

Bau(träger)recht

2022

ISBN 978-3-406-78634-1

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

JÖRN HEINEMANN

Verwendung von Vermögenswerten zur Vorbereitung und Durchführung eines Bauvorhabens iSd § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV

Nach § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV darf ein Bauträger Vermögenswerte des Auftraggebers, die er (berechtigterweise, also im Rahmen der §§ 3, 7 MaBV) erhalten hat, nur zur Vorbereitung und Durchführung des Bauvorhabens, auf das sich der Auftrag bezieht, verwenden. Sowohl die hierzu ergangene Rechtsprechung als auch das Fachschrifttum ergeben kein eindeutiges Bild, inwiefern Kosten, die der Vermarktung und dem Vertrieb des Bauvorhabens dienen, aus den empfangenen Vermögenswerten beglichen werden dürfen. Unbestritten ist zwar, dass allgemeine Verwaltungskosten bzw. Verwaltungsaufwendungen nicht abzugsfähig sind. Unerörtert bleibt dabei aber häufig, was unter solchen allgemeinen Verwaltungskosten zu verstehen ist. Der Jubilar hat mit seinem bereits in 7. Auflage (gemeinsam mit Olrik Vogel) erscheinenden Buch «Bauträgerkauf und Baumodelle» einen unschätzbaren Beitrag zur Durchdringung und Fortentwicklung des in seinem zivil- und gewerberechtlichen Ausprägungen verästelten Bauträgerrechts geleistet. Er wird den ihm gewidmeten Beitrag hoffentlich mit Gewinn für sein weiteres Wirken zur Kenntnis nehmen.

Im Folgenden soll zunächst versucht werden, die vorhabenbezogene Verwendung durch Auslegung des Gesetzes allgemein zu definieren (1.). Im Anschluss daran wird untersucht, welche allgemeinen Kostenpositionen im Rahmen des Vertriebs und der Verwaltung unterschieden, definiert und voneinander abgegrenzt werden können (2.). Abschließend soll für einzelne Kostenpositionen ermittelt werden, ob diese aus den empfangenen Vermögenswerten des Auftraggebers bezahlt werden dürfen oder nicht (3.).

1. Vorhabenbezogene Verwendung iSd § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV

a) Historische Auslegung

Seine heutige Fassung hat § 4 MaBV durch die Änderungsverordnung vom 13.5.1975 (BGBl. 1975 I 1110) erhalten. § 3 Abs. 1 Nr. 2 MaBV-E (= § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV) wurde dahin ergänzt, dass der Bauträger Vermögenswerte nicht nur zur Durchführung, sondern auch zur Vorbereitung des Bauvorhabens einsetzen darf. In der Verordnungsbegründung heißt es, dass es sich um eine Klarstellung handele.¹

¹ BR-Drs. 179/75 Begründung zum Verordnungsentwurf S. 14.

Als Kosten der Vorbereitung und Durchführung des Bauvorhabens werden beispielhaft genannt: «der Grundstückspreis einschließlich Erschließungskosten und etwaiger öffentlich-rechtlicher Folgelasten sowie Gebühren für Architekten- und Ingenieurleistungen und Kosten der Verwaltungsleistungen des Gewerbetreibenden, ferner die Kosten für die Erstellung des Gebäudes, der dazugehörigen Nebengebäude, Anlagen und Einrichtungen».² Da es sich lediglich um eine Klarstellung des bisherigen Verordnungstextes handelt, kann man aus den Entstehungsmaterialien keinen eindeutigen Willen des damaligen Ordnungsgebers ableiten, § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV über seinen damaligen Regelungsgehalt extensiv auslegen zu dürfen.

