

tendmachung des Rechts auf Grund besonderer Umstände grob unbillig wäre. Dem schließt sich die Vereinbarung in Ziffer V 6 an. Danach ist die Gemeinde berechtigt, *anstelle* der Ausübung des Wiederkaufsrecht bei einer Veräußerung des Vertragsgrundstückes in bebautem oder unbebautem Zustand innerhalb der nächsten 15 Jahre ab dem Tag der Beurkundung des Kaufvertrages vom Erwerber den, Unterschiedsbetrag zwischen dem heutigen Kaufpreis samt den vom Erwerber verauslagten Erschließungskosten und dem Verkehrswert des Grundstücks ohne Bebauung im Zeitpunkt seiner Veräußerung in bar zu verlangen. Der Verkehrswert ist durch den Gutachterausschuss des Landratsamtes festzustellen. Damit weist die vertragliche Formulierung „*anstelle*“ auf den unmittelbaren Zusammenhang hin, in dem die Vereinbarungen stehen. Nachdem die Zahlung des Wertdifferenzbetrages *anstelle* des Wiederkaufsrechts verlangt werden kann, kann er nur so weit bestehen, so weit ein Wiederkaufsrecht hätte geltend gemacht werden können. Die Geltendmachung ist auch ausgeschlossen, wenn sie auf Grund besonderer Umstände grob unbillig wäre. Diese Einschränkung ergibt sich aus der Formulierung im notariellen Kaufvertrag. Nur sie wird den Interessen des Käufers angemessen gerecht. Der Käufer eines Einheimischenmodells, der in Zahlungsschwierigkeiten kommt und deshalb die mit dem Kauf des Grundstücks und seiner Bebauung verbundenen Forderungen nicht mehr erfüllen kann, sähe sich auch noch den Zahlungsansprüchen der Gemeinde ausgesetzt, die er wirtschaftlich nicht erfüllen könnte. Hingegen könnte die Gemeinde auf Kosten des Käufers den Wertzuwachs des Grundstücks unabhängig von der aktuellen Verkäuflichkeit realisieren, indem sie auf die Geltendmachung ihres Wiederkaufsrechts unter Umständen gerade im Hinblick auf die vorgehenden Belastungen verzichtet und vom Käufer die Wertdifferenz zum Zeitwert verlangt. Die Geltendmachung eines Zahlungsanspruches bei dieser Konstellation wäre grob unbillig. Dabei kann dem Erwerber eines Grundstückes, das im Einheimischenmodell veräußert wird, nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass er das Grundstück ohne Eigenkapital kauft. Da das Grundstück einen den Kaufpreis wesentlich übersteigenden Wert hat und die Veräußerung unter Wert dem Erwerber finanziell die Möglichkeit eröffnen soll, das Grundstück mit einem Wohnhaus zu bebauen, obwohl er grundsätzlich zu der finanziell schwächeren Einwohnergruppe gehört, kann ihm kein Vorwurf daraus gemacht werden, wenn er sich entsprechend dieser Zielvorstellung der Gemeinde verhält. Über den Realwert des Grundstücks wird ihm gerade die Möglichkeit gegeben, eine Finanzierung, durchzuführen, die zukunftsorientiert ist und damit Wohnungseigentum zu begründen, obwohl er marktentsprechend wirtschaftlich hierzu nicht in der Lage wäre. Auch das Beispiel der Beklagten zeigt, dass nicht von vornherein mit einem Scheitern eines solchen Vorhabens gerechnet werden muss. Sie konnten das Grundstück immerhin sieben Jahre halten.

