Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

– BWNotZ –

Herausgeber:
Württ. Notarverein e. V., Stuttgart
in Verbindung mit dem
Bad. Notarverein e. V., Karlsruhe

Inhalt Seite

Schmidt, Rückgewähransprüche 97
Bachmayer, Schuldrechtsreform 100
Rechtsprechung 136
Buchbesprechungen 138

5-6/2002
August/September

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg BWNotZ

Herausgeber:
Württ. Notarverein e. V., Stuttgart, in Verbindung mit dem Bad. Notarverein e. V., Karlsruhe

August/September 68. Band Nr. 5-6/2002

Zur Verjährung der Rückgewähransprüche nicht valutierter Grundpfandrechte

von Siegfried Schmidt, Notar in Stuttgart

I. Problematik

Die Ausführungen befassen sich damit, dass dem Gläubiger eines Grundpfandrechts seine Rechtsposition zusteht, der Sicherungszweck von Anfang an fehlt oder später wegfällt. Davon zu unterscheiden ist, dass das Grundpfandrecht zwar im Grundbuch eingetragen, aber nicht entstanden ist, – z.B. weil die Einigung nicht zustande kam –, oder zwar existent ist, aber dem Gläubiger nicht zusteht, – z.B. bei der Hypothek wegen fehlender Forderung –. In diesen Fällen entsteht durch die Eintragung zwar eine „Buchberechtigung". Der Eigentümer kann die Grundbuchberichtigung verlangen. Der Grundbuchberichtigungsanspruch unterliegt nicht der Verjährung, §§ 894, 899 BGB. Eine Verwirkung des Anspruchs dürfte nur in seltenen Ausnahmefällen in Betracht kommen[1]. Die Problematik beschränkt sich darauf, dass das Grundpfandrecht wirksam zugunsten des Gläubigers entstanden ist, der Rechtsgrund, die causa, jedoch von Anfang an fehlt oder später weggefallen ist. Dies kann für die akzessorische Hypothek oder bei der Grundschuld (Sicherungsgrundschuld oder abstrakte Grundschuld) zutreffen. Bei der Hypothek dürfte dank der Akzessorietät zwischen gesicherter Forderung und dinglichem Recht der Fragenkreis eine seltene und untergeordnete Bedeutung erhalten. Anders sieht dies bei der Grundschuld aus, wo z.B. die gesicherte Forderung via Sicherungsabrede mit dem Grundpfandrecht verknüpft ist[2].

Jede Sicherheitsleistung z.B. die Bürgschaft gem. §§ 765 ff BGB, das abstrakte Schuldanerkenntnis gem. § 780 BGB, Grundpfandrechte gem. §§ 1113 ff. BGB, setzt eine Kausalvereinbarung, d.h. eine Sicherungsabrede oder Zweckerklärung (Vertrag) voraus. Fehlt sie oder ist sie unwirksam, aus welchem Rechtsgrund auch immer, ist der Gläubiger ungerechtfertigt bereichert; fällt eine solche später weg, gilt dasselbe, §§ 812 ff BGB[3]. Die Pflicht zur Rückübertragung oder Aufhebung der Sicherheit kann sich auch direkt aus der Kausalvereinbarung selbst ergeben. Damit wird aber der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung verdrängt[3a].

Der Inhalt des Anspruchs ist gleichgültig, ob auf den Kausalvertrag gestützt oder aus §§ 812 ff BGB herleitbar, gerichtet auf

a. Aufhebung des Rechts (Aufhebungserklärung und Löschung im Grundbuch) § 875 BGB

   oder

b. Abtretung des Rechts an den Eigentümer, §§ 1154, 1192 BGB

   oder

c. Verzicht auf das Recht, § 1168 BGB (Verzichtserklärung des Gläubigers und Eintragung im Grundbuch), mit der Folge, dass eine Eigentümergrundschuld entsteht.

In der Sicherungsvereinbarung kann der Anspruch auf einen der genannten Fälle beschränkt werden, insbesondere auf den Fall lit. a[4].

Dieser Anspruch, gleichgültig worin er seinen Rechtsgrund hat und mit welchem Inhalt er besteht, unterliegt der Verjährung, gem. § 194 BGB[5]. Bis zum Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetz am 1. 1. 2002 galt für die Rückgewähransprüche die Verjährungsfrist von 30 Jahren. Probleme ergaben sich für die Praxis nicht, gleich wenn der Grundpfandrechtsgläubiger das nicht mehr valutierte Grundpfandrecht behielt und die Unterlagen für den Eigentümer verwahrte. Seit 1. 1. 2002 beträgt die Verjährungsfrist 10 Jahre gem. § 196 BGB. Dies entfachte eine lebhafte Diskussion. Nach heute einhelliger Meinung könnte der Grundpfandgläubiger die Erfüllung des Rückgewähranspruchs nach Ablauf der 10-jährigen Verjährungsfrist verweigern und damit das Grundpfandrecht verwerten[6]. Deshalb wird allseits vorgeschlagen diese Verjährungsfrist durch Vereinbarung gem. § 202 Abs. 2 BGB zu verlängern. Auf die Probleme hat die Bundesnotarkammer schon bei Beginn des Gesetzgebungsverfahrens hingewiesen. Auch die Vorschläge des Bundesrates wurden in das Gesetz nicht aufgenommen. Die Notarkammer Stuttgart hat in ihrer Stellungnahme versucht einen Weg zur Lösung aufzuzeigen, falls die Vorschläge, die Verjährungsfrist auf 30 Jahre festzuschreiben, nicht berücksichtigt werden, allerdings mit dem Hinweis, dass der Rechtssuchende nicht auf verschlungene Pfade verwiesen werden soll. Ziel dieser Ausführungen ist der Versuch, einen Weg aufzuzeigen, der trotz der derzeitigen Gesetzeslage, eine Lösung bringt.

1 MÜKO BGB 3. Aufl. § 894 RN 30
Palandt BGB § 894 RN 17
Staudinger BGB 12. Aufl. § 1169 RN 6
2 MÜKO § 1191 RN 6, 13
Staudinger Vorbem. zu § 1191
3 MÜKO § 1191 RN 16, Palandt Vorb. zu § 765, § 780 RN 1b, 11 ff., § 1191 RN 16
Staudinger Vorbem. 85 zu § 1191
3a Palandt Vorbem. 11 vor §§ 812 ff

4 MÜKO § 1191 RN 87
Staudinger Vorbem. 86 zu § 1191
5 Palandt § 194 RN 1
Amann/Brambring/Hertel „Die Schuldrechtsreform in der Vertragspraxis" S 225, Wolfsteiner DNotZ 2001 S. 902
Amann DNotZ 2002 S. 121
6 vgl. FussN. 5 DAI Skript S. 269, 270

II.
Lösungsansatz:

1. Die Rechtsnatur des durch Grundpfandrecht dem Gläubiger zustehenden Anspruchs ist nicht unbestritten. Der Gesetzgeber hat die dogmatische Einordnung offen gelassen. Die h.M. versteht diesen als einen Anspruch des Gläubigers von dem Eigentümer die Duldung der Zwangsvollstreckung in das belastete Grundstück und die mithaftenden Gegenstände zu verlangen. Dagegen begreift die Gegenmeinung den Inhalt des Anspruchs dahin, dass der Eigentümer zur Leistung des Grundpfandrechtsbetrags nebst Nebenleistungen, allerdings beschränkt auf den Belastungsgegenstand, verpflichtet ist[7]. Gleichgültig welcher Meinung man sich anschließt, es entstehen die Ansprüche aus einem dinglichen Recht, sie unterliegen damit nicht der Verjährung, ausgenommen rückständige Nebenleistungen. § 216 nF, § 223 a.F. BGB. Damit hat die Verjährung der gesicherten Forderung keinen Einfluss, das dingliche Recht zu verwirklichen. Anders ist die Rechtslage zu beurteilen, wenn nach der Sicherungsabrede die Verjährung der gesicherten Forderung z.B. den Wegfall des Sicherungszwecks auslöst. Eine derartige Vereinbarung ist mit Kreditinstituten zwar nicht denkbar, jedoch mit Privatgläubigern. Die Folgen einer solchen Konstellation ergeben sich nachstehend aus Ziff. 2 ff.

2. Wie bereits unter Ziff. I dargestellt, kann die unwirksame Kausalvereinbarung den Eigentümer berechtigen, nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung die Aufhebung des Grundpfandrechts, den Verzicht hierauf oder die Abtretung an sich zu verlangen. Gleiches gilt, wie erwähnt, wenn die gültige Kausalvereinbarung zu einem späteren Zeitpunkt wegfällt oder erfüllt ist. § 812 Abs. 1 S. 2 BGB: Solche Ansprüche können sich aber auch aus dem Sicherungsvertrag bereits ergeben. Nach h.M schließen vertragliche Rückgewähransprüche den Rückgriff auf das Bereicherungsrecht aus[8a]. Diese Ansprüche unterliegen in der Tat der Verjährung mit einer Verjährungsfrist von 10 Jahren, § 196 BGB. Soweit mit dem Gläubiger vereinbart ist, nach Wegfall der Valutierung das Grundpfandrecht weiterhin zu halten, ist er Treuhänder des Eigentümers bis das Treuhandverhältnis oder Verwahrverhältnis aufgelöst ist (Widerruf, Kündigung). Die Verjährungsfrist beginnt frühestens mit der Beendigung dieses Rechtsverhältnisses zu laufen. Dies gilt selbstverständlich auch bei einem Privatgläubiger[8]. Gefahren können ausgeräumt werden, indem man die Abtretung an die Zustimmung des Eigentümers bindet (§§ 399, 413 BGB)[9] und/oder den Sicherungszweck im Grundbuch als Einrede oder Widerspruch eintragen lässt[10] oder auf dem Grundpfandrechtsbrief vermerkt (§§ 1140, 1192 BGB), vergl. unten Ziff. 3.

3. Die dem Eigentümer nach oben Ziff. 2 zustehenden Ansprüche geben ihm jeweils eine Einrede in die Hand, die Durchsetzung der Ansprüche aus dem dinglichen Recht (vergl. Ziff. 1) endgültig zu vereiteln. Dies ergibt sich mittelbar aus § 1157 BGB, der dies voraussetzt. Diese Einrede wirkt auch gegen den Rechtsnachfolger, obwohl der die Einrede stützende Anspruch lediglich zwischen den Parteien wirkt. Ob die Einrede dem jeweiligen Eigentümer zusteht, kann dahin gestellt bleiben, sie wirkt bei einer Zession gegenüber dem Zessionar[11]. Nur der gutgläubige Erwerb kann die Einrede dem Eigentümer entziehen, (§§ 1157, 892 BGB) dem kann mit der Eintragung der Einrede oder eines Widerspruchs im Grundbuch oder mit einem entsprechenden Vermerk auf dem Grundpfandrechtsbrief (§ 1140 BGB) entgegengewirkt werden[12].

4. Die Einreden sind hergeleitet, also die andere Seite der Medaille, von dem nach oben Ziff. 2 dargestellten Anspruch. Soweit solche Ansprüche verjährt sind, erhebt sich die Frage, hat dies Auswirkungen auf die Einrede, d.h. unterliegt diese ebenfalls automatisch der Verjährung und kann nicht mehr geltend gemacht werden. Nach h.M. unterliegen selbständige Einreden keiner Verjährung. Unselbständige Einreden sollen hinsichtlich der Verjährung des Schicksal des sie stützenden Anspruchs teilen, soweit nichts anderes geregelt ist[13]. Diese Frage ist für die zu behandelnde Problematik zu verneinen:

5. Die Anwort ergibt sich aus den §§ 821, 853 und 215 n.F: BGB

a. Der Rückgewähranspruch wird auf die Bestimmungen der ungerechtfertigten Bereicherung gestützt, §§ 812 ff. BGB: Dies trifft zu, wenn nach Beendigung des Sicherungszwecks die Rückgewährpflicht vertraglich nicht festgelegt wird. Für diese hieraus sich ergebende Einrede gilt § 821 BGB.

   Die Einrede kann bei einer rechtsgrundlos eingegangenen Verbindlichkeit geltend gemacht werden, auch wenn der Bereicherungsanspruch verjährt ist. Diese Bestimmung hatte bei einer 30-jährigen Verjährungsfrist keine praktische Bedeutung, die Fallsituation konnte selten entstehen[14]. Nachdem die Verjährungsfrist 10 Jahre beträgt erwacht die Bestimmung aus ihrem Dornröschenschlaf.

   Sie ist bei konkreten und abstrakten Schuldverpflichtungen nach § 780 BGB anzuwenden. Der Anwendungsbereich erfasst auch rechtsgrundlos begründete Grundpfandrechte, wo der Gläubiger trotz Verjährung des „gesicherten Anspruchs" seine Rechte aus dem dinglichen Recht verwirklichen kann. (223 BGB)[15]. Der Wortlaut der Bestimmung könnte seine Anwendung nur auf den von Anfang an fehlenden Bereicherungsgrund beschränken. Diese einschränkende Wertung ist jedoch nicht sachgerecht. Der spätere Wegfall des rechtfertigenden Grundes wird in § 812 Abs. 1 S. 2 BGB durch Verweisung auf § 812 Abs. 1 S. 1 BGB dem von Anfang fehlenden rechtfertigenden Grund gleichgestellt. Dies ist auch auf die Bestimmung § 821 BGB zu beziehen. Auch ein Vergleich der Sachverhalte lässt eine inhaltliche Differenzierung nicht zu[16]. Als Zwischenergebnis ist festzustellen: Sofern das Grundpfandrecht von Anfang an rechtsgrundlos erworben wurde oder der Rechtsgrund später weggefallen ist, kann der Eigentümer die Einrede gem. § 821 BGB geltend machen, auch wenn der Bereicherungsanspruch selbst verjährt ist.

   Entsprechendes gilt für die seltenen Fälle des § 853 BGB.

7 Zum Meinungsstreit: MÜKO § 1147 RN 2-4 mit dortigen Fundstellen
8a FussN 3a
8 FussN. 3, Palandt § 198 RN 1 mit dort. Fundst. Wolfsteiner DNotZ 2001 S. 903
9 Palandt § 1154 RN 1, 6
10 MÜKO § 1157 RN 19, 20. § 1192 RN 53 Palandt § 1157 RN 3, Staudinger § 1157 RN 8, 18
11 MÜKO § 1191 RN 48 ff
12 vergl. FussN 10, 11
13 MÜKO § 223 RN 2 u. dort. FussN 5, Palandt § 194 RN 6, Staudinger § 194 RN 35, 36, auch Wolfsteiner aaO Amann/Brambring/Hertel aaO
Sie bejahen dies für die selbständige Einrede und die des nicht erfüllten Vertrags.
Soweit die Einrede von einem Anspruch abgeleitet ist, kann mit der Verjährung des Anspruchs die Einrede nicht mehr geltend gemacht werden, sofern das Gesetz Ausnahmen nicht vorsieht (dargestellt in den gen. Fundstellen).
14 MÜKO § 821 RN 2, Palandt § 821 RN 1 mit Hinweis auf § 812 RN 2-9
15 MÜKO § 821 RN 4 mit dort. FussN 13, 14, § 812 RN 313 Palandt § 821 RN 1 mit Hinweis auf § 812 RN 9 wo § 812 Abs. 1 S. 2 BGB zitiert wird (der spätere Wegfall des Rechtsgrundes)
RGR-Komm. § 821 RN 1, BGH Beschl. v. 9. 5. 2000, NJW 2000 S. 2502
16 vergl. FussN. 15, Staudinger § 821 RN 1, 2
MÜKO § 821 RN 2, Palandt § 821 RN 2, Fuss N. 4

b. Kann der Rückgewähranspruch auf den Sicherungsvertrag direkt gestützt werden, entfällt ein Rückgriff auf das Bereicherungsrecht, vergl. Ziff. 1 und FussN. 3a. Es erscheint aber nicht logisch und sachgerecht, hier dem Eigentümer nach Verjährung des vertraglichen Anspruchs – im Gegensatz zum Bereicherungsanspruch –, die Erhebung der Einrede zu verwehren. Auch andere Gesichtspunkte stützen die These: bei vertraglichen, verjährten Rückgewähransprüchen steht dem Eigentümer die (zerstörende) Einrede gegen die Geltendmachung des Grundpfandrechts zu:
Solche Einreden, gleichgültig auf welche Rechtsgrundlage sie gestützt werden, entsprechen ihrer Struktur einem Zurückbehaltungsrecht, das konkreter Ausdruck des § 242 BGB ist[17].

Die Intentionen des Gesetzgebers sind, dass die Gegenforderung erfüllt wird und damit und erst dadurch der Weg frei gemacht wird für die Erfüllung der betroffenen Forderung. Das Zurückbehaltungsrecht ist also gerichtet auf die aufschiebende, nicht zerstörende Einrede. Sie ist eine Konkretisierung des § 242 BGB[18]. Nach § 273 BGB kann ein Schuldner die Leistung insolange verweigern, als eine ihm aus demselben Rechtsverhältnis zustehende Gegenleistung nicht bewirkt wird. Dies trifft in den zu behandelnden Problemen ohne weiteres zu, wenn ein Grundpfandrecht noch nicht valutiert ist, die Valutierung nach dem Sicherungsvertrag im Bereich der Möglichkeit steht. Der Eigentümer kann in unserem Falle die Realisierung des Grundpfandrechts durch die Einrede des § 273 BGB auf der Grundlage des Sicherungsvertrags verhindern. Im Gesetz war bis 31. 12. 2001 nicht geregelt, wie die Rechtslage zu beurteilen ist, wenn die das Zurückbehaltungsrecht begründende Forderung verjährt ist. Die h.M. hat jedoch die für die Aufrechnung geltende Bestimmung des § 390 alt BGB entsprechend angewandt[19]. Dies ist nunmehr im Sinne dieser Meinung in § 215 n.F BGB gesetzlich geregelt: Trotz Verjährung des Gegenanspruchs kann ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht werden, wenn die Zurückbehaltungslage vor Eintritt der Verjährung entstanden ist. In unseren zu beurteilenden Fällen ist diese Zurückbehaltungslage vor Verjährungseintritt entstanden: Ohne Valutierung bestand der Rückgewähranspruch gegen den Anspruch des Gläubigers auf Verwertung des Grundstücks. Also die Nichtvalutierung des Grundpfandrechts kann als aufschiebende Einrede trotz Verjährung des sie stützenden Anspruchs erfolgreich geltend gemacht werden. Es ist die Situation denkbar, dass nachdem vorläufig der Sicherungszweck noch nicht erreicht ist, dieser endgültig wegfällt. In der Phase bis dahin, könnte der Zwangsvollstreckung des Gläubiger aus dem dinglichen Recht, via Einrede aus § 273 BGB trotz Verjährung des schuldrechtlichen Anspruchs begegnet werden.

Fällt der Sicherungsgrund danach weg, erstarkt die zunächst aufschiebende zu einer zerstörenden Einrede, die offensichtlich stärkere Wirkungen hat. Dem Eigentümer kann doch nicht verwehrt sein, ab diesem Zeitpunkt die aus dem Stadium der aufschiebenden, zur zerstörenden Einrede erstarkte Rechtsposition weiterhin geltend zu machen, wenn er zuvor trotz der Verjährung des sie stützenden Anspruchs die aufschiebende Einrede erheben konnte.

Dies gilt um so mehr, als wie bereits dargestellt, ein Rückgriff auf § 821 BGB nach h.M. ausgeschlossen ist[20]. Die Bestimmung des § 215 BGB ist demnach so zu verstehen:

Trotz der Verjährung der sich aus Ziff. 2 ergebenden Ansprüche kann die hieraus resultierende Einrede gegen die Verwirklichung des Grundpfandrechts geltend gemacht werden, wenn das Recht zur Einrede vor Eintritt der Verjährung entstanden ist.

Ein anderes Ergebnis würde dazu zwingen, nach Wegfall des Sicherungszwecks, die Rückgewährpflicht nicht vertraglich zu regeln, sondern auf die Bestimmungen des Bereicherungsrechts zu verweisen (§ 821 BGB).

5. Nach § 1169 BGB kann der Eigentümer den Verzicht auf das Grundpfandrecht verlangen, wenn ihm eine Einrede zusteht, durch welche die Geltendmachung des Grundpfandrechts ausgeschlossen ist. Es wird die Meinung vertreten dieser Anspruch verjähre gleichzeitig mit dem sich aus oben Ziff. 2 ergebenden Anspruch[21]. Dieser Meinung ist nicht zu folgen. Der Anspruch orientiert sich an der zerstörenden Einrede, nicht an dem diese verursachten Anspruch. Wie dargestellt geht die Einrede andere Wege. Der Anspruch nach § 1169 BGB ist akzessorisch zur Einrede, nicht zu dem diesen begründenden Anspruch. Solange die Einrede geltend gemacht werden kann, kann der Anspruch aus § 1169 BGB verwirklicht werden. Fällt die Einrede weg oder wird hierauf verzichtet, entfällt der sich aus § 1169 BGB ergebende Anspruch.

III.
Fazit:

Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz brachte für Rückgewähransprüche aus nicht valutierten Grundpfandrechten eine kurze Verjährungsfrist von 10 Jahren. Eine vertragliche Verlängerung der Verjährungsfrist ist zweckmäßig jedoch nicht zwingend notwendig. Der Eigentümer kann sich durch die ihm zustehende, nicht verjährbare zerstörende Einrede und dem hieraus folgenden Anspruch auf Grundpfandrechtsverzicht erfolgreich schützen.

17 MÜKO § 273 RN 4 dort. FussN. 8, 9, 22
Das Zurückbehaltungsrecht gilt auch bei dinglichen Ansprüchen z.B. solchen aus §§ 985 ff BGB oder beim Grundbuchberichtigungsanspruch § 894 ff BGB
18 MÜKO § 273 RN 18, Palandt § 273 RN 1
19 MÜKO § 273 RN 31, 34, Palandt § 273 RN 8
Staudinger § 273 RN 85

20 Palandt Vorb. 5 vor §§ 812 ff. BGB
21 vergl. FussN. 5, 6

Einige Aspekte der Schuldrechtsreform
(und anderer neuerer Gesetze) aus der Sicht des Notars – mit Formulierungsversuchen –

von Christian Bachmayer, Württ. Notariatsassessor, Heilbronn[1]

Inhaltsübersicht

A. Einleitendes
B. Hinweis auf Materialien
C. Zeitlicher Anwendungsbereich
D. Die wesentlichen Neuregelungen um Überblick
1. Allgemeiner Hinweis
2. Verjährung
3. Leistungsstörungen: Allgemeines zu Schadenersatz und Rücktritt
4. Der Verzug im Besonderen
5. Rücktrittsfolgen
6. Weitere wichtige Neuerungen
(1) Basiszinssatz
(2) Eingliederung von Nebengesetzen in das BGB
(3) Darlehen, Verbraucherdarlehen, Sachdarlehen
(4) Allgemeine Geschäftsbedingungen: §§ 305 bis 310 BGB
(5) Beurkundungspflicht: § 311b BGB
(6) Anfängliche objektive und subjektive Unmöglichkeit
(7) Störungen der Geschäftsgrundlage
(8) Kündigung von Dauerschuldverhältnissen
E. Neuregelungen im Kaufrecht
1. Wesentliche Merkmale
2. Rechte des Käufers bei Mängeln
3. Verbrauchsgüterkauf
4. Sonstige bedeutsame Änderungen im Kaufrecht
5. Rechtskauf
F. Neuerungen beim Werkvertrag
G. Auswirkungen auf die notarielle Praxis
H. Fazit
I. Formulierungsversuche

A. Einleitendes

Am 1. Januar 2002 ist das „Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts" in Kraft treten. Das Gesetz ist im BGBl. I 2001, S. 3138 ff. veröffentlicht; die Neufassung des BGB in der sich auch aus den zahlreichen Gesetzesänderungen der zurückliegenden Jahre ergebenden Fassung ist im BGBl. I 2002, 42 ff. veröffentlicht.

Von verschiedener Seite war eine Verschiebung von großen Teilen der Schuldrechtsreform angeregt worden, da die Änderungen so umfassend sind und die Vorlaufzeit zwischen Verabschiedung bzw. Veröffentlichung und Inkrafttreten viel zu knapp bemessen war. Diese Vorschläge wurden bekanntlich nicht aufgegriffen, so dass insbesondere die Kautelarjuristen nach denkbar kurzer Einarbeitungszeit das neue Recht anwenden müssen.

Nachfolgend soll ein Überblick über die gesetzliche Neuregelung gegeben und Änderungsbedarf in notariellen Urkunden aufgezeigt werden. Aufgrund der Fülle der gesetzlichen Neuregelungen, der teilweise neuen Systematik mancher gesetzlicher Bestimmungen und der wenigen fachspezifischen Veröffentlichungen bisher kann selbstverständlich kein Anspruch auf Vollständigkeit oder die Gewähr für absolute Richtigkeit übernommen werden.

Neben der überaus kurzen Zeit zur Einarbeitung in die neuen Vorschriften besteht eine weitere Schwierigkeit darin, dass bis zur letzten Minute Änderungen im Gesetzgebungsverfahren erfolgt sind. Bei der Lektüre verschiedener, vor allem früherer Publikationen ist daher streng darauf zu achten, ob diese sich bereits auf den endgültigen Gesetzestext beziehen. Insbesondere die ersten Aufsätze von Brambring[2] und Tiedtke/Wälzholz[3] basieren zum Teil noch auf Vorschriften, die, auch aufgrund der Kritik der genannten Autoren, noch eine Änderung erfahren haben.

Eigentlicher Anlass der Schuldrechtsmodernisierung ist die zwingende Umsetzung verschiedener EG-Richtlinien zum 1. Januar 2002. Es handelt sich hierbei um:

- die Richtlinie 1999/44/EG vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter („Verbrauchsgüterkaufrichtlinie")
- die Richtlinie 2000/35/EG vom 29. Juni 2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr („Zahlungsverzugsrichtlinie")
- die Artikel 10, 11 und 18 der Richtlinie 2000/31/EG vom 8. Juni 2000 über den elektronischen Geschäftsverkehr („e-commerce-Richtlinie")

Diese Richtlinien sind bereits durch frühere Gesetzesvorhaben teilweise umgesetzt worden[4]. Dies gibt Gelegenheit, auf verschiedene Änderungen des BGB und anderer Gesetze hinzuweisen, die bisher möglicherweise von dem einen oder anderen Rechtsanwender noch nicht so bewusst wahrgenommen wurden.

Hinzuweisen (dies ist nur eine beispielhafte Aufzählung in chronologischer Folge ohne Anspruch auf Vollständigkeit) ist u.a. auf

- die Einführung des § 632a BGB über Abschlagszahlungen beim Werkvertrag[5], § 641a BGB zur „Fertigstellungsbescheinigung" sowie des § 641 Abs. 3 BGB über die Höhe des berechtigten Zurückbehalts bei Mängeln der hergestellten Sache im Werkvertragsrecht. Diese Vorschriften wurden eingefügt durch das „Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen" vom 30. März 2000[6] und bleiben durch die Schuldrechtsreform unverändert. In der notariellen Praxis sind diese Vorschriften vor allem beim Bauträgervertrag von Bedeutung,
- die Legaldefinition des „Verbrauchers" (§ 13 BGB) und des „Unternehmers" (§ 14 BGB) für den Bereich des Zivilrechts (nicht zu verwechseln mit dem Unternehmerbegriff im Umsatzsteuerrecht; diese Unterscheidung ist beispielsweise bedeutsam für die so genannte „Bauabzugssteuer" nach §§ 48 ff. EStG. Der Unternehmerbegriff nach § 14 BGB ist auch nicht zu verwechseln mit dem Unternehmerbegriff des Werkvertrags gemäß § 631 BGB; die-

1 überarbeitete, aktualisierte und erweiterte Fassung des Vortrags, den der Verfasser bei der Fachbesprechung des Sprengels Heilbronn im Württ. Notarverein e.V. am 5. Dezember 2001 gehalten hat. Die Vortragsform wurde im Wesentlichen beibehalten, so dass auch Wiederholungen unvermeidlich sind. Stand der vorstehenden Ausarbeitung: Ende Februar 2002.

2 DNotZ 2001, 590; Brambring hat daher in DNotZ 2001, 904 einen entsprechenden ergänzenden Aufsatz veröffentlicht.
3 NotBZ 2001, Sonderheft Schuldrechtsreform.
4 erwähnt sei insoweit nur die missglückte Änderung des § 284 BGB in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung.
5 diese Vorschrift hat bekanntlich die Diskussion ausgelöst, ob die Vereinbarung des Ratenplans der MaBV im Bauträgervertrag gesetzeskonform ist; vgl. hierzu nur Hertel, DNotZ 2002, 6, 20, mit zahlreichen Nachweisen in FN 28.
6 BGBl. I 2000, 330.

ser wird künftig besser „Werkunternehmer" genannt[7]) durch das „Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts (...)" vom 27. Juni 2000[8].

Eine entsprechende Legaldefinition war zuvor bereits im Verbraucherkreditgesetz enthalten. Wegen der Vereinheitlichung von Verbraucherschutzvorschriften sind diese Definitionen jedoch in das BGB übernommen worden. Bedeutung hat dies z.B. im Bereich des Verzugszinssatzes oder der besonderen Vorschriften für den Verbrauchsgüterkauf, §§ 474 ff. BGB n.F.; auf dessen weit reichende Bedeutung sei bereits hier hingewiesen,

- die Einführung des § 241a BGB über die Rückgabe unbestellter Sachen durch das vorgenannte Fernabsatzgesetz; diese Vorschrift hat bei ihrer Einführung größere Aufmerksamkeit in der Öffentlichkeit erfahren,
- die Neuregelung des Mietrechts mit Änderungen auch von Paragrafennummern sowie des Inhalts bereits bekannter Paragrafen durch das „Gesetz zur Neugliederung, Vereinfachung und Reform des Mietrechts" vom 19. Juni 2001[9, 10].

  Hier sei darauf hingewiesen, dass der Grundsatz „Kauf bricht nicht Miete"[11] nunmehr in § 566 BGB geregelt ist. Das Mietervorkaufsrecht ist nach § 577 BGB gewandert und hat eine inhaltliche Änderung erfahren: insbesondere ist neu bestimmt worden, dass die Ausübung des Vorkaufsrechts durch den Mieter, im Gegensatz zu sonstigen Vorkaufsrechten, der Schriftform bedarf. In § 566a S. 2 BGB ist eine neuere Entscheidung des BGH[12] umgesetzt worden, wonach der Veräußerer eines Mietobjekts für die Rückzahlung der geleisteten Kaution auch weiterhin haftet; darauf sollte ggf. im notariellen Kaufvertrag hingewiesen werden.

  Die Vorschriften des Mietrechts werden durch die Schuldrechtsreform bereits wieder geändert; dies dient jedoch vornehmlich der Anpassung an das neue sonstige Schuldrecht sowie die dort verwendeten Begriffe. Bedeutung für die Praxis kann die Änderung des § 556 BGB erlangen. Dort werden die vom Mieter zu übernehmenden Betriebskosten künftig ggf. auf eine neue Grundlage gestellt; die Zweite Berechnungsverordnung wird evtl. wegfallen. Insbesondere wenn in Teilungserklärungen wegen der Kostenumlage oder Wohnflächenberechnungen auf die Zweite Berechnungsverordnung Bezug genommen werden soll[13], muss dies künftig ggf. angepasst werden,
- die Einfügung der §§ 126a und b BGB über die „elektronische Form" sowie die „Textform" durch das „Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und andere Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr" vom 13. Juli 2001[14].

  Die „elektronische Form" soll eine Grundlage für den künftigen elektronischen Rechtsverkehr bilden. Für bedeutsame Geschäfte (z.B. Verbraucherdarlehensverträge, Bürgschaftserklärung, Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis) hat der Gesetzgeber ausdrücklich die Verwendung der „elektronischen Form" ausgeschlossen.

  Bei der „Textform" handelt es sich, grob ausgedrückt, um eine vereinfachte Schriftform. Diese findet u.a. bei den Hinweispflichten für Verbraucher auf deren Widerrufsrechte und in Teilen des Mietrechts Anwendung sowie z.B. gemäß § 47 Abs. 3 und § 48 Abs. 2 GmbHG für die Vollmacht des vertretenen Gesellschafters in der Versammlung und den Umlaufbeschluss der GmbH. Auch hierauf sollte ggf. bei der Formulierung z.B. von Gesellschaftsverträgen geachtet werden. Eine Übergangsvorschrift ist im Gesetz nicht enthalten. Es bleibt daher abzuwarten, wie künftig verfahren wird, wenn im Satzungswortlaut der bisherige Gesetzestext wiederholt oder inhaltlich gleich geregelt war und daher die Satzung in den vorgenannten Fällen Schriftform verlangt,
- die Regelungen in §§ 48 ff. EStG zur Einführung der sog. „Bauabzugsteuer"[15], die, wenngleich dies bestritten[16] ist, auch im Bereich des Bauträgervertrags zur Anwendung kommen. Zur Bauabzugsteuer gibt es einen Anwendungserlass des Bundesfinanzministeriums, der jedoch für die notarielle Praxis nicht alle Zweifelsfragen klärt. Es sollte davon ausgegangen werden, dass die Bauabzugsbesteuerung auch im Bauträgervertrag zur Anwendung kommt. Entsprechende Formulierungen finden sich in den angegebenen Fundstellen.
- die „Energieeinsparverordnung – EnEV" vom 16. November 2001[17], welche die bisherigen, nach der Wärmeschutzverordnung geltenden Grenzwerte weiter verschärft und die Wärmeschutzverordnung aufhebt. Vereinfacht ausgedrückt, werden die über die Werte der Wärmeschutzverordnung hinausgehenden Anforderungen an ein „Niedrigenergiehaus" zum neuen Standard erklärt. Wie auch bei der Einführung der Wärmeschutzverordnung hat dies vor allem Auswirkungen auf den Bauträgervertrag, da nach der Rspr. jedenfalls nach bisherigem Recht bekanntlich ein Mangel vorliegen kann, wenn die im Zeitpunkt der Abnahme(!, nicht des Vertragsabschlusses) geltenden technischen Werte nicht erreicht werden. Im Bauträgervertrag sollte daher jedenfalls in der Übergangszeit klargestellt werden, ob die Einhaltung der EnEV zur vereinbarten Beschaffenheit gehört.

Diese Regelungen sind, wie ausgeführt, bereits geltendes Recht.

Da die eingangs genannten EG-Richtlinien also bereits zum Teil umgesetzt waren, hätte es ggf. genügt, nur die noch fehlenden Vorschriften zum 1. Januar 2002 zu erlassen. Hierdurch wäre ggf. ein weiteres Sondergesetz z.B. für den Verbrauchsgüterkauf (ähnlich wie Verbraucherkreditgesetz, Haustürwiderrufgesetz usw.) geschaffen worden. Umsetzungsbedarf bestand nämlich insbesondere hinsichtlich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, nach welcher der Inhalt des Erfüllungsanspruchs eines Käufers, der Mangelbegriff, die Rechte eines Käufers bei Mängeln, die Verjährungsfristen sowie die inhaltliche Ausgestaltung von freiwilligen Garantien durch inländische Gesetze zu regeln waren. In der Richtlinie ist weiter bestimmt, dass zum Nachteil des Verbrauchers von den Anforderungen der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie abweichende Vereinbarungen der Vertragsparteien nicht zulässig sein sollen. Hier wird die Vertragsfreiheit im Schuldrecht stark eingeschränkt.

Der Gesetzgeber nahm diesen Änderungsbedarf jedoch zum Anlass, eine grundlegende Reformierung des Schuldrechts

7 Hertel, DNotZ 2002, 6, 11.
8 BGBl. I 2000, 897.
9 BGBl. I 2001, 1149.
10 hierzu z.B. Wachter, MittBayNot 2002, 544.
11 es handelt sich hierbei jetzt um die amtliche Überschrift! Gleichwohl ist der Anwendungsbereich nicht auf den Kauf beschränkt, sondern bezieht auch andere Veräußerungstatbestände ein.
12 BGHZ 141, 60.
13 vgl. hierzu Käser/Beck, BWNotZ 2001, 143.
14 BGBl. I 2001, 1542.
15 hierzu eingehend Reich/Böhme, DNotZ 2001, 924, und, etwas kürzer, Basty, MittBayNot 2001, 535.
16 siehe FN 15, insbesondere Reich/Böhme a.a.O, S. 925 ff.
17 BGBl. I 2001, 3085.

durchzuführen. Damit sollten nicht nur die eingangs genannten Richtlinien umgesetzt, sondern auch durch Literatur und Rechtsprechung entwickelte Regelungen in geschriebenes Recht transformiert werden. Sondervorschriften für die Gewährleistung bei Kauf- und Werkverträgen sollten z.T. entfallen. Schuldrechtliche Nebengesetze sollten in das Bürgerliche Gesetzbuch integriert werden. Schon seit längerer Zeit für unbefriedigend gehaltene Regelungen des Schuldrechts sollten modernisiert werden.

Mit der Schuldrechtsreform werden daher u.a. die Leistungsstörungsrechte aus culpa in contrahendo (c.i.c.) und positiver Forderungsverletzung (auch: positive Vertragsverletzung; hier kurz: pFV.) gesetzlich geregelt. Das stark zerstückelte und zerstreute Verjährungsrecht wird vereinheitlicht. Im Kaufrecht wird ein Nachbesserungsanspruch des Käufers auf gesetzliche Grundlagen gestellt.

Der Gesetzgeber konnte dabei auf Vorarbeiten zurückgreifen, die von der seinerzeit eingesetzten Schuldrechtskommission erbracht worden waren[18]. Die dort vorgeschlagenen Regelungen waren bereits in der Vergangenheit mehrfach Gegenstand der fachwissenschaftlichen Diskussion gewesen, konnten also aus Sicht des Gesetzgebers als „durchdacht" angesehen werden. Nur so ist auch die kurze Zeitspanne zwischen Verabschiedung und Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes zu erklären.

B. Hinweis auf Materialien

Zu der Schuldrechtsreform sind bereits zahlreiche Materialien verfügbar.

Zu nennen sind insbesondere

- die Beilage zur 110. Ergänzungslieferung des Schönfelder. Darin ist der künftige Gesetzestext des Verjährungsrechts sowie des allgemeinen und besonderen Schuldrechts komplett abgedruckt, und zwar sowohl hinsichtlich der geänderten Vorschriften als auch (weitgehend) der ungeändert verbliebenen Vorschriften. Die Änderungen gegenüber dem bisherigen Recht sind nicht besonders hervorgehoben;

  zwischenzeitlich ist auch die 111. Ergänzungslieferung des Schönfelder erschienen und mit ihr der neue Ergänzungsband,

- die Lesefassung des BGB, welche vom DNotI zusammengestellt wurde. Hier ist bei dem jeweiligen Paragrafen kenntlich gemacht, welche bisherige Vorschrift er ggf. ersetzt. Weiter sind unverändert gebliebene Passagen kursiv gesetzt,

- für Interessierte hat das DNotI einen Textvergleich in tabellarischer Form zwischen der bisherigen Fassung des BGB mit der Neufassung sowie, in einem anderen Dokument, mit den verschiedenen Stadien im Gesetzgebungsverfahren, zum Download bereit gestellt. Hierbei ist die Tabelle nach der neuen Paragrafenfolge nummeriert, was das Auffinden des Gegenstücks zu einer bestimmten bisherigen Regelung etwas erschwert.

- die Einführung des Bundesministeriums für Justiz in den Entwurf der Bundesregierung und der Koalitionsfraktionen für ein Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts.

  Diese enthält eine sehr lesenswerte Einführung in den Regelungsanlass und den wesentlichen Regelungsinhalt. Außerdem ist, was sehr positiv hervorzuheben ist, eine **Konkordanzliste** angefügt, in der dem jeweiligen bisherigen Paragrafen die Neuregelung sowie der wesentliche Inhalt der neuen Regelung gegenüber gestellt ist. Dies ist ein wichtiges Arbeitsmittel, um aufgrund der bisherigen, bekannten Vorschrift die Neuregelung im Gesetz zu finden.

  Zu beachten ist jedoch, dass diese Einführung vom 15. Juni 2001 datiert und daher noch nicht den letzten Stand des Gesetzestextes berücksichtigen kann;

- die eingangs genannten EG-Richtlinien;

- die Bundestagsdrucksache 14/6040 mit der amtlichen Begründung für die Neuregelung sowie zu den einzelnen Vorschriften. Diese Begründung wird für die Auslegung der einzelnen Vorschriften Bedeutung haben;

- die Bundestagsdrucksache 14/7052 mit der Beschlussempfehlungen des Berichts des Rechtsausschusses sowie der endgültigen Neufassung der Vorschriften.

Diese Materialien können (natürlich mit Ausnahme der Schönfelder-Ergänzung) in plattformübergreifender Fassung als Microsoft Word®-Dokument bzw. im Adobe Acrobat®-Format („.pdf"-File) auch über die Homepage des DNotI (www.dnoti.de) bzw. von Prof.Dr. Stefan Lorenz (www.stefan-lorenz.de) herunter geladen werden, so dass u.a. eine Volltextsuche auch auf Rechnern mit anderem als Microsoft Windows®-Betriebssystem mit dem kostenlosen Programm Acrobat Reader® möglich ist. Prof. Lorenz hat die Materialen auch auf einer CD-ROM zusammengestellt, die beim C.H. Beck-Verlag[19] erhältlich ist.

Zwischenzeitlich sind auch zahlreiche Aufsätze sowie andere Hilfsmittel erschienen. Hiervon seien als besondere für die notarielle Praxis bedeutsam (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) erwähnt:

- Brambring, Schuldrechtsreform und Grundstückskaufvertrag, DNotZ 2001, 590, mit Ergänzung in DNotZ 2001, 904

- Tiedtke/Wälzholz, Die Schuldrechtsreform in der notariellen Praxis – mit ersten Formulierungsvorschlägen, NotBZ 2001 Sonderheft Schuldrechtsreform, S. 13

- Wolfsteiner, Neue Verjährungsfristen: Sofortmaßnahmen bei Grundpfandrechten, DNotZ 2001, 902

- Hertel, Neues Verzugsrecht – Folgen für die notarielle Vertragsgestaltung, DNotZ 2001, 910

- Wälzholz/Bülow, Die Schuldrechtsreform in der notariellen Praxis (mit Checkliste und Formulierungsvorschlägen), MittBayNot 2001, 509

- Hertel, Werkvertrag und Bauträgervertrag nach der Schuldrechtsreform, DNotZ 2002, 6

- Litzenburger, Das neue Schuldrecht und der Bauträgervertrag, RNotZ 2002, 23

- Amann, Das Verjährungsrecht nach der Schuldrechtsreform aus notarieller Sicht, DNotZ 2002, 94

- Amann/Brambring/Hertel, Die Schuldrechtsreform in der Vertragspraxis, C.H. Beck-Verlag 2001[20]

sowie aus dem nicht fachspezifischen Bereich:

- Andersen Luther (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform – Leitfaden für die Praxis, Schriftenreihe des Betriebs-Beraters im Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg[21]

18 vgl. Amtliche Begründung zum „Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts", BT-Drucksache 14/6040, S. 92 rechte Spalte und an zahlreichen anderen Stellen.