b) Wortlaut

Der Wortlaut des § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV bestimmt, dass der Bauträger Vermögenswerte des Auftraggebers nur zur Vorbereitung oder Durchführung desjenigen Bauvorhabens verwenden darf, auf das sich der Auftrag bezieht. Hieraus wird abgeleitet, dass diese Vermögenswerte zweck- und objektgebunden verwendet werden müssen.³ Zweckbindung bedeutet, dass die Vermögenswerte nur zur Vorbereitung und Durchführung eines *Bauvorhabens* verwendet werden dürfen.⁴ Objektbindung bedeutet, dass diese Vermögenswerte nur zur Vorbereitung und Durchführung des *vertragsgegenständlichen Bauvorhabens* verwendet werden dürfen.⁵ Mit Rücksicht auf die Vertriebs- und Verwaltungskosten des Bauträgers stellt sich dabei die Frage, ob diese Zweckgebundenheit entweder eine enge Auslegung fordert oder aber eine weite Auslegung erlaubt.⁶ Aus dem Wortlaut selbst lässt sich nur entnehmen, dass bereits bauvorbereitende Maßnahmen aus den Vermögenswerten des Auftraggebers beglichen werden dürfen.⁷ Daraus könnte der Schluss gezogen werden, dass § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV ganz allgemein einen nur mittelbaren Bezug zum Bauvorhaben ausreichen lässt, so daß auch beim Tatbestandsmerkmal der Durchführung des Bauvorhabens ein lediglich mittelbarer Bezug genügen könnte. Der Durchführung des Bauvorhabens würden dann alle Maßnahmen dienen, die einen zügigen Baufortschritt befördern. Eine solche Betrachtungsweise, die allein nach der Kausalität der einzelnen Kostenposition fragt,⁸ würde jedoch dazu führen, dass der Bauträger die Zweckbindung selbst festlegen könnte und sie allein von seiner subjektiven Verwendungsabsicht abhängen würde. Dass § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV eine solche, im Belieben des Bauträgers stehende Zweckbindung gestatten möchte, erscheint unwahrscheinlich. Vielmehr ergibt sich aus der Objektbindung, dass der

² BR-Drs. 179/75 Begründung zum Verordnungsentwurf S. 14.

³ Grziwotz/Heinemann MaBV, 3. Aufl. 2017, § 4 Rn. 1.

⁴ Grziwotz/Heinemann MaBV, 3. Aufl. 2017, § 4 Rn. 8, 11f.

⁵ Grziwotz/Heinemann MaBV, 3. Aufl. 2017, § 4 Rn. 10.

⁶ Für eine extensive Auslegung tritt ein Bergmeister/Reiß, MaBV für Bauträger/Bergmeister, 4. Aufl. 2003, Rn. 113.

⁷ Vgl. BR-Drs. 179/75 Begründung zum Verordnungsentwurf S. 14.

⁸ Vgl. Bergmeister/Reiß, MaBV für Bauträger/Bergmeister, 4. Aufl. 2003, Rn. 113: «Es sind alle Ausgaben in Ansatz zu bringen, die durch die erlaubnispflichtige Tätigkeit des Bauträgers *verursacht* werden (*Hervorhebung vom Verf.*)».

Bauträger Vermögenswerte des Auftraggebers auf ein ganz bestimmtes Bauvorhaben verwenden muss, so dass ihm die Argumentation verwehrt ist, die Verwendung dieser Vermögenswerte auf ein ganz anderes Bauvorhaben könne auch für das konkrete Bauvorhaben des Auftraggebers nützlich sein. Selbst wenn man das Tatbestandsmerkmal «Durchführung des Bauvorhabens» weit auslegen möchte, muss man den mit der Vorschrift verfolgten Sinn und Zweck berücksichtigen.

Als Zwischenergebnis kann festgestellt werden, dass sich aus dem Wortlaut des Gesetzes keine eindeutige Aussage herleiten lässt, ob § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV einschränkend oder erweiternd auszulegen ist.

