

Basty

# Der Bauträgervertrag

von

Dr. iur. Gregor Basty,  
Notar in München

11. Auflage

Leseprobe

Carl Heymanns Verlag 2023

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	V
Inhaltsübersicht . . . . .	VI
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XXIII
Literaturverzeichnis . . . . .	XXVII
Verzeichnis der Muster . . . . .	XXIX

<b>Kapitel 1: Einleitung . . . . .</b>	<b>1</b>
A. Einführung . . . . .	2
B. Rechtsnatur des Bauträgervertrags . . . . .	4
I. Kaufvertrag; Werkvertrag . . . . .	5
1. Vertrag über noch zu errichtende Gebäude . . . . .	5
2. Vertrag über fertig gestelltes Objekt (Nachzügler) . . . . .	5
II. »Alles aus einer Hand« . . . . .	7
III. Begriffe . . . . .	7
C. Klauselkontrolle nach AGB-Recht und Klauselrichtlinie . . . . .	8
I. Formularvertrag, Verbrauchervertrag . . . . .	10
II. Anwendungsbereich . . . . .	11
1. Kontrollresistenz MaBV-konformer Gestaltungen . . . . .	11
2. Ausnahmen von der Klauselkontrolle . . . . .	11
III. Beweislast . . . . .	13
IV. Klauselrichtlinie . . . . .	13
V. Bußgeld . . . . .	13
VI. Pflichten des Notars . . . . .	14
D. Makler- und Bauträgerverordnung . . . . .	14
I. §§ 3, 7 MaBV . . . . .	17
II. Verstoß gegen die MaBV . . . . .	19
1. Lückenfüllung . . . . .	19
2. Rückzahlungspflichten . . . . .	23
3. Bußgeld, Schadensersatz . . . . .	25
III. MaBV-spezifisches Äquivalenzprinzip . . . . .	26
IV. Anwendungsbereich der MaBV . . . . .	26
1. Gewerbsmäßigkeit . . . . .	27
2. Bauvorhaben . . . . .	28
3. Verwendungszweck . . . . .	31
4. Zahlungen nach Fertigstellung . . . . .	31
5. Bauherreneigenschaft . . . . .	32
6. Grundstückseigentum . . . . .	32
7. Verzicht auf die MaBV . . . . .	38
8. Veräußerung durch Kreditinstitut, Versicherungsunternehmen o. Ä . . . . .	39
9. Veräußerung durch Insolvenzverwalter . . . . .	40
10. Betreuungsunternehmen . . . . .	41
11. Tausch mit Bauträger . . . . .	41
V. Zahlung auf Notaranderkonto oder Sonderkonto . . . . .	44
1. Notarielles Berufsrecht, § 57 BeurkG . . . . .	44
2. MaBV . . . . .	45
3. Zivilrechtliche Beurteilung . . . . .	46
4. Ergebnis . . . . .	48
E. Beurkundungsfragen . . . . .	50
I. § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB . . . . .	50
1. Herstellungsverpflichtung . . . . .	51
2. Bauleistung . . . . .	52

II.	Die Urkunde . . . . .	53
1.	Die Niederschrift (§ 9 BeurkG) . . . . .	53
2.	Vorlesungspflicht . . . . .	54
3.	Pläne . . . . .	54
4.	Beilagen zur Urkunde . . . . .	55
III.	Verweisungsurkunde . . . . .	55
IV.	Beurkundungsverfahren . . . . .	57
1.	Vorvertragliche Information . . . . .	57
2.	Beurkundung . . . . .	61
3.	Vollmachtlose Vertretung . . . . .	64
4.	Angebot und Annahme . . . . .	64
5.	Exkurs: Bindungsfrist beim Angebot . . . . .	65
6.	Vollmacht . . . . .	72
V.	Mitwirkungsverbote . . . . .	74
VI.	Geldwäschegesetz . . . . .	74
 <b>Kapitel 2: Vollmachten zur Änderung der Teilungserklärung . . . . .</b>		<b>76</b>
A.	Anlass . . . . .	77
I.	Notwendige Änderungen . . . . .	77
II.	Zweckmäßige Änderungen . . . . .	77
III.	Sonderwünsche von Erwerbern . . . . .	78
IV.	Besondere Interessen des Bauträgers . . . . .	78
B.	Notwendigkeit von Vollmachten . . . . .	78
C.	Umfang der Vollmacht . . . . .	79
I.	Teilungserklärung . . . . .	79
II.	Belastungen in Abt. II des Grundbuchs . . . . .	80
III.	Änderung des Bauträgervertrags . . . . .	80
D.	Sicherung des Erwerbers . . . . .	81
I.	Umfang möglicher Änderungen . . . . .	81
II.	Triftige Gründe . . . . .	82
III.	Erfüllung konkreter Verpflichtungen . . . . .	84
IV.	Erfüllung sonstiger Verpflichtungen . . . . .	84
E.	Anforderungen des Grundbuchrechts . . . . .	84
I.	Rechtsprechung . . . . .	85
II.	Zweckmäßigkeit von Beschränkungen im Außenverhältnis . . . . .	85
III.	Im Außenverhältnis unbeschränkte Vollmacht . . . . .	86
F.	Beschränkung auf Notarstelle . . . . .	86
I.	Überwachung nur in Grundbuchangelegenheiten . . . . .	87
II.	Umfang der Überwachung . . . . .	87
III.	Zentralnotar . . . . .	88
IV.	Wirksamwerden der Überwachung . . . . .	88
G.	Unwiderruflichkeit der Vollmacht . . . . .	88
H.	Zeitliche Beschränkungen . . . . .	89
I.	Prüfbarkeit zeitlicher Beschränkungen . . . . .	89
II.	Wohnanlage . . . . .	89
III.	Gesamtbaumaßnahme . . . . .	90
IV.	Beschränkungen für jeden Erwerber . . . . .	90
I.	Regelungsort . . . . .	90
J.	Ausübung der Vollmacht . . . . .	90
I.	Evidenzkontrolle . . . . .	91
II.	Vorbescheid . . . . .	91
III.	Rechtsmittel . . . . .	91
K.	Gläubiger . . . . .	91
L.	Formulierungsvorschläge . . . . .	92
 <b>Kapitel 3: Vergütung/Erwerbspreis . . . . .</b>		<b>93</b>
A.	Höhe . . . . .	93

I.	Festpreisvereinbarung .....	93
1.	Sanierungsgebiet .....	95
2.	Gebäudeeinmessung .....	96
II.	Nachträgliche Bestimmung des Kaufpreises .....	96
III.	Preiserhöhungsklauseln .....	97
1.	Preiserhöhung wegen Baupreisentwicklung .....	99
2.	Umsatzsteuerklausel .....	99
3.	Rücktrittsrecht .....	103
B.	Kaufpreisausweisung .....	103
C.	Kaufpreisfälligkeit, Verzug .....	105
I.	Verzug .....	105
II.	Sanktionen für verspätete Zahlungen .....	107
1.	Fälligkeits-, Nutzungszins .....	107
2.	Vertragsstrafe .....	108
3.	Pauschalierter Schadensersatz .....	109
III.	Geldzahlung .....	109
IV.	»Bauzeitins« .....	110
V.	Widerrufsrecht .....	111
1.	Bauträgervertrag als Zahlungsaufschub .....	111
2.	Bauträgervertrag und Verbraucherkredit .....	112
3.	Nichteinhaltung der Vorschriften zum Beurkundungsverfahren .....	112
D.	Verjährung des Vergütungsanspruchs des Bauträgers .....	113
I.	Verjährungsfrist .....	113
1.	Differenzierung nach Vergütungsteilen .....	113
2.	Einheitliche Verjährung .....	113
II.	Verjährungsbeginn .....	114
III.	Regelungen zur Verjährung .....	114
E.	Weitere Zahlungspflichten .....	115
F.	Bauträgervertrag und Bauabzugssteuer .....	116
G.	Aufrechnungsverbote .....	117
 <b>Kapitel 4: Grundvoraussetzungen der Kaufpreisfälligkeit, § 3 Abs. 1 .....</b>		<b>119</b>
A.	Vorbemerkung .....	120
B.	§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 .....	121
I.	Rechtswirksamkeit des Vertrags .....	121
1.	Beurkundung .....	121
2.	Genehmigungen .....	121
3.	Verbundenheit mit Darlehensvertrag .....	122
II.	Vollzugsvoraussetzungen .....	122
III.	Bedingungen und Auflagen .....	124
IV.	Mitteilung des Notars .....	124
1.	Mitteilung gem. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 .....	124
2.	Mitteilung über die Grundvoraussetzungen der Kaufpreisfälligkeit .....	126
3.	Zugang der Mitteilung .....	127
V.	Rücktrittsrecht des Bauträgers .....	128
1.	Vertragliches Rücktrittsrecht .....	131
2.	Gesetzliches Rücktrittsrecht .....	131
3.	Einschränkung des Rückzahlungsanspruchs .....	132
4.	Sicherung des Rückzahlungsanspruchs .....	133
VI.	Rücktrittsrecht des Erwerbers .....	133
C.	§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 .....	133
I.	Bedenken gegen die Vormerkungslösung .....	134
II.	Sicherungswirkung der Vormerkung .....	135
1.	Dingliche Rechtsänderung .....	135
2.	Herstellungsanspruch .....	135
3.	Insolvenz des Bauträgers .....	136
III.	Eintragung der Vormerkung .....	138

1.	Eintragung, Notarbestätigung . . . . .	138
2.	Eintragung am Vertragsobjekt . . . . .	139
3.	Rangstelle . . . . .	144
4.	Vollmacht zu Rangrücktritt und Freigabe . . . . .	145
5.	Löschungserleichterungen für die Vormerkung . . . . .	146
IV.	Vollmacht zur Änderung der Teilungserklärung . . . . .	149
V.	»Abgetretene Vormerkung« . . . . .	149
D. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 i.V.m. Satz 2 bis 5 . . . . .		150
I.	Wege zur Sicherung der Lastenfreistellung. . . . .	153
1.	Freigabeversprechen . . . . .	153
2.	Rangrücktritt. . . . .	153
3.	Grundschildübernahme . . . . .	154
4.	Löschungs-, Pfandfreigabeerklärung . . . . .	155
II.	Das Freigabeverprechen . . . . .	157
1.	Vertrag Gläubiger/Erwerber. . . . .	157
2.	Anspruch auf Abgabe des Freigabeverprechens. . . . .	159
3.	Anspruch auf Freigabe. . . . .	159
4.	Anspruch auf Unterlassung der Zwangsvollstreckung . . . . .	160
5.	Kosten der Lastenfreistellung. . . . .	160
6.	Rückgabe der Verpflichtungserklärung. . . . .	161
III.	Notwendiger Inhalt der Freistellungsverpflichtung . . . . .	161
1.	»Vollendung des Bauvorhabens« . . . . .	162
2.	Zahlung bei Vollendung des Bauvorhabens . . . . .	164
3.	Zahlung bei Steckenbleiben des Baus. . . . .	165
IV.	Vorbehalt gem. § 3 Abs. 1 Satz 3. . . . .	167
1.	Vertragliche Zulassung des Rückzahlungsvorbehalts . . . . .	167
2.	Wahlschuld – Ersetzungsbefugnis . . . . .	168
3.	Ausübung des Rückzahlungsvorbehalts . . . . .	170
4.	Beschränkungen der Rückzahlungspflicht . . . . .	170
5.	Rückzahlungsvorbehalt und § 242 BGB . . . . .	173
6.	Löschung der Auffassungsvormerkung des Erwerbers? . . . . .	175
V.	Typische Klauseln . . . . .	177
1.	Aufrechnungsausschluss. . . . .	178
2.	Befristung, Bedingung. . . . .	178
3.	Form . . . . .	179
4.	Gutachten . . . . .	179
5.	Kaufpreiszahlung, -abtretung. . . . .	180
6.	Kosten . . . . .	184
7.	Löschung Auffassungsvormerkung. . . . .	184
8.	Mehrwertklausel . . . . .	185
9.	Mindestpreis . . . . .	185
10.	Rückgabe einer Bürgschaft nach § 7 . . . . .	186
11.	Sicherungszweck der Grundschild . . . . .	186
12.	Steckenbleiben des Baus . . . . .	187
13.	Verbindlichkeiten des Erwerbers . . . . .	187
14.	Vertragssumme/Verzugszinsen . . . . .	187
15.	Verschulden. . . . .	188
16.	Vollendung des Bauvorhabens . . . . .	188
17.	Vollmacht . . . . .	188
18.	Vorrang einräumung. . . . .	189
19.	Widerrufsrecht . . . . .	189
20.	Zug um Zug . . . . .	189
VI.	Einbeziehung des Freigabeverprechens in den Bauträgervertrag (Sätze 4 und 5) . . . . .	190
1.	Aushändigung, § 3 Abs. 1 Satz 4. . . . .	190
2.	Freigabeverprechen in der Beurkundung, § 3 Abs. 1 Satz 5 . . . . .	191
VII.	Pflichten des Notars. . . . .	192
VIII.	Risiken des Freigabeverprechens. . . . .	193
IX.	Anordnung nach § 50a Abs. 7 EStG . . . . .	195

X.	Zahlungsansprüche des Erwerbers gegen den Globalgläubiger . . . . .	195
	1. Rückzahlungsvorbehalt und Wahlschuld . . . . .	195
	2. Bereicherungsanspruch gegen den Globalgläubiger . . . . .	196
E.	§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 . . . . .	196
	I. Genehmigungspflichtige Bauvorhaben . . . . .	197
	1. Anfechtbarkeit der Baugenehmigung . . . . .	197
	2. Nachbarwiderspruch, Anfechtung der Baugenehmigung . . . . .	198
	3. Nachweis der Baugenehmigung . . . . .	199
	II. Genehmigungsfreie Bauvorhaben . . . . .	199
	1. Baugenehmigung trotz Genehmigungsfreiheit . . . . .	200
	2. Bestätigung der zuständigen Behörde . . . . .	200
	3. Erklärung des Bauträgers . . . . .	201
	III. Weitere Genehmigungserfordernisse zur Baumaßnahme und zur Nutzung . . . . .	202
<b>Kapitel 5: Zahlung nach Baufortschritt . . . . .</b>		<b>203</b>
A.	Vorbemerkung . . . . .	204
B.	Vorleistungspflicht des Bauträgers . . . . .	205
C.	Erfüllungssicherheit . . . . .	209
	I. Sicherung der Vertragserfüllung . . . . .	209
	1. Höhe . . . . .	209
	2. Zeitpunkt . . . . .	210
	3. Wahlrecht des Unternehmers . . . . .	210
	4. Einbehalt . . . . .	210
	5. Garantie, Erfüllungsbürgschaft . . . . .	211
	6. Sicherungszweck . . . . .	211
	7. Umfang der Sicherung . . . . .	211
	8. Rückgabe der Sicherheit . . . . .	212
	9. Einzelne Klauseln . . . . .	213
	II. Vertragsgestaltung . . . . .	213
	1. Regelungen im Vertrag . . . . .	213
	2. Regelung zur Rückgewähr der Sicherheit . . . . .	215
	3. Verwahrung der Erfüllungssicherheit durch den Notar . . . . .	215
D.	Ratenplan . . . . .	216
	I. Bemessungsgrundlage für die Raten . . . . .	216
	II. Ratenplan des § 3 Abs. 2 . . . . .	217
	1. Vom-Hundert-Sätze . . . . .	217
	2. Unterschreitung der Höchstsätze . . . . .	218
	3. Aufspaltung von Raten . . . . .	218
	4. Zahlung entsprechend dem Bauablauf in sieben Teilbeträgen . . . . .	219
	5. Mindesthöhe der Raten . . . . .	225
	III. Inhalt des Ratenplans des § 3 Abs. 2 Satz 2 . . . . .	225
	1. Erster Vom-Hundert-Satz: Beginn der Erdarbeiten . . . . .	225
	2. Zweiter Vom-Hundert-Satz: Rohbaufertigstellung einschließlich Zimmererarbeiten . . . . .	227
	3. Dritter Vom-Hundert-Satz: Herstellung der Dachflächen und Dachrinnen . . . . .	228
	4. Viertes Vom-Hundert-Satz: Rohinstallation der Heizungsanlagen . . . . .	228
	5. Fünfter Vom-Hundert-Satz: Rohinstallation der Sanitäranlagen . . . . .	229
	6. Sechster Vom-Hundert-Satz: Rohinstallation der Elektroanlagen . . . . .	230
	7. Siebter Vom-Hundert-Satz: Fenstereinbau einschließlich Verglasung . . . . .	230
	8. Achter Vom-Hundert-Satz: Innenputz, ausgenommen Beiputzarbeiten . . . . .	230
	9. Neunter Vom-Hundert-Satz: Estrich . . . . .	230
	10. Zehnter Vom-Hundert-Satz: Fliesenarbeiten im Sanitärbereich . . . . .	231
	11. Elfter Vom-Hundert-Satz: nach Bezugsfertigkeit und Zug um Zug gegen Besitzübergabe . . . . .	231
	12. Zwölfter Vom-Hundert-Satz: Fassadenarbeiten . . . . .	246
	13. Dreizehnter Vom-Hundert-Satz: vollständige Fertigstellung . . . . .	246
	IV. Mängel der Bauträgerleistung . . . . .	254
	1. Vor Abnahme festgestellte Mängel . . . . .	255

2.	Bei Abnahme festgestellte Mängel . . . . .	255
3.	Mängel des Gemeinschaftseigentums . . . . .	256
4.	Beweislast . . . . .	257
V.	Restarbeiten . . . . .	258
VI.	Baufortschritt bei Wohnungs- und Teileigentum . . . . .	258
1.	Sonder- und Gemeinschaftseigentum . . . . .	258
2.	Mehrhausanlagen . . . . .	259
3.	Verkaufsquote . . . . .	260
VII.	Wegfall von Gewerken, § 3 Abs. 2 Satz 3 . . . . .	260
VIII.	Anforderung der Rate, Nachweis des Baufortschritts . . . . .	262
1.	Anforderung der Raten . . . . .	262
2.	Bautenstandsbestätigung . . . . .	263
3.	Bautenstand bei Vertragsabschluss . . . . .	264
IX.	Prüfungsrecht . . . . .	265
X.	Grunderwerbsteuer und Ratenzahlung . . . . .	266
E.	Altbauvorhaben, § 3 Abs. 2 Satz 4 . . . . .	267
I.	Anwendbarkeit der MaBV . . . . .	267
II.	Entsprechende Anwendung des § 3 Abs. 2 Sätze 1 und 2 . . . . .	268
1.	Der Begriff »entsprechend« . . . . .	268
2.	Zuordnung von Gewerken . . . . .	269
III.	Bereits erbrachte Leistungen . . . . .	270
F.	Verkauf mehrerer Objekte . . . . .	272
I.	Mehrere Wohnungen . . . . .	272
II.	Erbbaurecht und Grundstück . . . . .	272
III.	Wohnung mit Garage o.ä. . . . .	272
G.	Teilflächenkauf . . . . .	274
 <b>Kapitel 6: Bürgschaft, § 7 . . . . .</b>		<b>275</b>
A.	Vorbemerkung . . . . .	275
B.	Bürgschaft und MaBV . . . . .	277
I.	Verstoß gegen die MaBV im Bauträgervertrag . . . . .	277
II.	Verstoß gegen die MaBV in der Bürgschaft . . . . .	278
III.	Prüfung durch den Notar . . . . .	278
C.	Sicherungsabrede, Vertragsgestaltung . . . . .	278
D.	Vorauszahlungen gegen Bürgschaft nach § 7 . . . . .	280
I.	Rechtsprechung . . . . .	280
II.	Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen . . . . .	281
III.	Voraussetzungen einer Vorauszahlungsvereinbarung . . . . .	281
IV.	Folgen einer unwirksamen Vorauszahlungsvereinbarung . . . . .	282
E.	Sicherungszweck und -umfang der Bürgschaft nach § 7 . . . . .	282
I.	Sicherungsumfang in Abschlagszahlungsfällen . . . . .	283
1.	Gesicherte Ansprüche . . . . .	283
2.	Grenzen der Sicherung . . . . .	284
II.	Sicherungsumfang in Vorauszahlungsfällen . . . . .	285
III.	Sicherungsumfang bei Wohnungseigentum . . . . .	287
F.	Austausch der Sicherungen der §§ 7 und 3, Vermischungsverbot . . . . .	287
I.	Vertragliche Zulassung . . . . .	287
II.	Vermischungsverbot . . . . .	288
1.	Abschmelzungsklauseln . . . . .	288
2.	Bürgschaft für die letzte(n) Rate(n) . . . . .	289
III.	Austausch der Sicherungen und Lastenfreistellung . . . . .	290
IV.	Austausch der Sicherungen und § 3 Abs. 2 Satz 1 . . . . .	290
V.	Austausch der Sicherungen und § 4 . . . . .	290
G.	Einzelfragen . . . . .	290
I.	Taugliche Bürgen . . . . .	290
II.	Selbstschuldnerische Bürgschaft . . . . .	291
III.	Form . . . . .	291

