Brüder-Grimm-Straße 29 ▪ 34246 Vellmar
Telefon: 0561/98275-0 ▪ Fax: 0561/98275-20
https://notar-ehmke.de

Andreas Ehmke
Rechtsanwalt & Notar

Merkblatt zu Bauträgerverträgen

Der Kauf vom Bauträger

Inhalt

Merkblatt zu Bauträgerverträgen 1
A. Abgrenzung 2
I. Der »klassische« Bauträgervertrag 2
1. Definitionsmerkmale 2
2. Makler– und Bauträgerverordnung 2
II. Der modifizierte Bauträgervertrag: Erwerbermodell 3
III. Generalübernehmer– und Generalunternehmermodell 3
IV. Bauherren– und Fondsmodelle 4
B. Vertragsschluss 4
I. Form und Inhalt 4
II. Verfahren 5
III. Klauselkontrolle 5
IV. Sachverhaltsprüfung 6
V. Sonderwünsche 6
C. Kaufpreis 6
I. Zusammensetzung 6
II. Fälligkeit, Abschlagszahlungen 7
1. »Vormerkungslösung« 7
2. »Bürgschaftslösung« 8
3. Ratenplan 9
4. Das Fertigstellungsrisiko 10
III. Kaufpreisfinanzierung 11
D. Eigentumsübertragung 11
E. Abnahme und Sachmängel 12
I. Abnahme 12
II. Sachmängelrechte 13
1. Mangelbegriff 13
2. Anspruchsgegner 13
3. Anspruchsinhalt 14
4. Besonderheiten bei Gemeinschaftseigentum 14
5. Verjährung 15

Brüder-Grimm-Straße 29 ▪ 34246 Vellmar
Telefon: 0561/98275-0 ▪ Fax: 0561/98275-20
https://notar-ehmke.de

Andreas Ehmke
Rechtsanwalt & Notar

A. Abgrenzung

I. Der »klassische« Bauträgervertrag

1. Definitionsmerkmale

Gegenstand eines Bauträgervertrags ist die Errichtung eines Bauwerks auf einem Grundstück, das dem Erwerber noch nicht gehört, und die anschließende Übereignung des bebauten Grundstücks/der Eigentumswohnung an ihn. Es handelt sich also um einen kombinierten Kauf– und Werkvertrag: Das Kaufelement liegt in der Übereignung der Immobilie, das Werkelement in deren Errichtung. Gem. § 650u Abs. 1 BGB gilt daher für den Übertragungsanspruch Kaufvertragsrecht, für den Errichtungsanspruch Werkvertragsrecht (samt der Sondervorschriften zum Bauvertrag in §§ 650a ff. BGB und, wenn der Erwerber als Verbraucher handelt, zum Verbraucherbauvertrag in §§ 650i ff. BGB, jedoch jeweils ohne die in § 650u Abs. 2 BGB genannten Normen).

Die Bauleistungen werden im Regelfall nicht durch den Bauträger selbst, sondern durch beauftragte Subunternehmer erbracht. Das Objekt kann Wohn– oder gewerblichen Zwecken dienen; es kann sich um ein Einzelgebäude oder um eine in Sondereigentum aufgeteilte Immobilie handeln, die im Regelfall schlüsselfertig errichtet, aber auch zum Eigenausbau teilfertig hergestellt werden kann.

Im Regelfall und zur weiteren Reduzierung des Kaufpreises (Vermeidung eigener Vorfinanzierung) wird der Bauträger ferner während der Bauphase bestrebt sein, Kaufpreisraten des Erwerbers entgegenzunehmen (vgl. unten Abschnitt C II.3).

2. Makler– und Bauträgerverordnung

Wer als Bauträger gewerbsmäßig (also nicht nur für ein Einzelobjekt) tätig ist, bedarf hierfür einer Genehmigung der Stadt/der Kreisverwaltungsbehörde nach § 34c Gewerbeordnung (GewO). Er unterliegt ferner den öffentlich-rechtlichen Bestimmungen der sog. Makler– und Bauträgerverordnung (MaBV). Demnach hat er die erhaltenen Kaufpreisraten objektbezogen zu verwenden (darf sie also nicht zur Füllung anderer Finanzlöcher einsetzen); etwa erzielter Gewinn kann erst nach vollständiger Fertigstellung des Bauvorhabens und Begleichung aller Handwerkerrechnungen frei entnommen werden (vgl. § 4 MaBV). Weiter schafft § 11 MaBV Informationspflichten des Bauträgers: Alles Werbematerial, auch Prospekte und Inserate, muss fünf Jahre aufbewahrt werden (§§ 13, 14 MaBV). Bauträger unterliegen außerdem auf eigene Kosten einer turnusmäßigen sowie außerordentlichen Pflichtprüfungen durch Wirtschaftsprüfer oder vereidigte Buchprüfer, §§ 16, 17 MaBV.

Vereinbarungen, die den gewerberechtlichen Bestimmungen (etwa dem Ratenzahlungsplan des § 3 Abs. 2 MaBV, Abschnitt C.II.3) zuwiderlaufen, sind auch zivilrechtlich unwirksam und damit nichtig, § 12 MaBV, § 134 BGB. Außerdem können solche Verstöße zur Verhängung von Bußgeldern (§ 18 MaBV) oder zur Rücknahme der Erlaubnis gem. § 34c GewO führen.

Erleichterungen gelten im Falle entsprechender Bestätigung bei Bauträgerverträgen mit Vollkaufleuten oder juristischen Personen, vgl. § 7 Abs. 2 MaBV. Für diese gelten also lediglich die Bestimmungen des BGB, wobei unter Vollkaufleuten auch die Klauselkontrolle gem. §§ 305 ff. BGB (B III) stark reduziert ist.

Brüder-Grimm-Straße 29 ▪ 34246 Vellmar
Telefon: 0561/98275-0 ▪ Fax: 0561/98275-20
https://notar-ehmke.de

Andreas Ehmke
Rechtsanwalt & Notar

II. Der modifizierte Bauträgervertrag: Erwerbermodell

Insbesondere bei Objekten mit besonderer Zweckbindung (z.B. Apartment-Hotels, Betreutem Wohnen) wird der »klassische Bauträgervertrag« ergänzt durch Betreiberverträge, Steuerberatungs– und Generalanmietverträge, die häufig durch einen eingesetzten Treuhänder in Vollmacht auch für den Erwerber abgeschlossen werden. Man spricht vom sogenannten »Erwerbermodell«, für das die Regelungen zum Bauträgervertrag und kumulativ die Regelungen über die weiter abzuschließenden Verträge gelten. Von entscheidender Bedeutung ist die Zuverlässigkeit des eingesetzten Treuhänders, dem häufig auch die Mittelverwendungskontrolle obliegt. Da er auch rechtlich schwierige Fragen zu entscheiden hat, muss es sich nach dem Rechtsdienstleistungsgesetz um einen Volljuristen handeln.

III. Generalübernehmer– und Generalunternehmermodell

Hierfür ist die Aufspaltung des Gesamtvertrags in einen Grundstückskauf, einerseits, und in einen getrennt geschlossenen Bauvertrag, andererseits, typisch. Die Verträge werden mit verschiedenen Personen geschlossen, die aber häufig wirtschaftlich verflochten sind – ein Vertrauter des Bauunternehmers hat das Grundstück »an der Hand«. Man spricht vom Generalübernehmermodell, wenn der Bauunternehmer die Leistungen vollständig durch Subunternehmer erbringt, vom Generalunternehmermodell, wenn er zumindest einige Gewerke selbst ausführt. Das Modell kommt insbesondere bei selbständigen Bauvorhaben (Einfamilienhaus, Reihenhaus) in Betracht.

