



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme Nr. 14 Februar 2023

zur Insolvenzabsicherung des Bestellers im Bauträgervertragsrecht

Mitglieder des Ausschusses Schuldrecht

Rechtsanwältin Dr. Elke Neukirchen

Rechtsanwalt und Notar Dr. Georg Wolfram Butterwegge (Berichtersteller)

Rechtsanwalt Andreas Dietzel

Rechtsanwalt Konstantin Kalaitzis

Rechtsanwältin Dr. Sonja Lange

Rechtsanwalt Dr. Maximilian Ott

Rechtsanwalt Dr. Valentin Todorow

Rechtsanwalt beim BGH Prof. Dr. Volkert Vorwerk (Vorsitzender)

Rechtsanwalt Christian Wiebelt

Rechtsanwalt Michael Then, Schatzmeister der Bundesrechtsanwaltskammer

Rechtsanwältin Daniela Neumann, Bundesrechtsanwaltskammer

Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar
Barreau Fédéral Allemand
www.brak.de

Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9 Tel. +49.30.28 49 39 - 0
10179 Berlin Fax +49.30.28 49 39 - 11
Deutschland Mail zentrale@brak.de

Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9 Tel. +32.2.743 86 46
1040 Brüssel Fax +32.2.743 86 56
Belgien Mail brak.bxl@brak.eu

Verteiler: Bundesministerium der Justiz
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder
Rechtsanwaltskammern
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Bundesverband der Freien Berufe
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Juristinnenbund
Deutscher Notarverein
Deutscher Richterbund
Neue Richtervereinigung e.V.
Patentanwaltskammer
Steuerberaterverband
Wirtschaftsprüferkammer
Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.
Redaktionen der NJW, ZAP, AnwBl, DRiZ, FamRZ, FAZ, Süddeutsche Zeitung, Die Welt, taz, Handelsblatt, dpa, Spiegel, Focus, Deubner Verlag Online Recht, Beck aktuell, Jurion Expertenbriefing, Juris Nachrichten, LexisNexis Rechtsnews, Otto Schmidt Verlag

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit rund 166.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten¹ gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Vorbemerkung

Das Bundesministerium der Justiz (BMJ) prüft derzeit den Reformbedarf im Bereich des Bauträgervertragsrechts u. a. auch zu der Frage, wie der Besteller beim Bauträgervertrag besser abgesichert werden kann, wenn das Bauvorhaben während der Bauausführung wegen Insolvenz oder finanzieller Schwierigkeiten des Unternehmers ins Stocken gerät.

Die derzeit geltenden Regelungen der Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV) schützen den Besteller zwar insoweit, als der Unternehmer Abschlagszahlungen des Bestellers nur entgegennehmen darf, wenn zugunsten des Bestellers eine Vormerkung am Baugrundstück im Grundbuch eingetragen ist (§ 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 MaBV). Dieses auf der Vormerkung basierende Schutzkonzept kann sich allerdings im Fall der Unternehmerinsolvenz als unzureichend erweisen, weil die Vormerkung lediglich den Anspruch des Bestellers auf Übertragung des Eigentums am Baugrundstück sichert. Sie sichert dagegen nicht den Anspruch auf Fertigstellung des Bauwerks und insbesondere auch nicht den Anspruch des Bestellers auf Rückgewähr der während der Bauphase geleisteten Abschläge, wenn der Besteller wegen Stockens des Bauvorhabens vom Vertrag zurücktreten möchte.

Für den Besteller besteht daher im Fall einer Insolvenz des Unternehmers das Risiko erheblicher finanzieller Verluste, weil der Besteller entweder die oft erheblichen Mehrkosten für die Fertigstellung des Baus durch andere Unternehmer selbst tragen muss oder bei einem Rücktritt vom Vertrag die bisher an den Unternehmer geleisteten Zahlungen im Insolvenzverfahren zumeist nur zu einem ganz geringen Teil zurückerhält.

