



**Kommentierung zum Bauträgervertrag  
IKEA-BoKlok-Haus**

**Referat:** Bauen und Wohnen, Verbraucherzentrale Bremen e.V.

**Berater:** Herr RA Gerhard Gerloff  
E-Mail: [baurecht@vz-hb.de](mailto:baurecht@vz-hb.de)

Herr RA Arne Schültge  
E-Mail: [schuelte@vz-hb.de](mailto:schuelte@vz-hb.de)

**Auftraggeber:** Stiftung Warentest

**Bauunternehmer:** BIEN-ZENKER AG  
Am Diestelrasen 2  
36381 Schlüchtern

Bremen, den 04. Mai 2010  
Zur Veröffentlichung freigegeben am 04. Juni 2010

**IKEA-BoKlok-Haus**

## Bauträgervertrag der Firma BIEN-ZENKER AG

### I. Risiken und Nachteile der Vertragsgestaltung

#### 1. Sicherungskonzept im Bauträgervertrag

Bei dem Vertrag zum IKEA-BoKlok-Haus handelt es sich um einen Bauträgervertrag. Beim Bauträgervertrag baut der Unternehmer auf eigenem oder fremden Grund und Boden. Der Veräußerer, die Firma BIEN-ZENKER AG, soll nach den Vertragsunterlagen das zu bebauende Grundstück bereits erworben haben.

Es soll hier nicht unerwähnt bleiben, dass in den letzten Jahren die Gestaltung von Bauträgerverträgen vermehrt in die kritische Diskussion geraten ist. Das Grundproblem des Bauträgervertrages für den Verbraucher als Erwerber ist, dass er während der Baumaßnahmen Ratenzahlungen für Grundstück und Gebäude leisten muss, ohne zunächst dafür einen wertmäßigen Ausgleich zu erhalten. Das Verbaute wächst zunächst dem Grundstückseigentümer zu (§ 946 BGB), also der Firma BIEN-ZENKER AG. Der Erwerber tritt also in Vorleistung, da erst nach Fertigstellung des Gebäudes und der vollständigen Zahlung des geschuldeten Kaufpreises die Umschreibung als Eigentümer erfolgt.

Insgesamt gesehen, ist der Bauträgervertrag für den Erwerber kompliziert, riskant und intransparent. Da macht der Bauträgervertrag mit der BIEN-ZENKER AG keine Ausnahme. Der beurkundende Notar hat zwar diverse Überprüfungs- und Belehrungspflichten, stellt für den Erwerber aber keine wirkliche Hilfe dar, weil im Bauträgervertrag auch Allgemeine Geschäftsbedingungen des Unternehmers zur Anwendung kommen. Hinzu kommt, dass es viele Möglichkeiten gibt Bauträgerverträge fehlerhaft zu gestalten, davon wird in der Praxis reger Gebrauch gemacht.

Zu erwähnen ist, dass die Firma BIEN-ZENKER AG das für den Erwerber riskante Vormerkmodell gewählt hat. Wie gesagt, der Erwerber geht in Vorleistung mit seinen Zahlungen, bekommt aber zunächst nur zur Sicherung des Anspruchs auf Eigentumsumschreibung eine Vormerkung sowie eine Freistellungserklärung von der finanzierenden Bank des Bauträgers. Hier kann

sich für den Erwerber eine existenzbedrohende Lücke auftun, falls der Bauträger vor vollständiger Fertigstellung insolvent wird. Ein Rücktritt ist in einem solchen Fall nicht ratsam, weil der Eigentumsverschaffungsanspruch erlischt und die Freistellungserklärungen der Banken in der Regel so gestaltet sind, dass keine Rückzahlungsverpflichtung für vor dem Rücktritt erhaltene Zahlungen besteht. Die Vormerkung erlischt beim Rücktritt. Dies ist aber kein spezielles Problem des vorliegenden Vertrages sondern ein Grundproblem beim herkömmlichen Modell des Bauträgervertrages.

## 2. Reihenhäuser in Rechtsform des Wohnungseigentums

Die Begründung von Wohnungseigentum ist im Geschosswohnungsbau die einzige Möglichkeit, rechtlich selbständige Einheiten zu schaffen. Bei neu zu errichteten Reihenanlagen erlaubt die Aufteilung in Wohnungseigentum die Schaffung rechtlich selbständiger Einheiten ohne Realteilung des zu bebauenden Grundstücks. Diesen Weg geht die BIEN-ZENKER AG. Das zu bebauende Grundstück wird nach den Bestimmungen des Wohnungseigentumsgesetzes (WEG) aufgeteilt. Der Grund wird von der BIEN-ZENKER AG nicht genannt, könnte aber zukünftig für die Wohnungseigentümer Bedeutung erlangen, wenn baulichen Veränderungen durch einzelne Eigentümer vorgenommen werden. Die Aufteilung nach dem WEG kann aufgrund wirtschaftlicher Erwägungen erfolgen oder aber weil die Realteilung des Grundstücks aufgrund von Vorgaben der Gemeinde/ Landkreis hinsichtlich der Mindestgröße des Grundstücks nicht zulässig ist.

Die Rechtsbeziehungen der zukünftigen Eigentümer der Reihenhäuser richten sich also nach der Teilungserklärung mit Gemeinschaftsordnung sowie dem WEG, mit den sich daraus ergebenden Rechten und Pflichten. Der Wunsch des zukünftigen Wohnungseigentümers sein Reihnhaus später "nachzubessern", also individuelle Veränderungen vorzunehmen, könnte allerdings am Widerstand der übrigen Eigentümer scheitern. Die Gemeinschaftsordnung (§ 3 Ziff. 2) sagt zwar aus, das *„...jeder Sondereigentüm er berechtigt ist, an seinem Sondereigentum und den seiner Sondernutzung unterliegenden Gebäude- und Grundstücksteile auf seine Kosten bauliche Veränderungen vorzunehmen und auf der seiner Sondernutzung unterliegenden Grundstücksfläche Bauwerke zu errichten...“*

Ob in der obigen WEG-Konstruktion eine möglichst weite wirtschaftliche Trennung der einzelnen Reihenhäuser zu verstehen ist, um unnötige gerichtliche Auseinandersetzungen zwischen den Wohnungseigentümern bei baulicher Veränderung zu verhindern, erscheint aber eher zweifelhaft.

Um eine möglichst weite wirtschaftliche Trennung zu erreichen, was bei Mehrhausanlagen Sinn macht, sollte ein dahingehender Hinweis in der Gemeinschaftsordnung vorhanden sein, dass eine Realteilung rechtlich nicht möglich ist, dass eine getrennte Bewirtschaftung nach dem Leitbild von Alleineigentum erfolgen soll und sich die Rechtsverhältnisse der Wohnungseigentümer daher nur nach den nachbarrechtlichen Normen richtet.

## II. Einzelne nachteilige und unzulässige Vertragsklauseln

Die Regelungen des vorliegenden Bauträgervertrages sind Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne der §§ 305 ff. BGB. Bei der folgenden Prüfung der Vertragsklauseln orientiert sich die Darstellung an den Aufbau des vorliegenden Bauträgervertrages. Hierbei gehen wir lediglich auf die für den Erwerber relevanten Klauseln ein. Eine gesonderte Bezugnahme auf die für den Erwerber möglicherweise anstehenden Fragen hinsichtlich der Bezugsurkunden und der Durchführung des Vertrages kann aufgrund der kurzfristigen Anfrage zur Überprüfung nicht eingegangen werden.

### 1. Änderungsvorbehalt hinsichtlich der Bauleistung

Im Bauträgervertrag ist folgende Regelung vorgesehen (§ 4, 5 /Seite 9):

*„Der Veräußerer behält sich Abweichungen von der Baubeschreibung im Rahmen der bauüblichen Toleranz und innerhalb der Regeln der Baukunst sowie Änderungen der Baupläne, die aus technischen Gründen oder auf Anweisung einer Behörde notwendig werden, vor. Er versichert, dass ihm bis heute solche technischen Gründe oder Behördenanweisungen nicht bekannt sind. Außerdem behält er sich Abweichungen in der Bauausführung vor, die den Wert, die Güte und die Gebrauchsfähigkeit nicht mindern.“*

Einseitige Änderungsvorbehalte die den Bauträger zu einer Änderung der von ihm zu erbringenden Leistung berechtigen, müssen den Anforderungen des § 308 Nr. 4 BGB (Änderungsvorbehalte) genügen. Danach sind Änderungsvorbehalte unzulässig, wenn nicht die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders (Bauträger) für den anderen Vertragsteil (Erwerber) zumutbar ist. Die Voraussetzung ist nur dann erfüllt, wenn für die Änderung ein triftiger Grund vorliegt. Zudem ist das Transparenzgebot des § 307 BGB zu beachten. Danach muss die Vertragsklausel die triftigen Gründe nennen und die Interessen des Erwerbers angemessen berücksichtigen. Sie müssen für ihn zumutbar sein. Insoweit muss die Vertragsklausel hinreichend bestimmt sein.