Da zumindest eine der Parteien des Grundstücksvertrages zum Verkauf bzw. zum Ankauf nur bereit ist, wenn auch der Werkvertrag mit einem bestimmten Inhalt zustande kommt, unterliegen beide Verträge der Beurkundungspflicht, selbst wenn sie mit verschiedenen Parteien geschlossen werden. Entgegen landläufiger Auffassung lässt sich durch die Aufspaltung auch keine Grunderwerbsteuer sparen, da aus Sicht der Finanzverwaltung das bebaute Grundstück in seinem Endstadium Vertragsgegenstand ist; bereits äußere Indizien reichen für die Erhebung der Grunderwerbsteuer aus dem Gesamtvolumen. Die Makler– und Bauträgerverordnung, jedenfalls aber der in § 3 Abs. 2 MaBV enthaltene Ratenplan, finden jedenfalls dann auf den Gesamtvorgang entsprechende Anwendung, wenn Grundstücksverkäufer und Werkunternehmer hinreichend verflochten sind (Bsp.: Der Grundstückseigentümer gestattet dem Bauunternehmer die Belastung des Grundstücks zur Zwischenfinanzierung mit Grundpfandrechten; oder: Im Fall der Ausübung des werkvertraglichen Kündigungsrechts gem. § 648 BGB ist der Käufer zur Rückübereignung des Grundstücks(anteils) verpflichtet; oder: Zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Bauunternehmer als juristischen Personen besteht ein Gewinnabführungsvertrag; oder: Bei Grundstückseigentümer und Bauunternehmer verfügt dieselbe Person oder Personengruppe über die Beteiligungsmehrheit; oder: Das Grundstück darf erst dann umgeschrieben werden, wenn auch der Werklohn vollständig bezahlt ist). Die MaBV gilt sicher nicht (mehr), wenn das Grundstück bereits umgeschrieben ist bevor der Werkvertrag geschlossen wird oder zumindest bevor die erste Werklohnrate aus dem (wie in der Regel der Fall) gleichzeitig mit dem Grundstückskaufvertrag geschlossenen Werkvertrag fällig gestellt wird. Aber auch wenn die MaBV nicht (ggf. analog: Umgehungsverbot gem. § 12 MaBV) gilt, muss der (dann ggf. feiner unterteilte) Ratenplan des Werkunternehmers bestimmte Kriterien einhalten, sich insbesondere am Wert der jeweils bereits erbrachten Leistungen orientieren (§ 632a Abs. 1 BGB) und zugunsten von Verbrauchern eine Schlussrate bei vollständiger Fertigstellung von mindestens 10 % vorsehen (§ 650m Abs. 1 BGB).

Zum Schutz des Käufers ist besonderes Augenmerk auf die Verknüpfung beider Verträge für den Fall ihres Scheiterns zu legen (z.B.: Rückgabemöglichkeit hinsichtlich des Grundstücks, wenn die Baugenehmigung nicht erteilt wird oder wenn vom Bauvertrag zu Recht

zurückgetreten wurde). Aus Sicht des Verkäufers hat die Aufspaltung den Nachteil, dass ab Bezahlung des Grundstückskaufpreises der Grund und Boden in das Eigentum des Käufers übergeht. Ab diesem Zeitpunkt leistet der Bauunternehmer vor, da er dem Käufer »automatisch« Eigentum an den weiteren Bauleistungen verschafft.

IV. Bauherren– und Fondsmodelle

Gänzlich anders anzuknüpfen sind schließlich Bauherrenmodelle, die häufig in Form einer Personengesellschaft (GbR oder KG) abgewickelt werden. Bauherr ist hier der Erwerber bzw. die Erwerbergemeinschaft selbst. Es existiert ein Bündel von Vertragsbeziehungen: zum einen der Gesellschaftsvertrag der Gemeinschaft, zum anderen ein Vertrag mit dem Baubetreuer, der die Interessen der Bauherren gegenüber den Handwerkern wahrnimmt, und schließlich ein Treuhandvertrag mit einem Treuhänder, der die Geldmittel der Gemeinschaft verwaltet. Häufig wird diesem Treuhänder zugleich der Abschluss aller Bauverträge, Versicherungsverträge, Steuerberatungsverträge etc. anvertraut; er muss dann nach dem Rechtsdienstleistungsgesetz zur Rechtsberatung befugt sein.

Bei Bauherrenmodellen und den diesen vergleichbaren Immobilienfonds kommt der Richtigkeit und Vollständigkeit des Prospektes besondere Bedeutung zu. Sogar bestimmte Daten des Innenverhältnisses (z.B. überhöhte Innenprovisionen, über 15 %) sind offenzulegen.

B. Vertragsschluss

I. Form und Inhalt

Da die Herstellungspflicht mit der Verschaffung des Eigentums an der Immobilie untrennbar verbunden ist (und ihr regelmäßig vorausgeht), sind alle Abreden beurkundungspflichtig, sonst ist der gesamte Vertrag nichtig (§§ 125, 311b Abs. 1 BGB). Lediglich spätere Vertragsänderungen (z.B. nachträglich vereinbarte Sonderwünsche) können in engen Grenzen formfrei getroffen werden, insbesondere wenn dadurch der wesentliche Vertragsinhalt sich nicht ändert und es sich um ad hoc erforderliche Anpassungen handelt. Ein allgemeines Kündigungsrecht (oder Widerrufsrecht binnen 14 Tagen, wie sonst häufig bei Verträgen mit Verbrauchern) gibt es bei Bauträgerverträgen nicht (das Verbraucherwiderrufsrecht ist übrigens auch bei notariell beurkundeten reinen Werkverträgen, oben A III, ausgeschlossen).

Zur Definition der Werkleistung ist insbesondere die sogenannte »Baubeschreibung« ebenfalls zu beurkundender Vertragsinhalt. Dies gilt sogar dann, wenn die Werkleistungen zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bereits ganz oder teilweise ausgeführt sind. Bei Gewerbeobjekten (z.B. Baumärkten) liegen in der Regel detaillierte Leistungsverzeichnisse vor, bei Wohnobjekten häufig lediglich funktionale Baubeschreibungen, in denen Niveau und Umfang der Ausstattung sowie der technischen Versorgung beschrieben werden. Ergänzend werden in der Regel Pläne beigefügt. Maßgeblich zur Schließung etwaiger Lücken können auch Erläuterungen in Prospekten oder Inseraten sein (§ 650k Abs. 2 BGB). Die Baubeschreibung muss verständlich und übersichtlich sein (sog. »Transparenzgebot«).

Zu regeln im Bauträgervertrag ist auch der Fertigstellungstermin, häufig im Sinn einer »weichen«, angestrebten Frist und eines vertraglich fest vereinbarten Datums, bei dessen Überschreitung Verzugsschaden geltend gemacht werden kann, sofern nicht im Ausnahmefall ein Verschulden des Bauträgers (etwa aufgrund unvorhersehbarer Streiks oder höherer Gewalt) ausscheidet.

Brüder-Grimm-Straße 29 ▪ 34246 Vellmar
Telefon: 0561/98275-0 ▪ Fax: 0561/98275-20
https://notar-ehmke.de

Andreas Ehmke
Rechtsanwalt & Notar

II. Verfahren

Um den Verbraucherschutz zu gewährleisten, fordert § 17 Abs. 2a Beurkundungsgesetz, dass einem Erwerber, der nicht unternehmerisch handelt, sondern beispielsweise zur privaten Wohnnutzung erwirbt, der Vertragsentwurf und alle darin in Bezug genommenen Dokumente (also die Baubeschreibung und – sofern im Grundbuch noch nicht vollzogen – auch die sogenannte »Teilungserklärung« samt Gemeinschaftsordnung) zwei Wochen vor dem beabsichtigten Beurkundungstermin zugesandt werden (dies kann auch per E-Mail erfolgen), so dass er ausreichend Gelegenheit hat, sich in technischer, juristischer und steuerlicher Hinsicht mit dem Objekt zu befassen. Von dieser Wartefrist kann nur in sehr engen Ausnahmefällen abgewichen werden, etwa da der Verbraucher fachkundigen Rat eingeholt hat und die Beschäftigung mit dem Vertragstext und der Investition bereits abgeschlossen ist. Die Gründe sind in die Urkunde aufzunehmen.