IV.	Bürgschaftsvertrag . . . . .	292
V.	Verwahrung der Bürgschaftsurkunde . . . . .	292
	1. Verwahrung durch den Notar . . . . .	292
	2. Rückgabevoraussetzungen . . . . .	293
	3. Vorzeitige Rückgabe der Bürgschaftsurkunde durch den Notar . . . . .	295
VI.	Globalbürgschaft . . . . .	295
VII.	Höhe der Bürgschaft . . . . .	296
VIII.	Rückgabe der Bürgschaft, Dauer der Bürgschaft . . . . .	297
IX.	Einzelne Bürgschaftsklauseln . . . . .	299
	1. Anpassung an Baufortschritt . . . . .	299
	2. Anpassung wegen Darlehensgewährung und Darlehensbürgschaft. . . . .	299
	3. Ausschluss von (Mängel-) Ansprüchen . . . . .	299
	4. Bedingungen, Befristungen . . . . .	300
	5. Beschränkung auf bestimmte Ansprüche . . . . .	300
	6. Beschränkung auf (vertragsgemäß) gezahlte Beträge . . . . .	300
	7. Erlöschen mit vollständiger Fertigstellung/Abnahme . . . . .	301
	8. Erlöschen mit Rückgabe der Bürgschaftsurkunde . . . . .	301
	9. Gerichtliche Feststellung des Rückzahlungsanspruchs . . . . .	301
	10. Hinterlegungsklausel . . . . .	302
	11. Inanspruchnahmevoraussetzungen. . . . .	302
	12. Kosten der Bürgschaft . . . . .	302
	13. Verschulden. . . . .	303
	14. Verweisung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen . . . . .	303
	15. Verzicht auf Rechte aus einem Freigabeverprechen . . . . .	304
	16. Zahlung auf bestimmtes Konto . . . . .	304
	17. Zahlung des vollen Kaufpreises . . . . .	304
H.	Verjährung . . . . .	304
I.	Prozessführungsbefugnis. . . . .	306
J.	Änderungen des Bauträgervertrags und Bürgschaft. . . . .	306
 <b>Kapitel 7: Einzugsermächtigung, Abbuchungsvollmacht, Zwischenfinanzierungskonto . .</b>		<b>307</b>
 <b>Kapitel 8: Zwangsvollstreckungsunterwerfung im Bauträgervertrag . . . . .</b>		<b>310</b>
A.	Vorbemerkung . . . . .	310
B.	Vollstreckungsunterwerfung des Bauträgers . . . . .	310
C.	Vollstreckungsunterwerfung des Erwerbers. . . . .	311
	I. Vollstreckungsunterwerfung mit Nachweisverzicht . . . . .	312
	II. Vollstreckungsunterwerfung ohne Nachweisverzicht . . . . .	313
	1. Bautenstand bei Beurkundung. . . . .	313
	2. Fälligkeit aufgrund Bürgschaft nach § 7 MaBV. . . . .	314
	III. Eingeschränkter Nachweisverzicht. . . . .	315
	1. Darlegung der Fälligkeit . . . . .	315
	2. Bestätigung des Bauleiters oder Architekten. . . . .	315
	3. Gutachter . . . . .	315
	IV. Widerspruchsrecht des Erwerbers . . . . .	316
	V. Vollstreckungsbürgschaft . . . . .	316
	VI. »Waffengleichheit«. . . . .	316
D.	Zwangsvollstreckungsunterwerfung und Abtretung . . . . .	317
 <b>Kapitel 9: Erschließungskosten . . . . .</b>		<b>318</b>
A.	Gesetzliche Regelung . . . . .	318
B.	Vertragsgestaltung . . . . .	319
	I. Festpreis, Herstellungsverpflichtung, Erschließungskosten. . . . .	319
	1. Bauvorhabenbezogene Kosten, »Ersterschließung«. . . . .	320
	2. Sonstige Erschließungskosten . . . . .	321

II.	Übernahme von Erschließungskosten durch den Erwerber . . . . .	322
III.	Rückzahlungsansprüche. . . . .	323
IV.	Rechtsbehelfe. . . . .	324
V.	Hinweispflichten des Notars . . . . .	324
VI.	Freistellungsanspruch, Sicherungen . . . . .	325
	1. Höhe der Sicherung. . . . .	325
	2. Dauer der Sicherung . . . . .	326
	3. Sicherungsmöglichkeiten . . . . .	326
VII.	Gesetzliches Zurückbehaltungsrecht . . . . .	327
<b>Kapitel 10: Eigentumsverschaffung . . . . .</b>		<b>329</b>
A.	Vorbemerkung . . . . .	329
B.	Amtspflichten des Notars nach Geldwäschegesetz . . . . .	330
C.	Auflassung . . . . .	332
	I. Gestaltungsmöglichkeiten . . . . .	332
	II. Unterschiede . . . . .	334
	1. Notarkosten. . . . .	334
	2. Beurkundungsbedürftigkeit von Vertragsänderungen. . . . .	334
	3. Durchsetzung des Eigentumsverschaffungsanspruchs, Prozesskostenrisiko. . . . .	336
	4. Insolvenz des Bauträgers . . . . .	337
D.	Sicherungsinteressen des Bauträgers und der finanzierenden Bank . . . . .	337
	I. Kaufpreiszahlung. . . . .	337
	1. Zug um Zug Regelung . . . . .	338
	2. Vereinbarter/geschuldeter Kaufpreis. . . . .	341
	3. Bestätigung des Bauträgers oder des Erwerbers . . . . .	341
	4. Zahlungsansprüche Dritter . . . . .	343
	5. Zinsen . . . . .	344
	6. Anspruch auf Eigentumsumschreibung vor vollständiger Zahlung. . . . .	344
	II. Abnahme. . . . .	347
	III. Rückgabe einer Bürgschaft. . . . .	347
	IV. Fertigstellung des Bauvorhabens . . . . .	347
E.	Eigentumsverschaffung bei Steckenbleiben des Baus . . . . .	347
F.	Vereinbarung des Eigentumsübergangs vor Zahlung . . . . .	348
<b>Kapitel 11: Bauleistung . . . . .</b>		<b>349</b>
A.	Objektive Anforderungen an die Bauleistung . . . . .	350
	I. Baurechtliche Vorgaben . . . . .	351
	1. Baugenehmigung. . . . .	351
	2. Erschließung . . . . .	351
	3. Normen des öffentlichen Rechts . . . . .	352
	II. Teilungserklärung, Aufteilungspläne . . . . .	353
	1. Teilungsplanwidrige Errichtung des Bauwerks . . . . .	354
	2. Änderung der baulichen Ausgestaltung . . . . .	356
	3. Kein einheitlicher Herstellungsanspruch für Gemeinschaftseigentum . . . . .	357
	III. Erbbaurecht. . . . .	358
B.	Vertragliche Regelungen zur Beschaffenheit . . . . .	359
	I. Bedeutung von vorvertraglichen Erklärungen und von Werbeaussagen (Prospekten) . . . . .	359
	1. Widersprüchliche Rechtsprechung? . . . . .	360
	2. Distanzierung von Werbeaussagen. . . . .	364
	II. Vereinbarungen zur Beschaffenheit . . . . .	365
	1. Funktionstauglichkeit des Werks . . . . .	366
	2. Beschaffenheitsvereinbarung – Beschaffenheitsmerkmale. . . . .	368
	3. Verweisung auf Ist-Beschaffenheit . . . . .	370
	III. Allgemein anerkannte Regeln der Technik. . . . .	371
	1. Zeitpunkt . . . . .	372
	2. DIN-Normen . . . . .	375

3.	Abweichende Vereinbarungen . . . . .	376
IV.	Energetische Anforderungen . . . . .	378
V.	Änderungen der Bauleistung . . . . .	379
1.	Änderungsvorbehalt . . . . .	380
2.	Leistungsbestimmungsrecht . . . . .	382
3.	Wahlrecht . . . . .	384
C.	Baubeschreibung . . . . .	384
I.	Beurkundungsumfang . . . . .	384
II.	Gesetzliche Anforderungen . . . . .	386
III.	Einzelne Klauseln . . . . .	390
1.	Vorbemerkung/Lyrik . . . . .	390
2.	Ausführung »gemäß Plan« . . . . .	391
3.	Ausführung »laut Angebot« . . . . .	391
4.	Ausstattung der Wohnung . . . . .	391
5.	Behindertengerecht; barrierefrei . . . . .	391
6.	Bemusterung . . . . .	392
7.	Bestimmungsrechte . . . . .	392
8.	Bodenaushub/Bodenklasse . . . . .	393
9.	Garantieabwehrklausel . . . . .	393
10.	Herstellerempfehlungen . . . . .	394
11.	KfW-Mittel . . . . .	394
12.	Rangfolgeklausel . . . . .	394
13.	Schlüsselfertig . . . . .	395
14.	Marke . . . . .	396
15.	oder gleichwertig . . . . .	396
16.	Preisangaben . . . . .	397
17.	»soweit erforderlich« . . . . .	398
18.	Technische Angaben . . . . .	398
19.	Negativklauseln . . . . .	398
20.	Vollständigkeitsklausel . . . . .	399
IV.	Mieterbaubeschreibung . . . . .	399
D.	Wohnfläche . . . . .	400
I.	Zentrales Beschaffenheitsmerkmal . . . . .	400
1.	Zu errichtendes Objekt . . . . .	400
2.	(Im Grundriss) fertiggestelltes Objekt . . . . .	401
II.	»Wohnfläche«, »Nutzfläche«, »Verkaufsfläche« . . . . .	401
III.	Berechnungsgrundlage . . . . .	402
IV.	Vereinbarungen zu Flächengrößen . . . . .	404
1.	Beschaffenheitsvereinbarung . . . . .	404
2.	Flächenabweichungen in der Wohnung . . . . .	405
3.	Toleranz- und Geringfügigkeitsklauseln . . . . .	405
4.	Eingeschränkte Beschaffenheitsvereinbarung . . . . .	407
5.	Änderungsvorbehalt . . . . .	407
V.	Minderflächen . . . . .	408
1.	Bedeutung der Abnahme . . . . .	408
2.	Bewertung der Minderfläche . . . . .	408
3.	Geringfügigkeitsabschlag . . . . .	408
VI.	Mehrflächen . . . . .	409
E.	Altbauvorhaben . . . . .	409
I.	Abgrenzung Total- und Teilsanierung . . . . .	411
1.	Totalsanierung . . . . .	411
2.	Teilsanierung . . . . .	412
3.	Schönheitsreparaturen, Renovierungsarbeiten . . . . .	413
II.	Untersuchungspflichten, Planungsaufgaben . . . . .	413
III.	Denkmalgeschützte Objekte . . . . .	414
IV.	Regeln der Technik . . . . .	414
V.	Vertragsgestaltung . . . . .	415
F.	Mehrhausanlagen . . . . .	415

I.	Parzellierte Vorhaben . . . . .	415
II.	Mehrhausanlagen nach WEG . . . . .	416
	1. Wohnungseigentumsrechtliche Ersterstellungs- verpflichtung bei Mehrhausanlagen . . . . .	417
	2. Bauliche Voraussetzungen . . . . .	418
	3. Anforderungen an die Gemeinschaftsordnung . . . . .	419
G.	Sonderwünsche . . . . .	420
I.	Begriff . . . . .	420
	1. Sonderwünsche bei Vertragsabschluss . . . . .	420
	2. Sonderwünsche nach Vertragsabschluss . . . . .	420
II.	Vertragliche Berücksichtigung nachträglicher Sonderwünsche . . . . .	422
	1. Grundsatz: kein Anspruch . . . . .	422
	2. Anspruch ohne Vereinbarung . . . . .	423
	3. Zulassung von Sonderwünschen . . . . .	424
	4. Mängel . . . . .	426
	5. Widerrufsrecht . . . . .	427
III.	Vergütung der Sonderwünsche . . . . .	427
	1. Fälligkeit der Sonderwunschvergütung . . . . .	428
	2. Baufortschritt . . . . .	430
	3. Nachweis der Kaufpreiszahlung, Auflassung . . . . .	430
IV.	Freigabeverprechen und Sonderwünsche . . . . .	431
V.	Beurkundungspflicht nachträglicher Sonderwünsche . . . . .	432
VI.	Digital abgewickelte Sonderwünsche . . . . .	433
H.	Fertigstellungstermin . . . . .	433
I.	Fertigstellung und Übergabe . . . . .	434
II.	Verbindliche Terminbestimmung . . . . .	435
	1. Bestimmtheit der Frist . . . . .	435
	2. Angemessenheit der Frist . . . . .	437
	3. Frühere Fertigstellung . . . . .	438
	4. Bezugsfertigkeit/vollständige Fertigstellung . . . . .	438
III.	Verlängerungsklauseln . . . . .	438
	1. Verlängerung durch einseitige Erklärung . . . . .	439
	2. Behinderungen (insb. höhere Gewalt) . . . . .	439
	3. Witterungseinflüsse . . . . .	440
	4. Gründe aus der Sphäre des Erwerbers . . . . .	441
	5. Zahlungsverzug . . . . .	442
IV.	Absprachen nach Vertragsschluss . . . . .	442
V.	Verzug des Bauträgers . . . . .	442
	1. Schadensersatz . . . . .	442
	2. Haftungsbeschränkung . . . . .	443
	3. Pauschalierter Schadensersatz, Vertragsstrafe . . . . .	443
	4. Zahlungen an Subunternehmer . . . . .	444
I.	Verjährung des Herstellungsanspruchs . . . . .	444
J.	Anspruch auf Unterlagen . . . . .	445
I.	Bau- und Betriebsunterlagen . . . . .	445
	1. Ansprüche nach § 650n BGB . . . . .	445
	2. Ansprüche analog § 650n BGB . . . . .	447
	3. Weitergehende Ansprüche . . . . .	447
	4. Fälligkeit . . . . .	450
	5. Form . . . . .	450
	6. Erfüllung . . . . .	450
II.	Energieausweis . . . . .	451
	1. Aushändigung des Energieausweises . . . . .	451
	2. Energieausweis und geschuldete Beschaffenheit . . . . .	452
	<b>Kapitel 12: Abnahme . . . . .</b>	<b>453</b>
A.	Gesetzliche Regelung . . . . .	453
I.	Inhalt . . . . .	453

II.	Leitbild .....	455
III.	Folgen einer fehlenden oder unwirksamen Abnahme.....	456
	1. Mängelansprüche.....	456
	2. Regeln der Technik .....	456
	3. Verwirkung .....	456
	4. Verjährung.....	457
IV.	Voraussetzungen der Abnahme .....	458
V.	Formen der Abnahme .....	458
	1. Förmliche Abnahme .....	458
	2. Konkludente Abnahme .....	460
	3. Fiktion der Abnahme.....	462
VI.	Klage wegen Abnahme .....	463
B.	Vertragliche Regelungen im Bauträgervertrag .....	464
I.	Teilabnahme .....	464
	1. Abnahme für einzelne Teile der Gesamtleistung.....	464
	2. Abnahme wegen Eigenleistungen.....	464
II.	Teilabnahme bei Wohnungs- und Teileigentum.....	465
	1. Getrennte Abnahme von Sonder- und Gemeinschaftseigentum.....	466
	2. Umfang der Abnahme bei Bezugsfertigkeit und Übergabe.....	467
	3. Gemeinschaftseigentum im Bereich von Sondereigentum .....	469
	4. Abnahme bei Mehrhausanlagen.....	471
III.	(Teil-) Abnahme und Übergabe .....	472
IV.	Teilabnahme und Gefahrübergang.....	473
V.	Abnahme und Eigentumsverschaffung.....	474
VI.	Klauseln zur Fiktion der Abnahme .....	475
	1. Ingebrauchnahme, vorzeitiger Bezug .....	475
	2. Nichterscheinen zum Abnahmetermin .....	476
	3. Regelungen zu § 640 Abs. 2 BGB .....	476
VII.	Mehrere Erwerber .....	477
C.	Abnahme des Gemeinschaftseigentums .....	477
I.	Gesetzgebung .....	477
II.	Grundsatz: Individuelle Abnahme .....	478
III.	Abnahme durch die Eigentümergemeinschaft .....	479
IV.	Abnahme aufgrund Vollmacht.....	480
	1. Unwiderrufliche Abnahmevollmacht .....	481
	2. Abnahme durch den Verwalter .....	482
	3. Abnahme durch vom Bauträger benannte Personen, z.B. Sachverständige oder Architekten .....	483
	4. Abnahme durch Verwaltungsbeirat oder Abnahmeausschuss .....	485
	5. Benennung des Bevollmächtigten durch Eigentümergemeinschaft.....	485
	6. Benennung des Bevollmächtigten durch Dritte .....	486
	7. Kosten der Abnahme bzw. einer Stellvertretung.....	486
	8. Abnahmevollmacht und Rechtsdienstleistungsgesetz .....	487
	9. Anerkennung der Vollmacht aufgrund Rechtsscheins .....	489
	10. Vollmacht in Gemeinschaftsordnung oder Beschlüssen .....	489
V.	Billigungsmodell .....	490
D.	Abnahme in Nachzüglerfällen .....	491
I.	Übernahme einer früheren Abnahme.....	492
II.	Abnahme mit Vertragsschluss .....	493
E.	Zurechnung der Abnahme aus einem anderen Vertragsverhältnis.....	493
F.	Exkurs: Synchronisation der Rechte von Erwerbern und Auftragnehmern des Bauträgers .....	493
 <b>Kapitel 13: Versorgungsverträge u.ä. ....</b>		 495
 <b>Kapitel 14: Haftung des Bauträgers .....</b>		 500
A.	Pflichten des Bauträgers .....	501

I.	Vorvertragliche Pflichten . . . . .	501
II.	Vertragliche Nebenpflichten . . . . .	502
III.	Selbstständige Beratung . . . . .	502
IV.	Prospekthaftung . . . . .	503
B.	Haftung für Rechtsmängel . . . . .	504
C.	Haftung für Sachmängel . . . . .	505
I.	Haftung für das Grundstück . . . . .	505
II.	Haftung für das Bauwerk . . . . .	506
1.	Mangel . . . . .	506
2.	Mängelansprüche . . . . .	506
3.	Betretungsrechte wegen (etwaigen) Mängeln . . . . .	509
4.	Verjährung . . . . .	510
5.	Mehrere Bauträger . . . . .	511
III.	Digitale Produkte . . . . .	511
1.	§§ 327 ff. BGB, Anwendungsbereich . . . . .	511
2.	Pflichten des Unternehmers . . . . .	512
3.	Vertragsgestaltung . . . . .	512
D.	Erweiterung der Rechte des Erwerbers . . . . .	514
E.	Regelungen zur Haftungsbeschränkung . . . . .	515
I.	Neubau/Altbau . . . . .	515
1.	Vorstellungen der Beteiligten . . . . .	515
2.	Alter und Nutzung des Vertragsobjekts . . . . .	516
3.	Differenzierung Sonder- und Gemeinschaftseigentum . . . . .	517
II.	Belehrung und Erörterung . . . . .	517
III.	Transparenz . . . . .	518
IV.	Allgemeine Grenzen haftungsbeschränkender Regelungen . . . . .	519
1.	Verletzung von Kardinalpflichten . . . . .	519
2.	Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit; Vorsatz, grobe Fahrlässigkeit . . . . .	520
3.	Arglist; Garantien . . . . .	521
4.	Mitverkaufte bewegliche Gegenstände . . . . .	521
V.	Einzelne Klauseln zu Sachmängeln . . . . .	522
1.	Abtretung der Ansprüche gegen Baubeteiligte . . . . .	522
2.	Altbausanierung . . . . .	526
3.	Anzeigepflicht für Mängel; Ausschlussfristen . . . . .	526
4.	Ausschluss des Rücktrittsrechts . . . . .	527
5.	Ausschluss von Rechten bei Verzug . . . . .	527
6.	Denkmaleigenschaft . . . . .	528
7.	Einschränkung von Minderung, Rücktritt und des Rechts zur Selbstvornahme . . . . .	528
8.	Einschränkung der Hemmung und des Neubeginns von Verjährungsfristen . . . . .	529
9.	Einschränkung von Schadensersatzansprüchen; Aufrechnungsverbot . . . . .	530
10.	Einschränkung von Zurückbehaltungsrechten . . . . .	531
11.	Gefälligkeitshalber erbrachte Leistungen . . . . .	531
12.	Fiktion der Mangelfreiheit . . . . .	531
13.	Grundstücksmängel . . . . .	532
14.	Kenntnis des Mangels . . . . .	533
15.	Mangeldefinition . . . . .	533
16.	Nachzügler . . . . .	533
17.	Preisnachlass . . . . .	536
18.	Protokollmängel . . . . .	537
19.	Sonderwünsche . . . . .	537
20.	Verkauf »als gebraucht« . . . . .	538
21.	Vereinbarung von Kaufvertragsrecht . . . . .	538
22.	Verkürzung von Verjährungsfristen . . . . .	539
23.	Verschleißteile . . . . .	541
24.	Vorbehalt eigener Regressmöglichkeit . . . . .	541
25.	Wohnfläche . . . . .	541
26.	Wohnungseigentum . . . . .	541
F.	Mängelhaftung bei Verträgen mit einem Insolvenzverwalter . . . . .	542

