

# DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

10/1993 · Oktober 1993

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

AGBG § 1; BGB §§ 242, 638 - Gewährleistungsausschluß bei Verkauf neuerrichteter Eigentumswohnungen durch Privatleute  
BGB §§ 398, 158 - Auslegung abgetretener Gewährleistungsansprüche

### Rechtsprechung

BGB §§ 243, 516, 1372, 1587 c; ZPO § 323 - Anpassung einer vertraglichen Rente wegen späterer Scheidung  
BGB §§ 436, 446, 459 - Zusicherung bei Erschließungskosten  
BGB §§ 1105; ZPO § 323 - Bestimmtheitsgrundsatz bei Reallast  
EGBGB Art. 1 - Anwendung ausländischen Rechts  
HGB §§ 1, 105 - Betriebsaufspaltung, Handelsgewerbe, Besitzgesellschaft, offene Handelsgesellschaft  
GBO §§ 18, 20; BGB § 877; WEG §§ 3, 8 - Veränderung der Größe der Miteigentumsanteile im Wohnungseigentum  
ZPO §§ 929, 932; GBO §§ 19, 22, 27, 29, 53 - Löschung einer Resthypothek  
EStG § 10 e - Vorkosten bei teilentgeltlichem Erwerb  
EStG §§ 10, 12, 13 - Dauernde Lasten bei Wirtschaftsüberlassungsvertrag  
EStG §§ 4, 13, 22 Nr. 1 - Wiederkehrende Bezüge aufgrund eines Wirtschaftsüberlassungsvertrags  
EStG §§ 4, 5, 12, 15 - Stundung eines Pflichtteilsanspruchs  
EStG §§ 6, 7; HGB § 255 - Wohnflächenabweichung als Baumangel  
VermG § 1, 4 - Vorrang des VermG

### Fortbildung

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### AGBG § 1; BGB §§ 242, 638

#### Vielzahl vorformulierter Verträge, individualvertraglicher Gewährleistungsausschluß bei neuhergestellten Bauwerken

#### Frage

1. Ist eine Vielzahl von Verträgen vorformulierter Vertragsbedingungen im Sinne des AGB-Gesetzes schon ab zweifacher Verwendung des gleichen Vertragstextes durch Privatleute anzunehmen?

2. Können Privatleute beim Verkauf von zwei neuerrichteten Eigentumswohnungen die Haftung für Baumängel persönlich ausschließen und den Käufer auf die Abtretung der Ansprüche gegen die Baufirmen und Handwerker verweisen, wobei der Käufer keine Haftung für die Durchsetzbarkeit der abgetretenen Gewährleistungsansprüche übernimmt?

#### Sachverhalt

Die Verkäufer haben gemeinsam mit Eigenleistung Ihrer Ehemänner zwei Doppelhaushälften als Privatleute errichtet. Die beiden Doppelhaushälften sollten ursprünglich vermietet werden und als Sicherheit für die Altersversorgung dienen. Durch die gestiegene Zinsbelastung sahen sich die Ehefrauen genötigt, nach Fertigstellung der beiden Doppelhaushälften diese zu verkaufen. Da eine Vermessung in zwei getrennte Grundstücke vom Landratsamt nicht genehmigt wurde, erfolgte die Aufteilung in zwei Eigentumswohnungen nach dem Wohnungseigentumsgesetz, die beide im Miteigentum je zur Hälfte den beiden Frauen verblieben. Mit Kaufvertrag vom 26. Februar 1991 haben die Eigentümer eine Eigentumswohnung, mit Kaufvertrag vom 9. April 1991 die zweite Eigentumswohnung verkauft.

In beiden Kaufverträgen wurde über die Gewährleistung gleichlautend vereinbart:

"Für Sachmängel aller Art übernimmt der Verkäufer, soweit nicht zwingende Rechtsvorschriften entgegenstehen, keine Haftung, insbesondere nicht für den baulichen Zustand des Sonder- und Gemeinschaftseigentums, Bodenbeschaffenheit, Ertragsfä-

higkeit und Ausnutzbarkeit für die Zwecke des Käufers. Der Käufer hat den Vertragsgegenstand besichtigt, er übernimmt ihn - Gemeinschaftseigentum und Sondereigentum - im gegenwärtigen Zustand. Der Verkäufer versichert, daß ihm verborgene, bei einer Besichtigung nicht erkennbare Mängel, nicht bekannt sind. Der Verkäufer tritt hiermit alle ihm zustehenden gesetzlichen und/oder vertraglichen Gewährleistungsansprüche, Schadensersatzansprüche oder Erfüllungsansprüche gegen alle oder einzelne am Bau und dessen Planung Beteiligte an den Käufer ab."

Der Kaufvertrag vom 9. April 1991 enthält noch den Zusatz: "Der Verkäufer verpflichtet sich, den Käufer hierbei zu unterstützen und ihm die Gewährleistungsfristen bekanntzugeben."

Bei beiden Objekten haben sich Mängel gezeigt. Die Käufer rügen nun diese Mängel und halten den Gewährleistungsausschluß im Hinblick auf § 11 Nr. 10 AGB-Gesetz für unwirksam. Sie sind der Meinung, daß das AGB-Gesetz schon bei zwei gleichlautenden Verträgen Anwendung findet.

### Zur Rechtslage

1. Nach § 1 Abs. 1 S. 1 AGBG liegen allgemeine Geschäftsbedingungen vor, wenn sie für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind. Wann dieses Tatbestandsmerkmal erfüllt ist, ist strittig. Diese Frage ist, soweit ersichtlich, obergerichtlich nicht abschließend geklärt.

Im Kommentar von Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, 2. Aufl., ist bei § 1 Rz. 14 vermerkt: "... falls nur zwei Verträge geplant sind, liegt bereits eine Vielzahl (vorformulierter Verträge) vor, da die mangelnde Bereitschaft zum Aushandeln und die einseitige Inanspruchnahme von Gestaltungsmacht zum Ausdruck kommt. Sind mehrere Verträge geplant, so reichen zwei Fälle nicht ohne weiteres, da sie auf zufälliger Übereinstimmung beruhen können."