Die vorliegende Klausel ist in drei relevanten Begriffen aufgeteilt (Baubeschreibung, Baupläne, Bauausführung). Dem Bauträger soll also die Möglichkeit eingeräumt werden, von der Baubeschreibung, den Bauplänen und der Bauausführung abzuweichen. Bei derartigen Änderungsvorbehalten, sollte sich der Erwerber fragen, ob er auch wirklich das bekommt, was vereinbart wurde.

Zu unbestimmt und damit unwirksam sind die in der Vertragsklausel enthaltenden Änderungsgründe „bauüblichen Toleranz“ und „innerhalb der Regeln der Baukunst“. Allein aus diesen Gründen ist die Vertragsklausel unwirksam. Dagegen wird ein Änderungsvorbehalt für „baurechtlich und technisch notwendige Änderungen“ in der juristischen Literatur und Rechtsprechung anerkannt. Diese Anerkennung wird von uns allerdings in Zweifel gezogen. Der Änderungsvorbehalt mag vielleicht ein „triftiger Grund“ sein, die Interessen des Erwerbers werden aber hierdurch nicht gewahrt, der ein berechtigtes Interesse daran hat, dass die vertraglich vereinbarte Leistung auch vom Bauträger erbracht wird. Der Änderungsgrund erfasst nicht nur Änderungen die nach Vertragschluss notwendig sein können, sondern auch die, die vor Vertragsschluss auftreten können. Dann ist aber für den einseitigen Änderungsvorbehalt kein Raum, weil der Bauträger im Vorfeld die Vorschriften des Bauordnungsrechts fahrlässig nicht hinreichend beachtet hat. Die Versicherung des Bauträgers, das *„ihm bis heute solche technischen Gründe oder Behördenanweisungen nicht bekannt sind“*, reicht nicht aus. Es liegt ein Formularvertrag vor, der von den Erwerbern erst Wochen später, nach der abgegebenen Versicherung, gezeichnet wird. Die Versicherung wird also ins „blaue hinein“ abgegeben. Außerdem behält sich der Bauträger „Abweichungen in der Bauausführung vor, die den Wert, die Güte und die Gebrauchsfähigkeit

nicht mindern.“ Hier fehlt der „triftige Grund“, der zur Änderung berechtigen soll. Die Klausel ist unzulässig.

Im Ganzen gesehen liegt bei der Vertragsklausel ein Verstoß gegen §§ 308 Nr. 4, 307 BGB und Art. 3 Abs. 3 Anhang Nr. 1 k) VerbrRiL (93/13/EWG) vor.

## 2. Ausschluss von Schadensersatzansprüchen bei Betreten der Baustelle

Im Bauträgervertrag ist folgende Regelung vorgesehen (§ 4, 6 /Seite 10):

*„...Bis zum Übergang des Besitzes erfolgt das Betreten der Baustelle durch den Erwerber auf seine eigene Gefahr. Schadensersatzansprüche des Erwerbers gegen den Veräußerer oder die ausführenden Unternehmen aus Unfällen auf der Baustelle sind ausgeschlossen.“*

Die Regelung ist unzulässig gemäß § 309 Nr. 7 BGB. Nach dieser Bestimmung ist ein Ausschluss von Schadensersatzansprüchen unwirksam, soweit auch Ansprüche für zumindest fahrlässig verursachte Körperschäden oder für mindestens grob fahrlässig verursachte sonstige Schäden ausgeschlossen werden. Die Klausel enthält einen vollständigen Ausschluss von Schadensersatzansprüchen. Die oben genannten Fälle sind damit auch von der Klausel umfasst. Daher ist die Klausel unzulässig.

## 3. Planungskosten nach HOAI bei Nichtausführung von Sonderwünschen

Im Bauträgervertrag ist folgende Regelung vorgesehen (§ 6, 3 /Seite 12):

*„Wird der Veräußerer oder ein von ihm beauftragtes Unternehmen zu Planungen oder Handlungen durch den Erwerber veranlasst, ohne dass anschließend die Ausführung in Auftrag gegeben wird, so haben die Unternehmer gegen den Erwerber zumindest den Anspruch auf Gebühren- und Kostenerstattung nach der Honorarordnung für Architekten- und Ingenieurleistungen (HOAI). Alle Kosten sowie Prüf- und Behördengebühren für verlangte Änderungen sind grundsätzlich vom Erwerber zu tragen.“*

Die vorstehende Klausel soll möglicherweise „Schadensersatzansprüche“ des Bauträgers oder eines Drittunternehmens gegen den Erwerber regeln, wenn

„Planungen oder Handlungen“ die der Erwerber veranlasst hat, anschließend nicht in Auftrag gegeben werden.

Es kommt regelmäßig vor, dass Erwerber die eine Immobilie vom Bauträger serienweise erwerben, eine Änderung des Leistungsumfangs wünschen. Es können Leistungen hinzukommen und/oder Leistungen wegfallen. Vornehmlich liegen derartige Änderungswünsche im Sanitär- und Fliesenbereich. Die zum Beispiel vom Bauträger in der vorliegenden Baubeschreibung genannte „Akzentbefliesung“ für Bad und G-WC oder die Sanitäreinrichtung „je nach Plandarstellung“ sowie die Innenfensterbänke aus Kunststein, rufen förmlich nach Sonderwünschen.

Über den Sinn und Zweck einer derartigen Vertragsklausel bei der vorgesehenen Bauweise (Fertigbauteile / nicht Stein auf Stein) sollte der Erwerber dennoch längere Zeit nachdenken, bevor er größere Änderung in der grundlegenden Bauplanung wünscht. Der eng begrenzte Planungsrahmen für die Fertigbauteile der Reihenhäuser bietet zwar kaum Spielraum für derartige Planungshandlungen, die Prüf- und Behördengebühren auslösen könnten. Wenn aber vom Erwerber dennoch gewünscht wird, dass zum Beispiel Innenwände versetzt oder die Fensterelemente anders ausgeführt werden sollen, kann es schon zu erheblichen Planungshandlungen kommen, gerade eben weil es sich um Fertigbauelemente handelt.

Zunächst möchten wir darauf hinweisen, dass, wenn die Ausführung nicht in Auftrag gegeben wird, kein direkter vertraglicher Anspruch gegenüber dem Erwerber besteht. Will sich der Bauträger oder das Drittunternehmen vielleicht die Akquise bezahlen lassen? Aber Vorsicht! Eine willkürliche Abrechnung nach der HOAI kann richtig teuer werden.

Unabhängig davon, halten wir die Vertragsklausel für unzulässig (§§ 307, 305 c BGB). Die HOAI bestimmt den Anwendungsbereich der Verordnung einschränkend dahin, dass sie für die Berechnung der Entgelte für die Leistungen der Architekten und Ingenieure gilt, soweit sie durch Leistungsbilder oder andere Bestimmungen der HOAI erfasst werden. Die Bestimmungen der HOAI, insbesondere die Beschreibung der wichtigsten Leistungsbilder, gehen ersichtlich nur von Auftragnehmern aus, die mit den dort beschriebenen Architekten und Ingenieuraufgaben betraut sind. Daraus folgt, dass die HOAI auf solche Unternehmer, die neben oder zusammen mit Bauleistungen auch Architekten- oder Ingenieurleistungen zu erbringen haben, nicht anzuwenden

ist. Das gilt insbesondere für Bauträger und andere Unternehmer kompletter Bauleistungen, die die dazu erforderlichen Ingenieur- und Architektenleistungen einschließen.

An dieser Stelle soll nicht unerwähnt bleiben, dass alle vereinbarten Sonderwünsche die bei Vertragsabschluss feststehen, zu beurkunden sind. Andernfalls ist der Bauträgervertrag nach §§ 125 Satz 1, 311b Abs. 1 Satz 1 BGB nichtig. Aber Vorsicht! Nach Erklärung der Auflassung bedürfen nach einheitlicher Rechtsauffassung die Sonderwünsche nicht mehr der notariellen Beurkundung. Im vorliegenden Bauträgervertrag ist die Auflassung bereits erklärt, so dass Sonderwünsche nach Beurkundung formfrei vereinbart werden können. Auch die Änderungswünsche die direkt und unmittelbar mit den am Bau beteiligten Handwerkern vereinbart werden, sind nicht beurkundungspflichtig. Diese stellen hinsichtlich der Vergütung, Fälligkeit, Abnahme und Mängelhaftung selbständige Verträge dar. Der Erwerber sollte, zur eigenen Rechtssicherheit, keine Ausgliederung von Sonderwünschen in ein eigenständiges Vertragsverhältnis mit am Bau beteiligten Handwerkern abschließen. Dies kann zu erhebliches Streitpotenzial hinsichtlich der Verantwortlichkeit bei Mängelrechten führen. Zu beachten ist auch, dass wenn der Bau steckenbleibt, der Erwerber aus den Verträgen der Handwerker verpflichtet bleibt.

