Rechtsanwalt Professor Thomas Karczewski*

Der neue alte Bauträgervertrag

Der Beitrag verschafft einen Überblick über die Änderungen des Bauträgervertrags, die mit der Baurechtsreform eingetreten sind. Sie ergeben sich ausnahmslos aus Verweisen und Ausschlussbestimmungen, was nicht zur Übersichtlichkeit der gesetzlichen Regelungen zum Bauträgervertrag beiträgt.

I. Einleitung

Zum 1.1.2018 trat das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts in Kraft, das umfangreiche Neuerungen des Baurechts regelt und den Besonderheiten des Bauvertrags und des Architekten- und Ingenieurvertrags gerecht werden will.[1] Die neue Regelung nimmt den Bauträgervertrag als eigenständigen Vertragstyp in das BGB auf. Sein werkvertraglicher Charakter, der durch die bisherige Rechtsprechung des *BGH* ausgebildet wurde, bleibt auch nach der Reform erhalten.[2] Da das Bauträgerrecht durch die Arbeitsgruppe des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz weiter bearbeitet wird, hat der Gesetzgeber diesem Vertragstyp bisher nur zwei Paragrafen gewidmet: § 650 u und § 650 v. Dennoch hat der Bauträgervertrag durch die Reform einige grundlegende Änderungen erfahren.

II. Legaldefinition des Bauträgervertrags

Nach § 650 u I 1 BGB hat ein Bauträgervertrag die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand. Zugleich enthält er die Verpflichtung des Unternehmers, dem Besteller das Eigentum an dem Grundstück zu übertragen oder ein Erbbaurecht zu bestellen oder zu übertragen.

Damit hat der Gesetzgeber für die Definition des Bauträgervertrags den Wortlaut des § 632 a II BGB aF übernommen[3] und ergänzend bestimmt, dass auf die Errichtungs- und Umbauverpflichtung des Unternehmers Werkvertragsrecht und auf die Verpflichtung zur Verschaffung von Eigentum- und Erbbaurecht Kaufrecht Anwendung finden. Er regelt damit den Vertrag nur punktuell zu den Hauptleistungspflichten des Bauträgers, wird aber dem durch die Rechtsprechung des *BGH* ausgebildeten Wesen des Bauträgervertrags ebenso wenig gerecht wie der Beurkundungspraxis.[4]

III. Bauverpflichtung

1. Gegenstand der Bauverpflichtung

Gegenstand der Bauverpflichtung des Bauträgers nach § 650 u I 1 BGB ist ein „Haus oder ein vergleichbares Bauwerk".

Unter „Haus" ist jedes Gebäude zu verstehen, das zum ständigen Aufenthalt von Menschen, zum Beispiel zum Wohnen oder zur gewerblichen Nutzung bestimmt ist.[5] Der Begriff des „Bauwerks" iSv § 650 u I BGB entspricht dem in § 650 a BGB, wird allerdings dadurch eingeschränkt, dass es mit einem Haus vergleichbar sein muss. „Außenanlagen" sollen von § 650 u I BGB grundsätzlich nicht erfasst sein.[6] Diese werden jedoch regelmäßig vom Bausoll des Bauträgers erfasst und müssen mit dem letzten Bauabschnitt des § 3 II 2 MaBV „vollständige Fertigstellung" erbracht sein, damit die dafür bestimmte Zahlungsforderung iHv 3,5 % des Vertragspreises fällig wird.[7] Aus diesem Grund sind „Außenanlagen" von der Begrifflichkeit des „Hauses" oder des vergleichbaren „Bauwerks" jedenfalls dann erfasst, wenn sie diesen dienen und gegenüber deren Errichtung lediglich eine untergeordnete Rolle spielen.[8]

2. Bauleistung

Die Bauleistung wird als Errichtung oder Umbau beschrieben. Unter „Errichtung" ist die Herstellung eines Neubaus zu verstehen.[9] Der „Umbau"-Begriff entspricht § 2 V HOAI 2013 und bedeutet die Umgestaltung eines vorhandenen Objekts mit wesentlichen Eingriffen in Konstruktion oder Bestand. Damit können auch Altbausanierungen unter die Bauträgerleistung fallen.[10]

3. Baubeschreibungspflicht

Den Bauträger trifft gegenüber dem Erwerber eine gewerberechtliche Informationspflicht über das Baugrundstück und das Bauvorhaben gem. § 11 iVm § 10 IV Nr. 1 MaBV. Die für den Verbraucherbauvertrag in § 650 j BGB eingeführte Baubeschreibungspflicht ist jedoch weit umfassender und gilt über den Verweis auf Untertitel 1 in § 650 u I 2 BGB auch für den Bauträger.[11]

Die Angaben der vorvertraglich vom Unternehmer zur Verfügung gestellten Baubeschreibung zur Bauausführung müssen für den Verbraucher verlässlich gelten. Deshalb bestimmt § 650 k I BGB, dass die Angaben zum Vertragsinhalt werden, wenn die Vertragsparteien nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart haben.

Der Bauträgervertrag ist nach § 311 b I BGB jedoch ohnehin beurkundungspflichtig. Der Formzwang der notariellen Beurkundung erfasst den gesamten Vertrag, also auch die Baubeschreibung und Pläne, die die Herstellungsverpflichtung des Bauträgers bestimmen und deshalb wesentlicher Vertragsinhalt sind.[12] Der Notar soll nach § 17 II a BeurkG darauf hinwirken, dass der Erwerber den Bauträgervertrag zwei Wochen vor Beurkundung zur Durchsicht erhält. Der Gesetzgeber hält § 650 k I BGB deshalb im Rahmen des Bauträgervertrags für entbehrlich[13] und hat dessen Anwendbarkeit gem. § 650 u II BGB ausgeschlossen.

a) *Inhalt der Baubeschreibung.* Für den Inhalt der Baubeschreibung verweist § 650 j BGB auf Art. 249 EGBGB. Dessen § 1 bestimmt, dass dem Erwerber eine Baubeschreibung in Textform zur Verfügung zu stellen ist. Und zwar vor Abgabe der Vertragserklärung, das heißt vor Beurkundung des Bauträgervertrags.

---

* Der Autor ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht und Partner der Kanzlei *Rembert Rechtsanwälte*, Hamburg.

1 *Kniffka*, BauR 2017, 1747 (1748).
2 Vgl. den Kurzaufsatz von *Elzer*, IBR 2018,21
3 GE d. BReg. v. 18.5.2016, BT-Drs. 18/8486, 71; so auch die Formulierung in § 1 der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen.
4 *Karczewski* in *Leupertz/Preussner/Sientz*, BeckOK BauvertragsR, 1. u. 2. Ed., Stand: 30.4.2018, BGB § 650 u Rn. 6 ff.
5 *Palandt/Sprau*, BGB, 77. Aufl. 2018, § 650 n Rn. 7.
6 MüKoBGB/*Busche*, 7. Aufl. 2018, § 650 n Rn. 13.
7 *Basty*, Der Bauträgervertrag, 9. Aufl. 2017, Rn. 531.
8 *Karczewski* in *Leupertz/Preussner/Sientz*, BeckOK BauvertragsR, § 650 u BGB Rn. 26.
9 *Palandt/Sprau*, BGB, § 650 n Rn. 7.
10 *Karczewski* in *Leupertz/Preussner/Sientz*, BeckOK BauvertragsR, § 650 u BGB Rn. 34.
11 *Karczewski* in *Leupertz/Preussner/Sientz*, BeckOK BauvertragsR, § 650 u BGB Rn. 109.
12 *BGH*, NZBau 2009, 312 Ls. = NJW-RR 2008, 1506.
13 Begr. d. GE d. BReg. v. 18.5.2016, BT-Drs. 18/8486, 72.

Gemäß § 2 S. 1 des Art. 249 EGBGB sind in der Baubeschreibung die wesentlichen Eigenschaften des angebotenen Werks in klarer Weise darzustellen. Dabei handelt es sich um eine Generalklausel, die in Art. 249 EGBGB § 2 S. 2 in neun Nummern um den Mindestinhalt ergänzt wird, den eine Baubeschreibung enthalten muss.[14] Die so beschriebenen Eigenschaften der Bauträgerleistung stellen die vereinbarten Beschaffenheitsmerkmale iSv § 633 II 1 BGB dar und sind für die Beurteilung der Mangelfreiheit maßgeblich.[15] Die Beschreibung der Eigenschaften, die in den Nrn. 1–9 mit „gegebenenfalls" gekennzeichnet sind, kann je nach geschuldetem Objekt und/oder geschuldetem Bausoll des Bauträgers entbehrlich sein.[16]

Aufgrund der Vielfalt an Bauvorhaben und der sich weiter entwickelnden Technik ist eine abschließende Auflistung im Gesetz nicht möglich, weshalb die Generalklausel in § 2 S. 1 des Art. 249 EGBGB einen Auffangtatbestand darstellt. Umfasst die Bauträgerleistung eine wesentliche Eigenschaft, die in den Nrn. 1–9 nicht abgebildet ist, ist diese ebenfalls in die Baubeschreibung aufzunehmen. Dies gilt insbesondere, wenn ausnahmsweise bestimmte Unwägbarkeiten oder Risiken bei der angebotenen Leistung nicht berücksichtigt und mit dem angebotenen Preis nicht abgegolten sind, etwa die Beschaffenheit des Baugrundes.[17]

b) *Darstellung in der Baubeschreibung.* Nach § 2 S. 1 des Art. 249 EGBGB sind die wesentlichen Eigenschaften des angebotenen Werks in der Baubeschreibung in „klarer Weise" darzustellen. Die Wortwahl weicht nach der Gesetzesbegründung bewusst von der in Art. 246 I EGBGB ab, der im Rahmen der Informationspflicht bei Verbraucherverträgen die Begriffe „klar und verständlich" wählt und die Kenntnisse eines durchschnittlichen Verbrauchers als Maßstab nimmt. Nach der Gesetzesbegründung[18] könne bei einer Baubeschreibung, bei der es um komplexe technische Informationen gehe, ein entsprechender Maßstab keine Anwendung finden. Es reiche aus, wenn klare Informationen übermittelt würden. Bei Verständnisproblemen könne der Verbraucher Experten hinzuziehen.

Es begegnet aber erheblichen Zweifeln, ob eine Baubeschreibung, die für den technischen Laien unverständlich ist, dem Transparenzgebot gem. § 307 I 2, III 2 BGB genügt.[19] Danach kann sich eine unangemessene Benachteiligung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht „klar und verständlich" ist. Die Inhaltskontrolle betrifft nicht nur dispositives Gesetzesrecht, sondern über § 307 III 2 BGB auch die beiderseitigen Hauptpflichten der Vertragsparteien.[20] Der *BGH* fordert,[21] dass die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen in Formularbedingungen so genau zu beschreiben sind, dass unter anderem der Verbraucher seine Rechte und Pflichten ohne fremde Hilfe möglichst klar und einfach feststellen kann. Zu dieser Rechtsprechung steht die Gesetzesbegründung zu § 2 S. 1 des Art. 249 EGBGB in Widerspruch.