Dagegen haben für das Vorliegen einer Vielzahl von Verträgen drei und mehr Verträge gefordert:

Kühne, JR 1977, 133; BGH NJW 1981, S. 2343 (5 Verträge); BGH BauR 1985, 93 (3 Verwendungsfälle); LG Konstanz, BB 1981, 1420 (mehr als 3 Verträge); Koch/Stübing, Rz. 15; von Falkenhausen, BB 1977, S. 1125 (mehr als 3 Verträge); Korbmann/Locher, AGB-Gesetz und Bauerrichtungsverträge, S. 7; Erman/Hefermehl, BGB-Kommentar, § 1 AGB-Gesetz, Rz. 11; BGH WM 84,1610 (3 Verträge); Löwe/von Westphalen/Trinkner, Kommentar zum AGB-Gesetz, § 1, Rz. 8; Münchener Kommentar/Götz, 2. Aufl., § 1, Rz. 6; Schipfel/Brambring, DNotZ 1977, S. 143; von Westphalen, BB 1976, S. 1289 (mehr als 3 Verträge); Willemsen, NJW 1982, S. 1122 (mindestens 3 Verträge); Braun, BB 1979, S. 692 (mehr als 4 Verträge); Kanzleiter, DNotZ 1987, 651 (656) (mindestens 3 Verträge).

3. Der BGH hat unabhängig vom Vorliegen eines Formularvertrages die gleiche unabdingbare fünfjährige werkvertragliche Gewährleistungspflicht auch für den privaten Verkäufer eines neuhergestellten Objekts statuiert (vgl. Brambring, DAI-Skript zur "Tagung Grundstückskauf und Grundpfandrechte - Ausgewählte Fragen in der notariellen Praxis", 207 ff):

"Der Senat hält an seiner Rechtsprechung fest, wonach ein formelhafter Ausschluß der Gewährleistung für Sachmängel beim Erwerb neu errichteter oder noch zu errichtender Eigentumswohnungen und Häuser auch in einem notariellen Individualvertrag gemäß § 242 BGB unwirksam ist, wenn die Freizeichnung nicht mit dem Erwerber unter ausführlicher Belehrung über die einschneidenden Rechtsfolgen eingehend erörtert worden ist." Soll der Veräußerer für "sichtbare Sachmängel" nicht haften, so ist das eine formelhafte Freizeichnung (BGH DNotZ 1988, 293).

Der BGH hat in einer Reihe von Entscheidungen die auf § 242 BGB gestützte Erweiterung der Gewährleistung und die Unwirksamkeit eines formelhaften Gewährleistungsausschlusses bestätigt (DNotZ 1987, 681; DNotZ 1989, 299; DNotZ 1986, 611 und DNotZ 1990, 96).

Bereits in der ersten dazu ergangenen Entscheidung war als Ersatz für den ausgeschlossenen Gewährleistungsanspruch gegen den Verkäufer ein anderweitiger Gewährleistungsausschluß abgetreten (BGH DNotZ 1982, 626; so auch in BGH DNotZ 1986, 611), teilweise waren diese Gewährleistungsausschlüsse noch weiter begrenzt, so z.B. auf erkennbare Mängel (BGH DNotZ 1986, 611). An der Unwirksamkeit des Gewährleistungsausschlusses hat diese Abtretung allein nichts geändert.

Ein Gewährleistungsausschluß beim Verkauf durch Private mittels Individualvertrag wurde vom BGH aber dann für wirksam gehalten:

"... wenn die Freizeichnung mit dem Erwerber unter ausführlicher Belehrung über die einschneidenden Rechtsfolgen eingehend erörtert worden ist. Es ist weiterhin möglich, in notariellen Individualverträgen wirksam einen Gewährleistungsausschluß zu vereinbaren. Diese Freizeichnung des Veräußerers ist allerdings nach Treu und Glauben so auszugestalten, daß Umfang und Tragweite von dem Erwerber erkannt und überblickt werden können. Die Rechtsfolgen des Gewährleistungsausschlusses müssen dem Erwerber - abgestimmt auf den Einzelfall - in einer für ihn verständlichen Sprache gewissermaßen "vor Augen geführt" werden. Er muß auch als juristisch nicht vorgebildeter Laie erkennen können, daß ihm aufgrund der getroffenen Vereinbarung bei etwaigen Mängeln des erworbenen Hauses oder der erworbenen Eigentumswohnung keinerlei Ansprüche gegen den Veräußerer zustehen. Wird der Erwerber dagegen durch eine formelhafte, aus Formularverträgen oder AGB entnommene Klausel "überrumpelt", die den Anschein der Rechtmäßigkeit, Vollständigkeit und Ausgewogenheit verbreitet und deren Tragweite er nicht durchschaut, kann sie nur Bestand haben, wenn der Erwerber über die einschneidenden Folgen einer solchen Regelung aufgeklärt wurde." (BGH DNotZ 1990, 96).

Dies könnte hier dadurch problematisch sein, da mit der Abtretung der Ansprüche gegen an Bau und Planung Beteiligte bei den Käufern der Eindruck erweckt werden könnte, daß sie eine Gewährleistung erhalten, die der durch den Verkäufer gleichwertig ist. Ob bei den Käufern ein derartiger Eindruck entstanden ist und wie die Belehrung während der Beurkundung ausgefallen ist, kann nur konkret ermittelt werden und ist Beweisfrage. Aus den Formulierungen im Vertrag kann weder eine individuelle Gestaltung des Gewährleistungsausschlusses, noch eine eingehende Belehrung gefolgert werden. Der BGH hat in

der o.g. Entscheidung vorgeschlagen, daß der beurkundende Notar das vor und während der Beurkundung geführte Gespräch über den Haftungsausschluß, das Einverständnis des Erwerbers hiermit und die Belehrung des Notars beweiskräftig dokumentiert, um etwaige Beweisprobleme zu verhindern.

