

# DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

25. Jahrgang  
September 2017  
ISSN 1434-3460

18/2017

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 650u, 650j, 650k, 650v; EGBGB Art. 249 § 2 – Neues Bauvertragsrecht: Auswirkungen auf Bauträgerverträge; Anforderungen an Baubeschreibung; Übersendung der Baubeschreibung; Fertigstellungszeitpunkt; Abschlagszahlungen; Kündigung

### Gutachten im Abrufdienst

#### Rechtsprechung

NEhelG Art. 12 § 10 Abs. 2 – Erbrecht der vor dem 1.7.1949 geborenen nichtehelichen Kinder

#### Literaturhinweise

#### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### BGB §§ 650u, 650j, 650k, 650v; EGBGB Art. 249 § 2

### Neues Bauvertragsrecht: Auswirkungen auf Bauträgerverträge; Anforderungen an Baubeschreibung; Übersendung der Baubeschreibung; Fertigstellungszeitpunkt; Abschlagszahlungen; Kündigung

#### I. Sachverhalt

Kürzlich ist das Gesetz zum neuen Bauvertragsrecht verabschiedet worden. In der notariellen Praxis wirft dies Fragen zur Gestaltung von Bauträgerverträgen auf.

#### II. Fragen

1. Ab wann gelten die Neuregelungen?
2. Was ändert sich bei den Baubeschreibungen? Darf der Notar die Baubeschreibung versenden oder darf dies nur der Bauträger tun?
3. Was ist im Hinblick auf den Fertigstellungszeitpunkt zu beachten?
4. Steht dem Verbraucher ein Widerrufsrecht zu?
5. Was ändert sich bei der Abnahme?

6. Ändert sich etwas bei den Abschlagszahlungen?

7. Kann der Erwerber den Werkvertrag frei/außerordentlich kündigen und den Bauträger am Grundstückskaufvertrag festhalten?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Zeitlicher Anwendungsbereich und Allgemeines

Mit dem Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren vom 28.4.2017 (BGBl. 2017 I, S. 969) hat der Gesetzgeber u. a. ein neues Kapitel zum Bauvertrag (§§ 650a ff. BGB) und zum Verbraucherbauvertrag (§§ 650i ff. BGB) in das BGB eingefügt und zudem neue Regelungen für **Bauträgerverträge** geschaffen.

Die neuen Regelungen zum Bauvertragsrecht werden zum **1.1.2018** in Kraft treten (vgl. Art. 10 des Gesetzes). Auf **vor dem 1.1.2018 entstandene Schuldverhältnisse** sind die bis zu diesem Tag geltenden Regelungen des BGB und des EGBGB anzuwenden (Art. 229 § 39 EGBGB). Die neuen Vorschriften gelten auch für derzeit **laufende Projekte**, bei denen die Baubeschreibung bereits beurkundet worden ist, sofern der einzelne Bauträgervertrag mit dem Erwerber nach dem 1.1.2018 geschlossen wird.

Der Bauträgervertrag wird in § 650u Abs. 1 S. 1 BGB **definiert**. Diese Definition entspricht derjenigen des § 632a Abs. 2 BGB a. F. (BR-Drucks. 123/16, S. 79). Ein **Bauträgervertrag** ist ein Vertrag,

- der die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand hat und
- der zugleich die Verpflichtung des Unternehmers enthält, dem Besteller das Eigentum an dem Grundstück zu übertragen oder ein Erbbaurecht zu bestellen oder zu übertragen.

Hinsichtlich des **Anspruchs auf Übertragung des Eigentums am Grundstück** oder auf Übertragung oder Bestellung des Erbbaurechts greifen die Vorschriften des **Kaufrechts** (§ 650u Abs. 1 S. 3 BGB). Hinsichtlich der **Errichtung oder des Umbaus des Gebäudes** sind auf den Bauträgervertrag die Vorschriften des Untertitels 1 – Buch 2 Abschnitt 8 Titel 9 BGB – anzuwenden (§ 650u Abs. 1 S. 2 BGB), mithin also die §§ 631 ff. BGB über den Werkvertrag und die §§ 650a ff. BGB über den **Bauvertrag**. Dies gilt auch für die Normen über Verbraucherbauverträge, bei denen dem Unternehmer (§ 14 BGB) auf der Bestellerseite ein Verbraucher (§ 13 BGB) gegenübersteht (§ 650i Abs. 1 BGB). Lediglich die in § 650u Abs. 2 BGB genannten Vorschriften des Bauvertrags- und Verbraucherbauvertragsrechts sind von der Anwendung auf Bauträgerverträge ausgenommen.

## 2. Baubeschreibung

Für den **Verbraucherbauvertrag** und damit auch für den Verbraucherbauträgervertrag sieht § 650j BGB vor, dass der Unternehmer den Verbraucher in einer Baubeschreibung (Art. 249 § 1 und 2 EGBGB) über die geschuldete Bauleistung zu unterrichten hat, es sei denn, der Verbraucher oder ein von ihm Beauftragter macht die wesentlichen Planungsvorgaben. Findet das Werkvertragsrecht Anwendung, ist daher stets eine Baubeschreibung zu verwenden. Dies gilt auch dann, wenn ein kürzlich hergestelltes Bauwerk vom Bauträger veräußert wird und deswegen Werkvertragsrecht eingreift (zur Anwendung des Werkvertragsrechts auf eine bereits fertiggestellte Immobilie BGH NJW 2016, 2878 = DNotZ 2016, 856 = DNotI-Report 2016, 113; zur bislang umstrittenen Frage, ob wegen § 311b Abs. 1 BGB eine Baubeschreibung erforderlich ist, Bastys, Der Bauträgervertrag, 8. Aufl. 2014, Rn. 120, 817).