#### 4. Ungesicherte Zahlungen für Sonderwünsche

Im Bauträgervertrag ist folgende Regelung vorgesehen (§ 6, 4 /Seite 12):

*„Die Zahlungsanforderungen über geleistete Sonderwünsche sind vorbehaltlich der Regelung in § 9 Nr. 1 dieses Vertrages nach Rechnungslegung sofort auszugleichen.“*

Nach dieser Regelung ist der Erwerber zur Zahlung des Entgelts für nachträglich vereinbarte zusätzliche Leistungen verpflichtet, sobald er eine Rechnung erhält. Diese Regelung ist für den Erwerber mit erheblichen Risiken verbunden. Insbesondere ergibt sich das Risiko, dass der Erwerber das gezahlte Geld verliert, ohne eine Gegenleistung zu erhalten. Wie oben ausgeführt, ist der Bauträgervertrag grundsätzlich für den Erwerber äußerst riskant, da er zu einer Vorleistung verpflichtet wird. Der Erwerber hat Zahlungen bereits während der Bauphase zu leisten. Eine Gegenleistung erhält

er aber erst mit der Übereignung des Grundstücks, die erst veranlasst wird, nachdem der Kaufpreis gezahlt ist. Dieses Risiko ist nach den Vorgaben der MaBV nur dann akzeptabel, wenn der Erwerber auf andere Weise abgesichert wird. Im Bezug auf den Kaufpreis wird dem Bauträger daher vorgeschrieben, dass er Sicherheiten zu Gunsten des Erwerbers leisten muss. Im Hinblick auf Zahlungen, die außerhalb des Kaufpreises erfolgen, und damit auch für Zahlungen für Sonderwünsche, bestehen entsprechende Schutzmechanismen jedoch nicht. Mit dem Einbau solcher Sonderwunscheleistungen geht das Eigentum hieran in das Eigentum des Grundstücks über. Der Wert der Sonderwunscheleistungen fließt also nicht dem Erwerber, sondern dem Bauträger als Grundstückseigentümer zu. Der Erwerber erhält die Leistung erst mit der Übereignung. Im Bezug auf die Zahlung des Werklohns für diese Leistungen knüpft die Klausel aber nicht an den Zeitpunkt der Übereignung, sondern ausschließlich an den Zeitpunkt der Rechnungslegung an. Es ist davon auszugehen, dass diese Rechnungslegung unmittelbar nach Ausführung der entsprechenden Arbeiten erfolgt. Kommt es zu Störungen bei der Bauerrichtung, besteht nach den vorgesehenen Sicherungsmitteln gemäß § 9, 5. des Bauträgervertrages die Möglichkeit, dass dem Erwerber der gezahlte Kaufpreis erstattet wird. Zahlungen für Sonderwünsche würden dem Erwerber dagegen nicht erstattet.

## 5. Hinweis- und Prüfungspflichten bei Eigenleistungen des Erwerbers

Im Bauträgervertrag ist folgende Regelung vorgesehen (§ 7, 4 (3) /Seite 13):

*„Stellt der Erwerber Mängel an der vom Veräußerer erbrachten Vorleistung fest oder muss er Bedenken hinsichtlich der Güte der Vorleistung haben, ist er verpflichtet, dem Veräußerer dies vor Erbringung der Eigenleistungen schriftlich mitzuteilen und ihm eine angemessene Frist zur Mängelbeseitigung zu setzen. Verstößt der Erwerber hiergegen, ist der Veräußerer insoweit von der Verantwortlichkeit für Mängel frei.“*

Hier wird der unredliche Versuch unternommen, das Risiko der Haftung des Bauträgers für seine mangelhaften oder unvollständigen Leistungen auf den Erwerber abzuwälzen. Gleichzeitig wird der § 4 (3) VOB/B in verunglimpfter Form im Verbrauchervertrag eingeführt. § 4 (3) VOB/B statuiert eine Hinweispflicht des Auftragnehmers (Unternehmers). Er muss auf Bedenken

gegen die vorgesehene Art der Ausführung oder gegen die Güte der Leistung hinweisen. Hier werden die Pflichten eines Unternehmers dem Verbraucher aufgebürdet. Einmal davon abgesehen, dass eine Hinweis- und Prüfpflicht den Verbraucher überfordert, da er nicht über das Fachwissen verfügt, verstößt die Vertragsklausel gegen § 309 Nr. 8 b) aa) BGB, weil der Bauträger sich von der Verantwortlichkeit der Mängelhaftung freihalten will.

## 6. Mehrwertsteueränderung

Im Bauträgervertrag ist folgende Regelung vorgesehen (§ 8, 4 /Seite 15):

*„Falls die Mehrwertsteuer künftig geändert wird, ändert sich ab dem Inkrafttreten der Mehrwertsteueränderung auch der Erwerbspreis. Nach dem Stichtag fällig werdende Abschlagszahlungen sind an den neuen Mehrwertsteuersatz anzupassen, soweit Leistungen betroffen sind, bezüglich derer der Veräußerer einen erhöhten Mehrwertsteuersatz zu zahlen hat. Dies gilt nicht für solche Abschlagszahlungen, die weniger als vier Monate nach Abschluss dieses Vertrags zu leisten sind.“*

Mehrwertsteuer- bzw. Umsatzsteueranpassungsklausel müssen nach den allgemein zu Preisanpassungsklauseln geltenden Grundsätzen (§ 309 Nr.1 BGB) so gefasst sein, dass der Erwerber bereits bei Vertragsschluss erkennen kann, welche Preiserhöhungen ihn treffen können. Es ist daher die Art und Weise der Erhöhung (Berechnungsart) in der Klausel zu regeln. Die Vertragsklausel sieht nur eine entsprechende Erhöhung vor. Die vorliegende Vertragsklausel ist nicht hinreichend bestimmt und insoweit nach § 307 Abs.1 Satz 2 BGB unzulässig.

## 7. Ungesicherte Erschließungskosten

Im Bauträgervertrag ist folgende Regelung vorgesehen (§ 8, 5 ff. /Seite 15):

*„Der Notar hat darauf hingewiesen, dass der Erwerber für die Erschließungsbeiträge und Anschlusskosten, soweit diese noch nicht von dem Veräußerer gezahlt worden sind, den Erschließungsträgern als Eigentümer direkt haftet, und dies auch dann, wenn die Erschließungs- und Anschlussmaßnahmen in der Vergangenheit ausgeführt worden sind, aber noch nicht in Rechnung gestellt worden sind oder in Rechnung gestellt, aber noch nicht bezahlt wurden. Der Notar wies weiterhin darauf hin, dass das Risiko besteht, dass der Veräußerer in der näheren oder*

*ferner Zukunft liegenden Zeitpunkt möglicherweise nicht mehr in das Lage ist, dem Erwerber diese Beiträge/Kosten zu erstatten und des weiteren, dass dieses Risiko durch Stellung einer Sicherheit, beispielsweise einer Bankbürgschaft, vermieden werden kann. Der Erwerber verzichtet auf eine solche Sicherheit.“*

Spätestens nach dem Urteil des Bundesgerichtshof vom 17. 01. 2008 (III ZR 136/07) ist klargestellt, dass der Notar der einen Bauträgervertrag beurkundet, in dem der Unternehmer die Erschließungs- und Anschlusskosten übernimmt und in dem – ungeachtet des Umstands, dass diese von der Gemeinde noch nicht festgesetzt worden sind – diese Kosten Bestandteil der nach Herstellung des ersten Bauabschnitts fälligen Abschlagszahlung sein sollen (§ 3 Abs. 2 Nr. 1 MaBV), eine ungesicherte Vorleistung enthält, die eine doppelte Belehrungspflicht des Notars auslöst. Danach hat der Notar nicht nur auf dieses Risiko aufmerksam zu machen; ihn trifft auch die Pflicht, Wege aufzuzeigen, wie diese Risiken vermieden werden können. Dieser doppelten Belehrungspflicht kommt der Notar zunächst nach, stellt aber sogleich formelhaft fest, dass der Erwerber auf eine solche Sicherheit verzichtet. Etwa auf ausdrücklichen Wunsch des Erwerbers?

Dieser formelhafte Ausschluss der Absicherung der ungesicherten Erschließungskosten kann den Erwerber von der Durchsetzung der ihm zustehenden Rechte abhalten. Sie benachteiligt ihn deshalb unangemessen im Sinne von § 307 Abs. 1 BGB.

Wir können den Erwerber nur raten, nicht auf eine Sicherheit in Form einer Bürgschaft zu verzichten.