Mit § 307 I 2, III 2 BGB soll das Transparenzgebot des Art. 4 II der Klauselrichtlinie[22] umgesetzt werden,[23] wonach Klauseln zum Hauptgegenstand des Vertrags und der Gegenleistung nur dann nicht missbräuchlich sind, wenn sie „klar und verständlich" abgefasst sind. Soweit durch § 2 S. 1 des Art. 249 EGBGB inhaltlich daran etwas geändert werden sollte, verstieße dies gegen die Klauselrichtlinie. Nach deren Umsetzung ins nationale Recht, ist es den einzelnen Mitgliedstaaten aber verwehrt, die Richtlinie nachträglich zu ändern.[24]

Vor diesem Hintergrund kann § 2 S. 1 des Art. 249 EGBGB zwar die Darstellung von individuellen, nicht aber von vorformulierten Baubeschreibungen definieren.[25] Für Baubeschreibungen in Bauträgerverträgen, die nur dem „Klarheitsgebot" des § 2 S. 1 des Art. 249 EGBGB genügen, gibt es somit faktisch keinen Anwendungsbereich.[26]

Darüber hinaus ist § 310 III Nr. 2 BGB zu beachten. Eine Inhaltskontrolle der Baubeschreibung findet danach auch statt, wenn die vorformulierte Klausel nur zur einmaligen Verwendung bestimmt ist und der Verbraucher aufgrund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte. Für den Bauträgervertrag, bei dem die Leistungsbeschreibung in der Regel vom Bauträger vorgegeben wird, unterliegt sie einer Transparenzkontrolle deshalb unabhängig davon, ob sie mehrfach verwendet werden soll oder nur für einen Vertrag.[27]

Mit dem Transparenz- und Verständnisgebot soll sichergestellt werden, dass der Verbraucher vor Vertragsabschluss über den Umfang der geschuldeten Werkleistung und die Äquivalenz zwischen Leistung und Vergütung informiert wird. Daraus folgt grundsätzlich, dass der Bauträger seine Leistungsbeschreibung detailliert und übersichtlich aufzustellen hat.

Gerade beim Bauträgervertrag sind eine funktionale Baubeschreibung und eine schlüsselfertige Leistung die Regel.[28] Daraus ergibt sich zwangsläufig, dass nicht jedes Ausführungsdetail erwähnt oder genau beschrieben ist,[29] sondern eine Funktion, die durch die Bauträgerleistung erreicht werden muss. Darüber hinaus sind durchaus in einzelnen Bereichen detaillierte Beschreibungen der Ausführung üblich, so dass oft eine Mischform zwischen funktionaler und detaillierter Baubeschreibung vorliegt. Dem Bauträger wird ein gewisses Leistungsbestimmungsrecht durch Konkretisierung während der weiteren Planung und Ausführung eingeräumt. Kompensiert wird dies auf Erwerberseite durch einen Anspruch auf schlüsselfertige und funktionstüchtige Leistung des Bauträgers. Diese Art der Unvollständigkeit der Baubeschreibung ist dem Bauträgervertrag immanent.[30] Erfahrungsgemäß kommt es dem Erwerber nicht auf die Kenntnis sämtlicher technischer Details der zu verbauenden Baustoffe und Bauteile an, sondern vielmehr auf die Informationen, die

14 GE d. BReg. v. 18.5.2016, BT-Drs. 18/8486, 73.
15 *Karczewski* in *Leupertz/Preussner/Sientz*, BeckOK BauvertragsR, § 650u BGB Rn. 113.
16 Vgl. auch *Pause/Vogel* in *Kniffka*, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand: 20.11.2017, § 650u Rn. 92; *Karczewski* in *Leupertz/Preussner/Sientz*, BeckOK BauvertragsR, § 650u BGB Rn. 113.
17 GE d. BReg. v. 18.5.2016, BT-Drs. 18/8486, 73.
18 GE d. BReg. v.18.5.2016, BT-Drs. 18/8486, 73 f.
19 *Pause/Vogel* in *Kniffka*, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, § 650u Rn. 99.
20 *Thode*, ZNotP 2004, 131 (133); *Berger* in *Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB, § 307 Rn. 35; MüKoBGB/Wurmnest, 7. Aufl. 2016, BGB § 307 Rn. 54; *Karczewski* in *Leupertz/Preussner/Sientz*, BeckOK BauvertragsR, § 650u BGB Rn. 116.
21 *BGH*, NJW 2008, 1438 Rn. 17.
22 RL 93/13/EWG des Rates über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen v. 5.4.1993, ABl. 1993 L 95, 29.
23 *Thode*, ZNotP 2004, 131 (132); MüKoBGB/*Wurmnest*, § 307 BGB Rn. 54.
24 *EuGH*, ECLI:EU:C:1964:66 = NJW 1964, 2371 (2372); vgl. *EuGH*, ECLI:EU:C:2001:684 = NJW 2002, 281; *Karczewski* in *Leupertz/Preussner/Sientz*, BeckOK BauvertragsR, 2. Ed., Stand: 30.4.2018, § 650u BGB Rn. 119.
25 *Pause/Vogel* in *Kniffka*, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, § 650u Rn. 99, 101.
26 *Karczewski* in *Leupertz/Preussner/Sientz*, BeckOK BauvertragsR, § 650u BGB Rn. 120.
27 *Kniffka* in *Kniffka*, ibr-online-Kommentar, Stand: 21.8.2017, § 633 Rn. 174.
28 BeckOGK/*Molt*, Stand: 1.2.2018, BGB § 650u Rn. 22.
29 Vgl. *BGH*, NZBau 2014, 160 = NJW 2014, 620 Rn. 11.
30 *Pause/Vogel*, NZBau 2015, 667 (674); *Pause*, FS Thode 2005, 271 (283 f.); *Pause* in *Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz*, Das neue Bauvertragsrecht, 2017, § 6 Rn. 93.

für die Nutzung und den Gebrauch des Objekts maßgeblich sind. Dabei handelt es sich im Wesentlichen um die Funktion bestimmende Eigenschaften. Über diese muss der Bauträger in der Baubeschreibung in klarer und verständlicher Weise informieren, also etwa beim geschuldeten Schallschutz über den dB-Wert und darüber, in welchem Maße der Erwerber dadurch Geräuschbelästigungen ausgesetzt ist oder sein eigenes Verhalten nicht einschränken muss, um Vertraulichkeit zu wahren.[31] Mit welcher technischen Konstruktion der Bauträger den vereinbarten Schallschutz im Detail erreicht, ist für den Erwerber nicht von ausschlaggebendem Interesse.

c) *Rechtsfolgen intransparenter Baubeschreibungen.* Intransparente Baubeschreibungsklauseln sind gem. § 307 I 2, III 2 BGB unwirksam. Eine unangemessene Benachteiligung des Erwerbers ergibt sich nach richtlinienkonformer Auslegung auf Basis von Art. 4 II der Klauselrichtlinie aus der Intransparenz der Beschreibung.[32]

Die durch die Unwirksamkeit entstandene Lücke ist durch Auslegung nach Maßgabe des § 650k II 1 BGB zu schließen. Danach ist der Vertrag unter Berücksichtigung sämtlicher vertragsbegleitender Umstände, insbesondere des Komfort- und Qualitätsstandards nach der übrigen Leistungsbeschreibung auszulegen. Die Vorschrift kodifiziert damit die Rechtsprechung des *VII. Zivilsenats* des *BGH*[33] und erteilt der des *V. Zivilsenats*[34] eine Absage, wonach vorvertragliche Angaben, die nicht beurkundet worden sind, als Inhalt der geschuldeten Leistung außer Betracht bleiben.

§ 650k II 2 BGB ist den Regelungen des § 305c II BGB nachgebildet. Damit gilt die Auslegungsregel, dass Zweifel über die vom Unternehmer geschuldete Leistung zu dessen Lasten gehen und zwar nicht nur für die vom Bauträger vorformulierten Standardbaubeschreibungen, sondern auch für individuell formulierte Baubeschreibungen.[35]

Sind hingegen elementare Baubeschreibungsmerkmale (Essentialia) intransparent und damit unwirksam und lassen sich diese auch nicht im Wege der ergänzenden Auslegung bestimmen, so dass der Gegenstand der Vertragspflichten nicht mehr hinreichend feststeht, ist der Vertrag insgesamt unwirksam.[36] Erbrachte Leistungen sind nach Bereicherungsrecht abzuwickeln (§§ 812 ff. BGB). Neben den bereicherungsrechtlichen Ansprüchen kommt für den Erwerber generell ein Schadensersatzanspruch aus vorvertraglicher Pflichtverletzung in Betracht.[37] Die Baubeschreibungspflicht ist eine (vor-)vertragliche Nebenpflicht iSv § 311 II BGB, aus deren Verletzung sich eine Schadensersatzpflicht gem. §§ 311 II, 241 II, 280 BGB ergeben kann.[38]

Es werden Zweifel geäußert, ob der Erwerber bei einer unvollständigen bzw. intransparenten Baubeschreibung einen ihm dadurch entstandenen Schaden nachweisen kann.[39] Zu denken ist an Sachverständigenkosten (zB zur Klärung, ob eine DIN-Vorschrift in der Baubeschreibung nicht die anerkannten Regeln der Technik widergibt oder verschiedene Varianten der Bauausführung eröffnet). Entsprechendes gilt für Anwaltskosten.[40]

4. Anwendbarkeit der Schutzvorschriften des Verbraucherbauvertrags

Die Baubeschreibungspflicht gem. § 650j BGB ist nur dann auf den Bauträgervertrag anwendbar, wenn die in § 650i I BGB geregelten Voraussetzungen vorliegen und nicht durch speziellere Regelungen zum Bauträgervertrag ausgeschlossen sind. Dies gilt auch für die übrigen Schutzvorschriften des Verbrauchbauvertrags gem. § 650k II, III, § 650m II, III, § 650n sowie § 650o BGB.[41] Daraus folgt, dass der Vertragspartner des Bauträgers

- ein Verbraucher sein muss und
- der Bauträger zum Bau eines neuen Gebäudes oder
- zu erheblichen Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude und dessen Übereignung an den Erwerber verpflichtet wird.

Soweit ein Teil der Literatur[42] auf die letztgenannte Voraussetzung verzichtet, wird übersehen, dass § 650i BGB durch § 650u II BGB nicht ausgeschlossen ist und nur § 650i III BGB auf die Schutzvorschriften des Verbraucherbauvertrags verweist. Zudem ist dadurch für eine Gleichbehandlung von Erwerber und Verbraucher gesorgt.

Die überwiegende Zahl der Bauträgergeschäfte wird die genannten Voraussetzungen erfüllen. Ist das Erwerbsobjekt jedoch ein sanierter Altbau, sind die Schutzvorschriften des Verbraucherbauvertrags nur dann über § 650i III BGB anwendbar, wenn die Altbausanierung die Voraussetzungen von „erheblichen Umbaumaßnahmen" iSv § 650i I BGB erfüllt. Dies betrifft nur die Fälle des kernsanierten Altbaus. Punktuell sanierte und renovierte Altbauten fallen nicht darunter.[43] § 650i BGB fußt auf der EU-Verbraucherrechterichtlinie.

In deren Erwägungsgrund 26 wird zum Begriff der erheblichen Umbaumaßnahmen in Art. 3 III Buchst. f ausgeführt, dass darunter solche Umbaumaßnahmen fallen, die dem Bau eines neuen Gebäudes vergleichbar sind, wie zum Beispiel Baumaßnahmen, bei denen nur die Fassade eines alten Gebäudes erhalten bleibt. Die Errichtung von Anbauten, Garagen oder Wintergärten sowie die Instandsetzung und Renovierung von Gebäuden fallen nur dann darunter, wenn es sich um erhebliche Umbauarbeiten handelt.[44]

Der Wegfall des Verbraucherschutzes bei Bauträgerverträgen, die eine Altbausanierung unter der Schwelle der Kernsanierung zum Gegenstand haben, ist nicht nachvollziehbar und zu beklagen, da punktuelle Sanierungen einen erheblichen technischen und finanziellen Aufwand verursachen und aufgrund der Verbindung mit der unveränderten Altbausubstanz bautechnisch größere Schwierigkeiten nach sich ziehen können. Umso größer ist das Informationsbedürfnis des Erwerbers etwa am Inhalt der Baubeschreibung.