19 ISBN 3-406-49131-6, Preis: € 24,50.

20 ISBN 3-406-48603-7, Preis: € 45,00.
Das Buch stellt, soweit auf den ersten Blick ersichtlich, eine überarbeitete, aktualisierte und erweiterte Fassung des vorzüglichen Skripts dar, welches Teilnehmern der Tagungen des DAI zur Schuldrechtsreform ausgehändigt wird; es kann daher uneingeschränkt empfohlen werden.

21 ISBN 3-8005-1300-5, Preis ca. € 30,00.

C. Zeitlicher Anwendungsbereich

Die wichtigsten Übergangsregelungen sind in Art. 229 §§ 5 ff. sowie Art. 239 ff. EGBGB enthalten (im Folgenden wird die Neufassung des Gesetzes ohne weitere Angabe verwendet; die Altfassung des Gesetzes wird mit dem Zusatz „a.F." kenntlich gemacht).

Art. 229 § 5 EGBGB bestimmt im Wesentlichen, dass für alle Verträge, welche noch bis zum 31. Dezember 2001 abgeschlossen wurden, dass bisheriges Recht zur Anwendung kommt. Abgestellt wird also auf den Abschluss des Vertrags, nicht etwa auf dessen Erfüllung. Auf den Bauträgervertrag finden damit die bisherigen Regelungen auch dann Anwendung, wenn der Bauträger mit dem Bau noch gar nicht begonnen hat und den ersten Spatenstich erst im Frühjahr oder Sommer 2002 setzt. Bis auf weiteres wird man daher mit zwei Fassungen des BGB arbeiten müssen, was jedoch den Notar als Organ der vorsorgenden Rechtspflege weniger stark trifft als z.B. Anwälte und Richter, die einen Vertrag aus der Nachschau beurteilen müssen.

Art. 229 § 5 EGBGB regelt weiter, dass die Umstellung auf das neue Recht für Dauerschuldverhältnisse erst zum 1. Januar 2003 passieren wird.

Wenn ein Rechtsgeschäft einer Zustimmung bedarf gelten, soweit ersichtlich, keine Besonderheiten. Es kommt daher darauf an, wie in anderen Fällen auch, ob die Zustimmung zurückwirkt, was der Regelfall ist. Ein Rechtsgeschäft, welches noch in 2001 abgeschlossen wurde, zu dem die Zustimmung jedoch erst 2002 oder später erteilt wird, ist demnach noch nach dem alten Recht zu beurteilen.
Bei Angebot und Annahme[22] kommt der Vertrag erst mit Erklärung der Annahme zustande. Erfolgt die Annahme erst nach dem 31. Dezember 2001, so ist das Schuldverhältnis auch erst dann entstanden und damit das neue Recht anzuwenden. Dies mag, wenn das Angebot bereits längere Zeit zurückliegt und daher sprachlich und inhaltlich nicht auf das neu Recht zugeschnitten ist, zu Schwierigkeiten führen. Hierzu wird zum Teil die Ansicht vertreten, dass im Rahmen der Vertragsfreiheit die Vertragsbeteiligten auch im intertemporalen Zusammenhang insgesamt die Anwendung des bisherigen Rechts vereinbaren könnten (diese Rechtswahlmöglichkeit gilt nicht generell, anders als z.B. im IPR gemäß Art. 27 EGBGB, sondern nur, wenn sich im Verlauf des Zustandekommens eines Rechtsgeschäfts die gesetzlichen Grundlagen wesentlich ändern)[23]. Sei das Vertragsangebot ersichtlich auf das bisherige Recht zugeschnitten und erfolge die Annahme erst nach dem 31. Dezember 2001, so könne eventuell eine konkludente Rechtswahl zum bisherigen Recht enthalten sein. Eine solche konkludente Rechtswahl widerspricht allerdings den Entscheidungen und der Literaturauffassung zu der vergleichbaren Situation des Übergangs vom DDR-Recht auf das BGB, wo allgemein eine Rechtswahl zum neuen Recht hin angenommen wird. Freilich ist dort die Ausgangslage (vollkommen anderes Rechtssystem, welches aufgegeben wurde) ein andere. Es wird daher empfohlen, den Anbietenden bei der Annahme des Angebots nochmals mitwirken zu lassen und dann den Vertrag entsprechend zu gestalten[24].

Art. 229 § 6 EGBGB enthält besondere Überleitungsvorschriften für die Verjährung. Hierbei gilt generell, dass am 31. Dezember 2001 bereits verjährte Ansprüche endgültig verjährt sind. Noch nicht verjährte Ansprüche werden hingegen nach dem neuen Recht beurteilt. Hier ist jeweils eine Vergleichsbetrachtung anzustellen:

- Ist die neue gesetzliche Verjährungsfrist (abstrakt betrachtet) länger als die bisherige, so tritt die Verjährung dennoch mit dem Ablauf der bisherigen Frist ein,
- Ist die neue gesetzliche Frist für die Verjährung (abstrakt betrachtet) kürzer, so findet grundsätzlich diese Anwendung, jedoch gerechnet ab dem 1. Januar 2002. Tritt (konkret betrachtet) unter Anwendung der bisherigen Frist und des bisherigen Verjährungslaufs dennoch eine frühere Verjährung ein, so verbleibt es hierbei.

D. Die wesentlichen Neuregelungen im Überblick

1. Allgemeiner Hinweis

Zunächst noch ein kleiner Hinweis:

Was bereits mit dem Mietrechtsreformgesetz begonnen hat, greift nunmehr durch auf das gesamte BGB: die einzelnen Paragrafen erhalten amtliche Überschriften. Allein die Auflistung der amtlichen Überschriften hat das Bundesgesetzblatt, in welchem das Gesetz veröffentlicht ist, um etliche Seiten aufgebläht.

Der Gesetzesanwender und vor allem der Vertragsgestalter tun gut daran, sich in den entsprechenden Fällen an die amtlichen Überschriften des BGB zu halten (vgl. § 17 BeurkG mit der Pflicht zur klaren und unzweideutigen Formulierung)[25]. Hierauf wird nachfolgend noch näher einzugehen sein.

2. Verjährung

1. Der Verjährung unterliegen weiterhin nur Ansprüche (§ 194 Abs. 1 BGB).

   Der Anspruch ist bekanntlich[26] in § 194 BGB legal definiert als das Recht, vom anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Diese Legaldefinition verdient hier deswegen besondere Betonung, weil damit zugleich geregelt ist, dass ein „Anspruch" einen Unterfall des Oberbegriffs „Recht" darstellt.

   Demzufolge wurde die Neufassung der §§ 437 bzw. 634 BGB zu den Folgen eines Mangels der verkauften bzw. bestellten Sache und insbesondere auch deren amtliche Überschriften gegenüber früheren Vorschlägen im Gesetzgebungsverfahren in der letzten Fassung nochmals geändert. Statt „Ansprüche und Rechte des Käufers/Bestellers ..." heißt es dort nurmehr „Rechte des Käufers/Bestellers ..."[27]. Diese neue Fassung ist z.B. in den ersten Aufsätzen von Brambring, a.a.O., sowie Tiedtke/Wälzholz, a.a.O., noch nicht berücksichtigt; ebenso wenig in dem neueren Aufsatz von Wälzholz/Bülow, a.a.O.. Auch in ersten Kauf- und Bauträgerverträgen, die dem Verfasser zu Gesicht gekommen sind, wird oft die Formulierung „Ansprüche und Rechte" verwendet. Dies ist zwar nicht falsch, entspricht aber nicht dem Gesetz gewordenen Text und dessen Entwicklung und könnte daher ggf. später zu Verständnisproblemen führen.

2. Wie bisher gilt damit nach der Neuregelung durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, dass bestimmte Rechte unverjährbar bleiben. Beispielhaft seien aufgezählt:

22 hierzu eingehend Hertel, DNotZ 2001, 742.
23 Hertel a.a.O. (FN 22), 745.
24 Hertel a.a.O. (FN 22), 749.
25 auch wenn die amtlichen Überschriften nicht in jedem Fall geglückt erscheinen mögen; vgl. oben bei FN 11.
26 Die gesetzliche Neuregelung gibt vielleicht für den einen oder die andere willkommenen Anlass, sich einmal wieder der intensiveren Gesetzeslektüre zu widmen. Es ist schon erstaunlich, was im Gesetz alles geregelt ist.
27 vgl. Beschlussempfehlung, BT-Drucksache 14/7052, S. 196 linke Spalte.

- Gestaltungsrechte;

  Hier gilt es jedoch sogleich darauf hinzuweisen, dass im Kauf- und Werkvertragsrecht das Recht auf Rücktritt sowie auf Minderung als Gestaltungsrechte ausgestaltet sind. Diese wären damit an sich unverjährbar. Das Gesetz verweist insoweit aber jeweils auf § 218 BGB, wonach die Ausübung der Gestaltungsrechte nicht mehr möglich ist, wenn die für die Mangelansprüche (Nacherfüllung, Schadenersatz usw.) geltenden Verjährungsfristen abgelaufen sind. Damit wird ein Gleichlauf zwischen den Mängelansprüchen und den Mängelrechten im engeren Sinne hergestellt.

- dingliche Rechte;

  Die Grundschuld als solche ist also nach wie vor unverjährbar. Wegen der Durchsetzung einer Grundschuld nach Verjährung des Zahlungsanspruchs vgl. § 216 BGB. An dieser Stelle sei nur ein Hinweis gegeben auf die Problematik der Verjährung von Rückgewähransprüchen aus Sicherungsverträgen; hierauf wird unten noch näher eingegangen.

- Anspruch auf Grundbuchberichtigung.

3. Die neue regelmäßige Verjährungsfrist beträgt nur noch **drei Jahre** (anstelle bisher 30 Jahre) – § 195 BGB.

   Für den Beginn der Verjährung ist § 199 BGB einschlägig. Hier ist es, entgegen früheren Versionen der Vorschrift im Gesetzgebungsverfahren[28], bei der sog. „Silvesterregelung" geblieben, wonach die Verjährungsfrist grundsätzlich erst mit dem Ablauf des betreffenden Jahres zu laufen beginnt. Diese Änderung wurde vor allem mit Rücksicht auf die Anwaltschaft, die Wirtschaft und die Gerichtsbarkeit in das Gesetz aufgenommen[29]. Auf diese Weise kann man sich nämlich teilweise die Feststellung des genauen Zeitpunkts, in welchem die Voraussetzung für den Verjährungsbeginn vorlagen (z.B. der Kenntnis des Gläubigers von den den Anspruch begründenden Umständen und von der Person des Schuldners, § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB), ersparen, wenn nur sicher ist, dass diese Kenntnis in den Lauf eines betreffenden Jahres gefallen ist. Andererseits verbleibt es so bei unterschiedlichen Verjährungsfristen, wenn das auslösende Ereignis in einem Fall zu Beginn eines Jahres und im anderen Fall gegen Ende eines Jahres eingetreten ist.

4. Die regelmäßige Verjährungsfrist beginnt grundsätzlich zu laufen

- wenn der Anspruch entstanden ist (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB), und

- der Gläubiger von dem den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt und ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste,

  und dann, wie ausgeführt, mit dem Schluss des betreffenden Jahres.

  Wie bereits der Textvergleich von § 199 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BGB ergibt, ist die „Entstehung" des Anspruchs nicht mit der „Begründung" gleichzusetzen. Vielmehr meint „Entstehung" die Fälligkeit des Anspruchs[30].

  Die Verjährungsfrist eines Anspruchs beginnt damit grundsätzlich nicht vor der Fälligkeit des Anspruchs selbst zu laufen[31]. Andererseits ist grundsätzlich auch die Kenntnis des Gläubigers über bestimmte Umstände Voraussetzung für den Beginn des Verjährungslaufs. Deswegen sind in § 199 Abs. 2 bis 4 Höchstfristen für die Verjährung normiert, die entweder nicht von der Kenntnis oder nicht von der Entstehung und der Kenntnis abhängen und zehn bzw. dreißig Jahre betragen.

5. Die „Grundstücksverjährung" ist in § 196 BGB geregelt.

   Ansprüche auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück sowie auf Begründung, Übertragung oder Aufhebung des Rechts an dem Grundstück oder auf Änderung des Inhalts desselben verjähren in zehn Jahren. Auch hier hat sich in der letzten Fassung des Gesetzes eine Änderung ergeben: eingefügt wurde, dass auch die Ansprüche auf die Gegenleistung in solchen Fällen in zehn Jahren verjähren.

   Der Beginn der Verjährungsfrist richtet sich nach § 200 BGB. Hier kommt es grundsätzlich nur auf die Entstehung (= Fälligkeit, s.o.) des Anspruchs an. Entwarnung ist damit gegeben für vertragliche (ggf. auch vormerkungsgesicherte) Rückübereignungsansprüche, die regelmäßig erst mit Eintritt des im Vertrag bestimmten Ereignisses (z.B. Tod des Übernehmers und, ggf., Geltendmachung des Herausgabeverlangens) fällig werden[32].

   Probleme können sich hingegen ergeben bei der Geltendmachung von Rückgewähransprüchen bzgl. eingetragener Grundpfandrechte[33]:

Bei „echten" Hypotheken (also bei solchen, bei denen kein abstraktes Schuldanerkenntnis zwischen Forderung und Hypothek geschaltet ist), ist dies unproblematisch, wenn die Zahlung des Eigentümers zur Eigentümergrundschuld führt. Der Anspruch geht dann auf Berichtigung des Grundbuchs; dieser ist unverjährbar.

In anderen Fällen hängt die Verjährung wohl von der Regelung der Fälligkeit des Rückgewähranspruchs im Sicherungsvertrag ab. Ist der Rückgewähranspruch hiernach ggf. erst nach vollständiger Beendigung der Geschäftsbeziehung fällig, so stellen sich insoweit keine Probleme. Die Rechtsprechung hat jedoch bekanntlich Fälle entwickelt, in denen auch unter dem Gesichtspunkt der Übersicherung eines Gläubigers Rückgewährfälligkeit früher eintreten kann[34]. Dies kann dazu führen, dass die Rückgewähransprüche frühzeitig verjähren.

Eine mögliche Lösung könnte sein, im Sicherungsvertrag (z.B. im Rahmen der Grundschuldbestellung) die Verjährungsfrist auf 30 Jahre ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn zu verlängern. Da es sich insoweit allerdings um eine vertragliche Vereinbarung handelt, setzt dies die Mitwirkung des Gläubigers voraus[35]. Eine weitere Möglichkeit wäre, die Rückgewährfälligkeit von einer Kündigung durch den Sicherungsgeber abhängig zu machen. Da dann Fälligkeit erst nach Kündigung eintritt (die praktisch nicht vor Löschungsverlangen erfolgen wird), damit der Anspruch erst dann „entstanden" ist im Sinne der verjährungsrechtlichen Begrifflichkeit, kann auch dann erst die Verjährung beginnen. Auch dies setzt freilich zunächst die Einbeziehung eines Kündi-

28 Gesetzentwurf (FN 18), S. 3.
29 Beschlussempfehlung a.a.O. (FN 27), S. 177 rechte Spalte und S. 180 linke Spalte.
30 kritisch hierzu Wolfsteiner DNotZ 2001, 902, 903.
31 vgl. auch Palandt, BGB, 61. A. 2002, zu § 198 a.F.
32 nach der h.M. (vgl. Palandt, a.a.O., (FN 31)) gilt dies auch bei reinen Wollens- bzw. Potestativbedingungen.
33 hierzu eingehend Wolfsteiner a.a.O. (FN 30). M.E. ist eine vertragliche Verlängerung der Verjährungsfristen für die Rückgewähransprüche nicht zwingend geboten. Die Kreditwirtschaft, die nach Angaben von Wolfsteiner selbst kein Interesse an der kurzen Verjährung hat, wird sich ggf. schnell von selbst auf die neue Rechtslage einstellen. Für überlegenswerter halte ich hingegen den Vorschlag, die Rückgewährfälligkeit ausdrücklich vom Rückgewährverlangen des Sicherungsgebers abhängig zu machen und so den Verjährungsbeginn (unabhängig von der Frist) entsprechend hinauszuschieben; siehe dazu sogleich im Text.
34 Nachweise bei Wolfsteiner a.a.O. (FN 30) unter Fußnote 8.
35 nach Wolfsteiner a.a.O. (FN 30) ist dies unproblematisch, da die Kreditwirtschaft selbst kein Interesse an der kurzen Verjährung gezeigt hat.

gungsrechts in den Sicherungsvertrag unter Mitwirkung des Kreditgebers voraus.

Für „Altfälle" ist noch keine „100%ige" Lösung entwickelt worden. Die Problematik bestand freilich bereits bisher nach Ablauf der 30-jährigen Verjährungsfrist; auch insoweit sind ja noch „alte" Grundschulden im Grundbuch eingetragen. Soweit es sich bei dem Gläubiger um eine Bank handelt, wird man die Löschungsunterlagen wohl bekommen können. In anderen Fällen können Probleme auftreten. Der Hinweis auf § 1169 BGB hilft möglicherweise nicht weiter, vgl. § 216 BGB.

Ein weiteres Problem stellen die noch nicht vollzogenen Teilflächenverträge dar. Manche Meinungen wollen Fälligkeit des Auflassungsanspruchs (Übereignungsanspruchs) bzw. des Anspruchs auf Abgabe einer „Identitätserklärung" erst mit Vorliegen des amtlichen Veränderungsnachweises annehmen[36]. Jedenfalls aber in den Fällen, in welchen die Veränderungsnachweise bereits längere Zeit vorliegen, könnte auch nach dieser Meinung Verjährung eintreten. Soweit in den Verträgen von seinerzeit noch verwendbare Vollzugsvollmachten enthalten sind, sollte davon ggf. nur sehr vorsichtig Gebrauch gemacht werden, insbesondere dann, wenn bekannt ist, dass die Straßengrundabtretung bereits damals zu nicht unerheblichem Unmut in den betroffenen Bevölkerungskreisen geführt hat und daher nicht auszuschließen ist, dass sich ein Vertragsbeteiligter nunmehr auf die Verjährung beruft.

Es zeigen sich auch bereits erste Konkurrenzprobleme:

- Ist z.B. der auf § 812 BGB (ungerechtfertigte Bereicherung) gestützte Anspruch auf Rückübereignung eines Grundstücks ein rein schuldrechtlicher Anspruch (Verjährungsfrist: 3 Jahre, Beginn: § 199 BGB), oder ein Anspruch auf Grundstücksübereignung (Verjährungsfrist: 10 Jahre, Beginn: § 200 BGB)[37]?
- Ist die Kreditrückzahlung Gegenleistung aus dem Sicherungsvertrag mit der Folge der 10-jährigen Verjährungsfrist (§ 196 a.E. BGB) oder schuldrechtlicher Anspruch mit der regelmäßigen Verjährung[38]?

6. Für bestimmte Fälle verbleibt es bei der langen Verjährungsfrist von 30 Jahren, § 197 BGB. Diese gilt, soweit nicht ein anderes bestimmt ist,

- für Herausgabeansprüche aus Eigentum und anderen dinglichen Rechten (Eigentümer-Besitzer-Verhältnis), (also nicht für das „Eigentum" bzw. die dinglichen Rechte als solche – diese sind weiterhin unverjährbar)
- für das Stammrecht von familienrechtlichen und erbrechtlichen Ansprüchen; die laufenden Leistungen bzw. die Rückstände, z.B. für Unterhalt, verjähren hingegen in 3 Jahren (§ 177 Abs. 2 BGB),
- für titulierte Ansprüche, ausdrücklich auch solche aus vollstreckbaren Urkunden; richtet sich der Anspruch jedoch auf künftig fällig werdende regelmäßig wiederkehrende Leistungen, so gilt die Regelverjährung von drei Jahren.

Auch hieraus ergeben sich Probleme:

- der Anspruch aus dem vollstreckbaren Schuldanerkenntnis verjährt in 30 Jahren, wo hingegen der Rückgewähranspruch aus dem Sicherungsvertrag bereits nach zehn Jahren verjährt. Zumindest insoweit kann man über die vorstehend besprochenen Maßnahmen zur Verlängerung der Verjährungsfrist nachdenken, um einen Gleichlauf zu gewährleisten.
- Der Käufer, welcher sich einer Zwangsvollstreckung wegen der Kaufpreisforderung unterworfen hat, sieht sich einer 30jährigen Verjährungsfrist gegenüber, während sein Übereignungsanspruch bereits nach zehn Jahren verjährt. Auch insoweit sollte ggf. vertraglich ein Gleichlauf hergestellt werden; entweder in Form der Verlängerung der Verjährungsfrist für den Übereignungsanspruch oder in Form der Verkürzung beim titulierten Kaufpreisanspruch.

7. Das Gesetz lässt ausdrücklich Vereinbarungen über die Verjährung zu. Die Verjährung kann vertraglich sowohl erschwert als auch erleichtert werden. Die Grenzen ergeben sich aus § 202, § 309 und § 475 BGB:

- Die Verjährung kann durch Rechtsgeschäft nicht auf mehr als „30 Jahre ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn" verlängert werden, § 202 Abs. 2 BGB.

  Diese Formulierung des Gesetzes sollte ggf. bei der vertraglichen Vereinbarung wiederholt werden, da der gesetzliche Verjährungsbeginn, je nach Sachverhalt, unterschiedlich geregelt ist (vgl. oben) und daher eine vertraglich vereinbarte „starre" 30-Jahres-Regelung zu einer Überschreitung der gesetzliche zulässigen Frist führen kann.
- Auch künftig können durch Allgemeine Geschäftsbedingungen (seit 1. Januar 2002 geregelt in §§ 305 bis 310 BGB) Verjährungsfristen bezüglich der Mangelrechte eines Käufers/Bestellers nicht beliebig verkürzt werden. Beim Verkauf/der Errichtung eines Bauwerks ist eine Erleichterung der Verjährung ganz ausgeschlossen, bei Mängeln bezüglicher anderer Gegenstände kann die Frist nicht weniger als ein Jahr betragen, § 309 Nr. 8 b) ff) BGB.
- Im Verbrauchsgüterkauf können auch durch Individualvertrag die Mängelrechte des Käufers grundsätzlich nicht eingeschränkt werden. Zulässig ist allerdings bei neuwertigen Sachen die Verkürzung der Verjährungsfrist ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn auf zwei Jahre, bei gebrauchten Sachen auf ein Jahr, § 475 Abs. 2 BGB.

3. Leistungsstörungen: Allgemeines zu Schadenersatz und Rücktritt

1. Das Leistungsstörungsrecht des BGB ist grundlegend geändert worden. Das bisher geltende Recht hatte vor allem die Unmöglichkeit bzw. das Unvermögen im Auge. Praktisch häufige Fälle wie die Schlechterfüllung eines Vertrags, die Verletzung von vertraglichen Nebenverpflichtungen u.ä. sind gesetzlich nicht geregelt[39]. Für bestimmte Vertragstypen ist zudem eine Sonderregelung wie die Gewährleistung im Kaufrecht vorgesehen, die bestimmte allgemeine Rechte z.T. ausschließt oder modifiziert.

   Das jetzt geltende Recht stellt das gesamte Leistungsstörungsrecht auf eine neue Grundlage. Sonderregelungen sollen, soweit möglich, abgeschafft werden. Deswegen sind z.B. auch die Voraussetzungen von Käuferrechten und deren Rechtsfolgen im Kaufrecht nicht mehr abschließend geregelt, sondern wird auf das allgemeine Leistungsstörungsrecht verwiesen.

2. Der neue Oberbegriff einer Leistungsstörung ist die **„Pflichtverletzung"**. Die Pflichtverletzung kann z.B. in der Nichterfüllung einer Verpflichtung, in der verzögerten

36 Amann, DAI-Skript zur Schuldrechtsreform, S. 268.
37 Beispiel aus dem DAI-Skript zur Schuldrechtsreform, S. 252.
38 vgl. Wälzholz/Bülow Mitt BayNot 2001, 509, bei FN 25.
39 amtliche Begründung a.a.O. (FN 18), S. 83 ff.

Erfüllung einer Verpflichtung oder, praktisch häufig, in der Schlechterfüllung einer Verpflichtung liegen. Fälle der Schlechterfüllung sind im Kaufrecht teilweise nochmals besonders definiert.

3. Zentralnorm für den Schadenersatz ist jetzt § 280 BGB. Dieser besagt, dass, wenn der Schuldner eine Pflicht aus einem Schuldverhältnis verletzt, der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen kann, es sei denn, dass Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat (Beweislastregelung!). In den Folgeparagrafen sind die Voraussetzungen für bestimmte Arten der Pflichtverletzung (z.B. Verzug) bzw. für bestimmte Arten des Schadenersatzverlangens weiter konkretisiert und erhöht worden. Mit dem Schadenersatzanspruch in den §§ 280 ff. BGB sind dann auch (z.B. kauf- bzw. werkvertragrechtlich) sowohl Mangelschäden als auch Mangelfolgeschäden abgedeckt.

   Mit § 280 BGB ist also eine zentrale Anspruchsgrundlage auf Schadenersatz für alle mögliche Arten der Pflichtverletzungen geschaffen worden, die durch das gesamte Schuldrecht hindurch gilt. Bisher waren Anspruchsgrundlagen für Schadenersatzansprüche über das gesamte Schuldrecht verteilt.

4. In diesem Zusammenhang ist insbesondere auf die Änderung des § 241 BGB hinzuweisen.

   § 241 BGB, der das Schuldverhältnis definiert, ist um ein Abs. 2 erweitert worden. Hiernach kann das Schuldverhältnis jeden Teil auch zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten. Ein Schuldverhältnis (nicht notwendigerweise ein Vertrag) entsteht gemäß § 311 Abs. 2 BGB auch durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen und ähnlichem. Ein Schuldverhältnis mit den Rücksichtspflichten nach § 241 Abs. 2 BGB kann gemäß § 311 Abs. 3 BGB auch zu solchen Personen entstehen, die nicht selbst Vertragsparteien werden sollen, insbesondere wenn diese Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nehmen und dadurch Vertragsverhandlungen oder den Vertragsabschluss erheblich beeinflusst haben (Sachwalterhaftung).

   Damit ist die c.i.c. nunmehr gesetzlich geregelt. Der Eintritt in Vertragsverhandlungen kann zu Rücksichtspflichten führen; deren schuldhafte Verletzung wiederum löst Schadenersatz aus (§ 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB).

5. Auf der Tatbestandsseite setzt ein Schadenersatzanspruch grundsätzlich nur zweierlei voraus:

- Es muss objektiv eine Pflichtverletzung vorliegen.

  Es spielt dabei keine Rolle, ob es sich um eine Haupt- oder Nebenpflicht handelt, ob es sich um eine Leistungs- oder Unterlassungspflicht oder eine Pflicht zur Rücksichtnahme handelt, ob dies eine vertragliche oder vorvertragliche Pflicht ist. Es genügt die Feststellung, dass objektiv eine Pflichtverletzung vorliegt;

- Der Schuldner muss die Pflichtverletzung zu vertreten haben.

  Insoweit verbleibt es zunächst bei der bisherigen Regelung des § 276 BGB, wonach der Schuldner Vorsatz und (jede) Fahrlässigkeit zu vertreten hat. § 276 BGB ist jedoch dahin gehend erweitert worden, dass sich eine strengere oder mildere Haftung aufgrund ausdrücklicher Bestimmung oder aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses ergeben kann, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie (§ 443 BGB) oder eines Beschaffungsrisikos.

  Mit letzterem sind vor allem die Fälle des Unvermögens gemeint. Der Schuldner hat also auch weiterhin für seine Zahlungsfähigkeit einzustehen. Des Weiteren ist mit der Übernahme des Beschaffungsrisikos der jetzt nicht mehr spezialgesetzlich geregelte frühere Gattungskauf erfasst. Der Verkäufer einer vertretbaren Sache übernimmt ein Beschaffungsrisiko und haftet damit strenger als nach § 276 Abs. 1 S. 2 1. Halbs. BGB.

  Aus der Formulierung des § 280 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB ergibt sich, dass bei Vorliegen einer Pflichtverletzung ein Vertretenmüssen des Schuldners vermutet wird, denn dieser muss sich exkulpieren.

6. Unterschiede im Detail ergeben sich aus der Art der Pflichtverletzung. So sind, wie bereits angedeutet, die Fälle der Schlechterfüllung (§ 281 BGB) und des Verzugs (§ 286 BGB) besonders geregelt; diese haben zum Teil weiter gehende Voraussetzungen als § 280 BGB (dazu sogleich). Der „Einstieg" in die Prüfung dieser Normen findet aber in jedem Fall über § 280 BGB statt, vgl. § 280 Abs. 2 und 3 BGB.

7. Die Fälle verspäteter Leistung (Verzug) sind künftig nicht mehr in § 284 BGB a.F., sondern § 286 BGB geregelt. Hervorzuheben ist insoweit, dass es sich bei § 286 BGB nicht um eine eigene Anspruchsgrundlage für Schadenersatz wegen Verzugs handelt, sondern nur um die Konkretisierung der Anspruchsvoraussetzungen nach der allgemeinen Schadenersatznorm § 280 BGB. Verzug ist damit nur noch ein Unterfall der Pflichtverletzung; dies wurde bereits ausgeführt. Auf den Verzug wird unten noch näher eingegangen.

8. Die praktisch wichtigen Fälle der Schlechtleistung sind in § 281 BGB geregelt.

   Dieser legt gegenüber dem allgemeinen Grundsatz § 280 BGB fest, dass „Schadenersatz statt der Leistung" nur unter Setzung einer angemessenen Frist zur Leistung bzw. Nacherfüllung verlangt werden kann. In § 281 Abs. 2 BGB sind die Fälle aufgezählt, in denen es einer Fristsetzung nicht bedarf, nämlich dann, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert, oder wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen in die sofortige Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs rechtfertigen. In den Regelungen zum Rücktritt, § 323 BGB, finden sich im übrigen ähnliche Voraussetzungen; insbesondere wird auch dort grundsätzlich eine Nachfrist vorausgesetzt. Daraus ergibt sich mittelbar der „Vorrang" des Nacherfüllungsanspruchs des Käufers/Bestellers vor anderen gesetzlichen Mängelrechten.

   Erbringt der Schuldner die fällige Leistung nicht oder nicht wie geschuldet, kann der Gläubiger „Schadenersatz statt der Leistung" nach erfolgloser Fristsetzung verlangen. Ist eine Teilleistung erbracht worden, so kann der Gläubiger „Schadenersatz statt der ganzen Leistung" (großer Schadenersatz unter Rückgabe der Leistung) nur verlangen, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat, § 281 Abs. 1 S. 2 BGB. Hat der Schuldner die Leistung nicht wie geschuldet bewirkt (schlecht erfüllt), so kann der Gläubiger Schadenersatz statt der ganzen Leistung nicht verlangen, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist, § 281 Abs. 1 S. 3 BGB. Auch diese Abwägungen finden sich in vergleichbarer Form bei den Regelungen zum Rücktritt, § 323 BGB.

   Die Bestimmung § 281 Abs. 1 S. 2 BGB („kein Interesse an der Teilleistung") soll im Kaufrecht kaum Anwendung

finden[40]. Denn gem. § 434 Abs. 3 BGB ist die Lieferung einer zu geringen Menge der gekauften Sache nunmehr einem Sachmangel gleich gestellt. Das bedeutet, dass die Lieferung einer zu geringen Menge keine Teilleistung ist, sondern eine Schlechterfüllung. In diesem Fall kommt es für den Schadenersatz statt der ganzen Leistung allerdings nicht auf das Interesse des Käufers an der (Teil-)Leistung an, § 281 Abs. 1 S. 2 BGB, sondern auf die Erheblichkeit des Mangels, § 281 Abs. 1 S. 3 BGB! Entsprechendes gilt beim Rücktrittsrecht.

Die Vorschrift des § 281 BGB betrifft über die Verweisung in § 437 Nr. 3 BGB die eigentlichen Mangelschäden. Schadenersatz wegen Mangelfolgeschäden kann der Gläubiger dagegen bereits unter den Voraussetzungen des § 280 BGB (also ohne vorherige Fristsetzung) verlangen[41]. Damit ist u.a. eine einheitliche Verjährung bei Mangelschäden und Mangelfolgeschäden erreicht, anders als nach bisherigem Recht, wonach die eigentlichen Mangelansprüche der kurzen Verjährung unterlagen, während die Mangelfolgeschäden ggf. erst nach 30 Jahren verjährten.

Für den Ausschluss von Schadenersatzansprüchen in Formularverträgen ist nunmehr § 309 Nr. 7 BGB zu beachten[42].

9. Anstelle des Schadenersatzes (d.h. im übrigen unter dessen Voraussetzungen) kann der Gläubiger auch Ersatz seiner vergeblichen Aufwendungen verlangen, § 284 BGB. Nach der amtlichen Begründung[43] gehören hierzu u.a. auch Vertragskosten.

   Die Einfügung dieser Norm in das Gesetz erklärt sich vor folgendem Hintergrund:

   nach der bisherigen Rechtslage war es mitunter schwierig, vergebliche Aufwendungen des Gläubigers unter den Schadenersatz zu subsummieren, weil es an einer entsprechenden Pflichtverletzung fehlte oder am kausalen Zusammenhang. Das betraf vor allem solche Aufwendungen, die, bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Vertrags, nicht ersetzt worden wären[44]. Hat zum Beispiel[45] der Gläubiger von dem Schuldner von diesem gefälschte Eintrittskarten für einen Opernabend in Verona gekauft (ohne dass man dem Gläubiger ein Mitverschulden wegen der mangelhaften Qualität der Karten vorwerfen könnte), so sind dem Gläubiger auch die Fahrtkosten nach Verona zu ersetzen, obwohl diese bei Erfüllung des Vertrags auch entstanden wären.

   Auf die notarielle Tätigkeit bezogen heißt dies: liegt ein Mangel der Kaufsache vor, und tritt der Käufer wegen dieses Mangels berechtigt (zu den Voraussetzungen siehe nachstehend unter E.) vom Vertrag zurück, so kann er über § 284 BGB die Vertragskosten ersetzt verlangen (da Rücktritt und Schadenersatz sich nicht mehr ausschließen). Dies gilt freilich nur für den Rücktritt aufgrund eines Mangels der Kaufsache. Beim vertraglich vorbehaltenen Rücktritt liegt nicht zwingend eine Pflichtverletzung i.S.d. § 280 BGB vor (sondern ein anderer, vertraglich vereinbarter Grund), so dass dann auch nicht § 284 BGB einschlägig ist. Für solche Fälle ist daher weiterhin die Kostenübernahme zu regeln.

   Auch bei § 284 BGB ging es dem Gesetzgeber darum, Problemfälle der Praxis, die bisher (mehr oder weniger befriedigend) durch die Rechtsprechung gelöst wurden, einer gesetzlichen Regelung zuzuführen. Es bleibt abzuwarten, wie weit die Rechtsprechung die Norm künftig auslegen wird:

   § 284 BGB ist anwendbar, wenn die Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch gegeben sind. Schadenersatz kann verlangt werden, wenn der Schuldner eine Pflicht aus einem Schuldverhältnis verletzt, und dies zu vertreten hat, §§ 280, 276 BGB. Ein Schuldverhältnis kann auch darin bestehen, auf die Interessen, Rechte und Rechtsgüter des anderen Teils Rücksicht zu nehmen, § 241 Abs. 2 BGB. Ein Schuldverhältnis kann auch durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen entstehen, § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB, und zwar auch solchen Personen, die nicht selbst am künftigen Vertrag beteiligt sein sollen, § 311 Abs. 3 BGB. Bekommt also der Verkäufer vom Kaufinteressenten künftig doch seine Inseratskosten usw. ersetzt, wenn der Käufer einen Tag vor dem Notartermin abspringt? Bisher wurde dies bekanntlich von der Rechtsprechung mit Hinweis auf die bestehende Formpflicht und deren Schutzzweck grundsätzlich verneint.

10. Die Voraussetzungen für den Rücktritt sind, wie bereits ausgeführt, denen für das Schadenersatzverlangen angeglichen worden. Das heißt insbesondere, dass für den Rücktritt (anders als nach § 326 BGB a.F.) Verzug und Ablehnungsdrohung keine Voraussetzungen mehr sind.

    In § 325 BGB ist zudem geregelt, dass ein Rücktrittsverlangen den Schadenersatzanspruch nicht ausschließt. Anders ausgedrückt: der Schuldner kann, auch wenn er vom Vertrag zurückgetreten ist, noch Schadenersatz (z.B. wegen einhergehender Schäden) geltend machen.

11. Der Rücktritt selbst ist in § 323 BGB geregelt. Dessen Voraussetzungen sind, dies sei nochmals betont, denen des Schadenersatzverlangens angeglichen. Insbesondere sind Verzug, Nachfristsetzung und Ablehnungsandrohung keine Rücktrittsvoraussetzung mehr; genügend, aber auch erforderlich, ist vielmehr die Setzung einer angemessenen Frist.

    Anders als beim Schadenersatz ist jedoch für den Rücktritt kein Vertretenmüssen des Schuldners notwendig. Anders ausgedrückt: während Schadenersatz grundsätzlich nur verlangt werden kann, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung zu vertreten hat, kommt der Rücktritt auch dann in Betracht, wenn der Schuldner „gar nichts dafür kann".

    Auch die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert, es sich um ein (relatives) Fixgeschäft handelt (das absolute Fixgeschäft führt wie bisher zur Unmöglichkeit mit der Rechtsfolge des Freiwerdens von der Leistung auf seitens des Schuldners, § 275 BGB, sowie Befreiung von der Gegenleistung und ggf. Schadenersatz auf seitens des Gläubigers, § 275 Abs. 4 BGB mit Verweisung auf § 280 u.a. BGB und § 326 BGB) oder wenn sonstige besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen. Hat der Gläubiger selbst den Rücktrittsgrund gesetzt, ist der Rücktritt ausgeschlossen.

    Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger vom ganzen Vertrag nur zurücktreten, wenn er

40 vgl. Andersen Luther (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform, Verlag Recht und Wirtschaft Heidelberg, 2002, S. 58 und S. 76, amtliche Begründung a.a.O., (FN 18), S. 187 linke Spalte; je zum Rücktritt, der insoweit aber Parallelen zum Schadenersatz statt der ganzen Leistung aufweist.
41 vgl. Andersen Luther a.a.O. (FN 40), S. 79.
42 dazu sogleich unten unter Ziff. 6 Nr. (3) – Weitere wichtige Neuerungen.
43 a.a.O. (FN 18), S. 144 linke Spalte.
44 ausführlich amtliche Begründung a.a.O. (FN 18), S. 142 ff.
45 in Anlehnung an das Beispiel in Andersen Luther a.a.O (FN 40), S. 83.

an der Teilleistung kein Interesse hat, § 323 Abs. 5 S. 1 BGB. Hat der Schuldner die Leistung nicht vertragsgemäß bewirkt, so kann der Gläubiger vom Vertrag nicht zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist, § 323 Abs. 5 S. 2 BGB. Diese Regelungen entsprechen in etwa dem bisherigen § 634 Abs. 3 BGB a.F., wonach die Wandlung ausgeschlossen ist, wenn der Mangel den Wert oder die Tauglichkeit des Werks nur unerheblich mindert, sowie den §§ 469, 470 BGB a.F. über die Wandelung bei Verkauf mehrerer Sachen, und im übrigen den Voraussetzungen für den Schadenersatz statt der ganzen Leistung.

Damit gilt auch für den Rücktritt von einem Kaufvertrag, dass dieser bei Lieferung einer zu geringen Menge der gekauften Sache nicht davon abhängt, ob der Käufer Interesse an der Teilleistung hat, sondern nur, ob die Pflichtverletzung erheblich ist oder nicht[46]. Kauft der Partyservice bei einem Weingroßhändler wegen der Ausrichtung einer bestimmten Festivität also 100 Flaschen eines bestimmten Weins, werden aber nur 98 angeliefert, so hängt die Frage, ob der Partyservice vom Vertrag zurücktreten oder Schadenersatz statt der ganzen Leistung verlangen kann, davon ob, ob man die zwei fehlenden Flaschen als erheblichen Mangel ansieht oder nicht, nicht aber davon, ob der Partyservice Interesse an den gelieferten 98 Flaschen hat oder nicht[47].

Diese Einschränkung gilt freilich nur bei Mängeln der Kaufsache. Leistet der Erwerber den Kaufpreis nur teilweise (z.B. der Käufer im Bauträgervertrag die letzte Rate nicht), so hängt die Rücktrittsberechtigung gem. § 323 Abs. 5 S. 1 BGB davon ab, ob der Veräußerer an der Teilleistung (der Bauträger an den 96,5% des Kaufpreises) ein Interesse hat. Hier könnte man darüber nachdenken, dies gerade im Bauträgervertrag zu regeln, d.h., klarzustellen, dass sich der Bauträger im Falle des unberechtigten Zurückbehalts der letzten Rate das gesetzliche Rücktrittsrecht unter dessen Voraussetzungen erhalten will.

11. Wegen des Ausschlusses des Rücktrittsrechts in Formularverträgen ist nunmehr § 309 Nr. 8b) bb) BGB zu beachten, der dem bisherigen § 11 Nr. 10b) AGBG entspricht[48].

    Bekanntlich hat der BGH[49] die Streitfrage, ob im Bauträgervertrag ein formularmäßiger Ausschluss des Rücktrittsrechts zulässig sei oder nicht, im Sinne der bereits bisher überwiegenden Meinung vor allem in der Rechtsprechung entschieden, dass der Ausschluss unwirksam ist.

