



Allgemeines Mandantenmerkblatt Der Kauf einer Immobilie vom Bauträger

Inhaltsverzeichnis:

Vorbemerkungen	Seite 2
I. Abschluss des Bauträgervertrages	Seite 3
1. Form und Inhalt	Seite 3
2. Beurkundungsverfahren	Seite 3
3. Einhaltung der §§ 305ff BGB	Seite 4
4. Prüfungspflichten des Erwerbers	Seite 4
5. Sonderwünsche	Seite 4
II. Kaufpreis	Seite 5
1. Zusammensetzung	Seite 5
2. Fälligkeit und Abschlagsrechnungen	Seite 5
3. Ratenplan	Seite 7
4. Das Fertigstellungsrisiko	Seite 9
5. Kaufpreisfinanzierung	Seite 10
III. Abnahme und Gewährleistung	Seite 10
1. Abnahme	Seite 10
2. Sachmängelrechte	Seite 11
IV. Abschließende Hinweise	Seite 12

Vorbemerkungen

Gegenstand eines **Bauträgervertrags** ist die **Errichtung eines Bauwerks** auf einem Grundstück, das dem Erwerber noch nicht gehört, und **die anschließende Übereignung des bebauten Grundstücks** bzw. einer einzelnen **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. Gemäß § 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** wird der Bauträger während der Bauphase bestrebt sein, **nach dem Baufortschritt Abschlagszahlungen** des Erwerbers entgegenzunehmen.

Wer als Bauträger gewerbsmäßig (also nicht nur für ein Einzelobjekt) tätig ist, bedarf hierfür einer **Genehmigung** der Stadt nach § 34c Gewerbeordnung (GewO). Er unterliegt ferner den öffentlich-rechtlichen Bestimmungen der sog. **Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV)**. **Hiernach hat der Bauträger die erhaltenen Kaufpreiskraten 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, zuwider laufen, 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 gemäß § 34c GewO führen.

Erleichterungen gelten im Falle entsprechender Bestätigung bei Bauträgerverträgen mit Vollkaufleuten oder juristischen Personen, vgl. § 7 Abs. 2 MaBV.

I. Abschluss des Bauträgervertrages

1. Form und Inhalt

Da die Herstellungspflicht mit der Übertragung des Eigentums an der Immobilie **untrennbar verbunden** ist, sind **sämtliche 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 Kündigungs- oder Widerrufsrecht binnen 14 Tagen, wie sonst häufig bei Verträgen mit Verbrauchern, **gibt es bei Bauträgerverträgen nicht**.

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** beigelegt. 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.

2. Beurkundungsverfahren

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. 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), das der Bauträger sodann annimmt.

Die Einhaltung der 2-Wochen-Frist ist zwingend, Ausnahmen hiervon sind grds. auch auf Wunsch des Erwerbers hin nicht möglich!

Als Bestandteil des Bauträgervertrags müsste eigentlich 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 „**Grundlagenurkunde als Verweisungsurkunde**“ separat niedergelegt werden. Häufig enthält diese Grundlagenurkunde auch die sogenannte „**Teilungserklärung und Gemeinschaftsordnung**“ bei Eigentumswohnungsanlagen, in denen die Rechte und Pflichten der Wohnungseigentümer untereinander geregelt sind. Diese Grundlagenurkunde muss dem Erwerber dann vor der Beurkundung übersandt werden, damit dieser davon Kenntnis nehmen kann. Ein Verlesen der Grundlagenurkunde ist dann nicht mehr erforderlich, auf die Grundlagenurkunde darf im Bauträgervertrag verwiesen werden.

In dem zu verlesenden Bauträgervertrag selbst werden dann nur etwaige bereits besprochene Abweichungen von der allgemeinen Baubeschreibung (**Sonderwünsche**) niedergelegt.

Durch diese Vereinfachung kann sich die Beurkundung auf die relevanten rechtlichen Aspekte konzentrieren.

3. Einhaltung der §§ 305ff BGB

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 der §§ 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.

4. Prüfungspflichten des Erwerbers

Dagegen ist es Sache des Erwerbers, **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 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.

5. 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.

II. Kaufpreis

1. Zusammensetzung

Im Regelfall handelt es sich beim Bauträgervertrag um einen sogenannten „**Pauschalpreis**“, 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 derzeit 6,5 % aus dem Gesamtkaufpreis, ferner gegebenenfalls Kosten für 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 bzw. 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).

2. Fälligkeit und 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 23.5.2001, mit Ver-

weisung 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 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.