Die Klägerin hat damit einen Zahlungsanspruch aus Ziffer V 6 a, so weit bei Geltendmachung des Wiederkaufsrecht ihr durch die Rückführung des Grundstückes etwas zugeflossen, wäre. Da die zur Finanzierung des Ankaufs und der Bebauung erforderlichen Belastungen, die auf das Grundstück gelegt wurden, ihrem Wiederkaufsrecht vorgehen würden, muss die Beklagte sich bei einem Zahlungsanspruch auch diese Belastungen abrechnen lassen. Die Beklagten haben nachgewiesen, dass bis auf den Betrag in Höhe von 65.000,01 DM die von ihnen aufgenommenen Darlehen, die durch Grundpfandrechte auf dem Grundstück abgesichert worden waren, zum Zwecke der Finanzierung des Grundstückskaufpreises

und des Hausbaues eingesetzt worden waren. So weit sie den Veräußerungserlös aus dem Weiterverkauf deshalb zur Tilgung dieser Schuld verwendet haben, kann die Klägerin keine Zahlung verlangen. Die Geltendmachung des Ausgleichsanspruches wäre nämlich dann grob unbillig. Unstreitig ist, dass die Beklagten ohne den Verkauf in die Zwangsversteigerung hätten gehen müssen. Dabei wären die Grundpfandrechte für die Darlehensverpflichtungen der Beklagten dem durch Vormerkung gesicherten Wiederkaufsrecht der Klägerin vorgegangen. Der Zahlungsanspruch der Klägerin war ohne dingliche Sicherung. Die Klägerin konnte deshalb nicht von der Geltendmachung des Wiederkaufsrechts absehen und den freihändigen Verkauf des Grundstückes geschehen lassen mit dem inneren Vorbehalt sodann einen weiteren Zahlungsanspruch gegen die Beklagten geltend zu machen.

Die Klage war deshalb abzuweisen, so weit die Klägerin Zahlung über den Betrag von 65.000,01 DM hinaus beanspruchte.

2. BGB §§ 459, 463, 476 (*Gewährleistungsausschluss für Mängel, die zwischen Kaufvertragsschluss und Gefahrübergang entstehen*)

- a) Der vereinbarte Gewährleistungsausschluss bezieht sich auch auf zwischen Kaufvertragsabschluss und Gefahrübergang entstandene Mängel.**
- b) Für die Arglisthaftung ist allein auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen.**

OLG Hamm, Urteil vom 28.1.1999 – 22 U 100/98 -

Anmerkung der Schriftleitung:

Das Urteil ist mit Sachverhalt und Entscheidungsgründen abgedruckt in DNotZ 1999, 273 ff.

Anmerkung:

Das Urteil behandelt die Reichweite von Gewährleistungsausschlüssen im Zusammenhang mit dem Zeitpunkt der Mängelentstehung und der Geltendmachung diesbezüglicher Ansprüche (vgl. hierzu Weigl MittBayNot 1996, 349 ff.).

Zugrunde gelegt ist der Entscheidung folgende Sachverhaltskonstellation: V verkauft an K ein bebautes Grundstück unter üblichem Gewährleistungsausschluss. Auf Grund mangelhafter Vorsorge treten in der Zeit zwischen Vertragsschluss und (späterem) Besitz- und Gefahrübergang frostbedingte Risse in der Wasserleitung auf, die einen erheblichen Wasserschaden verursachen. Der Käufer erfährt hiervon erst einige Tage nach Gefahrübergang und verlangt nun Ersatz der Reparaturkosten.

In konsequenter Fortführung der Rechtsprechung des BGH enthält das Urteil hierzu im Wesentlichen folgende beachtenswerte Aussagen:

1. Ein Gewährleistungsausschluss in einem Grundstückskaufvertrag (eine übliche Ausgestaltung zugrunde gelegt¹⁾ ent-

¹ Im zugrunde liegenden Sachverhalt: „Der Vertragsgegenstand geht in dem vorhandenen Zustand auf die Kaufpartei über. Eine Gewähr für Größe, Güte und Beschaffenheit sowie für bestimmte Eigenschaften werden von der Verkäuferin nicht übernommen, auch keine Haftung für Fehler oder Mängel einschließlich etwaiger Baulisten. Die Verkäuferin versichert jedoch, dass ihr versteckte Mängel nicht bekannt sind.“

faltet bis zum Eintritt des Gefahrübergangs keine Wirkung, so dass der Käufer den Kaufpreis nicht zu bezahlen braucht, wenn er noch vor Gefahrübergang einen Sachmangel entdeckt und deswegen das Grundstück nicht abnimmt (Ziff. 2. der Urteilsgründe).

