

# DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

16/1996 · August 1996

## Inhaltsübersicht

|  |  |
|--|--|
| <p><b>Aus der Gutachtenpraxis des DNotI</b><br/>         BGB § 312 - Erbschaftsvertrag - Verzicht auf Pflichtteilergänzungsansprüche<br/>         GmbHG §§ 56, 7 - Verdeckte Sacheinlage; Heilung durch Umwidmung; Zeitpunkt der Werthaltigkeit<br/> <b>Rechtsprechung</b><br/>         BGB § 313 - Arglisteinwand bei Berufung auf den Formmangel</p> | <p>BGB §§ 985, 1004; EGBGB Art. 233 § 2 a Abs. 9; SachenRBerG § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 - Moratorium für öffentliche Zwecke<br/>         BGB §§ 242, 275, 323; Pr. AGBGB Art. 15 § 9 - Erlöschen der Pflegeverpflichtung in einem Übertragungsvertrag<br/> <b>Aktuelles</b><br/>         Verbraucherverträge (§ 24 a AGBG) - Anm. v. Brambring<br/> <b>Literatur</b></p> |
|--|--|

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

#### BGB § 312

#### Erbschaftsvertrag - Verzicht auf Pflichtteilergänzungsansprüche

##### I. Zum Sachverhalt

Der zukünftige Erblasser, der eine Tochter hat, hat Grundbesitz an seinen Neffen überlassen. Dieser Grundbesitz stellte sein wesentliches Vermögen dar, weitere nennenswerte Vermögensgegenstände sind beim Übergeber nun nicht mehr vorhanden. Der Übernehmer möchte bereits zu Lebzeiten des Übergebers eine Freistellung von künftigen Pflichtteilergänzungsansprüchen seitens der Tochter des Übergebers erreichen. Er ist bereit, dafür eine Abfindung an die Tochter zu zahlen. Der künftige Erblasser soll bei dem beabsichtigten Vertrag weder mitwirken, noch von diesem Vorgang Kenntnis erlangen.

##### II. Frage

Wie kann sichergestellt werden, daß Pflichtteilergänzungsansprüche gegen den Übernehmer nicht mehr geltend gemacht werden? Wäre insbesondere ein Verzicht der Tochter auf künftige Pflichtteilergänzungsansprüche gegenüber dem Übernehmer schon zu Lebzeiten des Übergebers wirksam, oder würde eine solche Vereinbarung gegen § 312 BGB verstoßen?

##### III. Zur Rechtslage

##### 1. Verzicht auf künftige Pflichtteilergänzungsansprüche durch Vertrag mit dem Erblasser

Zunächst käme im vorliegenden Fall der Abschluß eines Pflichtteilsverzichtsvertrages zwischen der Tochter und dem Erblasser gem. §§ 2346 Abs. 1, Abs. 2, 2347 Abs. 2, 2348 BGB in Betracht. Dies hätte zur Folge, daß das gesetzliche Erbrecht der Tochter bestehen bliebe, während im Umfang des

Verzichtes keine Pflichtteilsansprüche entstünden. Hinsichtlich des Umfangs eines Pflichtteilsverzichts ist anerkannt, daß auch ein gegenständlich beschränkter Pflichtteilsverzichtsvertrag abgeschlossen werden kann - der sich nur auf den Ausschluß der Zurechnung bestimmter Gegenstände bei der Nachlaßbewertung bezieht -, da der Pflichtteilsanspruch einen reinen Geldanspruch darstellt (h.M.; vgl. Palandt/Edenhofer, 55. Aufl. 1996, § 2346 BGB Rn. 5). Der Verzicht könnte zulässigerweise auch auf den Zusatzpflichtteil gem. § 2305 BGB oder auf den Ergänzungspflichtteil gem. § 2325 BGB beschränkt werden (vgl. MünchKomm-Strobel, 3. Aufl. 1989, § 2346 BGB Rn. 20).

##### 2. Verzicht auf Pflichtteilergänzung durch Vertrag mit dem Übernehmer

Soll ein wirksamer Pflichtteilsverzicht ohne Heranziehung und Mitwirkung des Erblassers erreicht werden, so stellt sich die Frage, ob eine solche Vereinbarung gegen die Verbotsnorm des § 312 Abs. 1 BGB verstoßen würde oder als sog. Erbschaftsvertrag gem. § 312 Abs. 2 BGB zulässig wäre.

a) Nach § 312 Abs. 1 BGB ist ein Vertrag über den Nachlaß, den Pflichtteil oder ein Vermächtnis aus dem Nachlaß eines noch lebenden Dritten **nichtig** (vgl. auch Gutachten, DNotI-Report 1/94, S. 1 ff.). Diese Vorschrift beruht in erster Linie auf sittlichen und wirtschaftlichen Erwägungen, da Abmachungen im Sinne des § 312 Abs. 1 BGB nach der zugrundeliegenden Wertung dieser Verbotsnorm sittlich verwerflich sind, weil sie mit dem Tod eines Dritten spekulieren (vgl. Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 312 Rn. 1).

Die Nichtigkeit erfaßt zunächst nur die schuldrechtliche Vereinbarung, wobei sich deren Nichtigkeit aber auch auf das Erfüllungsgeschäft auswirkt (vgl. RGRK/Ballhaus, BGB, 12. Aufl. 1976, § 312 BGB Rn. 4). Erfaßt sind von der Nichtigkeit also alle schuldrechtlichen Vereinbarungen, die sich auf den

Nachlaß eines noch lebenden Dritten beziehen, gleichgültig, ob der Vertrag eine Verpflichtung enthält, über den Nachlaß des Dritten nach dessen Tode in bestimmter Weise zu verfügen, oder ob er ein Versprechen zur Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft, zur Unterlassung einer Testamentsanfechtung oder dergleichen zum Inhalt hat (vgl. MünchKomm-Thode, 3. Aufl. 1994, § 312 BGB Rn. 4). Gegenstand des Vertrages muß dabei der Nachlaß eines noch lebenden Dritten, ein Vermächtnis aus dem Nachlaß eines noch lebenden Dritten oder der Pflichtteil sein. Dabei steht dem Pflichtteil der Erbersatzanspruch des nichtehelichen Kindes und seiner Abkömmlinge gleich, wie sich aus § 1934 b BGB ergibt (vgl. Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 312 Rn. 2; MünchKomm-Thode, a.a.O., § 312 Rn. 7; Soergel/Wolf, 12. Aufl. 1990, § 312 BGB Rn. 5).

b) **Zulässig** wäre eine solche Vereinbarung in Abweichung von der Verbotsnorm des § 312 Abs. 1 BGB nur, wenn es sich gem. § 312 Abs. 2 BGB um einen **Vertrag** handelte, **der unter künftigen gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbteil oder den Pflichtteil eines von ihnen geschlossen wird**. Zweck dieser Ausnahmvorschrift ist es, eine vorzeitige Auseinandersetzung unter künftigen gesetzlichen Erben zu ermöglichen, wozu man innerhalb der Familie z. B. bei Gutsübergaben, Auswanderungen, Abfindung von Geschwistern und dergleichen ein Bedürfnis sah (vgl. Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 312 Rn. 5; Staudinger/Wufka, 13. Bearb. 1995, § 312 BGB Rn. 19).

