



Deutscher Anwaltverein

---

**Arbeitsgemeinschaft  
Mietrecht und Immobilien**

## **KARLSRUHER IMMOBILIENRECHTSTAG**

am 20. April 2018

Novotel Karlsruhe

**Konkludente Beschaffensvereinbarungen:  
V. Zivilsenat vs. VII. Zivilsenat**

Sebastian Herrler, Notar, München



# Konkludente Beschaffensvereinbarungen beim beurkundeten Vertrag?

Karlsruher  
Immobilienrechtstag  
20. April 2018  
Sebastian Herrler

Sebastian Herrler München

## Konkludente Beschaffensvereinbarungen beim beurkundeten Vertrag?

---

### I. Fallbeispiele

#### 1. Individuelle Wohnflächenangaben

- Kaufvertrag über gebrauchte, vermietete ETW
- Im Vorfeld des Kaufvertragsschlusses haben sowohl der Verkäufer als auch dessen Makler auf Nachfrage des Kaufinteressenten **mündlich bzw. per Email** angegeben, dass die Wohnungsgröße ca.130 qm beträgt.
  - → rechnerische Quadratmeterpreis am unteren Ende der Preisskala für diese Lage
- → **Ein Schnäppchen?**

---

Sebastian Herrler 2

Sebastian Herrler, München

**Konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen beim beurkundeten Vertrag?**

---

**I. Fallbeispiele**

**1. Individuelle Wohnflächenangaben (Forts.)**

- Im beurkundeten Kaufvertrag – wie üblich – keine Angaben zur Wohnfläche
- Zusätzlich enthält der Kaufvertrag einen umfassenden pauschalen Haftungsausschluss
- Wohnfläche berechnet nach der WoFIVO beträgt tatsächlich nur 105 qm – was anlässlich einer Mietminderung des Mieters festgestellt wurde.

■ → **Anspruch auf Minderung des Kaufpreises?**

---

Sebastian Herrler 3

Sebastian Herrler, München

**Konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen beim beurkundeten Vertrag?**

---

**I. Fallbeispiele**

**2. Wohnflächenangaben in der Internetannonce**

- Kaufvertrag über gebrauchte, vermietete ETW
- **Anzeige bei Immoscout 24:** Wohnfläche ca. 130 qm
  - rechnerische Quadratmeterpreis am unteren Ende der Preisskala für diese Lage
- Sachverhalt ansonsten identisch mit Beispiel 1

■ → **Anspruch auf Minderung des Kaufpreises?**

---

Sebastian Herrler 4

Notars München

**Konkludente Beschaffensvereinbarungen beim beurkundeten Vertrag?**

---

**I. Fallbeispiele**

**3. Flächenangaben durch Bauträger/Hilfsperson**

- Bauträgervertrag über noch zu errichtende ETW
- Im Bauträgervertrag fehlen Angaben zur Wohnfläche; ausdrücklich „keine Gewähr für die Wohnungsgröße“
- allerdings existiert eine Preisanpassungsklausel („baubedingte Wohnflächen bis zu 3 % unbeachtlich“)
- Vom Bauträger eingeschalteter Vermittler bestätigte dem Käufer vor Vertragsschluss schriftlich Größe und Quadratmeterpreis der Wohnung
- Tatsächliche Wohnfläche um 11% geringer
- → **Anspruch auf Minderung?**

---

Sebastian Herrler 5

Notars München

**Konkludente Beschaffensvereinbarungen beim beurkundeten Vertrag?**

---

**I. Fallbeispiele**

**4. Mobiliareinzeichnung im Prospekt**

- Vertrag über zweigeschossige Maisonettewohnung „im Ausbau“
- Im Prospekt waren im betreffenden Raum ein Doppelbett mit Nachtschränken und weiteres Mobiliar eingezeichnet
- Im notariellen Vertrag wurde lediglich auf eine Beschreibung verwiesen, in welcher der betreffende Raum - ebenso wie in der Wohnflächenberechnung des Architekten - als „Abstellraum“ ausgewiesen war
- Ein ausdrücklicher Hinweis auf diese Diskrepanz erfolgte nicht
- → **Welches Dokument ist maßgeblich?**

---

Sebastian Herrler 6

Notar, München

**Konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen beim  
beurkundeten Vertrag?**

---

**II. Dogmatische Grundlagen**

**1. Soll-Beschaffenheit der Kaufsache iSv § 434 BGB**

- Primär ist eine konkret-individuelle Parteivereinbarung maßgeblich (Beschaffenheitsvereinbarung i.S.v. § 434 Abs. 1 **S. 1** BGB).
  - Sonderfall: Beschaffenheitsgarantie, § 443 Abs. 1 BGB
- Ersatzweise: Eignung der Kaufsache für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung (§ 434 Abs. 1 **S. 2 Nr. 1** BGB).
- Weiter ersatzweise: Normalbeschaffenheit (Eignung für die gewöhnliche Verwendung, Beschaffenheit, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann, vgl. § 434 Abs. 1 **S. 2 Nr. 2** BGB).
  - Konkretisierung der Normalbeschaffenheit durch öffentliche Angaben des Verkäufers (Exposé o.Ä.), § 434 Abs. 1 **S. 3** BGB

