

# DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

15/1996 · August 1996

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 638; AGBG § 11 Nr. 10 f - Modifizierung der gesetzlichen Gewährleistungsfrist im Bauträgervertrag  
 BGB §§ 1371, 2301, 2325; ErbStG § 5 Abs. 1 Satz 4, Abs. 2 - Rückwirkende Vereinbarung der Zugewinnngemeinschaft; erbschaftsteuerliche Auswirkungen; Pflichtteilsergänzung; Nießbrauchsvermächtnis; Schenkungsversprechen von Todes wegen

### Rechtsprechung

GrdStVG § 6 - Zustimmung einer Grundstücksverkehrsgenehmigung an Ur-

kundsnotar

BGB §§ 877, 1105; ErbbauVO § 9 - Zusammenfassung mehrerer Reallasten ErbbauVO - Zulässigkeit der Eintragung einer echten Gleitklausel bei der Erbbauzinsreallast  
 GVO § 2 - Genehmigungsfreiheit bei Veräußerung nach Erbauseinandersetzungsvertrag

### Aktuelles

Gesetz zur Änderung des AGBG

### Literatur

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### BGB § 638; AGBG § 11 Nr. 10 f Modifizierung der gesetzlichen Gewährleistungsfrist im Bauträgervertrag

#### I. Zum Sachverhalt

Ein Bauträger möchte im Bauträgervertrag bei der Sachmängelgewährleistung hinsichtlich der Gewährleistungsfristen differenzieren zwischen der Gewährleistung für kurzlebige Verbrauchsgüter, wie etwa Relais, Sicherungen, Glühbirnen usw., sowie auch hinsichtlich Aggregaten, wie etwa elektrische Steuerungen, Pumpen usw., und hierfür eine Gewährleistung von 6 Monaten vereinbaren.

Hinsichtlich von Gebrauchsteilen, die einem bestimmungsgemäßen Verschleiß unterliegen, wie etwa Bodenbelägen, will er eine Gewährleistung von einem Jahr vereinbaren, ebenso hinsichtlich von Verschleißteilen und beweglichen Teilen, wie etwa Dichtungen, Laufräder, Brennteile, Düsen, Türdrücker, Scharniere, Schalter, Kugellager, Anstriche usw. Für die restlichen Arbeiten am Bauwerk soll es bei der 5-jährigen Gewährleistung verbleiben.

#### II. Frage

1. Ist nach den Regelungen des § 638 BGB für das vom Bauträger geschuldete Werk (Haus, Eigentumswohnung) eine derartige Differenzierung möglich bzw. im Gesetz selbst angelegt?

2. Falls nein, kann im Bauträgervertrag unter Berücksichtigung des § 11 Nr. 10 AGBG eine solche hinsichtlich der Gewährleistungsfristen differenzierende Vereinbarung getroffen werden?

#### III. Rechtslage

Der **Bauträgervertrag**, bei dem sich ein gewerbsmäßiger Bauträger verpflichtet, auf eigenem Grund und Boden, in eigenem Namen und auf eigene Rechnung ein Haus oder eine Eigentumswohnung zu errichten und nach Fertigstellung zu übergeben und zu übereignen, **enthält werk-, werklieferungs- und kaufvertragliche Elemente sowie - je nach den Umständen des Einzelfalles - Bestandteile aus dem Auftrags- und Geschäftsbesorgungsrecht** (vgl. Grziwotz, Vertragliche Gewährleistungsregelungen im Bauträgervertrag, NJW 1989, 193). Im Rahmen der Sachmängelgewährleistung wird nach ständiger Rechtsprechung **zwischen dem Grundstück und den Bauleistungen differenziert**: Die Gewährleistung für das Grundstück richtet sich nach Kaufrecht (§ 459 BGB; BGH MittBayNot 1984, 176; Basty, Der Bauträgervertrag, 2. Aufl. 1995, Rz. 352 m.w.N.), die Gewährleistung für Baumängel bestimmt sich nach Werkvertragsrecht (BGH NJW 1986, 315 m.w.N.; Kutter, in: Beck'sches Notarhandbuch, 1992, A II Rz. 73 f.; Pauker, Die Gewährleistungsfristen im Bauträgervertrag nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, MittBayNot 1987, 121 ff., 125; Grziwotz, NJW 1989, 193; Basty, a.a.O., Rz. 351; Jagenburg, Die Entwicklung des Baubetreuungs-, Bauträger- und Wohnungseigentumsrechts seit 1991/92, NJW 1995, 2196 ff., 2200).

## Frage 1

Nach § 638 Abs. 1 S. 1 BGB verjährt der Sachmängelgewährleistungsanspruch des Erwerbers bei beweglichen Sachen in sechs Monaten, bei Arbeiten an einem Grundstück in einem Jahr, bei Bauwerken in fünf Jahren. Die lange Frist für Bauwerke rechtfertigt sich daraus, daß Mängel von Bauwerken oft erst spät und schwer erkennbar, gleichzeitig aber für die Bausubstanz besonders nachteilig sind. Unter einem Bauwerk ist eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache zu verstehen (vgl. Staudinger/Peters, 12. Aufl. 1991, § 638 Rz. 37). Darunter zu subsumieren ist die Herstellung eines neuen Gebäudes (BGHZ 53, 45).

1. **“Arbeiten bei Bauwerken”** sind solche, die in dem Sinne als notwendig angesehen werden müssen, daß sie für den Bestand des Gebäudes von wesentlicher Bedeutung sind und die eingefügten Teile mit dem Gebäude fest verbunden werden (BGHZ 19, 319, 322; BGHZ 53, 43/45; Staudinger/Peters, a.a.O., § 638 Rz. 38). In seinem Urteil vom 21.12.1955 (BGHZ 19, 319) hat der BGH ausgeführt, daß bereits durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts klargestellt worden sei, “daß unter dem Ausdruck ‘Bauwerk’ nicht nur die Ausführung des Baues als Ganzen, sondern auch die Herstellung der einzelnen Bauteile und Bauglieder zu verstehen ist, ohne daß es darauf ankommt, ob sie einen äußerlich hervortretenden, körperlich abgesetzten Teil des ganzen Baus darstellen” (BGHZ 19, 321/322 m.w.N.).

2. In älteren Entscheidungen zu § 638 Abs. 1 BGB hat der BGH auf § 94 BGB Bezug genommen (NJW 1971, 2219; NJW 1983, 567/568): **der fünfjährigen Gewährleistungsfrist des § 638 Abs. 1 S. 1 BGB unterlägen danach jedenfalls diejenigen Gegenstände, die nach § 94 BGB wesentlicher Bestandteil des Gebäudes sind**, also alle zur Herstellung des Gebäudes eingefügten Sachen, § 94 Abs. 2 BGB (ebenfalls auf § 94 BGB abstellend Paucker, MittBayNot 1987, 123; Kutter, in: Beck’sches Notarhandbuch, a.a.O., A II Rz. 78).

a) **Eingefügt im Sinne von § 94 Abs. 2 BGB ist eine Sache dann, wenn zwischen ihr und dem Gebäude ein räumlicher Zusammenhang hergestellt ist**; eine feste Verbindung ist - im Gegensatz zu § 94 Abs. 1 BGB - nicht erforderlich (MünchKomm-Holch, 3. Aufl. 1993, § 94 Rz. 14 m.w.N.; Soergel/Mühl, 12. Aufl. 1987, § 94 Rz. 18); es genügt also auch eine lose Verbindung. Die Frage, ob eine Sache zur Herstellung eines Gebäudes eingefügt ist, entscheidet sich nach Auffassung des BGH (BGHZ 53, 324/325) danach, ob die Einfügung dieser Sache dem Gebäude ein bestimmtes Gepräge gegeben hat; dies ist nach der Verkehrsanschauung bei natürlicher Auffassung über das Wesen, den Zweck und die Beschaffenheit dieses Gebäudes zu beurteilen. Zur Herstellung eines Gebäudes eingefügt sind danach in erster Linie die Baustoffe, die den Baukörper als solchen, d. h. seine Mauern, Wände, Böden, und Decken bilden, also Beton, Steine, Balken und Ziegel. Dazu gehören aber auch die Sachen, die den Baukörper notwendig ergänzen, wie z. B. Türen und Fenster sowie Fensterläden, Rollläden. Diese Baustoffe und Bauteile müssen zu einer Einheit zusammengefügt sein, die nach der Verkehrsanschauung erst als Ganzes den Charakter des Bauwerks bestimmt (MünchKomm-Holch, a.a.O., § 94 Rz. 15). In jedem Fall ist der Zweck der Verbindung entscheidend, d. h. die

Sache muß “zur Herstellung” eingefügt sein (BGH NJW 1979, 712).

In Wohngebäuden werden danach von der Rechtsprechung Heizungsanlagen (Heizkessel, Heizkörper und Gasradiatoren sowie Öfen) regelmäßig als wesentlicher Bestandteil im Sinne von § 94 Abs. 2 BGB angesehen, ebenso Warmwasserspeicher, Badeöfen, Waschbecken und Badewannen, Teppichböden (auch wenn sie nur lose verlegt sind; zu den regionalen Unterschieden bei Einbauküchen s. MünchKomm-Holch, a.a.O., § 94 Rz. 18c). Was letztendlich zur Herstellung des Bauwerks gehört, kann nicht allgemein, sondern nur von Fall zu Fall entschieden werden (vgl. BGH NJW-RR 1990, 787/788; Soergel/Mühl, a.a.O., § 94 Rz. 20).

b) **Nicht um Arbeiten bei einem Bauwerk** handelt es sich bei solchen **Leistungen, die nicht der Herstellung des Gebäudes dienen**; darunter fällt insbes. die Mitveräußerung von Zubehör (Kutter, in: Beck’sches Notarhandbuch, a.a.O., A II Rz. 78; Paucker, MittBayNot 1987, 124). Diese Gegenstände bleiben auch nach Eigentumsverschaffung bewegliche Sachen. Die Verschaffung des Eigentums an beweglichen Gegenständen, die nicht Bauwerksbestandteile werden, unterliegt danach Kaufvertragsrecht, so daß die Gewährleistungsfrist in diesen Fällen sechs Monate beträgt. Zubehör sind nach § 97 Abs. 1 S. 1 BGB bewegliche Sachen, die, ohne Bestandteil der Hauptsache zu sein, dem wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache zu dienen bestimmt sind und zu ihr in einem dieser Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnis stehen. Als Zubehör wurden in der Rechtsprechung u. a. angesehen eine Alarmanlage zu der Eigentumswohnung, in die sie eingebaut ist, sowie vom Eigentümer eines Mietshauses angebrachte Beleuchtungskörper.

c) Die in § 94 Abs. 2 BGB genannten Sachen werden mit dem Einfügen in das Gebäude wesentliche Bestandteile. Diese gesetzliche Wirkung tritt ohne Rücksicht auf einen entgegenstehenden Willen der Beteiligten oder eine entgegenstehende Parteivereinbarung ein. Auch der Begriff des Zubehörs kann nicht im Vertragswege abgeändert werden (MünchKomm-Holch, a.a.O., § 97 Rz. 2). Etwas anderes gilt nur im Falle einer Zweckbestimmung nach § 95 BGB; nur insoweit ist ein entgegenstehender Wille rechtserheblich (MünchKomm-Holch, a.a.O., § 94 Rz. 2, § 97 Rz. 8).

