

# DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

18/1996 · September 1996

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 873, 1191; GBO § 13 - Divergenz zwischen Einigung und Eintragung - Zurückbleiben der Eintragung hinter der Einigung  
ZGB § 457; EGBGB Art. 233 § 6; ZPO § 800 - Aufbauhypothek nach ZGB und Zwangsvollstreckungsunterwerfung

#### Rechtsprechung

BGB §§ 125, 313 - Beurkundung des „Verknüpfungswillens“

BGB §§ 140, 2265, 2270 - Umdeutung der getroffenen letztwilligen Verfügung in einem gemeinschaftlichen Testament von Nichtehegatten

EGBGB 1986 Art. 25; BGB § 1934 d - Erbstatut bei vorzeitigem Erbausgleich

#### Aktuelles

Auswirkungen des Wegfalls der Räte der Städte auf Grundstückskaufverträge in den neuen Bundesländern

Klauselverbote beim Grundstückskauf-Verbrauchervertrag - Anm. v. Brambring

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

**BGB §§ 873, 1191;**

**GBO § 13**

**Divergenz zwischen Einigung und Eintragung - Zurückbleiben der Eintragung hinter der Einigung**

#### I. Sachverhalt

Es wurde eine nach § 800 ZPO vollstreckbare Grundschuld aufgrund einer Finanzierungsvollmacht durch den Käufer als zukünftigen Eigentümer auch namens des Verkäufers als derzeitiger Eigentümer in Höhe von DM 440.000,00 bestellt. Das Grundbuchamt trug zunächst versehentlich eine Grundschuld zu DM 400.000,00 ein. Nach einem entsprechenden Hinweis an das Grundbuchamt und einer Bitte um Berichtigung wurde der Antrag dadurch erledigt, daß zusätzlich zu der Grundschuld von DM 400.000,00 eine weitere Grundschuld zu DM 40.000,00 eingetragen wurde. Die Eintragungen erfolgten jeweils unter Angabe von Betrag, Zinssatz, Gläubiger sowie der Vollstreckbarkeit nach § 800 ZPO und darüber hinaus unter Bezugnahme auf die Bewilligung in der Grundschuldbestellungsurkunde. Daraufhin wurde vom beurkundenden Notar nochmals Vollzug der Grundschuldbestellungsurkunde zum Betrag von DM 440.000,00 beantragt. Das Grundbuchamt sieht den Antrag durch Eintragung einer Grundschuld zu DM 400.000,00 und einer weiteren Grundschuld zu DM 40.000,00 als erledigt an. Der Grundschuldgläubiger war zu der vom Notar und Grundbuchamt angeregten Löschung der Grundschuld von DM 400.000,00 und DM 40.000,00 sowie Neueintragung einer Grundschuld zu DM 440.000,00 in Vollzug der Bestellungsurkunde nicht bereit.

Der Grundschuldgläubiger erklärte, privatschriftlich mit dem Käufer die dingliche Einigung nachgeholt zu haben. Die wesentlichen Erklärungen in diesem Schreiben lauten wie folgt: *„Wir (der Grundschuldgläubiger) erklären uns jedoch damit einverstanden, daß anstelle einer Grundschuld in Höhe von DM 440.000,00 die bereits eingetragenen Grundpfandrechte in den vorgenannten Grundbüchern über DM 400.000,00 laufende Nr. 3 und DM 40.000,00 laufende Nr. 4 als Sicherheit für das oben genannte Hypothekendarlehen dienen.“* Das Schreiben ist gezeichnet von Vertretern des Grundschuldgläubigers sowie gezeichnet vom Käufer mit dem Zusatz *„einverstanden“*.

Der Grundschuldgläubiger beantragt nunmehr die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung der Grundschuldbestellungsurkunde in Ansehung der Grundschuld hinsichtlich eines Betrages von DM 440.000,00, hilfsweise eines Betrages von DM 400.000,00.

#### II. Frage

1. Sind die Grundschulden zu DM 400.000,00 und DM 40.000,00 wirksam entstanden?
2. Ist der Antrag auf Vollzug der Urkunde durch Eintragung der Grundschuld zu DM 400.000,00 und DM 40.000,00 erledigt?
3. Kann im Hinblick auf die Eintragung von zwei Grundschulden zu DM 400.000,00 und DM 40.000,00 eine vollstreckbare Ausfertigung der Grundschuldbestellungsurkunde erteilt werden; wenn ja, in welcher Höhe?

### III. Rechtslage

#### 1. Entstehung der Sicherungsgrundschuld

Voraussetzungen für das Entstehen einer Grundschuld sind gem. §§ 873, 1191 ff. BGB die Einigung des Eigentümers und des Grundschuldgläubigers mit dem Inhalt des § 1191 BGB. Falls ein Buchrecht entstehen soll, muß auch darüber die Einigung erzielt werden (§ 1116 BGB). Darüber hinaus sind die Eintragung der Einigung in das Grundbuch, Einigsein im Zeitpunkt der Eintragung gem. § 873 Abs. 2 BGB sowie die Berechtigung des Grundschuldbestellers erforderlich.

Nach dem Grundsatz von Einigung und Eintragung sind die Einigung des Berechtigten und des anderen Teils über die dingliche Rechtsänderung und die Eintragung dieser Rechtsänderung im Grundbuch die beiden materiellen Voraussetzungen für den rechtsgeschäftlichen Erwerb dinglicher Rechte an Grundstücken, soweit das Gesetz nicht ein anderes vorschreibt.