Ein fehlender Belehrungsvermerk indiziert aber außer in den Fällen der §§ 17 Abs. 2 S. 2, 21 Abs. 1 S. 2 BeurkG nicht das Fehlen einer Belehrung. Nicht der Vermerk, sondern die tatsächliche Belehrung ist ausschlaggebend (Brambring, DNotZ 1990, 102). Die Rechtsprechung des BGH zur Kontrolle von Gewährleistungsausschlüssen in Individualverträgen anhand von § 242 BGB wird in der Literatur heftig kritisiert (Kanzleiter, a.a.O.; Beck'sches Notarhandbuch, Brambring, A I, Rz. 148). Diese Kritik hat aber in der Rechtsprechung bislang nur wenig Anerkennung gefunden (Brambring, DNotZ 1990, 99).

## **BGB §§ 398, 158**

### **Bedingt abgetretene Gewährleistungsansprüche**

#### **Frage**

Bedeutet der Begriff "durchsetzen", daß ein entsprechender Titel gerichtlich erstritten werden kann, wobei es auf die tatsächliche Realisierung der Ansprüche nicht ankommt, oder daß der Käufer sich tatsächlich beim Verkäufer schadlos halten kann?

#### **Sachverhalt**

Ein Bauträger hat beim Verkauf von Wohnungen Gewährleistungsansprüche, die ihm zustehen, an die Käufer abgetreten. Er wählte dazu im Vertrag die folgenden Formulierungen:

"Der Verkäufer bevollmächtigt den Käufer, Gewährleistungsansprüche im Namen des Verkäufers bei den beteiligten Handwerkern, Lieferanten usw. geltend zu machen. Der Verkäufer verpflichtet sich, auf Verlangen des Käufers diesem eine Liste der Bauunternehmer und der Handwerker unter Angabe der jeweiligen Gewährleistungsfristen auszuhändigen."

Weiter heißt es:

"Der Verkäufer tritt hiermit die ihm gegen den Architekten und die Baubeteiligten zustehenden Gewährleistungsansprüche für den Fall an den Käufer ab, daß der Käufer die ihm nach diesem Vertrag gegen den Verkäufer zustehenden Gewährleistungsansprüche nicht durchsetzen kann."

#### **Rechtslage**

Gegenstand der Anfrage ist die Auslegung des Begriffs "Durchsetzung". Diese Frage ist, soweit ersichtlich, nicht Gegenstand einer Entscheidung gewesen und auch nicht in der Literatur erörtert worden. Die Auslegung eines einzelnen Begriffs kann von weiteren Faktoren bestimmt werden, die aus dem geschilderten Sachverhalt nicht hervorgehen, insoweit kann eine verbindliche Auslegung nur durch das erkennende Gericht erfolgen.

1. Die Auslegung eines Vertrages nach §§ 133, 157 BGB muß zunächst am Wortlaut ansetzen. Durchsetzung ist zunächst ein Oberbegriff und umfaßt sowohl die tatsächliche, wie die rechtliche Durchsetzbarkeit. Nachdem diese Klauseln in einer notariellen Niederschrift niedergelegt sind, sollte einiges dafür

sprechen, daß, wenn der Oberbegriff ohne einschränkende Adjektive verwendet wird, auch die uneingeschränkten Rechtswirkungen gewollt sind.

2. Eine Einschränkung der Voraussetzung für die Abtretung der Gewährleistungsansprüche könnte aus dem systematischen Zusammenhang folgen.

Ausgangspunkt der Ansicht, daß "Durchsetzung" nur die rechtliche Durchsetzung meint, könnte sein, daß zwischen der Bevollmächtigung der Käufer, die Gewährleistungsansprüche geltend zu machen und der Abtretung der Gewährleistungsansprüche an diese ein Stufenverhältnis besteht. Die Abtretung würde erst dann greifen, wenn die Käufer aufgrund der Vollmacht des Verkäufers keine Gewährleistungsansprüche mehr geltend machen könnten. Dies wäre nur dann der Fall, wenn die Vollmacht widerrufen würde oder wenn der Verkäufer oder sein Rechtsnachfolger nicht mehr existent wäre.

3. Auf der anderen Seite ist eine derartige Auslegung zu eng, wenn man das Ziel und den historischen Hintergrund dieser Regelung betrachtet. Die Abtretung der Gewährleistungsansprüche würde nur dann eingreifen, wenn der Verkäufer nicht mehr existent ist. Denkbar wäre dies nur in dem Fall, in dem der Verkäufer eine juristische Person und diese infolge Vermögenslosigkeit erloschen ist.

Hintergrund der Abtretung der Gewährleistungsansprüche ist zum einen ein verstärkter Käuferschutz, zum anderen die Entlastung des Verkäufers, der die gegen ihn erhobenen Gewährleistungsansprüche im Regelfall an die am Bau beteiligten Handwerker weitergeben wird. Macht der Käufer diese Ansprüche nun direkt bei den Handwerkern geltend, so wird der Weg abgekürzt, die Mängelbeseitigung beschleunigt und der Verkäufer entlastet. Die Abtretung der Ansprüche verstärkt im Vergleich zur bloßen Vollmacht die Stellung der Käufer. Da die Haftung des Verkäufers unberührt bleibt, ist eine sofortige Abtretung der Gewährleistungsansprüche gegen die Handwerker nicht sinnvoll. Der Käufer könnte den Verkäufer in Anspruch, dieser aber nicht mehr beim Bauhandwerker Regreß nehmen, da er nach der Abtretung nicht mehr Anspruchsinhaber ist.

Wenn aber die Inanspruchnahme des Verkäufers ausscheidet, sei es weil Ansprüche gegen ihn weder tatsächlich noch rechtlich durchgesetzt werden können, kann der Gewährleistungsanspruch für den Verkäufer gefahrlos abgetreten werden. Ein Grund, hier nach tatsächlicher und rechtlicher Durchsetzbarkeit zu unterscheiden, besteht nicht.