Seit 2020 verlangen die verschärften Regeln des Geldwäschegesetzes ferner, dass jede am Kaufvertrag beteiligte Gesellschaft (z.B. die GmbH oder Kommanditgesellschaft als Bauträger) vor der Beurkundung dem Notar eine Dokumentation der Eigentums– und Kontrollstruktur (EKS) in Textform übermittelt, damit der Notar ermitteln kann, welche natürliche Personen an dieser Gesellschaft wirtschaftlich Beteiligter ist (also über mindestens 25 % der Kapitalanteile oder der Stimmrechte verfügt). Liegt diese EKS nicht vor, darf der Notar nicht beurkunden!

Außerdem muss der Vertragstext in Gegenwart des Erwerbers oder einer Person seines Vertrauens beurkundet werden. Ist der Bauträger oder sein Bevollmächtigter selbst nicht anwesend, muss der Verbraucher das Vertragsangebot abgeben (sodass ihm der gesamte Wortlaut zu verlesen ist) bzw., was geringere Notarkosten auslöst, vorbehaltlich Nachgenehmigung des Bauträgers beurkunden.

Als Bestandteil des Bauträgervertrags muss auch die Baubeschreibung komplett durch den Notar mitverlesen werden, die Pläne sind zur Durchsicht und Genehmigung vorzulegen. Das Gesetz erlaubt jedoch eine Vereinfachung dahingehend, dass eine allgemeine, z.B. für ein gesamtes Apartmenthaus bestimmte, Baubeschreibung sowie die diesbezüglichen Gesamtpläne in einer sogenannten »Verweisungsurkunde« separat niedergelegt werden, die dem Erwerber vorab zur Durchsicht und Kenntnisnahme zu übersenden ist. Im Bauträgervertrag werden nur etwaige bereits besprochene Abweichungen von der allgemeinen Baubeschreibung (Sonderwünsche) niedergelegt. Dadurch kann sich die Beurkundung auf die relevanten rechtlichen Aspekte konzentrieren. Häufig ist diese Verweisungsurkunde zusammengefasst mit der sogenannten »Teilungserklärung und Gemeinschaftsordnung« bei Eigentumswohnungsanlagen, in denen die Rechte und Pflichten der Wohnungseigentümer untereinander geregelt sind. Über diese Aspekte informiert Sie das getrennte Merkblatt »Die Eigentumswohnung«.

III. Klauselkontrolle

Werden mehrere gleichartige Objekte im Bauträgermodell nach einheitlichem Vertragsmuster errichtet (z.B. im Geschosswohnungsbau), muss der Vertrag nicht nur den Anforderungen des BGB und der MaBV genügen, sondern auch der Klauselkontrolle des früheren AGB-Gesetzes, der nunmehrigen §§ 305 ff. BGB. Die Klauselkontrollnormen betreffen vor allem die Sachmängelgewährleistung und die Folgen von Pflichtverletzungen, wenn auch nicht ausschließlich: Behält sich z.B. der Bauträger eine spätere Änderung des Leistungsumfangs vor, ist diese nur wirksam, wenn die Abweichung aus triftigem Grund erfolgt und dem Erwerber zumutbar ist (§ 308 Nr. 4 BGB), etwa als Folge von Lieferengpässen. Gleiches gilt (mit gewissen Abschwächungen) auch für einen Einzelvertrag im Verhältnis zwischen Bauträger und Verbraucher. Der Notar wacht über die Einhaltung dieser juristischen Anforderungen.

Brüder-Grimm-Straße 29 ▪ 34246 Vellmar
Telefon: 0561/98275-0 ▪ Fax: 0561/98275-20
https://notar-ehmke.de

Andreas Ehmke
Rechtsanwalt & Notar

IV. Sachverhaltsprüfung

Dagegen ist es Sache des Käufers, sich rechtzeitig über das Objekt selbst, die Qualität der geplanten Bauausführung, seine Werthaltigkeit und Finanzierbarkeit zu informieren. Hierzu kann auch die Frage zählen, ob der Bauträger bereits einen vorläufigen Energieausweis nach der Energieeinsparverordnung für das künftige Gebäude hat fertigen lassen, und ggf. die Anfrage bei der Gemeinde nach etwaigem Altlastenverdacht oder noch offenen Erschließungskosten. In aller Regel ist der Bauträger dem Käufer gegenüber verpflichtet, alle mit dem Bau zusammenhängenden Anschluss– und Erschließungskosten (Straße, Wasser, Abwasser) zu tragen, wobei dem Erschließungsträger gegenüber der Käufer als künftiger Eigentümer für etwa unbezahlte Bescheide subsidiär haftet (sog. »öffentliche Lasten«). Vorsichtige Erwerber erfragen daher vor Zahlung der letzten Rate, ob die Erschließungskosten bezahlt sind; andernfalls bestehen (wohl) anteilige Zurückbehaltungsrechte.

V. Sonderwünsche

Auch die fachkundige Durchsicht der Baubeschreibung vor der Beurkundung ist dringend zu empfehlen. Wünscht der Käufer nachträglich eine abweichende Ausführung, ist diese regelmäßig mit Mehrkosten verbunden. Solche Sonderwünsche sind zu differenzieren von der Wahl zwischen sogenannten »Ausstattungsvarianten«, die bereits im Ursprungsvertrag bzw. der Ursprungs-Baubeschreibung angeboten werden (»Fußbodenbelag nach Wahl des Käufers«).

Nur wenn der Bauträger hiermit (bereits im Vertrag oder nachträglich) einverstanden ist, können Sonderwünsche auch mit den am Bau beschäftigten Handwerkern direkt abgewickelt und abgerechnet werden, er muss sich dann allerdings auch wegen etwaiger Mängel allein an letzteren halten. Entfallen aufgrund nachträglich vereinbarter und vom Bauträger akzeptierter Eigenleistungen des Käufers ganze Gewerke (z.B. die Malerleistungen), ist die daraus resultierende Kaufpreisminderung mit dem Bauträger (regelmäßig auch mit dessen finanzierender Bank) abzustimmen; die einzelnen Zahlungsraten passen sich entsprechend an.

C. Kaufpreis

I. Zusammensetzung

Im Regelfall handelt es sich beim Bauträgervertrag um einen sogenannten »Pauschalfestpreis«, bei dem die einzelnen Gewerke nicht separat auszuweisen sind und daher auch Änderungen in der Kalkulation des Bauträgers nicht zu einer Anpassung führen können. Den Käufer treffen dann lediglich die Erwerbsnebenkosten (notarielle Beurkundung, Finanzierungskosten, Kosten der Grundbuchumschreibung sowie die Grunderwerbsteuer von 3,5 % aus dem Gesamtkaufpreis, ferner gegebenenfalls durch den Käufer beauftragte Makler).

Da der Gesamtbetrag der Grunderwerbsteuer unterliegt, fällt nicht zusätzlich Umsatzsteuer (Mehrwertsteuer) an, es sei denn, der Verkäufer würde im Einvernehmen mit dem Käufer hierfür optieren. Dies ist allenfalls ratsam, wenn er im zu erwerbenden/zu errichtenden Objekt umsatzsteuerpflichtige Umsätze, sei es durch eigenbetriebliche Tätigkeit oder umsatzsteuerpflichtige Vermietung, in den folgenden zehn Jahren durchführen wird und daher zum Vorsteuerabzug berechtigt sein möchte. Die Option muss im notariellen Vertrag erklärt werden; der Käufer muss sodann die Umsatzsteuer (19 % des Nettobetrages) im Zeitpunkt der Abnahme an sein Finanzamt entrichten (und kann sie im gleichen Zeitpunkt mit der Vorsteuererstattung in gleicher Höhe verrechnen).