#### **Das Zusammenwirken von Einigung und Eintragung führt gem. § 873 Abs. 1 BGB zum vereinbarten Rechtserwerb.**

Die rechtsgeschäftliche dingliche Rechtsänderung tritt somit nur durch zeitliches Zusammentreffen und inhaltliche Übereinstimmung der wirksamen Einigung und der wirksamen Eintragung ein (vgl. hierzu Staudinger/Gursky, BGB, 13. Aufl. 1995, § 873 Rz. 6; Soergel/Stürner, BGB, 12. Aufl. 1989, § 873 Rz. 16). **Als wesensverschiedene, gleichwertige, selbständige Elemente des Doppeltatbestandes des § 873 Abs. 1 BGB stehen Einigung und Eintragung nebeneinander.** Sie unterscheiden sich durch ihre Entstehungsvoraussetzungen und Einzelwirkungen. Die **Einigung (= Willenselement)** ist ein privater Rechtsetzungsakt, den die Beteiligten aufgrund der ihnen vom Gesetz gewährten Privatautonomie durch übereinstimmende rechtsgeschäftliche Willenserklärungen nach den Normen des bürgerlichen Rechts schaffen. Die **Grundbucheintragung (= Kundbarmanchungselement)** ist ein gerichtlicher Hoheitsakt, den das Grundbuchamt als das dafür zuständige Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit kraft hoheitlicher Gewalt nach den Vorschriften des zum öffentlichen Recht gehörenden Grundbuchverfahrensrechts vornimmt. Fehlt eines dieser beiden Elemente, ist es unwirksam oder verliert es vor der Vollendung des Rechtserwerbs seine Wirksamkeit, so hat dies zwar auf die Einzelwirkungen des anderen Elements keinen Einfluß, aber die dingliche Rechtsänderung tritt nicht ein. **Die Rechtsänderung tritt erst in dem Zeitpunkt ein, in dem beide Voraussetzungen vorliegen.** Dazu müssen Einigung und Eintragung nicht nur jeweils geschehen sein, sondern das zuerst erfüllte Erfordernis muß auch noch beim Eintritt des zweiten Bestand haben, so daß jetzt Einigung und Eintragung gültig nebeneinander stehen. **Das materielle Recht zwingt zu keiner bestimmten Reihenfolge von Einigung und Eintragung** (Soergel/Stürner, a.a.O., § 873 Rz. 16). Gleichgültig ist, ob der Eintragung eine nichtige Einigung vorausgegangen ist, die später wiederholt wird, oder ob die erforderliche Genehmigung des bei der Einigung vollmachtlos Vertretenen erst nach der Eintragung erfolgt oder ob die Eintragung im Anwendungsbereich des § 19 GBO aufgrund der einseitigen Bewilligung des Verfügenden noch vor der Einigung vollzogen ist. In allen diesen Fällen wird das Grundbuch durch die Eintragung zunächst unrichtig. Das ändert aber nichts daran, daß die Eintragung als solche wirksam ist und daß deshalb bei späterer Nachholung der Einigung der nach § 873 BGB erforderliche Doppeltatbestand vollendet wird und somit nunmehr ohne neue

Eintragung die dingliche Rechtsänderung eintritt (vgl. hierzu Staudinger/Gursky, a.a.O., § 873 Rz. 9 m.w.N.; Soergel/Stürner, a.a.O., § 873 Rz. 16).

**Damit die Rechtsänderung eintreten kann, müssen Einigung und Eintragung inhaltlich übereinstimmen.** Ob diese inhaltlich Kongruenz gegeben ist, läßt sich erst entscheiden, wenn zuvor der rechtlich maßgebliche Sinn für Einigung und Eintragung getrennt ermittelt worden ist. Diese Inhaltsprüfung erfolgt dabei jeweils nach unterschiedlichen Grundsätzen: Für die Einigung sind die allgemeinen Regeln über die Auslegung (§§ 133, 157 BGB) und Umdeutung (§ 140 BGB) von (empfangsbedürftigen) Willenserklärungen und Verträgen maßgeblich, für die Eintragung dagegen die an der Publizitätsfunktion des Grundbuchs orientierte Auslegungsmethode, die nach dem „objektiven“ Sinn des Eintragungsvermerks und der zulässigerweise in diesem in Bezug genommenen Urkunden fragt. Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich für den vorliegenden Fall, daß im Hinblick auf die Inkongruenz von Einigung (Grundschuld in Höhe von DM 440.000,00) und Eintragung (Grundschuld in Höhe von DM 400.000,00 und DM 40.000,00) - zunächst - weder die Grundschuld in Höhe von DM 440.000,00 mangels Eintragung noch die Grundschulden zu DM 400.000,00 und zu DM 40.000,00 mangels Einigung wirksam entstanden sind.

**Weichen Einigung und Eintragung voneinander ab, hängt die Rechtsfolge von Art und Ausmaß der Divergenz ab** (vgl. hierzu Staudinger/Gursky, a.a.O., § 873 Rz. 180): Ist diese total, kann die Rechtsänderung nicht stattgefunden haben; liegt wenigstens eine partielle Kongruenz vor, kann die gewollte Rechtsänderung jedenfalls nicht vollständig, sondern nur in dem beschränkten Umfang, in dem Einigung und Eintragung sich decken, eingetreten sein. Entscheidend ist hier zunächst, ob der Teil des Rechtsgeschäfts, in dem Einigung und Eintragung sich decken, überhaupt für sich bestehen kann; bejahendenfalls, ob die Aufrechterhaltung dieses Teils dem hypothetischen Parteiwillen (§ 139 BGB) entspricht. **Bleibt somit die Eintragung hinter der Einigung zurück, hat also das Grundbuchamt weniger eingetragen, als die Beteiligten wollten** (hier Grundschuld von nur DM 400.000,00 statt DM 440.000,00), **so ist nach § 139 BGB darüber zu entscheiden, ob das Recht mit dem geringeren Umfang oder Inhalt entstanden ist oder ob kein Rechtserwerb stattgefunden hat** (vgl. hierzu Staudinger/Gursky, a.a.O., § 873 Rz. 185 m.w.N.; Soergel/Stürner, a.a.O., § 873 Rz. 24; MünchKomm-Wacke, BGB, 2. Aufl. 1986, § 873 Rz. 51). Nach - soweit ersichtlich - einhelliger Auffassung **kann in der Regel davon ausgegangen werden, daß die Einigung über das volle Recht auch den Willen der Beteiligten über die Entstehung wenigstens des Teilrechts umfaßt** (Staudinger/Gursky, Soergel/Stürner, MünchKomm-Wacke, jeweils a.a.O.). Gerade bei liegenschaftsrechtlichen Verfügungen ist dem Interesse des Erwerbers in aller Regel mit einem weniger weitgehenden Rechtserwerb immer noch besser gedient als mit der vollständigen Unwirksamkeit.

Dies führt im Ergebnis dazu, daß jedenfalls die Grundschuld von DM 400.000,00 zunächst wirksam entstanden ist, vorausgesetzt, die konkreten Umstände des Einzelfalls, die uns leider nicht bekannt sind, rechtfertigen eine entsprechende Auslegung und Aufrechterhaltung der dinglichen Einigung im Sinne des

§ 139 BGB. Das Verfahrensrecht steht dem nicht entgegen, weil sogar Teilunwirksamkeit der Eintragung i.d.R. nicht zur Unwirksamkeit der Resteintragung führt. Selbst das Fehlen eines auf die Eintragung einer Grundschuld zu DM 400.000,00 gerichteten Eintragungsantrages steht der materiell-rechtlichen Wirksamkeit nicht entgegen, da es sich hierbei nur um eine Verfahrensvoraussetzung handelt. **Falls die Einigung über eine Rechtsbestellung und die Eintragung vorliegen, entsteht das Recht auch bei Fehlen des Eintragungsantrags** (BayObLGZ 1988, 124).

