

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 168, 1896 – Einschränkung der Widerruflichkeit der Vorsorgevollmacht; Bindung an Urkundsform und Zugangserfordernis

BGB §§ 650u, 311b; MaBV § 3 – Bauträgervertrag bei Sanierungsarbeiten; Anwendung der MaBV; Einbehalt nach Werkvertragsrecht; Baubeschreibung bei Sanierungsarbeiten

Gutachten im Abrufdienst

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 168, 1896

Einschränkung der Widerruflichkeit der Vorsorgevollmacht; Bindung an Urkundsform und Zugangserfordernis

I. Sachverhalt

Es soll eine Vorsorgevollmacht beurkundet werden. Der Vollmachtgeber ist geschäftsfähig, hat aber zeitweise psychotische Phasen, in denen er geschäftsunfähig ist und unter Verfolgungswahn leidet. In der Vergangenheit hat er bereits einmal eine schriftliche Vorsorgevollmacht errichtet, diese aber in einer psychotischen Phase widerrufen.

II. Frage

Ist es möglich, im Grundverhältnis der Vollmacht zu vereinbaren, dass die Vollmacht nur durch notariell beurkundete Erklärung, die dem Bevollmächtigten zugehen muss, widerrufen werden kann?

III. Zur Rechtslage

1. Ausschluss der Widerruflichkeit einer Vollmacht

Nach § 168 S. 1 BGB bestimmt sich das **Erlöschen der Vollmacht nach dem** ihrer Erteilung **zugrunde liegenden Rechtsverhältnis**. Selbst wenn das zugrunde liegende Rechtsverhältnis fortbesteht, kann der Vollmachtgeber die Vollmacht jederzeit widerrufen, sofern sich nicht aus dem Grundverhältnis etwas anderes ergibt (§ 168 S. 2 BGB). Prinzipiell lässt sich die Widerruflichkeit der Vollmacht zwar (nach h. A.) nicht durch einseitigen Verzicht des Vollmachtgebers ausschließen, wohl aber durch **Vertrag** zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem (Palandt/Ellenberger, BGB, 77. Aufl. 2018, § 168 Rn. 6 m. w. N.). Die Unwiderruflichkeit kann sich allerdings auch aus den Umständen ergeben, insbesondere dann, wenn die Vollmacht im Interesse des Bevollmächtigten erteilt worden ist (vgl. BGH NJW-RR 1991, 439, 441).

Der **Ausschluss der Widerruflichkeit** ist jedoch **nicht uneingeschränkt möglich**; er stößt vielmehr an rechtliche Grenzen, da sich der Vollmachtgeber mit der Erteilung einer unwiderruflichen Vollmacht endgültig der Fremdbestimmung unterwirft (vgl. Staudinger/Schilken, BGB, 2014, § 168 Rn. 8).

Demzufolge hält man bspw. eine **isolierte Vollmacht** (Vollmacht ohne Grundverhältnis) für zwingend widerruflich (vgl. BGH DNotZ 1989, 84, 85; Staudinger/Schilken, § 168 Rn. 17 m. w. N.). Gleiches gilt für eine **Vollmacht**, die ausschließlich **im Interesse des Vollmachtgebers** erteilt worden ist oder bei der der zugrunde liegende Auftrag dem alleinigen Interesse des Vollmachtgebers dient (vgl. BGH DNotZ 1972, 229; Staudinger/Schilken, § 168 Rn. 8 m. w. N.).

Schließlich kann nach h. A. auch die Widerruflichkeit einer **Generalvollmacht** nicht ausgeschlossen werden (BGH NJW 2011, 66 Tz. 16; Palandt/Ellenberger, § 168 Rn. 6; BeckOK-BGB/Schäfer, Std.: 1.11.2017, § 168 Rn. 25), denn eine unwiderrufliche Generalvollmacht wäre als unzulässige Beschränkung der Privatautonomie anzusehen. Ein Ausschluss der Widerruflichkeit wird daher als sittenwidrig und unwirksam erachtet (vgl. Zimmermann, Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung, Patientenverfügung, 3. Aufl. 2017, Rn. 229; Renner, in: Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 689).

2. Grds. keine unwiderrufliche Vorsorgevollmacht

Beurteilt man die vorliegend gewollte Vorsorgevollmacht nach den eben skizzierten Grundsätzen, so spricht zweierlei gegen den Ausschluss der Widerruflichkeit: Zum einen wird die „Standardvorsorgevollmacht“ regelmäßig als Generalvollmacht erteilt, zum anderen dient deren Erteilung zusätzlich (in der Regel) dem alleinigen Interesse des Vollmachtgebers.

Demgemäß geht die einschlägige Literatur davon aus, dass die Vorsorgevollmacht grundsätzlich nicht unwiderruflich erteilt werden kann (Bühler, FamRZ 2001, 1585, 1589; Langenfeld, Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung und Patiententestament nach dem neuen Betreuungsrecht, 1994, S. 55; Walter, Die Vorsorgevollmacht, 1997, S. 174 ff.; Renner, Rn. 688 ff.).