4. Die Abtretung der Gewährleistungsansprüche gegen am Bau beteiligte Unternehmer in Verbindung mit einem Ausschluß der Gewährleistungsansprüche gegen den Verkäufer war früher in Bauträgerverträgen üblich. Dabei kam es zu der Konstellation, daß die abgetretenen Ansprüche gegen die am Bau Beteiligten nicht mehr durchgesetzt werden konnten. In diesem Fall ließ die Rechtsprechung die Haftung des Verkäufers wieder aufleben. Es genügte aber jeweils, daß die Ansprüche gegen die Handwerker tatsächlich nicht mehr durchgesetzt werden konnten, eine Beschränkung auf die rechtliche Durchsetzbarkeit wurde nicht anerkannt (Pastor, Der Bauprozeß, 7. Aufl., Rz 1896, 1898; Kaiser, Das Mangelhaftungsrecht in Baupraxis und Bauprozeß, 7. Aufl., Rz. 139a; BGH NJW 1980, 282;

2800; BGH NJW 1982, 169). Dies ist zwar der zum Sachverhalt genau spiegelbildliche Fall, zur Auslegung des Begriffs Durchsetzung sollten diese Entscheidungen jedoch herangezogen werden können.

Die vorliegende Konstellation Käufer-Verkäufer-Bauhandwerker könnte mit Einschränkungen mit einem Einwendungsdurchgriff verglichen werden, wie er früher im Rahmen des AbzG möglich war. Der Einwendungsdurchgriff wird hier nicht auf § 242 BGB gestützt, sondern ausdrücklich im Vertrag geregelt. Der Unterschied ist hier, daß der Käufer mit dem am Bau beteiligten Handwerkern nicht in direkten Beziehungen steht und daß diese erst durch die Abtretung der Gewährleistungsansprüche hergestellt werden müssen.

Im Rahmen des Einwendungsdurchgriffes wurde immer die vorrangige Inanspruchnahme des Verkäufers statuiert. Eine vorrangige Inanspruchnahme war aber dann nicht mehr möglich, wenn die Ansprüche gegen den Verkäufer nicht durchgesetzt werden konnten; die Durchsetzung gegen den Verkäufer war dann nicht möglich, wenn der Verkäufer nicht mehr existent war, der Verkäufer insolvent war, oder schließlich, wenn der Käufer die Erfüllung von vornherein ernsthaft verweigert hat. In allen diesen Fällen wurde nie die rechtliche Durchsetzbarkeit, sondern, wie dargestellt, immer nur die tatsächliche Durchsetzbarkeit und wann diese gescheitert ist, diskutiert (vgl. dazu Palandt/Putzo, 48. Aufl., Anh. zu AbzG § 6, Anm. 5b)

## Rechtsprechung

**BGB §§ 243, 516 ff., 1372, 1587 c; ZPO § 323**

**Anpassung einer vertraglichen Rente wegen späterer Scheidung**

**1. Eine ehebedingte Zuwendung liegt dann vor, wenn ihr die Vorstellung oder Erwartung der Ehegatten zugrundeliegt, daß ihre eheliche Lebensgemeinschaft - nicht bloß dem Bande nach - Bestand haben wird.**

**2. Eine gemischte Schenkung liegt nur dann vor, wenn sich die Parteien über die teilweise Unentgeltlichkeit einig waren (Leits. der Red.).**

BGH, Urt. v. 17.2.1993 - XII ZR 232/91 (Koblenz)  
Kz.: L I 1 § 516 BGB (= NJW-RR 1993, 773)

### **Problem**

Die Parteien lebten seit über 25 Jahren getrennt. In Folge einer Überschuldung der Ehefrau erwarb der Ehemann ein ihr zuvor überlassenes Grundstück zurück. Der Ehemann verpflichtete sich durch notariellen Vertrag u.a. zur Zahlung einer monatlichen Rente von DM 1.000,-, die durch eine Reallast im Grundbuch gesichert wurde. Die Rente wurde durch eine Spannungs Klausel gesichert. Darüber hinaus behielt man sich die Anwendung von § 323 ZPO vor.

Vier Jahre später wurde die Ehe der Parteien geschieden. Der Ehefrau wurden ehezeitbezogen DM 1.212,- gesetzliche Rentenanwartschaften übertragen, wobei eine Herabsetzung gemäß § 1587 c BGB von seiten des Gerichts abgelehnt wurde. Mit der vorliegenden Klage strengte der Ehemann die Abänderung des notariellen Vertrages an und begehrte den Wegfall der Rentenzahlungsverpflichtung, da die Beklagte nunmehr ausreichend gesichert sei.

### **Lösung**

1. Das Gericht widerspricht der Auffassung des Klägers, bei der Rentenzahlungsverpflichtung handelte es sich um eine unbenannte - ehebedingte - Zuwendung, die nach Regelung des Versorgungsausgleichs im Zusammenhang mit der Scheidung wegzufallen habe. Eine ehebedingte Zuwendung liege nur dann vor, wenn in Erwartung des Bestandes der ehelichen Lebensgemeinschaft geleistet werde und dies mit dem Zweck geschehe, die eheliche Lebensgemeinschaft individuell auszugestalten und zu sichern. Die bloße Vorstellung, die Ehe bleibe dem Bande nach aufrechterhalten, reiche für die Annahme einer ehebedingten Zuwendung nicht, da insoweit nicht die Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft intendiert war.

2. Ein Wegfall der Geschäftsgrundlage komme aber auch nicht unter dem Aspekt in Betracht, daß es sich hier um eine gemischte Schenkung handele. Zum einen sei Voraussetzung einer gemischten Schenkung, daß sich die Parteien über die teilweise Unentgeltlichkeit einig waren, was vorliegend nicht festgestellt wurde. Zum anderen rechtfertige die Erwartung des Klägers, nach 25-jähriger Trennung werde nun auch keine Scheidung mehr beantragt, nicht die Annahme einer gemeinsamen Geschäftsgrundlage. Lediglich einseitige Erwartungen, die der andere Teil nicht akzeptiert und in seinen Geschäftswillen aufgenommen hat, rechtfertigten nicht die Anwendung dieses Rechtsinstituts.