    Auf die Frage, ob der Ausschluss des Rücktrittsrechts, so er denn zulässig gewesen wäre, nach der Neuregelung der Mängelrechte auch im Werkvertragsrecht überhaupt „standardmäßig" hätte vereinbart werden sollen, wird unten (unter G.) noch näher eingegangen.

4. Der Verzug im Besonderen[50]

1. Über die Auslegung des § 284 BGB in der Fassung des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen bestand Uneinigkeit und in der Praxis Unsicherheit. Einig war man sich nur darin: Die Vorschrift ist gründlich missraten[51].

   Mit dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts ist daher zum Teil der „alte" Zustand wieder hergestellt worden, es wurden jedoch auch weitere Fälle des Verzugseintritts normiert und zugleich für bestimmte Fälle die 30-Tage-Frist beibehalten. Der Verzug ist nunmehr in §§ 286 ff. BGB geregelt.

   Es sei nochmals betont, dass § 286 keine eigene Anspruchsgrundlage für ein Schadenersatzverlangen des Gläubigers darstellt. Vielmehr regelt die Norm nur eine besondere Art der Pflichtverletzung, nämlich die der verzögerten Leistung, vgl. § 280 Abs. 2 BGB.

2. Wie früher kommt der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt, in Verzug (§ 286 Abs. 1 S. 1 BGB). Unverändert ist auch, dass es einer Mahnung nicht bedarf, wenn für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist (§ 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Durch die Neuregelung des § 286 Abs. 3 BGB (kommt „spätestens" in Verzug) ist jedoch jetzt klargestellt, dass die 30-Tage-Frist keine Abweichung von diesem Grundsatz darstellt, sondern eine Ergänzung.

3. In § 286 Abs. 2 Nr. 3 und 4 BGB sind weitere, neue Fälle geregelt, in denen es einer Mahnung für den Verzugseintritt nicht bedarf. Diese stellen dabei jedoch lediglich die Kodifizierung bereits bisher anerkannter Rechtsgrundsätze dar, dass eine Mahnung nicht erforderlich ist, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert bzw. wenn unter Abwägung beiderseitigen Interessen aus besonderen Gründen sofortiger Verzugseintritt gerechtfertigt ist[52].

4. Wesentliche Neuerungen, die auch für die notarielle Praxis bedeutsam sind, bringt jedoch § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB:

   Danach bedarf es einer Mahnung auch dann nicht, wenn der Leistung ein Ereignis voraus zu gehen hat und eine angemessene Zeit für die Leistung in der Weise bestimmt ist, dass sie sich von dem Ereignis an nach dem Kalender berechnen lässt.

Erstmals genügt damit die reine Bestimmbarkeit des Leistungszeitpunkts ab einem definierten Ereignis, ohne dass der Leistungszeitpunkt von vornherein festgelegt oder rechnerisch zu ermitteln sein muss.

Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift in der notariellen Praxis ist sehr weit gehend:

- Ein Hauptanwendungsfall ist wohl die Bautenstandsmitteilung des Bauträgers, verbunden mit der Zahlungsaufforderung für die betreffende Bautenstandsrate.
- Ein zweiter Anwendungsbereich ist die konstitutive Fälligkeitsmitteilung des Notars über das Vorliegen bestimmter Fälligkeitsvoraussetzungen.
- Ereignis ist jedoch nicht singulär zu verstehen: „Ereignis" kann auch das Zusammentreffen mehrerer Ereignisse sein[53]. Verzug ohne Mahnung tritt damit auch bei der Ver-

46 Andersen Luther a.a.O. (FN 40), S. 58.
47 amtliche Begründung a.a.O. (FN 18), S. 187 linke Spalte. Dort wird explizit ausgeführt, dass es der Sache nach keinen Unterschied macht, ob dem Käufer nur 90 Flaschen von 100 geliefert werden, oder ob alle 100 geliefert werden, aber 10 davon „Kork haben" und deswegen ungenießbar sind. Es könne nicht sein, dass im einen Falle der Rücktritt vom Interesse des Käufers, im anderen Falle von der Erheblichkeit der Pflichtverletzung abhänge. Aus diesem Grunde sind beide Fälle kaufrechtlich gleich gestellt.
48 dazu sogleich unten unter Ziff. 6 Nr. (3) – Weitere wichtige Neuerungen.
49 DNotI-Report 2002 S. 20.
50 eingehend Hertel, DNotZ 2001, 910 ff.
51 statt aller Hertel, a.a.O. (FN 50), 911, mit zahlreichen Nachweisen in FN 2.
52 Dies ist einer der zahlreichen Fälle, in denen durch Literatur und Rechtsprechung entwickelte Auslegungen des bisherigen Rechts nunmehr im Gesetz eine Regelung gefunden haben. Hierzu wird unten bei den Ausführungen zur Kodifizierung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage – unter Ziff. 6 Nr. (7) – noch näher einzugehen sein.
53 vgl. auch Hertel a.a.O. (FN 50), S. 914.
Das diese Ansicht richtig ist, mag ein Beispiel verdeutlichen: soll der Kaufpreis nach vertraglicher Vereinbarung fällig sein „1. nach Eintragung der Vormerkung, 2. Sicherstellung der Lastenfreistellung und 3. Mitteilung des Notars hierüber", (3 „Ereignisse"), so kann dies (insbesondere hinsichtlich des Verzugseintritts) nicht anders beurteilt werden, als wenn formuliert ist: „nach Mitteilung des Notars, dass die Vormerkung eingetragen und Lastenfreistellung sichergestellt ist" (1 Ereignis).

einbarung ein, dass der Kaufpreis fällig sei „14 Tage nach Eintragung der Vormerkung sowie Löschung der vom Käufer nicht übernommenen Belastungen", ohne dass es einer (deklaratorischen oder konstitutiven) Fälligkeitsmitteilung des Notars bedarf oder eine solche vereinbart wird.

Weiterhin kein Fall des Verzugseintritts ohne Mahnung ist jedoch die Vereinbarung, dass die Zahlung fällig sei „am XX, jedoch nicht vor Eintragung der Vormerkung". Hier ist nämlich keine angemessene Zeit ab Eintritt eines bestimmten Ereignisses vereinbart (§ 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB), sondern ein fester Kalendertermin (§ 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB), aber verbunden mit weiteren Voraussetzungen. Dies ist weder von § 286 Abs. 2 Nr. 1 noch von Nr. 2 BGB gedeckt.

Die Vereinbarung, dass der Kaufpreis fällig sei „14 Tage nach Eintragung der Vormerkung, Lastenfreistellung und nur Zug um Zug gegen Übergabe" ist zumindest unglücklich, da die Übergabe hier als weitere Fälligkeitsvoraussetzung, d.h. als weiteres „Ereignis" bestimmt sein könnte. Die 14-Tage-Frist soll aber nicht ab diesem Ereignis laufen (vgl. Wortlaut § 286 Abs. 2 BGB), sondern bereits vorher. Gewollt ist mit dieser Formulierung nur die Vereinbarung einer Zug-um-Zug-Leistung mit der Folge, dass sich der Käufer auf das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB stützen kann. Besser sollte daher formuliert werden: „Der Kaufpreis ist fällig 14 Tage nach Eintragung der Vormerkung, Lastenfreistellung sowie schriftlicher Mitteilung des Verkäufers an den Käufer über die erfolgte Räumung, und bei Fälligkeit nur zahlbar Zug um Zug gegen Übergabe".

5. § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB setzt nicht voraus, dass die Fälligkeitsvoraussetzungen ausdrücklich als das ggf. Verzug auslösende „Ereignis" (vertraglich) vereinbart werden, also ein Anwendungsfall dieser Norm durch vertragliche Vereinbarung geschaffen wird. Verzug nach dieser Nr. tritt vielmehr auch dann ohne Mahnung ein, wenn die Beteiligten sich bei der Fälligkeitsvereinbarung gar nicht bewusst sind, dass sie sich im Anwendungsbereich der Vorschrift bewegen.

   Um Missverständnisse über einen eventuellen Verzugseintritt zu vermeiden sowie aufgrund der gravierenden Neuerung gegenüber dem bisherigen Recht sollte im Vertrag jedoch ausdrücklich klargestellt werden, dass die Fälligkeitsvoraussetzungen „Ereignis" im Sinn des § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB sind, und welche Rechtsfolgen ein Überschreiten der angemessenen Frist haben: nämlich Verzugseintritt und Verzugszins mit 5 Prozentpunkte über Basiszinssatz, ggf. weiteren Schaden.

6. Welche Zeit zwischen Ereignis und Verzugseintritt „angemessen" ist, hängt jeweils vom Einzelfall ab. Sinn der Regelung ist, dass sich der Schuldner auf die Situation einstellen, ggf. die Fälligkeitsvoraussetzungen überprüfen und die Zahlung bewirken kann, und dass ihm hierzu die entsprechende Zeit eingeräumt wird.

   Für die notariellen Kauf- und Bauträgerverträge bedeutet dies, dass regelmäßig ein relativ kurzer Zeitraum ausreichend sein dürfte. Der Vertragsschluss selbst kommt für die Vertragsbeteiligten nicht überraschend. In der Regel haben die Beteiligten vor dem Gang zum Notar miteinander gesprochen, Besichtigungen durchgeführt, die Finanzierungsfrage geklärt usw.. Zudem ist der Kaufpreis häufig nicht schon wenige Tage nach dem Beurkundungstermin zur Zahlung fällig, sondern hängt z.B. noch von der Räumung, von der Erreichung eines bestimmten Bautenstands usw. ab und liegt damit noch etwas entfernter. Der Käufer hat damit schon von den tatsächlichen Gegebenheiten her die Möglichkeit, sich auf einen „bestimmten" Zahlungstermin einzustellen und die Zahlung zu veranlassen. Für eine sehr lange Zeit zwischen Fälligkeit (bzw. richtiger: Verzug auslösendem Ereignis) und Verzugseintritt ist damit im Normalfall kein Grund ersichtlich.

   In den „problemlosen" Kaufvertragsfällen sollte daher eine Frist von acht bis zehn Tagen angemessen sein, im Bauträgervertrag, wo es um die evtl. schwierige Prüfung eines bestimmten Bautenstands (und neuerdings: des Vorliegens einer gültigen Freistellungsbescheinigung nach § 48b EStG) geht, sind regelmäßig zehn bis 14 Tage angemessen[54]. Die Vorschriften über den Leistungsort und den Zahlungsort (§§ 269, 270 BGB) sind übrigens unverändert geblieben, so dass der Schuldner der Geldleistung auch nach jetziger Rechtslage rechtzeitig geleistet hat, wenn er die Überweisung rechtzeitig getätigt hat (Deckung des Kontos vorausgesetzt); auf den Zugang beim anderen Teil kommt es nicht an. Dies wird in der Praxis regelmäßig abbedungen: „maßgeblich ist der Tag der Wertstellung beim Verkäufer/Bauträger". In diesem Fall sollte die angemessene Frist ggf. um die übliche Banklaufzeit für die Überweisungen verlängert werden, da von manchen zumindest bezweifelt wird, ob im Falle einer unangemessen kurzen Frist (wie bisher) eine angemessene als vereinbart gelten soll oder nicht[55].

7. Der Ablauf der 30-Tage-Frist nach Rechnungsstellung bzw. Zahlungsaufforderung führt nach § 286 Abs. 3 BGB künftig, wie ausgeführt, spätestens zum Verzug.

   Der Anwendungsbereich des § 286 Abs. 3 BGB ist jedoch gegenüber der derzeit geltenden Regelung in zweierlei Hinsicht eingeschränkt:

   - Zum einen betrifft die Vorschrift künftig nicht mehr alle Geldforderungen, sondern nur noch „Entgeltforderungen", also Hauptleistungen aus einem gegenseitigen Vertrag.
   - Darüber hinaus ist ein Schuldner, der Verbraucher ist, auf Rechnungen ausdrücklich auf den Verzugseintritt nach 30 Tagen hinzuweisen.

   Die Vorschrift wird daher künftig, jedenfalls im notariellen Bereich, ein Schattendasein führen. Auch im Falle der Rechnungsstellung kann Verzug nämlich bereits vor Ablauf der 30-Tage-Frist erreicht werden, wenn z.B. der Kaufpreis aufgrund einer Regelung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verkäufers, die Vertragsbestandteil geworden sind, zur Zahlung fällig sein soll „14 Tage nach Erhalt der Ware und Zugang der Rechnung" (= § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB).

8. Wie bisher ist eine Geldschuld während des Verzugs zu verzinsen, und zwar mit 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz[56], § 288 Abs. 1 BGB. Entsprechend den EG-Richtlinien ist der Verzugszinssatz bei Rechtsgeschäften, an denen ein Verbraucher nicht beteiligt ist[57], angehoben worden auf 8 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz, § 288 Abs. 2 BGB. Auch weiterhin ist die Geltendmachung höherer Zinsen oder eines anderen weiteren Schadens nicht ausgeschlossen (§ 286 Abs. 3 und 4 BGB).

---

54 ebenso Tiedtke/Wälzholz a.a.O. (FN 3), Hertel, DNotZ 2001, 910, 915; ders. DNotZ 2002, 6, 21.
55 Andersen Luther a.a.O. (FN 40), S. 40.
56 zu diesem sogleich unten unter Abschnitt 6 „Weitere wichtige Neuerungen".
57 beim Verkauf eines Grundstücks von einem Privaten an einen gewerblichen Grundstückshändler liegt ein solcher Fall also nicht vor, da ein Verbraucher, nämlich der Verkäufer, beteiligt ist. In diesem Fall verbleibt es also bei dem niedrigeren Verzugszinssatz!

9. Die neuen Vorschriften regeln die Verzugsvoraussetzungen und -folgen, vor allem im Vergleich zu dem bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Recht, zufrieden stellend. Ein Bedürfnis nach weitergehenden Regelungen wird daher in den bisherigen Stellungnahmen[58] nicht gesehen. Gleichwohl sollte der Notar sich, weil es sich um relativ neue Rechtsmaterie handelt und zudem auch die bisherige Regelung (z.B. über den Anspruch auf weiter gehenden Schadenersatz über den Verzugszins hinaus) nicht allgemeines Gedankengut der rechtlichen Laien war, im Vertrag zum Verzug und seinen Folgen auslassen.

5. Rücktrittsfolgen[59]

1. Die Folgen eines Rücktritts (also die Wirkungen der Rücktrittserklärung sowie die Abwicklungsmodalitäten) sind weiterhin in §§ 346 ff. BGB geregelt.

   Der Anwendungsbereich der Bestimmungen ist jedoch in § 346 Abs. 1 BGB ausdrücklich auf die gesetzlichen Rücktrittsrechte erstreckt. Weiter sind die Rückabwicklungsmodalitäten in §§ 346 ff. BGB abschließend und autonom geregelt. Die bisherige (schwierige) Verweisung des Rücktrittsrechts auf das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis entfällt damit.

2. Der Rücktritt ist, anders als bisher, gemäß § 346 BGB auch dann noch möglich, wenn der Rücktrittsberechtigte(!) eine wesentliche Verschlechterung, den Untergang oder die anderweitige Unmöglichkeit zur Herausgabe verschuldet hat. Weiter ist der Rücktritt, anders als im bisherigen Recht, auch dann möglich, wenn der Berechtigte(!) die empfangene Sache durch Verarbeitung oder Umbildung in eine Sache anderer Art umgestaltet hat.

   Im neuen Recht ist nämlich wegen dieser „Ausschlussgründe" nicht mehr auf die Person des Berechtigten abgestellt, sondern auf die Person des „Rückgewähr"-Schuldners. Die genannten Fälle schließen jedoch nicht mehr den Rücktritt als solchen, sondern nur die Rückgabe aus. An die Stelle der Rückgabe tritt dann ein Wertersatzanspruch, § 346 Abs. 2 BGB.

   Das bedeutet: ein Rücktritt ist nunmehr auch in Fällen möglich, wo er bisher kraft Gesetzes ausgeschlossen war. Allerdings ist auch im Falle des Rücktritts nicht sichergestellt, dass die jeweils empfangenen Leistungen auch „in natura" zurück gewährt werden, die übergebene Sache also zurück gegeben wird. Vielmehr ist eine Rückgabepflicht nach erklärtem Rücktritt häufig ausgeschlossen; an ihre Stelle tritt eine Wertersatzpflicht.

3. Die bisherige Problematik des Verwendungs- und Aufwendungsersatzes im Rahmen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses, insbesondere aufgrund der Rechtsprechung des BGH, ist nunmehr in § 347 Abs. 2 BGB vollkommen anders gelöst. Hiernach kann der Rückgewährschuldner (verkürzt dargestellt) seine notwendigen Verwendungen ersetzt verlangen. Andere Aufwendungen sind ihm zu ersetzen, soweit der Gläubiger durch diese bereichert wird, die Sache also eine Wertsteigerung erfährt. Dies alles gilt freilich nur, wenn tatsächlich eine Rückgewähr der empfangenen Sache erfolgt, also nicht kraft gesetzlicher Regelung nur Wertersatz geleistet werden muss und wird.

4. Diese Änderungen sind bei der Vertragsgestaltung zu berücksichtigen.

   Ins Auge fallen dabei zunächst die Überlassungsverträge mit Rücktrittsvorbehalt. Dem Übergeber ist in aller Regel nicht unbedingt nur am „wirtschaftlichen Erhalt der übergebenen Werte" gelegen, sondern vor allem am Erhalt der übergebenen Sache selbst in der Familie.

   Hat der Sohn das vom Vater überlassene Haus renoviert und den Dachstuhl ausgebaut, und hierzu dinglich am Objekt gesicherte Verbindlichkeiten aufgenommen, so war auch nach der bisherigen Regelung der Rücktritt des Vaters vom Vertrag (im Falle der zustimmungswidrigen Weiterveräußerung, des Vorversterbens....) möglich, da nicht der Berechtigte, sondern der andere Teil die Sache umgestaltet oder jedenfalls belastet hatte. Damit waren die empfangenen Leistungen zurückzugewähren, d.h. das Haus zurück zu übereignen. Der Anspruch des Sohns auf Ersatz seiner Renovierungskosten und anderer Kosten richteten sich nach dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis ab dem Zeitpunkt der Rechtshängigkeit. Notwendige Verwendungen erhielt der Sohn daher nur nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag ersetzt (§ 994 Abs. 2 BGB), andere möglicherweise gar nicht (§ 996 BGB)[60]. Aufwendungen auf die Sache (zu denen nach der Rechtsprechung des BGH z.B. die Errichtung eines Hauses gehört – dies soll keine Verwendung auf das Grundstück, sondern eine sonstige Aufwendung darstellen[61]) werden nur im Ausnahmefall über Bereicherungsrecht bzw. § 242 BGB ersetzt, wenn das sonst geltende Wegnahmerecht gem. § 997 BGB als unbefriedigend angesehen wird.

   Nach der neuen Rechtslage ist der Rücktritt im gegebenen Beispielsfall ebenfalls möglich. Der Sohn schuldet nach § 346 Abs. 2 Nr. 2 BGB mindestens wegen der eingetragenen Grundschulden („belastet" – ist der Ausbau des Dachstuhls eine „Umgestaltung" der empfangenen Sache i.S.d. § 346 Abs. 2 Nr. 2 BGB mit der Folge, dass die Rückgabepflicht entfällt?) aber nicht mehr die Rückgabe des Hauses, sondern nur noch Wertersatz. Dies wird von den Vertragsbeteiligten regelmäßig nicht gewollt sein.

   Haben die Vertragsbeteiligten auch für den gegebenen Fall eine Rückgabepflicht vertraglich vereinbart bzw. § 346 Abs. 2 Nr. 2 BGB abbedungen, so richtet sich der Anspruch des Sohnes auf Verwendungsersatz nach § 347 Abs. 2 BGB. Notwendige Verwendungen sind ihm daher stets zu ersetzen, andere Aufwendungen, soweit der Vater bereichert ist. Der weiter gehende Begriff der Aufwendungen hat also im neuen Rücktrittsfolgenrecht seinen Niederschlag gefunden, so dass einem Ersatz der Renovierungs- und Umbaukosten jedenfalls keine grundsätzlichen Bedenken mehr entgegen stehen. Es bleibt freilich die Frage, nach welchem Maßstab diese Bereicherung zu bemessen ist – objektiver Mehrwert, subjektive Bereicherung?

   Gemäß der amtlichen Begründung[62] stellen die Vorschriften in § 346 Abs. 3 S. 2 BGB (und wohl auch in § 347 Abs. 2 S. 2 BGB) eine Rechtsfolgenverweisung dar, so dass die anerkannten Grundsätze des (im übrigen unverändert gebliebenen) Bereicherungsrechts Anwendung finden. Hiernach sind im gegebenen Falle nicht die tatsächlichen Aufwendungen (Materialkosten, Arbeitszeit etc.) zu ersetzen. Freilich kommt es auch nicht bloß auf die sub-

58 Tiedtke/Wälzholz a.a.O., Brambring a.a.O, Hertel a.a.O.
59 vgl. hierzu Wälzholz/Bülow, MittBayNot 2001, 509, 511 f.
60 vgl. zum Ganzen den Kurzüberblick und den Vergleich der Rechtslage nach neuem und altem Recht in Andersen Luther a.a.O. (FN 40), S. 55 ff.
61 BGH BGHZ 41, 157; sehr str., vgl. Palandt, BGB, 61. Auflage 2002, § 994 Rn. 4.
62 a.a.O. (FN 18), S. 196 rechte Spalte.

jektive Bereicherung des Rückgewährempfängers an, denn sonst hätte es dieser in der Hand, im Einzelfall den Umfang des Anspruchs „auszugestalten". Vielmehr ist auf die objektive Wertsteigerung der Sache abzustellen[63].

5. Zu bedenken ist dabei stets, dass die Rücktrittsfolgenregelung gem. §§ 346 ff. BGB nicht nur für die vertraglichen, sondern auch für die gesetzlichen Rücktrittsrechte gilt. Nicht nur in den Fällen, in denen die Vertragsbeteiligten vertraglich ein Rücktrittsrecht vereinbaren (z.B. für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts durch die Gemeinde, für den Fall der verweigerten Teilungsgenehmigung, der nicht bis zu einem bestimmten Zeitpunkt beigebrachten Löschungsunterlagen etc.), sondern vor allem auch in den Fällen, in denen einer Vertragspartei ein gesetzliches Rücktrittsrecht zusteht (z.B. wegen Leistungsstörungen! -> verspätete Kaufpreiszahlung, Mangel behaftete Kaufsache....!) sollte man daher evtl. kurz überlegen, ob die gesetzliche Regelung angemessen ist.

   Ist das verkaufte Objekt vor vollständiger Kaufpreiszahlung an den Käufer übergeben worden und sind für dessen Rechnung Finanzierungsgrundpfandrechte eingetragen worden oder hat er erhebliche Renovierungs- und Sanierungsmaßnahmen eingeleitet, kann eine Rückgabepflicht gem. § 346 Abs. 2 Nr. 2 BGB ausgeschlossen sein. Dies wird nicht immer gewollt sein.

   Zu überlegen ist auch, ob die gesetzliche Regelung im Hinblick auf die gegenseitigen Ansprüche von Käufer und Bauträger wegen erbrachter Eigenleistungen bzw. Sonderwünschen im Falle des Rücktritts des Bauträgers wegen mangelnder Kaufpreiszahlung genügend ist. Tritt der Bauträger berechtigt vom Vertrag zurück, weil der Käufer den Kaufpreis nicht bezahlt, könnte er so evtl. verpflichtet sein, den objektiven Mehrwert der verkauften Eigentumswohnung, wie er vom Käufer in Eigenleistung geschaffen wurde, zu erstatten, obwohl der Rücktrittsgrund vom Käufer gesetzt wurde (keine Kaufpreiszahlung) und ein Nachfolgeinteressent (ein halbes Jahr später) überhaupt keine himmelhellblauen Fliesen haben möchte.

6. Für viele Fälle, in denen bisher gerne mit Rücktrittsvorbehalten gearbeitet wurde (z.B. Rücktritt für den Fall der Vorkaufsrechtsausübung, der Nichterteilung einer Teilungsgenehmigung) wird daher vorgeschlagen, statt des Rücktritt eine auflösende Bedingung zu vereinbaren[64].

6. Weitere wichtige Neuerungen

(1) Basiszinssatz

a) Der Basiszinssatz wurde oben beim Verzug schon angesprochen. Der Basiszinssatz ist nunmehr im BGB direkt geregelt.

   Der Basiszinssatz ist freilich nicht mit dem gesetzlichen Zinssatz zu verwechseln. Der Basiszinssatz gilt nur dort, wo seine Anwendung ausdrücklich vorgeschrieben (z.B. bei den Bestimmungen über die Verzugsfolgen) oder vereinbart ist.

   Der gesetzliche Zinssatz, der immer dann gilt, wenn Zinsen bedungen oder geschuldet sind, der Basiszinssatz keine Anwendung findet und die Höhe der Zinsen nicht vereinbart ist, beträgt außerhalb des Handelsrechts unverändert 4%, § 246 BGB.

b) Einschlägige Vorschrift für den Basiszinssatz ist § 247 BGB, wonach der Basiszinssatz 3,62% beträgt und sich künftig zum 1. Januar und zum 1. Juli eines Jahres um die Prozentpunkte ändert, welche die Bezugsgröße seit der letzten Veränderung des Basiszinssatzes gestiegen oder gefallen ist. Bezugsgröße ist der Zinssatz für die jüngste Hauptrefinanzierungsoperation der Europäischen Zentralbank. Insoweit ergibt sich eine Änderung gegenüber dem bisherigen Recht, da seither die Feststellung eines neuen Basiszinssatzes dreimal im Jahr erfolgte und sich Änderungen des Zinssatzes nur bei Überschreiten einer bestimmten Schwelle durch die Bezugsgröße ergaben.

   Der im Gesetz genannte Basiszinssatz ist bereits seit Inkrafttreten des Gesetzes nicht mehr gültig, hat also tatsächlich nie gegolten. Die erste Anpassung des Basiszinssatzes ist nämlich bereits zum 1. Januar 2002 erfolgt. Der Basiszinssatz beträgt bekanntlich seit 01.07.2002 nur noch 2,47%.

   Der aktuelle Basiszinssatz wird künftig jeweils in Heft 1 und Heft 7 der DNotZ veröffentlicht werden. Wer bis zum Erscheinen dieser Ausgaben nicht warten kann (etwa, weil er den Basiszinssatz im Vertrag – erläuternd – nennt), findet den Basiszinssatz auch im Internet[65].

(2) Eingliederung von Nebengesetzen in das BGB

a) Wie eingangs ausgeführt, sind zahlreiche Nebengesetze in das BGB überführt worden, was naturgemäß zu erheblichem Suchbedarf wegen der neuen Nummerierung führt. Im Wesentlichen sind diese Nebengesetze bei der Überführung in das BGB nicht grundlegend verändert worden. Es ging dabei vor allem um die Angleichung bisheriger unterschiedlicher Fristen sowie um die Anpassung an neue termini technici.

b) Das **Haustürwiderrufsgesetz** sowie die Vorschriften über **Fernabsatzverträge** finden sich in §§ 312 bis 312 f BGB. Das **Verbraucherkreditgesetz** ist in den Vorschriften über Verbraucherdarlehensverträge und Finanzierungshilfen §§ 491 bis 504 BGB aufgegangen. Dadurch ist auch der Darlehensvertrag selbst neu geregelt[66]. Die Vorschriften der **Teilzeit-Wohnrechte-Verträge** sind in §§ 481 bis 487 BGB geregelt. Die bisher mit verschiedenen Informationspflichten überfrachteten Sondergesetze wurden dabei zugleich entschlackt. Der Gesetzgeber hat statt dessen im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz Ermächtigungsgrundlagen im EGBGB für „Verordnungen über Informationspflichten" geschaffen. Der Verordnungsgeber hat zwischenzeitlich eine entsprechende Verordnung erlassen[67].

   Die Vorschriften über **Allgemeine Geschäftsbedingungen**[68] finden sich künftig in §§ 305 bis 310 BGB wieder. Die Ermächtigung des Verordnungsgebers über den Erlass einer Verordnung zu **Abschlagszahlungen beim Bauvertrag**, § 27a AGBG a.F., ist künftig in Art. 244 EGBGB enthalten, ohne inhaltliche Änderungen erfahren zu haben.

(3) Darlehen, Verbraucherdarlehen, Sachdarlehen

a) Die Bestimmungen über Verbraucherkredite und andere Finanzierungshilfen sind, wie ausgeführt, nunmehr in den §§ 491 ff. BGB zu finden.

   Dadurch sind auch die Vorschriften über das Darlehen allgemein geändert worden. Gelddarlehen sind jetzt in den

63 Palandt, BGB, 61. Auflage 2002, § 818 Rn. 19 ff.
64 Tiedtke/Walzholz a.a.O., Brambring a.a.O.; Wälzholz/Bülow MittBayNot 2001, 509, 510, 512, die zu Recht auch darauf hinweisen, dass im Falle der aufschiebenden Bedingung, im Gegensatz zum Rücktrittsvorbehalt, bis zum Bedingungseintritt auch keine Grunderwerbsteuer entsteht, § 14 GrEStG.

65 unter www.bundesbank.de oder www.dnoti.de, dort unter „Arbeitshilfen".
66 dazu sogleich unten unter (3).
67 BGBl. I 2002, 342.
68 dazu sogleich unten unter (4).

§§ 488 ff. BGB geregelt. Die Vorschriften der §§ 607 ff. BGB gelten nunmehr nur noch für Sachdarlehen; auf die Überlassung von Geld finden die Bestimmungen ausdrücklich keine Anwendung, § 607 Abs. 2 BGB. Die neuen Begrifflichkeiten finden sich auch in den amtlichen Überschriften wieder und sollten daher beachtet werden: Darlehen meint künftig, dem allgemeinen Sprachgebrauch entsprechend, nur noch die Überlassung von Geld; sind andere vertretbare Sachen überlassen, handelt es sich um ein Sachdarlehen.

b) Neu ist, dass das (Geld-)Darlehen nach der Schuldrechtsreform grundsätzlich verzinslich ausgestaltet ist, § 488 Abs. 1 S. 2 BGB, und das Sachdarlehen grundsätzlich entgeltlich, § 607 Abs. 1 S. 2 BGB. Damit wurde der seit Inkrafttreten des BGB stattgefundenen Entwicklung Rechnung getragen, dass bei Gelddarlehen regelmäßig ein Zins vereinbart wird. Dies war bisher nach der gesetzlichen Regelung der Ausnahmefall, § 608 BGB a.F..

   Der Zinssatz selbst ist in den Vorschriften über den Darlehensvertrag (außerhalb des Verbraucherdarlehensrechts) nicht geregelt. Daher gilt, soweit nichts anderes vereinbart ist, der gesetzliche Zinssatz von 4%, § 246 BGB, nicht etwa der Basiszinssatz. Auch in den Vorschriften des Verbraucherdarlehensrechts ist (freilich nur wegen des Verzugsschadens auf Zinsrückstände) ausdrücklich auf den gesetzlichen Zinssatz, nicht auf den Basiszinssatz verwiesen.

c) Die bisherige Vorschrift, dass die Vertragsbeteiligten vereinbaren können, dass Geld und andere vertretbare Sachen, die aus einem anderen Rechtsgrund geschuldet sind, als Darlehen geschuldet sind (§ 607 Abs. 2 BGB a.F.), findet sich jetzt im Gesetz nicht mehr. In der amtlichen Begründung ist, soweit ersichtlich, kein Hinweis darauf zu finden, weshalb die Bestimmung weggefallen ist.

   Meines Erachtens ist in der Sache keine Änderung eingetreten. Die bisherigen Bestimmungen zum Darlehen gingen von der bei Inkrafttreten des BGB herrschenden Realvertragstheorie über das Zustandekommen des Darlehensvertrags aus, d.h., vereinfacht, der Darlehensvertrag kam erst mit der Überlassung der Sache zustande. Die Verpflichtung des Darlehensgebers, die Sache auch tatsächlich zu überlassen, konnte somit nur aus einem Vorvertrag o.ä. folgen. Inzwischen ist jedoch die Konsensualtheorie herrschend geworden, wonach der Darlehensvertrag selbst durch rein schuldrechtliche Vereinbarung begründet werden kann und damit die gegenseitigen Rechte und Pflichten schafft. Der Gesetzgeber wollte dies auch in den neuen Formulierungen zum Ausdruck bringen[69]. Einer dem § 607 Abs. 2 BGB entsprechenden Sonderbestimmung bedurfte es daher nicht mehr, weil die Beteiligten im Rahmen der Vertragsfreiheit (bisher: § 305 BGB, neu: § 311 Abs. 1 BGB!) entsprechendes stets vereinbaren können.

d) Die Vorschriften über die Kündigung von Darlehen entsprechen im Wesentlichen den bisherigen Bestimmungen. In § 490 Abs. 2 BGB ist ein bereits bisher in der BGH-Rechtsprechung anerkanntes[70] Sonderkündigungsrecht für grundpfandrechtlich gesicherte Festzinsdarlehen statuiert. Dieses ist „insbesondere" dann gegeben, wenn der Darlehensnehmer ein Bedürfnis nach einer anderweitigen Verwertung des Pfands hat, also z.B. im Verkaufsfall. In Falle der Sonderkündigung ist dem Darlehensgeber der aus der vorzeitigen Kündigung entstehende Schaden zu ersetzen. Dieser ist in § 490 Abs. 2 S. 3 BGB legal definiert als „Vorfälligkeitsentschädigung". Deren Berechnung ist allerdings nach der amtlichen Begründung[71] ausdrücklich der Rechtsprechung überlassen. Durch die Formulierung „der durch aus der vorzeitigen Kündigung entstehende Schaden" ist aber meines Erachtens stets ein konkreter Schaden gemeint. Wenn, was nicht sehr häufig sein dürfte, der Darlehensnehmer beim Verkauf ein niedrig verzinsliches Darlehen kündigt und die Bank daher die Möglichkeit hat, bei inzwischen gestiegenem Zinsniveau das Geld zu einem höheren Zinssatz wieder darzuleihen, ist ein entsprechender Schaden allerdings schwer vorstellbar.

e) Die Vorschriften über das Verbraucherdarlehen haben inhaltlich keine gravierenden Änderungen erfahren. § 492 BGB regelt die Formerfordernisse. Der Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrags in elektronischer Form ist, wie schon erwähnt, ausgeschlossen.

   Neu ist, dass gem. § 494 Abs. 4 S. 1 BGB die formalen und inhaltlichen Anforderungen an den Verbraucherdarlehensvertrag selbst auch für die Vollmacht zum Abschluss eines solchen gelten. Diese Vorschrift war im ursprünglichen Gesetzentwurf noch nicht enthalten, sondern wurde erst aufgrund der Beschlussempfehlung des Bundesrates eingefügt, und zwar, weil der BGH erst kurz zuvor entschieden hatte[72], dass die Vollmacht diesen Erfordernissen gerade nicht entsprechen müsse. Dies wurde von Seiten des Gesetzgebers als unbefriedigend angesehen[73].

   Da der mit Gesetz beabsichtigte Verbraucherschutz nach Auffassung des Gesetzgebers aber jedenfalls durch die notariellen Belehrungspflichten auch gewährt wird, sind notariell beurkundete Vollmachten gem. § 494 Abs. 2 S. 2 BGB von den genannten Erfordernissen wieder ausgenommen. Im Bereich der General- und Vorsorgevollmachten liegt daher nur noch dann eine „umfassende" Vollmacht vor, wenn diese auch notariell beurkundet ist; bloße öffentliche Beglaubigung reicht nicht aus[74].

(4) Allgemeine Geschäftsbedingungen: §§ 305 bis 310 BGB

a) Die Generalklausel der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, § 307 BGB (bisher: § 9 AGBG a.F.), hat eine bedeutende Änderung erfahren.

   Gemäß § 307 Abs. 1 S. 2 BGB kann eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners sich auch daraus ergeben, dass eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht klar und verständlich ist. Diese Norm war im Gesetzentwurf ursprünglich sehr viel schärfer formuliert, in dem Sinn, dass eine unklare und unverständliche Formulierung quasi zwangsweise eine unangemessene Benachteiligung darstellte. Dies ist insbesondere aufgrund der Kritik von Brambring a.a.O.[75] in Form der nunmehr geltenden Fassung entschärft worden[76].

   Dennoch wird sich die notarielle Praxis mit dem Transparenzgebot befassen müssen. Dies hat z.B. Bedeutung im Bereich von Bauträgerverträgen, wo sich nach der neuen Bestimmung eine unangemessene Benachteiligung des

69 amtliche Begründung a.a.O. (FN 18), S. 252 rechte Spalte.
70 BGHZ 136, 161 ff.
71 a.a.O. (FN 18), S. 254 rechte Spalte.
72 BGH NJW 2001, 1931 = MittBayNot 2001, 392.
73 Beschlussempfehlung a.a.O. (FN 27), S. 201 linke Spalte.
74 so deutlich Wälzholz/Bülow, MittBayNot 2001, 509, 523 f.
75 DNotZ 2001, 590.
76 mit anderer Begründung Beschlussempfehlung a.a.O. (FN 27), S. 188.

Erwerbers schon daraus ergeben kann, dass die Baubeschreibung nicht hinreichend klar und verständlich ist[77]. Der Notar seinerseits ist bereits aufgrund § 17 BeurkG gehalten, den Willen der Beteiligten klar und unzweideutig[78] in der Urkunde wiederzugeben, so dass, wenn er dem genügt, aus seinen Formulierungen nicht schon wegen § 307 Abs. 1 S. 2 BGB eine unangemessene Benachteiligung des anderen Vertragsteils folgen sollte. Andererseits kann dies aber bedeuten, dass der Notar seine Erläuterungen und Belehrungshinweise noch stärker in der Urkunde dokumentiert, um gegen künftige Vorwürfe, die Regelungen seien nicht verständlich, gewappnet zu sein.

b) Inhaltlich sind die Bestimmungen des bisherigen AGBG (soweit für die notarielle Praxis interessant) mit den noch darzustellenden Ausnahmen weitgehend unverändert in das BGB übernommen worden. Änderungen betrafen dabei meistens eine Anpassung an die neue Nomenklatur des Gesetzes.

c) In § 308 Nr. 5 BGB (fingierte Erklärungen) sowie in § 309 Nr. 8b) ff) BGB (Erleichterung der Verjährung) sind Bereichsausnahmen für die Anwendung der Bestimmungen über Allgemeine Geschäftsbedingungen enthalten: die dortigen Einschränkungen gelten nicht für Verträge, in welche die VOB B insgesamt einbezogen ist.

d) § 309 Nr. 5 BGB betrifft die Pauschalierung von Schadenersatzansprüchen. Hier hieß es bisher, dass dem anderen Vertragsteil der Nachweis eines geringeren Schadens nicht abgeschnitten sein durfte. In der Neufassung durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ist aber geregelt, dass dem anderen Vertragsteil der Nachweis des geringeren Schadens „ausdrücklich gestattet" sein muss.

Die gleiche Formulierung fand sich bereits bisher und findet sich auch weiterhin unverändert in § 309 Nr. 8b) bb) BGB. Eine Beschränkung der Mängelrechte des anderen Vertragsteils auf Nacherfüllung (bisher: Nachbesserung) ist daher nur zulässig, wenn diesem bei Fehlschlagen der Nacherfüllung ausdrücklich das Recht auf Minderung sowie, wenn nicht eine Bauleistung Gegenstand der Mängelhaftung sind, das Recht auf Rücktritt vom Vertrag vorbehalten wird.

In der Regel wurde bereits bisher dieser Vorschrift genüge getan, weil in den notariellen Verträgen dem Erwerber ausdrücklich das Recht vorbehalten war, zurückzutreten oder einen geringeren Schaden nachzuweisen. Wälzholz/Bülow[79] weisen jedoch zu Recht darauf hin, dass vor allem der Vorschrift § 309 Nr. 5 BGB künftig noch mehr Beachtung geschenkt werden muss. So stellt bspw. die Vereinbarung einer Nutzungsentschädigung bei verspätetem Auszug eine Schadenspauschalierung dar, die im Anwendungsbereich von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur dann Bestand hat, wenn dem anderen Teil ausdrücklich der Nachweis eines geringeren Schadens vorbehalten wird.

e) Wichtig im notariellen Bereich ist weiter § 309 Nr. 7 BGB, betreffend Freizeichnungsklauseln wegen Schäden.

Hier ist ein neuer § 309 Nr. 7a) BGB eingefügt, der die Freizeichnung bei Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit betrifft. Ein Ausschluss oder eine Begrenzung der Haftung für durch den Verwender auch nur leicht fahrlässig verschuldete Schäden ist danach gänzlich ausgeschlossen! Gleiches gilt für die Freizeichnung wegen vom gesetzlichen Vertreter oder Erfüllungsgehilfen des Verwenders vorsätzlich oder (auch nur leicht!) fahrlässig verschuldeter Körperschäden. Die unterschiedliche Formulierung im Gesetz (Fahrlässigkeit beim Verwender, Vorsatz und Fahrlässigkeit beim Vertreter/Erfüllungsgehilfen) gründet auf § 276 Abs. 3 BGB: danach ist eine Freizeichnung des Schuldners für vorsätzlich herbeigeführte Schäden bereits außerhalb des Anwendungsbereichs von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausgeschlossen.

§ 309 Nr. 7b) BGB entspricht hingegen dem bisherigen § 11 Nr. 7 AGBG. Hiernach ist eine Freizeichnung für durch den Verwender grob fahrlässig bzw. seinen gesetzlichen Vertreter/Erfüllungsgehilfen vorsätzlich oder grob fahrlässig verschuldete sonstige Schäden ausgeschlossen. Die Unterscheidung zwischen dem Verwender und dem gesetzlichen Vertreter/Erfüllungsgehilfen entspricht der vorerwähnten, hierauf sei verwiesen.

Im Ergebnis ist also im Bereich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Freizeichnung für verschuldete Körperschäden i.w.S. insgesamt ausgeschlossen und für sonstige Schäden nur hinsichtlich leichter Fahrlässigkeit möglich. Dies ist deswegen von großer Bedeutung, weil nach der gesetzlichen Neuregelung Schadenersatzansprüche zum Repertoire der gesetzlichen Mängelrechte eines Käufers/Bestellers gehören und nicht mehr nur (im Kaufrecht) bei Arglist oder Zusicherung einer Eigenschaft gewährt werden.