Spätestens wirksam entstanden sind in dem vorliegenden Fall die Grundschulden zu DM 400.000,00 und DM 40.000,00 mit der **nachträglichen Einigung** von Grundschuldgläubiger und Käufer. Die nachträgliche Einigung war **formfrei möglich**. Auch ein bestimmter Wortlaut ist für die Einigung nicht erforderlich. Es bedarf insbesondere auch nicht der Verwendung des Wortes „Einigung“ oder von Formeln wie „die Parteien sind sich darüber einig“ bzw. „die Parteien einigen sich darüber“. Notwendig sind vielmehr nur die übereinstimmenden und an den jeweils anderen Vertragspartner gerichteten Erklärungen der Beteiligten, daß die Rechtsänderung eintreten soll (vgl. hierzu Staudinger/Gursky, a.a.O., § 873 Rz. 50).

Im Ergebnis kann somit festgehalten werden, daß die Grundschulden zu DM 400.000,00 und DM 40.000,00 spätestens im Zeitpunkt der privatschriftlichen Einigung zwischen Grundschuldgläubiger und Käufer wirksam entstanden sind, da zu diesem Zeitpunkt eine inhaltliche Übereinstimmung von Einigung und Eintragung vorlag.

## 2. Erledigung des Eintragungsantrages

Bleibt die Eintragung hinter der Einigung zurück und ist nach § 139 BGB davon auszugehen, daß das Recht mit dem geringeren Umfang entstanden ist, so ist **verfahrensrechtlich nur eine Teilerledigung des Antrags gegeben** (so Staudinger/Gursky, a.a.O., § 873 Rz. 186; Demharter, GBO, 21. Aufl. 1995, § 53 Rz. 12). Nach, soweit ersichtlich, h. M. **muß das Grundbuchamt deshalb die Buchung ergänzen**, sofern die Eintragungsunterlagen dies immer noch rechtfertigen (Staudinger/Gursky, a.a.O.; Demharter, a.a.O.; Meikel/Sieveling, 7. Aufl. 1986, Einl. C Rz. 41). **Die Änderung des Kapitalbetrages muß dabei in der Hauptspalte, die der Zinsen in der Veränderungsspalte erfolgen** (so Demharter, a.a.O., § 53 Rz. 12).

Danach hat das Grundbuchamt - zunächst - zu Unrecht eine weitere Grundschuld eingetragen. Vielmehr hätte eine Ergänzung der Eintragung hinsichtlich des Kapitalbetrages in der Hauptspalte erfolgen müssen. U. E. ist daher davon auszugehen, daß hinsichtlich des Teilbetrages von DM 400.000,00 der ursprüngliche Eintragungsantrag erledigt ist, hinsichtlich des Teilbetrages von DM 40.000,00 jedoch noch eine Berichtigung in der Hauptspalte aussteht. Daraus ergibt sich auch, daß hinsichtlich der vom Grundbuchamt eingetragenen Grundschuld zu DM 40.000,00 zu keinem Zeitpunkt ein Eintragungsantrag der Beteiligten vorlag. Da der **Eintragungsantrag jedoch nur Verfahrensvoraussetzung, nicht aber auch materiell-rechtliche Wirksamkeitsvoraussetzung für das liegenschaftsrechtliche Verfügungsgeschäft** ist (s.o.), entsteht das Recht auch bei Fehlen des Eintragungsantrages.

## 3. Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung

Nach § 800 Abs. 1 ZPO kann sich der Eigentümer in einer nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO aufgenommenen Urkunde in Ansehung einer Grundschuld der sofortigen Zwangsvollstreckung in der Weise unterwerfen, daß die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zulässig sein soll. **Nach § 800 Abs. 1 Satz 2 ZPO bedarf die Unterwerfung in diesem Falle der Eintragung in das Grundbuch. Das bedeutet nicht, daß die Unterwerfungserklärung ohne Grundbucheintragung unwirksam wäre** (vgl. hierzu MünchKomm-Wolfsteiner, ZPO, 1992, § 800 Rz. 12). **Vielmehr kann die Vollstreckungsklausel gegen jemanden, der das Grundstückseigentum im Wege der Sonderrechtsnachfolge vom Unterwerfungsschuldner erworben hat, nur erteilt werden, wenn die Unterwerfungserklärung im Grundbuch eingetragen ist.** Gegen den Käufer kann eine Klauselerteilung also nur erfolgen, wenn die Unterwerfungserklärung im Grundbuch eingetragen ist. Für die Eintragung gelten die allgemeinen Regeln des Grundbuchverfahrensrechts.

Unseres Erachtens kann in dem geschilderten Fall eine vollstreckbare Ausfertigung der Grundschuldbestellungsurkunde nur bzgl. eines Teilbetrages von DM 400.000,00 erfolgen. Insoweit liegen eine wirksame Grundschuldbestellung sowie eine wirksame Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung vor; auch insoweit ist u. E. die Vollstreckungsunterwerfung dahin gehend auszulegen, daß durch entsprechende Anwendung des § 139 BGB in Verbindung mit der erfolgten Eintragung im Grundbuch wenigstens hinsichtlich des Teilbetrages ein wirksamer vollstreckungsfähiger Titel vorliegt. Hinsichtlich der durch privatschriftliche Einigung entstandenen Grundschuld zu DM 40.000,00 liegt u. E. keine wirksame Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung vor; insoweit fehlt es an der notariellen Beurkundung. Hinsichtlich der beurkundeten Grundschuld bzgl. des Teilbetrages von DM 40.000,00 fehlt es an der nach § 800 Abs. 1 Satz 2 ZPO erforderlichen Grundbucheintragung. Nur soweit das Grundbuchamt hinsichtlich der Grundschuld zu DM 400.000,00 eine Berichtigung des Hauptsachebetrages in der Hauptspalte vornehmen würde, könnte die vollstreckbare Ausfertigung in Höhe von DM 440.000,00 erteilt werden.

## ZGB § 457;

## EGBGB Art. 233 § 6; ZPO § 800

## Aufbauhypothek nach ZGB und Zwangsvollstreckungsunterwerfung

### I. Frage

1. Ist bei einer Aufbauhypothek nach ZGB eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung nach § 800 ZPO möglich?
2. Ist die Zustimmung zwischenzeitlich nachrangig im Grundbuch eingetragener Gläubiger erforderlich?