Die vom BMJ in der 19. Legislaturperiode eingesetzte Arbeitsgruppe Bauträgervertragsrecht hat vor diesem Hintergrund empfohlen, den Vertragsparteien die Wahl zwischen zwei alternativen Vergütungsmodellen zu ermöglichen, die jeweils eine hinreichende Absicherung des Bestellers gewährleisten:

Das erste Vergütungsmodell sieht vor, dass der Unternehmer auf Abschlagszahlungen bis zur Bezugsfertigkeit und Übergabe des Objekts verzichtet. In diesem Fall soll keine über die derzeit geltenden Regelungen der MaBV hinausgehende Absicherung des Bestellers erforderlich sein. Nach dem zweiten Vergütungsmodell soll der Unternehmer berechtigt sein, Abschlagszahlungen während der Bauphase entsprechend der geltenden Regelung in § 3 Abs. 2 S. 2 MaBV zu verlangen. In diesem Fall soll der Unternehmer durch zwingende Regelung verpflichtet werden, die gesetzlichen Ansprüche des Bestellers auf Rückgewähr geleisteter Abschlagszahlungen in voller Höhe abzusichern.

Aus Sicht des BMJ stellt sich die Frage, ob das von der Arbeitsgruppe Bauträgervertragsrecht empfohlene Konzept einer zwingenden Absicherung der Abschlagszahlungen durch den Unternehmer durch ein „optionales Modell“ ersetzt werden sollte. Den Parteien des Bauträgervertrags könnte ein größerer Gestaltungsspielraum eingeräumt und dem Besteller die eigenverantwortliche Entscheidung darüber überlassen werden, ob er eine Insolvenzabsicherung der Abschlagszahlungen in Anspruch nehmen möchte. Vor diesem Hintergrund stellt das BMJ die folgenden Fragen:

1. Sollte der Unternehmer vor dem Abschluss des Bauträgervertrags verpflichtet werden, dem Besteller eine Absicherung der Abschlagszahlungen für den Insolvenzfall als zusätzliche (und in der

¹ Im Interesse einer besseren Lesbarkeit wird nicht ausdrücklich in geschlechtsspezifischen Personenbezeichnungen differenziert. Die im Folgenden gewählte männliche Form schließt alle Geschlechter gleichberechtigt ein.

Regel mit Mehrkosten verbundene) Option anzubieten? Der Besteller könnte dann selbst entscheiden, ob er (unter Zahlung der entsprechenden Mehrkosten) einen Vertrag mit Insolvenzabsicherung schließen will oder aber einen (preisgünstigeren) Vertrag ohne Insolvenzabsicherung der Abschlagszahlungen bevorzugt.

2. Hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung eines solchen „optionalen Modells“ stellen sich weitere Fragen. Sollten weitere gesetzliche Regelungen getroffen werden, um
 - a) eine hinreichende vorvertragliche Aufklärung des Bestellers über die Insolvenzrisiken und damit eine hinreichend informierte Entscheidung des Bestellers,
 - b) einen einheitlichen Mindestumfang und Mindestinhalt der anzubietenden Sicherheit

sowie
 - c) einheitliche Parameter für die Bemessung der Kosten der anzubietenden Sicherheit zu gewährleisten.

Stellungnahme

Die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) dankt dem BMJ für die Einbindung in die Diskussion über das skizzierte „optionale Modell“ zur verbesserten Absicherung des Bestellers beim Bauträgervertrag und den damit zusammenhängenden Ausgestaltungsfragen und nimmt hierzu wie folgt Stellung:

I.

Die BRAK begrüßt die Bestrebungen des Gesetzgebers, den Verbraucher im Bauträgervertrag zu stärken. Dessen Risiko, im Falle der Insolvenz eines Bauträgers erhebliche finanzielle Verluste zu erleiden, kann für ihn existenzgefährdend sein, vor allem im Regelfall der Kaufpreisfinanzierung. So erwirbt der Verbraucher zunächst nur einen Anspruch auf Eigentumsübertragung und die entsprechende Vormerkung. Gerade der Fall des „steckengebliebenen“ Bauträgervertrages beinhaltet daher bislang erhebliche Risiken zu Lasten des Verbrauchers.

Nach Auffassung der BRAK ist das „optionale Modell“ nur dann sinnvoll, wenn es nicht durch entsprechende Preisgestaltung umgangen werden kann, sondern gewährleistet ist, dass die Kosten und der Umfang festgelegt und ohne großen Bürokratieaufwand festzustellen sind (s. 2. b) und c)). In diesem Fall bietet es eine zusätzliche Möglichkeit, ohne zwingend die ohnehin hohen Baukosten weiter zu steigern. Zu berücksichtigen ist dabei, dass die Verlockung, selbst hohe finanzielle Risiken einzugehen, gerade den Fällen immanent ist, in denen der Verbraucher nicht über ausreichendes Vermögen verfügt oder die Verhandlungspositionen aufgrund des örtlichen Immobilienmarktes ungleich gewichtet sind.