Daraus ergibt sich folgende Problematik: ein zu allgemein formulierter Ausschluss von Mängelrechten eines Erwerbers umfasst auch die Ansprüche auf Schadenersatz. Im Anwendungsbereich von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist dieser Ausschluss aber gem. § 309 Nr. 7 BGB unwirksam. Die Folge ist nun nicht eine geltungserhaltende Reduktion der Ausschlussvereinbarung auf das gerade noch Zulässige, sondern, wie bisher unter dem AGBG auch, der komplette Wegfall der Klausel und die Geltung der gesetzlichen Regelung (volle Mängelrechte!) an deren Stelle, § 306 Abs. 2 BGB, § 306a BGB[80]. Mit anderen Worten: ein zu allgemein formulierter Ausschluss kann dazu führen, dass dieser insgesamt nicht gilt und dem Käufer die volle Palette der Mängelrechte zusteht!

f) In § 309 Nr. 8a) BGB ist der Ausschluss des Rücktrittsrechts angesprochen. Diese Vorschrift ist auch in der endgültigen Fassung des Gesetzes noch gegenüber früheren Vorschlägen geändert worden. § 309 Nr. 8a) BGB ist in der endgültigen Fassung nicht mehr einschlägig für den Ausschluss des Rücktrittsrechts bei Vorliegen eines Mangels der Kaufsache oder des Werkes. Insoweit sind ersten Stellungnahmen von Brambring und Tiedtke/Wälzholz, je a.a.O., mit der entsprechenden Vorsicht zu lesen. Tiedtke/Wälzholz a.a.O. weisen in ihren Ausführungen allerdings auf die seinerzeit schon beabsichtigte Änderung hin.

Für den Ausschluss des Rücktrittsrechts bleibt freilich weiterhin § 309 Nr. 8b) bb) BGB zu beachten. Dieser hat allerdings die bestehende Streitfrage, ob wegen des Begriffs „Bauleistungen" die Norm auch auf Bauträgerverträge anwendbar ist, nicht geklärt[81].

77 vgl. nur Hertel, DNotZ 2002, 6, 10 f.; dieser verweist dort in FN 11 auf die Möglichkeit, eine „Musterbaubeschreibung" der Verbraucherverbände als Vorlage für die eigenen Baubeschreibungen der Bauträger im Internet herunterzuladen.

78 das heißt: rechtliche präzise. Dass dies häufig nicht klar und verständlich ist, ist gerade dem Notar als „Dolmetscher" zwischen den Formulierungen im Vertrag und der Alltagssprache der Beteiligten nur zu bekannt; hierzu eingehend Brambring a.a.O. (FN 75).

79 MittBayNot 2001, 509, 515.

80 so z.B. alle genannten Autoren a.a.O.

81 Darstellung des Meinungsstands bei Hertel DNotZ 2001, 6, 15.

Diese Aufgabe hat nunmehr der BGH übernommen. Dieser hat bekanntlich entschieden[82], dass ein formularmäßiger Ausschluss im Bauträgervertrag unzulässig ist. Die Entscheidung ist zwar noch zu § 634 BGB a.F. sowie zu § 11 Nr. 10 AGBG a.F. ergangen, da sich insoweit durch die gesetzliche Neuregelung in der Sache allerdings keine Änderungen ergeben haben, kann sie ohne weiteres auf die aktuelle Rechtslage übertragen werden.

Meines Erachtens ist jedoch fraglich, ob ein nun möglicherweise aufkommendes Wehklagen auf Bauträgerseite gerechtfertigt ist. Wie unten beim Werkvertrag und in den Formulierungsversuchen noch darzustellen sein wird, war ja bereits nach der bisher geltenden Regelung die Wandelung nur zulässig, wenn der zur Wandelung berechtigende Mangel ein erheblicher war, § 634 Abs. 3 BGB a.F.; dies gilt auch nach dem neuen Recht, § 634 Nr. 3 i.V.m. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB. Zudem hatte der Käufer nach bisherigem Recht (jedenfalls nach der gesetzlichen Regelungen, meistens anders vereinbart im Vertrag) das Wahlrecht zwischen Nachbesserung, Wandelung und Minderung. Nunmehr gibt es zunächst kein Wahlrecht mehr, vielmehr ist der primäre Mängelanspruch der auf Nacherfüllung, die anderen Mängelrechte setzen grundsätzlich eine erfolglose Nachfrist hierfür voraus. Anders ausgedrückt: der Bauträger kann ein Rücktrittsrecht des Erwerbers durch Mangelbeseitigung innerhalb der angemessenen Frist ohne Weiteres abwenden.

g) Da die gesetzlichen Verjährungsfristen bei Mängeln der Kaufsache / des Werks z.T. verlängert wurden, ist § 309 Nr. 8b) ff) BGB gegenüber der bisherigen Regelung neu gefasst worden. Die bisherigen, überaus kurzen Verjährungsfristen konnten nach dem bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Recht nicht durch Allgemeine Geschäftsbedingungen weiter verkürzt werden. Eine Verkürzung auf mindestens ein Jahr lässt die Neufassung nunmehr zu, allerdings nicht bei Bauwerken und diesen gleichgestellten Gegenständen; hier ist eine Erleichterung der Verjährung weiterhin ausgeschlossen.

(5) Beurkundungspflicht, § 311b BGB

§ 313 BGB a.F. ist nicht gestrichen worden. Insoweit sei hier Entwarnung gegeben. Die Regelung in § 313 BGB a.F. ist vielmehr unverändert in § 311b Abs. 1 BGB[83] enthalten. In § 311b BGB sind auch die weiteren Fälle der bereits bisher beurkundungspflichtigen Vorgänge „Verträge über das gegenwärtige Vermögen" sowie „Verträge über den Nachlass eines noch lebenden Dritten" geregelt.

Diese Neuregelung hat ausschließlich eine dogmatische Bedeutung: die Vorschriften sollten in den Abschnitt 3 Titel 1 Untertitel 1 des Buches 1 BGB (Recht der Schuldverhältnisse) über die Begründung eines Schuldverhältnisses eingefügt werden; an der bisherigen Stelle sind künftig besondere Vorschriften für die Anpassung und Beendigung von Verträgen enthalten. Eine Änderung in der Sache war also nicht angestrebt. Das ändert nichts daran, dass es zumindest bedauerlich ist, eine Bestimmung mit derartiger Reichweite und Bedeutung wie § 313 BGB a.F., die (mindestens teilweise) seit Bestehen des BGB existiert, in einem Paragrafen mit Buchstabenzusatz wieder zu finden.

Die amtliche Begründung[84] hält sich hierzu sehr bedeckt. Immerhin ist dort festgehalten, dass die bisherigen Vorschriften unverändert (wörtlich) übernommen wurde, also eine inhaltlich Änderung nicht bezweckt war. Die umfangreiche Rechtsprechung und Literatur zum Umfang der Beurkundungsbedürftigkeit und dergl. kann folglich unverändert weiter angewendet werden.

Der bisherige § 314 BGB a.F. (Erstreckung auf das Zubehör) ist nunmehr zu § 311c BGB geworden. Auch insoweit hat sich keine inhaltliche Änderung ergeben. Erlaubt sei an dieser Stelle aber der Hinweis auf den Aufsatz von Göhler[85], der zu Recht fragt, ob es richtig sein kann, dass diese Vorschrift in notariellen Verträgen ausnahmslos nur auf das dem Verkäufer gehörende Zubehör beschränkt wird. In Zeiten, in welchen zahlreiche Geschäfte des täglichen Lebens nicht mehr bar abgewickelt, sondern auch schon kleinere Anschaffungen häufig fremd finanziert sind, ist es durchaus nicht ausgeschlossen, dass die Einbauküche, das Gartenhäuschen, die Satellitenempfangsanlage und dergl. noch unter Eigentumsvorbehalt stehen oder sicherungsübereignet sind. Gleichwohl sollen sie nach dem Willen beider Vertragsbeteiligter mitverkauft sein. Die Beschränkung auf das veräußerereigene Zubehör ist daher z.B. beim Verkauf einer vermieteten Eigentumswohnung, wenn alle Zubehörden usw. dem Mieter gehören, fraglos sachgerecht; in anderen Fällen sollte aber vielleicht doch überlegt werden, es bei dem weiter gehenden Anwendungsbereich des § 314 BGB a.F. = § 311c BGB zu belassen.

(6) Anfängliche objektive und subjektive Unmöglichkeit

Änderungen gegenüber dem bisherigen Recht und seiner bisherigen Auslegung bringt das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz mit § 311a BGB sowie § 275 BGB.

In § 275 Abs. 1 BGB ist die Unmöglichkeit dem Unvermögen des Schuldners gleichgestellt. Der Anspruch auf die Leistung ist ausgeschlossen, wenn diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist. In § 275 Abs. 2 BGB sind die Fälle der „faktischen Unmöglichkeit" geregelt. Wenn die Leistung nur mit übergebührlichen Aufwand möglich ist, hat der Schuldner ein Leistungsverweigerungsrecht im Sinne einer Einrede. Damit sind die bisher über die Rechtsprechung gelösten Fälle des „goldenen Rings auf dem Grund des Neckars" gesetzlich geregelt.

Gemäß § 311a BGB ist künftig ein Vertrag auch dann gültig, wenn er auf eine anfänglich objektiv unmögliche Leistung gerichtet ist, anders noch § 306 BGB a.F.! Liegt Unmöglichkeit oder Unvermögen vor, so hat der Schuldner gemäß § 311a Abs. 2 BGB Schadenersatz statt der Leistung oder Ersatz der Aufwendungen zu leisten. § 311a Abs. 2 S. 2 BGB gibt dem Schuldner jedoch eine Exkulpierungsmöglichkeit, welche die bisherige, verschuldensunabhängige Garantiehaftung nicht kannte.

Die Fälle der anfänglich objektiv unmöglichen Leistung sind in der notariellen Praxis nicht so selten, wie dies auf den ersten Blick erscheinen mag. Insbesondere wurden bisher die Fälle, in denen es einer öffentlich-rechtlichen Genehmigung bedurfte, und bereits bei Vertragsschluss feststand, dass diese nicht erteilt werden konnte, als Fälle der anfänglichen objektiven Unmöglichkeit angesehen[86]. War der Vertrag in diesen Fällen bisher gem. § 306 BGB unwirksam und löste dies ggf. Schadenersatzpflichten aus, haben wir es künftig mit einem wirksamen Vertrag zu tun. In Betracht

82 a.a.O. (FN 49).
83 Ob diese, jedenfalls für die Notare, bedeutende Regelung in einem Paragrafen mit Buchstabenzusatz gut aufgehoben ist, oder ob daraus, wie von manchem Kollegen befürchtet, der Schluss gezogen werden kann, dass die Beurkundungspflicht über kurz oder lang insgesamt gestrichen wird, soll an dieser Stelle nicht weiter kommentiert werden.

84 a.a.O. (FN 18), S. 166 linke Spalte.
85 BWNotZ 1998 S. 142.
86 vgl. statt aller Wälzholz/Bülow, MittBayNot 2001, 509, 510.

kommen daher, wie oben ausgeführt, die Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung oder eines Rücktrittsrechts oder, noch besser, die Klärung der Rechtslage bei den zuständigen Behörden und Ämtern vor Vertragsschluss.

(7) Störung der Geschäftsgrundlage

a) In § 313 BGB haben die durch Literatur und Rechtsprechung entwickelten Prinzipien vom Wegfall der Geschäftsgrundlage eine gesetzliche Ausgestaltung erfahren. Im Gesetz ist nunmehr bestimmt, dass eine Anpassung des Vertrags verlangt werden kann, wenn sich die Umstände, welche zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert haben und die Beteiligten den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten, soweit dies zumutbar ist. Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder nicht zumutbar, kann der benachteiligte Teil auch vom Vertrag zurücktreten oder diesen, wenn es sich um ein Dauerschuldverhältnis handelt, kündigen.

b) In der amtlichen Begründung[87] ist ausdrücklich festgehalten, dass die Bedeutung der nunmehrigen Kodifizierung „allein darin liegen [soll], die zum Rechtsinstitut gewordenen Grundsätzen zum Fehlen und zum Wegfall der Geschäftsgrundlage wegen ihrer erheblichen Bedeutung im Bürgerlichen Gesetzbuch zu verankern."

Anders ausgedrückt: eine Ausweitung der Anwendungsfälle soll damit keinesfalls bezweckt werden. Gleichwohl sei hier vor der Gefahr gewarnt, dass die Rechtsanwender und die Rechtsprechung diese Norm (wie auch andere, nunmehr im Gesetz geregelte Fälle, die bisher über § 242 BGB gelöst wurden, genannt seien beispielhaft: § 286 Abs. 2 Nrn. 3 und 4 BGB, § 323 Abs. 2 Nr. 3 und Abs. 4 BGB, § 314 BGB) erweiternd auslegen und anwenden, nach dem Motto: „Dies ist ja (jetzt) der gesetzliche Regelfall, wofür bräuchten wir dann aber noch § 242 BGB – der muss ja auch noch einen Sinn haben..."[88]. Dies würde ggf. dazu führen, dass das allgemeine Rechtsempfinden sich in einer, wie ich finde, keinesfalls zu begrüßenden Weise ändern könnte: schon jetzt ist in der Bevölkerung der Grundsatz „pacta sunt servanda" aufgrund der zahlreichen, vor dem Hintergrund des „Verbraucherschutzes"(!) aufgrund europarechtlicher Vorgabe Gesetz gewordenen Widerrufsrechte in Verbraucherverträgen derart aufgeweicht worden, dass immer häufiger der Notar nach Abschluss der Kaufvertragsverhandlungen und Unterzeichnung der Urkunde gefragt wird, wie lange man denn nun von dem Vertrag zurücktreten bzw. seine Erklärungen widerrufen könne.

Deswegen sei nochmals ausdrücklich betont: die genannten Vorschriften (Hertel[89] nennt diese plastisch „kleine Generalklauseln"[90]) sind und bleiben auf die bisher in der Rechtsprechung über § 242 BGB gelösten extremen Ausnahmefälle beschränkt.

c) Zusammen mit dem noch stärker subjektiven Fehlerbegriff des § 434 BGB, wonach ein Sachmangel der verkauften Sache insbesondere dann vorliegt, wenn diese bei Gefahrübergang nicht die vereinbarte Beschaffenheit aufweist, gibt § 313 BGB Anlass zu der Überlegung, ob im notariellen (Kauf-)vertrag künftig nicht die „Motive", „Vertragsgrundlagen" und „Eigenschaften einer Sache" näher beschrieben werden sollten, um dem Käufer im Zweifel eine Anpassungsmöglichkeit wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu eröffnen.

Aus den vorgenannten Gründen hielte ich aber genau das nicht für richtig. Die Mängelrechte eines Käufers sind, gegenüber der bisherigen Rechtslage, deutlich ausgeweitet worden. Der Anwendungsbereich der Mängelrechte (oder jedenfalls der Streit hierüber) wird in praxi dadurch erhöht, dass es künftig in erster Linie auf die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit ankommt, und nicht mehr auf allgemeinere Normen. Deswegen ist es sicherlich richtig, die Beschaffenheit der verkauften Sache im Vertrag anzugeben und zu beschreiben. Darüber hinaus die Vertragsgrundlagen oder Motive anzuführen, wäre jedoch meines Erachtens kontraproduktiv.

(8) Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund

Dauerschuldverhältnisse kann jeder Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen. Auch diese neue Vorschrift stellt lediglich die gesetzliche Regelung bereits in Literatur und Rechtsprechung entwickelter Grundsätze dar. Wegen der Bedenken hiergegen verweise ich auf meine vorstehenden Ausführungen zu Nr. (7).

In der tabellarischen Gegenüberstellung des DNotI „Schuldrechtsreform – Entwicklung und Textvergleich" wird dem neuen § 314 BGB u.a. § 723 BGB (a.F. und n.F.) gegenüber gestellt. Daraus darf jedoch nicht der Schluss gezogen werden, dass diese Vorschrift geändert oder weggefallen sei. Vielmehr handelt es sich bei der Kündigung des Gesellschaftsvertrags einer BGB-Gesellschaft, insbesondere durch den volljährig Gewordenen, um einen weiterhin geltenden Spezialfall der Kündigung des Dauerschuldverhältnisses aus wichtigem Grund, der ggf. als lex specialis der Regelung in § 314 BGB vorgeht.

E. Neuregelungen im Kaufrecht

1. Wesentliche Merkmale

1. Das Sondergewährleistungsrecht im Kaufrecht wird zu einem großen Teil neu geregelt bzw. „abgeschafft"[91]. Ähnliches, wenn auch nicht so gravierend, gilt für das Werkvertragsrecht.

Liegt ein Mangel der verkauften Sache vor, so gelten, mit einigen Modifizierungen, auf die noch einzugehen ist, die allgemeinen Leistungsstörungsregelungen, die vorhin dargestellt wurden, allerdings jeweils über Verweisungen aus dem Kauf- bzw. Werkvertragsrecht. Daneben gesellt sich, neu im Kaufvertragsrecht, in ähnlicher Form bekannt aus dem Werkvertragsrecht, auch beim Stückkauf ein Nacherfüllungsanspruch, der dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht gewissermaßen „vorgeschaltet" ist.

Hier sei nochmals deutlich darauf hingewiesen, dass das Gesetz den Begriff „Gewährleistung" im Kauf- und Werkvertragsrecht nicht (mehr) kennt, so dass die entsprechenden Formulierungen in den Kaufverträgen anzupas-

87 a.a.O. (FN 18), S. 175 rechte Spalte.
88 in dem selben Sinne auch Hertel, DNotZ 2001, 910, 913 unten.
89 a.a.O. (FN 88).
90 hierzu erlaube ich mir aus Herbert Rosendorfers Roman „Ballmanns Leiden oder Lehrbuch für Konkursrecht" zu zitieren (entnommen aus der dtv-Ausgabe, 2. Auflage 1992, S. 166):
„Die richtige Ordnung ist eine Reihenfolge, die, möchte man meinen, selbstverständlich ist: drei Viertel aller denkbaren Rechtsfälle lassen sich durch schlichtes Anstrengen der eigenen Gehirnzellen lösen. (Für die) der Hälfte des verbleibenden Viertels [...] genügt eine weitere, bescheidene Anstrengung: ein Blick ins Gesetz. Für neunzig Prozent des verbleibenden Teils [...] bedarf es des Nachschlagens in einem Kommentar, und erst, wenn einen das nicht weiterbringt, in einem verschwindenden Bruchteil von Fällen, ist es nötig, der Rechtsprechung und der Literatur nachzugehen."

91 vgl. Wälzholz/Bülow MittBayNot 2001, 509, 515 m.w.N.

sen sind. Das Gesetz spricht in § 437 BGB von den „Rechten des Käufers bei Mängeln" (amtliche Überschrift!).

Die Formulierung „Ansprüche und Rechte des Käufers" war noch im Regierungsentwurf enthalten, ist aber, wie oben ausgeführt, so nicht Gesetz geworden. Dem konnten die ersten Stellungnahmen nicht mehr alle Rechnung tragen, was naturgemäß auch dazu geführt hat, dass Kolleginnen und Kollegen diese Formulierung in ihre Vertragsmuster übernommen haben.

Freilich ist die Verwendung dieser Formulierung nicht falsch, da, wie gesehen, der „Anspruch" ein Unterfalls des „Rechts" ist (daher auch die Änderung in der Gesetzesformulierung) und somit beide Fälle abgedeckt sind. Freilich läuft der Verwender dieser Formulierung Gefahr, dass man ihm vorhält, nicht „auf dem neuesten Stand" zu sein, was bekanntlich aber eine Pflicht des Notars ist[92].

2. Es bleibt dabei, dass die „Gewährleistung" eines Verkäufers für Sach- und Rechtsmängel grundsätzlich verschuldensunabhängig ist. Von dem Grundsatz der Verschuldensunabhängigkeit gibt es freilich eine Ausnahme. Anders als im bisherigen Recht kann der Käufer bei Vorliegen von Mängeln unter bestimmten Voraussetzungen auch Schadenersatz beanspruchen, nicht bloß bei Arglist oder Zusicherung von Eigenschaften. Hierwegen ist in § 437 BGB auf die Regelungen §§ 280 ff., 276 BGB verwiesen, so dass der Schadenersatzanspruch weiterhin vom Vertretenmüssen abhängig ist.

   Anders als im bisherigen Recht kommt es für die Rechte des Käufers bei Mängeln grundsätzlich nicht mehr auf die Erheblichkeit des Mangels an (anders noch § 459 Abs. 1 S. 2 BGB a.F.). Die Erheblichkeit eines Mangels spielt nur bei bestimmten Mängelrechten eine Rolle, so beim Schadenersatz „statt der ganzen Leistung", § 281 Abs. 1 S. 3 BGB, und beim Rücktritt, § 323 Abs. 5 S. 2 BGB.

   Die Rechtsfolgen von Sach- und Rechtsmängeln sind einheitlich geregelt. Auf der Rechtsfolgenseite spielt daher die Unterscheidung zwischen beiden Arten eines Mangels keine Rolle mehr. Ob daraus, wie Brambring[93] meint, gefolgert werden kann, dass die zum Teil schwierigen Abgrenzungsfragen zwischen Rechts- und Sachmangel obsolet geworden sind, darf jedoch meines Erachtens bezweifelt werden. Häufig werden jedenfalls in den notariellen Kaufverträgen die Rechtsfolgen eines Sach- und Rechtsmangels unterschiedlich geregelt (volle Mängelrechte bei Rechtsmängeln, Ausschluss der Rechte bei Sachmängeln), so dass die Unterscheidung dennoch Bedeutung hat. Ist das Fehlen einer Baugenehmigung für den aktuellen Ausbauzustand des verkauften Objekts ein Rechts- oder ein Sachmangel[94]? Je nach dem hat dann der Käufer, bei der dargestellten vertraglichen Vereinbarung, die vollen Mängelrechte oder eben nicht.

3. Die Grundnorm des Kaufvertrags, § 433 BGB, ist an alter Stelle inhaltlich neu geregelt worden. Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Insoweit ergeben sich keine Besonderheiten. Neu ist jedoch die Regelung in § 433 Abs. 1 S. 2 BGB, wonach der Verkäufer dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen hat.

   Die Freiheit von Sach- und Rechtsmängeln ist daher künftig Hauptpflicht des Verkäufers, die Verschaffung der mangelfreien Sache ist zu dessen Hauptverpflichtung erhoben worden. Dies ist meines Erachtens jedoch im Rahmen der gesamten gesetzlichen Neuregelung keine so gravierende Änderung, wie dies auf den ersten Blick zu sein scheint. Bisher war die Unterscheidung z.B. wichtig, weil ein Rücktritt gem. § 326 BGB nur bei synallagmatischen Hauptpflichten möglich war. Nunmehr spielt im Schadenersatzrecht die Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenpflichten keine Rolle mehr und auch der Rücktritt vom Vertrag ist, anders als bisher § 326 BGB a.F., nicht mehr nur wegen Verletzung von synallagmatischen Hauptpflichten möglich. Allein aus dem Umstand, dass die Verschaffung einer mangelfreien Sache zur Hauptpflicht des Verkäufers gehört, folgt also für diesen noch keine Schlechterstellung gegenüber dem bisherigen Recht[95].

   Die Verschaffung einer mangelfreien Sachen hat auch keinen „Leitbildcharakter"[96]. Dies lässt sich schon daraus ableiten, dass jedenfalls im Individualvertrag die Mängelrechte des Käufers (sanktionslos) weitestgehend abbedungen werden können, sieht man einmal vom Fall der vorsätzlich verursachten Schäden ab. Auch im Bereich des AGB-Rechts ist eine starke Einschränkung der Mängelrechte möglich. Nur das Verbrauchsgüterkaufrecht statuiert (als Ausnahme) die Unabdingbarkeit der Mängelrechte. Die Erhebung der Verschaffungspflicht bezüglich einer mangelfreien Sache zur Hauptpflicht hat vielmehr vor allem dogmatische Gründe, wie die amtliche Begründung auf vielen Seiten ausführt[97].

2. Rechte des Käufers bei Mängeln

1. Der Sachmangel ist künftig in § 434 BGB definiert. Ähnlich dem bisherigen Recht handelt es sich um einen subjektiven Fehlerbegriff. Die Gewichtung ist jedoch verschoben. Während es bisher darauf ankam, ob „der Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlich oder dem [...] vereinbarten Gebrauch" gemindert war, ist künftig zuerst auf die vertragliche vereinbarte und erst dann auf die gewöhnliche Beschaffenheit abgestellt. Damit rückt der einzelne Vertrag stärker in den Vordergrund, was auch für den notariellen Kaufvertrag bedeuten kann, noch mehr als bisher auf die individuelle Wiedergabe der Vereinbarungen von Verkäufer und Käufer Wert zu legen.

   Grundsätzlich ist die Sache frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang die **vereinbarte Beschaffenheit** hat, § 434 Abs. 1 S. 1 BGB. Soweit eine Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist die Sache frei von Sachmängeln, wenn

   - sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet, sonst
   - wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann.

92 In ersten Verträgen, die mit dem vom Land Baden-Württemberg mitinitiierten Notariatsprogramm „NOAH" erstellt worden sind, hat der Verfasser auch die Formulierung „Ansprüche des Käufers wegen Mängeln sind ausgeschlossen" gesehen. Sollte es sich dabei um einen im Lieferumfang von NOAH enthaltenen Baustein handeln, so ist dieser so sicherlich nicht gemeint und müsste dringend angepasst werden. Denn nur die Ansprüche des Käufers auszuschließen, ihm aber seine anderweitigen Mängelrechte (Minderung, Rücktritt) zu erhalten, kann augenscheinlich nicht gewollt sein.

93 DNotZ 2001, 590 ff.

94 vgl. Palandt, BGB, 61. Auflage 2002, § 459 a.F. Rn. 22 ff.

95 so ausdrücklich auch die amtliche Begründung a.a.O. (FN 18), S. 209 rechte Spalte.

96 ebenso Hertel, DNotZ 2002, 6, 16.

97 a.a.O. (FN 18), S. 208 ff.

Diese Definition des Sachmangels findet sich auch in der Parallelvorschrift zum Werkvertrag § 633 BGB wieder. Bewusst anders als im Werkvertragsrecht ist der Sachmangel beim Kauf jedoch in § 434 Abs. 1 S. 3 BGB noch weiter ausgedehnt. Hier ist festgehalten, dass zur Beschaffenheit einer Sache auch Eigenschaften gehören, die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers, Herstellers oder dessen Gehilfen, insbesondere aus Werbung oder Kennzeichnung, erwarten durfte (lies im Einzelnen den genauen Gesetzeswortlaut). Diese Vorschrift ist im Werkvertragsrecht ausdrücklich nicht enthalten. Das bedeutet insbesondere, dass beim Kauf vom Bauträger diesem seine Werbeaussagen (oder die Dritter – Fertighausvertrieb) jedenfalls nicht aufgrund gesetzlicher Vorschrift im BGB zugerechnet werden.

Im Kaufvertragsrecht (nicht im Werkvertragsrecht, da dort unnötig) ist weiter die so genannte „IKEA-Klausel" enthalten: ein Sachmangel kann auch bei fehlerhafter Montage und sogar bei fehlerhafter Montageanleitung[98] vorliegen, § 434 Abs. 2 BGB. In der amtlichen Begründung[99] ist ausschließlich von der Montage und von Montageanleitungen die Rede. Die Vorschrift kann also nicht darüber hinaus auf die mindestens ebenso häufigen „mangelhaften" Bedienungsanleitungen z.B. für Elektrogeräte etc. ausgedehnt werden. Ich könnte mir allerdings vorstellen, dass sich solche „Mängel" noch unter den allgemeinen Sachmangelbegriff subsummieren lassen, weil in der Regel ja nicht nur das Elektrogerät, sondern auch die dazugehörige Anleitung gekauft sind, also den Vertragsgegenstand bilden, und eine mangelhafte Anleitung (wenn nicht ohnehin eine taugliche Bedienungsanleitung zur vereinbarten Beschaffenheit gehört) jedenfalls verhindert, dass die Ware insgesamt ordnungsgemäß gebraucht werden kann. Hier wird allerdings die Entwicklung in der Rechtsprechung abzuwarten bleiben.

Für die notarielle Praxis vielleicht bedeutsamer ist § 434 Abs. 3 BGB: einem Sachmangel steht es danach gleich, wenn der Verkäufer eine andere Sache oder eine zu geringe Menge liefert; diese Bestimmung ist auch im Werkvertragsrecht wiederholt. Ist z.B. neben dem Hotel auch dessen Inventar (entsprechend Zubehörliste) mitverkauft, und sind statt 20 Betten nur 18 vorhanden, so begründet dies einen Sachmangel. Eine Flächenabweichung des verkauften Grundstücks stellt jedoch wohl keine „zu geringe Menge" dar, kann aber jedenfalls eine Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit sein (nicht zu verwechseln mit der Zusicherung bzw. künftig: Garantie!), die, auch bei Geringfügigkeit, Mängelrechte des Käufers auslöst, wenn diese nicht abbedungen sind.

Eine dem bisherigen § 468 BGB a.F. (Zusicherung einer bestimmten Grundstücksgröße) entsprechende Norm findet sich in der neuen gesetzlichen Regelung nicht mehr. Das bedeutet freilich nicht, dass der Satz „eine bestimmte Grundstücksgröße ist nicht zugesichert" in den notariellen Kaufverträgen künftig obsolet wäre. In anderer Form dürfte eine entsprechende Bestimmung weiterhin angebracht sein:

des § 468 BGB a.F. bedurfte es, um das Abweichen einer bestimmten Grundstücksgröße im Falle deren Zusicherung in das alte System der Gewährleistung einzupassen[100]. Die Flächenabweichung ist aber nunmehr unschwer als Abweichen von der vereinbarten Beschaffenheit zu subsummieren, so dass eine separate gesetzliche Norm entbehrlich wurde. In notariellen Kaufverträgen ist das Vertragsgrundstück (schon wegen § 28 GBO) regelmäßig übereinstimmend mit dem Grundbuch, das heißt unter Angabe seiner Größe bezeichnet. Das legt nahe, darin auch eine Beschaffenheitsvereinbarung der Vertragsbeteiligten zu sehen (mit der Folge der vollen Mängelrechte des Käufers, sofern diese nicht abbedungen sind) oder, für den Notar, zumindest klarzustellen, dass eine bestimmte Größe nicht als Beschaffenheit vereinbart oder jedenfalls insoweit keine Haftung übernommen ist.

Dies erscheint vor allem vor dem Hintergrund einer weiteren Neuerung des Sachmangelbegriffs wichtig: anders als bisher ist ein Sachmangel an sich nicht schon deswegen ausgeschlossen, weil der Wert oder die Tauglichkeit unerheblich beeinträchtigt sind, § 459 Abs. 2 BGB a.F.. Vielmehr begründen nun auch unerhebliche Beeinträchtigungen die Mängelrechte des Käufers. Nur bei einzelnen Mängelrechten ist deren Geltendmachung ausgeschlossen, wenn es sich um einen unerheblichen Mangel handelt, nämlich beim Schadenersatz, § 281 Abs. 1 S. 3 BGB, und beim Rücktritt, § 323 Abs. 5 S. 2 BGB. Schon eine geringfügige Flächenabweichung (oder eine sonstige kleine Abweichung von einer vereinbarten Beschaffenheit) kann daher dazu führen, dass der Käufer Nacherfüllung und, z.B. bei deren Verweigerung, Minderung verlangen kann, wenn nicht die Mängelrechte abbedungen waren.

2. Der Rechtsmangel ist in § 435 BGB definiert. Dieser entspricht weitgehend der bisherigen Regelung, wonach eine Sache frei von Rechtsmängeln ist, wenn Dritte in Bezug auf die Sache keine oder nur die ausdrücklich übernommenen Rechte gegen den Käufer geltend machen können. Einem Rechtsmangel steht es gleich, wenn ein im Grundbuch eingetragenes Recht tatsächlich nicht besteht.

   Anders als im bisherigen Recht ist es jedoch so, dass die Kenntnis des Käufers von einem Recht den Rechtsmangel[101] und damit die Mängelrechte nicht ausschließt. Vielmehr müssen auch bekannte Rechte im Kaufvertrag ausdrücklich übernommen werden, vgl. auch § 442 Abs. 2 BGB, sonst bestehen die Mängelrechte fort.

   Anders ausgedrückt: bisher lautete die gesetzliche Regelung, dass Grundpfandrechte stets zu beseitigen waren, dem Käufer bekannte Dienstbarkeiten jedoch nicht (§ 439 BGB a.F.). Nunmehr lösen auch die im Vertrag genannten(!) oder dem Käufer sonst bekannten Belastungen in der Zweiten Abteilung des Grundbuchs Mängelrechte des Käufers aus, wenn nicht im Vertrag deren ausdrückliche Übernahme vereinbart ist. Wer bereits bisher in seinen Kaufverträgen die Grundbuchbelastungen aufgeführt und jeweils geregelt hat, welche davon bestehen bleiben und welche gelöscht werden sollen, braucht seine Praxis insoweit nicht zu ändern. Wer die Belastungen in der Zweiten Abteilung allerdings nur „als Hinweis" dargestellt hat, um sie dem Käufer zur Kenntnis zu bringen und damit die Gewährleistung insoweit auszuschließen (§ 439 BGB a.F.), muss künftig einen Schritt weiter gehen.

3. Die Freiheit von öffentlichen Lasten ist in § 436 BGB geregelt. Wie bisher haftet der Verkäufer eines Grundstücks nicht für die Freiheit von öffentlichen Abgaben und ande-

98 insoweit ist der schlagwortartige Begriff „IKEA-Klausel" eigentlich verfehlt, da die Montageanleitungen dieses Möbelherstellers genau genommen zu den Besten gehören.
99 a.a.O. (FN 18), S. 215 f.
100 vgl. amtliche Begründung a.a.O. (FN 18), S. 205 linke Spalte.

101 wegen der Kenntnis des Käufers von einem Sachmangel vgl. unten Ziff. 4 Nr. 6 – Sonstige bedeutsame Änderungen im Kaufrecht.

ren, nicht eintragungsfähigen öffentlichen Lasten, § 436 Abs. 2 BGB.

Neu geregelt ist die Tragung der Erschließungskosten und Anliegerbeiträge in § 436 Abs. 1 BGB. Hier ist auf den bautechnischen Beginn der Maßnahmen abgestellt, ausdrücklich unabhängig von dem Zeitpunkt des Entstehens der Beitragsschuld. Der bautechnische Beginn der Maßnahme muss nicht zwingend das verkaufte Grundstück betreffen, sondern kann auch an weit entfernter Stelle im selben Erschließungsgebiet stattfinden. Wurde die Maßnahme bautechnisch begonnen, so ist der Verkäufer zur Tragung der Erschließungs- und Anliegerbeiträge verpflichtet, so weit nicht ein Anderes vereinbart wird.

Diese Regelung mag im Bereich des Verkaufs eines schlüsselfertigen Objekts durch den Bauträger vernünftig sein; aber auch dann hat der Bauträger nach dem Gesetz nur für bereits begonnene Maßnahmen zu zahlen. Erst nach Vertragsschluss begonnene Maßnahmen wären hingegen vom Erwerber zu übernehmen[102]. Im Bereich des Verkaufs unter Privatleuten macht die Regelung erst recht kaum Sinn. In der notariellen Praxis werden daher auch weiterhin die vielfach vereinbarten Regelungen (Ausbauzustandlösung, Beitragsbescheidlösung) notwendig sein.

4. Die „Rechte des Käufers bei Mängeln" ergeben sich aus § 437 BGB. Auch auf die Gefahr des Vorwurfs, mich ständig zu wiederholen: die amtliche Überschrift und auch der Gesetzestext sprechen nur noch von den „Rechten" und nicht mehr, wie noch im Regierungsentwurf vorgesehen, von „Ansprüchen und Rechten".

   Die Rechte des Käufers bei Mängeln umfassen, und zwar unabhängig davon, ob es sich um einen Sach- oder Rechtsmangel handelt, die Ansprüche „Nacherfüllung", „Schadenersatz" und „Ersatz vergeblicher Aufwendungen" sowie die Gestaltungsrechte „Rücktritt" und „Minderung".

   Der Nacherfüllungsanspruch ist dem Kaufrecht bisher mit Ausnahme des Gattungskaufs unbekannt, war jedoch in der Praxis für bestimmte Bereiche bzw. bestimmte Produkte bereits weitgehend durch Allgemeine Geschäftsbedingungen eingeführt oder im Rahmen einer Garantie enthalten.

   (Nur) aus der Verweisung in § 437 Nr. 2 und 3 BGB auf die allgemeinen Vorschriften zum Rücktritt bzw. zum Schadenersatz ergibt sich, dass der Nacherfüllungsanspruch quasi Vorrang hat. Denn die Geltendmachung des Rücktrittsrechts sowie von Schadenersatz setzt hiernach grundsätzlich die Bestimmung einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung voraus. Gleiches gilt gemäß § 441 BGB für die Minderung. Entsprechendes gilt im Werkvertragsrecht.

   Da es sich insoweit um eine auch systematisch und damit vor allem für den langjährigen Rechtsanwender ungewohnte Regelung handelt, sei dies nochmals ausdrücklich betont (darauf wird auch nachfolgend bei der Darstellung der einzelnen Mängelrechte wieder hingewiesen): sowohl das Kauf als auch das Werkvertragsrecht gewähren dem Käufer/Besteller „zunächst" einen Nacherfüllungsanspruch. Die Geltendmachung der daneben bestehenden weiteren Mängelrechte setzt grundsätzlich die erfolglose Setzung einer Nachfrist voraus. Nur in den im Gesetz ausdrücklich genannten „Sonderfällen" (ernsthafte und endgültige Leistungsverweigerung, § 281 Abs. 2 1. Alt. BGB bzw. § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB; relatives Fixgeschäft, § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB; „besondere außergewöhnliche Umstände", § 280 Abs. 2 2. Alt. BGB bzw. § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB) ist die Fristsetzung entbehrlich, die Sonderfälle werden im Kauf- und Werkvertragsrecht nochmals modifiziert (e.g. Fehlschlagen der Nachbesserung, § 440 BGB bzw. § 636 BGB).

   Dieser „Vorrang" der Nacherfüllung darf nicht als „erste tatbestandliche Voraussetzung" für die Geltendmachung der anderen Mängelrechte mißverstanden werden. Das heißt: auch wenn im Kaufvertrag die Mängelrechte des Käufers ausgeschlossen sind, diesem aber, wg. § 309 Nr. 7 BGB (kein Ausschluss von Schadenersatzansprüchen), Schadenersatzansprüche zustehen, können diese nicht mit der Begründung verweigert werden, der Nacherfüllungsanspruch habe Vorrang, und da ein solcher ausgeschlossen sei, käme man auch nicht zu Schadenersatz. Vielmehr bedeutet der „Vorrang" der Nacherfüllung, dass diese in erster Linie geltend zu machen ist. Scheidet dies (z.B. wegen eines vertraglich vereinbarten Ausschlusses) aus, dann kann der Käufer direkt auf die anderen Mängelrechte gehen (arg. § 281 Abs. 2 BGB, § 440 BGB).

5. Die Nacherfüllung ist in § 439 BGB geregelt. Der Käufer kann als Nacherfüllung nach seiner(!) Wahl die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen. Hier liegt ein bedeutsamer Unterschied zur Nacherfüllung zum Werkvertragsrecht. Beim Werkvertrag liegt die Wahl zwischen Beseitigung oder Ersatzlieferung nicht beim Besteller, sondern beim Werkunternehmer.

   Die (Ersatz-)Lieferung einer mangelfreien Sache stößt beim Stückkauf, insbesondere beim Verkauf einer gebrauchten Immobilie oder eines anderen gebrauchten Produkts, naturgemäß an ihre Grenzen. Ob der Verkäufer dann gemäß § 275 BGB diese Art der Nacherfüllung wegen (tatsächlicher oder faktischer Unmöglichkeit) verweigern kann (was § 439 Abs. 3 BGB und § 323 Abs. 2 S. 2 BGB nahe legen, von Brambring[103] aber als unnötig konstruiert beschrieben wird) oder ob dies bereits „aus der Natur der Sache" folgt, sei hier nicht entschieden. Sicher dürfte jedoch sein, dass sich in diesem Fall das Recht des Käufers auf Nacherfüllung auf die Beseitigung des Mangels beschränkt (vgl. § 439 Abs. 3 BGB).

6. Die Minderung ist in § 441 BGB geregelt. Die Berechnung der Minderung entspricht der bisherigen Regelung: der Kaufpreis wird verhältnismäßig herabgesetzt, und nicht etwa um den absoluten Betrag der Beeinträchtigung. Abgestellt wird dabei auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, nicht etwa auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs (der ja für das Vorliegen eines Mangels an sich maßgebend ist) oder den der Geltendmachung der Minderung. Die gesetzliche Regelung hat Auswirkungen, wenn der Kaufpreis vom wahren Wert der Sache abweicht oder sich im Zeitraum zwischen Vertragabschluss und Geltendmachung des Rechts ändert.

   Anders als bisher ist die Minderung aber kein „primäres" Recht des Käufers mehr. Vielmehr setzt die Geltendmachung der Minderung grundsätzlich zunächst eine Fristsetzung für die Nacherfüllung voraus, vgl. § 441 Abs. 1 S. 2 BGB: „statt zurückzutreten". Diese Verweisung erstreckt sich gem. § 441 Abs. 1 S. 2 BGB jedoch nicht

102 Hertel, DNotZ 2002, 6, 22, und Wälzholz/Bülow, MittBayNot 2001, 509, 519, schlagen daher zu Recht vor, auch weiterhin sowohl im Kauf- als auch im Bauträgervertrag die Übernahme der Erschließungs- und Anliegerkosten zu regeln.

103 DNotZ 2001, 590.

auf § 323 Abs. 5 S. 2 BGB: Minderung kann daher auch wegen geringfügiger Mängel geltend gemacht werden.