c) Systematik

In systematischer Hinsicht könnten § 1 Abs. 1 und Abs. 2 BauFordSiG (= § 1 GSB aF), eine Auslegungshilfe darstellen, denn auch diese Vorschriften stellen mit der Pflicht zur vorhabenbezogenen Verwendung von Vermögenswerten die Errichtung oder den Umbau eines Bauwerks sicher.⁹ Insoweit ist ein systematischer Zusammenhang zwischen § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV und § 1 BauFordSiG frühzeitig erkannt worden.¹⁰ Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 BauFordSiG hat der Empfänger von Baugeld dieses zur Befriedigung solcher Personen, die an der Herstellung oder dem Umbau des Baus auf Grund eines Werk-, Dienst- oder Kaufvertrags beteiligt sind, zu verwenden. Daraus wird ein enger Verwendungszweck abgeleitet, der nur solche Bau- und Umbaukosten umfasst, die einen unmittelbaren Beitrag zur Herstellung des Baus bilden und zu einer tatsächlichen Wertsteigerung des Baugrundstücks geführt haben,¹¹ zB Malerarbeiten,¹² Gerüstbauarbeiten¹³ und Leistungen der Planung und Bauleitung,¹⁴ nicht aber Aufwendungen für Verkaufsprovisionen sowie Kosten für Vertrieb und Werbung, allgemeine Verwaltungskosten¹⁵ oder Ausgaben für die Lieferung von Gebäudezubehör, zB Möbeln.¹⁶ Allerdings gestattet § 1 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 BauFordSiG dem Empfänger von Baugeld dieses unter den dort genannten Voraussetzungen auch für andere Zwecke zu verwenden, insbesondere dann, wenn die am Bau beteiligten Dritten bereits anderweitig befriedigt worden sind. Zu bedenken ist weiterhin, dass das BauFordSiG eine andere Schutzrichtung verfolgt: während das BauFordSiG die am Bau beteiligten Personen vor einer Vorwegentnahme der Baugelder schützen soll,¹⁷ dient § 4 MaBV dem Schutz des Auftraggebers vor Vermögensschädigungen.¹⁸

⁹ Basty ZfIR 1997, 587 (589).

¹⁰ BR-Drs. 786/73 Begründung zum Verordnungsentwurf S. 11 f.; Basty ZfIR 1997, 587 (588); Bergmeister/Reiß, MaBV für Bauträger/Bergmeister, 4. Aufl. 2003, Rn. 125; Grziwotz/Heinemann MaBV, 3. Aufl. 2017, § 4 Rn. 2, 5.

¹¹ Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht/Wolff, 4. Aufl. 2022, § 1 BauFordSiG Rn. 33.

¹² BGH 13.10.1987 – VI ZR 270/86, NJW-RR 1988, 263 (264).

¹³ OLG Hamburg 20.8.1993 – 11 U 82/92, BauR 1994, 123 = BeckRS 1993, 30859565.

¹⁴ BGH 8.1.1991 – VI ZR 109/90, NJW-RR 1991, 728 (729).

¹⁵ BGH 8.1.1991 – VI ZR 109/90, NJW-RR 1991, 728 (729).

¹⁶ BGH 6.6.1989 – VI ZR 281/88, NJW-RR 1989, 1045 (1047).

¹⁷ BGH 6.6.1989 – VI ZR 281/88, NJW-RR 1989, 1045 (1047); Grziwotz/Heinemann MaBV, 3. Aufl. 2017, § 4 Rn. 5.

¹⁸ Grziwotz/Heinemann MaBV, 3. Aufl. 2017, § 4 Rn. 1.

Auch wenn sich § 1 BauFordSiG und § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV systematisch ähneln, darf bei einer Auslegung von § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV die zu § 1 BauFordSiG ergangene Rechtsprechung nicht unbesehen übernommen werden. Vielmehr muss diese stets unter Beachtung des unterschiedlichen Schutzzwecks der beiden Normen interpretiert werden.