### a) Inhalt der Baubeschreibung

Der Inhalt der Baubeschreibung ergibt sich aus Art. 249 § 2 Abs. 1 EGBGB. In der Baubeschreibung sind die **wesentlichen Eigenschaften des angebotenen Werks** in klarer Weise darzustellen. Die Baubeschreibung muss nach der Gesetzesbegründung **nur klar, nicht aber „verständlich“** sein (vgl. Begr. RegE, BT-Drucks. 18/8486, S. 73 f.). Müsste die Baubeschreibung „klar und verständlich“ sein, käme es auf die Kenntnisse eines durchschnittlichen Verbrauchers an. An eine Baubeschreibung könne ein solcher Maßstab jedoch nicht angelegt werden, denn die Baubeschreibung enthalte teilweise komplexe technische Informationen (z. B. zur Wärmedämmung). Insoweit seien lediglich klare Informationen erforderlich. Bei Verständnisproblemen müsse der Verbraucher Experten hinzuziehen (BT-Drucks. 18/8486, S. 74; zust. v. Proff, ZfIR 2017, 589, 595). Ob dies auch im Anwendungsbereich des AGB-Rechts und mit Blick auf die Vorgaben der Klauselrichtlinie gelten kann, erscheint nicht unproblematisch, da AGB an sich auch verständlich sein müssen (vgl. § 307 Abs. 3 S. 2, Abs. 1 S. 2 BGB, Art. 5 S. 1 der Klauselrichtlinie).

Die Baubeschreibung muss mindestens folgende Informationen enthalten (Art. 249 § 2 Abs. 1 S. 2 EGBGB):

1. **allgemeine Beschreibung des herzustellenden Gebäudes** oder der vorzunehmenden Umbauten, ggf. Haus- und Bauweise,
2. **Art und Umfang der angebotenen Leistungen**, ggf. der Planung und der Bauleitung, der Arbeiten am Grundstück und der Baustelleneinrichtung sowie der Ausbaustufe,
3. **Gebäudedaten, Pläne mit Raum- und Flächenangaben sowie Ansichten, Grundrisse und Schnitte**,
4. ggf. **Angaben zum Energie-, zum Brandschutz- und zum Schallschutzstandard** sowie zur Bauphysik,
5. Angaben zur **Beschreibung der Baukonstruktionen aller wesentlichen Gewerke**,
6. ggf. Beschreibung des **Innenausbaus**,
7. ggf. Beschreibung der **gebäudetechnischen Anlagen**,
8. Angaben zu **Qualitätsmerkmalen**, denen das Gebäude oder der Umbau genügen muss,
9. ggf. Beschreibung der **Sanitärobjekte, der Armaturen, der Elektroanlage, der Installationen, der Informationstechnologie** und der **Außenanlagen**.

Die Pläne können sich auch aus der Teilungserklärung ergeben, sie müssen nicht in den Abschnitt zur Baubeschreibung integriert sein. Unproblematisch ist dies, wenn Pläne und Baubeschreibung zusammen beurkundet werden. Ebenso ist es zulässig, in der Baubeschreibung auf die Pläne in der Teilungserklärung zu verweisen.

Die o. a. Informationen sind jedoch nur Mindestinformationen und nicht abschließend. Es ist daher möglich, eine wesentliche Eigenschaft in die Baubeschreibung mit aufzunehmen, selbst wenn sie nicht im Katalog des Art. 249 § 2 Abs. 1 S. 2 EGBGB aufgeführt ist (v. Proff, ZfIR 2017, 589, 595). Wenn ausnahmsweise bestimmte Unwägbarkeiten oder Risiken bei der angebotenen Leistung nicht berücksichtigt und mit dem angebotenen Preis nicht abgegolten sind, so ist auch dies in der Baubeschreibung zum Ausdruck zu bringen. Die Gesetzesbegründung nennt dafür als Beispiel die Beschaffenheit des Baugrundes (BT-Drucks. 18/8486, S. 73).

### b) Konsequenzen unzureichender Baubeschreibung

Die Konsequenzen einer unzureichenden Baubeschreibung ergeben sich aus § 650k Abs. 2 BGB, der auch für den Bauträgervertrag gilt (vgl. § 650u Abs. 2 BGB u. Bastys, MittBayNot 2017, 445, 448): Soweit die Baubeschreibung unvollständig oder unklar ist, ist der Vertrag **unter Berücksichtigung sämtlicher vertragsbegleitender Umstände**, insbesondere des Komfort- und Qualitätsstandards nach der übrigen Leistungsbeschreibung, **auszulegen**. Auslegungszweifel bzgl. der vom Unternehmer geschuldeten Leistung gehen zu dessen Lasten.

Zu den sonstigen vertragsbegleitenden Umständen zählen nach der Gesetzesbegründung **erläuternde oder konkretisierende Erklärungen der Vertragsparteien**, die konkreten Verhältnisse des Bauwerks und seines Umfeldes, der qualitative Zuschnitt, der architektonische

Anspruch und die Zweckbestimmung des Bauwerks (vgl. BT-Drucks. 18/8486, S. 62 unter Hinweis auf BGH DNotZ, 2008, 108 und NJW 2014, 620).

Es ist nicht vollkommen ausgeschlossen, wenngleich unter dem Aspekt der Kausalität unwahrscheinlich, dass dem Verbraucher bei Verletzung der Baubeschreibungspflicht ein Anspruch auf **Schadensersatz wegen eines Verschuldens bei Vertragsschluss** nach §§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB zusteht (vgl. BT-Drucks. 18/8486, S. 63 sowie BeckOK-BGB/Martens, Std.: 15.6.2017, § 312d Rn. 14; MünchKommBGB/Wendehorst, 7. Aufl. 2016, § 312d Rn. 19; BeckOGK-BGB/Busch, Std.: 15.7.2017, § 312d Rn. 20).