aa) Die **Beteiligten** eines solchen Vertrages müssen zwingend „künftige gesetzliche Erben“ sein. Hierfür ist es ausreichend, wenn die Vertragschließenden zur Zeit des Vertragsschlusses in einem solchen Verhältnis zum Erblasser stehen, daß sie nach §§ 1924 ff. BGB gesetzliche Erben werden könnten, wobei es nicht notwendig ist, daß sie auch als nächste gesetzliche Erben in Betracht kommen (h. M.; vgl. Staudinger/Wufka, a.a.O., § 312 Rn. 20 m.w.N.). Ferner genügt die (abstrakte) Eigenschaft als möglicher gesetzlicher Erbe. Es ist also auch nicht erforderlich, daß die Vertragschließenden später tatsächlich gesetzliche Erben werden, und es schadet ebenfalls nicht, wenn der Versprechensempfänger vor oder nach Abschluß des Vertrages aufgrund letztwilliger Verfügung zum Erben berufen wurde (vgl. Staudinger/Wufka, a.a.O., § 312 Rn. 21 m.w.N.).

Bezogen auf den vorliegenden Fall bedeutet dies, daß sowohl die Tochter als künftige gesetzliche Erbin erster Ordnung gem. § 1924 Abs. 1 BGB als auch der Neffe als künftiger (wenn auch nicht nächstberufener) gesetzlicher Erbe zweiter Ordnung nach § 1925 Abs. 1 BGB (vgl. auch §§ 1930, 1925 Abs. 2, 3, 1924 Abs. 2, 3 BGB) als mögliche Beteiligte eines Erbschaftsvertrages gem. § 312 Abs. 2 BGB in Betracht kommen.

bb) **Gegenstand eines Erbschaftsvertrages** kann gem. § 312 Abs. 2 BGB sowohl der **Pflichtteil** als auch der **gesetzliche Erbteil** eines Vertragsbeteiligten sein (nach der inzwischen wohl h. M. fallen auch testamentarische Erbteile unter diese Vorschrift, wenn und soweit sie nicht über den gesetzlichen Erbteil hinausgehen; vgl. Staudinger/Wufka, a.a.O., § 312 Rn. 22 m.w.N.). Zulässig sind auch Verträge über den Erbersatzanspruch (Staudinger/Wufka, a.a.O., § 312 Rn. 24; MünchKomm-Thode, a.a.O., § 312 Rn. 14).

Da § 312 Abs. 2 BGB eine Ausnahmvorschrift zu § 312 Abs. 1 BGB darstellt, bezieht sich dieser grundsätzlich auf dieselbe Art von Verträgen wie Abs. 1, so **daß Verträge, die nicht unter § 312 Abs. 1 BGB fallen und damit zulässig sind, auch nicht von § 312 Abs. 2 BGB erfaßt werden** (vgl. Staudinger/Wufka, a.a.O., § 312 Rn. 25). Soweit man im vorliegenden Fall die Erklärung eines gegenständig beschränkten Pflichtteilsverzichts in Betracht ziehen würde, ist dies deswegen von Bedeutung, **da Verträge, die sich auf bestimmte einzelne, zum künftigen Nachlaß gehörige Gegenstände beziehen, grundsätzlich nicht von der Verbotsnorm des § 312 Abs. 1 BGB erfaßt werden** (vgl. RGRK/Ballhaus, a.a.O., § 312 Rn. 3). Die Besonderheit im vorliegenden Fall besteht jedoch darin, daß der übertragene Grundbesitz nach dem mitgeteilten Sachverhalt zugleich das wesentliche Vermögen des Erblassers darstellt und nunmehr weitere nennenswerte Vermögensgegenstände bei dem Übergeber nicht mehr vorhanden sind.

In diesem Zusammenhang wird aber von der Rechtsprechung und der wohl h. M. in der Literatur die Auffassung vertreten, **daß § 312 Abs. 1 BGB (und damit auch § 312 Abs. 2 BGB) dann Anwendung findet, wenn sich der Nachlaß wertmäßig in den betroffenen Gegenständen im wesentlichen erschöpft** (vgl. RGRK/Ballhaus, a.a.O., § 312 Rn. 3 a. E. m.w.N.; Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 312 Rn. 3; Münch-Komm-Thode, a.a.O., § 312 Rn. 9 m.w.N.; a. A. dagegen Staudinger/Wufka, a.a.O., § 312 Rn. 11). Folgt man dieser „**Erschöpfungstheorie**“, so sind bei Erschöpfung des Nachlasses in Übergabeverträgen Verzichte auf die Geltendmachung von Pflichtteilergänzungsansprüchen zwischen einem gesetzlichen Erben und dem Erwerber nur dann zulässig, wenn nicht nur der Verzichtende, sondern auch der Erwerber zum Kreis der künftigen gesetzlichen Erben gehören, da nur dann die Vorschrift des § 312 Abs. 2 BGB Anwendung findet (vgl. Staudinger/Wufka, a.a.O., § 312 Rn. 25). Da im vorliegenden Fall jedoch auch der Erwerber als Neffe zum Kreis der künftigen gesetzlichen Erben gehört, steht dies der beabsichtigten Vereinbarung nicht entgegen.

cc) Ein Problem besteht im vorliegenden Fall jedoch darin, daß § 312 Abs. 2 BGB wie § 312 Abs. 1 BGB unter einem „Vertrag“ auch wiederum nur den **schuldrechtlichen Vertrag** versteht (vgl. MünchKomm-Thode, a.a.O., § 312 Rn. 15). Zulässig sind nach § 312 Abs. 2 BGB also nur schuldrechtliche Verträge, nicht aber solche mit erbrechtlich-dinglicher Wirkung, da diese nach den Grundsätzen des BGB über den Nachlaß eines lebenden Dritten im allgemeinen undenkbar sind (vgl. Nieder, Handbuch der Testamentsgestaltung, 1992, Rn. 897 m.w.N.).

Daher **verbietet die Vorschrift auch die Vereinbarung von Erfüllungsgeschäften mit unmittelbarer erbrechtlicher Wirkung auf die Erbfolge oder das Pflichtteilsrecht**, wie z.B. einen Verzicht auf das Erb- oder Pflichtteilsrecht gegenüber dem anderen Beteiligten (vgl. Staudinger/Wufka, a.a.O., § 312 Rn. 28).