d) Sinn und Zweck der Vorschrift

Die Auslegung von § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV wird also entscheidend durch den mit der Vorschrift verfolgten Schutzzweck bestimmt. Dieser besteht in erster Linie darin, den Auftraggeber vor Vermögensschädigungen zu schützen.¹⁹ Hierzu kann es kommen, wenn der Bauträger die empfangenen Vermögenswerte nicht zur Durchführung des vom Auftraggeber bestellten Bauvorhabens verwendet, sondern für die Durchführung eines anderen Bauvorhabens, zu dem sich der Bauträger gegenüber anderen Auftraggebern zuvor verpflichtet hatte, einsetzt (sog. «Schneeballsystem»)²⁰ Wenn in der Folge über das Vermögen des Bauträgers das Insolvenzverfahren eröffnet wird, so sind diese Mittel weitgehend verloren und das eigentliche Bauvorhaben, für das diese bestimmt waren, kann nicht fertiggestellt werden.²¹ Verhindert werden soll aber auch, dass der Bauträger mit den Geldern des Auftraggebers «andere Löcher»²² oder «alte Löcher stopft»,²³ die sich in seinem Unternehmen ergeben haben. Auch in diesem Fall könnten die zur Fertigstellung des Bauvorhabens benötigten Mittel fehlen.

Daraus kann einerseits gefolgert werden, dass jedenfalls mit der vollständigen Erreichung des Schutzzwecks, die Zweckbindung der Vermögenswerte des Auftraggebers entfällt. Andererseits wird man die Zweckbindung solange zu bejahen haben, solange dieser Schutzzweck noch gefährdet erscheint. Im Schrifttum ist umstritten, wann der mit § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV verfolgte Schutzzweck verwirklicht ist. (1) Einerseits – so wohl auch vom Jubilar – wird vertreten, dass der Bauträger Vermögenswerte des Auftraggebers bereits dann für alle bei ihm angefallenen Kosten (auch für allgemeine Verwaltungskosten und für anderweitige Verbindlichkeiten) verwenden oder als Gewinn entnehmen darf, solange sie das Bauvorhaben und die bis dahin fällig gewordenen Raten betreffen.²⁴ (2) Eine weniger weitgehende Ansicht will dem Bauträger gestatten, alle ihm durch das Bauvorhaben im Rahmen der einzelnen Raten entstandenen Kosten auszugleichen (insbesondere auch Ver-

¹⁹ Marcks, MaBV, 10. Aufl. 2019, § 4 Rn. 1; Grziwotz/Heinemann MaBV, 3. Aufl. 2017, § 4 Rn. 1.

²⁰ BR-Drs. 786/73 Begründung zum Verordnungsentwurf S. 11; 3.4.1 MaBVwV; FG Düsseldorf 4.5.2000 – 8 K 4994/97 H (U), DStRE 2000, 819 (820); Marcks, MaBV, 10. Aufl. 2019, § 4 Rn. 1, 4; Bergmeister/Reiß, MaBV für Bauträger/Bergmeister, 4. Aufl. 2003, Rn. 91; Grziwotz/Heinemann MaBV, 3. Aufl. 2017, § 4 Rn. 1; Götz ZdW Bay 1994, 361 (363).

²¹ Marcks, MaBV, 10. Aufl. 2019, § 4 Rn. 1; Bergmeister/Reiß, MaBV für Bauträger/Bergmeister, 4. Aufl. 2003, Rn. 90.

²² Pause Bauträgerkauf, 6. Aufl. 2018, Rn. 367.

²³ v. Heymann/Wagner/Rösler, MaBV für Notare und Kreditinstitute/Rösler, 2000, Rn. 51.

²⁴ Pause Bauträgerkauf, 6. Aufl. 2018, Rn. 370; Koeble/Grziwotz Immobilien-HdB/Koeble Kap. 12 Rn. 120; Locher/Koeble, Baubetreuungs- und Bauträgerrecht, 1985, Rn. 154.

