

# Landesnotarkammer Bayern

Die Gestaltung von Verträgen über den Erwerb  
neuer Wohngebäude und Eigentumswohnungen

- Bauträgermerkblatt -

Stand: Mai 2009

Ottostraße 10 • 80333 München  
[www.notare.bayern.de](http://www.notare.bayern.de)

# Einleitung

## I. Inhalt des Merkblatts

1. Dieses Merkblatt informiert über Verträge zum Erwerb neuen Wohnraums von gewerblichen Unternehmern. Es soll typische Risiken derartiger Verträge aufzeigen und Möglichkeiten darstellen, solche Risiken durch ausgewogene Vertragsgestaltung zu vermindern. Es lassen sich jedoch nicht alle Risiken durch Vertragsgestaltung ausschalten; Bonität und Zuverlässigkeit des Vertragspartners sind daneben von entscheidender Bedeutung.
2. Das Merkblatt behandelt
  - den **Bauträger-Vertrag** (Teil A), mit dem ein Haus oder eine Eigentumswohnung verkauft wird, die von einem gewerblichen Verkäufer (= Bauträger) als Bauherr in eigener Regie errichtet wurde oder wird;
  - das „**verdeckte Bauherren-Modell**“ (Teil B), das zwar ebenfalls den Erwerb von neuem Wohnraum betrifft, bei dem aber der an sich einheitliche Erwerbsvorgang in einen Grundstückskauf und einen Bauvertrag mit jeweils verschiedenen Vertragspartnern aufgespalten wird.
3. Das Merkblatt befasst sich nicht mit „geschlossenen Immobilienfonds“ und ähnlichen Modellen. Erkundigen Sie sich wegen der bei diesen Gestaltungsformen auftretenden Risiken bei Ihrer Notarin oder Ihrem Notar!

## II. Wichtige Gesetze

Der Gesetzgeber hat die Interessen desjenigen, der vom Bauträger erwirbt, insbesondere durch folgende Vorschriften geschützt, auf die

verschiedentlich verwiesen wird:

1. Das **Bürgerliche Gesetzbuch (BGB)**<sup>1</sup> enthält nicht nur Vorschriften zu (Grundstücks-)Kaufvertrag und (Bau-)Werkvertrag (etwa zu Sachmängeln oder zur Kaufpreiszahlung) (§§ 433, 631 ff. BGB), sondern regelt auch, welche Klauseln in **Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)** und in Verbraucherverträgen (d.h. beim Erwerb durch einen Privatmann von einem gewerblichen Bauträger) unwirksam sind (§§ 305 ff., 310 BGB).
2. Die **Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV)**<sup>2</sup> und die darauf verweisende „Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen“<sup>3</sup> bezwecken, den Erwerber vor dem Verlust seiner dem Bauträger zur Verfügung gestellten Vermögenswerte zu sichern. Kernstück der MaBV sind die §§ 3 und 7, die dem Bauträger untersagen, Voraus- oder Abschlagszahlungen des Erwerbers entgegenzunehmen, bevor bestimmte Sicherungen vorliegen (vgl. Teil A. II. und III.).
3. Die **Beurkundungspflicht** nach § 311b Abs. 1 BGB dient u. a. dem Zweck, die Einhaltung der soeben genannten und anderer Käuferschutzvorschriften sicherzustellen. Beurkundungspflichtig sind alle Verträge, mit denen sich jemand zum Erwerb oder zur Veräußerung von Grundbesitz verpflichtet sowie alle damit im Zusammenhang stehenden Vereinbarungen (z.B. Mietgarantien). Die Beurkundungspflicht erstreckt sich

<sup>1</sup> Den jeweils aktuellen Text des BGB stellt das Bundesjustizministerium im Internet unter [www.gesetze-im-internet.de/bgb](http://www.gesetze-im-internet.de/bgb) zur Verfügung.

<sup>2</sup> [www.gesetze-im-internet.de/gewo\\_34cdv](http://www.gesetze-im-internet.de/gewo_34cdv)

<sup>3</sup> [www.gesetze-im-internet.de/abschlagsv](http://www.gesetze-im-internet.de/abschlagsv)

insbesondere auf Sonderwünsche, die bei Vertragsschluss bereits feststehen. Werden Vertragsteile nicht beurkundet, ist der gesamte Vertrag unwirksam; dann schützt auch die Vormerkung den Erwerber nicht (vgl. Teil A. Abschnitt II. Ziff. 2).

### III. Aufgaben des Notars

#### 1. Belehrung und faire Vertragsgestaltung

Aufgabe des Notars bei der Beurkundung ist insbesondere die Klärung des Sachverhalts, die Beratung über Gestaltungsmöglichkeiten und die Belehrung über die rechtliche Tragweite des Geschäftes (§ 17 BeurkG<sup>4</sup>). Der Notar ist verpflichtet, eine faire und ausgewogene Vertragsgestaltung vorzuschlagen.

Der Notar kann diese verbraucherschützende Funktion nur erfüllen und auf eine sachgerechte Vertragsgestaltung hinwirken, wenn ihm die Beteiligten den Sachverhalt vollständig vortragen. Insbesondere müssen die Beteiligten dem Notar mitteilen, falls Sonderwünsche abweichend von der Baubeschreibung vereinbart wurden oder falls der Erwerber (entgegen der MaBV) bereits eine Anzahlung geleistet hat.