2. Nach Eintritt des Gefahrübergangs sind hier Gewährleistungsansprüche auch für Mängel ausgeschlossen, die erst nach Vertragsschluss entstanden sind (Ziff. 1 der Urteilsgründe).

3. Die Haftung des Verkäufers ist dann sogar für Mängel ausgeschlossen, die vom Verkäufer schuldhaft herbeigeführt wurden, so weit es um den Ersatz des (unmittelbaren) Mangelschadens – in Abgrenzung zu Mangelfolgeschäden – geht. Die vom Verkäufer unterlassene Aufklärung des Käufers über Mängel, die nach Vertragsschluss entstanden sind, begründet auch keine Arglisthaftung für Mangelschäden (Ziff. 1. der Urteilsgründe).

Das Urteil überzeugt zumindest in der Begründung nicht in jeder Hinsicht. Die Ergebnisse geben im Übrigen Anlass, die verwendeten Gewährleistungsklauseln darauf hin zu überprüfen, ob die in sie gesetzten Erwartungen in jeder Hinsicht erfüllt werden.

Zu vorstehend 1.:

Die Anwendbarkeit der allgemeinen Leistungsstörungsregeln bis zum Gefahrübergang trotz Ausschlusses einer Sachmängelgewährleistung entspricht der Linie des BGH, der dem Käufer bei einer mangelhaften Sache insb. ein Leistungsverweigerungsrecht gem. § 320 BGB zuerkennt.² Im Schriftum werden hiergegen jedoch erhebliche Bedenken geäußert³ (mit denen sich das OLG Hamm nicht auseinander setzt). Da sich der BGH in den zitierten Urteilen zu der Problematik – wie auch das vorliegende Besprechungsurteil – lediglich „obiter dictum“ geäußert hat, könnte sich eine entsprechende Klärstellung in den Gewährleistungsvereinbarungen durchaus empfehlen. Nicht jedem Käufer ist zudem bewusst, dass er die Kaufpreiszahlung verweigern darf, wenn er den Mangel noch vor Gefahrübergang – dieser erfolgt vereinbarungsgemäß meist mit Kaufpreiszahlung – entdeckt. Mit diesem durchaus bedeutsamen Recht argumentiert auch der BGH⁴: „... Wenn sich der Käufer darauf (auf einen Gewährleistungsausschluss; Anmerkung des Verfassers) einlässt, ist es seine Sache, sich vor Abnahme der Kaufsache zu vergewissern, ob er die damit unter Umständen eintretende Haftungsbefreiung des Verkäufers hinnehmen kann; denn eine Verpflichtung seinerseits zur Abnahme der mangelhaften (...) Kaufsache besteht nicht.“

Ein entsprechender Hinweis des Notars auf die Möglichkeit des Käufers zu einer nochmaligen Besichtigung des Kaufgrundstücks vor Kaufpreiszahlung dürfte vor diesem Hintergrund auch nicht gegen die Neutralitätspflicht des Notars verstößen. Im Einzelfall kann dies freilich zur „Mängelsuche“ eines zahlungsunwilligen Käufers führen.

Alternativ könnten deshalb auch die vorgenannten Rechte des Käufers bis zum Gefahrübergang vertraglich ausgeschlossen werden.⁵ Ob dies freilich im Regelfall der Interessenlage der

² Vgl. die in der Entscheidung zitierten BGH-Urteile und hierzu *Palandt*, BGB, 58. Aufl. 1999, vor §§ 459 ff., Rdnr. 3 f. unter Hinweis auf *Weigl* MittBayNot 1996, 349. S. auch BGH MittBayNot 1997, 166).

³ Vgl. *Tiedtke* NJW 1995, 3084.