**§ 95 Abs. 2 BGB** erfaßt diejenigen Sachen, die nur zu einem vorübergehenden Zweck in ein Gebäude eingefügt werden, sog. **“Scheinbestandteile”**. Die Verbindung erfolgt dann nur zu einem vorübergehenden Zweck, wenn ihre spätere Wiederaufhebung von Anfang an beabsichtigt ist (MünchKomm-Holch, a.a.O., § 95 Rz. 3). Für die Absicht einer nur vorübergehenden Zweckbestimmung ist in erster Linie die innere Willensrichtung desjenigen maßgebend, der die Verbindung vornimmt; sie muß aber mit dem nach außen in Erscheinung tretenden Sachverhalt in Einklang zu bringen sein (Soergel/Mühl, a.a.O., § 95 Rz. 2). In jedem Einzelfall ist nach seinen besonderen Umständen zu ermitteln, ob der Einfügende an eine dauernde oder nur an eine zeitweilige Verbindung der Sache mit dem Gebäude gedacht hat und ob sich seine in jene oder diese Richtung gehende Absicht mit dem äußeren Tatbestand in Einklang bringen läßt (RGZ 153, 231/236; RGZ 158, 362/376). Als Sachen, die nur zu einem vorübergehenden Zweck in ein Gebäude

eingefügt sind, werden von der Rechtsprechung u. a. eine vom Mieter installierte Einbauküche und der vom Mieter verlegte Teppichboden angesehen (MünchKomm-Holch, a.a.O., § 95 Rz. 13).

d) Auch die in § 638 Abs. 1 Satz 2 BGB enthaltenen Begriffe "Arbeiten an einem Grundstück" bzw. "Arbeiten bei Bauwerken" sind Rechtsbegriffe, über die die Vertragsparteien nicht beliebig disponieren können. So wie durch die Bezeichnung des Bauträgervertrages als Kaufvertrag und der Vertragsparteien als Verkäufer und Käufer der Bauträgervertrag nicht ausschließlich dem Kaufvertragsrecht unterstellt werden kann, so kann auch nicht durch Parteivereinbarung aus einer Arbeit an einem Bauwerk eine Arbeit an einem Grundstück gemacht werden; anderenfalls bestünde u. a. die Gefahr, daß durch entsprechende Parteivereinbarungen ein Verbot der Verkürzung der gesetzlichen Gewährleistungsfristen umgangen würde.

Allein vertragliche Abreden über die Eigenschaft einer vom Bauträger zu erbringenden Leistung, wie etwa als Lieferung eines Zubehörs im Sinne von § 97 BGB anstelle des Einfügens einer Sache zur Herstellung des Gebäudes im Sinne von § 94 Abs. 2 BGB, die willkürliche Bezeichnung einzelner Leistungen als Scheinbestandteile im Sinne von § 95 BGB oder etwa die Bezeichnung einzelner Arbeiten als Arbeiten an einem Grundstück anstelle von Arbeiten an einem Bauwerk, können daher u. E. an der gesetzlichen Gewährleistungsfrist des § 638 Abs. 1 S. 1 BGB nichts ändern.

3. Gegen die Heranziehung von § 94 BGB im Rahmen von § 638 BGB wendet sich *Grziwotz* (NJW 1989, 195/196). Bedenken gegen die Auslegung des Begriffs "Arbeiten an einem Bauwerk" nach den Kriterien des § 94 BGB würden sich bereits aus der völlig verschiedenen Zwecksetzung des § 638 BGB und des § 94 BGB ergeben. Während § 94 BGB die nutzlose Zerstörung wirtschaftlicher Werte verhindern wolle, die eintreten würde, wenn Bestandteile voneinander getrennt würden, die ihren wirtschaftlichen Zweck nur in der von ihnen gebildeten Einheit hätten, solle § 638 BGB den Interessenkonflikt zwischen Werkunternehmer und Besteller eines Werks regeln. Gegen das Abstellen auf die feste Verbindung spreche ferner, daß Arbeiten an Bauwerken nicht allein gegenständliche Leistungen, sondern auch geistige Planungs-, Leitungs- und Bauausführungsleistungen der Architekten etc. erfassen. Statt dessen sei zum einen auf die ratio des § 638 Abs. 1 BGB abzustellen, zum anderen solle ein Vergleich der Befristung der Gewährleistung mit der Interessenlage der Vertragsparteien im Einzelfall anzustellen sein. Entscheidend sei, ob es sich um die für den Werkvertrag typische Errichtung eines Werks handele, das gerade für den Besteller im Mittelpunkt der vertraglichen Beziehungen stehe; es sei eine nach der Eigenart des Gewerks differenzierende Auffassung zugrunde zu legen.

4. In der **Entscheidung vom 20.06.1991** (ZfBR 1991, 259 f.) hat der BGH ausgeführt, daß zur Beurteilung der Dauer der Gewährleistungsfrist nach § 638 Abs. 1 BGB die zu den §§ 93 ff. BGB entwickelten Grundsätze nicht unbesehen herangezogen werden könnten. Die im Rahmen der §§ 93, 94 BGB bestehende Verkehrsauffassung stelle kein geeignetes Abgrenzungskriterium dar: Die gesetzliche Regelung der §§ 93, 94 BGB beruhe hinsichtlich der Zuordnung einer Sache als eines

wesentlichen Bestandteils des Gebäudes oder Grundstücks auf dem Gedanken, die nutzlose Zerstörung wirtschaftlicher Werte zu verhindern *und* zu gewährleisten, daß eine Sache und ihre Bestandteile ein möglichst einheitliches rechtliches Schicksal haben (MünchKomm-Holch, a.a.O., § 93 Rz. 1). Darüber hinaus dient § 94 BGB der Sicherheit des Rechtsverkehrs; anderenfalls würde insbesondere im Grundstücksverkehr die Schaffung klarer und sicherer Rechtsverhältnisse gefährdet. So schützt § 94 BGB in erster Linie einen möglichen Erwerber: er soll sich darauf verlassen können, mit dem Gebäude alle Gegenstände, aus denen es hergestellt ist, zu Eigentum zu erhalten (MünchKomm-Holch, a.a.O., § 94 Rz. 1). Die Sicherstellung eines möglichst einheitlichen rechtlichen Schicksals kann nach Auffassung des BGH für die Frage der Verjährung keine Rolle spielen (BGH NJW-RR 1990, 788 f. m.w.N.). Die durch §§ 93, 94 BGB bezweckte Klarheit über die sachenrechtliche Zuordnung einer eingebauten Sache in bezug auf das Grundstück führe bei der Beurteilung der Dauer der Gewährleistung nach § 638 BGB und damit bei der Frage, ob der Vertrag auf die Lieferung einer beweglichen Sache oder auf eine Arbeit an einem Grundstück gerichtet sei, nicht weiter (BGH ZfBR 1991, 259). **Maßgeblich für die Beurteilung der wesentlichen Bedeutung einer Leistung als Arbeit "bei Bauwerken" sei daher die Zweckbestimmung, das geschuldete Vertragsobjekt herzustellen** (BGH NJW-RR 1990, 789).

5. Unabhängig davon, ob man im Anwendungsbereich des § 638 BGB auf die §§ 93, 94 BGB oder auf die Zweckbestimmung der Leistung abstellt, **ergibt sich u. E. für den Bauträgervertrag, daß alle Werkleistungen, die der Bauträgervertrag typischerweise enthält, die der Bauträger also zur Herstellung des Vertragsobjektes (Bauwerk) schuldet, "Arbeiten bei Bauwerken" darstellen** (Paucker, MittBayNot 1987, 123; Basty, a.a.O., Rz. 391). Dies gilt für die Bauplanung, sämtliche Arbeiten am Grundstück, die zur Errichtung des Gebäudes erforderlich sind, und die Erstellung und den Einbau der für die Nutzung des Gebäudes erforderlichen Anlagen. In allen Fällen handelt es sich um einheitlich zu betrachtende, bauwerksbezogene Arbeiten, also um die Herstellung von Sachen durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden, die in einem engen Funktionszusammenhang mit dem zu errichtenden Gebäude stehen.

Alle diese im Rahmen des Bauträgervertrages hergestellten Sachen, die nach der insoweit maßgeblichen Zweckbestimmung Elemente des Bauwerks sind, ohne die das Bauwerk also unvollständig wäre, folgen einheitlichen Vertragsgrundsätzen: die Gewährleistungsfrist beträgt fünf Jahre (Paucker, MittBayNot 1987, 123; Basty, a.a.O., Rz. 391).

## Frage 2

Die lange werkvertragliche Gewährleistung wird für einzelne Gewerke teilweise nicht für sachgerecht erachtet. Eine Verkürzung der Gewährleistungsfristen in Anlehnung an die gesetzlichen Gewährleistungsbestimmungen, die im Hinblick auf den einzelnen Gegenstand wesensbestimmend seien, müsse möglich sein. Danach soll für kurzlebige Verbrauchsteile wie Glühbirnen und Sicherungen oder für Aggregate in Anlehnung an die Bestimmungen des Kaufvertrages eine halbjährige Gewährleistungsfrist vereinbart werden können, bei Gebrauchstei-

len (z. B. Bodenbeläge) oder für Verschleißteile (Dichtungen, Scharniere, Schalter, Anstriche etc.) eine einjährige Gewährleistung gem. § 638 Abs. 1 S. 1 BGB, da es hierbei weniger um Arbeiten bei Bauwerken als um Arbeiten an einem Grundstück gehe (vgl. hierzu Basty, a.a.O., Rz. 390).