#### 2. Eigene Erkundigungen des Erwerbers

Technische, wirtschaftliche und finanzielle Fragen prüft der Notar als rechtlicher Berater nicht, insbesondere nicht ob das Objekt nach Lage, Art und Ausstattung den Vorstellungen des Erwerbers entspricht und ob der Preis angemessen ist. **Der Erwerber sollte daher Pläne, Baubeschreibung und das Bauwerk – soweit bereits erstellt – genau prüfen!**

Weiterhin sind dem Erwerber folgende Erkundigungen vor Vertragsschluss zu empfehlen:

- Wurde für das Bauvorhaben eine erforderliche Baugenehmigung erteilt (abzuklären bei der Baugenehmigungsbehörde des Landkreises oder der kreisfreien Gemeinde)?
- Bestehen Rückstände an Erschließungsbeiträgen (bei der Gemeinde)?
- Kann der Bauträger einen Energieausweis nach dem Energieeinspargesetz (EnEG<sup>5</sup>) vorlegen?
- Ggf. bestehen schädliche Bodenveränderungen, die im Altlastenverzeichnis eingetragen sind (Landkreis oder kreisfreie Gemeinde).

#### 3. Entwurf zwei Wochen vor der Beurkundung

Erwirbt ein Verbraucher von einem gewerblichen Bauträger, so muss der Erwerber den beabsichtigten Text (= Entwurf) des Vertrages mindestens zwei Wochen vor der Beurkundung erhalten (§ 17 Abs. 2a BeurkG). Dies gilt grundsätzlich auch für die **Baubeschreibung** und bei Eigentumswohnungen für die Teilungserklärung (mit Gemeinschaftsordnung).

Die Zwei-Wochen-Frist soll dem Erwerber insbesondere ermöglichen, technische Fragen (etwa hinsichtlich der Bauausführung), finanzielle Fragen (Bankfinanzierung) und ggf. steuerliche Fragen vorab zu klären. Auch kann sich der Erwerber überlegen, was er den Notar zum Vertragsinhalt fragen will. Selbstverständlich steht der Notar auch vor der Beurkundung für Fragen zum Entwurf zur Verfügung.

<sup>4</sup> [www.gesetze-im-internet.de/beurkg](http://www.gesetze-im-internet.de/beurkg)

<sup>5</sup> [www.gesetze-im-internet.de/eneg](http://www.gesetze-im-internet.de/eneg)

#### 4. **Persönliche Anwesenheit des Erwerbers**

Ist der Erwerber Verbraucher, darf der Vertrag grundsätzlich nur bei seiner **persönlichen Anwesenheit** beurkundet werden, (§ 17 Abs. 2a BeurkG). Nur so kann der Notar ihn belehren und seine Fragen beantworten. Ist der Erwerber ausnahmsweise verhindert, kann er sich durch eine Vertrauensperson (z.B. durch seinen Ehegatten) vertreten lassen.

Der Erwerber sollte darauf bestehen, dass er bei der Beurkundung mit einem **verantwortlichen Vertreter des Bauträgers** zusammentrifft. Denn nur so können beide Teile über den Inhalt des Vertrages und über mögliche Änderungen oder Ergänzungen unter gleichzeitiger Beratung durch den Notar verhandeln. Von einer **Aufspaltung in Angebot und Annahme** ist daher ebenso **abzuraten** wie von einem Vertragsschluss vorbehaltlich Genehmigung.

Soweit die Aufspaltung aus sachlichen Gründen gerechtfertigt ist, soll das Angebot vom Verbraucher ausgehen. Dabei darf die Bindungsfrist des Angebotes nicht unangemessen lang sein.

## Teil A. Bauträgervertrag

### I. Errichtung des Bauwerkes

#### 1. Teilungserklärung und Gemeinschaftsordnung

Bei Wohnungseigentum (Eigentumswohnungen) regelt die **Teilungserklärung**, welcher Miteigentumsanteil am Grundstück und welche Räume als Sondereigentum zum jeweiligen Wohnungseigentum gehören. Die **Gemeinschaftsordnung** regelt das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander, etwa die Beschlussfassung im Rahmen der Wohnungseigentümerversammlung oder die Einräumung von **Sondernutzungsrechten** für einzelne Wohnungseigentümer (etwa an Gartenflächen oder an Kfz-Stellplätzen).

Deshalb sollte der Erwerber vor dem Kauf auch die Gemeinschaftsordnung genau durchlesen und ggf. den Notar zu ihrem Inhalt befragen!

#### 2. Baubeschreibung

Die vom Bauträger geschuldete Bauleistung wird vor allem durch **Baubeschreibung** und Baupläne festgelegt. Sie bestimmen Größe, Zuschnitt und Ausstattung der verkauften Immobilie. Die Baubeschreibung muss beurkundet werden, auch wenn der Bauträger die nach der Baubeschreibung geschuldete Leistung zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bereits ausgeführt hat. Dies kann auch durch Verweisung auf eine andere notarielle Urkunde geschehen.

Aus der Teilungserklärung, der Baubeschreibung oder aus dem

Vertrag selbst sollten sich auch die **Wohnfläche** und deren Berechnungsgrundlage ergeben.

**Abweichungen und Ergänzungen** gegenüber der Baubeschreibung sind in den beurkundeten Vertrag aufzunehmen, ebenso Angaben des Bauträgers über Abweichungen zwischen verwendeten Prospekten und Baubeschreibung bzw. Bauausführung.

