

# **Abschlussbericht**

der

## **Arbeitsgruppe Bau trägervertragsrecht**

beim

### **Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz**

vom 19. Juni 2019

# Inhaltsverzeichnis

<b>A. Einleitung.....</b>	<b>3</b>
<b>I. Auftrag und Zusammensetzung der Arbeitsgruppe.....</b>	<b>3</b>
<b>II. Rechtstatsächliche Hintergründe und geltende Rechtslage .....</b>	<b>4</b>
1. Der Besteller in der Insolvenz des Bauträgers .....	4
2. Das Problem der Abnahme im Bauträgervertrag .....	5
<b>III. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse und Empfehlungen .....</b>	<b>6</b>
1. Vorschlag: Absicherung des Bestellers in der Insolvenz des Bauträgers .....	6
2. Vorschlag: Abnahme des Gemeinschaftseigentums .....	6
3. Weitere Empfehlungen .....	7
<b>B. Ergebnisse und Empfehlungen der Arbeitsgruppe im Einzelnen.....</b>	<b>8</b>
<b>I. Die Absicherung des Bestellers in der Insolvenz des Bauträgers .....</b>	<b>8</b>
1. Diskussionsverlauf.....	8
2. Empfehlung der Arbeitsgruppe: Abschlagszahlungsverzicht oder Rückzahlungssicherheit	10
3. Details der vorgeschlagenen Lösung .....	12
a) Gegenstand der Absicherung .....	12
b) Umfang des gesicherten Anspruchs.....	13
c) Sicherungsmittel .....	13
d) Zeitpunkt der Ausgabe der Sicherheit, Textform .....	14
e) Eintritt des Sicherungsfalls .....	14
f) Dauer der Sicherheitsgewährung .....	15
g) Abweichende Vereinbarungen .....	16
<b>II. Die Erleichterung der Abnahme des Gemeinschaftseigentums.....</b>	<b>16</b>
1. Diskussionsverlauf.....	16
2. Empfehlungen der Arbeitsgruppe.....	18
a) Junktim: Erleichterung der Abnahme und Absicherung des Bestellers in der Insolvenz ..	18
b) Vergemeinschaftung der Abnahme, Ersetzung der Abnahme durch Fertigstellung oder Verjährungsverkürzung nach Individualabnahme .....	18
c) Verjährungsverkürzung für Nachzügler-Besteller - kumulativ oder alternativ .....	22
<b>III. Weitere Empfehlungen .....</b>	<b>26</b>
1. Auskunftsanspruch gegen den Bauträger .....	26
2. Eingliederung und Anpassung der MaBV .....	27
<b>C. Anhang: Verzeichnis der Mitglieder der Arbeitsgruppe .....</b>	<b>28</b>

## A. Einleitung

### I. Auftrag und Zusammensetzung der Arbeitsgruppe

Bereits der Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD für die 18. Legislaturperiode sah vor, den Verbraucherschutz bei Bau- und Dienstleistungen für Bauherren und Immobilieneigentümer auszubauen, insbesondere im Bauvertragsrecht (Punkt 4.2 des Koalitionsvertrags, S. 81). Im damaligen BMJ wurde daraufhin sowohl mit den Arbeiten an einem Gesetzentwurf zur Reform des Bauvertragsrecht begonnen als auch die Arbeitsgruppe Bauträgervertragsrecht eingesetzt, die erstmalig am 8. Oktober 2014 und bis zum 10. Februar 2016 insgesamt vier Mal tagte. Aufgrund der umfangreichen Arbeiten an der Reform des Bauvertragsrechts<sup>1</sup> wurde die Arbeitsgruppe nachfolgend ausgesetzt.

Die Koalitionsvereinbarung für die 19. Legislaturperiode sieht nun ausdrücklich vor, die vorhandenen Schutzlücken im Bauträgervertrag durch wirksame Absicherung des Bestellers für den Fall der Insolvenz des Bauträgers zu schließen und die Abnahme des Gemeinschaftseigentums zu erleichtern (Zeilen 5840 ff.). Nachfolgend hat die Arbeitsgruppe Bauträgervertragsrecht mit der Sitzung am 27. Juni 2018 ihre Arbeit wieder aufgenommen.

Aufgabe der Arbeitsgruppe Bauträgervertragsrechts ist es, Empfehlungen zur Umsetzung des Koalitionsvertrages zu erarbeiten. Damit soll das Bauträgervertragsrecht, das in den §§ 650u, 650v BGB nur bruchstückhaft geregelt ist, ergänzt und systematisch ausgestaltet werden. Angestrebt ist ein ausgewogenes Regelungsmodell im Sinne eines Gesamtkompromisses. Dabei ist zu beachten, dass ein vordringliches Ziel der Regierungskoalition die Schaffung von mehr bezahlbarem Wohnraum ist.<sup>2</sup> Das Regelungsmodell muss daher das Verbrauchervertrauen durch eine bessere Absicherung erhöhen, ohne die Bauträger unzumutbar zu belasten.

In der Arbeitsgruppe sind die wesentlichen mit Fragen des Bauträgervertragsrechts befassten Gruppen vertreten. Ihr gehören neben Vertretern der beteiligten Bundesministerien Vertreter der Bauwirtschaft, der Finanz- und Versicherungswirtschaft, der Bauherren einschließlich der Verbraucherverbände, der Wohnungswirtschaft einschließlich der Wohnungseigentümer, der Rechtswissenschaften sowie der Richter, Notare und Rechtsanwälte an. Die Länderinteressen werden in der Arbeitsgruppe durch Bayern, Berlin und Thüringen vertreten.

---

<sup>1</sup> Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, in Kraft getreten am 1. Januar 2018 (BGBl. I 2017, 969).

<sup>2</sup> Vgl. z.B. Gemeinsame Wohnraumoffensive von Bund, Ländern und Kommunen (Wohngipfel am 21. September 2018).

## II. Rechtstatsächliche Hintergründe und geltende Rechtslage

### 1. Der Besteller in der Insolvenz des Bauträgers

Die Absicherung des Bauträger-Bestellers in der Insolvenz des Bauträgers wird seit vielen Jahren sehr kritisch betrachtet. Das sog. Vormerkungsmodell, also die Vereinbarung von Abschlagszahlungen nach § 3 Abs. 2 MaBV, abgesichert durch Auflassungsvormerkung und Freistellungserklärung, ist nicht ausreichend. Grund dafür ist, dass der Besteller mit seinen Abschlagszahlungen den Baufortschritt auf fremdem Grund bezahlt; erst nach Bezahlung der letzten Rate erfolgt die Eigentumsumschreibung. Im Falle der Insolvenz des Bauträgers vor Eigentumsumschreibung besteht eine oft existenzbedrohende Schutzlücke: Ein Rücktritt des Bestellers führt dazu, dass er die Auflassungsvormerkung verliert; der Rückzahlungsanspruch ist eine nicht abgesicherte Insolvenzforderung, so dass der Besteller regelmäßig erst später eine geringe Quote erhält. Will der Besteller aus den genannten Gründen nicht zurücktreten, bleibt ihm lediglich die Möglichkeit, das Bauvorhaben von einem anderen Unternehmen zu einem meist erheblich höheren Preis fertig stellen zu lassen. Dies ist besonders schwierig im Geschosswohnungsbau, wo eine Vielzahl von Bestellern betroffen ist und die Fertigstellung koordiniert werden muss.

Bereits die Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht, die im BMJV von Januar 2010 bis Juni 2013 eingesetzt war, hatte zum Thema Bauträgervertrag in ihrem Abschlussbericht folgendes festgehalten:

„Das Bauträgerrecht ist in § 632a BGB, § 1 der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen (BGBl 2001 I, S. 981) und der Makler- und Bauträgerverordnung sehr unübersichtlich und nur fragmentarisch geregelt. Darüber hinaus wird die Absicherung des Bestellers durch das sogenannte Vormerkungsmodell zunehmend kritisch gesehen. Insbesondere im Fall der Insolvenz des Bauträgers haben sich in der Vergangenheit Schutzlücken mit zum Teil existenzvernichtenden Folgen gezeigt. Da das Bauträgerrecht nicht Gegenstand der Erörterungen war, ist auch nicht geprüft worden, ob die Vorschläge der Arbeitsgruppe auf dieses Gebiet übertragen werden können.“

Das geltende Recht schützt auch nach der Reform des Bauvertragsrechts den Erwerber im Falle der Insolvenz des Bauträgers weiterhin nicht ausreichend<sup>3</sup>; der Bauträgervertrag ist nunmehr in §§ 650u, 650v BGB lediglich in seinen Grundzügen geregelt. Die Neuregelung des Bauvertragsrechts hat die Situation des Erwerbers in einem Aspekt sogar noch verschlechtert, weil § 650u Abs. 2 BGB auch die außerordentliche Kündigung gem. § 648a BGB ausschließt.