I.	Erfüllung abgeschlossener Verträge .....	542
II.	Neue Verträge des Insolvenzverwalters .....	542
G.	Kündigung des Bauträgervertrags .....	543
I.	Gesetzliche Regelung .....	543
1.	Freies Kündigungsrecht .....	543
2.	Kündigung aus wichtigem Grund .....	543
II.	Vertragliches Kündigungsrecht .....	546
1.	Kündigung aus wichtigem Grund .....	546
2.	Freies Kündigungsrecht .....	548
III.	Alternative: Eigentumsverschaffung .....	549
 <b>Kapitel 15: Schiedsklausel, Verbraucherstreitbeilegung .....</b>		<b>550</b>
 <b>Kapitel 16: Finanzierung des Erwerbspreises .....</b>		<b>551</b>
A.	Finanzierungsplan, Finanzierungsnachweis .....	551
B.	Kreditsicherung .....	551
I.	Kreditsicherungsmöglichkeiten .....	551
II.	Sicherung des Verkäufers .....	553
III.	Vollmacht zur Grundpfandrechtsbestellung .....	554
C.	Kaufpreisfinanzierung und Bürgschaft nach § 7 .....	555
 <b>Kapitel 17: Aufhebung eines Bauträgervertrags .....</b>		<b>557</b>
 <b>Kapitel 18: Vertragsmuster .....</b>		<b>560</b>
A.	Bauträgervertrag hinsichtlich einer neu zu errichtenden Eigentumswohnung .....	560
B.	Varianten und Ergänzungen .....	570
I.	Regelungen zu Sonderwünschen/Eigenleistungen .....	570
II.	Kaufpreisanpassungsklauseln .....	571
III.	Bürgschaft nach § 7 .....	572
1.	Bürgschaft ersetzt Voraussetzungen nach § 3 Abs. 1 MaBV (Aushändigung an Erwerber) .....	572
2.	Bürgschaft ersetzt Voraussetzungen nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1–3 MaBV mit Verwahrung durch den Notar (vgl. Kap. 6 Rdn. 47 f.) .....	573
3.	Bürgschaftsverwahrung durch den Notar, Rückgabe mit Zustimmung des Erwerbers .....	573
IV.	Fälligkeitsregelungen .....	574
1.	Bei Vertragsschluss ist bereits ein i.S.d. § 3 Abs. 2 MaBV relevanter Baufortschritt erreicht .....	574
2.	»Flexible Fälligkeitsregelung« i.S.d. § 3 Abs. 2 MaBV .....	574
3.	Fälligkeitsregelung, die – ohne Festlegung im Einzelnen – sowohl dem Vorauszahlungsverbot als auch den Anforderungen der MaBV Rechnung tragen soll .....	575
4.	Vorauszahlungsvereinbarung .....	575
V.	Regelungen zu § 650m Abs. 2 BGB .....	577
1.	Sicherheit nach § 650m Abs. 2 BGB liegt vor .....	577
2.	Wahlrecht des Bauträgers im Rahmen des § 650m Abs. 2 BGB .....	577
3.	Verwahrung durch den Notar .....	577
VI.	Abnahme .....	578
1.	Abnahme/Übergabe nach vollständiger Fertigstellung .....	578
2.	Vorbegehung durch Sachverständigen .....	578
VII.	Erschließungskosten .....	579
1.	Abstrakte Sicherung des Erwerbers .....	579
2.	Erschließungskosten trägt Erwerber .....	579
VIII.	Haftung .....	579
1.	Betretungsrecht des Veräußerers zur Prüfung auf Mängel .....	579
2.	Abtretung der Ansprüche gegen Baubeteiligte .....	579

3.	Abtretungsverpflichtung für einzelne Ansprüche an die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer .....	580
4.	Sicherung von Mängelansprüchen durch Anderkonto .....	580
IX.	Bauträgervollmacht .....	581
C.	Sonderregelungen bei Mehrhausanlagen .....	583
D.	Bauträgervertrag hinsichtlich einer Altbauwohnung mit Sanierungsverpflichtung .....	584
E.	Bauträgervertrag hinsichtlich eines Wohnungserbbaurechts .....	586
F.	Bauträgervertrag über ein Gebäude auf einer noch zu vermessenden Grundstücksteilfläche mit Baubeschreibung .....	589
G.	Baubeschreibung .....	593
I.	Allgemein anerkannte Regeln der Technik .....	594
II.	Versorgungs- und Wartungsverträge .....	595
III.	Smart Home .....	595
H.	Tausch mit dem Bauträger .....	595
I.	Kauf-/Bauträgervertrag .....	596
II.	Nachtrag .....	603
I.	Nachzüglerkaufvertrag .....	606
J.	Schreiben des Notars im Rahmen der Vertragsabwicklung .....	611
I.	Fälligkeitsschreiben .....	611
II.	Anschreiben Verkäufer .....	612
K.	Freigabeversprechen, § 3 MaBV .....	612
L.	Bürgschaft, § 7 MaBV .....	613
M.	Verzicht auf die Anwendbarkeit der MaBV gem. § 7 Abs. 2 MaBV .....	614
	Stichwortverzeichnis .....	615

## Kapitel 3: Vergütung/Erwerbspreis

Übersicht	Rdn.		Rdn.
A. Höhe	1	III. Geldzahlung	55
I. Festpreisvereinbarung	1	IV. »Bauzeitins«	57
1. Sanierungsgebiet	5	V. Widerrufsrecht	58
2. Gebäudeeinmessung	7	1. Bauträgervertrag als Zahlungsaufschub	59
II. Nachträgliche Bestimmung des Kaufpreises	8	2. Bauträgervertrag und Verbraucherkredit	63
III. Preiserhöhungsklauseln	11	3. Nichteinhaltung der Vorschriften zum Beurkundungsverfahren	64
1. Preiserhöhung wegen Baupreisentwicklung	16	D. Verjährung des Vergütungsanspruchs des Bauträgers	65
2. Umsatzsteuerklausel	18	I. Verjährungsfrist	65
a) Berechnung der konkreten Mehr- oder Minderbelastung	22	1. Differenzierung nach Vergütungsteilen	66
b) Anpassung einzelner Raten	24	2. Einheitliche Verjährung	67
3. Rücktrittsrecht	31	II. Verjährungsbeginn	68
B. Kaufpreisausweisung	34	III. Regelungen zur Verjährung	69
C. Kaufpreisfälligkeit, Verzug	41	E. Weitere Zahlungspflichten	72
I. Verzug	42	F. Bauträgervertrag und Bauabzugssteuer	74
II. Sanktionen für verspätete Zahlungen	49	G. Aufrechnungsverbote	75
1. Fälligkeits-, Nutzungszins	50		
2. Vertragsstrafe	53		
3. Pauschalierter Schadensersatz	54		

### A. Höhe

#### I. Festpreisvereinbarung

Der Erwerber schuldet dem Bauträger regelmäßig eine Gegenleistung in Geld. Nach § 16a GwG kann die Gegenleistung nicht wirksam in Form von Gold, Platin, Edelsteinen oder Kryptowerten geleistet werden (vgl. Rdn. 55). Möglich bleiben Tauschverträge (vgl. Kap. 1 Rdn. 96 ff.).

Auf die geschuldete Leistung findet ganz überwiegend der dem Kaufrecht (§ 433 Abs. 2 BGB) entlehnte Begriff »Kaufpreis« Verwendung.<sup>1</sup> In Anlehnung an § 632 BGB kommt auch der Begriff »Vergütung« in Betracht,<sup>2</sup> zuweilen findet sich die Bezeichnung »Erwerbspreis«,<sup>3</sup> »Preis«<sup>4</sup> oder »Entgelt«.<sup>5</sup> Auf den verwendeten Begriff kommt es freilich nicht wirklich an (vgl. Kap. 1 Rdn. 17).

Regelmäßig wird in Bauträgerverträgen ein **Festpreis** (Pauschalpreis) für Grundstück und Bauleistungen vereinbart. Dabei trägt der Bauträger das Kalkulationsrisiko,<sup>6</sup> Baugrundrisiken<sup>7</sup> und das Risiko der Baupreisentwicklung (zu abweichenden Regelungen Rdn. 8 ff.). Ihn treffen insb. die Grundstücks-, Planungs-, Architekten-, Bau-, Bauneben-, Genehmigungs-, Vermessungs-, Vermarktungskosten, die Kosten seiner eigenen Baufinanzierung und der Aufteilung in Wohnungseigen-

1 Vgl. *Schiffner* in Reithmann/Terbrack, Kauf vom Bauträger, Kapitel C. Rn. 209; kritisch *Schulz*, NotF Bauträgerrecht, § 6 Rn. 86.

2 *Wochner* in Kölner Formularbuch Grundstücksrecht, Kap. 7, Rn. 44.

3 Vgl. BGH 09.12.2010 – VII ZR 206/09 – DNotZ 2011, 351; *Schulz*, NotF Bauträgerrecht, § 6 Rn. 84.

4 *Blank*, Bauträgervertrag, Rn. 68.

5 *Wochner* in Kölner Formularbuch Grundstücksrecht, Kap. 7, Rn. 46.

6 BGH 07.07.1998 – X ZR 17/97 – BGHZ 139, 177, 187.

7 Vgl. *Bolz* NJW 2022, 1709.

tum sowie die Erschließungskosten (hierzu näher Kap. 9 Rdn. 8 ff.); auf den Planungsanteil ist die HOAI nicht anwendbar.<sup>8</sup>

Nicht im Festpreis enthalten sind regelmäßig die Kaufnebenkosten, also die anfallenden Notar- und Grundbuchkosten, die Grunderwerbsteuer, die mit der seitens des Erwerbers erforderlichen Finanzierung verbundenen Kosten sowie die Kosten für etwaige Sonderwünsche (hierzu Kap. 11 Rdn. 176 ff.).

- 2 Vereinbarungen über die Höhe des zu zahlenden Entgelts unterliegen nicht der Kontrolle gem. §§ 307 bis 309 BGB,<sup>9</sup> da sie keine von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen darstellen (§ 307 Abs. 3 Satz 1 BGB). Sie müssen aber klar und verständlich abgefasst sein (näher zum Transparenzgebot Kap. 1 Rdn. 21) und dürfen nicht überraschend sein (§ 305c Abs. 1 BGB). Unter diesen Voraussetzungen erscheint es auch unproblematisch, wenn bestimmte Arbeiten, die man vielleicht im Allgemeinen beim Erwerb vom Bauträger erwarten kann (zur »Schlüsselfertigkeit« vgl. Kap. 11 Rdn. 105), aus dem Leistungskatalog herausgenommen werden (z.B. Fliesenarbeiten oder auch die Herstellung der Außenanlagen, die dann vom Erwerber oder der Erwerbbergemeinschaft zu erstellen sind). An die Klarheit und Transparenz solcher Vereinbarungen sind auch deshalb hohe Anforderungen zu stellen, weil das Interesse des Erwerbers, nicht über seine im Festpreis dokumentierte Leistungsgrenze in Anspruch genommen zu werden, besonders schutzwürdig ist.<sup>10</sup> Es genügt daher nicht ohne Weiteres, dass die betreffenden Arbeiten in der Baubeschreibung nicht aufgeführt sind; eine ausdrückliche »Nichtleistungsbeschreibung« ist zu empfehlen (vgl. Kap. 11 Rdn. 162).

Im Lichte der Rechtsprechung des EuGH kann es sich empfehlen, die **geschätzten Kosten** anzugeben, die sich aufgrund einer diesbezüglichen Bestimmung für den Verbraucher ergeben. Danach muss der Verbraucher in die Lage versetzt werden, seine Entscheidung mit Bedacht und in voller Kenntnis der wirtschaftlichen Folgen des Vertragsabschlusses zu treffen.<sup>11</sup>

- 3 Soweit Klauseln eine Zahlungsverpflichtung abweichend von Rechtsvorschriften oder entgegen dem übrigen Inhalt des Vertrags begründen sollen, können sie gegen § 307 BGB verstoßen.<sup>12</sup> Sie müssen insbesondere dem *Transparenzgebot* (Kap. 1 Rdn. 21) entsprechen. Der Inhaltskontrolle unterliegen insb. Klauseln, die entgegen einer (den Vertrag typischerweise prägenden) **Festpreisvereinbarung** eine zusätzliche Zahlungsverpflichtung begründen, sei es in Form eines unmittelbar an den Unternehmer zu zahlenden Entgelts, sei es, dass dieser von Kosten und Aufwendungen, die er typischerweise selbst zu leisten hat, freigestellt werden soll. Unzulässig sind insofern Klauseln, mit denen ein Unternehmer typischerweise von ihm zu tragende Kosten auf den Auftraggeber/Erwerber abzuwälzen sucht, z.B. dass bei einem Bauträgervertrag der Erwerber separat Kosten für *Aushub und Verfüllung der Baugrube*<sup>13</sup> oder (anteilig) die Kosten der Teilungserklärung<sup>14</sup> tragen soll. Da die Beseitigung des Abfalls zum geschuldeten Werkerfolg gehört,<sup>15</sup> dürfte eine Klausel, nach der entsprechende Arbeiten (*Baureinigung*) Sache des Erwerbers sind oder dieser die hierfür entstehenden Kosten zu tragen hat,

8 BGH 22.05.1997 – VII ZR 290/95 – BGHZ 136, 1.

9 BGH 19.11.1991 – X ZR 63/90 – BGHZ 116, 117 m.w.N. – Eine Grenze stellt die sittenwidrige Übertreibung dar, wenn also der Kaufpreis 90 % des marktüblichen Preises übersteigt, vgl. BGH 09.12.2021 – V ZB 25/21 – DNotZ 2022, 271; BGH 05.12.2019 – III ZR 112/18 – DNotZ 2020, 330 mit Anm. Ott; BGH 24.01.2014 – V ZR 249/12 – NJW 2014, 1652.

10 BGH 20.05.1985 – VII ZR 198/84 – BGHZ 94, 335, 341.

11 EuGH 12.01.2023 – C-395/21 – NJW 2023, 903 für Stundenhonorarvereinbarungen eines Rechtsanwalts.

12 Vgl. BGH 10.06.1999 – VII ZR 365/98 – BGHZ 142, 46 (pauschaliertes Entgelt für Bauwasser i.H.v. 1,2 % des Endbetrags der Schlussrechnung in AGB des Bauunternehmers wirksam); BGH 06.07.2000 – VII ZR 73/00 – NJW 2000, 3348 (Klausel in AGB des Auftraggebers, wonach dieser eine Bauwesenversicherung abschließt und die anteilige Prämie mit 2,5 % von der Schlusssumme in Abzug gebracht wird, wirksam).

13 BGH 29.09.1983 – VII ZR 225/82 – NJW 1984, 171.

14 Meyer RNotZ 2006, 497, 519 f.

15 BGH 06.07.2000 – VII ZR 73/00 – NJW 2000, 3348.

unwirksam sein.<sup>16</sup> Das Gleiche wird für Klauseln gelten, nach denen Kosten für Heizung, Wasser u.ä. vor Übergabe vom Erwerber zu tragen sind, nachdem sie die Herstellung des Bauwerks betreffen und vom Erwerber nur nach Besitzübergang zu erwarten sind. Entsprechendes kann für Klauseln in Bauträgerverträgen gelten, nach denen mit dem Grundbesitz verbundene laufende Kosten, auch soweit sie vor *Besitzübergang* anfallen, vom Erwerber zu tragen sind (z.B. Grundsteuer, Brandversicherungskosten oder Wohngeldzahlungen).

In einem Bauträgervertrag, der eine Abwicklung nach § 7 vorsieht, ist eine Klausel, nach der die mit der *Bürgschaft* verbundenen Kosten (Avalprovision) vom Käufer zu tragen sind, unwirksam.<sup>17</sup>

Auch wenn **Vertriebskosten** grds. Sache des Bauträgers sind, bestehen keine Bedenken gegen eine ausdrückliche Vereinbarung, dass der Erwerber eine Maklerprovision zu zahlen hat, sofern den Anforderungen der §§ 656a ff. BGB Rechnung getragen wird.<sup>18</sup>

### 1. Sanierungsgebiet

Liegt ein Grundstück in einem **Sanierungsgebiet** i.S.d. §§ 136 ff. BauGB, können Ausgleichszahlungen für sanierungsbedingte Werterhöhungen anfallen (§ 154 BauGB). Sie treffen öffentlich-rechtlich den Grundstückseigentümer. Der Ausgleichsbetrag ist grds. nach Abschluss der Sanierung zu entrichten. Unter den Voraussetzungen des § 154 Abs. 3 Satz 3 BauGB – insb. im Hinblick auf eine Veräußerungsabsicht – hat der Eigentümer Anspruch auf die vorzeitige Festlegung des Ausgleichsbetrags. Es können auch Vorauszahlungen verlangt und Ablösungsvereinbarungen getroffen werden.

Im Rahmen der vor Abschluss des Sanierungsverfahrens erforderlichen sanierungsrechtlichen Genehmigung findet eine **Preiskontrolle** statt. Ist im Grundstückskaufpreis die sanierungsbedingte Wert-erhöhung oder der künftige mutmaßliche Ausgleichsbetrag enthalten, wird die Genehmigung regelmäßig verweigert, da damit die Durchführung des Sanierungsverfahrens erschwert würde.<sup>19</sup> Die Gestaltungsfreiheit der Vertragsbeteiligten ist insofern eingeschränkt; der Veräußerer kann also nicht den Ausgleichsbetrag übernehmen und sich verpflichten, den Erwerber von einer Inanspruchnahme freizustellen.<sup>20</sup> Um die Unwirksamkeit des Vertrags im Fall der Verweigerung der Genehmigung zu vermeiden, sollte der im Bauträgervertrag vereinbarte »Festpreis« also in der Weise eingeschränkt werden, dass der Erwerber künftige Ausgleichsbeträge zahlen muss und den Veräußerer von einer Inanspruchnahme freizustellen hat, wenn dieser vielleicht als (Noch-) Eigentümer öffentlich-rechtlich Schuldner dieser Zahlung ggü. der Gemeinde ist.

Ange-sichts der häufig anderen Erwartungen der Vertragsteile und insb. des Erwerbers erscheint ein nachdrücklicher Hinweis auf die damit möglicherweise verbundenen zusätzlichen Belastungen geboten.<sup>21</sup> Wenn dies vermieden werden soll, kann der Bauträger eine Ablösungsvereinbarung gem. § 154 Abs. 3 Satz 2 BauGB oder eine vorzeitige Festlegung des Ausgleichsbetrags gem. § 154 Abs. 3 Satz 3 BauGB anstreben.

Die Übernahme der Verpflichtung zur Leistung des Ausgleichsbetrags durch den Erwerber ist im Lichte der MaBV unbedenklich. Der Ausgleichsbetrag ist insb. nicht Teil des Grundstückskaufpreises. Der übernommene Ausgleichsbetrag kann daher grds. unabhängig von den Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 und 2 geleistet werden. Zur Sicherung des Erwerbers kann sich jedoch eine Regelung für den Fall empfehlen, dass im Zeitpunkt der Fälligkeit von Zahlungen auf den Ausgleichsbetrag die Voraussetzungen der Kaufpreisfälligkeit noch nicht gegeben sein sollten. Der Veräußerer kann

<sup>16</sup> Schulz, NotF Bauträgerrecht, § 6 Rn. 91.

<sup>17</sup> LG Bremen 14.12.1993 – 1 S 382/93 – NJW-RR 1994, 476.

<sup>18</sup> Vgl. Meier ZNotP 2022, 360 (dort S. 363 auch zur Anwendbarkeit auf Bauträgerverträge).

<sup>19</sup> Schönert/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 3889; DNotI-Report 1997, 144.

<sup>20</sup> Vgl. Zahn in Grziwotz/Koeble, Handbuch Bauträgerrecht, Kap. 6 Rn. 20 ff.

<sup>21</sup> Vgl. EuGH 12.01.2023 – C-395/21 – NJW 2023, 903 für Stundenhonorarvereinbarungen eines Rechtsanwalts.

sich für diesen Fall verpflichten, solche vom Erwerber übernommene Zahlungen zu verauslagern; der Erwerber wird sich dann verpflichten, dem Veräußerer den verauslagten Betrag gegen Rechnungslegung mit dem Kaufpreis bzw. der ersten Kaufpreisrate zu erstatten. Sofern sich ein Globalgläubiger nicht bereifindet, die Rückzahlungspflicht bei Regelungen i.S.d. § 3 Abs. 1 Satz 3 auch auf solche vom Erwerber an die Gemeinde gezahlten Beträge zu erstrecken, kann eine Erstattung durch den Erwerber an den Veräußerer mit der letzten Kaufpreisrate vorgesehen werden.

## 2. Gebäudeeinmessung

- 7 Wird ein Gebäude errichtet oder in seinem Grundriss verändert, erfolgt aufgrund öffentlichen Rechts eine **Gebäudeeinmessung**.<sup>22</sup> Einzelheiten regelt das jeweilige Landesrecht. Der entsprechende Antrag ist vom Grundstückseigentümer spätestens nach Baufertigstellung zu stellen.<sup>23</sup> Eine Gebäudeeinmessung kann aber bereits nach Rohbaufertigstellung erfolgen. Kostenschuldner ist der Antragsteller.<sup>24</sup>

Ohne Regelung zu diesen Kosten im Bauträgervertrag wird die damit verbundenen Kosten der Bauträger zu tragen haben. Hierfür spricht, dass die Verpflichtung, den Antrag auf Gebäudeeinmessung zu stellen, öffentlich-rechtlich den Eigentümer trifft und dies in aller Regel zum maßgeblichen Zeitpunkt der Bauträger sein wird. Auch wenn die Gebäudeeinmessung nicht im engeren Sinne zum Herstellungsaufwand für das Gebäude gerechnet werden kann,<sup>25</sup> und sie auch nicht Voraussetzung für die Benutzbarkeit des Gebäudes ist, wird eine Auslegung des Bauträgervertrags regelmäßig dazu führen, dass auch die nur entfernt mit der Bauwerkserrichtung zusammenhängenden Gebäudeeinmessungskosten vom Bauträger zu tragen sind.

Jedoch können die Vertragsteile vereinbaren, dass Kosten der Gebäudeeinmessung vom Erwerber zu tragen sind.<sup>26</sup> Anlass hierfür kann geben, dass die Gebäudeeinmessung oft geraume Zeit nach Baufertigstellung bzw. Antragstellung erfolgt. Im Hinblick auf das Transparenzgebot kann es geboten sein, die konkret zu erwartenden Kosten anzugeben (vgl. Kap. 1 Rdn. 21).