### II. Rechtslage

#### 1. Zulässigkeit der Zwangsvollstreckungsunterwerfung

Art. 233 § 6 Abs. 1 EGBGB bestimmt, daß für die Übertragung von Hypothekenforderungen nach dem ZGB der DDR, die am Tag des Wirksamwerdens des Beitritts bestehen, die Vorschriften des BGB über Sicherungshypotheken anzuwenden sind. Die

Vorschrift stellt klar, daß Hypotheken des ZGB nicht in Grundpfandrechte des BGB übergeleitet werden, sondern grundsätzlich Art. 233 § 3 EGBGB unterstehen. **Rang und Inhalt einer am 03.10.1990 bestehenden Hypothek beurteilen sich also weiter nach dem Recht der DDR** (vgl. Böhringer, in: Meikel, Grundbuchrecht, Sonderband: Neue Bundesländer, 1995, C Rz. 753; Palandt/Bassenge, 55. Aufl. 1996, Art. 223 § 6 EGBGB Rz. 5). Art. 233 § 6 Abs. 1 EGBGB bestimmt sodann eine Ausnahme von diesen Grundsätzen hinsichtlich der Übertragung und Aufhebung dieser Hypotheken: Diese werden dem BGB unterstellt, wobei wegen des streng akzessorischen Charakters der Hypotheken und des Ausschlusses der Erteilung eines Hypothekenbriefes im Recht der DDR eine **entsprechende Anwendung der Vorschriften über Sicherungshypotheken** angeordnet wird.

*Böhringer* (in: Eickmann, Sachenrechtsbereinigung, Art. 233 § 6 EGBGB) ist ohne weitere Begründung der Auffassung, daß bei Aufbauhypotheken eine Eintragung nach § 800 ZPO zulässig sei, da diese gegenüber BGB-Hypotheken keine Besonderheiten aufweisen.

Für die Auffassung von *Böhringer* spricht die Formulierung in § 800 ZPO. Dort ist bestimmt, daß sich der Eigentümer in einer nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO aufgenommenen Urkunde in Ansehung einer Hypothek, einer Grundschuld oder einer Rentenschuld der sofortigen Zwangsvollstreckung in der Weise unterwerfen kann, daß die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zulässig sein soll. Fraglich ist nun, ob unter dem Begriff „Hypothek“ in § 800 ZPO auch die Aufbauhypothek zu verstehen ist. Dies erscheint uns sowohl mit dem Wortlaut als auch dem Sinn und Zweck des § 800 ZPO vereinbar. Auch aus der Aufbauhypothek folgt ein Anspruch, aus dem die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zulässig ist. Es besteht daher ein Bedürfnis, für einen solchen Anspruch, der sich im Grunde nicht von dem einer BGB-Hypothek unterscheidet, die Unterwerfungserklärung in das Grundbuch eintragen zu können.

## 2. Beurkundung der Zwangsvollstreckungsunterwerfung

Für die Beurkundung der Unterwerfungserklärung ist folgendes zu beachten: Die Unterwerfungserklärung ist prozessuale Willenserklärung, gerichtet auf das Zustandekommen eines Vollstreckungstitels. Die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung hat in der Urkunde eines deutschen Notars zu erfolgen. **Die nachträgliche Eintragung der Unterwerfungserklärung bei einem aufgrund öffentlich beglaubigter Eintragungsbewilligung bereits eingetragenen Grundpfandrecht setzt nicht voraus, daß auch noch die Bestellung des eingetragenen Grundpfandrechts nunmehr öffentlich beurkundet wird** (BGH DNotZ 1979, 342; vgl. allgemein Haegel/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 10. Aufl. 1993, Rz. 2037). Einzuhalten ist aber auch § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO: Danach ist eine Bezugnahme hinsichtlich des Anspruchs, der Zinsen oder ihres Beginns nicht zulässig, soweit sie sich nicht im Rahmen des § 13 a BeurkG hält. Die Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung muß in das Grundbuch eingetragen werden. Die Eintragung erfolgt dann auf Antrag und Bewilligung des Eigentümers.

Wie der BGH im Urteil vom 24.11.1978 (NJW 1979, 928 = DNotZ 1979, 342) entschieden hat, muß in einem Fall, in dem

die Grundschuld selbst lediglich aufgrund einer Unterschriftsbeglaubigung in das Grundbuch eingetragen wurde, wenn nachträglich eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung nach § 800 ZPO eingetragen werden soll, nicht die Bestellung des aufgrund öffentlich beglaubigter Urkunde eingetragenen Grundpfandrechts nunmehr beurkundet werden. Er ist der Auffassung, daß nicht der materielle Anspruch (aus der Grundschuld), sondern die abstrakte Unterwerfungserklärung Grundlage der Vollstreckung sei, so daß auch nur die Unterwerfungserklärung der besonderen, für die Entstehung des Vollstreckungstitels vorgeschriebenen Form bedürfe. Allerdings weist der BGH darauf hin, daß der nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO unerläßlichen Aufnahme des Anspruchs in die Unterwerfungserklärung nur die Bedeutung zukomme, den Anspruch in einer für die Zwangsvollstreckung geeigneten Weise zu bezeichnen, sie mithin eine deklaratorische Bedeutung habe. Der BGH ist also der Auffassung, daß sich bei der Zwangsvollstreckungsunterwerfung der Schuldner zum einen in der Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung bezüglich eines Anspruchs - aus der Aufbauhypothek - unterwerfen müsse und der Anspruch in der Unterwerfungsurkunde in einer die Zwangsvollstreckung ermöglichenden Weise bestimmt bezeichnet sein müsse. Auch *Wolfsteiner* (DNotZ 1968, 392, 397) weist auf folgenden Inhalt der Unterwerfungsurkunde hin: **Die neue Unterwerfungsurkunde müsse, da die Zwangsvollstreckung allein aus ihr erfolge, alle Bestimmungen enthalten, die für die Vollstreckung maßgebend seien; insbesondere also Kapitalbetrag, Zinsen nach Höhe und Fälligkeit, Nebenleistungen.**

## 3. Zustimmung nachrangig Berechtigter

Wird die Zwangsvollstreckungsunterwerfung erst später erklärt, so kann sie **ohne Zustimmung** der gleich und nachstehenden Berechtigten aus Abteilung II und III des Grundbuchs eingetragen werden, da die Klausel den Umfang der Belastung nicht ändert (so Haegel/Schöner/Stöber, a.a.O., Rz. 2052; Zöller, ZPO, 19. Aufl. 1995, § 800 Rz. 9).