---

3 Vgl. etwa Vogel, ZMR 2018, 141.

## **2. Das Problem der Abnahme im Bauträgervertrag**

Die Abnahme im Sinne des § 640 BGB ist nach allgemeiner Auffassung die Entgegennahme des Werks und seine Anerkennung als im Wesentlichen vertragsgemäß. Die Vorschrift ist auf Errichtungspflichten aus Bauträgerverträgen gem. § 650u Abs. 1 Satz 2 BGB anwendbar. Nach dem geltenden Recht ist jeder Besteller individuell zur Abnahme der Bausubstanz, die das Gemeinschaftseigentum bildet, verpflichtet. Es handelt sich um eine Hauptleistungspflicht, mit der das Recht korrespondiert zu prüfen, ob der Bauträger das, was individuell versprochen wurde, auch ordnungsgemäß erfüllt hat.

Individuelle Einzelabnahmen des Gemeinschaftseigentums sind bei größeren Objekten, etwa mit 50 und mehr Einheiten, für den Bauträger sehr (zeit-)aufwändig. Versuche der Vertragspraxis, die Abnahme zu vereinheitlichen oder auf Dritte zu übertragen, führten in der Vergangenheit häufig zu unwirksamen Klauseln. Festliche „Einzugswochenenden“ mit allen Erwerbern, die einige Bauträger durchführen, ermöglichen zumeist keine gründliche Prüfung des Gemeinschaftseigentums. Nicht erfasst von den Abnahmen an „Einzugswochenenden“ sind zudem die sog. Nachzügler-Erwerber, für die jeweils eine eigene Abnahme erforderlich ist.

Die Abnahme hat für die Frage der Verjährung der Mängelansprüche zentrale Bedeutung. Die Wohnungseigentümergeinschaft kann Mängelrechte bezüglich des Gemeinschaftseigentums nach § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG auch dann noch zur Ausübung an sich ziehen, wenn nur ein (Nachzügler-)Erwerber unverjährte Ansprüche besitzt. Der Bauträger hat demgemäß ein Interesse an einer einheitlichen Abnahme des Gemeinschaftseigentums und einem hieraus resultierenden einheitlichen Lauf der Verjährungsfrist.

### **III. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse und Empfehlungen**

Die Arbeitsgruppe Bauträgervertragsrecht hat die beiden zentralen Problemkreise, nämlich die Absicherung des Bauträger-Bestellers in der Insolvenz und die Erleichterung der Abnahme des Gemeinschaftseigentums ausführlich erörtert und Lösungen erarbeitet. Die Arbeitsgruppe hat alle Vorschläge und deren Vor- und Nachteile sehr sorgfältig diskutiert und abgewogen. Im Verlauf dieser Diskussion sind einige Lösungswege für nicht gangbar erachtet worden. Nicht in allen Fällen hat sich eine einheitliche Meinung herausgebildet. Gegenmeinungen werden daher nachfolgend ebenfalls dargestellt.

#### **1. Vorschlag: Absicherung des Bestellers in der Insolvenz des Bauträgers**

Abgesichert werden soll der Anspruch des Bestellers auf Rückgewähr seiner geleisteten Abschlagszahlungen aufgrund eines gesetzlichen Anspruchs auf vollständige Rückabwicklung des Vertrages. Eine Absicherung muss nur erfolgen, wenn der Bauträger Abschlagszahlungen entgegennimmt; der Absicherung bedarf es nicht, wenn die erste Rate erst bei Bezugsfertigkeit und Besitzübergabe des Sondereigentums zu zahlen ist. Als Sicherungsmittel kommen jedenfalls die Sicherungsmittel des § 232 BGB sowie eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen (insbesondere Bürgschaft) eines Kreditinstituts oder Kreditversicherers in Betracht. Die Absicherung soll bei Bauträger-Verträgen mit Verbrauchern zwingend ausgestaltet werden.

#### **2. Vorschlag: Abnahme des Gemeinschaftseigentums**

Die Arbeitsgruppe hält eine gesetzliche Regelung der Abnahme des Gemeinschaftseigentums für erforderlich. Sie hat sich jedoch nicht auf einen einheitlichen Vorschlag einigen können. Modelle zur Vergemeinschaftung der Abnahme sowie zur Ersetzung der Abnahme durch die Fertigstellung wurden beraten; zudem wurde auch die Beibehaltung der individuellen Abnahme in Kombination mit einer Verjährungsverkürzung für Nachzügler vorgeschlagen. Jedenfalls eine Vereinheitlichung der Verjährung von Ansprüchen wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum durch Bindung der Nachzügler-Besteller an für frühere Besteller laufende Verjährungsfristen wird für einen erforderlichen und gangbaren Weg gehalten.

### **3. Weitere Empfehlungen**

Die Arbeitsgruppe empfiehlt, dem Besteller einen Anspruch gegen den Bauträger auf Auskunft über Namen und Anschriften der weiteren Besteller einzuräumen, soweit der Vertrag den Erwerb von Wohnungseigentum oder eines Wohnungserbbaurechts vorsieht. Sie schlägt darüber hinaus vor, den Abschlagszahlungsplan des § 3 Abs. 2 MaBV in einer zivilrechtlichen Verordnung oder im Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (EGBGB) zu regeln.

## **B. Ergebnisse und Empfehlungen der Arbeitsgruppe im Einzelnen**

Die Arbeitsgruppe hat die wesentlichen Probleme des Bauträgervertragsrechts ausführlich erörtert. Diskutiert wurden die Themen mit den nachfolgend dargestellten Ergebnissen und Empfehlungen an den Gesetzgeber. Die einzelnen Ergebnisse und Empfehlungen geben nicht die einhellige Meinung aller Arbeitsgruppenmitglieder wieder, dazu waren die Ausgangspositionen und Interessen zu unterschiedlich. Die Arbeitsgruppe ist aber davon ausgegangen, dass die Vorschläge als Gesamtpaket zu betrachten sind, dessen einzelne Elemente auf einem wechselseitigen Ausgleich von Be- und Entlastungen beruhen.

### **I. Die Absicherung des Bestellers in der Insolvenz des Bauträgers**

#### **1. Diskussionsverlauf**

In der ersten Sitzung der Arbeitsgruppe Bauträgervertragsrecht am 8. Oktober 2014 waren vier Lösungsmodelle erörtert worden:

- Vollständige Zahlung durch den Erwerber (96,5%) Zug um Zug gegen Besitzübergabe (a)
- Vollständige Zahlung durch den Erwerber (96,5 %) Zug um Zug gegen Besitzübergabe mit Stellung einer Sicherheit durch den Erwerber i.H.v. 40 % des Erwerbspreises bei Beginn der Bauarbeiten (b)
- Zahlung nach Ratenplan der MaBV mit Stellung einer Rückzahlungsbürgschaft (c)
- Zahlung nach Ratenplan der MaBV mit Abschluss einer (Kautions-) Versicherung zur Absicherung des Rückzahlungsanspruchs (d).

Modell (b) wurde umgehend verworfen. Es hätte aus Sicht der Vertreter der Finanzwirtschaft keine positiven Auswirkungen. Entscheidend für die finanzierende Bank des Bauträgers seien das liquide Eigenkapital des Bauträgers und die sogenannte Vorabvermarktungsquote. Der Besteller verfüge bei Vertragsschluss bereits regelmäßig über eine Finanzierungszusage, die dem Bauträger in der Regel als Sicherheit ausreiche.

Die Modelle (a), (c) und (d) wurden insbesondere von den Vertretern der Bauträger und der Kreditwirtschaft kritisch gesehen. Ihre Einführung würde erhebliche zusätzliche Risiken und Mehrkosten für die Bauträger verursachen.

Modell (a), das für den Bauträger – mangels Zahlungssicherheit und mit Blick auf das Zwei-Konten-Modell – ungünstig ist, bietet nach übereinstimmender Auffassung die größte Sicherheit für den Besteller und hat den Vorteil größter Klarheit. Gegen Modell (c) erhoben vor allem die Vertreter der Finanzwirtschaft Bedenken, weil hier weitere Sicherheiten oder höheres Eigenkapital benötigt würden. Bei einem Großteil der Bauträger dürfte die Bonität insoweit nicht ausreichen. Auch Modell (d), das Parallelen zur Reisepreisabsicherung bei Pauschalreisen für den Fall der Insolvenz des Reiseveranstalters (§ 651k BGB) aufweist, überzeugte nicht. Die Vertreter der Versicherer wiesen darauf hin, dass es bei Bauträgerverträgen um andere Volumina als bei Reiseverträgen gehe. Die vom Bauträger gestellten Sicherheiten könnten zudem der Anfechtung ausgesetzt sein. Derartige Versicherungen im Bauträgerrecht würden voraussichtlich oft an mangelnder Bonität der Bauträger scheitern. Eine optionale Regelung, bei der der Verbraucher nach verpflichtender Beratung durch Bauträger oder Notar über das Risiko wählen könne, ob er mit (unter Zahlung entsprechender Mehrkosten) oder ohne Absicherung erwerben wolle, wurde ebenfalls verworfen. So blieben zwar auch Bauträger am Markt, die die Mehrkosten für eine Absicherung im Insolvenzfall nicht tragen könnten, aber gerade finanzschwache Besteller würden benachteiligt.