Brüder-Grimm-Straße 29 ▪ 34246 Vellmar
Telefon: 0561/98275-0 ▪ Fax: 0561/98275-20
https://notar-ehmke.de

Andreas Ehmke
Rechtsanwalt & Notar

Der Kaufpreisanspruch verjährt seit 01.01.2002 in zehn Jahren (§ 196 BGB).

Eine für den Einzelfall maßgeschneiderte Lösung muss schließlich gefunden werden, wenn der Käufer die vom Bauträger zu erwerbende Wohnung nicht in Geld bezahlt, sondern quasi in Sachwerten, z.B. im Sinne eines Tausches das Grundstück, auf dem das Objekt erstehen wird, zur Verfügung stellt. Da der Bauträger am Grundstück das Eigentum erlangen muss, bevor er seinerseits Bauleistungen erbringt, kann es keine »klassischen« Abschlagszahlungen geben, so dass im Regelfall eine Bankbürgschaft in Höhe des Grundstückswerts gegeben wird, die mit Fälligkeit des Kaufpreises und der damit wirtschaftlich stattfindenden Verrechnung ihre Erledigung findet. Bei entsprechender (allerdings komplizierter) Gestaltung lässt sich durch den »Tausch mit dem Bauträger« sogar beiderseits Grunderwerbsteuer sparen.

II. Fälligkeit, Abschlagszahlungen

Während das Bürgerliche Gesetzbuch (§ 641) davon ausgeht, dass der »Kaufpreis« (überwiegend handelt es sich um Werklohn) in einer Summe bei Abnahme des bezugsfertig errichteten (wenn auch nicht notwendig vollständig fertiggestellten) Objekts fällig werde, gestatten die MaBV und deren zivilrechtliches Gegenstück, die sog. Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen (vom 23.05.2001, mit Verweisung hierauf in § 650v BGB und Art. 244 EGBGB), dass der Bauträger bereits während der Bauphase Abschlagszahlungen des Käufers (sogenannte »Baufortschrittsraten«) entgegennimmt, zumal auf diese Weise der Kaufpreis niedriger gehalten werden kann.

Die durch die MaBV/Abschlagszahlungsverordnung gestatteten Baufortschrittsraten mildern lediglich die dem Bauträger aufgebürdete Vorausleistungspflicht, beseitigen diese jedoch nicht: Weiterhin muss der Bauträger zunächst bestimmte Bauleistungen erbracht haben, bevor er hierfür eine Zahlung verlangen kann. Allerdings bleiben die eingebauten Materialien, da die Übereignung des Objekts regelmäßig erst nach vollständiger Zahlung stattfindet, noch sein Eigentum.

Damit rückt der Schutz des Käufers vor dem Verlust solcher Anzahlungen in den Fokus, sowohl während des Baufortschritts als auch – und insbesondere – in der Krise. Deutlich ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die MaBV nicht das allgemeine Fertigstellungsrisiko absichern kann und möchte (unten Ziffer 4.).

Zur Absicherung der Baufortschrittsraten stellt die MaBV zwei Varianten zur Verfügung: die sogenannte »Vormerkungslösung« des § 3 MaBV (nachstehend 1) und die sogenannte »Bürgschaftslösung« des § 7 MaBV (nachstehend 2).

1. »Vormerkungslösung«

Bei dieser Variante (§ 3 MaBV) ist es dem Bauträger untersagt, Zahlungen des Käufers entgegenzunehmen, bevor

a) der Bauträgervertrag wirksam geworden ist, insbesondere alle zivil– und öffentlich-rechtlichen Genehmigungen hierzu vorliegen,
b) etwaige vertragliche Rücktrittsrecht des Bauträgers erloschen sind,
c) eine etwa erforderliche Baugenehmigung erteilt ist oder eine Bescheinigung der Genehmigungsbehörde über die Genehmigungsfreiheit, hilfsweise eine entsprechende Erklärung des Bauträgers hierüber, vorliegt (bei der Selbstbescheinigung des Bauträgers tritt allerdings die Fälligkeit erst nach einem Monat ein, damit der Erwerber die Richtigkeit der Bescheinigung prüfen kann) – baugenehmigungsfrei sind im Regelfall mittlerweile Vorhaben bis zur Hochhausgrenze von 22 m, die im Geltungsbereich eines qualifizierten

Brüder-Grimm-Straße 29 ▪ 34246 Vellmar
Telefon: 0561/98275-0 ▪ Fax: 0561/98275-20
https://notar-ehmke.de

Andreas Ehmke
Rechtsanwalt & Notar



oder vorhabenbezogenen Bebauungsplans dessen Festsetzungen nicht widersprechen –, weiterhin

d) die sogenannte »Eigentumsvormerkung« bzw. »Auflassungsvormerkung« für den Käufer im Grundbuch (bei Eigentumswohnungen im bereits gebildeten Wohnungs/Teileigentumsgrundbuch) eingetragen ist. Damit wird der Käufer insbesondere geschützt gegen nochmalige Veräußerung desselben Objekts durch den Bauträger sowie gegen Versteigerungs– oder Pfändungszugriffe von dritter Seite. Weiterhin sichert die Vormerkung in der Insolvenz des Bauträgers die Möglichkeit, das Objekt im teilfertigen Zustand in das Eigentum des Käufers zu übernehmen, so dass der den bisherigen Anzahlungen entsprechende Gebäudewert nicht »in der Konkursmasse verloren geht«.
e) Schließlich muss die Lastenfreistellung von Grundpfandrechten, die vor der Vormerkung noch eingetragen sind, sichergestellt sein. Häufig handelt es sich um die sogenannte »Globalgrundschuld« des Bauträgers bei seiner eigenen Bank. Die MaBV sieht hierfür eine »schriftliche Freistellungsverpflichtung« vor, die dann dem Käufer in beglaubigter Abschrift zu übersenden ist. Darin verpflichtet sich die Bauträgerbank zur Löschung der Grundschuld (zumindest am verkauften Gegenstand), wenn der geschuldete (also nicht notwendig der vereinbarte, sondern z.B. auch der wegen dauerhafter Mängel geminderte) Kaufpreis gezahlt ist. Dieser Vorbehalt der Kaufpreisminderung führt somit zu einer Art Einwendungsdurchgriff gegen die Bauträgerbank. Bleibt der Bau stecken, kann die Bank als Voraussetzung der Freigabe/Löschung die anteilige Vertragssumme verlangen, die berechnet wird aus dem Verhältnis zwischen dem Verkehrswert des Objekts im derzeitigen, teilfertigen Zustand im Vergleich zum Verkehrswert des Objekts bei vollständiger Fertigstellung. Etwa bereits geleistete »Überzahlungen« des Käufers über den anteiligen Verkehrswert hinaus gehen also verloren, Eigenleistungen werden – da sie in den derzeitigen Verkehrswert einfließen – nicht berücksichtigt. Die MaBV gestattet für den Fall des Steckenbleibens, dass anstelle der Freistellung des Objekts auch die Rückzahlung der bereits erbrachten Zahlungen bis zum anteiligen Wert des Objekts durch die Bank gewählt wird. In diesem Fall erwirbt also der Käufer nicht unbelastetes (bzw. nur mit seiner Käufergrundschuld belastetes) teilfertiges Eigentum, sondern das Eigentum bleibt insgesamt beim Bauträger (bzw. bei dessen Insolvenzverwalter), und der Käufer erhält lediglich die erbrachten Zahlungen (allerdings gedeckelt auf den anteiligen Wert des Objekts, d.h. bei überteuerten Käufen bleibt der Käufer auf einem Teil seines Schadens sitzen) zurück.

Über das Vorliegen aller Genehmigungen, die Eintragung der Vormerkung und die Lastenfreistellung muss der Notar dem Käufer eine Fälligkeitsbescheinigung übersenden; wir übermitteln diese regelmäßig per Einwurf-Einschreiben. Sie bildet sozusagen den »Startschuss« für die einzelnen Baufortschrittsraten, vorausgesetzt, auch die unmittelbar durch den Bauträger nachzuweisende Baugenehmigung/Baugenehmigungsfreiheit liegt vor.