triebskosten), sobald er alle Drittrechnungen beglichen hat.²⁵ (3) Bergmeister – der § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV aber ohnehin nur eine begrenzte Schutzwirkung zubilligt²⁶ – vertritt die Auffassung, dass alle den Verkaufsstand fördernden Maßnahmen dazu beitragen, «Mittelfehlverwendungen» zu vermeiden und das Fertigstellungsrisiko für den Auftraggeber derart mindern, dass alle Ausgaben in Ansatz gebracht werden können, die durch die erlaubnispflichtige Tätigkeit des Bauträgers verursacht werden, insbesondere die entsprechenden Vertriebs- und Verwaltungskosten.²⁷ (4) Eine strengere Ansicht gestattet dem Bauträger hingegen erst nach Bezugsfertigkeit eine freie Verwendung derjenigen Vermögenswerte des Auftraggebers, die ihm als voraussichtlicher Gewinn verbleiben, wobei eine Rückstellung für Restarbeiten zu bilden ist.²⁸ (5) Basty fordert darüber hinaus die vollständige (nicht notwendig mangelfreie) Fertigstellung des Bauvorhabens,²⁹ während (6) Marcks zusätzlich die Begleichung aller Handwerkerrechnungen verlangt, bevor der Bauträger Gewinne zur freien Verwendung entnehmen dürfe.³⁰ Die Auffassungen (4) bis (6) gestatten dem Bauträger Vertriebs- und Verwaltungskosten aus den Vermögenswerten des Auftraggebers erst dann zu bezahlen, wenn der Bauträger zur Gewinnentnahme berechtigt ist, denn die für den Verkauf der einzelnen Objekten anfallenden Kosten und die dem Bauträger allgemein (also auch ohne Berücksichtigung des Bauvorhabens) entstehenden Verwaltungskosten dienen weder der Vorbereitung noch der Durchführung des Bauvorhabens.³¹

Eine an Sinn und Zweck der Vorschrift orientierte Auslegung muss in erster Linie das Schutzbedürfnis des Auftraggebers berücksichtigen: dieser soll einerseits seine geleisteten Vermögenswerte nicht verlieren und andererseits so abgesichert sein, dass das von ihm finanzierte Bauvorhaben fertiggestellt werden kann. Diesem Schutzzweck widersprechen diejenigen Auffassungen, die dem Bauträger eine freie Verwendung der Mittel gestatten, ohne dass sie der Fertigstellung des Bauvorhabens dienen, weil alle vom Bauträger für andere Zwecke entnommenen Vermögenswerte des Auftraggebers die für die Bausubstanz benötigten Mittel verringern.³² Insofern muss § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV in Zusammenschau mit § 3 Abs. 2 MaBV aus-

²⁵ Speiser ZfBR 1979, 6 (10).

²⁶ Bergmeister/Reiß, MaBV für Bauträger/Bergmeister, 4. Aufl. 2003, Rn. 122 ff.

²⁷ Bergmeister/Reiß, MaBV für Bauträger/Bergmeister, 4. Aufl. 2003, Rn. 121 [sic!; richtig: 112], 113.

²⁸ Drasdo/Hofbauer, Gewerberechtliche Vorschriften für Wohnungsunternehmen, Immobilienmakler und Anlagevermittler, 3. Aufl. 1996, § 4 MaBV Rn. 32; zustimmend Bergmeister/Reiß, MaBV für Bauträger/Bergmeister, 4. Aufl. 2003, Rn. 120.

²⁹ Basty ZfIR 1997, 587 (588); Runderlass des Niedersächsischen Ministers für Wirtschaft und Verkehr v. 15. 8. 1977 – 31.2–32.77 Scho/Sch/Sp, GewArch 1977, 370 (373).

³⁰ Marcks MaBV, 10. Aufl. 2019, § 4 Rn. 7; Götz ZdW Bay 1994, 361 (363); Schmidt MittBay-Not 1989, 73 (75); in diese Richtung auch Grziwotz/Heinemann MaBV, 3. Aufl. 2017, § 4 Rn. 12, der auf Fertigstellung und Endabrechnung des Bauvorhabens abstellt.

³¹ Marcks MaBV, 10. Aufl. 2019, § 4 Rn. 8; Drasdo/Hofbauer, Gewerberechtliche Vorschriften für Wohnungsunternehmen, Immobilienmakler und Anlagevermittler, 3. Aufl. 1996, § 4 MaBV Rn. 29, 32; Grziwotz/Heinemann MaBV, 3. Aufl. 2017, § 4 Rn. 11, 12; Basty ZfIR 1997, 587 (588).