In der vierten Sitzung der Arbeitsgruppe am 10. Februar 2016 wurde erweiternd eine Fertigstellungs- und Gewährleistungssicherheit diskutiert. Entweder durch das den Bauträger kreditgewährende Bankinstitut oder im Wege einer Versicherung werde die Fertigstellung gesichert; dies decke die Mehrkosten ab, die sich nach der Insolvenz des Bauträgers aus dem Weiterbau mit anderen Unternehmen ergeben. Die Fertigstellungsabsicherung könne auch als eine von mehreren Optionen zur Wahl des Bauträgers gestellt werden. Dementgegen wurde auf Probleme hingewiesen, die im Zusammenhang mit der Organisation und Abstimmung der Besteller über die Fertigstellung auftreten könnten.

Nach Wiederaufnahme der Beratungen der Arbeitsgruppe bestand Einigkeit darüber, dass eine Absicherung des Bestellers in der Insolvenz der Bauträgers erforderlich ist. Diese müsse nachvollziehbar für den Verbraucher, finanziell tragbar für den seriösen Bauträger und ausreichend sicher für die finanzierenden Banken sein.

In der fünften Sitzung der Arbeitsgruppe am 26. Juni 2018 wurde angeregt, den Vertragsparteien das erwerberschützende Modell (a) und eine Insolvenzabsicherung für Besteller, die Raten nach der MaBV zahlen, zur Wahl zu stellen. Für die Absicherung wurden einerseits eine Rückzahlungssicherheit und andererseits eine Fertigstellungssicherheit erwogen. Dieser Lösungsansatz ist nachfolgend näher betrachtet und in seinen Details in der sechsten, siebten und neunten Sitzung erörtert worden. Die Arbeitsgruppe hat sich dabei aus den un-

ten näher dargelegten Gründen überwiegend für eine Rückzahlungssicherheit ausgesprochen.<sup>4</sup>

Zuletzt hat der Bauherrenschutzbund e.V. einen von allen bisherigen Modellen deutlich abweichenden Vorschlag gemacht, der in der siebten Sitzung der Arbeitsgruppe am 20. November 2018 erörtert wurde. Kern seines sog. „Totalunternehmermodells“ ist die Ablösung des Bauunternehmervertrags vom Grundstückskaufvertrag. Der Besteller erwerbe zuerst Miteigentumsanteile am Grundstück und leiste den entsprechenden anteiligen Kaufpreis. Den zweiten Teil der notariellen Urkunde bilde dann ein Verbraucherbauvertrag. Die Arbeitsgruppe sah diesen Vorschlag recht kritisch, wollte aber darauf zurückzukommen, falls sich auf der Grundlage des herkömmlichen Bauträgervertrags keine Lösung ergibt.

## **2. Empfehlung der Arbeitsgruppe: Abschlagszahlungsverzicht oder Rückzahlungssicherheit**

**Zum Ausgleich der gegenläufigen Interessen empfiehlt die Arbeitsgruppe, dass das Gesetz den Parteien mehrere Möglichkeiten der vertraglichen Ausgestaltung einräumt.**

Begründung: Dies ermöglicht es dem Bauträger, das für ihn in seiner derzeitigen wirtschaftlichen Situation (Kreditlinie, Bonität, fremd- oder eigenfinanzierend etc.) passendere Modell zu wählen.

**Der Bauträger muss keine Sicherheit stellen, wenn er auf Abschlagszahlungen bis zur Bezugsfertigkeit und Besitzübergabe verzichtet. Erst danach soll er Zahlung von 96,5% des vereinbarten Werklohns verlangen dürfen. Der maßgebliche Zeitpunkt ist gesetzlich zu definieren oder zumindest in der Gesetzesbegründung zu erläutern. Dabei ist sicherzustellen, dass die Bezugsfertigkeit auch hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums den Bautenstand der vorangehenden Raten (bislang nach MaBV, einschließlich der Fassadenarbeiten) voraussetzt.**

Begründung: Bei ausreichender Möglichkeit, die Bauleistungen zu finanzieren, muss ein Bauträger keine Sicherheit anbieten, die die Kosten - auch für den Besteller - erhöhen würden.

Dieses sog. Modell (a) schützt den Erwerber in der Insolvenz ausreichend. Es sieht vor, dass der Erwerber - entsprechend der Ratenhöhe bei Bezugsfertigkeit nach § 3 Abs. 2 Nr. 2

---

<sup>4</sup> Dazu unten S. 11f.

MaBV - bei Inbesitznahme des Bauträgerobjekts 96,5 % des vereinbarten Preises zahlt. Sofern der Bauträger erst nach der Besitzübergabe insolvent ist, ist die Fertigstellung in der Regel weder mit unzumutbarem Aufwand noch mit existenzbedrohenden Kosten verbunden. Der Grundstückserwerb ist durch die Auflassungsvormerkung gesichert. Es ist allerdings sicherzustellen, dass nicht allein das Sondereigentum, sondern auch das wesentliche Gemeinschaftseigentum einschließlich der Fassadenarbeiten so weit hergestellt ist, dass das Objekt insgesamt als bezugsfertig angesehen werden kann. Hiervon nicht zwingend umfasst sind etwa Außenanlagen und kleinere Restarbeiten.

Für den Fall, dass das Objekt zur Zeit der Bezugsfertigkeit mangelhaft ist, kann der Erwerber nach §§ 641 Abs. 3 i. V. m. 632a BGB Besitzeinräumung gegen Zahlung eines angemessen verringerten Betrages verlangen. Eine für den Erwerber positive Wirkung dieses Modells kann sein, dass der Insolvenzverwalter Erfüllung wählt, um die Gegenleistung für die bisher erbrachten Leistungen zu erhalten.

Bedenken dahingehend, ob kleine Bauträger eine solche „Vollfinanzierung“ von der Kreditwirtschaft erlangen könnten, stehen gegenüber den Vorteilen zurück. Für die Finanzierung des Vorhabens eines Bauträgers sind vor allem dessen Bonität und eine hohe Vorabverkaufsquote maßgeblich. Im sog. „Zwei-Konten-Modell“ erhaltene Abschlagszahlungen erhöhen nicht die Liquidität des Bauträgers, sondern vermindern allein seine Zinslast. Gerade in der derzeitigen Niedrigzinsphase besteht deshalb nur ein geringes Interesse, den Saldo des Zwei-Konten-Modells durch Einnahmen auf dem Haben-Konto zu senken. Der finanzierende Bauträger kann zudem über das Haben-Konto nicht verfügen.

Da der Erhalt von Abschlagszahlungen für eigenfinanzierende Bauträger auch weiterhin von Interesse ist und sich die Situation bei den Zinsen wieder verändern kann, schlägt die Arbeitsgruppe daneben ein Modell vor, das auf den Abschlagszahlungen nach der MaBV aufbaut:

**Vereinbaren die Parteien nicht das Modell (a), sondern die Zahlung von Abschlägen nach der MaBV, ist der Bauträger verpflichtet, dem Besteller eine Sicherheit zu stellen. Die Sicherheit ist der Höhe nach auf den Rückzahlungsanspruch des Bestellers zu begrenzen.**

Begründung: Eine gesetzliche Absicherungspflicht kann nicht so gestaltet werden, dass auch Verzögerungs- und Mangelschäden ersetzt werden, denn dies wäre unbezahlbar. Im Sinne einer Gleichbehandlung mit den Bestellern nach dem Modell (a) darf der Bauträger-Besteller auch nicht von jeglichem Insolvenzrisiko entlastet werden. Es sollen nur solche Risiken abgesichert werden, die sich aus der Besonderheit des Bauträgervertrags ergeben, dass der

Erwerber nicht Grundstückseigentümer ist und erst im Anschluss an die Erfüllung der Errichtungspflicht Eigentum erwirbt.

Eine Absicherung der Fertigstellung könnte aus Gründen der Kalkulierbarkeit allenfalls bei betragsmäßiger Begrenzung erwogen werden. Sie würde aber jedenfalls im Geschosswohnungsbau zu unübersehbaren Problemen führen. Der Sicherungsfall kann kaum zeitlich eingegrenzt werden. Offen ist zudem, wie die Willensbildung unter den Bestellern erfolgen könnte. Schon eine Einigung über das „Ob“ der Fertigstellung ist schwierig; unklar ist zudem, ob und wie ein Rücktrittsrecht einzelner Besteller ausgeschlossen werden könnte, und - verneinenden falls - wie zu verfahren wäre, wenn einige Besteller zurücktreten. Auch im Einfamilienhausbau ist die Absicherungssumme davon abhängig, ob Insolvenz in einem frühen oder späten Baustadium eintritt. Für die kredit- und sicherungsgebenden Institute soll das Risiko aber überschaubar sein; diese Kalkulierbarkeit besteht nur bei der Absicherung des Rückzahlungsanspruchs.