7. Anstelle der kauf- und werkvertragrechtlich besonders geregelten Rechte „Nacherfüllung" und „Minderung" kann der Käufer / Besteller auch, wie ausgeführt, die Rechte des allgemeinen Leistungsstörungsrechts geltend machen. Die Geltendmachung dieser weiteren Käuferrechte „Rücktritt", „Schadenersatz" und „Ersatz vergeblicher Aufwendungen" anstelle der „Nacherfüllung" setzt, wie auch die Minderung, grundsätzlich die Bestimmung einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung voraus; hierauf wurde bereits hingewiesen. Ausnahmen hiervon, nämlich die Entbehrlichkeit der Fristsetzung in bestimmten Fällen, (auch hierauf wurde oben schon hingewiesen) ergeben sich bereits aus den Bestimmungen zum Schadenersatz und zum Rücktritt, auf die im Gesetz verwiesen ist, nämlich aus § 281 Abs. 2 und § 323 Abs. 2 BGB.

   In § 440 BGB legt das Gesetz jedoch noch weitere Fälle fest, in denen es einer Fristsetzung nicht bedarf. Einer Fristsetzung bedarf es dann nicht, wenn der Verkäufer beide Arten der Nacherfüllung verweigert oder wenn die Nacherfüllung fehlgeschlagen oder dem Käufer unzumutbar ist.

   Eine entsprechende Regelung findet sich in § 636 BGB beim Werkvertragsrecht. Ausschließlich im Kaufvertragsrecht ist jedoch in § 440 S. 2 BGB legal definiert, wann die Nachbesserung als besondere Form der Nacherfüllung fehlgeschlagen ist. Die Nachbesserung gilt grundsätzlich als fehlgeschlagen nach dem zweiten erfolglosen Versuch; Ausnahmen ergeben sich aus dem Gesetz. Diese Definition des Fehlschlagens der Nachbesserung ist in der Parallelnorm des Werkvertragsrechts nicht wiederholt[104].

8. Aus der Verweisung in § 437 BGB ergibt sich auch, dass Schadenersatz nur unter den in §§ 280 ff. BGB genannten Voraussetzungen verlangt werden kann, insbesondere also grundsätzlich vom Vertreten müssen abhängt.

   Damit stellt sich die Frage, wann ein Verkäufer einen Mangel der Kaufsache, insbesondere einen Sachmangel, vertreten muss (§ 276 BGB). Nach § 433 Abs. 1 S. 2 BGB ist die Verschaffung der mangelfreien Sache Hauptpflicht des Verkäufers. Daraus könnte man schließen, dass der Verkäufer einen Mangel stets zu vertreten hat. Dies würde zu einer verschuldensunabhängigen Garantiehaftung auf Schadenersatz führen. Dem ist aber nicht so. Auch die amtliche Begründung[105] führt aus, dass der Verkäufer den Mangel nicht schon deswegen zu vertreten hat, weil er eine mangelhafte Sache geliefert und damit eine Pflichtverletzung begangen hat. Das hieße, zwei Tatbestandsmerkmale zu vermengen. Vielmehr ist es so, dass mit der Lieferung einer mangelhaften Sache nur feststeht, dass eine Pflichtverletzung vorliegt, § 280 Abs. 1 S. 1 BGB. Erst im Anschluss daran stellt sich die Frage, ob der Verkäufer diese auch vertreten muss, was freilich zunächst, mit Exkulpierungsmöglichkeit, vermutet wird, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB.

   Anhaltspunkte für die richtige Auslegung des Gesetzes ergeben sich auch der amtlichen Begründung[106]. Daraus ist zu entnehmen, dass der Gesetzgeber es als unbefriedigend empfand, dass ein Käufer wegen Mangelfolgeschäden unter dem Gesichtspunkt der pFV. stets (verschuldensabhängig) Schadenersatz verlangen konnte, während Schadenersatz beim eigentlich näher liegenden Mangelschaden nur im Rahmen der Arglist oder der zugesicherten Eigenschaft gewährt wurde. Die Einführung des Schadenersatzanspruchs bei Mängeln der Sache sollte also einer Gleichstellung mit den Mangelfolgeschäden dienen. Hieraus kann rückgefolgert werden, dass für das Vertreten müssen des Mangels auf die zur pFV. entwickelten Maßstäbe zurückgegriffen werden kann.

   Unproblematisch sind damit die Fälle, in denen der Verkäufer den Mangel selbst herbeigeführt hat oder ihm dies gemäß § 278 BGB zuzurechnen ist. Unproblematisch sind wohl weiter die Fälle, in denen der Verkäufer eine Sache „unbesehen" weiterverkauft, obschon ihm eine Prüfung auf Mängel hätte zugemutet werden können. Darüber hinaus ist die entscheidende Frage, inwieweit dem Verkäufer die Verletzung einer Sorgfaltspflicht vorgehalten werden kann.

9. Erstmals im Gesetz geregelt ist die (unselbständige) Garantie, § 443 BGB. Diese übernimmt die Funktion der bisherigen zugesicherten Eigenschaft, geht jedoch in ihren Auswirkungen wesentlich weiter[107]. Auch insoweit wird man sich an die neue Terminologie gewöhnen und im Kaufvertrag halten müssen.

   Das Gesetz unterscheidet in § 443 BGB die Beschaffenheits- und die Haltbarkeitsgarantie. Bei der bloßen Beschaffenheitsgarantie ist, wie beim reinen Sachmangel, auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs abzustellen, während die Haltbarkeitsgarantie auch einen (zu definierenden) Zeitraum danach abdeckt.

   Die Folgen eines Garantieverstoßes sind weitergehend als die bei einem reinen Sachmangel. Im Vertrag sollte daher, wie bisher, genau zwischen einer Beschaffenheitsvereinbarung (Beschreibung der Sache) gemäß § 434 Abs. 1 S. 1 BGB und der Garantie (Zusicherung einer Eigenschaft) gemäß § 443 BGB unterschieden werden.

   § 443 Abs. 1 BGB besagt zunächst, dass dem Käufer im Garantiefall, unbeschadet seiner sonstigen gesetzlichen Ansprüche, die Rechte aus der Garantie zu den in der Garantieerklärung und der einschlägigen Werbung angegebenen Bedingungen gegenüber demjenigen zusteht, der die Garantie eingeräumt hat. Darüber hinaus ist geregelt, dass gemäß § 443 Abs. 2 BGB im Falle der Haltbarkeitsgarantie ein während der Geltungsdauer auftretender Sachmangel die Garantierechte begründet.

   Die Vereinbarung einer Garantie hat jedoch noch zwei weitergehende Folgen:

   - Schadenersatz ist im Garantiefall (wohl) unabhängig vom Verschulden zu leisten. Während Schadenersatz grundsätzlich verschuldensabhängig ist, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB, bestimmt § 276 BGB, dass eine strengere als die normale Haftung sich insbesondere aus der Übernahme einer Garantie ergeben kann.
   - Des Weiteren erstreckt sich ein im Kaufvertrag vereinbarter Haftungsausschluss des Verkäufers nicht auf die von der Garantie erfassten Mängel, § 444 BGB. Anders ausgedrückt: hat der Verkäufer eine Garantie übernom-

104 Nach der von Notar a.D. Hertel, DNotI, im Rahmen der DAI-Tagung am 24. November 2001 in Stuttgart auf Frage des Verfassers geäußerten Auffassung geschah dies ganz bewusst. Eine zu starre Regelung sollte nicht in das Werkvertragsrecht aufgenommen werden; vielmehr sollte es dort bei der Einzelfallentscheidung bleiben, wann eine Nacherfüllung gescheitert ist. Soweit ersichtlich, lässt sich dies aus der amtlichen Begründung nicht ohne weiteres entnehmen. Vielmehr heißt es dort a.a.O. (FN 18), S. 265 rechte Spalte unten, dass § 636 BGB in Inhalt und Funktion § 440 BGB entspreche. Man wird mit Hertel, DNotZ 2002, 6, 7, aber fordern dürfen, dass auch dem Bauträger in der Regeln nicht mehr als zwei Versuche der Nachbesserung zustehen.

105 a.a.O. (FN 18), S. 210 linke Spalte oben.

106 „obiter dictum" an verschiedenen Stellen, vgl. etwa a.a.O., (FN 18), S. 226 rechte Spalte.

107 vgl. nur Brambring, DNotZ 2001, 904, 910.

men, ist insoweit eine Haftungsbeschränkung in keiner Weise mehr möglich!

Die Regelung des § 443 BGB ist zunächst nicht leicht verständlich. Man muss sich allerdings vergegenwärtigen, dass die Norm weder den Begriff „Garantie" definiert noch diesen mit einem speziellen Inhalt ausgestaltet. § 443 BGB beschreibt vielmehr die Rechtsfolgen für den Fall, dass jemand im Kaufvertrag erkennbar verschuldensunabhängig für die Vorliegen einer Beschaffenheit bei Gefahrübergang (Beschaffenheitsgarantie) oder auf eine bestimmte Dauer darüber hinaus (Haltbarkeitsgarantie) einstehen will.

Die Übernahme einer Garantie ist daher streng von der reinen Beschaffenheitsvereinbarung zu unterscheiden. Ist im Kaufvertrag eine bestimmte Beschaffenheit der Sache vereinbart, und weicht der Vertragsgegenstand hiervon ab, so löst dies die Mängelrechte des Käufers aus, bei denen der Verkäufer auf Schadenersatz grundsätzlich nur bei Vertreten müssen haftet, und die ausgeschlossen werden können. Übernimmt der Verkäufer eine Garantie, so löst dies zu einem ebenfalls die Mängelrechte aus, allerdings dieses Mal ohne Ausschlussmöglichkeit und mit einer verschuldensunabhängigen Haftung auf Schadenersatz.

Zum anderen hat der Käufer im Falle des Garantieverstoßes die Garantierechte. Das heißt: ihm stehen die in der Garantie ausdrücklich geregelten besondere Rechte für diesen Fall zu. Diese können durchaus von den „normalen" Mängelrechten abweichen.

Für den Notar spielt dies (wohl) vor allem in zwei Fällen eine Rolle:

a) einerseits bei der Übernahme einer echten Garantie im Vertrag, z.B. einer echten Mietgarantie (ich unterstelle, dass die tatsächlich erzielte bzw. erzielbare Miethöhe z.B. einer bestimmten Eigentumswohnung eine ihrer Beschaffenheiten im Sinne des Sachmängelrechts sein kann).

   Übernimmt der Verkäufer selbst die (echte) Garantie (will er also für eine bestimmte Miethöhe einstehen), so begründet dies beim Mietausfall neben den evtl. besonders geregelten Garantierechten auch die normalen Mängelrechte des Käufers bis hin zum Rücktritt vom Vertrag und zum Schadenersatz, und zwar ohne Ausschlussmöglichkeit und auch dann, wenn der Verkäufer den Ausfall nicht vertreten muss. Hierauf wäre der Verkäufer deutlich hinzuweisen; im Zweifel wird er lieber eine Ausfallbürgschaft übernehmen wollen.

   Übernimmt ein Dritter die Garantie (auch das ist von § 443 BGB gedeckt!), so begründet der Garantiefall für den Käufer die Garantierechte gegen den Garantieübernehmer. Diese Garantierechte sind aber im Gesetz nicht geregelt; vielmehr obliegt es ggf. dem Notar, auf eine entsprechende Regelung hinzuwirken.

b) andererseits beim Rechtskauf (auf den noch näher eingegangen wird). Der Rechtskauf ist gem. § 453 BGB dem Sachkauf praktisch angeglichen. Entfallen ist damit auch das verschuldensunabhängige Einstehen müssen etwa des GmbH-Anteils-Verkäufers für den Bestand und die einredefreie Inhaberschaft des Rechts. Diese ist aber ausschließlich der Sphäre des Verkäufers zuzuordnen (und nicht etwa, wie beim defekten Wasserrohr, dem Alter, dem Verschleiß etc). Aus diesem Grund wird empfohlen, eine solche Haftung vertraglich durch Übernahme einer Garantie wieder einzuführen[108].

10. Die Verjährung der Mängelrechte ist in § 438 BGB geregelt. Hiernach gilt grundsätzlich eine Verjährungsfrist von **zwei** Jahren, § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB.

    Bei Bauwerken ist die Verjährungsfrist hingegen auf fünf Jahre verlängert, § 438 Abs. 1 Nr. 2 BGB; das gleiche gilt für Sachen, die entsprechend ihrer üblichen Verwendungsweise für ein Bauwerk verwendet worden sind und dessen Mangelhaftigkeit verursacht haben. Diese Regelung ist insbesondere für den Rückgriff des Bauträgers bei seinem Lieferanten wichtig.

    Eine besondere Verjährungsfrist für „Grundstücke" ist also im Gesetz nicht mehr enthalten; für diese gilt die normale Verjährungsfrist wegen Mängeln von zwei Jahren. Andererseits ist der Begriff des „Bauwerks" in § 438 Abs. 1 Nr. 2 BGB weitergehend als der Begriff des „Gebäudes", so dass auch wegen anderen Bauwerken (Carport, Grenzmauer etc.) die 5-jährige Gewährleistungsfrist besteht.

    Besteht der Mangel in einem im Grundbuch eingetragenen Recht, so ist die Verjährungsfrist auf 30 Jahre verlängert, § 438 Abs. 1 Nr. 1 BGB, (wohingegen der Rückgewähranspruch des Eigentümers gegenüber dem Grundpfandgläubiger, wie gesehen, ggf. bereits nach zehn Jahren verjährt).

    Die Gestaltungsrechte „Rücktritt" und „Minderung" unterliegen, wie dargestellt, an sich keiner Verjährung. In § 438 Abs. 4 und 5 BGB sind daher besondere Bestimmungen hierwegen enthalten; verwiesen ist auf § 218 BGB, wonach das Gestaltungsrecht grundsätzlich nicht mehr ausgeübt werden kann, wenn die Verjährungsfrist abgelaufen ist.

    Im Arglistfall verlängert sich die kurze Zwei-Jahres-Verjährung auf die regelmäßige Verjährungsfrist.

    Der Verjährungsbeginn ist in § 438 Abs. 2 BGB abweichend von den allgemeinen Regeln festgelegt: die Verjährung beginnt bei Grundstücken mit der Übergabe, sonst mit der Ablieferung.

3. Verbrauchsgüterkauf[109]

1. Der Verbrauchsgüterkauf, einer der Auslöser für die aktuelle Neuregelung, ist in den §§ 474 bis 479 BGB geregelt.

   Die besonderen Vorschriften des Verbrauchsgüterkaufs betreffen ausschließlich bewegliche Sachen, die von einem Unternehmer (§ 14 BGB) an einen Verbraucher (§ 13 BGB) verkauft werden. Damit scheinen diese Vorschriften zunächst aus dem Blickfeld des Notars zu verschwinden[110].

   Bedeutung haben die Regelungen dennoch, wenn z.B.

   - ein Bauträger an den Endkunden neben dem Bauwerk bewegliche Sachen wie Einbauküche, Badezimmer-

108 vgl. Wälzholz/Bülow, MittBayNot 509, 520, 524; Tiedtke/Wälzholz a.a.O. (FN 3), S. 25.

109 Wälzholz/Bülow MittBayNot 2001, 509, 515 bezeichnen dies (spaßeshalber) als einen Anwendungsfall der Regel „falsa demonstratio non nocet": es geht in den Vorschriften nämlich nicht (nur) um verbrauchbare Sachen (§ 92 BGB), sondern um alle beweglichen Sachen, die von einem Unternehmer an einen Verbraucher verkauft werden.

110 Wälzholz/Bülow a.a.O, (FN 109), S. 518, argumentieren vehement dafür, dass die Bestimmungen des Verbrauchsgüterkaufs auf notarielle Verträge keine Anwendung finden. Dafür findet sich aber keine Stütze im Gesetz oder in der Richtlinie. Im Gegenteil: § 475 Abs. 1 S. 2 BGB verbietet ausdrücklich auch Umgehungsgeschäfte.

einrichtung und dergleichen mitverkauft, etwa zusammen mit der Musterwohnung[111, 112]

- eine Gaststätte oder ein Hotel durch den Betreiber samt Inventar verkauft wird,
- neben dem Grundstück auch Zubehör mitverkauft wird und Verkäufer eine „natürliche [...] Person (ist), die bei Abschluss des Rechtsgeschäfts im Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt", § 14 BGB. In Betracht kommen z.B. Steuerberater, Zahnärzte, evtl. „hauptberufliche" Testamentsvollstrecker.....

Nach Palandt, BGB, 61. Auflage 2002, § 14 BGB, kann u.U. auch der reine Vermieter Unternehmer im Sinne dieser Vorschrift sein, da er sich im Mietmarkt betätigt und Gewinnerzielungsabsicht hat. Hiernach kann auch der Verkauf der vermieteten Eigentumswohnung mit dem dem Vermieter gehörenden Zubehör ein Anwendungsfall des Verbrauchsgüterkaufs sein! Es kann sich daher empfehlen, im Sinne einer Klarstellung im Kaufvertrag zu vermerken, dass der Verkäufer erklärt, kein Unternehmer i.S.d. § 14 BGB zu sein.

Aus dem Vorgesagten wird aber auch schon deutlich: die Vorschriften des Verbrauchsgüterkaufs beschränken sich nicht auf neue oder neuwertige Sachen. Auch gebrauchte Sache fallen darunter.

2. Die Bestimmungen zum Verbrauchsgüterkauf setzen die Vorgaben der entsprechenden EG-Richtlinie um. Hiernach musste sichergestellt werden, dass zum Nachteil eines Verbrauchers nicht von dem in der Richtlinie geforderten Mindestinhalt abgewichen werden kann.

   Im Wesentlichen beschränkt sich § 475 Abs. 1 BGB daher darauf, die Vorschriften über den Kauf zu zwingenden Vorschriften zu erklären. Der Gestaltungsspielraum, der durch die EG-Richtlinien gelassen wird, wird aber in den § 475 Abs. 2 und 3 BGB umgesetzt.

   Hiernach kann die Verjährung von Mängelrechten des Käufers bei neuen Sachen auf zwei Jahre, bei gebrauchten Sachen auf ein Jahr verkürzt werden, § 475 Abs. 2 BGB.

   Die EG-Richtlinie lässt des Weiteren den Ausschluss von Schadenersatzansprüchen bei Mängeln zu; dies ist in § 475 Abs. 3 BGB umgesetzt. Zu beachten bleiben freilich § 276 Abs. 2 BGB, wonach eine Haftung für Vorsatz nicht im Vorhinein ausgeschlossen werden kann, sowie die Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen, wonach Schadenersatzansprüche (z.B. wegen Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, aber auch in sonstigen Fällen) nur begrenzt ausgeschlossen bzw. eingeschränkt werden können, § 309 Nr. 7 BGB.

   § 476 BGB beinhaltet zudem die ausdrückliche Beweislastumkehr bei Auftreten eines Mangels innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang.

4. Sonstige bedeutsame Änderungen im Kaufrecht

1. Einige gewohnte Paragrafen des Kaufrechts fallen der Streichung zum Opfer. Damit ist nicht notwendigerweise eine inhaltliche Änderung verbunden. Ggf. besteht aber Anpassungsbedarf im notariellen Kaufvertrag.
2. Die Auskunftspflicht eines Verkäufers über die rechtlichen Verhältnisse gemäß § 444 BGB a.F. ist ersatzlos gestrichen. Daraus folgt freilich nicht, dass es eine solche nicht (mehr) gäbe. Wie auch aus der Einführung des Bundesministeriums der Justiz a.a.O. ersichtlich, ist mit der Streichung eine Änderung der Rechtslage nicht beabsichtigt, vielmehr ergibt sich diese Auskunftspflicht aus einem allgemeinen Rechtsgedanken, wie er z.B. in § 241 Abs. 2 und § 311 Abs. 2 BGB seinen Niederschlag gefunden hat. Die bisher im allgemeinen Schuldrecht nicht genannten Rücksichtnahmepflichten (§ 241 Abs. 2 BGB) gehen über die bloße Informationspflicht hinaus. Nach der amtlichen Begründung[113] sollte daher § 444 BGB nicht als Spezialnorm für einen beschränkten Kreis der denkbaren Nebenpflichten bestehen bleiben.
3. Die gesetzliche Kostentragungsregelung ist nunmehr in § 448 BGB enthalten.

   Nach § 448 Abs. 2 BGB trägt der Käufer eines Grundstücks neben den Kosten der Beurkundung des Kaufvertrags und der Auflassung[114] sowie der Eintragung in das Grundbuch auch die Kosten der zur Eintragung erforderlichen Erklärungen.

   Eine Kostentragungsvereinbarung im Kaufvertrag wird damit meines Erachtens nicht entbehrlich[115]. So kann im Einzelfall z.B. zweifelhaft sein, ob es angemessen ist, dass der Käufer die Kosten der Verwalterzustimmung oder einer sonstigen Genehmigung tragen soll. Sicherlich billigerweise nicht vom Käufer zu übernehmende Kosten sind die einer auf Verkäuferseite notwendigen Genehmigung z.B. durch das Vormundschaftsgericht. Es bleibt also Regelungsbedarf.

Zu den zur Eintragung erforderlichen Erklärungen gehören jedoch sicherlich nicht z.B. Freigabeerklärungen eingetragener Gläubiger; die Pflicht des Verkäufers, insoweit die Kosten zu übernehmen, ergibt sich bereits aus seiner allgemeinen Pflicht, eine rechtsmängelfreie Sache zu verschaffen.

Nach § 448 Abs. 1 BGB trägt der Verkäufer die Kosten der Übergabe der Sache. Die Regelung ist dem bisherigen § 448 Abs. 1 BGB a.F. nachgebildet. Dort waren jedoch „insbesondere" die Kosten des Messens und Wägens erwähnt. Durch den Wegfall dieser Nennung sollte nur eine Straffung des Gesetzestextes erreicht werden, eine inhaltliche Änderung ist damit nicht verbunden[116].

4. § 452 BGB a.F. über die Verzinsung des Kaufpreises bei Vorleistung des Verkäufers ist ersatzlos gestrichen.

   Gem. § 446 BGB alter und neuer Fassung „gebühren" dem Käufer ab Übergabe die Nutzungen. Hat der Verkäufer also vor Kaufpreiszahlung übergeben, steht dem Käu-

111 zur der Frage, ob der Verkauf der bereits fertig gestellten Musterwohnung noch als Bauträgervertrag zu qualifizieren und damit wenigstens teilweise dem Werkvertragsrecht zuzuordnen ist, oder ob künftig, wegen der Angleichung der Mängelrechte und der Verjährungsfristen, sachgerechter ein echter „Kauf" anzunehmen ist, vgl. eingehend Hertel, DNotZ 2002, 6, 18 f.

112 insoweit sind meines Erachtens die Ausführungen von Hertel, DNotZ 2002, 18, unter e) missverständlich: gewiss ist es richtig, dass im Rahmen des Bauträgervertrags die Mängelrechte des Käufers weder wegen der mitverkauften beweglichen Sachen noch wegen des Bauwerks über ein bestimmtes Maß hinaus ausgeschlossen oder eingeschränkt werden können. Daraus kann aber wohl nicht gefolgert werden, dass man beide Fälle im Bauträgervertrag unterschiedslos gleich behandelt. Vielmehr sollten wohl mindestens die Rücktrittsmöglichkeiten hinsichtlich der beweglichen Sachen auf diese beschränkt bleiben und nicht den gesamten Vertrag betreffen, vgl. die Formulierungen bei Wälzholz/Bülow a.a.O. und Tiedtke/Wälzholz a.a.O.

113 a.a.O. (FN 18), S. 203 linke Spalte.

114 Der Gesetzgeber hat in § 448 Abs. 2 BGB die Auflassung (wie bisher) gesondert erwähnt und diese neben die zur Eintragung sonstiger erforderlichen Erklärungen gestellt. Daraus zu schließen, dass die vor allem in Baden-Württemberg geübte Praxis, die Auflassung im Kaufvertrag auszusetzen und erst nach Kaufpreiszahlung gesondert zu erklären, vom Gesetzgeber ausdrücklich abgesegnet ist, ist aber wohl zu weit her geholt. Der amtlichen Begründung lässt sich solches jedenfalls nicht entnehmen. Zur Frage etwa, ob die sofortige Erklärung der Auflassung mit Vorlagesperre im Bauträgervertrag AGB-rechtlich zulässig bzw. angemessen ist, vgl. jüngst BGH, DNotZ 2002, 41 mit Anm. Basty.

115 ebenso z.B. Wälzholz/Bülow, MittBayNot 2001, 509, 519; Tiedtke/Wälzholz a.a.O., Brambring DNotZ 2001, 590 ff.

116 amtliche Begründung a.a.O. (FN 18), S. 241 linke Spalte.

fer einerseits die Miete zu oder kann er einziehen und hat er andererseits den Zinsvorteil durch noch nicht gezahlten Kaufpreis. Dies versuchte § 452 BGB auszugleichen. Nach der amtlichen Begründung[117] sei jedoch nicht einleuchtend, weshalb der Käufer diesen Vorteil nicht haben solle. Ggf. könnten die Vertragsbeteiligten eine andere, ihrer Ansicht nach angemessene Lösung vereinbaren.

Ggf. ist daher der Notar gefordert, auf eine entsprechende Vereinbarung hinzuwirken.

5. § 454 BGB a.F. (Ausschluss des Rücktrittsrechts bei Vorleistung des Verkäufers) ist ebenfalls ersatzlos gestrichen.

   Dies erfolgte nach der amtlichen Begründung[118] deshalb, weil die Anwendung des § 454 BGB jedenfalls in notariellen Verträgen ohnehin stets ausgeschlossen war(!). Dem Verkäufer steht damit immer das gesetzliche Rücktrittsrecht bei Leistungsstörungen unter dessen Voraussetzungen zu.

   Freilich ist ggf. der Ausschlussgrund des § 323 Abs. 5 S. 1 BGB zu beachten: bei teilweise gezahltem Kaufpreis (Ratenzahlung, insbesondere Bauträgervertrag) kommt das Rücktrittsrecht nur in Betracht, wenn der Verkäufer an der Teilzahlung kein Interesse hat!

6. § 464 BGB a.F. (Vorbehalt der Mängelrechte bei Annahme) entfällt ebenfalls ersatzlos. Der Käufer muss sich daher bei der Annahme der Kaufsache seine Mängelrechte nicht mehr ausdrücklich vorbehalten. Dies wäre im Anwendungsbereich des Verbrauchsgüterkaufrechts richtlinienwidrig gewesen und wurde (auch) vor diesem Hintergrund ganz fallen gelassen[119].

   Die dem § 460 BGB a.F. entsprechende Norm ist in § 442 BGB enthalten. Die Rechte des Käufers wegen eines Mangels sind ausgeschlossen, wenn er bei Vertragsschluss den Mangel kennt. Für das Vorliegen eines Mangels und damit der Mängelrechte des Käufers ist jedoch in § 434 BGB auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs (= § 446 BGB) abgestellt.

   Das bedeutet: kennt der Käufer den Mangel bei Abschluss des Vertrags, so hat er insoweit keine Mängelrechte. Tritt der Mangel erst später, vor Gefahrübergang, auf (konnte der Käufer den Mangel also bei Vertragsschluss gar nicht kennen) oder erfährt der Käufer erst nach Vertragsabschluss von einem vorliegenden Mangel (grob fahrlässige Unkenntnis sei hier nicht unterstellt, § 442 Abs. 1 S. 2 BGB), so kann der Käufer die Mängelrechte auch dann geltend machen, wenn er sie sich bei der Abnahme nicht ausdrücklich vorbehält.

   Dies ist beim Werkvertrag auch weiterhin anders geregelt. Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk ab, obschon er den Mangel kennt, kann er die Mängelrechte, mit Ausnahme des Schadensersatzes, nur geltend machen, wenn er sie sich ausdrücklich vorbehält, § 640 Abs. 2 BGB.

   Jedenfalls bei reinen Kaufverträgen entfällt aber künftig die Notwendigkeit, sich bei Erklärung der Auflassung die Mängelrechte vorzubehalten.

7. Die besonderen Kaufarten, nämlich Kauf auf Probe, Wiederkauf und vor allem Vorkauf, sind mit Ausnahme der Streichung des § 494 BGB a.F. (Kauf nach Probe) inhaltlich unverändert an eine neue Stelle im BGB gerückt. Diese Regelungen sind künftig in §§ 454 bis 473 BGB enthalten.

Soweit in bisherigen Kaufvertragsmustern Paragrafenangaben zitiert waren, sind diese daher ggf. anzupassen.

5. Rechtskauf

1. Der Rechtskauf ist künftig in § 453 BGB geregelt.

   § 453 Abs. 1 BGB stellt den Rechtskauf dem Sachkauf praktisch gleich. Gemäß § 453 Abs. 1 BGB finden die Vorschriften über den Kauf von Sachen auf den Kauf von Rechten und sonstigen Gegenständen entsprechende Anwendung.

   Nach § 453 Abs. 2 BGB trägt der Verkäufer des Rechts, entgegen der üblichen Vertragspraxis, aber unverändert gegenüber der bisherigen Gesetzeslage, die Kosten von dessen Begründung und Übertragung. Dem Verkäufer würden daher auch die Kosten des GmbH-Anteils-Kauf- und Abtretungsvertrags zu Last fallen. Auch insoweit wird also im notariellen Kaufvertrag eine Kostentragungsvereinbarung notwendig bleiben, wenn diese Kosten (wie zumeist gewünscht) vom Käufer übernommen werden sollen[120].

2. Die Verweisung auf die Vorschriften über den Sachkauf bewirken eine Veränderung der Haftungslage.

   Verwiesen bisher §§ 437 und 440 BGB a.F. auf die allgemeinen Vorschriften zum gegenseitigen Vertrag, so treten an deren Stelle nunmehr die normalen Käuferrechte auf „erstens" Nacherfüllung, in „zweiter" Linie Rücktritt, Minderung oder Schadenersatz. Tiedtke/Wälzholz a.a.O. (s. FN 3) schlagen daher vor, im Rechtskaufvertrag eine weitergehende Garantiehaftung des Verkäufers vorzusehen[121].

F. Neuerungen beim Werkvertrag[122]

1. Die Neuerungen im Werkvertragsrecht fallen bedeutend weniger gravierend aus wie im Kaufvertragsrecht. Dies liegt daran, dass die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie hier keine Änderungsnotwendigkeit erzwang. Im übrigen waren die bisherigen Regelungen dem nunmehr geltenden Recht bereits weitgehend ähnlich, z.B. hinsichtlich des Anspruchs auf Nachbesserung. Die Hauptpflichten des Werkvertrags, das Recht auf Abschlagszahlung sowie die Regelungen für Abnahme, Fälligkeit der Vergütung und Gefahrtragung sind praktisch unverändert in das künftig geltende Recht übernommen worden.

   Änderungsbedarf gab es freilich im Bereich der Sach- und Rechtsmängel, da die bisherigen Bestimmungen insoweit an die neuen Leistungsstörungsregeln des Allgemeinen Schuldrechts angepasst werden mussten. Da die Mängelrechte des Bestellers mit denen des Käufers über weite Strecken identisch sind, und diese bereits oben ausführlich dargestellt wurden, sollen diese hier nur nochmals kurz wiederholt werden.

2. Die Mangelfreiheit ist in § 633 BGB definiert.

   Erstmals ist damit auch im Werkvertrag die Freiheit des Werks von Rechtsmängeln geregelt. Auch hier kommt es jedoch wegen der Mängelrechte nicht auf die Kenntnis des Bestellers von dem Rechtsmangel an, sondern vielmehr nur darauf, dass dieser ein Recht ausdrücklich übernimmt[123].

117 a.a.O. (FN 18), S. 209 linke Spalte.
118 a.a.O. (FN 18), S. 204 rechte Spalte.
119 amtliche Begründung a.a.O (FN 18), S. 205 linke Spalte.
120 Wälzholz/Bülow MittBayNot 509, 520.
121 ausführlicher Formulierungsvorschlag auch bei Wälzholz/Bülow a.a.O. (FN 120).
122 ausführlich hierzu Hertel, DNotZ 2002, 6.
123 wegen der Rechtslage beim Kaufvertrag vgl. oben Abschnitt E Ziff. 2 Nr. 2.

Ein Sachmangel liegt (in erster Linie) vor, wenn das Werk nicht die vereinbarte Beschaffenheit hat. Wie im Kaufrecht, handelt es sich also beim Sachmangelbegriff im Werkvertragsrecht um einen subjektiven und sehr individuellen. Insbesondere im Bereich des Bauträgerrechts wird daher künftig vielleicht noch mehr Augenmerk auf eine saubere Formulierung der Baubeschreibung gelegt werden müssen[124], genauso wie auf unter den Beteiligten vereinbarte Abweichungen von der hiernach vorgegebenen Bauausführung („Sonderwunschregelung").

Auch auf Wohn- und Nutzflächenangaben (zum Beispiel in der Teilungserklärung) ist verstärkt zu achten. Diese können Grundlage einer vertraglichen Beschaffenheitsvereinbarung sein mit der Folge, dass bereits bei geringfügigen Abweichungen Mängelrechte des Erwerbers begründet sind. Häufig wird daher geregelt, dass Abweichungen bis zu einem bestimmten Prozentsatz keinen Mangel darstellen sollen. Die Rechtsprechung lässt solches im Formularvertrag freilich nur für Abweichungen unter 3% zu[125].

Soweit eine Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist das Werk frei von Sachmängeln, wenn es sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte bzw. für die gewöhnliche Verwendung eignet, und die Beschaffenheit hat, die man von ihm erwarten kann. Wie dargestellt, ist im Werkvertragsrecht ausdrücklich nicht weiter auf Werbeaussagen und dergleichen des Werkunternehmers verwiesen[126].

Das Fehlen dieser Verweisung hat seinen Grund. Im Kaufrecht wurde die Bestimmung vor dem Hintergrund industriell (regelmäßig nicht vom Verkäufer selbst) hergestellter Massenprodukte eingefügt. Der Verkäufer eines solchen Produkts muss sich über § 434 Abs. 1 S. 3 BGB nicht nur seine eigenen öffentlichen Äußerungen zurechnen lassen, sondern auch die des Herstellers oder seiner Gehilfen. Der Autohändler sieht sich daher beim Verkauf eines neuen Autos auch wegen der Werbeaussagen des Fahrzeugherstellers den Mängelrechten des Käufers ausgesetzt. Dies soll so im Bereich des Werkvertragsrechts mit seinen regelmäßig individuell(er) hergestellten Sachen nicht gelten. Eine Zurechnung der Werbeaussagen des Werkunternehmers kommt jedoch über die Grundsätze der BGH-Rechtsprechung zur Prospekthaftung in Betracht[127].

3. Auch beim Werkvertrag hat der Besteller gem. § 634 BGB das Recht, zuvörderst Nacherfüllung zu verlangen, ggf. aber auch vom Vertrag zurückzutreten, die Vergütung zu mindern oder Schadenersatz zu beanspruchen. Des Weiteren kann der Besteller jedoch auch den Mangel selbst beseitigen (Selbstvornahme) und insoweit Ersatz seiner Aufwendungen verlangen.

   Wie im Kaufrecht, setzen die weiteren Mängelrechte (anstelle des Nacherfüllungsanspruchs) grundsätzlich die Bestimmung einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung voraus. Das bedeutet, dass auch im Werkvertragsrecht der Nacherfüllungsanspruch quasi vorrangig ist.

   Anders als im Kaufrecht liegt das Wahlrecht, ob nachgebessert oder neu hergestellt wird, im Werkvertragsrecht beim Werkunternehmer. Auch hier wird jedoch der Werkunternehmer vom Nacherfüllungsanspruch frei, wenn die Nacherfüllung unmöglich oder nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist, § 635 Abs. 3 BGB.

   In § 636 BGB sind die, über § 281 Abs. 2, 323 Abs. 2 BGB hinausgehenden Fälle aufgezählt, in denen es einer Fristsetzung nicht bedarf. Dieser bedarf es insbesondere dann nicht, wenn die Nacherfüllung fehlgeschlagen ist. Abweichend zum Kaufvertragsrecht fehlt jedoch die gesetzliche Definition des „Fehlschlagens der Nachbesserung", so dass im Werkvertragsbereich nicht von der starren Zwei-Versuch-Regelung ausgegangen werden kann[128].

   Mit Ausnahme von Schadenersatz wegen Mangelhaftigkeit, der immer verlangt werden kann, ist die Geltendmachung der anderen Mängelrechte des Bestellers dann ausgeschlossen, wenn dieser ein mangelhaftes Werk in Kenntnis der Mängel abnimmt, ohne sich seine Mängelrechte vorzubehalten, § 640 Abs. 2 BGB. Hier liegt eine bedeutende Abweichung zum Kaufrecht, wo dem Käufer die Mängelrechte auch dann erhalten bleiben, wenn er den Mangel bei Übergabe (nicht aber schon bei Vertragsabschluss!, § 442 BGB) kennt und sich nicht ausdrücklich die Geltendmachung von Rechten vorbehält.

4. Die Verjährung der Mängelrechte des Bestellers ist in § 634a BGB geregelt. Diese entsprechen von der Systematik den Verjährungsvorschriften beim Kauf, § 438 BGB; Unterschiede bestehen bei den Fristen.

   Grundsatz ist die regelmäßige Verjährungsfrist von **drei** Jahren (im Kaufrecht ist die „normale" Verjährungsfrist hingegen auf zwei Jahre verkürzt).

   Bei Werken, deren Erfolg in der Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache oder in der Erbringung von Planungs- oder Überwachungsleistungen hierfür bestehen, beträgt die Verjährungsfrist nur zwei Jahre. Handelt es sich bei dem Werk um ein Bauwerk oder entsprechende Planungs- oder Überwachungsleistungen, bleibt es bei der gewohnten 5-Jahres-Frist.

   In den beiden zuletzt genannten Fällen beginnt die Verjährung jeweils mit der Abnahme zu laufen.

5. Der bisherige § 651 BGB a.F. zum Werklieferungsvertrag enthielt eine schwierige Verweisung auf das Kaufrecht.

   Der Anwendungsbereich des § 651 BGB ist in der Neufassung wesentlich erweitert worden. Er betrifft nunmehr alle Fälle, welche die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand haben; bisher galt dies nur, wenn die Sache aus einem vom Werkunternehmer zu beschaffenden Stoff herzustellen war. Dies resultiert aus der Intention des Gesetzgebers, das Kaufvertragsrecht zum „Leitbild" aller Verträge zu machen, die auf die dauerhafte Übertragung von Gegenständen gegen Entgelt gerichtet sind. Die in § 651 BGB genannten Vorschriften aus dem Werkvertragsrecht gelten auch nicht, wie bisher, anstelle des sonst einschlägigen Kaufrechts, sondern daneben.

G. Auswirkungen auf die notarielle Praxis

1. Alle Auswirkungen auf die notarielle Praxis sind derzeit noch nicht absehbar. Augenfällig ist die Notwendigkeit, vertragliche Formulierungen vor allem an neue Terminologien und natürlich auch an neue gesetzliche Regelungen anzupassen. Daneben wird sich aber erst in Zukunft zeigen, inwieweit das neue Recht problemlos angewendet werden kann oder Abgrenzungen durch die Rechtsprechung entwickelt werden müssen; dies wird in die künftigen Verträge einzufließen haben.

124 vgl. hierzu oben bei FN 77.
125 LG Augsburg, MittBayNot 1997, 167, mit Aufsatz Basty, MittBayNot 1997, 149.
126 vgl. oben unter Abschnitt E Ziff. 2 Nr. 1.
127 vgl. Hertel, DNotZ 2002, 6, 13.
128 vgl. oben bei FN 104.

2. Im Vordergrund des „Gewährleistungsrechts" beim Kauf- und beim Werkvertrag steht der subjektive Fehlerbegriff. Auszugeben ist nach dem Gesetz von der Beschaffenheitsvereinbarung. Daraus kann sich die Notwendigkeit ergeben, im Kaufvertrag den Vertragsgegenstand näher zu beschreiben und ggf. bestimmte Beschaffenheiten zu vereinbaren oder gar unselbständige Garantien zu übernehmen.

   Die Beschaffenheitsvereinbarung gewinnt unter mehreren Gesichtspunkten an Bedeutung:

   Entspricht die Kaufsache/das hergestellte Werk nicht der vereinbarten Beschaffenheit, so liegt ein Mangel vor. Anders herum ausgedrückt: ist bei dem Vertragsgegenstand genau die vereinbarte Beschaffenheit gegeben (das muss nicht zwangsläufig „neuwertig und voll funktionstüchtig" sein), so ist kein Mangel gegeben, auch wenn die Verkehrsanschauung das Objekt als mangelhaft einstufen würde.

   Die vereinbarte Beschaffenheit ergibt sich beim Bauträgervertrag insbesondere aus der Baubeschreibung sowie (wichtig!) den hiervon abweichenden Vertragsvereinbarungen der Beteiligten („Sonderwünsche"!). Soweit möglich, sollte daher bereits im Vorfeld auf eine möglichst exakte Baubeschreibung hingewirkt werden. Dies um so mehr, als sich aus einer unklaren und unverständlichen Baubeschreibung ggf. eine unangemessene Benachteiligung des Erwerbers ergeben kann, § 307 Abs. 1 S. 2 BGB. Jedenfalls sind aber im Bauträgervertrag selbst die bereits feststehenden Sonderwünsche möglichst genau zu beschreiben, um die vereinbarte und damit vertragsgemäße Beschaffenheit zu dokumentieren.

   Auch im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs und sogar unter Privatleuten kann die Beschaffenheitsvereinbarung wichtig sein. Je nach Sachverhalt sollen im Kaufvertrag ggf. die Rechte des Käufers bei Mängeln ganz oder teilweise ausgeschlossen werden. Dies ist im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs sowie von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur stark eingeschränkt möglich und auch im Verkauf unter Privatleuten hinsichtlich des Schadenersatzanspruchs bei vorsätzlicher Pflichtverletzung ausgeschlossen (vgl. § 475 BGB, § 309 Nr. 7 BGB, § 309 Nr. 8 BGB, § 276 Abs. 3 BGB). Zudem beinhaltet § 476 BGB eine Beweislastumkehr zu Lasten des Verbrauchsgüter-Verkäufers, auch bei gebrauchten Sachen! Mangelrechte des Käufers liegen aber schon gar nicht vor, wenn die verkaufte Sache die vereinbarte Beschaffenheit hat, also mangelfrei nach der gesetzlichen Definition ist.