## Rechtsprechung

### BGB §§ 125, 313

#### Beurkundung des „Verknüpfungswillens“

**Stellt sich die nach einem formbedürftigen Grundstücksvertrag abgeschlossene Vereinbarung nicht lediglich als Ergänzung des Erstvertrages dar, sollen aber beide Verträge „miteinander stehen und fallen“, reicht eine nur im Zweitvertrag enthaltene urkundliche Verlautbarung der Verknüpfung nicht aus. Sie muß auch im Erstvertrag Ausdruck finden.**

OLG Hamm, Urt. v. 04.07.1996 - 22 U 116/95

Kz.: L I 1 - § 313 BGB

Dokumentennr. Fax-Abruf 504

## Problem

Dem Formzwang des § 313 BGB unterliegen alle Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Parteien das schuldrechtliche Rechtsgeschäft zusammensetzt (BGH NJW 1984, 974; BGH NJW 1961, 1764). Bilden mehrere Rechtsgeschäfte wegen ihres inneren Zusammenhangs ein **einheitliches Rechtsgeschäft**, so sind sie auch regelmäßig gemeinsam zu beurkunden. **Teil des beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäftes ist dann auch der Verknüpfungswille der Parteien** (BGH NJW 1988, 1781/1782). Sind mehrere Verträge Teile eines einheitlichen Rechtsgeschäftes, so steht dies einer getrennten Beurkundung jedoch nicht entgegen. Der Verknüpfungswille muß aber auch bei getrennter Beurkundung mehrerer, eine rechtliche Einheit bildender Verträge mitbeurkundet werden. Strittig ist, ob es ausreicht, den Verknüpfungswillen in der Folgeurkunde zum Ausdruck zu bringen, oder ob der Verknüpfungswille in beiden Urkunden zum Ausdruck gebracht werden muß.

### Lösung

Für den Fall der Ergänzung einer Urkunde hat der BGH mit Urteil v. 16.03.1988 (NJW 1988, 1781 f.) entschieden, daß es genüge, den rechtlichen Zusammenhang in der zweiten Urkunde zu verlautbaren. Das Schuldverhältnis sei in diesem Fall mit Abschluß der ersten Urkunde (zunächst) inhaltlich und formal vollständig erfaßt und abgeschlossen. Die Ergänzung und deren Zusammenhang zur ersten Urkunde könne daher überhaupt nur in der Folgeurkunde ausgedrückt werden. Zu der Frage, ob die Beurkundung des Einheitswillens in der Folgeurkunde auch dann ausreicht, wenn die rechtliche Einheit von Anfang an gewollt war, hat der BGH in den Urteilsgründen nicht Stellung genommen; insoweit geht der amtliche Leitsatz des Urteils weiter als die Entscheidungsgründe. Im Anschluß an dieses Urteil vertreten *Wolf* (in: Soergel, a.a.O., § 313 Rz. 70) sowie *Kanzleiter* (in: MünchKomm, a.a.O., § 313 Rz. 53) die Auffassung, die Erkennbarkeit des Einheitswillens in der Folgeurkunde reiche aus (so auch Wiesner, Beurkundungspflicht bei Gründung von Personengesellschaften und Unternehmensveräußerungen, NJW 1984, 95/96).

Dagegen ist *Korte* (Handbuch der Beurkundung von Grundstücksgeschäften, 1992, Rz. 3.207) der Auffassung, daß der **übereinstimmende Wille der rechtlichen Einheit** jedem einzelnen Teil der inhaltlich getrennt niedergelegten Schuldverhältnisse anhafte. Da der regelnde Inhalt der Abrede den Umfang der Form bestimme, müsse **dieser Wille in beiden Urkunden wechselseitig ausgedrückt werden** (Staudinger/Wufka, 13. Aufl. 1995, § 313 Rz. 150). Dieser Grundsatz der wechselseitigen Verweisung in beiden Urkunden gelte jedenfalls dann, wenn die rechtliche Einheit von Anfang an gewollt gewesen sei (Korte, a.a.O., Rz. 3.209). Dieser Auffassung Kortes hat sich nunmehr das OLG Hamm im Ergebnis angeschlossen. Besondere Bedeutung kommt diesem Urteil insbesondere in den Fällen zu, in denen bei einem sog. verdeckten Bauherrenmodell Kaufvertrag und Bauvertrag getrennt beurkundet werden und regelmäßig in der Kaufvertragsurkunde ein Hinweis auf den nachfolgend abgeschlossenen Bauvertrag fehlt.

**BGB §§ 140, 2265, 2270**

## Umdeutung der getroffenen letztwilligen Verfügung in einem gemeinschaftlichen Testament von Nichtehegatten

**Die in einem gemeinschaftlichen Testament von Nichtehegatten getroffene Verfügung eines Beteiligten kann nicht im Wege der Umdeutung (§ 140 BGB) als einseitige letztwillige Verfügung aufrechterhalten werden, wenn sie im Verhältnis der Wechselbezüglichkeit zu der Verfügung des anderen steht, die ihrerseits nicht den Formerfordernissen eines wirksamen Einzeltestaments entspricht.**

OLG Hamm, Beschl. v. 25.04.1996 - 15 W 379/95

Kz.: L I 1 - § 2265 BGB

**Dokumentennr. Fax-Abruf 505**

### Problem

Nach allgemeiner Auffassung kann die in einem gemeinschaftlichen Nichtehegattentestament enthaltene formwirksame Verfügung des einen Testators im Wege der Umdeutung gem. § 140 BGB als Einzeltestament aufrechterhalten werden, wenn diese lediglich **einseitige** Verfügungen enthält (vgl. BGH NJW-RR 1987, 1410 f.; KG NJW 1972, 2133 ff.; BayObLG FamRZ 1993, 1370 f.). Stehen die Verfügungen des einen Testators aber mit denen des anderen in dem Verhältnis der **Wechselbezüglichkeit**, so wurde von der **früher herrschenden Meinung** (vgl. RGZ 87, 33 ff.; KG NJW 1969, 798) eine Umdeutungsmöglichkeit abgelehnt, weil diese Verfügungen dann nach dem Willen der Nichtehegatten miteinander stehen und fallen sollen und eine isolierte Geltung gerade ausgeschlossen werden soll. Nunmehr hat sich zunehmend die Auffassung durchgesetzt, daß auch im Hinblick auf wechselbezügliche Anordnungen von Nichtehegatten eine Umdeutung in wirksame Einzeltestamente bei Einhaltung des Formerfordernisses zulässig ist (vgl. Kanzleiter DNotZ 1973, 133, 147 sowie Staudinger, BGB, 12. Aufl. 1983, § 2265 Rn. 12; Palandt/Edenhofer, BGB, 55. Aufl. 1996, § 2265 Rn. 4 m.w.N.; Lange/Kuchinke, Lehrbuch des Erbrechts, 4. Aufl. 1995, § 24 I 4b m.w.N.).

### Lösung

Das OLG Hamm setzt sich in seiner Entscheidung eingehend mit den zur Begründung der neueren Auffassung vorgebrachten Argumenten auseinander. **Im Ergebnis schließt es sich aber der früher vertretenen Auffassung an**, daß die in einem gemeinschaftlichen Testament von Nichtehegatten getroffene letztwillige Verfügung **nicht** im Wege der Umdeutung nach § 140 BGB als einseitige letztwillige Verfügung aufrechterhalten werden könne, wenn sie im Verhältnis der Wechselbezüglichkeit zu der Verfügung des anderen stehe, die - wie im vorliegenden Fall - nicht den Formerfordernissen eines wirksamen Einzeltestaments entspreche.