**Gegenmeinung: Der Vertreter der Bauträger lehnt den Vorschlag ab. Die vorgeschlagene Regelung sei für breite Kreise der heute am Markt tätigen Bauträgerunternehmen nicht finanzierbar. Die Gewährung zusätzlicher Sicherheiten führe bei den Kreditinstituten zu einer entsprechend erhöhten Eigenkapitalunterlegungspflicht. Angesichts des höheren Absicherungsrisikos würden die Kreditinstitute die Gewährung von Sicherheiten an die Bauträger außerdem von einer deutlich erhöhten Bonität abhängig machen. Für den weit überwiegenden Teil der am Markt tätigen Bauträgerunternehmen tragbar und auch ausreichend sei es, wenn dem Besteller eine zusätzliche Sicherheit von 10 % der vereinbarten Vergütung für die Fertigstellung bis zur Abnahme gestellt werde. Zusammen mit der Sicherheit von 5 % aus § 650m Abs. 2 Satz 1 BGB stünden den Bestellern in der Insolvenz des Bauträgers dann 15 % des Gesamtpreises zur Verfügung, mit denen die Mehrkosten abgedeckt seien.**

### **3. Details der vorgeschlagenen Lösung**

#### **a) Gegenstand der Absicherung**

**Jeder gesetzliche Anspruch auf Rückgewähr der Abschlagszahlungen ist abzusichern.**

Begründung: Die Frage, ob der Rücktritt des Bestellers in der Insolvenz des Bauträgers möglich ist, ist nicht eindeutig geklärt. Aus insolvenzrechtlicher Sicht bestehen diesbezüglich er-

hebliche Bedenken, weil dies dem Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO zuwiderläuft. Daher wird die Erweiterung des zu sichernden Anspruchs auf Schadensersatzansprüche als vorzugswürdig erachtet, insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes. Vertragliche Ansprüche, etwa aus Vergleich, sind hingegen nicht umfasst, weil der Bürge dann aus der Haftung entlassen ist.

**Nach Möglichkeit soll § 323 Abs. 4 BGB für den Bauträgervertrag um eine (widerlegliche) Vermutung ergänzt werden, wonach die Voraussetzungen des Rücktritts vorliegen, wenn die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt wurde oder der Insolvenzverwalter die Fertigstellung abgelehnt hat.**

Begründung: Eine solche gesetzliche Vermutung erscheint der Arbeitsgruppe aus Gründen der Rechtssicherheit geboten.

#### **b) Umfang des gesicherten Anspruchs**

**Der Anspruch ist in seiner Höhe durch die gezahlten Abschläge begrenzt.**

Begründung: Der Anspruch gegen den Bauträger, etwa auf Schadensersatz, soll nicht in seinem vollen Umfang gesichert werden, sondern in begrenzter Höhe. Hierfür kann die Vorauszahlungsbürgschaft Vorbild sein. Gegenstand der Sicherung darf daher nur die Summe der gezahlten Abschläge sein. Jegliche Öffnung für weitergehende Schäden (z.B. aus Verzug, Minderung etc.) würde das abzusichernde Risiko erheblich und in kaum kalkulierbarer Weise erhöhen. Diese Begrenzung entspricht auch dem Ziel, nur die spezifischen Risiken des Bauträgervertrags im Vergleich zum Bauen auf eigenem Grund abzusichern.

#### **c) Sicherungsmittel**

**In Betracht kommen alle Sicherungsmittel des § 232 BGB oder eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsversprechen (einschließlich Bürgschaft) eines Kreditinstituts oder Kreditversicherers**

Begründung: So wird ein Gleichlauf mit §§ 632 a Abs. 2, 650f Abs. 2 und 650m Abs. 3 BGB erreicht. Noch offen ist, ob „klassische“ Versicherungen hinzu treten sollten. Bejahendenfalls muss dem Besteller ein Direktanspruch gegen den Versicherer eingeräumt werden, demgegenüber keine Einwendungen aus dem Versicherungsvertrag erhoben werden können.

#### **d) Zeitpunkt der Ausgabe der Sicherheit, Textform**

**Die Arbeitsgruppe empfiehlt, dass die Sicherheit bei der ersten Abschlagszahlung in mindestens deren Höhe gestellt wird. Der Bauträger hat dem Besteller Sicherheit mindestens in Textform zu leisten, wenn der Besteller Verbraucher ist.**

Begründung: Es ist erforderlich, spätestens mit und mindestens in Höhe der ersten Abschlagszahlung die Sicherheit zu stellen, um den Sicherungszweck zu erreichen. Ob jede Abschlagszahlung einzeln abgesichert werden muss oder eine Höchstbetragsabsicherung erfolgt, kann dem Markt überlassen bleiben.

Mit der Verpflichtung des Bauträgers, die Sicherheit in Textform zu leisten wird gewährleistet, dass der Verbraucher Kenntnis von der Person des Sicherungsgebers und dem Inhalt der Sicherung erhält. In der Praxis dürfte dieses Formerfordernis regelmäßig in der Weise erfüllt werden, dass der Bauträger die Sicherheitserklärung in Textform vom Sicherungsgeber erhält und diese Erklärung an den Verbraucher weitergibt.

#### **e) Eintritt des Sicherungsfalls**

**Die Arbeitsgruppe gibt keine einheitliche Empfehlung zum Eintritt des Sicherungsfalls. Nach wohl überwiegender Meinung bedarf es dreier Voraussetzungen, die kumulativ vorliegen müssen:**

- (1) Der Besteller verlangt Rückgewähr der geleisteten Abschläge aufgrund eines gesetzlichen Anspruchs auf (vollständige) Rückabwicklung des Vertrages,**
- (2) der Rückgewähranspruch wird nicht oder nicht vollständig erfüllt und**
- (3) die Eröffnung des Insolvenzverfahrens wird mangels Masse abgelehnt oder der Insolvenzverwalter lehnt die Erfüllung ab.**

Begründung: Nach dieser Lösung tritt der Sicherungsfall ein, wenn fest steht, dass der Bauträger das Objekt nicht fertigstellen wird. Sie schützt insbesondere das Erfüllungswahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO. Auf die Sicherheit zugreifen kann der Besteller danach erst, wenn der Insolvenzverwalter seine Wahl getroffen hat oder mangels Insolvenzeröffnung gar keine Erfüllungswahl stattfindet. In zeitlicher Hinsicht richtet sich das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 Absatz 2 Satz 2 InsO. Dieser ist nach einer dahingehenden Aufforderung durch den Vertragspartner verpflichtet, unverzüglich zu erklären, ob er die Erfüllung verlangen will.

**Gegenmeinung:** Für den Eintritt des Sicherungsfalls sollen weitere Konstellationen erfasst werden. Es sei dem Verbraucher nicht zuzumuten, unter Umständen Monate oder Jahre zu warten, bis der Insolvenzverwalter über die Erfüllung entschieden habe. Das Abwarten der Entscheidung des Insolvenzverwalters löse gerade die kritischen Fälle des „schlingernden“ Bauträgers nicht. Es müsse erwogen werden, das Wahlrecht des Insolvenzverwalters zu befristen, wie dies in § 109 Abs. 2 Satz 3 InsO für Mietverhältnisse vorgesehen ist. Jedenfalls im Fall eines Eigenantrags des Bauträgers müsse der Eintritt des Sicherungsfalls angenommen werden.

#### f) Dauer der Sicherheitsgewährung

**Die Arbeitsgruppe hält die Dauer der Sicherheitsgewährung für regelungsbedürftig, gibt dazu jedoch keine einheitliche Empfehlung ab. Die Sicherheit soll zumindest bis zu dem Zeitpunkt aufrechterhalten werden, in dem nach Modell (a) die erste Rate von 96,5% zu entrichten ist.**

Begründung: Der Zeitraum der Aufrechterhaltung der Sicherheit soll nach übereinstimmender Auffassung in der Arbeitsgruppe nicht ungeregelt bleiben. Ansonsten würde dies zu Rechtsunsicherheit führen. Wenn die Sicherheit mit Übergabe und Bezugsfertigkeit wegfällt, besteht ein Gleichlauf mit Modell (a). Das entspricht dem Ziel, keine Vertragserfüllungssicherheit, sondern eine Annäherung an das Risiko beim Bauen auf eigenem Grund zu erreichen. Je länger aber die Sicherheit läuft, desto teurer wird sie. Nach anderer Auffassung sind Übergabe und Bezugsfertigkeit ein zu früher Zeitpunkt. Er berge große Risiken für den Erwerber, weil dem Verkäufer damit ein Druckmittel in die Hand gegeben würde: Erfolge die Restzahlung nicht (wie gefordert), könne der Bauträger zurücktreten; der Erwerber sei dann im Insolvenzfall nicht gesichert. Schwierig sei die Situation auch, wenn Gemeinschaftseigentum und - im Fall von Mehrhausanlagen - u.U. ganze Bauteile noch nicht fertiggestellt seien und ein Rücktritt des Erwerbers, dessen Sondereigentum bereits bezugsfertig übergeben sei, ausgeschlossen wäre. Der Erwerber müsse dann unter Umständen nach § 21 Abs. 4 WEG seiner Herstellungsverpflichtung nachkommen, was zu massiver finanzieller Überforderung führe. Einige forderten, die Sicherheit bis zur Eigentumseintragung, mindestens aber bis zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums aufrecht zu erhalten.

