

# 2 MittBayNot

Begründet 1864

Bestellkarten für den Streifzug durch die Kostenordnung  
(6. Aufl. 2005) und die Bäuerle-Tabelle im Heft

März/April 2005

Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

## Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
80333 München

## Herausgeberbeirat:

Dr. Hermann Amann,  
Notar in Berchtesgaden

Dr. Johann Frank,  
Notar in Amberg

Prof. Dr. Reinhold Geimer,  
Notar in München

Dr. Dr. Herbert Grziwotz,  
Notar in Regen

Prof. Dr. Dieter Mayer,  
Notar in München

Prof. Dr. Wolfgang Reimann,  
Notar in Passau

## Schriftleiter:

Dr. Markus Krebs,  
Notarassessor

ISSN 0941-4193

## Aufsätze

*Lautner:* Rechtsfähigkeit ohne Grundbuchfähigkeit? –  
Das Dilemma der Außengesellschaft bürgerlichen Rechts  
im Grundstücksrecht 93

*Bleutge:* Zum Koppelungsverbot beim Grunderwerb  
für Einheimische 100

*Busse:* Zur Berücksichtigung des Planungsgewinns  
beim kommunalen Grunderwerb 103

*Fembacher/Klinger:* Löschung der Auflassungsvormerkung  
bei gescheitertem Kauf – Beurkundungspflicht und  
kostenrechtliche Konsequenzen 105

*Kessler:* Der Schutzzumfang der Vormerkung  
im Insolvenzverfahren 108

*Amann:* Kann sich der Insolvenzverwalter der Erfüllung  
des vorgemerkten Anspruchs und den damit zusammen-  
hängenden Kosten entziehen? 111

*Papacharalampous/Lintz:* Immobilien in Griechenland –  
Kaufpreisfinanzierung 114

## Rechtsprechung

Maklerprovision beim Rücktritt vom Kaufvertrag  
mit Maklerklausel  
(OLG Karlsruhe, Urteil vom 21.5.2004, 15 U 39/03) 130  
mit Anmerkung *Wälzholz* 133

Teilungsversteigerung bei Vereinigung der Bruchteile  
eines Erbbaurechts in der Hand eines Inhabers als Vorerben  
(BGH, Beschluss vom 16.7.2004, IXa ZB 330/03) 157  
mit Anmerkung *Wicke* 158

Gläubigeranfechtung nach Grundstücksveräußerung  
und nachträglichem Zwangsversteigerungszuschlag  
(BGH, Urteil vom 29.6.2004, IX ZR 258/02) 160  
mit Anmerkung *Huber* 161

Eigentumserwerb bei Insolvenz des Bauträgers  
OLG Stuttgart, Urteil vom 18.8.2004, 5 U 62/03 162  
mit Anmerkung *Blank* 165

Bewertung eines beim Kauf bestehenden Erbbaurechts  
(OLG Celle, Beschluss vom 5.5.2004, 8 W 119/04) 169  
mit Anmerkung der Prüfungsabteilung 171

Kein Verstoß gegen Koppelungsverbot bei Baugrund-  
ausweisung gegen Grundstücksabtretung  
(LG München I, Urteil vom 19.5.2004, 9 O 22055/02) 178

## Inhalt

### Aufsätze

- Lautner*: Rechtsfähigkeit ohne Grundbuchfähigkeit? – Das Dilemma der Außengesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundstücksrecht **93**
- Bleutge*: Zum Koppelungsverbot beim Grunderwerb für Einheimische **100**
- Busse*: Zur Berücksichtigung des Planungsgewinns beim kommunalen Grunderwerb **103**
- Fembacher/Klinger*: Löschung der Auflassungsvormerkung bei gescheitertem Kauf – Beurkundungspflicht und kostenrechtliche Konsequenzen **105**
- Kessler*: Der Schutzzumfang der Vormerkung im Insolvenzverfahren **108**
- Amann*: Kann sich der Insolvenzverwalter der Erfüllung des vorgemerkten Anspruchs und den damit zusammenhängenden Kosten entziehen? **111**
- Papacharalampous/Lintz*: Immobilien in Griechenland – Kaufpreisfinanzierung **114**

### Buchbesprechungen

- Althammer: Die Maklerklausel im notariellen Grundstückskaufvertrag (*Wälzholz*) **116**
- Weitnauer: Wohnungseigentumsgesetz (*Heinemann*) **117**
- Münch: Ehebezogene Rechtsgeschäfte (*Everts*) **119**
- Stollenwerk: Lexikon des Vermögensausgleichs zwischen Ehegatten und Lebenspartnern (*Münch*) **121**
- Stüb/Haas (Hrsg.): Erbrecht in Europa (*Selbherr*) **121**
- Binz/Sorg: Die GmbH & Co. KG (*Giehl*) **122**
- Schnorr: Die Gemeinschaft nach Bruchteilen (§§ 741–758 BGB) (*Krafka*) **125**
- Roßnagel (Hrsg.): Handbuch Datenschutzrecht (*Wegerhoff*) **126**

### Rechtsprechung

#### Bürgerliches Recht

##### Allgemeines

1. Inanspruchnahme aus einer Bürgschaft gemäß § 7 MaBV trotz Fehlens einer entsprechenden Sicherungsabrede zwischen Erwerber und Bauträger (BGH, Urteil vom 30.9.2004, VII ZR 458/02) **128**
2. Maklerprovision beim Rücktritt vom Kaufvertrag mit Maklerklausel (OLG Karlsruhe, Urteil vom 21.5.2004, 15 U 39/03) **130**  
mit Anmerkung *Wälzholz* **133**
3. Keine Auswirkungen des Widerrufs eines Darlehensvertrags auf Sicherungsgrundschuld (OLG Düsseldorf, Urteil vom 16.7.2004, I-17 U 198/03) **134**
4. Streitwert einer Auflassungsklage (Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss vom 9.11.2004, 4 W 70/04) **139**
5. Streitwert einer Auflassungsklage (OLG Köln, Beschluss vom 12.11.2004, 19 U 214/02) **139**
6. Überleitung von Rückforderungsansprüchen nach Tod des Schenkers (LG München I, Urteil vom 4.8.2004, 9 O 122/04) **140**

## Inhalt (Fortsetzung)

### Sachen- und Grundbuchrecht

7. Fehlgeschlagene Unterteilung von Wohnungseigentum und nachfolgende Veräußerung (BGH, Urteil vom 1.10.2004, V ZR 210/03) **140**
8. GbR auch als Gläubigerin einer Zwangssicherungshypothek nicht grundbuchfähig (BayObLG, Beschluss vom 8.9.2004, 2Z BR 139/04) **143**
9. Belastung des ideellen Bruchteils eines Alleineigentümers mit Auflassungsvormerkung (BayObLG, Beschluss vom 20.10.2004, 2Z BR 176/04) **144**
10. Vormerkung zur Sicherung eines Rückübereignungsanspruchs bei Verstoß gegen Verkehrssicherungspflicht (Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 7.10.2004, 3 W 209/04) **146**

### Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

11. Keine Sittenwidrigkeit einer Hinauskündigungs Klausel (*nur Leitsatz*) (OLG Düsseldorf, Urteil vom 16.1.2004, I-17 U 50/03) **147**
12. Umwandlung einer bei Gründung übernommenen Bareinlage in Sacheinlage (KG, Beschluss vom 26.10.2004, 1 W 21/04) **147**

### Internationales Privatrecht

13. Anwendbares Recht bei Kauf einer hypothekarisch gesicherten Forderung (BGH, Urteil vom 26.7.2004, VIII ZR 273/03) **148**
14. Internationale Zuständigkeit für dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen (BGH, Urteil vom 4.8.2004, XII ZR 28/01) **153**
15. Treuhandvertrag über Geschäftsanteil an polnischer GmbH (BGH, Urteil vom 4.11.2004, III ZR 172/03) **155**

### Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

16. Teilungsversteigerung bei Vereinigung der Bruchteile eines Erbbaurechts in der Hand eines Inhabers als Vorerben (BGH, Beschluss vom 16.7.2004, IXa ZB 330/03) **157**  
mit Anmerkung *Wicke* **158**
17. Gläubigeranfechtung nach Grundstücksveräußerung und nachträglichem Zwangsversteigerungszuschlag (BGH, Urteil vom 29.6.2004, IX ZR 258/02) **160**  
mit Anmerkung *Huber* **161**
18. Eigentumserwerb bei Insolvenz des Bauträgers (OLG Stuttgart, Urteil vom 18.8.2004, 5 U 62/03) **162**  
mit Anmerkung *Blank* **165**

### Beurkundungs- und Notarrecht

19. Belehrungspflicht bei Entwurf einer Handelsregisteranmeldung (BGH, Beschluss vom 30.9.2004, III ZR 308/03) **168**
20. Verweigerung der Auskehrung eines Geldbetrags vom Notaranderkonto (Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 30.7.2004, 3 W 152/04) **168**

## Inhalt (Fortsetzung)

### Kostenrecht

21. Bewertung eines beim Kauf bestehenden Erbbaurechts  
(OLG Celle, Beschluss vom 5.5.2004, 8 W 119/04) **169**  
mit Anmerkung der Prüfungsabteilung **171**
22. Keine Amtspflichtverletzung bei unterbliebener Anforderung eines Kostenvorschusses  
(OLG Hamm, Beschluss vom 9.6.2004, 15 W 319/03) **171**
23. Formelle Anforderungen an die Bezeichnung der Auslagenpositionen  
in der Kostenberechnung  
(OLG Hamm, Beschluss vom 2.9.2004, 15 W 456/03) **173**
24. Vorrang der Hebegebühr vor der Betreuungsgebühr  
(OLG Celle, Beschluss vom 29.9.2004, 8 W 294/04) **175**
25. Kosten für Einholung einer vom Notar entworfenen Zustimmungserklärung  
(LG Arnsberg, Beschluss vom 26.7.2004, 2 T 5/04) **177**

### Öffentliches Recht

26. Begriff der Erschließungsanlagen  
(BGH, Urteil vom 22.10.2004, V ZR 7/04) **177**
27. Kein Verstoß gegen Koppelungsverbot bei Baugrundaussweisung gegen  
Grundstücksabtretung  
(LG München I, Urteil vom 19.5.2004, 9 O 22055/02) **178**

### Steuerrecht

28. Fortgeltung der Eintragung in die Handwerksrolle bei Formwechsel einer GmbH  
und Beanspruchung von Investitionszulage  
(BFH, Urteil vom 30.9.2003, III R 6/02) **181**

### Standesnachrichten 183

### Sonstiges III

# 2 | **MittBayNot** Begründet 1864

März/April 2005 | Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

Mitteilungsblatt für die im Bereich der Notarkasse  
tätigen Notare und Notarassessoren  
sowie für die Beamten und Angestellten der Notarkasse

Herausgeberbeirat: Notare  
Dr. Hermann Amann, Dr. Johann Frank,  
Prof. Dr. Reinhold Geimer, Dr. Dr. Herbert Grziwotz,  
Prof. Dr. Dieter Mayer, Prof. Dr. Wolfgang Reimann

Schriftleiter: Notarassessor Dr. Markus Krebs  
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10,  
80333 München

Druck: Mediengruppe Universal  
Grafische Betriebe Manz und Mühlthaler GmbH,  
Kirschstraße 16, 80999 München  
Gedruckt auf Papier aus 100 % chlorfrei  
gebleichten Faserstoffen

## AUFSÄTZE

### Rechtsfähigkeit ohne Grundbuchfähigkeit? – Das Dilemma der Außengesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundstücksrecht

– zugleich Anmerkung zum Beschluss des BayObLG vom 8.9.2004, 2Z BR 139/04\* –

Von Notar *Konrad Lautner*, Straubing

Das BayObLG setzt mit diesem neuen, eine Beschwerdeentscheidung des LG Weiden<sup>1</sup> bestätigenden Beschluss in Grundbuchsachen konsequent seine die Grundbuchfähigkeit der Außengesellschaft bürgerlichen Rechts strikt ablehnende Linie fort:<sup>2</sup> Eine für eine GbR aufgrund eines auf sie lautenden Titels unter ihrem Namen im Grundbuch eingetragene Zwangssicherungshypothek ist nach Auffassung des BayObLG wegen fehlender Grundbuchfähigkeit der Berechtigten als inhaltlich unzulässig zu löschen. Obwohl nur knapp begründet, werden mit dieser Entscheidung jedoch einmal mehr die Probleme für die Praxis deutlich, die aus der Ablehnung der Grundbuchfähigkeit der Außen-GbR bei gleichzeitiger Anerkennung ihrer Rechts- und Parteifähigkeit durch den BGH<sup>3</sup> entstehen.

Seit der „Jahrhundertentscheidung“ des BGH zur Rechts- und Parteifähigkeit der Außen-GbR<sup>4</sup> sind mittlerweile fast vier Jahre vergangen. In der Zwischenzeit hat erwartungsgemäß eine intensive Diskussion der Konsequenzen der Entscheidung in der juristischen Lehre und vor allem in der Praxis stattgefunden. Ein wichtiger Aspekt dieser Diskussion war und ist die Frage der Grundbuchfähigkeit der GbR. Der 2. Senat des BayObLG hat nunmehr auch in seiner dritten Entscheidung zu dieser Frage klar ablehnende Stellung bezogen: Obwohl eine – parteifähige – Außen-GbR einen Vollstreckungstitel unter ihrem Namen erwirkt hatte, sieht das BayObLG die Eintragung einer Zwangssicherungshypothek an einem im Eigentum des Vollstreckungsschuldners stehenden Grundstück für die GbR aufgrund dieses Titels wegen deren fehlender Grundbuchfähigkeit als inhaltlich unzulässig an und lässt die Löschung der Hypothek im Grundbuch und eine darauf gerichtete Beschwerde des Schuldner-Eigentümers nach §§ 71 Abs. 2 Satz 2 Alt. 2, 53 Abs. 1 Satz 2 GBO zu.

\* MittBayNot 2005, 143 (in diesem Heft).

1 Vom 3.5.2004, 2T 38/04 (nicht veröffentlicht).

2 BayObLG vom 31.10.2002, 2Z BR 70/02, MittBayNot 2003, 60, und vom 4.9.2003, 2Z BR 162/03, MittBayNot 2004, 201 mit Anm. Weigl.

3 Urteil vom 29.1.2001, II ZR 331/00, MittBayNot 2001, 192 mit Anm. Ann.

4 BGH (Fn. 3).

#### 1. Inhaltliche Unzulässigkeit der Eintragung einer GbR?

Einer näheren Betrachtung wert ist dabei zunächst die Frage der Zulässigkeit der gegen die Eintragung der Zwangssicherungshypothek eingelegten Beschwerde. Das BayObLG hält hier, wie gesagt, die beschränkte Beschwerde nach § 71 Abs. 2 Satz 2 Alt. 2 i. V. m. § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO mit dem Ziel der Löschung wegen behaupteter inhaltlicher Unzulässigkeit der Eintragung der GbR für einschlägig und zulässig.

a) Den Gründen des Beschlusses des Beschwerdegerichts<sup>5</sup>, die insoweit vom 2. Senat nicht wiedergegeben werden, ist zu entnehmen, dass die Beschwerdeführerin ihrerseits die unbeschränkte Beschwerde<sup>6</sup> gegen die Eintragung der Zwangssicherungshypothek<sup>7</sup> für zulässig hielt, und zwar offenbar un-

5 LG Weiden (Fn.1).

6 Nach allgemeiner Auffassung ist gegen Eintragungen, an die sich kein gutgläubiger Erwerb anschließen kann, in teleologischer Reduktion des § 71 Abs. 2 Satz 1 GBO die unbeschränkte Beschwerde nach § 71 Abs. 1 GBO mit dem Ziel der Löschung zulässig; vgl. nur *Demharter*, GBO, 24. Aufl., § 71 Rdnr. 37.

7 Gegen die Eintragung der Zwangssicherungshypothek als solcher ist trotz hoheitlich bewirkter Eintragung wegen der Möglichkeit des gutgläubigen Zweiterwerbs grundsätzlich nur die beschränkte Beschwerde zulässig; BGHZ 64, 194, 197; BayObLGZ 1983, 188; *Bauer/von Oefele/Budde*, GBO, § 71 Rdnr. 56 m. w. N.; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Fn. 32 zu Rdnr. 478.

ter Berufung auf eine Entscheidung des Kammergerichts<sup>8</sup>, wonach der Eintragung eines überhaupt nicht existenten Eigentümers oder Berechtigten eines dinglichen Rechts kein öffentlicher Glaube zukommt.<sup>9</sup> Zu Recht lehnte das Beschwerdegericht die Zulässigkeit einer unbeschränkten Beschwerde mit dieser Begründung im hiesigen Fall ab: Ohne Frage existiert ja die Gläubiger-GbR, aufgrund der Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit durch den BGH sogar als Träger von Rechten und Pflichten.<sup>10</sup> Hier besteht eine gänzlich andere Situation als bei der Eintragung einer nichtexistenten Person im Grundbuch: Niemand kann im Sinne der §§ 892, 893 BGB auch nur abstrakt darauf vertrauen, dass ein Grundstück oder ein dingliches Recht einem Rechtsträger zusteht, den es gar nicht gibt. Wohl aber ist ein abstraktes Vertrauen darauf denkbar, dass das Recht einem existenten Rechtsträger zusteht, der im Grundbuch wegen (behaupteter) Grundbuchunfähigkeit – untechnisch gesprochen – nur unter der „falschen Bezeichnung“ eingetragen ist.

b) Gegen die Zulässigkeit der beschränkten Beschwerde mit dem Ziel der Löschung wegen inhaltlicher Unzulässigkeit haben Beschwerdegericht und BayObLG dagegen keine Bedenken und legen die Beschwerde entsprechend aus.<sup>11</sup> Inhaltliche Unzulässigkeit einer Eintragung im Sinne des § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO liegt vor, wenn ein Recht mit dem Inhalt oder in der Ausgestaltung, wie es eingetragen ist, aus Rechtsgründen nicht bestehen kann,<sup>12</sup> wenn also eine Eintragung mit dem ihr gegebenenfalls durch Auslegung zu entnehmenden Inhalt rechtlich überhaupt ausgeschlossen ist und deshalb kein Recht begründen kann.<sup>13</sup> Eine inhaltliche Unzulässigkeit kann insbesondere auch dann vorliegen, wenn ein Recht ohne den gesetzlichen gebotenen Inhalt eingetragen ist.<sup>14</sup> Nach Auffassung des BayObLG zählt zum gebotenen Inhalt eines Rechts – ohne nähere Begründung – offenbar auch, dass als Berechtigter eine grundbuchfähige Person eingetragen wird. Damit steht das Gericht im Einklang mit der bislang – in der grundbuchrechtlichen Literatur zumindest für die GbR meist unausgesprochenen – wohl herrschenden Auffassung, dass die Eintragung eines Rechts für ein nicht grundbuchfähiges Gebilde als inhaltlich unzulässig anzusehen ist.<sup>15</sup> Diese Ansicht leuchtet für die GbR auf der Grundlage der traditionellen individualistischen Gesamthandslehre ein: Da es danach „die GbR“ als Träger von Rechten und Pflichten auch materiellrechtlich nicht gibt, sondern nur die einzelnen gesamthänderisch verbundenen Gesellschafter, ist eine Eintragung mit dem Inhalt, dass eine GbR als solche Berechtigte sei, rechtlich überhaupt ausgeschlossen und damit inhaltlich unzulässig. Gesteht man dagegen der Außen-GbR mit dem BGH<sup>16</sup> auf der Basis der Gruppenlehre Rechtsfähigkeit zu, so ergeben sich Bedenken gegen die Annahme einer inhaltlichen Unzulässigkeit, selbst wenn man die GbR für grundbuchunfähig hält. Grundbuchfähigkeit ist hierbei richtigerweise zu verstehen als Fähigkeit

der GbR, unter ihrem Namen, d. h. mit einer Sammelbezeichnung, in das Grundbuch eingetragen zu werden.<sup>17</sup> Ist also die GbR materiellrechtlich selbst Inhaberin eines dinglichen Rechts<sup>18</sup> und ist die GbR als solche auch im Grundbuch eingetragen worden, so kann man kaum überzeugend behaupten, eine Eintragung mit diesem Inhalt sei rechtlich überhaupt ausgeschlossen bzw. ein Recht könne mit dem Inhalt oder der Ausgestaltung, mit der es eingetragen ist, aus Rechtsgründen nicht bestehen. Die Eintragung – wenn auch bei unterstellter Grundbuchunfähigkeit der GbR unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften zustande gekommen – entspricht vielmehr der wirklichen Rechtslage. Ein gutgläubiger Erwerb könnte sich an die Eintragung der GbR anschließen. Eine Amtslöschung muss daher in einem solchen Fall entgegen dem BayObLG unterbleiben.<sup>19</sup> Die Eintragung eines Amtswiderspruchs bei Annahme der Grundbuchunfähigkeit gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO und die entsprechende Beschränkung des Beschwerdeziels hierauf im Fall einer Beschwerde gegen die Eintragung gemäß § 71 Abs. 2 Satz 2 Alt. 1 GBO ist vorzuziehen. Die Eintragung einer GbR unter ihrem Namen im Grundbuch sollte daher künftig jedenfalls nicht mehr als inhaltlich unzulässig angesehen werden, gleich, ob man sie für grundbuchfähig hält oder nicht.

## 2. Grundbuchfähigkeit der GbR trotz Rechtsinhaberschaft der GbR?

Die Ausführungen des Senats zur Begründetheit der Beschwerde verweisen im Wesentlichen lediglich auf seine bisherige Argumentation<sup>20</sup> zur Ablehnung der Grundbuchfähigkeit der GbR, ohne sich mit den dagegen zwischenzeitlich vorgebrachten Argumenten der Befürworter einer Grundbuchfähigkeit<sup>21</sup> auch nur auseinanderzusetzen. Im Folgenden soll die Argumentation des BayObLG unter Würdigung der Gegenansichten noch einmal kritisch nachvollzogen werden. Dabei erscheint es mir wichtig, eine differenzierende Betrachtungsweise anzustellen.

### a) Die materiellrechtliche Rechtsinhaberschaft der GbR

Richtigerweise und andernorts bereits ausführlich sowohl von Befürwortern als auch von Gegnern der Grundbuchfähigkeit der GbR dargestellt<sup>22</sup> ist dabei zunächst dem auf § 47 GBO

8 FGPrax 1997, 212.

9 S. auch *Demharter*, § 71 Rdnr. 40.

10 BGH, MittBayNot 2001, 192. Das LG Weiden spricht hierbei sogar von der GbR als einer „rechtsfähigen Person“.

11 Regelmäßig ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer das Rechtsmittel mit dem zulässigen Inhalt einlegen will; s. hierzu nur *Demharter*, § 71 Rdnr. 55.

12 BayObLG, Rpfleger 1986, 371; *Demharter*, § 53 Rdnr. 42.

13 *Meikel/Streck*, Grundbuchrecht, 9. Aufl., § 53 Rdnr. 92.

14 *Meikel/Streck*, § 53 Rdnr. 104; *Demharter*, § 53 Rdnr. 45.

15 So ausdrücklich *Meikel/Böhringer*, § 47 Rdnr. 186 m. w. N. zum nichtrechtsfähigen Verein.

16 MittBayNot 2001, 192.

17 *Meikel/Böhringer*, § 47 Rdnr. 182 b; *Eickmann*, ZfR 2001, 433 f.; *Ulmer/Steffek*, NJW 2002, 331. Leider scheint in der derzeitigen Diskussion dieser formellrechtliche Begriff der Grundbuchfähigkeit häufig mit der Frage der materiellen Rechtsinhaberschaft an Grundstücken und Rechten an Grundstücken vermengt zu werden; so auch *Meikel/Ebeling*, § 15 GBV Rdnr. 30 c; *Ulmer/Steffek*, NJW 2002, 332. Ein Beispiel für diese Begriffsverwirrung bietet *Wertenbruch*, NJW 2002, 329.

18 *Meikel/Böhringer*, § 47 Rdnr. 182 a; *Heil*, DNotZ 2004, 380; *Langenfeld*, BWNotZ 2003, 4; *Dümmig*, Rpfleger 2003, 80; *Habersack*, BB 2001, 479; *Lautner*, MittBayNot 2001, 431; a. A. aber offenbar BayObLG, MittBayNot 2003, 60, 62; MittBayNot 2004, 201, 202. Der 2. Senat des BayObLG setzt sich hiermit m. E. jedoch eindeutig in Widerspruch zur Rechtsauffassung des BGH; so auch *Dümmig*, Rpfleger 2003, 80. Zu dieser Frage ausführlich im Folgenden unter 2. a.

19 So im Ergebnis auch *Meikel/Streck*, § 71 Rdnr. 105, der zur Begründung maßgeblich darauf abstellt, dass die zur Ablehnung der Grundbuchfähigkeit der GbR vorgebrachten Publizitätsgesichtspunkte nicht „inhaltlicher“, sondern nur ordnungsrechtlicher Art seien.

20 BayObLG, MittBayNot 2003, 60.

21 Nach der Entscheidung des BayObLG vom 31.10.2002, MittBayNot 2003, 60, insbesondere *Dümmig*, Rpfleger 2003, 80; *Nagel*, NJW 2003, 1646.

und § 15 GBV gestützten Argumentationsansatz des BayObLG gegen die Grundbuchfähigkeit der Außen-GbR eine Absage zu erteilen: Bei Eintragung einer GbR im Grundbuch als Eigentümer oder dinglich Berechtigte sind nicht mehrere, sondern nur ein Rechtsinhaber, nämlich die GbR selbst, vorhanden.<sup>23</sup> Gerade letzteres wird vom 2. Senat des BayObLG jedoch ausdrücklich in Frage gestellt.<sup>24</sup>

Der Schluss des 2. Senats, dass die fehlende Grundbuchfähigkeit, also die fehlende Fähigkeit der GbR, unter ihrem eigenen Namen im Grundbuch eingetragen zu werden, auch die materiellrechtliche Erwerbsfähigkeit der GbR in Bezug auf Immobilien und dingliche Rechte an Grundstücken in Frage stellt, ist nicht zwingend und entspricht eindeutig nicht dem Ansatz des BGH.<sup>25</sup> Die Fragen, wer einerseits Inhaber eines Rechts ist, und andererseits, unter welcher Bezeichnung er als Rechtsinhaber im Grundbuch eingetragen werden kann, sind voneinander zu unterscheiden und können – wenn auch mit nicht unbedingt wünschenswertem Ergebnis<sup>26</sup> – unterschiedlich beurteilt werden:<sup>27</sup> Die Inhaberschaft am Recht richtet sich allein nach materiellem Recht, die Bezeichnung im Grundbuch nach formellem Verfahrensrecht. Auch aus § 873 Abs. 1 BGB ergibt sich nichts Gegenteiliges.<sup>28</sup> Zwar ist danach zum Erwerb des Eigentums oder eines dinglichen Rechts an einem Grundstück die Einigung und Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch erforderlich. Damit ist aber nur bestimmt, dass die Eintragung materiellrechtlich Erwerbsvoraussetzung ist, nicht aber, wie die Eintragung insbesondere des Erwerbers zu erfolgen hat, damit ein Rechtserwerb stattfinden kann. Letzteres regelt allein das Grundbuchverfahrensrecht in der Grundbuchordnung und der Grundbuchverfügung. Wenn das formelle Grundbuchrecht aber – die Grundbuchunfähigkeit der GbR unterstellt – die Eintragung derselben als Erwerber nur unter dem Namen der Gesellschafter zulässt, muss dies für den Erwerb auch materiellrechtlich genügen.<sup>29</sup>

Letztlich wäre es kaum nachvollziehbar, wenn die GbR bewegliches Vermögen zwar selbst erwerben könnte, unbewegliches Vermögen aber den einzelnen Gesellschaftern gemeinsam zustehen würde, und das nur, weil das Grundbuchverfahrensrecht eine Eintragung der GbR unter einem Sammelnamen nicht zulässt.<sup>30</sup> Wertungswidersprüche wären die Folge: Das Grundstück einer GbR stünde im Eigentum der Gesellschafter, vom Grundstück getrennte Bestandteile oder Erzeug-

nisse (z. B. das von einer Agrar-GbR auf ihrem Feld geerntete Getreide) gingen dagegen mit ihrer Trennung in das Eigentum der hiervon zu unterscheidenden GbR über, obwohl § 953 BGB ersichtlich von derselben Rechtsträgerschaft ausgeht. Auf welcher Rechtsgrundlage soll sich ein solcher Eigentümerwechsel vollziehen, da keiner der Fälle der §§ 954 ff. BGB einschlägig ist? Oder: Das gemäß § 1120 BGB, § 865 ZPO vom Haftungsverband einer Hypothek erfasste Grundstückszubehör stünde im Eigentum der GbR, das Grundstück selbst dagegen im Eigentum der Gesellschafter, obwohl auch § 1120 BGB ersichtlich von derselben Rechtsträgerschaft ausgeht. Soll das Zubehör eines GbR-Grundstücks dann etwa gemäß § 1120 letzter Hs. BGB nicht vom Haftungsverband der Hypothek erfasst sein, weil es nicht in das Eigentum des Grundstückseigentümers gelangt ist?

Die materielle Rechtsinhaberschaft der GbR auch an unbeweglichem Vermögen kann daher unabhängig von der Frage ihrer Grundbuchfähigkeit auf der Grundlage des BGH-Urteils vom 29.1.2001 nicht mehr bezweifelt werden.<sup>31</sup> Wer dies nicht anerkennt, muss das BGH-Urteil und die Gruppenlehre insgesamt ablehnen und zur traditionellen individualistischen Gesamthandslehre zurückkehren.<sup>32</sup> Einen solchen Rückschritt kann man vom BGH selbst allerdings kaum erwarten. Ihn zu propagieren, halte ich deshalb für wenig erfolgversprechend.

## b) Die fehlende Registerpublizität der GbR

Maßgebliches Argument des BayObLG gegen die Grundbuchfähigkeit der GbR ist die fehlende Registerpublizität der GbR mit den daraus resultierenden Schwierigkeiten insbesondere bei der Feststellung der Identität sowie der Verfügungs- und Vertretungsbefugnis durch das Grundbuchamt.

### aa) Das Problem der Vertretungsbefugnis

Das BayObLG verweist auf die Schwierigkeiten, die bei der Feststellung der Verfügungs- und Vertretungsbefugnis<sup>33</sup> der GbR entstehen können, nachdem eine § 32 GBO entsprechende Regelung mangels Registerpublizität fehlt. Fest steht, dass beim Fehlen von rechtsgeschäftlichen Vollmachten der für die GbR handelnden Personen zum Nachweis der Vertretungsbefugnis nur die Vorlage des Gesellschaftsvertrags der GbR in gemäß § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO mindestens öffentlich beglaubigter Form<sup>34</sup> verlangt werden kann.<sup>35</sup> Mangels konkreter entgegenstehender Anhaltspunkte ist von Notar und Grundbuchamt vom Fortbestand des Gesellschaftsvertrags und der Vertretungsregelung auszugehen.<sup>36</sup> Hiergegen wird eingewandt, bereits damit würde gegen das gesetzliche Erfordernis eines stets aktuellen Vertretungsnachweises im Grundbuchverfahren verstoßen.<sup>37</sup> Ebenso wird aber im Fall von rechtsgeschäftlichen Vollmachten verfahren: Hierbei wird dem Grundbuchamt zugestanden, mangels anderer Anhaltspunkte dürfe vom Fortbestand einer einmal erteilten Voll-

<sup>22</sup> *Ulmer/Streck*, NJW 2002, 332 f.; *Dümitz*, Rpfleger 2002, 58 f.; *Lautner*, MittBayNot 2001, 430 f.; *Demharter*, Rpfleger 2001, 330 f.; *Eickmann*, ZfIR 2001, 434; *Münch*, DNotZ 2001, 545.

<sup>23</sup> Insoweit geht interessanterweise übrigens auch das Beschwerdegericht offenbar davon aus, dass materiellrechtlich (nur) die GbR selbst Grundstückseigentümer und Inhaber dinglicher Rechte an Grundstücken sein kann, selbst wenn man ihre Grundbuchfähigkeit verneint; LG Weiden (Fn. 1).

<sup>24</sup> MittBayNot 2003, 60, 62; 2004, 201, 202.

<sup>25</sup> S. auch *Nagel*, NJW 2003, 1647; *Langenfeld*, BWNNotZ 2003, 4. *Vogt*, Rpfleger 2003, 493, hält es erstaunlicherweise für „am zwanglosesten“, in Bezug auf Grundstücksrechte weiterhin der individualistischen Gesamthandslehre zu folgen und den BGH damit zu ignorieren!

<sup>26</sup> *Vogt*, Rpfleger 2003, 493, erkennt dabei Inkonsistenzen, ohne diese weiter zu erörtern; m. E. sind aber gerade diese nicht zu vermeidenden Inkonsistenzen das eigentliche Problem!

<sup>27</sup> *Meikel/Ebeling*, § 15 GBV Rdnr. 30 d; *Ulmer/Steffek*, NJW 2002, 331; a. A. wohl *Dümitz*, Rpfleger 2002, 54; Rpfleger 2003, 80; *Wertensbruch*, NJW 2002, 329.

<sup>28</sup> In diese Richtung aber offenbar BayObLG, MittBayNot 2003, 60, 61.

<sup>29</sup> *Heil*, DNotZ 2004, 380.

<sup>30</sup> *Nagel*, NJW 2003, 1647.

<sup>31</sup> *Langenfeld*, BWNNotZ 2003, 4; so übrigens auch der 3. Senat des BayObLG im Rahmen einer Kostenentscheidung vom 7.5.2002, 3Z BR 55/02, MittBayNot 2002, 309, 310.

<sup>32</sup> Insoweit konsequent *Heil*, NJW 2002, 2160; dem zuneigend auch *Vogt*, Rpfleger 2003, 493.

<sup>33</sup> Richtigerweise wegen der materiellen Rechtsinhaberschaft der GbR nur bei der Vertretungsbefugnis; s. auch *Dümitz*, Rpfleger 2002, 54.

<sup>34</sup> Nicht etwa muss die strengere Form des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO eingehalten werden. Hierzu überzeugend *Dümitz*, Rpfleger 2002, 56 f.

<sup>35</sup> BGH, DNotZ 2002, 533, 535; *Meikel/Böttcher*, Einl. I Rdnr. 224; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 3635.

<sup>36</sup> BayObLG, DNotZ 1998, 811, 814; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 3635.

<sup>37</sup> *Heil*, NJW 2002, 2158.

macht ausgegangen werden.<sup>38</sup> Gestützt wird dieses Ergebnis auf die Anwendung der gesetzlichen Rechtsscheinstatbestände der §§ 170–173 BGB, die auch im Grundbuchverfahren zu beachten sind.<sup>39</sup> Dies ist sinnvoll: Die strengen Anforderungen, die das Grundbuchverfahrensrecht an Vertretungsnachweise stellt, dienen dem Schutz des Rechtsverkehrs. Genau denselben Zweck verfolgen auf der Ebene des materiellen Rechts geschriebene oder ungeschriebene Tatbestände, die Verkehrsschutz kraft Rechtsscheins gewähren (z. B. §§ 170–173, 891–893 BGB, § 15 HGB, allgemeine Grundsätze über Rechtsscheinsvollmachten). Damit ist es nur konsequent und im Sinne eines Gleichlaufs von materiellem Recht und Verfahrensrecht wünschenswert, wenn Rechtsscheingrundsätze auch im Grundbuchverfahren zu beachten sind.<sup>40</sup> Letztlich ist auch § 32 GBO mit seiner Anknüpfung an deklaratorische – gegebenenfalls unrichtige – Registereintragungen eine Fortsetzung des Rechtsscheinsgedankens. Dass ein Sich-Verlassen auf Rechtsscheinstatbestände mit dem Grundbuchverfahren von vornherein nicht vereinbar und nicht praktikabel sein soll,<sup>41</sup> überzeugt deshalb nicht.<sup>42</sup> Die andere Frage ist, ob man die höhere Qualität<sup>43</sup> des Verkehrsschutzes, die Registereintragungen im Gegensatz zu sonstigen Rechtsscheinstatbeständen gewährleisten, als für das Grundbuchverfahren zwingend betrachtet. Bei Vollmachten ist das offenbar nicht so, da der über die §§ 170 ff. BGB gewährte Verkehrsschutz hinter dem durch die Registereintragungen erzeugten deutlich zurückbleibt. Es drängt sich daher auf, insbesondere § 172 BGB auf die in einem wenigstens schriftlichen Gesellschaftsvertrag geregelte organschaftliche Vertretungsmacht entsprechend anzuwenden.<sup>44</sup> Die Ähnlichkeit der Interessenlage bei rechtsgeschäftlicher Vollmacht einerseits und organschaftlicher Vertretungsmacht der nicht registrierbaren GbR andererseits wird auch vom BGH gesehen, der explizit § 174 BGB auf die organschaftliche Vertretungsmacht von GbR-Gesellschaftern analog anwendet und hierbei die Vorlage des Gesellschaftsvertrags zur Vermeidung der Zurückweisung des Vertreterhandelns genügen lassen will.<sup>45</sup> In beiden Fällen ist der Rechtsverkehr, der sich vom Bestehen einer Vertretungsregelung mangels Vorhandensein eines Registers nicht überzeugen kann, gleich schutzwürdig. Dem Vertreter ist es demgegenüber ohne weiteres zuzumuten, seine Vertretungsmacht durch Vorlage entsprechender rechtsgeschäftlicher Vollmachtenurkunden oder eben auch der Gesellschaftsvertragsurkunde zu belegen.<sup>46</sup> Die für eine Analogie vorausgesetzte planwidrige Regelungslücke besteht seit Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR ebenfalls: Da der Gesetzgeber bei der Schaffung des BGB nicht von der Rechtsfähigkeit der GbR ausging und aus § 714 BGB erkennbar eine Vertretungsmacht auf rechtsgeschäftlicher Grundlage annahm, ging er von der unmittelbaren Anwendbarkeit der §§ 170 ff. BGB auch bei der Vertretung einer GbR aus. Eine Sonderregelung für organ-

schaftliche Vertretung außerhalb des HGB war danach aus seiner Sicht nicht erforderlich. § 172 BGB ist daher auf die organschaftliche Vertretungsmacht von GbR-Gesellschaftern entsprechend anwendbar, wenn die Gesellschaftsvertragsurkunde vorgelegt werden kann. Die hiergegen vorgebrachten Einwände von *Heil*<sup>47</sup> verfangen nicht. Dass der Vertrag immer nur den Zustand zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses wiedergibt, ist zwar richtig. Bei der Vollmachtserteilung gilt aber nichts anderes: Auch eine Vollmachtenurkunde liefert zunächst nur Beweis dafür, dass die Vollmacht am Tag ihrer Ausstellung einmal wirksam erteilt wurde. Ebenso richtig ist zunächst, dass der Vertragstext eines Gesellschaftsvertrags weitgehend „interne“ Funktion hat, soweit darin z. B. Regelungen über die Gewinnverteilung, Gesellschafterbeschlüsse, Abfindungszahlungen usw. getroffen sind. Dies gilt aber nicht für den gesamten Inhalt des Gesellschaftsvertrags. Soweit darin insbesondere Regelungen zur Vertretung, aber auch zu Namen, Sitz und Mitgliedschaft enthalten sind, sind diese Angaben spätestens seit Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR für den Rechtsverkehr von entscheidender Bedeutung und haben somit in gleicher Weise externe Funktion wie die Erklärungen in einer Vollmachtenurkunde. Möchten die Gesellschafter die Gesellschaftsinterna nicht öffentlich machen, ist es ihnen ohne weiteres möglich, einen auszugsweisen, nur Namen, Sitz, Mitglieder und eben die Vertretungsregelung enthaltenden Auszug aus dem Gesellschaftsvertrag im Rechtsverkehr und insbesondere bei Notar und Grundbuchamt vorzulegen (beim beurkundeten Gesellschaftsvertrag eine auszugsweise Ausfertigung). Auf einen solchen wären dann auch die §§ 175, 176 BGB im Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters oder der Änderung der Vertretungsregelung ohne weiteres entsprechend anwendbar. Die „Verfälschung“ des Originals, wie *Heil* meint,<sup>48</sup> wäre keinesfalls notwendig. Aber selbst wenn die Gesellschafter nicht so verfahren, ist nicht nachvollziehbar, wieso man von ihnen nicht verlangen können soll, dass sie im Fall von Änderungen des Vertrags Altexemplare vernichten oder als ungültig kennzeichnen – natürlich ohne sie zu verfälschen. Letztlich ist dies dann eben ein Preis für die Teilnahme der GbR am Rechtsverkehr, insbesondere am Grundbuchverkehr. Überhaupt leuchtet mir nicht ein, weshalb das BayObLG glaubt, den Gesellschaftern nicht zuzumuten zu können, GbR-Gesellschaftsverträge für den Grundbuchverkehr in der notwendigen Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO vorzulegen.<sup>49</sup> Von einem Vollmachtgeber wird dasselbe auch verlangt, obwohl die Vollmacht i. d. R. formlos erteilt werden kann, § 167 Abs. 2 BGB.