3. Einschränkung des Widerrufsrechts

Eine andere Frage ist, ob sich die Widerruflichkeit zulässigerweise einschränken lässt, etwa durch Vereinbarung einer **Frist oder eines besonderen Formerfordernisses**. In der Literatur ist vereinzelt vorgeschlagen worden, für den Widerruf die Schriftform (vgl. Papenmeier, Transmortale und postmortale Vollmachten als Gestaltungsmittel, 2013, S. 110) oder eine bestimmte Frist (vgl. Zimmermann, Rn. 229) zu vereinbaren. Zur Zulässigkeit solcher Gestaltungen gibt es allerdings bisher keine Rechtsprechung und nur wenig Literatur. Die Rechtslage ist daher **nicht hinreichend geklärt**.

Wenn man allerdings den Ausschluss der Widerruflichkeit allgemein für problematisch hält, dann wird man auch Einschränkungen des Widerrufsrechts – und seien sie formeller Art – problematisieren müssen. Denn solche Anforderungen kann man evtl. als „**Teilausschluss**“ qualifizieren – mit der Folge, dass sie ebenfalls als unzulässige Einschränkung der Privatautonomie des Vollmachtgebers zu gelten hätten.

In der bisher erschienenen Literatur finden sich dazu nur kritische Äußerungen. So führt etwa Kurze aus (in: Kurze, Vorsorgerecht, 2017, § 168 BGB Rn. 18):

„Es wird vorgeschlagen, dass für den Widerruf die Schriftform vereinbart wird oder eine (ggf. sehr kurze 24-Stunden-)Frist. Verständlich ist das Bedürfnis zu einem Selbstschutz des Vollmachtgebers vor späteren Erklärungen in einem Zustand, bei dem die Geschäftsfähigkeit zweifelhaft, aber nicht widerlegt ist, die zum Zeitpunkt der Vollmachtserteilung als unvernünftig angesehen werden (Widerruf „im Affekt“). Zu beachten ist aber, dass dies eine erhebliche Einschränkung der Widerruflichkeit in einem Bereich darstellt, in dem Unwiderruflichkeit unzulässig ist. Eine AGB-gleiche Formulierung in Mustern macht dem Vollmachtgeber die besondere Bedeutung nicht bewusst. Ein gewisser Schutz existiert, da auch bei einer erschwerten Widerrufsmöglichkeit keine verdrängende Vollmacht besteht, der Vollmachtgeber also immer noch entgegen dem Bevollmächtigten handeln kann. Nach hier vertretener Ansicht ist eine Vorsorgevollmacht auch bei vereinbarter Schriftform oder Frist mündlich und fristlos aus wichtigem Grund widerruflich. Zudem ist die Schriftform entbehrlich, wenn deren Einhaltung dem Vollmachtgeber nicht ohne weiteres möglich ist, etwa aus gesundheitlichen Gründen.“

Auch in der Literatur werden also Beschränkungen der Widerruflichkeit durch Formerfordernisse für bedenklich gehalten. Berücksichtigt man zudem das Fehlen einschlägiger Rechtsprechung, so kann man eine beschränkende Vereinbarung u. E. nicht empfehlen.

4. Schlussbemerkung

Im Übrigen bleibt anzumerken, dass eine Einschränkung des Widerrufsrechts durch Bindung an die Urkundsform aus unserer Sicht nur bedingt geeignet wäre, das befürchtete Problem zu lösen. Nach dem Sachverhalt besteht das Problem darin, dass der Mandant in psychotischen Phasen die erteilte Vollmacht widerrufen könnte. Sofern der Mandant in diesen Phasen geschäftsunfähig ist, bleibt der Widerruf jedoch unwirksam, so dass die Vollmacht weiterhin Bestand hat.

Problematisch dürfte also nicht das Widerrufsrecht an sich sein (das der Vollmachtgeber nur im Zustand der Geschäftsfähigkeit wirksam ausüben kann), sondern der Umstand, dass sich nicht sicher beurteilen lässt, ob der Mandant zum Zeitpunkt des Widerrufs geschäftsfähig und damit zu einem wirksamen Widerruf imstande war oder nicht. Dies könnte der Notar zwar vor der Beurkundung des Widerrufs prüfen (vgl. § 11 BeurkG). Der Notar hat bzgl. der Geschäftsfähigkeit aber keine Letztentscheidungskompetenz; er ist insoweit nicht als Sachverständiger anzusehen, sondern agiert als Urkundsperson nur als „Zeuge des Geschehens“. Eine definitive Entscheidung über die Geschäftsunfähigkeit und damit über die Wirksamkeit des Widerrufs wäre vielmehr im Zivilprozess durch das Gericht unter Einholung von psychiatrischen Sachverständigengutachten zu treffen.

Trotz notarieller Beurkundung des Widerrufs wäre damit nicht sichergestellt, dass der Widerruf wirksam ist, und es würde nicht effektiv verhindert, dass der Vollmachtgeber trotz Geschäftsunfähigkeit widerriefe (zumal ein medizinischer Laie Psychosen und deren Auswirkung auf die Geschäftsfähigkeit des Beteiligten regelmäßig nur schlecht einschätzen kann). Der Bevollmächtigte wüsste also dennoch nicht sicher, ob er auf Basis einer wirksamen, nicht widerrufenen Vorsorgevollmacht für den Betroffenen handeln könnte oder nicht.