1. Nach Auffassung von *Grziwotz* (NJW 1989, 196) soll unter Zugrundelegung einer nach der Eigenart der Gewerke differenzierenden Auffassung die Vereinbarung einer kürzeren Verjährungsfrist als der fünfjährigen für Leistungen des Bauträgers möglich sein, soweit der Vertragspartner nicht die Erstellung eines bestimmten Werkes, sondern lediglich die Lieferung eines bestimmten Gegenstandes erwarte. Insbesondere für die vom Feuer berührten Teile der Heizungs- und Feuerungsanlage sowie für Verschleißteile, für die der Erwerber auch im Fall der Eigenleistung oder der Sonderleistung des Bauträgers keine fünfjährige Gewährleistung erwarte, sei die Vereinbarung einer z. B. einjährigen Frist interessengerecht und nicht von vornherein als unzulässig anzusehen.

Nach Auffassung von *Brych* (Die Bauträger-Gewährleistung für Verschleißteile und Einbauten, ZfBR 1989, 237/238) lägen hinsichtlich kurzlebiger Verbrauchsteile wie etwa der Glühbirnen weder Arbeiten an einem Grundstück noch bei einem Bauwerk vor, so daß eine kaufrechtliche Gewährleistung in Betracht komme; dasselbe gelte für wartungsfreie Aggregate, wie etwa dem Kühlschrank. Bei Verschleißteilen, wie etwa Dichtungen, Scharnieren, Schaltern usw., sei zwar nicht auszuschließen, daß diese der Gruppe der Arbeiten bei Bauwerken zugeordnet würden; bei diesen Verschleißteilen erscheine jedoch eine einjährige Gewährleistung sinnvoll und angebracht. Bei entsprechender Auslegung von § 638 BGB ließe sich dies erreichen, wenn man den Einbau der genannten Verschleißteile als Arbeiten an einem Grundstück werte, was ohne weiteres möglich sei.

2. Nach Auffassung von *Paucker* (MittBayNot 1987, 123) ist es dagegen nicht möglich, mit besonderen Haftungsrisiken belastete Elemente der Bauträgerleistung, sofern sie nach der Verkehrsanschauung als Element des Bauwerks und wesentlicher Bestandteil des Grundstücks betrachtet werden, nach Kaufvertragsrecht zu behandeln. Dies gelte insbesondere auch für den Heizungskessel, da nicht lediglich das Eigentum an dieser beweglichen Sache verschafft werden solle, sondern der Bauträger verpflichtet sei, eine funktionsfähige Wärme- und Warmwasserversorgung für das Gebäude zu erstellen. Zum Inhalt dieser Verpflichtung gehöre die Installierung einer kompletten Heizungsanlage mit dem Einbau der Heizkörper und dem Verlegen und Anschluß der Wärme- und Warmwasserleitungen. Die Erstellung der Heizungsanlage sei integriertes Element der Bauwerkserrichtung, die Heizungsanlage werde wesentlicher Bestandteil des Grundstücks. Eine Verkürzung der fünfjährigen Gewährleistungsfrist sei daher insoweit unzulässig.

3. Bauträgerverträge unterfallen nach überwiegender Meinung dem Anwendungsbereich des AGBG (vgl. Basty, a.a.O., Rz. 3; Kutter, in: Beck'sches Notarhandbuch, a.a.O., A II Rz. 20; Paucker, MittBayNot 1987, 121 m.w.N.; Kanzleiter, Die Sachmängelgewährleistung beim Kauf von Häusern und Eigentumswohnungen, DNotZ 1987, 651/656). Gemäß § 11 Nr. 10 f AGBG ist in allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Bestim-

mung, durch die bei Verträgen über Lieferungen neu hergestellter Sachen und Leistungen die gesetzlichen Gewährleistungsfristen verkürzt werden, unwirksam. Vor diesem Hintergrund **lehnt die überwiegende Meinung im Schrifttum** (vgl. Basty, a.a.O., Rz. 397; Kutter, in: Beck'sches Notarhandbuch, a.a.O., A II Rz. 77; Brych/Pause, Baurträgerkauf und Baumodelle, 2. Aufl. 1996, Rz. 491 f., 616) **die Möglichkeit einer Verkürzung der Gewährleistungsfristen durch allgemeine Geschäftsbedingungen ab.**

4. **Der BGH hat auch die isolierte Vereinbarung der Gewährleistung nach § 13 VOB/B für unzulässig erklärt** (vgl. BGH NJW 1986, 315/316 m.w.N.; siehe auch BGH DNotZ 1987, 684/685; BGH NJW 1988, 2238/2239; OLG Celle BauR 1993, 476 ff., 477). Maßgeblicher Grund für diese Entscheidung war, daß die mit der isolierten Vereinbarung der Gewährleistungsregelung der VOB/B verbundene Verkürzung der gesetzlichen Gewährleistungsfrist als unangemessen betrachtet wurde. Nach Auffassung von *Basty* (a.a.O., Rz. 397) und *Brych/Pause* (a.a.O., Rz. 615) verstößt eine solche Vereinbarung gegen § 11 Nr. 10 f AGBG, und zwar auch dann, wenn sie in einem Individualvertrag enthalten sei. Denn die Bestimmungen des § 13 VOB/B würden schon für sich allgemeine Geschäftsbedingungen darstellen, die durch bloße Inbezugnahme oder Wiedergabe ihres Wortlauts, also ohne ausgehandelt zu sein, Vertragsteil werden könnten und damit der Kontrolle nach dem AGBG unterlägen.

**Eine Verkürzung der gesetzlichen Gewährleistungsfrist kann im Bauträgervertrag auch nicht dadurch erreicht werden, daß auf die VOB/B im ganzen Bezug genommen wird.** Eine solche Bezugnahme ist nach überwiegender Meinung nicht möglich (Basty, a.a.O., Rz. 398 m. w. N.; Kutter, in: Beck'sches Notarhandbuch, a.a.O., A II Rz. 74; Kanzleiter DNotZ 1987, 651/661; Reithmann, in: Reithmann/Meichssner /von Heymann, Kauf vom Bauträger, 7. Aufl. 1995, B Rz. 45 ff.; Brych/Pause, a.a.O., Rz. 615, 198 ff.).

5. **Schließlich erscheint eine Verkürzung der Gewährleistungsfristen auch nicht als notwendig**, um die legitimen Interessen des Bauträgers zu wahren. Voraussetzung für die Haftung des Bauträgers gemäß §§ 633 ff. BGB ist in jedem Fall das Vorliegen eines Sachmangels. Gemäß § 633 Abs. 1 BGB ist das Bauwerk mangelfrei, wenn es nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit für den gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Welche Gebrauchstauglichkeit das Werk haben soll, ist zunächst eine Frage der Auslegung der getroffenen Vereinbarungen. Verpflichtet sich der Bauträger danach zur Leistung bestimmter Teile, die bereits innerhalb von fünf Jahren bei bestimmungsgemäßem Gebrauch verschleifen, so liegt insoweit kein haftungsbegründender Mangel vor; normaler Verschleiß kann keine Sachmängelgewährleistung auslösen (vgl. hierzu LG Stuttgart MittBayNot 1989, 82 f.; Kutter, in: Beck'sches Notarhandbuch, a.a.O., A II Rz. 74; Reithmann, in: Reithmann/Meichssner/von Heymann, a.a.O., B Rz. 61 m. w. N.; Basty, a.a.O., Rz. 358; Brych/Pause, a.a.O., Rz. 616).

Vor diesem Hintergrund erscheint es äußerst zweifelhaft, im Bauträgervertrag eine Verkürzung der gesetzlichen Gewährleistungsfrist wirksam vereinbaren zu können (für die Zuläs-

sigkeit einer Verkürzung durch Individualvereinbarung und die hieran zu stellenden Anforderungen vgl. Kutter, in: Beck'sches Notarhandbuch, a.a.O., A II Rz. 77).

**BGB §§ 1371, 2301, 2325;  
ErbStG § 5 Abs. 1 Satz 4, Abs. 2  
Rückwirkende Vereinbarung der Zugewinn-  
gemeinschaft; erbschaftsteuerliche Auswirkun-  
gen; Pflichtteilergänzung; Nießbrauchsver-  
mächtis; Schenkungsversprechen von Todes  
wegen**

**I. Sachverhalt**

Ein Ehemann lebt in zweiter Ehe mit einer um vierzehn Jahre jüngeren Ehefrau. Er hat Kinder aus beiden Ehen und möchte gleichwohl auf die Errichtung eines Testaments oder eines Erbvertrages verzichten, damit gesetzliche Erbfolge eintritt.

Zu diesem Zweck ist beabsichtigt, daß ein 1964 abgeschlossener Ehegütervertrag zur Vereinbarung der Gütertrennung aufgehoben und rückwirkend für die gesamte Zeit der Ehe der gesetzliche Güterstand der Zugewinnungsgemeinschaft eingeführt wird.

Weiterhin ist beabsichtigt, der Ehefrau - aufschiebend bedingt durch das Vorversterben des Ehemannes - ein im Grundbuch einzutragendes Nießbrauchsrecht an einem das wesentliche Vermögen des Ehemannes darstellenden Grundstück einzuräumen.

**II. Frage**

1. Ist die rückwirkende Vereinbarung der Zugewinnungsgemeinschaft zivilrechtlich wirksam?

Entfaltet diese Vereinbarung schenkungsteuerlich rückwirkende Wirkung?

Löst diese Vereinbarung Pflichtteilergänzungsansprüche aus?

2. Ist die beabsichtigte Nießbrauchsbestellung zivilrechtlich wirksam, und sind Pflichtteilergänzungsansprüche zu befürchten?