Ist die Gebäudeeinmessung nach dem Vertrag Sache des Bauträgers, beginnt die Verjährung des Anspruchs gegen den Bauträger auf Veranlassung der Einmessung und Übernahme der dafür entstehenden Kosten mit der Fertigstellung des Objekts.<sup>27</sup>

## II. Nachträgliche Bestimmung des Kaufpreises

- 8 Es kann im Interesse beider Vertragsteile liegen, dass zunächst nur ein vorläufiger Kaufpreis vereinbart wird, der nachträglich an tatsächliche Umstände anzupassen ist.

Dies gilt etwa beim Verkauf einer noch zu vermessenden **Teilfläche**. Eine vertraglich vereinbarte Anpassung des Kaufpreises (nach oben oder unten) nach Maßgabe der sich durch Vermessung ergebenden tatsächlichen Flächengröße ist zwar nicht zwingend, scheint aber jedenfalls dann interessengerecht, wenn nicht unerhebliche Abweichungen in Rede stehen können<sup>28</sup> (vgl. auch Kap. 14 Rdn. 88 ff.). Es ist dann zu erwägen, die Fälligkeit der letzten Rate auch davon abhängig zu machen, dass das amtliche Messungsergebnis vorliegt (vgl. Kap. 5 Rdn. 39).<sup>29</sup>

22 Vgl. z.B. Art. 8, 14 Abs. 2 BayVermessungs- und KatasterG; § 16 Vermessungs- und KatasterG-NRW.

23 Vgl. z.B. § 16 Abs. 1 VermKatG NRW.

24 Vgl. § 13 Abs. 1 Nr. 1 GebOVerm-Bay; zur landesrechtlich geregelten Höhe der Kosten vgl. § 6 GebOVerm-Bay.

25 OLG Karlsruhe 11.05.1989 – 9 U 357/87 – NJW-RR 1990, 275.

26 *Hertel* in Würzburger Notarhandbuch, Teil 2, Kap. 3, Rn. 284; *Schiffner* in Reithmann/Terbrack, Kauf vom Bauträger, Kapitel C. Rn. 214; *Schulz*, NotF Bauträgerrecht, § 7 Rn. 2 (Vertragsmuster unter § 3 Nr. 3 als Teil einer Nichtleistungsbeschreibung) – Krit. *Blank*, Bauträgervertrag, Rn. 169 f.; *Pause/Vogel*, Bauträgerkauf, Kap. 5 Rn. 120.

27 AG Lüneburg 01.02.2017 – 53 C 48/15 – BauR 2017, 1421.

28 *Geißel* MittRhNotK 1997, 333, 338.

29 *Hertel* in Münchener Vertragshandbuch, I.30 Anm. 14.

Ebenso sind Regelungen möglich, nach denen der endgültige Kaufpreis nach der nach Baufertigstellung zu **ermittelnden Wohnfläche** ermittelt und zwischen den Vertragsteilen ausgeglichen wird (vgl. Kap. 11 Rdn. 119 ff., 147).<sup>30</sup>

Bei **gewerblichen Immobilien** wird häufig ein Vielfaches der (künftig) erzielten Jahresmiete zugrunde gelegt. Dies wird dann meistens damit verbunden, dass der Veräußerer noch Vermietungsaktivitäten vornehmen muss oder vornehmen darf. Ggf. werden auf bestimmte bzw. verschiedene Zeitpunkte Kaufpreisanpassungen vereinbart.

Für die Festlegung der Raten gem. § 3 Abs. 2 ist bei diesen Gestaltungen von dem in der Urkunde zunächst vereinbarten vorläufigen Kaufpreis auszugehen. Mit Wirksamwerden der Kaufpreisanpassung ist der Ratenplan neu festzulegen (vgl. Kap. 11 Rdn. 202 ff.).

Bei der Vertragsgestaltung und Beurkundung wird dafür Sorge zu tragen sein,<sup>31</sup> dass dem Erwerber die Möglichkeit zusätzlicher finanzieller Belastungen hinreichend bewusst und ggf. bei Finanzierungsüberlegungen berücksichtigt wird (zum Transparenzgebot Kap. 1 Rdn. 21). Im Hinblick auf die Klauselrichtlinie (Art. 3 Abs. 3 mit Klauselbeispiel in Anhang 1 lit. I) kann geboten sein, dem Erwerber jedenfalls für den Fall ein vertragliches Lösungsrecht einzuräumen, dass der endgültige Erwerbspreis erheblich von dem vorläufigen Preis abweicht.<sup>32</sup> Dies erscheint jedoch nicht zwingend. Denn Inhalt solcher Klauseln ist nicht eine Preiserhöhung. Vielmehr wird (bei der gebotenen Transparenz der betreffenden Klausel) der geschuldete Erwerbspreis von vornherein verbindlich festgelegt.

Nach der MaBV muss der vom Erwerber zu zahlende Betrag nicht notwendig betragsmäßig fixiert werden. Jedoch ist der Maßstab für die Bestimmung des Kaufpreises festzulegen. Die Bestimmung kann einem Vertragsteil oder einem Dritten überlassen werden. Insofern können auch die dem Veräußerer tatsächlich entstehenden **Baukosten** Maßstab für die Kaufpreisbestimmung sein.

Für solche Interessenlagen bietet sich die Festlegung eines vorläufigen Kaufpreises an, der nachträglich erhöht oder vermindert wird, sodass für den Ratenplan des § 3 Abs. 2 von diesem ausgegangen werden kann (vgl. Kap. 5 Rdn. 38 f.). Ist dies nicht gewünscht, ist für die Festlegung der Kaufpreiseraten nach § 3 Abs. 2 an sich der erst nachträglich zu bestimmende Kaufpreis maßgebend. Um nicht in Widerspruch zu § 3 Abs. 2 zu geraten, wird zu empfehlen sein, die Höhe der Raten aufgrund eines (zurückhaltend) geschätzten Kaufpreises festzulegen.

### III. Preiserhöhungsklauseln

Der im Bauträgervertrag vereinbarte Festpreis basiert auf einer gewissen Bewertung der dem Bauträger durch das Vorhaben entstehenden Kosten. Die Grundlage hierfür kann sich während der Bauzeit (unerwartet) erheblich ändern. Zu denken ist insbesondere an die Preisentwicklung für Energie, Material und Löhne oder eine Änderung des Umsatzsteuersatzes.

Für Bauverträge wird für solche Fälle ein Anspruch auf Anpassung der Vergütung oder auf Aufhebung des Vertrags wegen schwerwiegender Änderung der **Geschäftsgrundlage** (§ 313 BGB) diskutiert.<sup>33</sup>

Eine Vertragsanpassung wegen schwerwiegender Änderung der Geschäftsgrundlage kommt nur ganz ausnahmsweise in Betracht, maßgeblich sind sämtliche Umstände des Einzelfalls.<sup>34</sup> Für Bau-

30 OLG Dresden 03.06.2005 – 11 U 1967/04 – IBR 2006, 94 (*Blank*).

31 Vgl. EuGH 12.01.2023 – C-395/21 – NJW 2023, 903 für Stundenhonorarvereinbarungen eines Rechtsanwalts.

32 *Becker* in BeckOK BGB, § 309 Nr. 1 Rn. 17; *Zahn* in Grziwotz/Koeble, Handbuch Bauträgerrecht, Kap. 6 Rn. 25.

33 Vgl. *Lührmann/Egle/Thomas* NZBau 2022, 251; *Oberhauser* BauR 2023, 139; *Seidenberg* NZBau 2022, 257.

34 Vgl. BGH 30.06.2011 – VII ZR 13/10 – BGHZ 190, 212 (Tz. 23 f.); OLG Hamburg 28.12.2005 – 14 U 124/05 – IBR 2006, 80. – Zur Geschäftsgrundlage bei Mietverträgen wegen Beschränkungen in Folge der Covid-19-Pandemie BGH 12.01.2022 – XII ZR 8/21 – NJW 2022, 1370.

trägerverträge erscheint sie schon deshalb in aller Regel ausgeschlossen, weil ein Verbraucher beteiligt ist und dieser im Hinblick auf eine Festpreisvereinbarung in besonderem Maße schützenswert ist. Zudem sind stabile Energie- und Materialpreise nicht Geschäftsgrundlage des Vertrags. Preissprünge und Belieferungsschwierigkeiten gab es aus unterschiedlichsten Gründen schon immer. Schließlich sind gestiegene Preise für einzelne Leistungen im Rahmen der Gesamtkalkulation des Bauträgers, in der z.B. der Grundstückspreis eine überragende Bedeutung hat, in der Regel nur von untergeordneter Bedeutung.

- 13 Ohne entsprechende vertragliche Regelung<sup>35</sup> wird der Bauträger deshalb in aller Regel keine Kaufpreis- oder Vertragsanpassung geltend machen können. Solche Umstände veranlassen daher Überlegungen zu Preisanpassungsklauseln. Sie können auch aus Sicht des Erwerbers sachgerecht erscheinen, wenn damit ein sonst naheliegender Risikozuschlag des Bauträgers vermieden wird.

Unter Beachtung der §§ 307, 309 Nr. 1 BGB sowie des Preisklauselgesetzes<sup>36</sup> können in Bauträgerverträgen Vereinbarungen zu einer Kaufpreiserhöhung getroffen werden. Durchschnittliche Verbraucher wären aber in Folge einer Kaufpreiserhöhung fast regelmäßig überfordert. Preiserhöhungsklauseln sollten daher um Rücktrittsrechte ergänzt werden, wobei dem Erwerber dann auch Kostenbelastungen abgenommen werden müssen (vgl. Rdn. 31 ff.). Es spricht daher viel dafür, auf solche Klauseln zu verzichten.<sup>37</sup>

- 14 Preiserhöhungsklauseln können gegen § 307 BGB verstoßen. Insbesondere dürfen nur tatsächliche Kostensteigerungen weitergegeben werden, dem Unternehmer darf **kein zusätzlicher Gewinn** entstehen.<sup>38</sup> Unwirksam ist nach § 307 BGB auch eine Klausel, wonach der im Vertrag genannte Festpreis nur gelten soll, wenn bis zu einem bestimmten Termin mit dem Bau begonnen wurde, und sich andernfalls nach einer neuen Preisliste des Bauträgers bestimmt oder sich um den Prozentsatz erhöht, zu dem der Bauträger entsprechende Objekte nach der dann gültigen Preisliste anbietet.<sup>39</sup>
- 15 Preiserhöhungsklauseln müssen wohl außerdem den Anforderungen des § 309 Nr. 1 BGB genügen.<sup>40</sup> Unwirksam sind danach Bestimmungen, die eine Erhöhung des Entgelts für Leistungen vorsehen, »die innerhalb von 4 Monaten nach Vertragsabschluss geliefert oder erbracht werden.«<sup>41</sup>

Für Bauträgerverträge werden für die 4-Monats-Frist verschiedene Anknüpfungszeitpunkte diskutiert.<sup>42</sup>

Zuweilen wird, anknüpfend an den Wortlaut des § 309 Nr. 1 BGB, abgestellt auf den Zeitraum zwischen Vertragsschluss und dem vereinbarten Fertigstellungs- oder Übergabetermin.<sup>43</sup> Dies erscheint schon deshalb wenig überzeugend, weil für diese Termine in aller Regel für den Bauträger auskömmliche »Pufferzeiten« vorgesehen werden (vgl. Kap. 11 Rdn. 233), die zuweilen länger sind als die im Gesetz genannte 4-Monats-Frist. Die gesetzliche Regelung würde im Übrigen auch angesichts der üblichen Bauzeiten<sup>44</sup> bei Bau- und Bauträgerverträgen annähernd immer leerlaufen.

35 Vgl. § 2 Nr. 7 Abs. 1 S. 2 VOB/B; hierzu BGH 02.11.1995 – VII ZR 29/95 – IBR 1996, 48.

36 Hierzu näher *Klübs*, ZfIR 2012, 850.

37 *Esbjörnsson*, Beck'sches Notar-Handbuch, § 2 Rn. 198.

38 Vgl. BGH 20.05.1985 – VII 198/84 – NJW 1985, 2270; OLG Düsseldorf 15.07.2011 – I-23 U 87/09 – IBR 2012 28; LG Bonn 08.04.1992 – 19 O 246/91 – NJW-RR 1992, 917; *Klübs* ZfIR 2012, 850, 851 unter Hinweis auf BGH 27.06.1973 – VIII ZR 98/72 – NJW 1973, 1498; *Pause/Vogel*, Bauträgerkauf, Kap. 4 Rn. 16; *Forschner* in Grziwotz/Koebler, Handbuch Bauträgerrecht, Kap. 5 Rn. 139.

39 BGH 20.05.1985 – VII ZR 198/84 – BGHZ 94, 335, 341.

40 Zweifelnd *Forschner* in Grziwotz/Koebler, Handbuch Bauträgerrecht, Kap. 5 Rn. 141 f.

41 Vgl. OLG Karlsruhe 22.03.2016 – 8 U 138/14 – NJW 2016, 2670.

42 Vgl. *Everts* ZfIR 2006, 661, 663; Gutachten Deutsches Notarinstitut DNotI-Report 2006, 77, 78 m.w.N.

43 LG Halle 21.05.2022 – 4 O 208/19 – IBR 2022, 12; *Everts* ZfIR 2006, 661, 663; *Forschner* in Grziwotz/Koebler, Handbuch Bauträgerrecht, Kap. 5 Rn. 142; *Klübs* ZfIR 2012, 850, 855; *Pause/Vogel*, Bauträgerkauf, Kap. 4 Rn. 15; *Wolfsteiner/Bomhard* in Kersten-Bühling § 33 Rn. 62.

44 LG Halle 21.05.2022 – 4 O 208/19 – IBR 2022, 12.

Alternativ wird abgestellt auf die Fälligkeit der einzelnen Abschlagszahlungen/Raten<sup>45</sup> oder die Fertigstellung der für die einzelnen Raten maßgeblichen Arbeiten.<sup>46</sup> Letzteres überzeugt. Nach dem Zweck der Regelung erscheint die tatsächliche Bauausführung als maßgebender Zeitpunkt plausibel: Der Unternehmer sollte für die vier auf den Vertragsabschluss folgenden Monate die von ihm aufzubringenden Kosten für die vereinbarte Leistung hinreichend verbindlich berechnen können.

### 1. Preiserhöhung wegen Baupreisentwicklung

Grundsätzlich regelbar sind sog. **Stoffpreisgleitklauseln**.<sup>47</sup> Mit ihnen können Preissteigerungen für Material oder Löhne auf den Besteller/Erwerber abgewälzt werden. Unter Beachtung der vorstehend dargestellten Anforderungen wird eine Preisanpassung aufgrund einer echten Anpassungsklausel vorauszusetzen haben, 16

- dass die Ausgangskalkulation offengelegt wird, in der die betreffende Einzelleistung mit einem realistischen Preis angesetzt wird, d.h. mit dem Preis, der im Zeitpunkt der Preisvereinbarung (= Vertragsschluss) tatsächlich vereinbart werden könnte,
- dass der Nachweis geführt wird zu dem tatsächlich aufzuwendenden Betrag für diese Einzelleistung (evtl. mit dem Nachweis, dass ein besserer Preis – auch bei Bestellung bei einem anderen Lieferanten und zu einem anderen/früheren Zeitpunkt) nicht realisierbar war,
- verbunden mit einem Rücktrittsrecht des Erwerbers, wobei dann der Bauträger die Kosten des Vertrags zu tragen hat einschließlich des sonstigen (vergeblichen) Aufwands des Erwerbers im Hinblick auf dessen Finanzierung.

So viel Offenheit und Aufwand wird kaum ein Unternehmer wünschen.

Denkbar ist eine **Indexierung des Kaufpreises**. Dabei ist – neben §§ 309 Nr. 1 und 307 BGB – auch das Preisklauselgesetz zu beachten. Verschiedene Indizes sind denkbar.<sup>48</sup> 17

Der Verbraucherpreisindex erscheint – im Hinblick auf das Preisklauselverbot in § 1 Preisklauselgesetz – wohl allenfalls in Verbindung mit einem Bestimmungsrecht mit einem Ermessensspielraum, der es ermöglicht, die neue Geldschuld nach Billigkeitsgrundsätzen zu bestimmen (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 PreisklauselG), geeignet.

Plausibel ist eine Anknüpfung an Güter und Leistungen, die im Wesentlichen gleichartig oder zumindest vergleichbar sind (sog. Spannungsklauseln, § 1 Abs. 2 Nr. 2 PreisklauselG), oder an Preise und Werte für Güter und Leistungen, die die Selbstkosten des Gläubigers bei der Erbringung der Gegenleistung unmittelbar beeinflussen (sog. Kostenelementeklauseln, § 1 Abs. 2 Nr. 3 PreisklauselG). Insofern drängt sich der vom Statistischen Bundesamt festgestellte **Baupreisindex** auf (Formulierungsbeispiel Kap. 18 Rdn. 6).

### 2. Umsatzsteuerklausel

Nach geltender Rechtslage fällt beim Bauträgervertrag regelmäßig keine Umsatz-/Mehrwertsteuer an. Grunderwerbsteuerpflichtige Umsätze sind nach § 4 Nr. 9a UStG umsatzsteuerfrei, es sei denn im Vertrag wurde – unter den Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 UStG – zur Umsatzsteuer optiert.<sup>49</sup> Für den Bauträger wirken sich Änderungen im Umsatzsteuerrecht jedoch u.U. aus, da er an die von ihm beauftragten Unternehmen Umsatzsteuer zu zahlen hat. In Rede stehen insofern in erster Linie Änderungen des Steuersatzes. 18

<sup>45</sup> Blank, Bauträgervertrag, Rn. 70, 171 f.; *Schiffner* in Reithmann/Terbrack, Kauf vom Bauträger, Kapitel C. Rn. 219; *Schwenker* IBR 2001, 198.

<sup>46</sup> *Hertel* in Würzburger Notarhandbuch, Teil 2, Kap. 3, Rn. 285; *Meyer* RNNotZ 2006, 497, 505.

<sup>47</sup> Vgl. *Klühs* ZfIR 2012, 850.

<sup>48</sup> Vgl. auch *Klühs* ZfIR 2012, 850 mit Formulierungsbeispiel.

<sup>49</sup> Vgl. BFH 21.10.2015 – XI R 40/13 – DNotZ 2016, 188, *Everts* ZfIR 2006, 661, 664 f.; DNotI-Report 2006, 77, 79 f.

Maßgebend für eine Mehr- oder Minderbelastung des Bauträgers durch Änderungen des Umsatzsteuersatzes ist nicht, wann der Vertrag abgeschlossen wurde oder wann Bauarbeiten durchgeführt oder Rechnungen gestellt oder Abschläge geleistet wurden. Entscheidend ist, wann die Leistung erbracht wurde. Bei Bauwerkverträgen kommt es auf den Zeitpunkt der *Abnahme* der betreffenden Leistung an.<sup>50</sup> Wird z.B. in der Zeit eines niedrigeren Steuersatzes ein Abschlag in Rechnung gestellt, entfällt auf diesen Rechnungsbetrag zunächst nur dieser Steuersatz, jedoch ist ggf. der höhere Steuersatz zum Zeitpunkt der Abnahme der Gesamtleistung für die Gesamtvergütung – in der Regel ausgewiesen in der Schlussrechnung – maßgebend. Lässt also der Bauträger das Gesamtbauvorhaben von einem Generalunternehmer durchführen, ist derjenige Umsatzsteuersatz für die Gesamtvergütung maßgebend, der im Zeitpunkt der Abnahme der Leistungen des Generalunternehmers gilt. Bei einer Einzelvergabe kommt es auf den Zeitpunkt der Abnahme der einzeln vergebenen Gewerke an.

Änderungen des Umsatzsteuersatzes betreffen freilich nicht den Grundstückswert (hierzu Rdn. 25) und den im Kaufpreis enthaltenen Gewinn (hierzu Rdn. 27).

- 19 Eine **gesetzliche Regelung** zur Anpassung der Vergütung in solchen Fällen findet sich in § 29 UStG. Wurde der Vertrag nicht später als vier Kalendermonate vor dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des Umsatzsteuersatzes abgeschlossen, kann der eine Vertragsteil von dem anderen einen angemessenen Ausgleich der umsatzsteuerlichen Mehr- oder Minderbelastung verlangen. Voraussetzung ist, dass die Parteien nicht etwas anderes vereinbart haben. Entscheidend ist danach eine Vereinbarung des Inhalts, dass Ausgleichsansprüche im Falle der Anhebung oder Absenkung des Umsatzsteuersatzes ausgeschlossen sind.

Es ist schon fraglich, ob § 29 UStG überhaupt für Verträge anwendbar ist, die nicht selbst der Umsatzsteuerpflicht unterliegen.<sup>51</sup> Jedenfalls wird dessen Anwendung im Bauträgervertrag in aller Regel durch eine **Festpreisvereinbarung** abgedungen sein.<sup>52</sup> Dies gilt in beiden Richtungen. So wenig wie der Bauträger im Falle einer Anhebung des Umsatzsteuersatzes wegen seiner Mehrbelastung vom Erwerber einen höheren Kaufpreis verlangen kann, kann jener bei einer Absenkung eine Kaufpreisherabsetzung beanspruchen.

Eine Anpassung des Vertrags wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 Abs. 1 BGB) wird bei Änderungen des Umsatzsteuersatzes nie in Betracht kommen, da es sich nicht um hinreichend *schwerwiegende Gründe* handelt.<sup>53</sup>

- 20 Nicht unüblich sind Klauseln, die eine Anpassung des Kaufpreises bei einer **Veränderung des Umsatzsteuersatzes** vorsehen.<sup>54</sup> Bauträger wollen damit ihre Kalkulationsgrundlage sicherstellen.