Der Bauträger darf sich **Änderungen in der Bauausführung** nur insoweit vorbehalten, als hierfür ein triftiger Grund besteht und sie dem Erwerber unter Berücksichtigung der Interessen des Bauträgers zugemutet werden können (§ 308 Nr. 4 BGB). Davon zu unterscheiden ist eine dem Bauträger erteilte Vollmacht zu **Änderungen der Teilungserklärung**, die den Miteigentumsanteil, das Sondereigentum und Sondernutzungsrechte des Erwerbers nicht unmittelbar berühren.

#### 3. Fertigstellung

Bauträgerverträge sollen einen kalendermäßig bestimmten Fertigstellungstermin enthalten, wobei zwischen **bezugsfertiger Herstellung** und vollständiger Fertigstellung differenziert werden kann. Bei Terminüberschreitungen können dem Erwerber Schadensersatzansprüche zustehen. Für die rechtzeitige Herstellung des Werkes hat der Bauträger eine Sicherheit von 5 % des Vergütungsanspruchs zu leisten (vgl. V). Im Vertrag kann auch eine Vertragsstrafe oder eine Entschädigung für den Nutzungsausfall vereinbart werden. Der Vertrag kann allerdings nicht verhindern, dass das Werk, z. B.

wegen Insolvenz des Bauträgers, nicht oder nicht rechtzeitig hergestellt wird.

#### 4. Sonderwünsche

Stehen bei der Beurkundung Sonderwünsche des Erwerbers über eine von der Baubeschreibung abweichende Bauausführung schon fest, so müssen die Sonderwünsche **beurkundet** werden. Andernfalls ist möglicherweise der gesamte Bauträgervertrag unwirksam.

## II. Fälligkeit des Kaufpreises: Grundvoraussetzungen

### 1. Grundsatz

Zahlungen des Erwerbers (auch Anzahlungen) dürfen nach § 3 Abs. 1 MaBV frühestens geleistet werden, wenn

- a) der Vertrag notariell beurkundet ist,
- b) zum Vertrag etwa notwendige Genehmigungen erteilt sind,
- c) der Anspruch des Erwerbers auf Übertragung des Eigentums am Vertragsobjekt durch Eintragung einer Auflassungsvormerkung gesichert ist (unten 2.),
- d) die Lastenfreistellung von bestehenden dinglichen Belastungen gesichert ist (unten 3.),
- e) die Baugenehmigung erteilt ist oder - wenn eine Baugenehmigung nicht erforderlich ist - nach den baurechtlichen Vorschriften mit dem Bauvorhaben begonnen werden darf (unten 4.) und
- f) kein Rücktrittsrecht des Bauträgers (mehr) besteht (unten X).

Zur Höhe der einzelnen Abschlagszahlungen (Raten) siehe

nachfolgend III.

Nimmt der Bauträger Zahlungen des Erwerbers entgegen, bevor diese Grundvoraussetzungen vorliegen oder die über die zulässigen Raten hinausgehen, so begeht er eine Ordnungswidrigkeit. Außerdem muss er die erhaltenen Zahlungen zurückerstatten.

### 2. Auflassungsvormerkung

- a) Sicheren Schutz für die Eigentumsübertragung bietet nur die Eintragung einer Auflassungsvormerkung. Bei Eigentumswohnungen muss die Teilungserklärung im Grundbuch vollzogen und die Vormerkung am einzelnen Wohnungseigentum eingetragen sein.
- b) Ist der Bauträger selbst noch nicht als Eigentümer im Grundbuch eingetragen, so gewähren die Abtretung des Übereignungsanspruchs des Bauträgers und der Vermerk der Abtretung bei der Auflassungsvormerkung des Bauträgers im Grundbuch dem Erwerber keine ausreichende Sicherheit.
- c) Die Bestätigung des Notars über die Vorlage des Antrags auf Eintragung der Auflassungsvormerkung beim Grundbuchamt kann die Eintragung der Auflassungsvormerkung nicht ersetzen.

### 3. Sicherung der Lastenfreistellung

Die Vormerkung sichert nur gegen nachrangige (d.h. später eingetragene) Belastungen des Grundstücks. In der Regel ist das Kaufobjekt aber bereits mit einer Grundschuld belastet, die der Bauträger zu seiner Finanzierung benötigt („**Globalgrundschuld**“). Daher muss auch die Lastenfreistellung von bestehenden Belastungen gesichert sein.

Typischerweise geschieht dies, indem die Bank (Kreditinstitut), die den Bauträger finanziert, dem Erwerber ein **Freigabeversprechen** erteilt, in dem sich die Bank zur Freistellung des Vertragsobjekts von ihrem Grundpfandrecht verpflichtet. Als Bedingung der Freigabe verlangt die Bank meist, dass der Kaufpreis direkt an sie auf ein bestimmtes Konto gezahlt wird; **nur bei Zahlung auf dieses Konto muss die Bank ihre Grundschuld löschen.**

Die MaBV schreibt den Inhalt des Freigabeversprechens genau vor. Insbesondere muss das Freigabeversprechen auch für den Fall gelten, dass das Bauvorhaben nicht vollendet wird; für diesen Fall kann sich die Bank aber auch die Rückzahlung der geleisteten Zahlungen vorbehalten; allerdings muss sie nie mehr als den anteiligen Wert des Vertragsobjektes zurückzahlen.