Das gleiche Problem taucht auch beim Bauvertrag mit einem Verbraucher auf, bei dem der Vertragsgegenstand die

31 *BGHZ* 181, 225 = NZBau 2009, 648 = NJW 2009, 2439 = DS 2009, 275 Rn. 15.
32 *Thode*, ZNotP 2004, 131 (137); *Kniffka* in *Kniffka*, ibr-online-Kommentar, § 633 Rn. 173.
33 *BGHZ* 172, 346 = NZBau 2007, 574 = NJW 2007, 2983 = DS 2009, 36 Ls.; NZBau 2014, 160 = NJW 2014, 620.
34 *BGHZ* 207, 349 = NJW 2016, 1815 = DS 2016, 170.
35 *Orlowski*, ZfBR 2016, 419 (431).
36 *Thode*, ZNotP 2004 131 (134); *Grziwotz/Koeble/Riemenschneider*, Handbuch Bauträgerrecht, 2004, 3. Teil Rn. 100; *Kniffka* in *Kniffka*, ibr-online-Kommentar, § 633 Rn. 182; *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rn. 843.
37 Vgl. *BGH*, BeckRS 2002, 7082 = ZfIR 2002, 975; wegen Schadensersatz aus vorvertraglicher Pflichtverletzung bei Form unwirksamen Bauträgervertrag; *Kniffka* in *Kniffka*, ibr-online-Kommentar, § 633 Rn. 183.
38 GE d. BReg. v. 18.5.2016, BT-Drs. 18/8486, 63.
39 *Pause* in *Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz*, Das neue Bauvertragsrecht, § 6 Rn. 103; *Thode*, ZNotP 2004, 131 (135).
40 *Karczewski* in *Leupertz/Preussner/Sientz*, BeckOK BauvertragsR, § 650u BGB Rn. 132.
41 *Karczewski* in *Leupertz/Preussner/Sientz*, BeckOK BauvertragsR, § 650u BGB Rn. 106.
42 *Pause/Vogel*, NZBau 2015, 667 (671); *Pause* in *Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz*, Das neue Bauvertragsrecht, § 6 Rn. 76; *Pause/Vogel* in *Kniffka*, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand: 12.3.2018, § 650 BGB Rn. 170, stellen nur auf das Erfordernis „Verbraucher" als Vertragspartner des Bauträgers ab.
43 *Karczewski* in *Leupertz/Preussner/Sientz*, BeckOK BauvertragsR, 2. Ed., Stand: 30.4.2018, § 650u BGB Rn. 107.
44 GE d. BReg. v. 18.5.2016, BT-Drs. 18/8486, 61.

Schwelle zur „erheblichen Umbaumaßnahme“ nicht erreicht. Auch hier ist der Verbraucher durch die §§ 650 j ff. BGB nicht geschützt.

5. Nachträgliche Sonderwünsche

Für nachträgliche Sonderwünsche hat sich die Rechtslage durch die Reform des Bauvertragsrechts nicht geändert. Sind keine Regelungen im Bauträgervertrag getroffen, bleibt es beim Konsensualprinzip des § 311 I BGB. Der Gesetzgeber hat gem. § 650 u II BGB die Vorschriften zur Änderung des Vertrags und zum Anordnungsrecht des Bestellers nach § 650 b BGB sowie die damit verbundene Vergütungsanpassung nach § 650 c BGB und damit auch die Erleichterung des einstweiligen Rechtsschutzes gem. § 650 d BGB ausgeschlossen. Er begründet dies mit erheblichen rechtlichen und tatsächlichen Problemen, die insbesondere im Geschosswohnungsbau auftreten. Einzelnen Erwerbern könne ein Anordnungsrecht in Bezug auf das Gemeinschaftseigentum ohnehin nicht eingeräumt werden. In Bezug auf das Sondereigentum bestehe die Gefahr, dass eine so bewirkte Änderung Auswirkungen auf das Gemeinschaftseigentum oder das Sondereigentum anderer Wohnungseigentümer haben könnte.[45]

Mit dieser Begründung stellt der Gesetzgeber den Regelungsinhalt des § 650 b BGB jedoch selbst wieder in Frage. Danach muss der Unternehmer die Änderungsanordnung nach Absatz 1 Nr. 1 nur ausführen, wenn ihm dies zumutbar ist. Dies dürfte in den von der Gesetzesbegründung aufgezählten Fällen nicht gegeben sein.[46] Spricht der Erwerber eine Änderungsanordnung nach Absatz 1 Nr. 2 aus, also einer Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist, muss der Bauträger der Anordnung nachkommen, um eine Mängelbeseitigung zu vermeiden. Insoweit handelt es sich um den klassischen Fall des § 650 c I 2 BGB.[47] Den Parteien des Bauträgervertrags steht es aber frei, für Sonderwünsche die Geltung der §§ 650 b, c und d BGBzu vereinbaren.[48]

IV. Übertragung von Eigentum oder Erbbaurecht am Grundstück

Der Bauträgervertrag hat gem. § 650 u I 1 Halbs. 2 BGB auch die Übertragung des Eigentums oder die Übertragung oder Bestellung eines Erbbaurechts an dem Grundstück zum Gegenstand. Für die entsprechenden Ansprüche finden gem. § 650 u I 3 BGB die Vorschriften über den Kauf Anwendung. Der Gesetzgeber übernimmt damit die bisherige Rechtsprechung des *BGH*.[49]

V. Bauträgervergütung/Preis

In der Regel wird die Bauträgervergütung als Festpreis vereinbart, der außerdem ein Pauschalpreis ist. Dadurch wird die gesamte Bauleistung mit einer pauschalen Geldleistung vergütet und der Bauträger trägt das Kalkulationsrisiko.[50]

1. Fälligkeit von Abschlagszahlungen

Nach § 650 v BGB kann der Bauträger vom Erwerber Abschlagszahlungen verlangen.

Die Vorschrift ist dem zweiten Teil des § 632 a II BGB aF zu Abschlagszahlungen beim Bauträgervertrag fast wortgleich entnommen und aus systematischen Gründen in den Untertitel 3 verschoben worden. Eine inhaltliche Änderung fand dadurch nicht statt.[51]

Durch die Verweisungskette über Art. 244 EGBGB auf die Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen findet für Abschlagszahlungen schließlich die MaBV Anwendung, insbesondere §§ 3 und 7 MaBV. Diese Vorschriften sind zwar Regelungen des Gewerberechts und richten sich allein an den Bauträger als Adressaten.[52] Sie haben durch die Verweisung aber auch zivilrechtliche Bedeutung gewonnen.[53]

Anders als bei § 632 a I 1 BGB aF, wird durch die speziellere Vorschrift des § 650 v BGB kein gesetzlicher Anspruch des Bauträgers auf Abschlagszahlungen begründet. Im Bauträgervertrag kann der Erwerber aufgrund des Verweises in § 650 v BGB nach § 1 S. 1 der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen nur dann zu Abschlagszahlungen verpflichtet werden, wenn dies im Vertrag entsprechend § 3 II MaBV unter den Voraussetzungen des § 3 I MaBV vereinbart wird. § 3 MaBV erhält damit eine Doppelfunktion: einerseits als bußgeldbewehrte gewerberechtliche Ordnungsvorschrift,[54] andererseits regelt die Vorschrift über die Umsetzung im Bauträgervertrag indirekt die zivilrechtliche Fälligkeit von Abschlagszahlungen.[55] Die ordnungsrechtlichen Normen können jedoch nicht als gesetzliches Leitbild dienen.[56] Beim „klassischen Bauträgervertrag“ (Vormerkungsmodell)[57] ist die Erfüllung der Leistungspflichten des Bauträgers aufgespalten in die abnahmereife Bauleistung und Übergabe des Vertragsobjekts sowie den späteren lastenfreien Eigentumsübergang, der mit Auflassungsvormerkung zu Gunsten des Erwerbers abgesichert wird, § 3 I Nr. 2 MaBV. Als Gegenleistung erhält der Bauträger die Vergütung, deren Zahlung in Teilbeträgen nach Baufortschritt vereinbart wird, § 3 II MaBV. Erst nach vollständiger Zahlung des gesamten Erwerbspreises erfolgt im Grundbuch die Umschreibung des Eigentums auf den Erwerber. Die Regelungen in § 3 MaBV dienen deshalb im Wesentlichen dem Schutz des Erwerbers vor Vermögensverlust. § 3 MaBV wird daher auch als zentrale Verbraucherschutznorm der MaBV bezeichnet.[58]

Eine Begrenzung von Abschlagszahlungen gem. § 650 m I BGB, wonach der Unternehmer im Rahmen eines Verbraucherbauvertrags Abschlagszahlungen nur iHv 90 % des Gesamtbetrags verlangen darf, findet auf den Bauträgervertrag keine Anwendung, auch wenn dies durchaus sinnvoll wäre.[59] Denn nach dem Wortlaut der Vorschrift gilt dies nur, wenn der Bauträger einen gesetzlichen Anspruch auf Abschlagszahlungen nach § 632 a BGB hat. Das ist nicht der Fall, weshalb die Vorschrift, unabhängig von ihrer Unanwendbarkeit gem. § 650 u II BGB, keine Anwendung findet.

2. Fälligkeit der (Teil-)Schlusszahlungen

Bisher war streitig, ob im Rahmen des Bauträgervertrags die Fälligkeit der Zahlungsforderung für den letzten Bauabschnitt nach § 3 II 2 Nr. 2 MaBV eine Abnahme und eine

45 GE d. BReg. v. 18.5.2016, BT-Drs. 18/8486, 72.
46 *Pause*, BauR 2017 430, 441.
47 *Karczewski* in *Leupertz/Preussner/Sientz*, BeckOK BauvertragsR, § 650 u BGB Rn. 181.
48 *Pause* in *Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz*, Das neue Bauvertragsrecht,§ 6 Rn. 69.
49 *BGHZ* 96, 275 = NJW 1986, 925.
50 *Blank*, Der Bauträgervertrag, Rn. 168; *Schiffer* in *Reithmann/Terbrack*, Kauf vom Bauträger, 8. Aufl. 2017, C Rn. 210.
51 GE d. BReg. v. 18.5.2016, BT-Drs. 18/8486, 73.
52 *BGHZ* 146, 250 = NZBau 2001, 132 = NJW 2001, 818.
53 Vgl. *v. Rintelen* in *Kniffka*, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, § 632 a aF Rn. 115.
54 § 144 II Nr. 6 GewO.
55 *Pause* in *Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz*, Das neue Bauvertragsrecht, § 6 Rn. 157.
56 *Kniffka* in *Kniffka*, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Einführung vor § 631 Rn. 73.
57 *Karczewski* in *Leupertz/Preussner/Sientz*, BeckOK BauvertragsR, § 650 u BGB Rn. 7.
58 *Bischoff in Grziwotz*, Kommentar zur MaBV, 2. Aufl. 2011, § 3 Rn. 1; *Marcks*, MaBV, 9. Aufl. 2014, § 3 Rn. 1; *Kniffka* in *Kniffka*, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Einführung vor § 631 Rn. 83.
59 *Karczewski* in *Leupertz/Preussner/Sientz*, BeckOK BauvertragsR, § 650 u BGB Rn. 196 f.

prüfbare Schlussrechnung voraussetzt.[60] Soweit dies verneint wurde, wurde darauf abgestellt, dass § 632 a II BGB aF für die Fälligkeit der Abschläge ausnahmslos auf die Bestimmungen der MaBV verwiesen habe, der keine Einschränkung der Fälligkeit durch eine Abnahme vorsieht. Einer prüfbaren Schlussrechnung bedürfe es beim Bauträgervertrag wegen der Festpreisvereinbarung und der Angabe der prozentualen Höhe der einzelnen Abschläge im Regelfall nicht.