**EGBGB 1986 Art. 25; BGB § 1934 d  
Erbstatut bei vorzeitigem Erbausgleich**

**Macht das nichteheliche Kind den vorzeitigen Erbausgleich gerichtlich geltend, ist für das Erbstatut jedenfalls kein früherer Zeitpunkt maßgebend als der Schluß der mündlichen Verhandlung vor dem Tatrichter.**

BGH, Urt. v. 24.04.1996 - IV ZR 263/95

Kz.: R IV 1 - Art. 25

### Problem

Die nichteheliche Tochter verlangt von ihrem Vater, der die Vaterschaft anerkannt hat, einen vorzeitigen Erbaugleich. Zugestellt wurde dem Beklagten die Klage im November 1993. Ein halbes Jahr zuvor hatte er die kanadische Staatsbürgerschaft, nachdem er nach Kanada ausgewandert war, erworben und zugleich die deutsche verloren. Er berief sich daher darauf, daß die Klage unbegründet sei, weil kanadisches Recht zur Anwendung komme und dieses einen vorzeitigen Erbaugleich nicht kenne.

### Lösung

Das Gericht sah sich für zuständig an, da es einen Gerichtsstand des Vermögens in Deutschland für gegeben erachtete. Der BGH unterstellt den vorzeitigen Erbaugleich gem. Art. 25 Abs. 1 EGBGB dem Erbstatut, d. h. dem Recht des Staates, dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes angehört. Für den Fall des vorzeitigen Erbaugleichs sei auf das hypothetische Erbstatut des Vaters abzustellen. Da der Beklagte 1993 die kanadische Staatsbürgerschaft erwarb, wurde somit das kanadische Recht berufen. Dieses nahm die Verweisung an. Da es nach kanadischem Recht keinen vorzeitigen Erbaugleich gebe, sei die Klage grundsätzlich abzuweisen. Das Gericht hatte sich freilich mit der Frage zu befassen, wie der Statutenwechsel des Vaters zu berücksichtigen ist, denn dieser trat erst ein, nachdem die Klägerin von ihrem Vater den vorzeitigen Erbaugleich verlangt hatte. Obwohl der Gesetzgeber den vorzeitigen Erbaugleich als mehraktigen Tatbestand ausgestaltet habe, sei ein Statutenwechsel bis zum Abschluß der Vereinbarung zwischen Vater und Kind vor einem Notar zu beachten. Im Falle gerichtlicher Geltendmachung stellt das Gericht auf den Schluß der mündlichen Verhandlung vor dem Tatrichter ab. Die Klägerin habe auch kein wohlverworbenes Recht erworben, da hierfür entweder eine notarielle Vereinbarung mit dem Vater oder ein rechtskräftiges Urteil nötig sei. Vor dem endgültigen Zustandekommen des Erbaugleichs sei die Rechtsposition des Kindes nicht gesichert.

## Aktuelles

### Auswirkungen des Wegfalls der Räte der Städte auf Grundstückskaufverträge in den neuen Bundesländern

Bekanntlich hat der BGH in zwei Urteilen (DtZ 1996, 140 und DtZ 1996, 138) entschieden, daß durch das am 17.05.1990 in Kraft getretene Gesetz über die Selbstverwaltung der Gemeinden und Landkreise in der DDR (Kommunalverfassung, GBl. DDR I 255) die Räte der Städte und Gemeinden sowie auch die Räte der Bezirke und Kreise als örtliche Staatsorgane untergegangen seien. Der BGH ist daher der Auffassung, daß ein Vertrag, der nach diesem Zeitpunkt geschlossen worden sei, unwirksam sei, weil er auf der Verkäuferseite von einer nicht mehr existenten Partei abgeschlossen worden sei (so ausdrücklich BGH DtZ 1996, 140, 141). Nach dem ZGB konnten daher auch die Erwerber kein wirksames Eigentum erwerben, da der Eigentumserwerb neben der Eintragung im

Grundbuch einen rechtswirksamen Vertrag voraussetzte. Die Grundbuchämter tragen daher bereits jetzt zum Teil in solchen Fällen Amtswidersprüche ein. Für den Notar ist es fraglich, wenn er bei einem Grundstückskaufvertrag erkennt, daß es sich um ein solches Objekt handelt, ob er die Beteiligten über die fehlende Verfügungsbefugnis des Veräußerers belehren muß. Hier ist auf die Entscheidung des BGH v. 25.04.1996 hinzuweisen (DNotI-Report 13/1996, S. 118), nach der der Notar beim Verkauf eines Grundstücks durch einen Nichtberechtigten die Beteiligten über das Erfordernis der Genehmigung des Berechtigten und die Folgen bei Versagung der Genehmigung belehren muß.

### Klauselverbote beim Grundstückskauf-Verbrauchervertrag

1. Ist ein notariell beurkundeter Grundstückskaufvertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher ausnahmsweise ein „Verbrauchervertrag“ nach § 24 a AGBG, finden insbesondere die Klauselverbote der §§ 10, 11 AGBG Anwendung, bei denen anstelle des Wortes „Verwender“ das Wort „Unternehmer“ zu setzen ist. Unbedenklich sind daher ein Vertragsstrafversprechen des Unternehmers, eine Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen des Verbrauchers, auch der vollständige Ausschluß von Gewährleistungsansprüchen wegen Sachmängeln einer neu hergestellten Immobilie gegen den Verbraucher als Verkäufer. Derartige zugunsten des Verbrauchers vereinbarte Klauseln sind grundsätzlicher Beweis, daß der Notar den Vertragsentwurf in sachlicher Unabhängigkeit, also ohne Einflußnahme des Unternehmers, gefertigt und die Beurkundungsverhandlung unter Wahrung seiner Neutralitätspflicht geführt hat, der Vertrag mithin zwischen den Vertragsparteien „im einzelnen ausgehandelt“ ist (§ 1 Abs. 2 AGBG).

Im folgenden sollen die praktisch wichtigsten Klauselverbote für solche Grundstückskaufverträge dargestellt werden, die Verbraucherverträge sind.