**III. Rechtslage**

**Zu Frage 1:**

1. Teilweise wird die zivilrechtliche Rückwirkung von Verträgen, die den Güterstand wechseln, im deutschen Recht ganz allgemein für zulässig gehalten (Meincke, Güterstandsvereinbarungen aus einkommen- und erbschaftsteuerlicher Sicht, DStR 1986, 135 ff. (136)). Dabei muß man u. E. aber genauer differenzieren. Denn nach überwiegender zivilrechtlicher Auffassung ist die Einführung der Zugewinnungsgemeinschaft nur mit Wirkung für die Zukunft zulässig (MünchKomm-Gernhuber, BGB, 3. Aufl. 1992, § 1374 Rz. 28; Erman/Heckelmann, BGB, 9. Aufl. 1993, § 1374 Rz. 2; Staudinger/Thiele, BGB, 13. Aufl. 1994, § 1363 Rz. 25 und § 1374 Rz. 15, 39; Soergel/Lange, BGB, 12. Aufl. 1988, § 1374 Rz. 4). Denn nur auf diese Weise bleiben in der Vergangenheit getroffene Verfügungen über das Vermögen im ganzen (vgl. § 1365 BGB) oder sonstige Vertragsabschlüsse (vgl. §§ 1366 ff. BGB) auch dann wirksam,

wenn der andere Ehepartner nicht einwilligt oder nicht genehmigt. **Demgegenüber kann - zivilrechtlich zulässig - nach allgemeiner Meinung ehevertraglich wirksam geregelt werden, daß das Anfangsvermögen nicht das Vermögen ist, das einem Ehegatten beim Eintritt des Güterstandes gehört, sondern das Vermögen, das einem Ehegatten z. B. bei standesamtlicher Eheschließung gehörte (§ 1374 BGB).** Insoweit ist der Grundsatz der Vertragsfreiheit des § 1408 BGB gewahrt.

Für den erbrechtlichen Zugewinnausgleich nach § 1371 Abs. 1 BGB spielt diese "rückwirkende" Vereinbarung u. E. aber keine Rolle. Denn die pauschale Erhöhung der Erbquote des Ehegatten um 1/4 ist unabhängig vom Anfangsvermögen bzw. vom Eintrittszeitpunkt der Zugewinnungsgemeinschaft.

Demgegenüber läßt sich der Zugewinnausgleich nach § 1371 Abs. 2 BGB (wenn der Ehegatte nicht Erbe ist) oder nach § 1372 BGB (z. B. bei einer Scheidung) der Höhe nach durch eine solche "rückwirkende" Vereinbarung beeinflussen, auch wenn man darin nur eine Vereinbarung über das relevante Anfangsvermögen nach § 1374 BGB sieht.

**2. Davon zu unterscheiden ist die Frage der steuerlichen Rückwirkung. Nach § 5 Abs. 1 Satz 4 ErbStG gilt bei nachträglicher Vereinbarung der Zugewinnungsgemeinschaft durch Ehevertrag zwingend der Tag des Vertragsschlusses als Zeitpunkt des Eintritts des Güterstandes, d. h. eine zivilrechtlich rückwirkende Vereinbarung kann grundsätzlich keine steuerliche Rückwirkung entfalten** (Weinmann, Güterrechtsvertragliche Modifizierung der Zugewinnungsgemeinschaft und Erbschaftsteuer - Änderung des § 5 ErbStG im StMBG, DStR 1994, 381 ff.; Hoebbel, Rückwirkende Vereinbarung der Zugewinnungsgemeinschaft und § 5 ErbStG, NJW 1994, 2135).

Nach § 5 Abs. 1 Satz 2 ErbStG kann eine Vereinbarung über das Anfangsvermögen, die von den §§ 1373 - 1383 und 1390 BGB abweicht, auch keine erbschaftsteuerliche Wirkung bei der Berechnung des steuerfreien Zugewinnausgleiches entfalten. Grundsätzlich ist daher nach § 5 Abs. 1 Satz 1 ErbStG nur der Betrag des Zugewinnausgleiches steuerfrei, der sich nach § 1371 Abs. 2 BGB unter Berücksichtigung der Zugewinnungsgemeinschaft ab Vertragsdatum ergibt (zu interessanten Gestaltungsmöglichkeiten siehe Ebeling, Die eingeschränkte Erbschaftsteuerfreiheit der Zugewinnausgleichsforderung, BB 1994, 1185 ff., und Piltz, Rückwirkende Zugewinnungsgemeinschaft kann erbschaftsteuerlich immer noch sinnvoll sein, ZEV 1995, 330 ff.).

Diese Einschränkungen gelten nach überwiegender Meinung aber nur für den erbrechtlichen Zugewinnausgleich nach § 1371 Abs. 1 BGB (vgl. § 5 Abs. 1 Satz 1 ErbStG). Wird zivilrechtlich der rechnerisch ermittelte Ausgleichsanspruch erhoben (nach §§ 1371 Abs. 2 oder 1372 BGB), kann die Vereinbarung der Zugewinnungsgemeinschaft auch noch rückwirkend Berücksichtigung finden, da § 5 Abs. 1 Satz 4 ErbStG auf § 5 Abs. 2 ErbStG keine Anwendung findet (siehe dazu ausführlich: Kuhlmann/Jebens, Mißbrauchsbekämpfungs- und Steuerbereinigungsgesetz: Die Behandlung des rückwirkend begründeten Zugewinnausgleichsanspruchs nach der Änderung des § 5 ErbStG, DB 1994, 1156 ff.; ebenso Moench, ErbStG, Stand Juni 1995, § 5 Rn. 33 mit besonderem Gestal-

tungshinweis über einen zweifachen Wechsel des Güterstandes).

Auch wurde jedenfalls unter der alten Fassung des § 5 ErbStG die rückwirkende Vereinbarung des gesetzlichen Güterstandes der Zugewinnsgemeinschaft nicht als unangemessene Gestaltung im Sinne des § 42 AO angesehen, wenn der Steuerpflichtige für sie vernünftige Gründe dartun konnte (FG Düsseldorf EFG 89, 581 (583)).

3. Die bisher erläuterten steuerlichen Folgen aus § 5 ErbStG betreffen zunächst nur die Frage, welche Auswirkungen eine güterrechtliche Vereinbarung des Zugewinnausgleichs bei der Beendigung der Zugewinnsgemeinschaft hat. Jedoch ist auch schenkungsteuerliche Relevanz der güterrechtlichen Vereinbarung selbst zu beachten.

**Besteht zunächst, wie hier, Gütertrennung, hat der reine Wechsel zum Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft keine unmittelbaren schenkungsteuerlichen Auswirkungen** (vgl. Moench, a.a.O., § 5 Rn. 50). Problematisch erscheint u. E. jedoch, daß die rückwirkende Vereinbarung selbst unabhängig von der späteren Beendigung des Güterstandes eine unentgeltliche Zuwendung beinhalten kann und damit einen schenkungsteuerpflichtigen Vorgang darstellen könnte.

Im Laufe der letzten Jahrzehnte hat die höchstrichterliche Rechtsprechung den Wechsel von einem Güterstand zum anderen nicht mehr unter dem Gesichtspunkt einer mißbräuchlichen Gestaltung des Bürgerlichen Rechts betrachtet und insbesondere **die Vereinbarung der Gütergemeinschaft** nicht unter dem Gesichtspunkt der freigiebigen Zuwendung gesehen (Kapp/Ebeling, Handbuch der Erbengemeinschaft, Stand September 1995, II 329.4). **Daher ist im ErbStG 1974 die Vereinbarung der Gütergemeinschaft ausdrücklich als schenkungsteuerlicher Tatbestand eingeführt worden** (vgl. § 7 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG). E contrario könnte man nun argumentieren, daß in allen anderen zivilrechtlich zulässigen Vereinbarungen über den Güterstand keine schenkungsteuerpflichtige Zuwendung zu sehen ist. Einerseits fehlt es - zumindest zum Zeitpunkt der Vereinbarung - am Bereicherungswillen. Zum anderen erfolgt wohl auch noch keine endgültige Bereicherung, da noch unsicher ist, wie sich diese Vereinbarung letztlich bei Beendigung des Güterstandes wirtschaftlich auswirkt.

Die Finanzverwaltung und die BFH-Rechtsprechung differenzieren u. E. diesbezüglich nicht immer klar und vermengen die Argumente bei der Frage der Steuerfreiheit nach § 5 Abs. 1 und Abs. 2 ErbStG (vgl. BFH, Urt. v. 02.03.1994, DStR 94, 615). Nach der neuesten BFH-Rechtsprechung sind jedenfalls allgemein freigiebige Zuwendungen an den Ehegatten (sog. unbenannte ehebedingte Zuwendungen) schenkungsteuerpflichtig (siehe dazu ausführlich und kritisch Meincke, a.a.O., § 7 Rn. 83 ff.).

*Meincke* (a.a.O., § 5 Rn. 26 ff., insbesondere Rn. 31 ff.) vertritt eine differenzierte Lösung je nach den Sachverhalts Umständen, insbesondere auch unter Berücksichtigung des Alters der Ehegatten bei Vertragsschluß (vgl. Rn. 35). Unter Hinweis auf ein Urteil des FG Baden-Württemberg (EFG 88, 185), das den Ausgleich unter den Ehegatten in Höhe der zwischen ihnen bestehenden Zugewinndifferenz nach dem Vorbild des gesetz-

lichen Güterstandes, selbst wenn sie in Gütertrennung leben, als steuerfreie Zuwendung unter Lebenden angesehen hat, plädiert *Meincke* (siehe Rn. 41) letztlich für Steuerfreiheit auch des "rückwirkenden" Zugewinnausgleiches auf ehevertraglicher Grundlage.

Ob diese Überlegungen zur früheren Rechtslage vor Inkrafttreten des § 5 Abs. 1 Satz 4 ErbStG und der BFH-Rechtsprechungsänderung zur unbenannten Zuwendung weiterhin Geltung haben können, erscheint uns jedoch fraglich (siehe dazu auch *Meincke*, a.a.O., Rn. 50 unter dem Aspekt der vertraglichen Beendigung des Güterstandes). Diesbezüglich müssen die genauen Grenzen der Steuerfreiheit sowie auch des § 42 AO noch als ungeklärt betrachtet werden (vgl. ebenso *Meincke*, a.a.O., § 5 Rn. 51).