Festzuhalten bleibt daher: Verkehrsschutz hinsichtlich der Vertretungsbefugnis kann und sollte bei der rechtsfähigen GbR über eine analoge Anwendung insbesondere des § 172 BGB auf Gesellschaftsverträge gewährleistet werden, und zwar – ebenso wie bei der rechtsgeschäftlichen Vollmacht – auch im Grundbuchverfahren. Das muss völlig unabhängig davon gelten, ob man nun die GbR als grundbuchfähig ansieht oder nicht. Einerseits ist der Rechtsverkehr selbstverständlich auch außerhalb des Grundstücksverkehrs schutzbedürftig.<sup>50</sup> Andererseits muss man sich darüber klar werden, dass für diese Form des Verkehrsschutzes seit Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR im Grundstücksverkehr selbst dann ein dringendes Bedürfnis besteht, wenn man die Grundbuchfähigkeit der GbR ablehnt und im Grundbuch entsprechend

38 S. hierzu nur *Schöner/Stöber*, Rdnr. 3581.

39 *Schöner/Stöber*, a. a. O.

40 *Dümig*, Rpfleger 2002, 57 m. w. N.; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 3581.

41 So aber *Heil*, NJW 2002, 2159; DNotZ 2004, 378 f.

42 S. auch *Dümig*, Rpfleger 2002, 57.

43 Zur Frage der unterschiedlichen Qualität des Verkehrsschutzes ausführlich *Lautner*, MittBayNot 2001, 431 ff.

44 *Lautner*, MittBayNot 2001, 433 f.; a. A. insbesondere *Heil*, NJW 2002, 2158; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 3635.

45 BGH vom 9.11.2001, LwZR 4/01, DNotZ 2002, 533, 535. Ein bloßes „obiter dictum“ des BGH zu diesem Punkt kann ich beim Lesen der Entscheidungsgründe nicht erkennen, da diese Erwägung des BGH seine Entscheidung stützt; anders *Heil*, NJW 2002, 2158 Fn. 12.

46 BGH, DNotZ 2002, 533, 535.

47 NJW 2002, 2158.

48 A. a. O.

49 So auch *Dümig*, Rpfleger 2003, 81.

50 In der Entscheidung des BGH zu § 174 BGB ging es z. B. um die Kündigung eines Landpachtvertrags; NJW 2002, 533.

bisheriger Praxis nur die Gesellschafter gemäß § 47 GBO eintragen will. Wie oben gezeigt, ist nämlich materieller Rechtsinhaber stets die GbR selbst, deren Rechtsinhaberschaft im Grundbuch durch die Eintragung der Gesellschafter mit Zusatz nach § 47 GBO ausgewiesen wird. Sollte also beispielsweise einer dieser im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter in Wirklichkeit bereits aus der GbR ausgeschieden sein, aber für die GbR dennoch im Rahmen eines Grundstücksverkaufs handeln, stellt sich nicht mehr die Frage nach einem Schutz des Vertrauens des gutgläubigen Erwerbers auf die Verfügungsbefugnis: Die aufgetretenen Gesellschafter erklären die Auflassung namens der Rechtsinhaberin GbR; diese ist verfügungsbefugt und im Grundbuch – durch Eintragung der Gesellschafter – als Eigentümer eingetragen. Das Grundbuch ist richtig, denn die Rechtsinhaberschaft der GbR hat sich durch das Ausscheiden des Gesellschafter nicht geändert.<sup>51</sup> § 892 BGB, der nur den guten Glauben an das Eigentum und die Verfügungsbefugnis des eingetragenen Eigentümers, nicht aber an die Vertretungsbefugnis des für diesen Handelnden schützt,<sup>52</sup> hilft daher nicht, selbst dann nicht, wenn alle eingetragenen Gesellschafter für die GbR gehandelt haben.<sup>53</sup> Richtigerweise geht es auch in diesem Fall um den Schutz des Vertrauens auf den Fortbestand einer *Vertretungsbefugnis*.<sup>54</sup> Werden dabei keine rechtsgeschäftlichen Vollmachten vorgelegt, kann der notwendige (!)<sup>55</sup> Verkehrsschutz nur über die entsprechende Anwendung des § 172 BGB auf GbR-Gesellschaftsverträge (genauer: die darin enthaltene abstrakte und konkrete Vertretungsregelung) gelingen.

Dem Argument des BayObLG, die Grundbuchfähigkeit der GbR scheitere am fehlenden sicheren Nachweis der Vertretungsbefugnis und der Gefahr diesbezüglicher Änderungen in den vorgelegten Gesellschaftsverträgen, kann aufgrund oben angeführter Erwägungen daher nicht gefolgt werden. Denn Verkehrsschutz kann hierbei in vergleichbarem Umfang gewährt werden wie bei rechtsgeschäftlichen Vollmachten.

### bb) Das Problem der Identität

Hierzu führt das BayObLG<sup>56</sup> aus, eine GbR könne zwar einen Namen führen, dieser unterscheide sich mangels Eintragung und Eintragungspflicht in einem Register jedoch wesentlich von einer Firma im Sinne des § 17 HGB und vermittele damit nicht die erforderliche Publizität. Dieses Argument dürfte dahingehend zu verstehen sein, dass es aufgrund der fehlenden Registrierung bei der GbR im Gegensatz insbesondere zur OHG Probleme im Zusammenhang mit der Ermittlung der Identität geben kann.<sup>57</sup> Richtig daran ist, dass § 30

HGB<sup>58</sup> im Zusammenhang mit der registerrichterlichen Eintragungskontrolle insoweit präventiven Verkehrsschutz vermittelt, den es bei der GbR nicht gibt. Die Gefahr zweier unter der gleichen oder einer ähnlichen Firma auftretenden Handelsgesellschaften mit demselben Sitz ist dadurch verringert, wenn auch nicht ganz beseitigt.<sup>59</sup> Bei der GbR ist die Identitätsfeststellung durch das Grundbuchamt und – im Vorfeld des Grundbuchverfahrens – durch den Notar mangels Registrierung ungleich schwieriger.<sup>60</sup> Allerdings wird hiergegen eingewandt, eine Identifizierung könne bei natürlichen Personen mit häufigen Namen („Hans Müller“) und ausländischen Berechtigten, vor allem auch ausländischen Gesellschaften in Staaten ohne Registrierung, ebenso schwierig sein.<sup>61</sup> Dies ist sicher nicht von der Hand zu weisen. Ob man allerdings die hierdurch in das Grundbuchverfahren geratenen, notgedrungen hinzunehmenden Unsicherheiten durch eine Anerkennung der Grundbuchfähigkeit der GbR noch vergrößern muss, sei dahingestellt. Fest steht jedenfalls, dass das Problem bei der Identitätsfeststellung, wie schon einmal an anderer Stelle<sup>62</sup> gezeigt, das überzeugendste, aus der fehlenden Registerpublizität der GbR hergeleitete Argument gegen deren Grundbuchfähigkeit darstellt. Dies wird insbesondere im Bereich des formellen Konsensprinzips und bei Eintragung einer Zwangshypothek deutlich.

### cc) Grundbuchfähigkeit der GbR und formelles Konsensprinzip

Das BayObLG betont,<sup>63</sup> die Probleme bei Identitäts- und Vertretungsnachweis der GbR verschärften sich im Bereich des formellen Konsensprinzips (§ 19 GBO; z. B. bei Eintragung einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit oder einer Grundschuld zugunsten einer GbR) und insbesondere auch im jetzt entschiedenen Fall der Eintragung einer Zwangshypothek, da hierbei vor Eintragung die Vorlage des Gesellschaftsvertrags der GbR vom Grundbuchamt nicht verlangt werden könne. Eine spätere Löschung könne scheitern, weil dann in der Regel ein ausreichender Identitäts- und Vertretungsnachweis nicht in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO erbracht werden könne. Bei der Eintragung einer Zwangssicherungshypothek habe das Grundbuchamt den Vollstreckungsgläubiger so einzutragen, wie er im Titel aufgeführt ist.

In der Tat zeigt sich genau in diesen Fällen die von *Heil*<sup>64</sup> angesprochene Problematik der Folgeverfügungen, wenn man die Grundbuchfähigkeit der GbR anerkennen würde.

(1) Im Bereich des materiellen Konsensprinzips (§ 20 GBO), wenn also die GbR aufgrund Auflassung als Grundstückseigentümerin unter Vorlage des Gesellschaftsvertrags eingetragen wird und später unter Vorlage desselben (oder eines geänderten Vertrags) wieder darüber verfügt, halte ich diese Probleme für zumindest überwindbar. Notar und Grundbuchamt können auf der Grundlage des ursprünglichen, in den Grundakten befindlichen<sup>65</sup> Gesellschaftsvertrags und, bei Zwei-

<sup>51</sup> *Meikel/Ebeling*, § 15 GBV, Rdnr. 30 d; *Langenfeld*, BWNNotZ 2003, 4.

<sup>52</sup> S. nur *Schöner/Stöber*, Rdnr. 346.

<sup>53</sup> A. A. *Kremer*, RNotZ 2004, 246. Er verkennt dabei jedoch, dass es ein „Selbsthandeln“ der GbR-Gesellschafter nicht mehr geben kann. Stets liegt organschaftliche Vertretung der GbR vor, dann eben durch alle Gesellschafter.

<sup>54</sup> So auch *Dümig*, Rpfleger 2002, 57. Das BayObLG, MittBayNot 2003, 60, 61, sieht demgegenüber die fehlende Anwendbarkeit der §§ 891, 892 BGB gerade als Argument gegen die Grundbuchfähigkeit der GbR; so auch *Vogt*, Rpfleger 2003, 492. Dies ist aber eben nur dann richtig, wenn man auch die materielle Rechtsinhaberschaft der GbR gegen den BGH und obige Erwägungen ablehnt.

<sup>55</sup> Nicht „aus der Not der Praxis heraus“; so aber *Heil*, NJW 2002, 2158. Aus der Not der Praxis geboren scheint mir eher ein vor dem BGH wenig erfolgversprechendes Festhalten an der individualistischen Gesamthandslehre!

<sup>56</sup> MittBayNot 2003, 60, 61.

<sup>57</sup> So auch *Dümig*, Rpfleger 2003, 80; zum Identitätsproblem bereits *Lautner*, MittBayNot 2001, 434 f.

<sup>58</sup> Rechtsscheinsnormen helfen hier nicht: *Lautner*, MittBayNot 2001, 434 f.

<sup>59</sup> *Dümig*, Rpfleger 2003, 81.

<sup>60</sup> Zu den Identifizierungsproblemen überzeugend mit Beispiel („Super-GbR“) *Vogt*, Rpfleger 2003, 492.

<sup>61</sup> *Dümig*, Rpfleger 2003, 81.

<sup>62</sup> *Lautner*, MittBayNot 2001, 434 f.

<sup>63</sup> MittBayNot 2003, 60, 62.

<sup>64</sup> NJW 2002, 2159.

<sup>65</sup> Als Legitimationsurkunde ist der Gesellschaftsvertrag in diesem Fall gemäß § 10 Abs. 1 GBO zu den Grundakten zu nehmen; vgl. *Demharter*, § 10 GBO, Rdnr. 6. Insoweit richtig *Dümig*, Rpfleger 2003, 81 f.

feln an der Identität, gegebenenfalls von den Beteiligten zum Identitätsnachweis anzufordernder<sup>66</sup> Urkunden (z. B. Anteilsabtretungen oder Gesellschaftsvertragsänderungen jeweils in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO) m. E. eine hinreichende Sicherheit in Bezug auf die Identität der Gesellschaft gewährleisten; hinsichtlich der Vertretungsberechtigung hilft § 172 BGB analog (s. oben).

Als Beispiel: Im Grundbuch ist die AB-GbR mit dem Sitz in Straubing als Eigentümerin eines Grundstücks eingetragen. Der notariell beurkundete Gesellschaftsvertrag, von dem sich eine beglaubigte Abschrift bei den Grundakten befindet, weist Herrn A und Frau B als Gesellschafter aus, wobei jeder der beiden allein vertretungsberechtigt sein soll. Später verkauft ein Herr C namens dieser GbR unter Vorlage einer auszugsweisen Ausfertigung des notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrags einer AB-GbR mit dem Sitz in Straubing, der ihn als alleinvertretungsberechtigten Gesellschafter neben Frau D ausweist, das Grundstück weiter. Notar und Grundbuchamt haben Zweifel an der Identität der GbR und der Vertretungsmacht des C. In diesem Fall ist von C zu verlangen, dass er Urkunden in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO vorlegt, die die Identität der von ihm vertretenen Gesellschaft mit der eingetragenen nachweist. Denkbar wäre dies z. B. durch Vorlage beurkundeter Abtretungsurkunden, in denen die GbR-Anteile an der AB-GbR mit dem Sitz in Straubing von A und B an C und D abgetreten wurden, und eben des geänderten, notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrags, der hierauf Bezug nimmt. Im Ergebnis könnte so eine lückenlose Kette öffentlicher Urkunden die Identität mit ausreichender Sicherheit nachweisen. Etwa noch verbleibende Unsicherheiten<sup>67</sup> bei der Identitätsfeststellung nimmt der – vom Notar darauf hingewiesene – Grundstückskäufer eben bewusst in Kauf.

(2) Im Bereich des formellen Konsensprinzips ist dagegen bei Eintragung der GbR, z. B. als Gläubigerin einer Grundschuld, der Gesellschaftsvertrag nicht vorzulegen. Denn das Grundbuchamt hat auf Seiten des Erwerbers lediglich dessen Erwerbsfähigkeit als solche zu prüfen, nicht aber dessen Existenz und Erwerbswillen.<sup>68</sup> Sieht man also die GbR als grundbuchfähig an und ist sie mit Namen und Sitz in der Eintragungsbewilligung angegeben, wäre sie ohne weitere Prüfung als Grundschuldgläubigerin im Grundbuch einzutragen. Die Vorlage des Gesellschaftsvertrags zur näheren Identifizierung der GbR könnte vom Grundbuchamt nicht verlangt werden; anders als im Bereich des § 20 GBO bestünde hier auch keine Rechtsgrundlage für die Aufbewahrung eines vorsorglich vorgelegten Gesellschaftsvertrags, da § 10 Abs. 1 GBO nicht anwendbar ist.<sup>69</sup> Soll die Grundschuld später wieder gelöscht werden („Folgeberfügung“), müsste zur Löschungsbewilligung in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO von den für die GbR handelnden Personen der Gesellschaftsvertrag vorgelegt werden. Dies könnte vom Eigentümer gemäß §§ 1144, 1192 Abs. 1 BGB auch verlangt werden;<sup>70</sup> gegebenenfalls wären die GbR-Gesellschafter hierdurch gezwungen, den Gesellschaftsvertrag nunmehr wenigstens teilweise schriftlich abzuschließen und beglaubigen zu lassen. Aus der Vorlage des Vertrags ergäbe sich zwar wiederum ein Rechtsschein für die

Vertretungsberechtigung der Handelnden analog § 172 BGB; nicht nachweisbar wäre jedoch, ob die bei Abgabe der Löschungsbewilligung vertretene GbR mit der eingetragenen Gläubiger-GbR identisch ist oder nur eine zufällige Namensgleichheit besteht. Ähnlich wie z. B. bei ausländischen, nicht registrierten Gesellschaften oder ohne Geburtsdatum eingetragenen natürlichen Personen würde hier das Grundbuchamt im Rahmen freier Beweiswürdigung,<sup>71</sup> gegebenenfalls aufgrund allgemeiner Erfahrungssätze zu entscheiden haben, ob es den Identitätsnachweis als ausreichend erachtet oder nicht. Natürlich würden hierdurch nicht unerhebliche Unsicherheiten ins Grundbuchverfahren hineingetragen. Andererseits ist es im Fall der Eintragungsbewilligung für ein Recht zugunsten einer GbR ebenso wie z. B. zugunsten einer ausländischen Gesellschaft nicht zu übersehen, dass hier der Bewilligende zunächst frei und privatautonom darüber entschieden hat, der GbR ein dingliches Recht einzuräumen, und daher – jedenfalls im Fall der Beurkundung der Bewilligung vom Notar darauf hingewiesen – auch bewusst die Schwierigkeiten in Kauf nimmt, die bei einer später erforderlichen Eintragung, insbesondere Löschung, entstehen können. Man wird ihm daher die Konsequenzen eher zumuten können. Ebenso gilt dies übrigens für die materiell berechnete, im Grundbuch eingetragene GbR selbst. Wenn eine solche wegen der unberechtigten Löschung ihres Rechts aufgrund Bewilligung einer zufällig namensgleichen GbR und eines sich anschließenden gutgläubig lastenfreien Erwerbs ihr Recht verlieren sollte, ist auch dies letztlich wieder eine von den Gesellschaftern hinzunehmende Folge der Zulassung der Teilnahme der GbR selbst am Grundstücksverkehr. Nicht zuletzt wegen des Interesses dritter Personen an einem Ausweis klarer Rechtsverhältnisse im Grundbuch ist das Problem der Identitätsfeststellung der GbR bei Folgeverfügungen im Bereich des formellen Konsensprinzips dennoch ein gewichtiges Argument des BayObLG gegen die Grundbuchfähigkeit der GbR. Es darf einfach nicht übersehen werden, dass ein sicheres Grundbuch aufgrund der Absolutheit dinglicher Rechte nicht nur für die an einem konkreten Rechtsgeschäft Beteiligten, sondern allgemein für den Rechts-(und den Unrechts-<sup>72</sup>)verkehr von erheblicher Bedeutung ist.

#### dd) Grundbuchfähigkeit der GbR und Zwangssicherungshypothek

Im vom BayObLG jetzt zu entscheidenden Fall ging es dagegen um die Eintragung einer Zwangssicherungshypothek. Die Eintragung einer Zwangssicherungshypothek ist Vollstreckungsakt, der durch ein Grundbuchgeschäft vollzogen wird.<sup>73</sup> Dabei sind sowohl die vollstreckungsrechtlichen als auch die grundbuchverfahrensrechtlichen Voraussetzungen vom Grundbuchamt als Vollstreckungsorgan selbständig zu prüfen.<sup>74</sup> Grundbuchrechtlich wird die Eintragungsbewilligung des Betroffenen durch den Vollstreckungstitel ersetzt.<sup>75</sup>

Auf der Ebene des Vollstreckungsrechts gilt seit der Entscheidung des BGH vom 29.1.2001, dass die rechtsfähige GbR auch im Vollstreckungsverfahren parteifähig ist.<sup>76</sup> Die in dem der eingetragenen Zwangssicherungshypothek zugrundeliegenden Titel namentlich bezeichnete GbR war daher im ent-

<sup>66</sup> Was den GbR-Gesellschaftern ohne weiteres zugemutet werden kann („Preis“ der Teilnahme am Grundstücksverkehr), s. oben.

<sup>67</sup> Etwa bei vorheriger Anteilsabtretung an Dritte.

<sup>68</sup> Demharter, § 19 GBO, Rdnr. 95 f.; Dümig, Rpfleger 2002, 55 f.

<sup>69</sup> Dies übersieht Dümig, Rpfleger 2003, 81.

<sup>70</sup> § 1144 BGB gilt auch für Legitimationsurkunden; Palandt/Bassenge, § 1144 BGB, Rdnr. 8.

<sup>71</sup> Vgl. Demharter, § 29 GBO Rdnr. 63 ff.

<sup>72</sup> Hierzu Lautner, MittBayNot 2001, 435.

<sup>73</sup> KG, Rpfleger 1987, 301; Demharter, Anhang zu § 44 GBO Rdnr. 67.

<sup>74</sup> Demharter, a. a. O., m. w. N.

<sup>75</sup> BayObLGZ 1975, 402.

<sup>76</sup> MittBayNot 2001, 142.

schiedenen Fall richtig als Gläubigerin bezeichnet. Vollstreckungsrechtliche Mängel bestanden nicht, was vom BayObLG in seinem Beschluss auch gar nicht behauptet wird.

Die grundbuchrechtlichen Voraussetzungen zur Eintragung der Zwangssicherungshypothek sind aber zusätzlich zu prüfen;<sup>77</sup> nicht etwa indiziert die Parteifähigkeit und damit Gläubigerfähigkeit der GbR im Vollstreckungsverfahren per se auch deren Grundbuchfähigkeit. Ebenso wie im Bereich des formellen Konsensprinzips hat also das Grundbuchamt die Grundbuchfähigkeit des im Grundbuch einzutragenden Gläubigers zu prüfen. Im Übrigen ist er aber so einzutragen, wie im Vollstreckungstitel bezeichnet;<sup>78</sup> das Grundbuchamt kann insbesondere nicht die Vorlage des Gesellschaftsvertrags verlangen.

Hierdurch ergibt sich eine vergleichbare Situation wie im Bereich des formellen Konsensprinzips: Folgeverfügungen, insbesondere eine spätere Löschung der Hypothek bei Annahme einer Grundbuchfähigkeit der GbR, wären erheblich erschwert, weil ein Nachweis der Identität der als Gläubiger eingetragenen GbR mit der die Löschungsbewilligung erklärenden GbR kaum mit der gebotenen Sicherheit möglich wäre. Der GbR selbst wird man derartige Probleme mit den oben angeführten Argumenten wohl wieder zumuten können. Ob das auch für den Schuldner-Eigentümer gilt, steht auf einem anderen Blatt. Denn er nimmt, anders als noch im Bereich des formellen Konsensprinzips, insoweit gerade nicht freiwillig am Grundstücksverkehr mit der GbR teil.<sup>79</sup> Ihm die kaum überwindbaren Nachweisprobleme bei der Löschung der Hypothek aufzubürden, erscheint daher in diesem Fall höchst fragwürdig. Natürlich gilt dies erst recht wieder für an der Vollstreckung gar nicht beteiligte Dritte, deren Interessen durch die Eintragung berührt werden, etwa nachrangige Vollstreckungsgläubiger.

Zu verkennen ist allerdings auch nicht, was die Auffassung des BayObLG für die Gläubiger-GbR bedeutet: Als Inhaberin des einzuklagenden materiellrechtlichen Zahlungsanspruchs ist sie allein aktiv legitimiert. Eine Zahlungsklage durch die Gesellschafter selbst wäre unbegründet. Der GbR bleibt also gar nichts anderes übrig, als den Anspruch selbst im eigenen Namen einzuklagen.<sup>80</sup> Besteht das pfändbare Vermögen des Schuldners jedoch im Wesentlichen aus Grundbesitz, so ist der durch die GbR erwirkte Titel wertlos, da die Eintragung einer Zwangssicherungshypothek im Grundbuch an der Grundbuchunfähigkeit der GbR scheitern wird. Eine Titelum-schreibung auf die Gesellschafter, etwa nach § 727 ZPO, ist, wie das BayObLG richtig feststellt, nicht möglich.

Als Notar wird man übrigens dieses Problem künftig auch bei der Vertragsgestaltung zu berücksichtigen haben, etwa wenn sich der Käufer eines GbR-Grundstücks der GbR gegenüber der sofortigen Zwangsvollstreckung wegen des Kaufpreisanspruchs unterwirft und insbesondere die Eigentumsumschreibung schon vor vollständiger Kaufpreiszahlung erfolgen soll.

<sup>77</sup> Demharter, Anhang zu § 44 GBO Rdnr. 67; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 2168.

<sup>78</sup> BGH, FGPrax 2002, 7; BayObLG, MittBayNot 2003, 60, 62.

<sup>79</sup> Das Problem einer nicht freiwilligen Teilnahme am Grundstücksverkehr – allerdings für den Fall einer Vollstreckung gegen eine GbR – betont auch *Vogt*, Rpfleger 2003, 492. Eine ähnliche Situation entstände z. B. auch bei der Eintragung einer Vormerkung aufgrund einstweiliger Verfügung, § 885 Abs. 1 Fall 1 BGB.

<sup>80</sup> Als Ausweg kommen in der Praxis insoweit nur Ausweichlösungen in Betracht, etwa eine treuhänderische Abtretung der Gesellschaftsforderung an einen Gesellschafter, der diese dann im eigenen Namen einklagt.

Denkbar wäre hier zum Beispiel, den GbR-Gesellschaftern vertraglich einen eigenen Anspruch auf Zahlung an die GbR einzuräumen und den Käufer sich auch insoweit, und zwar gegenüber allen einzelnen Gesellschaftern, der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfen zu lassen.

Gerade in der Zwangsvollstreckung zeigt sich also in besonderer Weise das Dilemma, das aus der Diskrepanz zwischen Rechts- und Parteifähigkeit der GbR auf der einen Seite und der vom BayObLG konstatierten Grundbuchunfähigkeit auf der anderen Seite resultiert.

### c) Rechtsfähigkeit trotz Grundbuchunfähigkeit – Lösung des Dilemmas?

Man fragt sich daher, ob man das Problem de lege lata überhaupt in den Griff bekommen kann. Es gibt hierfür nur zwei logisch mögliche Lösungswege. Der eine ist der Weg des 2. Senats des BayObLG, d. h., man verfährt wie eh und je und ignoriert die Rechtsfähigkeit der Außen-GbR auch auf materiellrechtlicher Ebene. Wie bereits gezeigt, ist das aber selbst unter Beschränkung auf den Bereich des Grundstücksrechts ohne offene Auflehnung gegen den BGH nicht möglich. Diesem traditionalistischen Ansatz räume ich daher kaum Chancen ein. Man sollte ihn nicht weiterverfolgen.<sup>81</sup>

Der andere Weg ist natürlich der, die Grundbuchfähigkeit der GbR zu bejahen.<sup>82</sup> Wegen der oben dargestellten, kaum überwindbaren Probleme bei der Identifizierung der GbR jedenfalls im Bereich des formellen Konsensprinzips und bei Zwangseintragungen ist jedoch eine Eintragung der GbR *nur* mit Namen und Sitz für mich letztlich nicht akzeptabel. Will man also zur Lösung des Problems die Grundbuchfähigkeit der GbR de lege lata anerkennen, so müsste man m. E. in jedem Fall so viel wie möglich zur Identifikation der GbR im Grundbuch eintragen. Am besten geeignet ist hierfür neben Namen und Sitz der GbR natürlich die zusätzliche Eintragung der aktuellen Gesellschafter selbst.<sup>83</sup> Hierfür spricht jetzt insbesondere die gesetzgeberische Wertung des neuen § 162 Abs. 1 Satz 2 HGB.<sup>84</sup> Änderungen des Gesellschafterbestandes wären dann jeweils von Amts wegen im Grundbuch richtig zu stellen, ohne dass dies zu einer Grundbuchunrichtigkeit im Sinne des § 892 BGB führen würde,<sup>85</sup> wenn es auch insoweit keinen Berichtigungszwang gäbe.

Allerdings muss man sich fragen, was dann durch die Annahme der Grundbuchfähigkeit der GbR eigentlich noch gewonnen wäre. Sinn der Bejahung der Grundbuchfähigkeit der GbR ist doch vor allem, gerade die Eintragung der einzelnen Gesellschafter einer „Groß-GbR“ (z. B. Immobilienfonds-GbR, Großsozietät von Anwälten usw.) und daraus resultierende ständige Berichtigungen wegen Wechsels im Gesellschafterbestand zu vermeiden.<sup>86</sup>

Vorgeschlagene Hilfslösungen zur Erleichterung der Identitätsfeststellung der GbR, die eine zusätzliche Eintragung der Gesellschafter im Grundbuch vermeiden wollen, wie etwa die

<sup>81</sup> A. A. insbesondere *Heil*, NJW 2002, 2159; *Vogt*, Rpfleger 2003, 493.

<sup>82</sup> So vor allem *Dümig*, Rpfleger 2002, 53; 2003, 80; *Ulmer/Steffek*, Rpfleger 2002, 330; *Nagel*, NJW 2003, 1646.

<sup>83</sup> Für den Fall der Eintragung der GbR als Kommanditistin im Handelsregister forderte der BGH dies ausdrücklich; Beschluss vom 16.7.2001, II ZB 23/00, MittBayNot 2001, 574.

<sup>84</sup> So auch *Nagel*, NJW 2003, 1647.

<sup>85</sup> Als Richtigstellung tatsächlicher Angaben; vgl. *Demharter*, § 22 Rdnr. 22.

<sup>86</sup> *Ulmer/Steffek*, NJW 2002, 330 f.

Einreichung von Gesellschafterlisten zu den Grundakten,<sup>87</sup> finden jedenfalls im Bereich des formellen Konsensprinzips und bei Zwangseintragungen keine Rechtsgrundlage. § 10 Abs. 1 GBO ist hier nun einmal nicht anwendbar.<sup>88</sup>

Dies alles zeigt, dass de lege lata eine wirklich befriedigende Lösung des Problems nicht gefunden werden kann. Ebenso, wie er es wie im Fall des § 162 Abs. 1 Satz 2 HGB erstaunlich zügig getan hat, sollte daher der Gesetzgeber auch im Bereich des Grundstücksrechts endlich handeln. Die entstandene und für den Grundstücksverkehr unerträgliche Rechtsunsicherheit konnte jedenfalls durch die Rechtsprechung, gerade auch des BayObLG, bisher nicht beseitigt werden.

### 3. Ergebnis

a) Die Eintragung einer rechtsfähigen Außen-GbR im Grundbuch unter ihrem Namen ist auch bei angenommener Grundbuchunfähigkeit nicht inhaltlich unzulässig im Sinne des § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO. Eine Amtslöschung hat daher zu unterbleiben.

<sup>87</sup> Ulmer/Steffek, NJW 2002, 336 f.

<sup>88</sup> Insoweit richtig BayObLG, MittBayNot 2003, 60, 62.

b) Eine rechtsfähige Außen-GbR ist materiellrechtlich als solche Eigentümerin von Grundstücken und Inhaberin dinglicher Rechte an Grundstücken.

c) Unabhängig von der Frage der Grundbuchfähigkeit der Außen-GbR sind die §§ 170 ff. BGB, insbesondere § 172 BGB, auf die organschaftliche Vertretungsmacht von GbR-Gesellschaftern entsprechend anzuwenden.

d) Die Probleme beim Nachweis der Identität einer GbR bei Folgeverfügungen des Grundbuchamts nach Eintragungen unter Geltung des formellen Konsensprinzips und nach Zwangseintragungen stehen einer Grundbuchfähigkeit der GbR in dem Sinne, dass sie *nur* mit Namen und Sitz im Grundbuch eingetragen werden kann, de lege lata entgegen. Eine Grundbuchfähigkeit der GbR wäre allenfalls bei Mit-eintragung der Gesellschafter zu akzeptieren; der Wert einer so verstandenen Grundbuchfähigkeit für die Praxis wäre jedoch begrenzt.

e) Eine befriedigende Lösung der Probleme, die durch das Auseinanderfallen von materieller Rechtsinhaberschaft der GbR an Grundstücken und Grundstücksrechten einerseits und ihrer fehlenden Grundbuchfähigkeit andererseits entstehen, ist de lege lata nicht möglich. Der Gesetzgeber ist zum baldigen Handeln aufgerufen.

## Zum Koppelungsverbot beim Grunderwerb für Einheimische

### – Anmerkung zum Urteil des LG München I vom 19.5.2004<sup>1</sup> –

Von Notar Dr. Rolf Bleutge, Pfaffenhofen

Mit Urteil vom 19.5.2004 hat das LG München I entschieden, dass eine Gemeinde vor Baulandausweisung Grundbesitz für den Wohnbedarf der ortsansässigen Bevölkerung auch dann erwerben darf, wenn sie hierfür keinen marktgerechten Preis bezahlt. Abzustellen sei nicht allein auf die Höhe des gezahlten Kaufpreises, sondern auf die wirtschaftliche Betrachtung des Gesamtvorgangs. Hierbei könne nicht außer Betracht bleiben, dass der Grundabtreter durch Aufnahme seiner Restfläche in den Bebauungsplan einen beachtlichen Planungsgewinn erzielt habe.

Die Entscheidung hat erste Kritik erfahren. *Grziwotz*<sup>2</sup> meint, hier werde „entgegen der eindeutigen höchstrichterlichen Rechtsprechung“ ein „Verkauf“ hoheitlicher Aufgaben zugelassen. Die Bauleitplanung sei keine Ware, die Gegenstand eines tauschförmigen Handels sein könne, sondern eine hoheitliche Aufgabe. Eine Behörde dürfe aber ohne gesetzliche Ermächtigung die Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben nicht von „wirtschaftlichen Gegenleistungen“ des betroffenen Bürgers abhängig machen. Dies sei ein Verstoß gegen das Koppelungsverbot.

Einwände dieser Art wurden ursprünglich auch gegen die Zulässigkeit sog. Folgekostenverträge<sup>3</sup> erhoben,<sup>4</sup> bei denen der betroffene Grundeigentümer der Gemeinde ebenfalls eine Leistung erbringt, damit sein Grund und Boden beplant und

als Bauland ausgewiesen wird. Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Vorwürfe dann in seiner Grundsatzentscheidung vom 6.7.1973<sup>5</sup> mit dem Hinweis zurückgewiesen, bei der Anwendung des Koppelungsverbots könne nicht einfach alles „über einen Leisten geschlagen“ werden. Das Verbot wirtschaftlicher Gegenleistungen für den Erlass von Hoheitsakten gelte nicht ausnahmslos. Beim Folgekostenvertrag gehe es um eine Entlastung der Gemeinde von Aufwendungen, zu denen der Erlass eines Bebauungsplans führe. Dies sei mit keiner ungerechtfertigten wirtschaftlichen Bereicherung der Gemeinde verbunden. Hier von einem Verkauf von Hoheitsrechten zu sprechen, laufe darauf hinaus, diesen Vereinbarungen eine Anrühigkeit beizulegen, die einem Leistungsaustausch von ganz anderer Art zugeordnet sei und auch zustehe.

Diese Argumente treffen auch beim Zwischenerwerb von Einheimischengrund durch die Gemeinde zu. Auch hier geht es nicht um eine finanzielle Bereicherung der Gemeinde, sondern um die möglichst preisgünstige Beschaffung von Bauland für den Wohnbedarf der ortsansässigen Bevölkerung und damit um die Erreichung eines städtebaulichen Ziels, das der Gesetzgeber inzwischen – genauso wie den Folgekostenvertrag – ausdrücklich für zulässig erklärt hat.<sup>6</sup>

Eine obergerichtliche oder gar höchstrichterliche Rechtsprechung der von *Grziwotz* genannten Art, der das Urteil des LG München I angeblich zuwiderlaufen soll, gibt es bislang nicht. Das Gegenteil ist wohl der Fall. In der von ihm bemühten Ent-

<sup>1</sup> MittBayNot 2005, 178 (in diesem Heft).

<sup>2</sup> ZfIR 2004, 847 ff.

<sup>3</sup> Vgl. § 11 Abs. 1 Ziff. 3 BauGB, davor § 6 Abs. 3 BauGBMaßnG.