### c) Form der Baubeschreibung

Ein Verbraucherbaupvertrag bedarf zwar an sich nur der **Textform (§ 650i Abs. 2 BGB)**, dieses Formerfordernis verdrängt aber nicht besondere Formerfordernisse. **Steht und fällt der Vertrag über die Übertragung des Grundstückseigentums** mit dem Abschluss des Bauvertrags, so muss auch der **Bauvertrag notariell beurkundet** werden (§ 311b Abs. 1 S. 1 BGB). Ein solcher Beurkundungszusammenhang ist insbesondere bei Bauträgerverträgen zu bejahen. Als Inhalt des Bauträgervertrags ist auch die **Baubeschreibung mitzubeurkunden** (BT-Drucks. 18/8486, S. 72; ebenso die st. Rspr., vgl. BGH DNotZ 2005, 467 m. Anm. Basty).

§ 650k Abs. 1 BGB bestimmt, dass die Angaben einer vorvertraglich zur Verfügung gestellten Baubeschreibung in Bezug auf die Bauausführung zum Inhalt des Vertrags werden, es sei denn, die Vertragsparteien haben ausdrücklich etwas anderes vereinbart. Nach § 650u Abs. 2 BGB ist diese **Vorschrift auf Bauträgerverträge jedoch nicht anzuwenden**, da die Baubeschreibung notariell zu beurkunden ist (BT-Drucks. 18/8486, S. 72; v. Proff, ZfIR 2017, 589, 595). Dies bedeutet, dass eine Baubeschreibung nur bei notarieller Beurkundung zum Inhalt des Vertrags wird. Eine vorherige Übersendung der Baubeschreibung genügt auch bei späterer Beurkundung des Vertrags nicht. Was die Beurkundungspflichten angeht, ist daher mit dem neuen Gesetz keine Änderung der Rechtslage verbunden.

### d) Übersendung der Baubeschreibung

Der **Unternehmer** muss dem Verbraucher die Baubeschreibung **rechtzeitig** vor der Abgabe von dessen Vertragserklärung **in Textform** zur Verfügung stellen (Art. 249 § 1 EGBGB). Diese Pflicht tritt neben die Pflicht zur Entwurfsversendung nach § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG.

Eine starre Frist schreibt das Gesetz nicht vor. Dem Verbraucher soll vor dem Vertragsschluss ausreichend Zeit zu einer Überprüfung der angebotenen Leistung – ggf. unter Hinzuziehung eines sachverständigen Dritten – und zu einem Preis-Leistungs-Vergleich mit anderen Angeboten bleiben. Der zeitliche Rahmen bleibt undefiniert. Die Gesetzesbegründung verweist lediglich darauf, dass entsprechende Regelungen bereits für verschiedene vertragliche Informationspflichten gelten (BT-Drucks. 18/8486, S. 73). Das trifft etwa auf Art. 246b § 1 EGBGB und Art. 247 § 13 EGBGB zu. Diesbezüglich besteht Einigkeit, dass sich eine starre Mindestfrist nicht aus dem Gesetz herleiten lässt (vgl. BeckOGK-BGB/Busch, Std.: 15.7.2017, Art. 246 EGBGB Rn. 11; MünchKommBGB/Wendehorst, § 312a Rn. 36). Bei notariell beurkundeten

Bauträgerverträgen wird man sich wohl an der **Regelfrist von 14 Tagen** nach § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 S. 2 BeurkG orientieren können (Basty, MittBayNot 2017, 445, 449; wohl auch v. Proff, ZfIR 2017, 589, 595). Der Erwerber ist durch diese Bedenkfrist und die Belehrung des Notars hinreichend vor Übereilung geschützt. Auch die Frist für die Ausübung von Verbraucherwiderrufsrechten, damit der Verbraucher nach Vertragsschluss die ihm angebotene Leistung überprüfen kann, beträgt 14 Tage (vgl. § 355 Abs. 2 S. 1 BGB).

Die Baubeschreibung muss dem Verbraucher **vom Unternehmer** zur Verfügung gestellt werden. Dem Normzweck dürfte es Genüge tun, wenn der **Urkundsnotar oder sein Sozium** die Baubeschreibung im Auftrag des Unternehmers an den Verbraucher versendet. Der Notar handelt zwar nicht als Vertreter des Bauträgers, sondern als neutrale Amtsperson. Dies ist aber unschädlich. Es kommt darauf an, dass sich der Verbraucher auf den beabsichtigten Inhalt des Rechtsgeschäfts vorbereiten und den Vertrag prüfen kann. Gem. § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG muss der Notar dem Verbraucher den Text zur Verfügung stellen. Dass der Unternehmer den Entwurf versendet, genügt insoweit nicht. Wenn der Gesetzgeber in diesem Kontext die Versendung durch den Notar vorschreibt, muss sie auch im Kontext von Art. 249 § 1 EGBGB genügen, denn sie garantiert die Erfüllung des Normzwecks in gleicher Weise.