Zwar wird in § 650 v BGB über die Verweisungskette erneut auf § 3 II MaBV verwiesen. Durch die Regelung des Bauträgervertrags im BGB kommt aber zum Ausdruck, dass der Vertragstyp zivilrechtlich ausgestaltet und nicht nur durch die Vorschriften des Gewerberechts reglementiert werden soll. Hinzu kommt, dass § 650 u I 2 BGB ausdrücklich auf die Vorschriften des Untertitels 1 verweist, in dessen Kapitel 2 auch die Vorschrift des § 650 g BGB geregelt ist, der damit auf den Bauträgervertrag Anwendung findet.[61]

a) *§ 650 g IV Nr. 1 BGB – „Abnahme"*. Für die Fälligkeit der Schlussrechnung, die für die Bauleistung des letzten Bauabschnitts nach § 3 II 2 Nr. 2 MaBV „nach vollständiger Fertigstellung" erstellt wird, bedarf es deshalb der Abnahme.[62] Abnahme*reife* allein reicht nicht aus.[63]

Im Bauträgervertrag ist in der Regel eine Teilabnahme für das Sondereigentum vereinbart. Verlangt der Bauträger für die Bezugsfertigkeit und Übergabe der Wohnung einen entsprechenden Prozentsatz des vereinbarten Erwerbspreises, ist für dessen Fälligkeit die Teilabnahme Voraussetzung, da die hierfür erteilte Rechnung eine Teilschlussrechnung ist.[64]

Der Erwerber braucht die Teilabnahme dieses Bauabschnitts nur zu erklären, wenn ihm zugemutet werden kann, das Gebäude zu beziehen,[65] ihm die Wohnung übergeben wurde und keine wesentlichen Mängel am Sondereigentum vorliegen.

b) *§ 650 g IV Nr. 2 BGB – „prüffähige Schlussrechnung"*. Der Bauträger muss für die Fälligkeit seiner Zahlungsforderung eine prüfbare Rechnung vorlegen. Dies gilt sowohl für die Schlussrechnung „nach vollständiger Fertigstellung" als auch für die Teilschlussrechnung für den Bauabschnitt „bei Bezugsfertigkeit und Übergabe" der Wohnung, für den eine Teilabnahme vereinbart ist.[66] Bei einer (Teil-)Abnahme, die Indiz für eine (Teil-)Fertigstellung der Leistung des Bauträgers ist,[67] ist eine Abschlagsrechnung nicht mehr zulässig.[68]

An die Prüffähigkeit der Schlussrechnung sind wegen der Festpreisvereinbarung keine hohen Anforderungen zu stellen. Der Bauträger hat eine übersichtliche, für den Erwerber verständliche Aufstellung der erbrachten Leistungen nach § 650 g IV Nr. 2 BGB zu erbringen. Regelmäßig wird es ausreichen, dem vereinbarten Erwerbspreis jeweils die in Abzug gebrachten Abschlagszahlungen gegenüberzustellen und zu saldieren,[69] so dass sich daraus der Schlussrechnungsbetrag ergibt. Hat sich der Pauschalpreis durch nachträgliche Sonderwünsche geändert, ist dies ebenfalls in der Schlussrechnung darzustellen[70] und die Änderung entsprechend § 14 I 4 VOB/B kenntlich zu machen. Aus dem ursprünglichen Erwerbspreis und dem Sonderwunschpreis ergibt sich der neue Gesamtpreis, von dem die gezahlten Leistungen in Abzug zu bringen sind.

Entsprechendes gilt für die Teilschlussrechnung nach Bezugsfertigstellung und Besitzübergabe. Hier errechnet sich die Teilschlussrechnung aus der Summe der Prozentsätze für die entsprechend § 3 II 2 Nr. 2 MaBV erbrachten Bauabschnitte.[71]

3. Auswirkungen von Mängeln auf die Fälligkeit

Für das Erreichen der in § 3 II MaBV genannten Bauabschnitte und die Fälligkeit der dafür vereinbarten Abschlagszahlungen reicht es aus, dass die geschuldete Bauleistung abgearbeitet ist. Auf die Mangelfreiheit der Bauleistung kommt es nach der Reform des Bauvertragsrechts zunächst nicht an. Dies gilt nach der bisherigen Rechtsprechung[72] und einigen Stimmen in der Literatur[73] aber nicht für den Bauabschnitt „vollständige Fertigstellung" gem. § 3 II 2 Nr. 2 MaBV.[74] Für die Fälligkeit der Vergütung für diesen Bauabschnitt ist bislang Abnahmereife, also die Freiheit von wesentlichen Mängeln, erforderlich. Unwesentliche Mängel standen einer „vollständigen Fertigstellung" iSv § 3 II 2 Nr. 2 MaBV auch bisher nicht entgegen.[75]

Nach der hier vertretenen Auffassung[76] ist auch für den letzten Bauabschnitt „vollständige Fertigstellung" iSv § 3 II 2 Nr. 2 MaBV die Abarbeitung der geschuldeten Bauleistung als Voraussetzung ausreichend. Dadurch wird dem gewerberechtlichen Charakter des § 3 II 2 Nr. 2 MaBV Rechnung getragen. Die restriktive Auslegung ist schon deshalb geboten, weil ein Verstoß gegen die MaBV nach § 18 MaBV bußgeldbewehrt ist. Nach Zweck und Ermächtigungsgrundlage kann und will die MaBV die Folgen von Sachmängeln nicht regeln.[77] Insoweit bedarf es auch nicht (mehr) des vom *BGH*[78] betonten Verbraucherschutzes vor Vermögensschädigungen durch § 3 II 2 Nr. 2 MaBV. Die Fälligkeit der (Teil-)Schlusszahlung für den (vor-)letzten Bauabschnitt kann der Erwerber bei wesentlichen Mängeln durch die berechtigte Verweigerung der Abnahme[79] und bei unwesentlichen Mängeln durch die Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechtes nach § 641 III BGB gegenüber der Schlussrechnung und nach § 632 a I 2 BGB auch gegenüber Abschlagsrechnungen verhindern.[80]

Die Anwendbarkeit der vorgenannten Vorschriften ergibt sich aus dem Verweis in § 650 u I 2 BGB auf den Untertitel 1 und damit auf die

60 Dagegen: *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rn. 546 f. auch zum Meinungsstand; *Pause/Vogel* in *Kniffka*, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, § 641 Rn. 208 f.; *Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle, 5. Aufl. 2011, Rn. 335 für Abnahme; *OLG Hamm*, DNotZ 1994, 870 = BeckRS 9998, 43861; *OLG Frankfurt a. M.*, NJOZ 2005, 1193 = BauR 2005, 1491; *OLG Koblenz*, NJW-RR 2003, 1173 = BauR 2003,1410 für Schlussrechnung; dafür: *Blank*, Der Bauträgervertrag, Rn. 272; *Grziwotz/Koeble/Riemenschneider*, Handbuch Bauträgerrecht, Rn. 581, 412.

61 *Karczewski* in *Leupertz/Preussner/Sientz*, BeckOK BauvertragsR, § 650 u BGB Rn. 97; so auch *Pause* in *Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz*, Das neue Bauvertragsrecht,§ 6 Rn. 51 ff.; *Pause/Vogel* in *Kniffka*, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, § 650 u Rn. 75; BeckOGK/*Molt*, BGB nF § 650 u Rn. 104; aA *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rn. 546 f.

62 *Pause/Vogel* in *Kniffka*, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, § 650 v Rn. 68.

63 So auch *Pause/Vogel* in *Kniffka*, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, § 650 v Rn. 69.

64 *Karczewski* in *Leupertz/Preussner/Sientz*, BeckOK BauvertragsR, § 650 u BGB Rn. 99.

65 *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rn. 511; *Bischoff in Grziwotz*, Kommentar zur MaBV, § 3 Rn. 167.

66 *Karczewski* in *Leupertz/Preussner/Sientz*, BeckOK BauvertragsR, § 650 u BGB Rn. 101.

67 *BGHZ* 182, 158 = NZBau 2009, 707 = NJW 2010, 227 Rn. 54.

68 *BGHZ* 182, 158 = NZBau 2009, 707 = NJW 2010, 227 Rn. 42.

69 Vgl. zB *OLG Düsseldorf*, BeckRS 2013, 13025 = BauR 2013, 1874, für einen gewöhnlichen Pauschalpreisvertrag.

70 Vgl. *Pause/Vogel* in *Kniffka*, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, § 650 v Rn. 62.

71 *Karczewski* in *Leupertz/Preussner/Sientz*, BeckOK BauvertragsR, § 650 u BGB Rn. 102.

72 *BGH*, NJW 1998, 2967 = NZM 1998, 636.

73 *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rn. 537, und zum Meinungsstand Rn. 531 ff.

74 So die Begr. GE d. BReg. v. 18.5.2016, BT-Drs. 18/8486, 49.

75 *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rn. 537.

76 *Karczewski* in *Leupertz/Preussner/Sientz*, BeckOK BauvertragsR, § 650 v BGB Rn. 45.

77 *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rn. 540.

78 *BGHZ* 139, 387 = NJW 1999, 51.

79 S. u. unter IX 2 a.

80 *BGH*, NZBau 2012, 34 = NJW 2012, 56 Rn. 10.

Vorschriften des Werkvertragsrechts. Insoweit hat der Erwerber die Möglichkeit, das Doppelte der Mängelbeseitigungskosten einzubehalten.

VI. Erfüllungssicherheit für den Erwerber

§ 650 m II und III BGB entsprechen weitgehend den bisherigen Absätzen 3 und 4 des § 632 a aF BGB. Redaktionell wurde der Anwendungsbereich auf den Verbraucherbauvertrag angepasst.[81]

Es bleibt bei einem Anspruch des Erwerbers auf Stellung einer Erfüllungssicherheit[82] iHv 5% für die rechtzeitige Herstellung des Werks ohne wesentliche Mängel kraft Gesetzes, wenn der Bauträger gem. § 650 v BGB Abschläge vereinbart hat und zwar mit der ersten Zahlungsforderung.[83]

Soweit in § 650 m II 2 BGB der Fall neu aufgenommen wurde, dass dem Erwerber eine weitere Sicherheit zu leisten ist, wenn sich der Vergütungsanspruch durch eine Anordnung nach §§ 650 b und c BGB ändert, ist dies für den Bauträgervertrag ohne Belang. Die Anordnungsrechte des § 650 b BGB gelten für den Bauträgervertrag nicht. Eine Änderung oder Ergänzung des Vertrags kann sich nur durch vereinbarte Sonderwünsche ergeben.

§ 650 m II BGB ist nicht von § 650 o BGB erfasst. Die Vorschrift ist durch eine Individualvereinbarung somit abdingbar. Im Rahmen Allgemeiner Geschäftsbedingungen des Bauträgers unterliegt der Anspruch auf Vertragserfüllungssicherheit dem Schutz des § 309 Nr. 15 Buchst. b BGB.

VII. Keine Zahlungssicherheit für den Bauträger

Ein gesetzlicher Anspruch auf Bauhandwerkersicherung gem. § 648 a BGB aF bestand nach herrschender Meinung für den Bauträger gegenüber dem Erwerber nicht. So ist auch die Rechtslage nach § 650 f VI Nr. 2 BGB.

Zwar ist die Regelung über die Zahlungssicherheit gem. § 650 m IV BGB nicht nach § 650 u II BGB ausgeschlossen. Wenn es sich insoweit nicht um ein Redaktionsversehen handelt, besteht aber im Rahmen des „Vormerkungsmodells" beim klassischen Bauträgervertrag auch kein Bedürfnis für eine vertraglich vereinbarte Zahlungssicherheit zu Gunsten des Bauträgers, da er bis zur vollständigen Zahlung des Vertragspreises Eigentümer des Vertragsobjekts bleibt. Er baut damit auf eigenem Grundstück und erhält durch die Bauleistung selbst den entsprechenden Gegenwert. Die typische Vorleistungspflicht des Werkunternehmers und sein Sicherungsbedürfnis gegenüber dem Verbraucher, dessen Insolvenz zur Restschuldbefreiung führen kann,[84] besteht beim Bauträger gerade nicht. § 650 u I 2 BGB iVm § 650 v BGB schließt deshalb § 650 m IV BGB aus. § 650 v BGB, mit der Verweisungskette zu § 3 MaBV, ist die speziellere Vorschrift.[85]

VIII. Angaben über den Zeitpunkt der Fertigstellung des Werks

Für besonders schutzwürdig hält der Gesetzgeber den Erwerber auch in Bezug auf Informationen zum Fertigstellungszeitpunkt der Baumaßnahme.