<sup>4</sup> Vgl. die Nachweise in der nachgenannten Entscheidung des BVerwG.

<sup>5</sup> NJW 1973, 1895 (1897).

<sup>6</sup> Vgl. § 11 Abs. 1 Ziffer 2 BauGB.

scheidung des OLG München vom 12.4.1999<sup>7</sup> wurde zwar festgestellt, dass die Gemeinde in dem entschiedenen Fall die Baulandausweisung nicht von einer Grundabtretung unter Wert abhängig machen durfte. Der hierbei erzielte Gewinn war nämlich nicht zweckgebunden – wie beim Einheimischenmodell –, sondern für den allgemeinen Haushalt der Gemeinde bestimmt. Es lag damit ein klassischer Verstoß gegen das Koppelungsverbot vor und kein Ausnahmetatbestand, in dem ein solches Koppelungsgeschäft wirksam ist. „Insbesondere diente“ – so das Gericht<sup>8</sup> – „der Grundstückserwerb der Beklagten unstreitig nicht zur Realisierung der Bauleitplanung im Rahmen eines sogenannten Einheimischenmodells, in dem ausnahmsweise die Verknüpfung zwischen Grundstückserwerb und Baulandausweisung nach der gesetzgeberischen Wertentscheidung des § 56 VwVfG zulässig ist.“ Damit hält das Gericht eine Unterschreitung des Verkehrswertes bei Einheimischenmodellen durchaus für denkbar und zulässig<sup>9</sup> und hat dies auch in einem späteren Fall, der ein Ankaufsrecht der Gemeinde zum verbilligten Preis im Rahmen eines Einheimischenmodells betraf, ausdrücklich für zulässig erklärt.<sup>10</sup> Zuvor hatte der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 2.10.1998<sup>11</sup> zu einem Grunderwerb der Gemeinde im Rahmen eines Einheimischenmodells festgestellt, dass kein unzulässiges Koppelungsgeschäft vorliegt, wenn die Gemeinde den Grund zu einem marktgerechten Preis (Bauerwartungsland) erwirbt. Aus dieser Entscheidung lässt sich aber nicht herleiten, die Gemeinde müsse beim Erwerb von Einheimischengrund immer den vollen Verkehrswert zahlen.<sup>12</sup> Der BGH hat lediglich entschieden, dass ein Verstoß gegen das Koppelungsverbot schon von vornherein ausscheidet, wenn ein marktgerechter Preis vereinbart wird. Dann fehlt es seiner Meinung nach schon am „ersten Ansatzpunkt“ für einen solchen Verstoß, nämlich einer wirtschaftlichen Gegenleistung des Grundabreters.<sup>13</sup> Mit der hier relevanten Frage, ob eine Gemeinde bei der Baulandbeschaffung für einheimische Grundstücke auch zu einem niedrigeren Kaufpreis als den Verkehrswert erwerben darf, brauchte sich daher der BGH nicht zu befassen. Diese Frage war nicht Gegenstand des Verfahrens.<sup>14</sup> Interessant ist jedoch, dass der BGH eine von der Revision gerügte Sittenwidrigkeit mit dem Hinweis verneint, der Kläger habe ja durch die Einbeziehung seiner übrigen Grundstücke in den Bebauungsplan einen beachtlichen Planungsgewinn erzielt. Es ist das gleiche Argument, mit dem das LG München I im vorliegenden Fall einen Verstoß gegen das Koppelungsverbot verneint.

In einer anderen Entscheidung<sup>15</sup> hält der Bundesgerichtshof das Verlangen einer Gemeinde auf Abtretung eines Teils der als Bauland auszuweisenden Fläche zu einem limitierten Preis<sup>16</sup> ohne weiteres für zulässig mit der Begründung, das Verhalten der Gemeinde ziele nicht darauf ab, sich im Rahmen der Bauleitplanung ungerechtfertigt finanzielle Vorteile zu verschaffen, vielmehr gehe es ihr darum, entsprechend

ihrer Verpflichtung aus § 89 II. WoBauG für den Wohnungsbau geeignete Grundstücke zu beschaffen und zu angemessenen Preisen zur Verfügung zu stellen.

Ähnlich argumentiert der Bayerische Verwaltungsgerichtshof<sup>17</sup> beim sog. Weilheimer Modell, bei dem sich die Gemeinde ein Ankaufsrecht zum verbilligten Preis<sup>18</sup> einräumen lässt, das sie ausüben kann, wenn gegen das Einheimischenmodell verstoßen wird, um dann das Grundstück zum gleichen Preis zuzüglich nachgewiesener Unkosten an einen Ortsansässigen zu veräußern. Die Gemeinde trete hier nur als Zwischenerwerber auf, d. h. sie macht keinen Gewinn. Auch das Bundesverwaltungsgericht<sup>19</sup> hat das Weilheimer Modell für zulässig erklärt und darin keinen Verstoß gegen das Koppelungsverbot gesehen.

In der Literatur sind die Meinungen geteilt. Während ein Teil<sup>20</sup> die Ansicht vertritt, auch beim Einheimischenmodell dürfe die Gemeinde den für Ortsansässige benötigten Grund nicht unter dem Verkehrswert erwerben, halten andere<sup>21</sup> die Unterschreitung dieses Verkehrswertes in den Grenzen der Angemessenheit (§ 11 Abs. 2 BauGB)<sup>22</sup> wegen der besonderen städtebaulichen Zielsetzung für zulässig.

Die zuletzt genannte Meinung, der auch das LG München I in seinem hier besprochenen Urteil folgt, verdient den Vorzug. Sie verstößt auch nicht gegen das sog. Koppelungsverbot. Dieser von der Rechtsprechung<sup>23</sup> entwickelte, inzwischen auch vom Gesetzgeber bestätigte<sup>24</sup> allgemeine verwaltungsrechtliche Grundsatz besagt, dass (auch) durch verwaltungsrechtlichen Vertrag nichts miteinander verknüpft werden darf, was nicht im Zusammenhang miteinander steht,<sup>25</sup> und vor allem, dass hoheitliche Entscheidungen *in der Regel* nicht von wirtschaftlichen Gegenleistungen abhängig gemacht werden dürfen. So wird es mit Recht als unzulässig angesehen, wenn die Gemeinde die Baulandausweisung von Leistungen abhängig macht, die nur zur Aufbesserung ihres kommunalen Haushalts bestimmt sind.<sup>26</sup> Ebenso anerkannt ist aber auch, dass es *Ausnahmefälle* gibt, bei denen ein Koppelungsgeschäft zulässig ist.<sup>27</sup> Als Beispiel führt das OLG München<sup>26</sup> die Realisierung der Bauleitplanung im Rahmen eines Einheimischenmodells an. Die Grundabtretung erfolgt hier nicht zur Befriedigung allgemein fiskalischer Interessen der Gemeinde, sondern zur Erreichung eines legitimen städtebaulichen Ziels: der Beschaffung von möglichst preisgünstigem

7 MittBayNot 1999, 586 ff.

8 MittBayNot 1999, 588.

9 Seeger in DNotI (Hrsg.), 10 Jahre DNotI, 2003, S. 149 Fn. 116.

10 Urteil vom 2.11.2000, MittBayNot 2001, 98 ff.

11 MittBayNot 1999, 96 ff.

12 So aber Grziwotz, ZfIR 2004, 848.

13 BGH, MittBayNot 1999, 97.

14 Busse, DNotZ 1999, 403.

15 Beschluss vom 26.4.1990, III ZR 9/90, soweit ersichtlich nicht veröffentlicht, jedoch auszugsweise zitiert bei Dieterich, Baulandumlegung, 4. Aufl. 2000, Rdnr. 496 a.

16 Also nicht zum vollen Preis, wie Grziwotz, Vertragsgestaltung im öffentlichen Recht, 2002, S. 191 Rdnr. 351, meint.

17 Urteil vom 14.4.1990, MittBayNot 1990, 259 ff.

18 Im entschiedenen Fall war ein Abschlag von 30 % vom Verkehrswert vereinbart.

19 Urteil vom 11.2.1993, MittBayNot 1993, 164 ff.

20 Vgl. etwa Grziwotz, ZfIR 2004, 848; Jachmann, MittBayNot 1994, 105; ähnlich Busse, BayGT 1994, 249 (250); BayVBl 1994, 353 (357).

21 Vgl. etwa Seeger (Fn. 9), S. 148 f.; Birk, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, Rdnr. 474; Dieterich (Fn. 15), Rdnr. 496; Roithmaier, NVwZ 2005, 56 ff.; Reicherzer, KommJur 2004, 330 f.; Bleutge, MittBayNot 1996, 149 ff.; Beck, Einheimischenmodelle, Diss. Regensburg, 1993, 126 ff.

22 Insoweit missversteht Seeger (Fn. 9), S. 136, meine Ausführungen in MittBayNot 1996, 149 ff.; dort wird der „Leistungsaustausch“ beim Erwerb von Einheimischengrund nicht „ohne weiteres“ für zulässig gehalten, sondern nur im Rahmen der Angemessenheit.

23 Vgl. etwa BVerwG, NJW 1973, 1897.

24 Vgl. § 56 VwVfG.

25 Dieser Aspekt ist hier relativ unproblematisch, da zwischen der Grundabtretung für Ortsansässige und der Baulandausweisung, bei der auch die für Einheimische bestimmten Parzellen mit ausgewiesen werden, ein direkter Zusammenhang besteht.

26 OLG München (Fn. 7).

27 BVerwG (Fn. 5); OLG München (Fn. 7).

Wohnraum für die ortsansässige Bevölkerung. Zu diesem Zweck darf die Gemeinde städtebauliche Verträge schließen unter der Voraussetzung, dass die vereinbarten Leistungen „den *gesamten* Umständen nach“ angemessen sind, vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 BauGB. Schon nach dem Gesetzeswortlaut sind bei der Beurteilung solcher Verträge *alle* Umstände heranzuziehen und zu würdigen. Dies entspricht der allgemeinen Regelung für Austauschverträge in § 56 VwVfG, wonach die Gegenleistung „den *gesamten* Umständen nach“ angemessen sein muss. Warum diese Angemessenheitskontrolle nicht schon beim Leistungsaustausch selbst (Grundabtretung/Gegenleistung der Gemeinde), sondern erst auf einer späteren Stufe vorzunehmen sein soll und daraus das Ergebnis hergeleitet wird, die Gemeinde müsse auch beim Einheimischenmodell immer den vollen Verkehrswert im Zeitpunkt der Grundabtretung vergüten,<sup>28</sup> bleibt unverständlich. Eine solche Einschränkung sieht das Gesetz nicht vor, sondern genau das Gegenteil: Durch den Hinweis auf die „gesamten Umstände“ wird klargestellt, dass Leistung und Gegenleistung in einem größeren Rahmen zu sehen sind, d. h. dass dabei die Gesamtheit der im Verhältnis zwischen den Vertragspartnern getroffenen Regelungen zu berücksichtigen ist, nicht nur die einzelne Vertragsbestimmung.<sup>29</sup> Das Gesetz verlangt dabei nicht einmal die Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung, sie müssen nur im Rahmen der Angemessenheit in etwa ausgegogen sein.<sup>30</sup>

Angemessenheit bedeutet, dass bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise des Gesamtvorgangs die Gegenleistung nicht außer Verhältnis zu der Bedeutung und dem wirtschaftlichen Wert der von der Behörde zu erbringenden Leistung stehen darf und sich daraus auch keine unzumutbaren Belastungen für den Vertragspartner ergeben dürfen.<sup>31</sup> Es gilt der allgemeine Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bzw. das Übermaßverbot.

In Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass auch der Vorteil, den der Grundabtreter durch die Ausweisung seines Restbesitzes als Bauland erhält, nicht außer Betracht bleiben kann. Auch die von ihm erzielte Bodenwertsteigerung ist bei der Angemessenheitskontrolle mit zu berücksichtigen.<sup>32</sup>

Auch *Grziwotz* selbst hat früher<sup>33</sup> dargelegt, dass bei der Frage nach der Angemessenheit städtebaulicher Verträge im Rahmen einer wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung *zunächst*<sup>34</sup> der Vorteil, den der Private aus der Leistung der Behörde zieht, gegen seine Belastungen abzuwägen ist und in diese Überlegungen die Aufstellung des Bebauungsplans mit einzugehen hat, auch wenn auf sie kein vertraglicher Anspruch besteht. Es liege eine Art „hinkendes Synallagma“ vor. Diese Ausführungen sind zutreffend, stehen aber im Widerspruch zu der Forderung, beim Grunderwerb im Einheimischenmodell müsse stets der volle Verkehrswert vergütet werden. Das Gegenteil ist wohl richtig: Eine Unterschreitung des Verkehrs-

wertes kann – wie das LG München I in seinem vorgenannten Urteil<sup>35</sup> zutreffend ausführt – im Rahmen einer Gesamtbetrachtung durch den Wertzuwachs des beim Grundabtreter verbleibenden, nunmehr zu Bauland aufgestuften Restbesitzes kompensiert werden.<sup>36</sup>

Auch die Grundabtretung zur Deckung des Wohnbedarfs der ortsansässigen Bevölkerung ist ein städtebaulicher Vertrag (vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 2 BauGB). Warum hier andere Kriterien gelten sollen als bei den sonstigen in § 11 BauGB genannten städtebaulichen Verträgen, ist nicht ersichtlich. Tritt der Grundabtreter hier verbilligt ab, erbringt er nach Meinung des BGH<sup>37</sup> eine Leistung. Diese muss zur Leistung der Gemeinde in einem angemessenen Verhältnis stehen. Die Leistung der Gemeinde besteht in der Aufstellung des Bebauungsplans, der auch den Restbesitz des Grundabreters als Bauland ausweist und damit aufwertet.

Zu dieser Leistung kann sich die Gemeinde zwar nicht verpflichten,<sup>38</sup> sie bildet jedoch die Geschäftsgrundlage für den Gesamtvorgang.<sup>39</sup> Man spricht deshalb von einem „hinkenden Austauschvertrag“<sup>40</sup>. Dieser „tauschförmige Handel“, wie ihn *Grziwotz* nennt,<sup>41</sup> findet auch beim Folgekostenvertrag statt. Verträge dieser Art sind als Ausnahme von der Regel nur dann zulässig, wenn hierfür eine besondere städtebauliche Legitimation besteht. Diese ist jetzt in § 11 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BauGB verankert. Sie war aber auch schon vorher von der Rechtsprechung anerkannt.<sup>42</sup> Wie beim Folgekostenvertrag geht es auch beim Erwerb von Einheimischengrund nicht um eine Bereicherung der Gemeinde. Ihr Erwerb ist zweckgebunden; den Vorteil eines verbilligten Erwerbs muss sie grundsätzlich an den begünstigten Personenkreis weitergeben.<sup>43</sup> Bedenklich wird es dann, wenn für sie nicht mehr das Einheimischenmodell, sondern die Gewinnerzielung im Vordergrund steht.<sup>44</sup>

Deshalb sind bei einem solchen Vorgang alle Kriterien im Rahmen der Angemessenheitskontrolle zu prüfen und gegeneinander abzuwägen. Ob das LG München I dies im ausreichenden Maße getan hat,<sup>45</sup> wird die nächste Instanz zu entscheiden haben. Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig.

#### Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den nachstehenden Aufsatz von *Busse*, MittBayNot 2005, 103.

<sup>28</sup> So aber *Grizwotz*, ZfIR 2004, 848.

<sup>29</sup> So mit Recht *Kopp*, VwVfG, 8. Aufl. 2003, § 56 Rdnr. 14 unter Hinweis auf die Begründung des Regierungsentwurfs vom 18.7.1973 zum Entwurf des VwVfG; *Beck* (Fn. 21), S. 122 ff.

<sup>30</sup> *Kopp*, § 56 Rdnr. 13.

<sup>31</sup> BGH, Urt. v. 29.11.2002, ZfIR 2003, 205 (208).

<sup>32</sup> *Krautzberger* in Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, Bd. I (Stand: 1.7.2004), § 11 Rdnr. 167; *Löhr* in Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 8. Aufl., § 11 Rdnr. 21; *Beck*, a. a. O. Auch das OLG München bezieht in seinem Urteil vom 2.11.2000 (Fn. 10) bei der Prüfung der Angemessenheit die Wertsteigerung mit ein, die der Vertragspartner der Gemeinde durch die Leistung der Gemeinde in Bezug auf seinen Grundbesitz erfahren hat.

<sup>33</sup> Vgl. etwa *Grziwotz* (Fn. 16), Rdnr. 326.

<sup>34</sup> D. h. also wohl doch nicht erst auf einer späteren Stufe.

<sup>35</sup> S. o. Rdnr. 1.

<sup>36</sup> So mit Recht auch *Reicherzer*, KommJur 2004, 331; OLG München (Fn. 10).

<sup>37</sup> S. o. Fn. 11.

<sup>38</sup> Vgl. § 2 Abs. 3 BauGB.

<sup>39</sup> Was beim Grunderwerb meist durch Aufnahme entsprechender vertraglicher Rücktrittsrechte zum Ausdruck kommt.

<sup>40</sup> *Grziwotz* (Fn. 16), Rdnr. 333.

<sup>41</sup> S. o. Fn. 2.

<sup>42</sup> Vgl. nur das oben in Fn. 19 zitierte Urteil des BVerwG zum Weilheimer Modell.

<sup>43</sup> Zur Frage, welche Aufschläge die Gemeinde auf den Erwerbspreis bei der Weiterveräußerung an Einheimische machen darf, vgl. *Busse*, DNotZ 1999, 404.

<sup>44</sup> *Busse*, a. a. O.

<sup>45</sup> Immerhin war die Flächenabtretung für Einheimische – gemessen an anderen Einheimischenmodellen – relativ gering, und es wurden – mit einer Ausnahme – auch alle Bauparzellen von der Gemeinde an Einheimische verkauft. Da man jedoch – um den Fall abschließend zu beurteilen – den gesamten Prozessstoff kennen müsste, auch soweit dieser über den im Urteil wiedergegebenen Sachverhalt hinausgeht, und der Verfasser mit dem entschiedenen Fall auch als Notar nicht befasst war, enthält er sich insoweit einer abschließenden Beurteilung.

## Zur Berücksichtigung des Planungsgewinns beim kommunalen Grunderwerb

– Anmerkung zum Urteil des LG München I vom 19.5.2004<sup>1</sup> –

Von Dr. Jürgen Busse, Geschäftsführendes Präsidialmitglied des Bayerischen Gemeindetags

Mit Urteil vom 19.5.2004 hat das Landgericht München I entschieden, dass ein Kaufvertrag nicht gegen das Koppelungsverbot verstößt, wenn eine Gemeinde die Ausweisung von Baugrund davon abhängig macht, dass an sie Grundstücksflächen im Plangebiet zu einem Bruchteil des Verkehrswerts veräußert werden. Das Landgericht stellt fest, dass die Verknüpfung von Grundstückserwerb und Baulandausweisung lediglich dem Angemessenheitsgebot genügen muss; deshalb kann ein nicht marktgerechter Preis für die verkaufte Fläche durch den Planungsgewinn einer Baulandausweisung des Restbesitzes des Eigentümers kompensiert werden. Im konkreten Fall forderte die Gemeinde eine sogenannte freiwillige Gemeindebeteiligung bei der Baulandausweisung in Höhe von 13 % der Einlagefläche von 24 849 m<sup>2</sup> zu 5 DM pro m<sup>2</sup>. Sie erwarb eine Grundstücksteilfläche von 3 230 m<sup>2</sup>. Vom Gutachterausschuss wurde die Fläche zum Zeitpunkt des Erwerbsvorgangs mit 40 DM pro m<sup>2</sup> bewertet. Die Entscheidung zeigt, dass, obwohl der öffentlich-rechtliche Vertrag im Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes und der Länder seit 1976 geregelt ist und der städtebauliche Vertrag seit 1998 als Dauerrecht eingeführt wurde, nach wie vor erhebliche Unsicherheiten über die Tragfähigkeit von Vertragskonstruktionen bestehen.

### 1. Sittenwidrigkeit von Kaufverträgen nach § 138 Abs. 1 BGB

Für den zivilrechtlichen Bereich ist es höchstrichterlich geklärt, dass ein Kaufvertrag nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig und somit nichtig sein kann, wenn in erheblicher Weise vom Verkehrswert abgewichen wird. Voraussetzung für die Annahme der Sittenwidrigkeit ist ein grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, an welches die Vermutungsregel der Sittenwidrigkeit (verwerfliche Gesinnung) geknüpft wird. Dies ist anzunehmen, wenn eine Unterschreitung des Kaufpreises um die Hälfte des Wertes des Grundstücks stattfindet.<sup>2</sup> Jedoch kann diese Vermutungsregel widerlegt werden, sofern der Begünstigte (hier: die Gemeinde) darlegen kann, dass keine Übervorteilung stattfinden sollte.<sup>3</sup> Im Falle eines gemeindlichen Grunderwerbs wird es bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit darauf ankommen, ob die Gemeinde ihre Position als Trägerin der Planungshoheit in unzulässiger Weise (Machtmissbrauch) eingesetzt hat und welche Differenz zwischen Verkehrswert und Ankaufspreis bestand. Da im Falle der Entscheidung des Landgerichts München I vom 19.5.2004 weniger als die Hälfte des Verkehrswertes von der Gemeinde gezahlt wurde und keine entlastenden Argumente gegen die „Vermutungsregel“ der Sittenwidrigkeit vorgetragen wurden, wäre der Kaufvertrag aus rein zivilrechtlicher Sicht als nichtig anzusehen.

### 2. Städtebauliche Verträge nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BauGB

Nach der Entscheidung des Landgerichts München I soll der geringe Kaufpreis deshalb gerechtfertigt sein, weil die Grundstücke von der Gemeinde für ein Einheimischenmodell erworben wurden. Jedoch lässt sich auch unter dem Gesichtspunkt des städtebaulichen Vertrages zur Realisierung eines Einheimischenmodells keine „Angemessenheit des Kaufpreises“ konstruieren.

Die Zulässigkeit von Einheimischenmodellen ist seit der Grundsatzentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zum Weilheimer Modell<sup>4</sup> anerkannt. Das Bundesverwaltungsgericht hat den Vertrag als zivilrechtlichen Vertrag eingeordnet und festgestellt, dass die Gemeinde die Erfüllung eines rechtmäßigen öffentlichen Interesses auch mit Mitteln des Privatrechts bewerkstelligen kann, wenn diese ihr dafür am besten geeignet erscheinen und keine öffentlich-rechtlichen Normen oder Rechtsgrundsätze entgegenstehen. Der Gesetzgeber hat die Zulässigkeit entsprechender Verträge in § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BauGB ausdrücklich angesprochen. Durch diese Regelung hat sich jedoch keine Verlagerung des Erwerbsgeschäfts in das öffentliche Recht ergeben. Vielmehr gilt, dass für die Fragen des anzuwendenden Rechts stets der Vertragsgegenstand und -zweck zu prüfen ist. Die Zwischenerwerbsmodelle werden regelmäßig als zivilrechtliche Verträge qualifiziert, da sich die Gemeinde mit den Vereinbarungen im Bereich des Privatrechts bewegt.<sup>5</sup> Bei ihnen kauft die Gemeinde vor einer Baulandausweisung regelmäßig Miteigentumsanteile an den Grundstücken und führt anschließend die Bauleitplanung durch. Danach werden die Flächen aufgeteilt: Die ursprünglichen Eigentümer können ihren Flächenanteil frei verwerten, während die Gemeinde ihre Fläche nach sogenannten Einheimischenrichtlinien verbilligt an ortsansässige Bürger abgibt.<sup>6</sup> Der Bundesgerichtshof sieht diese Zwischenerwerbsmodelle als zulässige Rechtsgeschäfte an, wenn ein Grundstückseigentümer einen Teil seines im Außenbereich liegenden Grundstücks zu einem marktgerechten Preis (Wert als Bauerwartungsland) an die Gemeinde zur Beschaffung von Bauland im Rahmen des Einheimischenmodells verkauft und sie ihm dafür in Aussicht stellt, sie werde das ganze Grundstück in den Bebauungsplan aufnehmen.<sup>7</sup>

Insofern liegt kein unzulässiges Koppelungsgeschäft vor, wenn die Gemeinde beim Erwerb des Grundstücks einen Kaufpreis leistet, der dem Marktwert zum Zeitpunkt des Vertragsab-

<sup>1</sup> MittBayNot 2005, 178 (in diesem Heft).

<sup>2</sup> BGH, Urteil vom 5.10.2001, NJW 2002, 429; vom 19.7.2002, NJW 2002, 3165; vom 27.9.2002, NJW 2003, 283.

<sup>3</sup> BGH, Urteil vom 19.7.2002, NJW 2002, 3165.

<sup>4</sup> BVerwG, Urteil vom 11.2.1993, BayVBl 1993, 654.

<sup>5</sup> Grziwotz, NJW 1997, 237; NotBZ 1997, 174; differenzierend Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, § 11 BauGB Rdnr. 119.

<sup>6</sup> Busse, BayVBl 2003, 132; Jahn, BayVBl 1991, 33; Jachmann, MittBayNot 1994, 93.

<sup>7</sup> BGH, Urteil vom 2.10.1998, NJW 1999, 208.

schlusses entspricht.<sup>8</sup> Bei der Frage, ob die Gemeinde Grundstücke auch zu einem niedrigeren Kaufpreis als dem Verkehrswert erwerben darf, wird in der Literatur die Auffassung vertreten, dass bei Einheimischenmodellen ein Sondermarkt entsteht, bei dem auch ein niedrigerer Kaufpreis, maximal 30 % Abschlag vom ortsüblichen Marktwert gezahlt werden kann.<sup>9</sup> Dieser niedrigere Kaufpreis wird damit begründet, dass bei diesem Sondermarkt nur Einheimische die Grundstücke erwerben können und der Verkauf an Auswärtige ausgeschlossen ist. Diese Argumentation geht davon aus, dass bei diesem Sondermarkt der Verkehrswert der Grundstücke um 30 % niedriger anzusetzen ist. Unzulässig wird das Rechtsgeschäft über den Ankauf von Grundstücken durch die Gemeinde jedoch dann, wenn der Kaufpreis weit unter der Hälfte des Verkehrswertes liegt. Das Landgericht München I (Urteil vom 19.5.2004) versucht, diese Konsequenz mit dem Hinweis zu entkräften, dass der Verkäufer durch den Planungsgewinn, der bei seinen ihm verbleibenden Restgrundstücken infolge der Bauleitplanung eintritt, entschädigt wird. Dabei wird übersehen, dass die Gemeinde die Bauleitplanung nach § 1 Abs. 3 BauGB ausschließlich im öffentlichen Interesse durchzuführen hat.<sup>10</sup> Insbesondere besteht nach § 1 Abs. 3 Satz 2 BauGB kein Rechtsanspruch auf Aufstellung von Bauleitplänen.<sup>11</sup> Wertzuwächse der durch diese öffentlichen Maßnahmen begünstigten Grundstücke sind deshalb, auch wenn eine Gemeinde im zeitlichen Zusammenhang mit diesen Planungsmaßnahmen einen Teil der von ihr zur Planreife geführten Grundstücke selbst erwirbt, keine von der Gemeinde gegenüber dem Grundstücksverkäufer für ihren Erwerb erbrachte Leistung.<sup>12</sup> Die Gemeinde darf die Bauleitplanung nicht als Ware „Biete Bauleitplanung gegen Grundstück“<sup>13</sup> anbieten. Sonst würde sie ihre Stellung als Trägerin der Planungshoheit unzulässigerweise mit verbilligten Grundstücksankäufen koppeln.<sup>14</sup>

### 3. Zulässigkeit von Grundstücksgeschäften aus Folgekostenverträgen

Dogmatisch kann die Forderung nach unentgeltlicher oder verbilligter Abgabe von Grundstücken auch nicht durch das Rechtsinstitut des Folgekostenvertrages nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BauGB gerechtfertigt werden. Es handelt sich nur

<sup>8</sup> Busse, BayVBl 2003, 932; Grziwotz, ZfIR 2004, 847; siehe aber OLG München, Urteil vom 12.4.1999, NotBZ 1999, 177: „Es kommt nicht auf den Verkehrswert zum Zeitpunkt der Abgabe des notariellen Kaufangebotes an, sondern zum Zeitpunkt der Auflassung des Grundstücks.“

<sup>9</sup> Beck, Einheimischenmodell, Diss. Regensburg 1993, S. 34; Bleutge, MittBayNotZ 1996, 39, 151; Jachmann, MittBayNot 1994, 93/97; BayVGh, Urteil vom 11.4.1990, NVwZ 1990, 979, 982; Busse, BayVBl 2003, 132; anderer Ansicht Wolters, Der Bauplanungsvertrag, Diss. Würzburg, S. 262 ff.

<sup>10</sup> Söfker in Bürgelmann, § 1 BauGB Rdnr. 212.

<sup>11</sup> BVerwG, Beschluss vom 20.11.1995, NVwZ 1996, 888; Grziwotz, ZfIR 2004, 848.

<sup>12</sup> So auch BFH, Urteil vom 27.10.2004, II R 22/03, un veröffentlicht.

<sup>13</sup> Hierzu BVerwG, Urteil vom 6.7.1973, NJW 1973, 1895.

<sup>14</sup> Grziwotz, ZfIR 2004, 848; Busse, BayVBl 1993, 198; hierzu auch ders., BayVBl 2003, 129 ff.

dann um einen zulässigen Grundstückserwerb im Rahmen eines Folgekostenvertrages, wenn durch diesen Grundstücksankauf die im Zusammenhang mit einem Bauvorhaben entstehenden Aufwendungen für die kommunale Infrastruktur abgedeckt werden. Dies ist beim Ankauf von Grundstücken für Erschließungsanlagen und den naturschutzrechtlichen Ausgleich unproblematisch.<sup>15</sup> Bei sonstigen Grundstücksankäufen unter Wert durch die Gemeinde ist es jedoch kaum denkbar, dass ein solcher Vertrag unter dem Gesichtspunkt des Folgekostenvertrages gerechtfertigt ist.

Für den Folgekostenvertrag ist von Rechtsprechung und Literatur geklärt, dass die Gemeinde nur von den ihr tatsächlich entstandenen Aufwendungen entlastet werden darf.<sup>16</sup> Die Gemeinde muss somit die Ursächlichkeit der Aufwendungen im Hinblick auf die zu ersetzenden Kosten belegen.<sup>17</sup> Ein zulässiger Folgekostenvertrag durch Grundstücksankäufe liegt jedoch nicht vor, wenn diese Grundstücke nicht für die aufgrund des Bauvorhabens des Veräußerers notwendige Infrastruktur, sondern für ein Einheimischenmodell verwendet werden, von dem der Veräußerer selbst nicht profitiert. Andernfalls würde die Gemeinde die Subventionierung der Einheimischen auf Kosten des Grundstücksverkäufers vornehmen.<sup>18</sup> Daher kann der Planungsgewinn, der beim Veräußerer eintritt, nicht bei der Kaufpreiszahlung im Rahmen von Erwerbsgeschäften für Einheimischenmodelle berücksichtigt werden, da es an der Kausalität gem. § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BauGB fehlt.

### 4. Ausblick

Festzuhalten ist, dass es der Gemeinde nur gestattet ist, für konkrete Aufwendungen, die durch ein Baugebiet verursacht werden, den Planungsgewinn oder einen bestimmten Bruchteil davon abzuschöpfen.<sup>19</sup> Wenn die Gemeinde Grundstücke unter Wert erwirbt, bereichert sie sich in unzulässiger Weise und verstößt somit gegen das Verbot, die Planungshoheit an zusätzliche Leistungen des Bürgers zu knüpfen und sich für eine bestimmte Planung entsprechende Leistungen seitens des Bürgers versprechen zu lassen.<sup>20</sup> Die Gemeinde ist beim Abschluss städtebaulicher Verträge dann auf der sicheren Seite, wenn sie die Grundstücke für ein Einheimischenmodell zu einem Zeitpunkt erwirbt, zu dem die Verkehrswerte nur von geringer Bauerwartung geprägt und somit niedrig sind. Den Gemeinden kann jedoch nicht geraten werden, Grundstücke für Einheimischenmodelle anzukaufen, ohne den Verkehrswert nach den Kriterien der Wertermittlung anzusetzen.

#### Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den vorstehenden Aufsatz von Bleutge, MittBayNot 2005, 100.

<sup>15</sup> Busse, BayVBl 2003, 129 ff.

<sup>16</sup> BVerwG, Urteil vom 14.8.1992, BayVBl 1993, 56; Huber, DÖV 1999, 173; Busse, BayVBl 2003, 133.

<sup>17</sup> Gassner, BayVBl 1998, 577; Grziwotz, MittBayNot 1999, 153.

<sup>18</sup> Hierzu OVG Niedersachsen, Urteil vom 21.7.1999, ZfBR 2000, 134.

<sup>19</sup> Grziwotz, BayVBl 1994, 1048; Huber, DÖV 1999, 173.

<sup>20</sup> Busse, NotZ 1999, 402; BayVBl 2003, 133.

# Löschung der Auflassungsvormerkung bei gescheitertem Kauf – Beurkundungspflicht und kostenrechtliche Konsequenzen

Von Notar *Tobias Fembacher*, Greding,  
und Notariatsoberrat *Josef Klinger*, München (Notarkasse)

## I. Materiell-rechtliche Gestaltungen und Beurkundungspflicht

### 1. Problemstellung

Die Auflassungsvormerkung stellt die zentrale Sicherung des Käufers gegen nachträgliche beeinträchtigende Verfügungen des Verkäufers im Grundstückskaufvertrag dar. Mit der Bewilligung der Auflassungsvormerkung erbringt der Verkäufer allerdings eine Vorleistung.<sup>1</sup> Denn er begibt sich letztlich seiner Verfügungsmöglichkeit über das Grundstück,<sup>2</sup> ohne den Kaufpreis oder eine Sicherheit für dessen Zahlung erhalten zu haben.

Vermeint wird deshalb bei der Vorbereitung von Grundstückskaufverträgen vom Verkäufer angesprochen, wie im Falle des Zahlungsverzugs des Käufers die zu dessen Gunsten eingetragene Auflassungsvormerkung zur Löschung gebracht werden kann. Ein Problem kann hier vor allem dann entstehen, wenn der Aufenthaltsort des Käufers nicht mehr zu ermitteln sein sollte oder die Abgabe der Löschungsbewilligung im Ausland vollstreckt werden müsste.

Wenn der Verkäufer nach § 323 BGB wegen Zahlungsverzugs zurücktritt, wird die Vormerkung aufgrund ihrer Akzessorietät zwar materiell-rechtlich unwirksam. Der nach § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO erforderliche Unrichtigkeitsnachweis, der eine Löschungsbewilligung des Käufers entbehrlich machen würde, kann in der Regel jedoch nur unter Vorlage eines der Form des § 29 GBO entsprechenden Aufhebungsvertrags geführt werden.<sup>3</sup> Da ein solcher in der Regel zwischen den Beteiligten zumindest in streitigen Konstellationen nicht abgeschlossen wird, führt meist an der Abgabe einer notariell beglaubigten Löschungsbewilligung kein Weg vorbei.

Es ist begrifflich nicht möglich, dem Verkäufer das letzte Risiko ungesicherter Vorleistung durch die Bewilligung der Vormerkung im Rahmen der Vertragsgestaltung vollständig abzunehmen.<sup>4</sup> Es kann jedoch durch verschiedene Gestaltungen vermindert werden, durch die eine erleichterte Löschung der für den Käufer eingetragenen Vormerkung ermöglicht wird.<sup>5</sup> Die häufigsten Gestaltungsmöglichkeiten für die erleichterte Löschung sind die Erteilung einer Löschungsvollmacht an den Notar, von der dieser nach Anweisung der Beteiligten nur unter bestimmten Voraussetzungen Gebrauch machen darf, die Aufnahme der Löschungsbewilligung mit

entsprechender Haftungsanweisung in den Kaufvertrag, die Bewilligung einer auflösend bedingten Vormerkung<sup>6</sup> sowie die Abgabe einer Löschungsbewilligung durch den Käufer außerhalb der Urkunde, die der Notar dem Grundbuchamt ebenfalls nur vorlegen darf, wenn die von den Beteiligten festgelegten Voraussetzungen erfüllt sind (sog. „Schubladelöschung“). Bei der letztgenannten Variante stellt sich die Frage, ob die Löschungsbewilligung tatsächlich wirksam außerhalb der Kaufvertragsurkunde abgegeben werden kann oder ob insoweit die Beurkundungspflicht des § 311 b BGB eingreift.

### 2. Löschung der Vormerkung bei gescheitertem Kauf und Beurkundungspflicht

a) Bei der sog. „Schubladelöschung“ gibt der Käufer außerhalb des Kaufvertrages eine isolierte Löschungsbewilligung für die zu seinen Gunsten einzutragende Auflassungsvormerkung ab, die beim Notar aufbewahrt wird. Dem Notar wird die Haftungsanweisung erteilt, diese Löschungsbewilligung dem Grundbuchamt nur unter ganz bestimmten, eng definierten Voraussetzungen zum Vollzug vorzulegen.

Diese sollten zumindest beinhalten, dass der Notar die Fälligkeitmitteilung an den Käufer versandt hat, der Verkäufer dem Notar den Rücktritt vom Vertrag wegen Zahlungsverzugs mitgeteilt hat und der Käufer dem Notar auf dessen schriftliche Anforderung hin nicht innerhalb einer bestimmten Frist den Nachweis erbringen konnte, dass der Kaufpreis bezahlt wurde.<sup>7</sup> Zudem ist Vorsorge für den Fall zu treffen, dass der Käufer bereits Kaufpreisteile bezahlt hat. In dieser Konstellation sollte die Löschung der Vormerkung nur Zug um Zug gegen Bestätigung des Käufers erfolgen dürfen, dass ihm die bereits bezahlten Kaufpreisteile vom Verkäufer zurückbezahlt wurden.

