

Checkblatt Sicherheits- und Gewährleistungs- einbehalt

Betrifft:

- Fertighaus
- Schlüsselfertiges Massivhaus
- Bauträgerhaus
- Eigentumswohnung vom Bauträger

Typische Regelung:

Sicherheitseinbehalt und Gewährleistungseinbehalt als Erfüllungssicherheit beziehungsweise Gewährleistungssicherheit werden sehr unterschiedlich behandelt. In den notariell beurkundeten Bauträgerverträgen regeln praktisch alle Notare mittlerweile ein Einbehaltrecht nach § 632a Absatz 3 BGB. Das heißt, fünf Prozent der Bausumme werden üblicherweise schon mit der ersten Rate durch Sie einbehalten, bis der Werkerfolg erbracht ist, also das Gebäude ohne wesentliche Mängel nach den Vorgaben des Vertrages und der Vertragsanlagen erstellt ist. Praktisch kein Notar weist in diesem Zusammenhang allerdings darauf hin, dass diese fünf Prozent Sicherheitseinbehalt oft schon vor der Abnahme des Gebäudes ausgezahlt werden müssen. Der Gesetzgeber spricht im § 632a Absatz 3 nämlich nur von der Sicherstellung bis zur rechtzeitigen Fertigstellung ohne wesentliche Mängel. Er spricht nicht davon, dass das Gebäude auch abgenommen sein muss, bevor dieser Sicherheitseinbehalt ausgezahlt wird. Nach dem Gesetz genügt die „Abnahmereife“. Ob Ihr Gebäude wesentliche

Mängel hat oder nicht, können Sie im Fall eines Kaufs vom Bauträger unter Umständen aber vor der Abnahme gar nicht beurteilen, zum Beispiel dann nicht, wenn Sie die Baustelle nicht ohne Weiteres betreten dürfen. Leider hat der Gesetzgeber hier sehr theoretische Regelungen getroffen, anstatt einfach und klar sicherzustellen, dass die fünf Prozent Sicherheitseinbehalt nicht vor der Abnahme angefordert werden dürfen, sondern ausdrücklich erst danach. Sie können diesen Punkt im Notarvertrag allerdings ergänzend zum § 632a BGB so regeln lassen, dass eine Auszahlung dieses Sicherheitseinhaltes erst nach Abnahme erfolgt.

Kaum ein Notar weist in seinem Vertragsentwurf Käufer auch darauf hin, dass es neben dem gesetzlich festgeschriebenen Sicherheitseinbehalt auch einen durch die Rechtsprechung gewährten Gewährleistungseinbehalt gibt. Dabei handelt es sich um die Möglichkeit, für die Dauer der Gewährleistung (nach dem BGB fünf Jahre) eine Teilsumme von üblicherweise maximal fünf Prozent der Bausumme einzuhalten, um im Fall von Mängeln während der Gewährleistungszeit eine gewisse Gewährleistungssicherung zu haben. So kann es ja beispielsweise sein, dass ein Bauträger oder Bauunternehmer während der Gewährleistungszeit insolvent wird und seinen Gewährleistungspflichten gar nicht mehr nachkommen kann. Dann haben Sie zumindest noch eine Teilsumme, mit der Sie mögliche Mängel beheben lassen können. Es kann auch sein, dass ein Bauträger oder Bauleiter sich einfach weigert, Mängel zu beseitigen, und möglicherweise auf Ihr Schreiben mit der Aufforderung zur Mängelbeseitigung gar nicht reagiert. Auch dann haben Sie die Möglichkeit,

nach korrekter Einhaltung rechtlicher Schritte solche Gelder einzusetzen.

In Verträgen von Fertighausunternehmen oder von Anbietern schlüsselfertiger Massivhäuser wird mitunter weder der Sicherheitseinbehalt von fünf Prozent nach § 632 a BGB geregelt noch ein Gewährleistungseinbehalt von fünf Prozent für die Dauer der Gewährleistungszeit nach der laufenden Rechtsprechung. Letzteres lehnen viele Firmen sogar rigoros ab.

Notwendige Regelung:

Der Sicherheitseinbehalt und auch der Gewährleistungseinbehalt sind zwei ganz wichtige Werkzeuge zur wirksamen Steuerung eines Bauvorhabens. Da der Sicherheitseinbehalt über das BGB gesetzlich geregelt ist, können Sie zu diesem Punkt relativ einfach Ihre Ansprüche anmelden und durchsetzen. Sinnvoll ist es allerdings, zu ergänzen, dass der Sicherheitseinbehalt erst nach Abnahme und Übergabe einer Immobilie ausbezahlt wird.