## **8. Zahlung der Schlussrate vor Fälligkeit**

Im Bauträgervertrag ist folgende Regelung vorgesehen (§ 9, 6 /Seite 19):

*„Sollte bei Übergabe festgestellt werden, dass Restarbeiten ausstehen, und sollte deshalb die Fälligkeit der letzten Rate noch nicht gegeben sein, kann der Veräußerer die Fälligkeit dieser Rate dadurch herbeiführen, dass er dem Erwerber zur Sicherung eines etwaigen Rückzahlungsanspruchs eine selbstschuldnerische Bankbürgschaft gemäß § 7 der Makler- und Bauträger Verordnung (MaBV) zur Verfügung stellt. In diesem Falle wird mit der Übergabe der Bankbürgschaftsurkunde*

*die Erwerbspreisrate vorstehender Nr. 1.4) auf Aufforderung des Veräußerers zur sofortigen Zahlung fällig.“*

Die Regelung ist unzulässig gemäß § 309 Nr. 2 a BGB. Die Klausel sieht vor, dass der Erwerber die Schlussrate vor deren Fälligkeit zu zahlen hat, wenn bei der Abnahme Restarbeiten ausstehen. Der Bauträger soll im Gegenzug dem Erwerber eine Bürgschaft gemäß § 7 MaBV übergeben. Der Bauträger ist bei Stellung einer Bürgschaft gemäß § 7 MaBV nicht berechtigt, Zahlungen für Bauleistungen zu verlangen, die tatsächlich noch nicht erbracht wurden. Dies sieht die Klausel jedoch vor. Der Erwerber soll verpflichtet sein, die vollständige Schlussrate, die erst nach Erbringung sämtlicher Bauleistungen fällig wird, zu zahlen, obwohl feststeht, dass noch Bauleistungen ausstehen. Dem Erwerber steht ein Zurückbehaltungsrecht für die Kosten der erforderlichen Restarbeiten zu. Dieses Zurückbehaltungsrecht wird durch die Klausel ausgeschlossen. Daher ist die Regelung unzulässig.

Unabhängig hiervon bestehen erhebliche Zweifel, ob die Klausel einen Verstoß gegen das Vermischungsverbot für Sicherheiten nach der MaBV darstellt. Dies lässt sich allerdings aufgrund der Formulierung der Klausel nicht zweifelsfrei beurteilen. Die MaBV sieht grundsätzlich zwei unterschiedliche Sicherungsmethoden vor, die der Bauträger auswählen kann. Einerseits kann der Erwerber durch die so genannte Vormerkungslösung gesichert werden, die grundsätzlich für diesen Vertrag gewählt wurde. Alternativ kann der Bauträger gemäß § 7 MaBV eine Absicherung über eine Bürgschaft wählen. Diese Methode unterscheidet sich von der Vormerkungslösung im Ergebnis dadurch, dass der Bauträger nicht die Übereignung des Grundstücks, sondern eine Rückzahlung des Kaufpreises absichert. Wird das Gebäude also nicht vollständig errichtet, würde der Erwerber nicht ein Grundstück mit einem teilweise hergestellten Bauwerk erhalten, sondern er würde geleistete Zahlungen erstattet bekommen. Dabei ist dem Bauträger bei entsprechender vertraglicher Regelung zwar ein Austausch dieser Sicherungsmittel gestattet, jedoch niemals eine Vermischung. Auch wenn die Bauleistung bereits nahezu fertig gestellt ist, muss die Bürgschaft bei einem Wechsel eine Rückzahlung aller geleisteten Kaufpreiszahlungen abdecken. Dies bedeutet für die vorgesehene Klausel, dass sich die zu stellende Bürgschaft in der Höhe nicht auf die Schlussrate beschränken darf, sondern den vollen Kaufpreis umfassen muss. Aus der Klausel lässt sich die Höhe der zu stellenden Bürgschaft nicht entnehmen. Es erscheint jedoch wirtschaftlich als nicht sinnvoll, zu dem vorgesehenen Zeitpunkt noch eine Bürgschaft über den gesamten Kaufpreis zu

stellen. Daher ist zu befürchten, dass dem Erwerber abweichend von den gesetzlichen Vorschriften nur eine Bürgschaft in Höhe der Schlussrate übergeben werden soll.

Die Regelung wäre im Ergebnis nur dann zulässig, wenn der Erwerber nicht verpflichtet würde, die vollständige Schlussrate zu zahlen. Stattdessen müsste die Klausel vorsehen, dass auf Grundlage der im Einzelfall tatsächlich ausstehenden Arbeiten eine neue Schlussrate festgelegt wird. Darüber hinaus müsste der Bauträger eine Bürgschaft in Höhe des gesamten Kaufpreises stellen. Eine solche Regelung wäre angesichts der damit verbundenen Kosten für den Bauträger allerdings kaum interessant.

## 9. Zahlungsverzug des Erwerbers ohne Mahnung

Im Bauträgervertrag ist folgende Regelung vorgesehen (§ 9, 9 /Seite 20):

*„Wenn die Fälligkeitsmitteilung des Notars vorliegt, kommt der Erwerber nach Ablauf einer Frist von zehn Werktagen seit Zugang des jeweiligen Aufforderungsschreibens des Veräußerers zur Leistung einer Abschlagszahlung auch ohne Mahnung in Verzug. Sofern der Veräußerer nicht einen höheren Verzugsschaden nachweist, schuldet der Erwerber den gesetzlichen Verzugszins (§ 288 BGB), der sich auf fünf Prozentpunkte über dem jeweiligen Basiszinssatz (§ 247 BGB) beläuft.“*

Bedenklich ist hier zunächst die Zahlungsfrist von 10 Werktagen. Es stellt sich die berechnete Frage, ob die Frist von 10 Werktagen eine „angemessene Zeit“ im Sinne des § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB darstellt. In der juristischen Literatur wird dies unterschiedlich beurteilt. Dort werden Fristen von 10 bis 30 Tage genannt. In Anbetracht dessen, dass der Erwerber nach Zahlungsaufforderung nicht nur den Bautenstand überprüfen muss, sondern auch die Mangelfreiheit der vertraglichen Leistung, ist die 10-Tages-Frist zu kurz.

Ferner knüpft die obige Regelung an einem unverschuldeten Zahlungsrückstand an, nach der der Erwerber ohne weiteres Verzugszinsen zu zahlen hat, falls er die Leistung nicht bis zu einem bestimmten Termin erbringt. Hier wird das Erfordernis des Verschuldens nach § 286 Abs. 4 BGB abgedungen. Das Verschuldenserfordernis für den Verzug stellt aber einen

wesentlichen Grundgedanken des Verzugs dar, so dass seine Abbedingung gegen § 307 Abs. 2 BGB verstoßen würde.

Nach § 288 BGB ist eine Geldschuld während des Verzugs mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen, wenn ein Verbraucher beteiligt ist. Die obige Klausel sieht darüber hinaus vor, dass der Veräußerer einen höheren Schaden nachweisen kann. Sicherlich hat der Bauträger immer die Möglichkeit einen höheren Schaden nachzuweisen, wenn er es darauf anlegt. Der Text könnte insoweit die Qualität eines pauschalierten Schadensersatzes oder gar die einer Vertragsstrafe haben, der/die jedenfalls den Anforderungen des § 309 Nr. 5 BGB bzw. § 309 Nr. 6 BGB genügen muss. Jedenfalls ist eine Vertragsstrafe zugunsten des Bauträgers nicht zulässig (§ 309 Nr. 6 BGB). Dies könnte aber erst beurteilt werden, wenn der Fall eintritt.

## **10. Löschung der Vormerkung ohne ausreichende Absicherung von Rückzahlungen bei Rücktritt**

Im Bauträgervertrag ist folgende Regelung vorgesehen (§ 10, 3.1. /Seite 21):

*„Ich bewillige und beantrage die Löschung der vorbewilligten Auflassungsvormerkung im Grundbuch unter der einzigen Bedingung, dass der Löschantrag nur von dem amtierenden Notar, seinem Vertreter oder Nachfolger im Amt gestellt wird.“*

Die Regelung ist für den Erwerber nachteilig und gefährlich, da im Fall eines Rücktritts die Vormerkung gelöscht werden soll, ohne dass die Rückzahlung bereits gezahlter Kaufpreisraten gesichert ist. Der Erwerber ist nur Zug um Zug gegen Rückzahlung der von ihm bereits geleisteten Kaufpreiszahlungen verpflichtet, die Löschung der Vormerkung zu veranlassen. Der Vertrag sieht jedoch vor, dass der Erwerber die Löschung der Vormerkung für den Fall eines Rücktritts bereits im Vorfeld beantragen und bewilligen soll, ohne dass eine entsprechende Rückzahlung berücksichtigt wird. Hieraus ergibt sich die Gefahr, dass der Erwerber den Schutz der Vormerkung verliert, gezahltes Geld aber nicht zurück bekommt.