Der Wortlaut des § 311 b Abs. 1 BGB verlangt, dass ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, der notariellen Beurkundung bedarf. Schon die rein sprachliche Analyse der Vorschrift macht deutlich, dass sich das notarielle Beurkundungserfordernis nicht nur auf die Übertragungsbzw. Erwerbsverpflichtung alleine bezieht, sondern auf den „Vertrag“ insgesamt. Daraus hat die Rechtsprechung die Notwendigkeit abgeleitet, alle Vereinbarungen zu beurkunden, aus denen sich nach dem Willen der Parteien das schuldrechtliche Geschäft zusammensetzt.<sup>8</sup>

Dieser Vollständigkeitsgrundsatz ist auch der einzige Ansatz, der den Funktionen des Formzwangs im Rahmen von § 311 b BGB, nämlich v. a. der Warn- und Beweisfunktion, gerecht

<sup>1</sup> Dazu *Kersten/Bühling/Basty*, 21. Aufl., § 36 Rdnr. 52; *Hagenbucher*, MittBayNot 2003, 249 m. w. N.

<sup>2</sup> Auch wenn eine spätere Verfügung nach § 883 Abs. 2 BGB nur dem Erwerber gegenüber relativ unwirksam wäre und dieser gegen den durch die Verfügung Begünstigten einen Anspruch auf Abgabe einer Berichtigungsbewilligung aus § 888 BGB hätte.

<sup>3</sup> Dazu etwa *Amann* in Beck'sches Notarhandbuch, 3. Aufl. 2000, A I 172.

<sup>4</sup> Zu den verschiedenen rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten eingehend insbesondere *Hagenbucher*, MittBayNot 2003, 249 ff.

<sup>5</sup> Vgl. zum Ganzen *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 2. Aufl., Rdnr. 321 ff.

<sup>6</sup> Bei dieser Gestaltungsvariante wären die Voraussetzungen, unter denen sonst von der Löschungsbewilligung Gebrauch gemacht werden dürfte, dem Grundbuchamt gegenüber als auflösende Bedingung nachzuweisen.

<sup>7</sup> Vgl. dazu etwa *Hagenbucher*, MittBayNot 2003, 253 ff.

<sup>8</sup> Z. B. BGHZ 63, 361; 84, 974.

wird. Denn für die Parteien eines Kaufvertrages kann auch eine Nebenabrede, die sich nicht auf die essentialia des Vertrages wie Vertragsparteien, Vertragsgegenstand und Kaufpreis bezieht, von erheblicher Bedeutung sein und ihren Vertragswillen entscheidend beeinflussen. Man denke dabei nur an Regelungen zum Zeitpunkt des Besitzübergangs,<sup>9</sup> zur Verteilung von Erschließungskosten oder etwa auch zur Löschung der Auflassungsvormerkung des Käufers.

Durch die Vormerkungslöschung verliert der Käufer seine einzige grundbuchmäßige Sicherung im Rahmen der Abwicklung des Kaufvertrages. Ihm wird es entscheidend darauf ankommen, genau festzulegen, unter welchen Voraussetzungen er diesen Rechtsverlust erleiden soll. So würde es seinen Interessen z. B. grundlegend widersprechen, wenn für die Vorlage der Löschungsbewilligung durch den Notar bereits das Vorliegen der Rücktrittserklärung des Verkäufers ausreichen würde. Aufgrund dieser hohen Bedeutung der Haftungsanweisung an den Notar, v. a. für den betroffenen Käufer, kommt die Literatur, soweit sie sich zu diesem Problem äußert, zu dem Ergebnis, dass zumindest die Voraussetzungen für die Löschung der Auflassungsvormerkung der Beurkundungspflicht des § 311 b BGB unterliegen.<sup>10</sup> Dies entspricht in der Regel auch den üblichen Vertragsgestaltungen.

Die Beurkundungspflicht der Löschungsbewilligung selbst wird vor dem Hintergrund des § 311 b BGB bislang ersichtlich nicht problematisiert. Aus Sicht des Käufers kommt es in der Tat zunächst entscheidend darauf an, dass die Voraussetzungen, unter denen seine Vormerkung aus dem Grundbuch gelöscht werden kann, genau festgelegt werden. Diese Voraussetzungen gewinnen ihre zentrale Bedeutung erst dadurch, dass der Käufer eben auch die Löschungsbewilligung schon abgibt.<sup>11</sup> Erst dieser Umstand gefährdet letztlich seine grundbuchmäßige Sicherung. Auch dem Verkäufer, auf dessen Initiative in den meisten Fällen die Gestaltung einer erleichterten Löschungsmöglichkeit für die Vormerkung zurückgeht, wird es vor allem darauf ankommen, dass die Löschungsbewilligung samt Grundbuchantrag schon abgegeben wird und beim Notar „in Reserve“ vorgehalten wird.

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass sich § 311 b BGB grundsätzlich nur auf Verpflichtungsgeschäfte bezieht.<sup>12</sup> Auch die Abgabe der Löschungsbewilligung des Käufers für die Vormerkung stellt letztlich ein Erfüllungsgeschäft der entsprechenden Verpflichtung im Kaufvertrag dar, die durch die beurkundungspflichtige Haftungsanweisung konkretisiert wird. Daher erscheint es vertretbar, in der Frage der Beurkundungsbedürftigkeit vor dem Hintergrund des § 311 b BGB zwischen der Löschungsbewilligung selbst und der zugrunde liegenden Verpflichtung samt Haftungsanweisung zu differenzieren und nur letztere der Beurkundungspflicht zu unterwerfen.

b) Bei den anderen oben dargestellten Konstruktionen zur Erleichterung der Löschung der Vormerkung für den Käufer

<sup>9</sup> Gerade zu diesem Punkt äußern die Beteiligten in der Beurkundung häufig, dies werde man schon „unter sich“ klären.

<sup>10</sup> Z. B. Amann in Beck'sches Notarhandbuch, a. a. O.; Reithmann/Albrecht/Basty, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 8. Auflage, Rdnr. 385.

<sup>11</sup> Dafür ist es auch unerheblich, ob die Löschungsbewilligung nur die formell-grundbuchrechtliche Löschungserklärung oder auch die materiell-rechtliche Aufgabeklarung nach § 875 BGB enthält.

<sup>12</sup> Z. B. auch nicht auf die Auflassung, so dass deren materiell-rechtliche Beurkundungsbedürftigkeit überwiegend verneint wird. Vgl. dazu etwa BayObLG, MittBayNot, 1994, 39; BGH, NJW 1992, 1101.

stellt sich die Problematik des Beurkundungserfordernisses nicht in derselben Weise wie bei der „Schubladelöschung“. Bei der Aufnahme der Löschungsbewilligung mit Haftungsanweisung in die Kaufvertragsurkunde versteht sich dies von selbst. Aber auch bei der Erteilung einer Löschungsvollmacht an den Notar sowie bei der Vereinbarung einer auflösend bedingten Vormerkung sind die ausschlaggebenden inhaltlichen Regelungen im Kaufvertrag enthalten und den Anforderungen des § 311 b BGB damit Genüge getan.

## II. Kostenrechtliche Konsequenzen

Je nach der vom Notar vorgeschlagenen und von den Beteiligten gewählten Vertragsgestaltung sind die daraus folgenden kostenrechtlichen Auswirkungen zu beachten:

### 1. Kaufvertrag mit Löschungsbewilligung und Haftungsanweisung

#### a) Löschungsbewilligung

Zunächst ist festzustellen, dass Kaufvertrag und Löschungsbewilligung bezüglich der Auflassungsvormerkung gegenstandsgleich nach § 44 Abs. 1 KostO sind. Dies gilt sowohl für den Fall der vertragsgemäßen Durchführung als auch für den Fall der Nichtdurchführung des Vertragsverhältnisses bei einem Scheitern des Vertrages. Dies folgt aus dem kostenrechtlichen Grundsatz, dass gegenstandsgleich sind alle zur Begründung, Feststellung, Anerkennung, Aufhebung, Erfüllung oder Sicherung eines Rechtsverhältnisses niedergelegten Erklärungen der Partner des Rechtsverhältnisses samt allen Erfüllungs- und Sicherungsgeschäften, auch dritter Personen oder zugunsten dritter Personen.<sup>13</sup> Da die Löschungsbewilligung unstreitig der Sicherung der Interessen des Verkäufers und auch der Rückabwicklung des Kaufvertrages dient, scheidet also ein gesonderter Gebührenansatz gem. § 38 Abs. 2 Nr. 5 a) KostO aus.<sup>14</sup>

#### b) Haftungsanweisung

Bei dem dem Notar erteilten Treuhandauftrag, die bedingungslos erteilte Löschungsbewilligung erst dann zum Vollzug zu bringen, wenn die Nichterfüllung des Kaufvertrages feststeht, handelt es sich um eine Betreuungstätigkeit des Notars i. S. des § 24 BNotO, kostenrechtlich um eine Nebentätigkeit, die mit einer  $\frac{5}{10}$ -Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO zu belegen ist. Der Geschäftswert ist nach § 30 Abs. 1 KostO mit etwa 20 bis 30 % des Wertes des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs zu bestimmen.

Der Gebührentatbestand wird mit Erteilung des Treuhandauftrages ausgelöst. Ab diesem Zeitpunkt hat der Notar durch auszugsweise Erteilung von Ausfertigungen oder beglaubigten Ablichtungen – ohne mitbeurkundete Löschungsbewilligung – zu überwachen, dass die Rechte des Käufers nicht beeinträchtigt werden.<sup>15</sup>

### 2. Auflösend bedingte Vormerkung

#### a) Vereinbarungen zur Löschung

Bei Mitbeurkundung einer auflösend bedingten Vormerkung im Kaufvertrag ist wie bei der unbedingt abgegebenen Vor-

<sup>13</sup> Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 16. Aufl. (nächstehend jeweils kurz als Korintenberg bezeichnet), § 44 Rdnr. 16; Klein, RNotZ 2004, 253.

<sup>14</sup> Korintenberg, § 44 Rdnr. 4 d.

<sup>15</sup> Korintenberg, § 147 Rdnr. 112 d.

merkung Gegenstandsgleichheit nach § 44 Abs. 1 KostO gegeben. Das gilt auch für die Vereinbarungen der Beteiligten zum Bedingungseintritt samt Auftrag und Bevollmächtigung des Notars zur Herbeiführung der Löschung, wenn die Bedingungen eingetreten sind.<sup>16</sup>

#### b) Haftungsanweisung

Eine gebührenpflichtige Nebentätigkeit liegt vor, wenn der Notar aufgrund seines Auftrags und der erteilten Vollmacht die auflösende Bedingung herbeiführt oder feststellt und die Löschung der Auflassungsvormerkung veranlasst.<sup>17</sup> Zu erheben ist auch in diesem Fall eine <sup>5</sup>/<sub>10</sub>-Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO aus einem nach § 30 Abs. 1 KostO zu bestimmenden Teilwert von 20 bis 30 % des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs. Die Gebührenpflicht tritt mit Tätigwerden des Notars ein.<sup>18</sup>

### 3. Erteilung einer Löschungsvollmacht im Kaufvertrag

#### a) Vollmacht

Die Bevollmächtigung des Notars, die Löschung der Auflassungsvormerkung unter bestimmten Voraussetzungen zu bewilligen und zu beantragen, ist gegenstandsgleich mit dem Kaufvertrag und nicht zusätzlich zu bewerten. Es handelt sich um eine Durchführungserklärung zum Kaufvertrag, die der Absicherung der Rechte des Verkäufers für den Fall der Nichterfüllung der Verpflichtungen des Käufers dient. Im Zeitpunkt der Vollmachterteilung fällt auch keine Nebentätigkeitsgebühr an.

#### b) Ausübung der Vollmacht

Die Erstellung der Löschungserklärung durch den Notar bei einem späteren Scheitern des Kaufvertrages erfolgt in Form einer „Eigenurkunde“. Hierfür ist eine <sup>5</sup>/<sub>10</sub>-Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO zu erheben, nicht jedoch eine Entwurfsgebühr nach § 145 Abs. 1, § 38 Abs. 2 Nr. 5 a).<sup>19</sup> Der Gebührentatbestand ist mit Vorlage der Löschungserklärung an das Grundbuchamt erfüllt.

<sup>16</sup> Korintenberg, § 44 Rdnr. 4 c.

<sup>17</sup> Hierzu Hagenbucher, MittBayNot 2003, 255, 256 (mit Formulierungsvorschlag).

<sup>18</sup> Korintenberg, § 147 Rdnr. 112 d.

<sup>19</sup> Hagenbucher, MittBayNot 2003, 254; Streifzug, 6. Aufl., Rdnr. 1306, 1496; a. A. Klein, RNotZ 2004, 254.

### 4. Schubladenlöschung

#### a) Löschungsbewilligung

Bewilligt der Käufer außerhalb der Kaufvertragsurkunde die Löschung seiner Auflassungsvormerkung – gleichgültig, ob in beurkundeter oder beglaubigter Form –, fällt hierfür eine <sup>5</sup>/<sub>10</sub>-Gebühr nach § 145 Abs. 1, § 38 Abs. 2 Nr. 5 a) an. Der Geschäftswert ist in Höhe des Wertes des gesicherten Anspruchs zu bestimmen.

#### b) Haftungsaufgabe

Daneben ist für den gleichzeitig erteilten Treuhandauftrag an den Notar zur Vorlage der Löschungsbewilligung an das Grundbuchamt im Falle des Scheitern des Kaufvertrages die Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO aus einem nach § 30 Abs. 1 KostO zu bestimmenden Teilwert von etwa 20 bis 30 % des obigen Wertes angefallen.

#### c) Kostenhinweis

Unabhängig von den rechtlichen Bedenken (vgl. Abschnitt I Ziffer 2) ist wegen der gegenüber der Mitbeurkundung der Löschungsbewilligung im Kaufvertrag anfallenden Mehrkosten ein entsprechender Hinweis an die Beteiligten geboten. Die gesonderte Fertigung der Löschungsbewilligung dürfte wohl nur im Ausnahmefall und aufgrund eines in Kenntnis der Kostenfolge ausdrücklich erteilten Auftrags der Beteiligten vertretbar sein.

#### d) Vertragsangebot

Vorstehendes gilt auch für die Beurkundung eines Angebots zum Abschluss eines Kaufvertrages durch den Verkäufer unter Mitwirkung des Käufers, wenn bereits vor Vertragsannahme eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen werden soll. Auch in diesem Fall ist die im Rahmen des Vertragsangebotes erklärte Löschungsbewilligung durch den mitanwesenden Angebotsempfänger gegenstandsgleich und nicht gesondert zu bewerten. Werden darüber hinaus jedoch vertragliche Vereinbarungen getroffen, wie es in der Regel der Fall sein dürfte, ist neben der <sup>5</sup>/<sub>10</sub>-Gebühr für das Angebot die Vertragsgebühr nach § 36 Abs. 2 KostO zu erheben, ggf. aus einem nach § 30 Abs. 1 KostO zu bestimmenden Teilwert; wegen der unterschiedlichen Gebührensätze ist § 44 Abs. 1 Satz 2 KostO zu beachten.<sup>20</sup>

<sup>20</sup> Streifzug, 6. Aufl., Rdnr. 1716.

## Der Schutzzumfang der Vormerkung im Insolvenzverfahren

Von Notarassessor Dr. *Christian Kessler*, Euskirchen

1. Vor einiger Zeit hat sich *Amann* in dieser Zeitschrift<sup>1</sup> mit der Frage beschäftigt, welchen Schutzzumfang die Eigentums- oder Auflassungsvormerkung im Insolvenzverfahren hinsichtlich solcher Ansprüche gewährt, die über den eigentlichen Anspruch auf Übertragung des Eigentums hinausgehen. Anlass waren zwei Entscheidungen, einmal des BGH<sup>2</sup> und einmal des BayObLG<sup>3</sup>, die beide feststellen, dass die Verpflichtung des Insolvenzverwalters, einen vormerkungsgesicherten Eigentumsverschaffungsanspruch nach § 106 InsO bzw. dem inhaltsgleichen bisherigen § 24 KO zu befriedigen, nicht auch die Verpflichtung zur Lastenfreistellung einschließt.

*Amann* hält, obwohl er den Urteilen im Ergebnis zustimmt, die von den genannten Gerichten gewählten Formulierungen hinsichtlich der Verpflichtungen aus einer Vormerkung allerdings deshalb für unglücklich bzw. ungenau, weil durch diese der Eindruck erweckt werde, die Vormerkung könne einen Schutz gegen anspruchswidrig eingetragene Belastungen deshalb nicht bewirken, weil sie eben nur den Anspruch auf Eigentumsübertragung schütze. Dass sich der Schutz der Eigentumsvormerkung nicht auf bereits eingetragene Grundstücksbelastungen bezieht, bedarf weder der besonderen Erwähnung noch einer Diskussion. Das Recht eines eingetragenen Berechtigten kann durch eine nachrangige Eintragung, an der der Rechtsinhaber nicht mitgewirkt hat, nicht beeinträchtigt werden. Das Augenmerk *Amanns* ist deshalb auch zutreffend allein auf die Frage gerichtet, inwieweit die Vormerkung Insolvenzschutz vor gegenüber der Vormerkung nachrangigen Belastungen bewirken kann.

*Amann* unterscheidet dabei zutreffend zwei Fallkonstellationen, in denen die Vormerkung ihre Tauglichkeit als Sicherungsinstrument beweisen muss. Der eine Fall ist der klassische Fall der Verkäuferinsolvenz, in dem es um Eigentumsübertragung und gegebenenfalls Herstellung der Lastenfreiheit des Vertragsobjekts geht. Der zweite Fall betrifft die Insolvenz des mit seinem Recht gegenüber der Vormerkung nachrangigen Rechtsinhabers am Grundstück. Die von *Amann* vorgetragene Lösung der ersten Fallkonstellation ist m. E. sowohl in der Begründung wie auch im Ergebnis letztlich nicht durchgreifend, im zweiten Fall trägt die Begründung jedenfalls teilweise das zutreffende Ergebnis nicht.

2. a) Im Fall der Insolvenz des Verkäufers konstatiert *Amann*, dass dem vormerkungsberechtigten Erwerber gegen den Insolvenzverwalter nicht nur der aus § 106 InsO resultierende Anspruch auf Erfüllung der Übereignungsverpflichtung<sup>4</sup> zustehe, sondern damit gleichzeitig auch ein Anspruch auf grundbuchtaugliche Zustimmung (§ 27 GBO) zur Löschung des Rechts unter Kostentragung der Masse einhergehe. Dem ist m. E. zu widersprechen. Eine solche Verpflichtung des Insolvenzverwalters ergibt sich aus § 106 InsO meiner Meinung nach nicht.

b) Die Wirkung der Vormerkung im Insolvenzverfahren reicht nur soweit, wie der durch sie gesicherte schuldrecht-

liche Anspruch des Berechtigten geht. Von der Vormerkungswirkung erfasst ist im Insolvenzverfahren allerdings nur der Anspruch auf Eigentumsübertragung, nicht jedoch der auf Löschung vor- oder auch nachrangiger Belastungen, d. h. der Anspruch auf Verschaffung des Eigentums in rechtsmangelfreier Form. Der Schutz, den § 106 InsO gewährt, hat mit den Regelungen zum Schutz des vormerkungsberechtigten Gläubigers in den §§ 883 ff. BGB im Grundsatz nichts zu tun. Während diese nämlich die Frage des Schutzes vor vormerkungswidrigen Verfügungen zum Inhalt haben, geht es im Verhältnis zum Insolvenzverwalter nicht um etwa vorgenommene Verfügungen, sondern allein darum, ob dieser ausnahmsweise verpflichtet ist, aus der Masse eine bloß schuldrechtliche Verbindlichkeit des Insolvenzschuldners zu erfüllen. Nach *Amann* hat der Vormerkungsberechtigte dagegen einen weiteren Anspruch auf Beseitigung nachrangiger Belastungen, die – und das ist die Krux dieser Rechte – gegenüber dem Insolvenzschuldner vollwirksam sind. Die relative Unwirksamkeit des § 883 Abs. 2 BGB gilt ja gerade nur gegenüber dem Vormerkungsberechtigten, nicht etwa gegenüber Dritten, und zwar allen Dritten, einschließlich des Insolvenzschuldners selbst. Dem Verwalter steht die Geltendmachung des Lösungsanspruchs nur dann offen, wenn er diesen als Prozessstandschafter des Erwerbers geltend macht. Es kann deshalb auch nicht um die Frage gehen, ob der Schutzbereich des § 106 InsO enger zu fassen ist als der des § 883 BGB. Die beiden Vorschriften stehen, wie nachstehend unter 3. ausgeführt, nebeneinander. Da die Insolvenzeröffnung keine Verfügungshandlung des Schuldners darstellt, kann § 883 BGB nicht weiterhelfen.

c) Diese Einschränkung des § 106 InsO stellt kein Abweichen oder einen Widerspruch zum Prinzip der Akzessorietät der Vormerkung dar. Dieser Grundsatz kann bei der Vormerkung ja nur soviel bedeuten, als dass die Sicherungswirkung der Vormerkung nie über den Inhalt des Anspruchs hinausgehen kann. Dies bedeutet aber nicht, dass die Vormerkung automatisch auch alle Komponenten des Anspruchs sichert. Sonst müssten ja auch eventuelle weitere Bestandteile des Anspruchs wie etwa die Verpflichtung zur Löschung vorrangiger Belastungen aufgrund der Vormerkung sicherbar sein. Dies ist nach einhelliger Auffassung, der auch *Amann* zustimmt, allerdings nicht der Fall.

d) Auch hat dies nichts mit einer Einschränkung des Schutzzumfangs der Vormerkung selbst zu tun. Diese behält, wie nachstehend noch gezeigt werden wird, im Insolvenzverfahren den gleichen Schutzzumfang, den sie auch außerhalb eines Insolvenzverfahrens gewährt, mehr jedoch nicht. Dieses „mehr jedoch nicht“ bedeutet allerdings auch, dass ggf. eben nicht der gesamte schuldrechtliche Anspruch durch die Vormerkung gesichert ist.

e) Der hier vertretenen Auffassung stehen auch nicht die von *Amann* zitierten Literaturstellen<sup>5</sup> entgegen. Sowohl *Gursky* wie auch *Marotzke* behandeln die Frage, inwieweit die Vormerkung Schutz vor nachrangigen Belastungen gewährt (dazu nachstehend unter 3.); sie treffen jedoch keine

1 MittBayNot 2004, 165.

2 ZIP 1994, 1705.

3 MittBayNot 2004, 206.

4 Siehe dazu ausführlich *Kessler*, RNotZ 2004, 176, 188 ff.

5 *Staudinger/Gursky*, 2002, § 883 Rdnr. 286; *Marotzke* in HK-InsO, mittlerweile in 3. Auflage, § 106 Rdnr. 8.

Aussage zur Frage der Verpflichtung des Verwalters. Die genannten Textstellen zitieren deshalb auch ausdrücklich den § 883 Abs. 2 und Abs. 3 BGB. Diese Bestimmungen treffen nun aber gerade keine Aussage über etwaige Verpflichtungen des Schuldners, sondern regeln nur die relative Unwirksamkeit der betreffenden Verfügungen. Der Beseitigungsanspruch gegen den Schuldner bedarf als solcher im Rahmen der Vormerkung gerade keiner Erwähnung, ergibt sich dieser doch zweifelsfrei aus dem schuldrechtlichen Anspruch selbst.

f) Zum Schutz des Vormerkungsberechtigten vor der Vereitelung der Erlangung der dinglichen Rechtsstellung ist die Ausweitung des § 106 InsO auch nicht erforderlich, da dieser nach eigener Eintragung als Eigentümer die Löschung der Belastung selbständig und ohne Hilfe des Verwalters herbeiführen kann. Was für den Erwerber bleibt, ist die Belastung mit den Löschungskosten, die er nach der hier vertretenen Auffassung nur als bloße Insolvenzforderung anmelden kann. Vergleicht man die Situation wiederum mit derjenigen außerhalb eines Insolvenzverfahrens, insbesondere bei nicht ausreichender Masse, kann die Vormerkung auch dort nur vor den dinglichen Belastungen selbst, nicht jedoch vor den etwaigen Kosten des grundbuchlichen Vollzugs schützen. Die Unwirksamkeit der entgegen § 883 BGB vorgenommenen Verfügungen wirkt gegenüber allen Verfügungsempfängern; die Mitwirkungshandlungen des Schuldners sind aus dem schuldrechtlichen Grundgeschäft erzwingbar. Wo aber nichts ist, kann auch keine Kostenhaftung durchgesetzt werden. Die Situation der Vermögenslosigkeit des Schuldners ist denn auch diejenige, die am ehesten das Verständnis für den Kern der Wirkung der Vormerkung verdeutlicht. An dieser Situation lässt sich deren Schutzbereich deshalb am besten verstehen, weil diejenigen Wirkungen, die die Vormerkung auch in diesem Fall behält, den „dinglichen“ Kern darstellen, der in jeder Situation, gleich ob der schuldrechtliche Anspruch mangels Vermögens oder aufgrund Insolvenzverfahrens an sich leerläuft, geschützt wird. Auch bei völliger Mittellosigkeit des Schuldners kann die Vormerkung den Rechtsübergang sicherstellen, sie kann jedoch nicht vor der Kostenlast schützen.

g) Drei Überlegungen sind es aber, die letztlich entscheidend für die hier vertretene enge Auslegung des § 106 InsO sprechen. Wie oben schon angeführt, kann die durch §§ 883 ff. BGB gewährte Schutzwirkung der Vormerkung im Rahmen des Insolvenzverfahrens des Schuldners deshalb nicht weiterhelfen, da die Verfahrenseröffnung gerade keine Verfügung des Schuldners darstellt, die in irgendeiner Form für unwirksam erklärt werden könnte. Träfe die InsO nun keine eigenständige Regelung, wäre der Vormerkungsschutz erheblich ausgehöhlt, da im Insolvenzfall der gegen den Schuldner rein schuldrechtliche Anspruch als persönlicher Anspruch zur Tabelle anzumelden wäre. In diesem Fall wäre auch der vorstehend beschriebene dingliche Kern der Vormerkung entwertet, und zwar in einer Weise, die den Gläubiger im eröffneten Insolvenzverfahren schlechter stellte als im mangels Masse abgewiesenen. § 106 InsO dient also – ich meine abschließlich – dem Zweck, diese Lücke im Rechtsschutzsystem zu schließen. Die Norm will aber gleichzeitig keinen weiteren Schutz gewähren, da dies über den Zweck der Vormerkung hinausginge, wie dieser im BGB konzipiert ist. § 106 InsO führt nun also dazu, dass die Insolvenzeröffnung einer vormerkungswidrigen Verfügung gleichgestellt wird. In beiden Fällen – Insolvenzeröffnung und Verfügung des Schuldners – nützt der schuldrechtliche Anspruch dem Gläubiger allein nichts, da dieser gegen den Verfügungsempfänger ebenso wenig wie gegen den Insolvenzverwalter durchgesetzt werden kann. Wenn es aber darum geht, den Schutz der Vormerkung so in das Insolvenzverfahren zu übertragen, lassen sich

dann auch die vom Verwalter nach § 106 InsO geschuldeten Leistungen ableiten. Der Verwalter muss danach aus § 106 InsO dasjenige tun, was im Ergebnis dem entspricht, was ein Verfügungsempfänger dem Gläubiger nach § 888 BGB schuldet. Dabei kann es die InsO, um die Schutzwirkung der Vormerkung zu erhalten, nicht dabei belassen, nur die Zustimmung/Bewilligung des Verwalters entsprechend § 888 BGB zu verlangen. Da der Verwalter nach § 80 InsO allein verwaltungs- und verfügungsbefugt über das Vermögen des Schuldners ist, muss dieser ergänzend auch die Auffassung erklären. Im Ergebnis entspricht diese Verpflichtung aus Sicht des Gläubigers also dem, was ihm das BGB in den §§ 883 ff. an Schutz angedeihen lässt. Auch dem vormerkungswidrigen Verfügungsempfänger gegenüber besteht aber aus der Vormerkung nach den §§ 883 ff. BGB kein Anspruch auf Mitwirkung an oder Herbeiführung der Löschung ergänzender vormerkungswidriger Belastungen.<sup>6</sup> Ebenso wenig, wie der vormerkungswidrige Dritteigentümer allein aufgrund der Vormerkung die Beseitigung nachrangiger Belastungen selbst dann schuldet, wenn er diese bestellt hat, schuldet der Verwalter dies aus der Masse. Die Intention des § 106 InsO ist es doch gerade, dem Berechtigten den Schutz vor den insolvenzbedingten Beeinträchtigungen zu gewähren, der ihm außerhalb bei vormerkungswidrigen Verfügungen zusteht, mehr jedoch nicht.

h) Der zweite Gesichtspunkt ist ein direkt aus der Struktur der Insolvenzordnung abzuleitender Rechtsgrundsatz. Das Insolvenzverfahren ist vom Grundsatz der *par condicio creditorum* beherrscht,<sup>7</sup> d. h., aus dem Vermögen des Schuldners sollen alle Gläubiger möglichst gleichmäßig befriedigt werden. Wenn die InsO Abweichungen von diesem Grundsatz vorsieht, dann kann sie dies nur in dem Umfang tun, der notwendig ist, um den Kernbereich der gefährdeten Rechte des bevorzugten Gläubigers zu sichern. Jede weitere Vorzugstellung gefährdet das Gleichbehandlungsprinzip. Wenn also, wie vorstehend festgestellt, es zur Sicherung des „dinglichen Kerns“ der Vormerkung ausreicht, den Insolvenzverwalter zur Vornahme derjenigen Handlungen zu verpflichten, die dem Gläubiger das Eigentum verschaffen, dann fordert das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung, dass über diesen Zweck hinausgehende Leistungen, deren der Erwerber nicht zwingend bedarf, jedenfalls nicht aus der Masse zu erbringen sind.

i) Letztlich darf auch folgendes, m. E. sehr eindeutiges Argument nicht aus den Augen verloren werden: Der Insolvenzverwalter kann sich jederzeit der Verpflichtung zur Vornahme jedweder das gesicherte Recht betreffender Maßnahmen dadurch entziehen, dass er das Grundstück aus der Insolvenzmasse freigibt. Ist das Grundstück nicht mehr Bestandteil der Masse, läuft § 106 InsO leer, und zwar nicht nur hinsichtlich der Übereignungsverpflichtung, sondern gleichermaßen auch hinsichtlich aller flankierenden Ansprüche. In dieser Situation kann der Gläubiger aufgrund des schuldrechtlichen Anspruchs die Übereignungsverpflichtung wieder in das insolvenzfremde Vermögen des Schuldners durchsetzen; auf den Kosten der Löschung nachrangiger Belastungen bleibt er aber wiederum sitzen. Eine solche Freigabe kommt natürlich nur dann in Betracht, wenn aus dem Gegenstand für die Insolvenzmasse nichts mehr zu realisieren ist. Hat der Verwalter noch Ansprüche gegen den Erwerber, wird dies nicht geschehen. In diesem Fall aber ist der Erwerber auch hinsichtlich der Kosten der Löschung ohnehin umfassend deshalb gesichert, weil er die Erbringung seiner eigenen Leistung von der Lastenfrei-

<sup>6</sup> Siehe dazu nur *Staudinger/Gursky*, 2002, § 888 Rdnr. 28.

<sup>7</sup> *Bork*, Einführung in das neue Insolvenzrecht, 3. Auflage 2002, Rdnr. 1.

stellung abhängig machen bzw. gegebenenfalls aufrechnen kann.

3. Was den zweiten von *Amann* behandelten Fall angeht, so ist das von ihm vertretene Ergebnis sicher zutreffend. Die eingetragene Vormerkung verpflichtet auch den Verwalter im Insolvenzverfahren des nachrangigen Gläubigers zur Abgabe der grundbuchmäßigen Löschungsbewilligung. Soweit *Amann* zur Begründung dabei auf den § 888 BGB zurückgreift, bleibt auch dies unwidersprochen. *Amann* billigt dem Vormerkungsberechtigten allerdings darüber hinaus auch oder ergänzend einen aus § 106 InsO resultierenden Anspruch gegen den Verwalter zu, den es so aber nicht gibt.

§ 106 InsO regelt die Fälle, in denen einem Gläubiger des Insolvenzschuldners ein persönlicher Anspruch zusteht, der ausnahmsweise wegen der Sicherung durch eine Vormerkung Befriedigung aus der Masse erfährt. Beim Gläubiger muss es sich also um einen Insolvenzschuldner im Sinne des § 38 InsO handeln. Ein solcher persönlicher Anspruch steht regelmäßig dem Erwerber gegen den Verkäufer einer Immobilie zu. Gegen den Berechtigten eines nachrangigen Rechts hat der Vormerkungsberechtigte aber gerade keinen persönlichen Anspruch. Zwischen diesen beiden bestehen keine schuldrechtlichen Beziehungen; diese ergeben sich allein aus den Konsequenzen der Vormerkung. Insofern kommt auch ein Rückgriff auf § 106 InsO nicht in Betracht, denn dieser schützt nur, wenn die Vormerkung „an einem Recht des Schuldners“ eingetragen ist. Die Vormerkung ist nun aber gerade nicht an einem Bestandteil der Masse des nachrangigen Gläubigers eingetragen. Was sich insoweit in der Masse dieses Insolvenzverfahrens befindet ist eine reine Buchposition, da das Recht nach § 883 Abs. 2 BGB dem Vormerkungsberechtigten gegenüber unwirksam ist.

Damit steht der Vormerkungsberechtigte allerdings keineswegs schutzlos da. Er kann den Anspruch auf Löschungszustimmung nach § 888 BGB auch gegen den Verwalter durchsetzen. Unabhängig davon, ob man mit der herrschenden Auffassung diesen Anspruch nun als dinglichen<sup>8</sup> oder mit der Mindermeinung als schuldrechtlicher Natur<sup>9</sup> einstuft, sind dessen Wirkungen mit seinen gegen den jeweiligen Rechtsinhaber gerichteten Folgen doch zumindest derart verdinglicht, dass er im Insolvenzverfahren als dinglicher Anspruch zu behandeln ist. Solche aus einer dinglichen Rechtsposition erwachsende Ansprüche sind auch im Insolvenzverfahren vom jeweils Verfügungsberechtigten zu erfüllen. Insolvenzgläubi-

ger, die den Beschränkungen des Insolvenzverfahrens unterliegen, sind nach § 38 InsO nämlich grundsätzlich nur die Gläubiger persönlicher Forderungen. Dingliche Ansprüche können auch gegen den Verwalter verfolgt werden. *Henckel* zieht insoweit eine Parallele zum Aussonderungsrecht,<sup>10</sup> da hinsichtlich der Buchposition am relativ unwirksamen Recht der Masse keine Berechtigung zusteht.

Im Ergebnis unterscheidet sich die hier vertretene Position damit nicht von dem von *Amann* gefundenen Ergebnis. Gleichwohl ist der Ansatz insofern wie auch schon zur vorangegangenen Konstellation deshalb abweichend, weil die Bedeutung des Vormerkungsschutzes im § 106 InsO unterschiedlich ausgelegt wird.

4. Ein Schutzdefizit der Vormerkung ist auch nach der hier vertretenen Auffassung nicht zu befürchten; diese erfüllt auch ohne den ausweitenden Rückgriff auf § 106 InsO ihren Schutzzweck. Dass der Erwerber sich gegebenenfalls mit den Kosten des Lösungsverfahrens konfrontiert sieht, ist sicher misslich. Hinsichtlich dieser Kosten besteht aber keinerlei Anlass, ihn besser zu stellen, als die anderen Insolvenzgläubiger mit ihrer Befriedigung in Höhe der Quote stehen. Es besteht m. E. auch kein gerechtfertigter Anlass zur Sorge, der Notar müsse im Hinblick auf die so möglicherweise entstehenden Gefahren besondere Sicherungsvorkehrungen oder Warnhinweise in die Kaufverträge aufnehmen. Tatsächlich ist es, gleich ob man meiner Auffassung oder der von *Amann* folgt, so, dass im Falle der Nichteröffnung eines Insolvenzverfahrens mangels Masse die Löschungskosten immer beim Gläubiger verbleiben. Weiter ist die Kostenbelastung aus solchen Löschungen, die bei sachgerechter Urkundsgestaltung ja nur durch das Gericht entstehen, in der Regel nicht so hoch, dass sie besondere Maßnahmen rechtfertigten. Dies kann nur dann der Fall sein, wenn der Veräußerer böswillig Phantasiebeträge zur Eintragung bringt, was dann aber schon den Rechtspfleger auf den Plan bringen sollte. Vor solchen vorsätzlichen Maßnahmen kann aber letztlich effektiv genauso wenig geschützt werden wie davor, dass der verarmte Veräußerer und noch Eigentümer das Haus nach Kaufpreiszahlung niederreißt. Die Sicherheit, die der Notar m. E. mit der Urkunde gewährleisten sollte, ist, dass es für den Erwerber schlimmstenfalls dabei bleibt, dass „außer Spesen nichts gewesen“ ist. Vor den Spesen selbst schützen kann der Notar jedoch nicht.

#### Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu die nachstehende Entgegnung von *Amann*, MittBayNot 2005, 111.

<sup>8</sup> Siehe dazu nur *Staudinger/Gursky*, 2002, § 888 Rdnr. 46; *Münch-KommBGB/Wacke*, 4. Aufl. 2004, § 888 Rdnr. 2, jeweils m. w. N.

<sup>9</sup> So beispielsweise *Assmann*, Die Vormerkung (§ 883 BGB), Tübingen 1998, S. 414 ff. m. w. N.

<sup>10</sup> *Jaeger/Henckel*, KO, 9. Aufl. 1997, § 24 Rdnr. 27.

# Kann sich der Insolvenzverwalter der Erfüllung des vorgemerkten Anspruchs und den damit zusammenhängenden Kosten entziehen?