### 2. Vertragsklauseln, die von der gesetzlichen Regelung der §§ 284, 288, 326 BGB abweichen.

a) Nur bei einer Kaufpreiszahlung auf Notaranderkonto kommt die Vereinbarung eines nach dem Kalender bestimmten Fälligkeitszeitpunkts in Betracht, bei dem der Verbraucher auch ohne Mahnung in Verzug kommt (§ 284 Abs. 2 S. 1 BGB). Bei unmittelbarer Kaufpreiszahlung, deren Fälligkeit den Eintritt bestimmter, im Vertrag vereinbarter Voraussetzungen (Eintragung der Vormerkung für den Käufer, Rechtswirksamkeit des Vertrages, Sicherung der Lastenfreistellung, etc.) oder eine Fälligkeitsmitteilung des Notars über deren Vorliegen verlangt, ist das Erfordernis der Mahnung durch den Unternehmer nach **§ 11 Nr. 4 AGBG** unabdingbar; gleiches gilt für die gesetzliche Obliegenheit nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB, dem Verbraucher eine angemessene Nachfrist (mit Ablehnungsandrohung) zu setzen, bevor der Unternehmer Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt oder von dem Vertrag zurücktritt. Eine Klausel, nach der der Verbraucher „auf das Erfordernis der Mahnung verzichtet“, ist ebenso unwirksam wie die Klausel, daß „der Kaufpreis ab Fälligkeit mit ..... v.H. zu verzinsen ist, ohne daß es einer Mahnung des Verkäufers bedarf“. Nichts anderes gilt, wenn der Unternehmer als Verkäufer entgegen § 326 Abs. 1 BGB berechtigt sein soll, die Erfül-

lung des Vertrages abzulehnen, wenn „der Kaufpreis bei Fälligkeit nicht gezahlt wird“. Die Vereinbarung eines sofortigen vertraglichen Rücktrittsrechts zugunsten des Unternehmers bei nicht rechtzeitiger Kaufpreiszahlung ist unzulässig.

b) **§ 11 Nr. 5 AGBG** erlaubt für den Verzugsschaden eine Pauschalierung, die den nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden nicht übersteigen darf. Eine Klausel, nach der der Verbraucher bei Verzug den Kaufpreis mit 5 v.H. über dem jeweiligen Diskontsatz der Deutschen Bundesbank zu verzinsen hat (vgl. § 11 Abs. 1 VerbrKrG), ist unbedenklich. Für jede Schadenspauschalierung gilt jedoch, daß dem Verbraucher der Nachweis eines wesentlich geringeren Schadens vorbehalten bleiben muß, § 11 Nr. 5 b AGBG. Andererseits kann sich der Unternehmer trotz der Pauschalierung den Nachweis eines höheren Schadens vorbehalten (BGH NJW 1982, 2316; a. A. Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 7. Aufl., § 11 Nr. 5 Rn. 24). Der Zusatz „dem Käufer bleibt der Nachweis eines geringeren Schadens, dem Verkäufer der Nachweis eines höheren Schadens vorbehalten“ vermeidet einen Unwirksamkeitsgrund aus § 11 Nr. 5 b AGBG und stellt zugleich klar, daß die Schadenspauschale den Mindestschaden meint. Die Pauschalierung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung nach § 326 Abs. 1 S. 2 BGB ist ebenfalls an § 11 Nr. 5 AGBG zu messen.

Mit dem Einwand einer zu hohen Verzugsschadenspauschale wird beim Verbrauchervertrag künftig zu rechnen sein. Beim Ausbleiben der Kaufpreiszahlung nimmt kein Verkäufer einen Kredit in gleicher Höhe (möglicherweise nur für wenige Tage) auf; der Verbraucher wird den Nachweis des konkreten Verzugsschadens (über 4% hinaus, § 288 Abs. 1 S. 1 BGB) verlangen, den der Unternehmer nicht erbringen können.

Anders ist es, wenn bei verspäteter Kaufpreiszahlung der Unternehmer mit Zinsen aus dem abzulösenden Darlehen belastet bleibt. Es ist nicht auszuschließen, daß die zweifelhafte Durchsetzbarkeit der Schadenspauschale dazu führt, daß der Unternehmer als Verkäufer schneller als bisher sich vom Vertrag lösen wird.

c) Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe zugunsten des Unternehmers für den Fall nicht rechtzeitiger Kaufpreiszahlung ist nach **§ 11 Nr. 6 AGBG** unzulässig. Hat sich der Verbraucher als Verkäufer verpflichtet, das Haus zu einem bestimmten Zeitpunkt mietfrei und geräumt zu übergeben, dürfte ein Vertragsstrafeversprechen des Verbrauchers im Falle eines Verstoßes gegen diese Verpflichtung zulässig sein. Übernimmt dagegen der Unternehmer diese Verpflichtung und kommt er ihr nicht nach, darf nach **§ 11 Nr. 8 AGBG** das Recht des Verbrauchers, sich vom Vertrag zu lösen und Schadensersatz zu verlangen, nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden. Einschränkungen durch Festlegung einer Haftungshöchstsumme oder den Ausschluß entfernterer Schäden sind bei leichter Fahrlässigkeit nach **§ 11 Nr. 7 AGBG** zulässig (Palandt/Heinrichs, § 11 AGBG Rn. 42), ein Ausschluß oder eine Begrenzung der Haftung des Unternehmers für einen Schaden, der auf einer grob fahrlässigen Vertragsverletzung beruht, ist dagegen unwirksam; dies gilt auch für Schadensersatzansprüche aus Verschulden bei den Vertragsverhandlungen.

d) Alle Erklärungen des Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer, wie etwa die Mahnung, die Nachfristsetzung oder der Rücktritt, dürfen nach **§ 11 Nr. 16 AGBG** an keine strengere Form als die Schriftform oder an besondere Zugangserfordernisse gebunden werden, z.B. nicht an den Zugang durch Einschreiben o.ä.

e) Nach **§ 10 Nr. 6 AGBG** ist eine Bestimmung unwirksam, die vorsieht, daß eine Erklärung des Unternehmers von besonderer Bedeutung dem Verbraucher als zugegangen gilt. Unter dieses Verbot fällt beispielsweise eine Bestimmung, nach der für den Zugang der Mahnung, des Rücktritts etc. die Absendung an die im Urkundeneingang genannte Anschrift des Verbrauchers genügen soll, ebenso eine Regelung, nach der diese Erklärung mit Eingang bei dem beurkundenden Notar wirksam sein soll.

