist bei neuen Objekten grundsätzlich nicht möglich.

Unter Umständen könnten für die Erwerber auch steuerliche Nachteile entstehen, wenn sie das Objekt nicht direkt vom Bauträger, sondern von der Bank erwerben. Dies dürfte sich dann auf den zu erzielenden Kaufpreis negativ auswirken. Auch kann je nach Konstellation bei einem Erwerb durch die Bank und unter Umständen

auch bereits bei einer Vollmachtserteilung für die Bank durch den Bauträger Grunderwerbsteuer anfallen. Auch dies wäre ein zusätzlicher Aufwand, der bei der Entscheidung der Bank über ihre weitere Vorgehensweise mit zu berücksichtigen ist.

In der Praxis eher unerheblich dürfte der Fall sein, dass die Bank eine vom Erwerber gewünschte Freistellung ablehnt, weil sie sich von der Rückabwicklung des Kaufvertrages und einer anschließenden Weiterveräußerung an einen Dritten einen höheren Gewinn verspricht.¹⁵ Denn in diesen Fällen liegt das volle Risiko der Fertigstellung bei der Bank und sie hat es bereits mit einer stecken gebliebenen Maßnahme zu tun.

Die Bank wird vor der im Einzelfall zu treffenden Entscheidung, welche der beiden Alternativen sie ausüben will, unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten abwägen, bei welcher sie als Grundpfandrechtsgläubigerin voraussichtlich den geringsten Verlust erleiden wird.

4. Recht auf Ausübung des Wahlrechts

Für die den Bauträger finanzierende Bank bietet das Wahlrecht ohne Zweifel den Vorteil, dass sie je nach Bautenstand des Objektes, weiteren Vermarktungsaussichten und Situation des Erwerbers entscheiden und grundsätzlich die für sie günstigste Möglichkeit wählen kann. Für den Erwerber ist die Abwicklung mit einer Freistellungsverpflichtungserklärung, insoweit ist Grziwotz zuzustimmen, nicht die günstigste Möglichkeit. Bei einem Scheitern der Bauträgermaßnahme läuft er Gefahr, für seine bisherigen Zahlungen eine halbfertige Baumaßnahme zu erhalten und sich anschließend - ggf. mit anderen Erwerbern - selbst um die Fertigstellung kümmern zu müssen. Der Erwerber erleidet diese Nachteile aber nicht deshalb, weil die Bank von ihrem Wahlrecht Gebrauch macht, sondern weil § 632a Satz 3 BGB aufgrund der Abschlagszahlungsverordnung ausgehebelt wurde. Ob dies vor dem Hintergrund der Europäischen Verbraucherschutzrichtlinie überhaupt möglich und zulässig ist, wird einer Klärung noch zuzuführen sein.¹⁶

Ausgangssituation in diesen Fallkonstellationen ist der Wunsch des Erwerbers, das Objekt von einem Bauträger - meist mit Hilfe einer Finanzierung - zu erwerben. Vorteil des Bauträgermodells ist der günstigere Kaufpreis im Vergleich zu einem Modell, bei dem der Verkäufer die Maßnahme vollständig selbst vorfinanziert. Die Ratenzahlung des Erwerbers parallel zum Aufbau des Objekts erhöht die Liquidität des Bauträgers und die Notwendigkeit, Fremdmittel aufzunehmen, wird vermindert.¹⁷ Eine Finanzierung kann der Erwerber nur erhalten, wenn er der ihn finanzierenden Bank eine Sicherheit anbieten kann. Regelmäßig kann dies nur die zu erwerbende Immobilie sein, die aber wiederum nur dann als Sicherheit nutzbar gemacht werden kann, wenn der Erwerber der ihn finanzierenden Bank die Freistellungsverpflichtungserklärung der Bank beibringt, die ein (Global-)grundpfandrecht auf dem Objekt eingetragen hat.

¹⁵ *Böther/Oetter/Stein/Wannhoff*, Praxis der Bauträgerfinanzierung, 2. Auflage, Rz 3.10.3.

¹⁶ Dazu instruktiv *Wagner*, ZNotP 2002, Beilage 1, S. 14 ff.

¹⁷ So BGH VII ZR 178/01 v.2.5.2002, Vorlagebeschluss w/Bürgschaft nach § 7 MaBV.

Aufgrund dieser Konstellation ist es durchaus vertretbar, dass es für den Erwerber im Falle des Scheiterns der Maßnahme bei seinem ursprünglichen Vertragspartnerrisiko verbleibt, anstelle dies auf die den Bauträger finanzierende Bank zu verlagern. Eine besondere Benachteiligung des Erwerbers durch die Einschaltung der finanzierenden Banken und der dadurch bedingten Abwicklung mit Hilfe einer Freistellungsverpflichtungserklärung ist demnach nicht zu erkennen.