Von Notar Dr. Hermann Amann, Berchtesgaden

Gegen vormerkungswidrige nachrangige Belastungen darf der Käufer auch im Insolvenzfall nicht wehrlos sein. Dies klarzustellen gegenüber missverständlichen Äußerungen des BayObLG und des BGH war das Hauptanliegen meines Beitrags in MittBayNot 2004, 165. Wenn ich *Kessler*<sup>1</sup> richtig verstehe, will auch er den Käufer nicht wehrlos stellen, wohl aber der Insolvenzmasse die Kosten der Beseitigung vormerkungswidriger nachrangiger Belastungen ersparen und dem Insolvenzverwalter die Freiheit zugestehen, sich der Erfüllung des vorgemerkten Anspruchs dadurch zu entziehen, dass er den von der Vormerkung betroffenen Grundbesitz aus der Insolvenzverstrickung freigibt.

Mit dem Wortlaut des § 106 InsO ist beides unvereinbar: „Befriedigung aus der Insolvenzmasse“ ist dort dem vorgemerkten Anspruchsinhaber zugesagt. § 106 InsO gibt dem Vormerkungsgläubiger also eine Massforderung, für die der von *Kessler* betonte Grundsatz der Gleichbehandlung aller Insolvenzgläubiger gerade nicht gilt. Auch verheißt § 106 InsO dem Vormerkungsberechtigten Befriedigung seines Anspruchs, nicht nur Teilbefriedigung oder Befriedigung eines von *Kessler* herausgeschälten „dinglichen Kerns“ des Anspruchs, außerhalb dessen der weitere Rechtsgehalt des Anspruchs zur bloßen Insolvenzforderung verkommt.

## 1. Kostenfragen bei Gläubigerinsolvenz

Falls der Gläubiger einer vormerkungswidrigen nachrangigen Belastung in ein Insolvenzverfahren geraten ist (Gläubigerinsolvenz), sind wir uns einig, dass der Insolvenzverwalter des Gläubigers den Anspruch des Käufers aus den §§ 883 Abs. 2, 888 BGB auf Löschungsbewilligung (bei einer Gesamtgrundschuld auf Freigabe) erfüllen muss.<sup>2</sup> Ob man dieses Ergebnis auf eine „dingliche“ Natur des Zustimmungsanspruchs gemäß § 888 BGB stützt (wie *Kessler*) oder auf (analoge) Anwendung des § 106 InsO (wie ich), ist jedenfalls für die Kostentragungspflicht des Insolvenzverwalters gleichgültig. Wer – wie der Insolvenzverwalter des Gläubigers – verpflichtet ist, eine Erklärung abzugeben, hat auch deren Kosten zu tragen, soweit das Gesetz (wie z. B. in §§ 897, 369 BGB) nichts anderes bestimmt. Der Insolvenzmasse erwächst daraus im Ergebnis keine Belastung, denn die Kosten der Lastenfreistellung treffen im Innenverhältnis des Verkäufers zur Gläubigerin wie auch zum Käufer ohnehin den Verkäufer. Ein Konflikt über dieses Thema könnte zwischen Käufer und Insolvenzverwalter allenfalls dann ausbrechen, wenn zur Gläubigerinsolvenz noch eine Verkäuferinsolvenz hinzukäme.

## 2. Kostenfragen bei Verkäuferinsolvenz

Im Fall der Verkäuferinsolvenz findet § 106 InsO unmittelbare Anwendung. „Erfüllung aus der Insolvenzmasse“ bedeutet – wenn man das Gesetz wörtlich nimmt oder den Formulierungen der Kommentarliteratur folgt –, dass „der Vormer-

kungsberechtigte vom Insolvenzverwalter diejenige Befriedigung verlangen kann, die er außerhalb des Insolvenzverfahrens auch gegenüber dem Schuldner durchsetzen könnte“<sup>3</sup>. Danach müsste der Verwalter alle insolvenzrechtlichen Waffen wie etwa Rückschlagsperre (§ 88 InsO) und Insolvenzanfechtung (§§ 129 ff. InsO) gegen den nachrangigen Gläubiger der vormerkungswidrigen Belastung einsetzen und – wo diese versagen – ihn sogar aus der Masse befriedigen. Er dürfte sich nicht darauf zurückziehen, der Käufer könne die vormerkungswidrige Belastung kraft seiner Vormerkung beseitigen, denn auch außerhalb eines Insolvenzverfahrens bleibt dem Verkäufer dieser Ausweg verschlossen.<sup>4</sup>

Von derart weitreichenden Pflichten kann man den Insolvenzverwalter und die Masse nur verschonen, indem man den Wortlaut des § 106 InsO und damit dessen Reichweite teleologisch reduziert. Solange man bei solcher Reduktion nur die Interessen anderer Massegläubiger und der ungesicherten Insolvenzgläubiger im Auge hat oder aus dem vorgemerkten Anspruchsumfang die Freistellung von nachrangigen Belastungen ausblendet, erreicht man unweigerlich den geringstmöglichen Schutz des Vormerkungsberechtigten, insbesondere die Freiheit der Masse von Lastenfreistellungskosten.<sup>5</sup> Solches Vorgehen minimiert den Vormerkungsschutz, ohne weiter nach dem Zweck des § 106 InsO zu fragen. Dieser erschließt sich weder aus den Interessen anderer Gläubiger noch aus der Konstruktion eines Anspruchskerns, der sich entgegen § 433 Abs. 1 BGB nur auf Eigentum richtet. § 106 InsO beruht vielmehr darauf, dass das Insolvenzverfahren dem Schuldner die zur Erfüllung des vorgemerkten Anspruchs nötige Verfügungsmacht über sein Vermögen entreißt. § 106 InsO kompensiert die dem Schuldner entzogene Verfügungsmacht. Infolgedessen verpflichtet er den Insolvenzverwalter insoweit, als zur Erfüllung des vorgemerkten Anspruchs Verfügungsmacht vonnöten ist, das heißt: zwar nur zu rechtsgeschäftlichen Erklärungen, aber zu sämtlichen Erklärungen, die der Insolvenzschuldner kraft der Vormerkung abgeben müsste, jedoch mangels Verfügungsmacht nicht mehr abgeben kann, konkret also dazu,

- die Auflassung zu erklären oder die schon erklärte Auflassung zu genehmigen,
- die Löschung nachrangiger vormerkungswidriger Belastungen zu beantragen.

### a) Notarkosten

War die Auflassung noch gar nicht erklärt, so entstehen der Masse daraus, dass der Insolvenzverwalter sie nunmehr erklärt, keine Kosten, denn die Kosten der gesonderten Auflassung hat in aller Regel der Käufer übernommen. Kostenrecht-

<sup>1</sup> MittBayNot 2005, 108 (in diesem Heft).

<sup>2</sup> Ebenso *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl. 2003, Rdnr. 1526; *Reithmann/Albrecht*, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 8. Aufl. 2001, Rdnr. 493.

<sup>3</sup> *Uhlenbruck*, InsO, 12. Aufl. 2003, § 106 Rdnr. 33.

<sup>4</sup> Vgl. BGH, DNotZ 2004, 464 mit Anm. *Oppermann*. Es geht hier stets um Belastungen, die nach der Vormerkung eingetragen wurden. Dass der Käufer mit seiner Vormerkung gegen vorrangige Belastungen nichts auszurichten vermag und dass § 106 InsO den Verwalter nicht zu deren Beseitigung verpflichtet, ist Allgemeingut.

<sup>5</sup> So *Kessler* (Fn. 1) und ohne Begründung *Reithmann/Albrecht* (Fn. 2).

lich mit der Auflassung gegenstandsgleich ist m. E. der Antrag auf Löschung der lediglich am verkauften Grundbesitz eingetragenen Grundpfandrechte, weil dabei wiederum nur eine bereits im Kaufvertrag begründete Pflicht erfüllt wird.<sup>6</sup> War dagegen die Auflassung im Kaufvertrag bereits enthalten, so muss der Insolvenzverwalter sie genehmigen, es sei denn, ihr Vollzug wäre bei Eröffnung des Verfahrens bereits unter dem Schutz der §§ 91 Abs. 2 InsO, 878 BGB beantragt gewesen. Aus der Pflicht zur Genehmigung ergibt sich die Pflicht des Insolvenzverwalters, deren Kosten zu übernehmen. Mit der Genehmigung kann der Insolvenzverwalter den Antrag auf Löschung vormerkungswidriger Belastungen verbinden. Da er rechtskundig ist, kann er die Kosten für die gesamten Erklärungen gering halten, indem er diese selbst entwirft und lediglich seine Unterschrift beglaubigen lässt.

### b) Grundbuchkosten

Weitere Kosten drohen der Insolvenzmasse nur noch aus dem Grundbuchvollzug der Freistellung des verkauften Grundbesitzes von nachrangigen vormerkungswidrigen Belastungen. Auch hierauf richtet sich der vorgemerkte Anspruch des Käufers aus § 433 Abs. 1 BGB.<sup>7</sup> Diese Kosten hat nach dem Kaufvertrag der Verkäufer zu tragen. Unabhängig vom Kaufvertrag hat sie derjenige zu tragen, der die Löschung (bei einer Gesamtbelastung die Freigabe) beantragt. Der Käufer kann – bevor er Eigentümer ist – einen solchen Antrag gar nicht stellen.<sup>8</sup> Als Antragsteller kommt daher nur der Insolvenzverwalter des Verkäufers in Betracht. *Kessler* meint, der Insolvenzverwalter müsse bei Fälligkeit zwar die Auflassung unverzüglich erklären bzw. die erklärte Auflassung genehmigen. Den Löschantrag dürfe er aber aufschieben, bis das Eigentum auf den Käufer umgeschrieben, der Insolvenzverwalter also nicht mehr antragsberechtigt sei. Dabei unterstellt er, der Käufer müsse das Eigentum übernehmen, ohne dass der Insolvenzverwalter als einziger Antragsberechtigter den zur Lastenfreistellung erforderlichen Antrag anstelle des Insolvenzschuldners gestellt hat. Damit würde § 106 InsO nicht mehr die Verlagerung der Verfügungsmacht vom Schuldner auf den Insolvenzverwalter ausgleichen, sondern dem Insolvenzverwalter Erklärungen ersparen, für die ihm die Verfügungsmacht übertragen ist, und damit ein Zurückbehaltungsrecht des Insolvenzverwalters in die Vertragsabwicklung hineinragen. Dies lässt sich mit dem Zweck des § 106 InsO nicht rechtfertigen und noch weniger mit seinem Wortlaut. Es passt auch nicht zu den wohlklingenden Äußerungen in der Kommentarliteratur, wo von „Vollwirkung“<sup>9</sup> der Vormerkung „für Rechnung der Insolvenzmasse“<sup>10</sup> die Rede ist.

### 3. Kann sich der Insolvenzverwalter den Pflichten aus § 106 InsO durch Freigabe entziehen?

Das hohe Lied vom Schutz des Vormerkungsberechtigten im Insolvenzverfahren droht gleichwohl in Grabgesang zu enden, falls der Insolvenzverwalter – wie *Kessler* ausführt – sich aller Mitwirkungspflichten entledigen und der Masse alle

damit zusammenhängenden Kosten ersparen kann, indem er den vormerkungsbelasteten Grundbesitz aus der Insolvenzverstrickung (§ 35 InsO) freigibt, so dass der Verkäufer die verlorene Verfügungsbefugnis (§ 80 InsO) wiedererlangt, der Käufer daher seine vertraglichen Rechte im nunmehr insolvenzfreien, praktisch aber nicht vorhandenen Vermögen des Verkäufers suchen muss. Der Käufer bliebe dann jedenfalls an den Lastenfreistellungskosten hängen. Weitaus größere Unge mach drohte ihm, falls die Auflassung noch nicht erklärt ist und der Verkäufer unauffindbar bleibt oder sich nicht bereit findet, bei der Auflassung mitzuwirken. Bereits bei einem Wert des gekauften Grundbesitzes von nur 150.000 € kostet ein Versäumnisurteil auf Auflassung den Käufer bei Anwalt und Gericht ca. 6.800 €, bei einem Wert von 300.000 € ca. 11.000 € und bei einem Wert von 500.000 € ca. 15.000 €. <sup>11</sup> Wenn der Insolvenzverwalter sich durch Freigabe des vormerkungsbelasteten Grundbesitzes seiner Pflichten aus § 106 InsO entledigen kann, dann wird er sich auf diesen Ausweg in allen Fällen zurückziehen, in denen der Käufer den Kaufpreis – im Vertrauen auf den Vormerkungsschutz – bereits vollständig bezahlt hat oder nur noch eine geringe Restforderung offen steht. Nicht mit einer Masseforderung aus § 106 InsO träte dann der Käufer dem Insolvenzverwalter gegenüber, sondern eher mit einem Gnadengesuch, der Verwalter möge von der Freigabe des verkauften Grundbesitzes aus der Insolvenzverstrickung absehen. Selbst ein dem Käufer wohlgesonnener Verwalter müsste sich den Insolvenzgläubigern gegenüber rechtfertigen, wenn er auf Kosten der Masse den Anspruch des Vormerkungsberechtigten aus § 106 InsO erfüllte, anstatt sich den daraus folgenden Pflichten und Kosten durch Freigabe zu entziehen. Angesichts dessen wäre der Vormerkungsberechtigte am Ende gezwungen, sich den Schutz des § 106 InsO durch einen Geldbeitrag zur Insolvenzmasse zu erkaufen. Es entstünde faktisch eine Beitragspflicht des Vormerkungsberechtigten zur Insolvenzmasse, obwohl der Gesetzgeber eine solche nur den Absonderungsberechtigten auferlegt hat (§§ 170, 171 InsO), den Vormerkungsgläubiger hingegen davor verschont hat.

In der Tat gestatten *Jaeger/Henckel*<sup>12</sup> dem Insolvenzverwalter eine derartige Flucht aus der von § 106 InsO statuierten Masseschuld, wenn auch ohne jede Begründung, immerhin aber mit der Nebenwirkung, dass *Gursky*<sup>13</sup> ihnen folgt – gleichermaßen ohne Begründung. Der Fluchtweg aus § 106 InsO, den *Jaeger/Henckel* hier dem Verwalter anbieten, steht bereits im Widerspruch dazu, dass *Jaeger/Henckel* andernorts<sup>14</sup> feststellen, der Konkursverwalter könne „Masseschulden nicht einseitig durch Freigabe aufheben“. Vielleicht beruht die Unbefangenheit, mit der *Jaeger/Henckel* im Rahmen des § 24 KO dem Verwalter die Freigabe erlaubt haben, darauf, dass nach früherem Recht der Konkursordnung die Freigabe grundsätzlich als zulässig galt und eigentlich nur strittig war, ob sie auch im Konkurs einer juristischen Person statthaft sei.<sup>15</sup>

a) Dabei blieb schon damals unberücksichtigt, dass der BGH der Freigabe bereits eine Grenze gezogen hatte, nämlich

<sup>6</sup> Vgl. KG, DNotZ 1988, 454.

<sup>7</sup> Näher *Amann*, MittBayNot 2004, 165.

<sup>8</sup> Vgl. *Demharter*, GBO, 23. Aufl. 2000, § 13 Rdnr. 47.

<sup>9</sup> *Staudinger/Gursky*, 2002, § 883 BGB Rdnr. 286.

<sup>10</sup> *Uhlenbruck* (Fn. 3), § 106 Rdnr. 34. Die bei Umschreibung des Eigentums auf den Käufer erforderliche Löschung des Insolvenzvermerks ist gemäß § 69 Abs. 2 KostO gebührenfrei. Anhaltspunkte, dass hiervon auch die Löschung vormerkungswidriger nachrangiger Belastungen erfasst wäre, finden sich aber nicht; vgl. *Korintenberg/Lappe*, KostO, 15. Aufl. 2002, § 69 Rdnr. 16.

<sup>11</sup> Diese Angaben verdanke ich der Rechtsanwaltskanzlei Ritter & Schwarzer, Berchtesgaden. Vgl. zum Verkehrswert als Streitwert einer Auflassungsklage zuletzt OLG Stuttgart, OLG-Report 2002, 185; OLG Köln, MittBayNot 2005, 139 (in diesem Heft); anders jedoch Schleswig-Holsteinisches OLG, MittBayNot 2005, 139 (in diesem Heft); Kostenbeispiele nach früherem Kostenrecht bei *Amann*, MittBayNot 2001, 153.

<sup>12</sup> KO, 9. Aufl. 1997, § 24 Rdnr. 25.

<sup>13</sup> *Staudinger/Gursky*, 2002, § 883 BGB Rdnr. 290.

<sup>14</sup> Rdnr. 11 zu § 21 KO.

<sup>15</sup> *Uhlenbruck* (Fn. 3), § 35 Rdnr. 23.

der Freigabe eines prozessbefangenen zur Konkursmasse gehörenden Gegenstandes,<sup>16</sup> die trotz ausreichender Masse darauf zielte, das Prozesskostenrisiko auf den Gegner des insolventen Gemeinschuldners abzuwälzen.<sup>17</sup>

b) Weitere Schranken gegen die Freigabe haben Rechtsprechung und Literatur während der letzten Jahre in den zahlreichen Fällen aufgerichtet, in denen der Insolvenzverwalter die Insolvenzmasse durch Freigabe eines schadstoffbelasteten Grundstücks von einer entstandenen umweltrechtlichen Haftung zu entlasten suchte.<sup>18</sup>

c) Mehr noch: Selbst bei einem massefremden Gegenstand, der einem Aussonderungsrecht unterliegt, hat der BGH dem Verwalter die Flucht aus den mit diesem Gegenstand zusammenhängenden Pflichten verwehrt. Laut BGH entbindet im Konkurs des Mieters die Rückgabe der Mietsache an den aussonderungsberechtigten Vermieter den Verwalter nicht davon, das Mietgrundstück auf Kosten der Masse von unwertbaren Hinterlassenschaften des Mieters zu räumen.<sup>19</sup> Wenn aber der Insolvenzverwalter sogar bei massefremden Gegenständen die damit zusammenhängenden Pflichten nicht abzuschütteln vermag, dann kann die Strategie, das vormerkungsbelastete Grundstück durch Freigabe in einen massefremden Gegenstand zu verwandeln, ebenso wenig Erfolg haben.

Den vorgenannten Einschränkungen der Freigabe und der Entscheidung des BGH zur Rückgabe an den Vermieter ist gemeinsam, dass die Freigabe und das Aussonderungsrecht nicht als Mittel eingesetzt werden dürfen, um bereits entstandene Risiken oder Pflichten auf Dritte zu verlagern. Genau darauf würde der Insolvenzverwalter jedoch zielen, wenn er sich dem Anspruch auf Befriedigung des Vormerkungsgläubigers aus der Insolvenzmasse durch Freigabe entziehen könnte. Diese Flucht aus § 106 InsO muss ihm deshalb verwehrt bleiben. Tritt er sie gleichwohl an und nimmt der Vormerkungsberechtigte dies hin, so kann der Insolvenzschuldner zugunsten des Vormerkungsberechtigten wirksam verfügen; die Freigabe bedeutet Zustimmung zu Verfügungen des Insolvenzschuldners, auch wenn sie pflichtwidrig ist. Stets unbenommen bleibt dem Verwalter die Anfechtung des Vormerkungserwerbs im Rahmen der §§ 129 ff. InsO.

#### 4. Befriedigung aus der Masse – ein ungerechtfertigtes Privileg des Vormerkungsgläubigers?

Offenbar sieht *Kessler*<sup>20</sup> darin, dass der vormerkungsgeschützte Käufer Befriedigung gemäß § 106 InsO im hier dargestellten Umfang verlangen kann, ein ungerechtfertigtes Privileg. Schließlich müsse außerhalb eines Insolvenzverfahrens der Käufer sein Recht beim Verkäufer selbst suchen. Dabei träfen ihn die Kosten der Realisierung seines Anspruchs auch insoweit, als diese der zahlungsunfähige Verkäufer zu tragen hätte, insbe-

sondere die Kosten der Lastenfreistellung. Also bestehe kein Grund, den Käufer im Insolvenzverfahren besser zu stellen.

Wäre dieses Argument richtig, so wäre die vorstehend in Abschnitt 3 a) bis c) aufgeführte Rechtsprechung falsch. Auch in den dort entschiedenen Fällen bliebe der Gläubiger an Lasten und Kosten hängen, die – falls kein Insolvenzverfahren stattfände – der zahlungsunfähige Schuldner zu tragen hätte. Der Gläubiger profitiert also kraft dieser Rechtsprechung davon, dass ein Insolvenzverfahren stattfindet. Der Vorzug eines Insolvenzverfahrens besteht gerade darin, dass Massegläubiger und sonstige Gläubiger in gesetzlich geordneter Weise befriedigt werden. Man darf deshalb die Situation eines Schuldners, dessen Vermögen so unzureichend ist, dass es kein Insolvenzverfahren erlaubt, nicht vergleichen mit den Segnungen eines Insolvenzverfahrens, welches ja nur eröffnet und fortgesetzt wird, wenn eine ausreichende Masse die Erwartung rechtfertigt, privilegierte Masseforderungen ganz und sonstige Forderungen gemäß den Vorschriften der InsO abwickeln zu können. Der ungeordnete Zugriff und Kampf aller Gläubiger außerhalb eines Insolvenzverfahrens kann keinen Vergleichsmaßstab für die Behandlung von Forderungen im Insolvenzverfahren liefern. Bei einem solchen Vergleich würde man zudem die Augen davor verschließen, dass der vormerkungsgeschützte Käufer selbst in aller Regel die für das Insolvenzverfahren erforderliche Masse vermehrt hat, und zwar durch Zahlung des Kaufpreises. Typischerweise wird nämlich der gesamte Kaufpreis bereits im frühen zeitlichen Vorfeld eines Insolvenzverfahrens zur Tilgung bevorrechtigter Forderungen von Grundpfandrechtsgläubigern benötigt. Damit verringern solche Forderungen die Insolvenzmasse nicht mehr. Dieser Vorteil kommt sämtlichen Gläubigern zugute und darf nicht dahin umgemünzt werden, dem Käufer trotz zureichender Masse die Kosten der vom Insolvenzverwalter abzugebenden Erklärungen und ihres Vollzugs aufzubürden.

Wenn wir am Ende den Fall betrachten, dass der zur Insolvenzmasse gehörende Grundbesitz nicht an einen vormerkungsgeschützten Käufer verkauft ist, so erkennen wir, dass der Insolvenzverwalter auch in einem solchen Fall die Lastenfreistellung durchführen muss, um den Grundbesitz zu verwerten. Der Masse die damit verbundenen Kosten ersparen, weil § 106 InsO eingreift, hieße diese Vorschrift von einem Privileg des Vormerkungsberechtigten zu einem Privileg der Masse uminterpretieren.

#### 5. Ergebnis

§ 106 InsO verpflichtet den Insolvenzverwalter zu allen rechtsgeschäftlichen Erklärungen, die erforderlich sind, um den vorgemerkten Anspruch zu erfüllen. Neben der Auflassung oder der Genehmigung einer bereits erklärten Auflassung zählt hierzu auch der Antrag auf Freistellung des veräußerten Grundbesitzes von vormerkungswidrigen nachrangigen Belastungen. Die damit verbundenen Kosten treffen die Masse, soweit nicht der Käufer sie im Kaufvertrag übernommen hat wie etwa die Kosten der Auflassung. Die in § 106 InsO statuierte Masseschuld kann der Verwalter nicht abschütteln, indem er das vormerkungsbelastete Grundstück aus der Insolvenzverstrickung freigibt. § 106 InsO verschafft dem Vormerkungsgläubiger Privilegien, aber keine ungerechtfertigten Privilegien.

<sup>16</sup> §§ 10, 11 KO, §§ 85, 86 InsO.

<sup>17</sup> BGHZ 35, 182 (184/185); BGHZ 100, 217 (221) = NJW 1987, 2018.

<sup>18</sup> Vgl. die Nachweise bei *Uhlenbruck* (Fn. 3), § 35 Rdnr. 25; § 80 Rdnr. 126.

<sup>19</sup> BGHZ 127, 156 = NJW 1994, 3232 (3234).

<sup>20</sup> A. a. O. (Fn. 1).

## Immobilien in Griechenland

### – Kaufpreisfinanzierung –

von Rechtsanwalt *Georgios Papacharalampous*, Athen,  
und Notar Dr. *Gerd Lintz*, Landsberg am Lech

Die nachfolgenden Ausführungen zur Finanzierung beim Kauf eines Grundstücks in Griechenland durch den Käufer erfolgen in Ergänzung zu der in MittBayNot 2003, 464 ff. veröffentlichten Abhandlung der gleichen Autoren. Da das Grundbuchsystem in Griechenland (noch) und die Art der Abwicklung des Kaufvertrags von der Behandlung in Deutschland erheblich abweichen, treten bei der Finanzierung des Kaufpreises durch den Käufer andere Probleme als bei uns auf. Dieses Thema wurde in der genannten Abhandlung nicht behandelt; das soll nun nachgeholt werden.

Beabsichtigt ein Käufer in Griechenland, den Kaufpreis für die griechische Immobilie zu finanzieren, so schätzt die finanzierende (griechische) Bank den Wert der Immobilie, verschafft sich aber in der Regel über die Bonität des Käufers nur allgemein und noch nicht endgültig Gewissheit. Deshalb erklärt sie sich im Wege einer sog. „Vorgenehmigung“ nur bereit, die Finanzierung zu genehmigen, wenn eine weitere Prüfung diese „Vorprüfung“ bestätigt. Durch Vorlage dieser Vorgenehmigung weiß der Verkäufer deshalb nur, dass sich eine Bank tatsächlich mit der Frage der Finanzierung beschäftigt hat und diese grundsätzlich zu einer Finanzierung bereit ist. Die Bank beginnt mit der endgültigen Überprüfung aber erst, nachdem der Kaufvertrag unterschrieben ist.

#### 1. Kaufpreisfinanzierung mit „grundbuchmäßiger“ Sicherung

Nach Erteilung der „Vorgenehmigung“ stellt die finanzierende Bank die Darlehensgewährung unter zwei Bedingungen in Aussicht: Die Auszahlung erfolgt nur, wenn der Käufer bzw. Darlehensnehmer im Zeitpunkt der Auszahlung des Darlehens Eigentümer der gekauften Immobilie ist; außerdem muss zu diesem Zeitpunkt im Hypothekenbuch (zumindest) eine Vormerkung auf Eintragung einer Hypothek zugunsten des Finanzierungsgläubigers ggf. im Rang vor der Vormerkung auf Eintragung einer Kaufpreishypothek zugunsten des Verkäufers eingetragen sein (vgl. zu dieser Art der Sicherung des Verkäufers Abschnitt 3.1.1 der o. g. Abhandlung).

Im Kaufvertrag wird dann die Tatsache aufgenommen, dass der Käufer beabsichtigt, den Kaufpreis auf diesem Wege durch Darlehen zu finanzieren; es wird eine Zahlungsfrist von ca. drei bis fünf Monaten für die Bezahlung des Kaufpreises vereinbart, da der Eintritt der von der finanzierenden Bank verlangten Auszahlungsvoraussetzungen üblicherweise diese Zeit in Anspruch nimmt. Zur Sicherung der Kaufpreiszahlung wird zugunsten des Verkäufers die Eintragung einer Vormerkung auf Eintragung einer Kaufpreishypothek beantragt. Gleichzeitig wird die Eintragung einer Vormerkung auf Eintragung einer Hypothek für den Finanzierungsgläubiger bewilligt und beantragt, und zwar im Rang vor der Vormerkung auf Eintragung einer Kaufpreishypothek. Steht die finanzierende Bank oder gar die Finanzierung durch eine Bank noch nicht fest, wird die Eintragung eines Rangvorbehaltes bei der Kaufpreishypothek im Kaufvertrag beantragt. Da aber, wie oben ausgeführt, eine bei der Beurkundung vorliegende Finanzierungszusage einer Bank nicht verbindlich ist, wird im Kaufvertrag vereinbart, dass der Käufer den Kaufpreis selber aufbringen muss, wenn das Darlehen entgegen der (unverbindlichen) Zusage doch nicht gewährt wird. Ist der Käufer nicht in der Lage, den Kaufpreis dann aus eigenen oder anderweitigen

Mitteln zu bezahlen, greift die zugunsten des Verkäufers aufgrund der Vormerkung einzutragende Kaufpreishypothek. Sofern der Verkäufer von der Kaufpreishypothek nicht Gebrauch machen will oder kann, ist er nach den Bestimmungen des ZGB berechtigt, vom Kaufvertrag nachträglich, also (auch) nach Eigentumsumschreibung, zurückzutreten. In diesem Fall (der Finanzierung durch eine Bank) ist es nämlich nicht möglich, dass die Eigentumsumschreibung unter der Bedingung der Kaufpreiszahlung, wie in der Abhandlung unter 3.1.1 beschrieben, erfolgt, da mangels Bedingungseintritt die Vormerkung auf Eintragung einer Finanzierungshypothek und auch die Vormerkung auf Eintragung einer Kaufpreishypothek dann nicht eingetragen werden können; denn die beiden Vormerkungen können nur eingetragen werden, wenn der Käufer – unbedingt – als Eigentümer im Transkriptionsbuch eingetragen ist.

Gleichzeitig mit bzw. sofort nach Eintragung des Kaufvertrages im Transkriptionsbuch werden die Vormerkungen auf Eintragung der Hypotheken im Hypothekenbuch eingetragen. Eine solche Vormerkung ist nach Art. 1274, 1276 ZGB aufgrund richterlicher Verfügung, die auf Antrag innerhalb eines Tages ergeht, zulässig; die Vormerkung wird statt der eigentlichen Hypothek deshalb in der Regel beantragt, weil die Eintragung der Vormerkung trotz des Weges über das Gericht deutlich kostengünstiger ist als die Eintragung einer Hypothek. In der Regel verbleibt es bei der Eintragung der Vormerkung; nach Abwicklung der Finanzierung und Zahlung des Kaufpreises wird die eigentliche Gläubigerhypothek nur dann eingetragen, wenn der Schuldner seinen Zins- und Tilgungsverpflichtungen nicht nachkommt und die Bank beabsichtigt, die Zwangsvollstreckung einzuleiten, oder wenn die Interessen der Gläubigerbank z. B. deshalb gefährdet sind, weil die Zwangsvollstreckung seitens eines anderen Gläubigers in dem belasteten Grundbesitz angekündigt wird. Nach Eintragung des Kaufvertrages im Transkriptionsbuch und Eintragung der Vormerkungen im Hypothekenbuch werden eine beglaubigte Abschrift des Kaufvertrags sowie eine Mitteilung über die Eintragungen der Bank vorgelegt. War bisher noch keine Vormerkung auf Eintragung der Finanzierungshypothek eingetragen, wird diese dann unter Ausnutzung des Rangvorbehaltes zur Eintragung beantragt. Nach Eintragung der sofortigen oder nachträglichen Eintragung der Vormerkung zugunsten der Bank an erster Rangstelle, also im Rang vor der Vormerkung auf Eintragung einer (Verkäufer-)Kaufpreishypothek, zahlt die Bank, sofern die übrigen bankinternen Auszahlungsvoraussetzungen vorliegen, den Kaufpreis direkt an den Verkäufer aus.

Das vorbeschriebene Verfahren birgt trotz aller Sicherungen das Risiko in sich, dass der dann im Grundbuch eingetragene Käufer, dessen Kaufvertrag im Transkriptionsbuch ja einge-

tragen ist, das Objekt weiterverkauft, obwohl der Kaufpreis durch ihn bzw. seine finanzierende Bank (noch) nicht bezahlt ist. Es wird zwar im Kaufvertrag zusätzlich bestimmt, dass es dem Käufer untersagt ist, das Vertragsobjekt bis zur Bezahlung des Kaufpreises zu verkaufen. Dies hindert aber nicht den Weiterverkauf in böswilliger oder betrügerischer Absicht. Trotzdem funktioniert das dargelegte Verfahren nach den Erfahrungen des Mitautors *Papacharalampous* problem- und reibungslos. Ihm ist kein Fall bekannt, in dem durch diese Art der Finanzierungsgestaltung Probleme entstanden sind; vielmehr macht der Verkäufer bei sofortiger Bewilligung einer Vormerkung auf Eintragung einer Finanzierungshypothek von seinem Recht auf Eintragung einer Vormerkung bzw. direkt einer Kaufpreishypothek fast nie Gebrauch, obwohl durch Eintragung der Vormerkung auf Eintragung der Finanzierungshypothek eben noch nicht die Sicherheit der Kaufpreiszahlung im Wege der Finanzierung gegeben ist.

## 2. Kaufpreisfinanzierung ohne Sicherung von Verkäufer bzw. finanzierender Bank

In Griechenland kommt es häufig vor, dass auf die Einhaltung des vorbeschriebenen Verfahrens aus verschiedenen Gründen und mit unterschiedlicher Maßgabe verzichtet wird. „Sehr gute“ Kunden der Bank genießen insofern eine privilegierte Behandlung in Griechenland, als diesen bereits vor Abschluss des Kaufvertrages eine verbindliche Finanzierungszusage erteilt wird. Gleiches geschieht bei sehr großen Objekten, also insbesondere bei einem hohen Kaufpreis. Auch hier wird die verbindliche Finanzierungszusage in der Regel vor Abschluss des Kaufvertrages erteilt. In diesen Fällen kommt es nicht mehr zur Eintragung der Vormerkung der den Verkäufer sichernden Kaufpreishypothek, während die Vormerkung auf Eintragung der Finanzierungshypothek im Kaufvertrag natürlich sofort beantragt wird. Beim Kauf zwischen Privatleuten kommt es darüber hinaus sehr oft vor, dass sogar auf die Eintragung beider Vormerkungen zur Finanzierungs- und Kaufpreishypothek verzichtet wird; der Kaufvertrag wird ohne diese Vormerkungen im Transkriptionsbuch eingetragen. Auf die Vormerkungen wird z. B. wegen der Bonität des Käufers verzichtet, aber auch deshalb, weil die Bearbeitungszeit der Banken „nicht so schnell“ ist und weil auch der griechische

Verkäufer seine zur Finanzierungsprüfung notwendige Mitarbeit nicht so schnell und zuverlässig erledigt. Außerdem will sich der Verkäufer oft die Kosten der Eintragung der Vormerkung der Kaufpreishypothek sparen; denn häufig wird vereinbart, dass diese Kosten der Verkäufer zu tragen hat. In diesen Fällen übernimmt der Verkäufer also freiwillig und bewusst das Risiko der Kaufpreiszahlung. In jedem dieser Fälle verlangt aber der Verkäufer die Vorlage der „Vorgenehmigung“ der finanzierenden Bank durch den Käufer.

Die dargelegten Verfahren erscheinen selbst im Vergleich zu der bei uns üblichen Mitwirkung des Verkäufers zur Kaufpreisfinanzierung durch den Käufer relativ kompliziert. Zum besseren Verständnis soll aber noch einmal daran erinnert werden, dass und warum das griechische materielle Grundbuchrecht und die Abwicklung eines Grundstücksvertrags so grundlegend anders ausfallen als bei uns: Griechenland hat noch kein Grundstückskataster, so dass es nicht möglich ist, ein Grundbuch wie in Deutschland anzulegen, bei dem jedes Grundstück im Grundbuch „eine besondere Stelle (Grundbuchblatt)“ erhält (vgl. § 3 GBO). Da also Eintragungen am jeweiligen Grundstück mangels Grundbuchblatt nicht möglich sind, hat sich der griechische Gesetzgeber als Nachweis für Verfügungen über Grundstücke oder dingliche Rechte für das Verfahren des Abheftens der jeweiligen Urkunden z. B. im Transkriptions- oder Hypothekenbuch entschieden (aus dem gleichen Grunde kann in Griechenland Eigentum an einer noch nicht vermessenen Teilfläche erworben werden, während dies in Deutschland mangels Grundbuchblatt für die erst noch zu vermessende Teilfläche nicht möglich ist). Die Abwicklung insbesondere eines Kaufvertrages unterscheidet sich in Griechenland von der in Deutschland dadurch, dass in Griechenland bereits vor der Beurkundung alle zur Rechtswirksamkeit und Durchführbarkeit des Vertrages erforderlichen Unterlagen, Genehmigungen und Bescheinigungen besorgt werden, während in Deutschland dieses Verfahren erst nach Abschluss des notariellen Kaufvertrages in Gang gesetzt wird. Diese beiden Erkenntnisse ermöglichen ein besseres Verständnis für das Verfahren beim Erwerb von Immobilien in Griechenland (MittBay-Not 2003, 464) und das hier dargelegte Verfahren zur Kaufpreisfinanzierung.

Abschließend noch eine kurze Berichtigung: Unter Ziffer 3.4.2 der Abhandlung wurde versehentlich noch ausgeführt, dass die Grunderwerbsteuer nach den gesetzlichen Bestimmungen der Verkäufer zu tragen hätte, dass aber in Abweichung davon in der Regel im Kaufvertrag vereinbart wird, dass die Grunderwerbsteuer vom Erwerber ganz zu tragen ist. Dies entsprach der Rechtslage bis 1990. Seitdem ist in Art. 5 G 1587/1950, wie es heute nach mehrmaliger Novellierung gilt, geregelt, dass die Grunderwerbsteuer alleine der Käufer zu tragen hat.