**BGB §§ 436, 446, 459**

**Zusicherung, Erschließungskosten**

**Die Erklärung des Grundstückverkäufers im notariellen Kaufvertrag, Kosten der Erschließung seien im Preis enthalten, ist nicht die Zusicherung einer Eigenschaft des Grundstücks, sondern eine von der gesetzlichen Regelung abweichende Bestimmung, wer im Innenverhältnis die Erschließungskosten zu tragen hat (Abgrenzung zum Senatsurteil v. 28.11.1980, V ZR 105/79, NJW 1981, 1600, 1601).**

BGH, Urt. v. 2.7.1993 - V ZR 157/92 (Koblenz)  
Kz.: L I 1 - § 459 BGB

**BGB § 1105; ZPO § 323**

**Reallast, Bestimmtheitsgrundsatz**

**Soll durch eine Reallast der angemessene Unterhalt und seine Anpassung an veränderte Verhältnisse gesichert werden, muß als Mindestvoraussetzung für die Bestimmbarkeit der künftigen Leistungen festgelegt werden, welchen Betrag die Beteiligten derzeit als angemessenen Unterhalt ansehen. Weiter ist anzugeben, durch welche Einkünfte dieser Betrag im einzelnen aufgebracht wird.**

BayObLG, Beschl. v. 18.5.1993 - 2 Z BR 23/93  
Kz.: L I 1 - § 1105 BGB

### **Problem**

Die Reallast unterliegt als dingliches Recht dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz. Diesem ist zwar auch dann genügt, wenn die aus dem Grundstück zu entrichtenden wiederkehrenden Leistungen - etwa in Abhängigkeit einer zukünftigen Entwicklung - bestimmbar sind. Vor allem nachrangig Berechtigten muß aber schon bei Bestellung ihrer Rechte ein Überblick über den möglichen künftigen Umfang der ihrem Recht vorgehenden Reallast möglich sein. Das BayObLG hatte sich deshalb vorliegend mit der Bestellung einer Reallast des Inhalts auseinanderzusetzen, daß Abänderungen der durch die Reallast zu sichernden Leistungen entsprechend § 323 ZPO bei jeder Änderung der Geschäftsgrundlage verlangt werden können.

### **Lösung**

Im Anschluß an eine Entscheidung des OLG Oldenburg (NJW-RR 1991, S. 1174) kündigt das BayObLG an, daß es nunmehr strengere Anforderungen als bisher an die Bestimmbarkeit der mit der Reallast gesicherten künftigen Leistungen stellen werde. Bei einer Unterhaltssicherungsklausel müsse der zur Bestreitung des standesgemäßen oder angemessenen Unterhalts benötigte Betrag, die Einkunftsquelle, aus der der Betrag bestritten wird, bei mehreren Einkunftsquellen auch deren jeweiliger Deckungsbeitrag sowie die Bestimmung des Unterhaltsbetrags für den Beteiligten allein oder auch für weitere, ihm gegenüber unterhaltsberechtigte Personen angegeben werden. Nur auf dieser Grundlage sei ausreichend bestimmbar, ob und in welchem Umfang sich eine Änderung der Verhältnisse auf die Höhe der gesicherten Leistungen auswirke. Im vorliegenden Fall wurde der Reallast folgerichtig mangels ausreichender Bestimmbarkeit die Eintragung im Grundbuch versagt.

### **EGBGB Art. 1**

**Anwendung des deutschen IPR von Amts wegen.**

**Kommt bei der Beurteilung eines Sachverhalts die Anwendung ausländischen Rechts in Betracht, ist das deutsche internationale Privatrecht von Amts wegen anzuwenden.**

BGH, Urt. v. 7.4.1993 - XII ZR 266/91  
Kz.: L XI 2 (= RIW 1993, 585)

### **HGB §§ 1, 105**

**Betriebsaufspaltung, Handelsgewerbe, Besitzgesellschaft, offene Handelsgesellschaft**

**Eine offene Handelsgesellschaft, deren Geschäftstätigkeit sich als Besitzgesellschaft nach einer Betriebsaufspaltung auf die Vermietung oder Verpachtung von Wirtschaftsgütern an eine Betriebsgesellschaft beschränkt, übt kein Handelsgewerbe aus. Die Gesellschaft besteht lediglich als BGB-Gesellschaft fort und verliert damit ihre Firmenfähigkeit.**

OLG Hamm, Beschl. v. 21.6.1993 - XV W 75/93  
Kz.: L VI 1 - § 105 HGB

### **Problem**

Gegenstand der vorliegenden Entscheidung war der nicht selten anzutreffende Fall, daß ein bisher einheitliches Unternehmen im Wege der Betriebsaufspaltung auf eine Besitz- und eine Betriebsgesellschaft aufgespalten wurde. Bei der Betriebsaufspaltung beschränkt sich die Tätigkeit der Besitzgesellschaft meist auf die Verpachtung der betriebsnotwendigen Gegenstände, wie z.B. Grundstücke etc. Ein selbständiges Unternehmen wird meistens von der Betriebsgesellschaft nicht mehr betrieben. Es fragt sich daher, wie sich die Betriebsaufspaltung auf die Besitzgesellschaft hinsichtlich der Firmenfähigkeit auswirkt.

### **Lösung**

Das OLG Hamm ist der Auffassung, daß die Gesellschaft als reine Besitzgesellschaft im Rahmen einer Betriebsaufspaltung rechtlich ihre Eigenschaft als Handelsgesellschaft verloren habe und damit die Firma erloschen sei. Eine Besitzgesellschaft, die sich im Rahmen einer Betriebsaufspaltung auf die Vermietung oder Verpachtung ihres Vermögens an eine Betriebsgesellschaft beschränke, könne nach § 105 HGB als offene Handelsgesellschaft fortbestehen, wenn ihre Tätigkeit als voll kaufmännisch eingerichteter Gewerbebetrieb zu qualifizieren ist. Die Anlage und Verwaltung eigenen Vermögens ist grundsätzlich keine gewerbliche Tätigkeit, es sei denn, es handele sich wegen des Umfangs der Verwaltung um eine berufsmäßige Tätigkeit. Das OLG Hamm folgt letztendlich der Rechtsprechung des BGH, der entschieden hat, daß eine Personengesellschaft, die sich auf die Verpachtung eines Betriebs oder einzelner Betriebsgegenstände beschränke, kein Handelsgewerbe betreibe (BGH NJW-RR 1990, 798).