⁴ Vgl. das zitierte Urteil des BGH NJW 1991, 1676.

⁵ Hierzu näher *Weigl* MittBayNot 1996, 354 f.

Vertragsteile entspricht, ist fraglich; letztlich liegt hierin die Ursache für den oben angeführten Meinungsstreit.

Zu vorstehend 2.:

Auch insoweit befindet sich das OLG Hamm im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung (a.A. allerdings wiederum teilweise das Schriftum)⁶. Gegen einen Ausschluss der Haftung für Mängel, die nach Vertragsschluss eingetreten sind, hätte immerhin eingewendet werden können, dass der Gefahrübergang im zugrunde gelegten Urteilssachverhalt erst für einen nach Vertragsschluss liegenden Zeitpunkt vereinbart war und damit das Risiko zufälliger Verschlechterungen bis dahin nach § 446 Abs. 1 BGB eigentlich den Verkäufer getroffen hätte. Das Besprechungsurteil hat den hierin liegenden Widerspruch, auf den bereits *Wolfsteiner* hingewiesen hat⁷, nicht erwähnt.

In der praktischen Vertragsgestaltung sollte dieser Widerspruch allerdings vermieden werden, indem entweder der Gefahrübergang auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorverlegt wird (verbunden mit der Pflicht zur sorgfältigen Behandlung des Kaufobjekts bis zum Besitzübergang und der Abtretung von Versicherungs- und Schadensersatzanträumen) oder der Gewährleistungsausschluss auf Mängel beschränkt wird, die bis Vertragsschluss (alternativ: bis zur vorausgehenden Besichtigung) entstanden sind.⁸

Kaum nachvollziehbar ist im Übrigen die Hilfsbegründung des OLG Hamm, wonach Ansprüche des Käufers nach § 464 BGB ausgeschlossen seien, weil der Käufer bei der Besitzübergabe wegen des Mangels keinen Vorbehalt erklärt hat. Ausweislich des zugrunde gelegten Sachverhalts hat der Käufer von dem Mangel nämlich erst einige Tage nach Besitz- und Gefahrübergang erfahren, sodass ihm die für die Anwendung des § 464 BGB erforderliche Kenntnis vom Mangel zum maßgeblichen Zeitpunkt gefehlt hat.

Zu vorstehend 3.:

Wenig einleuchtend wird es der Käufer finden, dass der Verkäufer für den Mangel auch unter Berücksichtigung seiner schuldhaften Herbeiführung nicht zu haften braucht. Die verschuldenskomponente spielt im kaufvertraglichen Gewährleistungsrecht – von der Ausnahme des § 463 BGB abgesehen – allerdings keine Rolle und kann allenfalls bei der ergänzenden Anwendung der pVV (oder der cic) Bedeutung erlangen. Die Anwendung der pVV im Zusammenhang mit der schuldhaften Herbeiführung von Sachmängeln setzt nach h.M. freilich voraus, dass die Sorgfaltspflichtsverletzung nach Vertragsschluss erfolgt (dies läge hier vor) und zudem ein Mangelfolgeschaden eingetreten ist; für reine Mangelschäden (zur Abgrenzung s. die Urteilsgründe) bildet das gesetzliche Gewährleistungsrecht der §§ 459 ff. BGB nach Besitzübergang eine abschließende Regelung.⁹

Ohne weiteres möglich ist die Vereinbarung vertraglicher Sorgfaltspflichten des Verkäufers, wonach dieser im Falle der Missachtung zum Schadensersatz verpflichtet ist, und zwar

⁶ Vgl. neben den im Besprechungsurteil zitierten Nachweisen die MittBayNot 1996, 350 in Fn. 26 zitierten Nw.

⁷ Vgl. *Wolfsteiner* MittBayNot 1982, 115, ferner ders. in: *Kersten/Bühlung* Formularbuch der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 20. Aufl. 1994, S. 367.

⁸ Vgl. hierzu a.a.O. (s. vorhergehende Fn.) und *Weigl* MittBayNot 1996, 352 ff.