Die Baubeschreibung muss dem Verbraucher in **Textform** zur Verfügung gestellt werden (§ 126b BGB). Grundsätzlich erfüllt ist diese Form durch Zugang einer Erklärung als **(Computer-)Fax, Kopie oder E-Mail** (MünchKommBGB/Einsele, 7. Aufl. 2015, § 126b Rn. 11; Begr. RegE, BT-Drucks. 17/12637, S. 44). Wird die Erklärung lediglich auf einer herkömmlichen **Internetseite** zur Verfügung gestellt, die über einen **Link** erreichbar ist, so genügt dies nach bisher h. M. **nicht**. Denn hier hat es der Empfänger weder in der Hand, die Erklärung zu speichern, noch ist sichergestellt, dass die Erklärung weiterhin unverändert zugänglich ist (BT-Drucks. 17/12637, S. 44; EuGH NJW 2012, 2637, 2638 f. Tz. 43, 48, 50 – Content Services; großzügiger nunmehr aber EuGH NJW 2017, 871, 872 Tz. 44 – BAWAG; vgl. hierzu eingehend Baudenbacher/Haas, GRUR Int. 2015, 519).

### 3. Fertigstellungszeitpunkt

Nach § 650k Abs. 3 S. 1 BGB muss der Bauträgervertrag **verbindliche Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Werks** enthalten, nach Art. 249 § 2 Abs. 2 EGBGB muss die Baubeschreibung solche Angaben enthalten. Es dürfte genügen, den Fertigstellungszeitpunkt nur im Vertrag zu erwähnen, wenn dieser dem Erwerber gemeinsam mit der Baubeschreibung zur Verfügung gestellt wird. Jedenfalls ist es zulässig, in der Baubeschreibung auf den Fertigstellungszeitpunkt in der Haupturkunde zu verweisen.

Wenn der Fertigstellungszeitpunkt zum Zeitpunkt des Abschlusses des Bauvertrags nicht angegeben werden kann (z. B. wegen einer vom Verbraucher einzuholenden Genehmigung), muss der Vertrag **Angaben zur Dauer der Bauausführung** enthalten (§ 650k Abs. 3 S. 1 BGB; vgl. Begr. RegE, BT-Drucks. 18/8486, S. 63). Gem. § 650k Abs. 3 S. 2 BGB werden die in einer vorvertraglichen Baubeschreibung übermittelten Angaben zum Inhalt des Vertrags, wenn der Vertrag keine Angaben enthält. Nach der Gesetzssystematik dürfte die Vorschrift auch auf den

Bauträgervertrag anzuwenden sein. Denn § 650u Abs. 2 BGB nimmt lediglich § 650k Abs. 1 BGB, nicht aber § 650k Abs. 3 BGB von der Anwendung auf Bauträgerverträge aus; er müsste daher kraft gesetzlicher Anordnung die Anwendung von § 311b Abs. 1 BGB ausschließen (in diese Richtung auch Basty, MittBayNot 2017, 445, 450). Hat der Bauträger auch im Vorfeld der Beurkundung keine Angaben zum Fertigstellungszeitpunkt gemacht, verbleibt es bei den gesetzlichen Regelungen.

Der **Begriff der Fertigstellung** i. S. v. § 650k Abs. 3 BGB wird nicht näher definiert. In ihrer Begründung zu § 640 Abs. 2 BGB n. F. (BT-Drucks. 18/8486, S. 49) führt die Bundesregierung aus, dass der Begriff anders als in Art. 3 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 MaBV zu verstehen ist. Es müssten lediglich die im Vertrag genannten Arbeiten abgearbeitet werden – Mangelfreiheit sei nicht erforderlich. Auch wesentliche Mängel könnten einer Fertigstellung nicht entgegenstehen. Ob dieser Fertigstellungsbegriff gleichermaßen im Rahmen des § 650k Abs. 3 BGB gilt, ist jedoch sehr zweifelhaft. Es wäre befremdlich, wenn der Bauträger seiner Pflicht zur rechtzeitigen Fertigstellung mit einem Bauwerk Genüge tun könnte, das wesentliche Mängel aufweist. Bei § 640 Abs. 2 BGB n. F. geht es nur um eine Abnahmefiktion, nicht aber um das primäre Pflichtenprogramm des Bauträgers. Nach dem zivilrechtlichen Fertigstellungsbegriff der bisher überwiegenden Meinung musste das Werk abnahmereif sein, durfte also **keine wesentlichen Mängel** aufweisen (vgl. Basty, Rn. 534). Es ist nicht notwendig, die Fertigstellung im Bauträgervertrag näher zu definieren. Vielmehr genügt es, ein bestimmtes Datum als „Fertigstellungsdatum“ zu benennen.

Ohne Weiteres zulässig dürfte es sein, in der Baubeschreibung hinsichtlich des Sondereigentums und des Gemeinschaftseigentums **differenzierte Angaben** zu machen. Ebenso ist es selbstverständlich möglich, zwischen bezugsfertiger und vollständiger Fertigstellung zu differenzieren (vgl. zur geltenden Praxis Basty, Rn. 965).

Hat der Bauträger in der Baubeschreibung gar keinen Fertigstellungszeitpunkt angegeben, so gilt die gesetzliche Regelung. Nach **§ 271 Abs. 1 BGB** ist dann auf die für die Herstellung des Bauwerks objektiv erforderliche Zeit abzustellen (Basty, Rn. 960). Im Zweifel hat der Unternehmer nach Vertragsschluss mit der Herstellung alsbald zu beginnen und sie in angemessener Zeit zügig zu Ende zu führen (BGH NJW-RR 2001, 806 = RNotZ 2001, 340).