Offen ist, ob man entsprechende Kaufpreisanpassungsklauseln auf eine **Erhöhung** des Umsatzsteuersatzes beschränken kann.<sup>55</sup> Im Lichte des § 309 Nr. 1 BGB erscheint dies unbedenklich, da dieser nur Preiserhöhungen betrifft. Im Interesse der »Waffengleichheit« und Fairness sollte für den Fall einer Herabsetzung des Umsatzsteuersatzes ebenfalls eine Preisanpassung vorgesehen werden.<sup>56</sup> § 29 UStG kann man insofern als Leitbild ansehen. Eine Anpassung nur im Falle einer Erhöhung dürfte wegen der Einseitigkeit als unangemessene Benachteiligung gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam sein.

50 Vgl. Everts ZfIR 2006, 661, 662 m.w.N.

51 Forschner in Grziwotz/Koebler, Handbuch Bauträgerrecht, Kap. 5 Rn. 135.

52 DNotI-Report 2006, 77, 78.

53 Forschner in Grziwotz/Koebler, Handbuch Bauträgerrecht, Kap. 5 Rn. 134.

54 Everts ZfIR 2006, 661; Meyer RNotZ 2006, 497, 507; DNotI-Report 2006, 77, 78 ff.

55 So z.B. Barbers, Beck'sches Formularbuch Immobilienrecht, A.III.1 im Vertragsmuster § 4 Nr. 7.

56 Forschner in Grziwotz/Koebler, Handbuch Bauträgerrecht, Kap. 5 Rn. 138; Zahn in Grziwotz/Koebler, Handbuch Bauträgerrecht, Kap. 6 Rn. 25; Pause/Vogel, Bauträgerkauf, Kap. 4 Rn. 18; Wolfsteiner/Bomhard in Kersten/Bühling § 33 Rn. 62.

Umsatzsteuerklauseln können nur dann Anerkennung finden, wenn sie im Ergebnis allein konkrete Kostenbelastungen weitergeben. Sie dürfen nicht zu zusätzlichen Gewinnen des Unternehmers führen (Rdn. 14). 21

#### a) Berechnung der konkreten Mehr- oder Minderbelastung

Dem würde eine Klausel gerecht, nach der § 29 UStG gilt. Dann kann bei einer Änderung des Umsatzsteuersatzes ein angemessener Ausgleich der umsatzsteuerlichen Mehr- oder Minderbelastung verlangt werden. Der damit verbundene Aufwand ist überschaubar: Es sind nur Nachweise zum Abnahmetermin der jeweiligen Bau- und Planungsleistungen sowie zur Höhe derjenigen Schlussrechnungen vorzulegen, die Arbeiten betreffen, die zum Zeitpunkt des abweichenden Umsatzsteuersatzes abgenommen wurden. Als störend kann empfunden werden, dass damit ein nicht unwesentlicher Teil der Gesamtkalkulation offen zu legen wäre. 22

In die gleiche Richtung geht eine Klausel, nach der der Bauträger die ihn durch die Änderung des Umsatzsteuersatzes tatsächlich treffende Zusatz- bzw. Minderbelastung – z.B. durch das Gutachten eines Wirtschaftsprüfers – nachzuweisen hat.<sup>57</sup> Sie vermeidet die Offenlegung konkreter Rechnungsbeträge. Auch hier erscheint der zu erwartende (Kosten-) Aufwand nicht übermäßig (Formulierungsbeispiel Kap. 18 Rdn. 7). 23

#### b) Anpassung einzelner Raten

In der Praxis finden sich demgegenüber überwiegend Klauseln, die eine Anpassung der einzelnen vom Erwerber zu zahlenden **Raten** vorsehen und versuchen, einen zusätzlichen Gewinn durch **Pauschalen** zu vermeiden, z.B. »In Anbetracht dessen, dass im gegenwärtigen Vertrag als Termin für die Übergabe des Vertragsgegenstands an den Käufer ein Zeitpunkt später als vier Monate von heute an bestimmt worden ist, vereinbaren die Vertragsteile: Sollte sich vor Fälligkeit der letzten Kaufpreisrate der Tarif der Umsatzsteuer gegenüber dem jetzigen Tarif ändern, ändern sich – mit Ausnahme der ersten Rate – die Kaufpreislraten, die nach dem Zeitpunkt fällig werden, der in dem Erhöhungsgesetz als Stichtag bestimmt worden ist. Der Erhöhungsbetrag ist so zu berechnen, dass die betroffenen Kaufpreislraten durch 119 zu teilen und mit dem neuen Regelsatz der USt + 100 zu vervielfältigen sind.«<sup>58</sup> 24

Zur Vermeidung zusätzlicher Gewinne (Rdn. 14) wird in solchen Klauseln die »Grundstücksrate« (nach § 3 Abs. 2 in Höhe von 30 % des Gesamtkaufpreises) von der Erhöhung ausgenommen. Dies soll dem Umstand Rechnung tragen, dass der Bauträger für den Erwerb des Grundstücks keine Umsatzsteuer aufzuwenden hat. Ob die Grundstücksrate insofern (immer) hinreichend ist,<sup>59</sup> ist zweifelhaft. Jedenfalls in Gebieten mit hohen Grundstückswerten liegt die Unwirksamkeit der Klausel nach § 307 BGB wegen einer unangemessenen Gewinnerzielung nahe. 25

Richtig erscheint, nicht pauschal auf die erste Rate abzustellen, sondern auf den tatsächlich auf das Grundstück entfallenden Teil der Vergütung. Er kann deutlich niedriger als 30 % sein (vgl. Kap. 5 Rdn. 45), aber auch erheblich höher. Zudem werden idealtypisch mit der ersten Rate neben den tatsächlichen Grunderwerbskosten z.B. auch Planungskosten u.ä. abgegolten, für die der Bauträger Umsatzsteuer aufwenden muss.<sup>60</sup> Insofern wäre für beide Vertragsteile interessengerecht, den kon-

57 Vgl. *Reithmann* in *Reithmann/Meichssner/v. Heymann*, B.69.

58 *Wolfsteiner/Bomhard* in *Kersten/Bühling* § 33 Rn. 63 M; näher zu dieser Gestaltung *Meyer* RNotZ 2006, 497, 508.

59 So *Forschner* in *Grziwotz/Koebler*, Handbuch Bausträgerrecht, Kap. 5 Rn. 139.

60 Vgl. *Grziwotz* MittBayNot 2000, 411.

kreten Erwerbspreis für das Grundstück in dem Vertrag zu nennen und den entsprechenden Betrag (bei Wohnungseigentum anteilig) von der Preiserhöhung auszunehmen.<sup>61</sup>

- 26 Für den Fall der Erhöhung des Umsatzsteuersatzes werden außerdem Einschränkungen im Hinblick darauf in Betracht gezogen, dass der Bauträger die ihm gegenüber erbrachten Arbeiten u.U. noch auf der Basis des alten (niedrigeren) Umsatzsteuersatzes zu bezahlen hat.<sup>62</sup> Zur pauschalen Berücksichtigung wird vorgeschlagen, dass sich nicht der Gesamtkaufpreis (ohne Grundstücksanteil) erhöht, sondern nur diejenigen vom Erwerber zu zahlenden Raten, die später als einen Monat (oder zwei Monate) nach der Steuererhöhung fällig werden.<sup>63</sup>

Wirtschaftlich wird damit freilich der effektiven Mehrbelastung nicht Rechnung getragen, da es hinsichtlich der Umsatzsteuer nicht darauf ankommt, wann Arbeiten gegenüber dem Erwerber abrechnungsfähig i.S.d. § 3 Abs. 2 erbracht wurden, sondern wann die Leistung des vom Bauträger beauftragten Handwerkers/Generalunternehmers abgenommen wird (vgl. Rdn. 18).

- 27 Um dem Risiko einer überproportionalen und damit unwirksamen Kaufpreiserhöhung – insbesondere auch im Hinblick auf den Unternehmergewinn – zu entgehen, wird weiter vorgeschlagen, eine Umsatzsteuererhöhung nur teilweise – z.B. mit 80 % – weiterzugeben.<sup>64</sup>
- 28 Ob bei solchen Klauseln ein **Einbehalt** nach § 650m Abs. 2 BGB ebenfalls einer Anpassung an die geänderte Umsatzsteuer unterliegt, ist zunächst eine Frage der Gestaltung der Klausel. Wird auf die nach dem Stichtag fällig werdenden *Zahlungen* abgestellt, wird dies auch für den Einbehalt gelten. Anders wird es sein, wenn auf die »*Raten*« abgestellt wird, da der einbehaltene Betrag nicht als Rate im Sinne des Zahlungsplans zu verstehen ist. Insbesondere erfolgt der Einbehalt aus der ersten Rate. Er ist somit Teil der ersten Rate. Für diese ist nach der o.g. Klausel eine Anpassung an die Änderung des Umsatzsteuersatzes ausgeschlossen.
- 29 Klauseln mit dem oben (Rdn. 24) skizzierten Inhalt werden einer zeitlich beschränkten **Herabsetzung des Umsatzsteuersatzes**, wie sie das Zweite Corona-Steuerhilfegesetz vom 29.06.2020 regelte,<sup>65</sup> nicht gerecht. Umsatzsteuerklauseln gehen von einer auf längere Zeit geltenden Änderung des Umsatzsteuersatzes aus. Gesetzgeberische Ausnahmeentscheidungen wie die Herabsetzung des Umsatzsteuersatzes für wenige Monate sind dem Vertragsgestalter nicht vorhersehbar gewesen. Sie führen für den Bauträger in aller Regel nicht zu einer Minderbelastung wegen des ermäßigten Umsatzsteuersatzes (vgl. Rdn. 18). Es spricht daher viel für eine einschränkende Auslegung solcher Klauseln, so dass die Anpassung einer in den Zeitraum der kurzzeitigen Steuersatzsenkung fällig werdenden Rate nur verlangt werden kann, wenn diese auch tatsächlich zu einer Minderbelastung des Bauträgers führt.

Wurden Verträge, die die genannte Klausel enthalten, zwischen dem 01.07. bis 31.12.2020 geschlossen, kann sich die Frage stellen, ob für die ab 2021 fällig werdenden Raten eine Erhöhung beansprucht werden kann. Bei der o.g. Formulierung dürfte das deshalb ausgeschlossen sein, weil der letzte Satz als Hinweis darauf zu verstehen sein, dass in der Kalkulation von einem Umsatzsteuersatz von 19 % ausgegangen wurde. Entsprechend dürften solche Klauseln auch ohne diesen Zusatz

61 Formulierungsvorschlag: »Der Festpreis wurde unter Zugrundelegung eines Umsatzsteuersatzes für Bauleistungen von 19 % berechnet. Im Hinblick darauf, dass ein Betrag von ... % des Gesamtkaufpreises auf den Anteil für Grund und Boden entfällt, erhöhen bzw. vermindern sich sämtliche darüberhinausgehenden Abschlagszahlungen/Raten ...«.

62 Vgl. OLG Düsseldorf 15.07.2011 – I 23 U 87/09 – IBR 2012, 28.

63 Vgl. Hertel in Würzburger Notarhandbuch, Teil 2, Kap. 3, Rn. 285; Pause/Vogel, Bauträgerkauf, Kap. 4 Rn. 16.

64 Esbjörnsson in Beck'sches Notar-Handbuch, § 2 Rn. 195; Everts ZfR 2006, 661, 664; Forscher in Grziwotz/Koebler, Handbuch Bauträgerrecht, Kap. 5 Rn. 140; Hertel in Würzburger Notarhandbuch, Teil 2, Kap. 3, Rn. 285; Meyer RNotZ 2006, 497, 508. – Formulierungsvorschlag von Schiffner (in Reithmann/Terbrack, Kauf vom Bauträger, Kapitel C. Rn. 222): »Die Änderung beträgt jeweils 80 % der Umsatzsteueränderung (also etwa bei einer Steuererhöhung um 1 Prozentpunkt von einer Basis von 119 auf 119,8).«.

65 BGBl. I S. 1512.

zu verstehen sein, es sei denn der Kaufpreis wurde angesichts der Änderung des Umsatzsteuersatzes tatsächlich nach unten angepasst.

Vermieden werden sollte die Klausel, im Kaufpreis sei die USt mit dem derzeit gültigen Prozentsatz enthalten. Dabei könnte man auf die Idee kommen, der Bauträger habe im Nachhinein die USt gesondert auszuweisen, bzw. der Bauträger habe den entsprechenden Betrag, da er die Steuer mangels Umsatzsteuerpflicht in Wirklichkeit gar nicht zu zahlen habe, dem Erwerber wegen ungerechtfertigter Bereicherung zu erstatten.<sup>66</sup>

### 3. Rücktrittsrecht

**Preiserhöhungen** in Folge der vorstehend diskutierten Klauseln würden durchschnittliche Erwerber nicht selten überfordern. Für sie ist die Festpreisvereinbarung ein zentrales Element des Vertrags. Zieht man Art. 3 Abs. 3 der Klauselrichtlinie mit dem Klauselbeispiel in Anhang 1 lit. I heran, muss dem Erwerber ein **Rücktrittsrecht** eingeräumt sein, wenn »der Endpreis im Verhältnis zu dem Preis, der bei Vertragsschluss vereinbart wurde, zu hoch ist.« Ohne Rücktrittsrecht des Erwerbers kommen daher nur eher moderate Erhöhungen in Betracht (für die sich die Anpassungsklausel und der durch sie veranlasste Aufwand kaum lohnen wird).

Im Falle eines Rücktritts wären Rückzahlungsansprüche wegen bereits geleisteten Zahlungen ungesichert (vgl. Kap. 4 Rdn. 35). Auf dieses Risiko ist zumindest hinzuweisen.

Zur **Sicherung der Rückzahlungsansprüche** ist eine Regelung in Betracht zu ziehen, nach der eine Preiserhöhung nur geltend gemacht werden kann, wenn gleichzeitig in Höhe der bei einem Rücktritt zurückzuzahlenden Beträge eine Sicherheit gestellt wird. Alternativ kann man vorsehen, dass der Bauträger zunächst eine Preiserhöhung geltend machen kann, dem Erwerber aber auf dessen Verlangen eine entsprechende Sicherheit zu stellen ist und das Preiserhöhungsverlangen gegenstandslos wird, wenn eine solche Sicherheit nicht beigebracht wird (jeweils mit angemessenen Fristen).

Im Falle eines Rücktritts hat der Erwerber **vergebliche Aufwendungen** (vgl. § 284 BGB) geleistet. Zu denken ist zunächst an Notar- und Grundbuchkosten für den Vertrag. Sie sind anzusetzen mit etwa 1–1,5 % des Kaufpreises. Deutlich höher kann der Aufwand wegen einer Finanzierung sein, hier ist regelmäßig mit Vorfälligkeits- und Nichtabnahmeentschädigungen zu rechnen. Weniger Bedeutung hat hingegen die Grunderwerbsteuer, da regelmäßig ein Erstattungsanspruch nach § 16 GrEStG bestehen wird.

Diese Kosten wären ohne vertragliche Vorsorge Sache des Erwerbers. Man wird sie ihm aber bei Umständen, die in der Sphäre des Bauträgers liegen (immerhin ist es seine Sache, Kosten und Risiken angemessen zu kalkulieren), kaum zumuten können. Es spricht viel dafür, dass der Bauträger den vergeblichen Aufwand ganz oder teilweise übernimmt. Hinsichtlich einer bereits gezahlten Grunderwerbsteuer kann man entsprechend der Haftung bei Pflichtverletzungen<sup>67</sup> erwägen, auch hierzu einen Anspruch gegen den Bauträger gegen Abtretung der Erstattungsansprüche zu begründen.

Jedenfalls ist die Problematik im Rahmen einer ausgewogenen Vertragsgestaltung anzusprechen.

### B. Kaufpreisausweisung

Nicht selten wünschen die Vertragsbeteiligten, den (Gesamt-) Kaufpreis getrennt für verschiedene Teilleistungen auszuweisen. Maßgebend hierfür sind überwiegend steuerrechtliche Erwägungen.

Nachdem der auf das **Grundstück** entfallende Kaufpreisteil nicht abgeschrieben werden kann (§ 7 Abs. 5 EStG), besteht bei nicht zu eigenen Wohnzwecken genutzten Objekten häufig das Interesse, den auf das Grundstück und den auf das Bauwerk entfallenden Kaufpreisteil getrennt auszuwei-

<sup>66</sup> Vgl. OLG Köln 16.01.2012 – 19 U 104/11 – IBR 2014, 457.

<sup>67</sup> BGH 24.09.2021 – V ZR 272/19 – IBR 2022, 43.

	Rdn.		Rdn.
26. Wohnungseigentum . . . . .	114	II. Vertragliches Kündigungsrecht . . . . .	129
<b>E. Mängelhaftung bei Verträgen mit einem Insolvenzverwalter.</b> . . . . .	116	1. Kündigung aus wichtigem Grund . . . . .	129
I. Erfüllung abgeschlossener Verträge . . . . .	117	a) Vereinbarung des § 648a BGB . . . . .	131
II. Neue Verträge des Insolvenzverwalters . . . . .	118	b) Besonderheiten beim Geschosswohnungsbau und bei Reihenhäuseranlagen . . . . .	132
<b>G. Kündigung des Bauträgervertrags</b> . . . . .	122	2. Freies Kündigungsrecht . . . . .	136
I. Gesetzliche Regelung . . . . .	122	III. Alternative: Eigentumsverschaffung. . . . .	137
1. Freies Kündigungsrecht . . . . .	122		
2. Kündigung aus wichtigem Grund . . . . .	123		

## A. Pflichten des Bauträgers

Der Bauträger haftet für Pflichtverletzungen. Er schuldet in erster Linie den verkauften Grundbesitz (Grundstück, Wohnungs- oder Teileigentum oder Erbbaurecht) sowie die vereinbarte Bauleistung. Im Vordergrund steht insofern die Haftung für Sach- und Rechtsmängel (vgl. § 633 Abs. 1 BGB für werkvertragliche Elemente des Bauträgervertrags, § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB für dessen kaufvertragliche Elemente). Neben der Leistung des gekauften Gegenstands und eines (mangelfreien) Bauwerks wird regelmäßig auch die Verpflichtung bestehen, die zum Betrieb der Anlage erforderlichen Verträge abzuschließen (vgl. Kap. 13). Der Bauträger kann weitere Verpflichtungen übernehmen. Hieraus ergibt sich ggf. ein selbstständiger Haftungsgrund. Dies kann z.B. für selbstständig übernommene **Planungsleistungen**<sup>1</sup> gelten, die Übernahme einer **Bauüberwachung**<sup>2</sup> oder einer **Koordinationspflicht**<sup>3</sup> (z.B. für vom Erwerber selbst Dritten in Auftrag gegebene Sonderwünsche oder Eigenleistungen, vgl. Kap. 11 Rdn. 183) oder eine Finanzierungsvermittlung.

### I. Vorvertragliche Pflichten

Den Bauträger treffen **vorvertragliche Aufklärungs- und Beratungspflichten**<sup>4</sup> (vgl. auch Kap. 11 Rdn. 33). Er hat über alle Umstände aufzuklären, die für den Erwerber für die Entscheidung zum Abschluss des Vertrags von wesentlicher Bedeutung sein können.

Hierzu gehört die detaillierte Aufklärung über den Inhalt und die Folgen von Klauseln des Bauträgervertrags jedenfalls dann, wenn sie von den berechtigten Erwartungen eines durchschnittlichen Erwerbers abweichen (z.B. durch Verweisung auf veraltete Normen oder DIN-Vorschriften).<sup>5</sup>

Dem Bauträger bekannte, jedoch dem Erwerber nicht ohne Weiteres erkennbare Umstände wie geplante Baumaßnahmen im Umfeld, z.B. bei einer angrenzenden Straße oder auf Nachbargrundstücken oder zu erwartende Emissionen, sind mitzuteilen. Hinreichende Erkennbarkeit seitens des Erwerbers soll bereits dann gegeben sein, wenn es sich um für jedermann öffentlich zugängliche Informationen handelt, die z.B. bei der Stadt abrufbar sind (etwa zu der geplanten Aufstellung einer Wertstoffsammelstelle).<sup>6</sup> Ob auf nach Übergabe zu erwartenden **Baulärm** hinzuweisen ist, ist zweifelhaft.<sup>7</sup>

Sofern vom Bauträger (oder von ihm eingeschaltete Verhandlungsgehilfen) Auskünfte gegeben werden, z.B. über die Vermietbarkeit und die Höhe erzielbarer Mieten oder Steuervorteile, müssen diese

1 Vgl. BGH 04.11.1982 – VII ZR 53/82 – NJW 1983, 453.

2 Zur Objektüberwachungspflicht des Architekten *Locher* in FS Pause (2022), S. 217.

3 OLG Hamm 19.09.2006 – 21 U 44/06 – DNotZ 2007, 291 mit Anm. *Pause*.

4 Vgl. BGH 21.07.2017 – V ZR 250/15 – ZfIR 2018, 55 mit Anm. *Hahn* (zu möglichen »Altlasten«); *Thode* ZNotP 2007, 162.

5 *Von Rintelen* in Kniffka/Jurgleit, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 06.03.2023, § 631 Rn. 242.

6 OLG Düsseldorf 21.01.2020 – 21 U 46/19 – MittBayNot 2020, 432.

7 Vgl. BGH 29.04.2020 – VIII ZR 31/18 – NJW 2020, 2884 (zum Mietrecht).

richtig und vollständig sein<sup>8</sup> (darüber hinaus kann durch entsprechende Erklärungen ein selbstständiger Beratungsvertrag zustande kommen, vgl. Rdn. 4).