³² Drasdo/Hofbauer, Gewerberechtliche Vorschriften für Wohnungsunternehmen, Immobilienmakler und Anlagevermittler, 3. Aufl. 1996, § 4 MaBV Rn. 30, 31.

gelegt werden.³³ Die Zahlungspflicht des Auftraggebers hängt vom Baufortschritt ab, so dass der Bauträger zum einen zur Vorleistung verpflichtet ist und dass zum anderen Zahlungen ab der zweiten Rate nur nach einer entsprechenden Wertsteigerung des Grundstücks erfolgen sollen.³⁴ Die Bedeutung des zuletzt genannten Gesichtspunkts wird auch durch die Rechtsprechung des BGH zur Auslegung von § 1 GSB (= § 1 BauFordSiG) bestätigt, wonach in diesem Zusammenhang nur solche Kosten vorauslagt werden dürfen, die zu einer tatsächlichen Wertsteigerung des Baugrundstücks geführt haben.³⁵ Aufwendungen für Verkaufsprovisionen, Kosten für Vertrieb und Werbung sowie allgemeine Verwaltungskosten bilden hingegen keinen unmittelbaren Beitrag zur Herstellung des Baues, der zu einer Werterhöhung führt.³⁶

e) *Ausnahmen für Zweck- oder Projektgesellschaften*

Es ist zu überlegen, ob von diesem engen Verständnis des § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV solche Bauträger ausgenommen werden können, die in der Rechtsform einer Zweck- oder Projektgesellschaft organisiert sind. Es handelt sich hierbei um Gesellschaften, die nicht dauerhaft am Markt tätig sind, sondern lediglich *ein* Bauvorhaben umsetzen. Die Gefahr, dass ein solcher Bauträger die Vermögenswerte des Auftraggebers für andere Projekte verwendet oder sie zur Deckung anderweitiger Lücken in seinem Unternehmen zweckentfremdet, scheint hier von vorneherein auszuschließen. Da die Gesellschaft nur auf einen einzigen Zweck, nämlich auf die Umsetzung eines Bauvorhabens ausgerichtet ist, könnte man alle mit dem Gesellschaftszweck verbundenen Kosten als zur Vorbereitung und Durchführung des Bauvorhabens verbunden ansehen, so dass nicht nur die Vertriebs- und Verwaltungskosten, sondern sogar die Gründungskosten der Gesellschaft hiervon erfasst wären.

Mit dem Sinn und Zweck des § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV lässt sich eine solche Auslegung mE aber nicht vereinbaren. Zum einen steht zum Zeitpunkt der Entgegennahme der Vermögenswerte des Auftraggebers noch nicht fest, dass die Projektgesellschaft wirklich nur ein einziges Bauvorhaben durchführen wird. Der Schutzzweck würde dann von der subjektiven Absicht des Bauträgers abhängen, was – wie vorstehend ausgeführt – kein leitendes Auslegungskriterium darstellen kann. Außerdem kann auch bei einer Projektgesellschaft die Entnahme von Geldern, die nicht zu einem Wertzuwachs des Grundstücks geführt haben, den Baufortschritt gefährden. Wenn zB eine größere Summe für die Vergütung von Investoren oder von Geschäftsführern verwendet wird, fehlen diese Gelder für die weiteren Bauabschnitte. Schließlich darf nicht verkannt werden, dass die Projektgesellschaft auch deshalb nur ein Bauvorhaben durchführt, damit sie in der Zukunft nur Gewährleistungs- und Haftungsansprüchen aus diesem Vorhaben ausgesetzt ist,

³³ Ebenso BR-Drs. 786/73 Begründung zum Verordnungsentwurf S. 10: «Diese Vorschrift (= § 4 MaBV) ist im Zusammenhang mit § 2 (= § 3 MaBV) zu sehen».

³⁴ Vgl. Schulz, NotarFormulare Bauträgerrecht, 2. Aufl. 2017, § 6 Rn. 102.

³⁵ BGH v. 8.1.1991 – VI ZR 109/90, NJW-RR 1991, 728 (729).