## BUCHBESPRECHUNGEN

### **Althammer: Die Maklerklausel im notariellen Grundstückskaufvertrag. Mohr Siebeck, 2004. 281 S., 74 €**

Die von Prof. Dr. *Herbert Roth*, Regensburg, betreute Dissertation betrifft einen Kern- und Problembereich notarieller Tätigkeit, nämlich die Maklerklausel in Grundstückskaufverträgen. Zu diesem Thema dürfte es die erste Dissertation sein, die in den vergangenen 50 Jahren verfasst worden ist. Dass gerade *Roth* dieses Thema angeregt hat, verwundert nicht, hat er doch im Münchener Kommentar das Maklerrecht samt Maklerklauseln kommentiert. Die vorgelegte Dissertation ist nicht nur wissenschaftlich gründlich, sondern befasst sich konstruktiv auch mit der Frage, wann, in welcher Ausformung und in welchem Umfang Maklerklauseln in der notariellen Praxis verwendet werden sollten. *Althammer* gelangt dabei u. a. zu folgenden Ergebnissen:

- Die Beurkundung einer Maklerklausel ist nicht *per se* sittenwidrig und nicht *per se* unzulässig. Im Hinblick auf die Gefahr des Vorwurfs eines kollusiven Zusammenwirkens von Makler und Notar sind Maklerklauseln jedoch mit großer Vorsicht zu verwenden. In allen Fällen der Abwälzung einer maklervertraglichen Zahlungsverpflichtung auf einen anderen Vertragspartner im Rahmen des Grundstückskaufvertrags bedarf diese Vereinbarung als Maklerklausel jedoch zwingend der notariellen Beurkundung gem. § 311 b Abs. 1 BGB (§ 10).
- In § 11 seiner Dissertation setzt *Althammer* sich mit der Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB auf Maklerklauseln auseinander. Wurde die Klausel auf Anregung von Käufer oder Verkäufer in den Vertrag eingebracht, insbesondere in Abwälzungssituationen, so kann unter den allgemeinen Voraussetzungen der §§ 305 ff. BGB die Inhaltskontrolle nach diesen Schutzvorschriften eingreifen. Problematischer ist dies hingegen, wenn der Makler als nicht am Kaufvertrag beteiligter Dritter auf die Aufnahme der Klausel hingewirkt hat. Dann stellt sich die Frage, ob der Makler als Steller der Klausel im Sinne der §§ 305 f. BGB in Betracht kommt (vgl. dazu *Bethge*, NZM 2002, 198; LG Regensburg, Grundeigentum 1994, 519 f.; *Wälzholz*, MittBayNot 2000, 372; v. *Rintelen*, RNotZ 2001, 39; OLG Hamm, NJW-RR 1999, 999). *Althammer* gelangt insoweit zu dem Ergebnis, nur die Vertragsparteien des Kaufvertrages selbst kämen als Steller von AGB in Betracht; damit scheidet eine Klauselkontrolle zu Lasten des Maklers aufgrund seiner Initiative aus, da er nicht selbst am Hauptvertrag beteiligt sei. Überrumpelte Vertragsparteien des Kaufvertrages seien bei missbräuchlicher Verwendung nur über Regressansprüche gegen den Notar gem. § 19 BNotO zu schützen (§ 11 II 2 b, III).
- In den Fällen, in denen die Maklerklausel eine Überwälzung der Provisionspflicht des einen Vertragspartners auf den anderen enthält und damit als Kaufvertragsbestandteil in das kaufvertragliche Synallagma einbezogen ist, sollte die Fälligkeit des Anspruchs aus der Maklerklausel gegenüber dem Makler vom Eintritt der allgemeinen Fälligkeitsvoraussetzungen abhängen, damit der Käufer nicht bereits einen Teil des Kaufpreises an den Makler zu zahlen hat, bevor sein Erwerb gesichert ist (§ 14 II 1 b).
- Im 7. Teil seines Werkes (§§ 24 ff.) mit der Bezeichnung „Vorsorgende Rechtspflege“ befasst *Althammer* sich mit

den Auswirkungen auf die notarielle Tätigkeit. Er gelangt dabei weitgehend zu praxisgerechten und ausgewogenen Ergebnissen, die fast uneingeschränkte Zustimmung verdienen. Einerseits weist *Althammer* die Vorwürfe zurück, dass Maklerklauseln regelmäßig in kollusivem Zusammenwirken von Makler und Notar in die Kaufvertragsurkunde aufgenommen werden. Er erkennt vielmehr an, dass Maklerklauseln im Einzelfall einerseits aufgrund § 311 b BGB zwingend zu verwenden sind und auch in den übrigen Fällen, insbesondere bei drohendem Vorkaufsrecht, im Interesse der Kaufvertragsbeteiligten liegen können. Dennoch weist *Althammer* völlig zu Recht darauf hin, dass die Verwendung von Maklerklauseln auch mit großen Gefahren verbunden sein kann. Denn im Grundsatz haben die Kaufvertragsparteien selbst regelmäßig kein Interesse an der Aufnahme einer Maklerklausel, sondern vor allem der Makler. Hierbei hat der Notar den Grundsatz der Unparteilichkeit gem. § 14 BNotO zu berücksichtigen. Überzeugend vertritt *Althammer* den Standpunkt, der Makler könne zwar auch materiell Beteiligter im Sinne des § 14 BNotO sein, seine Interessen seien vom Notar aber nur dann wahrzunehmen, wenn die Aufnahme der Maklerklausel im Grundstückskaufvertrag auch nach Erforschung des Willens der Beteiligten dem Willen und Interesse der Hauptvertragsparteien entspricht (§ 24 I 1 b). Soweit *Althammer* sich damit in Widerspruch zu den Ausführungen des Verfassers dieser Besprechung (MittBayNot 2000, 360) glaubt, trifft dies nicht zu. An der genannten Fundstelle wird lediglich darauf hingewiesen, dass durch Ersuchen einer Beurkundung auch der Makler in den Kreis der materiell Beteiligten gelangt und damit seine Interessen auch zu berücksichtigen sind. Damit ist jedoch nicht gesagt, dass die Interessen des Maklers vorrangig vor den Interessen der Kaufvertragsparteien zu berücksichtigen sind oder dass beide gleichberechtigt zu berücksichtigen seien. Wünschen die Beteiligten des Hauptvertrages daher die Beurkundung einer Maklerklausel nicht, so darf der Notar selbstverständlich eine entsprechende Klausel den Beteiligten nicht „unterschieben“. Diesen Willen hat der Notar bei der Beurkundung durch Nachfrage zu erforschen. Denn der Notar beurkundet die Willenserklärungen von Käufer und Verkäufer, nicht die des Maklers. Eine entgegenstehende Stellungnahme war in MittBayNot 2000, 360 keineswegs beabsichtigt.

- *Althammer* äußert sich in § 24 I 2 b kritisch zu der Frage, ob Maklerklauseln auch zur Streitvermeidung aufgenommen werden könnten. Er schließt dies zwar nicht kategorisch aus, hält dieses Argument jedoch für „Trugschluss und gefährliche Verschleierung zugleich“. Selbstverständlich ist *Althammer* zuzugeben, dass in diesem Argument Trugschluss und Verschleierung stecken *kann!* Dieses Argument als solches jedoch vollständig vom Tisch zu wischen, vermag nicht zu überzeugen. Es sind Fälle denkbar, wenn auch in der Praxis sehr selten, dass Unklarheiten und Streitigkeiten zwischen den Beteiligten des Hauptvertrages und dem Makler über den wirksamen Abschluss oder die Höhe einer Maklerprovision bestanden haben und diese Unklarheiten durch eine entsprechende Regelung im Kaufvertrag endgültig beigelegt und beseitigt werden sollen. In einem solchen Fall kann sogar eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung durch die Beteiligten des Haupt-

- vertrags mitbeurkundet werden (kritisch insoweit neben *Althammer* auch *Grziwotz*, MDR 2004, 61 ff.). Die insoweit bereits in MittBayNot 2000, 357 ff. geäußerte Ansicht ist keinesfalls dahingehend zu verstehen, dass regelmäßig eine Maklerklausel oder gar eine solche mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung zu beurkunden sei. Das Gegenteil ist der Fall! Der *Verfasser* dieser Anmerkung hat noch kein einziges Mal – soweit erinnerlich – eine Maklerklausel mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung beurkundet. Dennoch kann bei einer gründlichen Auseinandersetzung mit der Problematik der denkbare Fall nicht außer Betracht gelassen werden, dass auf diese Art und Weise ein Gerichtsprozess vermieden werden soll. Wie gesagt: Diese Fälle sind theoretisch denkbar, kommen in *seltenen* Fällen auch in der Praxis vor und können daher nicht allgemein vom Tisch gewischt werden. Maklerklauseln *können* der Streitvermeidung dienen. Völlig richtig und zutreffend ist der Hinweis von *Grziwotz* und *Althammer*, dass diese Argumentation jedoch nicht dazu dienen darf, zu verdecken, wenn ohne jeglichen Grund und Anhaltspunkt ausschließlich im Interesse des Maklers und ohne ausreichende Erörterung mit den Beteiligten eine weitreichende Maklerklausel mitbeurkundet wird. Streitvermeidung und Rechtssicherheit ist kein Selbstzweck. Rechtssicherheit darf durch den Notar nur dann geschaffen werden, wenn dies auch dem tatsächlichen Willen der Beteiligten entspricht.
- Zu Recht weist *Althammer* darauf hin, dass die bloße, höchst unwahrscheinlich bestehende Möglichkeit einer Vorkaufsrechtsausübung nicht zur standardmäßigen Mitbeurkundung einer Maklerklausel führen dürfe. Hegen die Beteiligten im Einzelfall jedoch Sorgen im Hinblick auf die Vorkaufsrechtsausübung, so ist die Aufnahme einer Maklerklausel, insbesondere als echter Vertrag zugunsten Dritter, angeraten.
  - Auf S. 247 weist *Althammer* überzeugend auf die Gestaltungsanforderungen an den Notar hin, wenn die Durchführung des Kaufvertrages mit Unsicherheiten verbunden ist. Hier kann es einen wesentlichen Unterschied machen, ob mit einer Suspensivbedingung im Sinne des § 652 Abs. 1 Satz 2 BGB oder mit einem Rücktrittsrecht gearbeitet wird. Nach § 328 Abs. 2 BGB kann der Anspruch aus der Maklerklausel entweder bestehen bleiben oder mit der Realisierung des Risikos entfallen. Zutreffend regt *Althammer* an, die Beteiligten in solchen Fällen auch über die Folgewirkungen im Hinblick auf Maklerklauseln und den Maklervertrag zu belehren und klare Folgeregelungen zu treffen (vgl. dazu auch OLG Karlsruhe, MittBayNot 2005, 130 [in diesem Heft] mit Anm. *Wälzholz*).

- Auch *Althammer* hält die Zwangsvollstreckungsunterwerfung zugunsten des Maklers für im Regelfall unzulässig. Dem ist vom Grundsatz her zuzustimmen; lediglich in den eben geschilderten Ausnahmefällen ist die Mitbeurkundung einer Zwangsvollstreckungsunterwerfung ernsthaft mit den Beteiligten zu erörtern. Die Differenziertheit der Dissertation *Althammers* wird auf S. 252 deutlich, wo er völlig zutreffend eine Ausnahme für den Fall vorsieht, dass die Maklerklausel in das kaufvertragliche Synallagma zwischen Käufer und Verkäufer einbezogen wird. Ist die Zahlung der Maklerprovision echte Gegenleistung an den Verkäufer, so sollte der Verkäufer mittels Zwangsvollstreckungsunterwerfung auch insoweit die Möglichkeit haben, nicht nur den restlichen an ihn zu zahlenden Barkaufpreis, sondern auch den als Maklerprovision zu zahlenden Kaufpreisteil zu vollstrecken. Dies gilt auch für den sog. Netto-Maklerauftrag. Für diesen Fall sieht *Althammer* auch überzeugend vor, dass dann die Eigentumsumschreibung zugunsten des Käufers von der Bestätigung der Kaufpreiszahlung an den Makler abhängig gemacht werden könne, zur Vermeidung ungesicherter Vorleistung sogar gemacht werden sollte. *Althammer* beweist damit profunde Kenntnisse und grundlegendes Verständnis für die Sicherungsmechanismen der notariellen Kaufvertragsgestaltung.
- In § 25 der Dissertation wird auf eine mögliche Amtshaftung des Notars hingewiesen, wenn er entgegen § 17 BNotO nicht hinreichend über die Bedeutung der Maklerklausel belehrt, wenn er gegen seine Neutralitätspflicht gem. § 14 BNotO verstößt oder Maklerklauseln unklar formuliert und hierdurch den Beteiligten Schäden entstehen. Schadensersatzansprüche des Maklers gegen den Notar kommen grundsätzlich nicht in Betracht. Anders kann dies jedoch im Einzelfall sein, wenn der Notar beispielsweise sehenden Auges eine unvollständige Beurkundung vornimmt, der Hauptvertrag dadurch nicht wirksam wird und auf diese Weise der Makler seinen Provisionsanspruch nicht erwirbt. Die Nichtaufnahme einer Maklerklausel aufgrund des Verlangens der Kaufvertragsbeteiligten kann hingegen nie eine Pflichtverletzung des Notars darstellen.

Zusammenfassend ist *Althammer* mit seiner Dissertation eine ungewöhnliche Mischung von wissenschaftlicher Fundiertheit und praktischem Verständnis gelungen. Die auf die notarielle Praxis bezogenen Ausführungen *Althammers* sind jedem Notar zur Lektüre anzuempfehlen. Sie sensibilisieren den Notar für die potentiellen Gefahren von Maklerklauseln. Die Umsetzung der Erkenntnisse in der Praxis ist schwierig.

Notar Dr. *Eckhard Wälzholz*, Füssen

### **Weitnauer: Wohnungseigentumsgesetz. 9., wesentl. erg. u. erw. Aufl., Vahlen, 2005. 989 S., 76 €**

Nach nunmehr fast neun Jahren liegt der „Weitnauer“ endlich als Neuauflage vor. Er ist in wesentlichen Teilen überarbeitet, um zwei Anhänge zum Steuerrecht (bearbeitet von *Gerhard Maus*) und Rechnungswesen (*Wolfgang Wilhelmy*) ergänzt sowie von einem teilweise neuen Autorenteam verfasst worden. Nach dem Tod von *Hermann Weitnauer* im Jahr 1999 und dem Ausscheiden von *Maria Hauger* wird der Bearbeiterkreis um *Wolfgang Lüke* und *Heinz-Peter Mansel* durch *Lothar Briesemeister* und *Wolfgang Gottschalg* vervollständigt.

Das Werk befindet sich laut Vorwort (S. V) auf dem Stand vom 31.3.2004; danach veröffentlichte Rechtsprechung und Literatur konnten nur vereinzelt bis zum 31.7.2004 eingearbeitet werden. Allerdings wurde auch lange davor erschienenes Schrifttum nicht berücksichtigt, beispielsweise die Neuauflage des WEG-Kommentars von *Niedenführ/Schulze*, das Anwaltshandbuch Wohnungseigentumsrecht (herausgegeben von *Köhler/Bassenge*) und der Sachenrechtsband des Anwaltskommentars (herausgegeben von *Ring/Grziwotz/Keukenschrijver*). Abgesehen von einigen peinlichen, aber nicht unüblichen Versehen (S. XXVII: „v. Öfele“), ist der Kommentar gediegen redigiert. Die ursprüngliche Randnummerierung

wurde beibehalten, was die Autoren zugunsten einer schnelleren Orientierung unter Inkaufnahme sehr umfangreicher Abschnitte bewusst eingegangen sind (S. VI). Ob dies „jedenfalls“ für diese Auflage tatsächlich noch hinnehmbar ist, darf beispielsweise angesichts der Rdnr. 56 und 56 a zu § 10 oder der Rdnr. 1 zu § 45, die schon Bärmann-Pick-Merle'sche Ausmaße angenommen haben, bezweifelt werden.

Im Folgenden soll die Praxistauglichkeit des Kommentars anhand einiger willkürlich ausgewählter Einzelprobleme erprobt werden, insbesondere auch, wie die „Jahrhundert“-Entscheidung des BGH vom 20.9.2000 (BGHZ 145, 158 = NJW 2000, 3500) und die sich daran anschließende Diskussion in Rechtsprechung und Schrifttum in die Neuauflage eingearbeitet wurden.

Auch in der Neuauflage hält *Briesemeister* an der sehr zweifelhaften „dritten Form des Eigentums“, dem „Nachbareigentum“, fest (§ 5 Rdnr. 36) ohne die dogmatischen Bedenken hiergegen aufzugreifen (vgl. AnwK-BGB, 2003, § 5 WEG Rdnr. 16) oder zumindest die Gegenmeinungen zu benennen (vgl. *Palandt/Bassenge*, BGB, 64. Aufl. 2005, § 3 Rdnr. 5). Schwer verständlich sind die Ausführungen zur Rechtsnatur der Abgeschlossenheitsbescheinigung, die zwar selbst kein Verwaltungsakt sein soll (so auch BVerwGE 100, 83 = NJW 1997, 71), wohl aber deren Erteilung (§ 7 Rdnr. 14). Falsch ist jedenfalls die Ansicht, gegen die Nichterteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigung sei zunächst der Widerspruch als Rechtsbehelf gegeben. Vielmehr stellt allein die allgemeine Leistungsklage (die kein Widerspruchsverfahren voraussetzt) vor dem Verwaltungsgericht den richtigen Rechtsbehelf dar (BVerwG, a. a. O., m. w. N.).

Die bahnbrechende Rechtsprechung des BGH, die zwischen vereinbarungswidrigen, vereinbarungsersetzenden und vereinbarungsändernden Beschlüssen unterscheidet, wird von *Lüke* selbstverständlich zutreffend und ausführlich wiedergegeben, wenn auch die unübersichtliche Darstellung nicht wirklich zum Nachlesen anregt (§ 10 Rdnr. 56). Wem es – wie mir – schwerfällt, sich der vom BGH aufgestellten Grundsätze zu erinnern, ist besser beraten, sich in einem Kurzkomentar zu informieren oder die Entscheidung vom 20.9.2000 im Original nachzulesen. Anhand einer Kasuistik wird versucht, einzelne Sachverhalte den drei Fallgruppen zuzuordnen (§ 10 Rdnr. 56 a). Vor den im Schrifttum vielfach favorisierten Öffnungsklauseln als Königsweg aus dem Dilemma der neuesten BGH-Rechtsprechung wird zu Recht gewarnt (§ 10 Rdnr. 51).

Die subtile Unterscheidung zwischen einer formbedürftigen Aufhebung des Sondereigentums gem. § 4 Abs. 3 WEG und einer angeblich formfreien Aufhebung der Gemeinschaft (§ 11 Rdnr. 4) leuchtet mir nicht ein, zumal zur Schließung des Wohnungsgrundbuchs der Nachweis der Aufhebung zumindest in öffentlich beglaubigter Form geführt werden muss. Die dogmatisch völlig überbewerteten Sondernutzungsrechte werden von *Lüke* systematisch nicht mehr zutreffend bei § 15 Rdnr. 25 ff. anstelle im Rahmen von § 13 WEG behandelt, was aber auf die Beibehaltung der alten Randnummern zurückzuführen sein dürfte.

Wenig überzeugend sind weiterhin manche Ausführungen zur Wirkung des Entziehungsurteils gem. § 19 WEG. So wird entgegen der Verweisung auf § 93 Abs. 1 Satz 2 und 3 ZVG dem Entziehungsurteil keine Titulierungswirkung gegen den unberechtigten Besitzer beigemessen (§ 19 Rdnr. 6; anders die h. M., vgl. AnwK-BGB, § 19 WEG Rdnr. 2 m. w. N.). Dogmatisch höchst zweifelhaft erscheint mir, den Wohnungseigentümern ein Rücktrittsrecht gem. § 323 BGB („wohl ana-

log“; § 19 Rdnr. 7) gegenüber dem Ersteher zuzubilligen, der mit dem ausgeschlossenen Wohnungseigentümer kollisiv zusammenwirkt. Abhilfe schaffen hier ausschließlich die Generalklausel des § 826 BGB oder ein erneutes Entziehungsverfahren gegen den Ersteher (vgl. AnwK-BGB, § 19 WEG Rdnr. 3). Auch nach der Entscheidung des BGH, dass dem Nießbraucher kein Stimmrecht innerhalb der Eigentümergemeinschaft zusteht (BGHZ 150, 109 = NJW 2002, 1647), befürwortet *Lüke* ein gemeinsames und einheitlich auszuübendes Stimmrecht von Wohnungseigentümer und Nießbraucher (§ 25 Rdnr. 11). Zuzustimmen ist *Lüke* darin, dass eine BGB-Gesellschaft mit Teilrechtsfähigkeit auch zum Verwalter einer Eigentümergemeinschaft bestellt werden kann (§ 26 Rdnr. 6; ebenso LG Hamburg, Rpfleger 2004, 693; OLG Frankfurt, NJW-RR 2004, 17).

*Mansel* lehnt den Einsatz des Dauerwohn- bzw. Dauernutzungsrechts für sog. Time-sharing-Modelle m. E. zu Unrecht ab, denn die gewählte Konstruktion führt keineswegs zu „nur periodisch wirkenden dinglichen Rechten“ (Vor § 31 Rdnr. 11), sondern zu mehreren dinglichen Rechten an einem Belastungsgegenstand, deren wechselnde Befristung zum Inhalt des Rechts gemacht wird (vgl. AnwK-BGB, § 33 WEG Rdnr. 4). Der Einwand, diese Gestaltung erscheine in Anbetracht des „sinnlosen grundbuchtechnischen Aufwands“ als rechtsmissbräuchlich, kann keinesfalls überzeugen. Trotz neuester Erkenntnisse dazu, dass Dienstbarkeiten durchaus Sicherungsscharakter aufweisen können, wird die Möglichkeit, Dauerwohnrechte als dingliche Sicherheit für Mietverhältnisse zu bestellen, pauschal abgelehnt (Vor § 31 Rdnr. 25), wobei der Vergleich mit der Hypothek aus meiner Sicht überhaupt nicht trägt. Entgegen der ganz h. M. hält *Mansel* daran fest, dass die verweigerte Zustimmung gem. § 35 WEG im Verfahren der §§ 43 ff. WEG zu erstreiten ist (§ 35 Rdnr. 3; anders übrigens *Gottschalg* bei § 52 Rdnr. 5), obgleich doch § 52 WEG ein klares Indiz dafür liefert, dass für Streitigkeiten zwischen dem Eigentümer und dem Dauerwohnberechtigten das ZPO-Streitgericht und -Verfahren einschlägig sind. Die von *Jörg Mayer* (DNotZ 2003, 910) sorgfältig begründete Ansicht, dass ein Heimfallanspruch auch für jeden Fall der Veräußerung vereinbart werden kann, wird zumindest referiert, wenn auch (erneut) als rechtsmissbräuchlich abgelehnt (§ 36 Rdnr. 8), obgleich eine § 6 Abs. 2 ErbbauVO vergleichbare Vorschrift gerade fehlt (vgl. AnwK-BGB, § 36 WEG Rdnr. 3).

Die Ansicht, wonach formelle Rechtskraft bereits bei Nichterreichen der Beschwerdesumme eintritt (§ 45 Rdnr. 8), entspricht nicht der höchstrichterlichen Rechtsprechung (vgl. GmSOG, BGHZ 88, 353 = NJW 1984, 1027, 1028; *Staudinger/Wenzel*, WEG, 12. Aufl. 1987, § 45 Rdnr. 53). Unklar bleibt auch (vgl. § 45 Rdnr. 1), ob nach Einführung der Gehörsrüge gem. § 321 a ZPO bzw. nunmehr § 29 a FGG (BGBl 2004 I, 3220) noch eine außerordentliche Beschwerde stattfindet, was wohl zu verneinen ist (vgl. BayObLG, FGPrax 2003, 25; OLG Köln, OLGReport 2003, 94; AnwK-BGB, § 45 Rdnr. 12). Schwerlich mit dem Rechtsstaatsprinzip zu vereinbaren ist die Auffassung, wonach über § 58 WEG hinaus Entscheidungen des Notars nicht anfechtbar sein sollen (§ 58 Rdnr. 1); vielmehr wird hier über § 15 BNotO ein lückenloser Rechtsschutz eröffnet (vgl. *Niedenführ/Schulze*, WEG, 7. Aufl. 2004, § 58 Rdnr. 1).

Zusammenfassend kann man folgendes Fazit ziehen: Die Autoren bekennen zwar vorweg, dass auch dieser Großkommentar die „Flut der Publikationen“ sowie der instanz- und obergerichtlichen Kasuistik „kaum noch mit dem Ziel der Vollständigkeit bewältigen“ konnte (S. V). Daher ist das an-

gestrebte Ziel, „die Vielzahl der Einzelfallentscheidungen und Stellungnahmen [...] in das System des Wohnungseigentumsrechts einzufügen“, uneingeschränkt zu loben; allein, der unvoreingenommene Leser sieht sich auch beim „Weitnauer“ bald im Strudel der zitierten Rechtsprechung untergehen, und die ebenso häufig angeführten immer gleichen Mysterienbewahrer sind ihm schon deshalb keine große Rettung, weil diese sich anscheinend im Kampf um kaum noch verständliche Detailprobleme verzetteln, anstatt den unbedarften und wissbegierigen Novizen in das Recht des Wohnungseigentums einzuweißen. Ich bekenne daher – auch auf die Gefahr

hin, erneut nicht ernst genommen zu werden –, dass für mich der erste Blick in eine Kurzkomentierung zum WEG (etwa bei *Bassenge* im Palandt oder bei *Niedenführ/Schulze*) oftmals genügend, sogar erhellender ist als eine ausführliche Suche im „Bärmann/Pick/Merle“ und, leider auch, „Weitnauer“. In kleineren Notariaten taugt das Buch daher nicht wirklich für den Bücherschrank oder den Schreibtisch, es sei denn als Unterlage. „Wer sich vertieft mit Problemen, insbesondere des Wohnungseigentumsrechts, befassen muss“ (*Ormanschick*), kommt am „Weitnauer“ jedoch nicht vorbei.

Notar Dr. Jörn Heinemann, Rehau

### Münch: Ehebezogene Rechtsgeschäfte. ZAP-Verlag, 2004. 863 S., 78 €

Anzuzeigen ist das opus magnum des Kitzinger Kollegen *Münch*, gewiss vielen Standesangehörigen aus seinen familienrechtlichen Fortbildungsveranstaltungen bereits bestens bekannt. Um es vorwegzunehmen: Der – natürlich nur literarisch – bereits angejahrte „Langenfeld“ (Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 4. Aufl. 2000) hat in seiner Preis- und Konzeptklasse ernsthafte Konkurrenz bekommen. Selbstverständlich kann auch *Münch* nicht leugnen, dass er – wie wir wohl alle – ein Schüler *Langenfelds* ist, wenn man z. B. den Katalog seiner „Verträge verschiedener Ehekonstellationen“ betrachtet (Rdnr. 2416 ff.). Sein Werk ist allerdings weniger dogmatisch aufgezogen als das von *Langenfeld*; Gestaltungsempfehlungen und Formulierungsempfehlungen stehen bei *Münch* noch mehr im Mittelpunkt. Der etwas holprig anmutende Buchtitel ist dabei dem Umstand geschuldet, dass der Inhalt sich nicht auf Hinweise und Formulierungsvorschläge für Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen beschränkt – und dies dem potenziellen Leser wohl auch sofort vor Augen geführt werden soll. Insofern ist das Buch ein verdienstvolles Novum. Denn es finden sich weitreichende Ausführungen zu Ehegattenzuwendungen und Gesamtschuldnerausgleich sowie zu Gesellschafts-, Darlehens-, Arbeits- und Miet-/Pachtverträgen (Stichwort: „Wiesbadener Modell“) unter Ehegatten. Auch ein brauchbarer Abschnitt zu Vollmachten und Patientenverfügungen fehlt nicht, der die meist in Aufsätzen und Skripten verstreuten Auffassungen und Vorschläge zu einem einheitlichen Ganzen zusammenträgt.

Dass ein Trumpf des Werkes seine Aktualität ist, braucht hier nicht weiter betont zu werden. Über 100 Randnummern sind allein dem aktuell neuralgischen Themenbereich „Vertragsfreiheit und Inhaltskontrolle“ unter Einschluss der Grundsatzentscheidung des BGH vom 11.2.2004 (MittBayNot 2004, 270 ff. m. Anm. *Brandt*) gewidmet. Dieser Abschnitt ist über jede Kritik erhaben (vgl. auch das zu der Thematik erstellte Grundlagengutachten des DNotI, DNotI-Report 2004, 185 ff., in dem das Werk bereits umfänglich herangezogen und sogar der Formulierungsvorschlag von *Münch* zur notariellen Belehrung wiedergegeben wird). Es sei jedoch aufgrund ihrer Praxisbedeutung kurz auf die vom Autor bereits an anderer Stelle vertretene (ZNotP 2004, 130) Auffassung zur Vereinbarungsmöglichkeit von Unterhaltshöchstgrenzen eingegangen. Danach reiche es (bei aller gebotenen Vorsicht) jedenfalls aus, dass dann, wenn Unterhalt immerhin in derjenigen Höhe gewährt werde, wie sie der unterhaltsberechtigte Ehe-

gatte durch eigenes Einkommen nunmehr erzielen könnte – unterstellt, er habe seinen Beruf nie aufgegeben und auf der Grundlage seiner Ausbildung kontinuierlich auch die übliche Berufskarriere durchlaufen –, die ehevertragliche Begrenzung in dieser Höhe jedenfalls nicht sittenwidrig sein könne (Rdnr. 401 ff.). Allerdings ist auch diese Ansicht nicht unbestritten – somit sind letzte Zweifel selbst dann nicht auszuräumen, wenn der Betreuungsunterhaltsanspruch der Höhe nach auf das Maß nach § 1615 I BGB zurückgeführt wird. So soll nach *Koch* eine vertragliche Modifikation des Betreuungsunterhalts nur in tatsächlichen Ausnahmesituationen in Betracht kommen, wenn etwa die Art des Berufs der Mutter die gleichzeitige Betreuung des Kindes ermöglicht oder wenn das Kindesalter eine Betreuung durch Dritte erlaubt (NotBZ 2004, 148). Ferner wäre zu bedenken, dass augenblicklich die Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 1615 I BGB selbst im Raum steht (vgl. etwa den Vorlagebeschluss des KG nach Art. 100 Abs. 1 GG, FamRZ 2004, 1895) und außerdem angedacht ist, diese Norm zu reformieren (Pressemittelung des BMJ v. 1.11.2004, FuR 2004, 529 ff., 530). Die Prüfungsmaßstäbe könnten sich dann – erneut – verschieben.

Sehr ausführlich, aber gleichwohl übersichtlich stellt *Münch* auch die seit dem Urteil des BGH vom 20.2.2003 (DNotZ 2004, 298 ff. m. Anm. *Berringer* 245 ff. – und nicht etwa „*Berninger*“, wie die automatische Rechtschreibprüfung dem Autor vermutlich konsequent glauben machen wollte) unsicher gewordene Rechtslage in puncto Ehegattenzuwendungen aus Haftungsgründen mit Rückforderungsrechten dar (Rdnr. 757 ff.). Sorgfältig werden hier sowohl die mögliche Bedeutung einer beschränkten Pfändbarkeit dieser Rechte gem. § 852 Abs. 2 ZPO als auch die vorgeschlagenen – sämtlich ungesicherten – Ausweichgestaltungen herausgearbeitet. Der Praxis wird derzeit nichts anderes übrig bleiben, als über die neue Rechtsprechung des BGH zur Pfändbarkeit von Rückforderungsrechten zu belehren (Rdnr. 799).

Aus dem Bereich der „haftungsgünstigen Vermögensgestaltung“ sei noch ein weiteres von *Münch* behandeltes Thema angesprochen: Mit Urteil vom 30.6.1999 (MittBayNot 1999, 565 ff.) hat der BGH wieder die Ehegatteninnengesellschaft in den Vordergrund gestellt, die bei Scheidung einer Ehe zu (beweisrechtlich für den Ausgleichsbegehrenden günstigeren) Ansprüchen nach §§ 738 ff. BGB führt. Aus der Tatsache, dass der BGH die Grundsätze der Ehegatteninnengesellschaft nunmehr auch auf rein finanzielle Zuwendungen ohne Rücksicht auf Mitarbeit anwendet, während die bisherige Rechtsprechung eine gesellschaftsrechtliche Lösung nur bei Mitarbeit der Ehegatten greifen lassen wollte, ist mit dem Autor

(Rdnr. 924 ff.) zu folgern, dass damit die Ehegatteninnengesellschaft zur zentralen Anspruchsgrundlage von Ausgleichsansprüchen außerhalb des Güterrechts geworden ist, sofern es nicht um das Familienwohnheim geht (zu letzterem Aspekt vgl. etwa *Grziwotz*, DNotZ 2000, 495).

Mit Vorstehendem kann die Ehegatteninnengesellschaft in vorrangiger Weise gerade bei Zuwendungen zur Haftungsvermeidung zur Anwendung kommen (so auch *Münch*, FamRZ 2004, 1330). Dabei droht gleichzeitig dieses Gestaltungsziel verfehlt zu werden, wenn man bedenkt, dass die Haftungsvermeidung torpediert werden kann, wenn nämlich Gläubiger den Ausgleichsanspruch aus der Ehegatteninnengesellschaft pfordern und die Gesellschaft kündigen können (*Jaeger*, FS für Henrich, 2000, S. 332). Vor diesem Hintergrund könnte es ratsam sein, in den meist vorab geschlossenen Eheverträgen das Entstehen einer Ehegatteninnengesellschaft ausdrücklich auszuschließen. Der Autor schlägt dies an anderer Stelle auch vor (FamRZ 2004, 1330). M. E. besteht aber die Gefahr, dass die Gerichte einen ausdrücklichen Ausschluss des Entstehens einer Ehegatteninnengesellschaft im Vertrag angesichts der im Personengesellschaftsrecht grundsätzlich herrschenden Formfreiheit als bloßes „Lippenbekenntnis“ werten könnten, mit der Folge, dass es dann doch allein auf die tatsächliche Handhabung, also das Vorliegen von Indizien für oder gegen ein Gesellschaftsverhältnis, ankommt. Gerade die Übertragung aufgrund haftungsrechtlicher Überlegungen bildet aber ein Indiz für das Vorliegen von Vermögensbildung in Abgrenzung vom „Geben um der Ehe willen“, das für das Vorhandensein einer Ehegatteninnengesellschaft spricht, was auch *Münch* konzediert (Rdnr. 944).

Aus dem von *Münch* behandelten gesellschaftsrechtlichen Bereich sei ferner noch das Problem güterstandsbezogener Ausschlussklauseln in Gesellschaftsverträgen herausgegriffen (Rdnr. 1125 ff.). Hier hätte ich mir Ausführungen zu den möglichen Auswirkungen des „Hohenzollern-Beschlusses“ des BVerfG vom 22.3.2004 gewünscht (DNotZ 2004, 798 ff. m. Anm. *Isensee* 754 ff.). Möglicherweise war eine Einarbeitung zum Stand der Drucklegung aber nur rein technisch nicht mehr möglich. Wenn man bedenkt, dass auch „Wiederverheiratsklauseln“ oder Pflichtteils(straf)klauseln in letztwilligen Verfügungen seitdem gefährdet sein könnten (in diese Richtung etwa *J. Mayer*, DAI-Skriptum 2. Jahresarbeitsstagung des Notariats, 2004, S. 234), erscheint mir ein Eingehen hierauf durchaus erwägenswert. Die Druckposition im Hinblick auf Art. 6 GG, die das BVerfG (verfehltermaßen) zum grundrechtsdogmatischen Ausgangspunkt seiner Entscheidung nimmt, ist jedenfalls in vergleichbarem Rahmen gegeben. Vielleicht sollte man diese Problematik aber lieber nicht weiter literarisch vertiefen, um dem BVerfG-Judikat nicht mehr Aufmerksamkeit zu widmen, als es angesichts seines Gehalts ohnehin verdient, nämlich möglichst wenig.

Zu den Glanzlichtern des Werks gehören die Rdnrn. 1231 bis 1677 zum Ehegattenunterhaltsrecht. Die Fülle der vom Autor hier ausformulierten Gestaltungsempfehlungen ist beeindruckend, und auch sonst kann man sicher sein, dass in diesem Kapitel nichts unterschlagen wird, wie etwa der Hinweis auf einen u. U. notwendig werdenden „Verzicht auf den Unterhaltsverzicht“ zeigt, um eine Rücknahme der andernfalls drohenden Kürzung der Versorgungsbezüge eines Ehegatten im Versorgungsausgleich zu erreichen (vgl. § 5 VAHRG) (Rdnr. 1463 f., 1603 f.).

Das Kapitel über den Versorgungsausgleich lässt ebenfalls keine Wünsche offen; sicher geleitet *Münch* den Leser durch die Untiefen von analogem Quasisplitting und Super-Realteilung und liefert auch hier zahlreiche Beispiele für mögliche

Vereinbarungen im Bereich der §§ 1408 Abs. 2, 1587 o BGB. Ob der Notar die tatsächlich alle in petto haben muss, wenn eine Ehevertragsberatung ansteht, steht auf einem anderen Blatt. M. E. kann dies nicht verlangt werden; die Variantentrias von Beibehalt, Ausschluss und Ausschluss mit Gegenleistung/Surrogat reicht für den Alltag völlig aus. Die zuletzt genannte Variante, u. a. der privaten Direktabsicherung des absehbar Ausgleichsberechtigten, hat dabei noch den Charme, ein Haftungsproblem zu umgehen, auf das auch *Münch* im Gefolge aktueller BGH-Rechtsprechung (DNotZ 2003, 542 und 544 m. Anm. *Zimmermann*) aufmerksam macht, nämlich die Gefahr, dass Versorgungsanwartschaften des potenziell ausgleichsberechtigten Ehepartners im Scheidungsfall durch die Ausübung von Kapitalwahlrechten des anderen zunichte gemacht werden (Rdnr. 1727 ff.). Wenn nämlich dann noch der Zugewinnausgleich ehevertraglich ausgeschlossen ist oder rechnerisch nicht anfällt, geht der betreffende Ehegatte gänzlich leer aus. Diese Manipulationsmöglichkeit nimmt der BGH ausdrücklich hin und stattdessen Rechtsanwälte und Notare in die Pflicht – deshalb dürfte auch die Einschätzung *Münchs*, in einem solchen Fall stünde umgekehrt die Unwirksamkeit des Zugewinnausgleichsausschlusses wegen Störung der Geschäftsgrundlage im Raum, gerade nicht zutreffen.