---

Sebastian Herrler 7

Notar, München

**Konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen beim  
beurkundeten Vertrag?**

---

**1. Soll-Beschaffenheit der Kaufsache iSv § 434 BGB**

- Wann liegt eine Beschaffenheitsvereinbarung i.S.v. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB vor?
- Muss diese notwendig im notariellen Kaufvertrag selbst getroffen werden?
- In welchem Verhältnis steht eine vorvertragliche/vertragliche Beschaffenheitsvereinbarung ...
  - ... zu einer Klausel im notariellen Kaufvertrag, wonach eine bestimmte Beschaffenheit gerade nicht vereinbart sei (Negativerklärung)?
  - ... zu einem umfassenden pauschalen bzw. konkretisierten Haftungsausschluss?

---

Sebastian Herrler 8

## Konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen beim beurkundeten Vertrag?

### 1. Soll-Beschaffenheit der Kaufsache iSv § 434 BGB

- Vor.: Beschaffenheitsvereinbarung i.S.v. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB:
  - **Konkret-individuelle Festlegung der geschuldeten Eigenschaften der Kaufsache** in positiver oder negativer Hinsicht
    - → Erkennbare Bereitschaft, für alle Folgen des Fehlens dieser Eigenschaften einzustehen (jüngst BGH NJW 2018, 150 Tz. 16)
  - Ausdrücklich oder konkludent möglich
  - Beurkundungserfordernis, § 311b Abs. 1 S. 1 BGB
    - → Bei Formmangel im Zweifel ganzer Vertrag nichtig
    - → Heilung mit Eintragung des Eigentumswechsels, § 311b Abs. 1 S. 2
  - Ausdrückliche Beschaffenheitsvereinbarung im notariellen Kaufvertrag über gebrauchte Immobilien Ausnahme

## Konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen beim beurkundeten Vertrag?

### 1. Soll-Beschaffenheit der Kaufsache iSv § 434 BGB

- **Generell hohe Anforderungen** an Annahme einer Beschaffenheitsvereinbarung, insbesondere an **konkludente** Beschaffenheitsvereinbarung (BGH NJW 2013, 2107):
  - 1) bestimmte Beschaffenheit für Käufer erkennbar für Kaufentschluss (mit)bestimmend UND
  - 2) Zustimmung des Verkäufers
  - BGH: „**nur noch in eindeutigen Fällen**“ (VIII. ZS, NJW 2018, 150 Tz. 16)
- Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der Urkunde
- Formunwirksamkeit der Abrede → Verlust des Vormerkungsschutzes!

Notare, München

**Konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen beim beurkundeten Vertrag?**

---

**1. Soll-Beschaffenheit der Kaufsache iSv § 434 BGB**

- **Negativerklärung bzgl. Beschaffenheitsvereinbarungen**
  - Bei **konkreter** Negativerklärung („insbesondere keine Vereinbarung über die Wohnfläche“) keine vorvertragliche Beschaffenheitsvereinbarung diesbezüglich
  - Auch bei lediglich **pauschaler** Negativerklärung („keine Beschaffenheitsvereinbarungen“) jedenfalls beim C2C-Vertrag hohe Schwelle für Annahme einer vorvertraglichen Beschaffenheitsvereinbarung

---

Sebastian Herrler 11

Notare, München

**Konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen beim beurkundeten Vertrag?**

---

**1. Soll-Beschaffenheit der Kaufsache iSv § 434 BGB**

- I.d.R. weitreichender Haftungsausschluss
- **Verhältnis von Haftungsausschluss und Beschaffenheitsvereinbarung?**
  - Auslegungsfrage!
  - BGH: Beschaffenheitsvereinbarung schlägt **pauschalen Haftungsausschluss** in der Urkunde
    - → Auf diese Weise haben beide Regelungen sinnvollen Anwendungsbereich (ansonsten nur bei Arglist, § 444 Alt. 1 BGB)
    - Gilt auch bei vorvertraglichen Beschaffenheitsvereinbarungen

---

Sebastian Herrler 12

Notar, München

**Konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen beim beurkundeten Vertrag?**

---

**1. Soll-Beschaffenheit der Kaufsache iSv § 434 BGB**

- **Konkreter Haftungsausschluss** in der Urkunde
  - § 444 Var. 2 BGB unergiebig
- **Beschaffenheitsvereinbarung innerhalb der Urkunde**
  - Keine Anhaltspunkte für normatives Vorrangverhältnis
  - Perplexität?
  - Jedenfalls *prima facie* Widersprüchlichkeit der Regelungen
  - → Auslegung unter Berücksichtigung der Einzelfallumstände
    - Systematik der Urkunde
      - Woher stammt die jeweilige Regelung? Von den Parteien oder vom Notar?
      - AGB-Charakter
      - Typisierte Schutzwürdigkeit einer Partei etc.