Der Gewährleistungseinbehalt hingegen ist nicht gesetzlich geregelt. Hier wehren sich die Unternehmen häufig mit Zähnen und Klauen gegen vertragliche Regelungen. Wie Sie dem Mustervertrag des ZDB und von Haus und Grund entnehmen können, enthält dieser aber auch Regelungen zu einem solchen Gewährleistungseinbehalt. Daher können die dortigen Regelungen durchaus Vorbild sein für den eigenen Vertrag. Gut ist auch, dass in dem Mustervertrag von ZDB und Haus und Grund weder für den Sicherheitseinbehalt noch für den Gewährleistungseinbehalt komplizierte Bürgschaftsregelungen gewählt werden, sondern nach diesen Regelungen bleibt das Geld einfach bei Ihnen und wird erst nach

Fertigstellung beziehungsweise nach Ende der Gewährleistung an den Unternehmer ausbezahlt. Viele Unternehmer wollen allerdings die Auszahlung sofort und gewähren im Gegenzug Bürgschaften. In einem solchen Fall muss aber geregelt werden, dass dann das Unternehmen die Kosten der Bürgschaften trägt und dass es auf jeden Fall um eine unwiderrufliche, unbedingte und selbstschuldnerische Bürgschaft auf erstes Anfordern und unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage handelt. (→ [Checkblatt Bürgschaften](#) Seite 198).

Vertrags-Check:

- nicht geregelt
- unzureichend/benachteiligend geregelt
- unklare/unverständliche Formulierung

Checkblatt Bürgschaften

Betrifft:

- Fertighaus
- Schlüsselfertiges Massivhaus
- Bauträgerhaus
- Eigentumswohnung vom Bauträger

Typische Regelung:

Bürgschaften sind grundsätzlich eine Konstruktion, die darauf hinweist, dass es Unsicherheiten gibt und für diese Unsicherheiten eine Sicherheit gestellt werden muss, meist durch einen Dritten, sehr häufig eine Bank. Es ist also immer die Frage zu stellen, welche Unsicherheit eigentlich hinter welcher Bürgschaft steckt? Man muss unterscheiden zwischen Bürgschaften, mit denen ein Vertragspartner

gegenüber Ihnen bürgt, oder Bürgschaften, mit denen Sie bürgen. Eine klassische Bürgschaft bei Bauträgerverträgen ist die auch gesetzlich zulässige Regelung, nach der ein Bauträger gegen Stellung einer Bürgschaft die Auszahlung von fünf Prozent der Kaufsumme schon bei Beginn des Bauvorhabens von Ihnen verlangen kann, die Sie eigentlich einbehalten dürfen bis zur vollständigen mangelfreien und termingerechten Fertigstellung. Aber auch hier gilt: Vorsicht mit der Bürgschaft, denn es kann sonst für Sie sehr schnell gefährlich werden. Denn wäre die Bürgschaft zum Beispiel widerrufenlich oder befristet, wäre die gestellte Sicherheit für die von Ihnen gezahlte Summe natürlich nur sehr relativ, schon ganz einfach deshalb, weil sie zeitlich begrenzt wäre.

Sie sollten eine Bürgschaft auch grundsätzlich „auf erstes Anfordern“ ziehen können, weil es Ihnen wenig hilft, wenn Sie eine unbefristete und unwiderrufliche Bürgschaft als Sicherheit haben, auf die Sie unter Umständen aber erst nach einem gewonnenen Gerichtsprozess gegen den Bauträger zugreifen können.

Umgekehrt kann es sein, dass Sie eine Bürgschaft für irgendetwas stellen sollen. In einigen Verträgen wird zum Beispiel von Ihnen erwartet, dass Sie Sicherheiten stellen. Dann ist es der Bauträger, der von Ihnen Sicherheit dafür haben will, dass er am Ende sein Geld tatsächlich erhält. In einem solchen Fall haben Sie zwei Möglichkeiten: Sie können das komplett ablehnen und dann schauen, wie der Bauträger reagiert, oder aber Sie gewähren eine solche Sicherheit und müssen sich dann aber sehr genau überlegen, unter welchen Umständen eine solche Bürgschaft durch die bürgende Bank überhaupt nur freigegeben wird