II.

1. Eine zusätzliche Aufklärung über die Risiken erscheint nicht erforderlich. In den letzten Jahren ist festzustellen, dass derartige Belehrungen und Aufklärungen Überhand nehmen und eher dazu führen, dass die wichtigsten Informationen nicht mehr zur Kenntnis genommen werden und in einer Fülle von Dokumenten untergehen. Zudem dürfte das grundsätzliche Problem der Insolvenzabsicherung auch auf der Hand liegen und dem verständigen und mündigen Kunden unmittelbar einleuchten.
2. Ein einheitlicher Mindestumfang und Mindestinhalt der anzubietenden Sicherheit ist unerlässlich, da ansonsten zu befürchten ist, dass "Scheinsicherheiten" angeboten werden. So ist schon derzeit zu

beobachten, dass Bauträger mit „Garantien“ von Versicherungen werben, diese sich aber bei genauem Hinsehen und Betrachten des Garantiebegriffs als völlig unzureichend herausstellen.

3. Einheitliche Parameter für die Bemessung der Kosten der anzubietenden Sicherheit sind ebenfalls zwingend erforderlich, da ansonsten droht, dass die Absicherung dadurch vereitelt wird, dass hierfür unverhältnismäßige Kosten aufgerufen werden. Hier dürfte die Krux des Modells liegen; ob die Parameter ohne großen Bürokratieaufwand festzulegen sind, kann derzeit nicht abgesehen werden. Ein solcher sollte aber angesichts der überdurchschnittlich stark gestiegenen Baukosten in den letzten Jahren unbedingt vermieden werden. Ohne diese klaren Parameter wäre das „optionale Modell“ untauglich, da die zusätzliche Absicherung ohne Weiteres durch entsprechende Preisgestaltung umgangen werden könnte.
4. Regelmäßig kalkulieren Verbraucher ihr Bauvorhaben auch ohne einen ausreichenden finanziellen Puffer. Es besteht daher die Gefahr, dass der Besteller im Falle des diskutierten »optionalen Modells« lieber Kosten sparen und damit genau das Risiko eingehen würde, das durch die Gesetzesreform gerade ausgeräumt werden soll. Vor diesem Hintergrund dürfte aus Sicht des Verbraucherschutzes das Konzept einer zwingenden Absicherung vorzugswürdig sein.
5. Insgesamt zeigt sich, dass sich die angedachte Neuregelung im Spannungsfeld von Verbraucherschutz einerseits und Begrenzung der in den letzten Jahren ohnehin stark gestiegenen Baukosten andererseits bewegt. Eine mögliche Lösung könnte darin bestehen, dass staatlicherseits durch Bürgschaften des Bundes oder der Länder über die Förderbanken, beispielsweise über die KfW, eine Bürgschaftsübernahme und damit die Insolvenzversicherung erfolgt. Mit dem Konzept der staatlichen Bürgschaft käme es leichter zu einer positiven Investitionsentscheidung potentieller Eigenheimwerker bei einheitlichen, klaren und transparenten Finanzierungsbedingungen.
6. Es wird zudem angeregt, den Schutz des Verbrauchers auch dadurch zu stärken, dass der § 650u Abs. 2 BGB dahingehend modifiziert wird, dass die Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 648a BGB nicht mehr ausgeschlossen wird. Gerade diese zu Recht viel kritisierte Regelung führt zu erheblichen Problemen für den Verbraucher, wenn beispielsweise der Bauträger seine Bauaktivität vollständig einstellt. Der Verbraucher wird dann gehindert, den Vertrag zu kündigen und auf den Rücktritt verwiesen, was aber regelmäßig, insbesondere bei einem angefangenen Bauvorhaben, nicht seinem Interesse entspricht. Daher wird bereits jetzt in der notariellen Praxis dringend empfohlen, vertraglich § 650u Abs. 2 BGB dahingehend abzubedingen, dass die Kündigung aus wichtigem Grund sehr wohl möglich ist. Diesem Umstand sollte im Rahmen der beabsichtigten Verbesserung des Schutzes des Verbrauchers durch die angesprochene Modifikation des § 650u Abs. 2 BGB Rechnung getragen werden.

* * *