Hervorzuheben ist schließlich, dass sich *Münch* auch an die bei der Vermögensauseinandersetzung in der Ehescheidung auftretenden steuerlichen Probleme heranwagt. Hier verdienen vor allem die Darstellung des § 23 EStG (Rdnr. 2235 ff.), der in diesem Zusammenhang häufig übersehen werden dürfte (sofern es nicht nur um das Familienwohnheim geht), sowie die Schilderung der Auswirkungen einer Scheidung auf die Eigenheimzulage lobende Erwähnung.

Ein Wermutstropfen für die Praxis ist, dass *Münch* das Problem der Eheverträge unter Beteiligung von ausländischen Staatsangehörigen ignoriert. Auch im Vorwort wird nicht ver-raten, warum dies geschieht. Eine Darstellung der Grundzüge der relevanten Vorschriften des EGBGB hatte ich eigentlich erwartet. Dies umso mehr, als in Kitzingen jedenfalls deutsch-amerikanische Ehen als praktisches „Anwendungsmaterial“ nicht allzu selten sein dürften und der US-Amerikaner als „ehevertragsfreudig“ gilt. Dies ist aber reine Mutmaßung, genau so, wie vielleicht Raumvorgaben des Verlags den Ausschlag für die Entscheidung gegeben haben sollten. In der Tat hätte man an anderer Stelle hierfür nicht sparen können – für die (sicher zu erwartenden) kommenden Auflagen sollte man *Münch* dann entsprechenden zusätzlichen Platz gewähren.

Fazit: Wie üblich, wenn es gilt, ein knapp 900 Seiten starkes Werk mit über 2 400 Randnummern vorzustellen, kann das Vorstehende letztlich nichts weiter als ein kaleidoskopartiger Blick auf den Inhalt sein, noch dazu durchsetzt von Fragen des persönlichen Geschmacks und der eigenen Schwerpunktbildung. Letzere resultiert aber auch aus der täglichen Anfragepraxis beim Deutschen Notarinstitut und ist insofern zu einem gewissen Grade verobjektivierbar. Der Gesamteindruck des Werkes ist, auch angesichts des moderaten Preises, absolut positiv. Die Konzeption ist gelungen. Ein Werk, das Lust darauf macht, mit ihm in der Praxis zu arbeiten. *Langenfeld* wird sich mit der Neuauflage seines Handbuchs spaten müssen. Die derzeitige jedenfalls kann neben dem Werk von *Münch* praktisch nicht mehr guten Gewissens empfohlen werden. Andernfalls ist der „Münch“ in seiner Größenklasse bald allein auf weiter Flur – und bekanntlich belebt nur Konkurrenz das Geschäft. Dem Autor gebührt Respekt für diesen großen Wurf!

Notarassessor Dr. Arne Everts, Würzburg

**Stollenwerk: Lexikon des Vermögensausgleichs zwischen Ehegatten und Lebenspartnern. ZAP-Verlag, 2004. 376 S., 42 €**

Der Vermögensausgleich zwischen Ehegatten geht häufig über das Familienrecht im engeren Sinne hinaus und erfasst im Rahmen der sog. „zweiten Spur“ auch Ansprüche aus Ehegattennengesellschaft, Ehegattenzuwendungen oder aus dem Gesamtschuldnerausgleich. *Stollenwerk* hat hierzu ein Lexikon zusammengestellt, mit dessen Hilfe der Leser die Grundinformationen zu einem gesuchten Thema aus diesen Bereichen sofort erfassen kann. Die Angabe weiterführender Literatur regt zu vertiefter Befassung mit dem Gegenstand an.

Der Ansatz des Lexikons, das im Übrigen auch erbrechtliche Berührungspunkte erläutert (z. B. Stichworte „Todesfall“ oder „Erwerb von Todes wegen“) und neben den Ehegatten zugleich die Lebenspartner behandelt, ermöglicht dem Leser, eine

Materie mit einem Griff vom Schlagwort her zu erschließen. So behandelt der Autor etwa unter dem Stichwort „Steuern“ so verschiedene Themenkreise wie den Gesamtschuldnerausgleich, die Zustimmung zur gemeinsamen Veranlagung, Veräußerungsgewinne und latente Steuerlasten, die Spekulationsfrist für Immobilien und den Zugewinnausgleich. Prozessuale Fragen sind ebenso im Überblick dargestellt (z. B. Stichworte „Auskunftsklage“, „Einstweilige Anordnung in Ehesachen“, „Familiensachen“ oder „HausratsVO/Verfahren“). Sie werden für den Praktiker vertieft durch einige prozessuale Antragsmuster.

*Stollenwerk* präsentiert also einen neuen Weg des Zugangs zu den Vermögensansprüchen zwischen Ehegatten und Lebenspartnern. Er berücksichtigt aktuelle Rechtsprechung und Literatur umfassend. Das Buch ist für alle von Wert, die sich rasch einen Überblick in diesem Bereich verschaffen möchten.

Notar Dr. *Christof Münch*, Kitzingen

**Süß/Haas (Hrsg.): Erbrecht in Europa. zerb-Verlag, 2004. 1 173 S., 139 €**

Die Globalisierung geht an der vermögensrechtlichen Nachfolgeplanung nicht spurlos vorbei. Immer häufiger tauchen sowohl bei der Nachlassplanung als auch bei der Nachlassabwicklung internationale Anknüpfungspunkte wie ausländischer Ehepartner, Ferienimmobilien außerhalb Deutschlands oder eine internationale unternehmerische Beteiligung auf. Solche rechtlich relevanten Berührungspunkte mit dem Ausland führen stets zu der Frage, welche Rechtsordnung(en) auf den konkreten Fall Anwendung findet. Kommt jedenfalls auch ausländisches Recht zur Anwendung, stellt sich die Folgefrage, welche Gestaltungsmöglichkeiten für die Nachlassplanung oder die Nachlassabwicklung zur Verfügung stehen. Die Beratungssituation wird dadurch erschwert, dass nicht nur weltweit, sondern auch innerhalb Europas aufgrund unterschiedlicher kultureller, gesellschaftlicher und traditionsgebundener Prägung die nationalen Erbkollisionsrechte ebenso vielfältig sind wie die materiellen Erbrechtsordnungen. Diese Situation führt zu einem erhöhten Informationsbedarf auch in der notariellen Beratungspraxis. Das Handbuch „Erbrecht in Europa“ will diesen Bedürfnissen für den europäischen Rechtsraum Rechnung tragen.

Das Werk bietet dem Leser 40 europäische Länderberichte von Albanien bis Zypern. Die Autoren der Berichte, unter ihnen auch die bayerischen Kollegen *Döbereiner* (Frankreich), *Frank* (Luxemburg), *Odersky* (England/Wales/Schottland) und *Rombach* (Tschechien), behandeln jeweils das Internationale und materielle Erbrecht sowie Erbverfahrensrecht. Die umfangreicheren Beiträge behandeln auch Grundzüge der Besteuerung der Erbfolge. Die Autoren folgen, soweit es die unterschiedlichen Strukturen der dargestellten Rechtsordnungen zulassen, einem einheitlichen Gliederungsschema; im Umfang weichen die Beiträge – der praktischen Bedeutung des jeweils behandelnden Landes entsprechend – erheblich voneinander ab. Schwerpunkte setzt das Handbuch erwartungsgemäß bei Frankreich (67 S.), England/Wales/Schottland (65 S.), Spanien (69 S.) und Italien (58 S.). Hervorzuheben ist die Leistung von Mitherausgeber *Süß*, der allein 19 Berichte zu Ländern erstellt hat, die im internationalen Erbrechtsverkehr Europas jedenfalls derzeit keine heraus-

ragende Rolle spielen (Albanien, Bosnien-Herzegowina, Estland usw.). Diese knappen Darstellungen ermöglichen dem Benutzer eine Grundvorstellung der erbrechtlichen Lage im jeweils behandelten Staat. Abgerundet werden die Länderberichte durch einen von den Herausgebern bescheiden „Einführung“ genannten allgemeinen, den Berichten vorangestellten Teil. Allein dieser immerhin knapp 260 Seiten umfassende Abschnitt ist für sich genommen ein Glanzstück und macht das Werk zu einer lohnenden Anschaffung.

§ 1 „Internationales Erbrecht“ bietet eine überzeugend gegliederte, knappe und doch umfassende Einführung in das deutsche Erbkollisionsrecht. An Darstellungen zum deutschen internationalen Erbrecht besteht zwar kein Mangel, doch gelingt es *Haas* und *Süß* besonders gut, den Bogen von der für sich genommen abstrakten Materie des Kollisionsrechts zur praktischen Rechtsanwendung zu schlagen. Ein schönes Beispiel hierfür bilden die Ausführungen zum Wechselspiel zwischen Ausübung einer Rechtswahl gemäß Art. 25 Abs. 2 EGBGB und deren Widerruf mit der Bindungswirkung wechselbezoglicher Verfügungen gemäß § 2271 BGB (Seite 57 ff.). Für die notarielle Gestaltungspraxis hilfreich ist ferner der Abschnitt unter der Überschrift „Rechtsanwendung in einzelnen erbrechtlichen Rechtsfragen“ (§ 1 D). Exemplarisch hervorgehoben seien an dieser Stelle die Ausführungen zur Formwirksamkeit eines Testaments mit Auslandsberührung (Seite 86 ff.), insbesondere beim gemeinschaftlichen Testament (Seite 96 ff.), und die Praxishinweise zur Gestaltung eines Erb- und Pflichtteilsverzichts mit Auslandsberührung (Seite 101 ff.). Besonders gelungen ist ferner die instruktive, praxisbezogene Darstellung des Ineinandergreifens von Erbstatut und Sachenstatut mit Schwerpunkt bei der dinglichen Wirkung eines Vindikationslegats hinsichtlich in Deutschland belegener Sachen (Seite 123 f.). Im für die notarielle Gestaltungspraxis ebenfalls hochinteressanten § 2 „Hinweise für die internationale Nachlassgestaltung“ gelingt es *Süß*, die sich typischerweise bei der internationalen Nachlassgestaltung stellenden Probleme zu systematisieren. Er unterscheidet dabei – in Anlehnung an die Systematik von § 1 – zwischen Fragen, die sich bei deutschen Erblassern mit Nachlass im Ausland stellen, und solchen, die sich bei einem ausländischen Erblasser mit Nachlass im Inland stellen. In einer gelungenen tabellarischen Übersicht werden anschließend

den angesprochenen Problemkreisen mögliche Gestaltungsmittel zur Lösung zugeordnet. Diese Gestaltungsvorschläge werden im nachfolgenden Abschnitt im Einzelnen erläutert. Schwerpunkte werden bei der Möglichkeit der Rechtswahl und der Abfederung der Konsequenzen einer Nachlassspaltung durch aufeinander abgestimmte Testamente gesetzt. Einen weiteren Abschnitt widmet *Siß* „typischen Gestaltungssituationen“, die für die notarielle Praxis gleichfalls von großer Bedeutung sind, insbesondere gemeinschaftlichen Verfügungen in gemischt-nationalen Ehen und Pflichtteilsverzicht bei Nachlassspaltung. Die „Einführung“ wird abgerundet durch instruktive Ausführungen zum Internationalen Verfahrensrecht in „Erbsachen“ (§ 3, bearbeitet von *Haas*) und zu den Grundzügen des deutschen Internationalen Erbschaftsteuerrechts (§ 4, bearbeitet von *Reich*). Besonders der steuerrechtliche Teil zeichnet sich durch seine verständliche Darstellung und zahlreiche Beispiele aus. Den Schlusspunkt setzt *Siß* mit § 5 „Das Erbrecht in der europäischen Union“. Aus dieser eher ungewohnten Betrachtungsperspektive erläutert *Siß* europarechtliche Aspekte des Erbrechts, insbesondere mögliche Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot, sowie den Stand der europäischen Harmonisierung auf diesem Rechtsgebiet. Unabhängig von der umstrittenen Rechtsgrundlage des Art. 65 EGV wendet die europäische Kommission ihre Aufmerksamkeit in jüngerer Zeit nämlich verstärkt dem Internationalen Privatrecht zu. Hiervon bleibt auch das Internationale Erbrecht nicht unberührt, was eine vom Deutschen Notarinstitut im Auftrag der europäischen Kommission erstellte, auf einem wissenschaftlichen Symposium in Brüssel im Mai 2004 diskutierte Studie über das Kollisionsrecht der Erbfolge in der europäischen Union verdeutlicht (ausführliche Informationen hierzu unter [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)).

Eine Besprechung sämtlicher Länderberichte im Einzelnen ist an dieser Stelle schon angesichts der Vielgestaltigkeit der behandelten Rechtsordnungen nicht möglich. Daher müssen exemplarische Anmerkungen zum Länderteil Spanien genügen. Dieser Bericht trägt mit den Autoren *Löber/Hutzel* die Handschrift zweier ausgewiesener Kenner des deutsch-spanischen Rechtsverkehrs. Die Darstellung zeichnet sich – wie auch alle anderen Länderberichte des Handbuchs – durch eine stringente Gliederung und eine klare, unpräntöse Sprache aus. Vor allem der gelungene Aufbau unterscheidet diesen Beitrag vom nicht stets glücklich gegliederten

Werk „Erben und Verben in Spanien“ (4. Aufl. 2003) derselben Verfasser, das freilich – anders als dieser Bericht – den Blick auf die Situation deutscher Erblasser mit in Spanien belegten Vermögenswerten und nicht auf die spanische Erbrechtssituation fokussiert. Inhaltlich hervorzuheben ist die gut gelungene Darstellung des unübersichtlichen und komplexen spanischen Erbverfahrensrechts. Jede Form einer Verfügung von Todes wegen zieht in Spanien nämlich einen spezifischen Erbnachweis nach sich. Einen Schwerpunkt setzen die Verfasser auch bei den Besonderheiten der Behandlung der Erbung eines spanischen Erblassers im deutschen Nachlassverfahren, das sich aufgrund der Geltung sieben verschiedener erbrechtlicher Teilrechtsordnungen in Spanien sehr schwierig gestalten kann. Positiv hervorzuheben sind ferner die umfangreichen deutschsprachigen wie auch spanischsprachigen Literaturnachweise sowie die Aktualität der Darstellung. Der Länderbericht setzt wie die meisten deutschsprachigen Beiträge zum spanischen Erbrecht den Schwerpunkt beim gemeinspanischen Zivilrecht des Código Civil, arbeitet aber auch die wesentlichen Unterschiede in den erbrechtlichen Teilrechtsordnungen Spaniens, den sog. Foralrechten, heraus. Insgesamt handelt es sich um einen vorzüglichen Beitrag zum spanischen Erbrecht.

Das allgemeine Literaturverzeichnis ist knapp gehalten, das Druckbild angenehm und das Stichwortverzeichnis sehr umfangreich, wobei jedem Land ein eigenes Unterverzeichnis eingeräumt wird. Bedauerlicherweise fehlen sowohl ein allgemeines wie auch ein länderspezifisches Abkürzungsverzeichnis, die für die Nutzung der Fußnoten indes hilfreich gewesen wären. Als kleiner Schönheitsfehler sei lediglich auf gewisse redaktionelle Schwächen in manchen Teilen der „Einführung“ hingewiesen, die jedoch in der sicherlich folgenden zweiten Auflage behoben werden können.

Insgesamt kann den Herausgebern und Autoren zu diesem beeindruckenden und gelungenen Werk gratuliert werden. Als wertvoller Ratgeber für denjenigen, der eine internationale Nachlassplanung oder Nachlassabwicklung zu betreiben hat, wird es sich in der Praxis mit Sicherheit bewähren und durchsetzen. Gerade auch für die notarielle Gestaltungspraxis bietet es zahlreiche Anregungen und Hilfestellungen, so dass es zur Anschaffung uneingeschränkt empfohlen wird.

Notar Dr. *Benedikt Selbherr*, Hof

### **Binz/Sorg: Die GmbH & Co. KG. 9., neu bearb. Aufl., Beck, 2003. 594 S., 76 €**

Mehr als 10 % aller deutschen Unternehmen werden in der Rechtsform der GmbH & Co. KG geführt. Nur die GmbH (mit gut 70 %) und die Einzelfirma (mit rund 15 %) finden häufiger Verwendung. Die der GmbH & Co. KG eigentümliche Flexibilität im Gesellschaftsrecht (Stichwort: Herrschaft ohne Haftung, erforderlichenfalls auch ohne Majorität) und auch im Steuerrecht bewirkt darüber hinaus, dass bestimmte Unternehmensformen wie etwa Fonds- und Leasinggesellschaften sowie Familienunternehmen fast ausschließlich bzw. weit überwiegend unter dieser Rechtsform geführt werden.

Die meisten Rechtsvorgänge, welche die Gründung, gesellschaftsvertragliche Umstrukturierung oder den Wechsel von Gesellschaftern einer GmbH & Co. KG betreffen, bedürfen

nicht der notariellen Form oder lassen sich – bei entsprechender Vertragsgestaltung – ohne notarielle Beurkundung vollziehen. Dies und die Tatsache, dass die Übertragung von KG-Anteilen gebührenrechtlich nicht nach deren Verkehrswert, sondern nach dem höheren Wert des auf den betreffenden Anteil entfallenden Aktivvermögens der Gesellschaft behandelt wird, bedingen, dass der Notar im Regelfall nur in eingeschränkter Weise mit Vorgängen dieser für die rechtsgestaltende Praxis so interessanten Gesellschaftsform befasst wird. Immerhin ist dies der Fall

- bei der Gründung, wenn Grundbesitz oder GmbH-Anteile eingebracht werden oder, wenn formfrei, zumindest im Zusammenhang mit der Vorbereitung der Registeranmeldung,
- bei der Handelsregisteranmeldung eintragungspflichtiger Tatsachen,

- bei Vorgängen nach dem Umwandlungsgesetz,
- manchmal, beileibe aber nicht immer, beim gleichzeitigen Verkauf von Kommanditanteilen und Anteilen an der Komplementär-GmbH.

Angesichts der Begrenzung des Geschäftswerts für die Beurkundung eines Gesellschaftsvertrages auf maximal 5.000.000 € gem. § 39 Abs. 4 KostO, welcher auch alle zusammen mit der Gründung beurkundeten Einbringungsvorgänge abdeckt, wird die notarielle Beurkundung der Gründung einer GmbH & Co. KG andererseits sogar ganz bewusst genutzt, um eine kostengünstige (da beurkundungsfreie) Transaktion wertvoller Immobilien zu erreichen: über den Weg der Einbringung in eine neugegründete GmbH & Co. KG und der späteren privatschriftlichen Veräußerung der KG-Anteile.

Der Erwerb des für die GmbH & Co. KG spezifischen Spezialwissens ist deshalb nicht nur für den im Gesellschafts- und im Steuerrecht gestaltungsberatend tätigen Notar lohnend. Unter der zu diesem Themenbereich zahlreich vorhandenen Literatur nimmt das 2003 in der 9., neubearbeiteten Auflage erschienene Handbuch von *Mark K. Binz* und dem seit dieser Auflage Co-Autor gewordenen *Martin H. Sorg* eine Sonderstellung ein, gehört es doch schon seit langem zu den Klassikern gesellschaftsrechtlicher Literatur. Die gegenüber der Voraufgabe aus dem Jahre 1992 aufgrund der zwischenzeitlichen Änderungen des Handels- und des Steuerrechts dringend erforderliche Neubearbeitung berücksichtigt alle jüngeren Gesetzesvorhaben, namentlich die Reformen des Umwandlungs-, Insolvenz- und Handelsrechts, das Nachhaftungsbegrenzungsgesetz, das KapCoRiLiG und die Unternehmenssteuerreform, ebenso Rechtsprechung und Literatur bis Januar 2003. Die Steuerrechtsreformen des Jahres 2003 konnten nicht mehr mit eingearbeitet werden.

Inhaltlich gliedert sich das Buch in vier Teile, deren erster die handelsrechtlichen Probleme der GmbH & Co. KG systematisiert und umfassend abhandelt. Der zweite Teil befasst sich mit den wesentlichen für die GmbH & Co. KG relevanten Fragen der Einkommen- und Gewerbesteuer, der Umsatz- und Grunderwerbsteuer, der Erbschaft- und Schenkungsteuer sowie – für Altfälle – der Kapitalverkehr- und Vermögensteuer. Im dritten Teil, der für den gestaltend tätigen Rechtsberater von besonderem Interesse ist, werden die zivil- und steuerlichen Unterschiede der Kapitalgesellschaften, der Betriebsaufspaltung und der GmbH und Still sowie erstmals auch der alternativen Formen von AG & Co. KG sowie GmbH & Co. KGaA behandelt. Der vierte Teil schließlich befasst sich mit den handelsrechtlichen und steuerlichen Fragen des Formwechsels und der Verschmelzung zwischen GmbH & Co. KG und GmbH.

Das Handbuch von *Binz/Sorg* besticht durch eine selten anzutreffende Kombination aus klarem, systematischem Aufbau, hoher wissenschaftlicher Qualität und der Konzentration auf die für die Praxis wesentlichen Fragen. In lehrbuchhafter Weise zeichnen *Binz/Sorg* das Rechtsgebiet der GmbH & Co. KG bis in die kleinsten Verästelungen nach, diskutieren Hauptprobleme, verzichten im Übrigen zugunsten der Vollständigkeit auf weiterführende rechtstheoretische Diskussionen und beschränken sich – ganz im Sinne eines Praktikerhandbuchs – auf knappe Antworten oder Stellungnahmen. Auch dort lohnen der sorgfältige und überlegte Anmerkungsapparat sowie zahlreiche Literaturhinweise aber das Durchsuchen des Buches. Bereits das Studium des detaillierten Inhaltsverzeichnis macht Lust auf mehr. Neben den „Dauerbrennern“ finden dort auch reizvolle – und für die Praxis enorm bedeutsame – Themen wie die Einheitsgesellschaft, die doppelstöckige

GmbH & Co. KG, die Publikums-KG, die GmbH & Co. KG in der Insolvenz oder die Stiftung & Co. KG (mit letzterer kann faktisch eine ewige Testamentsvollstreckung erreicht werden) breiten Raum.

Von der Fülle der dargestellten und diskutierten Themen und Problemfelder seien in der allergrößten Kürze wegen ihrer Bedeutung für die notarielle Praxis beispielhaft die folgenden erwähnt:

1. Die Kommanditistenfähigkeit der GbR wollen die Verfasser zu Recht nicht auf die Erbengemeinschaft, den nicht rechtsfähigen Verein und die eheliche Gütergemeinschaft ausdehnen. Die Komplementärfähigkeit der GbR wird von den Verfassern leider offen gelassen (§ 3 Rdnr. 45); diese ist m. E. angesichts der fehlenden Publizität der Vertretungsverhältnisse der GbR abzulehnen.

2. Mit der herrschenden Meinung, meines Erachtens aber unzutreffend, postulieren die Verfasser den Grundsatz der einheitlichen Beteiligung an einer Personengesellschaft, was zur Folge hat, dass eine Beteiligung als Komplementär und Kommanditist sowie als Inhaber mehrerer getrennter Kommanditanteile nicht möglich sein soll. Dies mag im Hinblick auf die Eintragung im Handelsregister überzeugen, entspricht aber nicht der weitgehenden Vertragsautonomie im Recht der Personengesellschaften, welche außerhalb des Bereichs der Haftungsbeschränkung und der Selbstorganschaft besteht. Indem *Binz/Sorg* aber Vereinbarungen der Gesellschafter, sich im Innenverhältnis so zu stellen, als ob unterschiedliche Beteiligungen beständen, ebenso wie den Übergang eines mit unterschiedlichen Rechten und Pflichten verbundenen weiteren Kommanditanteils gelten lassen, erkennen sie das praktische Bedürfnis nach einer Aufgabe der Einheitstheorie an und finden eine akzeptable Lösung. Wenig überzeugend erscheint allerdings ihre Ansicht, zur Ausübung der Dauertestamentsvollstreckung an einem Kommanditanteil sei, wenn dieser mit eigenen Anteilen des Erben zusammenfalle, aufgrund des Einheitsgrundsatzes die treuhänderische Übertragung der erbten Beteiligung auf den Testamentsvollstrecker nötig (§ 2 Rdnr. 10 ff.).

3. Unbedingte Zustimmung verdienen *Binz/Sorg*, wenn sie vor der häufigen Praxis warnen, die Geldmittel der durch Baranlage neu gegründeten Komplementär-GmbH an die GmbH & Co. KG auszuleihen, da es sich hierbei um eine verdeckte Sacheinlage aufgrund verabredeten Hin- und Herzählens handelt (§ 3 Rdnr. 5). Leider beziehen *Binz/Sorg* keine Stellung dazu, wie lange die Schamfrist ist, jenseits derer ein solches Vorgehen als unschädlich zu beurteilen ist. Der vorsichtige Vertragsgestalter sollte hier mindestens die Einhaltung eines Einjahreszeitraumes empfehlen.

4. Entgegen der registergerichtlichen Praxis halten es *Binz/Sorg* für nicht erforderlich, zum Zweck der Individualisierung des Unternehmensgegenstands der Komplementär-GmbH neben dem Beschrieb der Geschäftsführertätigkeit auch den Unternehmensgegenstand der GmbH & Co. KG selbst aufzunehmen, empfehlen dies allerdings aus praktischen Gründen, um Verzögerungen bei der Registereintragung zu vermeiden. Übernimmt eine in die GmbH & Co. KG eintretende GmbH zusätzlich die Komplementärfunktion, bedarf es nach richtiger Ansicht hierzu einer Änderung der GmbH-Satzung. Liegt diese nicht vor, halten *Binz/Sorg* die Ultra-vires-Lehre im Verhältnis zu den Kommanditisten der GmbH & Co. KG für anwendbar mit der Folge, dass der Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co. KG im Verhältnis zu den Kommanditisten nicht wirksam zustande gekommen ist, wenn diese den Satzungsmangel der GmbH kannten oder kennen mussten und der Ein-

tritt der GmbH in die GmbH & Co. KG für die GmbH insgesamt ein nachteiliges Geschäft bedeutet; im Außenverhältnis lehnen die Autoren zu Recht aber eine Nichtigkeitsklage gem. § 75 GmbHG ab.

5. Interessant ist der Hinweis auf das aus § 35 Abs. 4 Satz 2 GmbHG abgeleitete Schriftformerfordernis im Falle der Gründung einer Einpersonen-GmbH & Co. KG, dessen Verletzung zur Geltung der dispositiven Vorschriften des HGB führen dürfte (§ 3 Rdnr. 27).

6. Unter § 3 Rdnr. 56 vertreten *Binz/Sorg* die Ansicht, die Haftung des künftigen Kommanditisten einer erst zur Eintragung angemeldeten kleingewerblichen oder vermögensverwaltenden GmbH & Co. KG (= GmbH & Co. GbR) sei analog § 176 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 HGB, der dies für die voll gewerbliche, nicht eingetragene Ist-GmbH & Co. KG bei entsprechender Kenntnis des Gläubigers vorsieht, auf seine Einlage zu beschränken. Die Entscheidung dieser Frage dürfte angesichts der neuen BGH-Rechtsprechung zur akzessorischen Haftung der GbR-Gesellschafter letztlich davon abhängen, ob die Haftungsbeschränkung des Kommanditisten bereits aus dem dem betreffenden Gläubiger bekannt gemachten Konstrukt der GmbH & Co. KG folgt oder zwingend an die positive Publizität des Handelsregisters anknüpft. Nur im ersteren Fall wäre der Ansicht von *Binz/Sorg* mit der Begründung zu folgen, dass diese Situation dann der Haftungslage der Gesellschafter einer Vor-GmbH vergleichbar ist. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist dies allerdings abzulehnen, käme es doch darauf an, ob der betreffende Gläubiger neben der Behauptung des Schuldners, für eine GmbH & Co. KG zu handeln, auch positiv deren bereits erfolgte Anmeldung zum Handelsregister kannte. Für die notarielle Praxis ist deshalb unbedingt davon auszugehen, dass vor Eintragung der GmbH & Co. KG eine persönliche Haftung der Kommanditisten für alle Rechtsgeschäfte bis zur Eintragung begründet wird.

7. Entgegen der h. M. wollen *Binz/Sorg* den im Namen der Vor-GmbH & Co. KG (die Komplementär-GmbH ist gegründet, aber noch nicht eingetragen) Handelnden nicht persönlich haften lassen. Die Begründung, § 11 Abs. 2 GmbHG sei nicht anwendbar, da die Haftung der Vor-GmbH in gleicher Weise durch § 128 HGB ausgelöst würde, wenn diese statt durch einen Geschäftsführer der Vor-GmbH durch einen Generalbevollmächtigten oder Prokuristen der KG vertreten wäre, überzeugt indessen nicht, denn Generalvollmacht und Prokura sind lediglich abgeleitete Vollmachten, welche ein Organhandeln voraussetzen. Auf dieses wiederum ist allerdings § 11 Abs. 2 GmbHG uneingeschränkt anwendbar. Es bleibt deshalb bei der Obliegenheit des Geschäftsführers der Vor-GmbH, für deren umgehende Eintragung im Handelsregister zu sorgen, da dann die Handelndenhaftung nach § 11 Abs. 2 GmbHG erlischt.

8. Zustimmung verdient die Ansicht von *Binz/Sorg*, eine unbeschränkte Haftung des nicht eingetragenen Kommanditisten nach § 176 Abs. 1 HGB komme im Falle eines Vertragsschlusses namens einer GmbH & Co. KG aufgrund der Kenntnis des Gläubigers von der besonderen Gesellschaftsstruktur und den damit einhergehenden Haftungsverhältnissen nicht in Betracht. Angesichts der gegenteiligen, noch nicht eindeutig aufgehobenen Rechtsprechung des BGH erscheint die Schlussfolgerung, Sicherungsvorkehrungen zur Vermeidung einer solchen Haftung seien nicht mehr erforderlich, aus notarieller Sicht allerdings als zu riskant. Das Problem lässt sich ohne Schwierigkeiten dadurch umgehen, dass die Entstehung der GmbH & Co. KG unter die aufschiebende Bedingung ihrer Eintragung im Handelsregister gestellt wird,

der Eintritt eines neuen Kommanditisten in die Gesellschaft unter die aufschiebende Bedingung der Eintragung seiner Haftungsbeschränkung. Gleichzeitig muss dann allerdings, will man ein Auseinanderfallen von zivil- und steuerrechtlicher Ergebniszurechnung vermeiden, eine atypisch stille Gesellschaft zwischen Gesellschaft und Kommanditist bzw. atypisch stille Unterbeteiligung zwischen Neu- und Altgesellschafter vereinbart werden (§ 5 Rdnr. 26 ff.).

9. Beachtenswert ist in diesem Zusammenhang der Hinweis von *Binz/Sorg* auf die Gefahren der Rechtsscheinhaftung von Kommanditisten, wenn durch die Verwendung einer geänderten Firma vor Eintragung im Handelsregister der Eindruck einer nicht eingetragenen und damit nicht haftungsbeschränkten Personengesellschaft hervorgerufen wird (§ 5 Rdnr. 47 ff.).

10. Bezogen auf die Problematik des Wiederauflebens der Kommanditistenhaftung durch Einlagenrückgewähr nach § 172 HGB empfehlen *Binz/Sorg*, darauf zu achten, dass bei einem Kommanditistenwechsel der (Sonder-)Rechtsnachfolgevermerk im Handelsregister eingetragen ist (andernfalls entsteht der Rechtsschein einer zusätzlichen Hafteinlage) und dass die Vergütung besonderer Kommanditistenleistungen (etwa die Tätigkeit als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH) grundsätzlich auf dienstvertraglicher und nicht gesellschaftsvertraglicher Ebene geregelt wird. Letzteres soll eine Diskussion über eine Einlagenrückgewähr bei Unangemessenheit der Bezüge gar nicht erst aufkommen lassen (§ 5 Rdnr. 52 ff.). M. E. ist allerdings auch hier darauf zu achten, dass die Bezüge unabhängig vom Gewinn der Gesellschaft (sonst Gewinn-Voraus) gewährt werden und nicht unangemessen hoch sind.

11. Von besonderer praktischer Bedeutung ist der Hinweis der Autoren, dass zwischen der Vertretung der GmbH & Co. KG durch die Komplementär-GmbH und der Vertretung unmittelbar durch deren Geschäftsführer bzw. einen Bevollmächtigten ohne Offenlegung der Mehrstufigkeit der Vertretung (z. B. Zeichnung des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH anstelle für diese ausschließlich mit dem eigenen Namen, was von der Rechtsprechung zugelassen wird) zu unterscheiden ist. Für etwaige Mängel der Vertretungsmacht der Komplementär-GmbH haftet ihr Geschäftsführer nach § 179 BGB nur, wenn er nicht offen legt, dass er als Geschäftsführer der GmbH handelt, der Rechtsverkehr also von einem unmittelbaren Handeln für die GmbH & Co. KG ausgeht.

12. *Binz/Sorg* lehnen die Anwendung von § 181 BGB auf Rechtsgeschäfte zwischen der Einpersonen-GmbH & Co. KG und ihrem geschäftsführenden Gesellschafter ab (§ 4 Rdnr. 12). Angesichts der rechtspolitischen Regelung des § 35 Abs. 4 GmbHG kann sich die Praxis hierauf aber nicht verlassen. Um Vertretungsprobleme zu vermeiden, ist deshalb von Anfang an in der Satzung der GmbH dem Geschäftsführer das Selbstkontrahieren zu gestatten und im Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co. KG sowohl der GmbH als auch ihrem jeweiligen Geschäftsführer; ein schlichter Gesellschafterbeschluss ohne satzungsmäßige Ermächtigung soll nach der Rechtsprechung des BGH mangels Unterrichtung des Rechtsverkehrs nicht genügen. Fehlt die Befreiung von § 181 BGB, ist das Rechtsgeschäft nicht nichtig, sondern lediglich schwebend unwirksam; es kann durch nachträgliche Genehmigung und – soweit erforderlich – Schaffung der hierzu erforderlichen Satzungsgrundlagen wirksam gemacht werden, wohl aber nur ex nunc. Sinnvollerweise ist die Befreiung von § 181 BGB im Handelsregister beider Gesellschafter anzumelden; im Register der KG nicht eintragungsfähig ist allerdings die Befreiung eines bestimmten GmbH-Geschäftsführers, sondern lediglich – wie von der Rechtsprechung zwischenzeitlich ent-

schieden – die Befreiung der jeweiligen Geschäftsführer der Komplementär-GmbH. Die Darstellung der für die Praxis so wichtigen Registeranmeldung fehlt bei *Binz/Sorg* leider völlig.

13. *Binz/Sorg* halten mit der überwiegenden Mehrheit in der Literatur einen Stimmrechtsausschluss für die Komplementär-GmbH auch in einer nicht personengleichen GmbH & Co. KG für zulässig, soweit dieser nicht den Kernbereich der Mitgliedschaftsrechte betrifft. Risikoloser und letztlich zum gleichen Ergebnis führend ist m. E. aber die Ausstattung der Komplementär-GmbH mit einem ihrem fehlenden Kapitalanteil entsprechenden geringen Stimmrecht.

14. Nach der Rechtsprechung des BGH sind die Sacheinlagen eines Kommanditisten im Hinblick auf die Frage der Enthftung nach § 171 Abs. 1 Hs. 2 HGB nicht mit dem Buchwert, sondern mit dem wahren Wert zu bewerten. Dagegen soll es für die Frage, ob die Entnahme von Gewinnanteilen zu einem Wiederaufleben der Kommanditistenhaftung gemäß § 172 Abs. 4 HGB führt, wenn der Kapitalanteil durch Verluste unter den Betrag der geleisteten Einlage herabgemindert ist, nur auf den Buchwert, nicht aber auf den tatsächlichen Wert des Anteils ankommen; wegen der umgekehrten Maßgeblichkeit der Steuerbilanz für die Handelsbilanz gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 EStG führt die Inanspruchnahme steuerlicher Abschreibungsmöglichkeiten deshalb häufig zu einer anteil-

ligen Unterbilanz und damit zum Wiederaufleben der Kommanditistenhaftung. *Binz/Sorg* sprechen sich deshalb für ein Abstellen auf die tatsächliche Vermögenslage aus (§ 5 Rdnr. 63). Angesichts des andernfalls bestehenden Wertungswiderspruchs zur Behandlung der Gründung verdient diese Ansicht Zustimmung. Da die Rechtsprechung dem bislang noch nicht gefolgt ist, empfiehlt es sich für die Praxis, bei zu erwartenden Anlaufverlusten einen Teil der Kommanditeinlage durch ein Darlehen oder eine stille Beteiligung zu ersetzen, deren Zinsen oder Gewinnanteile auch im Falle eines negativen Kapitalkontos ausgezahlt werden können, ohne die Haftung des § 172 Abs. 4 HGB zu begründen. Zumindest sollte die Entnahmesperre des § 169 Abs. 1 Satz 2 HGB im Hinblick auf benötigte Steuerbeträge abbedungen werden.

15. Zuletzt, aber nicht abschließend erwähnt, da in der Praxis immer wieder missachtet, sei der Hinweis von *Binz/Sorg*, dass der aus steuerlichen Gründen sinnvolle Ausschluss der Komplementär-GmbH von der Beteiligung am Gewinn und Verlust der Gesellschaft (Reduzierung der Erbschaftsteuer durch Vermeidung des Stuttgarter Verfahrens und volle Verlustverrechnung für die Kommanditisten) nicht mit einer Freistellungsverpflichtung der Kommanditisten verbunden werden darf, da sonst deren Haftungsbeschränkung durchbrochen würde.