2. »Bürgschaftslösung«

Es gibt Sachverhalte, in denen die Schaffung der Voraussetzungen des § 3 MaBV, insbesondere die Eintragung der Vormerkung zugunsten des Käufers, lange Zeit in Anspruch nimmt. § 7 MaBV erlaubt daher als Alternative die Stellung einer Bankbürgschaft durch den Bauträger, so dass er die entsprechenden Baufortschrittsraten bereits vorher entgegennehmen darf. Umstritten ist, ob die reine MaBV-Bürgschaft, ohne zusätzliche Absicherung, sogar von der Einhaltung der Baufortschrittsraten dispensieren würde; hierfür sprach sich, dem Wortlaut entsprechend, der 9. Senat des BGH aus, anderer Ansicht ist jedoch mittlerweile der 7. Senat und die überwiegende Auffassung.

Die Bankbürgschaft muss »alle Ansprüche des Erwerbers auf Rückgewähr oder Auszahlung seiner Vermögenswerte« sichern. Dieser Umfang wird durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs weit ausgelegt und umfasst insbesondere auch Schadensersatzansprüche,

Brüder-Grimm-Straße 29 ▪ 34246 Vellmar
Telefon: 0561/98275-0 ▪ Fax: 0561/98275-20
https://notar-ehmke.de

Andreas Ehmke
Rechtsanwalt & Notar



Ansprüche auf Mängelbeseitigung bzw. Vorschussleistung hierfür vor (nicht jedoch nach) der Abnahme, Ansprüche auf Rückzahlung des Kaufpreises bei (form-)nichtigen Bauträgerverträgen oder nach einem wirksamen Rücktritt etc. Nicht abgedeckt sind allerdings z.B. Ansprüche wegen nicht eingehaltener Mietgarantien, wegen Nutzungsausfalls etc.

Die Bürgschaft muss bis zum Erreichen der Fälligkeitsvoraussetzungen des § 3 MaBV (oben Ziffer 1 a bis e) und bis zum Erreichen des entsprechenden Baufortschritts-Stadiums bestehen bleiben, darf sich also nicht reduzieren. Sie kann nur insgesamt gegen die Grundbuchsicherheit, also den Weg des § 3 MaBV, ausgetauscht werden. Dieser Sicherheitenaustausch muss jedoch bereits im Bauträgervertrag vorgesehen sein. Er kann auch in umgekehrter Richtung erfolgen (Bürgschaft lediglich zur Auslösung der letzten [Fertigstellungs-]Rate von 3,5 %, auch diese Bürgschaft muss dann jedoch über den vollen Kaufpreisbetrag lauten).

3. Ratenplan

Der nicht mehr nur gewerberechtlich, sondern auch zivilrechtlich geltende Ratenplan des § 3 Abs. 2 MaBV enthält Höchstsätze in Abhängigkeit vom Umfang der bereits erbrachten Bauleistungen, die sich in der Praxis jedoch als unmittelbare Raten durchgesetzt haben. Sie dürfen also selbst dann nicht überschritten werden, wenn der konkrete Aufwand für das betreffende Gewerk deutlich höher ist als die prozentuale Schätzung, welche der MaBV zugrunde liegt. Die MaBV sieht 13 Gewerke vor, die durch den Bauträger in höchstens sieben Ratenpaketen bzw. sieben Einzelraten, die bereits im Bauträgervertrag festzuschreiben sind, fällig gestellt werden können.

Im Einzelnen handelt es sich um folgende Gewerke und Prozentzahlen:

a) 30 % nach Beginn der Erdarbeiten (die bloße Einrichtung der Baustelle oder der Abriss bestehender Baulichkeiten genügen also noch nicht); in den Fällen des umfangreichen Umbaus von Bestandsgebäuden tritt an dessen Stelle der Baubeginn (§ 3 Abs. 2 Satz 4 MaBV)
b) 28 % nach Fertigstellung des Rohbaus, einschließlich der Zimmererarbeiten (die Dacheindeckung kann also noch fehlen)
c) 5,6 % für die Herstellung der Dachflächen und Dachrinnen (auch ohne Regenfallrohre)
d) 2,1 % für die Rohinstallation der Heizungsanlagen (erfasst sind sämtliche Leitungen samt Heizkessel, auch Heizschlangen einer Fußbodenheizung, jedoch ohne Heizkörper und Thermostate)
e) 2,1 % für die Rohinstallation der Sanitäranlagen (ausreichend sind auch hier die Anschlüsse und Leitungen, jedoch ohne Sanitärgegenstände selbst)
f) 2,1 % für die Rohinstallation der Elektroanlagen (Stromleitungen in Wand und Decke, jedoch noch ohne Schalter, Lampen und Steckdosen)
g) 7 % für Fenstereinbau samt Verglasung (umfasst auch Terrassen– und Balkontüren, nicht jedoch die Eingangstür)
h) 4,2 % für den Innenputz, ausgenommen die Beiputzarbeiten (demnach ohne die für den Fenster– und Türeneinbau erforderlichen Maßnahmen; Trockenbauarbeiten sind also mitumfasst)
i) 2,1 % für den Estrich (ohne Fußbodenbeläge!)
j) 2,8 % für die Fliesenarbeiten im Sanitärbereich (also nicht in der Küche!)
k) 8,4 % nach Bezugsfertigkeit und Zug um Zug gegen Besitzübergabe (so, dass das Objekt im Inneren minderungsfrei vermietet werden könnte und es äußerlich zumindest zugänglich ist); die Formulierung »Zug um Zug« macht deutlich, dass der Bauträger nicht zur vorzeitigen Herausgabe der Schlüssel verpflichtet ist.

l) 2,1 % für die Fassadenarbeiten (auch Außenputz, Regenfallrohre, etwaiger Vollwärmeschutz)
m) 3,5 % nach vollständiger Fertigstellung (hierzu zählen insbesondere auch die Außenanlagen samt Wegen, Zäunen, ferner die Beseitigung etwaiger sogenannter »Protokollmängel«, die bei der Abnahme – die nach Bezugsfertigkeit, regelmäßig vor Auslösung der 8,4 %igen Rate, erfolgt – festgestellt worden sind); wenn lediglich solche Mängel bestehen, bei deren Vorliegen die Abnahme nicht verweigert werden kann (§ 640 Abs. 2 Satz 2 BGB: unterhalb der Grenze der Wesentlichkeit), liegt trotzdem vollständige Fertigstellung vor, es handelt sich dann lediglich um einen Gewährleistungsfall.

Nach dem gesetzlichen Modell genügt für die Anforderung der Rate die schlichte Mitteilung des Bauträgers; ein formeller Nachweis, etwa durch eine Bautenstandsbescheinigung des Architekten, ist nicht vorgesehen. Allerdings muss dem Erwerber ausreichend Zeit bleiben (zirka zehn Tage), um zu prüfen oder prüfen zu lassen, dass die Angaben des Verkäufers der Wahrheit entsprechen. Zahlt der Käufer zu früh, da der Bauträger über den Bautenstand unzutreffende Angaben gemacht hat, kann der Käufer den Betrag zurückfordern, samt der beim Bauträger ersparten Zinsen (§ 817 BGB).

Enthält ein Bauträgervertrag (was aufgrund der notariellen Beurkundung nicht vorkommt) von der MaBV zum Nachteil des Käufers abweichende Raten, ist der Plan insgesamt nichtig und an seine Stelle tritt die gesetzliche Auffangregelung des § 641 Abs. 1 BGB, d.h. Gesamtfälligkeit erst nach Gesamtabnahme.