Trotz des Freigabeversprechens können dem **Erwerber bei Insolvenz des Bauträgers vor Fertigstellung erhebliche Schäden** entstehen. Denn in der Regel reicht der vom Erwerber noch nicht geleistete Restkaufpreis nicht aus, um das Bauvorhaben zu vollenden. Außerdem kann der Erwerber bei einer Rückerstattung seiner Zahlungen verpflichtet sein, seiner eigenen Bank eine Vorfälligkeitsentschädigung für eine vorzeitige Beendigung des Darlehensvertrages zu bezahlen.

#### 4. Bebaubarkeit

Zur Bebauung eines Grundstücks ist häufig eine Baugenehmigung erforderlich. Wenn jedoch eine Baugenehmigung nicht oder nicht zwingend vorgeschrieben ist, genügt das Vorliegen einer Bestätigung der zuständigen Behörde, dass die Baugenehmigung als erteilt gilt oder

nach den baurechtlichen Vorschriften mit dem Bauvorhaben begonnen werden darf. Sehen die landesrechtlichen Bestimmungen eine derartige Bestätigung nicht vor, so genügt eine entsprechende Bestätigung des Bauträgers. In diesem Fall sind Zahlungen erst einen Monat nach Eingang der Bestätigung des Bauträgers beim Erwerber zulässig, damit dieser die Richtigkeit der Bestätigung nachprüfen kann.

### III. Fälligkeit des Kaufpreises: Baufortschritt

#### 1. Abschlagszahlungen

Stets ist darauf zu achten, dass den Zahlungen jeweils ein entsprechender Grundstücks- und Bauwert gegenübersteht. Bei Zweifeln kann sich der Erwerber bei einem technischen Fachmann informieren. Durch die Zahlung nach Baufortschritt ist das Fertigstellungsrisiko, das der Erwerber jedes erst zu errichtenden Gebäudes trägt, zwar nicht ausgeschlossen, aber doch vermindert.

#### 2. Sieben Raten nach MaBV

Zahlungen dürfen nicht vor Vorliegen der Voraussetzungen gemäß Abschnitt II. fällig werden. Die MaBV sieht dann eine Ratenzahlung entsprechend dem Bauablauf mit bis zu **sieben Raten** (Abschlagszahlungen) vor (§ 3 Abs. 2 MaBV). Die Raten können aus folgenden Teilbeträgen - bezogen auf die volle Vertragssumme unter Einbeziehung von Sonderwünschen – zusammengesetzt werden:

30,0 % nach Beginn der Erdarbeiten,  
28,0 % nach Rohbaufertigstellung,  
einschließlich  
Zimmererarbeiten,  
5,6 % für die Herstellung der  
Dachflächen und Dachrinnen,  
2,1 % für die Rohinstallation der

2,1 %	Heizungsanlagen, für die Rohinstallation der Sanitäranlagen,
2,1 %	für die Rohinstallation der Elektroanlagen.
7,0 %	für den Fenstereinbau, einschließlich der Verglasung,
4,2 %	für den Innenputz, ausgenommen Beiputzarbeiten,
2,1 %	für den Estrich,
2,8 %	für die Fliesenarbeiten im Sanitärbereich,
8,4 %	nach Bezugsfertigkeit und Zug um Zug gegen Besitzübergabe,
2,1 %	für die Fassadenarbeiten,
3,5 %	nach vollständiger Fertigstellung.

Die Zusammensetzung dieser Raten sollte vorab im notariellen Vertrag festgelegt werden. Sofern einzelne dieser Leistungen („Gewerke“) nicht anfallen (etwa beim Eigenausbau), ist der jeweilige Prozentsatz anteilig auf die übrigen Raten zu verteilen. Eine Unterteilung einzelner Raten ist unzulässig.

#### IV. Fälligkeit des Kaufpreises: Bürgschaftssicherung

##### 1. Grundvoraussetzungen

Anstelle der Sicherheiten nach vorstehendem Abschnitt II. Ziff. 1–4 können Zahlungen des Käufers auch dadurch gesichert werden, dass der Bauträger dem Käufer die selbstschuldnerische Bürgschaft einer Bank, Sparkasse oder Versicherung aushändigt, in welcher der Bürge für alle etwaigen Ansprüche des Erwerbers auf Rückgewähr oder Auszahlung seiner Vermögenswerte einsteht (§ 7 MaBV).

Gesichert werden müssen sämtliche Zahlungen, die der Erwerber geleistet hat. Es reicht daher nicht aus, wenn dem Erwerber nur hinsichtlich eines Teils der von ihm bezahlten Beträge

eine Bürgschaft gestellt wird. Daher ist eine **auf die letzte(n) Rate(n) beschränkte Bürgschaft unzureichend**. Unzureichend ist auch eine Bürgschaft, die sich mit dem Baufortschritt reduziert.

##### 2. Zahlung nach Baufortschritt

Zahlungen zu späteren als den in Abschnitt III. genannten Zeitpunkten können stets vereinbart werden. Abschlagszahlungen zu früheren Zeitpunkten können jedenfalls dann vereinbart werden, wenn dem Erwerber eine Bürgschaft ausgehändigt wird, die den in vorstehender Ziff. 1. genannten Anforderungen entspricht, und wenn die Zahlungen den Wert der erbrachten Leistungen nicht übersteigen.