Im Ergebnis lässt sich u. E. das Problem des Widerrufs in psychotischen Phasen nur schwer lösen, sodass die **Vorsorgevollmacht für die betroffenen Personen wohl kein geeignetes Vorsorgeinstrument** darstellt. Stattdessen dürfte die Einrichtung einer Betreuung i. S. d. §§ 1896 ff. BGB (ggf. mit Einwilligungsvorbehalt) erforderlich sein. Denn eine Vorsorgevollmacht macht eine **Betreuung** nach § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB nur insoweit entbehrlich, als durch sie die Angelegenheiten des Betreuten *ebenso gut* wie durch einen Betreuer besorgt werden können. Und dies ist gerade nicht der Fall, wenn fortlaufend Zweifel an der wirksamen Erteilung und am Widerruf der Vollmacht bestehen (vgl. BGH NJW 2016, 159 f. = DNotZ 2016, 193). Davon abgesehen setzt sich der Bevollmächtigte einem großen Haftungsrisiko aus, wenn er auf Basis einer solchen Vollmacht für den Vollmachtgeber handelt.

BGB §§ 650u, 311b; MaBV § 3

Bauträgervertrag bei Sanierungsarbeiten; Anwendung der MaBV; Einbehalt nach Werkvertragsrecht; Baubeschreibung bei Sanierungsarbeiten

I. Sachverhalt

Unternehmer U hat ein Grundstück gekauft, das mit einem Wohnhaus bebaut ist. Das Wohnhaus ist umfangreich saniert worden, dabei sind acht Wohneinheiten mit Gemeinschaftsräumen und Tiefgarage entstanden. Nun soll Wohnungs- und Teileigentum für acht Einheiten gebildet werden. U will die Einheiten zeitnah veräußern.

II. Fragen

1. Ist U Bauträger?
2. Ist der 5 %-Einbehalt nach Werkvertragsrecht zu beachten?
3. Eine Baubeschreibung ist auch bei Abschluss der Sanierung sinnvoll. Ist U aber auch zur Baubeschreibung verpflichtet?

III. Zur Rechtslage

1. Bauträgervertrag bei Sanierungsarbeiten

Zunächst ist zu prüfen, ob es sich bei den Verträgen zwischen U und den Erwerbern um Bauträgerverträge oder um Kaufverträge handeln wird.

Der **Bauträgervertrag** ist in § 650u Abs. 1 BGB n. F. definiert. Die Definition entspricht derjenigen des § 632a Abs. 2 BGB a. F. Der Begriff des Bauträgervertrags hat sich daher im Zuge der Gesetzesreform nicht verändert (MünchKommBGB/Busche, 7. Aufl. 2018, § 650u Rn. 1). Nach § 650u Abs. 1 BGB besteht der Bauträgervertrag aus zwei Komponenten, der **Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums** an einem Grundstück und der Verpflichtung **zur Herstellung oder zum Umbau eines Gebäudes** auf dem Grundstück.

U verpflichtet sich gegenüber den Erwerbern zur Verschaffung von Wohnungseigentum. Die erste Tatbestandsvoraussetzung eines Bauträgervertrags ist daher erfüllt. Fraglich ist jedoch, ob U auch eine Herstellungspflicht trifft. Dies erscheint zum einen zweifelhaft, weil U das Grundstück nicht neu bebaut, sondern lediglich ein bereits vorhandenes Wohngebäude saniert (hierzu lit. a). Zum anderen fragt sich, ob man von einer Herstellungsverpflichtung überhaupt sprechen kann,

wenn die Sanierungsarbeiten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits vollständig oder weitgehend abgeschlossen sind (hierzu lit. b).

a) **Herstellungsverpflichtung bei Sanierungsarbeiten**

Es ist also zunächst zu prüfen, ob Sanierungsleistungen des Unternehmers der Errichtung oder dem Umbau eines Hauses i. S. v. § 650u Abs. 1 S. 1 BGB gleichkommen.

aa) **Totalsanierung**

Verpflichtet sich der Bauträger zu einer Totalsanierung des Gebäudes, so ist dies im Ergebnis als Neubau eines Gebäudes und damit als **Verpflichtung zur Errichtung eines Gebäudes** zu beurteilen. Es kommt dabei darauf an, dass der Veräußerer **Bauleistungen** übernimmt, die insgesamt nach **Umfang und Bedeutung Neubauarbeiten vergleichbar** sind (BGH NJW 2006, 214 Tz. 11; NJW 2007, 3275 Tz. 18 = DNotZ 2008, 66; KG ZWE 2008, 185, 187; OLG Nürnberg BauR 2007, 413; Basty, Der Bauträgervertrag, 9. Aufl. 2018, Rn. 920; Koeble, in: Grziwotz/Koeble, Handbuch Bauträgerrecht, 2004, 1. Teil Rn. 75; Riemenschneider, in: Farrelly/Riemenschneider, Praktikerhandbuch Bauträgerfinanzierung, 2012, Rn. 1972; Reithmann/Terbrack/Vogel, Kauf vom Bauträger, 8. Aufl. 2018, C. Rn. 20). Ist dies der Fall, so haftet der Veräußerer nach den Gewährleistungsregeln des Werkvertragsrechts auch für die gesamte Altbauseubstanz (BGH DNotZ 2005, 464 f.; NJW 2006, 214 Tz. 11). Den Veräußerer treffen im Hinblick auf die Altbauseubstanz umfangreiche Untersuchungspflichten (Riemenschneider, Rn. 1973).