In Durchbrechung dieses Grundsatzes läßt die h. M. in der Literatur allerdings **antizipierte Abtretungen bzw. Erlaßverträge von Pflichtteilsansprüchen zu** (obwohl es sich hierbei unzweifelhaft um Erfüllungsgeschäfte handelt), da der später

anfallende Pflichtteilsanspruch als künftiger, bestimmbarer und damit abtretbarer Anspruch angesehen wird (vgl. Staudinger/Wufka, a.a.O., § 312 Rn. 29; Lange/Kuchinke, Lehrbuch des Erbrechts, 4. Aufl. 1995, § 37 III 3 a; Nieder, a.a.O., Rn. 902 Fn. 217 m.w.N.).

Diese Auffassung ist jedoch nicht ganz unumstritten. So ist z.B. nach *Ballhaus* (in: RGRK, a.a.O., § 312 Rn. 6) auch das Versprechen, den Pflichtteil nicht geltend zu machen, unter künftigen gesetzlichen Erben gem. § 312 Abs. 2 BGB zulässig, wobei ein solcher Vertrag aber nur ein Schuldverhältnis begründen könne und nicht die Entstehung des Pflichtteilsanspruchs sowie den Eintritt der damit verbundenen Rechtsfolgen verhindern könne. Nach dieser Ansicht wäre also ein Verzicht auf Pflichtteilsergänzungsansprüche gegenüber dem Erwerber in Form eines antizipierten Erlaßvertrages gem. § 397 BGB nach § 312 Abs. 2 BGB unzulässig und damit nichtig.

Da es zur Zulässigkeit antizipierter Abtretungen bzw. Erlaßverträge von Pflichtteilsansprüchen noch keine höchstgerichtliche Rechtsprechung gibt, **empfiehlt Nieder** (a.a.O., Rn. 902), **sich in der Praxis nicht auf die herrschende Auffassung in der Literatur zu verlassen, sondern neben Abtretung und Erlaß auch noch die zweifellos zulässige schuldrechtliche Verpflichtung zu diesen Erfüllungsgeschäften in die Vereinbarung mit aufzunehmen.**

dd) Abschließend bleibt noch darauf hinzuweisen, daß der Erbschaftsvertrag gem. § 312 Abs. 2 S. 2 BGB zu seiner Wirksamkeit der **notariellen Beurkundung** bedarf. Von diesem Formerfordernis wird der ganze Vertrag erfaßt, so daß alle damit zusammenhängenden Vereinbarungen (wie z. B. auch die Abfindungsvereinbarung) notariell beurkundet werden müssen (vgl. dazu Staudinger/Wufka, a.a.O., § 312 Rn. 31).

### 3. Ergebnis

Zusammenfassend läßt sich also feststellen, daß im vorliegenden Fall ein Erbschaftsvertrag zwischen dem Neffen und der Tochter geschlossen werden könnte, in dem sich diese gegenüber dem Neffen verpflichtet, hinsichtlich der Übertragung des Grundbesitzes keine Pflichtteilsergänzungsansprüche gegen ihn geltend zu machen. Hierbei wäre klarzustellen, daß der Verzicht nicht nur die Inanspruchnahme des Übernehmers als Erben nach § 2325 BGB, sondern auch die subsidiäre Haftung des Übernehmers als Beschenkten gem. § 2329 BGB ausschließen soll. Denn der Anspruch gegen den Beschenkten gem. § 2329 BGB stellt einen selbständigen Anspruch dar, der den Ergänzungsanspruch zwar nicht dem Grunde nach, aber nach Inhalt (er ist grundsätzlich auf Duldung der Zwangsvollstreckung in den geschenkten Gegenstand gerichtet) und Umfang der Haftung (Haftung nach Bereicherungsrecht) verändert (vgl. Soergel/Dieckmann, 12. Aufl. 1992, § 2329 BGB Rn. 16, 18 f.; RGRK/Johannsen, 12. Aufl. 1975, § 2329 BGB Rn. 4 ff.). Die Verpflichtung der Tochter zur Nichtgeltendmachung der Pflichtteilsergänzungsansprüche müßte dann nach dem Tod des Erblassers durch Erlaßvertrag gem. § 397 BGB erfüllt werden. Nach der oben dargelegten Auffassung der herrschenden Literatur könnte auch schon vor dem Tod des Erblassers ein antizipierter Erlaßvertrag hinsichtlich dieser Ansprüche gem. § 312 Abs. 2 BGB wirksam geschlossen werden.

Soweit der Erblasser nicht an der Vereinbarung mitwirken soll, stellt dies nach unserer Einschätzung zugleich die einzige Möglichkeit dar, das von den Vertragsteilen gewünschte Ergebnis zu erreichen.

## GmbHG §§ 56, 7

### Verdeckte Sacheinlage; Heilung durch Umwidmung; Zeitpunkt der Werthaltigkeit

#### I. Sachverhalt

Eine durch Bargründung errichtete GmbH hat unmittelbar nach der Gründung für den Wert der bar erbrachten Einlage GmbH-Geschäftsanteile an einer 100%igen Schwestergesellschaft erworben. Der Erwerb der Anteile erfolgte zwar nicht von ihrer Alleingesellschafterin (Mutter), aber von einer weiteren Konzerngesellschaft, an der die Muttergesellschaft wesentlich beteiligt war. Zum Zeitpunkt des Erwerbes waren die GmbH-Geschäftsanteile werthaltig. Derzeit - 3 Jahre nach der Gründung - ist die Werthaltigkeit nicht mehr gegeben.

#### II. Frage

Ist für die Werthaltigkeit bei der Heilung verdeckter Sacheinlagen durch Umwidmung auf den Zeitpunkt der Erbringung der verdeckten Sacheinlage oder auf den Zeitpunkt der Heilung abzustellen?

#### III. Lösung

1. In Literatur und Rechtsprechung war **lange umstritten, auf welche Weise eine verdeckte Sacheinlage geheilt werden kann** (vgl. Priester, DB 1990, 1753 ff.; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 14. Aufl. 1995, § 56 Rn. 19; Vollhardt, ZGR 1995, 287 ff.; Werner, WIB 1995, 406). Mit Urteil v. 04.03.1996 hat der **BGH** bekanntlich die Literaturauffassung bestätigt, nach der **die Bareinlage durch satzungsändernden Gesellschafterbeschuß im Wege der Änderung der Einlagendeckung in eine Sacheinlage umgewandelt werden kann** (sog. Umwidmung, vgl. BGH ZIP 1996, 668 = DNotI-Report 1996, 71). Erforderlich ist danach ein mit satzungsändernder Mehrheit gefaßter **Gesellschafterbeschuß**, der nicht der Einstimmigkeit bedarf. Inhaltlich muß der Beschuß festlegen, daß die im einzelnen aufzuführenden Gesellschafter die von ihnen übernommenen Einlagen statt in Geld durch Einbringung der konkret zu bezeichnenden Neuforderung leisten. Weiterhin ist ein Bericht über die Änderung der Einlagendeckung von der Bar zur Sacheinlage zu erstatten. Dieser Bericht muß von allen Geschäftsführern und von den von der Änderung betroffenen Gesellschaftern erstattet und unterzeichnet werden (**Sachkapitalerhöhungsbericht** vgl. Scholz/Priester, a.a.O., § 56 Rz. 81 ff.). Die Vollwertigkeit der einzubringenden Forderung ist - auch bezogen auf den Zeitpunkt der Registerprüfung, der unmittelbar vor der Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister zu liegen hat - durch eine von einem **Wirtschaftsprüfer testierte Bilanz nachzuweisen**. Der Gesellschafterbeschuß ist dann unter Vorlage des Berichts der Gesellschafter, der testierten Bilanz und der Verträge, die der einzubringenden Forderung zugrunde liegen, **zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden**. Die Geschäftsführer haben die **Versicherung abzugeben**, daß die eingebrachte Forderung werthaltig und der Gesellschaft von den Gesellschaftern übertragen bzw. ihr erlassen worden ist (vgl. im