und in welchen Fällen diese Bürgschaft auch widerrufen werden kann. Sonst wird es für Sie ebenfalls sehr gefährlich, und eine Bürgschaft wird möglicherweise unter fadenscheinigen Argumenten in Anspruch genommen, ohne dass Sie wirksam eingreifen könnten. Bürgschaften und ihre Formulierungen überfordern Verbraucher sehr schnell, daher ist hier absolute Vorsicht geboten. Nötigenfalls muss ein Bürgschaftsentwurf gemacht werden, über den der Notar dann umfassend aufklärt, oder es muss zusätzlich unabhängiger anwaltlicher Rat eingeholt werden, wenn Sie den Eindruck haben, dass Sie die Bürgschaftsbedingungen nicht verstehen und die Bankmitarbeiter diese nicht umfassend und verständlich erklären können.

Notwendige Regelung:

Bürgschaften sollten überhaupt nur dann ins Spiel gebracht werden, wenn sie wirklich notwendig sind. Unnötige Bürgschaften sind und bleiben unnötige Bürgschaften. Wenn beispielsweise Ihr Bauträger fünf Prozent der Kaufsumme gleich zu Beginn haben will, obwohl dieser Betrag Ihrer Sicherheit dient, dann ist das nach dem Gesetz zwar zulässig, aber es fragt sich, ob das deswegen notwendigerweise gleich über eine Bürgschaft geregelt werden muss. Und wenn das so ist, dann muss vom Notar erwartet werden, dass er die für diesen Betrag ausgereichte Bürgschaftsurkunde sorgfältig auf Gesetzeskonformität überprüft. Ein Bauträger sollte eine Summe von fünf Prozent der Kaufkosten über den Zeitraum der Bauzeit vorfinanzieren können. Das sind bei 250.000 Euro 12.500 Euro. Etwas anders kann es sich mit einem möglicherweise vereinbarten Gewährleistungseinbehalt für die Dauer von fünf Jahren ab Fertigstellung verhalten. Hier wollen Bauträger oder Bauunternehmer häufiger eine

Bürgschaftslösung. Aber gerade dieser Einbehalt wird in fast keinem notariellen Bauvertrag von Notaren überhaupt geregelt. (→ **Checkblatt Sicherheits- und Gewährleistungseinbehalt** Seite 197).

Wenn man um Bürgschaften, die Ihnen als Sicherheit gestellt werden sollen, gar nicht herumkommt, dann müssen diese sehr sorgfältig formuliert sein. Grundsätzlich sollten Bürgschaften auf erstes Anfordern und auf Verzicht der Einrede der Vorausklage gezogen werden können. Ferner sollten sie unwiderruflich, unbefristet, unbedingt und selbstschuldnerisch sein. Was heißt das alles?

Bürgschaft auf erstes Anfordern:

Eine Bürgschaft auf erstes Anfordern heißt, dass Sie den Geldbetrag, der zum Beispiel von der Bank des Bauträgers als Sicherheit für Sie gestellt wird, bei Bedarf sofort von der bürgenden Bank des Bauträgers anfordern können. Die bürgende Bank verzichtet dann auf alle Einwendungen und Einreden und kann sich nur mit einem sogenannten Rückforderungsprozess wehren, muss aber zunächst zahlen.

Verzicht auf die Einrede der Vorausklage:

Normalerweise müssen Sie zunächst versuchen, auf dem Weg der Zwangsvollstreckung gegenüber Ihrem Schuldner an Ihr Geld zu kommen. Erst wenn dieser Versuch scheitert, muss üblicherweise der Bürge einstehen und bürgen. Wenn Sie diese Vorausklage gegen den Schuldner nicht erheben und direkt an den Bürgen herantreten, wird er dagegen „einreden“ und Sie auffordern, zunächst die Vorausklage gegen den eigentlichen Schuldner, auch Hauptschuldner genannt, zu erheben. Verzichtet der Bürge auf diese „Einrede der Vo-

orausklage“, heißt dies, dass Sie nicht zunächst einen gescheiterten Zwangsvollstreckungsversuch gegenüber dem Hauptschuldner, also zum Beispiel einem Bauträger, nachweisen müssen, sondern direkt auf dessen Bürgen, also vermutlich dessen Bank, zugehen können, um an Ihr Geld zu kommen.

Unwiderruflich:

Eine unwiderrufliche ausgestellte Bürgschaft ist durch den Bürgen nicht widerrufbar, was entscheidend ist für Bürgschaften, die zu Ihrer Sicherheit ausgestellt werden.