Ob die Parteien den Vertrag als Bauträgervertrag oder Kaufvertrag bezeichnet haben, ist irrelevant (BGH DNotZ 2005, 464, 465; NJW 2007, 3275 Tz. 18). Entscheidend sind die geschuldeten Leistungen. Dabei sind auch die **Umstände**, die zum **Vertragsschluss** geführt haben, in die Betrachtung einzubeziehen (BGH DNotZ 2005, 464, 466; Riemenschneider, Rn. 1973).

Ab wann derart umfangreiche Umbauarbeiten vorliegen, dass sie insgesamt Neubauarbeiten vergleichbar sind, hängt vom **Einzelfall** und vom **Umfang** der zu erbringenden Arbeiten ab (KG ZWE 2008, 185, 188).

Eine Verpflichtung zur Neuherstellung lag laut BGH etwa in einem Fall vor, in dem der Bauträger ein Objekt als „vollkommen modernisiert und umgebaut“ und als „**Neubau hinter historischer Fassade**“ beworben hatte (BGH DNotZ 1987, 681, 683). Entsprechendes nahm der BGH für den Fall an, dass ein Haus mit einem weiteren Geschoss versehen und durch eine Trennwand in ein Zweifamilienhaus umgewandelt wird (BGH DNotZ 1990, 96, 97). Ebenfalls als Neubau behan-

delte der BGH ein Objekt, das zuvor als Streitkräftequartier genutzt, sodann umfangreichen Renovierungs- und Modernisierungsmaßnahmen unterzogen und um zwei Geschosse erweitert worden war (NJW 2007, 3275 Tz. 21). Eine Verpflichtung zur Neuherstellung bejahte der BGH auch bei folgender Kombination von Maßnahmen, zu deren Durchführung sich der Unternehmer verpflichtet hatte: Austausch der Boden- und Wandbeläge, Erneuerung des Außenputzes und des Anstrichs, Austausch der Wasser- und Elektroleitungen, Einbau einer neuen Gasheizung, neuer Innentreppe und neuer Türen (DNotZ 2005, 464, 465; ähnlich auch der Fall des OLG Nürnberg BauR 2007, 413). Das OLG Hamm sah eine Verpflichtung zur Neuherstellung, weil sich der Unternehmer zur Erneuerung der Heizungsanlage und der Wasserleitungen, zum Austausch der Türen, zum Einbau neuer Fenster sowie zum Verschließen von Fensteröffnungen und zum Einsetzen neuer Fenster verpflichtet hatte (OLG Hamm, Ur. v. 1.6.2005, BeckRS 2007, 08668).

Keine Verpflichtung zur Neuherstellung des Gebäudes bejahte demgegenüber das KG in einem Fall, in dem der Unternehmer Fliesenarbeiten im Bad vornehmen, Fertigparkett auf dem Küchenboden verlegen, das Kellerabteil herrichten und einen Balkon anbauen musste (ZWE 2008, 185, 188). Auch die bloße Umwandlung eines Altbaus in Wohnungseigentum begründet keine Herstellungspflicht (Koeble, 1. Teil Rn. 75).

bb) **Teilsanierung**

Auch eine Verpflichtung zur Teilsanierung kann „**Umbau**“ eines Gebäudes sein und einen Bauträgervertrag i. S. d. § 650u Abs. 1 BGB bedeuten. Bei einer Teilsanierung ist auf die geschuldeten **Sanierungsarbeiten Werkvertragsrecht** anzuwenden. Soweit sich die geschuldeten Werkleistungen von der **unveränderten Altbauseubstanz** abgrenzen lassen, gilt für die Altbauseubstanz jedoch **Kaufvertragsrecht** (BGH NJW 2006, 214 Tz. 16; Basty, Rn. 925; Riemenschneider, Rn. 1976; Reithmann/Terbrack/Vogel, C. Rn. 19; jurisPK-BGB/Stelzner, 8. Aufl. 2017, § 650u Rn. 26). Vor diesem Hintergrund empfiehlt die Gestaltungsliteratur, bei einer Teilsanierung das Leistungsprogramm in der Baubeschreibung genau aufzuführen (vgl. Basty, Rn. 925, 931 mit Muster bei Rn. 1216, 1223).