### **GBO §§ 18, 20; BGB § 877; WEG §§ 3, 8**

**Sondereigentum, Pfandunterstellung, Änderung**

**1. Wird die Größe der Miteigentumsanteile sämtlicher Wohnungseigentumsrechte ohne Änderung des zugehörigen Sondereigentums verändert, so sind hierzu entsprechende Rechtsänderungs- und Auflassungserklärungen aller Wohnungseigentümer erforderlich und die Zustimmung der dinglich Berechtigten an den Wohnungseigentumsrechten, deren Miteigentumsanteil kleiner wird, ferner eine Pfandunterstellung seitens der Wohnungseigentümer, deren Miteigentumsanteil sich vergrößert.**

**2. Rechte, mit denen das Grundstück insgesamt belastet ist und die nach Maßgabe des § 4 der Verfügung über die grundbuchmäßige Behandlung der Wohnungseigentumsachen zu buchen sind, werden von der Inhaltsänderung nicht berührt.**

**3. Nicht erforderlich ist es, daß die Auflassungserklärungen erkennen lassen, welchem bestimmten Wohnungseigentumsrecht der von einem anderen Wohnungseigentumsrecht abgespaltene Miteigentumsanteil zugeschlagen wird. Es genügt, daß die Verringerung von Miteigentumsanteilen einzelner Wohnungseigentumsrechte insgesamt der Vergrößerung anderer Wohnungseigentumsrechte entspricht und feststeht, in welchem Umfang sich der Miteigentumsanteil jedes**

**einzelnen Wohnungseigentumsrechts verändert (Ergänzung von BayOLGZ 1958, 263).**

BayOLG Beschl. v. 16.4.1993 - 2 ZBR 34/93  
Kz.: L I 1 - § 877 BGB (= BayOLGZ 1993, 40)  
**ZPO §§ 929, 932; GBO §§ 19, 22, 27, 29, 53**

**1. Die aufgrund eines Arrests eingetragene Höchstbetrags-hypothek wird nicht unwirksam, wenn der Arrestbefehl dem Gläubiger nicht innerhalb der Frist des § 929 Abs. 3 S. 2 ZPO zugestellt wird.**

**2. Die durch Versäumung der Frist des § 929 Abs. 3 S. 2 ZPO eingetretene Unrichtigkeit des Grundbuchs kann nur aufgrund eines Unrichtigkeitsnachweises in der Form des § 29 GBO oder aufgrund der Bewilligung von Gläubiger und Eigentümer beseitigt werden; die Eintragung eines Amtswiderspruchs ist nicht möglich.**

BayObLG, Beschl. v. 7.4.1993 - 2 Z BR 25/93  
Kz.: L II 1 - § 929 ZPO

### **Problem**

Gegenstand der Entscheidung war die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Arresthypothek gelöscht werden kann. Ein Gläubiger der Eigentümer erwirkte gegen diese einen Arrest und beantragte sogleich die Eintragung einer Arresthypothek. Die Arresthypothek wurde innerhalb von 3 Wochen im Grundbuch eingetragen. Eine Zustellung des Arrestbefehls an die Eigentümer unterblieb jedoch. Die Eigentümer wollen nun, nachdem die Zustellung des Arrestbefehls nicht innerhalb der Monatsfrist erfolgt ist, die Löschung der Arresthypothek erreichen. Nach § 929 Abs. 3 S. 2 ZPO verliert der Arrestbefehl seine Wirkung, wenn die Zustellung nicht innerhalb der Monatsfrist des § 929 Abs. 2 ZPO erfolgt.

### **Lösung**

Der Antrag der Eigentümer auf Eintragung eines Amtswiderspruches bzw. einer Löschung von Amts wegen ist unbegründet.

Das Grundbuch ist zwar durch den Ablauf der Zustellungsfrist des § 929 Abs. 3 S. 2 ZPO unrichtig geworden, da die zunächst entstandene Hypothek rückwirkend wieder unwirksam geworden ist (vgl. Thomas Putzo, ZPO, 18. Aufl., § 932 ZPO Rnr. 4; OLG Frankfurt, Rechtspfleger 1982, 32). Die Eintragung eines Amtswiderspruches gemäß § 53 Abs. 1 S. 1 GBO setzt voraus, daß die Unrichtigkeit des Grundbuchs auf einer objektiven Rechtswidrigkeit der Eintragung beruht (vgl. dazu OLG Celle, Rechtspfleger 1990, 112; Horber/Demharter, GBO, 19. Aufl., § 53 Anm. 7 B BB; KEHE/Altmann, Grundbuchrecht, 4. Aufl., § 53, Rnr. 6 am Ende, die darüber hinaus noch den Verstoß gegen Verfahrensvorschriften fordern). Dies ist hier nicht der Fall, da im Eintragungszeitpunkt die Hypothek wirksam entstanden war.

Die Unrichtigkeit des Grundbuchs kann auch nicht durch eine Amtslöschung nach § 53 Abs. 1 S. 2 GBO beseitigt werden, weil keine inhaltlich unzulässige Eintragung vorliegt (vgl. dazu Horber/Demharter, § 53 Anm. 16; KEHE/Eickmann, § 53 Rnr. 15-18). Die Beseitigung der Höchstbetragshypothek kann auch nicht im Beschwerdeverfahren gemäß § 71 Abs. 2 S. 2

GBO erreicht werden, da ein gutgläubiger Erwerb der Höchstbetragshypothek möglich ist.

Die Löschung einer zwar zulässigen, aber inhaltlich unrichtigen Eintragung kann nur aufgrund der Bewilligung der Betroffenen oder aufgrund eines Unrichtigkeitsnachweises gemäß § 22 Abs. 1 S. 1 GBO, die jedoch beide der Form § 29 GBO bedürfen, vorgenommen werden.