³⁶ BGH v. 8.1.1991 – VI ZR 109/90, NJW-RR 1991, 728 (729).

so dass die Gesellschafter nicht befürchten müssen, dass die Projektgesellschaft andere Bauvorhaben gefährdet. Anders als bei einem dauerhaft am Markt tätigen Bauträger wird bei einer Projektgesellschaft das Insolvenzrisiko bewusst in Kauf genommen, so dass die Auftraggeber sowohl den Verlust ihrer Vermögenswerte als auch die Nichtfertigstellung des Bauvorhabens befürchten müssen.

Ausnahmen von dem vorstehenden Auslegungsergebnis können auch für Zweck- und Projektgesellschaften nicht befürwortet werden, weil sich auch bei diesen das spezifische Risiko eines Bauträgervertrags (Insolvenz des Bauträgers und Steckenbleiben des Bauvorhabens) verwirklichen kann.

f) Ergebnis

Trotz der weiten Bandbreite von Meinungen, die im Schrifttum vertreten wird, muss einem Bauträger der für ihn rechtssicherste Weg zur Beachtung empfohlen werden. Dabei muss berücksichtigt werden, dass dem Bauträger nach überwiegender Meinung eine freie Mittelverwendung erst nach Bezugsfertigkeit bzw. nach vollständiger Fertigstellung des Bauvorhabens zugestanden wird. Vor dem Eintritt eines dieser Zeitpunkte ist dem Bauträger zu raten, Vermögenswerte des Auftraggebers ausschließlich für solche Maßnahmen zu verwenden, die zum Erwerb oder zur Planung des Bauvorhabens erforderlich waren (Vorbereitung des Bauvorhabens)³⁷ oder die zu einer Wertsteigerung des Grundstücks führen oder dessen Werterhalt sichern (Durchführung des Bauvorhabens). Für Zweck- und Projektgesellschaften gilt dieselbe Empfehlung.

2. Berücksichtigung von Vertriebs- und Verwaltungskosten

a) Vertriebskosten

Das Handelsrecht versteht unter Vertriebskosten die angefallenen Aufwendungen für die Vorbereitung, Förderung, Durchführung und Überwachung des Absatzes der Erzeugnisse und Leistungen.³⁸ Vertriebskosten entstehen vor allem in den Verkaufs-, Werbe- und Marketingabteilungen sowie im Vertriebslager und Vertreternetz.³⁹ Dazu gehören die Kosten, die durch Verkaufsvorbereitung, Werbung, Verkauf, Auftragsabwicklung, Fertigwarenlager, Versand, Kundendienst, Garantie-, Kulanz- und Wartungsleistungen verursacht werden.⁴⁰ Zu den Vertriebskosten zählen somit auch die Kosten der Vermarktung, zB durch Marketing, Werbung, Mes-

³⁷ Ausführlich zu diesen Kosten Basty ZfR 1997, 587; Grziwotz/Heinemann MaBV, 3. Aufl. 2017, § 4 Rn. 11.

³⁸ Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon/W. Maier, Edition 58/2022 (Stand: 1.1.2021), Eintrag „Vertriebskosten“ Rn. 1.

³⁹ Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon/W. Maier, Edition 58/2022 (Stand: 1.1.2021), Eintrag «Vertriebskosten» Rn. 1.

⁴⁰ Vgl. Beck Bil-Komm./Justenhoven/Kliem/Müller, 13. Aufl. 2022, § 275 HGB Rn. 276 ff.; Beck Bil-Komm./Schubert/Hutzler, 13. Aufl. 2022, § 255 HGB Rn. 386; Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon/W. Maier, Edition 56/2021 (Stand: 1.1.2021), Eintrag «Vertriebskosten» Rn. 1 ff.

sen und Ausstellungen.⁴¹ Vertriebskosten erhöhen nicht den Wert der hergestellten Erzeugnisse, sondern unterstützen oder gewährleisten den Absatz der Produkte.⁴² Da Vertriebskosten nicht zu einer Wertsteigerung des Grundstücks führen, können sie nach der vorstehend vertretenen Auslegung auch nicht zu den aus den Mitteln des Auftraggebers zu begleichenden Kosten gerechnet werden. Soweit der Verfasser im Rahmen seiner Kommentierung eine Differenzierung zwischen nicht abzugsfähigen Vertriebskosten und abzugsfähigen Vermarktungskosten zu befürworten scheint,⁴³ wird diese Auffassung aufgegeben. Auch Vermarktungskosten sind als Vertriebskosten im Rahmen des § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV nicht als Verwendungen zur Vorbereitung und Durchführung des Bauvorhabens anzusehen.