Nach der Vorstellung des Gesetzgebers ist unter einem „Umbau“ die **Umgestaltung** eines vorhandenen Bauwerks **mit wesentlichen Eingriffen in Konstruktion und Bestand** zu verstehen, also insbesondere die grundlegende Modernisierung und Sanierung von Altbauten (BT-Drucks. 16/511, S. 15). § 650u Abs. 1 S. 1 BGB verlangt jedoch im Gegensatz zu § 650i BGB **keine erheblichen Umbaumaßnahmen**. Die Umbaumaßnah-

men können daher von geringerer Intensität als eine erhebliche Umbaumaßnahme sein (Palandt/Sprau, BGB, 77. Aufl. 2018, § 650u Rn. 7; Pause, in: Dammert/Lenkeit/Oberhauser et al., Das neue Bauvertragsrecht, 2017, § 6 Rn. 12; Pause, Bauträgerkauf und Bauträgermodelle, 6. Aufl. 2018, Teil B Rn. 63). Erforderlich ist aber ein wesentlicher Eingriff in die Konstruktion oder den Bestand eines Gebäudeteils, z. B. durch die Erneuerung einer Heizungsanlage oder den Einbau einer Aufzugsanlage (Pause, in: Dammert/Lenkeit/Oberhauser et al., § 6 Rn. 12). Einfache Instandhaltungsmaßnahmen oder Renovierungsmaßnahmen reichen nicht für einen „Umbau“ aus und führen nicht dazu, dass die werkvertragliche Komponente aus dem Vertrag insgesamt einen Bauträgervertrag macht (MünchKommBGB/Busche, § 650u Rn. 13; Pause, Bauträgerkauf und Bauträgermodelle, Teil B Rn. 63).

cc) Einordnung des vorliegenden Falls

Mangels näherer Angaben im Sachverhalt können wir **nicht abschließend beurteilen**, ob im konkreten Fall ein Bauträgervertrag vorliegt. Da jedoch von einer „umfangreichen“ Sanierung die Rede ist, gehen wir von einem Eingriff in Konstruktion und Bestand des Gebäudes und somit **zumindest** von einem **Umbau** i. S. v. § 650u Abs. 1 S. 1 BGB aus. Tatfrage bleibt, ob es sich nur um eine abgrenzbare Teilsanierung oder um eine Totalsanierung handelt.

Sollten die Maßnahmen nicht mit einem wesentlichen Eingriff in Konstruktion oder Bestand des Gebäudes verbunden sein, sondern sich auf eine **einfache Renovierung** oder Instandhaltung beschränken, so liegt **kein Bauträgervertrag** vor, sondern lediglich ein typengemischter Vertrag aus kaufvertraglichen und werkvertraglichen Elementen (Pause, Bauträgerkauf und Bauträgermodelle, Teil B Rn. 63). Die Literatur meint **teilweise**, dass man in diesem Fall **§ 650u BGB entsprechend** anwenden könne (Pause, Bauträgerkauf und Bauträgermodelle, Teil B Rn. 63). Dies erscheint indes **zweifelhaft**, da insbesondere die Anwendung von § 650v BGB nur sachgerecht wäre, wenn der sachliche Anwendungsbereich der MaBV eröffnet wäre. Dies ist aber bei nur geringfügigen Renovierungsmaßnahmen und Schönheitsreparaturen nicht der Fall, denn dabei fehlt es an einem Bauvorhaben i. S. v. § 34c Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GewO; die MaBV gilt jedoch nach § 3 Abs. 2 S. 4 nur bei Altbausanierungen an einem Bauvorhaben (vgl. Grziwotz/Bischoff, MaBV, 3. Aufl. 2017, § 3 Rn. 198; Marcks, MaBV, 9. Aufl. 2014, § 3 Rn. 34; vgl. dazu sogleich lit. d).

b) Herstellungsverpflichtung bei bereits erbrachten Werkleistungen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses
Mögen die Bauleistungen nach dem mitgeteilten Sach-

verhalt auch die Schwelle eines Umbaus i. S. v. § 650u Abs. 1 S. 1 BGB überschreiten, so könnte es der Anwendung des Bauträgervertragsrechts dennoch entgegenstehen, dass die Sanierung bei Abschluss der Erwerbsverträge bereits (weitgehend) abgeschlossen sein wird.

Nach der **bisherigen Rechtsprechung des BGH** war von einer Herstellungspflicht des Veräußerers und der Anwendung von Werkvertragsrecht auch dann auszugehen, wenn die **Herstellungsarbeiten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits erbracht** waren (BGH DNotZ 2005, 464, 465; NJW 2006, 214 Tz. 11; NJW 2007, 3275 Tz. 19). Maßgeblich war, dass es sich insgesamt um ein neues Bauwerk handelte. Diese Rechtsprechung hat der BGH unter Geltung des neuen Schuldrechts bestätigt. Auch ein Vertrag über die Veräußerung eines neu errichteten Gebäudes sei Werkvertrag und kein Kaufvertrag (BGH DNotZ 2016, 856 Tz. 23 ff.). Zwar habe der Gesetzgeber das Verjährungsrecht von Kauf- und Werkvertrag vereinheitlicht (vgl. § 438 Abs. 1 Nr. 2 lit. a BGB). Dennoch sei die Anwendung von Werkvertragsrecht sachgerecht. Das Recht des Käufers, zwischen Nacherfüllung und Neulieferung zu wählen (§ 439 Abs. 1 BGB), passe nicht auf die Veräußerung eines Grundstücks mit einem neu errichteten Gebäude. Dem Verkäufer könne das Verschulden Dritter im Zusammenhang mit Bauwerksmängeln bei Anwendung des Kaufrechts nur in geringerem Umfang zugerechnet werden als bei Anwendung des Werkvertragsrechts, da der Subunternehmer/Hersteller nicht als Erfüllungsgelhilfe (§ 278 BGB) des Verkäufers anzusehen sei. Es sei dem Bauträger zuzumuten, eine Abnahme auch des Gemeinschaftseigentums vonseiten des Erwerbers herbeizuführen (BGH DNotZ 2016, 856 Tz. 25 f.).