#### V. Fälligkeit des Kaufpreises: Fertigstellungssicherheit

Der Bauträger hat in jedem Fall eine Sicherheit in Höhe von 5 % des gesamten Vergütungsanspruchs für die rechtzeitige Herstellung des Werkes ohne wesentliche Mängel zu leisten. Dabei hat er die Wahl, ob er eine Bürgschaft über diesen Betrag stellt (sog. Vertragserfüllungsbürgschaft) oder die erste Rate entsprechend angepasst wird, der Erwerber also zunächst weniger zahlt. In diesem Fall beträgt die erste Rate nur 25 %, beim Erbbaurecht 15 %.

#### VI. Finanzierung des Kaufpreises

Bei der Finanzierung des Kaufpreises ist auf folgendes zu achten:

##### 1. Rechtzeitig Finanzierung abklären!

**Bereits vor der Beurkundung** des Bauträgervertrages sollte der Erwerber mit seiner Bank die **Finanzierung geklärt** haben. Dann kann die Finanzierungsgrundschuld unmittelbar nach dem Abschluss des Bauträgervertrages beurkundet werden



(was auch Grundbuchgebühren sparen kann). In jedem Falle sollte der Erwerber darauf achten, dass die Fälligkeit des Kaufpreises und der Auszahlungszeitpunkt der Darlehensbeträge **aufeinander abgestimmt** sind.

## 2. Finanzierungsvollmacht

Der Bauträgervertrag wird vom Notar so gestaltet, dass die Finanzierung des Kaufpreises durch Darlehen in banküblicher Weise möglich ist. Dazu gehört die Verpflichtung des Bauträgers, bei der Bestellung von Grundschulden mitzuwirken und im Falle der Bürgschaftssicherung für eine Gestaltung der Bürgschaft zu sorgen, die dem Erwerber eine Finanzierung ermöglicht.

Will der Bauträger – wie in der Regel – bei der Bestellung der Finanzierungsgrundpfandrechte nicht persönlich mitwirken, so kann er den Erwerber zur Abgabe der entsprechenden Erklärungen bevollmächtigen (**Finanzierungsvollmacht**). Der Erwerber als Betroffener muss an der Beurkundung grundsätzlich selbst teilnehmen oder sich von einer Vertrauensperson vertreten lassen (§ 17 Abs. 2a BeurkG). Die Vertretung des Erwerbers durch den Bauträger oder Angestellte des Notars ist grundsätzlich unzulässig.

## 3. Erwerb unvermessener Teilflächen

Beim Erwerb von noch nicht vermessenen Teilflächen besteht die Gefahr, dass der Erwerber zur Zahlung von Kaufpreisteilen an den Veräußerer verpflichtet ist, ohne dass deren Finanzierung über Darlehen durch Eintragung entsprechender Grundpfandrechte am Kaufobjekt gesichert werden kann. Hier bieten sich Gestaltungsmöglichkeiten an wie die

Bürgschaft (oben IV.), eine Fälligkeit des Kaufpreises erst nach Vollzug der Grundstücksteilung oder – nach Abstimmung mit dem Kreditinstitut des Erwerbers – eine Verpfändung des Eigentumsverschaffungsanspruches des Erwerbers.

## 4. Öffentliche Wohnraumförderung

Soweit der Erwerber öffentliche Mittel für den Erwerb einsetzen will, sind die Bekanntmachungen des jeweiligen Bundeslandes über die Mindestanforderungen an Verträge als Voraussetzung der öffentlichen Förderung des Kaufs von Kaufeigenheimen und Kaufeigentumswohnungen zu beachten. Sind die öffentlichen Mittel zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht bewilligt, kann es erforderlich sein, in den Vertrag ein **Rücktrittsrecht** für den Erwerber aufzunehmen. Die erforderlichen Bewilligungsbedingungen sollte der Erwerber unbedingt vorab mit der Bewilligungsbehörde abklären. Sonst kann die Förderung versagt werden.

## VII. Sachmängel

### 1. Mangel

Die Rechte des Erwerbers bei Baumängeln neu errichteter Bauwerke richten sich nach dem **Werkvertragsrecht des BGB** (§§ 633 ff. BGB), für Sachmängel des Grundstücks nach Kaufvertragsrecht (§§ 434 ff. BGB). Die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB/B) kann im Bauträgervertrag nicht vereinbart werden.

Ein **Mangel** des Bauwerks liegt vor, wenn es von der **Baubeschreibung** abweicht oder wenn es nicht den anerkannten Regeln der Baukunst oder dem Stand der Technik entspricht. Üblicher Verschleiß ist kein Mangel.

## 2. Abnahme

Die **Abnahme** ist die Billigung des Werkes als im Wesentlichen vertragsgemäße Leistung (§ 640 BGB). Sie erfolgt regelmäßig bei einer gemeinsamen Besichtigung des Vertragsobjektes durch den Erwerber und den Bauträger. Beim Erwerb einer Eigentumswohnung muss nicht nur die Wohnung selbst (Sondereigentum), sondern auch das **Gemeinschaftseigentum** (z.B. Treppenhaus, Gemeinschaftsräume, Außenwände, Dach) abgenommen werden; hierfür können zwei getrennte Abnahmen vorgesehen werden.

Bei der Abnahme muss sich der Erwerber seine **Rechte wegen ihm bekannter Mängel vorbehalten**; sonst verliert er die Mängelrechte (mit Ausnahme des Anspruchs auf Schadensersatz).