Wenn die MaBV oder zivilrechtliche Vorgaben dazu führen würden, dass die Bank anstelle eines Wahlrechts immer zur Rückzahlung verpflichtet würde, käme dies einer Aushöhlung ihrer Stellung als (vorrangiger) Grundpfandgläubiger gleich. Die Grundintention der MaBV, dass der Erwerber vom Globalgrundpfandrecht der Bank „befreit“ wird, würde damit in das Gegenteil verkehrt. Das Insolvenzrisiko, das der Erwerber bei seinem Vertragspartner Bauträger bisher zu tragen hat, würde vollständig auf die den Bauträger finanzierende Bank verlagert, soweit die Bank mit ihrem Grundpfandrecht einen Ausfall erleidet. Der aufgrund der Komplexität und der hohen Risiken für die Banken ohnehin schon zu beachtende Rückzug aus diesem Geschäft wird sich bei weiter steigendem Risiko beschleunigen. Damit dürfte der Bauträgervertrag nach heutigem Muster kaum noch durchzuführen sein. Ob dies vor dem Hintergrund der Alternativen¹⁸ eine wünschenswerte oder nicht wünschenswerte Entwicklung ist, braucht hier nicht vertieft zu werden.

Bei der von *Grziwotz* eingeleiteten Diskussion wird verkannt, daß §3 MaBV keine Erwerberschutzvorschrift ist. Die MaBV regelt gegenüber dem Bauträger öffentlich-rechtlich Entgegennahmeverbote, wenn die dort genannten Voraussetzungen nicht eingehalten sind. Die Frage eines Wahlrechts für den Erwerber kann und will die MaBV nicht regeln. Der Erwerber ist nicht Adressat der öffentlich-rechtlich ausgerichteten MaBV, sondern der Bauträger. Der Erwerber ist nur Nutznießer der den Bauträger treffenden Vorgaben. Für den Erwerber kann auf zivilrechtlicher Ebene über § 632a Satz 3 BGB viel naheliegender ein Schutzsystem aufgebaut werden.

Eine Änderung der bisherigen Praxis und eine weitere Absicherung des Erwerbers würde die Bauträgerkredite jedenfalls weiter verteuern und damit auch die Preise für die Erwerber erhöhen. Allein durch die Neuregelungen, die durch die Umsetzung von Basel II auf die Banken zukommen, werden sich die Konditionen für Bauträgerkredite erhöhen. Solche Kredite weisen ein deutlich höheres Ausfallrisiko auf, so dass die Bank künftig gezwungen ist, höhere Zinsen zu verlangen, um die höhere Eigenkapitalunterlegung ausgleichen zu können. Alternativ oder kumulativ kann sie vom Bauträger einen höheren Eigenkapitalnachweis verlangen, um ihre Eigenkapitalbelastung zu reduzieren. In der Praxis wird der Bauträger dies jedoch nicht leisten können, weshalb nur eine Verabschiedung von diesem Geschäftsfeld oder höhere Konditionen in Betracht kommen. Die nach Basel II geforderte Einführung einer risikobasierten Konditionsgestaltung wird teilweise bereits heute

¹⁸ Zu Alternativen wie 3-Raten-Modell und Kompensationsmodell ausführlich *Wagner* in *Thode/Wagner a.a.O.*, s. 123 ff.

gerade auch bei den von Basel II wohl nur eingeschränkt umfassten kleinen und mittleren Unternehmen praktiziert.

Bei einem Wegfall des Wahlrechts nach § 3 MaBV steigt das Risiko für die den Bauträger finanzierende Bank deutlich an, was unmittelbar auch zu höheren Zinsen führen wird. Dies führt in der praktischen Konsequenz sofort auch zu höheren Kosten beim Bauträger und damit zu steigenden Preisen. Auch bleibt abzuwarten, wie sich die am 07.06.2002 vom Bundestag verabschiedeten Neuregelungen zum Widerrufsrecht bei Verbraucherdarlehensverträgen¹⁹, und hier insbesondere die Ergänzung zu § 358 Abs. 3 BGB, auf die Finanzierungspraxis für Bauträgerkredite auswirken werden.

5. Fazit

Das in der Freistellungserklärung enthaltene Wahlrecht der den Bauträger finanzierenden Bank nach § 3 Abs. 1 Satz 3 MaBV bei einem Steckenbleiben des Bauvorhabens stellt eine sachgerechte Lösung dar, um die Interessen von Erwerber, Bauträger und der diese finanzierenden Banken angemessen zu berücksichtigen. Die Bank kann somit bei Nichtvollendung wählen, ob sie das Vertragsobjekt freistellt oder ob sie die vom Erwerber gezahlten Beträge an diesen zurückerstattet.

¹⁹ Dazu *Freckmann*, BKR 2002, 513 und ZfIR 2002, S. 500 ff.; zu den Regelungen nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz *Rösler/Lang* in: *Lang/Assies/Werner*, Schuldrechtsmodernisierung in der Bankpraxis, Heidelberg, 2002, S. 132 ff.