Es würde die geschilderte Problemstellung erleichtern, wenn eine mögliche Nachschusspflicht der Miteigentümer von Mehrhausanlagen (§ 21 Abs. 4 WEG) bei der geplanten Reform des Wohnungseigentumsrechts berücksichtigt und begrenzt würde. **Die Arbeitsgruppe regt an, dies zu prüfen.**

## **g) Abweichende Vereinbarungen**

**Die Arbeitsgruppe empfiehlt, die Absicherung jedenfalls für den Verbraucher-Bauträgervertrag zwingend vorzusehen.**

Begründung: Die Sicherheit wird voraussichtlich zu einer Erhöhung des Gesamtpreises des Bauträgervertrages führen. Wenn die Parteien wählen könnten, ob eine Sicherheit gestellt wird, würde dies gerade für finanzschwache Besteller einen Anreiz zum Verzicht darstellen. Wenn gerade sie im Fall einer Insolvenz des Bauträgers nicht geschützt wären, widerspräche dies dem Zweck der angestrebten Regelung.

## **II. Die Erleichterung der Abnahme des Gemeinschaftseigentums**

### **1. Diskussionsverlauf**

Die Arbeitsgruppe hat bereits in der letzten Legislaturperiode eine Reihe von Lösungsmöglichkeiten zur Erleichterung der Abnahme der Bausubstanz, die künftig das Gemeinschaftseigentum bildet (kurz: Abnahme des Gemeinschaftseigentums), erörtert.

Dabei waren verschiedene Modelle der Vergemeinschaftung der Abnahme besprochen worden. Es wurde erwogen, die Wahrnehmungszuständigkeit fakultativ (nach Wahl der werdenden Wohnungseigentümer oder des Bauträgers) oder zwingend (nach Besitzerwerb von mehr als der Hälfte der werdenden Eigentümer) der Gemeinschaft zuzuweisen. Ein gerichtliches Verfahren in Anlehnung an das selbständige Beweisverfahren (§ 485 ZPO) zur Feststellung der vertragsmäßigen Herstellung des Gemeinschaftseigentums und zur Ersetzung einer Abnahme fand ausdrücklich keine Zustimmung.

Es wurde schließlich erwogen, Nachzügler-Verträge als Kaufverträge zu qualifizieren. Der Erwerbsvorgang könne ab einem gewissen Zeitpunkt (etwa bei Erreichung eines gewissen Prozentsatzes von individuellen Abnahmen) nach Kaufrecht beurteilt werden. Wenn man die Herstellungsverpflichtung als wesentliches Abgrenzungskriterium zum Kaufvertrag ansehe, gelange man früher als die derzeitige Rechtsprechung zur Annahme eines Kaufvertrages, und eine Abnahme durch den Nachzügler erübrige sich. Hiergegen spricht, dass beim Nach-

zügler in der Regel die zum Gemeinschaftseigentum gehörende Bausubstanz fertiggestellt ist, hinsichtlich des Sondereigentums jedoch noch Vereinbarungen zur Herstellung nach den spezifischen Wünschen des Erwerbers getroffen werden. Eine Regelung, die die Anwendbarkeit von Kaufrecht schon mit der Fertigstellung des Gemeinschaftseigentums vorgeben würde, würde die verbleibende Herstellungspflicht hinsichtlich des Sondereigentums ignorieren.

In der neuen Legislaturperiode erörterte die Arbeitsgruppe in ihrer achten bis elften Sitzung ausführlich verschiedene Modelle.

Eine gesetzliche Pflicht oder vertragliche Möglichkeit zur Einschaltung eines Sachverständigen, die wegen der technischen Schwierigkeiten der Abnahme von Gemeinschaftseigentum, aber auch mit Blick auf die Vereinfachung des Verfahrens für den Bauträger erwogen wurde, fand letztlich keine Zustimmung. Die frühzeitige Heranziehung eines Sachverständigen ist zwar von Vorteil für den Besteller. Die Abnahme durch einen Sachverständigen wäre aber kaum praktikabel. Es ist schon fraglich, wie ein Sachverständiger durch eine Mehrheit von Bestellern in einem frühen Stadium der (werdenden) WE-Gemeinschaft ausgewählt werden und die Mitwirkung des Bauträgers ausgeschlossen werden könnte. Geeignete Sachverständige sind zudem nicht in ausreichender Anzahl verfügbar. Zur möglicherweise mit Haftungsrisiken belasteten Begutachtung des Gemeinschaftseigentums in einem vergleichsweise späten Baustadium dürften sie nicht ohne weiteres bereit sein.

Es wurden letztlich mehrere - teilweise kombinierbare - Varianten zur Vereinfachung der Abnahme und zur Vereinheitlichung des Laufs der Verjährung für Mängelansprüche herausgearbeitet: Die fakultativer Vergemeinschaftung der Abnahme, ihre Ersetzung durch den Tatbestand der Fertigstellung des Gemeinschaftseigentums sowie Möglichkeiten der Verjährungsverkürzung für Nachzügler. Einigkeit besteht insgesamt darüber, dass eine Erleichterung der Abnahme nur erfolgen soll, wenn gleichzeitig der Besteller in der Insolvenz des Bauträgers abgesichert wird. Ungeachtet der sehr ausführlichen Erörterung verschiedener Modelle gibt die Arbeitsgruppe aber keine einheitliche Empfehlung zur Erleichterung der Abnahme des Gemeinschaftseigentums.

## 2. Empfehlungen der Arbeitsgruppe

### a) Junktim: Erleichterung der Abnahme und Absicherung des Bestellers in der Insolvenz

**Die Arbeitsgruppe empfiehlt, dass die Erleichterung der Abnahme zusammen mit einer verpflichtenden Absicherung des Bestellers in der Insolvenz geregelt wird.**

Begründung: Schon der Koalitionsvertrag gibt vor, dass Bauträger nicht nur durch die Einführung einer Absicherungspflicht belastet, sondern auch zu entlasten sind, indem die Abnahme des Gemeinschaftseigentums vereinfacht wird oder zumindest deren Rechtsfolgen in Form langjähriger Mängelhaftung weit über fünf Jahre hinaus begrenzt werden. Hierdurch können die Rechte beider Parteien des Bauträgervertrages ausgewogen begrenzt werden.

### b) Vergemeinschaftung der Abnahme, Ersetzung der Abnahme durch Fertigstellung oder Verjährungsverkürzung nach Individualabnahme

**Die Arbeitsgruppe gibt keine einheitliche Empfehlung zur Erleichterung der Abnahme des Gemeinschaftseigentums.**

Nach ganz herrschender Auffassung besteht derzeit keine Befugnis der (werdenden) WE-Gemeinschaft zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums.<sup>5</sup> Daher ist die Abnahme eines jeden Bestellers erforderlich<sup>6</sup>. Für die Frage, wie die Abnahme erleichtert werden könnte, wurden letztlich drei Möglichkeiten erarbeitet. Keine kann jedoch eine deutliche Mehrzahl der Mitglieder der Arbeitsgruppe vollständig überzeugen. Die tragenden Erwägungen werden nachfolgend dargestellt:

#### aa) Vergemeinschaftung der Abnahme

Für eine Vergemeinschaftung der rechtsgeschäftlichen Abnahme spricht, dass der Bauträger dann nur ein „Gegenüber“ hat und nicht mit jedem einzelnen Besteller das Gemeinschaftseigentum besichtigen und über die Abnahme verhandeln muss. Die Gemeinschaft kann ihrerseits einen gemeinsamen Gutachter einschalten, was günstig ist, weil der einzelne Besteller mit der Abnahme des Gemeinschaftseigentums fachlich oft überfordert ist. Der Besteller hat

<sup>5</sup> BGH, Urteil v. 12.5.2016 Az. VII ZR 171/15, Rz. 34 zum alten WEG. Vgl. auch die Nachweise bei Basty, Bauträgervertrag, 9. Auflage 2018 Rz. 1035, 1039; Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, 6. Auflage 2018 Rz. 595 m.w.N.; Elzer, DNotZ 2017, 163 (170f.).

<sup>6</sup> Vgl. oben A. II. 2. (S. 5).

aber einen individuellen Vertrag geschlossen und verliert hinsichtlich des Anspruchs auf ein mangelfreies Gemeinschaftseigentum seine einzelvertragliche Durchsetzungskompetenz. Dies wäre besonders für die Besteller besonders nachteilig bei unterschiedlichem Vertragsoll, wenn also der Bauträger einzelnen Bestellern unterschiedliche Ausgestaltungen der Bausubstanz „Gemeinschaftseigentum“ versprochen hat.

Die Abnahme kann nach diesem Modell gemeinschaftlich erfolgen, wenn

- ein qualifiziertes Quorum von Miteigentumsanteilen veräußert und durch Auflassungsvormerkungen abgesichert ist,
- das Objekt fertiggestellt ist und
- mindestens ein Erwerber den Besitz verschafft bekommen hat.