## 3. Minderung, Rücktritt, Schadensersatz und Aufwendungsersatz

Sind Grundstück oder Bauwerk mangelhaft, kann der Erwerber zunächst Nacherfüllung (**Nachbesserung**, d.h. Beseitigung des Mangels) verlangen und bei deren Fehlschlagen nach seiner Wahl entweder den Kaufpreis **mindern** oder – wenn der Mangel erheblich ist – vom Vertrag **zurücktreten**. Bei Verschulden des Bauträgers kann er auch **Schadensersatz** fordern. Bei Werkmängeln kann er stattdessen wahlweise den Ersatz der zur Beseitigung erforderlichen **Aufwendungen** verlangen.

Beim Kauf neu hergestellter oder erst noch zu errichtender Immobilienobjekte kann das Recht des Erwerbers auf Minderung (Herabsetzung des Kaufpreises) und Rücktritt nicht vertraglich eingeschränkt werden

(§ 309 Nr. 8 b) bb) BGB).

Unwirksam ist auch eine Vereinbarung, durch die der Erwerber wegen Sachmängeln auf die Bauhandwerker, Lieferanten, Architekten usw. verwiesen wird und der Bauträger seine eigene Haftung vollständig ausschließt oder von der vorherigen Geltendmachung gegenüber den anderen Baubeteiligten abhängig macht. Der Bauträger muss somit stets selbst die Gewährleistung für Sachmängel übernehmen, auch wenn er im Vertrag zusätzlich seine Ansprüche gegen die Bauhandwerker an den Erwerber abtreten kann – z.B. für den Fall seiner Insolvenz.

Rechte wegen Mängeln des Grundstücks, insbes. so genannter **Altlasten**, kann der Bauträger nicht ausschließen, soweit sie das Bauwerk oder seine Benutzbarkeit beeinträchtigen.

## 4. Verjährung

Die gesetzliche Verjährungsfrist für Rechte wegen Mängeln an Bauwerken beträgt **5 Jahre** ab der Abnahme (oben VII. 2.). Sie kann nicht abgekürzt werden (§ 309 Nr. 8 b) ff) BGB).

## 5. Zurückbehaltungsrecht und Bürgschaft

Werden Mängel erkennbar, bevor der Kaufpreis vollständig bezahlt ist, so hat der Erwerber das Recht, einen angemessenen Teil seiner Zahlungen bis zur Mängelbeseitigung zurückzubehalten (**doppelte Mängelbeseitigungskosten** für bei der Abnahme festgestellte Mängel). Solche Zurückbehaltungsrechte können nach § 309 Nr. 2 b) BGB nicht eingeschränkt werden.

Hat der Bauträger eine **Bürgschaft nach § 7 MaBV** gestellt (s. o. Abschnitt IV.), so sichert die Bürgschaft grundsätzlich auch Zahlungsansprüche

wegen Sachmängeln, sofern der Erwerber die Mängel spätestens bei der Abnahme geltend macht.

## 6. Kein vorschneller Rücktritt!

**Vorsicht** vor einer vorschnellen Rücktrittserklärung wegen Mängeln: Dadurch verliert der Erwerber seinen Vormerkungsschutz und seinen Freistellungsanspruch gegen die Bank. Ihm verbleibt nur ein Rückzahlungsanspruch gegen den Bauträger; dieser ist nicht gesichert und im Falle einer Insolvenz des Bauträgers wertlos.

## VIII. Erschließungskosten

Nach der vertraglichen Regelung trägt der Bauträger im Regelfall alle Kosten der Ersterschließung, für naturschutzrechtliche Ausgleichsmaßnahmen u. ä. Erschließungsbeiträge sind unter anderem die Kosten für öffentliche Straßen, Wasserversorgungs- und Abwasseranlagen. Die Kosten für den Anschluss des Gebäudes an die Ver- und Entsorgungsleitungen gehören hingegen zu den Baukosten und sind ebenfalls grundsätzlich im Kaufpreis enthalten.

Die Erschließungsbeiträge nach dem Baugesetzbuch (BauGB) und die Beiträge nach den Kommunalabgabengesetzen ruhen als öffentliche Last auf dem Grundstück. Das bedeutet, dass der Erwerber der Gemeinde für rückständige Erschließungsbeiträge und Kommunalabgaben für die Immobilie haftet, nachdem er Eigentümer geworden ist, wenn der Bauträger seiner Verpflichtung zur Zahlung dieser Beiträge nicht nachgekommen ist. Der Erwerber sollte daher vor der Beurkundung durch Rückfrage bei der Gemeinde klären, ob sämtliche Erschließungsanlagen bereits

abgerechnet und die Erschließungskosten durch den Bauträger gezahlt wurden. Sofern dies nicht der Fall ist und die Übernahme der Kosten für die Ersterschließung zum Leistungsumfang des Bauträgers gehört, hat dieser dafür Sorge zu tragen, dass der Erwerber nicht für diese Kosten in Anspruch genommen wird.

## IX. Sonstige Rechte des Bauträgers

### 1. Vollmacht zur Löschung der Auflassungsvormerkung

Dem Bauträger darf keine Vollmacht gegeben werden, das zentrale Sicherungsmittel des Käufers, die Auflassungsvormerkung, zu löschen, auch nicht für den Fall des Rücktritts vom Vertrag.

### 2. Abbuchungsermächtigung

Eine dem Bauträger gegebene Vollmacht zur Verfügung über Konten des Käufers ist unzulässig.

### 3. Zwangsvollstreckungsunterwerfung

Eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung des Erwerbers wegen seiner Zahlungsverpflichtung ist nach der Rechtsprechung grundsätzlich unzulässig.