Zeigen sich bereits bei einzelnen Gewerken Mängel, kann der Erwerber schon insoweit Zurückbehaltungsrechte geltend machen, muss also hierfür nicht die letzte Rate abwarten. Zu einer vorzeitigen Zahlung vor Erreichen des jeweiligen Bautenstands kann der Käufer auch nicht mittelbar genötigt werden, etwa durch Verpflichtung zur Hinterlegung auf einem sogenannten »Anderkonto« des Notars. Ausnahmen kommen allenfalls für die letzte Rate in Betracht, wenn der Besitz bereits zuvor übergehen soll.

4. Das Fertigstellungsrisiko

Deutlich ist darauf hinzuweisen, dass beide vom Gesetz vorgesehenen Alternativen der Basisabsicherung, sowohl die Bürgschaft (oben Ziff. 2) als auch die Vormerkung (Ziff. 1), nicht das sogenannte »Fertigstellungsrisiko« absichern. Bleibt der Bau dauerhaft »stecken«, etwa infolge Insolvenz des Bauträgers, kann der Käufer allerdings im Fall der Vormerkungssicherung (oben 1) wenigstens gegen den Insolvenzverwalter erzwingen, dass ihm der »Torso« übereignet wird, so dass er, gemeinsam mit den anderen Käufern als nunmehrigen Mitbauherren, das Objekt selbst fertig stellt. Zur Verfügung stehen ihm die mangels Baufortschrittes noch nicht fällig gewordenen Kaufpreisraten. Dadurch kann es allerdings zu Mehrkosten kommen. Bei der »klassischen« Bürgschaftslösung (oben 2) wird lediglich sein Anspruch auf Rückzahlung der gezahlten Kaufpreisraten, nicht aber der Übereignungsanspruch, abgesichert.

Daher hat der Gesetzgeber in Gestalt des Forderungssicherungsgesetzes mit Wirkung ab 01.01.2009 Abhilfe geschaffen: Im Rahmen von Verträgen mit Verbrauchern über die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks muss gem. § 650m Abs. 2 BGB (vor 2018 lautete das Zitat: § 632a Abs. 3 BGB) bei der ersten Abschlagszahlung eine Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Werks ohne wesentliche Mängel geleistet werden, und zwar in Höhe von 5 % des Gesamtvergütungsanspruchs (also beim Bauträgervertrag unter Einschluss des Grundstückskaufpreisanteils). Erhöht sich der Vergütungsanspruch als Folge von Änderungen oder Ergänzungen – etwa wegen sehr umfangreicher Sonderwünsche – später um mehr als 10 %, ist wiederum ebenso eine Zusatzsicherheit in Höhe von 5 % des zusätzlichen Werklohns zu leisten. Die

Sicherheitsleistung kann beispielsweise durch eine Garantie oder Bürgschaft eines inländischen Kreditinstituts oder Kreditversicherers erbracht werden, oder (auf Verlangen des Unternehmers) durch entsprechenden Einbehalt des Bestellers von der ersten Rate (im Bauträgervertrag also von der 30 %igen Baubeginnsrate). Der Einbehalt von 5 % des Kaufpreises wird fällig (bzw. die Rechte aus der Bürgschaft erlöschen) mit vollständiger und rechtzeitiger Fertigstellung, ferner dann, wenn das Vertragsobjekt zwar ohne wesentliche Mängel, aber nicht rechtzeitig fertiggestellt wurde und die Verzögerung vom Veräußerer nicht zu vertreten ist. Die Bestimmung über die Stellung der Fertigstellungssicherheit ist im Formular– oder Verbrauchervertrag (Vertrag eines Unternehmers mit einem Verbraucher) gem. § 307 Nr. 1, 309 Nr. 2 BGB zwingend, allenfalls im Rahmen einer Individualvereinbarung kann davon abgewichen werden, da es sich nicht um ein gesetzliches Gebot handelt. Eine Indivídualvereinbarung ist nur denkbar, wenn die gefundene Lösung gem. § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB im Einzelnen ausgehandelt wird; es genügt also nicht, dass der Unternehmer von sich aus lediglich mehrere Alternativen zur Wahl stellt.

III. Kaufpreisfinanzierung

In aller Regel wird der Käufer zur Finanzierung des Kaufpreises einen Kredit aufnehmen, der durch eine Grundschuld auf dem Bauträgerobjekt abgesichert werden soll. Diese Grundschuld wird zweckmäßiger weise gleichzeitig mit dem Abschluss des Bauträgervertrags notariell beurkundet, um die Grundbuchkosten (die sonst für die Herstellung des vereinbarten Ranges entstehen könnten) zu reduzieren. Der Verkäufer erteilt regelmäßig dem Käufer Vollmacht zur Eintragung solcher Grundpfandrechte, die aber nur zweckgebunden zur Zahlung des Kaufpreises verwendet werden dürfen. Sobald der geschuldete Kaufpreis gezahlt ist und damit die Verkäufer-Grundschuld zur Löschung gelangt, rückt die Käufergrundschuld auf den vereinbarten ersten Platz vor.

Fordert der Bauträger Raten gegen Bürgschaft (oben C II 2) ab, wird die finanzierende Bank des Käufers, solange eine Grundbucheintragung noch nicht möglich ist, vom Käufer die Abtretung seiner etwaigen Rückzahlungsansprüche und die Übergabe der diese sichernden Bürgschaft verlangen.

D. Eigentumsübertragung

In gleicher Weise wie der Käufer durch den Ratenzahlungsplan und die Grundabsicherung der §§ 3 oder 7 MaBV (Vormerkungs– oder Bürgschaftslösung) vor einer ungesicherten Vorausleistung geschützt werden soll, kann der Verkäufer das Eigentum am Objekt (samt der darin verkörperten Bauleistung) zurückbehalten, bis der Verkäufer den geschuldeten (also gegebenenfalls wegen nicht zu beseitigender Sachmängel geminderten) Kaufpreis entrichtet hat.

Zu dieser Absicherung des Bauträgers stehen verschiedene Wege zur Verfügung: Entweder wird die Einigung über den Übergang des Eigentums (die sogenannte »Auflassung«) bereits in der Urkunde erklärt und der Notar sodann angewiesen, den Vollzug im Grundbuch (und damit den tatsächlichen Übergang des Eigentums) erst herbeizuführen, wenn ihn der Bauträger hierzu schriftlich anweist (wozu letzterer nach Erhalt des geschuldeten Betrags verpflichtet ist) oder aber der Käufer die Zahlung, notfalls gerichtlich (im Fall einer vom Bauträger bestrittenen Minderung) nachgewiesen hat. Alternativ kann auch die Auflassung erst in getrennter Urkunde, zu welcher der Bauträger typischerweise Vollmacht erhält, protokolliert werden. Letztere Variante führt zwar zu geringfügig höheren Notarkosten, bietet aber den Vorteil, dass alle nachträglichen Vereinbarungen zu ihrer Wirksamkeit der notariellen Beurkundung bedürfen, allerdings eine Aufhebung bei endgültigem Scheitern des Vertrags formfrei möglich ist. Sie ist der einzige zur Verfügung stehende Weg, wenn zum Zeitpunkt der Beurkundung z.B. die Fläche, auf der das Objekt errichtet wird, noch nicht vermessen ist, da sie dann mit einer

sogenannten »Messungsanerkennung« (nach Vorliegen des Messungsergebnisses und Bildung einer neuen Flurstücksnummer) verbunden werden muss.

E. Abnahme und Sachmängel

Anders als bei Kaufverträgen, bei denen lediglich eine Inbesitznahme stattfindet, sieht das Werkvertragsrecht eine »Abnahme der Werkleistung« vor, § 640 BGB, an die sich bedeutende Rechtsfolgen knüpfen (nachstehend I). Insbesondere kehrt sich ab diesem Zeitpunkt die Beweislast für Sachmängel während der damit beginnenden »Gewährleistungsfrist« um, hierzu nachstehend II.