einzelnen zum Heilungsverfahren eingehend Mayer, Die Heilung verdeckter Sacheinlagen im Recht der GmbH, MittBayNot 1996, 164; Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl. § 19 Rz. 117; Scholz/Priester, a.a.O., § 56 Rz. 39; LG Bremen, GmbHRdsch 1995, 122).

2. Unklarheit besteht jedoch noch bezgl. des genauen Zeitpunktes der erforderlichen Werthaltigkeit. Der BGH stellt hinsichtlich der **Werthaltigkeitsprüfung** (a.a.O., S. 673) eindeutig auf den **Zeitpunkt der Umwidmung** ab. Die Vollwertigkeit der einzubringenden Forderung sei - bezogen auf den Zeitpunkt der Prüfung, der unmittelbar vor der Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister zu liegen hat - durch eine von einem Wirtschaftsprüfer testierte Bilanz nachzuweisen.

Ebenso stellt auch die Literatur, die schon vor dem Urteil des BGH die Umwidmung als Heilungsmöglichkeit anerkannt hat, ganz überwiegend auf den Zeitpunkt der Umwidmung selbst ab (vgl. nur Priester, Die Heilung verdeckter Sacheinlagen im Recht der GmbH, DB 1990, 1753 ff., 1760; Rawert, Heilung verdeckter Sacheinlagen durch nachträgliche Änderung der Einlagedeckung, GmbHR 1995, 87, 90; Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl. 1992, §§ 19 Rn. 117; Werner, Umwidmung einer Barkapital- in eine Sachkapitalerhöhung, WiB 1995, 374 ff., 377). Neben dem wohl einhellig abgelehnten Bezugszeitpunkt der ursprünglichen verdeckten Sacheinlage wird auch der Zeitpunkt des Kriseneintrittes diskutiert (vgl. zu den verschiedenen Ansätzen ausführlich Volhard, Zur Heilung verdeckter Sacheinlagen, ZGR 1995, S. 287, 305 ff).

Neuerdings weist Priester (Heilung verdeckter Sacheinlagen bei der GmbH, ZIP 1996, 1025 ff., 1031) darauf hin, daß ebenso wie bei der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln und bei Umstrukturierungen nach dem neuen Umwandlungsgesetz eine Bilanz, deren Stichtag bis zu acht Monate zurückliegt, genügen sollte.

Zunächst ist u. E. aber entscheidend, was genau bewertet werden muß, also von welchem Sacheinlagegegenstand bei der Heilung der Umwidmung ausgegangen wird. Denn dieser Gegenstand muß letztlich werthaltig sein. Der BGH spricht in seinem o. g. Urteil nicht ganz eindeutig von „Forderung“, wobei offenbleibt, ob er die ursprüngliche, als Sacheinlage geeignete verrechnete Darlehensforderung oder eine evtl. Bereicherungsforderung aus fehlgeschlagener Einlageleistung meint. Zu den verschiedenen Möglichkeiten referiert der BGH auf S. 672 nur die unterschiedlichen Literaturmeinungen. Dabei wird z. B. auch *Ulmer* (in Hachenburg, a.a.O., § 19 Rn. 117) erwähnt, der entweder den Bereicherungsanspruch des Gesellschafters auf Herausgabe des Gegenstandes der Sachübernahme oder die zur Verrechnung herangezogene Altforderung als Einlagegegenstand annimmt. Folgt der BGH letztlich dieser zitierten Meinung, müßte er in seinem entschiedenen Fall wohl die Altforderung als Sacheinlagegegenstand annehmen, da bei dem entschiedenen Fall eine Verrechnung der Darlehensforderung zur verdeckten Sacheinlage führte.

Anders ist bezüglich des Einlagegegenstandes aber wohl der hier vorliegende Fall eines Erwerbes von GmbH-Anteilen zu beurteilen, da es sich hier nicht um eine Verrechnung mit einer Darlehensforderung, sondern um ein **Hin- und Herzahlen**

**beim Erwerb eines Vermögensgegenstandes** handelt. Das LG Berlin (MittRhNotK 1994, 321) stellt auch in diesen Fällen ausdrücklich - das LG Lüneburg (GmbHR 1995, 122) eher stillschweigend - **auf den ursprünglichen Gegenstand der verdeckten Sacheinlage ab**, wobei deren Zeitwert zum Zeitpunkt der Anmeldung der Satzungsänderung vom Registergericht überprüft werden müsse. Diese Ausführungen zum Sacheinlagegegenstand werden in der Literatur jedoch als ungenau kritisiert (Rawert, a.a.O., GmbHR 1995, 89). Die einhellige Meinung der Literatur nimmt nämlich an, daß bei der Heilung der Bereicherungsanspruch des Gesellschafters auf Herausgabe des Gegenstandes der fehlgeschlagenen Sacheinlage eingelegt wird (Rawert, a.a.O., GmbHR 1995, 89; Priester, a.a.O., DB 1990, 1760; Werner, a.a.O., WiB 1995, 377; Lenz, Die Heilung verdeckter Sacheinlagen bei Kapitalgesellschaften, Diss 1995, S. 91 m. w. N.; ebenso auch LG Bremen, GmbHR 1995, 122). Diese bereicherungsrechtliche Forderung ist also auf ihre Werthaltigkeit zum Zeitpunkt der Heilung zu überprüfen. Daraus schließt *Priester* (a.a.O., DB 1990, 1760) allerdings, daß nur geprüft wird, ob die Bereicherungsforderung des Gesellschafters zum Zeitpunkt der Heilung am Vermögensstand der Gesellschaft gemessen vollwertig ist. Nicht dagegen sei auch zu prüfen, ob diese Forderung etwa deshalb überhöht war, weil der vom Gesellschafter gelieferte Vermögensgegenstand überbewertet wurde. Demgegenüber differenziert *Volhard* (a.a.O., ZGR 1995, 309 ff.) insbesondere bereicherungsrechtlich die unterschiedlichen denkbaren Fallvarianten erheblich genauer.