## X. Rücktrittsrecht des Bauträgers

Rücktrittsrechte des Bauträgers können nur bei einem sachlich gerechtfertigten Grund vereinbart werden (§ 308 Nr. 3 BGB). Das Rücktrittsrecht muss erloschen sein, bevor Zahlungen des Erwerbers fällig werden (§ 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 MaBV).

## **XI. Auflassung**

Die Auflassung ist die Erklärung, dass das Grundstückseigentum vom Verkäufer auf den Erwerber übertragen wird. Das Eigentum geht dann mit der Eintragung der Auflassung im Grundbuch auf den Erwerber über (§§ 873, 925 BGB).

Der Bauträger muss die Auflassung Zug um Zug gegen Zahlung des geschuldeten Kaufpreises erklären.

## **XII. Altbausanierung**

Für die Sanierung von Altbauten gelten grundsätzlich die vorstehenden Hinweise entsprechend. Folgende Besonderheiten sind zu beachten:

### **1. Ratenplan**

Die Fälligkeit der ersten Rate (Grundstücksrate) kann unabhängig vom Baubeginn nach Vorliegen der Fälligkeitsvoraussetzungen (oben II. 1. bis 4.) vereinbart werden. Dies gilt auch für die Teilbeträge, die auf bereits erbrachte Leistungen (d.h. in der Altbausubstanz unverändert schon vorhandene Gewerke) entfallen.

### **2. Sachmängel**

Der Bauträger kann seine Haftung für Mängel der Altbausubstanz nicht ausschließen, wenn er sich zu einer umfassenden Sanierung „bis auf die Grundmauern“ verpflichtet hat. Für Mängel der von ihm zu erbringenden Leistungen oder für eine Verletzung von Untersuchungspflichten haftet er auf jeden Fall: Der Vertrag kann nichts Abweichendes vorsehen. Der Vertrag sollte daher eine Vereinbarung über die Abgrenzung enthalten und insbesondere auch regeln, zu welchen Untersuchungen an der Altbausubstanz der Bauträger verpflichtet ist.

## **XIII. Erbbaurechte**

Beim Erwerb eines Kaufobjekts im Erbbaurecht gilt nach der MaBV ein abweichender Ratenplan. Die erste Rate (Grundstücksrate) beträgt hier höchstens 20% des Kaufpreises (anstelle von sonst 30%); die übrigen Raten erhöhen sich entsprechend.

Besondere Probleme ergeben sich hier bei der Finanzierung des Kaufpreises. Sie sollte daher vor Vertragsschluss geklärt sein. Weitere Risiken ergeben sich aus der Gestaltung des Erbbaurechtsvertrages. Diesen muss der Erwerber zusammen mit dem Entwurf des Bauträgervertrages zwei Wochen vor Vertragsschluss erhalten.

## Teil B. Verdecktes Bauherrenmodell

### Vorbemerkung

#### 1. Keine Trennung bei Personenidentität

Der Erwerb von Wohnraum kann in zwei Verträge nur aufgespalten werden, wenn **zwei verschiedene Vertragspartner** vorhanden sind. Werden Grundstück und Bauleistung von einer Person angeboten, kann nur ein Bauträgervertrag über die Gesamtleistung abgeschlossen werden. Ist bei Vertragsschluss mit dem Bau bereits begonnen, so gehören die vorhandenen Teile des Bauwerkes kraft Gesetzes dem Grundstückseigentümer.

#### 2. Beurkundungserfordernis

Grundstückskauf- und Werkvertrag sind zur Vermeidung ihrer Nichtigkeit beide notariell zu beurkunden, wenn der Grundstückskaufvertrag nicht ohne den Werkvertrag abgeschlossen worden wäre. Das ist regelmäßig der Fall, wenn Grundstück und Gebäude gemeinsam angeboten waren oder der Unternehmer den Käufer des Grundstücks bestimmen kann oder sich auf sonstige Weise zur Verschaffung des Grundstücks verpflichtet, ebenso wenn der Erwerber eine Gesamtleistung zu einem feststehenden Gesamtpreis erwerben will.

Der durch die Pflicht zur notariellen Beurkundung bezweckte Verbraucherschutz wird nur gewährleistet, wenn beide Verträge beurkundet werden, so dass der Notar die Gestaltung der Verträge im Sinn der nachstehenden Empfehlungen prüfen und beeinflussen und die beabsichtigte Bebauung im Grundstückskaufvertrag berücksichtigen kann. Eine Forderung

des Unternehmers, nur den Grundstückskaufvertrag zu beurkunden, sollte der Käufer deshalb im eigenen Interesse ablehnen.

Insbesondere trifft es nicht zu, dass dadurch **Grunderwerbsteuer** gespart werden könnte. Umgekehrt fällt hingegen infolge der Trennung auf die Bauleistung **Umsatzsteuer** an.

#### 3. Schutz des Käufers

Baut der Käufer beim verdeckten Bauherrenmodell auf seinem **eigenen, neu erworbenen Grundstück**, so ist er selbst Bauherr und hat daher die damit verbundenen Risiken zu tragen, gegen die er sich nur zum Teil versichern kann.

Wird hingegen auf dem **Grundstück eines Dritten** gebaut, so sind für den Käufer die üblichen Sicherungsmittel erforderlich (insbes. Auflassungsvormerkung und Sicherstellung der Lastenfreistellung, vgl. A. II.).