I. Abnahme

Die Abnahme beinhaltet die tatsächliche Übergabe des Objekts (insbesondere also die Aushändigung der Schlüssel und sonstiger Objektunterlagen), zugleich aber auch die rechtliche Erklärung, dass der Erwerber die Leistung des Bauträgers (vorbehaltlich der bereits gerügten oder während der Gewährleistungsfrist noch zu rügenden Mängel) als vertragsgemäß anerkennt. Sie kann nach dem Gesetz auch durch schlüssiges Verhalten (der Jurist nennt dies »konkludent«) erfolgen, wobei jedoch im Regelfall bei Bauträgerverträgen die schriftliche Durchführung (in Gestalt eines sogenannten »Abnahmeprotokolls«) vereinbart wird. Ist das Objekt abnahmereif (also fertiggestellt und ohne wesentliche Mängel), kann der Bauträger dem Erwerber auch eine angemessene Frist zur Abnahme setzen, nach deren Ablauf das Objekt als abgenommen gilt, wenn ihr nicht zuvor unter Angabe mindestens eines wesentlichen Mangels widersprochen wurde (§ 640 Abs. 2 BGB). Nach dem bis Ende 2008 geltenden Recht konnte die förmliche Abnahme ferner durch eine sogenannte »Fertigstellungsbescheinigung« eines neutralen Gutachters ersetzt werden, § 641a BGB.

Bei Eigentumswohnungen werden in aller Regel das Sondereigentum (die Wohnung) und das Gemeinschaftseigentum (Treppenhaus, Außenanlagen, Fassade, Heizung etc.) getrennt abgenommen, teilweise auch für Teilgewerke (z.B. separate Abnahme der Außenanlagen erst nach der Einpflanzung im Frühjahr); gleiches gilt bei Mehrhausanlagen für diejenigen Teile des Gemeinschaftseigentums, die sich nur im Bereich des jeweiligen Bauabschnitts befinden (also die dortigen Fassaden, Treppenhäuser, Dächer etc., jedoch z.B. ohne Heizung, wenn mehrere Häuser durch eine gemeinsame Zentrale beheizt werden). Die Abnahme kann durch einen Bevollmächtigten erfolgen, was beim Gemeinschaftseigentum die Regel ist (in Betracht kommt z.B. ein Mitglied des Verwaltungsbeirats, der Verwalter – allerdings nicht soweit durch den Verkäufer bestimmt –, regelmäßig unter Beiziehung eines Sachverständigen zur Klärung der technischen Vorfragen). Obwohl es sinnvoll wäre, kann (wohl) die Teilungserklärung (Gemeinschaftsordnung) nicht bestimmen, dass von vorneherein nicht der Einzelkäufer, sondern die Eigentümergemeinschaft insgesamt zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums berufen ist. Auch wenn das Gemeinschaftseigentum bereits in Betrieb ist, muss ein späterer Käufer (»Nachzügler«) die frühere Abnahme durch andere Erwerber gegen sich nur gelten lassen, wenn das Objekt insgesamt als nicht mehr »neu« gilt (so dass Kaufrecht, nicht Werkrecht Anwendung findet), was bei bewohnten Wohnungen jedenfalls nach drei Jahren, bei leerstehenden Wohnungen u.U. erst später, der Fall ist.

Die Abnahme hat gravierende Rechtsfolgen: Sie trennt die Phase der Neuherstellung von der Phase der »Gewährleistung« (nachstehend II). Wäre keine andere Vereinbarung getroffen worden, würde bei Werkverträgen die Vergütung fällig. Die Gefahr der Verschlechterung des Objekts (insbesondere bei Schäden aufgrund höherer Gewalt, Versicherungsrisiken etc.) geht auf den Käufer über. Ferner beginnt die Verjährungsfrist für Sachmängel (bei Grundstücken zwei Jahre, bei Gebäuden fünf Jahre) zu laufen, und es tritt eine Umkehr der Beweislast ein für alle erst künftig gerügten Mängel (ggf. muss also der Käufer beweisen, dass diese bei der Abnahme zumindest bereits im Keim vorhanden waren).

Brüder-Grimm-Straße 29 ▪ 34246 Vellmar
Telefon: 0561/98275-0 ▪ Fax: 0561/98275-20
https://notar-ehmke.de

Andreas Ehmke
Rechtsanwalt & Notar

Kennt der Käufer Mängel bei der Abnahme, behält sich diesbezüglich aber keine Rechte vor, bleibt ihm nur der Anspruch auf Schadensersatz in Geld bei Verschulden des Bauträgers, §§ 640 Abs. 3, 634 Nr. 4 BGB. In der Praxis werden daher vorsichtshalber im Abnahmeprotokoll alle vom Käufer gerügten Umstände aufgenommen, auch wenn noch umstritten ist, ob es sich tatsächlich um einen Mangel handelt (schlichte Beweissicherung).

II. Sachmängelrechte

1. Mangelbegriff

Die Erstellung des Bauwerks frei von Sachmängeln zählt zu den Hauptleistungspflichten des Bauträgers und ist nicht selten Gegenstand heftiger Kontroversen. Ausgangspunkt ist die in der Baubeschreibung und den Plänen enthaltene Definition des Leistungsumfangs; bestehende Lücken sind durch die anerkannten Regeln der Technik und die für den beabsichtigten Verwendungszweck einschlägigen DIN-Normen (insbesondere hinsichtlich Schallschutz, DIN 4109, Beiblatt 2) zu schließen, unter Berücksichtigung des Leistungsniveaus im Übrigen. Lücken können sich auch ergeben, wenn die Baubeschreibung bzw. die Pläne im Verhältnis zu einem Verbraucher nicht transparent genug und damit unwirksam sind.

Bei der Neuherstellung oder bei einer Sanierung, die der Neuherstellung gleichkommt (»Neubau hinter historischer Fassade«), erstreckt sich die fünfjährige Gewährleistungspflicht des Bauträgers auf das Gesamtobjekt, allerdings nicht auf den Grund und Boden als solchen. Wenn lediglich einzelne Werkleistungen ohne wirtschaftliche Neuherstellungspflicht geschuldet sind, ist er naturgemäß nur für diese Werkleistungen verantwortlich und für die Untersuchung der Altbausubstanz dahingehend, ob sie zur weiteren Verwendung tauglich ist. Von besonderer Bedeutung ist auch die geschuldete Wohnfläche (regelmäßig zu berechnen nach der Wohnflächenverordnung, die an die Stelle der früheren Zweiten BerechnungsVO getreten ist); bei Überschreiten der häufig vereinbarten geringen Toleranzgrenzen hinsichtlich zulässiger Minderflächen ist der Kaufpreis, da eine Nachbesserung ausscheidet, insgesamt anzupassen.

Zu differenzieren ist neben dem Umfang der Herstellungspflicht und der Art des Mangels auch nach der Art des Einstehenmüssens des Bauträgers: Bei schlichten Beschaffenheitsvereinbarungen ist er zur Zahlung von Schadensersatz beispielsweise nur verpflichtet, wenn ihm ein Verschulden (und sei es auch schlichte Fahrlässigkeit) zur Last fällt, hat er jedoch für bestimmte Eigenschaften eine Garantie übernommen (»Bei einer Außentemperatur von minus 20 Grad lässt sich im Schlafzimmer eine Temperatur von plus 20 Grad dauerhaft erreichen«), schuldet er Schadensersatz in Geld auch bei unverschuldeter Nichteinhaltung dieser Zusage.

2. Anspruchsgegner

Da der Käufer nur einen Vertragspartner (nämlich den Bauträger) hat, ist dieser Adressat der Ansprüche. Es ist sodann Sache des Bauträgers, sich bei den Subunternehmern, in deren Verantwortungsbereich das betreffende Gewerk fällt, wiederum schadlos zu halten. Nur hilfsweise (beispielsweise bei Insolvenz des Bauträgers oder wenn die Nachbesserung durch ihn scheitert) sollte sich der Käufer auf die Ansprüche gegen die Subunternehmer verweisen bzw. diese zur Sicherung sich abtreten lassen.