Eine Aufklärungspflicht besteht auch im Hinblick auf Umstände, die die fristgerechte Realisierung des Vorhabens gefährden können. Der Bauträger wird z.B. ggf. darauf hinweisen müssen, dass zur Verwirklichung der Baumaßnahme noch ein weiterer Grundstückserwerb erforderlich ist, da die Gefahr von Verzögerungen für das Bauvorhaben besteht, wenn es – aus welchen Gründen auch immer – nicht zum Abschluss des erforderlichen Vertrags kommt.<sup>9</sup>

Äußert der Erwerber während der Vertragsverhandlungen, dass ihm an einer abweichenden Bauausführung liegt (Sonderwünsche), hat der Bauträger ihn ggf. auf die Erforderlichkeit einer Baugenehmigung sowie auf etwaige Hindernisse hinzuweisen, die der Genehmigung entgegenstehen.<sup>10</sup> Werden solche Hinweispflichten verletzt, kann der Erwerber einen Anspruch auf Rückabwicklung des Vertrags haben. Der Bauträger schuldet – unabhängig von einer Formnichtigkeit des Vertrags – Schadensersatz, der angefallene Notar- und Grundbuchkosten, Kosten wegen der vom Erwerber aufgenommenen Finanzierung (aufgewendete Zinsen, Vorfälligkeits- und Nichtabnahmeentschädigungen) sowie den anteiligen Zinsverlust wegen bereits gezahlter Grunderwerbsteuer umfassen kann.

Wer durch unrichtige Angaben **Fehlvorstellungen** hervorruft, ist zur Offenbarung verpflichtet.<sup>11</sup> Das kann z.B. der Fall sein, wenn die vereinbarte Beschaffenheit nicht dem entspricht, was nach Werbeaussagen oder im Rahmen von Vertragsverhandlungen abgegebenen Erklärungen (vgl. Kap. 11 Rdn. 24 f., Rdn. 42) zu erwarten war.

Insbesondere kann bei vorsätzlich falschen Angaben eine Haftung auf Schadensersatz wegen der Verletzung vorvertraglicher Pflichten (c.i.c.) in Betracht kommen.<sup>12</sup> Dieser Anspruch wird auch nach Gefahrübergang nicht durch die Vorschriften über die Sachmängelhaftung ausgeschlossen.<sup>13</sup> Ggf. kann als Vertrauensschaden der Betrag verlangt werden, um den zu teuer erworben wurde.<sup>14</sup>

## II. Vertragliche Nebenpflichten

- 3 Aus einem Bauträgervertrag ergeben sich regelmäßig vertragliche **Nebenpflichten**. Der Bauträger hat den Erwerber über alle Umstände aufzuklären, die für ihn von Bedeutung sind. Insb. ist der Erwerber auch über eine erforderliche Wartung von Anlagen und Bauteilen zu informieren (zum Abschluss von Wartungsverträgen im Hinblick auf die Haftung von Subunternehmern vgl. Kap. 12 Rdn. 96).<sup>15</sup>

Es können auch **nachvertragliche Pflichten** bestehen. Deren Verletzung (mit der Folge, dass ein Anspruch auf Rückabwicklung des Vertrags bejaht wurde) hat das OLG Frankfurt in einem Fall angenommen, in dem der Bauträger nachträglich ein Nachbargrundstück bebaut hat, wodurch der dem Erwerber aus dem ersten Bauvorhaben zugesagte Skyline-Blick beeinträchtigt wurde.<sup>16</sup>

## III. Selbstständige Beratung

- 4 Aufgrund eines Bauträgervertrags wird grds. nicht für den Eintritt bestimmter steuerlicher Erfolge beim Erwerber gehaftet. Der Bauträger übernimmt i.d.R. keine entsprechende Beratung. Gegen

8 BGH 26.04.1991 – V ZR 165/89 – BGHZ 114, 263, 266; BGH 26.11.1997 – V ZR 29/96 – ZfR 1998, 91.

9 Vgl. BGH 06.02.2006 – II ZR 329/04 – NJW 2006, 2042 zur Prospekthaftung in solchen Fällen.

10 BGH 11.07.2002 – VII ZR 437/01 – ZfR 2002, 975 m. Anm. *Blank*.

11 BGH 22.04.2016 – V ZR 23/15 – NJW 2017, 150 mit Anm. *Herrler* (Tz. 19).

12 Vgl. BGH 6.11.2015 – V ZR 78/14 – BGHZ 207, 349.

13 BGH 27.03.2009 – V ZR 30/08 – BGHZ 180, 205 (Tz. 19 ff.).

14 BGH 19.05.2006 – V ZR 264/05 – BGHZ 168, 35 (Tz. 15).

15 *Pause/Vogel*, Bauträgerkauf, Kap. 5 Rn. 200.

16 OLG Frankfurt 12.11.2015 – 3 U 4/14 – IBR 2016, 90 (*Vogel*) – Zu den Ausführungen zum Verkaufsprospekt in dieser Entscheidung vgl. Kap. 11 Rdn. 24 f.

eine Klausel im Vertrag, die dies klarstellt,<sup>17</sup> bestehen daher keine Bedenken.<sup>18</sup> Eine pauschale Haftungsausschlussklausel im Hinblick auf außerhalb des Vertrags gegebene Zusagen und Erklärungen ist jedoch unwirksam<sup>19</sup> (zu einer möglichen *Distanzierung* vgl. Kap. 11 Rdn. 33).

Eine Haftung kann sich daraus ergeben, dass der Bauträger (oder sein Verhandlungshelfer oder ein von ihm eingeschalteter Makler)<sup>20</sup> dem Erwerber im Zuge der Vertragsverhandlungen, insb. auf Befragen, einen ausdrücklichen Rat erteilt (vgl. auch Rdn. 2). Dabei kann es sich um einen neben dem Bauträgervertrag abgeschlossenen (nicht der Formvorschrift des § 311b Abs. 1 BGB unterliegenden)<sup>21</sup> Beratungsvertrag handeln.<sup>22</sup> Dies ist auch dann anzunehmen, wenn der Bauträger dem Erwerber als Ergebnis der Verhandlungen ein Berechnungsbeispiel über Kosten und finanzielle (insb. auch steuerliche) Vorteile des Erwerbs vorlegt, das der Herbeiführung des Geschäftsabschlusses dienen soll,<sup>23</sup> oder unter Zuhilfenahme einer Berechnung der Rentierlichkeit zum Ankauf einer Immobilie bewegt.<sup>24</sup> Erfasst werden damit insb. Aussagen darüber, ob die finanziellen Belastungen durch den Erwerb durch Mieteinnahmen und Steuervorteile gedeckt würden und um »persönliche Berechnungsbeispiele« über die finanziellen, insb. steuerrechtlichen Auswirkungen eines Erwerbs. Eine Dokumentation des Verhandlungsverlaufs ist für die Annahme eines Beratungsvertrags nicht entscheidend; ebenso wenig muss die durch das Erwerbsmodell zu erzielende steuerliche Ersparnis den Mittelpunkt der Beratung bilden. Es kommt auch nicht darauf an, wie lange die Beratung gedauert hat.<sup>25</sup> Liegen diesbezüglich Pflichtverletzungen vor, kann der Erwerber insb. auch die Rückabwicklung des abgeschlossenen Vertrags und Freistellung von im Zusammenhang damit eingegangene Verpflichtungen, insb. aus aufgenommenen Darlehen, verlangen.<sup>26</sup>

#### IV. Prospekthaftung

Bei *Bauträgermodellen*<sup>27</sup> (also vergleichbar Bauherrenmodellen vertriebenen Anlagen, nicht beim 5 »schlichten Bauträgervertrag«,<sup>28</sup> vgl. auch Kap. 1 Rdn. 5, 6) können Ansprüche des Erwerbers unter dem Gesichtspunkt der **Prospekthaftung** bestehen, sofern Angaben in einem Verkaufsprospekt

17 Z.B. *Der Verkäufer haftet nicht für die Rentierlichkeit des heutigen Kaufs, insb. nicht dafür, dass bestimmte vom Käufer erwartete steuerliche Vorteile eintreten. Klargestellt wird, dass vom Verkäufer diesbezüglich keine Beratung erfolgt ist.*

18 Vgl. OLG Hamm 13.12.1988 – 26 U 108/88 – NJW-RR 1989, 668.

19 BGH 08.10.2004 – V ZR 223/03 – ZfIR 2005, 245 m. Anm. *Häublein*; BGH 13.01.2000 – III ZR 62/99 – ZIP 2000, 355.

20 BGH 19.12.2014 – V ZR 194/13 – ZfIR 2015, 375 mit Anm. *P. Meier*; BGH 14.03.2003 – V ZR 308/02 – ZfIR 2003, 1355.

21 BGH 27.11.1998 – V ZR 344/97 – BGHZ 140, 111, 116.

22 Vgl. BGH 12.07.2013 – V ZR 4/12 – RNotZ 2014, 132 (LS); BGH 30.03.2007 – V ZR 89/06 – ZfIR 2007, 797 m. Anm. *Hutner* m.w.N.; BGH 23.10.2006 – V ZR 66/06 – IMR 2007, 1048 (Beratung zu *Mietpool*); BGH 27.11.1998 – V ZR 344/97 – BGHZ 140, 111; BGH 31.10.2003 – V ZR 423/02 – ZfIR 2004, 242; *Thode* ZNotP 2007, 162, 163 f.

23 BGH 17.06.2016 – V ZR 134/15 – ZfIR 2017, 146 mit Anm. *Wolters* (insbes. zu Verjährungsfragen); BGH 27.11.1998 – V ZR 344/97 – BGHZ 140, 111, 115; BGH 06.04.2001 – V ZR 402/99 – NJW 2001, 2021; 14.03.2003 – V ZR 308/02 – NJW 2003, 1811; BGH 31.10.2003 – V ZR 432/02 – BGHZ 156, 371.

24 BGH 31.10.2003 – V ZR 432/02 – BGHZ 156, 371.

25 BGH 08.10.2004 – V ZR 18/04 – ZNotP 2005, 61.

26 BGH 30.03.2007 – V ZR 89/06 – ZNotP 2007, 265; BGH 14.03.2003 – V ZR 308/02 – ZfIR 2003, 1355; BGH 26.09.1997 – V ZR 29/96 – ZfIR 1998, 81.

27 Vgl. *Koebler* in *Kniffka* u.a., Kompendium des Baurechts, 10. Teil Rn. 573 ff.

28 *Blank* ZfIR 2001, 85, 87; *Thode* ZNotP 2007, 162, 163.

fehlerhaft, unvollständig oder irreführend sind.<sup>29</sup> Für diesen Anspruch gilt die regelmäßige Verjährungsfrist. Vorauszusetzen ist, dass sich der Prospekt nach der Konzeption des Vertriebs als die einzige oder jedenfalls die vorrangige Informationsquelle für eine Erwerbsentscheidung (und nicht lediglich als begleitendes Werbemittel) darstellt.<sup>30</sup> Solche Ansprüche bestehen ggü. allen Prospektverantwortlichen, also nicht nur gegen den Bauträger selbst sondern gegen alle Personen, die auf das Prospekt und das Vorhaben maßgebenden Einfluss haben oder als Gewährspersonen benannt werden.<sup>31</sup> Im Bauträgervertrag kann keine pauschale Freizeichnung für im Rahmen der Vertragsverhandlungen oder in einem Prospekt gemachte Angaben erfolgen.<sup>32</sup> Etwaige Widersprüche zwischen Vertrag und Prospekt sind so klar zum Ausdruck zu bringen, dass der Erwerber Gelegenheit hat, seine Kaufentscheidung zu überdenken.<sup>33</sup>

### B. Haftung für Rechtsmängel

- 6 Sowohl nach Kaufrecht (§ 433 Abs. 1 Satz 2 BGB) als auch nach Werkvertragsrecht (§ 633 Abs. 1 BGB) wird für die Freiheit von Rechtsmängeln haftet. Aus der Integration der Rechtsmängelhaftung in das Werkvertragsrecht dürften sich keine grundsätzlichen Änderungen für den Bauträgervertrag ergeben,<sup>34</sup> sofern solche sich nicht auf die Bauleistung beziehen (z.B. Urheberrechte hinsichtlich der Planung). Insb. wird man daraus nicht ableiten können, dass die Freiheit von Rechtsmängeln des Grundstücks Voraussetzung für eine Abnahme des Vertragsobjekts ist (hierzu näher Kap. 12 Rdn. 44).
- 7 Rechtsmängel liegen vor, wenn Dritte in Bezug auf das Vertragsobjekt Rechte gegen den Erwerber geltend machen können, die dieser im Vertrag nicht übernommen hat (vgl. § 435 Satz 1 BGB). Zu denken ist insb. an Belastungen in Abt. II<sup>35</sup> und III des Grundbuchs (vgl. Kap. 4 Rdn. 83), ein Mietverhältnis<sup>36</sup> oder eine bestehende Sozialbindung einer mit öffentlichen Mitteln geförderten Wohnung.<sup>37</sup> Der Einzelfall kann dem Notar Anlass geben, zu klären, ob Rechte Dritter zu übernehmen sind. Ggf. sind entsprechende Regelungen in den Vertragstext aufzunehmen. Andernfalls haftet der Notar für ein Versäumnis.<sup>38</sup>

Ein Rechtsmangel kann auch darin liegen, dass ein ausgebauter Speicher wohnungseigentumsrechtlich nicht zu Wohnzwecken genutzt werden darf<sup>39</sup> oder die alleinige Nutzung eines mitverkauften Hobbyraums nicht durch Sondereigentum oder Sondernutzungsrecht sichergestellt ist.<sup>40</sup> Eine teil-

29 Vgl. BGH 22.12.2000 – VII ZR 310/99 – BGHZ 146, 250; 07.09.2000 – VII ZR 443/99 – BGHZ 145, 121 (jeweils betreffend unzutreffende Wohnflächenangaben bzw. fehlende Angabe der Berechnungsgrundlage); BGH 06.02.2006 – II ZR 329/04 – NJW 2006, 2042 (zur Hinweispflicht auf Umstände, die die Realisierung des Vorhabens gefährden können, wie das Erfordernis eines weiteren Grundstückserwerbs); grds. zur Prospekthaftung BGH 05.07.1993 – II ZR 194/92 – BGHZ 123, 106, 110.

30 Vgl. BGH 25.10.1990 – VII ZR 284/88 – NJW-RR 1991, 217; 26.09.1991 – VII ZR 376/89 – NJW 1992, 228; 01.06.1994 – VIII ZR 36/93 – NJW 1994, 2226.

31 BGH 26.09.1991 – VII ZR 376/89 – BGHZ 115, 213; zum konzernbeherrschenden Gesellschafter vgl. BGH 08.12.2005 – VII ZR 372/03 – ZfBR 2006, 236.

32 *Blank ZfR* 2001, 85, 88.

33 Vgl. BGH 22.12.2000 – VII ZR 310/99 – BGHZ 146, 250.

34 *Heinemann ZfR* 2002, 167, 168.

35 Zu einer Dienstbarkeit (Nutzungsbeschränkung) vgl. BGH 30.06.2000 – V ZR 156/99 – (n.v., betreffend den Prozess gegen den Bauträger) und BGH 04.03.2004 – III ZR 72/03 – ZfR 2004, 582 (betreffend den Prozess hierzu gegen den Notar). – Allerdings kann die in diesen Fällen in Rede stehende Beschränkung auf die Nutzung als Studentenwohnheim nicht Inhalt einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit sein, BayObLG 25.02.2005 – 2 Z BR 224/04 – MittBayNot 2005, 307.

36 Vgl. BGH 08.11.1991 – V ZR 139/90 – DNotZ 1993, 670.

37 BGH 14.09.2018 – V ZR 165/17 – ZNotP 2019, 25; BGH 21.01.2000 – V ZR 387/98 – ZfR 2000, 261.

38 BGH 09.12.2010 – III ZR 272/09 – NJW 2011, 1355 m. Anm. *Ganter*.

39 BGH 26.09.2003 – V ZR 217/02 – NJW 2004, 364.

40 BGH 28.02.1997 – V ZR 27/96 – DNotZ 1998, 51.

lungsplanwidrige Ausführung des Bauvorhabens kann einen Rechtsmangel darstellen, wenn deswegen wohnungseigentumsrechtlich Beseitigungsansprüche anderer Wohnungseigentümer (gemäß § 1004 BGB) bestehen können (vgl. Kap. 11 Rdn. 13).<sup>41</sup>

Dasselbe gilt für eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung, nach der eine Teilfläche des Grundstücks an die Gemeinde abzutreten ist.<sup>42</sup> Zur Vermeidung einer Rechtsmängelhaftung sind zu übernehmende Rechte und Belastungen ggf. im Vertrag zu benennen und vom Erwerber zu übernehmen.

Rechtsmängelfreiheit muss nach der gesetzlichen Regelung gegeben sein bei Vollendung des Eigentums 8  
erwerbs infolge Auflassung und Eintragung.<sup>43</sup> Es erscheint jedoch sinnvoll, hinsichtlich der Rechtsmängel zu differenzieren zwischen denjenigen, die bereits bei Besitzübergang nicht (mehr) bestehen dürfen (z.B. Miet- oder Pachtverhältnisse), und solchen, die erst später, i.d.R. dann bei Eigentumsumschreibung, zu beseitigen sind (z.B. Grundpfandrechte). Dies gilt insb. dann, wenn der Vertrag einen längeren Zeitraum zwischen Besitzübergang und Eigentumsumschreibung vorsieht.

Ein Ausschluss der Haftung für altrechtliche, im Grundbuch nicht eingetragene Dienstbarkeiten ist möglich, formularmäßig bzw. in einem Verbrauchervertrag jedoch nicht für grobe Fahrlässigkeit (§ 309 Nr. 7b BGB).

## C. Haftung für Sachmängel

### I. Haftung für das Grundstück

Die Haftung für das Grundstück, das der Bauträger aufgrund des Vertrags zu leisten hat, bestimmt 9  
sich nicht nach Werkvertrags-, sondern nach **Kaufvertragsrecht**.<sup>44</sup> Dies verlaubar nunmehr § 650u Abs. 1 Satz 3 BGB. Für Mängel des Grundstücks gilt die 2-jährige Verjährung nach § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB. Sie beginnt mit der Übergabe des Grundstücks (§ 438 Abs. 2 BGB). Dies ist i.d.R. mit der Übertragung des unmittelbaren Besitzes gleichzusetzen.<sup>45</sup>

Hinsichtlich der Haftung für das Grundstück ist zu berücksichtigen, dass es sich beim Bauträgerver- 10  
trag um einen Vertrag eigener Art mit einer spezifischen Verknüpfung von kauf- und werkvertraglichen Elementen handelt. Soweit Grundstücksmängel auf das zu errichtende oder bereits errichtete Bauwerk durchschlagen, bleibt es daher bei der werkvertraglichen Haftung. Dies gilt insb. dann, wenn Mängel des Grundstücks, z.B. die Verseuchung des Bodens mit Chemikalien<sup>46</sup> (sog. »Altlasten«) die Nutzbarkeit des Bauwerks ausschließen oder einschränken (zu Haftungsbeschränkungen Rdn. 91). Dieser Sachverhalt ist nicht anders zu beurteilen als die Verwendung gesundheitsschädlicher Materialien bei der Errichtung des Bauwerks.<sup>47</sup> In beiden Fällen wird der vertraglich vorausgesetzte Gebrauch beeinträchtigt.<sup>48</sup> Im Einzelfall kann bereits die Gefahr von erheblichen Schadstoffbelastungen einen Mangel darstellen.<sup>49</sup>

41 Vgl. *M. Müller*, Änderungen des sachenrechtlichen Grundverhältnisses der Wohnungseigentümer, 2010, S. 163, 167 f.

42 BGH 04.06.1982 – V ZR 81/81 – NJW 1983, 275.

43 BGH 19.11.2021 – V ZR 104/20 – NJW-RR 2022, 808 Tz. 13.

44 BGH 27.04.1984 – V ZR 137/83 – MittBayNot 1984, 175, 176; BGH 10.10.1974 – VII ZR 28/73 – BGHZ 63, 96; BGH 16.04.1974 – VII ZR 155/72 – BGHZ 60, 362; OLG Karlsruhe 08.01.1991 – 18a U 194/90 – NJW 1991, 1836; OLG Düsseldorf 11.12.1985 – 9 U 121/85 – DNotZ 1986, 225; *Thodel/Quack*, Abnahme und Gewährleistung, Rn. 21.

45 BGH 24.11.1995 – V ZR 234/94 – NJW 1996, 586.

46 OLG Düsseldorf 21.08.1996 – 9 U 99/95 – NJW 1996, 3284; OLG München 21.04.1994 – 32 U 2088/94 – NJW 1995, 2566.

47 Zu Formaldehyd-Belastungen vgl. OLG Nürnberg 15.01.1992 – 9 U 3700/89 – NJW-RR 1993, 1300.

48 Vgl. OLG München 03.04.1998 – 21 U 4350/97 – NJW-RR 1999, 455.

49 BGH 08.07.2016 – V ZR 35/15 – ZfR 2016, 783.

- 11 Das Grundstück muss dauerhaft nutzbar sein. Hierzu gehört z.B. auch die gesicherte Anbindung an eine öffentliche Straße. Sind hierzu Dienstbarkeiten erforderlich, müssen diese grds. rangrichtig am dienenden Grundstück eingetragen sein. Entsprechendes gilt für Baulasten. Ist eine Widmung erforderlich, ist das verkaufte Grundstück mangelhaft, sofern nicht zumindest sichergestellt ist, dass eine Widmung ohne weiteres Zutun des Bauträgers erfolgen kann.<sup>50</sup>

## II. Haftung für das Bauwerk

### 1. Mangel

- 12 Der Bauträger ist verpflichtet, das Bauwerk mangelfrei zu erstellen.<sup>51</sup> Maßgebend ist die aufgrund des Vertrags geschuldete Beschaffenheit. Ein Sachmangel liegt vor, wenn die Ist-Beschaffenheit des Werks von der Sollbeschaffenheit abweicht. Eine Beeinträchtigung von Wert und Gebrauchstauglichkeit muss damit nicht verbunden sein (Kap. 11 Rdn. 47). Ein Mangel ist nicht dadurch ausgeschlossen, dass die erbrachte Leistung wirtschaftlich und technisch besser als die vereinbarte Leistung ist.<sup>52</sup>
- 13 Hat der Bauträger Arbeiten in *Schwarzarbeit* (vgl. auch Kap. 11 Rdn. 200) ausführen lassen, ist das Werk nicht allein deswegen mangelhaft.<sup>53</sup>

Eine Vereinbarung des Inhalts, dass der Bauträger keine Arbeiten in Schwarzarbeit hat durchführen lassen oder durchführen lässt, ist denkbar. Dann sollten für den Fall eines Verstoßes auch die Rechtsfolgen geregelt werden (z.B. Rücktritt oder Vertragsstrafe, vgl. Kap. 3 Rdn. 53).