Die Kriterien des BGH dürften **auch unter Geltung des neuen Bauvertragsrechts** und von § 650u BGB Gültigkeit beanspruchen (Basty, MittBayNot 2017, 445, 447; v. Proff, ZfIR 2017, 589, 599; Weber, notar 2017, 379, 380; a. A. Orłowski, ZfBR 2016, 419, 438). Es ist nichts dafür ersichtlich, dass der Gesetzgeber die Grenzen zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht neu ziehen wollte.

Für den konkreten Fall folgt daraus, dass ein Bauträgervertrag auch dann vorliegt, wenn die Sanierungsarbeiten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits erledigt sind. Entscheidend ist nur, dass die Sanierungsarbeiten in engem zeitlichem Zusammenhang mit dem Vertragsschluss stehen und der Umbau in diesem Zeitpunkt noch als neu angesehen werden kann.

c) Zwischenergebnis

Nach dem mitgeteilten Sachverhalt erscheint es nicht fernliegend, U als Bauträger i. S. d. BGB anzusehen.

d) Anwendung der MaBV

Es ist eine andere Frage, ob der Anwendungsbereich der MaBV eröffnet ist. Gem. § 3 Abs. 2 S. 4 MaBV gelten die Bestimmungen der MaBV entsprechend, wenn das Bauvorhaben einen Altbau betrifft. Die Anwendung auf eine Altbausanierung setzt nach dieser Regelung voraus, dass die vom Bauträger geschuldeten Leistungen ein „**Bauvorhaben**“ darstellen. Ein Bauvorhaben erfordert eine gewisse Intensität und Nachhaltigkeit der baulichen Maßnahmen. Nach der Gesetzesbegründung ist die **Grenze bei geringfügigen Renovierungsarbeiten oder bloßen Schönheitsreparaturen** zu ziehen. Überschreiten die vom Veräußerer geschuldeten Leistungen diesen Umfang, so ist daher die MaBV anwendbar (eingehend dazu Basty, Rn. 576 f.; Koebler, 1. Teil Rn. 72 ff.; Riemenschneider, in: Grziwotz/Koebler, 3. Teil Rn. 788 f.; Grziwotz/Bischoff, § 3 Rn. 195 ff.).

Die MaBV will den Erwerber vor Vorausleistungen bzgl. des Bauvorhabens bewahren, wenn Verträge aus Elementen des Werkvertrags und des Kaufvertrags zusammengesetzt sind. Nach diesem Schutzzweck dürfte das **Verhältnis des Werts der Werkleistungen zur Vertragssumme** einen ersten Anhaltspunkt für die Abgrenzung bieten. Die Grenze ist wohl dort zu ziehen, wo die baulichen Maßnahmen so geringfügiger Natur sind, dass die Kaufvertrags Elemente die Werkvertrags Elemente des Vertrags ganz in den Hintergrund treten lassen (vgl. hierzu Basty, Praktikertagung zum Bauträgervertrag, 2005, S. 44 ff.). Das BayObLG (MittBayNot 2005, 304, 305) hat die Anwendung der MaBV für den Fall verneint, dass der Wert der Werkleistung 11 % des Kaufpreises beträgt (zustimmend Vogel, IBR 2005, 328, im Hinblick darauf, dass die Verbotsvorschrift der MaBV restriktiv auszulegen sei). *Riemenschneider* (in: Grziwotz/Koebler, 3. Teil Rn. 789) sieht hingegen schon bei einer Überschreitung von 3,5 % des Kaufpreises ein Indiz für die Einstufung als Bauvorhaben.

Davon abgesehen soll ein Bauvorhaben i. S. d. MaBV dadurch indiziert sein, dass Bauwerksarbeiten i. S. d. § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB geschuldet sind (Riemenschneider, in: Grziwotz/Koebler, 3. Teil Rn. 789; Grziwotz/Bischoff, § 3 Rn. 196; vgl. auch Bischoff/Mauch, DNotZ 2004, 342). Dagegen wird geltend gemacht, dass nach diesem Maßstab bereits das Verlegen eines Teppichbodens mittels Klebers, die Pflasterung eines Hofes oder die Erneuerung des Belags einer Terrasse ein Bauvorhaben i. S. d. MaBV begründen könnte (Basty, Rn. 578).