Unbefristet:

Eine unbefristet ausgestellte Bürgschaft besteht ohne Befristung, das heißt, die mit Ihr gegebene Sicherheit kann nicht irgendwann einfach ablaufen. Auch das ist sehr wichtig für Sie.

Unbedingt:

Eine unbedingt ausgestellte Bürgschaft ist eine Bürgschaft, die ohne jede Bedingungen ausgestellt wurde, was ebenfalls sehr wichtig ist.

Selbstschuldnerisch:

Selbstschuldnerisch heißt, dass der Bürge, also zum Beispiel die Bank des Bauträgers, direkt vom Gläubiger, also von Ihnen, in Anspruch genommen werden kann. Sie müssen zum Beispiel nicht erst die Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners, also zum Beispiel des Bauträgers, nachweisen. Die bürgende Bank ist dann nicht nur Gläubiger, sondern auch selbst Schuldner. Sie können in diesem Fall beide Schuldner gleichzeitig in Anspruch nehmen.

Das Bürgschaftsrecht ist in den Paragraphen 765 bis 778 des BGB geregelt. Zusätzliche Re-

gelungsmöglichkeiten sind durch die laufende Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) hinzugekommen.

Sehr wichtig bei Bürgschaften ist auch, den Sicherungszweck klar zu definieren. Der Sicherungszweck der Bürgschaft sollte zum Beispiel nicht nur einfach als Absicherung einer geleisteten Vorauszahlung definiert werden, sondern der Sicherungszweck sollte auch an die dahinterstehende Bauleistung geknüpft werden. Das heißt, der Bürge bürgt dafür, dass die beschriebene Bauleistung oder Gewährleistung gemäß Baubeschreibung auch in vollem Umfang mangelfrei und ohne Verzug erbracht wird, oder er hat umgehend die Bürgschaft auszuzahlen.

Grundsätzlich gilt: Bürgschaftsvereinbarungen müssen schriftlich erfolgen. Wenn Sie eine Bürgschaftsurkunde nicht verstehen, sollten Sie sich diese detailliert durch eine sachkundige, unabhängige Person erläutern lassen, beispielsweise durch einen unabhängigen Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, der sich die geplante Bürgschaft genau ansieht. Keinesfalls sollten Sie Ihnen vorgelegte Bürgschaften akzeptieren, ohne sie inhaltlich genau zu überprüfen. Und: Bürgschaften kosten Geld. Wenn Ihr Bauträger oder Bauunternehmer Bürgschaften stellen will, um früher an Geld zu kommen, oder gestellt haben will, um Sicherheiten zu haben, dann sollte er auch die damit verbundenen Kosten tragen.

Vertrags-Check:

- nicht geregelt
- unzureichend/benachteiligend geregelt
- unklare/unverständliche Formulierung

Checkblatt Vollmachten

Betrifft:

- Fertighaus
- Schlüsselfertiges Massivhaus
- Bauträgerhaus
- Eigentumswohnung vom Bauträger

Typische Regelung:

In einigen Kauf- und Bauverträgen gibt es sehr umfangreiche Vollmachtregelungen. Da können Bauträger auch noch lange nach dem notariellen Kauf im Namen der Käufer gegenüber zahlreichen Dritten jedwede Erklärung oder Zustimmung abgeben, zum Beispiel hinsichtlich Erschließung, Fernwärmelieferverträgen und Ähnlichem. Selbst ganze Teilungserklärungen können im Nachhinein geändert werden. Viele Vollmachten gehen viel zu weit und sind im Zuge eines Immobilienkaufs in dem Umfang auch gar nicht notwendig. Sie dienen meist nur der nachträglichen Flexibilität des Verkäufers.

Auch die Vollmachten für den Notar gehen nicht selten viel zu weit. Vollmachten benötigt ein Notar im engeren Sinne meist nur für eine mögliche Beantragung der Umschreibung des Eigentums im Grundbuch. Alle Vollmachten, die darüber hinausgehen, sollten hinterfragt und besprochen werden.

Bei mehreren Käufern einer Immobilie wird häufig auch verlangt, dass sie sich wechselseitig Vollmacht erteilen, also bei einem Ehepaar beide Ehepartner. Für ein Unternehmen hat das große Vorteile, weil es so sehr schnell Entscheidungen bekommt. Das kann aber zu sehr