---

Sebastian Herrler 13

Notar, München

**Konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen beim beurkundeten Vertrag?**

---

**1. Soll-Beschaffenheit der Kaufsache iSv § 434 BGB**

- **Konkreter Haftungsausschluss** in der Urkunde tendenziell im Sinne der Aufgabe einer **vorvertraglichen Beschaffenheitsvereinbarung** auszulegen
  - Chronologische Entwicklung: Spätere Erklärung verbindlich
  - Vorrang der formgerechten Erklärung

---

Sebastian Herrler 14



Sebastian Herler, München

**Konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen beim beurkundeten Vertrag?**

---

**II. Dogmatische Grundlagen**

**2. Soll-Beschaffenheit des Werkes iSv § 633 II BGB**

- Primär ist eine konkret-individuelle Parteivereinbarung maßgeblich (Beschaffenheitsvereinbarung i.S.v. § 633 Abs. 2 **S. 1** BGB).
- Ersatzweise: Eignung des Werkes für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung (§ 633 Abs. 2 **S. 2 Nr. 1** BGB).
- Weiter ersatzweise: Normalbeschaffenheit (Eignung für die gewöhnliche Verwendung, Beschaffenheit, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art des Werkes erwarten kann, vgl. § 633 Abs. 2 **S. 2 Nr. 2** BGB).
  - **KEINE** Regelung betreffend die Konkretisierung der Normalbeschaffenheit durch öffentliche Angaben des Werkunternehmers vgl. **§ 434 Abs. 1 S. 3 BGB**

---

Sebastian Herler 15

Sebastian Herler, München

**Konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen beim beurkundeten Vertrag?**

---

**II. Dogmatische Grundlagen**

**3. Reichweite des Beurkundungserfordernisses nach § 311b Abs. 1 S. 1 BGB**

- Alle Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen beider oder dem dem anderen erkennbaren Willen eines Vertragspartner das schuldrechtliche Veräußerungsgeschäft zusammensetzt
  - → „Stehen und Fallen“
- Beschaffenheitsvereinbarungen iSv § 434 Abs. 1 S. 1 stets beurkundungspflichtig
  - Nicht aber Soll-Beschaffenheit iSv § 434 Abs. 1 S. 2 BGB
    - BGH, Urt. v. 19.1.2018 - V ZR 256/16, BeckRS 2018, 4424
- Beim Bauträgervertrag nach dem Willen der Vertragsteile **Bauverpflichtung** regelmäßig entscheidender Bestandteil des Vertrages
  - → Konkretisiert durch die Baubeschreibung

---

Sebastian Herler 16

Notare München

**Konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen beim  
beurkundeten Vertrag?**

---

**3. Reichweite des Beurkundungserfordernisses nach  
§ 311b Abs. 1 S. 1 BGB**

- → Ermittlung des Inhalts der Vereinbarungen der Parteien
- Herkömmliches 2-stufiges Verfahren
- 1. Stufe: Auslegung unter Berücksichtigung aller Begleitumstände unabhängig von deren Form
  - (Ggf. auch Dissens)
- 2. Stufe: Andeutungstheorie
  - Auslegungsergebnis muss im Urkundstext zumindest andeutungsweise enthalten sein
- Falls keine Andeutung, Beschaffenheitsvereinbarung nichtig
  - → Frage der Gesamtnichtigkeit, § 139 BGB

---

Sebastian Herrler 17

Notare München

**Konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen beim  
beurkundeten Vertrag?**

---

**III. Rechtsprechung des V. Zivilsenats**

**1. Fall 1 - Individuelle Wohnflächenangaben (Kauf)**

- BGH v. 6.11.2015 – V ZR 78/14, NJW 2016, 1815
- Leitsatz: Eine Beschreibung von Eigenschaften eines Grundstücks oder Gebäudes vor Vertragsschluss durch den Verkäufer, die in der notariellen Urkunde keinen Niederschlag findet, führt in aller Regel nicht zu einer Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB.
  - **Änderung der bisherigen Rechtsprechung!**
- → keine Sachmängelgewährleistung
- Aber: ggf. c.i.c.-Haftung (dazu sogleich)

---

Sebastian Herrler 18

Sebastian Herrier, München

**Konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen beim  
beurkundeten Vertrag?**

---

**III. Rechtsprechung des V. Zivilsenats**

**1. Fall 1 - Individuelle Wohnflächenangaben (Kauf)**

- BGH Urt. v. 6.11.2015 – V ZR 78/14, NJW 2016, 1815
- Gründe „contra konkludente Beschaffenheitsvereinbarung“ u.a.
  1. **Beurkundungserfordernis – Vollständigkeitsgrundsatz**
    - Beschaffenheitsvereinbarung vs. bloße Informationen
  2. **Auslegung „in dubio pro Wirksamkeit“**
    - Sonst Vormerkungsschutz gefährdet - § 311b I 2 BGB hilft nicht
  3. **Formzwecke, § 311b I 1 BGB**
    - Warn- und Schutzfunktion
    - rechtskundige Beratung und Belehrung, § 17 I BeurkG
  4. **Hinreichender Schutz durch c.i.c.-Haftung**