Besonderheiten gelten weiter in den (seltenen) Fällen, in denen ein sogenanntes verbundenes Geschäft aus Bauträgerkauf, einerseits, und Bankenfinanzierung, andererseits, vorliegt. Dies kann z.B. gegeben sein, wenn die kreditgebende Bank des Bauträgers in institutionalisiertem Zusammenwirken mit dem Bauträger das »gemeinsame« Projekt durchführt, beispielsweise den Vertrieb übernimmt oder sich durch Aussagen, das Objekt sei bankgeprüft, dafür »stark

sagt«. Dann kann der Käufer, der über dieselbe Bank finanziert, Einwendungen gegen den Bauträger (z.B. wegen Mängeln) auch dem Darlehensanspruch der Bank entgegenhalten (sogenannter »Einwendungsdurchgriff«, z.B. anteilige Kürzung der Kreditsumme gemäß der Minderung des Kaufpreises). Weiter besteht ein Widerrufsrecht des Verbrauchers vom Darlehensvertrag binnen zwei Wochen ab ordnungsgemäßer Belehrung, das dann auch den Bauträgervertrag umfasst.

3. Anspruchsinhalt

Zunächst richten sich die Mängelrechte des Käufers auf Nacherfüllung (Mängelbeseitigung). Lediglich für Schäden, bei denen eine Nachbesserung ausscheidet (z.B. Kosten eines Sachverständigengutachtens bzw. der Rechtsverfolgung, Aufwand für anderweitige Unterbringung während der Nachbesserung etc.) schuldet der Bauträger ohne weiteres, sofern Verschulden vorliegt oder eine Garantie abgegeben wurde, Schadensersatz. Die Nacherfüllung kann der Bauträger ablehnen, wenn sie mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden wäre. Zur Herbeiführung der Nacherfüllung kann der Käufer als Druckmittel an sich fällige Entgelte zurückbehalten bis zur dreifachen Höhe des voraussichtlichen Beseitigungsaufwands (§ 641 Abs. 3 BGB). Befindet sich der Käufer allerdings in Verzug mit seiner Pflicht zur Abnahme (bei einem im Übrigen abnahmefähigen Objekt), kann er lediglich den einfachen Betrag des Mängelbeseitigungsaufwands zurückbehalten.

Das Gesetz verlangt weiter, dass der Käufer dem Bauträger eine angemessene Nacherfüllungsfrist setzt. Erst nach deren ergebnislosem Ablauf kann er – sofern dieses Recht nicht ausgeschlossen wurde – den Mangel selbst beseitigen gegen Erstattung der notwendigen Aufwendungen (»Selbstvornahme«) oder – stets – Minderung (anteilige Herabsetzung des Kaufpreises) verlangen und mit dem Mangel leben oder ihn sonst beseitigen lassen oder aber – nur bei erheblichen Mängeln – vom Vertrag zurücktreten. Schließlich steht ihm, allerdings nur bei Verschulden oder Übernahme von Garantien, ein Schadenersatzanspruch auch wegen des Mangels selbst zu.

Bei einem wirtschaftlich schwachen Bauträger muss allerdings vor allzu rascher Ausübung des Rücktrittsrechts oder dem Verlangen des Schadenersatzes wegen der gesamten Leistung (früher sogenannter »großer Schadenersatz«, Rückabwicklung des gesamten beiderseitigen Leistungsaustauschs, ggf. gar der Investitionsentscheidung insgesamt einschließlich des Finanzierungsaufwands) gewarnt werden: Da der Käufer dann keinen Anspruch auf Eigentumsverschaffung mehr hat, wird die diesen sichernde, im Grundbuch eingetragene, Vormerkung kraftlos. Fällt der Bauträger während dieser Rückabwicklungsphase in Insolvenz, kann der Käufer gegenüber dem Insolvenzverwalter nicht mehr darauf bestehen, doch den unfertigen Bau in sein Eigentum übertragen zu lassen. Nur bei der Absicherungsvariante über eine Bankbürgschaft (oben C II 2, § 7 MaBV) ist wenigstens die Rückzahlung der bisher entrichteten Beträge seitens der Bank gesichert, andernfalls läge lediglich eine ungesicherte Insolvenzforderung vor.

4. Besonderheiten bei Gemeinschaftseigentum

Besonderheiten gelten bei Mängeln am Gemeinschaftseigentum, um den Bauträger vor einer doppelten Inanspruchnahme zu schützen. (Beispiel: Ein Beteiligter wählt Nacherfüllung, ein anderer Minderung: Der Bauträger wäre sowohl mit dem Nacherfüllungsaufwand belastet als auch mit der Kaufpreisreduzierung gegenüber den einzelnen Käufern.) Daher wird insoweit unterschieden:

Minderung und kleiner Schadensersatz können durch den einzelnen Erwerber, der jedoch stets Inhaber dieser Ansprüche ist und bleibt, nur nach Ausübung des Wahlrechts durch die Eigentümergemeinschaft, welche diese Ansprüche an sich ziehen kann (hieran hat die WEG-

Brüder-Grimm-Straße 29 ▪ 34246 Vellmar
Telefon: 0561/98275-0 ▪ Fax: 0561/98275-20
https://notar-ehmke.de

Andreas Ehmke
Rechtsanwalt & Notar



Reform am 01.12.2020 nichts geändert), geltend gemacht werden, es sei denn, der Gemeinschaftseigentums-Mangel wirkt sich lediglich im betreffenden Sondereigentum aus und eine Nachbesserung ist ausgeschlossen. Hat die Eigentümergemeinschaft das Wahlrecht (zugunsten der Nachbesserung) ausgeübt, kann sie gleichwohl den einzelnen Erwerber oder auch den Verwaltungsbeirat ermächtigen, das gewählte Recht im eigenen Namen auszuüben, allerdings gerichtet auf Leistung an die Gemeinschaft, es sei denn der Beschluss sähe Leistung allein an den einzelnen Eigentümer vor.

Hingegen können Nachbesserung (§ 635 BGB), Kostenersatz für selbst aufgewendete Mängelbeseitigungskosten (§ 634 Nr. 2 BGB), Selbstbeseitigungsrecht mit Kostenvorschuss (§ 637 BGB), Rücktritt und »großer« Schadensersatz (statt der ganzen Leistung) vom Erwerber allein als Mitgläubiger i.S.d.§ 432 Abs. 1 BGB geltend gemacht werden (gerichtet auf Leistung an alle, wobei gem. § 432 Abs. 2 BGB die Verjährung bei einem Erwerber nicht die Durchsetzung durch die anderen ausschließt). Inhaber des Anspruchs bleibt jedoch stets der einzelne Erwerber. Dieser kann jedoch seine Rechte an den »Verband« der Wohnungseigentümer abtreten sowie den Verband zur Geltendmachung von Ansprüchen der Erwerber aus Bürgschaften i.S.d. § 7 MaBV bzw. auf Freigabe von Globalgrundschulden ermächtigen.

5. Verjährung

Die »Gewährleistungsfrist« beträgt bei Bauwerken fünf Jahre und beginnt – wie erläutert – mit der Abnahme (siehe oben I). Sie wird – anders als die kürzere Verjährungsfrist nach der VOB – nicht durch schriftliche Mängelrüge unterbrochen, sondern nur durch eine entsprechende Stundungsvereinbarung mit dem Bauträger oder gerichtliche Geltendmachung.

Zwingenden Schiedsgutachterklauseln stehen die Gerichte, wenn der Rechtsweg im Übrigen ausgeschlossen ist, sehr skeptisch gegenüber, anders jedoch sog. »Schiedsgerichtsklauseln«, sofern das Schiedsgericht den Grundsätzen der §§ 1025 ff. der Zivilprozessordnung entspricht.

Ich hoffe, mit diesen Erläuterungen einen Beitrag zur »Übersetzung« des in Bauträgerverträgen notwendig enthaltenen »Juristendeutsch« in die Alltagssprache geleistet zu haben.

Mit freundlichen Grüßen

Andreas Ehmke
(Rechtsanwalt & Notar)