## **11. Keine verbindliche Fertigstellungsfrist, Nachfrist für Schadensersatz erforderlich**

Im Bauträgervertrag ist folgende Regelung vorgesehen (§ 11, 1. /Seite 22):

*„Der Termin für die Bezugsfertigkeit des Erwerbsgegenstandes ist voraussichtlich der ..... In jedem Fall hat der Erwerber dem Veräußerer zur Erfüllung eine angemessene Nachfrist, mindestens eine solche von vier Wochen, zu setzen. Vor Ablauf dieser Nachfrist gerät der Veräußerer mit seiner Leistung nicht in Verzug.“*

Die Regelung ist für Erwerber nachteilig und entspricht nicht der üblichen Vertragsgestaltung. Mit der Klausel wird kein verbindlicher Termin für die Fertigstellung des Hauses festgelegt. Es wird lediglich schwammig ein Termin vorgesehen, zu dem die Bezugsfertigkeit voraussichtlich gegeben sein soll. Üblich ist dagegen die Vorgabe eines verbindlichen Termins, für die Bezugsfertigkeit bzw. vollständigen Fertigstellung. Die Erwerber haben ein erhebliches Interesse daran, frühzeitig den Termin zu kennen, zu dem sie einziehen können. Häufig muss der Umzug langfristig geplant werden. Beispielsweise müssen Kündigungsfristen für Mietverträge beachtet werden. Eine entsprechende Planung kann ohne verbindlichen Termin praktisch nicht erfolgen, da der Erwerber das Risiko eingehen würde, erhebliche Kosten für eine kurzfristige Unterkunft und die Einlagerung ihrer Inventare etc. selbst tragen muss.

Die Klausel sieht jedoch nicht nur keinen verbindlichen Termin vor, der Erwerber muss darüber hinaus auch noch selbst tätig werden, um den Bauträger in Verzug zu setzen. Der Erwerber muss dem Bauträger nach Überschreitung des angestrebten Termins noch eine Nachfrist von mindestens vier Wochen setzen. Vorher stehen ihm keinerlei Schadensersatzansprüche für die Verzögerung zu. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass der Bauträger bei Fristüberschreitung zunächst den Erwerber mit Versprechungen vertrösten wird, nachdem der Bau ja schon fast fertig ist und eine Bezugsfertigkeit bald erreicht wird. Hieraus ergibt sich die Gefahr, dass der Erwerber auf diese Aussagen vertraut und zunächst auf eine Nachfristsetzung verzichtet. Entsprechend würde sich ein Verzug des Bauträgers weiter verschieben.

Die Regelung ist auch in keiner Weise sachlich nachvollziehbar. Ein seriöser Bauträger muss zum Zeitpunkt des Verkaufs sein Vorhaben auch zeitlich soweit geplant haben, dass er einen Termin nennen kann, zu dem der Bau spätestens fertig gestellt ist. Letztendlich bestimmt der Bauträger selbst diesen

Termin und kann dabei einen ausreichenden Sicherheitsspielraum berücksichtigen. Kann er diesen Termin aufgrund seines eigenen Verschuldens nicht einhalten, muss er auch für die Folgen haften. Ein Bauträger würde entsprechend auch keine Klausel akzeptieren, nach der der Erwerber eine fristgerechte Zahlung nur anstrebt und entsprechende Verzugsansprüche nur nach Ablauf einer Nachfrist bestehen.

## 12. Verlängerung des Bezugfertigkeitstermins

Im Bauträgervertrag ist folgende Regelung vorgesehen (§ 11, 3. /Seite 22):

*„Der in Ziffer (1) genannte Termin verlängert sich um den Zeitraum,*

- *in dem sich der Erwerber mit fälligen Erwerbspreistraten in Verzug befindet;*
- *in dem der Veräußerer durch Umstände, die er nicht zu vertreten hat, nicht oder nur unter nicht vertretbaren Umständen weiterbauen kann, z. B. Streik im Bau- und Baunebengewerbe, Aussperrung, Schlechtwetter, Feuer, Wasser- und Sturmschäden oder sonstige höhere Gewalt;*
- *durch evtl. nach Vertragsabschluss vom Erwerber geäußerte Sonderwünsche.“*

In jedem Bauträgervertrag werden Verlängerungsklauseln vom Bauträger vorgegeben. Eine Verlängerung wegen Behinderung kann insbesondere dann vorliegen, wenn die Behinderung auf die Ausführung von Sonderwünschen des Erwerbers zurückzuführen ist.

Fraglich ist hier zunächst, ob eine Bauverzögerung durch Streik im Bau- und Baunebengewerbe sowie Aussperrung vorliegen kann, die eine Verlängerung der Bauzeit rechtfertigt. Nach der obigen Formulierung kann jeder Streik oder jede Aussperrung im Bau- und Baunebengewerbe zu einer Bauzeitverlängerung führen. Wir halten diese Formulierung für zu unbestimmt, weil Streik und Aussperrung den Betrieb des Bauträgers oder einen unmittelbar für ihn arbeitenden Betrieb betreffen und die Zeitstörung bewirken muss. Diese Einschränkung gibt die Klausel nicht her. Sie entspricht nicht den Klarheits- und

Verständnisgebot, somit nicht dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Gleiches gilt für die Schlechtwetterregelung. Auch diese muss sich an dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 2 Satz 1 BGB messen lassen. Die Formulierung stellt lediglich auf Schlechtwettertage ab, ohne die weiteren Voraussetzungen zu konkretisieren. Der floskelhaften Formulierung fehlt die erforderliche Transparenz.

Die weiteren Tatbestandsmerkmale, wie Feuer, Wasser- und Sturmschäden oder sonstige höhere Gewalt, sind nur dann erfüllt, wenn das Ereignis objektiv unabhängig von der konkreten Situation des betroffenen Bauträgers unvorhersehbar und unvermeidbar war. Ein Fall höherer Gewalt liegt vor, wenn ein von außen einwirkendes und objektiv unabwendbares Ereignis eingetreten ist. Im Unterschied zu dem Tatbestandsmerkmal der höheren Gewalt umfasst das unabwendbare Ereignis auch unvorhersehbare Ereignisse. Notwendige, allerdings nicht hinreichende Voraussetzung eines unabwendbaren Ereignisses ist es, dass der Bauträger das Ereignis nicht zu vertreten hat. Höhere Gewalt und unvorhersehbare Ereignisse scheiden aus, wenn auch nur das geringste Verschulden bei der Entstehung eine Rolle gespielt hat, also wenn das Ereignis für den Bauträger vermeidbar gewesen wäre.

Weiterhin soll beim verschuldensunabhängigen Verzug der Termin zur Bezugsfertigkeit verlängert werden. Diese Regelung beschneidet das Leistungsverweigerungsrecht des Erwerbers. Wir sehen hier ein Verstoß gegen § 309 Nr. 2 BGB.

Der Erwerber als Verbraucher kann den Sinn und die Tragweite dieser Regelung samt ihrer Folgen nicht durchschauen. Dies weiß auch der Bauträger, mit seiner langjährigen Erfahrung im Baugeschäft. Wir müssen davon ausgehen, dass die gesamte Regelung bewusst streitbar aufgebaut wurde, um Erwerber von der Geltendmachung und Durchsetzung bestehender Rechte abzuhalten. Dies ist bedauerlicherweise ständige Praxis im Bauträrgeschäft.

**13. Bei Abnahme müssen sichtbare Mängel gerügt werden. Es wird nicht darauf abgestellt, dass der Erwerber Mängel tatsächlich erkannt hat**

Im Bauträgervertrag ist folgende Regelung vorgesehen (§ 12, 1.2. /Seite 24):

*„Zum Zwecke der Abnahme sind die Vertragsparteien verpflichtet, das Vertragsobjekt gemeinsam zu besichtigen und etwaige sichtbare Mängel und ausstehende Leistungen in einem Abnahmeprotokoll festzuhalten...“*

Die Regelung ist problematisch, da sie vorsieht, dass im Abnahmeprotokoll sichtbare Mängel festzuhalten sind. Dies entspricht nicht dem Grundgedanken der Abnahme. Im Abnahmetermin soll der Erwerber die ihm gekannten Mängel anzeigen. Sind dem Erwerber Mängel bekannt und rügt er diese dennoch nicht bei Abnahme, kann er entsprechende Gewährleistungsansprüche verlieren. Entsprechend müssen in das Abnahmeprotokoll nicht die sichtbaren Mängel aufgenommen werden, sondern nur die dem Erwerber bekannten Mängel. Aus der vorgesehenen Regelung ergibt sich die Gefahr, dass der Bauträger nach der Abnahme die Beseitigung von Mängeln mit der Begründung verweigert, diese seien sichtbar und für den Erwerber erkennbar gewesen.