Des Weiteren fragt sich, ob die MaBV (noch) anzuwenden ist, wenn das Bauvorhaben bereits weit vorangeschritten ist. Nach h. M. **scheidet die Anwendung der**

MaBV erst nach der endgültigen Fertigstellung des Bauwerks aus. Dass das Gebäude bereits bezugsfertig ist, steht dem nicht entgegen (OLG Frankfurt NJOZ 2005, 2664, 2666 f.; Basty, Rn. 69; Grziwotz/Bischoff, § 3 Rn. 7; a. A. Ziff. 1.2.1 MaBVwV). Erst nach endgültiger Fertigstellung nimmt der Gewerbetreibende keine Vermögenswerte mehr zur *Durchführung* des Bauvorhabens i. S. v. § 3 Abs. 1 S. 1 MaBV entgegen.

Im konkreten Fall dürfte die MaBV also anwendbar sein, soweit die Bauleistungen nicht lediglich geringfügig wären und soweit der Unternehmer Vermögenswerte vor der endgültigen Fertigstellung entgegennähme.

2. Einbehalt nach Werkvertragsrecht

Nach § 650v BGB kann der Unternehmer vom Besteller Abschlagszahlungen nach der aufgrund von Art. 244 EGBGB erlassenen HausbauV verlangen. § 1 S. 3 HausbauV verweist auf die Regelung in § 650m Abs. 2 u. 3 BGB. Wir gehen davon aus, dass es sich insoweit um eine Rechtsfolgenverweisung handelt, § 650m Abs. 2 BGB somit auch bei Umbaumaßnahmen Anwendung findet, die nicht „erheblich“ i. S. v. § 650i Abs. 1 BGB sind. Der Gesetzgeber ist in den Gesetzesmaterialien davon ausgegangen, dass es im Bauträgerrecht im Bereich der Abschlagszahlungen zu keinen Änderungen kommt (BT-Drucks. 18/8486, S. 27, 34 und 74).

Nach § 650m Abs. 2 S. 1 BGB ist dem Verbraucher **bei der ersten Abschlagszahlung eine Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung** des Werks ohne wesentliche Mängel in Höhe von 5 % zu leisten. Auf Verlangen des Unternehmers ist die Sicherheitsleistung durch Einbehalt dergestalt zu erbringen, dass der Verbraucher die Abschlagszahlungen bis zum Gesamtbetrag der geschuldeten Sicherheit einbehält (§ 650m Abs. 1 S. 3 BGB). Der persönliche Anwendungsbereich der Vorschrift ist im konkreten Fall eröffnet, da U Unternehmer ist und die Erwerber Verbraucher sein dürften.

Fraglich ist lediglich, ob eine Sicherheit auch dann zu stellen ist, wenn die Werkleistung bei Vertragsschluss bereits fast vollständig erbracht worden ist. § 650m Abs. 2 BGB sichert das Erfüllungsinteresse des Erwerbers. Der **Zweck** für die Stellung der Sicherheit **entfällt erst mit der Abnahmereife** des Werks (BT-Drucks. 16/511, S. 15). Sofern der Unternehmer im Zeitpunkt des Vertragsschlusses also noch Leistungen zu erbringen hat, hat er eine Sicherheit zu leisten, selbst wenn nur noch Leistungen von geringem Umfang ausstehen (vgl. Everts, MittBayNot 2009, 190, 192; Monreal, DNotZ 2015, 173, 183).

Fehlt es jedoch an einer Abschlagszahlung und hat der Erwerber die gesamte Vergütung erst nach vollständiger Fertigstellung und Abnahme zu entrichten, so ist der Anwendungsbereich des § 650m Abs. 2 BGB nicht eröffnet. Die Norm **setzt zwingend eine Abschlagszahlung voraus**. Bei einer Endfälligkeit ist der Erwerber auf die Sicherheit gem. § 650m Abs. 2 BGB nicht angewiesen, weil er seine Mängelrechte (§§ 320, 641 Abs. 3 BGB) oder seinen Verzugsschaden (§§ 280, 286, 273 BGB) unmittelbar dem Vergütungsanspruch des Bauträgers entgegenhalten und ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen kann.

3. Baubeschreibung

Nach §§ 650u Abs. 1 S. 2, 650j Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 249 § 1 EGBGB hat der Unternehmer dem Verbraucher auch bei einem Bauträgervertrag eine Baubeschreibung zur Verfügung zu stellen, sofern nicht der Verbraucher oder ein von ihm Beauftragter die wesentlichen Planungsvorgaben macht. Gelangt man zu dem Ergebnis, dass der Vertrag über die Sanierung des Gebäudes als Bauträgervertrag zu qualifizieren ist, so ist es konsequent, eine Baubeschreibung nach § 650j Abs. 1 BGB zu verlangen – und zwar **auch dann, wenn die Sanierungsarbeiten bereits vollständig erbracht** worden sind (vgl. Gutachten DNotI-Report 2017, 137, 138; Kessler, in: Herrler/Hertel/Kessler, DAI-Skript „Aktuelle Probleme der Vertragsgestaltung im Immobilienrecht“, 22.2.2018, S. 117; Weber, notar 2017, 379, 381; a. A. wohl Basty, Rn. 104, 106).