Bisher ist aber nicht höchstrichterlich geklärt, **ob sich der Anspruch des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft aus § 812 oder § 985 BGB ergibt**. Dies ist abhängig von dem rechtlichen Bestand des Verkehrsgeschäftes bei der verdeckten Sacheinlage. Auch wird in der Literatur vereinzelt vertreten, daß die Werthaltigkeit einer Art Doppelprüfung der verdeckt eingelegten Sache und des im Wege nachträglicher Sacheinlage eingebrachten Rückgewähranspruches bedürfe (Kiethe/Imbeck, DSz 1994, 209, 213 f.). Wenn der nachträglich eingelegte Bereicherungsanspruch des Gesellschafters aus der fehlgeschlagenen Bareinlage letztlich dem Wert der übernommenen Stammeinlage entspricht, dürfte diese zweifache Prüfung aber überflüssig sein (ebenso Rawert, GmbHR 1995, S. 90). Jedoch muß im Einzelfall der eingelegte bereicherungsrechtliche Anspruch beurteilt werden, worauf auch die Werthaltigkeit des ursprünglichen Einlagegegenstandes Auswirkungen haben kann (vgl. dazu Volhard, a.a.O.).

Im Ergebnis ist die Rechtslage insofern noch unklar, als es an einer höchstrichterlichen Klärung der aufgeworfenen Frage fehlt. Der BGH hat bisher lediglich eine nicht im Gesetz vorgesehene Heilung der verdeckten Sacheinlage durch Umwidmung zugelassen und ist dadurch einem starken Bedürfnis der Praxis nachgekommen. Dabei hat er sich in bestimmtem Rahmen sogar über die Gläubigerinteressen hinweggesetzt, indem er die Hinnahme der Änderungen durch die Heilung als den Gläubigern zumutbar ansah. Ausdrücklich offengelassen hat der BGH, ob die von ihm skizzierte Heilung auch möglich wäre, wenn die betroffene GmbH Verluste erwirtschaftet hätte, da dadurch von dem hier zugelassenen Heilungsverfahren Gefahren ausgingen. Daher erscheint es uns eher unwahrscheinlich, daß der BGH auch in dem Fall, in dem der ursprüngliche Sacheinlagegegenstand nicht mehr werthaltig ist, eine Heilung durch Um-

widmung zuläßt und die dadurch zusätzlich entstehende Gefährdung der Gläubigerinteressen hinnimmt.  
Hinweis: Ein Muster für eine Umwidmung findet sich bei D. Mayer, MittBayNot 1996, 164.

## Rechtsprechung

### BGB § 313

#### Arglisteinwand bei Berufung auf den Formmangel

Wird bei einem Grundstückskaufvertrag ein Vertragseintritt auf der Verkäuferseite erklärt, um den Rangrücktritt der Auflassungsvormerkung des Käufers zu erreichen, kann der Berufung auf den Formmangel dieser Abrede der Arglisteinwand entgegenstehen, wenn sich der Verkäufer, nachdem der Rangrücktritt vollzogen ist, ohne Grund von dieser Vereinbarung lösen will.

BGH, Urt. v. 14.06.1996 - V ZR 85/95  
Kz.: L I 1 - § 313 BGB

#### Problem

Vor kurzem hatte der BGH im Urt. v. 02.05.1996 (DNotI-Report 1996, 117 f.) den Grundsatz festgestellt, daß der Berufung auf einen Formmangel ausnahmsweise die Einrede des Arglisteinwandes entgegenstehen kann. Im vorliegenden Fall bestätigt er diese Rechtsprechung für den Fall einer Vertragsübernahme. Mit notariellem Vertrag kaufte die Klägerin von der Baubetreuungsgesellschaft eine noch zu errichtende Eigentumswohnung zu einem Festpreis. Mit notariellem Vertrag erwarb dann die Beklagte das Objekt. In diesem Zusammenhang wurde auch die Übernahme bereits abgeschlossener Verträge geregelt. Mit Schreiben v. 03.09.1990 gab die Beklagte die schriftliche Erklärung ab, „in alle Rechte und Pflichten aus dem Grundstückskaufvertrag vom ..... als Verkäuferin gegenüber der Käuferin einzutreten“.

#### Lösung

Der BGH weist darauf hin, **daß der Vertragseintritt auf der Grundlage des Schreibens vom 03.09.1990 wegen Formmangels nichtig war**. Zwar bedürfe ein Vertragseintritt als solcher keiner besonderen Form. Er unterliege aber als Verpflichtungsgeschäft den Formerfordernissen, die allgemein mit Rücksicht auf den Leistungsgegenstand aufgestellt seien (BGH NJW 1991, 3095). Da nach der Erklärung der Beklagten v. 03.09.1990 ausdrücklich alle Verpflichtungen übernommen wurden, **sei auch die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums enthalten, so daß der Vertrag der Form des § 313 S. 1 BGB bedurft hätte**. Die Berufung der Beklagten auf die Formunwirksamkeit verstoße jedoch gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB). Nach gefestigter Rechtsprechung sei ein an sich nichtiger Grundstückskaufvertrag in besonderen Ausnahmefällen als wirksam zu behandeln, wenn die Nichtigkeitsfolge mit Treu und Glauben unvereinbar wäre. Dies ist insbesondere in zwei Fallgruppen anerkannt worden: in den Fällen einer **Existenzgefährdung** des einen Teils und in Fällen einer besonders **schwerwiegenden Treuepflichtverletzung** des anderen Teils. Hier liegen die Voraussetzungen der zweiten Fall-

gruppe vor, da die Klägerin im Hinblick auf diese Zusage einen Rangrücktritt zugunsten der Beklagten eingeräumt hatte.

### BGB §§ 985, 1004;

### EGBGB Art. 233 § 2 a Abs. 9; SachenRBerG § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 4

#### Moratorium für öffentliche Zwecke

Art. 233 § 2 a Abs. 9 EGBGB enthält einen eigenständigen Moratoriumstatbestand zugunsten der öffentlichen Hand.

Das Moratorium des Art. 233 § 2 a Abs. 9 EGBGB kann auch dann eingreifen, wenn der Inanspruchnahme eines Grundstücks für öffentliche Zwecke eine rechtswidrige Verwaltungsentscheidung oder ein fehlerhaftes Rechtsgeschäft zwischen einer Stelle der DDR und dem Eigentümer zugrunde lag.