#### **14. Abnahme durch einzelnen Erwerber**

Im Bauträgervertrag ist folgende Regelung vorgesehen (§ 12, 1. /Seite 24):

*„Hinsichtlich des Sonder- und Gemeinschaftseigentumes findet eine Abnahme entsprechend § 640 BGB statt. Die Abnahme des Sondereigentums und des Gemeinschaftseigentums, soweit dieses sich ausschließlich im Bereich des Sondereigentums des Erwerbers befindet und allein durch diesen instandzuhalten, instandzusetzen und zu erneuern ist oder allein dem Erwerber zur Sondernutzung zugewiesen ist, hat nach Bezugsfertigkeit des Erwerbsgegenstandes durch die Vertragsparteien zu erfolgen. Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden.“*

Diese Klausel ist so zu verstehen, dass die Bereiche des Gemeinschaftseigentums, die im Bereich des Sondernutzungsrechts der einzelnen Erwerber liegen, ausschließlich von dem jeweiligen Berechtigten abgenommen werden sollen. Dies ist problematisch. Die Regelung führt dazu, dass die Erwerber jeweils für einen erheblichen Teil des Gemeinschaftseigentums überhaupt keine Abnahme erklären. Ob die Abnahme durch den jeweiligen Sondernutzungsberechtigten den übrigen Erwerbern zugerechnet werden kann, erscheint jedenfalls äußerst fraglich. Angesichts der

Bedeutung der Abnahme ergibt sich hieraus eine umfangreiche rechtliche Unsicherheit und ein entsprechendes Streitpotential.

## 15. Abnahmefiktion bei Bezug

Im Bauträgervertrag ist folgende Regelung vorgesehen (§ 12, 1.4./Seiten 24/25):

*„Vor Übergabe und Zahlung der fälligen Abschlagszahlungen darf der Erwerber das Vertragsobjekt ohne Einwilligung des Veräußerers nicht beziehen oder anderweitig in Besitz nehmen. Der Abnahme steht es gleich, wenn der Erwerber hiergegen verstößt.“*

Diese Regelung ist unzulässig gemäß § 308 Nr. 5 BGB. Die Klausel sieht vor, dass das Bauwerk als abgenommen gilt, wenn der Erwerber ohne Einverständnis des Bauträgers einzieht. Mit dem Einzug wird entsprechend die Erklärung der Abnahme fingiert. Eine solche fingierte Erklärung ist nur dann zulässig, wenn dem Erwerber in der Vertragsklausel eine Frist für eine ausdrückliche Erklärung eingeräumt wird und der Bauträger sich verpflichtet, bei Beginn der Frist auf die Rechtsfolgen hinzuweisen. Beides sieht die Klausel nicht vor.

In einem Einzug kann auch nicht zwingend eine so genannte konkludente Abnahme gesehen werden. Dies würde ein Verhalten des Erwerbers voraussetzen, aus dem sich ergibt, dass er das Bauwerk als vertragsgerecht hergestellt entgegennimmt. Eine solche stillschweigende Erklärung kann beispielsweise angenommen werden, wenn der Erwerber eine Schlussrechnung ohne Vorbehalt zahlt oder auch wenn er das Gebäude ohne Vorbehalt über einen längeren Zeitraum hinweg nutzt. Die vorgesehene Klausel würde jedoch auch Fälle umfassen, in denen der Erwerber beispielsweise eine Abnahme aufgrund wesentlicher Mängel berechtigt verweigert hat und dennoch in das Haus einzieht. Unter Umständen kann der Erwerber zu einem solchen Schritt sogar verpflichtet sein. Verzögert sich die Fertigstellung durch Mängel, stehen dem Erwerber grundsätzlich Schadensersatzansprüche zu, die ihm durch die Verzögerung entstehen. Der Erwerber ist jedoch im Rahmen einer so genannten Schadensminderungspflicht gehalten, die entstehenden Kosten

niedrig zu halten. Hieraus kann sich eine Pflicht ergeben, in das Haus einzuziehen, um beispielsweise Hotelkosten zu vermeiden. Es wäre widersinnig, wenn sich unmittelbar aus einem solchen Einzug die Rechtsfolgen einer Abnahme ergeben würden, nachdem der Erwerber die Abnahme ausdrücklich und zu Recht verweigert hat. Gerade diese Folge sieht die Klausel jedoch vor.

## 16. Schiedsgutachter

Im Bauträgervertrag ist folgende Regelung vorgesehen (§ 12, 1.6. /Seite 25):

*„Haben die Parteien unterschiedliche Ansichten über das Vorhandensein und den Umfang von Mängeln, so einigen sich die Parteien schon jetzt darauf, dass ein Sachverständiger einer Industrie- und Handelskammer als Gutachter mit der Klärung beauftragt wird, ob ein Mangel vorliegt, und -soweit erforderlich- wie ein Mangel zu beseitigen ist. Die Kosten hierfür hat die Partei zu tragen, zu deren Nachteil das Gutachten ausfällt; ggf. sind die Kosten zu quoteln.“*

Die Regelung ist unzulässig gemäß § 307 BGB. Bei der Klausel handelt es sich um eine so genannte obligatorische Schiedsgutachterklausel. Sie sieht vor, dass im Fall von Streitigkeiten über Mängel zunächst ein Schiedsgutachter beauftragt werden soll. Für den Erwerber ist dies so zu verstehen, dass ein Weg zu ordentlichen Gerichten jedenfalls vor Durchführung dieses Verfahrens ausgeschlossen ist. Bereits dies hat eine Erschwerung der Möglichkeit, Rechtsmittel bei Gericht einzulegen im Sinne der Nr. 1 q des Anhangs zu Art. 3 Abs. 3 der europäischen Klauselrichtlinie zur Folge. Einerseits wird durch das vorgeschaltete Verfahren die Möglichkeit, Klage zu erheben, verzögert. Andererseits entsteht ein zusätzliches Kostenrisiko. Weiterhin ergibt sich die Gefahr, dass der Sachverständige zu einem falschen Ergebnis kommt und der Erwerber in der Folge aufgrund einer fehlerhaften Einschätzung seiner Prozessaussichten von einer Klage absieht. Dieses Risiko besteht, weil ein einzelner technischer Gutachter bewerten soll, ob ein Mangel vorliegt und wie dieser beseitigt wird. Neben der technischen Bewertung sind hierfür umfangreiche juristische Fragestellungen zu klären. Beispielsweise muss der Vertrag dahingehend ausgelegt werden, welche Leistung überhaupt geschuldet ist und welche Rechte sich bei Vertragsverletzungen ergeben. Ein technischer Sachverständiger ist aufgrund fehlender juristischer Ausbildung jedoch nicht in der Lage, diese Punkte kompetent zu bewerten. Entsprechend zeigt die Praxis,

dass in diesem Bereich sehr häufig falsche Einschätzungen abgegeben werden. Ebenso zeigt die Praxis, dass viele Erwerber auf derartige Gutachten vertrauen und auf Ansprüche verzichten.

Der Sinn einer solchen Regelung ist unabhängig von der Unzulässigkeit schon deshalb zweifelhaft, weil die Entscheidung des Gutachters nicht verbindlich sein darf. Auch ein für den Erwerber positives Gutachten würde daher bei der Durchsetzung von Ansprüchen nicht weiterhelfen, da der Bauträger das Gutachten nicht zu akzeptieren braucht.

### **17. Abnahme Gemeinschaftseigentum durch vom Bauträger bezahlten Gutachter**

Im Bauträgervertrag ist folgende Regelung vorgesehen (§ 12, 2. f. /Seite 25):

*„Die Abnahme des übrigen Gemeinschaftseigentums erfolgt durch einen vom Veräußerer zu beauftragenden öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen, der auch die Behebung etwaiger, bei der Abnahme festgestellter, Mängel bestätigt. Der Sachverständige ist durch eine Industrie- und Handelskammer zu bestimmen. Der Sachverständige hat dem Erwerber Gelegenheit zur Anhörung zu geben.“*

*„Der Erwerber erteilt dem zu bestellenden Sachverständigen zu vorstehender Abnahme und Bestätigung hiermit ausdrücklich Vollmacht. Soweit eine Abnahme bereits erfolgt ist, erkennt er die Feststellungen und Bestätigungen des Sachverständigen hiermit an. Der Veräußerer erklärt, dass eine Abnahme bisher nicht stattgefunden hat.“*

Die Regelung ist unzulässig und kann zu erheblichen Nachteilen für Erwerber führen. Die Erklärung der Abnahme stellt ein wichtiges Recht des Erwerbers dar. Klauseln, die das Recht des einzelnen Erwerbers, die Abnahme persönlich zu erklären, einschränken oder ausschließen, sind in der Regel unzulässig. Nach der vorgesehenen Regelung soll der Erwerber einen noch nicht bestimmten Sachverständigen bevollmächtigen, für ihn die Abnahme des Gemeinschaftseigentums zu erklären. Eine solche Vollmacht ist zwar widerruflich, es besteht jedoch die Gefahr, dass Erwerber die Regelung so verstehen, dass Sie von einer Teilnahme an der Abnahme ausgeschlossen werden. Die Klausel enthält weder einen Hinweis darauf, dass der Erwerber die Vollmacht widerrufen kann, noch darauf, dass er berechtigt bleibt, die Abnahme

selbst zu erklären. Hierin ist ein Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB zu sehen.