---

Sebastian Herrier 19

Sebastian Herrier, München

**Konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen beim  
beurkundeten Vertrag?**

---

**III. Rechtsprechung des V. Zivilsenats**

**1. Fall 1 - Individuelle Wohnflächenangaben (Kauf)**

- → **Haftung für vorvertragliche Pflichtverletzung**
- **Vorsätzliche falsche Angaben des Verkäufers**  
oder
- **Arglistiges Verschweigen**
  - **1. Offenbarungs-/Aufklärungspflicht**  
Bzgl. solcher Umstände, die Vertragszweck vereiteln können  
und daher für Entschluss von wesentlicher Bedeutung, sofern  
Mitteilung nach der Verkehrsauffassung erwartbar
  - **2. Arglist**

---

Sebastian Herrier 20

Notars, München

**Konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen beim beurkundeten Vertrag?**

---

**III. Rechtsprechung des V. Zivilsenats**

**1. Fall 1 - Individuelle Wohnflächenangaben (Kauf)**

- BGH: **keine Aufklärungspflicht** eines Privatverkäufers (!) hinsichtlich der Wohnfläche/Wohnflächenberechnung
  - Keine gesetzliche Bestimmung zur Berechnung der Wohnflächen selbst genutzter Wohnhäuser
  - Normen zur Wohnflächenermittlung lassen Varianten
  - Kein allgemeiner, eindeutiger Sprachgebrauch
- BGH: **keine Arglist**
  - Verkäufer müsste wissen, dass seine Angaben zur Wohnfläche von der üblichen Praxis abweichen, und damit rechnen, dass der Käufer das nicht wusste und bei Offenbarung dieses Umstandes den Kauf nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt abgeschlossen hätte.

---

Sebastian Herrler 21

Notars, München

**Konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen beim beurkundeten Vertrag?**

---

**III. Rechtsprechung des V. Zivilsenats**

**2. Fall 2 – Internetexposé Kaufvertrag**

- BGH Urt. v. 22.4.2016 - V ZR 23/15, NJW 2017, 150
- Angabe relevant für Sollbeschaffenheit iSv § 434 Abs. 1 S. 3 HS 1
  - Internetannonce oder Exposé des Verkäufers oder Maklers
- Aber hier umfassender pauschaler Haftungsausschluss
  - Vorrang des Haftungsausschlusses vor „Normalbeschaffenheit“ iSv § 434 Abs. 1 S. 3 HS 1 iVm S. 2 Nr. 2 BGB
    - Normalbeschaffenheit gerade keine vertraglich vereinbarte Beschaffenheit, sondern gesetzliche Anordnung
    - Wegen Beurkundungserfordernis (Aufklärung, Beratung) keine Fehlvorstellungen hinsichtlich Reichweite Haftungsausschluss
    - Bestätigt BGH NJW 2018, 146 Tz. 22 ff.
  - cic-Haftung scheidet wohl an fehlender Arglist (→ Rückverweisung)

---

Sebastian Herrler 22

Sebastian Herrler, München

**Konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen beim beurkundeten Vertrag?**

---

**III. Rechtsprechung des V. Zivilsenats**

**3. Bewertung**

- Restriktive Linie des V. ZS jedenfalls *prima facie* unbefriedigend bei **hinreichend substantiierten Angaben** des Verkäufers im Vorfeld des Vertragsschlusses zu Eigenschaften des Kaufgegenstandes, die nach der Verkehrsanschauung und auch subjektiv für den konkreten Käufer **erkennbar von erheblicher Bedeutung** sind
- C.i.c.-Haftung gewährleistet wegen hoher Hürden (Arglist) vielfach nur unzureichenden Schutz
- Gesamtnichtigkeitsthese nicht pauschal haltbar
  - Salvatorische Klausel?
  - Bewusste Nichtaufnahme der Vereinbarung in beurkundetes Rechtsgeschäft

---

Sebastian Herrler 23

Sebastian Herrler, München

**Konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen beim beurkundeten Vertrag?**

---

**III. Rechtsprechung des V. Zivilsenats**

**3. Bewertung**

- Auslegungsgrundsätze (zweistufige Prüfung) nicht beachtet
  - „Pferd von hinten aufgezäumt“
- „in dubio pro Wirksamkeit“ nur überzeugend, wenn dies (jedenfalls aus *ex ante* Sicht) Interessen aller Vertragsteile Rechnung trägt
- Aber: Zäsurwirkung der Beurkundung wegen der nach § 17 BeurkG gebotenen Erläuterungen/Aufklärung mE grundsätzlich gerechtfertigt, u.a.
  - Erläuterung im Anschreiben
  - Ausdrücklicher Hinweis in der Urkunde