#### 4. Weiterhin kein Widerrufsrecht bei beurkundeten Verbraucherbauverträgen

Der Verbraucher hat bei einem Verbraucherbauvertrag ein Widerrufsrecht nach § 355 BGB, es sei denn, der Vertrag wurde notariell beurkundet (§ 650l S. 1 BGB). Auch bei einem Verbraucherbaupflichtvertrag besteht kein Widerrufsrecht (vgl. § 650u Abs. 2 BGB). Im Hinblick auf die Belehrungspflichten des Notars und die in § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG vorgesehene Zeit für die Prüfung des Vertragsentwurfs (im Regelfall zwei Wochen) bedarf es eines solchen Widerrufsrechts nicht (v. Proff, ZfIR 2017, 589, 596).

#### 5. Abschlagszahlungen

**§ 650v Abs. 1 BGB** verlagert die bisher in § 632a Abs. 2 BGB a. F. enthaltene Regelung in den Bereich des Bauträgervertragsrechts: Der Unternehmer kann vom

Besteller Abschlagszahlungen nur verlangen, wenn dies nach § 3 Abs. 1 u. 2 MaBV möglich ist (vgl. § 650v Abs. 1 BGB, Art. 244 EGBGB, § 1 S. 1 HausbauVO). **Inhaltliche Änderungen** gegenüber der bisherigen Rechtslage sind hiermit **nicht verbunden** (BR-Drucks. 123/16, S. 80; BT-Drucks. 18/8486, S. 27, 34 und 74).

§ 309 Nr. 15 BGB bestimmt fortan, dass eine allgemeine Geschäftsbedingung unwirksam ist, wonach der Verwender bei einem Werkvertrag Teilleistungen vom anderen Vertragsteil verlangen kann, die wesentlich höher sind als die nach § 632a Abs. 1 BGB zu leistenden Abschlagszahlungen. Erste Stimmen in der Literatur gehen davon aus, dass § 632a Abs. 1 BGB auch auf den Bauträgervertrag anzuwenden ist und daher ebenso § 309 Nr. 15 BGB (Basty, MittBayNot 2017, 445). Dies entspricht einer bereits bisher zum Teil vertretenen Ansicht; hiernach konnte der Ratenplan selbst bei MaBV-konformen Abschlagszahlungen gegen § 307 BGB verstoßen, wenn sich Abschlagszahlungen und Wertzuwachs nicht äquivalent gegenüberstanden (vgl. Basty, Rn. 459).

Gegen diese Betrachtung lässt sich einwenden, dass die Abschlagszahlungen beim Bauträgervertrag nicht durch § 632a Abs. 1 BGB geregelt werden, sondern abschließend durch § 650v BGB. Sieht man es so, wäre nach neuem Recht nur § 650v BGB das gesetzliche Leitbild für die Zulässigkeit von Abschlagszahlungen (vgl. zu § 632a Abs. 2 BGB a. F. Hertel, in: Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl. 2015, Teil 2 Kap. 3 Rn. 139 ff.).

#### 6. Prüffähige Schlussrechnung

Nach **§ 650g Abs. 4 S. 1 BGB** ist die Vergütung zu entrichten, wenn der Besteller das Werk abgenommen hat oder die Abnahme nach § 641 Abs. 2 BGB entbehrlich ist und der Unternehmer dem Besteller eine prüffähige Schlussrechnung erteilt hat. Diese Vorschrift gilt an sich auch für Bauträgerverträge (vgl. § 650u Abs. 1 S. 2 BGB). Nach einer Ansicht in der Literatur ist eine Schlussrechnung beim Bauträgervertrag jedoch entbehrlich, wenn die vom Bauträger zu erbringenden Leistungen im Bauträgervertrag zu einem Festpreis vereinbart worden und es zu keinen Sonderwünschen gekommen ist (Basty, MittBayNot 2017, 445, 448).

#### 7. Abnahmefiktion

Nach § 640 Abs. 1 S. 3 BGB in der derzeitigen Fassung steht es der Abnahme gleich, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist. Eine Pflicht zur Abnahme besteht auch bei nur unwesentlichen Mängeln (§ 640 Abs. 1 S. 2 BGB), bei wesentlichen Mängeln hingegen greift die Abnahmefiktion nicht ein.

Die Regelung zur Abnahmefiktion (§ 640 Abs. 1 S. 3 BGB) wurde nunmehr geändert und in **§ 640 Abs. 2 BGB n. F.** verschoben. Hiernach greift die Abnahmefiktion ein, wenn der Werkunternehmer dem Besteller **nach Fertigstellung** des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt und der Besteller die **Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert** hat. Der Begriff der Fertigstellung ist anders als in Art. 3 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 MaBV zu verstehen. Es müssen lediglich die im Vertrag genannten Arbeiten abgearbeitet werden – Mangel-

freiheit wird nicht für erforderlich gehalten (BT-Drucks. 18/8466, S. 49; v. Proff, ZfIR 2017, 589, 591).

Nach der Neuregelung kommt es **nicht mehr** darauf an, ob die Abnahme wegen **wesentlicher oder unwesentlicher Mängel** verweigert wird (v. Proff, ZfIR 2017, 589, 591). Der Besteller (beim Bauträgervertrag also der Erwerber) hat die Mängel zu benennen. Der Besteller muss jedoch nicht alle Mängel angeben und die Mängel auch nicht im Detail darlegen (BT-Drucks. 17/12637, S. 44). Gibt der Besteller nur Mängel an, die offensichtlich nicht bestehen oder unwesentlich sind, so kann dies rechtsmissbräuchlich sein (vgl. BT-Drucks. 18/8466, S. 48; Basty, MittBayNot 2017, 445, 446; v. Proff, ZfIR 2017, 589, 591).

Verweigert der Besteller die Abnahme pauschal oder ohne Benennung von Mängeln, greift die Abnahmefiktion nach § 640 Abs. 2 BGB n. F. ein, und zwar auch bei wesentlichen Mängeln.