Das Bayerische Oberste schlägt im vorliegenden Fall vor, die Unrichtigkeit des Grundbuchs durch eine notariell beglaubigte Erklärung des Gläubigers, daß eine Zustellung des Arrestbefehls nicht bewirkt worden sei, zu beweisen (vgl. OLG Köln, Rechtspfleger 1987, 301). In diesem Fall wäre für die Löschung der Hypothek nicht noch zusätzlich die Zustimmung der Eigentümer erforderlich.

### **ESTG § 10e**

#### **Vorkosten, teilentgeltlicher Erwerb**

**Zu den nach § 10e Abs. 6 EStG abziehbaren Vorkosten gehören auch laufende Grundstückskosten, wie z.B. Grundsteuer und Gebäudeversicherungsprämien, soweit sie auf die Zeit entfallen, in der die Wohnung zwischen Herstellung oder Anschaffung und Nutzung zu eigenen Wohnzwecken weder vermietet noch vom Steuerpflichtigen unentgeltlich überlassen war.**

**Erwirbt ein Steuerpflichtiger eine zu eigenen Wohnzwecken genutzte Wohnung im Wege vorweggenommener Erfolge durch Übernahme von Verbindlichkeiten teilentgeltlich, sind die Vorkosten im Verhältnis des Verkehrswertes der Wohnung zu den übernommenen Verbindlichkeiten aufzuteilen und nur mit dem den Verbindlichkeiten entsprechenden Anteil nach § 10e Abs. 6 EStG zu berücksichtigen.**

BFH, Urt. v. 24.3.1993 - X R 25/91 (= HFR 1993, 506)  
Kz.: L IX 1 - § 10e EStG (= FR 1993, 573)

### **EStG §§ 10, 12, 13**

#### **Wirtschaftsüberlassungsvertrag, Hofübergabe, Unterhaltsleistung**

**1. Bei einem sog. Wirtschaftsüberlassungsvertrag kann der Nutzungsberechtigte alle vertragsgemäß übernommenen Leistungen als Sonderausgaben (dauernde Lasten) abziehen, sofern es sich nicht um Unterhaltsleistungen handelt.**

**2. Ist der Wirtschaftsüberlassungsvertrag Vorstufe zur Hofübergabe, greift das Abzugsverbot für Unterhaltsleistungen erst dann ein, wenn der Wert des zur Nutzung überlassenen Vermögens weniger als die Hälfte des kapitalisierten Werts der zugunsten des Hofeigentümers übernommenen Leistungen beträgt.**

BFH, Urt. v. 18.2.1993 - IV R 106/92 (= BStBl II 1993, 546)

**EStG §§ 4, 13, 22**

**Wirtschaftsüberlassungsvertrag, Hofübergabe, Unterhaltsleistungen, wiederkehrende Bezüge beim Hofeigentümer**

**Bei einem sog. Wirtschaftsüberlassungsvertrag sind die vom Nutzungsberechtigten vertragsgemäß übernommenen Leistungen beim Hofeigentümer als wiederkehrende Bezüge zu erfassen, soweit es sich nicht um Unterhaltsleistungen handelt (Ergänzung zu BFH-Urt. v. 18.2.1993 IV R 106/92, s. oben).**

BFH, Urt. v. 18.2.1993 - IV R 50/92 (= BStBl II 1993, 548)

Kz.: L IX 1 - § 22 Nr. 1 EStG

**Anmerkungen zu den beiden BFH-Urteilen:**

Der BFH hat einen Wirtschaftsüberlassungsvertrag, den der Vater mit seinem Sohn für neun Jahre schloß und in dem sich der Sohn zur Einräumung eines Wohnrechts zugunsten der Eltern sowie zur Verpflegung und einer monatlichen Zahlung von 1.000,- DM verpflichtete (1. Fall; IV R 106/92), aufgrund des familienrechtlichen Vertragstypus mit erbrechtlichem Bezug als Vorwegnahme der künftigen Erbregelung behandelt. Folglich wurde das Entgelt nicht als Gegenleistung für die Nutzungsüberlassung angesehen. Die typischen Altenteilsleistungen und die übrigen Aufwendungen sollten beim Kläger (Sohn) aber als Sonderausgaben abziehbar sein. Für die Anerkennung als Sonderausgaben muß allerdings eine Vergleichsrechnung angestellt werden, um festzustellen, ob in dem vorliegenden Fall der Unterhaltscharakter offensichtlich überwiegt und somit ein Abzugsverbot des § 12 Nr. 2 EStG vorliegt. Ein wesentlicher Anhaltspunkt für das Überwiegen einer Unterhaltsleistung kann im allgemeinen darin gesehen werden, wenn der Wert der Gegenleistung (hier Nutzungsüberlassung, d.h. hier Pachtwert) bei überschlägiger und großzügiger Berechnung weniger als die Hälfte des Wertes der Rentenverpflichtung beträgt. Eine Vergleichsrechnung sollte bei einem Wirtschaftsüberlassungsvertrag in jedem Fall durchgeführt werden, da in einer derartigen Wirtschaftsüberlassung in der Regel eine Vorstufe zur Hofübergabe gesehen wird.

In dem zweiten Urteil hat der BFH für die erbrachten altenteilsähnlichen Leistungen beim Nutzungsberechtigten (späteren Erben) den Sonderausgabenabzug als dauernde Lasten nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG zugelassen.

Dementsprechend sind diese Leistungen beim Hofeigentümer als sonstige Einkünfte nach § 22 Nr. 1 EStG erfaßt worden. Hierzu zählten auch die übernommenen betrieblichen Aufwendungen sowie die Tilgungsleistungen des Betriebs, die als wiederkehrende Bezüge im Sinne des § 22 Nr. 1 EStG gewertet wurden, weil sich der Hofeigentümer mit der Nutzungsüberlassung die Vermögenserträge vorbehalten hat. Derartige Werte sind bei einer Vergleichsrechnung (Gegenleistung und Wert der übernommenen Verpflichtungen; s. hierzu oben) zu berücksichtigen. Bei der Vergleichsrechnung sind aber nicht nur der Wert der bloßen Nutzungsüberlassung, sondern wie bei der

Hofübergabe selbst, der Wert des Betriebsvermögens zugrunde zu legen. Der Hofeigentümer kann die übernommenen betrieblichen Aufwendungen (Zins- und Gebäudeaufwendungen) mit Ausnahme der Tilgungsleistungen als Betriebsausgaben abziehen, da die Hofeigentümerin weiterhin Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft erzielt, solange sie nicht die Betriebsaufgabe erklärt. Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung sind folglich die vom Nutzungsberechtigten übernommenen Tilgungsleistungen beim Hofeigentümer zu versteuern, da diesen keine entsprechenden Betriebsausgaben gegenüberstehen.