---

Sebastian Herrler 24

## Konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen beim beurkundeten Vertrag?

### III. Rechtsprechung des V. Zivilsenats

#### **3. Bewertung**

- M.E. wenig überzeugend, **öffentliche Äußerungen** im Vorfeld des Vertragsschlusses (Internetanzeige, Exposé) strenger zu behandeln als individuelle Auskünfte
  - Zwar kein Nichtigkeitsrisiko mangels Beurkundungserfordernis insoweit (keine rechtsgeschäftlichen Erklärung, sondern „Auslegungsmaterial“)
  - Aber: Bei direkter, unmittelbarer Kommunikation (ggf. Antwort auf konkrete Frage) **Inanspruchnahme eines höheren Maßes an Vertrauen** als bei „Werbeaussagen“ gegenüber der Öffentlichkeit
  - i.Ü.: Standardmäßiger Haftungsausschluss hilft nicht immer; etwa AGB-Unwirksamkeit (§§ 307 ff. BGB) des Haftungsausschlusses
- Daher: Restriktive Anwendung von § 434 Abs. 1 S. 3 BGB: **„keine Beschaffenheitsvereinbarungen durch die Hintertür“!**

Sebastian Herrler

25

## Konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen beim beurkundeten Vertrag?

### IV. Rechtsprechung des VII. Zivilsenats

#### **1. Fall 3 – Flächenangaben durch Gehilfen**

- **BGH Urt. v. 8.1.2004 - VII ZR 181/02, NJW 2004, 2156**
- Einseitige Vorstellung einer Vertragspartei für Bestimmung des Vertragsinhalts maßgebend, wenn Erklärungsempfänger wirklichen Willen des Erklärenden erkennt und in Kenntnis dieses Willens den Vertrag abschließt
  - → Wohnfläche und deren Berechnungsgrundlage aus der Sicht des Erwerbers zentrales Beschaffenheitsmerkmal des Objekts: maßgeblich für Verkehrswert, Finanzierbarkeit, Vermietbarkeit und Mietertrag
  - → Preisanpassungsklausel im Vertrag wäre ohne Wohnflächenangabe sinnlos

Sebastian Herrler

26

Konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen beim  
beurkundeten Vertrag?

---

**IV. Rechtsprechung des VII. Zivilsenats**

**2. Fall 4 – Mobiliareinzeichnung im Prospekt**

- BGH Urt. v. 25.10.2007 - VII ZR 205/06, DNotZ 2008, 609
- Einseitige Vorstellung einer Vertragspartei für Bestimmung des Vertragsinhalts bei Fehlen entsprechender Angaben in der Urkunde maßgebend, wenn der Bauträger in eigener/ihm zurechenbarer Kenntnis des Willens des Erwerbers den Vertrag abschließt
- Für die Beurteilung der Frage, welche werkvertragliche Verpflichtung ein Bauträger übernimmt, kann ein dem Erwerber übergebener Prospekt ausschlaggebend sei
  - Vorstellung des Kl. über die Nutzbarkeit des Spitzbodens als Wohnung dem Bauträger bekannt und aufgrund der Einzeichnungen von Doppelbett mit Nachtkästchen nebst weiterem Inventar im Prospekt selbst hervorgerufen

---

Sebastian Herrier 27

Konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen beim  
beurkundeten Vertrag?

---

**IV. Rechtsprechung des VII. Zivilsenats**

**3. Bewertung**

- Pro:
  - Häufig fehlendes Bewusstsein der grundsätzlichen Irrelevanz vorvertraglicher Informationen für die Leistungspflichten
  - → Normativer Wille beider Parteien unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Schutzwürdigkeit/-bedürftigkeit
    - Insbesondere bei gezielter Bewerbung mit diesen Eigenschaften
  - Wertung der §§ 650k Abs. 2 S. 2, 305c Abs. 2 BGB: Zweifel zulasten des Unternehmers

---

Sebastian Herrier 28

Sebastian Herrler, München

## Konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen beim beurkundeten Vertrag?

---

### IV. Rechtsprechung des VII. Zivilsenats

#### 3. Bewertung

- Aber:
  - Nach § 311b Abs. 1 S. 1 BGB sind die Verpflichtung zur Bauleistung und damit **alle geschuldeten Bauleistungen** beurkundungspflichtig
    - Bestimmbarkeit der geschuldeten Leistungen genügt
      - Etwa Verweisung auf den durch Besichtigung erkennbaren Zustand oder ein Referenzobjekt
    - Leistungsbestimmungsrechte zulässig und weit verbreitet
  - Bezugnahme auf vorvertraglich übergebene Unterlagen indes nicht ausreichend ...