Ist der Besteller ein Verbraucher, so treten die Rechtsfolgen der Abnahmefiktion nur dann ein, wenn der Unternehmer den Besteller **zusammen mit der Aufforderung zur Abnahme auf die Folgen** einer nicht erklärten oder ohne Angabe von Mängeln verweigerten Abnahme **hingewiesen** hat; der Hinweis bedarf der Textform (§ 640 Abs. 2 S. 2 BGB n. F.). Er muss zusammen mit der Aufforderung zur Abnahme erfolgen, kann also nicht bereits im Bauträgervertrag erteilt werden.

Verweigert der Erwerber die Abnahme unter Angabe von Mängeln, so besteht nach § 650g BGB die Möglichkeit einer Zustandsfeststellung. Auf Verlangen des Bauträgers muss der Erwerber an einer **gemeinsamen Zustandsfeststellung** teilnehmen (§ 650g Abs. 1 S. 1 BGB). Über die Zustandsfeststellung ist ein Protokoll zu fertigen (§ 650g Abs. 1 S. 2 BGB). Bleibt der Erwerber der Zustandsfeststellung fern, kann der Unternehmer die Zustandsfeststellung einseitig vornehmen, wenn der Erwerber das Fernbleiben zu vertreten hat (§ 650g Abs. 2 BGB). Wurde dem Besteller das Werk verschafft und ist in der Zustandsfeststellung ein offenkundiger Mangel nicht angegeben, so wird vermutet, dass der Mangel nach der Zustandsfeststellung entstanden und vom Erwerber zu vertreten ist (§ 650g Abs. 3 S. 1 BGB). Dies gilt jedoch nicht, wenn der Mangel nach seiner Art nicht vom Erwerber verursacht worden sein kann (§ 650g Abs. 3 S. 2 BGB). Schließlich kommt laut Gesetzesbegründung die Zustandsfeststellung nicht in Betracht, wenn sich beide Parteien zum Termin der Zustandsfeststellung zwar einfinden, sich aber auf keinen Zustand einigen können (BT-Drucks. 18/8486, S. 60).

## 8. Kündigung des Bauträgervertrags

Klarstellungen und Modifizierungen bringt das Gesetz hinsichtlich der Kündigung von Bauträgerverträgen.

Nach § 648 BGB n. F. (vormals § 649 BGB) kann der Besteller den Werkvertrag bis zur Vollendung des Vertrags jederzeit kündigen (sog. **freies Kündigungsrecht**). Auf den Bauträgervertrag ist das freie Kündigungsrecht jedoch nicht anzuwenden, eine freie Kündigung ist hier **nicht möglich** (§ 650u Abs. 2 BGB). Der Gesetzgeber hat dies damit begründet, dass es sich beim Bauträgervertrag um eine Gesamtleistung handelt (BT-Drucks. 18/8486, S. 72): Die Verträge sollen nicht getrennt werden können (vgl. in diesem Sinne bereits BGH NJW 1986, 925 = DNotZ 1986, 280). Der Besteller soll ge-

hindert sein, den Werkvertrag zu kündigen und den Werkunternehmer isoliert an seiner Pflicht zur Grundstücksübereignung festzuhalten, ohne mit ihm weiterzubauen.

Auch das Recht zur **Kündigung aus wichtigem Grund** nach § 648a BGB n. F. ist bei Bauträgerverträgen ausgeschlossen (§ 650u Abs. 2 BGB). Die Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 18/8486, S. 72) verweist zwar auf eine anderslautende Entscheidung des BGH zur Teilkündigung des Bauträgervertrags (NJW 1986, 925). Es habe sich dabei jedoch nur um eine Einzelfallentscheidung mit Ausnahmecharakter gehandelt. Mit Blick auf die Einheitlichkeit des Vertrags und die Ausübung der Rechte daraus solle es künftig nicht mehr möglich sein, sich teilweise aus einem Bauträgervertrag zu lösen. Vielmehr solle **nur noch eine Gesamtabwicklung des Vertrags** im Rahmen des Rücktritts möglich sein. Zulässig ist es jedoch, ein auf den werkvertraglichen Teil bezogenes Kündigungsrecht aus wichtigem Grund vertraglich zu vereinbaren.

## 9. Erstellung und Herausgabe von Unterlagen

Nach § 650n Abs. 1 S. 1 BGB muss der Unternehmer rechtzeitig vor Beginn der Ausführung einer geschuldeten Leistung für den Verbraucher diejenigen **Planungsunterlagen** erstellen und an ihn herausgeben, die der Verbraucher benötigt, um gegenüber Behörden den Nachweis führen zu können, dass die Leistung **unter Einhaltung der einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften** ausgeführt werden wird. Die Pflicht besteht nicht, soweit der Verbraucher oder ein von ihm Beauftragter die wesentlichen Planungsvorgaben erstellt.

Spätestens **mit der Fertigstellung** des Werks hat der Unternehmer diejenigen Unterlagen zu erstellen und dem Verbraucher herauszugeben, die dieser benötigt, um gegenüber Behörden den Nachweis führen zu können, dass die Leistung unter Einhaltung der einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften ausgeführt worden ist (§ 650n Abs. 2 BGB n. F.).

Die Pflichten zur Erstellung und Herausgabe von Unterlagen gelten entsprechend, wenn ein **Dritter**, etwa ein Darlehensgeber, Nachweise für die Einhaltung bestimmter Bedingungen verlangt und wenn der Unternehmer die berechtigte Erwartung des Verbrauchers geweckt hat, diese Bedingungen einzuhalten (§ 650n Abs. 3 BGB). Praktische Relevanz hat diese Bestimmung etwa im Zusammenhang mit den Förderbedingungen der KfW.