Werden Gewährleistungsansprüche abgetreten (vgl. Rdn. 56 ff.), können wegen des Nichtbestehens abtretbarer Ansprüche (§ 134 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2 SchwarzArbG) Ansprüche des Erwerbers gegen den Bauträger in Betracht kommen.

- 14 Maßgebend ist nach der Rechtsprechung der **Zeitpunkt der Abnahme**, wobei abweichende – z.B. auf den Zeitpunkt der Bauausführung abstellende Regelungen – denkbar sind (Kap. 11 Rdn. 56). Ein Mangel liegt nicht vor, wenn die zunächst mangelfreie Sache durch den gebrauchsbedingten **Verschleiß** im Laufe der Zeit mangelbehaftet wird.<sup>54</sup> Dies gilt insb. auch dann, wenn der Erwerber in seinem Besitzzeitraum nicht für die erforderliche Wartung, z.B. der Heizungsanlage, gesorgt hat (vgl. Kap. 11 Rdn. 43; zu Wartungsverträgen Kap. 12 Rdn. 96). Auf einen Wartungsbedarf und die einzuhaltenden Intervalle hat der Bauträger allerdings hinweisen, andernfalls kann er wegen der Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht schadenersatzpflichtig sein (vgl. Rdn. 3).

Allein dadurch, dass kein (gebotener) Wartungsvertrag abgeschlossen und durchgeführt wurde, werden Mängelansprüche nicht ausgeschlossen, sondern allenfalls dann, wenn eine unterlassene Wartung für die Mangelerscheinungen ursächlich ist.<sup>55</sup>

### 2. Mängelansprüche

- 15 Für Mängel des Bauwerks (vgl. Kap. 11 Rdn. 1 ff., 41 ff.) haftet der Bauträger nach **Werkvertragsrecht**.<sup>56</sup> Der Erwerber/Besteller hat die Rechte nach § 634 BGB. Diese Rechte können grundsätzlich erst nach der Abnahme (Kap. 12 Rdn. 1 ff.) geltend gemacht werden.<sup>57</sup> Vor Abnahme besteht

<sup>50</sup> Krauss RNotZ 2023, 1, 14 ff.

<sup>51</sup> BGH 29.06.1989 – VII ZR 151/88 – BGHZ 108, 164, 167 f.

<sup>52</sup> BGH 07.03.2002 – VII ZR 1/00 – ZfR 2002, 802 m. Anm. *Schwenker*.

<sup>53</sup> BGH 28.05.2021 – V ZR 24/20 – NJW 2021, 3397 (zum Kaufrecht und § 434 Abs. 1 BGB a.F.).

<sup>54</sup> LG Stuttgart 01.06.1987 – 27 O 148/87 – MittBayNot 1989, 82; *Hahn* BauR 1985, 121; *Grziwotz* NJW 1989, 193.

<sup>55</sup> OLG Brandenburg 14.08.2020 – 6 U 66/18 – IBR 2021, 103.

<sup>56</sup> BGH 16.04.1973 – VII ZR 155/72 – NJW 1973, 1235; BGH 05.04.1979 – VII ZR 308/77 – NJW 1979, 1406.

<sup>57</sup> BGH 19.01.2017 – VII ZR 301/13 – ZfR 2017, 276 mit Anm. *Reichelt/Ishola*.

der Anspruch auf Erfüllung, der eingeklagt und gem. § 887 ZPO vollstreckt werden kann, sowie ein Anspruch auf Schadensersatz gem. § 281 BGB.

Beruhet die Unwirksamkeit einer durchgeführten Abnahme darauf, dass eine vom Unternehmer gestellte Abnahmeklausel unwirksam ist, kann sich der Unternehmer als Verwender der unwirksamen Vertragsklausel nach Treu und Glauben nicht darauf berufen, dass sich der Vertrag noch im Erfüllungsstadium befindet.<sup>58</sup> In diesen Fällen kann daher trotz fehlender wirksamer Abnahme z.B. ein Anspruch auf Kostenvorschuss geltend gemacht werden.

Nach § 634 BGB kann in erster Linie Nacherfüllung (§ 635 BGB) verlangt werden; der Unternehmer kann dann nach seiner Wahl das Werk neu herstellen oder den Mangel beseitigen.<sup>59</sup> Grds. ist dem Unternehmer hierfür eine angemessene Frist zu setzen (Ausnahme §§ 636, 281 Abs. 2, 323 Abs. 2 BGB). Die Mängelbeseitigung kann verweigert werden, wenn sie unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde.<sup>60</sup> Ist die Beseitigung des Mangels unmöglich, beschränken sich die Rechte des Bestellers auf einen Schadensersatzanspruch gem. §§ 634 Nr. 4, 311a Abs. 2 BGB.<sup>61</sup> Lässt man Mängel nicht beseitigen, kann der Schaden (anders als bei Anwendbarkeit des Kaufrechts) nicht nach den *fiktiven Mängelbeseitigungskosten* bemessen werden.<sup>62</sup>

Nach erfolglosem Ablauf der zur Nacherfüllung gesetzten angemessenen Frist kann der Besteller – gem. § 637 BGB den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen,

- vom Vertrag zurücktreten (§§ 636, 323, 326 Abs. 5 BGB),
- die Vergütung mindern (§ 638 BGB),
- unter den Voraussetzungen der §§ 636, 280, 281, 283 und 311a BGB Schadensersatz oder
- nach § 284 BGB Ersatz vergeblicher Aufwendungen, aber auch einen Kostenvorschuss<sup>63</sup> verlangen.

Bei nur geringfügigen Mängeln sind ein Rücktritt und ein Anspruch auf Schadensersatz statt der ganzen Leistung ausgeschlossen (§ 323 Abs. 5 Satz 2 BGB),<sup>64</sup> sofern nicht arglistig getäuscht wurde.<sup>65</sup>

58 BGH 30.06.2016 – VII ZR 188/13 – DNotZ 2017, 171 mit Anm. *Weiler/Linse* = ZfIR 2016, 635 mit Anm. *Dörsch*; BGH 12.05.2016 – VII ZR 171/15 – ZfIR 2016, 570 mit Anm. *Gritschneider*.

59 Muss der Erwerber die bereits bezogene Wohnung zum Zwecke der Mängelbeseitigung zeitweise räumen, kann er den dadurch entstehenden Aufwand (z.B. Hotelkosten) im Rahmen seiner Schadensersatzansprüche geltend machen, vgl. OLG München 25.09.2017 – 9 U 4712/16 Bau – NJW 2018, 1407.

60 Der Einwand des unverhältnismäßigen Aufwands ist unwirksam, wenn vorsätzlich oder grob fahrlässig billigeres oder minderwertiges Material eingebaut wurde, BGH 23.02.1995 – VII ZR 235/93 – NJW 1995, 1836. – Unverhältnismäßigkeit ist dann gegeben, wenn die Mängelbeseitigungskosten in keinem vernünftigen Verhältnis zu dem Vorteil stehen, den der Besteller durch die Mängelbeseitigung erhalte (vgl. BGH 23.02.1995 – VII ZR 235/93 – NJW 1995, 1836; BGH 30.04.1992 – VII ZR 185/90 – NJW 1992, 2481), sodass bei Funktionsbeeinträchtigungen auch sehr hohe Kosten noch nicht zur Unverhältnismäßigkeit führen, vgl. BGH 24.04.1997 – VII ZR 110/96 – BauR 1997, 638 für Schallschutzmängel, die durch Durchsägen der Trennwände beseitigt werden müssen; BGH 10.11.2005 – VII ZR 64/04 – IBR 2006, 85 (*Sienez*).

61 BGH 08.05.2014 – VII ZR 203/11 – ZfIR 2014, 556 mit Anm. *Bickert* (technische Unmöglichkeit der vereinbarten Funktionstauglichkeit).

62 BGH 08.10.2020 – VII ARZ 1/20 – BauR 2021, 225; BGH 22.02.2018 – VII ZR 46/17 – BauR 2018, 815 (Tz. 22–43); BGH 06.12.2018 – VII ZR 71/15 – BauR 2019, 668.

63 Vgl. BGH 22.02.2001 – VII ZR 115/99 – BauR 2001, 789 (die Höhe der erforderlichen Kosten ist zu schätzen, vorab muss kein Sachverständigengutachten eingeholt werden); näher zum Vorschussanspruch *Halfmeier* BauR 2022, 830.

64 Maßgebend für die Frage, ob eine Pflichtverletzung als unerheblich einzuschätzen ist, ist der Zeitpunkt des Zugangs der (Rücktritts-) Erklärung des Erwerbers, BGH 15.06.2011 – VIII ZR 139/09 – DNotl-Report 2011, 154.

65 BGH 24.03.2006 – V ZR 173/05 – BGHZ 167, 19.

- 16 Bei einer **Rückabwicklung des Vertrags** (zum Schadensersatz bei Verzug Kap. 11 Rdn. 252) aufgrund Rücktritts sind bereits gezahlte Kaufpreisteile zu erstatten. Vertragskosten (z.B. für Notar und Grundbuchamt) und Aufwendungen im Hinblick auf eine Finanzierung<sup>66</sup> sind zu ersetzen.<sup>67</sup> Wenn das Objekt vom Erwerber bereits genutzt wurde, sind die gezogenen **Nutzungsvorteile** zum Abzug zu bringen, wobei bei einer **Vermietung** des Objekts durch den Erwerber die tatsächlichen Mieteinnahmen abzgl. eines etwaigen Erhaltungsaufwands anzusetzen sind.<sup>68</sup>

Im Rahmen einer Vorteilsausgleichung nicht in Abzug zu bringen sind eine vom Erwerber vereinbarte Eigenheimzulage<sup>69</sup> oder Steuervorteile, die er durch Absetzung für Abnutzung (AfA) erzielt hat.<sup>70</sup>

- 17 Die Rückabwicklung des Vertrags wegen irreparabler Vertragsstörungen stellt **steuerrechtlich** kein steuerpflichtiges Veräußerungsgeschäft i.S.d. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG dar.<sup>71</sup>
- 18 Bei **Wohnungs- und Teileigentum** bestehen die Rechte und Ansprüche wegen Mängeln nach näherer Maßgabe des Wohnungseigentumsgesetzes (in der seit 01.12.2020 geltenden Fassung durch das Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz).

Nach der früheren Rechtslage wurden wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums

- Minderung und kleiner Schadensersatz als »gemeinschaftsbezogen« i.S.d. § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG a.F. der geborenen Ausübungsermächtigung der Gemeinschaft zugeordnet,
  - Ansprüche auf Nachbesserung und Kostenvorschuss einer gekorenen Ausübungsermächtigung (Erfordernis eines Beschlusses zum An-Sich-Ziehen der betreffenden Ansprüche),
- während Ansprüche, die auf Rückabwicklung zielen (Rücktritt, großer Schadensersatz) individuell dem einzelnen Eigentümer zustanden.

Nach § 9a Abs. 2 WEG übt die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer die sich aus dem gemeinschaftlichen Eigentum ergebenden Rechte »sowie solche Rechte der Wohnungseigentümer aus, die eine einheitliche Rechtsverfolgung erfordern.« Damit korrespondierend ist § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG a.F. weggefallen. Die Rechtsfolgen wurden/werden kontrovers diskutiert.<sup>72</sup> Der BGH hat mit Urteil vom 11.11.2022 weitgehend Klarheit geschaffen.<sup>73</sup> Im Ergebnis bleibt es im Wesentlichen bei den bisherigen Grundsätzen: Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer kann die auf Beseitigung von Mängeln am Gemeinschaftseigentum gerichteten Rechte der Erwerber von Wohnungseigentum auch nach der Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes weiterhin durch Mehrheitsbeschluss zur alleinigen Durchsetzung an sich ziehen; die Kompetenz für einen solchen Beschluss folgt aus § 18 Abs. 1, § 19 Abs. 2 Nr. 2 WEG. Es ist nicht danach zu differenzieren, ob wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums Ansprüche aufgrund Kaufvertrags (§ 439 BGB) oder aufgrund Werkvertrags geltend gemacht werden.

- 19 Der **Verwalter** der Wohnanlage hat eine erforderliche Beschlussfassung sachgerecht vorzubereiten. Er hat auf Gewährleistungsansprüche und eine drohende Verjährung hinzuweisen. Dies gilt unein-

66 BGH 20.02.2014 – VII ZR 172/13 – BGHZ 200, 203; BGH 08.05.2014 – VII ZR 199/13 – DNotZ 2014, 759; BGH 12.03.2009 – VII ZR 26/06 – BauR 2009, 1140.

67 Zu einer Verzinsung wegen des eingesetzten Eigenkapitals OLG Karlsruhe 22.12.2009 – 17 U 50/09 – IBR 2010, 89 (Weyer).

68 BGH 12.03.2009 – VII ZR 26/06 – NJW 2009, 1870; BGH 09.02.2006 – VII ZR 228/04 – IBR 2006, 264.

69 BGH 12.11.2009 – VII ZR 233/08 – NJW 2010, 675.

70 BGH 19.06.2008 – VII ZR 215/06 – NJW 2008, 2773.

71 BFH 27.06.2006 – IX R 47/04 – NJW 2006, 3743.

72 Vgl. BGH 11.11.2022 – V ZR 213/21 – ZfR 2023, 90 mit Anm. Elzer (Tz. 27- 29) = ZWE 2023, 123 mit Anm. Vogel.

73 BGH 11.11.2022 – V ZR 213/21 – ZfR 2023, 90 mit Anm. Elzer = ZWE 2023, 123 mit Anm. Vogel; ebenso BGH 01.02.2023 – VII ZR 887/21 – ZWE 2023, 136.

geschränkt auch für sog. Bauträger-Verwalter, also wenn der Verwalter mit dem Bauträger identisch ist, von ihm eingesetzt, mit ihm verbunden oder von ihm abhängig ist.<sup>74</sup>

### 3. Betretungsrechte wegen (etwaigen) Mängeln

#### a) Betretungsrecht zum Zweck der Mangelbeseitigung

Die Nacherfüllung (§ 635 BGB) setzt die Mitwirkung des Bestellers voraus. Die unterbliebene Mitwirkung führt im Zwei-Personen-Verhältnis zu angemessenen Folgen.<sup>75</sup> Wurde die Bereitschaft zur erforderlichen Mitwirkung bei der Mangelbeseitigung innerhalb der gesetzten Frist nicht unzweideutig erklärt, kommt der Besteller in Annahmeverzug.<sup>76</sup> Rechte wegen vorhandenen Mängeln werden eingeschränkt bzw. der Anspruch auf Mangelbeseitigung ausgeschlossen, wenn die geschuldete Nacherfüllung nicht zugelassen wird.<sup>77</sup> 20

Dem Interesse des Bauträgers ist damit jedoch bei Wohnanlagen nicht hinreichend Rechnung getragen. Der Bauträger schuldet jedem Erwerber das mangelfreie Gemeinschaftseigentum. Zur Beseitigung von diesbezüglichen Mängeln bedarf es u.U. des Zugangs zu den einzelnen Sondereigentumseinheiten, ebenso wenn Mängel eines Sondereigentums sich nur dann beheben lassen, wenn die **Nachbarwohnung** betreten wird.<sup>78</sup> Jeder Erwerber hat Anspruch auf mangelfreies Gemeinschaftseigentum und kann – in welchem Umfang auch immer (Kap. 5 Rdn. 147) – Einbehalte geltend machen, solange solche Mängel nicht beseitigt sind.<sup>79</sup> Im Hinblick darauf sind angemessene Beschränkungen der Rechte des Einzelnen in einem Vertrag über Wohnungs- und Teileigentum zum Zwecke der Mangelbeseitigung regelbar, wenn dem Vertrag nicht schon immanent.<sup>80</sup>

Angesichts einer ein **Betretungsrecht** verneinenden Rechtsprechung<sup>81</sup> dürfte sich eine ausdrückliche vertragliche Regelung empfehlen (Formulierungsvorschlag Kap. 18 Rdn. 1 unter IX.2).

#### b) Betretungsrecht zum Zweck der Prüfung auf Mängel

Ein Bauträger sieht sich dem Problem ausgesetzt, dass seine eigenen Ansprüche wegen Mängeln gegenüber von ihm mit der Bauausführung beauftragten Unternehmen regelmäßig früher verjähren als die Ansprüche der Erwerber gegen ihn (vgl. Kap. 12 Rdn. 94 f.). Er muss damit rechnen, dass eine eingehende Prüfung auf Sachmängel durch Erwerber erst zu einem Zeitpunkt stattfindet, zu dem er wegen dann festgestellten Mängeln keinen Rückgriff auf seine Subunternehmer mehr nehmen kann. 21

Eine Pflicht des Erwerbers, Mängel alsbald nach Kenntniserlangung zu melden, kann nicht begründet werden (vgl. Rdn. 70). Zudem würde sich ein Verstoß gegen diese Pflicht kaum nachweisen

74 BGH 19.07.2019 – V ZR 75/18 – NZBau 2020, 366.

75 Zur Zustandsfeststellung, wenn kein Zutritt gewährt wird, *Pause/Vogel* in Kniffka/Jurgleit, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 06.03.2023, § 650g Rn. 18.

76 Vgl. OLG München 12.07.2018 – 28 U 628/18 Bau – IBR 2020, 16; hierzu näher *Manteufel* in Werner/Pastor, *Der Bauprozess*, Kap. 8 Rn. 2078 ff.

77 Vgl. BGH 27.11.2003 – VII ZR 93/01 – BauR 2004, 501; OLG Zweibrücken 17.05.2021 – 5 U 173/20 – IBR 2022, 559; Schleswig 10.12.2021 – 1 U 64/20 – IBR 2022, 125; *Krause-Allenstein* in Kniffka/Jurgleit, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 06.03.2023, § 635 Rn. 32; *Jurgleit* in Kniffka/Kooble/Jurgleit/Sacher, *Kompendium des Baurechts*, 5. Teil Rn. 264.

78 Vgl. OLG München 21.10.2010 – 9 U 1545/10 – NJW 2011, 864.

79 Vgl. OLG Düsseldorf 02.03.2010 – 21 W 8/10 – ZWE 2010, 267; *Kooble*, *Kompendium des Baurechts* 10. Teil Rn. 501; *Manteufel*, Werner/Pastor, *Der Bauprozess*, Kap. 2 Rn. 449. – A.A. Hügel/Elzer, WEG, § 9a Rn. 127.

80 BGH 12.04.2007 – VII ZR 236/05 – BGHZ 172, 42, 50 (Tz. 22); BGH 15.01.2010 – V ZR 80/09 – NJW 2010, 933.

81 OLG München 21.10.2010 – 9 U 1545/10 – NJW 2011, 864. – Hierzu Kritisch *Pause/Vogel*, *Bauträgerkauf*, Kap. 13 Rn. 93.

lassen. Eine Pflicht zur frühzeitigen und sachverständigen Prüfung wird man einem Erwerber keinesfalls auferlegen können.

Danach kann der Bauträger ein Interesse haben, das Bauwerk auf Mängel zu prüfen oder durch Dritte prüfen zu lassen. Der Umfang der Prüfungen wird nicht zuletzt davon abhängen, ob der Bauträger Bauaufträge im Wege der Einzelvergabe erteilt hat oder ob ein Generalunternehmer beauftragt wurde (Formulierungsvorschlag Kap. 18 Rdn. 22).

### c) Bewertung

- 22 Aufgrund solcher Klauseln werden die Rechte und Interessen des Betroffenen beeinträchtigt (vgl. Kap. 12 Rdn. 34). Dies ist zumutbar. In den hier in Rede stehenden Fällen beschränkt sich das Betretungsrecht auf einen besonderen Anlass. Es ist erforderlich im Hinblick auf eine geschuldeten Nacherfüllung und meistens auch im unmittelbaren Interesse des betroffenen Wohnungseigentümers. Zudem ist der Umfang der damit verbundenen Beeinträchtigungen überschaubar. Der Zugang ist insbesondere nicht einer Vielzahl von Personen zu ganz unterschiedlichen Zeitpunkten zu gewähren, sondern nur zweckgebunden einzelnen Fachleuten. Die erforderlichen Termine können und müssen abgestimmt werden. Auf die Interessen des betroffenen Wohnungseigentümers ist Rücksicht zu nehmen.

## 4. Verjährung

- 23 Mängelansprüche verjähren bei Arbeiten bei Bauwerken gem. § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB in 5 Jahren. Die Verjährung beginnt mit Abnahme des Werks (§ 634a Abs. 2 BGB).<sup>82</sup> Sie kann gem. § 212 BGB insbesondere durch ein *Anerkenntnis* neu beginnen (vgl. Rdn. 78).