---

Sebastian Herrler 29

Sebastian Herrler, München

## Konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen beim beurkundeten Vertrag?

---

### IV. Rechtsprechung des VII. Zivilsenats

#### 3. Bewertung

- Aber:
  - Bezugnahme auf vorvertraglich übergebene Unterlagen indes nicht ausreichend
    - Diese können im Ergebnis lediglich im Rahmen der Auslegung berücksichtigt werden, nicht aber abweichende Angaben in der beurkundeten Baubeschreibung in ihr Gegenteil verkehren oder völlig neue Leistungspflichten schaffen
  - Sofern Letzteres gewünscht (Auslegungsergebnis), leidet der Vertrag an einem Formmangel (§ 125 S. 1 BGB)
    - Im Zweifel Gesamtnichtigkeit (§ 139 BGB)
    - Kein Vormerkungsschutz!
  - **Auswege aus diesem Dilemma? - sogleich**

---

Sebastian Herrler 30



Anwaltskanzlei München

## Konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen beim beurkundeten Vertrag?

---

### V. Zwischenergebnisse

- **V. Zivilsenat betont Primat der notariellen Urkunde**
  - Vorvertragliche Eigenschaftsangaben grundsätzlich unbeachtlich
  - Zudem weiterhin enger Anwendungsbereich der c.i.c.-Haftung bei vorvertraglichen Falschangaben
  - *Prima facie* „käuferfeindlich“ – dafür wirksame Urkunde
- **VII. Zivilsenat möchte vorvertragliche Eigenschaftsangaben in weitem Umfang berücksichtigen**
  - Käufer-/Bestellerfreundliche Lösung, die dessen (wohl idR berechtigten) Erwartungen Rechnung trägt
  - Aber: Spannungsverhältnis zu § 311b Abs. 1 S. 1 BGB
    - ggf. keinerlei Schutz bis zur Eigentumsumschreibung im Grundbuch (§ 311b Abs. 1 S. 2 BGB)
    - Auch vom VII. ZS erkannt (ua NJW 2004, 1115 unter 2.a)bb): „erhebliche Zweifel an der Formwirksamkeit“

---

Sebastian Herrler 31

Anwaltskanzlei München

## Konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen beim beurkundeten Vertrag?

---

### VI. Neues Bauvertragsrecht

- Erfordernis einer Baubeschreibung beim **Bauträgervertrag**, § 650u Abs. 2 BGB iVm § 650j BGB
  - Mindestinhalt nach Art. 249 § 2 Abs. 1 EGBGB

(1) In der Baubeschreibung sind die wesentlichen Eigenschaften des angebotenen Werks in klarer Weise darzustellen. Sie muss mindestens folgende Informationen enthalten:

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

(2) Die Baubeschreibung hat verbindliche Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Werks zu enthalten. Steht der Beginn der Baumaßnahme noch nicht fest, ist ihre Dauer anzugeben.

---

Sebastian Herrler 32

## Konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen beim beurkundeten Vertrag?

### VI. Neues Bauvertragsrecht

- Pflicht zur Erstellung und Übergabe einer Baubeschreibung
- Verbraucherverträge: Fehlen geht stets zu Lasten des Unternehmers
- **Mindeststandard**
  - § 311b Abs. 1 BGB gilt immer!
- „in klarer Weise“ → Klarheit versus Verständlichkeit
  - Transparenzgebot des § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB i. V. m. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB erfasst auch die Baubeschreibung
  - Allerdings: Kein Freibrief für Fachbegriffe, die den Leistungsinhalt verschleiern

## Konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen beim beurkundeten Vertrag?

### VI. Neues Bauvertragsrecht

- **Die Form der Baubeschreibung**
  - Art. 249 § 1 EGBGB: Textform
  - Aber: § 311b Abs. 1 S. 1 BGB: Zwingende Beurkundung
- § 650k Abs. 1 BGB
 

*„Die Angaben der vorvertraglich zur Verfügung gestellten Baubeschreibung in Bezug auf die Bauausführung werden Inhalt des Vertrags, es sei denn, die Vertragsparteien haben ausdrücklich etwas anderes vereinbart.“*

→ gilt ausdrücklich **nicht** für den Bauträgervertrag (§ 650u Abs. 2 BGB)

Konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen beim  
beurkundeten Vertrag?

---

**VI. Neues Bauvertragsrecht**

- **Mängel und Ungenauigkeiten der Baubeschreibung**
- Grundsatz beim Bauvertrag, § 650k Abs. 1 BGB (Relevanz der vorvertraglich zur Verfügung gestellten Baubeschreibung in Bezug auf die Bauausführung) gilt nicht beim Bauträgervertrag
- **Aber: § 650k Abs. 2 BGB**

*<sup>1</sup>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. <sup>2</sup>Zweifel bei der Auslegung des Vertrags bezüglich der vom Unternehmer geschuldeten Leistung gehen zu dessen Lasten.*

---

Sebastian Herrler 35

Konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen beim  
beurkundeten Vertrag?

---

**VI. Neues Bauvertragsrecht**

- **Mängel und Ungenauigkeiten der Baubeschreibung**
- Beurkundungsmangel jedenfalls bei **krassen Mängeln**, dh Baubeschreibung nicht einmal andeutungsweise vollständig,
  - Bauträgervertrag dann formunwirksam (nichtig).
- **Vorvertragliche Eigenschaftsangaben als Vertragsinhalt?**

→ **VII. Zivilsenat vs. V. Zivilsenat**
- Bedeutung des § 650k Abs. 2 BGB?
  - Jedenfalls nicht durch pauschale Distanzierung („Exposé und Prospekt sind unverbindlich“) aushebelbar
    - Transparenzgebot
    - Ggf. auch Vorrang der Individualabrede (§ 305c Abs. 1 BGB)

---

Sebastian Herrler 36

Konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen beim  
beurkundeten Vertrag?