Auch im Schrifttum werden Vertriebskosten, insbesondere Vertriebsprovisionen und eigene Aufwendungen für den Verkauf der Bauträgerobjekte, überwiegend nicht zu den Kosten gerechnet, die der Vorbereitung und Durchführung des Bauvorhabens dienen.⁴⁴ Die Gegenauffassung, die sowohl angemessene Gehaltsaufwendungen und/oder marktgerechte Provisionen in Ansatz bringen möchte,⁴⁵ stützt sich auf eine weite Auslegung des § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV, die mit dem Schutzzweck der Vorschrift nicht im Einklang steht.

Vertriebskosten dürfen vor Bezugsfertigkeit bzw. Fertigstellung des Bauvorhabens nicht nach § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV aus den Vermögenswerten des Auftraggebers beglichen werden. Diese müssen aus Eigenmitteln des Bauträgers oder aus anderen Fremdmitteln, die nicht vom Auftraggeber stammen dürfen, bezahlt werden.

b) Allgemeine Verwaltungskosten

Zu den allgemeinen Verwaltungskosten zählen insbesondere Aufwendungen für die Geschäftsleitung, das Rechnungswesen, das Rechenzentrum, die Personal-, Finanz-, Rechts-, Steuer- und Planungsabteilung, die Aufwendungen für Jahresabschluss-Erstellung, Prüfung und Offenlegung, sowie Rechts- und Steuerberatung, allgemeine Aufwendungen für Ausbildung oder Fortbildung.⁴⁶ Es handelt sich hierbei also durchwegs um Aufwendungen, die allgemein durch den Betrieb des Unternehmens entstehen und nicht durch einen einzelnen Auftrag ausgelöst werden. Diese Kosten haben regelmäßig keine Wertsteigerung der im Rahmen des Auftrags hergestellten Produkte zur Folge. Aus diesem Grund können allgemeine Verwaltungskosten nach der vorstehend vertretenen Auslegung nicht zu den aus

⁴¹ Vgl. Bergmeister/Reiß, MaBV/Bergmeister, 4. Aufl. 2003, Rn. 113.

⁴² Beck Bil-Komm./Justenhoven/Kliem/Müller, 13. Aufl. 2022, § 275 HGB Rn. 275.

⁴³ Grziwotz/Heinemann MaBV, 3. Aufl. 2017, § 4 Rn. 11.

⁴⁴ Runderlass des Niedersächsischen Ministers für Wirtschaft und Verkehr v. 15.8.1977 – 31.2–32.77 Scho/Sch/Sp, GewArch 1977, 370 (373); Marcks MaBV, 9. Aufl. 2014, § 4 Rn. 8; Grziwotz/Heinemann MaBV, 3. Aufl. 2017, § 4 Rn. 11; Basty ZfIR 1997, 587 (588).

⁴⁵ Bergmeister/Reiß, MaBV für Bauträger/Bergmeister, 4. Aufl. 2003, Rn. 113; Speiser ZfBR 1979, 6 (10); unklar Götz ZdW Bay 1994, 361 (363), der dem Bauträger die Entnahme der Vertriebskosten für das Bauvorhaben, nicht aber die Entnahme allgemeiner Vertriebskosten gestatten möchte, ohne beide Positionen hiervon deutlich abzugrenzen.

⁴⁶ EStR 2012 R. 6.3 Abs. 3; Beck Bil-Komm./Justenhoven/Kliem/Müller, 13. Aufl. 2022, § 275 HGB Rn. 291.