4. **Auch erbrechtlich stellt sich die Frage, ob die rückwirkende Vereinbarung der Zugewinnsgemeinschaft**, selbst wenn damit nur die Vereinbarung eines veränderten Anfangsvermögens im Sinne des § 1374 BGB gesehen wird, **Pflichtteilergänzungsansprüche nach § 2325 BGB auslösen könnte. Nach wohl überwiegender Meinung ist der Abschluß eines Ehevertrages i.d.R. keine Schenkung im Sinne des § 2325 BGB** (vgl. nur Palandt/Edenhofer, BGB, 55. Aufl. 1996, § 2325 Rn. 17 m. Verweis a. OLG Zweibrücken, OLGZ 65, 304). Je nach den Umständen des Einzelfalles kann jedoch auch ein Ehevertragsabschluß ganz oder teilweise als Schenkung zu erachten sein, wenn und soweit die begrifflichen Voraussetzungen einer solchen vorliegen (Staudinger/Ferid/Cieslar, BGB, 12. Aufl. 1983, § 2325 Rn. 15, wo allerdings konkret nur Wechsel zwischen Gütergemeinschaft und Gütertrennung erörtert werden; ebenso Soergel/Dieckmann, BGB, 12. Aufl. 1992, § 2325 Rn. 34). So wird man in der reinen Vereinbarung der Zugewinnsgemeinschaft wohl keine ausgleichspflichtige Schenkung im Sinne des § 2325 BGB sehen können. Erbrechtlich ist eine Besserstellung des Ehegatten in bezug auf die Erbquoten gegenüber einem konkurrierenden Pflichtteilsberechtigten im Vergleich zur Gütertrennung auch durch die rückwirkende Vereinbarung der Zugewinnsgemeinschaft nicht möglich. Bei der güterrechtlichen Lösung der Pflichtteilsberechtigung ist aber über einen zusätzlich zum Zugewinnausgleich geltend gemachten Pflichtteil des Ehegatten in extrem gestalteten Fällen wirtschaftlich eine Verringerung des Pflichtteils der übrigen Pflichtteilsberechtigten denkbar. Daher erscheint es u. E. durchaus im Rahmen des Möglichen, daß ein evtl. diesbezüglich angerufenes Gericht hierin einen ergänzungspflichtigen Sachverhalt, nämlich eine ungerechtfertigte Benachteiligung der nächsten Angehörigen sieht, durch die der Erblasser diese schon zu seinen Lebzeiten durch unentgeltliche Verfügungen über Teile seines Vermögens wirtschaftlich um eine angemessene Beteiligung am Nachlaß bringt (vgl. zum Schutzzweck des § 2325: Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2325 Rn. 1). Auch wenn im vorliegenden Fall gesetzliche Erbfolge geplant ist, dürfte diese Problematik relevant sein, da auch der gesetzliche Erbe, der zu den Pflichtteilsberechtigten gehört, einen Ergänzungsanspruch nach § 2325 BGB hat, wenn sein Erbe niedriger ist, als der Pflichtteil nach Zurechnung der Schenkung zum Nachlaß wäre (Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2325 Rn. 2; Haegele, Zum Pflichtteilergänzungsanspruch, BWNZ 1972, 69 ff.).

**Zu Frage 2:**

Die hier wohl beabsichtigte Gestaltung fällt u. E. grds. unter § 2301 BGB, da hier die Schenkung unter eine Überlebensbedingung des Beschenkten gestellt wird. § 2301 Abs. 1 BGB unterstellt ein solches Schenkungsversprechen, soweit es nicht nach Abs. 2 schon vollzogen ist, uneingeschränkt dem Erbrecht. So deutet § 2301 Abs. 1 BGB das Schenkungsversprechen auf den Todesfall gesetzlich in eine Verfügung von Todes wegen um (Harder, Zuwendungen unter Lebenden auf den Todesfall, 1968, S. 100).

**1. Wird ein Schenkungsversprechen über ein zukünftig entstehendes Nießbrauchsrecht abgegeben, ist die Form einer Verfügung von Todes wegen zu beachten.** Strittig ist jedoch, ob ein Schenkungsversprechen von Todes wegen gem. § 2301 BGB zu seiner Gültigkeit der Form des Erbvertrages (§§ 2275, 2276 BGB) bedarf (wohl h. M., vgl. nur Staudinger/Kanzleiter, a.a.O., § 2301 Rn. 3; Soergel/Wolf, a.a.O., § 2301 Rn. 4; Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2301 Rn. 2 b) oder ob die Testamentsform genügt (so z. B. MünchKomm-Musielak, BGB, 2. Aufl. 1989, § 2301 Rn. 13; Lange/Kuchinke, Erbrecht, 4. Aufl., § 33 II 1 a). *Nieder* (a.a.O., Rn. 431 a.E.) tabuisiert aus diesen Gründen das Schenkungsversprechen von Todes wegen für den Kautelarjuristen und hält wohl gleich eine Verfügung von Todes wegen für sinnvoller.

Folgt man der h. M., die eine Vereinbarung in der Form des Erbvertrages verlangt, ist eine Schenkung von Todes wegen durch Erbvertrag oder Vermächtnisvertrag möglich (Drewes/Hollender, Testament und Erbschaft, S. 86). So ist grundsätzlich auch ein Nießbrauchsvermächtnis möglich (vgl. Rohlfing, Erbrecht in der anwaltlichen Praxis, Rn. 161 mit Ausführungen zu den steuerlichen Auswirkungen).

Die erbrechtlichen Auswirkungen eines Schenkungsversprechens von Todes wegen nach § 2301 BGB sind unklar, da ihm einerseits eine Schenkung unter Lebenden innewohnt, andererseits diese als letztwillige Verfügung behandelt wird. Sieht man in dem hier beabsichtigten Schenkungsversprechen von Todes wegen ein Vorausvermächtnis für die Ehefrau als spätere Erbin im Sinne des § 2150 BGB, führt dies bei einer Erbauseinandersetzung unter evtl. mehreren Miterben dazu, daß der Erblasser einem Miterben einen Nachlaßgegenstand (hier den Nießbrauch) durch Verfügung von Todes wegen zugewiesen hat, um ihn gegenüber den anderen Miterben im Verhältnis des Erbteilswertes, den er sich vorgestellt hat, zu begünstigen (Erman/Schlüter, BGB, 9. Aufl. 1993, § 2044 Rn. 5 m.w.N.). Zu den Auswirkungen auf Pflichtteilsberechtigte finden sich widersprüchliche Aussagen in den Kommentaren. Einerseits wird gesagt, daß ein Schenkungsversprechen von Todes wegen wie eine erbrechtliche Verfügung wirkt. So sei die Rechtslage bei der Berechnung von Pflichtteilsansprüchen wie bei einem Erwerb von Todes wegen (DAI-Skript, Brambring/Kanzleiter/Reimann, Erbrecht in der Kautelarpraxis vom 20./21.11.1995, S. 329). Dies hieße wohl, daß keinerlei Pflichtteilsergänzungsansprüche zu befürchten sind. Damit müßte wie bei einem Vorausvermächtnis die beabsichtigte Herausnahme des Wertes des Nießbrauchs aus dem Nachlaß bei der Erbauseinandersetzung glücken.

Demgegenüber führt *Edenhofer* (Palandt, a.a.O., § 2301 Rn. 1) aus, daß die Rechte der Pflichtteilsberechtigten auf §§ 2325,

2329 BGB beschränkt sind. Dies setzt aber voraus, daß durch eine Schenkung von Todes wegen im Sinne des § 2301 BGB wie durch eine Schenkung unter Lebenden überhaupt Pflichtteilsergänzungsansprüche ausgelöst werden können.

Die Einzelheiten sind sehr umstritten. Daß Schenkungen an Dritte nicht noch einmal nach §§ 2325 ff. zu berücksichtigen sind, wenn und soweit sie nach § 2315 oder § 2316 bei Berechnung des Pflichtteils dem Nachlaß hinzugerechnet worden sind, ist schon im Hinblick auf die Fassung des § 2325 Abs. 1 BGB und dessen Sinn und Zweck selbstverständlich (Staudinger/Ferid/Cieslar, a.a.O., § 2325 Rn. 20).

*Dieckmann* (Soergel, a.a.O., § 2325 Rn. 8) führt ausdrücklich aus, daß zu den Schenkungen i.S.d. § 2325 BGB nicht die nichtvollzogenen Schenkungen auf den Todesfall (§ 2301 Abs. 1 BGB) gehören, die den Anforderungen einer Verfügung von Todes wegen entsprechen und als Vermächtnis zu deuten sind. Diese schmälern den Pflichtteilsanspruch nicht, weil sie diesem Anspruch nachgehen, können aber vom Erben gem. § 2318 BGB gekürzt werden.

Demgegenüber erwähnen *Ferid/Cieslar* (Staudinger, a.a.O., § 2325 Rn. 5) nur beiläufig, daß als Schenkungen auch ein bloßes, zur Zeit des Erbfalls noch nicht vollzogenes Schenkungsversprechen in Frage kommt. Hierbei sei der verschenkte Gegenstand die Forderung des Versprechensempfängers gegen den Erblasser. Zur Abgrenzung gegenüber § 2301 BGB verweist er auf *Lange/Kuchinke*, 2. Aufl., § 39 IX 2 a. Die Aussage dieser Kommentierung ist u. E. nicht ganz klar, man könnte aber auch hierin die Aussage sehen, daß bei einer Schenkung von Todes wegen nach § 2301 BGB gerade keine Schenkung im Sinne des § 2325 BGB zu sehen ist.

Am deutlichsten differenzieren *Lange/Kuchinke* (Lehrbuch des Erbrechts, 4. Aufl. 1995, S. 884). Auch die versprochene Schenkung mindert grundsätzlich als Verbindlichkeit den Wert des Nachlasses. Fällt sie jedoch unter § 2301 Abs. 1 BGB und wahrt sie die Form der Verfügung von Todes wegen, so folgt sie als Vermächtnis dem Pflichtteilsberechtigten im Rang nach. Wird sie dagegen, etwa als unbedingtes Schenkungsversprechen, nicht von dieser Bestimmung erfaßt, so geht sie als Nachlaßverbindlichkeit der Pflichtteilsschuld vor. Daß heißt u. E., daß ein Schenkungsversprechen von Todes wegen nach § 2301 BGB keine Pflichtteilsergänzungsansprüche nach § 2325 BGB auslöst, da die in dieser Form durchgeführte "Schenkungen" bei der Berechnung der Pflichtteilsanteile wie ein Vermächtnis noch zum Nachlaß gerechnet werden muß.

2. Wenn im vorliegenden Fall allerdings das aufschiebend bedingt bestellte Nießbrauchsrecht schon im Grundbuch eingetragen wird, könnte man in bezug auf das Anwartschaftsrecht am Nießbrauch schon Vollzug im Sinne des § 2301 Abs. 2 BGB annehmen.