1. Zweck und Inhalt der Regelung

Diese Informationen sind im Hinblick auf die Finanzierung des Bauprojekts, die Kündigung des bisherigen Mietvertrags und die Planung des Umzugs von Bedeutung, weshalb der Erwerber auf eine frühzeitige und verlässliche Information über die Beendigung der Baumaßnahme angewiesen ist.[86] Angaben zum Fertigstellungzeitpunkt sind deshalb in der Baubeschreibung (Art. 249 § 2 II EGBGB) oder im Vertrag (§ 650 k III BGB) verbindlich zu regeln. Liegen diese bei Vertragsabschluss nicht vor, ist zumindest die Dauer der Bauausführung anzugeben. Dabei ist eine Differenzierung der Fertigstellungszeitpunkte zwischen der bezugsfertigen Herstellung der vom Erwerber gekauften Wohnung und des übrigen Gemeinschaftseigentums sowie der Außenanlagen zulässig und üblich.

2. Rechtsfolgen fehlender Angaben zum Fertigstellungszeitpunkt

Wenn der Vertrag diese Angaben nicht enthält, werden die vorvertraglich in der Baubeschreibung übermittelten Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Werks oder zur Dauer der Bauausführung Inhalt des Vertrags. Finden sich auch dort keine entsprechenden Angaben, gelten die allgemeinen Grundsätze. Danach hat der Bauträger, wie jeder Unternehmer, das Bauwerk gem. § 271 BGB den Umständen entsprechend in angemessener Zeit fertigzustellen. Nach der Rechtsprechung des *BGH*[87] hat der Unternehmer mit der Herstellung eines vertraglich geschuldeten Bauwerks im Zweifel alsbald nach Vertragsschluss zu beginnen und sie in angemessener Zeit zügig zu Ende zu führen. Nach Ablauf dieser angemessenen Frist wird die Leistung des Bauträgers fällig.

IX. Abnahme

In der Regel sehen Bauträgerverträge für die Bausubstanz des Sonder- und Gemeinschaftseigentums getrennte förmliche Abnahmen vor, so genannte Teilabnahmen. Häufig werden für das Gemeinschaftseigentum weitere Teilabnahmen vereinbart, zum Beispiel für Tiefgarage und Außenanlagen.[88] Dies ist nach § 641 I 2 BGB zulässig. Mit der Abnahme des Sondereigentums geht die Besitzübergabe der Wohnung einher.

1. Rechtsgeschäftliche Abnahme

Die Verpflichtung des Erwerbers nach § 640 I 1, 2 BGB, das hergestellte Werk abzunehmen, wenn keine wesentlichen Mängel vorliegen, hat der Gesetzgeber nicht geändert. Er hat es aber unterlassen, dem Bauträger entsprechend seinem Bedürfnis mit der Reform die gesetzliche Möglichkeit einzuräumen, die (Teil-)Abnahme des Gemeinschaftseigentums einheitlich und für alle Erwerber verbindlich durch die Wohnungseigentümergemeinschaft zu regeln, obwohl die diesbezüglichen Gestaltungsversuche der Beurkundungspraxis als gescheitert betrachtet werden müssen.[89]

2. Fiktive Abnahme

Stattdessen wurde die Regelung der Abnahmefiktion in § 640 I 3 aF BGB gestrichen und in Absatz 2 neu formuliert.

Verweigert der Erwerber die förmliche Abnahme unberechtigt, kommt es für die fiktive Abnahme gem. § 640 II BGB

81 GE d. BReg. v. 18.5.2016, BT-Drs. 18/8486, 64.
82 *Blank*, Der Bauträgervertrag Rn. 249; *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rn. 454; *Pause* in *Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz*, Das neue Bauvertragsrecht, § 6 Rn. 119.
83 *BGH*, NZBau 2013, 102 = NJW 2013, 219.
84 *BGH*, NZBau 2010, 495 = NJW 2010, 2272 Rn. 25.
85 *Karczewski* in *Leupertz/Preussner/Sientz*, BeckOK BauvertragsR, § 650 u BGB Rn. 165.
86 GE d. BReg. v. 18.5.2016, BT-Drs. 18/8486, 74.
87 *BGH*, NZBau 2001, 389 = NJW-RR 2001, 806, u. hierzu *Vogel*, IBR 2001, 251.
88 Vgl. *Blank*, Der Bauträgervertrag Rn. 97, 98; *Terbrack* in *Reithmann/Terbrack*, Kauf vom Bauträger, Anhang I, S. 519.
89 Vgl. *Karczewski* in *Leupertz/Preussner/Sientz*, BeckOK BauvertragsR, § 650 u Rn. 51 ff.

nun nicht mehr auf die objektive Abnahmereife der Wohnanlage an. Vielmehr gilt das Werk des Bauträgers als abgenommen, wenn er dem Erwerber nach Fertigstellung eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Erwerber die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert hat.

a) *Fertigstellung des Werks.* Voraussetzung für die fiktive Abnahme ist zunächst die Fertigstellung des Werks. Diese Voraussetzung ist neu und soll gerade gegenüber Verbrauchern ein vorzeitiges Abnahmeverlangen des Bauträgers verhindern.[90]

Von einer Fertigstellung iSv § 640 II BGB ist auszugehen, wenn die geschuldete Bauleistung – unabhängig davon, ob Mängel vorhanden sind oder nicht – abgearbeitet ist.

Nach der Rechtsprechung[91] und einigen Stimmen in der Literatur[92] unterscheidet sich der Fertigstellungsbegriff aber von dem des § 3 II 2 Nr. 2 MaBV zum Bauabschnitt „vollständige Fertigstellung".[93] Aus dieser Unterscheidung folgt, dass einer „Fertigstellung" iSv § 640 II BGB auch wesentliche Mängel nicht entgegenstehen.

Pause[94] beanstandet insoweit einen Widerspruch. So würde etwa im Falle eines erkennbar undichten Dachs, das als wesentlicher Mangel anzusehen wäre, eine fiktive Abnahme möglich sein, aber die letzte Rate iSv § 3 II 2 Nr. 2 MaBV wegen der fehlenden „vollständigen Fertigstellung" nicht fällig werden. Dieser Widerspruch besteht jedoch nicht, wenn man mit der hier vertretenen Meinung den gewerberechtlichen Begriff der „vollständigen Fertigstellung" dem Begriff der „Fertigstellung" iSv § 640 II BGB gleichsetzt.[95]

b) *Fehlende Verweigerung der Abnahme innerhalb angemessener Frist unter Angabe mindestens eines Mangels.* Entscheidend ist, dass der Erwerber nach der Fertigstellung die Abnahme nicht unter Angabe mindestens eines Mangels innerhalb der gesetzten, angemessenen Frist verweigert hat. Entsprechend § 12 V Nr. 1 VOB/B ist eine Frist von zwölf Werktagen als angemessen anzusehen. Das Schweigen des Erwerbers bzw. seine fehlende Angabe auch nur eines Mangels wird somit mit der Rechtsfolge der Abnahme verknüpft.

Die Vertragspartner des Bauträgers sind in der Regel Verbraucher. Daher muss er die Erwerber mit der Aufforderung zur Abnahme auch auf die Folgen einer nicht erklärten oder ohne Angabe von Mängeln verweigerten Abnahme in Textform hinweisen. Ohne diesen Hinweis scheitert eine fiktive Abnahme.

c) *Angabe von Mängeln durch den Erwerber.* Erteilt der Bauträger den Hinweis, wird er in der Praxis damit rechnen müssen, dass die Erwerber (zur Sicherheit) zumindest einen Mangel geltend machen werden. Um die Abnahmefiktion zu verhindern, kommt es nicht darauf an, ob der benannte Mangel wesentlich ist oder nicht.[96] Nach dem Wortlaut des Gesetzes kommt es nicht einmal darauf an, ob überhaupt ein Mangel vorhanden ist. Der Wortlaut stellt darauf ab, dass die Abnahme innerhalb der Frist „unter Angabe mindestens eines Mangels" verweigert wird. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass es in der Praxis nur selten zu einer fiktiven Abnahme kommen wird.

d) *Anwendbarkeit auf Teilabnahmen.* Auch für die vereinbarten Teilabnahmen des Sonder- und Gemeinschaftseigentum gilt § 640 II BGB. Um die Abnahmefiktion für das Gemeinschaftseigentum zu verhindern, muss jeder Erwerber für sich die Abnahme unter Angabe eines Mangels verweigern. Es reicht nicht aus, wenn nur ein Erwerber die Abnahmefiktion durch Angabe eines Mangels verhindert und sich die übrigen Erwerber nach Ablauf der Frist darauf berufen.[97]

Fraglich ist, ob die Abnahmefiktion auch dann verhindert wird, wenn der Erwerber sich bei einer Teilabnahme auf einen Mangel beruft, der die abzunehmende Bausubstanz nicht betrifft. Der Erwerber beruft sich zum Beispiel bei der Abnahme der im Sondereigentum stehenden Bausubstanz auf einen Mangel, der ausschließlich das Gemeinschaftseigentum betrifft. Wenn allein die Benennung eines Mangels für die Verhinderung der Abnahmefiktion genügen soll, würde dies auch in den genannten Fällen eine Abnahmefiktion verhindern. Das ist jedoch bei einer offenkundig falschen Zuordnung des Mangels (Verweigerung der Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch Rüge eines Risses im Fliesenschild der Küche oder Verweigerung der Abnahme des Sondereigentums an der Wohnung durch Rüge von Pfützenbildung in der Tiefgarage) nicht gerechtfertigt.[98]

Für die Teilabnahme einer dem Sondereigentum zuzuordnenden Bausubstanz, hängt die Abnahmereife von den anerkannten Voraussetzungen der Bezugsfertigkeit[99] und Übergabe der Wohnung ab.[100] Nur wenn ein Mangel am Gemeinschaftseigentum auf das Sondereigentum durchschlägt (unzureichend regendichte Gebäudewand führt zum Abplatzen des Innenputz in der Wohnung), hat die Benennung des Mangels am Gemeinschaftseigentum den Wegfall der Abnahmefiktion für das Sondereigentum zur Folge.

3. Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme

Die Pflicht des Erwerbers gem. § 650 g I 1 BGB, nach Verweigerung der Abnahme unter Angabe von Mängeln an einer gemeinsamen Feststellung des Zustands der Bauträgerleistung mitzuwirken, ist neu in das BGB aufgenommen worden und gilt über § 650 u I 2 BGB auch für den Bauträgervertrag.[101] Die Regelung kann sich der Bauträger zunutze machen, wenn ein Erwerber die Abnahme des Sonder- oder Gemeinschaftseigentums wegen Mängeln verweigert.

Da in den Bauträgerverträgen regelmäßig förmliche Abnahmen vereinbart sind, stellt sich die Frage, ob ein erneuter Termin für eine Zustandsfeststellung erforderlich wird, wenn der Erwerber im Rahmen der förmlichen Abnahme die Abnahme verweigert. Dies ist zu verneinen, wenn die Formalien des § 650 g I BGB eingehalten sind.[102]

Auch § 650 g III BGB wird im Rahmen des Bauträgervertrags erwartungsgemäß Bedeutung gewinnen. Nach Satz 1 wird vermutet, dass ein offenkundiger Mangel nach der Zustandsfeststellung entstanden und vom Besteller zu vertreten ist, wenn ihm das Werk übergeben worden und der Mangel in der Zustandsfeststellung nicht angegeben ist. Diese Vermutung gilt gem. Satz 2 nicht, wenn der Mangel nach seiner Art nicht vom Erwerber verursacht worden sein kann.