Weiterhin sind jedenfalls Klauseln unzulässig, nach denen das Gemeinschaftseigentum von einem durch den Bauträger bestimmten und beauftragten Sachverständigen abgenommen wird. Ein solcher Sachverständiger stellt natürlich keine neutrale Person dar. Nach der vorgesehenen Regelung soll der Sachverständige zwar von einer neutralen Stelle bestimmt werden, jedoch wird dieser vom Bauträger beauftragt und bezahlt. Auch aus einer solchen Regelung ergibt sich das Risiko einer Interessenkollision bei dem Sachverständigen. Einerseits soll er bei der Abnahme die Interessen der Erwerber wahrnehmen, andererseits kann er sich seinem Auftraggeber verpflichtet sehen. Daraus ergibt sich die Gefahr, dass der Sachverständige bei problematischen Punkten nicht ausschließlich im Sinne der Erwerber handelt.

Unabhängig hiervon ist die Klausel äußerst problematisch, weil sie vorsieht, dass ein Sachverständiger die rechtsgeschäftliche Abnahme erklären soll. Derartige Klauseln sind keinesfalls üblich. Für den Sachverständigen ergibt sich ein erhebliches Haftungsrisiko für den Fall, dass er bei der Abnahme schuldhaft Mängel übersieht oder es unterlässt, Vorbehalte im Hinblick auf Mängelansprüche oder mögliche Vertragsstrafen zu erklären. Es ist daher äußerst fraglich, ob sich überhaupt ein Sachverständiger finden lässt, der bereit ist, dieses Risiko auf sich zu nehmen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass auch im Fall der Abnahme ein rein technisch ausgebildeter Sachverständiger in der Regel nicht ausreichend qualifiziert ist, um eine notwendige juristische Bewertung vorzunehmen. Hieraus ergibt sich für die Erwerber die Gefahr, dass sie Ansprüche verlieren bzw. auf die Geltendmachung verzichten, weil sie auf das möglicherweise falsche Urteil des Sachverständigen vertrauen.

Interessengerecht wäre insofern eine Regelung, nach der die Erwerber selbst die Abnahme auch des Gemeinschaftseigentums erklären. Dies dürfte angesichts der relativ geringen Anzahl potentieller Erwerber auch unproblematisch umsetzbar sein. Der Sachverständige könnte die Erwerber im Rahmen der Abnahme bei der technischen Beurteilung unterstützen.

## **18. Gewährleistungsausschluss / Baustoff Holz**

Im Bauträgervertrag ist folgende Regelung vorgesehen (§ 14, 5. (3) /Seite 28):

*„Bei Verwendung von Holz ist Verdrehen und Rissebildung, da natürlicher Baustoff, nicht auszuschließen. Dies stellt grundsätzlich keinen Sachmangel dar.“*

Dieser partielle Gewährleistungsausschluss verstößt gegen § 308 Nr. 8 b) aa) BGB und ist daher unwirksam. Wenn man bedenkt, dass nach der Bauleistungsbeschreibung die Außenwände und Innenwände (Trennwände sind nicht beschrieben) als Holzrahmenfachwerk aus kammergetrockneten und gehobelten Hölzern gefertigt werden sollen, ist davon auszugehen, dass Bewegungen in derartig zusammengesetzten vorgefertigten Gebäudeteilen entstehen. Zu den Bewegungen kommen Schwindspannungen, denn Kantholz schwindet, auch wenn es kammergetrocknet ist. Das Schwinden ist weder zeitlich noch technisch beeinflussbar. Dies kann zu Fehlstellungen der Gipskarton-Bekleidungen führen und damit zum Versagen der Luftdichtheitsschicht. Dies wiederum kann dann, meist unbemerkt nach vielen Jahren, zu Bauschäden führen.

Das Holz ein natürlicher Baustoff ist, wissen wir alle. Darüber brauchen wir nicht vom Notar aufgeklärt werden. Der Erwerber will ja auch nicht lediglich Kanthölzer kaufen, sondern ein aus Fertigbauteilen bestehendes Gesamtwerk – ein Reihenhaus.

## **19. Abtretung der Darlehensansprüche an den Bauträger**

Im Bauträgervertrag ist folgende Regelung vorgesehen (§ 19, 2/Seite 34):

*„Der Erwerber tritt hiermit alle Ansprüche auf Auszahlung abzusichernder Darlehen an den Veräußerer ab und weist seine Darlehensgeber unwiderruflich an, die Darlehensvaluten in Höhe des Erwerbspreises zzgl. eventueller Sonderwünsche zu den Fälligkeitsterminen nur an den Veräußerer zu überweisen, sofern in der Freistellungserklärung der Gläubiger der in Abteilung III des Grundbuches gegebenenfalls eingetragenen und vom Erwerber nicht zu übernehmenden Grundpfandrechte keine andere Zahlstelle angegeben wird. Auf die Abtretung und die unwiderrufliche Zahlungsanweisung ist in der Grundpfandrechtsbestellungsurkunde nochmals gesondert hinzuweisen.“*

Der Erwerber kann den Kaufpreis regelmäßig nur dadurch aufbringen, indem er diesen fremdfinanziert; meist durch ein Darlehen eines Kreditinstituts. Die Kreditinstitute sind jedoch nur dann bereit, ein Darlehen zu gewähren, wenn ihnen im Gegenzug Grundpfandrechte am Vertragsobjekt eingeräumt werden. Vor Eigentumsumschreibung auf den Erwerber, muss der Bauträger als Eigentümer mitwirken und deren Eintragung im Grundbuch bewilligen.

Beim Bauträger ist häufig der zu verkaufende Grundstücksbestand mit einer Globalgrundschuld belastet, welche die Forderungen der finanzierenden Bank des Bauträgers absichert. Im vorliegenden Bauträgervertrag (§ 1 Nr. 2 / S. 4) wird das Grundbuch in Abteilung III mit den *„...der vorgesehenen Bebauung durch den Veräußerer dienenden Grundpfandrechten belastet sein.“*

Die obige Regelung sagt zunächst aus, dass der Erwerber seine Ansprüche auf Auszahlung des Darlehens an den Veräußerer abtritt und seinen Darlehensgeber unwiderruflich anweist, dass die Zahlungen in Höhe des Erwerbspreises zzgl. eventueller Sonderwünsche zu den Fälligkeitsterminen nur an den Veräußerer zu überweisen sind. Allein eine solche Regelung ist mit erheblichen Risiken für den Erwerber verbunden, weil dieser nicht gegen eine mögliche Pfändung des Kaufpreisanspruchs oder einer anderweitigen Abtretung durch den Bauträger geschützt ist.

In der obigen Regelung heißt es aber weiter: *„...sofern in der Freistellungserklärung der Gläubiger in Abteilung III des Grundbuches gegebenenfalls eingetragen und vom Erwerber nicht zu übernehmen den Grundpfandrechte keine andere Zahlstelle angegeben wird...“*

Hier ist absolute Vorsicht geboten: Regelmäßig enthält die Freistellungserklärung der Globalgläubigerin (Kreditinstitut des Bauträgers) die Bedingung einer Abtretung des Zahlungsanspruches des Bauträgers und/oder eine Zahlstellenklausel, wie in der obigen Regelung auch erwähnt. Aus der Freistellungserklärung erwirbt der Erwerber einen direkten schuldrechtlichen Anspruch gegen die Globalgläubigerin auf Freistellung von dem Grundpfandrecht. Die vorliegende Regelung sieht die „eventuelle“ Abtretung der Zahlungsansprüche des Bauträgers an dem bauträgerfinanzierenden Kreditinstitut vor. Die Globalgläubigerin kann also aufgrund der eventuellen Abtretung durch den Bauträger auch Gläubigerin der Kaufpreisansprüche werden. Wir gehen davon aus, dass eine Abtretung erfolgen wird, weil dies die gängige Praxis im Bauträgergeschäft ist.

Für den Erwerber kann die weitere Abtretung zum finanziellen Fiasko werden, wenn die Kontoverbindungen auf dem der Erwerber einzahlen soll, nicht mit dem im Bauträgervertrag und in der Freistellungserklärung genannten übereinstimmt. Zahlungen auf das falsche Konto haben keine schuldbefreiende Wirkung; das Kreditinstitut wäre zur Lastenfreistellung nicht verpflichtet. Wenn der Erwerber also auf das falsche Konto überweist, kann er die Freistellung nur erlangen, wenn er die Kaufpreisrate oder den Kaufpreis an den wahren Gläubiger nochmals leistet.

Hinweis:

Eine Alternative zur Abtretung wäre eine treuhänderische Zweckbindung der Kaufpreisforderung zur Ablösung des Grundpfandrechts. Diese kann, unter bestimmten Voraussetzungen, zumindest vor Pfändungsgläubiger schützen.