**EStG §§ 4 Abs. 1 und 4, 5 Abs. 1, 12 Nr. 1, 15 Abs. 1 Nr. 2  
Pflichtteilsanspruch, Verzinsung, Betriebsschuld, Erbaueinandersetzung**

**Wird ein Pflichtteilsanspruch aufgrund Vereinbarung mit dem Erben eines Betriebs verzinslich gestundet, sind die Schuldzinsen mangels Vorliegens einer Betriebsschuld nicht als Betriebsausgaben abziehbar. Entsprechendes gilt für den in eine KG eingetretenen Erben eines Kommanditanteils hinsichtlich des Abzugs von Sonderbetriebsausgaben. Soweit die BFH-Urteile vom 19.5.1983 IV R 138/79 (BStBl II 1983, 380), vom 2.4.1987 IV R 92/85 (BStBl II 1987, 621), vom 28.4.1989 III R 4/87 (BStBl II 1989, 618) und vom 17.4.1985 I R 101/81 (BStBl II 1985, 510) hiervon abweichen, sind sie durch die Beschlüsse des Großen Senats vom 4.7.1990 GrS 2-3/88 (BStBl 2 1990, 817) und vom 5.7.1990 GrS 2/89 (BStBl 1990, 837) überholt.**

BFH, Urt. v. 2.3.1993 - VIII 47/90 (= FR 1993, 510)

Kz.: L IX 1 - § 15 EStG

**EStG §§ 6, 7; HGB § 255  
Herstellungskosten, AfaA, Wohnfläche**

**Wird eine Eigentumswohnung mit einer kleineren Wohnfläche als vereinbart errichtet, so stellt dies einen Baumangel vor Fertigstellung eines Gebäudes dar, der auch dann keine Absetzungen für außergewöhnliche technische oder wirtschaftliche Abnutzung rechtfertigt, wenn er erst nach der Fertigstellung des Gebäudes entdeckt worden ist (Anschluß an die Senatsentscheidung vom 31.3.1992 IX R 164/87, BStBl II 1992, 805).**

BFH, Urt. v. 27.1.1993 - IX R 146/90

Kz.: L IX 1 - § 7 EStG

**DDR: ZGB §§ 63, 66, 297; VermG §§ 1, 4  
Scheingeschäft, Vorrang des VermG**

**Bei einem Grundstücksgeschäft greift die Ausschließlichkeitwirkung des Vermögensgesetzes selbst dann ein, wenn der in der Beurkundung eines Scheingeschäfts liegende Rechtsverstoß auch im Interesse des Erwerbers erfolgt ist.**

**Ein die Ausschließlichkeitwirkung des Vermögensgesetzes begründendes tatsächliches Vorbringen ist materiell-rechtlich eine von Amts wegen zu berücksichtigende Einwendung gegen den vor den Zivilgerichten verfolgten Herausgabe- oder Grundbuchberichtigungsanspruch.**

BGH, Urt. v. 9.7.1993 - V ZR 262/91 (BezG Potsdam)  
Kz.: L VI 2 - § 1 VermG

## Fortbildung

### Veranstaltungen des DAI - Fachinstitut für Notare:

#### 1. Aktuelle Probleme des Rechts der neuen Bundesländer (6/93)

Neuer Termin: 22.10.1993 - Essen, Queens Hotel  
23.10.1993 - Hannover, Maritim-Hotel

#### 2. Aktuelle Einzelfragen des GmbH-Rechts

22.10.1993 - Hamburg, Steigenberger-Hotel  
23.10.1993 - Frankfurt/Main, Frankfurter Hof  
05.11.1993 - Berlin, Bristol Hotel Kempinski  
06.11.1993 - München, Bayerischer Hof

#### 3. Rechtsfragen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in der notariellen Praxis

13.11.1993 - Rendsburg, Conventgarten  
11.12.1993 - Münster, Dorint-Hotel

#### 4. Intensivkurs zum Gesellschaftsrecht

11.-13.11.1993 - Bad Kissingen

#### 5. Erbrecht in der Kautelarpraxis

15. und 16. 11.1993 - Bremen, Park-Hotel

#### 6. Landwirtschaftsrecht

18./19.11.1993 - Bad Wildungen

#### 7. Wichtige Einzelfragen zum Grundstückskauf

26. und 27.11.1993 - München

#### 8. Praxisfragen zum Anderkonto

27.11.1993 - Oldenburg

#### 9. Grundkurs für angehende Anwaltsnotare

Kurs I 22.11.-03.12.1993  
Timmendorfer Strand, Maritim-Hotel  
Kurs II 31.01.-11.02.1994  
Bad Kissingen, Kurhaus

**Anfragen und Anmeldungen sind zu richten an das:**  
Deutsche Anwaltsinstitut e.V. - Fachinstitut für Notare -  
Postfach 10 11 09, Bochum, Tel.: 0234/9706417,  
Fax: 0234/703507

### Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Köln -  
97070 Würzburg, Kaiserstraße 23  
Telefon: 09 31/3 55 76-0  
Telefax: 09 31/3 55 76-225

#### 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. Peter Limmer, Kaiserstraße 23, 97070 Würzburg

#### Bezugsbedingungen:

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalender-Halbjahres erfolgen.

#### Bezugspreis:

Halbjährlich DM 150.--, Einzelheft DM 8,50. Jeweils zuzüglich Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten. 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, Kaiserstraße 23, 97070 Würzburg

#### Druck:

Bernhard GmbH, Postfach 1265, 42929 Wermelskirchen, Tel: 0 21 96/60 11, Fax: 0 21 96/8 15 15