Ob die Entstehung des Anwartschaftsrechtes am Nießbrauch sogar genügt, den Vollzug in bezug auf die Schenkung des Nießbrauches selbst anzunehmen, erscheint fraglich. Zwar wird allgemein der Vollzug der Grundstücksschenkungen selbst schon angenommen, wenn zusätzlich zur aufschiebend bedingten Verpflichtung eine aufschiebend bedingte Verfügung vereinbart wird (vgl. *Nieder*, a.a.O., Rn. 432 m.w.N.). Ob dies im

Lichte der neuesten BGH-Rechtsprechung zu § 2325 Abs. 3 BGB (Fristbeginn) in der hier vorliegenden Konstellation allerdings angenommen werden kann, erscheint u. E. fraglich. **Denn der BGH hat für die "Leistung" des verschenkten Gegenstands im Sinne des § 2325 Abs. 3 BGB verlangt, daß der Schenker den "Genuß" des Gegenstandes nach der Schenkung entbehren muß. Hierbei ist Leistung nach wohl h. M. im Sinne von Vollzug zu verstehen** (vgl. Lange/Kuchinke, a.a.O., S. 889 m.w.N. in Fn. 489). Daher wurde der Beginn der Zehnjahresfrist z. B. nicht angenommen, als der Schenker zwar sein Grundstück übereignete, sich aber den Nießbrauch an diesem Grundstück vorbehalten hat (BGH NJW 94, 1791), weil er den wirtschaftlichen Nutzen aus dem Gegenstand weiterhin zieht. Es läßt sich nicht voraussagen, welche weiteren Vertragsgestaltungen im Hinblick auf die "Genußtheorie" des BGH den Beginn der Frist nicht eintreten lassen (Lange/Kuchinke, a.a.O., S. 890). Ähnlich sehen wir die Problematik hier in bezug auf § 2301 Abs. 2 BGB im Lichte des § 2325 BGB, da beim Schenker hier durch das aufschiebend bedingt bestellte Nießbrauchsrecht noch keine wirtschaftliche Ausgliederung des Geschenkes aus dem Vermögen des Erblassers erfolgt.

## Rechtsprechung

### GrdstVG § 6 Zustellung einer Grundstückverkehrsgenehmigung an Urkundsnotar

Haben Vertragsbeteiligte im beurkundeten Vertrag den Urkundsnotar bevollmächtigt, in ihrem Namen die erforderlichen Anträge auf Erteilung der Genehmigungen zu stellen und die "ergehenden Bescheide für die Beteiligten in Empfang zu nehmen", so muß die eine Zustellung anordnende Genehmigungsbehörde den Zwischenbescheid nach § 6 Abs. 1 Satz 2 GrdstVG zwingend dem Urkundsnotar zustellen, der den Genehmigungsantrag gestellt hat. Die alleinige Zustellung an die Vertragsbeteiligten selbst verlängert die Genehmigungsfrist nicht.

BGH, Beschl. v. 03.05.1996 - BLw 6/96  
Kz.: L VII 14 - GrdstVG

#### Problem

Nach § 2 Abs. 1 GrdstVG bedürfe die rechtsgeschäftliche Veräußerung eines Grundstücks und der schuldrechtliche Vertrag der Genehmigung. Nach § 3 Abs. 2 GrdstVG sind zur Stellung des Antrags auf Genehmigung die Vertragsparteien ermächtigt, und, wenn ein Notar den Vertrag beurkundet hat, gilt dieser als ermächtigt, die Genehmigung zu beantragen. Im vorliegenden Fall enthielt die notarielle Urkunde die übliche Vollzugsvollmacht und auch die Vollmacht, Anträge auf Erteilung der Genehmigungen zu stellen und die ergehenden Bescheide für die Beteiligten in Empfang zu nehmen. Nach Eingang des vom Notar gestellten Antrags auf Genehmigung verlängerte das staatliche Amt für Landwirtschaft mit Zwischenbescheid die Prüfungsfrist auf drei Monate. Dieser Zwi-

schenbescheid wurde allerdings nicht dem Notar, sondern nur den Beteiligten zugestellt. Vor Ablauf dieser verlängerten Frist wurde die Genehmigung versagt. Grundsätzlich gilt die Grundstückverkehrsgenehmigung gem. § 6 Abs. 2 GrdstVG als erteilt, falls nicht binnen der Genehmigungsfrist eine Entscheidung ergeht. Nach § 6 Abs. 1 kann durch Zwischenbescheid die Entscheidungsfrist verlängert werden. Es war nun fraglich, ob die Zustellung dieses Zwischenbescheides an die Beteiligten ausreichend war.

#### Lösung

Der BGH lehnt dies ab. Er ist der Auffassung, die Genehmigung gelte durch Fristablauf als erteilt, da keine wirksame Fristverlängerung stattgefunden habe. Der Zwischenbescheid sei eine verfahrensleitende Verfügung der Genehmigungsbehörde, der die Fristverlängerung nur bewirken und den Eintritt der Genehmigungsfiktion verhindern könne, wenn er innerhalb der laufenden Frist zugehe (BGHZ 123, 1). **Zustellungen seien zwingend an einen Bevollmächtigten zu richten, wenn dieser eine schriftliche Vollmacht vorgelegt habe** (z. B. § 8 Abs. 1 SächsVwZG). Die in der notariellen Urkunde enthaltene Vollmacht genüge im Sinne dieser Vorschrift, so daß keine wirksame Zustellung des Zwischenbescheides vorgelegen habe.

### BGB §§ 877, 1105; ErbbauVO § 9

#### Zusammenfassung mehrerer Reallasten

1. Die Zusammenfassung mehrerer im Rang aufeinanderfolgender Reallasten zugunsten desselben Berechtigten zu einer einheitlichen Reallast ist als Inhaltsänderung zulässig.
2. Offen bleibt, ob bei der Eintragung einer Anpassungsverpflichtung nach der Neuregelung in § 9 Abs. 2 ErbbauVO als Inhalt einer Erbbauzinsreallast künftige Erhöhungen des Erbbauzinses automatisch eintreten oder dazu eine Einigung und Eintragung erforderlich sind.

BayObLG, Beschl. v. 21.05.1996 - 2Z BR 50/96  
Kz.: L I 1 - § 1105 BGB

#### Problem

Im vorliegenden Fall war ein Erbbaurecht mit einer Erbbauzinsreallast und einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Erhöhung der Erbbauzinsreallast sowie acht Reallasten für Erbbauzins erhöhungen belastet. Die derzeit im Grundbuch eingetragenen Reallasten haben die Zahlung eines monatlichen Erbbauzinses von insgesamt 1.900,- DM zum Gegenstand. **Mit notarieller Urkunde faßten die Beteiligten sämtliche Erbbauzinsreallasten zu einer einheitlichen Reallast zusammen**, die diesen monatlichen gesamten Erbbauzins sichern sollte. Das Grundbuchamt lehnte die Eintragung dieser Zusammenfassung der Reallasten ab. Außerdem vereinbarten die Beteiligten eine **Anpassung der Erbbauzinsreallast an die Neuregelung in § 9 Abs. 2 ErbbauVO**. Die Erbbauzinsreallast wurde mit folgendem Wortlaut wertgesichert: "Eigentümer und Erbbauberechtigter sind zu einer Anpassung des Erbbauzinses im gleichen Prozentverhältnis verpflichtet, zu dem sich der durchschnittliche jährliche Preisindex für die gesamte Lebenshaltung aller privaten Haushalte - berechnet auf der Basis 1962 = 100 - erhöht oder vermindert".

## Lösung

Das BayObLG ist der Auffassung, daß es zwar zutrefte, daß das Gesetz eine solche Zusammenfassung mehrerer Rechte nicht vorsehe. Seit der Entscheidung des Reichsgerichts v. 27.06.1934 (RGZ 145, 747) sei es aber allgemein anerkannt, daß **mehrere im Rang unmittelbar aufeinanderfolgende Hypotheken desselben Gläubigers zu einer einheitlichen Hypothek (Einheitshypothek) zusammengefaßt werden könnten** (Palandt/Bassenge, 55. Aufl., § 1113 Rn. 28). Unterschiedliche Meinungen bestünden lediglich darüber, ob auch Zahlungsbedingungen, Zinssatz und Zinsbeginn der Hypotheken einheitlich sein müßten. Die bisher selbständigen Hypotheken werden in der Weise zusammengefaßt, daß sie ihre Selbständigkeit aufgeben und in der einheitlichen Hypothek aufgehen, rechtlich handelt es sich dabei um eine Änderung des Inhalts der bisherigen selbständigen Rechte im Sinne des § 877 BGB, die in den Veränderungsspalten einzutragen sind. Eine Aufhebung der einzelnen Hypotheken und Begründung eines neuen Rechtes scheidet in der Regel aus, weil dies einen Rangverlust zur Folge hätte, wenn nachrangige Rechte vorhanden sind. **Begründet wird die Zulässigkeit einer Zusammenfassung mehrerer Hypotheken damit, daß dadurch die Verwertung und Verwaltung der Hypothek wesentlich vereinfacht werde und das Grundbuch übersichtlicher werde.** Aus den gleichen Gründen besteht nach **Auffassung des BayObLG auch ein Bedürfnis dafür, mehrere nacheinanderfolgende Reallasten durch eine einheitliche Reallast zusammenzufassen.** Es handelt sich bei einer Zusammenfassung zu einem einheitlichen Recht um eine Inhaltsänderung der einzelnen Rechte, die in den Veränderungsspalten 5-7 in der Abt. III und in den Spalten 4 und 5 der Abt. II vermerkt werde.