#### Problem

Auch nach dem ZGB der DDR war grundsätzlich der Eigentümer des Grund und Bodens auch Eigentümer des mit dem Grundstück fest verbundenen Gebäudes oder der Anlagen. Jedoch kannte das DDR-Bodenrecht eine Vielzahl von Ausnahmen, bei denen selbständiges Gebäudeeigentum entstand. Voraussetzung für die Anerkennung selbständigen Gebäudeeigentums ist jedoch stets, daß das Gebäudeeigentum nach den Vorschriften des DDR-Rechts wirksam entstanden ist und die nach dem damaligen Recht erforderlichen Tatbestandsvoraussetzungen vorlagen. Die Rechtsprechung hat wiederholt entschieden, daß auch zu DDR-Zeiten **dingliche Nutzungsrechte und Gebäudeeigentum nicht allein aufgrund faktischer Gegebenheiten entstehen konnten** (BGH NJW 1993, 1706). In vielen Fällen fanden Bebauungen fremder Grundstücke statt, ohne daß die Voraussetzungen für die Entstehung von Gebäudeeigentum vorlagen. Die Beteiligten sind heute häufig über dieses Ergebnis überrascht. Auch im öffentlichen Bereich fanden Bebauungen durch Gemeinden und sonstige öffentliche Träger statt, ohne daß selbständiges Gebäudeeigentum entstand. **Auch der Sachenrechtsbereinigung unterliegen diese Fälle dann nicht**, wenn der Nutzer das Grundstück mit Gebäuden bebaut hat, die öffentlichen Zwecken gewidmet sind und bestimmten Verwaltungsaufgaben dienen (insbesondere Dienstgebäude, Universitäten, Schulen), § 2 Abs. 1 Ziff. 4 SachRBerG. Zum Schutz dieser Bebauungen ist allerdings in Art. 233 § 2 a Abs. 9 EGBGB bis zum 31.12.1998 ein besonderes Moratorium mit einer Verzinsungspflicht begründet. Das bedeutet, daß bei den Gebäuden und Anlagen, die unmittelbar Verwaltungsaufgaben dienen oder die dem Gemeingebrauch gewidmet sind, ein das Privateigentum überlagerndes Besitzrecht aufgrund der öffentlichen Widmung besteht. Die Begründung zum SachRBerG (BT-Drck. 12/7425, S. 92) weist darauf hin, daß die Herausnahme dieser öffentlich-rechtlichen Gebäude und Bebauungen aus dem SachRBerG deshalb erfolge, da hierfür Sondervorschriften notwendig seien. Der Gesetzgeber hat sich bis zum 31.12.1998 die Möglichkeit offengelassen, eine entsprechende Sonderregelung für diese öffentlich-rechtlichen Bebauungen zu schaffen. Der BGH hatte erstmals Gelegenheit, zu diesem Moratorium des Art. 233 § 2a Abs. 9 EGBGB zu entscheiden. Gegenstand war eine im Jahr 1963 vom Verkehrs- und Tiefbaukombinat errichtete Holzbaracke,

die aufgrund eines Vertrages seit 1988 vom Rat der Gemeinde als gesellschaftliches und kulturelles Zentrum genutzt wurde.

### Lösung

Der BGH weist zunächst darauf hin, daß es sich bei diesen Holzbaracken um **selbständiges bewegliches Eigentum** des Einfügenden, und zwar als **Scheinbestandteil** im Sinne des § 95 Abs. 1 S. 1 BGB, handelte. In diesen Fällen ist also kein Gebäudeeigentum entstanden, da kein entsprechender Entstehungstatbestand vorlag, sondern die Baracken sind Scheinbestandteil im Sinne von § 95 Abs. 1 S. 1 BGB im Eigentum des damaligen Nutzers (vgl. auch die BGH-Entscheidung DNotI-Report 1996, 54 zum Scheinbestandteil in den neuen Bundesländern = NJW 1996, 916). Der BGH schließt sich darüber hinaus der Auffassung an, **daß das SachRBERG nicht auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbar ist, da das Grundstück zu öffentlichen Zwecken genutzt wurde.** § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SachRBERG und Art. 233 § 2 a Abs. 1 EGBGB zeigen, daß die Überführung der in der DDR-Zeit begründeten öffentlich-rechtlichen Sachherrschaft in die Formen des geltenden Rechts einem besonderen Gesetz vorbehalten sei und die öffentliche Nutzung der Grundstücke bis dahin fortbestehe. Diese Grundstücke würden nur dem besonderen Moratorium in Art. 233 § 2 a Abs. 9 EGBGB unterstehen und nicht dem SachRBERG. Die Voraussetzungen dieses besonderen Moratoriums sind nach Auffassung des BGH erfüllt, da eine öffentliche Körperschaft das Grundstück zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben nutze bzw. ein Gebäude oder eine Anlage dem Gemeingebrauch gewidmet sei.

### BGB §§ 242, 275, 323;

### Pr. AGBGB Art. 15 § 9

### Erlöschen der Pflegeverpflichtung in einem Übertragungsvertrag

**Erlischt die mit einem Übertragungsvertrag begründete Verpflichtung, den Veräußerer zu versorgen, nach § 275 BGB deswegen, weil dieser infolge schwerer Gebrechlichkeit nur noch in einem Heim von professionellen Kräften gepflegt werden kann, so schuldet der Erwerber eine Ausgleichszahlung weder nach §§ 323, 324 BGB noch nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage, und auch nach Art. 15 § 9 Abs. 3 Pr. AGBGB nur dann, wenn der Übertragungsvertrag ein Leibgedingvertrag ist.**

OLG Hamm, Urt. v. 29.02.1996 - 22 U 84/95

Kz.: L I 1 - § 275 BGB

### Problem

In einem Grundstücksübertragungsvertrag verpflichtete sich der Erwerber, seinen Eltern monatlich 300,- DM zu zahlen. Außerdem übernahm er die Verpflichtung, den Eltern auf dem übertragenen Grundstück Wohnung zu gewähren und sie „zu pflegen und zu hegen“. Aufgrund des schlechten Gesundheitszustandes der Eltern konnten diese ab 1990 nur noch in einem Pflegeheim leben. **In der Praxis wird in der Regel empfohlen, die Verpflichtung zu Wart und Pflege im Falle der Krankheit und Altersgebrechlichkeit dahin gehend einzuschränken, daß die Verpflichtung nur insoweit besteht, als**

**aus ärztlicher Sicht die Einweisung des Veräußerers in ein Alten- oder Pflegeheim nicht angezeigt ist, und nur insoweit, als sich der Veräußerer in dem übergebenen Anwesen aufhält** (vgl. Wegmann, Grundstücksüberlassung, 1994, S. 99 f.). Eine entsprechende Formulierung fehlte hier, so daß fraglich war, welche Auswirkungen hierdurch eintraten.

### Lösung

Das OLG Hamm ist der Auffassung, **daß nach § 275 BGB diese Verpflichtungen durch Unmöglichkeit erloschen seien.** Es bestehe weder nach § 324 BGB eine Verpflichtung, die mit Übergabevertrag zugewandten Leistungen, also das Grundstück, ganz oder teilweise zurückzugeben, noch nach § 323 Abs. 3 BGB ein Anspruch auf Zahlung eines finanziellen Beitrages zu den Kosten für die Heimunterbringung. Der Vertrag sei dahin gehend auszulegen, daß der Übergeber das Risiko übernehme, daß der Erwerber die von ihm versprochenen Leistungen, nämlich eine Wohnung zu gewähren und den Veräußerer zu pflegen, auf dem ihm übertragenen Grundstück erfüllen könne. Folglich erlöschen die Erfüllungspflichten des Übernehmers, wenn diese Voraussetzungen nicht mehr vorliegen.