Die Wirkungen der gemeinschaftlichen Abnahme sind auf ein gemeinsames Bausoll beschränkt, welches der Bauträger zu dokumentieren hat.

Gegen die Vergemeinschaftung der Abnahme werden aber Bedenken erhoben: Neben Bedenken gegen den Verlust der einzelvertraglichen Durchsetzungskompetenz wird befürchtet, dass Konfliktstoff in die gerade entstehende Gemeinschaft hereingetragen wird. Die Vergemeinschaftung der Abnahme habe ein höheres Potential für „Störfeuer“ als die Vergemeinschaftung von Mängelansprüchen. Die Abnahmepflicht sei für die werdende WE-Gemeinschaft nicht oder nur schwer erfüllbar, denn es fehle die Kenntnis aller Verträge zur Feststellung etwaig abweichenden Bausolls. Baurechtsstreitigkeiten über die Abnahmereife würden auf die Amtsgerichte verlagert; hierdurch drohe die Überforderung der Amtsgerichte und die Gefahr langandauernder Blockaden der Abnahme bei Anfechtungen nach § 46 WEG. Damit nicht bereits ein besitzender Besteller zusammen mit dem Bauträger für alle anderen Besteller über die Abnahme entscheiden kann, wird jedenfalls gefordert, dass ein qualifiziertes Quorum<sup>7</sup> werdender Eigentümer unter Ausschluss des Bauträgers über die Abnahme entscheidet.

Konflikte und Rechtsstreitigkeiten innerhalb der (werdenden) WE-Gemeinschaft hinsichtlich der Abnahmereife des Gemeinschaftseigentums können auch für den Bauträger nachteilig sein. Solche Konflikte können dazu führen, dass die Abnahme weit hinausgezögert wird. Dem Bauträger, dessen Objekt noch nicht abgenommen ist, droht so auch der Zahlungsausfall der Schlussrate aller Besteller. Eine gesetzliche Regelung, die die gemeinschaftliche Abnahme des Gemeinschaftseigentums zwingend vorgibt, wird daher ganz überwiegend

---

<sup>7</sup> Dies entspricht der 5. Empfehlung des Arbeitskreises XII des 7. Deutschen Baugerichtstages ([https://baugerichtstag.org/wordpress/wp-content/uploads/2019/03/7ak\\_alle.pdf](https://baugerichtstag.org/wordpress/wp-content/uploads/2019/03/7ak_alle.pdf)), dort S. 93.

abgelehnt. Dem Bauträger soll vielmehr lediglich ermöglicht werden, die Abnahme zu vergemeinschaften. Eine solche fakultative Vergemeinschaftung der Abnahme könnte entweder auf Veranlassung des Bauträgers bereits in der Gemeinschaftsordnung festgelegt oder später, nach Erreichen eines Quorums an werdenden Wohnungseigentümern, verlangt werden können. Dies könnte im Einzelfall ein gangbarer Weg für einen Bauträger sein, um in sehr großen Objekten die Abnahmen zu bündeln.

Die gemeinschaftliche Abnahme könnte für den Beginn der Verjährung der Mängelrechte am Gemeinschaftseigentum für alle Besteller, einschließlich der Nachzügler, maßgeblich sein. Die sonstigen Abnahmewirkungen sollen aber für Nachzügler nicht eintreten; insoweit soll vielmehr weiterhin eine individuelle Abnahme erforderlich sein.

### **bb) Ersetzung der Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch die Fertigstellung**

Auf Vorschlag von Professor Leupertz hat die Arbeitsgruppe erwogen, ob die rechtsgeschäftliche Abnahme des Gemeinschaftseigentums im Bauträgervertragsrecht entbehrlich ist. Zur Begründung wurde unter anderem angeführt, dass im Geschosswohnungsbau eine Abnahme tatsächlich nicht stattfindet, weil der einzelne Besteller mit der Überprüfung des gesamten Gemeinschaftseigentums auf wesentliche Mängel überfordert sei<sup>8</sup>. Anstelle der rechtsgeschäftlichen Abnahme könnte, angelehnt an § 646 BGB, an einen tatsächlichen Akt, nämlich die Fertigstellung angeknüpft werden. Fertigstellung im Sinne dieses Konzepts ist im Sinne des § 640 Abs. 2 BGB zu verstehen und liegt vor, wenn die im Vertrag vereinbarten Leistungen abgearbeitet sind, unabhängig davon, ob Mängel vorliegen. Dabei ist die Fertigstellung zusätzlich davon abhängig zu machen, dass das Gemeinschaftseigentum diejenigen Beschaffenheiten aufweist und Funktionen erfüllt, die der Erwerber für eine zweckentsprechende Ingebrauchnahme voraussetzen und erwarten darf. Ergänzt wird die Anknüpfung an die Fertigstellung durch ein an § 650g BGB angelehntes Zustandsfeststellungsverfahren.

Nach diesem Modell sollen grundsätzlich alle werkvertraglichen Abnahmewirkungen eintreten, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- Das Sondereigentum ist im Besitz des Bestellers,
- das Gemeinschaftseigentum ist fertiggestellt,
- die Fertigstellung ist den Bestellern angezeigt und
- eine angemessene Frist ist verstrichen, in der Besteller eine Zustandsfeststellung gemeinsam mit dem Bauträger beantragen können.

---

<sup>8</sup> Dazu auch oben S. 5.

Die angemessene Frist für den Antrag auf Zustandsfeststellung könnte gesetzlich festgelegt werden, etwa auf zwei Wochen. Beantragen die Besteller eine Zustandsfeststellung, so beginnt die fünfjährige Verjährung erst nach ihrer Durchführung. Für bei der Zustandsfeststellung festgestellte Mängel tritt keine Beweislastumkehr ein, die Beweislast verbleibt insoweit also beim Bauträger. Die Zustandsfeststellung entfaltet ansonsten keine unmittelbaren Rechtswirkungen, sondern ist Anreiz für eine gemeinschaftliche Lösung der Parteien. Der Bauträger hat es so in der Hand, wann er die Rechtswirkungen auslösen will, die bisher durch die Abnahme ausgelöst wurden. Die Bausubstanz, die Gemeinschaftseigentum wird, muss nicht mehr durch eine Vielzahl von Bestellern abgenommen werden. Das *Procedere* wird gestrafft.

Ergänzend dazu ist erwogen worden, auch die Verjährung der Mängelrechte der Nachzügler durch eine gesetzliche Regelung an den Zeitpunkt der Fertigstellung zu binden. Die Fertigstellungsanzeige könnte dazu durch Gesetz als gemeinschaftsbezogen angesehen werden und dementsprechend gegenüber der (werdenden) WE-Gemeinschaft abzugeben sein. Alles weitere, vor allem die Zustandsfeststellung, wäre dann von der WE-Gemeinschaft zu organisieren und durchzuführen. Die Zustandsfeststellung oder der Ablauf einer angemessenen Frist nach Fertigstellungsanzeige würde dann hinsichtlich der Verjährung auch gegenüber dem Nachzügler gelten mit der Folge, dass sich die Verjährungsfrist für ihn verkürzt. Gegenüber dieser Lösung könnte wiederum eingewandt werden, dass eine solche „Vergemeinschaftung“ erneut der Absicherung durch ein Quorum unter Ausschluss des Bauträgers bedarf, damit nicht wenige Besteller alle Nachfolger binden können.

Gegenüber der Ersetzung der rechtsgeschäftlichen Abnahme durch die rein tatsächliche Fertigstellung ist eingewandt worden, dass sie die Bestellerrechte beschränke, insbesondere im Vergleich mit dem Bauen auf eigenem Grund. Der von der wesentlichen Mangelfreiheit gelöste Beginn der Verjährung wird sehr kritisch gesehen. Die Rechtsfolgen der Abnahme würden einseitig durch den Bauträger ausgelöst. Eine so weitreichende Änderung sei auch nicht notwendig, denn Komplikationen, die sich nach altem Recht mit der Abnahme ergeben hätten, seien durch die Abnahmefiktion im reformierten Bauvertragsrecht entschärft. Das Problem werde nicht gelöst, sondern nur auf die Frage verlagert, ob das Bauwerk fertig sei. Ein unkundiger Besteller könne aber Fertigstellung und Freiheit von wesentlichen Mängeln nicht unterscheiden. Dies vergrößere die Rechtsunsicherheit. Sie werde weiter dadurch vergrößert, dass es hinsichtlich des Sondereigentums bei der Abnahme verbleibe und so zwei Systeme nebeneinander bestünden.