⁹ Vgl. *Palandt*, BGB, 58. Aufl. 1999, vor §§ 459 ff., Rdnr. 6.

auch bezüglich reiner Mangelschäden. Dies dürfte in der Regel eher den Vorstellungen der Vertragsteile entsprechen als die vorstehend skizzierte Rechtslage. Zwar wird bei einem Gewährleistungsausschluss für Mängel, die vor Vertragschluss entstanden sind, nicht danach differenziert, ob sie vom Verkäufer „schulhaft“ (oder nicht) herbeigeführt wurden. Bis zum Verkauf treffen den Verkäufer aber auch keinerlei Sorgfaltspflichten hinsichtlich der Erhaltung seiner Sachen; für die anschließende Zeit bis zum Besitzübergang lassen sich dagegen entsprechende Obhutspflichten gegenüber dem (dann vorhandenen) Käufer ohne größeren Argumentationsaufwand herleiten (so auch die Rspr., allerdings nur im Hinblick auf Mangelfolgeschäden). Werden durch einen Gewährleistungsausschluss die gesetzlichen Ansprüche des Käufers wegen Mangelschäden ausgeschlossen, sollte deshalb darauf geachtet werden, dass hiervom nicht „unfreiwillig“ Mangelschäden, die nach Vertragsschluss schulhaft verursacht wurden, mitumfasst sind.

Das Konzept der Rechtsprechung kann hier allenfalls unter dem Gesichtspunkt als angemessen angesehen werden, dass der Käufer seine Interessen durch eine nochmalige Besichtigung vor Abnahme und Ausübung eines gegebenenfalls bestehenden Leistungsverweigerungsrechts nach § 320 BGB (s.o.) wahren kann. Wird die Haftung auch für schuldhafte Mängelherbeiführung ausgeschlossen, wächst die Bedeutung eines entsprechenden Hinweises an den Käufer auf diese Möglichkeit.

Als Konsequenz vorstehender Ausführungen seien zwei Formulierungsvorschläge zur Diskussion gestellt, in denen auch die Verantwortlichkeit des Verkäufers nach dem BBodSchG in unterschiedlicher Weise geregelt wird¹⁰:

a) Umfassender Gewährleistungsausschluss (wirksam ab Vertragsschluss)

„Das Vertragsobjekt wird in dem Zustand geschuldet, wie es sich bei Besitzübergang befindet. Jegliche Ansprüche des Käufers im Hinblick auf die Beschaffenheit, Größe oder Verwendbarkeit des Vertragsobjekts sind ausgeschlossen, insbesondere jegliche Haftung für Sachmängel einschließlich diesbezüglicher Anfechtungs- und Leistungsverweigerungsrechte.“

Ferner hat der Käufer den Verkäufer in jeder Hinsicht von einer Inanspruchnahme für schädliche Bodenveränderungen freizustellen.

¹⁰ Unter bestimmten Umständen kann danach auch der Verkäufer (nicht nur als Handlungsstörer, sondern auch) als Zustandsstörer für die Beseitigung von schädlichen Bodenveränderungen haftbar gemacht werden; außerdem bestehen u.U. Regressansprüche des Käufers im Falle seiner Inanspruchnahme für schädliche Bodenveränderungen. Ein Gewährleistungsausschluss darf zwar ohne weiteres auch den Ausschluss etwaiger Regressansprüche des Käufers (im Falle seiner Inanspruchnahme) enthalten, nicht aber umgekehrt einen Regressanspruch des Verkäufers (im Falle seiner Inanspruchnahme) gegen den Käufer (als Zustandsstörer) schaffen, insoweit sollte eine Regelung getroffen werden, welche zivilrechtlich die letztendliche Haftungsverteilung – unabhängig von der Störerauswahl durch die Behörde – regelt (zur Haftungsverlagerung auf den Käufer s. Formulierungsvorschlag a). Sorge MittBayNot 1999, 239, befürwortet eine Freistellung des Verkäufers allerdings nur, wenn dieser nicht als Handlungsstörer haftet (vgl. Formulierungsvorschlag unter b); bei anderen Sachmängeln wird freilich beim Gewährleistungsausschluss üblicherweise auch nicht danach differenziert, ob der Verkäufer einen Mangel, der vor Vertragsschluss entstanden ist, verursacht hat oder nicht.