90 Begr. GE d. BReg. v. 18.5.2016, BT-Drs. 18/8486, 49.
91 *BGH*, NJW 1998, 2967 = NZM 1998, 636.
92 *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rn. 537, und zum Meinungsstand Rn. 531 ff., vgl. o. unter V 3.
93 Begr. GE d. BReg. v. 18.5.2016, BT-Drs. 18/8486, 49.
94 *Pause* in *Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz*, Das neue Bauvertragsrecht, § 6 Rn. 33.
95 Vgl. o. unter V 3.
96 Begr. GE d. BReg. v. 18.5.2016, BT-Drs. 18/8486, 48.
97 *Karczewski* in *Leupertz/Preussner/Sientz*, BeckOK BauvertragsR, § 650 u Rn. 84.
98 *Karczewski* in *Leupertz/Preussner/Sientz*, BeckOK BauvertragsR, § 650 u Rn. 85.
99 *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rn. 511; *Bischoff in Grziwotz*, Kommentar zur MaBV, § 3 Rn. 167.
100 Vgl. zB *Grziwotz/Koeble/Riemenschneider*, Handbuch Bauträgerrecht, 3. Teil Rn. 588.
101 *Karczewski* in *Leupertz/Preussner/Sientz*, BeckOK BauvertragsR, § 650 u Rn. 89 ff.
102 *Karczewski* in *Leupertz/Preussner/Sientz*, BeckOK BauvertragsR, § 650 u Rn. 91

Im Rahmen der Teilabnahme des Sondereigentums wird dem Erwerber die Wohnung übergeben. Verweigert er die Abnahme der Wohnung wegen Mängeln und wird sie ihm trotzdem übergeben (zB um Verzugsfolgen zu verhindern), kommt eine Vorverlagerung der Gefahrtragung nach § 650 g III BGB in Betracht. Dies gilt jedoch nur für die Bausubstanz, deren Abnahme vorgesehen war. Das ist nach den gängigen Formulierungen im Bauträgervertrag die im Sondereigentum stehende Bausubstanz innerhalb der erworbenen Wohnung. Damit scheidet die Vorverlagerung der Gefahrtragung für Bausubstanz aus, die im Bereich der Wohnung dem Gemeinschaftseigentum zugewiesen ist. Da von der Abnahme des Sondereigentums in der Regel nicht auf die Abnahme des Gemeinschaftseigentums geschlossen werden kann,[103] ist dieses auch nicht Gegenstand der Abnahmeuntersuchung gewesen.[104]

Bedeutung wird § 650 g III BGB auch in Bezug auf das Gemeinschaftseigentum erlangen, wenn die Erwerber oder einige von ihnen die Abnahme des Gemeinschaftseigentums wegen Mängeln verweigern. Mit der Besitzübergabe der Wohnung verschafft der Bauträger in der Regel auch den Besitz am Gemeinschaftseigentum der Wohnanlage. Der Erwerber muss in diesem Fall die gesetzliche Vermutung widerlegen, dass ein offenkundiger Mangel am Gemeinschaftseigentum, der bei der Zustandsfeststellung nicht angegeben wurde, nach seiner Art nicht von ihm verursacht worden sein kann.

X. Ansprüche des Erwerbers bei Mängeln

Gemäß § 650 u I BGB sind auf die Errichtung oder den Umbau die Vorschriften des Werkvertragsrechts anzuwenden, für den Anspruch auf Übertragung des Eigentums an dem Grundstück oder auf Übertragung oder Bestellung des Erbbaurechts hingegen die Vorschriften über den Kauf.

1. Nach Kauf- oder Werkvertragsrecht?

Wie bei Inkrafttreten der Schuldrechtsmodernisierung zum 1.1.2002 stellt sich aufgrund des Wortlautes in § 650 u I 2 BGB die Frage, ob nicht nur hinsichtlich der Abnahme, sondern zum Beispiel auch hinsichtlich der Mängelansprüche Kauf-, statt Werkvertragsrecht Anwendung findet, wenn das Haus bereits errichtet bzw. die Umbauarbeiten abgeschlossen sind.

Sowohl für neu errichtete Häuser und Wohnungen, gleichgültig ob sie bei Abschluss des Bauträgervertrags noch im Bau oder fertiggestellt sind, als auch für die Altbausanierung, hat sich durch die Reform des Bauvertragsrechts nichts geändert.[105]

2. Vor der Abnahme

Nachdem sich der *BGH*[106] grundsätzlich gegen eine Anwendbarkeit der werkvertraglichen Mängelrechte vor der Abnahme und für die Anwendbarkeit des Leistungsstörungsrechts entschieden hat, wären Regelungen zur Mängelbeseitigung, zur Selbstvornahme, zum Aufwendungsersatz und zum Kostenvorschuss vor der Abnahme hilfreich.[107] Der Erwerber kann Mängelansprüche zwar im Falle unwirksamer Abnahmeklauseln geltend machen.[108] Von diesem Spezialfall abgesehen, ist eine Regelung zur Anwendbarkeit der Mängelrechte aber generell sinnvoll.

Der *BGH* hält die Interessen des Bestellers dadurch für gewahrt, dass er vor der Abnahme die Rechte nach dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht geltend machen kann. Insbesondere sei der Besteller nicht dadurch schlechter gestellt, dass ihm vor Abnahme kein verschuldensunabhängiger Mangelanspruch zusteht. Denn eine den Schadensersatzanspruch begründende Pflichtverletzung liege auch dann vor, wenn der Unternehmer die Frist aus § 281 I 1 BGB verstreichen lässt.[109]

Schadensersatzansprüche nach dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht setzen jedoch eine fällige Forderung voraus. Mangelfreiheit des Vertragsobjekts schuldet der Bauträger, wie jeder Unternehmer, jedoch grundsätzlich erst bei Abnahme,[110] zumal das Anordnungsrecht nach § 650 b I 1 Nr. 2 BGB für den Erwerber gem. § 650 u II BGB ausgeschlossen ist. Das abnahmereife Werk schuldet der Unternehmer erst nach Ablauf der vereinbarten oder üblichen Bauzeit. Der Erwerber kann zwar vor der Abnahme bereits Mängelbeseitigung verlangen. Eine Fristsetzung kann jedoch grundsätzlich nur auf den Abnahmezeitpunkt erfolgen. Erst danach kann der Erwerber Ersatzansprüche geltend machen, soweit der Bauträger die Beseitigung der während der Bauzeit auftretenden Baumängel nicht ernsthaft und endgültig ablehnt oder ein Fall des § 323 IV vorliegt.[111]

XI. Erstellung und Herausgabe von Unterlagen

Die Verpflichtung des Bauträgers zur Erstellung und Herausgabe von Unterlagen ist in § 650 n BGB erstmals gesetzlich geregelt. Die Verpflichtung trifft den Bauträger aber nur, wenn die Voraussetzungen des § 650 i BGB vorliegen.[112]

1. Zweck der Vorschrift

Durch die Vorschrift soll ein konfliktträchtiger Bereich zwischen Erwerber und Bauträger gesetzlich geregelt werden, da entsprechende Regelungen über die Herausgabe von Bauunterlagen in den Verträgen meist fehlen.[113] Aufgrund der komplexer werdenden Bauvorhaben seien die Erwerber darauf angewiesen, genaue Kenntnisse über die der Konstruktion zugrunde liegende Planung und Art und Weise der Bauausführung zu erhalten. Dadurch könne der Erwerber die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften während der Bauphase durch sachverständige Dritte prüfen lassen, wodurch Schäden verhindert würden. Zudem benötige der Erwerber die Unterlagen für die spätere Unterhaltung und Instandsetzung des Bauwerks oder einen etwaigen Umbau. Es ist zweifelhaft, ob dieser Gesetzeszweck mit der Vorschrift erreicht werden kann.

2. Herausgabepflicht vor Bauausführung

Nach § 650 n I BGB soll der Unternehmer rechtzeitig vor Beginn der Ausführung diejenigen Planungsunterlagen an den Verbraucher herausgeben, die dieser gegenüber der Behörde benötigt, um nachzuweisen, dass die einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften eingehalten werden. Dazu gehören alle Planungsunterlagen, die nach dem jeweiligen

103 *BGHZ* 81, 35 = NJW 1981, 1841 = ZfBR 1981, 230.
104 *Karczewski* in *Leupertz/Preussner/Sientz*, BeckOK BauvertragsR, § 650 u Rn. 93.
105 Eingehend *Karczewski* in *Leupertz/Preussner/Sientz*, BeckOK BauvertragsR, § 650 u Rn. 27 ff. mwN.
106 *BGH*, Urt. v. 19.1.2017 – VII ZR 193/15, BeckRS 2017, 102864, sowie *BGHZ* 213, 319 = NZBau 2017, 211 = NJW 2017, 1604, und NZBau 2017, 216 = NJW 2017, 1607, jew. Rn. 25 ff.
107 Stellungnahme des Deutschen Baugerichtstages e. V. zum Referentenentwurf des Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, S. 30 (abrufbar unter www.baugerichtstag.de).
108 *BGHZ* 210, 206 = NZBau 2016, 551 = NJW 2016, 2878 Rn. 59; *BGHZ* 209, 128 = NZBau 2016, 351 = NJW 2016, 1572 Rn. 43.
109 *BGH*, Urt. v. 19.1.2017 – VII ZR 193/15, BeckRS 2017, 102864, sowie *BGHZ* 213, 319 = NZBau 2017, 211 = NJW 2017, 1604, und NZBau 2017, 216 = NJW 2017, 1607, jew. Rn. 34 f.
110 *Staudinger/Peters/Jacoby*, BGB, Bearb. 2008, § 633 Rn. 190.
111 *Voit*, NZBau 2017, 521 (523).
112 Vgl. o. unter III 4.
113 GE d. BReg. v. 18.5.2016, BT-Drs. 18/8486, 65.

Landesrecht für eine Baugenehmigung erforderlich sind (Brandschutz-, Standsicherheits-, Schallschutz- und Wärmeschutz- sowie Energieeinsparungsnachweise).

Die Ausführungsplanung, Fachplanung und Bestandsunterlagen, aus denen sich die Baukonstruktion ergibt und die für die spätere Unterhaltung und Instandsetzung des Bauwerks geeignet sind, werden von dem Wortlaut der Vorschrift aber ebenso wenig erfasst wie Wartungsanleitungen oder Prüfzeugnisse.

Der in § 650 n I BGB geregelte Herausgabeanspruch soll gewährleisten, dass der Verbraucher als Bauherr seinen öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen gegenüber der Behörde nachkommen kann. Beim Bauträgervertrag ist nicht der Erwerber, sondern der Bauträger Bauherr des Vorhabens. Als Herr des Baugeschehens ist er gegenüber der Baubehörde verpflichtet,[114] die erforderlichen Unterlagen rechtzeitig vor und während der Bauausführung vorzulegen, § 53 I MBO.[115] Dies ergibt sich auch aus § 3 I 1 Nr. 4 MaBV. Der Erwerber wird erst nach Fertigstellung des Vertragsobjekts und vollständiger Zahlung des Vertragspreises Eigentümer. Deshalb besteht für den Erwerber kein Herausgabeanspruch nach Absatz 1.

3. Herausgabepflicht mit Fertigstellung des Werks

§ 650 n II BGB regelt die Pflicht des Bauträgers, spätestens mit Fertigstellung des Bauwerks die Unterlagen herauszugeben, die der Erwerber für den Nachweis gegenüber der Behörde benötigt. Der Gesetzgeber beschränkt auch in Absatz 2 die Herausgabepflicht des Bauträgers auf öffentlich-rechtliche Nachweise.[116] Diese sind aber nicht auf Planungsunterlagen beschränkt, sondern erfassen sämtliche Bauunterlagen, die der Verbraucher gegenüber der Behörde benötigt. Auch die gem. Absatz 2 herauszugebenden Unterlagen sind für die spätere Unterhaltung und Instandsetzung des Bauwerks nicht geeignet.