### **cc) Verjährungsverkürzung nach individueller Abnahme**

Die Verbraucherverbände haben mit Blick auf die vorgenannten Bedenken vorgeschlagen, die individuelle Abnahme im Grundsatz beizubehalten, aber den Beginn des Laufs der Verjährungsfrist zu modifizieren. Wenn 75 oder 80 % der Besteller das Gemeinschaftseigentum abgenommen haben, beginnt nach diesem Modell für alle späteren Erwerber die Verjährungsfrist für Mängelansprüche bezüglich des Gemeinschaftseigentums. Das Datum, an dem das Quorum erreicht wurde, muss den Erwerbern mitgeteilt werden. Zudem wird eine gesetzliche Obergrenze eingeführt, wonach die Verjährungsfrist für sämtliche Erwerber spätestens acht Jahre nach Erreichen des Quorums endet. Die dogmatisch fragwürdige Vorverlagerung kaufrechtlicher Regeln und die Abweichung von der Systematik des Bauvertrags würden so obsolet werden; die fünfjährige Gewährleistungsfrist bleibe erhalten.

Gegenüber diesem Modell ist eingewandt worden, dass eine Gesamtfrist von acht Jahren nach Erreichen des Quorums erheblich zu lang sei. Die Einzelabnahmen blieben weiter erforderlich und würden nicht erleichtert; jede einzelne müsse im Streitfall auf ihre Wirksamkeit geprüft werden.

### **c) Verjährungsverkürzung für Nachzügler-Besteller - kumulativ oder alternativ**

Einigkeit bestand innerhalb der Arbeitsgruppe, dass zumindest die Auswirkungen von Nachzügler-Verträgen auf die Haftungsdauer des Bauträgers möglichst beschränkt werden sollten. Die WE-Gemeinschaft kann nach geltendem Recht die unverjährten Mängelrechte eines Nachzüglers „an sich ziehen“, weshalb derzeit mit jedem Nachzügler-Besteller für Mängelansprüche wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum eine neue fünfjährige Verjährungsfrist eröffnet wird. Für die Bauträger, die infolgedessen weit über fünf Jahre hinaus für Mängel am Gemeinschaftseigentum haften, ist deswegen die Lösung der sog. Nachzügler-Problematik bedeutsam. Überwiegend ist die Arbeitsgruppe der Auffassung, die Nachzügler-Verjährung solle in jedem Fall geregelt werden, um eine überlange Haftung des Bauträgers für die Bausubstanz, die das Gemeinschaftseigentum darstellt, zu verhindern. Mit Blick auf die Schwierigkeiten einer Erleichterung der Abnahme erachten mehrere Mitglieder der Arbeitsgruppe es für vorzugswürdig, allein die Verjährung von Mängelrechten der Nachzügler zu begrenzen.

Eine Verjährungsverkürzung bezüglich des Gemeinschaftseigentums für Nachzügler stellt einen vergleichsweise geringen Eingriff in die Rechte des Bestellers dar. Die hieraus folgende Einschränkung von § 309 Nr. 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe ff BGB beim Erwerb von

Gemeinschaftseigentum erscheint sachlich gerechtfertigt, weil das Gemeinschaftseigentum vor Erwerb durch den Nachzügler bereits in Gebrauch ist.

**Die Arbeitsgruppe empfiehlt, die Verjährung von Mängelrechten für Nachzügler-Besteller zu begrenzen. Die Begrenzung sollte möglichst fakultativ sein.**

Begründung: Bei der Verlängerung der Haftungsfrist des Bauträgers, die dadurch entsteht, dass die WE-Gemeinschaft die unverjährten Mängelrechte des Nachzüglers an sich ziehen kann, handelt es sich um ein wesentliches Problem der Bauträger. Mit einem vergleichsweise geringfügigen Eingriff in die Rechte der Besteller, der dadurch gerechtfertigt ist, dass das Gemeinschaftseigentum regelmäßig bereits einige Zeit in Gebrauch ist, wenn der Nachzügler erwirbt, kann der Bauträger hier entlastet werden.

Eine Verjährungsverkürzung soll nach den Vorstellungen der Arbeitsgruppe möglichst nicht gesetzlich vorgegeben werden. Vielmehr soll ihre vertragliche Vereinbarung gesetzlich ermöglicht werden. Auf diese Weise wird der Eingriff in das geltende Recht so gering wie möglich gehalten. Der Bauträger kann auf die Verjährungsverkürzung verzichten, etwa weil die meisten Wohneinheiten bereits veräußert sind und daher nur mit wenigen Nachzügler zu rechnen ist. Einige Teilnehmer vertraten die Ansicht, dass die Vereinbarkeit einer solchen gesetzlichen Abweichungsmöglichkeit - anderes als eine generelle Änderung des dispositiven Rechts - mit der Klauselrichtlinie (Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen) unvereinbar sein könnte. Dies muss noch geprüft werden, wenn eine lediglich fakultative Verjährungsverkürzung im Gesetzentwurf vorgeschlagen wird.

**Die Arbeitsgruppe gibt keine einheitliche Empfehlung zur Ausgestaltung der Verjährungsverkürzung für Nachzügler-Besteller.**

Die Ausgestaltung der Verjährungsverkürzung für Nachzügler-Besteller bereitet Schwierigkeiten. Diese beruhen teilweise auch darauf, dass die Gruppe kein einheitliches Votum abgegeben hat, ob weiterhin eine Abnahme des Gemeinschaftseigentums erforderlich sein soll oder nicht (dazu oben unter B.II.2b). Kernpunkt ist die Frage, an welchen Tatbestand anzuknüpfen ist. Als Anknüpfung ungeeignet erscheint der Arbeitsgruppe jedenfalls die tatsächliche Ingebrauchnahme bzw. Inbesitznahme des Gemeinschaftseigentums. Zwar ist dies der Zeitpunkt, in dem die „Abnutzung“ beginnt. Diese Lösung führt aber nach Auffassung vieler Teilnehmer zu einer Überbeschleunigung, denn das Gemeinschaftseigentum ist oft noch nicht fertiggestellt, wenn die ersten Besteller einziehen. Vorzugswürdig ist entweder die Anknüpfung an die Abnahme durch ein Quorum von Bestellern oder an die Fertigstellung des

Gemeinschaftseigentums. Diese beiden Anknüpfungspunkte standen im Mittelpunkt der Diskussion; keiner vermochte eine deutliche Mehrheit der Mitglieder der Arbeitsgruppe zu überzeugen.

#### **aa) Anknüpfung an die Fertigstellung**

Von einigen Teilnehmern der Arbeitsgruppe wurde - im Detail unterschiedlich - vorgeschlagen, für die Verjährungsverkürzung bei Nachzüglern maßgeblich auf den Zeitpunkt der Fertigstellung des Gemeinschaftseigentums abzustellen. Für alle Nachzügler, die innerhalb von zwei Jahren nach Fertigstellung erwerben, gilt, anknüpfend an die Rechtsprechung des BGH<sup>9</sup>, Werkvertragsrecht und damit eine fünfjährige Verjährung ab Abnahme durch den Nachzügler. Für spätere Nachzügler, die nach Kaufrecht zu behandeln wären, würde die Verjährungsfrist der Ersterwerber gelten, also fünf Jahre nach Abnahme durch die Ersterwerber. Hierdurch würde sich eine maximal siebenjährige Verjährungsfrist ergeben und damit nach deren Ablauf Rechtssicherheit eintreten. Da sie maßgeblich an die Fertigstellung angeknüpft, könnte diese Verjährungsverkürzungslösung auch dann realisiert werden, wenn die Abnahme durch die Fertigstellung und den Ablauf der Frist zur gemeinsamen Zustandsfeststellung ersetzt wird (dazu oben unter B.II.2b). So würde lediglich ein anderer, die Abnahme ersetzender Anknüpfungzeitpunkt für den Beginn der Verjährung festgelegt.

Gegen diese Lösung wird eingewandt, dass die von der Rechtsprechung entwickelte Unterscheidung von Werkvertrag und Kaufvertrag nicht zwingend sei. Auch ein Erwerbsvertrag, der mehr als zwei Jahre nach Fertigstellung des Gemeinschaftseigentums geschlossen werde, enthalte häufig noch Herstellungspflichten hinsichtlich des Sondereigentums. Anzustreben sei eine möglichst einfache Regelung zur Verjährungsverkürzung gegenüber dem Nachzügler, die hinsichtlich der Verjährung nicht zwischen Werk- und Kaufvertrag unterscheiden müsse.

Eine Anknüpfung des Verjährungsbeginns allein an die Fertigstellung wird von einigen Mitgliedern der Arbeitsgruppe schließlich nicht als geeignet erachtet. Auf diese Weise könnte schon vor mangelfreier Leistung Verjährung eintreten. Als „Anker“ für den Verjährungsbeginn könne nur ein Kriterium geeignet sein, das die wesentliche Mangelfreiheit des Gemeinschaftseigentums voraussetze.

---

<sup>9</sup> BGH, Urteil vom 25. Februar 2016, Az.: VII ZR 49/15 und vom 12. Mai 16, Az. VII ZR 171/15.