#### 4. Abhängigkeit der Verträge bei Vertragsstörungen

Der Käufer genießt grundsätzlich nicht den Schutz der für den Bauträgervertrag geltenden Bestimmungen. Infolge der Vertragstrennung berühren Störungen des einen Vertragsverhältnisses (z.B. Nichterfüllung) nicht ohne weiteres den Bestand und die Verpflichtungen aus dem anderen Vertragsverhältnis. Hierüber sollten ausdrückliche vertragliche Regelungen getroffen werden.

Im Interesse des Käufers sollte die Eigentumsverschaffung nicht von der Erfüllung des Werkvertrages abhängen.

Umgekehrt kann ggf. dem Käufer ein Rücktrittsrecht auch vom Grundstückskaufvertrag für den Fall eingeräumt werden, dass der Werkvertrag rückabgewickelt wird.

**Muss** der Käufer hingegen bei einer Rückabwicklung des Werkvertrages auch das Grundstück zurückgeben, so sind die Schutzbestimmungen der MaBV anwendbar.

## 5. Eigentumswohnungen

Der Erwerb von Eigentumswohnungen im verdeckten Bauherrenmodell ist **wirtschaftlich sehr risikoreich**. Eine ausreichende vertragliche Vorsorge ist in aller Regel nicht möglich, so dass hiervon meist abgeraten werden muss.

### I. Fälligkeit des Grundstückskaufpreises

Voraussetzung für die Fälligkeit des Grundstückskaufpreises sollte zunächst sein, dass der **lastenfreie Eigentumsübergang gesichert** ist (vgl. hierzu Teil A. II. 1. bis 3.). Daneben sollte aber auch die **Baugenehmigung** erteilt oder die Bebaubarkeit auf andere Weise (Teil A. II. 4.) gesichert sein. Sonst trägt der Erwerber das Risiko, trotz Zahlung des Kaufpreises das beabsichtigte Gebäude nicht errichten zu können und das nicht in der geplanten Weise bebaubare Grundstück behalten zu müssen.

### II. Fälligkeit des Gebäudepreises

Die Gegenleistung für das Gebäude darf nur nachträglich, d.h. für bereits erbrachte Bauleistungen fällig werden (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB i. V. m. § 641 BGB). Ratenzahlungen dürfen den Wert der Teilleistungen des Bauträgers nicht übersteigen. Als Anhaltspunkt kann § 3 Abs. 2 Nr. 2 MaBV dienen, der

im Bauträgervertrag für den auf die Bauleistung entfallenden Kaufpreisteil die Zahlung in sechs Raten vorsieht (Teil A. III.). Insoweit ist auch eine Fertigstellungssicherheit (Teil A. V.) zu leisten. Die Gegenleistung für das Gebäude sollte auf keinen Fall – auch nicht teilweise – fällig werden, solange nicht der **Grundstückskaufpreis fällig** ist, also der lastenfreie Eigentumsübergang und die Bebaubarkeit gesichert sind (oben Teil A. II.). Andernfalls riskiert der Erwerber, ungesicherte Vorleistungen für einen Bau auf fremdem Grund und Boden zu erbringen.

### III. Errichtung des Bauwerks

Bei der Gestaltung des Werkvertrages über die Errichtung des Bauwerkes sind die Hinweise in Teil A. I. zu beachten.

### IV. Sachmängel

Während der Grundstücksverkäufer seine Haftung weitgehend ausschließen kann, muss der Unternehmer im Werkvertrag die Gewährleistung für das Gebäude übernehmen. Hierfür gelten die Hinweise in Teil A. VII. entsprechend. Insbesondere kann die VOB/B wegen des vom Unternehmer zu erbringenden Leistungsbündels insoweit grundsätzlich nicht vereinbart werden. Schlechte oder ausbleibende Erfüllung des Werkvertrages haben keinen Einfluss auf den Grundstückskaufvertrag. Der Käufer muss deshalb das Grundstück abnehmen und bezahlen, auch wenn der Unternehmer das Gebäude nicht oder so mangelhaft errichtet, dass der Käufer es eigentlich nicht behalten will. Ein Rücktrittsrecht des Käufers für diesen Fall besteht nur, wenn es mit dem Verkäufer ausdrücklich vereinbart ist.

## **V. Erschließungskosten**

Soweit die entsprechenden Einrichtungen und Anlagen nicht bereits hergestellt und vom Grundstücksverkäufer bezahlt sind, muss der Werkvertrag zur Klarstellung eine Regelung vorsehen, ob Erschließungskosten und Anschlussbeiträge im Preis enthalten sind und ob der Unternehmer den Anschluss des Gebäudes an Ver- und Entsorgungsleitungen vornimmt. Gegenüber der Gemeinde haftet jedoch nicht der Unternehmer, sondern nur der Käufer als Grundstückseigentümer. Im Einzelnen vgl. Teil A. VIII.

## **VI. Vollmachten**

Weitreichende Vollmachten des Käufers für den Unternehmer, die zum Teil in Verträgen des verdeckten Bauherrenmodells vorgesehen sind, bringen Risiken und Missbrauchsgefahren mit sich. Sie sind regelmäßig nicht erforderlich und im sonstigen Grundstücksverkehr nicht üblich (oben Teil A. IX.). Insbesondere darf der Unternehmer keine Vollmachten erhalten, Aufträge an Baubeteiligte im Namen des Käufers zu vergeben.

Stand: Mai 2009 (erste Bearbeitung: März 1971;  
Überarbeitung: August 1997)