**Das BayObLG läßt offen, welche Wirkung die beabsichtigte Inhaltsänderung der Reallast durch Eintragung einer Anpassungsvereinbarung i.S.d. § 9 Abs. 2 und einer Vereinbarung i.S.d. § 9 Abs. 3 Nr. 1 ErbbauVO n.F. hat** (vgl. zu dieser Streitfrage DNotI-Report 3/95, S. 21 ff.; v. Oefele, DNotZ 1995, 643; Wilke, DNotZ 1995, 654). Das Gericht weist darauf hin, daß es umstritten sei, ob nach Eintragung einer Anpassungsvereinbarung im Sinne des neu gefaßten § 9 Abs. 2 S. 2 ErbbauVO eine künftige Erhöhung des Erbbauzinses automatisch, also ohne Einigung und weitere Eintragung im Grundbuch, eintrete. **Der Senat neigt zu der Annahme, daß dann, wenn wie hier keine echte Gleitklausel als Inhalt der Reallast eingetragen werden soll, eine künftige Erhöhung des Erbbauzinses eine Einigung und weitere Eintragung voraussetze.** Allerdings dürfte eine Eintragung nur in der Veränderungsspalte in Betracht kommen, **die am Rang der ursprünglichen Reallast teilnehme**; die Eintragung jeweils einer weiteren selbständigen Reallast dürfte nicht erforderlich sein. Durch eine aufgrund der Neufassung des § 9 Abs. 2 S. 2 ErbbauVO als Inhalt des Erbbauzinses eingetragene Anpassungsverpflichtung **werde damit der bisher erforderliche Weg entbehrlich, eine Vormerkung zur Sicherung des schuldrechtlichen Anspruchs auf Anpassung des Erbbauzinses zu bestellen und einzutragen.** Für die Aufrechterhaltung der hier eingetragenen Vormerkung bestehe daher keine Rechtfertigung mehr; die Vormerkung werde vielmehr mit Eintragung einer Anpassungsvereinbarung als Inhalt des Erbbauzinses gegenstandslos.

## ErbbauVO

### Zulässigkeit der Eintragung einer echten Gleitklausel bei der Erbbauzinsreallast

**Nach der Neuregelung des § 9 Abs. 2 ErbbauVO kann als dinglicher Inhalt einer Erbbauzinsreallast zur Wertsicherung auch eine echte Gleitklausel im Grundbuch eingetragen werden, ohne daß jede Erhöhung oder Minderung des Erbbauzinses neu in das Grundbuch eingetragen werden muß, um dingliche Wirkung zu entfalten.**

BayObLG, Beschl. v. 18.07.1996 - 2Z BR 73/96  
Kz.: L I 5 - § 9 ErbbauVO

### Problem

Im Beschluß v. 18.07.1996 hatte das BayObLG die im Beschluß v. 21.05.1996 (vgl. oben S. 136) noch offen gelassene Frage, wie § 9 Abs. 2 ErbbauVO nach der Neuregelung auszulegen ist, zu entscheiden. **Gegenstand des Verfahrens war folgende Wertsicherungsklausel, die als Inhalt des Erbbauzinses im Grundbuch eingetragen werden sollte:** *„Ändert sich künftig der vom Statistischen Bundesamt festgestellte Preisindex für die Gesamtlebenshaltung von 4-Personen-Haushalten von Arbeitern und Angestellten mit mittlerem Einkommen im Bundesgebiet im Vergleich zu dem gleichen Index des Monats Dezember 1994 (Grundlage für die erste Anpassung), so ändert sich im gleichen Verhältnis nach unten oder oben die Höhe des jährlichen Erbbauzinses...“*

Das Grundbuchamt und das Landgericht waren der Auffassung, daß eine **echte Gleitklausel**, die eine automatische Anpassung der Erbbauzinsreallast zur Folge hat, auch nach der Neuregelung des § 9 Abs. 2 ErbbauVO nicht zum Inhalt des Rechts gemacht werden kann. Bekanntlich ist in der Literatur **streitig**, ob die etwas mißverständliche Formulierung des § 9 Abs. 2 S. 2 ErbbauVO dazu führt, daß wie bei der Reallast **eine automatische Anpassung zum dinglichen Inhalt des Erbbauzinses gemacht werden kann** (so von Oefele, DNotZ 1995, 643, 650; Wilke, DNotZ 1995, 654 ff.; DNotI-Report 3/1995, S. 21) oder ob die neue Bestimmung nur die Rechtsgrundlage für eine dingliche Anpassungsverpflichtung ist, die zwar die rangwahrende Vormerkung überflüssig macht, aber nicht zur automatischen Änderung des Erbbauzinses führt, dieser vielmehr einer neuerlichen Einigung und Eintragung in das Grundbuch bedarf (so Palandt/Bassenge, 55. Aufl., § 9 ErbbauVO Rn. 9, 10; Klawikowsky, Rpfleger 1995, 145; Eickmann, Sachenrechtsbereinigung, § 9 ErbbauVO Rn. 7).

### Lösung

Das BayObLG folgt der erstgenannten Auffassung. Es entscheidet, daß weder aus § 9 Abs. 2 S. 2 ErbbauVO noch aus S. 1, der in eine Kann-Vorschrift abgeändert worden ist, sich ein Verbot herleiten läßt, daß eine echte, automatisch wirkende Wertsicherungsklausel nicht zum Inhalt der Erbbauzinsreallast gemacht werden kann. Die systematische Auslegung der jetzt geltenden Bestimmungen sowie der Vergleich der neuen mit der alten Regelung ließen nicht den Schluß zu, daß § 9 Abs. 2 S. 2 ErbbauVO die automatische Gleitklausel bei der Erbbauzinsreallast ausschließe. Darüber hinaus lehnt das BayObLG auch die Auffassung des LG ab, daß nach § 9 Abs. 2

S. 3 ErbbauVO für die jeweilige Anpassung die Zustimmung der Inhaber dinglicher Rechte am Erbbaurecht erforderlich sei. Das Gericht ist vielmehr der Auffassung, **daß gem. § 9 Abs. 2 S. 3 ErbbauVO die Zustimmung nicht zur späteren Änderung des Erbbauzinses erforderlich** ist. Die Bestimmung werde praktisch nur dann eingreifen, wenn die Anpassungsverpflichtung nachträglich zum Inhalt der Erbbauzinsrealast gemacht werden soll. Die Zustimmung nachrangiger oder gleichrangiger Gläubiger ist danach nur für die Vereinbarung der Anpassungsverpflichtung als solcher erforderlich, nicht für die nachträglichen Anpassungen. Damit dürfte das **BayObLG für die Praxis geklärt haben, daß auch beim Erbbauzins eine echte Gleitklausel zum Inhalt des Erbbauzinses gemacht werden kann**. Auf entsprechende Vormerkungslösungen, wie sie bei der alten Regelung notwendig waren, kann daher nach dieser Entscheidung wohl verzichtet werden.

## GVO § 2

### Genehmigungsfreiheit bei Veräußerung nach Erbauseinandersetzungsvertrag

**Der Zweck der Neuregelung der GVO durch das RegVBG besteht darin, zur Beschleunigung des Grundstücksverkehrs die Genehmigungspflicht entfallen zu lassen, wenn bereits aus dem Grundbuch ablesbar ist, daß vermögensrechtliche Ansprüche nicht berührt sein können. Genehmigungsfreiheit nach § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 GVO liegt daher auch dann vor, wenn der Veräußerer als Miterbe eines am Stichtag 29. Januar 1933 eingetragenen Grundstückseigentümers das Alleineigentum aufgrund eines mit anderen Miterben geschlossenen Erbauseinandersetzungsvertrages erlangt hat.**

LG Berlin, Beschl. v. 27.02.1996 - 85 T 366/95  
Kz.: L VI 4 - § 2 GVO

#### Problem

Bekanntlich hat das RegVBG mit seiner Neuregelung der GVO eine Reihe von Veräußerungen genehmigungsfrei gestellt (vgl. zur Neuregelung der GVO DNotI-Report 3/94, S. 1). Zweck dieser Regelung war, den Grundstücksverkehr in den neuen Bundesländern in solchen Fällen zu beschleunigen, in denen das Grundbuchamt ohne weiteres erkennen kann, daß Restitutionsansprüche ausgeschlossen sind. Eine Fallgruppe ist der **eingetragene Alteigentümer seit 29.01.1933**. In § 2 Abs. 1 S. 2 Ziff. 3 GVO ist bestimmt, daß eine GVO-Genehmigung nicht erforderlich ist, wenn der Veräußerer selbst seit dem 29.01.1933 ununterbrochen als Eigentümer im Grundbuch eingetragen war oder ein Dritter, von dem der Veräußerer das Eigentum im Wege der Erbfolge erlangt hat. Nicht erfaßt ist nach dem Wortlaut der Vorschrift der Fall, daß **der Veräußerer nicht Alleinerbe wurde, sondern das Eigentum als Miterbe erlangt hat und zwischen den Erben eine Auffassung im Wege der Erbauseinandersetzung erfolgt** ist. Ebenfalls nicht erfaßt wäre der Fall, daß der Veräußerer Alleineigentümer aufgrund **Erbteilsübertragungsvertrag wurde**.

#### Lösung

Das LG Berlin ist der Auffassung, daß auch die Veräußerung nach einer **Erbauseinandersetzung zwischen Miterben genehmigungsfrei sei**. Auch in diesem Fall sei aus dem Grundbuch ablesbar, daß vermögensrechtliche Ansprüche nicht berührt sein könnten. Hätten die Miterben sich erst jetzt über die Erbschaft nach ihrem Vater auseinandergesetzt, so wäre - ungeachtet der vom Grundbuchamt mit Recht bejahten grundsätzlichen Genehmigungsbefähigung eines Erbauseinandersetzungsvertrages (Frenz DtZ 1994, 56, 57) - dieser Vertrag genehmigungsfrei, weil beide ihr Recht von dem schon im Jahre 1919 als Eigentümer eingetragenen Erblasser im Wege der Erbfolge erlangt hätten. Dann wäre aber auch das Folgegeschäft genehmigungsfrei. Die Rechtslage könne deshalb nicht anders zu beurteilen sein, weil diese Erbauseinandersetzung bereits im Jahre 1950 stattgefunden habe.

## Aktuelles

### Gesetz zur Änderung des AGBG

Am 20. Juli 1996 ist das Gesetz zur Änderung des AGBG v. 19. Juli 1995 in Kraft getreten (BGBl. I 1013). Der Text des Gesetzes entspricht dem Regierungsentwurf (vgl. DNotI-Report 21/1995, S. 195) mit der Folge, daß **für den Bereich der Verbraucherverträge das Erfordernis des "Stellens" (§ 1 Abs. 1 S. 1 AGBG) entfällt**. Dies bedeutet, daß Klauseln, die von einer neutralen Person - insbesondere von einem Notar - vorformuliert wurden, dem AGBG generell unterliegen. Die Einzelheiten der Neuregelung, die im Gesetzgebungsverfahren heftig umstritten war (vgl. Eckert, ZIP 1994, 1986; Heinrichs, NJW 1993, 1818; ders. NJW 1995, 155; Kappus, NJW 1994, 1848; Brandner, Anwaltsblatt 1994, 337), sind allerdings noch nicht vollständig geklärt.