   Ist daher z. B. das Alter und der bauliche Zustand des verkauften Altbaus hinreichend genau beschrieben (evtl. unter Verwendung der Feststellungen eines Sachverständigen), so werden Mängelrechte des Käufers vielfach schon deshalb ausscheiden, weil der Bau dem so zu erwartenden Bauzustand entspricht und folglich mangelfrei ist. Ist der Altbau vertragsgemäß mit einem Alter von 50 Jahren und unter Hinweis darauf, dass die Wasserleitungen noch nie erneuert wurden, verkauft, so wird man die Notwendigkeit, die Wasserrohre demnächst auszutauschen, als noch im Rahmen der vereinbarten Beschaffenheit ansehen können, so dass der Käufer insoweit keine Mängelrechte hat.

   Auch bereits bei Vertragsschluss vorhandene und bekannte Mängel sollten noch stärker im Vertrag dokumentiert werden. Wie dargestellt, sind die Rechte des Käufers wegen eines Mangels dann ausgeschlossen, wenn er diesen bei Vertragsschluss kannte (oder kennen musste, vgl. § 442 Abs. 1 S. 2 BGB). Hierauf könnte der Verkäufer quasi als „Bonbon" hingewiesen werden, mit der Bitte, die bekannten Mängel im Vertrag zu offenbaren. Dies erscheint, wie bei der Beschaffenheitsvereinbarung, deswegen wichtig, weil die Mängelrechte des Käufers sehr viel weitergehend sind als bisher, einem Ausschluss der Mängelrechte dem gegenüber jedoch Grenzen gesetzt sind. Auf die evtl. Unzulässigkeit eines Ausschlusses von Mängelrechten kommt es aber nicht an, wenn, ohne „Mangel" i.S.d. 434 BGB, schon gar keine Mängelrechte vorliegen.

   Sind im Vertrag oder den Urkunden, auf die verwiesen ist, Flächenangaben enthalten (z.B. Grundstücksgröße bei der Beschreibung des Vertragsgegenstandes; Wohnflächenangabe in der Teilungserklärung), so sollte unbedingt klargestellt werden, ob es sich hierbei um eine Beschaffenheitsvereinbarung handelt (mit der Folge von Mängelrechten bereits bei geringfügigen Abweichungen) oder nur um „unverbindliche" Angaben.

3. Die Voraussetzungen des Verzugseintritts sind neu geregelt. Verzug ohne Mahnung kann auch dann eintreten, wenn für die Leistungszeit eine bestimmte Zeit ab Eintritt eines Ereignisses vereinbart ist. Dies sollte im Kaufvertrag entsprechend klargestellt werden.

Wann Verzug eintritt, hängt von den Fälligkeitsvereinbarungen im Kaufvertrag ab. Diese sind naturgemäß auf den jeweiligen Sachverhalt abzustellen. Ggf. kann Verzug auch ohne Mahnung eintreten in den Fällen des § 286 Abs. 2 BGB. Bedeutsam sind insoweit die Fälle der kalendermäßig bestimmbaren Leistungszeit nach einem Ereignis.

Der Vertrag sollte ggf. des weiteren einen Hinweis darauf enthalten, wann im konkreten Fall Verzug eintritt (mit oder ohne Mahnung). Auch ein Hinweis auf die gesetzlichen Verzugsfolgen erscheint jedenfalls so lange angebracht, bis die gesetzlichen Regelungen auch im allgemeinen Bewusstsein der Bevölkerung verankert sind.

Dem gegenüber scheint eine inhaltliche Ausgestaltung der Verzugsfolgen nicht mehr zwingend nötig[129]. Soll dennoch ein bestimmter Verzugszins vereinbart werden, so ist daran zu denken, dass es sich hierbei um einen pauschalierten Schadenersatz handelt, bei dem im Anwendungsbereich von Allgemeinen Geschäftsbedingungen dem anderen Teil ausdrücklich der Nachweis eines geringeren Schadens offen gehalten werden muss.

Auf Seiten des Verkäufers ist an eine Ausgestaltung der Rücktrittsrechte bei „Zahlungsverzug" (richtigerweise: Leistungsstörungen) zu denken:

in den eigenen Vertragsmustern sollte darauf geachtet werden, die bisherige Formulierung grundsätzlich zu überarbeiten. Wird z.B. der Halbsatz „Die Anwendung des § 454 BGB wird ausgeschlossen:" gestrichen und bleibt die Passage „dem Verkäufer steht damit bei Zahlungsverzug das gesetzliche Rücktrittsrecht zu.", so geht dies am Kern der neuen Regelung vorbei. Verzug (mit Nachfristsetzung und Ablehnungsandrohung) ist gerade keine Voraussetzung mehr für das Rücktrittsrecht des Verkäufers. Vielmehr hat der Verkäufer nach Fälligkeit, jedoch unabhängig vom Verzug, stets ein Rücktrittsrecht, wenn er erfolglos eine angemessene Nachfrist zur Zahlung gesetzt hat (mit den üblichen Ausnahmen des § 323 Abs. 2 BGB).

Eine Regelung der Rücktrittsvoraussetzungen erübrigt sich damit ggf. im Kaufvertrag. Denkbar ist jedoch ein

129 so insbesondere Hertel, DNotZ 2001, 910, 920; Wälzholz/Bülow MittBayNot 2001, 509, 511.

Hinweis an den Verkäufer auf seine Möglichkeiten.

Soll eine Regelung getroffen werden, so könnte man daran denken, dem Verkäufer bei Eintritt des Zahlungsverzugs ohne Nachfristsetzung das Rücktrittsrecht zu gewähren, die Obliegenheit der Fristsetzung also abzubedingen. Im Anwendungsbereich von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist dies freilich gemäß § 309 Nr. 4 BGB nicht möglich. Desweiteren könnte daran gedacht werden, anstelle der „angemessenen Frist" des Gesetzes eine bestimmte Frist im Vertrag zu vereinbaren.

4. Wegen vertraglich vereinbarter, aber vor allem auch wegen gesetzlicher Rücktrittsrechte (z.B. wegen Leistungsstörungen -> Mängelrechte, Kaufpreis etc.) ist ggf. eine Regelung der Rücktrittsfolgen zu überlegen. Dies insbesondere dann, wenn der Vertragsgegenstand bereits an den Käufer übergeben ist. In bestimmten Fällen scheidet eine gegenständliche Rückgabe nach den gesetzlichen Bestimmungen nämlich aus, § 346 Abs. 2 BGB, was nicht immer gewollt ist. Auch scheint die Verweisung wegen des Aufwendungsersatzes auf Bereicherungsrecht nicht immer befriedigend, wenn man die Fälle der „aufgedrängten Bereicherung" nicht dem Streit der Beteiligten vor Gericht überlassen will.

5. Wie bisher, wird man bei der Regelung der Rechtsfolgen von Mängeln ggf. zwischen Rechts- und Sachmängeln unterscheiden.

   Auch ein dem Käufer bekanntes Recht stellt nur dann keinen Mangel dar, wenn er dieses ausdrücklich übernimmt.

   Im Bereich des Grundstücksrechts ist unter Verbrauchern durch Individualvertrag der vollständige Ausschluss der Mängelrechte bei Sachmängeln weiterhin möglich[130], ausgenommen jedoch Schadenersatzansprüche wegen vorsätzlich herbeigeführter Schäden, § 276 Abs. 3 BGB. Besonderheiten ergeben sich beim Mitverkauf beweglicher Sachen, wenn es sich um einen Verbrauchsgüterkauf handelt.

   Diese Ausführungen führen zu der grundsätzlichen Überlegung, inwieweit ein Ausschluss insbesondere von Rechten wegen Sachmängeln immer die richtige Lösung ist.

   In notariellen Kaufverträgen wurde vielfach die Gewährleistung für Sachmängel grundsätzlich ausgeschlossen. Dies passierte jedoch nicht unbedingt deswegen, weil man die gesetzliche Regelung als unbefriedigend ansehen musste. Bereits bisher galt ein subjektiver Fehlerbegriff, wonach „Abweichungen von der Norm" dann keinen Fehler darstellten, wenn sie vertraglich so vereinbart waren. Unerhebliche Mängel schlossen die Gewährleistungsrechte insgesamt aus, ebenso die Kenntnis des Käufers von einem Mangel. Wegen der Mängelgewährleistung war auf den Zeitpunkt der Übergabe abzustellen; später zu Tage tretende Fehler begründeten, wenn sie nicht bereits bei Gefahrübergang vorhanden waren, keine Gewährleistungsrechte des Käufers.

   Der Ausschluss der Gewährleistung hatte daher vielfach eher den Sinn der Streitvermeidung. Schwierige Abgrenzungsfragen (-> liegt überhaupt ein Mangel vor?, wann ist er aufgetreten?, kannte der Käufer den Mangel bei Vertragsschluss? usw.) sollten schon überhaupt nicht auftreten. Eine solche Regelung ist der Allgemeinheit jedenfalls aus dem privaten Gebrauchtwagenhandel sowie bei gebrauchten Immobilien bekannt mit der Folge, dass sich der Kaufinteressent vor Vertragsschluss eingehend mit der Kaufsache befasst, diese prüft usw.. Diese Grundüberlegung erscheint auch weiterhin richtig.

   Bei der Frage, ob die gesetzlichen Mängelrechte nicht (ganz oder teilweise) beibehalten werden sollen, sind nunmehr auch die neuen Käuferrechte „Schadenersatz" und „Rücktritt" mit in die Überlegung einzubeziehen:

   wenn man sich fragt, welche Vereinbarungen der Vertragsbeteiligten zu den Mängelrechten dem jeweiligen Sachverhalt angemessen sind, ist stets zu bedenken, dass sowohl Rechts- wie auch Sachmängel künftig generell, wenn auch unter erweiterten Voraussetzungen, Schadenersatzansprüche und ein Rücktrittsrecht begründen. Zu überlegen ist daher stets, inwieweit ggf. Schadenersatzansprüche ausgeschlossen oder eingeschränkt werden sollen. Hierbei sind die gesetzlichen Schranken eines solchen Ausschlusses bzw. einer solchen Einschränkung zu beachten. Wegen des gesetzlichen Rücktrittsrechts sollte bedacht werden, inwieweit ein solches, z.B. wegen bestimmter Teilaspekte der Kaufsache (Defekt eines Zubehörteils des verkauften Hauses), auf den gesamten Vertrag durchschlagen soll. Insoweit sind natürlich stets die gesetzlichen Einschränkungen der Mängelrechte in § 281 Abs. 1 S. 3 BGB bzw. § 323 Abs. 5 BGB zu berücksichtigen.

   So gesehen, spricht künftig eher noch mehr dafür, im Rahmen des gesetzlich zulässigen die Käuferrechte bei Gebrauchtobjekten generell zu beschränken oder, soweit zulässig, ganz auszuschließen.

   Anders gilt freilich im Werkvertragsrecht. Der Werkunternehmer zeichnet für das von ihm hergestellte Werk verantwortlich; daher ist es nur konsequent, dass die Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen sowie zum Verbrauchsgüterkauf Einschränkungen der Mängelrechte nur äußerst begrenzt zulassen. Andererseits kann man sich durchaus fragen, ob nicht die nunmehr geltende gesetzliche Regelung mit einem „Vorrang" des Nacherfüllungsanspruchs, einer Möglichkeit für den Werkunternehmer, durch Mangelbeseitigung andere Rechte des Bestellers abzuwenden, sowie einem Abstellen auf die Erheblichkeit des Mangels bei Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen und Rücktrittsrecht nicht einen ohne Weiteres zufrieden stellenden Interessenausgleich darstellen, was ich aus aktueller Sicht zu bejahen tendiere. Es spricht für mich nicht viel dagegen, es im Bauträgervertrag wegen der Mängelrechte des Erwerbers hinsichtlich des Bauwerks insgesamt bei der gesetzlichen Regelung zu belassen.

6. Der Anwendungsbereich des Verbrauchsgüterkaufs ist auch in der notariellen Praxis breiter, als dies auf den ersten Blick erscheinen mag. Zwar betrifft der Verbrauchsgüterkauf nur bewegliche Sachen, aber eben nicht nur neu hergestellte bewegliche Sachen, sondern auch gebrauchte bewegliche Sachen wie Grundstückszubehör. Zudem ist der Unternehmerbegriff des § 14 BGB ein sehr weit gehender. Wie dargestellt, kann nach der Literaturmeinung u.U. auch ein Vermieter Unternehmer sein, ein „hauptberuflicher" Testamentsvollstrecker, der Insolvenzverwalter usw.

   Den Vertragsbeteiligten ist es möglicherweise nicht immer anzusehen, ob sie ein Verbraucher im Sinne dieser Auslegung sind. Hilfreich ist evtl. eine Klarstellung im Vertrag, auch wenn diese an der materiellen Rechtslage nichts ändert.

   Da § 475 BGB den vollständigen Ausschluss der Mängelrechte nicht zulässt, könnte sich bei undifferenzierter

130 Hertel, DNotZ 2002, 6, 16; Wälzholz/Bülow, MittBayNot 2001, 509, 516; Brambring, DNotZ 2001, 590.

Regelung im Kaufvertrag auch ein Wegfall des vereinbarten Ausschlusses bezüglich des Grundstücks und des Altbaus ergeben (ähnlich der Regelung in § 306 BGB = § 6 AGBG a.F., der eine geltungserhaltende Reduktion verbietet). Verkauft ist eine „einheitliche Sache"; eine undifferenzierte Regelung im Kaufvertrag fällt dann wegen § 475 BGB insgesamt oder bleibt insgesamt erhalten. Eine Beschränkung auf „den Grundstücksteil" soll nicht möglich sein (arg. § 475 Abs. 1 S. 2 BGB).

Deswegen ist zu überlegen, ob, wenn bewegliche Sachen mitverkauft sind, für diese nicht generell eine gesonderte Mängelregelung im Vertrag enthalten sein sollte. Zu beachten ist § 476 BGB mit der zwingenden Beweislastumkehr. Dies führt wieder zu der Ausgangsfeststellung, dass eine möglichst genaue Beschaffenheitsvereinbarung bereits Mängelrechte insgesamt ausschließen kann, so dass auf die Tücken der gesetzlichen Regelung nicht Rücksicht genommen zu werden braucht.

7. Jedenfalls im Anwendungsbereich von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (und nach mancher Meinung auch im Anwendungsbereich des Verbrauchsgüterkaufs, Begründung siehe vorstehend) sind Formulierungen wie „Mängelrechte des Käufers wegen Sachmängeln sind, soweit gesetzlich zulässig, ausgeschlossen" zumindest gefährlich.

   Dies wurde bereits bisher vertreten und folgt nunmehr direkt aus dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB. Hiernach müssen die Regelungen klar und verständlich sein, um unangreifbar zu bleiben. „Soweit zulässig" ist jedoch eine schwammige Formulierung, die dem Käufer nicht klar zu verstehen gibt, welche Rechte ihm im konkreten Fall verbleiben. Der Notar sollte daher zumindest darauf hinweisen, welche Mängelrechte gesetzlich nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden können bzw. unter welchen Voraussetzungen ein primär „zweitrangiges" Recht doch geltend gemacht werden kann (z.B. Rücktritt nach erfolgloser Nachbesserung). Anstelle eines bloßen Hinweises könnte auch die ausdrückliche Ausnahme dieser Punkte vom generellen Ausschluss formuliert werden. Es ist dem Einzelnen überlassen, ob er sich mit dem jeweiligen Gesetzeszitat (Paragrafennummer) begnügt oder dies im Vertrag näher umschreibt. Zu weitgehend wäre es m.E., die Beschränkung auf das bloße Gesetzeszitat als unklar und unverständlich anzusehen.

8. „Leitbild" des Vertrags für die dauerhafte entgeltliche Überlassung einer Sache ist, wie ausgeführt, künftig noch mehr der Kaufvertrag. Der Anwendungsbereich des Werkvertrags ist dem gegenüber weiter eingeschränkt. § 445 BGB, der die entsprechende Anwendung bestimmter Kaufvorschriften auf kaufähnliche Verträge vorschrieb, wurde nach der amtlichen Begründung[131] ersatzlos gestrichen, weil der bisherige Regelungsinhalt selbstverständlich sei.

   Der Verkauf eines gerade erst fertig gestellten Hauses durch den Werkunternehmer wurde bisher noch den werkvertraglichen Regeln unterworfen. Dies hing vor allem mit der unbefriedigenden Gewährleistung des Kaufrechts zusammen. Die Rechte des Käufers/Bestellers bei einem Mangel sind im neuen Recht jedoch weitgehend angenähert[132]. Es bleibt daher abzuwarten, ob der Verkauf eines bereits fertig gestellten, wenngleich neuwertigen Hauses künftig dem Kaufrecht unterliegen soll, was der Sache nach sicherlich richtiger ist.

9. Der Bauträgervertrag wurde bisher von der h.M. als Vertrag eigener Art mit kauf- und werkvertraglichen Elementen angesehen. Auch diese Einordnung erfolgte vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Gewährleistungsregeln.

   Auch insoweit bleibt abzuwarten, wie die Rechtsprechung den Bauträgervertrag künftig einordnen wird. Jedenfalls soweit der Bauträger über die reinen Bauleistungen hinaus auch bewegliche Sachen mitverkauft (z.B. Einbauküche, Badezimmereinrichtungen usw.), werden die Bestimmungen des Verbrauchsgüterkaufs anwendbar sein, vgl. § 475 BGB, der auch Umgehungsgeschäfte ausschließt. Der Mitverkauf solcher Sachen hat dann kaufrechtliche Elemente, so dass auch der Mangelbegriff des Kaufrechts anwendbar sein kann. Hier ist insbesondere § 434 Abs. 1 S. 3 BGB über die Zurechnung von Werbeaussagen Dritter (des Herstellers) zu nennen. Möglicherweise muss sich künftig der Bauträger wegen des verkauften Kristallglasspiegels bzw. des Brauseduschkopfs im Bad die Werbung des Herstellers zurechnen lassen.

10. Im übrigen verweise ich wegen der Auswirkungen auf die notarielle Praxis auf meine nachstehenden Formulierungsversuche. In den dortigen Anmerkungen sind ebenfalls noch Erläuterungen enthalten, weshalb eine bestimmte Formulierung gewählt wurden.

H. Fazit

Die Schuldrechtsreform ist da!

Die gesetzliche Neuregelung bringt viele Änderungen. Neben systematischen Vereinfachungen sind, auch aufgrund von europarechtlichen Vorgaben, neue Stolpersteine enthalten. Auch in der näheren Zukunft wird der Rechtsanwender die Entwicklung, insbesondere in der Rechtsprechung genau verfolgen müssen, um seine Formulierungen ggf. wieder hieran anzupassen.

Meines Erachtens führen die Neuregelungen in der notariellen Praxis dazu, dass der jeweilige Vertrag noch stärker als bisher auf den Einzelfall abgestellt werden muss. Das Vertragsmuster „Kaufvertrag" gibt es nicht. Selbst ein Vertragsmuster „Kaufvertrag über vermietete Eigentumswohnung mit Grundpfandrechtsbelastungen" ist ggf. noch zu unspezifisch, wenn man an das mitverkaufte Zubehör, die Regelungen zum Verbrauchsgüterkauf, den Verzug denkt. Ich begreife das allerdings als Chance, den Stellenwert des Notars als unabhängigen und unparteiischen, sachkundigen Berater, als ggf. ausgleichendes Moment widerstreitender Interessen und als Urkundsperson (Beweiskraft etc.) in der Bevölkerung wieder stärker ins Bewusstsein zu rücken sowie die Richtigkeit der gesetzgeberischen Entscheidung, den Abschluss mancher Geschäfte an die Mitwirkung eines Notars zu binden, herauszustellen.

Es bleibt spannend!

I. Formulierungsversuche

Nachfolgend stelle ich einige Formulierungsversuche zum neuen Recht vor[133]. Hierbei ist selbstverständlich zu beachten, dass es sich um erste Gehversuche auf zum Teil noch ungewohntem Terrain handelt. Die Formulierungsvorschläge

131 a.a.O. (FN 18), S. 203 linke Spalte.
132 sehr instruktiv zu den Unterschieden im Detail Hertel, DNotZ 2002, 6, 18 f.

133 weitere Formulierungsvorschläge vor allem bei Wälzholz/Bülow a.a.O; Amann, Brambring, Hertel, a.a.O.

sind daher mit der gebotenen Vorsicht und Aufmerksamkeit zu lesen und auf keinen Fall unbesehen zu übernehmen.

Der „Einfachheit" halber lehne ich mich an bisher z.T. verwendete Formulierungen an, die ich dann das neue Recht anpasse. Die Vorschläge sind bewusst ausführlich und lang. M.E. ist es einfacher, aus einem gegebenen Text das „Unnötige" herauszustreichen, als hinterher etwas hinzufügen zu müssen.

Die bisherige und die neue Formulierung werden gegenüber gestellt. Wichtige Änderungen sind **fett** hervorgehoben. Im Anschluss an den Formulierungsvorschlag gebe ich einige Erläuterungen, weshalb ich die betreffende Formulierung gewählt habe.

1. Vertragsgegenstand (Kaufvertrag, mit Anmerkung zum Bauträgervertrag)

bisherige Formulierung:

„§
Vertragsbeteiligte, Vertragsgegenstand

– nachstehend, auch bei Personenmehrheit, „der Verkäufer genannt" genannt –,

verkauft an

,– Beteiligungsverhältnis –,

– nachstehend, auch bei Personenmehrheit, „der Erwerber genannt" genannt –,

das im Grundbuch von eingetragene Grundstück/Wohnungseigentum der Markung, nämlich

Mitverkauft sind die aufstehenden Gebäulichkeiten, alle Bestandteile sowie das gesetzliche Zubehör, über dessen Umfang Einigkeit besteht. Mitverkauft ist/sind insbesondere. Auf die mitverkauften Gegenstände entfällt ein Kaufpreisanteil von, welcher im nachstehenden Gesamtkaufpreis enthalten ist. Auf eine weitere Einzelverzeichnung wird verzichtet. Über den Eigentumsübergang an den mitverkauften beweglichen Sache, aufschiebend bedingt auf den Zeitpunkt vollständiger Kaufpreiszahlung, besteht Einigkeit."

neue Formulierung:

„§
Vertragsbeteiligte, Vertragsgegenstand

– nachstehend, auch bei Personenmehrheit, „der Verkäufer genannt" genannt – ,

verkauft an

,– Beteiligungsverhältnis –,

– nachstehend, auch bei Personenmehrheit, „der Käufers genannt" genannt –,

das im Grundbuch von eingetragene Grundstück/Wohnungseigentum der Markung, nämlich

Es handelt sich um *Beschaffenheitsvereinbarung! ggf.:* Die angegebene Fläche stellt keine vereinbarte Beschaffenheit dar.

Mitverkauft sind die aufstehenden Gebäulichkeiten, alle Bestandteile sowie das gesetzliche Zubehör, über dessen Umfang Einigkeit besteht. Mitverkauft ist/sind insbesondere ***möglichst genaue Beschreibung***. Auf die mitverkauften Gegenstände entfällt ein Kaufpreisanteil von, welcher im nachstehenden Gesamtkaufpreis enthalten ist. Auf eine weitere Einzelverzeichnung wird verzichtet. Über den Eigentumsübergang an den mitverkauften beweglichen Sache, aufschiebend bedingt auf den Zeitpunkt vollständiger Kaufpreiszahlung, besteht Einigkeit."

Anmerkungen:

Im Zentrum des neuen Sachmangelrechts bei Kaufvertrag und Werkvertrag steht die „vertraglich vereinbarte Beschaffenheit" der Sache, vgl. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB bzw. § 633 Abs. 2 S. 1 BGB.

Ist eine bestimmte Beschaffenheit vereinbart (z.B.: „gebrauchtes Haus Baujahr X mit 20 Jahre alter Einbauküche"), und liegt diese Beschaffenheit auch vor, so ist sind kein Sachmangel und damit auch keine Sachmängelrechte des Käufers gegeben. Kennt ein Käufer den Mangel bereits bei Vertragabschluss, oder hätte er ihn kennen müssen (vgl. § 442 Abs. 1 BGB), dann stehen ihm ebenfalls keine Mängelrechte zu. Dann kommt es auf die schwierigen Fragen, inwieweit im Einzelfall (Verbrauchsgüterkauf, Allgemeine Geschäftsbedingungen, § 276 Abs. 3 BGB) Mängelrechte ausgeschlossen oder eingeschränkt werden können, schon gar nicht an.

Zu überlegen ist, ob die im Vertrag (gem. § 28 GBO) angegebene **Grundstücksfläche** eine vereinbarte Beschaffenheit darstellen kann. Jedenfalls dann, wenn nicht Sachmängelrechte des Käufers ausgeschlossen sind, könnten dann bereits bei geringfügigen Abweichungen Mängelrechte bestehen. Insoweit erscheint eine Klarstellung angezeigt.

Besonders wichtig ist die genaue **Beschaffenheitsvereinbarung** im **Bauträgervertrag** (Baubeschreibung, Sonderwunschregelung!). Insoweit wird jeder Notar selbst seine bisher verwendeten Formulierungen überprüfen müssen. Auch hier sollten insbesondere evtl. Wohn- und Nutzflächenangaben innerhalb und außerhalb der Urkunde (Aufteilungsplan!) bedacht und ggf. eine entsprechende Regelung aufgenommen werden:

„Wohn- und Nutzflächenangaben des Bauträgers innerhalb und außerhalb der Urkunde stellen keine vereinbarte Beschaffenheit dar. Abweichungen bis zu 1 v.H. der Angaben in *z.B. der Teilungserklärung* begründen noch keine Mängelrechte des Erwerbers."

Die sich aus den Vorschriften über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen ergebenden Grenzen sind freilich zu beachten: Freizeichnungsklauseln für Flächenabweichungen von 3 v.H. und mehr werden von der Rechtsprechung als unwirksam angesehen.

Wegen des **mitverkauften Zubehörs** sei nochmals auf den Aufsatz von Göhler, BWNotZ 1998, 142, hingewiesen. Wird, wie hier vorgeschlagen, die Formulierung nicht auf das dem Verkäufer gehörende Zubehör beschränkt, ist jedenfalls auch deutlich die Einigung nach § 929 BGB über den Eigentumswechsel zu erklären, weil die Zweifelsregelung in § 926 BGB bei der Auflassung stets nur das dem Verkäufer gehörende Zubehör erfasst.

2. Fälligkeit (ungenutztes, aber belastetes Objekt, das jederzeit übergeben werden kann – mit Anmerkung zum vom Verkäufer oder einem Dritten genutzten Objekt) – Verzugseintritt gem. § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB

bisherige Formulierung:

„§

Kaufpreis, Fälligkeit, Verzug

Der Kaufpreis beträgt

€ (Euro).

Er ist in einem Betrag zur Zahlung fällig acht (8) Tage, nachdem

- zu Gunsten des Käufers eine Übereignungsvormerkung „rangrichtig" eingetragen worden ist,
- der Verkäufer die in § x genannten, vom Käufer nicht übernommenen Belastungen zur Löschung gebracht hat,
- die in § y genannten Genehmigungen und Bescheinigungen in grundbuchgemäßer Form vorliegen,

sowie nur Zug um Zug gegen Besitzübergabe.

ggf: Die Beteiligten werden die Fälligkeitsvoraussetzungen selbst überwachen; der Notar soll hierwegen nicht tätig werden. *oder:* Der Notar wird den Beteiligten das Vorliegen der vorstehend genannten Verzugsvoraussetzungen schriftlich bescheinigen.

Bis zur Zahlungsfälligkeit sind Zinsen nicht zu entrichten. Bei Fälligkeit ist der Kaufpreis zahlbar ausschließlich auf das Konto Nr. bei der (BLZ:). Maßgeblich für die Rechtzeitigkeit der Zahlung ist der Tag der Wertstellung auf dem vorbezeichneten Konto. Verzug tritt ggf. bereits mit Zugang einer Mahnung oder anderen Zahlungsaufforderung ein. Bei Zahlungsverzug wären noch ausstehende Kaufpreisteile mit ?? v.H. für das Jahr zu verzinsen. Die Geltendmachung eines weitergehenden Schadens ist nicht ausgeschlossen. Der Notar hat die gesetzlichen Verzugsvoraussetzungen aufgrund des „Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen" sowie diese, vom Gesetz abweichende Verzugsregelung erläutert.

Sicherheitsleistung oder Zwangsvollstreckungsunterwerfung werden nach Belehrung nicht vereinbart. Die Anwendung des § 454 BGB wird ausgeschlossen: dem Verkäufer damit ggf. das gesetzliche Rücktrittsrecht unter dessen Voraussetzungen zu."

neue Formulierung:

„§

Kaufpreis, Fälligkeit, Verzug

Der Kaufpreis beträgt

€ (Euro).

Er ist in einem Betrag zur Zahlung fällig acht (8) Tage, nachdem

- zu Gunsten des Käufers eine Übereignungsvormerkung „rangrichtig" eingetragen worden ist,
- der Verkäufer die in § x genannten, vom Käufer nicht übernommenen Belastungen zur Löschung gebracht hat,
- die in § y genannten Genehmigungen und Bescheinigungen in grundbuchgemäßer Form vorliegen,
- der Verkäufer dem Käufer seinen Auszug, die Räumung und den Übergabetermin schriftlich mitgeteilt hat,

und **bei Fälligkeit nur zahlbar** Zug um Zug gegen Besitzübergabe.

ggf: Die Beteiligten werden die Fälligkeitsvoraussetzungen selbst überwachen; der Notar soll hierwegen nicht tätig werden. *oder:* Der Notar wird den Beteiligten das Vorliegen der vorstehend genannten Verzugsvoraussetzungen schriftlich bescheinigen.

Bis zur Zahlungsfälligkeit sind Zinsen nicht zu entrichten. Bei Fälligkeit ist der Kaufpreis zahlbar ausschließlich auf das Konto Nr. bei der (BLZ:). Maßgeblich für die Rechtzeitigkeit der Zahlung ist der Tag der Wertstellung auf dem vorbezeichneten Konto. **Im Falle nicht rechtzeitiger Zahlung gelten die Verzugsbestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, die vom Notar hinsichtlich Voraussetzungen und Rechtsfolgen erläutert wurden: der Notar wies darauf hin, dass gemäß der vorstehenden Vereinbarung Verzug des Käufers auch ohne besondere Mahnung eintreten kann, und dass im Verzugsfalle 5 Prozentpunkte über dem jeweiligen Basiszinssatz, derzeit also ?? *v.H.*, jährlich zu leisten wären, wobei der Verkäufer ggf. auch einen noch darüber hinaus gehenden Schaden geltend machen kann.**

Sicherheitsleistung oder Zwangsvollstreckungsunterwerfung werden nach Belehrung nicht vereinbart. **Auf das gesetzliche Rücktrittsrecht des Verkäufers bei nicht vertragsgemäßer Kaufpreiszahlung sowie auf dessen Voraussetzungen hat der Notar hingewiesen.**"

Anmerkungen:

1. Der vorstehende Formulierungsversuch stellt natürlich nur einen der zahlreichen denkbaren Varianten dar. Es kommt naturgemäß immer darauf an, was die Beteiligten vereinbaren wollen: kommt es ihnen auf einen bestimmten Tag an (wegen des schon bestellten Möbelwagens), dann bleibt es bei „fällig am XX, jedoch nicht bevor..". Damit ist freilich der Verzugseintritt ohne Mahnung nicht erreichbar.

   Um Verzugseintritt ohne Mahnung gem. § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB zu erreichen, darf die Fälligkeit des Kaufpreises nicht auch von der Übergabe abhängig gemacht werden, da, nach der gesetzlichen Regelung, einem bestimmten Ereignis eine angemessene, nach dem Kalender bestimmbare Zeit nachzufolgen hat. Dies ist bei „fällig Zug um Zug gegen Besitzübergabe" evtl. nicht der Fall. Daher wird hier die Formulierung „bei Fälligkeit zahlbar Zug um Zug gegen Besitzübergabe" vorgeschlagen, als reine Zug-um-Zug-Vereinbarung mit der Folge des Zurückbehaltungsrechts nach § 273 BGB, und der Fälligkeit eine Räumungsmitteilung des Verkäufers vorgeschaltet.
2. Im vorliegenden Fall kommt es nicht darauf an, ob eine (konstitutive oder deklaratorische) Fälligkeitsmitteilung des Notars über das Vorliegen der Fälligkeitsvoraussetzungen vereinbart wird oder nicht. Die Voraussetzungen des § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB sind auch so erfüllt.

   Da das Vorliegen der Voraussetzungen ggf. aber nur schwer festzustellen ist, kommt evtl. die Vereinbarung einer konstitutiven Fälligkeitsmitteilung des Notars (als Ereignis i.S.d. § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB) in Betracht:

„Er ist in einem Betrag zur Zahlung fällig acht (8) Tage nach Zugang einer Mitteilung des Notars, dass

- zu Gunsten des Käufers eine Übereignungsvormerkung „rangrichtig" eingetragen worden ist,
- der Verkäufer die in § x genannten, vom Käufer nicht übernommenen Belastungen zur Löschung gebracht hat,
- die in § y genannten Genehmigungen und Bescheinigungen in grundbuchgemäßer Form vorliegen,

und bei Fälligkeit nur zahlbar Zug um Zug gegen Besitzübergabe."

3. Kommt es den Beteiligten (z.B. beim selbst genutzten Objekt) nicht so sehr auf eine bestimmte Zahlungsfällig-

keit, als vielmehr auf einen bestimmten Räumungs- oder Übergabetermin an, so lässt sich m.E. mit den Mitteln des § 286 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 BGB Verzug des Käufers ohne Mahnung kaum erreichen: häufig hängt die Kaufpreiszahlung noch von weiteren Voraussetzungen neben der Räumung/Übergabe ab (Vormerkung, Lastenfreistellung, Genehmigungen etc.) ab. Dann liegt weder ein Fall des § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB (wie bisher: ein ausschließlich nach dem Kalender bestimmbarer Termin) noch ein Fall des § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB vor (weil keine Frist ab Ereignis, sondern, vom Grundsatz her, ein fester Termin vereinbart ist). Zum Verzugseintritt bedarf dann es einer Mahnung:

„Im Falle nicht rechtzeitiger Zahlung gelten die Verzugsbestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, die vom Notar hinsichtlich Voraussetzungen und Rechtsfolgen erläutert wurden: der Notar wies darauf hin, dass gemäß der vorstehenden Vereinbarung Verzug des Käufers grundsätzlich erst **aufgrund einer Mahnung des Verkäufers nach Fälligkeit eintritt**, und dass im Verzugsfalle 5 Prozentpunkte über dem jeweiligen Basiszinssatz, derzeit also *?? v.H.*, jährlich zu leisten wären, wobei der Verkäufer ggf. auch einen noch darüber hinaus gehenden Schaden geltend machen kann."

4. Falls sich der Käufer wegen der Kaufpreisforderung der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft, ist an die unterschiedliche Verjährung wegen des Übereignungsanspruchs einerseits (10 Jahre, § 196 BGB) und des titulierten Kaufpreisanspruchs andererseits (30 Jahre, § 197 As. 1 Nr. 4 BGB) zu denken. Im Wege der vertraglichen Vereinbarung kann eine Angleichung erreicht werden (vgl. § 202 BGB, maximal 30 Jahre „ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn").

3. Kaufpreisfälligkeit im Bauträgervertrag (mit Anmerkung zu Erschließungskosten)

bisherige Formulierung:

„§

Kaufpreis, Fälligkeit, Verzug

1. Der Kaufpreis beträgt

€ (Euro).

Hiervon entfallen auf den Grund und Boden.

2. Der Verkauf erfolgt schlüsselfertig zum Festpreis. Der Kaufpreis ändert sich daher auch dann nicht, wenn die Herstellungskosten für das Bauvorhaben und die Selbstkosten des Verkäufers für Grund und Boden den Kaufpreis übersteigen sollten. Im Kaufpreis sind also enthalten:
   - sämtliche Kosten für Grund und Boden, für die schlüsselfertige Erstellung des Vertragsgegenstands (jedoch ohne Sonderwünsche, soweit vorstehend nicht bereits erwähnt) mit Außenanlagen entsprechend der Bauverpflichtung, also einschließlich Kosten der Erstellung der Teilungserklärung sowie deren Vollzug, Architektenhonorar, Kosten für Statik, Prüfstatik, Planfertigung, Fachleute für Haustechnik und Stromanschlußkosten usw.,
   - alle Erschließungs- und Anliegerbeiträge nach dem BauGB sowie dem KAG in Verbindung mit den einschlägigen Ortssatzungen, die für die Ersterschließung und im Zusammenhang mit der Errichtung des Vertragsgegenstandes sowie dessen Anschluss an das öffentliche Ver- und Entsorgungsnetz entstehen. Der Notar hat über die öffentlich-rechtliche Haftung des Grundstückseigentümers für solche Kosten belehrt; ggf. sind die Beteiligten untereinander zum Ausgleich verpflichtet.

   Nicht im Kaufpreis enthalten und daher vom Erwerber ggf. gesondert zu zahlen sind:
   - evtl. künftige Sonderwünsche des Erwerbers
   - Notariats- und Grundbuchkosten für diesen Vertrag und seine Durchführung,
   - die Kosten der Vermessung und Vermarkung der Baulichkeiten und der Fortschreibung des Liegenschaftskatasters,
   - die Grunderwerbsteuer,
   - die Kosten der Fremdfinanzierung des Erwerbers einschließlich der Notariats- und Grundbuchkosten für die Eintragung von Grundpfandrechten,

   ggf: Umsatzsteuerklausel
3. Zur Sicherung des Erwerbers wird vereinbart, dass der Kaufpreis entsprechend der Verordnung über Abschlagszahlungen beim Bauvertrag nur nach Maßgabe der Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV) in der derzeit gültigen Fassung zur Zahlung fällig wird. Hiernach wird der Kaufpreis nur nach Vorliegen folgender allgemeiner Voraussetzungen zur Zahlung fällig (§ 3 MaBV), die jedoch vom Notar nicht überwacht oder mitgeteilt werden:
   a) dieser Vertrag muss rechtswirksam sein, die für seinen Vollzug erforderlichen Genehmigungen müssen vorliegen und der Notar dies (mindestens) schriftlich bestätigt haben – *(Regelung je nach Sachverhalt)* –,
   b) für den Erwerber muss im Grundbuch an vertragsgerechter „Rangstelle" eine Übereignungsvormerkung eingetragen sein – die Beteiligten werden diese Voraussetzung selbst überwachen –,
   c) alle das Vertragsobjekt belastenden Grundpfandrechte, die dieser Vormerkung im Range vorgehen oder gleichstehen und nicht übernommen werden sollen, müssen vor oder gleichzeitig mit der Eintragung der Vormerkung im Grundbuch gelöscht werden oder deren Löschung nach näherer Maßgabe des § 3 MaBV sichergestellt sein, – *(Regelung je nach Sachverhalt)* –,
   d) die Baugenehmigung muss erteilt sein oder, wenn eine solche nicht erforderlich ist, ein Ersatztatbestand nach § 3 Abs. 1. S. 1 Nr. 4 MaBV vorliegen („Baufreigabe") – dies ist nach Angaben des Verkäufers der Fall –.

   Der Verkäufer ist berechtigt, die nachstehenden Kaufpreisraten auch ohne Vorliegen der vorgenannten allgemeinen Fälligkeitsvoraussetzungen anzufordern, wenn dem Käufer Sicherheit i.S.d. §§ 2 und 7 MaBV geleistet worden ist. Der Austausch der Sicherungssysteme bleibt vorbehalten. Der Notar hat diese Vereinbarungen ausführlich erläutert.
4. Liegen die genannten Voraussetzungen vor, so ist der Kaufpreis entsprechend dem tatsächlichen Bauablauf in höchsten sieben (7) Einzelraten bei Erreichen des entsprechenden, nachgenannten Bautenstandes zur Zahlung fällig. Die Höhe der Raten legt der Verkäufer aus den Vom-Hundert-Sätzen nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 MaBV wie folgt fest:

   (folgt: Ratenzahlungsplan)
5. Die jeweilige Fälligkeit einer Rate teilt der Verkäufer dem Käufer durch schriftliche Zahlungsaufforderung mit, welcher eine Bestätigung des örtlichen Bauleiters über den erreichten Bautenstand beizuliegen hat; der Käufer kann sich auch selbst vom Vorliegen der Fälligkeitsvoraussetzungen überzeugen. Die Kaufpreisrate ist sodann innert vierzehn (14) Tagen auf das nachstehende Konto zu bezahlen.

6. Sämtliche Zahlungen sind zu leisten ausschließlich auf das Objekt-Konto des Verkäufers Nr. bei der (BLZ:). Der Verkäufer kann also nur Zahlung auf dieses Konto verlangen. Maßgeblich für die Rechtzeitigkeit ist der Tag der Wertstellung auf diesem Konto.
7. Bis zur jeweiligen Fälligkeit einer Rate sind Zinsen nicht zu entrichten.

   Im Verzugsfalle sind an den Verkäufer auf die Dauer des Verzugs v.H. Verzugszinsen zu leisten. Weitergehende Verzugsrechte und der Nachweis eines geringeren Schadens bleiben vorbehalten. Die Anwendung des § 454 BGB wird ausgeschlossen: dem Verkäufer steht damit im Falle der Nichtzahlung durch den Käufer das gesetzliche Rücktrittsrecht unter dessen Voraussetzungen zu.

   Die gesetzlichen Verzugsvoraussetzungen nach der Neuregelung durch das „Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen" wurden vom Notar erläutert: 30 Tage nach Fälligkeit und Zugang der Zahlungsaufforderung tritt ohne weiteres Verzug ein. Die Vertragsbeteiligten vereinbaren abweichend hiervon, dass der Käufer auch vor Ablauf der 30-Tage-Frist in Verzug kommt, wenn er auf eine der Fälligkeit und dem Zugang der Zahlungsaufforderung nachfolgende Mahnung des Verkäufers nicht zahlt.
8. Sicherheitsleistung oder Zwangsvollstreckungsunterwerfung durch den Käufer werden nach Belehrung durch den Notar nicht vereinbart."

neue Formulierung:

„§

Kaufpreis, Fälligkeit, Verzug

1. Der Kaufpreis beträgt

   € (Euro).