## 10. Ergänzung des § 29 Abs. 3 S. 2 GBO

Abschließend erlauben wir uns den Hinweis, dass das neue Gesetz auch zu Änderungen in der GBO geführt hat. § 29 Abs. 3 GBO, wonach Erklärungen einer Behörde zu unterschreiben und mit Siegel oder Stempel zu versehen sind, wurde ergänzt. Anstelle der Siegelung kann **maschinell ein Abdruck des Dienstsiegels** eingedruckt oder aufgedruckt werden (§ 29 Abs. 3 S. 2 GBO). Damit hat der Gesetzgeber auf die jüngste höchstgerichtliche Rechtsprechung reagiert (BGH DNotZ 2017, 463 = DNotI-Report 2017, 29), die ein aufgedrucktes Behördensiegel für § 29 Abs. 3 GBO nicht hat ausreichen lassen (vgl. BT-Drucks. 18/11437, S. 47).

## 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.

**BGB §§ 2296, 130, 132; ZPO § 178**

**Zustellung einer Rücktrittserklärung bzgl. Erbvertrag durch die Ex-Ehefrau; Ersatzzustellung an die neue Ehefrau des erbvertragsbeteiligten Ex-Ehemanns**  
Abruf-Nr.:

**BGB § 2034**

**Verzicht auf das Vorkaufsrecht; Widerruf**  
Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

**NEhelG Art. 12 § 10 Abs. 2**

**Erbrecht der vor dem 1.7.1949 geborenen nichtehelichen Kinder**

**Zum Erbrecht vor dem 1. Juli 1949 geborener nichtehelicher Kinder, hier: teleologische Erweiterung von Art. 5 Satz 2 des Zweiten Erbrechtsgleichstellungsgesetzes (ZwErbGleichG).**

BGH, Beschl. v. 12.7.2017 – IV ZB 6/15

### Problem

Nach Art. 12 § 10 Abs. 1 und 2 NEhelG in der Fassung des Zweiten Erbrechtsgleichstellungsgesetzes hat ein vor dem 1.7.1949 geborenes nichteheliches Kind **keine erbrechtliche Berechtigung** am Nachlass seines Vaters, wenn der **Vater vor dem 29.5.2009 verstorben** ist (vgl. auch die Übergangsregelung in Art. 5 S. 2 des Zweiten Erbrechtsgleichstellungsgesetzes, BGBl. 2011 I, S. 615). Anlass für diese Regelung war die Entscheidung des **EGMR** in der **Rechtssache Brauer** vom 28.5.2009 (DNotZ 2010, 136 = DNotI-Report 2009, 170). In dieser Rechtssache hatte der EGMR entschieden, dass der bis dahin im deutschen Recht geltende pauschale Ausschluss der vor dem 1.7.1949 geborenen nichtehelichen Kinder am Nachlass ihrer Väter (Art. 12 § 10 Abs. 2 S. 1 NEhelG a. F.) das Recht nichtehelicher Kinder auf diskriminierungsfreie Achtung ihres Familienlebens (Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 8 EMRK) verletzen kann.

Der Gesetzgeber beseitigte die Diskriminierung der vor dem 1.7.1949 geborenen nichtehelichen Kinder mit dem Zweiten Erbrechtsgleichstellungsgesetz, sah sich aber unter dem Gesichtspunkt des **Vertrauensschutzes** daran gehindert, die Neuregelungen rückwirkend auf Erbfälle vor der **Brauer-Entscheidung** (d. h. vor dem 29. 5. 2009) anzuwenden. Daher steht nach Art. 12 § 10 Abs. 1 und 2 NEhelG nichtehelichen Kindern mit einem Geburtsdatum

vor dem 1.7.1949 in Erbfällen vor der **Brauer-Entscheidung** auch weiterhin kein Erbrecht zu.

Der **EGMR** hat inzwischen geurteilt, dass die Anwendung dieser strengen Stichtagsregelung die vor dem 1.7.1949 geborenen nichtehelichen Kinder in ihrem Recht auf einen diskriminierungsfreien Eigentumserwerb nach Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 1 Zusatzprotokoll EMRK erletzen kann (EGMR, Urte. v. 9.2.2017 – 29762/10, BeckRS 2017, 101431 – Mitzinger; EGMR, Urte. v. 23.3.2017 – 59752/13, 66277/13, NJW 2017, 1805 – Wolter u. Sarfert). Nach Ansicht des EGMR muss ein Gericht bei der **Anwendung der Stichtagsregelung unter den besonderen Umständen** des Falles einen **gerechten Ausgleich** zwischen den betroffenen widerstreitenden Interessen des nichtehelichen Kindes und der Erben herstellen. Dabei sind folgende Gesichtspunkte zu berücksichtigen: die Kenntnis der Betroffenen von anderen Abkömmlingen, die Anfechtbarkeit der erbrechtlichen Ansprüche und die bis zur Geltendmachung verstrichene Zeit.

Das hat den BGH nunmehr vor die Frage gestellt, ob und wie man den Vorgaben des EGMR im Rahmen der strengen Stichtagsregelung auf einfachgesetzlicher Ebene Rechnung tragen kann.

Im entschiedenen Fall hatte der Erblasser (E) eine im Jahre 1928 geborene nichteheliche Tochter (T). Weitere Abkömmlinge waren nicht vorhanden. Während der Zeit der deutschen Teilung hatten E und T keinen Kontakt, da T in der DDR lebte und ihr der Kontakt zu E untersagt war. Nach der Wende nahm T mit E Kontakt auf. E starb im Jahre 1993.