Es wird vertreten,[117] dass die Verwendbarkeitsnachweise nach dem Bauproduktenrecht in Form von Übereinstimmungserklärungen des Herstellers nicht der Herausgabepflicht des Bauträger nach Absatz 2 unterliegen, weil sich die Herausgabepflicht nur auf solche Unterlagen erstrecke, die der Bauträger erstellt hat. Die Übereinstimmungsnachweise zu einem Bauprodukt werden nicht durch den Bauträger erstellt, sondern durch eine Herstellererklärung (§ 23 MBO) oder durch ein Zertifikat der zuständigen Stelle (§ 24 MBO) geführt.

Diese Auffassung überzeugt nicht. Nach § 53 I 3, 4 MBO hat der Bauherr, also der Bauträger (u. nach § 55 I 2, 3 MBO der Unternehmer), die zur Erfüllung der Anforderungen dieses Gesetzes oder aufgrund dieses Gesetzes erforderlichen Nachweise und Unterlagen zu den verwendeten Bauprodukten und den angewandten Bauarten bereitzuhalten. Werden Bauprodukte verwendet, die die CE-Kennzeichnung nach der VO (EU) Nr. 305/211 tragen, ist die Leistungserklärung bereitzuhalten. Der Bauträger muss sich die Unterlagen beschaffen und ist zur Bereithaltung gegenüber der Behörde verpflichtet. Soweit diese öffentlich-rechtliche Verpflichtung nach den Landesbauordnungen auf den Erwerber als Rechtsnachfolger des Bauträgers übergeht, besteht kein Grund, dem Erwerber den Herausgabeanspruch gegenüber dem Bauträger zu verweigern. Es kann insoweit keinen Unterschied machen, ob der Bauträger die Unterlagen selbst erstellt oder dazu verpflichtet ist, sich diese zu verschaffen und bereitzuhalten.[118]

So sehen etwa die Landesbauordnungen von Hamburg (§ 24 HBauO), Niedersachsen (§ 13 NdsBauO) und Schleswig-Holstein (§ 16 LBO-SH) vor, dass der Bauherr und sein Rechtsnachfolger verpflichtet sind, unter anderem die Baugenehmigung einschließlich der geprüften Bauvorlagen und die Verwendbarkeitsnachweise für Bauprodukte und Bauarten, soweit sie Nebenbestimmungen für den Baubetrieb oder die Wartung enthalten, bis zum Abbruch oder zur Beseitigung der baulichen Anlage aufzubewahren und auf Verlangen vorzulegen.

4. Herausgabepflicht betreffend Nachweise für Darlehensgeber

§ 650 n III BGB regelt die Herausgabepflicht des Bauträgers für Nachweise, die der Erwerber gegenüber Dritten vor Beginn der Bauausführung und/oder nach deren Fertigstellung benötigt, um Subventionen oder zinslose Darlehen zu erhalten, weil deren Erhalt von bestimmten Bedingungen abhängt und der Bauträger die berechtigte Erwartung erweckt hat, diese einzuhalten.

5. Vertraglicher Herausgabeanspruch

Zu Gunsten des Erwerbers können im Bauträgervertrag weitergehende Herausgabepflichten des Bauträgers vereinbart werden. Auch ohne eine ausdrückliche Vereinbarung wird eine Herausgabepflicht von Unterlagen des Bauträgers mit unterschiedlicher Begründung angenommen.[119]

Dieser Anspruch besteht nach überwiegender Meinung jedoch nur bei einem besonderen, konkret begründeten Interesse an der Vorlage der Unterlagen.[120] An dieser Rechtslage hat sich nichts geändert, da § 650 n BGB den Herausgabeanspruch gegen den Bauträger auf Nachweise mit öffentlich-rechtlicher Relevanz beschränkt.

6. Rechtsfolgen

Die Herausgabepflicht des Bauträgers ist eine leistungsbezogene Nebenpflicht gem. § 241 BGB, die von der Wohnungseigentümergemeinschaft in gekorener Zuständigkeit klageweise geltend gemacht werden kann. Der Herausgabeanspruch ergibt sich aus dem jeweiligen Bauträgervertrag und steht daher dem einzelnen Erwerber zu. Nach § 10 VI 3 Halbs. 2 WEG kann die Wohnungseigentümergemeinschaft ihn an sich ziehen und geltend machen.[121]

Soweit es sich um die Herausgabe eines Schließplans handelt, soll es sich nach einem Urteil des *OLG Stuttgart*[122] hingegen um eine geborene Zuständigkeit der Wohnungseigentümergemeinschaft handeln, zu deren Geltendmachung es nicht ihres Beschlusses bedarf.

Dem Erwerber steht darüber hinaus ein Leistungsverweigerungsrecht gem. § 641 III BGB in Höhe des Doppelten der für die Erstellung der Unterlagen erforderlichen Kosten gegenüber dem Bauträger zu, wenn dieser die Herausgabe der Unterlagen verweigert.[123]

114 *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rn. 2; *Marcks*, MaBV, § 34 c GewO Rn. 33.
115 IdF v. Nov. 2002, zuletzt geändert durch Beschluss der Bauministerkonferenz v. 13.5.2016 (zu finden bei *Ammon*, Musterbauordnung, 5. Aufl. 2006).
116 *Pause* in *Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz*, Das neue Bauvertragsrecht,§ 5 Rn. 307, 318.
117 *Pause*, BauR 2017, 430 (438); *Pause* in *Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz*, Das neue Bauvertragsrecht, § 5 Rn. 307, 329.
118 *Karczewski* in *Leupertz/Preussner/Sientz*, BeckOK BauvertragsR, § 650 u Rn. 153.
119 *OLG Stuttgart*, Urt. v. 16.11.2016 – 3U 98/16, BeckRS 2016, 113267, u. hierzu *Karczewski*, IBR 2017, 257; *OLG Stuttgart*, Hinweisbeschluss v. 25.1.2010 – 10 U 119/09, BeckRS 2010, 17192, u. hierzu *Berding*, IBR 2010, 443; *LG München I*, NJOZ 2007, 3539, u. hierzu *Klimesch*, IBR 2007, 323; *Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle, Rn. 470.
120 *LG München I*, NJOZ 2007, 3539, u. hierzu *Klimesch*, IBR 2007 323; *Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle, Rn. 470; *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rn. 436; *OLG Köln*, BeckRS 2015, 12572 = ZMR 2016, 66.
121 *Vogel/Pause* in *Kniffka*, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, § 650 u Rn. 225.
122 *OLG Stuttgart*, BeckRS 2016, 113267 = ZWE 2017, 129.
123 *OLG Brandenburg*, NZBau 2012, 570 = NJW-RR 2012, 982, u. hierzu *Bolz*, IBR 2012, 513.

Handelt es sich um für die Funktion und den Unterhalt bedeutende Unterlagen, kann der Erwerber auch die Abnahme verweigern.[124]

XII. Kein Kündigungs- und Widerrufsrecht des Erwerbers

1. Ausschluss des Kündigungsrechts nach § 648 BGB

Bereits vor der Reform des Bauvertragsrechts war nach der Rechtsprechung des *BGH* das freie Kündigungsrecht des Erwerbers bezüglich des Bauerrichtungsteils ausgeschlossen.[125] Der *BGH* hat dies vor allem damit begründet, dass der Bauträger sich zu einer Gesamtleistung verpflichtet, die im Wesentlichen aus Grundstücksveräußerung und Bauerrichtung besteht. Aus kalkulatorischen und bautechnischen Gründen bilden diese Teile für den Bauträger eine untrennbare Einheit, die er als Gesamtleistung erbringen kann. Eine freie Kündigung des Bauerrichtungsteils sei deshalb mit dem für den Erwerber erkennbaren wirtschaftlichen Ziel des Bauträgervertrags nicht vereinbar.

Diese Begründung macht sich der Gesetzgeber zu Eigen[126] und stellt zudem darauf ab, dass insbesondere im Geschosswohnungsbau durch die freie Teilkündigungsmöglichkeit eines Erwerbers erhebliche Probleme bezüglich der Gesamtherstellungsverpflichtung des Bauträgers entstünden.

2. Ausschluss des Kündigungsrechts nach § 648 a BGB

Der Gesetzgeber kodifiziert mit der Reform des Bauvertragsrechts nicht nur die Rechtsprechung des *BGH* zum Ausschluss des freien Kündigungsrechts, sondern geht darüber hinaus. Er nimmt dem Erwerber über § 650 u II iVm §§ 648, 648 a BGB auch das Kündigungsrecht aus wichtigem Grund, insbesondere im Falle der Insolvenz des Bauträgers, wenn auch mit unzutreffenden Erwägungen.[127]

Der *BGH* habe zwar bei Vorliegen eines wichtigen Grundes die Möglichkeit einer Teilkündigung des werkvertraglichen Teils des Bauträgervertrags mit der Folge einer Teilabwicklung bejaht. Insoweit habe es sich jedoch um eine Einzelfallentscheidung mit Ausnahmecharakter gehandelt.

Aufgrund der Einheitlichkeit des Vertrags und der Ausübung der Rechte daraus, soll künftig nur noch eine Gesamtabwicklung des Bauträgervertrags im Rahmen des Rücktritts möglich sein. Ein Rücktrittsrecht stehe dem Erwerber bei Mängeln des Werks aus § 634 Nr. 3 iVm §§ 636, 323, 326 V BGB zu, bei gravierenden nicht leistungsbezogenen Pflichtverletzungen durch den Bauträger nach § 324 iVm § 241 II BGB.

Tatsächlich hat der *BGH*[128] ganz grundsätzliche Ausführungen dazu gemacht, dass es sachgerecht sei, dem Erwerber ein auf die Bauleistung bezogenes Teilkündigungsrecht aus wichtigem Grund zu geben, wenn der Bauträger ihm dazu Veranlassung gibt und zwar nicht nur für den Fall der Insolvenz. Dies hänge von den Umständen des Einzelfalls ab. Stehe die Errichtung eines Reihen-Eckhauses in Rede und können die Arbeiten auf den anderen Grundstücken ohne nennenswerte Beeinträchtigung fortgeführt werden, seien an die Voraussetzungen für den wichtigen Kündigungsgrund geringere Anforderungen zu stellen, als in Fällen, in denen die Kündigung zur Stilllegung des gesamten Bauvorhabens führen könnte.

Zudem verkennt der Gesetzgeber, dass der Erwerber eine Sicherung verliert, wenn er sich nur noch durch die vom Gesetzgeber bestimmten Rechtsinstitute oder durch die Geltendmachung des großen Schadensersatzes statt Leistung gem. § 634 Nr. 4 iVm §§ 280, 281 I BGB oder einvernehmlich vom gesamten Vertrag lösen kann. Mit der Rückabwicklung des Bauträgervertrags erlischt sein Erfüllungsanspruch unter anderem in Bezug auf die Eigentumsverschaffung.