   Hiervon entfallen auf den Grund und Boden.
2. Der Verkauf erfolgt schlüsselfertig zum Festpreis. Der Kaufpreis ändert sich daher auch dann nicht, wenn die Herstellungskosten für das Bauvorhaben und die Selbstkosten des Verkäufers für Grund und Boden den Kaufpreis übersteigen sollten. Im Kaufpreis sind also enthalten:
   - sämtliche Kosten für Grund und Boden, für die schlüsselfertige Erstellung des Vertragsgegenstands (jedoch ohne Sonderwünsche, soweit vorstehend nicht bereits erwähnt) mit Außenanlagen entsprechend der Bauverpflichtung, also einschließlich Kosten der Erstellung der Teilungserklärung sowie deren Vollzug, Architektenhonorar, Kosten für Statik, Prüfstatik, Planfertigung, Fachleute für Haustechnik und Stromanschlußkosten usw.,
   - alle Erschließungs- und Anliegerbeiträge nach dem BauGB sowie dem KAG in Verbindung mit den einschlägigen Ortssatzungen, die für die Ersterschließung und im Zusammenhang mit der Errichtung des Vertragsgegenstandes sowie dessen Anschluss an das öffentliche Ver- und Entsorgungsnetz entstehen. Der Notar hat über die öffentlich-rechtliche Haftung des Grundstückseigentümers für solche Kosten belehrt; ggf. sind die Beteiligten untereinander zum Ausgleich verpflichtet.

Nicht im Kaufpreis enthalten und daher vom Erwerber ggf. gesondert zu zahlen sind:

- evtl. künftige Sonderwünsche des Erwerbers
- Notariats- und Grundbuchkosten für diesen Vertrag und seine Durchführung,
- die Kosten der Vermessung und Vermarkung der Baulichkeiten und der Fortschreibung des Liegenschaftskatasters,
- die Grunderwerbsteuer,
- die Kosten der Fremdfinanzierung des Erwerbers einschließlich der Notariats- und Grundbuchkosten für die Eintragung von Grundpfandrechten.

ggf: Umsatzsteuerklausel

3. Zur Sicherung des Erwerbers wird vereinbart, dass der Kaufpreis entsprechend der Verordnung über Abschlagszahlungen beim Bauvertrag nur nach Maßgabe der Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV) in der derzeit gültigen Fassung zur Zahlung fällig wird. **Hiernach tritt Kaufpreisfälligkeit nur nach Vorliegen folgender allgemeiner Voraussetzungen ein (§ 3 MaBV)**, die jedoch grundsätzlich vom Notar nicht überwacht oder mitgeteilt werden:

   a) dieser Vertrag muss rechtswirksam sein, die für seinen Vollzug erforderlichen Genehmigungen müssen vorliegen und der Notar dies (mindestens) schriftlich bestätigt haben – *(Regelung je nach Sachverhalt)* –,
   b) für den Erwerber muss im Grundbuch an vertragsgerechter „Rangstelle" eine Übereignungsvormerkung eingetragen sein – die Beteiligten werden diese Voraussetzung selbst überwachen –,
   c) alle das Vertragsobjekt belastenden Grundpfandrechte, die dieser Vormerkung im Range vorgehen oder gleichstehen und nicht übernommen werden sollen, müssen vor oder gleichzeitig mit der Eintragung der Vormerkung im Grundbuch gelöscht werden oder deren Löschung nach näherer Maßgabe des § 3 MaBV sichergestellt sein, – *(Regelung je nach Sachverhalt)* –,
   d) die Baugenehmigung muss erteilt sein oder, wenn eine solche nicht erforderlich ist, ein Ersatztatbestand nach § 3 Abs. 1. S. 1 Nr. 4 MaBV vorliegen („Baufreigabe") – dies ist nach Angaben des Verkäufers der Fall –.

   Der Verkäufer ist berechtigt, die nachstehenden Kaufpreisraten auch ohne Vorliegen der vorgenannten allgemeinen Fälligkeitsvoraussetzungen anzufordern, wenn dem Käufer Sicherheit i.S.d. §§ 2 und 7 MaBV geleistet worden ist. Der Austausch der Sicherungssysteme bleibt vorbehalten. Der Notar hat diese Vereinbarungen ausführlich erläutert.

   Unter den Vertragsbeteiligten ist weiter vereinbart, dass der Kaufpreis erst zur Zahlung fällig wird, nachdem der Verkäufer dem Käufer eine (allgemeine oder auftragsbezogene) Freistellungsbescheinigung gem. § 48b EStG vorgelegt hat; diese ist zudem dauernd aufrecht zu erhalten. *ggf: Beifügen einer Kopie zum Vertrag*. Wird die Freistellungsbescheinigung vom Finanzamt widerrufen, oder läuft ihre Geltungsdauer ab, ohne dass sie verlängert bzw. neu erteilt wird, ist der Käufer unverzüglich vom Verkäufer zu unterrichten. Im übrigen ist es dem Käufer freigestellt, die Gültigkeit der Bescheinigung entsprechend dem Hinweis der Finanzbehörde zu überprüfen. Der Notar hat die Rechtslage und die vorstehenden Vereinbarungen erläutert. (ggf. weitergehende Vereinbarungen – Rücktrittsvorbehalte etc. im Falle der Nichterteilung).
4. Liegen die genannten Voraussetzungen vor, so ist der Kaufpreis entsprechend dem tatsächlichen Bauablauf in höchsten sieben (7) Einzelraten zu erbringen. Die Höhe der Raten legt der Verkäufer aus den Vom-Hundert-Sätzen nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 MaBV wie folgt fest:

   (folgt: Ratenzahlungsplan)

   Die entsprechende Rate ist zur Zahlung fällig innert vierzehn (14) Tagen nach Zugang einer entsprechen-

den schriftlichen Zahlungsaufforderung durch den Verkäufer, welcher eine Bestätigung des örtlichen Bauleiters über den erreichten Bautenstand beizuliegen hat; der Käufer kann sich auch selbst vom Vorliegen der Fälligkeitsvoraussetzungen überzeugen.

6. Sämtliche Zahlungen sind zu leisten ausschließlich auf das Objekt-Konto des Verkäufers Nr. bei der (BLZ:). Der Verkäufer kann also nur Zahlung auf dieses Konto verlangen. Maßgeblich für die Rechtzeitigkeit ist der Tag der Wertstellung auf diesem Konto.

7. Bis zur jeweiligen Fälligkeit einer Rate sind Zinsen nicht zu entrichten.

   Im Falle nicht rechtzeitiger Zahlung gelten die Verzugsbestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, die vom Notar hinsichtlich Voraussetzungen und Rechtsfolgen erläutert wurden: der Notar wies darauf hin, dass gemäß der vorstehenden Vereinbarung Verzug des Käufers auch ohne besondere Mahnung eintreten kann, und dass im Verzugsfalle 5 Prozentpunkte über dem jeweiligen Basiszinssatz, derzeit also ?? *v.H.*, jährlich zu leisten wären, wobei der Verkäufer ggf. auch einen noch darüber hinaus gehenden Schaden geltend machen kann.

(usw. wie in der bisherigen Formulierung)"

Anmerkung:

1. vgl. zunächst die vorstehenden Anmerkungen zu Formulierungsvorschlag Nr. 2

2. Die Tragung der Erschließungskosten ist in § 436 BGB geregelt, allerdings unbefriedigend. Hiernach hat (auch) der Bauträger zwar alle, aber auch nur die Erschließungskosten und Anliegerbeiträge für die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits begonnenen Maßnahmen. Soweit mit den Maßnahmen noch nicht begonnen ist, wäre nach der gesetzlichen Regelung daher der Käufer zur Kostentragung verpflichtet.

   Die Tragung der Erschließungskosten und Anliegerbeiträge ist also auch weiterhin zu regeln.

3. Zum 1. Januar 2002 tritt die Bauabzugsteuer in Kraft. Hiernach hatte der Käufer, wenn er Unternehmer i.S.d. UStG ist, an das Finanzamt von jeder Rate 15 v.H. als quasi „Quellensteuer" für Bauleistungen abzuführen. Ob dies überhaupt auf den Bauträgervertrag anzuwenden ist, ist noch nicht endgültig, aber wohl (aus Gründen der Vorsicht) zu bejahen.

   Auf der „sicheren" Seite fährt man daher, wenn man den Bauträger, als Fälligkeitsvoraussetzung, zur Vorlage einer Freistellungsbescheinigung gem. § 48b EStG verpflichtet. Es gibt zwei Arten:

   - die allgemeine Freistellungsbescheinigung, die dem Bauträger generell erteilt wird und auch nur diesem gegenüber widerrufen oder nicht verlängert. Hier hätte der Käufer ggf. vor Zahlung jeder Rate zu prüfen, ob die Bescheinigung noch Gültigkeit hat,
   - die projektbezogene, die, mit Basty, besser „auftragsbezogene" genannt wird. Sie betrifft nämlich nicht ein bestimmtes komplettes Bauvorhaben des Bauträgers, sondern stets den konkreten Auftrag oder, im notariellen Bereich, Bauträgervertrag. Dann wird dem Käufer eine auf diesen Auftrag bezogene Bescheinigung ausgestellt und werden ihm auch Veränderungen direkt mitgeteilt.

   Die im einzelnen bestehenden Schwierigkeiten sprengen den Rahmen dieser Ausführungen, insoweit seit auf die im Text genannte Literatur verwiesen.

4. „Gewährleistung" (gesetzlich, in einfachen Falllagen)

bisherige Formulierung:

„§

Gewährleistung

Die Gewährleistung für Rechts- und Sachmängel richtet sich nach den gesetzlichen Bestimmungen, *ggf.: soweit nicht nachstehend ein anderes vereinbart ist (z.B. wegen Grundstücksbelastungen, Pachtverhältnissen etc.).*

Lage, Zustand und Umfang des Vertragsgegenstandes sind bekannt; er wird im heutigen Zustand verkauft. Besondere Eigenschaften oder eine bestimmte Grundstücksgröße werden nicht zugesichert. Verborgene Mängel sind nicht bekannt. Miet- oder Pachtverhältnisse bestehen nicht."

neue Formulierung:

„§

Mängelrechte des Käufers

Die **Rechte des Käufers wegen Rechts- und Sachmängeln** richten sich nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, *ggf.: soweit nicht nachstehend ein anderes vereinbart ist (z.B. wegen Grundstücksbelastungen, Pachtverhältnissen etc.).*

Lage, Zustand und Umfang des Vertragsgegenstandes sind bekannt; er wird im heutigen Zustand verkauft. **Der Verkäufer übernimmt keine Beschaffenheits- oder Haltbarkeitsgarantie; *ggf:* er haftet nicht für die oben angegebene Grundstücksgröße.** Verborgene Mängel sind nicht bekannt. **Grundbuchbelastungen**, Miet- oder Pachtverhältnisse bestehen nicht."

Anmerkung:

1. Dieser Sachverhalt dient quasi zunächst zum Aufwärmen, um sich an die neue Terminologie zu gewöhnen.

   Das Gesetz kennt den Begriff „Gewährleistung" nicht mehr, vielmehr ist nunmehr von den „Rechten des Käufers bei Mängeln" die Rede. (zur Wiederholung: in früheren Stadien des Gesetzgebungsverfahrens sowie ersten Stellungnahmen war noch „Ansprüche und Rechte" formuliert. Dies ist in der endgültigen Fassung des Gesetzes geändert.)

   Ich pflege auch stets nicht auf die „gesetzlichen Bestimmungen", sondern auf die „Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs" zu verweisen. Im zunehmend internationaler werdenden Rechtsalltag, bei ausländischen Beteiligten, im Rahmen der Rechtswahlmöglichkeiten (Art. 27 EGBGB) sowie wegen anderer in Betracht kommender Gesetze (z.B. UN-Kaufrecht) halte ich diese Klarstellung für hilfreich, auch wenn sie in den meisten Fällen obsolet sein mag. Aber was im Muster schon drin steht, wird auch nicht vergessen.

2. Hinsichtlich der Rechtsmängel ist zu beachten, dass, im Gegensatz zum bisherigen Recht, im Grundbuch eingetragene Belastungen stets einen Rechtsmangel darstellen, nicht nur Grundpfandrechte (vgl. § 442 Abs. 2 BGB). Ein Recht stellt nur dann keinen Mangel dar, wenn es vom Käufer ausdrücklich übernommen wird (§ 435 S. 1 BGB).

Die bisher nicht erwähnenswerten Dienstbarkeiten und dergl. sind daher künftig im Vertrag ausdrücklich zu nennen und ggf. zu übernehmen:

„Nach dem Inhalt des Grundbuchs ist der Vertragsgegenstand wie folgt belastet: . Diese Belastungen werden vom Käufer übernommen".

3. Die „zugesicherte Eigenschaft" gibt es nicht mehr. Die Funktion der zugesicherten Eigenschaft wird von der „Garantie" übernommen, § 443 BGB, die es in Form der Beschaffenheits- und der Haltbarkeitsgarantie gibt. Erstere stellt, wie üblich, auf den Gefahrübergang ab, letzte beinhaltet darüber hinaus noch die Garantie, dass die Sache eine bestimmte Zeit lang behält.

   Wie bisher sollte man mit Garantien (= zugesicherten Eigenschaften; der Anwendungsbereich der Garantie ist jedoch weiter, zudem sind die Rechtsfolgen einer Garantieverletzung in §§ 443, 444 sowie § 276 BGB anders geregelt) äußerst vorsichtig umgehen:

   die zugesicherte Eigenschaft war bisher in § 459 Abs. 2 BGB geregelt: danach haftete der Verkäufer (mit der Folge der normalen Mängelgewährleistung!) auch für zugesicherte Eigenschaften. Dies war vor allem dann von Bedeutung, wenn die zugesicherte Eigenschaft keinen Fehler i.S.d. § 459 Abs. 1 BGB darstellte. Diese Funktion hat nunmehr die Garantie übernommen, jedoch mit der Folge, dass (ebenfalls aufgrund der normalen Mängelrechte) der Verkäufer nunmehr verschuldensunabhängig (§ 276 Abs. 1 S. 1 BGB) auch auf Schadenersatz haftet, ohne dass dies eingeschränkt werden könnte (§ 443 BGB: der Käufer hat neben evtl. besonders vereinbarten Garantierechten stets auch die gesetzlichen Mängelrechte, § 444 BGB: dies kann in keiner Weise eingeschränkt werden!).

   Im Vertrag sollte daher stets die Beschaffenheitsvereinbarung von der Garantie abgegrenzt werden.

4. § 468 BGB a.F., der die Zusicherung einer bestimmten Grundstücksgröße betraf, ist ersatzlos weggefallen, laut amtlicher Begründung wegen des neuen, subjektiven Mangelbegriffs in § 434 BGB, der nicht mehr zwischen Fehlern und zugesicherten Eigenschaften unterscheidet. Das heißt dann aber, dass die im Vertrag genannte Grundstücksgröße (ein Indiz für eine) Beschaffenheitsvereinbarung sein kann, und dass ein Abweichen von dieser vereinbarten Fläche dann einen Sachmangel darstellt. Vor allem in den Fällen, in denen es vertraglich bei den gesetzlichen Mängelrechten verbleiben soll, und nicht beim Vertragsgegenstand bereits die Grundstücksgröße von der vereinbarten Beschaffenheit ausgenommen ist, sollte daher ggf. bei im übrigen gesetzlichen Mängelrechten zumindest die Haftung für die Grundstücksgröße ausgeschlossen werden!

5. Gerade bei gesetzlichen Sachmängelrechten des Käufers ist besonders Wert zu legen auf eine genaue Beschreibung der Kaufsache. Dies ist Beschaffenheitsvereinbarung. Wie ausgeführt, liegt ein Mangel bereits dann nicht vor, wenn die Sache der vereinbarten Beschaffenheit entspricht. Diese Beschaffenheit kann durchaus auch „gebrauchter Mittelklassewagen mit 200.000 km Laufleistung sowie niemals durchgeführten Inspektionen" sein; dann haftet der Verkäufer wohl nicht für den defekten Keilriemen.

5. Gewährleistung, ausführlich („gesetzlich" für Rechtsmängel, Ausschluss wegen Sachmängeln, kein Zubehör)

bisherige Formulierung:

„§

Gewährleistung

1. Gewährleistung wegen Rechtsmängeln

   Soweit nicht nachstehend ein anderes vereinbart ist, richtet sich die Gewährleistung wegen Rechtsmängeln nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Kaufvertrag, die der Notar erläutert hat. Hiernach wäre der Vertragsgegenstand grundsätzlich frei von Rechten Dritter, mit Ausnahme öffentlicher bzw. nicht eintragungsfähiger Lasten, zu übereignen.

   Der Notar hat auf die Verpflichtung des Verkäufers hingewiesen, dem Käufer über die rechtlichen Verhältnisse am Vertragsgegenstand (wie) Auskunft zu erteilen und die in seinem Besitz befindlichen Unterlagen auszuhändigen. Der Notar hat weiter darauf hingewiesen, dass es auch im übrigen grundsätzlich Sache der Beteiligten selbst ist, sich über die relevanten Rechtsverhältnisse bei den zuständigen Behörden oder Personen zu informieren, und er insoweit nicht von Amts wegen tätig wird.

   Nach dem Inhalt des Grundbuchs ist der Vertragsgegenstand in der Zweiten und Dritten Abteilung belastet wie folgt:

   ggf: entsprechende Einzelfallregelung

   Mit Zustimmung oder auf Veranlassung des Käufers zur Eintragung kommende Belastungen sind vom Verkäufer nicht zu beseitigen. Außerhalb des Grundbuchs bestehende Belastungen oder Beschränkungen (z.B. Baulasten, altrechtliche Dienstbarkeiten) sind nicht bekannt.

   ggf: Regelung wegen Mietverhältnissen usw.

2. Gewährleistung wegen Sachmängeln

   Die Gewährleistung für Sachmängel wird, abweichend von der gesetzlichen Regelung, ausgeschlossen.

   Lage, Zustand und Umfang des Vertragsgegenstandes sind dem Käufer bekannt, der Vertragsgegenstand wird im heutigen Zustand verkauft. *ggf: Der Verkäufer ist verpflichtet, den Vertragsgegenstand bis zur Übergabe in wenigstens diesem Zustand zu erhalten und auftretende Mängel oder Schäden unverzüglich auf eigene Kosten zu beseitigen, ausgenommen gewöhnliche Abnutzung.* Besondere Eigenschaften, eine bestimmte Grundstücksgröße sowie die Freiheit von Boden- oder Gebäudeverunreinigungen aller Art (sog. „Altlasten" im bisherigen Sinne) werden nicht zugesichert. Verborgene Mängel sind nicht bekannt.

Der Notar hat die einschneidenden Rechtsfolgen eines Sachmängelgewährleistungsausschlusses ausführlich erörtert: es ist bekannt, dass der Käufer bei Auftreten eines Mangels sich nicht an den Verkäufer halten kann und den Mangel ggf. auf eigene Kosten beseitigen muss, es sei denn, der Verkäufer hätte den Mangel arglistig verschwiegen *ggf: oder gegen seine Erhaltungsverpflichtung verstoßen.*"

neue Formulierung:

„§

Mängelrechte des Käufers

1. wegen Rechtsmängeln

   Soweit nicht nachstehend ein anderes vereinbart ist,

richten sich die **Rechte des Käufers wegen Rechtsmängeln** nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Kaufvertrag, die der Notar erläutert hat. Hiernach wäre der Vertragsgegenstand grundsätzlich frei von Rechten Dritter, mit Ausnahme öffentlicher bzw. nicht eintragungsfähiger Lasten, zu übereignen.

Der Notar hat auf die **Rechtspflicht** des Verkäufers hingewiesen, dem Käufer über die rechtlichen Verhältnisse am Vertragsgegenstand (wie) Auskunft zu erteilen und die in seinem Besitz befindlichen Unterlagen auszuhändigen. Der Notar hat weiter darauf hingewiesen, dass es auch im übrigen grundsätzlich Sache der Beteiligten selbst ist, sich über die relevanten Rechtsverhältnisse bei den zuständigen Behörden oder Personen zu informieren, und er insoweit nicht von Amts wegen tätig wird.

Nach dem Inhalt des Grundbuchs ist der Vertragsgegenstand in der Zweiten und Dritten Abteilung belastet wie folgt:

ggf: entsprechende Einzelfallregelung

Mit Zustimmung oder auf Veranlassung des Käufers zur Eintragung kommende Belastungen sind vom Verkäufer nicht zu beseitigen. Außerhalb des Grundbuchs bestehende Belastungen oder Beschränkungen (z.B. Baulasten, altrechtliche Dienstbarkeiten) sind nicht bekannt.

ggf: Regelung wegen Mietverhältnissen usw.

2. wegen Sachmängeln

Rechte des Käufers wegen Sachmängeln sind, abweichend von der gesetzlichen Regelung, **soweit zulässig** ausgeschlossen.

Lage, Zustand und Umfang des Vertragsgegenstandes sind dem Käufer bekannt, der Vertragsgegenstand wird im heutigen Zustand verkauft. *ggf: Der Verkäufer ist verpflichtet, den Vertragsgegenstand bis zur Übergabe in wenigstens diesem Zustand zu erhalten und auftretende Mängel oder Schäden unverzüglich auf eigene Kosten zu beseitigen, ausgenommen gewöhnliche Abnutzung.* **Der Verkäufer haftet nicht für die oben angegebene Grundstücksgröße. Er übernimmt keine Beschaffenheits- oder Haltbarkeitsgarantie, auch nicht bezüglich Boden- oder Gebäudeverunreinigungen aller Art (sog. „Altlasten" im herkömmlichen Sinne).** Solche und verborgene Mängel sind ihm jedoch nicht bekannt.

Der Notar hat die einschneidenden Rechtsfolgen **und die Grenzen** eines **Ausschlusses von Sachmängelrechten des Käufers** ausführlich erörtert: es ist bekannt, dass der Käufer bei Auftreten eines Mangels sich nicht an den Verkäufer halten kann und den Mangel ggf. auf eigene Kosten beseitigen muss, es sei denn, der Verkäufer hätte den Mangel arglistig verschwiegen *ggf: oder gegen seine Erhaltungsverpflichtung verstoßen.* **Der Verkäufer haftet weiter stets wegen vorsätzlich verursachter Schäden.**"

Anmerkung:

1. vgl. zunächst oben die Anmerkungen zu Formulierungsvorschlag Nr. 4!
2. Wer bisher beim Sachmängelgewährleistungsausschluss nicht „soweit zulässig" oder „soweit gesetzlich zulässig" formulierte, sollte sich dies spätestens jetzt angewöhnen, nach dem Motto: wenns drin steht, kann man es auch nicht vergessen.

   Bereits bisher war der Ausschluss unwirksam, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwieg, § 476 BGB a.F. Dies gilt auch weiterhin, § 444 BGB. Nach dem neuen Recht haftet der Verkäufer ggf. aber auch auf Schadenersatz, und zwar verschuldensabhängig. Insoweit kann die Haftung wegen Vorsatz nicht im Voraus erlassen werden, § 276 Abs. 3 BGB.
3. Im Anwendungsbereich von Allgemeinen Geschäftsbedingungen können die Rechte des Käufers noch weniger weit eingeschränkt werden. Gegenüber den bereits bisher bekannten Grenzen ist insoweit eine Neuerung eingetragen, als der Verkäufer wegen Mängeln ggf. auch auf Schadenersatz haftet, und hierfür die neuen Bestimmungen in § 309 Nr. 7 BGB einschlägig sind. „Soweit zulässig" mag insoweit noch zu unklar und unverständlich sein (Transparenzgebot – § 307 Abs. 1 S. 2 BGB), so dass man, um den Ausschluss der Mängelrechte insgesamt zu halten, die gesetzlichen Einschränkungen (durch Gesetzeszitat, d.h. Paragrafenangabe, oder ausführliche Beschreibung) erwähnen sollte:

   „Der Verkäufer haftet weiter stets für von ihm oder seinem gesetzlichen Vertreter/Erfüllungsgehilfen vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführte Körperschäden i.w.S. und vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführte sonstige Schäden".
4. Die Beschränkungen der § 309 Nr. 8b) BGB werden in dem hier zugrunde gelegten Sachverhalt nicht relevant, da diese nur neu hergestellte Sachen betreffen (anders: Bauträgervertrag bzw. Kauf eines soeben fertig gestellten Hauses).

   Die Vorschrift des § 309 Nr. 8a) erstreckt sich in der endgültigen Fassung des Gesetzes ausdrücklich nicht auf Mängel der Kaufsache / des Werks. Insoweit sind die ersten Formulierungsvorschläge von Tiedkte/Wälzholz a.a.O sowie Brambring DNotZ 2001, 590, mit Vorsicht zu lesen.

5a: Einschub

– es besteht ein Mietverhältnis, das übernommen wird

bisherige Formulierung:

„Der Notar hat darauf hingewiesen, dass Veräußerungen bestehende Mietverhältnisse grundsätzlich unberührt lassen, § 571 BGB. Das bestehende Mietverhältnis, die Person des Mieters, die Höhe des Mietzinses sowie der nähere Inhalt des Mietvertrags sind dem Käufer bekannt; das Vertragsverhältnis wird unverändert mit ihm fortgesetzt. Der Mietzins steht dem Käufer ab *z.B. Kaufpreiszahlung* zu und wird insoweit an ihn abgetreten. Vorauszahlungen auf den Mietzins sind nicht geleistet, Rechtsgeschäfte über die Entrichtung des Mietzins sind nicht geschlossen. Geleistete Kautionen sind auf den Verkäufer zu übertragen. Der Notar auf die bestehenden Kündigungsschutzvorschriften hingewiesen. Der Verkäufer versichert, dass Wohnraumbindung nicht besteht. Ein gesetzliches Mietervorkaufsrecht gem. § 570b BGB kommt vorliegend nicht in Betracht."

neue Formulierung:

„Der Notar hat darauf hingewiesen, dass Veräußerungen bestehende Mietverhältnisse grundsätzlich unberührt lassen. Das bestehende Mietverhältnis, die Person des Mieters, die Höhe **der Miete** sowie der nähere Inhalt des Mietvertrags sind dem Käufer bekannt; das Vertragsverhältnis wird unverändert mit ihm fortgesetzt. **Die Miete** steht dem Käufer ab *z.B. Kaufpreiszahlung* zu und wird insoweit an ihn abgetreten. **Vereinbarungen über die Miete** sind bisher nicht getroffen, auch keine **Vorausverfügungen**. Geleistete Kautionen sind auf den Verkäufer

zu übertragen. **Der Notar hat auf die evtl. gesetzliche Forthaftung des Verkäufers wegen der Kautionsrückzahlung hingewiesen.** Der Notar weiter auf die bestehenden Kündigungsschutzvorschriften hingewiesen. Der Verkäufer versichert, dass Wohnraumbindung nicht besteht. Ein gesetzliches Mietervorkaufsrecht gem. **§ 577 BGB** kommt vorliegend nicht in Betracht."

Anmerkung:

1. Hier sei außerhalb der Schuldrechtsmodernisierung auf einige Punkte aufmerksam gemacht:

   der Grundsatz „Kauf bricht nicht Miete" ist jetzt in § 566 BGB geregelt. Das Mietervorkaufsrecht findet sich in § 577 BGB. Das Gesetz spricht nicht mehr von „Mietzins", sondern von „Miete". Die neuen amtlichen Überschriften der einzelnen Paragrafen stimmen nicht unbedingt mit den bisher verwendeten Schlagworten überein.

2. Der Gesetzgeber hat die jüngere Rechtsprechung des BGH zur Forthaftung des Vermieters für die Kautionsrückzahlung nunmehr im BGB festgeschrieben, § 566a BGB. Dies ist natürlich im Einzelfall davon abhängig, wie die Kaution angelegt ist, nämlich auf den Namen des Mieters oder den Namen des Vermieters (vgl. auch § 551 BGB). Jedenfalls sollte der Notar im Vertrag ggf. auf die neue gesetzliche Regelung hinweisen.

3. Die Abtretung der Miete an den Käufer geht auf die Entscheidung des OLG Düsseldorf, DNotZ 1994, 105 zurück, die bisher nach meiner Einschätzung noch nicht die ihr gebührende Beachtung erfahren hat.

   Das Gericht hat entschieden, dass die gesetzliche Regelung zum Nutzungsübergang, § 446 BGB, und auch die reine Vereinbarung über den Übergang von Nutzungen, Lasten und Gefahr, noch keinen materiellen Rechtsübergang, keinen Wechsel der Gläubigerschaft nach sich ziehen (vgl. auch § 446 BGB, § 101 BGB: „gebühren"). Der Käufer tritt erst mit Eigentumsumschreibung in das Mietverhältnis ein, bis dahin bleibt der Verkäufer Vermieter und Inhaber der Mietforderung, auch wenn der Kaufpreis schon bezahlt ist. M.E. sollte die Mietforderung daher auf den Tag des Nutzungsübergangs ausdrücklich an den Käufer abgetreten werden.

5b: Mitverkauftes Zubehör – Verbrauchsgüterkauf

bisherige Formulierung:

in der Regel waren keine besonderen Formulierungen im Vertrag enthalten

neue Formulierung:

„2. wegen Mängeln mitverkaufter beweglicher Sachen

Hinsichtlich der mitverkauften beweglichen Sachen hat der Käufer, soweit nicht nachstehend ein anderes vereinbart ist, die Sachmängelrechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Schadenersatzansprüche des Käufers sind, soweit zulässig, ausgeschlossen.

Macht der Käufer hinsichtlich einzelner oder alle beweglichen Sachen von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch, so bleibt gegenwärtiger Vertrag hinsichtlich des verkauften Grundbesitzes davon unberührt; insoweit soll der Vertrag also weiterhin Bestand haben. Die Verjährungsfrist für die Mängelrechte beträgt ein Jahr.

Der Notar hat die gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere zum Verbrauchsgüterkauf, sowie die Auswirkungen und Grenzen vorstehender Vereinbarungen erläutert. Den Beteiligten ist bekannt (es folgt der Hinweis auf bestehen bleibende Schadenersatzhaftung, je nach Sachverhalt in der langen oder der kurzen Fassung).

3. wegen Sachmängeln im übrigen

(...)"

Anmerkung:

vorliegend wird davon ausgegangen, dass es sich um gebrauchtes Zubehör handelt (Gewährleistungsverkürzung!). Weiter wird unterstellt, dass wegen Rechtsmängeln allgemein (hinsichtlich Grundstück und beweglicher Sachen) unter „1." die gesetzliche Regelung „beibehalten" wurde, so dass sich insoweit eine spezielle Regelung hier erübrigt.

1. Da der Anwendungsbereich des Verbrauchsgüterkaufs wegen des weiten Unternehmerbegriffs des § 14 BGB möglicherweise deutlich größer ist, als auf den ersten Blick erscheinen mag.

Da im Verbrauchsgüterkauf die Vertragsfreiheit auf ein Minimum eingeschränkt ist, wird zum Teil vorgeschlagen, in notariellen Kaufverträgen über Grundstücke mit Zubehör künftig stets eine gesonderte Bestimmung wegen der mitverkauften beweglichen Sachen aufzunehmen. Liegt nämlich im Einzelfall ein Verbrauchsgüterkauf vor, und ist eine „Gewährleistungs"beschränkung bzw. ein -ausschluss gem. § 475 BGB unwirksam, so gilt dies, wenn nicht getrennt geregelt wird, hinsichtlich des gesamten Vertrags, damit auch der Immobilie!

2. Wegen der im Verbrauchsgüterkauf zulässigen Einschränkungen vgl. § 475 BGB.

   Soweit der Vertrag sich dazu auch noch im Bereich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen bewegt, sind darüber hinaus die Vorschriften § 309 Nrn. 7 und 8 BGB zu beachten. vgl. dazu die Anmerkung zu Formulierungsvorschlag Nr. 5.

3. Die Beschränkung des Rücktrittsrechts auf die beweglichen Sachen stellt m.E. keine unzulässige Umgehung der Verbrauchsgüterkaufvorschriften dar, § 475 Abs. 1 S. 2 BGB.

   Im Bereich der von der EG-Richtlinie und deren durch die in §§ 474 ff. BGB umgesetzten Vorschriften erfassten Gegenstände behält der Käufer seine ihm danach zustehenden Rechte. Darüber hinaus beschränken weder die EG-Richtlinie noch das BGB die Vertragsfreiheit. Es kann auch kaum sein, dass der Hotelgrundstückkauf wegen des defekten mitverkauften TV-Geräts auf einem der Zimmer (der Mangel sei in Bezug auf das TV-Gerät erheblich) insgesamt rückabgewickelt wird.

   Zum diesem Ergebnis wird man bei einer „Gesamtbetrachtung" des Vertrags (d.h., wenn man nicht auf die einzelnen Kaufgegenstände abstellt, sondern den Kaufgegenstand als „ein Ganzes" betrachtet) auch über § 325 Abs. 5 BGB kommen müssen.

6. Bauträgervertrag

bisherige Formulierung

Der Bauträgervertrag ist über weite Teile standardisiert, weshalb ich mir hier eine „bisherige Formulierung" erspare.

Aus den vorstehend gewonnenen Erkenntnissen soll nunmehr eine neue Formulierung zusammen gebastelt werden:

neue Formulierung

„

Mängelrechte des Käufers

Soweit nicht nachstehend zulässigerweise ein anderes vereinbart ist, richten sich die Rechte des Käufers wegen Mängeln nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Ausprägung durch die Rechtsprechung zum Bauträgervertrag, wie sie vom Notar erläutert wurden. Der Verkäufer übernimmt keine Beschaffenheits- oder Haltbarkeitsgarantie. Der Notar hat betont, dass durch die nachstehenden Vereinbarungen die Haftung des Verkäufers für von ihm oder seinem gesetzlichen Vertreter/Erfüllungsgehilfen vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführte Körperschäden i.w.S. und vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführte sonstige Schäden nicht eingeschränkt werden kann.

1. Rechte des Erwerbers wegen Rechtsmängeln

   Der Verkäufer haftet grundsätzlich für ungehinderten Besitz- und Eigentumsübergang sowie die Freiheit von Rechten Dritter, die gegen einen Erwerber geltend gemacht werden können, soweit es sich nicht um öffentliche Grundstückslasten oder außerhalb des Grundbuchs bestehende Belastungen handelt. Für die Freiheit von solchen Belastungen, die mit Zustimmung oder auf Veranlassung des Käufers eingetragen bzw. bestellt werden, haftet der Verkäufer jedoch nicht; solche können auch nach dem Eigentumswechsel bestehen bleiben. Außerhalb des Grundbuchs bestehende Belastungen, etwa altrechtliche Dienstbarkeiten oder Baulasten, sind nicht bekannt.

   Nach dem Inhalt des Grundbuchs ist der Vertragsgegenstand in der Zweiten und Dritten Abteilung belastet wie folgt:

   ggf: entsprechende Einzelfallregelung

2. Rechte des Käufers wegen Mängeln mitverkaufter beweglicher Sachen

   Hinsichtlich der mitverkauften beweglichen Sachen stehen dem Käufer die Mängelrechte des Verbrauchsgüterkaufrechts zu. Schadenersatzansprüche werden jedoch, soweit zulässig, ausgeschlossen. Mängelrechte des Käufers wegen Mängeln an beweglichen Sachen sollen keinen Einfluss haben auf den Vertrag im übrigen.

   Der Notar hat die gesetzlichen Bestimmungen zum Verbrauchsgüterkauf sowie die Auswirkungen und Grenzen vorstehender Vereinbarungen erläutert.

3. Rechte des Erwerbers wegen Sachmängeln des Grundstücks

   Der Verkäufer hat für die Bebaubarkeit des Grundstücks mit dem geplanten Bauvorhaben sowie für die Freiheit von Bodenverunreinigungen aller Art einzustehen, die während seines Besitzes bzw. bis zur Fertigstellung der Baulichkeiten von ihm schuldhaft eingebracht wurden.

   Darüber hinaus werden Sachmängelrechte des Käufers hinsichtlich des Grundstücks, soweit zulässig, ausgeschlossen. Der Käufer kennt Lage, Zustand und Umfang des Grundstücks. Der Verkäufer erklärt dass ihm keine sog. „Altlasten" oder sonstige verborgene Mängel bekannt sind.

   Der Notar hat über diese Vereinbarungen belehrt.

4. Rechte des Erwerbers wegen Sachmängeln im übrigen

   Hinsichtlich der Sachmängel im übrigen verbleibt es grundsätzlich bei den gesetzlichen Sachmängelrechten des Werkvertrags. (**kein Ausschluss des Rücktrittsrechts mehr!**). Schadenersatzansprüche auch wegen Mangelfolgeschäden werden jedoch, soweit zulässig, ausgeschlossen.

   Für Arbeiten, welche der Käufer in Eigenleistung erbringt oder direkt in Auftrag gibt, sowie für hierdurch verursachte Folgeschäden haftet der Verkäufer nicht. Es wurde darauf hingewiesen, dass Holzteile sowie Anlagen und Installationen, die einem Verschleiß unterliegen, im Rahmen einer pfleglichen und ordnungsgemäßen Erhaltung der regelmäßigen Wartung und Instandhaltung bedürfen.

   Dem Käufer ist weiter bekannt, dass Mängelrechte nur wegen solcher Mängel bestehen, die im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorhanden oder in der Sache angelegt waren, und die auf mangelhafte Errichtung bzw. Herstellung zurückzuführen sind. Für „Mängel", insbesondere an Installationen, Anlagen und Einrichtungsgegenständen, die durch unsachgemäße Bedienung, fehlerhaften Gebrauch oder regelmäßige Abnutzung entstehen, haftet der Verkäufer daher grundsätzlich nicht.

   Der Notar hat die gesetzliche Regelung sowie die Auswirkungen und Grenzen vorstehender Bestimmungen erläutert: bei Vorhandensein eines Mangels hat der Käufer zunächst einen Anspruch auf Nacherfüllung, d.h., nach Wahl des Verkäufers, auf Mangelbeseitigung oder Neuherstellung. Die Selbstvornahme durch den Käufer, die Minderung des Kaufpreises, der Rücktritt vom Vertrag oder ein Schadenersatzanspruch setzen grundsätzlich voraus, dass der Käufer dem Verkäufer erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat. Rücktritt sowie Schadenersatz statt der ganzen Leistung sind kraft Gesetzes ausgeschlossen, wenn der Mangel unerheblich ist; in diesem Fall hat der Erwerber nur die anderen Mängelrechte. Die Mängelrechte verjähren hinsichtlich der Baulichkeiten sowie der dafür erbrachten Planungs- und Überwachungsleistungen regelmäßig in fünf (5) Jahren ab der Abnahme.

   ggf: sicherungsweise Abtretung von Mängelrechten des Verkäufers gegenüber den Baubeteiligten an den Erwerber."

Anmerkung:

1. vgl. zunächst die vorstehenden Ausführungen zu den Formulierungsvorschlägen Nr. 5 und 5b.
2. Nach der neuen gesetzlichen Regelung hat der Nacherfüllungsanspruch des Bestellers stets „Vorrang" vor den sonstigen Mängelrechten, da diese grundsätzlich von der erfolglosen Setzung einer angemessenen Nachfrist abhängen. Die Regelung eines „Vorrangs" des Nachbesserungsanspruchs im Vertrag, wie dies bisher üblich war, erübrigt sich damit meines Erachtens. Die Formulierungsvorschläge von Wälzholz/Bülow, MittBayNot 2001, 509, 522, sind mir daher nicht ganz nachvollziehbar, wenn es dort heißt: „(es) gilt das werkvertragliche Leistungsstörungsrecht des BGB (...). Abweichend hiervon kann der Erwerber jedoch zunächst nur Nacherfüllung verlangen (usw.)." Ich kann dies nur dahin gehend verstehen, dass damit auch die Fälle erfasst sein sollen, in denen nach der gesetzlichen Regelung eine Nachfrist für den Nacherfüllungsanspruch entbehrlich ist. Aber auch insoweit tendiere ich dazu, die gesetzgeberische Entscheidung zu respektieren und es beim Bauträgervertrag insgesamt bei der gesetzlichen Mängelregelung zu belassen.

3. Der Nacherfüllungsanspruch geht entweder auf Mangelbeseitigung (Nachbesserung) oder auf Neuherstellung. Da das Wahlrecht beim Werkunternehmer liegt, ist insoweit m.E. kein Regelungsbedarf gegeben.
4. Der Ausschluss des Rücktrittsrechts im Bauträgervertrag ist AGB-rechtlich unzulässig, so jetzt eindeutig BGH, DNotI-Report 2002, 20. Es bleibt als Trost, dass der Rücktritt nach der gesetzlichen Regelung ohnehin nur bei nicht unerheblichen Mängeln in Betracht kommt.
5. Der Notar hat gem. § 17 BeurkG zu belehren. Auch und gerade wenn im Bauträgervertrag die gesetzlichen Regelungen beibehalten werden, halte ich es für richtig, diese Bestimmungen ausführlich zu erläutern. In Zeiten, wo jeder Elektroartikel mit entsprechender Garantie verkauft und im übrigen, nach amerikanischem Muster, mit Kulanzen großzügig umgegangen wird (Stichwort „Geld-zurück-Garantie"), ist es meines Erachtens angezeigt, die Beteiligten und vor allem den Käufer darauf aufmerksam zu machen, dass dies nicht die gesetzliche Regelung ist, und sich die „Mangelbehandlung" beim Bau, und auch wegen der defekten Glühbirnen, Spülmaschine usw., die mitverkauft sind, ziemlich anders darstellt. Diese ausführliche Erläuterung schreibe ich dann gleich in den Vertrag hinein: ob ich das nun nebenher erläuterte oder gleich vorlese, spielt wohl keine Rolle. Zudem: „was man schwarz auf weiß besitzt..."

Rechtsprechung

GG Art. 3, 6, 14 Abs. 1, BGB §§ 2303, 2314, 2333

Der Gesetzgeber überschreitet mit der gegenwärtigen Ausgestaltung des Pflichtteilsrecht nicht die verfassungsrechtlichen Grenzen. Die mit dem Pflichtteilsrecht verbundene Beschränkung der Testierfreiheit führt regelmäßig nicht zur Annahme einer unzumutbaren Inhalts- und Schrankenbestimmung. Zu dem grundlegenden Gehalt der Erbrechtsgarantie gehört auch das Prinzip des Verwandtenerbrechts.