Der Verkäufer erklärt, dass ihm solche sowie sonstige offenbarungspflichtige Mängel des Vertragsobjekts nicht bekannt sind.

Die Gefahr eines zufälligen Untergangs und einer zufälligen Verschlechterung des Vertragsobjekts geht sofort auf den Käufer über.

Der Verkäufer übernimmt die Unterhaltungspflicht für das Vertragsobjekt bis zum Besitzübergang und haftet für von ihm oder seinen Erfüllungsgehilfen verschuldeten Verschlechterungen. Weiterhin tritt der Verkäufer – bedingt durch die Kaufpreiszahlung – alle bestehenden oder noch entstehenden Ansprüche gegen Dritte bezüglich des Vertragsobjekts, insbesondere Ansprüche auf Schadensersatz oder Versicherungsleistungen, ab, die ihm wegen eines Schadens oder eines Mangels am Vertragsobjekt zustehen sollten, und verpflichtet sich, alle insoweit bestehenden Schadensversicherungen bis zum Besitzübergang aufrechtzuerhalten.“

b) Eingeschränkter Gewährleistungsausschluss (wirksam erst ab Gefahrübergang – in Anlehnung an das Haftungskonzept der Rspr.):

„Die Haftung des Verkäufers für Sachmängel gem. §§ 459 ff. BGB, gleichgültig wann diese entstanden sind, wird mit Wirkung ab dem Gefahrübergang ausgeschlossen. Ab diesem Zeitpunkt hat der Käufer den Verkäufer auch von jeder Inanspruchnahme für etwaige schädliche Bodenveränderungen freizustellen, so weit nicht der Verkäufer diese verursacht hat; im letzteren Fall trifft den Verkäufer die entsprechende Freistellungspflicht gegenüber dem Käufer.“

Bis zum Gefahrübergang stehen dem Käufer die gesetzlichen Rechte, insbesondere das Recht zur Verweigerung der Kaufpreiszahlung wegen aufgetretener Sachmängel (§ 320 BGB), zu. Der Verkäufer erklärt, dass ihm offenbarungspflichtige Mängel des Vertragsobjekts nicht bekannt sind. Weiterhin tritt der Verkäufer – bedingt durch die Kaufpreiszahlung – alle bereits entstandenen oder noch entstehenden Ansprüche gegen Dritte bezüglich des Vertragsobjekts, insbesondere Ansprüche auf Schadensersatz oder Versicherungsleistungen, ab, die ihm wegen eines Schadens oder eines Mangels am Vertragsobjekt zustehen sollten.“

Notar Dr. Gerald Weigl, Heilsbronn

3. BGB § 313 (Bestimmung einer noch zu vermessenden Teilfläche)

Ein Kaufvertrag über eine noch zu vermessende Teilfläche ist unwirksam, wenn zur Bestimmung von Größe und Grenzen des verkauften Grundstücksteils auf eine nicht maßstabsgerechte Skizze verwiesen wird, diese aber keine eindeutige Festlegung zulässt, und auch keinem Beteiligten ein Bestimmungsrecht nach § 315 BGB eingeräumt ist.

(Leitsatz der Schriftleitung)

BGH, Urteil vom 23.4.1999 – V ZR 54/98 –, mitgeteilt von Dr. Manfred Werp, Richter am BGH a. D.

Zum Sachverhalt:

Die Beklagte war zusammen mit ihrem inzwischen verstorbenen, von ihr allein beerbten Ehemann Eigentümerin eines in F. gelegenen Grundstücks mit einer Gesamtgröße von 3823 qm. Mit notariell be-