

**Prof. Dr. Florian Jacoby**

**Prof. Dr. Florian Jacoby** ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrens-, Insolvenz- und Gesellschaftsrecht an der Universität Bielefeld und dort Direktor der Forschungsstelle für Immobilienrecht. Seine besonderen Tätigkeitsschwerpunkte sind das Insolvenzrecht sowie das Immobilienrecht einschließlich des Wohnungseigentumsrechts und des Baurechts. So führt er seit 2008 gemeinsam mit Prof. Dr. Frank Peters dessen Kommentierung im Staudinger zum Werkvertrag fort.

**I. Reformbedarf**

1. Der Bauträgervertrag ist in § 632a Abs. 2 BGB unter Verweis auf § 1 Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen (BGBl 2008 I, S. 981) mit dortigem Weiterverweis auf die MaBV nur fragmentarisch geregelt. Die Regelung beschränkt sich gegenständlich auf Abschlagszahlungen und von ihrer Funktion her darauf, einen Kontrollmaßstab festzulegen.
2. Diese Regelung ist verfehlt, weil insbesondere die sog. Vormerkungslösung mit der Verpflichtung zu Abschlagszahlungen nach § 3 Abs. 2 MaBV einer Inhaltskontrolle nicht standhalten darf. Denn die Vormerkung sichert den Erwerber nicht hinreichend. Die Sicherungswirkung des § 106 InsO beschränkt sich auf die durch die Vormerkung gesicherte Eigentumsverschaffung, erstreckt sich jedoch nicht auf die Herstellungspflicht des Bauträgers. Im Falle des Rücktritts steht der Erwerber rechtlos.
3. § 632a BGB passt schon im Grundsatz nicht auf den Bauträgervertrag, weil der Erwerber allein durch Übereignung des Grundstücks befriedigt wird, nicht aber sukzessive über Einbauten im Wege von §§ 946, 94 BGB.

**II. Kauf- statt Werkvertrag**

4. Der Bauträgervertrag ist in seinem Ganzen als Kaufvertrag zu qualifizieren. Das Ergebnis entspricht der Laiensicht, aber auch der Bezeichnung in vielen Notarverträgen. Differenzierungen danach, wie weit der Bau bei Vertragsabschluss ist, werden überflüssig.
5. Kauf- und Werkvertrag wurden durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts deutlich angenähert. Es stimmen nunmehr insbesondere überein:
  - a) Verjährung der Vergütungsforderung nach § 196 BGB,
  - b) Anspruch auf Nacherfüllung (§§ 437 Nr. 1, 439; §§ 634 Nr. 1, 635 BGB),
  - c) Verjährung der Mängelrechte (§ 438 Abs. 1 Nr. 2 lit. a; § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB).
6. An manchen Stellen passt das Werkvertragsrecht (= Baurecht) nicht auf den Bauträgervertrag. Das gilt für:
  - a) das freie Kündigungsrecht nach § 649 S. 1 BGB,
  - b) Abschlagszahlungen nach § 632a BGB,
  - c) die Sicherungshypothek des Bauunternehmers und die Bauhandwerkersicherung nach §§ 648, 648a BGB,
  - d) in weiten Teilen für die VOB/B, etwa § 1 Nr. 3, § 4 Nr. 1 Abs. 3, § 4 Nr. 8 Abs. 1, § 8, § 16 Nr. 4, § 16 Nr. 6.
7. Die kaufrechtlichen Regelungen führen beim Bauträgervertrag auch im Vergleich zum Werkvertragsrecht zu angemessenen Ergebnissen:
  - a) Der Mitwirkungspflicht des Bestellers aus § 642 BGB bedarf es nicht; es genügt die Pflicht zur wechselseitigen Rücksichtnahme aus § 241 Abs. 2 BGB.
  - b) Funktionen der Abnahme nach § 640 BGB werden durch §§ 320, 363 BGB wahrgenommen.

- c) Der Mängelrechteausschluss nach § 640 Abs. 2 BGB ist verzichtbar. Angesichts der Streichung der entsprechenden Kaufrechtsbestimmung in § 464 BGB a.F. ist die Bestimmung ohnehin rechtspolitisch zweifelhaft. Schutz des Baurägers durch § 442 BGB ist ausreichend.
- d) Da als Nacherfüllung beim Baurägervertrag allein Nachbesserung in Betracht kommt, wirken sich die Unterschiede von § 439 Abs. 1 BGB und § 635 Abs. 1 BGB, wem das Wahlrecht über die Nacherfüllung zusteht, nicht aus.
- e) Das Selbsthilferecht aus §§ 634 Nr. 2, 637 BGB fehlt im Katalog des § 437 BGB. Diese Lücke lässt sich durch eine analoge Anwendung schließen. Eine Klarstellung im Gesetz ist zu begrüßen.
- f) Wer Erfüllungsgehilfe des Baurägers ist, für den er nach § 278 BGB einzustehen hat, ist anhand der vom Bauräger vertraglich übernommenen Pflichten zu bestimmen. Da der Bauräger die Herstellungspflicht übernimmt, hat er grundsätzlich für alle Subunternehmer einzustehen.

### **III. Folgerungen**

- 8. Die Regelung von Abschlagszahlungen in § 632a Abs. 2 BGB unter Bezugnahme auf die MaBV ist zu streichen.
- 9. Eine klarstellende Regelung nach dem Modell des § 651 BGB, dass auf den Baurägervertrag Kaufrecht anzuwenden ist, schadet nicht. Sie ermöglicht, ergänzend Regelungen des Werkvertragsrecht für anwendbar zu erklären (siehe These 7e).