---

**VI. Neues Bauvertragsrecht**

- Bedeutung des § 650k Abs. 2 BGB?
  - 1.A.: Ja, Rechtsprechung des V. Zivilsenat auf den Bauträgervertrag nicht anwendbar ist.
    - Struktureller Unterschied zwischen Kaufvertrag und Bau(träger)vertrag: Zu errichtendes Werk muss definiert werden
  - 2.A.: Nein, Primat des beurkundeten Vertrags
    - Geltungsanspruch von § 311b Abs. 1 S. 1 BGB: Nichtigkeitsproblematik stellt sich in gleicher Weise
    - Vormerkung beim Bauträgervertrag wohl besonders wichtig
    - → So u.a. OLG Köln BeckRS 2016, 124161 Tz. 21

---

Sebastian Herrler 37

Konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen beim  
beurkundeten Vertrag?

---

**VI. Neues Bauvertragsrecht**

- Bedeutung des § 650k Abs. 2 BGB?
  - 3.A.: **Auslegung, Ergänzung und Konkretisierung anhand vorvertraglicher Angaben** → großzügiges Verständnis der erforderlichen „Andeutung“
    - (1) Schutzbedürftigkeit des Bestellers
    - (2) Systematik: Gedanke des § 434 Abs. 1 S. 3 BGB
      - Zwar nur beim Kaufvertrag; zurückgehend auf VerbrauchsgüterkaufRL und Ausnahmenvorschrift, zugeschnitten auf Massenwerbung
      - Aber: Schutzzweck beim Verbraucherbauträgervertrag **erst recht** einschlägig → Erwartung an Leistungsgegenstand zur Förderung der Abschlussbereitschaft geweckt (vgl. § 650k II)
        - Zumal Abgrenzung Kauf-/Werkvertrag beim Bauträgervertrag ohnehin nicht völlig klar

---

Sebastian Herrler 38

Konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen beim  
beurkundeten Vertrag?

---

**VI. Neues Bauvertragsrecht**

- Bedeutung des § 650k Abs. 2 BGB?
  - 3.A.: **Auslegung, Ergänzung und Konkretisierung anhand vorvertraglicher Angaben** → großzügiges Verständnis der erforderlichen „Andeutung“
    - (3) § 650k Abs. 1 nur deshalb in § 650u Abs. 2 für unanwendbar erklärt, um Risiko der Formnichtigkeit auszuschließen
      - Spricht für möglichst weite Auslegung von § 650k Abs. 2 BGB zugunsten des Bestellers, sofern unproblematisch mit Blick auf § 311b Abs. 1 S. 1 BGB
    - (4) fehlende Schutzwürdigkeit des Unternehmers, der vorvertraglich von der beurkundeten Baubeschreibung abweichende Angaben gemacht hat bzw. solche ihm zuzurechnen sind und sich von diesen nicht hinreichend deutlich distanziert
    - (5) c.i.c.-Haftung nur unter engen Voraussetzungen (Schutzdefizit)

---

Sebastian Herrler 39

Konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen beim  
beurkundeten Vertrag?

---

**VI. Neues Bauvertragsrecht**

- Bedeutung des § 650k Abs. 2 BGB?
  - **Grenzen** der vermittelnden Ansicht:
    - Widersprechende Angaben in vorvertraglichen Unterlagen und beurkundeter Baubeschreibung
      - Fall des § 650k Abs. 1 HS. 2 BGB
    - Atypische Leistungen in vorvertraglichen Unterlagen, die in beurkundeter Baubeschreibung in keiner Weise angelegt
  - Interessengerechte Lösung insoweit?
    - Aufklärungspflicht des Unternehmers
      - Klare Distanzierung von abweichenden vorvertraglichen Angaben erforderlich
        - pauschale Erklärung ggf. nicht ausreichend
    - c.i.c.-Haftung auch bei fahrlässigen Falschangaben

---

Sebastian Herrler 40

## Konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen beim beurkundeten Vertrag?

### VII. Thesen

1. **Keine Rechtfertigung für eine kategoriale Differenzierung** bei der Behandlung vorvertragliche Eigenschaftsangaben zwischen einem Kauf- und einem Werk- bzw. Bauträgervertrag
  - Beratung und Belehrung, § 17 BeurkG
  - Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der Urkunde
2. **Beim Werk-/Bauträgervertrag** aber in größerem Maße als beim Kaufvertrag **Bedarf für präzisierende Angaben**
  - Soweit zurechenbar, sollten diese bei der Bestimmung des geschuldeten Bausolls grundsätzlich Berücksichtigung finden
  - Insoweit tendenziell großzügige Handhabung des „Andeutungserfordernisses“ angezeigt
    - Basty: bloßer Auslegungsbedarf ausreichend für Andeutung (?)
  - § 650k Abs. 2 BGB nicht durch pauschale Distanzierung auszuhebeln

## Konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen beim beurkundeten Vertrag?

### VII. Thesen

3. Reichweite des Beurkundungserfordernisses aber stets als **„Grenze der Auslegung“!**
  - Klar abweichende Bestimmungen in beurkundeter Baubeschreibung bzw. weitergehende (atypische) Leistungspflichten nicht allein auf vorvertragliche Angaben stützbar
  - Insoweit keine Beschaffenheitsvereinbarung iSv § 434 Abs. 1 S. 1 bzw. § 633 Abs. 2 S. 1 BGB
    - → „berechtigte Erwartung“ des Bestellers hilft hier nicht weiter
  - Anm.: Soweit ersichtlich bislang keine Entscheidungen, in denen die Wirksamkeit des Vertrags und damit die Schutzwirkung der Vormerkung im Mittelpunkt stand

Notare, München

## Konkludente Beschaffensvereinbarungen beim beurkundeten Vertrag?

---

### VII. Thesen

4. In derartigen Konstellationen insbesondere im B2C-Bereich stets **Pflicht zur Aufklärung**

- klare Distanzierung von vorvertraglicher Angabe erforderlich
- → Pauschalenerklärungen dürften insoweit wegen des in Anspruch genommenen Vertrauens m.E. nicht genügen
  - Zwar Rechtsgedanke des § 650k Abs. 1 Hs. 2 BGB („ausdrücklich etwas anderes vereinbart“)
  - Aber:
    - Transparenzgebot, § 307 Abs. 3 Satz 2 i. V. m. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB
    - Ggf. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB („wesentliche Rechte und Pflichten ...“)

---

Sebastian Herrler 43

Notare, München

## Konkludente Beschaffensvereinbarungen beim beurkundeten Vertrag?

---

### VII. Thesen

5. **C.i.c.-Haftung**

- Beim Unternehmer Beschränkung auf Arglist (Vorrang der Sachmängelgewährleistung) nicht gerechtfertigt
  - M.E. Haftung auch für fahrlässige vorvertragliche Falschangaben
    - Insoweit greift die Sachmängelgewährleistung nicht ein; Sperrwirkung insoweit nicht gerechtfertigt
- Rechtsfolge: grds. **negatives Interesse**
  - Ersatz des Minderwertes aufgrund der fehlenden Beschaffenheit
    - → Käufer so zu behandeln, als hätte er Vertrag bei Kenntnis der Sachlage zu einem günstigeren Preis abgeschlossen
  - Positives Interesse („als wäre die Angabe wahr gewesen“) nur, wenn Käufer nachweisen kann, dass Unternehmer auch insoweit abschlussbereit gewesen wäre
    - Im Anwendungsbereich von § 311b I 1 BGB kein Raum!

---

Sebastian Herrler 44

Konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen beim  
beurkundeten Vertrag?

---

**VII. Thesen**

5. **C.i.c.-Haftung**

- Im C2C-Bereich wegen Haftungsausschluss grds. keine c.i.c.-Haftung
- Im B2C-Bereich (Verbrauchervertrag) bei Neubau mangels Haftungsausschluss (§ 309 Nr. 8b BGB) stets c.i.c.-Haftung
  - Interessen des Käufers (Werkbestellers) in ausreichendem Maße geschützt
- Im B2C-Bereich (Verbrauchervertrag) auch bei Altbau ggf. c.i.c.-Haftung
  - Grobes Verschulden (§ 309 Nr. 7b BGB)

---

Sebastian Herrler 45

Konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen beim  
beurkundeten Vertrag?

---

**VIII. Handhabung in der Praxis**

- Altbau (Kaufverträge):
  - Erklärung in der Urkunde, wonach die Parteien außer den beurkundeten Vereinbarungen weder schriftlich noch mündlich weitere Absprachen getroffen haben.  
+ entsprechender Hinweis im Begleitschreiben zur Entwurfsübersendung
  - Sofern kein Widerspruch kommt:
    - (1) Möglichst konkrete negative Beschaffenheitsvereinbarung,
    - (2) Möglichst konkreter Haftungsausschluss und

---

Sebastian Herrler 46



Sebastian Herrler, München

## Konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen beim beurkundeten Vertrag?

---

### VIII. Handhabung in der Praxis

- **Neubau (Bauträgerverträge):**
  - Erklärung in der Urkunde, wonach allein die Urkunde samt Bezugsurkunde (insbesondere Baubeschreibung) bestimmend für die wechselseitigen Leistungspflichten ist und Angaben in Exposés und Prospekte nicht verbindlich sind (Negativklärung iSv § 650k Abs. 1 Hs. 2 BGB)
    - + Hinweis im Begleitschreiben, dass allein beurkundete Baubeschreibung maßgebend, nicht Exposé oder Prospekt
  - Aufforderung gegenüber Bauträger, dass relevante Abweichungen von hinreichend präzisen Angaben im Exposé oder Prospekt klar und deutlich gekennzeichnet werden müssen

Sebastian Herrler, München

## Konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen beim beurkundeten Vertrag?

---

Vielen Dank für Ihre  
Aufmerksamkeit!