**20. Unwirksame Bestimmungen durch sinnentsprechende gültige Vereinbarungen zu ersetzen**

Im Bauträgervertrag ist folgende Regelung vorgesehen (§ 23 /Seite 37):

*„Die Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen lässt die Wirksamkeit des Vertrages insgesamt unberührt. Die Vertragsparteien verpflichten sich, etwa unwirksame Bestimmungen durch sinnentsprechende gültige Vereinbarungen zu ersetzen.“*

Der zweite Satz der Klausel ist unzulässig gemäß § 307 BGB. Die Klausel erfasst auch Vertragsbestimmungen, die nach den §§ 305 ff. BGB unzulässig sind. Nach § 306 BGB sind derartige Klauseln zwingend durch die gesetzlichen Vorschriften zu ersetzen, von denen abgewichen werden sollte. Die Klausel wäre auch keinesfalls interessengerecht. Vertragsklauseln sind nach den Bestimmungen der §§ 305 ff. BGB unzulässig, weil sie den Erwerber unzumutbar benachteiligen. Es wäre widersinnig, wenn der Erwerber sich in diesem Fall verpflichten soll, an einer Regelung mitzuwirken, die ihn möglichst genau so stark benachteiligt. Im Ergebnis würde die Regelung eine geltungserhaltende Reduktion unzulässiger Klauseln, also ein Herabführen auf ein gerade noch zulässiges Maß, bedeuten. Dies soll nach dem Willen des Gesetzgebers jedoch gerade ausgeschlossen sein.

### III. Baubeschreibung / Strom- und Wärmeliefervertrag

#### 1. Bau- und Leistungsbeschreibung

Der Sinn einer Baubeschreibung liegt darin, dem Interessenten die Möglichkeit zu geben, die Leistung des Bauträgers bewerten zu können. Dafür muss die Leistung natürlich so genau beschrieben werden, dass der Erwerber erkennen kann, was er für sein Geld bekommt. Diese Anforderungen erfüllt die Baubeschreibung des IKEA-Hauses nicht. Die Bewertung der Bauleistung wird zudem dadurch erschwert, dass in Werbeprospekten Angaben gemacht werden, die sich in der Baubeschreibung nicht wieder finden. Während im Verkaufsprospekt unter dem Motto *„Lass dich überraschen – aber nicht von deinem Haus!“* positive Eigenschaften des IKEA-Hauses herausgestellt werden, sind in der gerade einmal fünf Seiten starken Baubeschreibung zu diesen Punkten teilweise überhaupt keine Angaben enthalten. Teilweise weicht die Baubeschreibung sogar ausdrücklich negativ von den Werbeaussagen ab. Dies gilt insbesondere für den vorgesehenen Schallschutz. Während in dem Verkaufsprospekt damit geworben wird, dass die Gebäudetrennwände die Schallschutzanforderungen nach DIN 4109 Beiblatt 2 erfüllen, ist hiervon in der Baubeschreibung keine Rede mehr. Hier heißt es unter dem Punkt „Allgemeines“ lediglich: *„Hinsichtlich des Schallschutzes werden die Mindestanforderungen nach DIN 4109 in der derzeitigen Fassung 1989 erfüllt.“* Die Formulierung mag ähnlich klingen. Es ergeben sich jedoch gravierende Unterschiede. Nach dem Inhalt der DIN 4109 sollen die Anforderungen für den nach der Baubeschreibung vorgesehenen Mindestschallschutz dazu dienen, *„Menschen in Aufenthaltsräumen vor unzumutbaren Belästigungen durch Schallübertragung zu schützen“*. Entsprechend ist für Haustrennwände lediglich ein Wert von 57 dB vorgegeben. Die DIN 4109 gibt insoweit nur einen Minimalschutz vor unerträglichen Lärmbelästigungen vor. Dabei ist anerkannt, dass dieser Mindestschallschutz dem heutigen Standard und den Erwartungen der Erwerber insbesondere bei Reihenanlagen nicht mehr entspricht. Deutlich besser sind hier die Vorgaben nach dem Beiblatt 2 zur DIN 4109, das Vorschläge für einen erhöhten Schallschutz *„zum Schutz gegen Schallübertragung aus einem fremden Wohn- und Arbeitsbereich“* enthält. Hiernach ist für Gebäudetrennwände ein Wert von mindestens 67 dB vorgegeben. Dieser Wert soll allerdings nur nach dem Werbeprospekt erfüllt werden, nicht nach den vertraglichen Angaben. Insofern hält hier auch das

Haus evtl. einige Überraschungen für die Erwerber bereit, da die Prospekthaftung im Bauträgervertrag weit und breit ausgeschlossen ist.

Die Außenwände verfügen über keine Installationsebene. Das heißt, das nach der (von innen gesehen) 18 mm Gipskartonplatte keinerlei Schutz zur PE-Folie als Dampfdiffusionsbremse besteht. Es ist also kaum möglich eine nachträgliche Installation an den Außenwänden vorzunehmen, die tiefer als 18 mm geht, da ansonsten die PE-Folie beschädigt werden könnte und die Beschädigung zwangsläufig zu erheblichen Bauschäden führen kann. Also: Keine Schrauben, keine Nägel, keine zusätzlichen Steckdosen. Noch ein weiteres Manko: Die Trennwände sind hinsichtlich des Aufbaus nicht beschrieben. Wir gehen davon aus, dass diese ähnlich aufgebaut sind. Wie gehabt: „Planung ersetzt Zufall durch Irrtum“. Oder auch: „Nichtplanung ersetzt Irrtum durch Zufall“.

Ähnlich spannend ist die Frage, welche Rollläden der Käufer erhält. Während im Verkaufsprospekt ausdrücklich auf die „Ausstattung mit Alu-Rollläden statt der üblichen Kunststoff-Rollläden“ hingewiesen wird, ist in der Baubeschreibung nur noch von „lichtgrauen Rollladenpanzern“ die Rede. Noch spannender wird es bei den Fenstern. Während die Werbeunterlagen für die Häuser im Baugebiet „An den Eichen“ in Offenbach ausführt, der U-Wert der Fenster (also der  $U_w$ -Wert des gesamten Fensters) liege bei  $0,76 \text{ W}/(\text{m}^2\text{K})$ , gilt dies nach dem Werbeprospekt für das Projekt in Wiesbaden –Auringen offenbar nur noch für das Fensterglas. Angaben zum Rahmen fehlen dagegen. Die entscheidende Baubeschreibung, die dieses Rätsel auflösen könnte, enthält auch hierzu leider keinerlei Angaben. Hiernach ist lediglich irgendein weißes Kunststofffenster mit wärmegeprägten Profilen und 3-Scheiben-Wärmeschutzverglasung ohne weitere Spezifizierung geschuldet.

## 2. Strom- und Wärmeliefervertrag

Genau so vage gehalten sind die Angaben dazu, wie das Haus mit Wärme und Strom versorgt wird. Die Angaben in der Baubeschreibung beschränken sich darauf, dass eine Technikzentrale errichtet wird, die – wie auch immer – Wärme und Strom erzeugt. Ein wenig mehr Erleuchtung bringen hier die Angaben aus dem Versorgungsvertrag, den der Bauträger bereits mit dem „Contractor“ evb mbh geschlossen hat und in den die Erwerber eintreten müssen. Mit diesem Vertrag verpflichten sich die Erwerber über einen Zeitraum

von mindestens 15 Jahren Energie zu beziehen. Nach Ablauf dieser Zeit dürfen die Erwerber die Anlage gegen Zahlung von immerhin 35.000,00 € übernehmen. Ob die 15 Jahre alte Anlage noch einen Wert hat, ist angesichts der Entwicklungen eher zu verneinen. Hier stellt sich auch die Frage, wie hoch ist eigentlich der Ausgangswert.

Die Zulässigkeit einer derart langen Vertragslaufzeit ist jedenfalls äußerst zweifelhaft. Sollte es sich bei der Energieversorgung um Fernwärme im Sinne der AVB FernwärmeV handeln, beträgt die Laufzeit von Versorgungsverträgen 10 Jahre. Wenn es sich nicht um Fernwärme im Sinne der AVB FernwärmeV handelt, würde der Vertrag der Inhaltskontrolle des § 309 Nr. 9 a) BGB unterliegen, dann wäre eine länger als 2 Jahre bindende Laufzeit des Vertrages unzulässig.

Die Anlage, die nicht von den Erwerbern, sondern von evb betrieben wird, besteht aus einem Biomasse-Pelletkessel, einer Brennwert-Kesselanlage, einem BHKW, das elektrische und thermische Energie erzeugt sowie aus einer Luft-Wasser-Wärmepumpe. Dies könnte einen interessanten Mix darstellen, der einerseits zu günstigen Preisen führen könnte und andererseits durch die Komponenten Pelletkessel und Wärmepumpe eine gewisse Unabhängigkeit von der Entwicklung des Erdöl- bzw. Erdgaspreises bringen könnte. Befremdlich ist allerdings, dass der Vertrag zum Teil deutlich höhere Preise vorsieht, als die Angebote von sonstigen Strom- und Erdgasanbietern. Noch befremdlicher ist, dass der Vertrag im Hinblick auf die Kosten der Wärmeversorgung eine Preiserhöhungsklausel vorsieht, die an den Preis für leichtes Heizöl anknüpft.