### 3. Klauseln zur Gewährleistung

a) Der Verbraucher als Verkäufer darf auch ein Neubauvorhaben unter vollständigem Ausschluß der Gewährleistung für Sachmängel verkaufen; **§ 11 Nr. 10 AGBG** gilt nur für den Unternehmer als Verkäufer. Verkauft er ein unbebautes Grundstück oder ein Grundstück mit einem „Altbau“, ist der vollständige Ausschluß der Haftung für Sachmängel auch dann zulässig, wenn der Vertrag bereits nach § 1 AGBG der Inhaltskontrolle unterliegt (BGH DNotZ 1987, 92; NJW 1991, 912). Nach der Rechtsprechung des VII. Senats haftet der private Verkäufer eines neu hergestellten oder grundlegend renovierten Objekts für Mängel des Bauwerks nach Werkvertrag (mit 5jähriger Gewährleistungsfrist). Danach ist „ein formelhafter Ausschluß der Gewährleistung für Sachmängel beim Erwerb neu errichteter oder noch zu errichtender Eigentumswohnungen und Häuser auch in einem notariellen Individualvertrag gem. § 242 BGB unwirksam, wenn die Freizeichnung nicht mit dem Erwerber unter ausführlicher Belehrung über die einschneidenden Rechtsfolgen eingehend erörtert worden ist“ (BGH DNotZ 1988, 292; 1990, 96). § 24 a AGBG bestätigt für den Verbrauchervertrag diese Rechtsprechung, verschärft sie aber nicht.

b) Der Unternehmer, der das Verkaufsobjekt vom Bauträger erworben hat oder von einem Bauunternehmer hat errichten lassen, hat (selbstverständlich) die ihm zustehenden Gewährleistungsansprüche an den Verbraucher abzutreten; eine eigene, auch nur subsidiäre, Haftung für Mängel des Neubauobjekts wird er nicht zu übernehmen bereit sein. Der VII. Senat hat im Urt. v. 29.06.1989 (DNotZ 1990, 96) dem Erwerber die Berufung auf die Unwirksamkeit der Freizeichnungsklausel versagt, wenn sein Einverständnis hiermit und die Belehrung des Notars beweiskräftig dokumentiert ist. Da für Verbraucherverträge § 11 Nr. 10 AGBG unmittelbar Anwendung findet, also die Inhaltskontrolle „formelhafter Klauseln“ nach § 242 BGB überflüssig geworden ist, fragt sich, ob dieser Belehrungsvermerk auch genügt, um ein „Aushandeln“ i. S. des § 1 Abs. 2 AGBG beweiskräftig zu dokumentieren. Rich-

tig ist, daß die Meßlatte an das Aushandeln niedriger anzulegen ist, wenn die Vertragsbedingungen nicht (wie beim Bau-trägervertrag) „gestellt“ sind, sondern nach § 24 a AGBG lediglich als gestellt „gelten“, weil sie vom Notar vorformuliert sind. Die Meinung *Heinrichs* (NJW 1996, 2190, 2192), die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 AGBG „liegen auch bei notariell beurkundeten Verträgen angesichts des geringen rechtlichen know hows des Verbrauchers allenfalls in Ausnahmefällen vor“, läuft auf eine unzulässige Fiktion hinaus. Warum die „Verhandlung“ vor dem Notar (§ 8 BeurkG) einem „Aushandeln“ entgegenstehen soll, ist ebenso unverständlich wie die These, die Amtspflicht des Notars, darauf zu achten, daß „unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden“ (§ 17 Abs. 1 S. 2 BeurkG), gebe es für den Verbrauchervertrag nicht. Bei einem vollständigen Gewährleistungsausschluß für ein Neubauobjekt wird sich der Notar sorgfältig davon überzeugen, daß dieser bereits vor der Beurkundung Gegenstand der Vertragsverhandlungen war und der Verbraucher ihn in Kenntnis der damit verbundenen Risiken akzeptiert hat. In meiner Anm. zu dem Urteil v. 29.06.1989 (DNotZ 1990, 99, 101) hatte ich einen Belehrungsvermerk vorgeschlagen, den ich mit Ergänzung zur Diskussion stellen möchte:

*„Mit den Beteiligten wurde der Gewährleistungsausschluß eingehend erörtert. Sie erklärten, daß sie diesen bereits vor der Beurkundung ausgehandelt haben. Der Notar hat den Käufer darüber belehrt, daß ihm aufgrund dieser Vereinbarung bei etwaigen Mängeln des erworbenen Hauses (der erworbenen Eigentumswohnung) keinerlei Ansprüche gegen den Verkäufer zustehen, er also auftretende Mängel auf eigene Kosten beseitigen muß, soweit die abgetretenen Gewährleistungsansprüche nicht durchgesetzt werden können, etwa im Falle des Konkurses eines am Bau Beteiligten. Der Verkäufer sichert zu, daß ihm zur Zeit nichts bekannt ist, was der Durchsetzung dieser Ansprüche entgegensteht, und die Gewährleistungsfrist mindestens zwei Jahre (5 Jahre) ab Abnahme beträgt.“*

#### **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.

c) § 11 Nr. 10 AGBG findet auf einen Verbrauchervertrag keine Anwendung, wenn das Verkaufsobjekt nicht mehr „neu hergestellt“ ist, es also bereits längere Zeit leergestanden oder vermietet war. Auch ein erheblicher Preisnachlaß für ein seit einiger Zeit leerstehendes Objekt kann dafür sprechen, daß die Vertragsbeteiligten die Sache nicht mehr als neu angesehen haben (Palandt/Heinrichs, § 11 AGBG Rn. 47). Dagegen ist ein grundlegend renovierter und modernisierter Altbau eine neu hergestellte Sache.

#### **4. „Unangemessene Benachteiligung“ i. S. des § 9 AGBG**

Beim Verbrauchervertrag sind nach § 24 a AGBG bei der Beurteilung der unangemessenen Benachteiligung nach § 9 AGBG auch die den Vertragsabschluß begleitenden Umstände zu berücksichtigen. Nach § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, daß die Erreichung des Vertragszweckes gefährdet ist. Soweit nicht besondere Umstände vorliegen, wie etwa der Verkauf durch eine Bank oder ein Kaufvertrag unter nahen Verwandten, fallen hierunter beim Grundstückskaufvertrag ungesicherte Vorleistungen des einen oder des anderen Vertragsteils. Sieht der Kaufvertrag ungesicherte Vorleistungen vor, etwa die Kaufpreiszahlung des Verbrauchers vor Eintragung der Vormerkung, Rechtswirksamkeit des Vertrages und Sicherstellung der Lastenfreiheit oder die Eigentumsumschreibung auf den Unternehmer vor Kaufpreiszahlung (OLG Rostock DNotZ 1996, 123), wird die Rechtsprechung derartige Klauseln der Inhaltskontrolle unterwerfen, wenn sie zu einem Schaden des Verbrauchers geführt haben. **Die Belehrungspflichten des Notars, auf die die Rechtsprechung abstellt, werden zu „Vertragsgestaltungspflichten“, die auch für andere als Verbraucherverträge selbstverständlich sein sollten** (vgl. hierzu Beck'sches Notarhandbuch, S. 26, 45).

**Prof. Dr. Günter Brambring**

#### **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