## **bb) Anknüpfung an die Abnahme**

Andere Teilnehmer haben sich - ähnlich dem Vorschlag der Verbraucherverbände<sup>10</sup> - dafür ausgesprochen, maßgeblich auf die Abnahme abzustellen und den rechnerischen Ansatz für die Verkürzung der Verjährung von Mängelrechten für Nachzügler an ein Quorum von Abnahmen des Gemeinschaftseigentums zu knüpfen. Die 5-jährige Verjährungsfrist für Mängel am Gemeinschaftseigentum wird für diejenigen, die erst nach Erreichen des Quorums erwerben, entsprechend verkürzt. Basis des Quorums sollen nicht Köpfe, sondern möglichst erhebliche Miteigentumsanteile und Wohnungs- und/oder Teileigentumsrechte - etwa jeweils 2/3 - sein (Kombination aus Wert- und Objektprinzip). Eine doppelt qualifizierte Mehrheit ist in bestimmten Konstellationen auch im Wohnungseigentumsrecht vorgesehen (§§ 16 Abs. 4 und 22 Abs. 2 WEG). Mit ihr würde verhindert, dass wenige Besteller mit großen Miteigentumsanteilen eine Verjährungsverkürzung für alle übrigen Besteller auslösen können, wenn sie nicht zugleich eine entsprechend große Anzahl von Wohnungs- und/oder Teileigentumsrechten erwerben.

Diese Verjährungslösung für Nachzügler setzt voraus, dass an dem Erfordernis der Abnahme des Gemeinschaftseigentums festgehalten wird (dazu oben unter B.II.2b). Das Abnahmerecht nach § 640 BGB verbleibt mit seinen Folgen beim einzelnen Nachzügler-Besteller, ausgenommen ist nur deren Maßgeblichkeit für den Verjährungslauf. Insoweit wird eine Verjährungsverkürzung vorgenommen, indem dem Nachzügler die Abnahme durch das Quorum zugerechnet wird. Rechnerisch beginnt die Verjährung für den Nachzügler daher, wenn das Quorum von Abnahmen erreicht ist. Der Bauträger muss das Erreichen des Quorums im Streitfall darlegen und beweisen. Eine vertragliche Abrede über das Erreichen des Quorums reicht nicht aus, denn der Nachzügler-Besteller ist vor einer Rechtsverkürzung durch eine die Beweislast umkehrende Vertragsabrede zu schützen.

**Die Verjährungsverkürzungslösungen nach den Buchstaben aa) und bb) müssen aus der Sicht der Arbeitsgruppe nicht durch eine Mindestverjährungsfrist ergänzt werden.**

Begründung: Wenn seit der Abnahme/Fertigstellung fünf Jahre und mehr vergangen sind, ist das Objekt gebraucht, so dass auch ein vollständiger Gewährleistungsausschluss vereinbart werden könnte. Der Nachzügler wird hinreichend geschützt, wenn durch die Haftung des Bauträgers im Fall des arglistigen Verschweigens von Mängeln die regelmäßige Verjährungsfrist gilt (vgl. §§ 438 Abs. 3, 634a Abs. 3 BGB).

---

<sup>10</sup> S. oben B II. 2. b) cc) (S. 21).

## cc) Informationspflicht des Bauträgers

**Die Arbeitsgruppe empfiehlt, eine Verjährungsverkürzung für Nachzügler-Besteller mit Informationspflichten des Bauträgers gegenüber den Bestellern zu verbinden.**

Begründung: Nachzügler-Besteller, die auf die früheren Abnahmen oder den Zustand des Gemeinschaftseigentums bei Fertigstellung keinen Einfluss nehmen konnten, müssen auf die verkürzte Frist hingewiesen werden, damit sie diese bei ihrer Erwerbsentscheidung und ggf. bei der Geltendmachung von Mängeln berücksichtigen.

### III. Weitere Empfehlungen

Die Arbeitsgruppe ist der Auffassung, dass ein möglichst frühzeitiges gemeinschaftliches Handeln der Wohnungseigentümer wünschenswert wäre, etwa im Hinblick auf die Prüfung der Qualität der Bauausführung oder die Feststellung des Bautenstandes. Bei der geplanten Reform des Wohnungseigentumsrechts sollte daher die werdende WE-Gemeinschaft gesetzlich geregelt und dieser frühzeitig die Möglichkeit zu handeln eingeräumt werden. **Die Arbeitsgruppe regt an, dies zu prüfen.**

Jedenfalls erachtet es die Arbeitsgruppe aber für erforderlich, den Erwerbenden ein koordiniertes individuelles Handeln zu ermöglichen.

#### 1. Auskunftsanspruch gegen den Bauträger

**Die Arbeitsgruppe empfiehlt, dem Besteller einen Auskunftsanspruch gegen den Bauträger auf Benennung der anderen Besteller einzuräumen, die Herstellungsansprüche in Bezug auf das künftige Gemeinschaftseigentum haben.**

Begründung: Für Besteller und für Bauträger ist es wünschenswert, wenn das Bauwerk, etwa für die Überprüfung des Bautenstandes und der Qualität vor Zahlung eines Abschlags, von einem gemeinsamen Sachverständigen der Besteller begutachtet wird. Hierfür müssen die Besteller Namen und Anschriften der anderen Besteller erfahren. Derzeit müssen die Besteller noch die Grundbücher zu Rate ziehen und die erforderlichen Daten aufwendig ermitteln oder abwarten, bis die werdende WE-Gemeinschaft entstanden ist.

Die Bauwirtschaft sieht den Vorschlag auch mit Blick auf den damit verbundenen bürokratischen Aufwand kritisch. Jedenfalls bedürfe ein solcher Auskunftsanspruch einer gesetzlichen datenschutzrechtlichen Absicherung.

## 2. Eingliederung und Anpassung der MaBV

**Die Arbeitsgruppe empfiehlt, den Abschlagszahlungsplan in einer Verordnung des Zivilrechts, hilfsweise im EGBGB zu regeln.**

Begründung: Die Regelung im Gewerberecht (§ 3 Abs. 2 MaBV) ist nicht passend. Andererseits bietet sich eine Regelung im Bürgerlichen Gesetzbuch selbst nicht an. Flexibler, und damit vorzuzugswürdig, ist die Regelung in einer Verordnung des Zivilrechts, wie etwa der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen (Hausbauverordnung) oder im Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (EGBGB).

**Die Arbeitsgruppe empfiehlt eine Überprüfung des Abschlagszahlungsplans.**

Begründung: Die von verschiedenen Mitgliedern mitgeteilten geänderten Beträge für Rohbaufertigstellung und Installationen erscheinen den Mitgliedern der Arbeitsgruppe sehr plausibel. Auch die Entwicklung der Grundstücks- und Planungskosten könnte in den Blick genommen werden. Diese sind je nach Region teilweise deutlich angestiegen. Nach den der Gruppe vorliegenden Zahlen und Vorschlägen sind einerseits Erhöhungen der ersten Rate („Grundstücksrate“) und der Raten für die Heizungs-, Sanitär- und Elektroinstallation und andererseits Verringerungen der Raten für den Rohbau, den Fenstereinbau (einschließlich Verglasung) und die Bezugsfertigkeit in Betracht zu ziehen. Die Neuermittlung ist aber komplex; wegen der regionalen Besonderheiten ist nur eine grobe Annäherung möglich. Zu beachten ist, dass der Abschlagszahlungsplan die Vorleistungen realistisch abbilden und insbesondere Überzahlungen vermeiden soll.

## **C. Anhang: Verzeichnis der Mitglieder der Arbeitsgruppe**

### **Ressorts**

Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat

Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie

### **Landesjustizverwaltungen**

Bayerisches Staatsministerium der Justiz

Senatsverwaltung für Justiz, Verbraucherschutz und Antidiskriminierung von Berlin

Thüringer Ministerium für Migration, Justiz und Verbraucherschutz

### **Sachverständige**

RA und Notar Manfred Blank, Lüneburg

RiKG Dr. Oliver Elzer, Berlin

Prof. Dr. Jochen Glöckner, Universität Konstanz, Direktor des Instituts für Baurecht Freiburg im Breisgau e.V.

RA Michael Halstenberg, Berlin, Ministerialdirektor a. D., stellvertretender Vorstandsvorsitzender der Deutschen Gesellschaft für Baurecht e.V.

Prof. Dr. Martin Häublein, Universität Innsbruck

Ulrich Langen, AIA (Architekt-Ingenieur-Assekuranz) AG, Düsseldorf

Prof. Stefan Leupertz, RiBGH a.D., Präsident des Deutschen Baugerichtstags, Köln

RA Dr. Hans-Egon Pause, München

### **Verbände**

BSB Bauherren Schutzbund e.V.

Bundesarchitektenkammer

Bundesnotarkammer

Bundesrechtsanwaltskammer

BFW Bundesverband Freier Immobilien- und Wohnungsunternehmen e.V.

GDV Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V.

GdW Bundesverband deutscher Wohnungs- und Immobilienunternehmer e.V.

Deutsche Kreditwirtschaft

Deutscher Anwaltverein

Deutscher Richterbund

Haus & Grund Deutschland

VPB Verband privater Bauherren e.V.

wohnen im eigentum. die wohneigentümer e.V.

ZDB Zentralverband Deutsches Baugewerbe e.V.