#### a) Verbrauchervertrag

Erforderlich ist, daß es sich um einen Verbrauchervertrag handelt. Das ist nach dem Gesetz ein Vertrag zwischen einer Person, die in Ausübung ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handelt (Unternehmer) und einer natürlichen Person, die den Vertrag zu einem Zweck abschließt, der weder einer gewerblichen noch einer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann (Verbraucher).

#### b) Fiktion des "Stellens"

Nach § 24 a Ziff. 1 AGBG gelten AGBG als vom Unternehmer gestellt, es sei denn, daß sie durch die Verbraucher in den Vertrag eingeführt wurden. **Das Merkmal des "Stellens" war bisher das Tatbestandsmerkmal, das in der Regel dazu führte, daß Notarverträge nicht dem AGBG unterlagen**. Es bestand Einigkeit, daß es am Merkmal des Stellens fehlte, wenn ein unparteiischer Dritter, wie z.B. der Notar, von sich aus ohne Veranlassung einer Partei die Klausel in den Vertrag einführte. Der Notar konnte deshalb nach altem AGBG gebräuchliche und bewährte Formulierungen benutzen, ohne daß diese der Inhaltskontrolle unterfielen, solange sie nicht von einer Vertragspartei gestellt waren (vgl. BGH NJW 1991, 843; NJW 1992, 2817; Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, § 1 Rn. 28). Ein Stellen wurde hingegen angenommen, wenn sich eine Partei

zurechnen lassen mußte, daß ein Dritter, z.B. ein Notar im Auftrag, auf Anregung oder Wunsch einer Partei bestimmte Bedingungen dem Vertrag zugrunde legte. Von der Rechtsprechung werden insbesondere Bauträgerverträge und Grundschuldformulare als einseitig gestellte Verträge angesehen, nicht hingegen Grundstücksverträge, die keine Bauträgerverträge sind (vgl. BGH DNotZ 1991, 680; BGHZ 118, 229, 239; BGH NJW 1988, 558).

Bei der Auslegung der der Änderung des AGBG zugrundeliegenden Richtlinie der EU über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen war Streit entstanden, ob die mit dem Begriff des "Stellens" eröffnete Abgrenzung auch nach der Richtlinie zulässig war. Der erste Referentenentwurf des BMJ folgte der Auffassung in der Literatur, die sich für das Beibehalten des Merkmals des "Stellens" aussprach (vgl. Eckart, ZIP 1994, 1987; Ulmer, EuZW 1993, 342). Unter dem Eindruck der hiergegen geäußerten Kritik der wohl überwiegenden Literatur (vgl. etwa Palandt/Heinrichs, Anh. Nach § 30 AGBG Rn. 19; Damm, JZ 1994, 161, 166; Heinrichs, NJW 1995, 153, 157) und auch einer Entscheidung des BGH (BGH ZIP 1995, 191, 193) verzichtete jetzt der Gesetzgeber für Verbraucherverträge auf das Merkmal des "Stellens". Der Gesetzgeber hat dies dadurch erreicht, daß er zwar in § 1 Abs. 1 AGBG an diesem Merkmal festhält, für den Bereich der Verbraucherverträge aber in § 24 a Nr. 1 AGBG fingiert, daß AGBG in Verbraucherverträgen grundsätzlich vom Unternehmer als gestellt gelten. Die Konsequenz hieraus ist, daß Notarverträge, die Verbraucherverträge sind, vollumfänglich dem AGBG unterliegen.

#### **e) Ausnahme: Einführung durch Verbraucher**

Eine Ausnahme sieht das Gesetz nur für den Fall vor, daß gerade der Verbraucher die Klauseln in den Vertrag eingeführt hat. In der Regel wird diese Ausnahme allerdings dann nicht vorliegen, wenn der Notar sein Muster verwendet ohne daß einer der Beteiligten ein bestimmtes Formular gewünscht hat.

#### **d) Ausnahme: Aushandeln im Einzelnen**

Interessant ist die Begründung der Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses zu dieser Neuregelung (BT-Drs. 13/4699, S. 5):

*"Hinsichtlich der Neuregelung in § 24 a Nr. 1 des AGBGB geht die Mehrheit des Ausschusses davon aus, daß Vertragsklauseln, die zwar nach dieser Vorschrift als vom Unternehmer gestellt gelten, auf deren Inhalt der Verbraucher aber Einfluß nehmen konnte, deshalb nach § 1 Abs. 2 AGBG nicht als Allgemeine Geschäftsbedingungen anzusehen seien. Dies gelte insbesondere für den Fall, daß die Vertragsbedingungen durch einen neutralen Dritten (z.B. ein Notar) eingeführt worden seien."*

Der Rechtsausschuß weist auf § 1 Abs. 2 AGBG hin, der nach der Neuregelung wohl das entscheidende Tatbestandsmerkmal darstellt, daß notariell beurkundete Verbraucherverträge nicht dem AGBG unterliegen. Die Neuregelung knüpft an den allgemeinen Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen an; danach liegen AGBG nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im einzelnen ausgehandelt sind. Dem Kriterium des "Aushandelns" kommt daher bei notariellen Verträgen eine größere Bedeutung zu als in der

Vergangenheit unter der Geltung des alten AGBG. Die bisher herrschende Meinung zum AGBG war der Auffassung, daß ein Verhandeln in diesem Sinne nicht bereits vorliegt, wenn der vorformulierte Vertragstext verlesen und der Notar darüber belehrt hat (BGH NJW 1977, 624, 625; BGHZ 74, 204, 209; BGH DNotZ 1982, 626; ebenso zur Neuregelung Heinrichs, NJW 1995, 153, 155; Eckart, ZIP 1996, 1239 f.). Voraussetzung für das **Merkmal des Aushandelns** war nach der alten Rechtsprechung, **daß der Verwender seinen Vertragstext in seinem Kerngehalt ernsthaft zur Disposition stellt und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt mit zumindest der realen Möglichkeit, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen** (BGH NJW 1991, 678, BGH NJW 1988, 410). Entscheidend ist, daß der Verbraucher die ernsthafte Möglichkeit hatte, den Inhalt der Klauseln zu ändern. *Eckart* ist der Auffassung, daß dies bei den von einem neutralen Notar vorformulierten Vertragsbedingungen eher der Fall sein wird, als bei AGBG, die der Unternehmer selbst in den Vertrag einbringt (ZIP 1996, 1240).

Unter Umständen kann man aber auf die Rechtsprechung des BGH zur Inhaltskontrolle gem. § 242 BGB zurückgreifen. Der BGH hatte bekanntlich auf § 242 BGB eine allgemeine Inhaltskontrolle auch bei notariellen Verträgen gestützt, wenn es um den Ausschluß der Sachmängelgewährleistung beim Erwerb von neu errichteten Häusern und Eigentumswohnungen geht (vgl. zuletzt BGH DNotZ 1990, 96). In diesen Entscheidungen hatte der BGH gefordert, daß der Käufer nicht durch eine formelhafte Klausel im Hinblick auf den Gewährleistungsausschluß überrumpelt wird. Entscheidend sei die ausführliche Belehrung (vgl. den Belehrungsvermerk von Brambring, DNotZ 1990, 101). Man wird jetzt zusätzlich zu diesem "eindringlichen" Belehrungsvermerk auch dokumentieren müssen, daß der Gewerbetreibende bestimmte Klauseln zur Disposition gestellt hat und tatsächlich die Beteiligten hierüber verhandelt haben. So kann etwa in dem Vertrag aufgenommen werden, daß der Verwender bereit war, auf einen Gewährleistungsausschuß zu verzichten, wenn der Käufer

dementsprechend bereit ist, einen höheren Kaufpreis zu akzeptieren.

#### **e) Folgerungen aus dem Anwendungsbereich des AGBG**

Liegt im Einzelfall kein Aushandeln vor, dann ist bei einem Verbrauchervertrag das AGBG anwendbar. Hier müßten dann eine Reihe von typischen Notarvertragsklauseln einer kritischen Überprüfung unterzogen werden: z.B. genereller Gewährleistungsausschluß im Hinblick auf § 9 und § 11 Ziff. 10 a AGBG, Klauseln über Fälligkeitszinsen und Schadenspauschalierungen im Hinblick auf § 11 Nr. 4, 5 und 6 AGBG, Zwangsvollstreckungsunterwerfung, Vertragsstrafenregelungen etc.

## Literaturhinweise

### **Tillmann/Winter, GmbH-Praktikum, Zentrale für GmbH Dr. Otto Schmidt, 2. Aufl. Köln 1996, 380 Seiten DM 78,--**

Das vorliegende Werk ist das Ergebnis einer langjährigen Seminarreihe zum GmbH-Recht. Kurz aber instruktiv werden hier alle Fragen der Gründung einer GmbH, der Gestaltung

des Gesellschaftsvertrages, des Eigenkapitals, der Gesellschafterdarlehen, der Gestaltung des Geschäftsführervertrages, der Ein-Mann-GmbH und der Beendigung der Gesellschaft in gesellschaftsrechtlicher und steuerrechtlicher Hinsicht erörtert. Zahlreiche Hinweise weisen auf besondere Problemfälle hin. Das Werk verzichtet bewußt auf umfangreiche Verweisungen und will eine praxisorientierte knappe Darstellung des gesamten GmbH-Rechts leisten. Dies gelingt ohne weiteres.

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

### **Zimmermann/Heller, Der Verkehrswert von Grundstücken, Verlag Franz Vahlen GmbH, München 1995, 464 Seiten DM 148,--**

Das vorliegende Buch enthält eine vertiefte Darstellung der praxisrelevanten rechtlichen Probleme der Verkehrswertermittlung von Grundstücken. Ausgehend von der Erläuterung des Verfahrens der Verkehrswertermittlung werden im Anschluß eine Vielzahl unterschiedlicher Fallgestaltungen, insbesondere die Auswirkung rechtlicher Belastungen von Grundstücken auf die Wertfindung erörtert. Das Werk enthält eine gut verständliche Darstellung dieser für den Notar ungewohnten Materie.

**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