BVerfG 1 BvR 2464/97 (Kammerbeschluss) v. 30. 8. 2000

Aus den Gründen:

Die Verfassungsbeschwerde betrifft das gesetzliche Pflichtteilsrecht.

I.

1. Der 1914 geborene Beschwerdeführer war mit der im Jahre 1993 verstorbenen Erblasserin verheiratet. Aus der Ehe sind drei Söhne hervorgegangen. Die Eheleute errichteten am 14. Juni 1982 ein gemeinschaftliches notarielles Ehegattentestament, in dem sie Folgendes bestimmten:

> „Wir setzen uns hiermit gegenseitig zum alleinigen und ausschließlichen Erben ein. Der überlebende Teil wird in keiner Weise beschränkt oder beschwert. Er kann über das beiderseitige Vermögen in jeder Weise frei verfügen.
>
> Dem Überlebenden wird es auch überlassen, weitere letztwillige Verfügungen zu treffen.
>
> Wir wurden von dem Notar auf die gesetzlichen Pflichtteilsbestimmungen hingewiesen und bestimmen hierzu was folgt:
>
> Sollte eines unserer Kinder beim Tod des erstversterbenden Elternteils gegenüber dem überlebenden Elternteil von uns seinen Pflichtteil durchsetzen, so soll er auch nach dem Tod des Längstlebenden ausschließlich seinen Pflichtteil erhalten. Das dadurch freigewordene Vermögen soll den übrigen Kindern zukommen."

Der – 1945 geborene – jüngste Sohn des Beschwerdeführers (im Folgenden: Kläger) verlangte nach dem Tod seiner Mutter, der Erblasserin, von dem Beschwerdeführer als deren Alleinerben den Pflichtteil. Hierzu verklagte er den Beschwerdeführer vor dem Landgericht im Wege der Stufenklage zunächst auf Auskunftserteilung über den Bestand des Nachlasses gemäß § 2314 BGB. Der Beschwerdeführer wandte ein, die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Pflichtteil seien verfassungswidrig, so dass er weder zur Auskunftserteilung noch zur Zahlung verpflichtet sei. Der Kläger habe bereits Ende der 60er Jahre jeden Kontakt zu den Eltern abgebrochen und sich seitdem einer indischen Sekte zugewandt.

Die Auskunftsklage hatte in beiden Rechtszügen Erfolg. Sowohl das Landgericht als auch das Oberlandesgericht sahen die Vorschriften über den Pflichtteil als verfassungsmäßig an.

Das Oberlandesgericht führte in dem angegriffenen Urteil aus, neben dem Grundsatz der Testierfreiheit sei auch das Prinzip der Verwandtenerbfolge ein tragendes Strukturprinzip der deutschen Erbrechtsordnung. Nach ganz überwiegender Meinung gehöre das Pflichtteilsrecht zum institutionell verbürgten Gehalt der Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG. Jedenfalls könne der Gesetzgeber im Rahmen der Inhalts- und Schrankenbestimmung des Erbrechts den nächsten Verwandten ein Pflichtteilsrecht einräumen. Auf die Frage, ob die in § 2333 BGB enthaltene Regelung über die Entziehung des Pflichtteils eines Angehörigen zu eng und deshalb verfassungswidrig sei, komme es für die Entscheidung ebenso wenig an wie darauf, ob eine verfassungskonforme Auslegung des § 2333 BGB es erfordern könnte, dem Erblasser auch dann ein Recht zur Entziehung des Pflichtteils zuzubilligen, wenn ein familiärer Zusammenhang zwischen dem Erblasser und seinem Kind fehle und auch sonst kein sittlicher, existenzsichernder oder sonstiger Grund für eine Beteiligung am Nachlass gegeben sei. Die Erblasserin habe dem Kläger den Pflichtteil nicht entzogen. Es fehlten auch jegliche Anhaltspunkte dafür, dass sie dies getan hätte, wenn sie erwogen hätte, dass die Voraussetzungen für eine Pflichtteilsentziehung im Lichte verfassungskonformer Auslegung weiter zu verstehen seien, als sich dies aufgrund der Lektüre des § 2333 BGB unmittelbar aufdränge. Der Kläger habe vorgetragen, dass er gegen den Willen des Beschwerdeführers mit seiner Mutter regelmäßig telefonischen Kontakt unterhalten und bis zu ihrem Tode ein herzliches Verhältnis zu ihr gehabt habe. Gegenteiliges habe der Beschwerdeführer nicht unter Beweis gestellt.

2. Mit seiner Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG. Hierzu führt er im Wesentlichen aus:

Das geltende Pflichtteilsrecht sei mit der Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG nicht vereinbar. Wesentliches Element der Erbrechtsgarantie sei die Testierfreiheit des Erblassers. Demgegenüber nehme das Pflichtteilsrecht der Verwandten nicht am Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG teil, sondern schränke die Testierfreiheit ein. Bei dieser Einschränkung der Testierfreiheit müsse insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet werden. Das Selbstbestimmungsrecht des Testators stehe nicht zur Disposition des Gesetzgebers, Art. 14 GG unterbinde die Familiensozialisierung von Vermögen und Vermögenswerten. Ein Pflichtteilsanspruch der Kinder lasse sich nur aus den unterhaltsrechtlichen Gesichtspunkten der Sicherung der präsenten Existenz und der Ausbildung rechtfertigen. Mit der Entwicklung zum Sozialstaat und dem ständigen Ausbau der Sozialgesetzgebung habe das Erbrecht seine Aufgabe, die Hinterbliebenen wirtschaftlich zu versorgen, weitgehend verloren. Infolge der Veränderung der Altersstruktur seien die Erben im Zeitpunkt des Erbfalls oft bereits selbst im Renten- und Pensionsalter; in dieser Phase des Lebens sei eine zusätzliche Existenzsicherung nicht mehr notwendig. In der DDR habe § 396 ZGB die Konsequenz hieraus gezogen und die Pflichtteilsansprüche von Kindern auf den Fall der Unterhaltsbedürftigkeit beschränkt.

Auch Art. 6 Abs. 1 GG könne eine Einschränkung der Testierfreiheit dann nicht mehr rechtfertigen, wenn eine persönlich-menschliche

Bindung zwischen Erblasser und Abkömmling nicht mehr bestehe und eine völlige Entfremdung vorliege. Insofern könne im Pflichtteilsrecht nichts anderes gelten als im auf dem Zerrüttungsprinzip beruhenden Scheidungsrecht. Daher sei jedenfalls die geltende Regelung des § 2333 BGB für die Entziehung des Pflichtteilsrechts zu eng und verfassungswidrig. Die Verfassungswidrigkeit der gegenwärtigen Regelung des Pflichtteilsrechts ergebe sich auch aus einer Parallelwertung zum Erbschaftsteuerrecht.

Im vorliegenden Fall hätten der Beschwerdeführer und seine Ehefrau in dem gemeinschaftlichen Testament eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass sie keinerlei Vermögensabfluss nach dem Tode des Erstversterbenden gewollt hätten. Lediglich im Hinblick auf die „BGB-loyale" Gesetzesinformation durch den Notar sei von einer ausdrücklichen Pflichtteilsentziehung abgesehen worden.

Art. 3 Abs. 1 GG sei dadurch verletzt, dass in den neuen Bundesländern noch die pflichtteilsrechtlichen Regelungen des ZGB Anwendung fänden.

3. Zu der Verfassungsbeschwerde haben das Bundesministerium der Justiz namens der Bundesregierung, der Präsident des Bundesgerichtshofs, der Präsident der Bundesnotarkammer, die Bundesrechtsanwaltskammer und die Rechtsanwaltskammer Frankfurt am Main Stellung genommen.

a) Das Bundesministerium der Justiz äußert Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde, soweit der Beschwerdeführer die Verfassungswidrigkeit des § 2333 BGB rüge. Er sei insoweit nicht selbst in seinen Grundrechten aus Art. 14 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 GG betroffen. Die Verfassungsbeschwerde sei jedenfalls unbegründet. § 2303 Abs. 1 und § 2314 Abs. 1 BGB seien mit Art. 14 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 GG vereinbar. Die Testierfreiheit und das subjektive Recht des Erben, entsprechend der Erbeinsetzung zu erben, fänden im Pflichtteilsrecht eine verfassungsrechtliche Schranke. Der Pflichtteilsanspruch der Abkömmlinge in der Ausgestaltung des geltenden Rechts stehe auch mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Einklang.

b) Die Bundesnotarkammer ist ebenfalls der Auffassung, die Verfassungsbeschwerde sei unbegründet. Dies gelte sowohl in Bezug auf den Einwand des Beschwerdeführers, das Pflichtteilsrecht sei generell verfassungswidrig, als auch hinsichtlich seiner Angriffe auf die Voraussetzungen der Pflichtteilsentziehung. Der Gesetzgeber überschreite mit der gegenwärtigen Ausgestaltung des Pflichtteilsrechts nicht die verfassungsrechtlichen Grenzen. Die mit dem Pflichtteilsrecht verbundene Beschränkung der Testierfreiheit führe regelmäßig nicht zur Annahme einer unzumutbaren Inhalts- und Schrankenbestimmung. Vorbehalte seien allenfalls bei extrem gelagerten Fällen denkbar. Ein solcher Fall liege hier aber nicht vor.

c) Auch die Bundesrechtsanwaltskammer und die Rechtsanwaltskammer Frankfurt am Main halten die Verfassungsbeschwerde für unbegründet.

aa) Nach Auffassung der Bundesrechtsanwaltskammer handelt es sich bei den gesetzlichen Regelungen des Pflichtteilsrechts um eine verfassungsrechtlich zulässige, insbesondere verhältnismäßige Inhalts- und Schrankenbestimmung des Erbrechts gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG. Allerdings sei denkbar, dass die Anwendung der grundsätzlich verhältnismäßigen Bestimmungen in einem konkreten Fall zu einem unverhältnismäßigen Ergebnis führen könnte. Im vorliegenden Fall gehe es aber nur um die Geltendmachung eines Auskunftsanspruchs, so dass dieser Gesichtspunkt, der erst bei der Bestimmung des Inhalts des Pflichtteilsanspruchs Bedeutung gewönne, hier keiner weiteren Erörterung bedürfe. Auch die Frage der Verfassungswidrigkeit des § 2333 BGB sei nicht entscheidungsrelevant, da den angegriffenen Entscheidungen nicht entnommen werden könne, dass die Ehefrau des Beschwerdeführers dem Kläger des Ausgangsverfahrens den Pflichtteil entzogen hätte, wenn dies unter weiteren gesetzlichen Voraussetzungen möglich gewesen wäre.

bb) Die Rechtsanwaltskammer Frankfurt am Main ist der Auffassung, das Pflichtteilsrecht der nächsten Angehörigen gehöre zum Wesensgehalt der deutschen Erbrechtsordnung, unterstehe daher der Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG und werde zusätzlich von Art. 6 Abs. 1 GG geschützt. Es stelle die zwingende Schranke für die Testierfreiheit dar. Wenn dem Staat über die Erbschaftsteuer eine verfassungsrechtlich unbedenkliche Teilhabe am Nachlass zugestanden werde, die ebenfalls die Testierfreiheit des Erblassers beeinträchtige, müsse erst recht den nächsten Angehörigen eine unentziehbare Teilhabe am Nachlass zuerkannt werden.

d) Der Präsident des Bundesgerichtshofs hat eine Stellungnahme des Vorsitzenden des IV. Zivilsenats übersandt. Dieser weist unter anderem auf Entscheidungen hin, in denen der IV. Zivilsenat die Auffassung vertritt, dass das Recht der Pflichtteilsberechtigten in einem gewissen Umfang auch unter dem Schutz des Art. 14 GG stehe (BGHZ 98, 226 <232 f.>; 109, 306 <312 f.>), sowie auf weitere Entscheidungen, in denen ausgeführt wird, dass die unter dem Schutz des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG stehende Testierfreiheit ihre sozialstaatliche und durch Art. 6 GG legitimierte Grenze am Pflichtteilsrecht finde (BGHZ 111, 36 <39 f.>; 123, 368 <371>). Zu der Frage, ob die Ausgestaltung des Pflichtteilsrechts im Einzelnen vom Grundgesetz gewährleistet sei, habe sich der Senat noch nicht geäußert. Er halte die bestehenden gesetzlichen Bestimmungen allerdings für verfassungsrechtlich unbedenklich.

II.

Die Verfassungsbeschwerde ist nicht zur Entscheidung anzunehmen, weil die Voraussetzungen des § 93a Abs. 2 BVerfGG nicht vorliegen.

1. Der Verfassungsbeschwerde kommt keine grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zu (§ 93a Abs. 2 Buchstabe a BVerfGG). Diese ist nur gegeben, wenn die Verfassungsbeschwerde eine verfassungsrechtliche Frage aufwirft, die sich nicht ohne weiteres aus dem Grundgesetz beantworten lässt und noch nicht durch die verfassungsrechtliche Rechtsprechung geklärt oder die durch veränderte Verhältnisse erneut klärungsbedürftig geworden ist. Auf diese Frage muss es zudem bei der Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde ankommen (vgl. BVerfGE 90, 22 <24 f.>).

a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist bestimmendes Element der durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG als Rechtsinstitut und als Individualrecht gewährleisteten Erbrechtsgarantie die Testierfreiheit. Sie dient ebenso wie das Eigentumsgrundrecht und der in Art. 2 Abs. 1 GG verankerte Grundsatz der Privatautonomie der Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben (vgl. BVerfGE 91, 346 <358>; 99, 341 <350>). Zu dem grundlegenden Gehalt der Erbrechtsgarantie gehört, wie der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts mittlerweile ausdrücklich festgestellt hat, auch das Prinzip des Verwandtenerbrechts (vgl. BVerfGE 93, 165 <173>).

Die Erbrechtsgarantie des Grundgesetzes überlässt es dem Gesetzgeber in Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG, ebenso wie beim Eigentum, Inhalt und Schranken des Erbrechts zu bestimmen. Aufgabe des Gesetzgebers ist es in erster Linie, Interessenkonflikte zwischen rechtlich gleichgeordneten Rechtssubjekten sachgerecht zu lösen. Die Erbrechtsgarantie weist das Erbrecht insoweit dem bürgerlichen Recht zu. Der Gestaltung durch den Gesetzgeber ist damit von vornherein in besonderem Maße Raum gegeben (vgl. BVerfGE 67, 329 <340 f.>). Die Erbrechtsgarantie garantiert nicht das (unbedingte) Recht, den vorhandenen Eigentumsbestand von Todes wegen ungemindert auf Dritte zu übertragen (vgl. BVerfGE 93, 165 <174>). Die vom Verfassungsgeber vorgefundene Rechtslage bestimmt Inhalt und Schranken des Erbrechts nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG (vgl. BVerfGE 67, 329 <342>).

Das Bundesverfassungsgericht hat vor diesem Hintergrund die Verfassungsmäßigkeit der durch das Pflichtteilsrecht bewirkten Beschränkung der Testierfreiheit als solche nie in Frage gestellt. Es hat im Zusammenhang mit der Frage, ob eine Verpflichtung des Gesetzgebers besteht, Angehörigen über die Vorschriften der §§ 2303 ff. BGB hinaus einen unentziehbaren Anteil am Nachlass zu sichern, ausdrücklich festgestellt, dass der in den geltenden Pflichtteilsvorschriften geregelte Ausgleich zwischen Testierfreiheit und Verwandtenerbrecht den verfassungsrechtlichen Vorgaben genügt (BVerfGE 91, 346 <359 f.>; vgl. auch BVerfGE 67, 329 <342>). Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts umfasst die

Testierfreiheit als Bestandteil der Erbrechtsgarantie die Befugnis des Erblassers, zu Lebzeiten einen von der gesetzlichen Erbfolge abweichenden Übergang seines Vermögens nach seinem Tode an einen oder mehrere Rechtsnachfolger anzuordnen, insbesondere einen gesetzlichen Erben von der Nachlassbeteiligung auszuschließen und wertmäßig auf den gesetzlichen Pflichtteil zu beschränken (vgl. BVerfGE 58, 377 <398>; 99, 341 <350 f.>). Auch hiermit kommt zum Ausdruck, dass das Bundesverfassungsgericht die Testierfreiheit als durch das Pflichtteilsrecht begrenzt ansieht.

b) In der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärt ist allerdings, in welchem Verhältnis das Prinzip der Testierfreiheit und das Prinzip des Verwandtenerbrechts zueinander stehen und ob es von Verfassungs wegen geboten ist, nahen Familienangehörigen auch gegen den Willen des Erblassers eine Mindestbeteiligung am Nachlass einzuräumen. Das Bundesverfassungsgericht hat auch die Einzelheiten der gesetzlichen Regelung des Pflichtteilsrechts, insbesondere die Ausgestaltung der Pflichtteilsentziehungsgründe in § 2333 BGB, bislang noch keiner näheren verfassungsrechtlichen Prüfung unterzogen.

c) Die genannten, vom Bundesverfassungsgericht noch nicht geklärten Fragen sind jedoch für den vorliegenden Fall nicht entscheidungserheblich.

Der Beschwerdeführer kann sich zwar als begünstigter Erbe, jedenfalls vom Zeitpunkt des Erbfalls an, auf die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG berufen (vgl. BVerfGE 91, 346 <360>; 99, 341 <349>). Er kann daher grundsätzlich geltend machen, die Testierfreiheit der Erblasserin sei durch das geltende Pflichtteilsrecht in verfassungswidriger Weise eingeschränkt worden.

Nach den Feststellungen der Fachgerichte bestanden aber im konkreten Fall weder hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass die Erblasserin ihrem Sohn, dem Kläger des Ausgangsverfahrens, den Pflichtteil entziehen wollte, noch, dass es zu einer völligen Entfremdung zwischen dem Kläger und der Erblasserin gekommen war. Aus der zwischen dem Beschwerdeführer und dem Kläger offensichtlich bestehenden Entfremdung und dem Willen des Beschwerdeführers selbst, den Kläger in keiner Weise an seinem (künftigen) Nachlass partizipieren zu lassen, kann nicht auf einen entsprechenden Willen der Erblasserin hinsichtlich ihres Nachlasses geschlossen werden.

In dem maßgeblichen Testament vom 14. Juni 1982 ist der Pflichtteil der Kinder der Erblasserin ausdrücklich erwähnt. Selbst wenn man dies nicht sogar als besondere Betonung des Willens der Erblasserin, dass jedes der Kinder mindestens den Pflichtteil erhalten sollte, ansehen wollte, sondern – wie der Beschwerdeführer meint – lediglich als Folge der „BGB-loyalen" Beratung durch den beurkundenden Notar, fehlt jeder Anhaltspunkt dafür, dass die Erblasserin dem Kläger den Pflichtteil entzogen hätte, wenn hierfür die gesetzliche Möglichkeit bestanden hätte. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers kann dies nicht aus dem bloßen Umstand gefolgert werden, dass nach dem Wortlaut des Testaments der überlebende Ehegatte nach dem Tod des Erstversterbenden keinen Verfügungsbeschränkungen ausgesetzt sein sollte. Gegen einen entsprechenden Erblasserwillen spricht insbesondere, dass die Eheleute in dem gemeinschaftlichen Testament den Kläger des Ausgangsverfahrens nicht anders behandelten als dessen Brüder. Die in dem Testament enthaltene Pflichtteilsklausel betrifft die drei Kinder in gleicher Weise. Sie enthält darüber hinaus sogar die ausdrückliche Willensäußerung, dass im Fall der Geltendmachung des Pflichtteils durch eines der Kinder das dadurch frei gewordene Vermögen den übrigen Kindern zukommen solle, ohne den Kläger des Ausgangsverfahrens hiervon auszunehmen.

Mangels ausreichender tatsächlicher Anhaltspunkte kann im vorliegenden Fall daher nicht davon ausgegangen werden, dass die durch das gesetzliche Pflichtteilsrecht gewährleistete Mindestbeteiligung des Klägers des Ausgangsverfahrens am Nachlass der Erblasserin gegen deren Willen erfolgte, so dass nicht einmal feststeht, ob das in der Testierfreiheit enthaltene Selbstbestimmungsprinzip (vgl. BVerfGE 99, 341 <351 f.>) im konkreten Fall überhaupt eine Einschränkung erfahren hat.

Für eine nähere verfassungsrechtliche Überprüfung des Verhältnisses zwischen Testierfreiheit und gesetzlichem Pflichtteilsrecht des Abkömmlings hätte nur dann Anlass bestanden, wenn die Erblasserin in der letztwilligen Verfügung deutlich zum Ausdruck gebracht hätte, dass sie den Kläger von jeglicher Beteiligung am Nachlass ausschließen wollte. Dies war aber – wie ausgeführt – nicht der Fall.

2. Die Annahme der Verfassungsbeschwerde ist auch nicht zur Durchsetzung der als verletzt bezeichneten Grundrechte des Beschwerdeführers aus Art. 3 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG angezeigt (§ 93a Abs. 2 Buchstabe a BVerfGG). Denn die Verfassungsbeschwerde ist ohne hinreichende Aussicht auf Erfolg (vgl. BVerfGE 90, 22 <25 f.>).

a) Hinsichtlich der Rüge einer Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG ist die Verfassungsbeschwerde bereits unzulässig. Das Vorbringen des Beschwerdeführers genügt insoweit nicht dem Begründungserfordernis der §§ 23 Abs. 1 Satz 2, 92 BVerfGG. Der Beschwerdeführer hat in keiner Weise dargelegt, inwiefern der Gleichheitssatz dadurch verletzt sein könnte, dass aufgrund der Übergangsvorschrift des Art. 235 § 1 Abs. 1 EGBGB in Fällen, in denen der Erblasser vor dem 3. Oktober 1990 und nach dem 31. Dezember 1975 verstorben ist und seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt in der Deutschen Demokratischen Republik hatte, das Pflichtteilsrecht des ZGB zur Anwendung kommt (vgl. Frank, in: Münchener Kommentar zum BGB, 3. Aufl., 1997, § 2303 Rn. 30).

b) Hinsichtlich der Rüge einer Verletzung von Art. 14 Abs. 1 GG ist die Verfassungsbeschwerde ohne Aussicht auf Erfolg, weil aus den dargelegten Gründen keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die gesetzliche Regelung des Pflichtteilsrechts im konkreten Fall zu einer unverhältnismäßigen Einschränkung der Testierfreiheit der Erblasserin geführt hat.

Mitgeteilt vom Verein der Richter des Bundesverfassungsgerichts e.V. in Karlsruhe

Buchbesprechungen

Rohs/Heinemann. Die Geschäftsführung der Notare. Begründet von Dr. Günther Rohs. Fortgeführt von Diethard Heinemann. 11., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, 3617 Seiten. R. v. Decker, Hüthig Fachverlage, Heidelberg. 79,– €.

Das bewährte Handbuch bietet eine systematische Zusammenstellung und Erläuterung der Vorschriften, mit denen der Notar in der täglichen Praxis konfrontiert wird. Es weist auf Probleme und häufige Fehler hin und hilft, diese zu lösen bzw. zu vermeiden. Mit der vorliegenden Neuauflage wurde das Werk grundlegend überarbeitet, aktualisiert und ergänzt. Der Band berücksichtigt alle aktuellen Änderung der gesetzlichen Rahmenbedingungen für die Geschäftsführung der Notar. Eingearbeitet wurden u.a. die Neufassung der Dienstordnung der Notare, die Änderungen des Beurkundungsgesetzes sowie die Berufsrichtlinien der Notarkammern. Werbeverbot und Werbung im Internet, Beteiligtenverzeichnis, Auswärtsbeurkundung, Bildschirmverlesen des Notars, Euro-Umstellung beim Verwahrungsbuch sind Schlagworte, die Eingang in die Erläuterungen gefunden haben. Auch kostenrechtliche Feinheiten wie die 20/10-Gebühr für Auflassungen, wenn ein in einem Privattestament angeordnetes Vermächtnis erfüllt werden soll (§ 38 KostO nur dann, wenn Rechtsgrundlage ein notarielles Testament oder Erbvertrag ist), findet man in diesem vorzüglichen Werk. Bei der Globalisierung des Wirtschaftsverkehrs sind die Ausführungen zum Internationalen Urkundenverkehr mit Legalisation, Apostille und Affidavits höchst interessant. Auch auf die Verwendung von Urkunden ausländischer Urkunden im deutschen Rechtsgebiet wird eingegangen. Selbst Themen wie die Funktion des Notars im Anwaltsvergleich fehlen nicht. Wohltuend auch die Feststellung, dass auch

Hilfspersonal des Notars das Grundbuch einsehen dürfen. Diese wenigen Beispiele zeigen, dass der Band alles anspricht, was für die Geschäftsführung der Notare von Bedeutung ist. Das Werk gehört als unverzichtbares Arbeitsmittel in jedes Notariat.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Bassenge/Herbst/Roth. FGG/RPflG. Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Rechtspflegergesetz. Kommentar. Bearbeitet von Dr. Peter Bassenge, Dr. Gerhard Herbst und Prof. Dr. Herbert Roth. 9., neu bearbeitete Auflage, 2002, 908 Seiten. C. F. Müller, Hüthig Fachverlage, Heidelberg. 82,– €.

Das handliche Buch mit den komprimierten Erläuterungen zum FGG und RPflG eignet sich besonders gut zum Mitnehmen in Verhandlungen außerhalb des gewöhnlichen Arbeitsplatzes. Es ist ein kompetentes Nachschlagewerk, in das die zahlreichen Gesetzesänderungen der jüngsten Vergangenheit eingearbeitet sind und „up to date" ist. Die Fortentwicklung der Rechtsprechung zwang die Autoren zu einer grundlegenden Überarbeitung und Erweiterung der Kommentierung. Der Taschenkommentar berücksichtigt neben aktueller Gesetzgebung auch neuere Entwicklungen in der Justizverwaltung, z.B. die Einführung des maschinell geführten Grundbuchs und die Frage nach der Selbstständigkeit des Rechtspflegers bei vorgegebenen Textmasken. Interessant auch die Möglichkeit einer Untätigkeitserinnerung bei vollständiger Untätigkeit oder überlanger Verfahrensdauer (BVerfG NJW 2001, 961), eines Vorbescheids im verfahren auf gerichtliche Vertragsgenehmigung wie vormund-, nachlass- und familiengerichtliche Genehmigungen (BVerfG Rpfleger 2000, 205). Auch das Rechtsinstitut der eingetragenen Lebenspartnerschaft und die Euro-Umstellung fanden Eingang in die Kommentierung. Das kompakte Buch ermöglicht einen schnellen Überblick über praxisrelevante Sachfragen, aber auch einen tieferen Einstieg in Detailprobleme.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Die Firmengründung, 7. Auflage. Begründet von Dr. Hanns Heinz Wessel, weitergeführt von Ass. Dieter Zwernemann, Geschäftsführer der IHK Region Stuttgart und Steffen Kögel, Dipl. Rechtspfleger (FH) in der IHK Region Stuttgart. Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Heidelberg 2001. 548 Seiten Leinen, Euro 92,00.

Ständig fortschreitende Änderungen im Firmenrecht, insbesondere aber das am 1. Juli 1998 in Kraft getretene Gesetz zur Neuregelung des Kaufmanns- und Firmenrechts und zur Änderung anderer handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorschriften (HRefG), ließen die Neuauflage geboten erscheinen. Das Werk widmet sich zunächst auf fast zweihundert Seiten einer umfassenden Darstellung jeglicher firmenrechtlicher Grundsätze, u.a. dem neu definierten Kaufmannsbegriff, dem kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb, den Kleingewerbebetreibenden in Form von Einzelunternehmen oder von BGB-Gesellschaften, der Verwendung von Etablissementbezeichnungen, den Funktionen des Handelsregisters, den Grundsätzen von Firmenwahrheit, -klarheit, -ausschließlichkeit und -einheit, den Erfordernissen der Unterscheidbarkeit der Firmen, der Offenlegung des jeweiligen Gesellschafts- und Haftungsverhältnisses, weiterhin den verschiedenen firmenbildenden Typen, nämlich Sach-, Phantasie- und Personenfirma nebst ihren Mischformen. Bereits diese Darstellung, aber auch die weiteren Ausführungen in dem Werk, sind fortlaufend mit praktischen Firmierungsbeispielen und Ausführungen zur jeweiligen Zulässigkeit der Firmierung unter ausführlichen Hinweisen auf Rechtsprechung und Literatur belegt. Der Verwendung von Domain-Namen, der Berücksichtigung und Bedeutung der Marken oder der Zulässigkeit von Buchstabenkombinationen bei der Firmenbildung ist breiter Raum gewidmet. Im folgenden befaßt sich das Werk vornehmlich mit der Gründung der am häufigsten gewählten Unternehmensformen, nämlich Einzelunternehmen, OHG, KG einschließlich der GmbH & Co KG und der GmbH, weiterhin der Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung und der Partnerschaftgesellschaft. Es beleuchtet hierbei sämtliche denkbaren firmenrechtliche Aspekte. Ergänzende hilfreiche Hinweise zur Firmenbildung liefert ein besonderes Kapitel über unzulässige Firmenangaben mit einer kasuistischen Darstellung auf immerhin neunzig Seiten. In diesem Zusammenhang sei auf das ausführliche Stichwortverzeichnis verwiesen. Dieses ermöglicht dem Leser ein rasches Auffinden der jeweiligen Erörterungen über einzelne ihn interessierende Firmenbestandteile, etwa @-Zeichen, Adelstitel, Agentur, Akademie, usw. Da eine gewerbliche Tätigkeit vielfach durch den Erwerb einer Firma entsteht, ist die abgeleitete Firma ebenfalls berücksichtigt. Insoweit bedarf es bei der Anmeldung, nachdem das neue Recht in vermehrtem Maße Firmenzusätze ermöglicht, erhöhter Aufmerksamkeit zur Vermeidung von Haftungsübernahmen nach § 25 HGB. Die Verfasser weisen insoweit zutreffend darauf hin, daß die Rechtsprechung an die Merkmale Fortführung des Handelsgeschäfts und Fortführung der Firma zunehmend geringere Anforderungen stellt, so daß das Haftungsrisiko gem. § 25 HGB für den Erwerber eines Betriebes oder Teilbetriebes immer größer wird (vgl. hierzu zuletzt BGH DNotZ 2001, 883 = NJW 2001, 1352 – haftungsbegründende Firmenfortführung einer sogar nach altem Recht unzulässigen einzelkaufmännischen Firma „HS Handelsagentur Lieferant von Additiven für die Lebensmittelindustrie" mit dem Zusatz GmbH).

Neue Rechtsprechung und Schrifttum sind bis einschließlich Mai 2001 berücksichtigt. Vor 1970 datierende Rechtsprechung wurde, mit Ausnahme von Grundsatzentscheidungen, begrüßenswerter Weise nicht mehr aufgeführt. Der Verlag kündigt den „Wessel" zu Recht als anerkanntes Standardwerk zum Firmenrecht an. Es sollte in der Notarbibliothek nicht fehlen. Die Anschaffung der in jeder Hinsicht erschöpfenden Darstellung des Firmenrechts kann uneingeschränkt empfohlen werden.

Notariatsdirektor Wolfgang Schmenger, Karlsruhe

Faßbender/Grauel/Kemp/Ohmen/Peter/Roemer. Notariatskunde. Von Notar Dr. Hermann J. Faßbender, Notariatsbürodirektor i.R. Walter Grauel, Notar Dr. Peter Kemp, Notar Dr. Werner Ohmen, Notar Dr. Wolfgang Peter und Notar Dr. Heiner Roemer. Merkur Verlag Rinteln Deutscher Anwaltverlag. 14. Aufl., 2001, 826 S., € 43,–.

Die Neuauflage gehört zu den Klassikern im Bereich des Notariats. Es ist ein unentbehrliches Hilfsmittel im Notariat, für den Notar wie auch für seine Bediensteten. Wer irgendeinem Problem im materiellen Recht oder Verfahrensrecht lösen muss, findet in diesem ausgezeichneten Praktiker-Handbuch Lösungsangebote und weiterführende Hinweise. Neben den verschiedenen Vertragstypen im notariellen Alltag werden auch die Abwicklungsgeschäfte ausführlich dargestellt und so den Bediensteten des Notars eine feste und zuverlässige Orientierung gegeben. Selbstverständlich begleiten die Kostenberechnungen jedes Muster einer notariellen Urkunde. Das Buch ist gegliedert in die Kapitel „Der Notar und seine Mitarbeiter", „Das Büro des Notars", „Die Amtsgeschäfte des Notars". Neben diesen von jedem Notar zu beachtenden Erläuterungen hat das Buch den Schwerpunkt bei den einzelnen notariellen Geschäften und ihrer Abwicklung. Auf über 500 Seiten werden Erläuterungen, Informationen und Mustertexte geboten und zwar für die Bereiche des Grundstücksverkehrs, des Familien- und Erbrechts, des Handels- und Vereinsrechts. Mehr als 100 Seiten sind den Kostenberechnungen gewidmet, wobei leider die Euro-Umstellung nur in einem kostenlosen Nachtrag berücksichtigt werden konnte. Auch die Schuldrechtsreform konnte keinen Eingang mehr in das Buch finden, was vor allem wegen einzelner Urkundenmuster misslich ist. Das Werk verdient das Prädikat „Aus der Praxis für die Praxis". Das Werk ist ein fachkundiger Helfer im Notariat.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Immobilienrecht Handbuch. Herausgegeben von Prof. Dr. Klaus Schreiber mit Beiträgen von Udo Becker, Prof. Dr. Christian Berger, Dr. Norbert Frenz, Dr. Bodo Grundmann, Raymaond Halaczinsky, Dr. Klaus Hoppe, Hans Christian Ibold, Dr. Andreas Jurgeleit,

Dr. Nicola Preuß, Dr. Ludwig Röll, Dr. Paul Rombach, Michael Sauthoff, Prof. Dr. Bernd Schildt, Dr. Heiner Will, Dr. Georg Wochner und Prof. Dr. Joachim Wolf. Erich Schmidt Verlag, Berlin Bielefeld München. 2001, 1280 Seiten, 198,– €.
Das sehr umfangreiche Werk versteht sich zum einen als Nachschlagewerk für die tägliche Entscheidungs- und Beratungspraxis, soll jedoch zum anderen auch Hilfsmittel sein, um Rechtsgrundlagen zu erarbeiten und hierauf aufbauend in die Tiefen des Rechtsgebietes vorzustoßen. In insgesamt 18 Einzelbeiträgen stellt das Handbuch die wichtigsten Gebiete des Immobilienrechts dar. Es erläutert neben dem klassischen Bereich des Grundbuchrechts in den Kapiteln Enteignungsrecht, Öffentliches Baurecht (Bauordnungs- und Bauplanungsrecht), Immissionsschutz und einschlägiges Nachbarrecht auch die öffentlich-rechtliche Einbindung des Grundstücks in die Rechtsordnung, das Maklerrecht und die schuldrechtlichen Beziehungen zum Grundstück (Form von Grundstückskaufverträgen und Beurkundungsrecht) sowie das Grundsteuer- und Grunderwerbsteuerrecht. Auch das Grundstück als Objekt der Zwangsvollstreckung und damit auch das Kreditsicherungsrecht wird ausführlich dargestellt. Breiten Raum nehmen die Erläuterungen zum Wohnungseigentum und Erbbaurecht ein. Auf neue Entwicklungen wird überall eingegangen. Das Handbuch ist ein fundiertes Auskunfts- und Nachschlagewerk für alle mit dem Recht an Grundstücken gefassten Personen.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Die Schuldrechtsreform in der Vertragspraxis. Handbuch für Notare und Vertragsjuristen mit Gestaltungshinweisen und Formulierungsbeispielen. Herausgegeben und bearbeitet von Notar Dr. Hermann Amann, Notar Prof. Dr. Günter Brambring und Christian Hertel, LL.M., Geschäftsführer des DNotI, mit Beiträgen von Notar Dr. Jürgen Kallrath, Notarassessor Dr. Paul Rombach, LL.M., und Notar Dr. Bernd Wegmann. Verag C. H. Beck, München, 2002, 574 Seiten, 45,– €.

Das Buch richtet sich vor allem an alle Juristen, insbesondere an die Notarinnen und Notare. Anliegen des Buches ist es, aus der Darstellung des neuen Rechts Gestaltungshinweise und Formulierungsvorschläge für die notarielle Praxis zu entwickeln. Das neue Handbuch stellt systematisch die Änderungen durch die Schuldrechtsreform dar. Dabei wird auf die Auswirkungen in der Vertragspraxis besonderes Gewicht gelegt, wobei neben dem Grundstückskaufvertrag und Bauträgervertrag auch das Gesellschaftsrecht sowie das Familien- und Erbrecht behandelt wird. Die Formulierungsbeispiele zu den einzelnen Vertragstypen helfen jeder Notarin und jedem Notar, schon in der Einführungszeit des neuen Rechts Gestaltungssicherheit zu erlangen. Aufbauschemata, Checklisten, Übersichten und Fallbeispiele veranschaulichen die neue Materie. Konkordanzlisten zum BGB, zum AGB-Gesetz, zum Haustürwiderrufsgesetz und anderen Gesetzen helfen, sich bei der Umstellung auf das neue Recht schneller zurechtzufinden, denn zahlreiche vertraute „Hausnummern" sind im BGB andernorts platziert. Wer eine praxisbezogene Darstellung der wichtigsten Änderungen im Schuldrecht braucht, kommt an diesem vorzüglichen Werk nicht vorbei. Es kann jedem Praktiker bestens empfohlen werden.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Schuldrecht. Rechtliche Grundlagen – Wirtschaftliche Zusammenhänge. Von Prof. Dr. Michael Kittner, Hanau. Verlag Franz Vahlen GmbH, München, 2. Aufl., 2002, 498 Seiten, 29,90 €.

Das Werk versteht sich als Ergänzung zu den herkömmlichen Lehrbüchern des Schuldrechts. Besonderes Gewicht wird neben den klassischen Grundlagen auf das außerhalb des BGB geregelte Schuldrecht gelegt. Es vermittelt Basiswissen und regt an, wirtschaftliche Zusammenhänge zu erkennen. Völlig neu geschrieben wurden die Kapitel Leistungsstörungen, Allgemeine Gschäftsbedingungen, Verbraucherschutz und Elektronischer Rechtsverkehr. Schaubilder machen die Materie verständlicher, weiterführende Hinweise auf Literatur und Rechtsprechung regen zur Vertiefung der jeweils behandelten Materie an. Viele Fallbeispiele tragen zur Lernkontrolle bei. Der Band wendet sich an fortgeschrittene Studierende der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften sowie an Berufsanfänger im Bereich Recht und Wirtschaft.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Schuldrechtsmodernisierung 2002. Zusammengestellt und eingeleitet von Prof. Dr. mult. Claus-Wilhelm Canaris. Verlag C. H. Beck, München. 2002, 1126 Seiten, 50 €.

Die am 1. 1. 2002 in Kraft getretene Schuldrechtsreform ist das zentrale zivilrechtliche Reformvorhaben der letzten Jahrzehnte. Sie ändert tiefgreifend maßgeblicher Bereiche des geltenden Schuld- und Verbraucherschutzes. Der Band enthält eine umfassende Dokumentation der wichtigsten Gesetzesmaterialien. Der Verfasser führt auf 45 Seiten systematisch in das Reformvorhaben ein. Auf 1127 Seiten werden die Diskussionsentwürfe, der Regierungsentwurf, die Gesetzesbegründung, die Stellungnahme des Bundesrates, die Gegenäußerung der Bundesregierung und der Bericht des Rechtsausschusses abgedruckt. Der Leser findet alles, was er zum Verständnis und zur Auslegung der neuen Regelungen braucht.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Beck'sche Synopse zum neuen Schuldrecht. Synoptische Darstellung der Rechtsänderungen im Bürgerlichen Gesetzbuch, AGBG, FernabsG, HaustürWG, TzWrG und VerbrKrG durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts. Herausgegeben von RA Prof. Dr. Michael Bartsch und RA Dr. Dr. Jörg Maurer, Dipl.-Kaufmann Dr. Peter Sester, Kiel. 2002, 669 Seiten. C. H. Beck Verlag München. 17,90 €.

Ausgangspunkt der Synopse ist der ab 1. 1. 2002 geltende Gesetzestext des BGB, wie der durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vorliegt. Ziel der Synopse ist die Lesbarkeit und Verständlichkeit des neuen Textes. Der neue und alte Gesetzestext wird gegenüber gestellt und garantiert ein schnelles Zurechtfinden im neuen Schuldrecht. Der neue Gesetzestext in vier Schrifttypen gehalten. Hilfreich ist die Synopse auch für die Umstellung auf das neue Recht, insbesondere zur Aktualisierung von Musterverträgen. Eine Retrosynopse erleichtert das Wiederfinden der alten Normen. Sie enthält alle Vorschriften, die nicht mehr am alten Ort stehen und zeigt, welche neuen Vorschriften den alten Regelungsinhalten entsprechen oder dass der alte Regelungsinhalt ersatzlich entfallen ist. Das Werk ergänzt in idealer Form alle Einführungswerke zur Schuldrechtsreform. Der Praktiker nimmt die Hilfe mit großem Gewinn an. Enthalten ist der gesamte Text des BGB in neuer Fassung.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Impressum:
Schriftleiter: Herbert Staudenmaier, Notar a.D., 73479 Ellwangen (Jagst), Veit-Hirschmann-Straße 10 (Tel. 0 79 61-56 08 66), und Dr. Jürgen Rastätter, Notar, 69115 Heidelberg, Kurfürstenanlage 23 (Tel. 0 62 21/59 14 70). Mit der Annahme des Beitrags geht das alleinige Veröffentlichungsrecht auf die Herausgeber über. Die BWNotZ erscheint vierteljährlich zweimal. Bestellungen sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e.V. in 70174 Stuttgart, Kronenstr. 34 (Tel. 07 11/2 23 79 51, Fax 07 11/2 23 79 56, E-mail: wuertt.NotV@t-online.de) zu richten. Bezugspreis ab 01. 01. 2001 im Abonnement € 45,– einschließlich MWST und Versandkosten; Einzelhefte € 6,– einschließlich MWST zuzüglich Versandkosten. Einzelhefte können nur noch von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden. Anzeigenverwaltung und Gesamtherstellung: Walcher & Rees GmbH, Druckerei und Verlag, 89520 Heidenheim, In den Seewiesen 16–18 (Tel. 0 73 21/35 00-0, Fax 0 73 21/35 00 15).