Damit wird die akzessorische Auflassungsvormerkung gegenstandslos,[129] was für den Erwerber, insbesondere bei Insolvenz des Bauträgers, mit einem hohen wirtschaftlichen Risiko verbunden ist. Der Erwerber kann bei Insolvenz des Bauträgers gegenüber dem dinglichen Grundbuchberichtigungsanspruch des Insolvenzverwalters aus § 894 BGB kein Zurückbehaltungsrecht gem. § 273 BGB aus einem vertraglichen Rückgewähranspruch geltend machen. Das Zurückbehaltungsrecht ist nicht insolvenzbeständig.[130] Der Anspruch auf Rückzahlung des angezahlten Erwerbspreises ist nicht abgesichert und eine einfache Insolvenzforderung, § 38 InsO, auf die der Erwerber erst nach Jahren (wenn überhaupt) nur eine geringe Quote erhält.[131]

Die jüngst in der Literatur vertretene Auffassung, dass das durch Richterrecht ausgebildete Kündigungsrecht aus wichtigem Grund neben der Regelung des § 648 a BGB weiterhin bestehe und zu Gunsten des Erwerbers angewendet werden könne,[132] ist aufgrund der Begründung des Gesetzgebers zu § 648 a BGB nicht haltbar. Die Regelung wird danach ausdrücklich damit begründet, dass beim BGB-Vertrag, anders als beim VOB-Vertrag, in der Praxis Rechtsunsicherheit darüber bestehe, welche Gründe eine außerordentliche Kündigung tragen, da dieses Recht auf Richterrecht basiert. Um für die Praxis mehr Rechtssicherheit zu schaffen, soll mit § 648 a BGB die außerordentliche Kündigung bei Werkverträgen gesetzlich geregelt werden.[133] Damit ist Richterrecht ausdrücklich kodifiziert worden. Ein ungeschriebenes Kündigungsrecht aus wichtigem Grund besteht daneben für das Werkvertragsrecht deshalb nicht mehr.

Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber von der Normierung einzelner Kündigungstatbestände ausdrücklich abgesehen hat, damit alle denkbaren Konstellationen eines „wichtigen Grundes" erfasst werden können.[134]

Die Bauverzögerung oder gar der Baustillstand im Vorfeld der formellen Insolvenz des Bauträgers verursachen, ebenso wie die Verteuerung der Fertigstellungskosten, erhebliche Schäden für den Erwerber. Hinzu können Mängel an der Bausubstanz treten, die einen entsprechenden Beseitigungsaufwand verursachen. Die Erfüllungssicherheit iHv 5 % gem. § 650 m II und III BGB, reicht zur Sicherung des Erwerbes gegen diese Schäden nicht aus.

Die Schutzvorschriften der Makler- und Bauträgerverordnung, §§ 3, 7 MaBV, auf die gem. § 650 v BGB verwiesen wird, reichen ebenso wenig aus. Die Sicherungslücke im klassischen Bauträgervertrag (Vormerkungsmodell) wird durch den Ausschluss des Kündigungsrechts aus wichtigem Grund für den Erwerber noch verfestigt.

124 *OLG Hamm*, BeckRS 2009, 24179 = BauR 2009, 1600; *BGH*, Beschl. v. 18.6.2009 – VII ZR 184/08, BeckRS 2009, 44717 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen, Vorinstanz: *OLG Hamm*, Urt. v. 17.6. 2008 – 19 U 152/04, BeckRS 2009, 24179, u. hierzu *Hildebrandt*, IBR 2009, 510); *Pause* in *Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz*, Das neue Bauvertragsrecht, § 6 Rn. 134.
125 *BGHZ* 96, 275 = NJW 1986, 925 (926) = ZfBR 1986, 19.
126 GE d. BReg. v. 18.5.2016, BT-Drs. 18/8486, 72.
127 GE d. BReg. v. 18.5.2016, BT-Drs. 18/8486, 72.
128 *BGHZ* 96, 275 = NJW 1986, 925 (926) = ZfBR 1986, 19.
129 ZB *Thode*, ZNotP 2004, 210 (211, 212); *v. Rintelen* in *Kniffka*, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, § 632 a Rn. 120; *BGH*, NZBau 2001, 388 = NJW 2001, 2249.
130 *BGH*, NJW 2009, 1414 = BauR 2009, 817; *Kniffka/Koeble*, Kompendium d. BauR, 4. Aufl.2014, 11. Teil, Rn. 173; *Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle, Rn. 1006.
131 *Kniffka/Koeble*, Kompendium d. BauR, 11. Teil Rn. 162, 173; 5. Dt. Baugerichtstag, Arbeitskreis V, BauR 2014, 1629.
132 *Koeble*, BauR 2017, S. II (H. 9/Editorial).
133 GE d. BReg. v. 18.5.2016, BT-Drs. 18/8486, 50.
134 GE d. BReg. v. 18.5.2016, BT-Drs. 18/8486, 50.

Das erklärte Ziel des Gesetzgebers, mit der Reform insbesondere den Verbraucherschutz im Bauvertragsrecht zu stärken, ist im Rahmen des Bauträgervertrags nach den vorhergehenden Ausführungen vom Gesetzgeber konterkariert worden. Darüber hinaus wird in der Literatur teilweise vertreten, dass das durch § 3 II MaBV vorgegebene Zahlungsmodell des „klassischenBauträgervertrags" gegen Art. 3 I VerbrRL verstößt und zu einer doppelten Belehrungspflicht des Notars führt.[135]

3. Kein Widerrufsrecht

Das in § 650l BGB für den Verbraucherbauvertrag geregelte Widerrufsrecht ist gem. § 650u II BGB für den Bauträgervertrag ausgeschlossen. Beim beurkundungsbedürftigen Bauträgervertrag soll der Notar nach § 17 IIa BeurkG darauf hinwirken, dass der Verbraucher ausreichend Gelegenheit hat, sich vorab mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinanderzusetzen. Deshalb soll dem Verbraucher der Vertragstext im Regelfall zwei Wochen vor der Beurkundung zur Verfügung gestellt werden. Der Gesetzgeber sieht daher für den Erwerber keine Gefahr eines übereilten Vertragsabschlusses, vor dem er durch ein Widerrufsrecht geschützt werden müsste.[136]

XIII. Fazit

Die Neuerungen des Bauträgervertrags sind insbesondere in der Anwendbarkeit der Schutzvorschriften des Verbraucherbauvertrags begründet. Konterkariert wird der Verbraucherschutz für den Erwerber aber durch den Ausschluss des Kündigungsrechts aus wichtigem Grund. Es bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber insoweit alsbald korrigierend tätig wird. Zu Gunsten des Bauträgers schlägt die Regelung über die Zustandsfeststellung zu Buche. Neu ist auch, dass die (Teil-)Schlussrechnungen des Bauträgers erst nach Abnahme und Vorlage einer prüffähigen Rechnung fällig werden. ■

135 Eingehend *Karczewski* in *Leupertz/Preussner/Sientz*, BeckOK BauvertragsR, § 650v Rn. 25 ff. mwN; *Vogel*, BauR 2018, 717 (719), aA *Schiffner* in *Reithmann/Terbrack*, Kauf vom Bauträger, C Rn. 284.
136 GE d. BReg. v. 18.5.2016, BT-Drs. 18/8486, 72.

Professor Dr. Klaus D. Kapellmann*

Die BGH-Entscheidung zu § 642 BGB: Konsequenzen für § 6 VI VOB/B

Der vorliegende Beitrag behandelt nicht die Richtigkeit der Entscheidung des BGH vom 26.10.2017 (NZBau 2018, 25), sondern deren Konsequenz, nämlich die neue Bedeutung des Schadensersatzanspruchs nach § 6 VI 1 VOB/B.

I. Die Entscheidung des BGH

Ein Auftraggeber muss in vielfältiger Form „erforderliche Mitwirkungshandlungen" (§ 642 BGB) erbringen. So sind zum Beispiel *die für die Ausführung nötigen Unterlagen dem Auftragnehmer unentgeltlich und rechtzeitig zu übergeben* (§ 3 I VOB/B). Der Verstoß dagegen ist Behinderung des Auftragnehmers und führt gem. § 6 VI 2 VOB/B, § 642 BGB zur „Entschädigung" oder bei Beurteilung als Pflichtverletzung zum Schadensersatzanspruch gem. § 6 VI 1 VOB/B; beim BGB-Vertrag findet sich die entsprechende Rechtsfolge in § 280 BGB.

Die Unterscheidung zwischen Entschädigung und Schadensersatz war bisher praktisch ohne Interesse, weil die Entschädigung nach § 642 BGB nach ganz überwiegender Meinung auch alle Folgeschäden der Behinderung umfasste, aber durch Verzicht auf Verschulden und Rückgriff auf die Kalkulation einfachere Anspruchsvoraussetzungen hatte als § 6 VI 1 VOB/B mit dem Erfordernis des Verschuldens und der Berechnung nach tatsächlichen Kosten. Deshalb hatte die Regelung des § 642 BGB den Schadensersatzanspruch aus § 6 VI 1 VOB/B im realen Baugeschehen völlig verdrängt.[1]

Das änderte sich mit einem Schlag drastisch am 26.10.2017. Bei einem Bauvorhaben war es zu Behinderungen gekommen (die später auch zur Kündigung führten). Im Rahmen der Entschädigung verlangte der Auftragnehmer Ersatz für gestiegene Lohn- und Materialkosten auch in der Zeit nach der Beendigung des Annahmeverzugs iHv 2280,19 Euro. Der *BGH* urteilte erstmalig, der Entschädigungsanspruch aus § 642 BGB umfasse nur *die Dauer des Annahmeverzugs, nicht aber – wie hier – die Kosten, die noch nach Beendigung des Annahmeverzugs weiter angefallen waren.*[2] Die Richtigkeit dieser Entscheidung soll hier nicht diskutiert werden; sie ist in der Welt und hat Konsequenzen. Die Frage ist, welche?

II. Die Konsequenzen

Verschiebt sich zum Beispiel behinderungsbedingt die Bauzeit nach Stillstand um einige Monate und steht dann im Winter die Baustelle vier Wochen witterungsbedingt still, so erhält der Auftraggeber nach der neuen Rechtsprechung des *BGH* über § 642 BGB also dafür keine Entschädigung – oder: Die Behinderung führt zu Intensitätsabfällen, die sich über das Ende des Annahmeverzugs hinaus weiter auswirken.[3]

Die jetzt fehlende Entschädigung nach § 642 BGB wäre nicht weiter schlimm, wenn es jedenfalls Schadensersatzansprüche nach § 6 VI 1 VOB/B (oder § 280 BGB) gäbe. Der *BGH* sagt dazu in der Entscheidung mit Recht, der Auftragnehmer könne diese Kosten nach den genannten Schadensersatzvorschriften ersetzt verlangen, *wenn* die Mitwirkungshandlung als selbstständige *Nebenpflicht* auszulegen sei; eine Pflichtverletzung ist unabdingbare Voraussetzung dieses Schadensersatzanspruchs.[4]

Von vornherein scheiden also Lösungen aus, die auf das Ergebnis der Pflichtverletzung verzichten wollen.[5]

Aber der *BGH* behandelt spätestens seit der Leitentscheidung „Vorunternehmer II" die unterbliebene erforderliche Mitwirkung des Auftraggebers nicht als Pflichtverletzung, sondern nur als Obliegenheitsverletzung.[6] Er führte dazu –

* Der Autor ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht und Honorarprofessor an der RWTH Aachen.
1 *Leinemann/Kues*, VOB/B, 6. Aufl. 2016, § 6 Rn. 155; *Markus* in *Kapellmann/Messerschmidt*, 6. Aufl. 2018, § 6 VOB/B Rn. 49.
2 *BGH*, NZBau 2018, 25 = NJW 2018, 544.
3 Auch die Abgrenzungsprobleme zwischen Entschädigung während des Verzugs und nach Beendigung des Verzugs werden hier nicht behandelt.
4 „Wie aus der Voraussetzung des 'Vertreten müssens' (in § 6 VI 1 VOB/B) erkennbar ist, setzt § 6 VI 1 VOB/B eine Pflichtverletzung des Auftraggebers voraus", so – wie der *BGH* – zutreffend *Retzlaff* in *Kniffka*, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 12.12.2017, § 642 Rn. 102; *Kniffka* in *Kniffka/Koeble*, Kompendium d. Baurechts, 4. Aufl. 2014, Teil 8 Rn. 18.
5 So aber *Staudinger/Peters/Jacoby*, BGB, Bearb. 2015, § 642 Rn. 88; *Sonntag* in *Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel*, VOB/B, 4. Aufl. 2016, § 6 Rn. 79.
6 *BGH*, NZBau 2000, 187.