Nach dem Tod des E konnten zunächst keine Erben ausfindig gemacht werden. Im September 2009, also ca. vier Monate nach der **Brauer-Entscheidung**, beantragte T die Erteilung eines Erbscheins. Drei Monate später beantragte ein Neffe des E ebenfalls einen Erbschein. N war zuvor von einem Erbenermittler ausfindig gemacht worden. Dem N wurde ein Erbschein erteilt.

### Entscheidung

Der BGH ist der Ansicht, dass T als **nichteheliches Kind** des E dessen **Alleinerbin** geworden ist.

Er führt zunächst aus, dass T nach der **Übergangsregelung in Art. 5 S. 2 des Zweiten Erbrechtsgleichstellungsgesetzes** an sich keine erbrechtlichen Ansprüche am Nachlass des E hat. T ist vor dem 1.7.1949 geboren und E vor dem 29.5.2009 verstorben.

Bei diesem Ergebnis bleibt der BGH jedoch nicht stehen, sondern spricht sich für eine **EMRK-konforme Auslegung** der Stichtagsregelung im Lichte der jüngeren Rechtsprechung des EGMR aus.

Der BGH wendet zunächst die **Kriterien des EGMR** an. Der gesetzliche Erbe (Neffe N) hatte **von der Existenz** der T **Kenntnis**, als ihm der Erbschein erteilt wurde. Außerdem war die gem. § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB geltende **dreißigjährige Verjährungsfrist** für den Anspruch aus § 2018 BGB noch nicht abgelaufen. Schließlich beantragte T den **Erbschein** nur knapp **vier Monate nach der Brauer-Entscheidung**. Die Rechte der T wären daher verletzt, wenn T kein Erbrecht am Nachlass ihres Vaters E zustünde.

In einem zweiten Schritt **erweitert** der BGH die **Übergangsregelung** aus Art. 5 S. 2 des Zweiten Erbrechtsgleichstellungsgesetzes **teleologisch**. Nach Auffassung des BGH gibt es eine gesetzliche Regelungslücke. Das Zweite Erbrechtsgleichstellungsgesetz bezwecke, die vom EGMR für konventionswidrig befundene Ungleichbehandlung nichtehelicher Kinder im Erbrecht zu beseitigen, und zwar so weit wie möglich. Der Gesetzgeber habe nicht in Kauf nehmen wollen, dass die Bundesrepublik Deutschland in einem Fall mit denselben Besonderheiten wie in der Rechtssache *Brauer* gegen Deutschland erneut durch den EGMR verurteilt werde (vgl. BT-Drucks. 17/4776, S. 7). Bei der *Brauer*-Entscheidung handele es sich um einen atypischen Fall.

Den zu entscheidenden Fall hält der BGH jedoch für **vergleichbar mit der Rechtssache Brauer**. Das nichteheliche Kind habe in der ehemaligen DDR gelebt, der Erblasser dagegen in der Bundesrepublik Deutschland. Den Erblasser habe mit dem nichtehelichen Kind eine **tatsächliche Nähebeziehung** verbunden. Außerdem hätten in beiden Fällen andere nahe gesetzliche Erben gefehlt.

Die teleologische Erweiterung der Übergangsregelung verletzt nach Ansicht des BGH auch nicht die Rechte des N aus **Art. 14 Abs. 1 GG**. Nach der *Brauer*-Entscheidung habe ein schutzwürdiges Vertrauen des N in die Fortgeltung der bisherigen Rechtslage nicht mehr entstehen können. Das Recht der T auf Gleichbehandlung mit nichtehelichen Kindern (Art. 6 Abs. 5 GG) sei vorrangig. N habe außerdem bereits faktisch kein Vertrauen auf den Erhalt der Erbschaft gebildet, weil zwischen ihm und E keine Nähebeziehung bestanden habe.

#### **Praxishinweis**

Das Erbrecht eines nichtehelichen Kindes ist in jedem Falle nur dann zu bejahen, wenn der Erblasser Vater des Kindes im Rechtssinne war. Dafür ist Voraussetzung, dass die nichteheliche Vaterschaft durch Anerkennung oder aufgrund gerichtlicher Feststellung besteht. Für die vor Inkrafttreten des NEhelG am 1.7.1970 geborenen nichtehelichen Abkömmlinge kommen insoweit gem. Art. 12 § 3 NEhelG auch Vaterschaftsanerkenntnisse nach altem Recht oder Unterhaltstitel als ausreichende Legitimationsgrundlage für die Verwandtschaft und damit Erbberechtigung infrage. Denn Art. 12 § 3 Abs. 1 NEhelG bestimmt, dass ein Mann (auch) dann als Vater im Sinne des Gesetzes anzusehen ist, wenn er vor Inkrafttreten des Gesetzes in einer öffentlichen Urkunde seine Vaterschaft anerkannt oder sich in einem vollstreckbaren Schuldtitel zur Erfüllung seines Anspruchs nach § 1708 BGB a. F. verpflichtet hat oder dazu vor Inkrafttreten des Gesetzes rechtskräftig verurteilt worden ist. Urkunden aus der Zeit vor dem 1.7.1970 (Inkrafttreten des NEhelG) – wie etwa ein Unterhaltstitel – reichen im Erbscheinsverfahren als Nachweis der Vaterschaft für ein nichteheliches Kind aus (vgl. OLG München FGPrax 2011, 66).

**Postvertriebsstück: B 08129**

Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg  
Postvertriebsstück, Deutsche Post AG, „Entgelt bezahlt“

---

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:** Notarassessor 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  
Haugerpfargasse 9, 97070 Würzburg