Allerdings wird man noch weiter **differenzieren** müssen: Soweit es sich lediglich um eine **Teilsanierung** – und keine Totalsanierung – handelt, dürfte die Pflicht zur Vorlage einer Baubeschreibung nur bestehen, wenn der Bauträgervertrag in seinem werkvertraglichen Teil als Bauvertrag i. S. d. § 650i Abs. 1 BGB anzusehen ist. Denn die Pflicht zur Vorlage einer Baubeschreibung nach § 650j Abs. 1 BGB gilt nur für Bauverträge i. S. d. § 650i Abs. 1 BGB. Verbraucherbauvertrag i. S. d. **§ 650i Abs. 1 BGB** ist nur ein Vertrag, durch den sich der Unternehmer zum Bau eines neuen Gebäudes oder zu **erheblichen Umbaumaßnahmen** verpflichtet. Erhebliche Umbaumaßnahmen sind solche Maßnahmen, die dem Bau eines neuen Gebäudes vergleichbar sind, z. B. ein Neubau hinter historischer Fassade (vgl. BT-Drucks. 17/12637, S. 46, unter Bezugnahme auf ErwG 26 der Verbraucherrechtlerlinie). Jedenfalls muss es zu erheblichen Eingriffen in die Substanz eines bestehenden Gebäudes kommen (MünchKommBGB/Busche, § 650i Rn. 7). Eine Verpflichtung zur Dachsanierung soll ebenso wenig genügen (MünchKommBGB/Busche, § 650i Rn. 7) wie eine solche zur Instandsetzung oder zur Errichtung eines Anbaus (BT-Drucks. 17/12637, S. 46).

Die erhebliche Umbaumaßnahme nach § 650i Abs. 1 BGB zeichnet sich durch eine größere Eingriffsintensität als die Umbaumaßnahme nach § 650u Abs. 1 S. 1 BGB aus (Palandt/Sprau, § 650u Rn. 7; Pause, in: Dammert/Lenkeit/Oberhauser et al., § 6 Rn. 12). Wo die Grenze zwischen beiden Maßnahmen genau verläuft, ist jedoch offen. Sollte ein erheblicher Umbau zu bejahen sein, wird man allerdings eine Baubeschreibung nur **in dem Umfang** verlangen können, **in dem den Bauträger eine werkvertragliche Herstellungspflicht trifft**.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass eine Pflicht nach Art. 249 EGBGB i. V. m. §§ 650u Abs. 1 S. 2, 650j Abs. 1 BGB zur Vorlage einer Baubeschreibung nur besteht, wenn die Sanierungsleistungen die Schwelle eines erheblichen Umbaus überschreiten. Unterhalb dieser Schwelle greift Art. 249 § 1 EGBGB nicht ein.

Allerdings ist zu beachten, dass nach **§ 311b Abs. 1 S. 1 BGB** die vom Bauträger geschuldeten Leistungen beurkundet werden müssen. Ob man der Beurkundungspflicht nur durch die Beurkundung einer Baubeschreibung Rechnung tragen kann, ist umstritten. Ein Teil der Literatur nimmt dies an (Blank, Bauträgervertrag, 5. Aufl. 2015, Rn. 537; a. A. Basty, Rn. 104). Die BGH-Rechtsprechung deutet darauf hin, dass eine Baubeschreibung auch dann mitbeurkundet werden muss, wenn der Bauträger die geschuldete Werkleistung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses tatsächlich ausgeführt hat (BGH DNotZ 2005, 464, 465 f.). Zumindest wird in der Gestaltungsliteratur empfohlen, eine Baubeschreibung mitzubeurkunden (Basty, Rn. 104).

Gutachten im Abrufdienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

<http://www.dnoti.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abrufnummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Faxabruf-Gutachten.

WEG § 8

Unterteilung eines Sondereigentums in zwei Einheiten; Sondereigentumsfähigkeit eines aufgrund baulicher Ausführung entstandenen Spitzbodens
Abruf-Nr.: 162035

FamFG §§ 344, 347; ZTRV § 1

Nachlassgerichtliche Verwahrung eines bei einem ausländischen Notar beurkundeten Erbvertrages in Deutschland; Registrierung im Zentralen Testamentsregister
Abruf-Nr.: 162827

Veranstaltungen

Weitere Termine für **August 2018** – Anmeldung und nähere Informationen bitte direkt beim **DAI-Fachinstitut für Notare**, Postfach 250254, 44740 Bochum, Tel. (0234) 970 64 18, Fax (0234) 70 35 07 (www.anwaltsinstitut.de).

Notariat für Einsteiger (Scholten/Tondorf), 16.-18.8.2018 Bochum

Praxis der Handelsregisteranmeldung nebst Kostenrecht (Schmidt/Tondorf), 24.8.2018 Kiel

Professioneller Umgang mit Klienten – Seminar für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat (Mussold), 24.8.2018 Heusenstamm

Aktuelle Brennpunkte der notariellen Praxis (Bärwaldt/Behrens/Eickelberg/Krauβ), 31.8.2018 Hamburg

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter **www.dnoti.de**

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0

Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: dnoti@dnoti.de

Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Dr. Johannes Weber

Redaktion: Dr. Simon Blath

Bezugsbedingungen:

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

Bezugspreis:

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden. Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Druck:

Druckerei Franz Scheiner

Mainleite 5, 97340 Marktbreit