In Fällen des *arglistigen Verschweigens*, wenn nämlich dem Bauträger bei Abnahme schwerwiegende Mängel des Bauwerks bekannt sind und er diese dem Erwerber nicht offenbart,<sup>83</sup> kann die Verjährung gem. § 634a Abs. 3 BGB auch später eintreten. Dann gilt die regelmäßige Verjährungsfrist von 3 Jahren (§ 195 BGB), die gem. § 199 Abs. 1 BGB mit dem Schluss des Jahres beginnt, in dem der Anspruch entstanden ist *und* in dem der Gläubiger (Erwerber) Kenntnis von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste.<sup>84</sup> Dieser Anspruch verjährt nicht vor der sich aus § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB ergebenden 5-Jahresfrist (§ 634a Abs. 3 Satz 2 BGB) und spätestens 10 Jahre nach Abnahme des Werks<sup>85</sup> bzw. bei Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit oder Freiheit nach 30 Jahren (§ 199 Abs. 2 BGB). Wegen des subjektiven Elements kann sich hieraus eine längere als die 5-jährige Haftung ergeben.

Mit der Abnahme beginnt auch die Verjährungsfrist für nahe Mangelfolgeschäden.<sup>86</sup>

Die Verjährung von Mängelansprüchen steht gemäß § 215 BGB einer Aufrechnung oder der Geltendmachung eines Leistungsverweigerungsrechts nicht entgegen, wenn der Mangel bereits vor Ablauf der Verjährungsfrist in Erscheinung getreten ist und daher die Aufrechnung bzw. das Leistungsverweigerungsrecht in nicht verjährter Zeit geltend gemacht werden konnte.<sup>87</sup>

82 Zur Verjährung mangelbedingter Ansprüche vor Abnahme BGH 08.07.2010 – VII ZR 171/08 – NJW 2010, 3573 (unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung); *Sienz/Vogel* NJW 2010, 2703, 2704 f.

83 Vgl. BGH 25.10.2007 – VII ZR 205/06 – ZfR 2008, 290 m. Anm. *Hildebrandt*; BGH 30.11.2004 – X ZR 43/03 – BauR 2005, 550; BGH 20.12.1973 – VII ZR 184/72 – BGHZ 62, 63.

84 BGH 25.10.2007 – VII ZR 205/06 – ZfR 2008, 290 m. Anm. *Hildebrandt*; BGH 23.01.2007 – XI ZR 44/06 – BGHZ 171, 1 (insb. zum Übergangsrecht nach der Schuldrechtsmodernisierung).

85 OLG Karlsruhe 24.01.2014 – 4 U 149/13 – NJW 2014, 1308.

86 BGH 28.10.2010 – VII ZR 172/09 – NJW 2011, 594.

87 BGH 05.11.2015 – VII ZR 144/14 – NJW 2016, 52.

Zur Arglisthaftung kann insb. ein **Organisationsverschulden** führen.<sup>88</sup> Unter diesem Gesichtspunkt kommt auch ohne positive Kenntnis eines schwerwiegenden Mangels eine Haftung des Bauträgers mit einer Verjährungsfrist über 5 Jahre hinaus in Betracht, wenn er bei – im Bauträgerbereich typischer – arbeitsteiliger Herstellung des Bauwerks nicht hinreichende organisatorische Voraussetzungen geschaffen hat, um sachgerecht beurteilen zu können, ob das fertiggestellte Werk bei Ablieferung Mängel aufweist, und deshalb seiner Offenbarungspflicht nicht nachgekommen ist.<sup>89</sup> Auch ein Organisationsverschulden von Zulieferern oder beauftragten Subunternehmern muss er sich u.U. zurechnen lassen.<sup>90</sup> Ein Organisationsverschulden kann auch darin liegen, dass der Bauträger Arbeiten nicht durch hinreichend geeignete Fachhandwerker ausführen lässt oder er keine Überwachung der Arbeiten durch einen Bauleiter vorsieht.<sup>91</sup> Der Bauträger schuldet also auch eine hinreichende **Qualitätskontrolle**. Bei kleineren Bauvorhaben – etwa einem Einfamilienhaus – wird es genügen, wenn *ein* erfahrener und bewährter Bauleiter eingesetzt wird;<sup>92</sup> bei größeren Vorhaben können mehrere Bauleiter erforderlich sein.<sup>93</sup> Genügt der Bauträger dieser Pflicht nicht, haftet er wie derjenige, der einen Mangel bei Abnahme arglistig verschwiegen hat.

### 5. Mehrere Bauträger

Haben **mehrere Bauträger** verschiedene Teile einer einheitlichen Wohnanlage hergestellt, haften sie als Gesamtschuldner für alle Mängel des Gemeinschaftseigentums, sofern sich aus einer Beschränkung der Herstellungsverpflichtung (vgl. für Mehrhausanlagen Kap. 11 Rdn. 166 ff.) nichts anderes ergibt.<sup>94</sup> Eine Minderung kann gem. § 638 Abs. 2 BGB nur von allen einheitlich verlangt werden (vgl. für den kaufvertraglichen Minderungsanspruch § 441 Abs. 2 BGB).

### III. Digitale Produkte

Der Gesetzgeber hat die Digitale Inhalte – Richtlinie und Warenkauf – Richtlinie umgesetzt. Zu Leistungs- und Gewährleistungspflichten finden sich umfangreiche Vorschriften in §§ 327 ff. BGB. Gleichzeitig hat das Kaufrecht umfangreiche Änderungen erfahren (nicht zuletzt eine Änderung des Mangelbegriffs in § 434 BGB). Die Gesetzesänderungen gelten für alle ab dem 01.01.2022 abgeschlossenen Verträge.

#### 1. §§ 327 ff. BGB, Anwendungsbereich

Enthält ein Vertrag zwischen einem **Unternehmer** und einem **Verbraucher** auch Vereinbarungen zur »Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen (digitale Produkte) durch den Unternehmer« (§ 327 BGB) oder handelt es sich um eine »Ware mit digitalen Elementen« (§ 475b Abs. 1 BGB), sind §§ 327 ff. BGB bzw. §§ 475b ff. BGB zu beachten. Die Vorschriften der §§ 327 ff. BGB gelten vertragstypübergreifend, somit bei Kaufverträgen über bewegliche und unbewegliche Sachen, bei Mietverträgen, Werkverträgen usw.<sup>95</sup>

Für Bauträgerverträge kann der Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB z.B. eröffnet sein bei einer Ausstattung des Erwerbsobjekts als **Smart-Home**, insbesondere für die Haustechnik (z.B. Steuerung

88 *Jurgeleit* in Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Compendium des Baurechts, 5. Teil Rn. 217 ff.

89 BGH 11.10.2007 – VII ZR 99/06 – BGHZ 174, 32; BGH 30.11.2004 – X ZR 43/03 – BauR 2005, 550; BGH 12.03.1992 – VII ZR 5/91 – BGHZ 117, 318 = DNotZ 1993, 675 m. Anm. *Merl*; OLG Düsseldorf 30.11.2001 – 5 U 229/00 – BTR 2002, 40; *Kniffka* ZfBR 1993, 255; *Rutkowsky* ZfBR 1994, 201.

90 BGH 12.10.2006 – VII ZR 272/05 – BGHZ 169, 255; OLG Stuttgart 09.10.1996 – 1 U 32/95 – BauR 1997, 317.

91 OLG Frankfurt am Main, 17.05.1995 – 17 U 88/93 – IBR 1997, 232 (*Kniffka*).

92 BGH 12.10.2006 – VII ZR 272/05 – BGHZ 169, 255.

93 *Jurgeleit* in Kniffka/Jurgeleit, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 06.03.2023, § 634a Rn. 75.

94 BGH 15.04.2004 – VII ZR 130/03 – ZfR 2004, 538; hierzu *Vogel* EWiR 2004, 747.

95 Vgl. *Herrler* DNotZ 2022, 491 ff.

von Heizung, Rollläden und Jalousien, Haus-/Wohnungszugang etc.),<sup>96</sup> oder auch bei der Bereitstellung einer Haus- oder Quartiersapp, die Dienstleistungen innerhalb der Anlage koordinieren soll.

Es wird sich dabei stets um einen Vertrag im Sinne des § 327a Abs. 2 BGB handeln, so dass §§ 327 ff. BGB allein auf die Bestandteile des Vertrags anzuwenden sind, welche die digitalen Produkte betreffen. Für den analogen Teil des Vertragsgegenstands, also den Erwerb des Grundstücks oder die Herstellung des Bauwerks, bleibt es bei den hierfür maßgebenden Bestimmungen.

## 2. Pflichten des Unternehmers

- 28 Für digitale Produkte bestehen besondere Leistungspflichten, z.B. die Pflicht, Zubehör und Anleitungen zur Verfügung zu stellen, deren Erhalt der Verbraucher erwarten kann (§ 327e Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 BGB).

Von besonderer Bedeutung für Bauträger ist die **Aktualisierungspflicht** nach § 327f BGB. Danach (Absatz 1 Satz 1) hat der Unternehmer – also der Verkäufer/Bauträger – sicherzustellen, dass »dem Verbraucher während des maßgeblichen Zeitraums Aktualisierungen, die für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit des digitalen Produkts erforderlich sind, bereitgestellt werden und der Verbraucher über die Aktualisierungen informiert wird.«

In der Vorschrift zum Produktmangel (§ 327e BGB) findet sich die Aktualisierungspflicht sowohl bei den subjektiven als auch bei den objektiven Anforderungen. Zu den **subjektiven Anforderungen** gehören »die im Vertrag vereinbarten Aktualisierungen während des nach dem Vertrag maßgeblichen Zeitraums« (§ 327e Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB). Nach dem Gesetzestext und der Begründung des Gesetzesentwurfs sind die Vertragsparteien grundsätzlich darin frei, Art, Dauer und Umfang der Aktualisierungspflicht zu vereinbaren. Gleichzeitig gehört aber die Pflicht zur Bereitstellung von und Information über Aktualisierungen im Sinne von § 327f BGB zu den **objektiven Anforderungen** (§ 327e Abs. 3 Nr. 5 BGB).

- 29 **Maßgeblicher Zeitraum** ist nach § 327f Abs. 1 Satz 3 BGB »1. bei einem Vertrag über die dauerhafte Bereitstellung eines digitalen Produkts der Bereitstellungszeitraum, 2. in allen anderen Fällen der Zeitraum, den der Verbraucher aufgrund der Art und des Zwecks des digitalen Produkts und unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags erwarten kann.«

Anders als in § 434 BGB findet sich zu den objektiven Anforderungen (§ 327e Abs. 3 bzw. § 434 Abs. 3 BGB) nicht die Einschränkung »soweit nicht wirksam etwas anderes vereinbart wurde«. Die Gesetzesbegründung verweist insofern auf die Richtlinie, nach der die objektiven Kriterien »im Ausgangspunkt einen gleichrangigen Stellenwert« erhalten. Nach Art 8 Abs. 1 der Richtlinie hat der Unternehmer sie zusätzlich zur Einhaltung der subjektiven Anforderungen einzuhalten. Grundsätzlich sollen die objektiven Standards nicht durch individuelle Vereinbarungen abgesenkt werden (Erwägungsgrund 45 der Richtlinie), vertragliche Abweichungen sollen nur unter der Voraussetzung zulässig sein, dass der Verbraucher diese ausdrücklich und gesondert akzeptiert.

Danach wird man den »maßgeblichen Zeitraum« für Aktualisierungen nicht durch einfache vertragliche Abrede einschränken können. § 327e Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB ist so zu verstehen, dass die Option eröffnet wird, über die objektiven Anforderungen (§§ 327e Abs. 3 Satz 1 Nr. 5, 327f BGB) hinauszugehen. Soll die Aktualisierungspflicht eingeschränkt oder ausgeschlossen werden, sind die Voraussetzungen des § 327h BGB zu beachten.<sup>97</sup>

## 3. Vertragsgestaltung

- 30 § 327h BGB regelt die Möglichkeiten abweichender Vereinbarungen dahingehend, dass »von den objektiven Anforderungen nach ... § 327f Abs. 1 ... nur abgewichen (kann), wenn der Verbraucher vor

<sup>96</sup> Wendehorst NJW 2021, 2913, 2914.

<sup>97</sup> Fries in beck-online GKommBGB § 327e Rn. 20; Grüneberg in Grüneberg, BGB, § 327e Rn. 5.

*der Abgabe seiner Vertragserklärung eigens davon in Kenntnis gesetzt wurde, dass ein bestimmtes Merkmal des digitalen Produkts von diesen objektiven Anforderungen abweicht, und diese Abweichung im Vertrag ausdrücklich und gesondert vereinbart wurde.*<sup>98</sup>

#### a) Früher Hinweis

Der Verbraucher ist vorab eigens von beabsichtigten abweichenden Vereinbarungen in Kenntnis zu setzen. Ob hierfür die Übersendung des beabsichtigten Vertragstextes (vgl. § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG) genügt, ist offen.<sup>99</sup> 31

Nachdem das Gesetz den Begriff »eigens« verwendet, ist vorsorglich zu empfehlen, dass entsprechende Informationen separat gegeben werden, z.B. in einem eigenen Informationsschreiben.

Für den Notar ist eine hinreichende Vorabinformation des Verbrauchers insofern von Bedeutung, dass diese Voraussetzung für eine diesbezügliche Haftungsbeschränkung ist und er die Beurkundung unwirksamer Klauseln abzulehnen hat (§ 17 Abs. 2 BeurkG). Es empfiehlt sich, hierzu im Vertrag eine entsprechende Bestätigung des Erwerbers vorzusehen. Der Notar hat sich über deren Richtigkeit zu vergewissern.<sup>100</sup> Entbehrlich wäre dies dann, wenn man die gesetzlichen Anforderungen bereits aufgrund der vom Notar selbst übersandten Unterlagen als erfüllt ansehen könnte.

#### b) Baubeschreibung

In der Baubeschreibung wird sich empfehlen, dass – möglichst in einem eigenen Abschnitt, auf den im Bauträgervertrag verwiesen werden kann (vgl. Kap. 18 Rdn. 44) – die Einzelheiten zu digitalen Produkten zusammengefasst werden, also eine Beschreibung der insofern geschuldeten Leistungen, ggf. einschließlich der Pflicht zur Einweisung, zur Aushändigung von Anleitungen, ggf. mit der Klarstellung welche zusätzlichen Geräte Sache des Erwerbers sind,<sup>101</sup> und regelmäßig mit dem Hinweis, in welchem Umfang eine Aktualisierungspflicht übernommen wird und was zu notwendigen Aktualisierungen ab wann von wem (Erwerber, Eigentümergemeinschaft) wie zu veranlassen ist, möglichst mit Angabe der zu erwartenden Kosten. 32

#### c) Bauträgervertrag

Im Bauträgervertrag ist an eine Sonderregelung im Hinblick auf die **Abnahme** zu denken. Denn nach § 650 Abs. 4 BGB gilt *für einen Verbrauchervertrag, bei dem der Unternehmer sich verpflichtet, eine Sache herzustellen, die ein digitales Produkt enthält oder mit digitalen Produkten verbunden ist*, der Anwendungsausschluss nach Absatz 2 entsprechend für diejenigen Bestandteile des Vertrags, welche die digitalen Produkte betreffen. Nach Absatz 2 ist hierfür § 640 BGB über die Abnahme nicht anzuwenden, für diesbezügliche Mängelansprüche gelten nicht §§ 633 – 639 BGB. 33

Der Sinn des Ausschlusses der Abnahme liegt darin, dass damit der Übergang der Beweislast für Mängel verbunden wäre und dies nicht mit § 327k BGB (und den Vorgaben der Richtlinie) zu vereinbaren wäre.

Ob man das im Vertrag besonderes thematisieren will, erscheint zweifelhaft (und objektiv entbehrlich). Selbstverständlich wird ein Erwerber im Rahmen der Abnahme auch prüfen, ob die Smart-Home-

<sup>98</sup> Zur Vertragsgestaltung beim Immobilienkauf mit digitalen Elementen *Salzig* notar 2021, 403.

<sup>99</sup> Vgl. *Herrler* DNotZ 2022, 491, 511 m.w.N.; *Krauß* notar 2022, 247, 249.

<sup>100</sup> Vgl. (je zu § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG) BGH 28.08.2019 – NotSt(Brfg) 1/18 – MittBayNot 2020, 489 (Tz. 65); BGH 09.06.2022 – III ZR 24/21 – NJW 2022, 2754 (Tz. 32).

<sup>101</sup> Vgl. AG Charlottenburg 06.10.2022 – 202 C 105/22 – IMR 2023,11: Der Vermieter tauscht die Klingelanlage durch eine smarte aus, die nur über Handy, Festnetztelefon oder Computer zu bedienen ist. Nach diesem Urteil hat der Mieter Anspruch darauf, dass die Anlage so modifiziert wird, dass ein Klingelton auch ohne diese Hilfsmittel zu hören ist und sich die Tür ebenfalls ohne diese Hilfsmittel öffnen lässt.

Technik funktioniert. Allenfalls ist an den Hinweis zu denken, dass die Wirkungen der Abnahme nicht für das digitale Produkt gelten.

- 34 Bei den Regelungen zur **Haftung** des Bauträgers ist zweckmäßigerweise zu differenzieren zwischen Grundstück, Werkleistung und den digitalen Produkten, zum einen wegen des unterschiedlichen Haftungsregimes, zum anderen (wohl auch<sup>102</sup>) wegen des Gebots des § 327h BGB, dass für digitale Produkte Abweichungen »ausdrücklich und gesondert« vereinbart werden müssen,<sup>103</sup> z.B.<sup>104</sup>

► **Muster: Digitale Produkte: Haftungsregelung**

- 35 *Digitale Produkte*: Mit diesem Vertrag werden auch digitale Produkte geliefert (Smart Home, vgl. Abschnitt ... der Baubeschreibung). Wegen diesbezüglicher Mängel gelten §§ 327 ff. BGB, sofern sich aus Nachstehendem nichts anderes ergibt.

Hierzu wird vereinbart, dass der Veräußerer hinsichtlich der digitalen Produkte keine Aktualisierungen schuldet. Erforderliche Aktualisierungen liegen also im eigenen Verantwortungsbereich des Erwerbers. Ihm wird empfohlen, hierzu entsprechende Vereinbarungen mit dem Hersteller/Lieferanten zu treffen. Die damit verbundenen Kosten sind dem Erwerber bekannt.

Der Erwerber bestätigt hiermit, dass er von den vorstehend genannten Umständen und Beschränkungen bereits vor Vertragsschluss vom Veräußerer eigens in Kenntnis gesetzt wurde und ihm der nähere Inhalt und die wirtschaftlichen Folgen der vorstehenden Vereinbarungen eingehend erläutert wurden.

► **Muster: Digitale Produkte: Ergänzung zur Haftungsregelung**

- 36 Außerdem wird vereinbart, dass bezüglich digitaler Produkte folgende Abweichungen von den nach dem Gesetz geregelten objektiven Anforderungen an solche Produkte bestehen: ... <z.B. dass zur umfassenden Nutzung des digitalen Produkts nicht alles Zubehör vom Veräußerer zur Verfügung gestellt wird und insbesondere ... vom Erwerber selbst zu beschaffen sind> Zu den gelieferten Produkten wird weiter vereinbart, dass <hinsichtlich ...> nicht die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses neueste Version geschuldet ist, sondern die zum ... neueste Version. Dies wird als vertragsgemäß anerkannt.

#### D. Erweiterung der Rechte des Erwerbers

- 37 Nach dem Regelungsmodell der MaBV sind Mängelansprüche des Erwerbers nach der Abnahme nicht gesichert. Sicherungen sind regelbar. In Betracht kommen (bankübliche) Gewährleistungsbürgschaften, aber auch eine Sicherung durch eine Zahlungsabwicklung mittels Notaranderkonto (vgl. Formulierungsvorschlag in Kap. 18 Rdn. 25).

In AGB des Erwerbers ist der Vorbehalt, einen Vergütungsteil einbehalten zu können, nur wirksam, wenn der Austausch gegen eine Bürgschaft zugelassen wird.<sup>105</sup>

Eine formularmäßig vorgesehene Bürgschaft darf unwiderruflich und selbstschuldnerisch und auf die Dauer der Verjährungsfrist für Ansprüche wegen Sachmängeln, beim BGB-Werkvertrag also auf 5 Jahre ab Abnahme, verlangt werden. Es darf sich aber nicht um eine Bürgschaft auf erstes Anfordern handeln.<sup>106</sup>

Regelungen zu **Verlängerung der Verjährungsfristen** in AGB des Bestellers sind an § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB zu messen. Die Rechtsprechung betont, dass auch Verjährungsvorschriften ein »erheb-

<sup>102</sup> Eher einschränkend *Herrler* DNotZ 2022, 491, 511 m.w.N.

<sup>103</sup> Vgl. BGH 19.07.2001 – IX ZR 411/00 – BGHZ 148, 303; BGH 27.04.1988 – VIII ZR 84/87 – BGHZ 104, 232, 237 (jeweils zu dem jetzigen § 309 Nr. 11 BGB).

<sup>104</sup> Vgl. auch *Krauß* notar 2022, 247, 252 mit Formulierungsvorschlägen.

<sup>105</sup> BGH 05.06.1997 – VII ZR 324/95 – BGHZ 136, 27; BGH 13.11.2003 – VII ZR 57/02 – ZfR 2004, 96; hierzu *Sieburg* ZfR 2004, 89; *Blank* EWiR 2004, 209.

<sup>106</sup> BGH 26.02.2004 – VII ZR 247/02 – ZfR 2004, 369; hierzu *Blank* EWiR 2004, 683.