Zur Absicherung der Baufortschrittsraten stellt die MaBV zwei Varianten zur Verfügung: die sogenannte **„Vormerkungslösung“** des § 3 MaBV (nachstehend a.) und die sogenannte **„Bürgschaftslösung“** des § 7 MaBV (nachstehend b.).

a) „Vormerkungslösung“

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

- der Bauträgervertrag **wirksam** geworden ist, insbesondere alle zivil- und öffentlich-rechtlichen Genehmigungen hierzu vorliegen,
- etwaige vertragliche **Rücktrittsrechte** des Bauträgers erloschen sind,
- 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),
- weiterhin 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“.
- 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, wenn der geschuldete Kaufpreis gezahlt ist.

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.

Über das Vorliegen aller Genehmigungen, die Eintragung der Vormerkung und die Lastenfreistellung muss der Notar dem Käufer eine **Fälligkeitsbescheinigung** übersenden. **Sie bildet sozusagen den „Startschuss“ für die einzelnen Baufortschrittsraten**, vorausgesetzt, auch die unmittelbar durch den Bauträger nachzuweisende Baugenehmigung bzw. Bescheinigung der Baugenehmigungsfreiheit liegt vor.

b) „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.

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, 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 Sicherheitsaustausch muss jedoch bereits im Bauträgervertrag vorgesehen sein.

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:

- 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)

- 28 % nach Fertigstellung des Rohbaus, einschließlich der Zimmererarbeiten (die Dacheindeckung kann also noch fehlen)
- 5,6 % für die Herstellung der Dachflächen und Dachrinnen (auch ohne Regenfallrohre)
- 2,1 % für die Rohinstallation der Heizungsanlagen (erfasst sind sämtliche Leitungen samt Heizkessel, auch Heizschlangen einer Fußbodenheizung, jedoch ohne Heizkörper und Thermostate)
- 2,1 % für die Rohinstallation der Sanitäreanlagen (ausreichend sind auch hier die Anschlüsse und Leitungen, jedoch ohne Sanitärgegenstände selbst)
- 2,1 % für die Rohinstallation der Elektroanlagen (Stromleitungen in Wand und Decke, jedoch noch ohne Schalter, Lampen und Steckdosen)
- 7 % für Fenstereinbau samt Verglasung (umfasst auch Terrassen- und Balkontüren, nicht jedoch die Eingangstür)
- 4,2 % für den Innenputz, ausgenommen die Beiputzarbeiten (demnach ohne die für den Fenster- und Türeineinbau erforderlichen Maßnahmen; Trockenbauarbeiten sind also mitumfasst)
- 2,1 % für den Estrich (ohne Fußbodenbeläge !)
- 2,8 % für die Fliesenarbeiten im Sanitärbereich (also nicht in der Küche !)
- 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.
- 2,1 % für die Fassadenarbeiten (auch Außenputz, Regenfallrohre, etwaiger Vollwärmeschutz)
- 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. b.) als auch die Vormerkung (Ziff. a), **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 das „bislang Fertiggestellte“ 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 Kaufpreislraten. Dadurch kann es allerdings zu Mehrkosten kommen. Bei der „klassischen“ Bürgschaftslösung (oben 2) wird lediglich sein Anspruch auf Rückzahlung der gezahlten Kaufpreislraten, 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 gemäß § 632a Abs. 3 BGB (seit dem 01.01.2018 lautet das Zitat: § 650m Abs. 2 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.

5. 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 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.

III. 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 1.). Insbesondere kehrt sich ab diesem Zeitpunkt die Beweislast für Sachmängel während der damit beginnenden „Gewährleistungsfrist“ um (hierzu nachstehend 2.).

1. 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 ein Mitglied des Verwaltungsbeirats oder der Verwalter, regelmäßig unter Beiziehung eines Sachverständigen zur Klärung der technischen Vorfragen).

Die Abnahme hat gravierende **Rechtsfolgen**: Sie trennt die Phase der Neuherstellung von der Phase der „Gewährleistung“. 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).

Kennt der Käufer Mängel bei der Abnahme, behält sich diesbezüglich aber keine Rechte vor, bleibt ihm nur der Anspruch auf Schadenersatz 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).

2. Sachmängelrechte

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 Entstehens** des Bauträgers: Bei schlichten Beschaffensvereinbarungen ist er zur Zahlung von Schadenersatz 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 Schadenersatz in Geld auch bei unverschuldeter Nichteinhaltung dieser Zusage.

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.

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.

IV. Abschließende Hinweise

Dieses Merkblatt kann nur einige der wichtigsten Punkte schlagwortartig ansprechen. Für zusätzliche rechtliche Erläuterungen stehen der Notar oder der Rechtsanwalt zur Verfügung.

Dieses Merkblatt wurde mit größter Sorgfalt erstellt; gleichwohl kann für dessen Inhalt und die Richtigkeit der getroffenen Aussagen keine Gewähr übernommen werden.

Wir bedanken uns für das in unsere Kanzlei gesetzte Vertrauen. Unsere Mitarbeiter und wir stehen Ihnen für Rückfragen gerne zur Verfügung.

Alexander Mielke
Notar

Alexander Abeler
Notar