Auch aus Art. 15 § 9 Abs. 3 des Pr. AGBGB folge kein Anspruch auf Ausgleichszahlungen. Nach Art. 96 EGBGB würden die Normen des Pr. AGBGB nur gelten, soweit sie das sich aus einem Vertrag ergebende Schuldverhältnis für den Fall regeln, daß nicht besondere Vereinbarungen getroffen worden seien. Darüber hinaus sei die Vorschrift deswegen nicht anwendbar, weil es sich **hier nicht um einen Leibgedingvertrag** im Sinne dieser Vorschriften handelte. Allein ein Grundstücksübertragungsvertrag werde nicht dadurch zum Altenteilsvertrag im Sinne von Art. 96 EGBGB, daß der Erwerber dem Veräußerer ein Wohnrecht gewähre und ihm verspreche, ihn bei Bedarf zu pflegen und zu versorgen. Entscheidendes Kriterium für die Beurteilung eines Rechtsgeschäftes als Leibgedingvertrag sei vielmehr die von den Parteien verfolgte Absicht, daß der Übergeber eine die wirtschaftliche Existenz begründende Wirtschaftseinheit auf den Erwerber als Angehörigen der nächsten Generation übertrage.

### Hinweis

Im Gegensatz zu dieser Entscheidung des OLG Hamm hat das **OLG Düsseldorf** in seinem Urteil v. 15.10.1993 (NJW-RR 1994, 201 f.) eine Vertragsanpassung aus dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage für die Abgeltung einer vertraglich vereinbarten Pflegeleistung **außerhalb eines Altenteilsvertrages** grundsätzlich für zulässig erachtet, wobei die Höhe der danach zu entrichtenden Rente nach billigem Ermessen dem Wert zu entsprechen habe, den die Befreiung von der Pflegeverpflichtung habe.

## Aktuelles

### Verbraucherverträge (§ 24 a AGBG)

### Anmerkung zum DNotI-Report 15/1996, S. 139 f.

1. Nach § 24 a Nr. 1 AGBG gelten Allgemeine Geschäftsbedingungen in Verbraucherverträgen als vom Unternehmer gestellt, es sei denn, daß sie durch den Verbraucher in den Ver-

trag eingeführt wurden. Für Verbraucherverträge kommt es daher nicht darauf an, ob der Unternehmer die Vertragsbedingungen i. S. des § 1 I 1 AGBG „stellt“. Dies wird durch § 24 a Nr. 1 AGBGB fingiert, um eine Inhaltskontrolle auch hinsichtlich der von einer neutralen Person vorformulierten Vertragsbedingungen zu ermöglichen. Nach der Begründung zum RegE werden damit in Verbraucherverträgen insbesondere die von einem neutralen Rechtsanwalt oder Notar vorformulierten Standardverträge der Kontrolle nach dem AGBG unterworfen. Dies soll ausnahmsweise dann nicht gelten, wenn gerade der Verbraucher selbst die Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Vertrag eingeführt hat. Nach dem Bericht des BT-Rechtsausschusses (ZIP 1996, 1276) sind Vertragsklauseln, die zwar nach dieser Vorschrift als vom Unternehmer gestellt gelten, auf deren Inhalt der Verbraucher jedoch Einfluß nehmen konnte, deshalb nach § 1 II AGBG nicht als Allgemeine Geschäftsbedingungen anzusehen. Dies gelte insbesondere für den Fall, daß die Vertragsbedingungen durch einen neutralen Dritten (z.B. einen Notar) eingeführt worden sind.

**Für Grundstückskaufverträge, bei denen jeder Notar auf standardisierte Vertragsmuster (richtigerweise) zurückgreift, und die nicht die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 AGBG erfüllen (vgl. hierzu Palandt/Heinrichs, § 1 AGBG Rn. 8), stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen sie als „Verbraucherverträge“ der Inhaltskontrolle unterliegen.** Für eine Individualvereinbarung genügt nicht, daß der Verbraucher über Bedeutung und Tragweite der vorformulierten Klauseln belehrt worden ist (vgl. zuletzt BGH NJW 1992, 2579), vielmehr muß der Unternehmer zu Verhandlungen über den Vertragsinhalt bereit sein; **seine Verhandlungsbereitschaft muß dem Verbraucher gegenüber unzweideutig erklärt werden und ernsthaft sein.** Dies ist regelmäßig der Fall, wenn der Unternehmer keinen Einfluß auf den Vertragsinhalt nimmt, vielmehr beide Vertragsteile den Notar mit der Fertigung des Vertragsentwurfs beauftragen. Die unsinnige Vorstellung, die Notare hätten zu jedem Vertragsmuster zwei Varianten, eine „verkäufergünstige“ und eine „käufergünstige“, ist nicht auszurotten, obwohl sie durch das Notar-Handbuch und alle Formularbücher widerlegt wird.

Bau trägerverträge und Kaufverträge über Immobilien, die bundesweit mit vorgegebenen Vertragstexten vertrieben werden, unterliegen bereits nach § 1 I AGBG der Inhaltskontrolle; bei ihnen ist die Möglichkeit eines Aushandelns i. S. des § 1 II AGBG regelmäßig nicht gegeben. Bei einem „Verbrauchervertrag“, der der notariellen Beurkundung bedarf und bei dem der Unternehmer die Vertragsbedingungen weder vorformuliert (weil der Vertragsentwurf vom Notar gefertigt wird) noch „stellt“ in dem Sinne, daß er sich des notariellen Vertragsentwurfes „gleichsam mittelbar“ bedient (BGHZ 118, 239; Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 1 Rn. 8), dürfte eine Inhaltskontrolle nur dann in Betracht kommen, wenn der **Unternehmer einseitig Einfluß auf den notariellen Vertragsentwurf genommen hat.** Dies kommt in der notariellen Praxis allenfalls in Ausnahmefällen vor. Allgemein üblich ist vielmehr, daß dem Notar „freie Hand bei der Vertragsgestaltung“ gelassen wird im Vertrauen, daß der zur Unparteilichkeit verpflichtete Notar die Interessen eines Vertragsteils nicht bevorzugen wird.

Entwirft der Notar den Vertrag, schlägt er beiden Vertragsparteien Vertragsbedingungen vor, die Gegenstand der Beurkundungsverhandlung werden sollen. **Sie werden von ihm, wie der BT-Rechtsausschuß zutreffend feststellt, als einem neutralen Dritten eingeführt. Die Bedingungen sind auch ohne textliche Veränderungen ausgehandelt, wenn der Notar beide Vertragsteile nach gründlicher Erörterung von der Sachgerechtigkeit der Regelung überzeugt** (BGHZ 84, 111; NJW 1991, 1679; 1992, 2285). Sind die Vertragsbedingungen „im einzelnen ausgehandelt“, findet das AGBG auch auf Verbraucherverträge keine Anwendung.

Anders ist es nur, wenn der Unternehmer den Vertragstext vorgibt oder Einfluß auf den Vertragsentwurf des Notars nimmt. In diesen Fällen verlangt § 24 a AGBG, daß der Notar bei Abschluß des Vertrages feststellt, ob es sich um einen Verbrauchervertrag handelt, also ein Vertragsteil in Ausübung seiner gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handelt, während der andere Verbraucher ist. Sind beide Vertragsteile Unternehmer oder beide Vertragsteile Verbraucher, findet § 24 a AGBG keine Anwendung.

Ein Verbrauchervertrag liegt nicht vor, wenn die Vertragsbedingungen „durch den Verbraucher in den Vertrag eingeführt wurden“, also z.B. der anwaltliche Vertreter des Verbrauchers den Vertragsentwurf gefertigt hat.

2. Auf den Verbrauchervertrag finden die Klauselverbote der §§ 10, 11 AGBG uneingeschränkt Anwendung. Bei der Beurteilung der unangemessenen Benachteiligung nach § 9 AGBG sind nach § 24 a Nr. 3 AGBG auch „die den Vertragsabschluß begleitenden Umstände zu berücksichtigen“. Hiermit werden die den Vertragsschluß begleitenden konkreten Umstände in die Unangemessenheitskontrolle bei Verbraucherverträgen einbezogen. Nach § 24 a Nr. 2 AGBG sind die Unklarheitsregelungen des § 5 AGBG, die Rechtsfolgen der Unwirksamkeit nach § 6 AGBG, die Vorschriften über die Beurteilung der Unangemessenheit (§§ 8-11 AGBG) und die Kollisionsnorm des (neuen) § 12 AGBG auch dann anwendbar, wenn die vorformulierten Vertragsbedingungen nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind und soweit der Verbraucher aufgrund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluß nehmen konnte.

**Liegt ein Verbrauchervertrag vor, sind die §§ 9-11 AGBG so zu lesen, daß an die Stelle des Wortes „Verwender“ das Wort „Unternehmer“ tritt.** Das bedeutet, daß z.B. ein **Vertragsstrafeversprechen** des Unternehmers, eine **Schadens**

**pauschalierung** zugunsten des Verbrauchers oder ein vollständiger Gewährleistungsausschluß zugunsten des Verbrauchers als Verkäufer einer neu hergestellten Immobilie zulässig sind. Derartige Klauseln geben zudem den deutlichen Hinweis dafür, daß der Vertrag „ausgehandelt“ worden ist.

**Die pauschale Geltung aller Klauselverbote in §§ 10, 11 AGBG für Grundstücks-Verbraucherverträge wird in der notariellen Praxis zu Schwierigkeiten führen.** Es muß hier der Grundsatz gelten, daß auch ein Vertrag zwischen Unternehmer und Verbraucher nicht der Inhaltskontrolle unterliegt, wenn der von einem neutralen Notar vorformulierte Vertragstext die Interessen (vor allem die Sicherungsinteressen) sowohl des Verkäufers als des Käufers wahrt; hierzu ist der Notar nach § 17 BeurkG verpflichtet. Den Notaren ist zu empfehlen, den Vertragssentwurf vor dem Beurkundungstermin den Beteiligten mit dem Hinweis zuzuleiten, daß dieser Vertragssentwurf von ihm stammt und als Diskussionsgrundlage für den Verhandlungstermin gedacht ist. **Für Grundstücks-Verbraucherverträge sind die Klauselverbote in § 11 Nr. 2, 4, 5, 6, 8 und 10 AGBG von besonderer Bedeutung.** Die praktischen Fragen, die sich hieraus ergeben, können an dieser Stelle nicht beantwortet werden; sie können nur zur Diskussion gestellt werden. Beispielhaft seien folgende Fragen genannt: (1) Ist der Unternehmer Verkäufer, leistet der Verbraucher als Käufer dann vor, wenn - wie in der Praxis üblich - der Kaufpreis vor Eigentumsumschreibung zu zahlen oder auf Anderkonto des Notars zu hinterlegen ist. Solche Vorleistungsklauseln sind nach AGBG zulässig, wenn für sie ein sachlich berechtigter Grund gegeben ist; die Vorleistungspflicht fällt auch nicht unter § 11 Nr. 2 a AGBG. (2) Im Kaufvertrag zwischen dem Unternehmer als Verkäufer und

dem Verbraucher als Käufer kann das Erfordernis der Nachfristsetzung nicht ausgeschlossen werden. Damit sind Klauseln unwirksam, nach denen der Unternehmer bei nicht pünktlicher Zahlung des Kaufpreises ohne weiteres seinen Verzugschaden verlangen, vom Vertrag zurücktreten oder die Erfüllung des Vertrages ablehnen kann, um Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. (3) Die Vereinbarung eines pauschalierten Schadensersatzes bei Verzug des Käufers ist nur mit den Einschränkungen des § 11 Nr. 5 AGBG zulässig, die Vereinbarung einer Vertragsstrafe für den Fall des Zahlungsverzugs des Verbrauchers ist unzulässig. Ist dagegen der Unternehmer Käufer, sind Schadenspauschalen, Vertragsstrafesprechungen, auch ein sofortiges Rücktrittsrecht des Verbrauchers (= Verkäufers) bei nicht pünktlicher Kaufpreiszahlung zulässig. (4) Die Vereinbarung eines vollständigen Gewährleistungsausschlusses für Sachmängel eines Altbaus ist unabhängig davon zulässig, ob der Verbraucher Käufer oder Verkäufer ist. Veräußert der Unternehmer (der nicht Bauträger ist) eine für eigene Zwecke neu hergestellte Immobilie an einen Verbraucher, gelten die Verbote des § 11 Nr. 10 AGBG; der Verbraucher als Verkäufer kann dagegen einen Gewährleistungsausschluß vereinbaren.

**Prof. Dr. Günter Brambring, Köln**

## Literaturhinweise

**Langenfeld, Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, Verlag C. H. Beck, 4. Aufl., München 1996, 144 Seiten, DM 29,50**

In der Reihe der Beck'schen Musterverträge erscheint von Langenfeld in der 4. Aufl. die Gesellschaft bürgerlichen Rechts. In diesem Band finden sich insgesamt zehn verschiedene Vertragsmuster für verschiedene Gesellschaften bürgerlichen Rechts: Freizeit- und Gelegenheitsgesellschaft, Vermögensgesellschaft, Familiengesellschaft, Erwerbsgesellschaft, Freiberufler-Gesellschaft. Die eingehende Kommentierung der einzelnen Klauseln macht das Werk zu einem nützlichen Hilfsmittel der Vertragspraxis.

**Notar a. D. Dr. Peter Limmer**

### 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 mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

### Bezugspreis:

Jährlich 300,- DM, Einzelheft 13,- DM, inkl. 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:

Max Schimmel Verlag GmbH + Co KG, Postfach 6560, 97015 Würzburg, Tel.: 09 31/27 91 300, Fax.: 09 31/27 91 333