Notar Dr. *Christoph Giehl*, Erlangen

### **Schnorr: Die Gemeinschaft nach Bruchteilen (§§ 741–758 BGB). Mohr Siebeck, 2004. 430 S., 98 €**

Der in weiten Bereichen des Rechts vorherrschenden post-modernen Ideologie der Prozeduralisierung stellt sich mit vorliegendem Werk eine Strömung entgegen, die sich die Reformalisierung eines Teilbereichs des Privatrechts zum Ziel gesetzt hat, mit welchem Notare durchgängig konfrontiert sind. Die abstrakte Ausgangsthese, die *Schnorr* seiner Habilitationsschrift zugrunde legt und als „dingliche Einheitstheorie“ bezeichnet, erfordert eine gedankliche Neukonfiguration des gesamten Regelungskomplexes der bürgerlichen Bruchteilsgemeinschaft: Die Teilhaberrechte der Gemeinschaftler, also die Benutzungs-, Verwaltungs- und Aufhebungsbefugnisse der §§ 741 ff. BGB, sind danach nichts anderes als die Fortsetzung der allgemeinen Eigentümerrechte aus §§ 903, 985 und 1004 BGB, die unter den Beteiligten lediglich modifiziert werden. Ein von der herrschenden Meinung bislang fingiertes gesetzliches Schuldverhältnis besteht dagegen unter den Gemeinschaftlern nicht. Plausibel ist durchaus, dass der Regelungskomplex des entsprechenden Titels des BGB ebenso wie die Vorschriften zur Forderungsabtretung nicht dem Schuldrecht, sondern vielmehr einem zum „Allgemeinen Recht der Vermögenszuordnung“ ausgebauten Sachenrecht angehört. Die Ableitung dieses Ergebnisses aus der gemeinrechtlichen Wurzel der §§ 741 ff. BGB und den Gesetzgebungsmaterialien mag an dieser Stelle von untergeordneter Bedeutung sein; die konkreten Ergebnisse, die sich aus der beschriebenen Ausgangsthese ergeben, verdienen durchaus eine nähere Darstellung.

Aus strikt sachenrechtlicher Perspektive kann sich nach dem Grundsatz der Spezialität die Gemeinschaft stets nur auf einen bestimmten Gegenstand beziehen. Eine Verkopplung zu einer Gesamtgemeinschaft, etwa an mehreren Grundstücken, kann daher nach der „dinglichen Einheitstheorie“ allenfalls

über die Koordination der jeweils getroffenen Benutzungs-, Verwaltungs- und Aufhebungsregelungen erreicht werden (S. 110 ff.). Die sog. Rittergutsentscheidung (BGHZ 140, 63), in welcher der Verkauf einzelner Grundstücke bei einer aus einer Vielzahl von Grundstücken bestehenden „Gesamtgemeinschaft“ als durch Mehrheitsbeschluss nach § 745 Abs. 1 BGB zu regelnde Verwaltungsmaßnahme angesehen wurde, hält *Schnorr* demgemäß auf der Basis seiner beschriebenen These für unzutreffend.

Vom Standpunkt der herrschenden schuldrechtlichen Deutung der Bruchteilsgemeinschaft wird bislang überwiegend das Konstrukt einer Untergemeinschaft, also einer Bruchteilsgemeinschaft an einem Bruchteil, abgelehnt. Wird dagegen die Bruchteilsgemeinschaft allein dinglich gedeutet, bestehen keine Bedenken dagegen, bestimmte Benutzungs- und Verwaltungsregelungen nur im Kreis einzelner Miteigentümer bezüglich deren Bruchteile treffen zu können. Sind also zwei Personen Miteigentümer eines Anteils an einem Garagengrundstück, mit dem die Nutzung zweier bestimmter Stellplätze verbunden ist, können sie nach der Auffassung von *Schnorr* (S. 150 ff.) diesbezüglich untereinander weitere Differenzierungen zur Benutzung und Verwaltung vornehmen und diese nur bei ihren Bruchteilen wechselseitig nach § 1010 Abs. 1 BGB eintragen lassen.

Die unter den Gemeinschaftlern festlegbaren Benutzungs- und Verwaltungsregelungen können nach der von *Schnorr* hergeleiteten Theorie nur solche Inhalte betreffen, die ihrerseits Gegenstand der dinglichen Befugnisse eines Eigentümers nach §§ 903, 985, 1004 BGB sind. Entsprechend können sie sich für die übrigen Miteigentümer allenfalls als Herausgabe-, Duldungs- oder Unterlassungspflichten äußern. Eine unmittelbare Folge dieser Ansicht ist, dass die herrschende Meinung, nach welcher als Gemeinschaftsregelung auch die Nutzung durch einen Miteigentümer gegen Entgeltzahlung an

die übrigen Berechtigten möglich ist, abgelehnt wird (S. 191 ff. und 258 ff.). Eine derartige Zahlungsverpflichtung muss danach gegebenenfalls auf gesonderter schuldrechtlicher Grundlage vereinbart werden und kann naturgemäß nicht im Rahmen des § 1010 Abs. 1 BGB verdinglicht werden. Dasselbe gilt entsprechend für Regelungen zur Kosten- und Lastentragung nach § 748 BGB, eine Vorschrift, die *Schnorr* zufolge nur schuldrechtliche Begleitansprüche des genuin dinglichen Gemeinschaftsverhältnisses enthält (S. 263 ff.). Zum einen wird damit der fragwürdigen Rechtsprechung des BayObLG (MittBayNot 1992, 333), nach der einheitliche Benutzungs-, Verwaltungs- und Lastentragungsregelungen insgesamt nach § 1010 Abs. 1 BGB in das Grundbuch eingetragen werden können, ihre fehlende Legitimation deutlich vor Augen geführt. Zum anderen wird klar, dass die Wirkung von Gemeinschaftsregelungen gegen Sondernachfolger nach §§ 746, 751 und 1010 BGB keineswegs zur Wahrung der Interessen dieser, sondern allein im Kontinuitätsinteresse aller Teilhaber eingeführt wurde (S. 347).

Es liegt in der Konsequenz der „dinglichen Einheitstheorie“, die Grundbucheintragung nach § 1010 Abs. 1 BGB bei getroffenen Benutzungs- und Verwaltungsregelungen entgegen der herrschenden Meinung nicht als „echte dingliche Belastungen“ der jeweils anderen Miteigentumsanteile zu deuten, sondern vielmehr die entsprechend von der unbeschränkten Verfügungsgewalt des Eigentümers ausgehende, gemeinsam getroffene Austarierung der wechselseitigen Pflichten im Wege der Grundbuchberichtigung nach § 22 GBO zur Eintragung zu bringen. Der praktische Ertrag dieser Ansicht zeigt sich im Fall der Verweigerung der grundbuchmäßigen Bewilligung durch einen der Miteigentümer: Einschlägig ist danach eine Feststellungsklage und nicht eine Leistungsklage auf Abgabe der fehlenden Bewilligungserklärung (S. 333 ff.).

Auf der Grundlage der schuldrechtlichen Auffassung des Gemeinschaftsverhältnisses wird von der herrschenden Meinung die Ansicht vertreten, nach § 745 Abs. 1 BGB getroffene Mehrheitsentscheidungen seien auch durch nachfolgende Mehrheitsentscheidungen nur abänderbar, wenn sich die zugrunde-

liegenden tatsächlichen Verhältnisse geändert haben. Überzeugende Argumente für diese Ansicht lassen sich jedoch nicht finden. Nach der „dinglichen Einheitstheorie“ liegt diesbezüglich auf der Hand, dass derartige Beschränkungen, als mit § 903 BGB nicht übereinstimmend, abzulehnen sind (S. 248 f.).

Eine strikte Trennung der dinglichen Gemeinschaft von etwaigen bestehenden Schuldverhältnissen legt auch offen, dass die Mitgemeinschafter einander keineswegs zum Abschluss von schuldrechtlichen Verträgen mit Dritten verpflichtet sind (S. 242 ff.). Beschließt also die Mehrheit eine Fremdnutzung des in Bruchteilseigentum gehaltenen Gegenstands, so steht es auch den dissentierenden Teilhabern frei, den von der Mehrheit abgeschlossenen Mietvertrag mit abzuschließen. Wer sich dem entzieht, hat keinen Anspruch auf Beteiligung am Mietzins, weil § 743 Abs. 1 BGB Rechtsfrüchte nicht mit umfasst (S. 210 ff.). Ferner lässt sich auf dieser Grundlage die Abgrenzung der Regelungsbereiche der Bruchteilsgemeinschaft und der §§ 420 ff. BGB eindeutig beschreiben: Während die §§ 741 ff. BGB über die dingliche Zuordnung von Befugnissen Auskunft geben, richtet sich die Anwendung insbesondere der Vorschriften über Gläubigermehrheiten allein nach dem Inhalt der hinzutretenden schuldrechtlichen Verhältnisse, die bei Verträgen somit der privatautonomen Ausgestaltung im Einzelfall zugänglich sind (S. 122 ff.).

Nicht alle aufgezeigten Konsequenzen der „dinglichen Einheitstheorie“ mögen dem Praktiker auf den ersten Blick erfreulich scheinen. Die mit ihr verbundenen klaren dogmatischen Verhältnisse werden indessen als Ansatzpunkt interessenwahrender Rechtsgestaltung weit eher gerecht als das bisher herrschende intransparente schuldrechtliche Modell. Ob die von *Schnorr* in seiner Schrift gewonnenen Erkenntnisse in Wissenschaft und Praxis Anhänger finden werden, ist allerdings keineswegs sicher. Zu wünschen wäre es, zumal das Recht der Bruchteilsgemeinschaft als bislang seiner Komplexität nach nicht vollständig ausdifferenzierter Bereich endlich seine angemessene Umsetzung finden würde.

Notar Dr. Alexander Krafka, Passau

### Roßnagel (Hrsg.): Handbuch Datenschutzrecht. Beck, 2003. 2 054 S., 174 €

Ausgehend von dem im Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts entwickelten Recht auf informationelle Selbstbestimmung hat sich das Datenschutzrecht von der ursprünglich intendierten Missbrauchsabwehr zunehmend zu einem selbständigen, höchst komplizierten Regelungssystem entwickelt. Es stellt sich dabei als Querschnittsmaterie dar, deren Regelungsinhalt sich in einer Vielzahl von Einzelbestimmungen für nahezu jeden Spezialbereich wiederfindet. Durch die Umsetzung der europäischen Datenschutzrichtlinie und die Änderungen im Bereich der Telekommunikation und der Multimediadienste ist das Datenschutzrecht zwar partiell novelliert worden. Zugleich wird aber immer stärker deutlich, dass die allgemeinen Rechtsgrundlagen bedingt durch die Flut an bereichsspezifischen Vorschriften, die denjenigen der Bundes- und der Landesdatenschutzgesetze vorgehen, völlig unübersichtlich geworden sind und damit das grundsätzliche Regelungskonzept als solches reformbedürftig ist. In dieser Phase der Bestandsaufnahme und Neuorientierung zielt das

von *Alexander Roßnagel*, Universitätsprofessor für Öffentliches Recht an der Universität Kassel, herausgegebene Handbuch darauf ab, die in der Rechtspraxis bestehenden Probleme des Datenschutzrechts, wie sie sich in nahezu allen Bereichen unseres Lebens alltäglich stellen, wissenschaftlich aufzuarbeiten und zu durchleuchten.

Auch im Bereich des Notariats, in welchem die elektronische Kommunikation und Datenverarbeitung mittlerweile zu einer Selbstverständlichkeit geworden ist, gewinnen Fragen des Datenschutzes und der Datensicherheit an Bedeutung. Zwar wird der Computer vereinzelt immer noch als eine moderne Form der Schreibmaschine begriffen; zunehmend setzt sich jedoch die Einsicht durch, dass den mit einem entsprechenden Technikeinsatz einhergehenden Risiken und Gefahren für den eigenen Datenbestand zur Absicherung der notariellen Verschwiegenheitspflicht wirksam begegnet werden muss. Das der Besprechung zugrundeliegende Handbuch hat insoweit einiges zu bieten. So ist es dem Herausgeber gemeinsam mit einem großen Autorenteam, bestehend aus 60 datenschutzrechtlich erfahrenen und namhaften Praktikern und Wissenschaftlern, gelungen, die verschiedenartigen Problem- und

Fragestellungen im heutigen Datenschutzrecht systematisch aufzuarbeiten. Das aus einer Vielzahl von Einzelbeiträgen bestehende „Mammutwerk“ gliedert sich dabei in insgesamt neun große Blöcke.

Ausgehend von einer lesenswerten Einleitung des Herausgebers, in welchem sich dieser mit der bisherigen Entwicklung und den möglichen Perspektiven des Datenschutzrechts auseinandersetzt und dem Leser einen Überblick über den Aufbau des Handbuchs vermittelt, ist der zweite Teil des Buches den gesellschaftlichen, technischen und rechtlichen Grundlagen des Datenschutzes gewidmet. Aufbauend hierauf werden im dritten Teil die verschiedenen datenschutzrechtlichen Schutzkonzepte, die im Rahmen des gegenwärtigen Datenschutzrechts bereits realisiert sind (so z. B. das Konzept der normativen Zweckbegrenzung) oder im Rahmen der Modernisierung des Datenschutzes diskutiert werden (so z. B. das Thema Datenschutzaudit), ausführlich dargestellt und erörtert. Im vierten Teil folgen alsdann Beiträge, die sich mit den allgemeinen Grundlagen, Begriffen und Regelungen des Datenschutzes befassen.

Die gesetzlichen Bestimmungen zur Fremdkontrolle durch die Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder sowie zur Selbstkontrolle durch die betrieblichen und behördlichen Datenschutzbeauftragten bilden im Anschluss hieran den Gegenstand für den fünften Teil. Dabei wird auch das Notariat nicht ausgenommen. So setzt sich *Abel* im Zusammenhang mit der Bestellung behördlicher Datenschutzbeauftragter in einem gesonderten Abschnitt eingehend mit den verschiedenen Umsetzungsmöglichkeiten im Notariat auseinander. Der Umstand, dass er hierbei letztlich zu dem Ergebnis kommt, dass die Einführung bereichsspezifischer Datenschutzregeln in das notarielle Berufsrecht de lege ferenda wünschenswert wäre, dürfte dem Herausgeber, der sich im Rahmen seiner Einleitung für eine generelle Umkehrung der Vorrangregelung ausspricht, zwar nicht erfreuen, gleichwohl mit Blick auf die besonderen Strukturen im Notariat aber richtig sein.

Für das Notariat von besonderem Interesse ist auch der Beitrag zum Thema „Datenschutz in Anwaltschaft und Notariat“ im achten Teil, welcher datenschutzrechtlichen Ausführungen zu den einzelnen Gerichts- und Verwaltungsbereichen gewidmet ist. Abermals ist es *Abel*, der sich an dieser Stelle mit den verschiedenen datenschutzrechtlichen Aspekten der Informationsverarbeitung befasst. Der Schwerpunkt seiner Darstellung liegt hierbei allerdings auf der Datenverarbeitung in der Anwaltskanzlei. Der notarielle Bereich wird insoweit leider nur am Rande behandelt, so dass tiefergehende Ausführungen zu datenschutzrechtlichen Einzelfragen, wie etwa dem richtigen Umgang mit den verschiedenen Erlaubnistatbeständen zur Durchbrechung der Verschwiegenheitspflicht, fehlen. Gleichwohl verschafft einem die Darstellung einen guten Überblick über die den Notar treffenden datenschutzrechtlichen Pflichten und die sich in der Praxis stellenden Probleme. Die zum Thema Datenschutz im Notariat erschienene Rechtsprechung und Literatur ist hierbei sorgsam eingearbeitet worden.

Weitere Beiträge zum Umgang mit personenbezogenen Daten im Rahmen von Beschäftigungsverhältnissen im sechsten Teil sowie zu derzeit aktuellen Brennpunkten des Datenschutzes im letzten Abschnitt runden die in der Literatur zum Datenschutz wohl einzigartige Sammlung von Einzelbeiträgen gelungen ab. Angesichts der großen Anzahl von Autoren verwundert es dabei nicht, dass verschiedene Fragestellungen doppelt behandelt werden. Rechtsfragen werden so zum Teil ganz unterschiedlich beurteilt. Letzteres wird jedoch mit Rücksicht auf die damit verbundene Möglichkeit, gegensätzliche Positionen und Argumentationen zu verdeutlichen, vom Herausgeber bewusst in Kauf genommen.

Auch wenn das von *Rofnagel* herausgegebene Handbuch sicherlich nicht zur notariellen Grundausrüstung gehört, kann es als wertvoller und zuverlässiger Ratgeber für alle Fragestellungen und Problemkreise rund um das Thema Datenschutz und Datensicherheit uneingeschränkt empfohlen werden.

Notarassessor *Stefan Wegerhoff*, Berlin

## RECHTSPRECHUNG

## Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 133, 157, 242, 765, 768; MaBV § 7 (*Inanspruchnahme aus einer Bürgschaft gemäß § 7 MaBV trotz Fehlens einer entsprechenden Sicherungsabrede zwischen Erwerber und Bauträger*)

**Der Inanspruchnahme aus einer Bürgschaft gemäß § 7 MaBV kann der Bürge nach Treu und Glauben nicht entgegenhalten, es fehle an einer entsprechenden Sicherungsabrede zwischen Erwerber und Bauträger, wenn der Bauträger Zahlungen entgegengenommen hat, die er nur bei Stellung einer solchen Bürgschaft hätte entgegennehmen dürfen.**

**Eine Bürgschaft gemäß § 7 MaBV sichert den Rückgewähranspruch nach einem Rücktritt vom Vertrag gemäß § 326 BGB. Ebenso ist ein entsprechender Rückzahlungsanspruch aus einer Vereinbarung zwischen den Parteien des Erwerbvertrages gesichert, die zu einem Zeitpunkt geschlossen wird, zu dem die Voraussetzungen des § 326 BGB vorliegen.**

**Zur Auslegung des Musters einer Freistellungserklärung der Bundesnotarkammer, die eine Wahlschuld und nicht eine Ersetzungsbefugnis vorsieht.**

BGH, Urteil vom 30.9.2004, VII ZR 458/02; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Klägerin ist Prozessstandschafterin für die B-Bank. Sie nimmt die Beklagte, die Rechtsnachfolgerin der R-Bank ist (im Folgenden für beide: die Beklagte), aus einer Freistellungsverpflichtungserklärung sowie aus vier Bürgschaften in Anspruch.

Im Dezember 1996 erwarb die Klägerin von der inzwischen insolventen G. eine noch zu errichtende Eigentumswohnung. Der Erwerbspreis in Höhe von 386.024 DM wurde von der B-Bank finanziert und sollte alternativ gemäß § 3 Nr. 2 des notariellen Erwerbvertrages nach Baufortschritt oder gemäß § 3 Nr. 3 Abs. 7 des Vertrags nach Aushändigung einer § 7 MaBV entsprechenden Bürgschaft gezahlt werden. Als Fälligkeitsvoraussetzung ist u. a. bestimmt, dass die Freistellung des Vertragsobjekts von allen Grundpfandrechten, die der Vormerkung im Range vorgehen oder gleichstehen und nicht übernommen werden, entsprechend den Bestimmungen der Makler- und Bauträgerverordnung sichergestellt ist. Weiter heißt es dort, die entsprechende Freistellungserklärung der Beklagten liege vor. Die G. und die Klägerin erklärten in dem Erwerbvertrag die Auflassung hinsichtlich der Eigentumswohnung.

Die Beklagte hatte bereits am 16.7.1996 eine Freistellungsverpflichtungserklärung zur Weiterleitung an die Erwerber abgegeben, in der Folgendes bestimmt ist:

„3. Wenn feststeht, dass der Bauträger das Bauvorhaben aus Gründen, die der einzelne Erwerber nicht zu vertreten hat, nicht vertragsgemäß vollendet (z. B. infolge Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Bauträgers), werden wir nach unserer Wahl entweder

3.1 das Kaufobjekt pfandfrei stellen, wenn der dem erreichten Bautenstand entsprechende und geschuldete Teilbetrag der Vertragssumme auf das Konto des Bauträgers bei der R-Bank vorbehaltlos, auflagenfrei und unabhängig von Kaufpreisfälligkeiten gemäß Kaufvertrag bezahlt ist,

oder

3.2 den Kaufpreis (ohne Zinsen) nach Löschung der Auflassungsvormerkung und etwaiger für Rechnung des Käufers eingetragener Grundpfandrechte an den Käufer zurückerstaten, sofern und soweit dieser an uns vorbehaltlos und auflagenfrei ausgezahlt wurde.“

Zugunsten der Klägerin wurde eine Auflassungsvormerkung in das Grundbuch eingetragen. Die Klägerin trat ihre Ansprüche gegen die G. für den Fall der Unwirksamkeit oder der Aufhebung des Erwerbvertrages sowie ihre Rechte aus der Freistellungsverpflichtungserklärung an die B-Bank ab. Die B-Bank überwies am 19.10.1997 die ersten fünf Raten des Zahlungsplans des Erwerbvertrages in Höhe von 372.513,16 DM an die Beklagte. Nach dem Stand des Bauvorhabens waren die Raten noch nicht in dieser Höhe fällig.

Am 8.2.1998 unterzeichnete die Beklagte vier Bürgschaften „gemäß § 7 der Makler- und Bauträgerverordnung“ über insgesamt 256.705,96 DM zur „Sicherung aller etwaigen Ansprüche des Auftraggebers gegen den Gewerbetreibenden auf Rückgewähr oder Auszahlung“ der erhaltenen Vergütung. Auf Anfrage der B-Bank teilte die Beklagte dieser mit, die Bürgschaften gälten auch ihr gegenüber.

Das Bauvorhaben wurde nicht durchgeführt. Ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der G. wurde am 17.8.1998 zurückgewiesen. Die Klägerin und die G. schlossen am 12.11.1998 einen notariellen Aufhebungsvertrag, in dem sich die G. verpflichtete, den erhaltenen Vergütungsteilbetrag zurückzuzahlen, und die Klägerin die Löschung der Vormerkung bewilligte und beantragte.

Das Landgericht hat die Beklagte verurteilt, wahlweise das Objekt pfandfrei zu stellen oder 372.531,16 DM an die B-Bank zu zahlen. Das Berufungsgericht hat auf die Berufung beider Parteien die Beklagte verurteilt, an die B-Bank 131.251,67 € (= 256.705,96 DM) nebst Zinsen zu zahlen und darüber hinaus wahlweise das Objekt pfandfrei zu stellen oder weitere 59.211,28 € nebst Zinsen an die B-Bank zu zahlen, jeweils Zug-um-Zug gegen Rückgabe der vier Bürgschaften, Rückgabe der Freistellungsverpflichtungserklärung sowie der Löschungsbewilligung der B-Bank für das zu ihren Gunsten eingetragene Grundpfandrecht. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision begehrt die Beklagte die Abweisung der Klage.

*Aus den Gründen:*

Die Revision hat keinen Erfolg.

Auf das Schuldverhältnis finden die bis zum 31.12.2001 geltenden Gesetze Anwendung (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

## I.

Das Berufungsgericht hat angenommen, die von der Beklagten übernommenen Bürgschaften in Höhe von 256.705,96 DM sicherten auch die Rückzahlungsverpflichtung der Klägerin aus dem mit der G. geschlossenen Aufhebungsvertrag. Die Bürgschaften seien nicht auf gesetzliche Rückzahlungsansprüche beschränkt, und im Übrigen habe die Aufhebungsvereinbarung zu dem gleichen Ergebnis geführt wie ein mögliches Vorgehen der Klägerin nach § 326 BGB.

Die Freistellungsverpflichtungserklärung sei ihrem Wortlaut nach eine echte Wahlschuld der Beklagten gemäß § 262 BGB. Das Wahlrecht der Beklagten sei durch den Abschluss des Aufhebungsvertrages nicht untergegangen.

## II.

1. Das Berufungsgericht hat mit zutreffender Begründung einen Anspruch der B-Bank aus den Bürgschaften gegen die Beklagte bejaht. Die Bürgschaften umfassen den Rückzahlungsanspruch der Klägerin aus dem Aufhebungsvertrag (b). Der Beklagten steht keine den Anspruch hindernde Einrede aus § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB zu (a).

a) Die Beklagte kann sich nicht gemäß §§ 768 Abs. 1 Satz 1, 404 BGB darauf berufen, der G. stehe ein bereicherungs-

rechtlicher Anspruch auf Rückgabe der Bürgschaften gegen die Klägerin zu.

Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, warum die Beklagte die Bürgschaften übernommen hat und ob den Bürgschaften eine Sicherungsabrede zwischen der Klägerin und der G. zugrundeliegt. Es liegt nahe, dass die Übergabe der Bürgschaften dem Willen beider Parteien des Erwerbvertrages entsprach. Das kann dahinstehen. Es wäre ein Verstoß gegen Treu und Glauben, wenn sich die G. gegenüber der Klägerin auf das eventuelle Fehlen einer Sicherungsabrede berufen würde, nachdem sie von dieser Zahlungen entgegengenommen hat, die sie gemäß § 7 MaBV nur bei Stellung einer Bürgschaft für alle etwaigen Ansprüche der Klägerin auf Rückgewähr ihrer Vermögenswerte hätte entgegennehmen dürfen.

Indem die G. Zahlungen entgegengenommen hat, die nach dem Zahlungsplan des Bauträgervertrages, der § 3 Abs. 2 MaBV entspricht, noch nicht fällig waren, hat sie sich gemäß § 18 Nr. 3 MaBV i. V. m. § 3 MaBV ordnungswidrig verhalten. Das an den Bauträger gerichtete Verbot, über § 3 Abs. 2 MaBV hinaus Zahlungen entgegenzunehmen, bezweckt den Schutz des Erwerbers (vgl. BGH, Urteil vom 22.12.2000, VII ZR 310/99, BGHZ 146, 250, 258). Durch die Bürgschaften, die die Beklagte übernommen hat, ist nachträglich teilweise der von der MaBV bezweckte Schutz hergestellt worden. Bei der Klägerin ist der Eindruck hervorgerufen worden, ihre etwaigen Rückgewähransprüche seien zu einem erheblichen Anteil in der von der MaBV vorgeschriebenen Weise gesichert. Dieser Eindruck war geeignet, die Klägerin davon abzuhalten, ihren Anspruch auf Rückzahlung der noch nicht fälligen Vergütungsanteile geltend zu machen. Die G. würde sich daher widersprüchlich verhalten und damit gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn sie die Rückgabe der Bürgschaften verlangen würde.

b) Die Bürgschaften umfassen den Rückzahlungsanspruch der Klägerin aus dem Aufhebungsvertrag.

Die von der Beklagten übernommenen Bürgschaften sind Allgemeine Geschäftsbedingungen. Sie entsprechen dem Muster in Anlage 7 der Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zum § 34 c GewO und zur MaBV.

Eine Bürgschaft gemäß § 7 MaBV sichert alle Ansprüche, die sich aus einer Störung des Gleichgewichts zwischen den geschuldeten oder geleisteten Zahlungen und dem Wert der geschuldeten oder erbrachten Bautenstände ergeben (BGH, Beschluss vom 2.5.2002, VII ZR 178/01, BauR 2002, 1390, 1391 = ZfBR 2002, 671, 672 = NZBau 2002, 499, 500). Darunter fällt der Rückgewähranspruch nach einem Rücktritt vom Vertrag gemäß § 326 BGB (*Basty*, Der Bauträgervertrag, Aktuelle Ergänzungen zur 4. Aufl., Rdnr. 100; *Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle, 4. Aufl., Rdnr. 352, jeweils m. w. N.).

Der Wortlaut der Urkunde ergibt keine Einschränkung dahin, dass ein vertraglich vereinbarter Rückzahlungsanspruch aufgrund einer Vereinbarung, die zu einem Zeitpunkt geschlossen wird, zu dem die Voraussetzungen des § 326 BGB vorliegen, von der Sicherung ausgenommen ist. Eine Auslegung dahin, dass dieser Anspruch ausgenommen ist, wäre auch nicht interessengerecht.

Zu dem Zeitpunkt, als die Klägerin mit der G. den Aufhebungsvertrag geschlossen hat, stand aufgrund der Insolvenz der G. fest, dass diese das Bauvorhaben nicht durchführen konnte. Die Klägerin hatte daher gemäß § 326 BGB das Recht zum Rücktritt vom Vertrag, das sie mit dem Aufhebungsvertrag umgesetzt hat.

c) Die Bürgschaften umfassen die Zahlungen, die über den in dem Bauträgervertrag vereinbarten Ratenplan hinausgehen. Den Bürgschaften lässt sich eine Einschränkung auf Zahlungen, die dem Ratenplan des Bauträgervertrages entsprechen, nicht entnehmen (vgl. *Wagner* in Heymann/Wagner/Rösler, MaBV für Notare und Kreditinstitute, Rdnr. 481).

2. Zu Recht hat das Berufungsgericht einen Zahlungsanspruch der Klägerin gegen die Beklagte aus der Freistellungsverpflichtungserklärung bejaht, den diese an die B-Bank abgetreten hat.

a) Das Berufungsgericht hat die Freistellungsverpflichtungserklärung rechtsfehlerfrei dahin ausgelegt, dass die Beklagte darin eine Wahlschuld im Sinne des § 262 BGB übernommen und sich nicht die Befugnis zur Ersetzung der Lastenfreistellung durch die Rückzahlung des Erwerbspreises vorbehalten hat.

Die Auslegung ist in vollem Umfang durch den Senat zu überprüfen, denn die Freistellungsverpflichtungserklärung entspricht in diesem Punkt dem Muster, das die Bundesnotarkammer herausgegeben hat (vgl. DNotZ 2002, 402/403). Maßgeblich für die Auslegung der Freistellungsverpflichtungserklärung ist der objektive Empfängerhorizont des Erwerbers (vgl. BGH, Urteil vom 28.5.1976, V ZR 203/75, NJW 1976, 2340). Etwaige Zweifel wirken sich zum Nachteil der Beklagten aus, die Verwenderin der formularmäßigen Freistellungsverpflichtungserklärung ist (vgl. BGH, Urteil vom 10.6.1983, V ZR 252/80, NJW 1984, 169, 170).

Nach dem Wortlaut der Freistellungsverpflichtungserklärung stehen die Verpflichtungen zur Pfandfreistellung und zur Rückzahlung des Erwerbspreises gleichrangig nebeneinander. Dass vorrangig die Freistellung geschuldet sei, ergibt sich aus dem Text der Freistellungsverpflichtungserklärung nicht. Dafür, dass sich die Beklagte anstelle der Freistellung die Rückzahlung des Erwerbspreises vorbehalten wollte, enthält ihre Freistellungsverpflichtungserklärung keine Anhaltspunkte. Selbst wenn Zweifel bestünden, ob die Beklagte eine Wahlschuld übernommen oder sich eine Ersetzungsbefugnis vorbehalten hat, ginge dies gemäß § 5 AGBG zu Lasten der Beklagten.

Dass die MaBV geringere Anforderungen an eine Freistellungserklärung stellt, ist für die Auslegung der Freistellungsverpflichtungserklärung der Beklagten unerheblich. Die MaBV regelt keine zivilrechtlichen Inhalte (vgl. BGH, Urteil vom 22.12.2000, VII ZR 310/99, BGHZ 146, 250, 259 ff.), sie ist daher nicht dafür maßgeblich, wie Erwerber eine Freistellungsverpflichtungserklärung verstehen dürfen und müssen.

b) Auch die Berücksichtigung des Erwerbvertrages, in dem die Fälligkeit der Werklohnforderung von der Vorlage einer Freistellungserklärung abhängig gemacht wird, die eine Ersetzungsbefugnis vorsieht, führt zu keiner anderen Beurteilung. Denn auch diese Erklärung ist angesichts des Umstandes, dass eine Freistellungserklärung mit abweichendem Inhalt, nämlich einer Wahlschuld, bereits vorlag und im Erwerbvertrag darauf Bezug genommen wird, im Zweifel (§ 5 AGBG) dahin zu verstehen, dass diese Freistellungserklärung maßgeblich ist.

c) Da die Lastenfreistellung durch den Verlust des Eigentumsverschaffungsanspruchs der Klägerin unmöglich geworden ist, schuldet die Beklagte die Rückzahlung der von der Klägerin geleisteten Zahlungen (§ 265 Satz 2 BGB).

aa) Die Freistellungsverpflichtung ist durch die Aufhebung des Bauträgervertrages und die Löschung der Vormerkung gegenstandslos geworden (vgl. BGH, Urteil vom 5.4.2001,

VII ZR 498/99, BauR 2001, 1097, 1098 = ZfBR 2001, 404, 405 = NZBau 2001, 388). Eine Pfandfreistellung gegenüber der Klägerin, wie dies die Freistellungsverpflichtungserklärung vorsieht, ist nicht mehr möglich.

bb) Die Verpflichtung der Beklagten beschränkt sich auf die Rückzahlung der von der Klägerin geleisteten Zahlungen, denn diese hat die Unmöglichkeit der Lastenfreistellung nicht zu vertreten.

Die Beklagte kann gegen die Klägerin nicht den Vorwurf erheben, sie habe sich pflichtwidrig verhalten. Die Klägerin hat ihr Recht ausgeübt, sich vom Vertrag zu lösen, weil dieser nicht durchgeführt worden ist. Diese Berechtigung ist von der Freistellungserklärung erfasst und kann deshalb kein pflichtwidriges Verhalten gegenüber der Beklagten darstellen.

d) Die Rückzahlungspflicht der Beklagten ist nicht auf den dem erreichten Bautenstand entsprechenden Betrag beschränkt. Eine solche Einschränkung ergibt sich aus der Freistellungsverpflichtungserklärung der Beklagten nicht.

3. Das Berufungsgericht ist rechtsfehlerhaft davon ausgegangen, dass der Beklagten weiterhin die Wahl zustehe, statt der Rückzahlung das Objekt pfandfrei zu stellen. Der Senat ist insofern nicht zu einer Änderung des Berufungsurteils befugt, weil nur von der Beklagten Revision eingelegt worden ist und eine Änderung zu ihren Lasten ginge.

—

2. BGB § 652 (Maklerprovision beim Rücktritt vom Kaufvertrag mit Maklerklausel)

**1. Tritt der Käufer einer Immobilie vom Kaufvertrag zurück, entfällt auch die Verpflichtung zur Zahlung des Maklerlohns, wenn der Rücktritt dem Käufer unter der Bedingung vertraglich vorbehalten war, „... sofern ihm die Finanzierung des Kaufpreises nicht möglich ist.“**

**2. Der Rücktritt vom Kaufvertrag beseitigt die Wirkungen einer Maklerklausel im notariellen Vertrag in der Regel auch dann, wenn der Maklerlohn „mit heutiger Vertragsunterzeichnung verdient und fällig“ sein sollte.**

OLG Karlsruhe, Urteil vom 21.5.2004, 15 U 39/03

Aus den Gründen:

(...)

## II.

Die Berufung des Beklagten hat Erfolg. Die Klage ist nicht begründet. Der Klägerin steht ein Anspruch auf Maklerhonorar in Höhe von 29.348 € nebst Zinsen – aus abgetretenem Recht – nicht zu.

1. Die Klägerin ist aktiv legitimiert. Bedenken gegen die Wirksamkeit der Abtretungsvereinbarung sind nicht ersichtlich.

2. Zwischen der Zedentin und dem Beklagten ist ein Maklervertrag zustande gekommen, der den Nachweis einer Kaufgelegenheit zum Gegenstand hatte.

Das Schreiben der Zedentin vom 13.5.2002 enthält ein Angebot zum Abschluss eines solchen Vertrages. Dies ergibt sich aus dem im letzten Absatz des Schreibens eindeutig formulierten Provisionsverlangen der Zedentin. Das Provisionsverlangen in diesem Schreiben war – entgegen der Auffassung

des Beklagten – auch keineswegs überraschend (vgl. § 305 c Abs. 1 BGB). Es ist weithin üblich – und für einen Interessenten zu erwarten –, dass ein Makler bei der erstmaligen Übersendung von Angebotsunterlagen an einen Kaufinteressenten ein solches Provisionsverlangen stellt. Die Provisionsforderung der Klägerin in diesem Schreiben war für den Beklagten nach der äußeren Gestaltung des Schriftstücks auch nicht zu übersehen.

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass in derartigen Fällen ein Maklervertrag konkludent zustande kommt, wenn der Kaufinteressent nach dem Provisionsverlangen des Maklers weitere Leistungen des Maklers in Anspruch nimmt. Aus der Sicht des Maklers ist ein solches Verhalten dahingehend zu deuten, dass der Interessent mit dem Zustandekommen eines Maklervertrages zu den vom Makler formulierten Bedingungen einverstanden ist (vgl. BGH, NJW-RR 1986, 1496, 1497; Senat, NZM 2002, 493, 494). Diese Voraussetzungen sind vorliegend gegeben: Die Zedentin hat mit dem Beklagten unstreitig einen Besichtigungstermin durchgeführt und im Schreiben vom 27.5.2002 ergänzende Auskünfte zu dem Objekt erteilt. Aus dem Schreiben vom 27.5.2002 ergibt sich die Durchführung eines weiteren Besichtigungstermins mit dem Architekten des Beklagten. Schließlich hat die Klägerin für den Beklagten den Notartermin organisiert. Diese Umstände reichen für eine konkludente Willenserklärung des Beklagten aus. Eine andere Würdigung des Verhaltens des Beklagten könnte dann in Betracht kommen, wenn er zu irgendeinem Zeitpunkt ausdrücklich das Provisionsverlangen der Klägerin abgelehnt hätte (vgl. BGH, a. a. O.; Senat, a. a. O.). Eine solche Ablehnung ist unstreitig jedoch nicht erfolgt.

3. Die Zedentin hat auch eine Nachweisleistung für den Beklagten erbracht. Der notarielle Vertrag vom 20.6.2002 ist unstreitig durch den Nachweis der Zedentin zustande gekommen; denn dem Beklagten war das Objekt und die Kaufgelegenheit vorher nicht bekannt. In § 13 Satz 2 des Kaufvertrages (Maklerklausel) hat der Beklagte die Nachweisleistung der Zedentin (im Kaufvertrag ungenau: „Vermittlung“) bestätigt. (...)

4. Dem Anspruch der Klägerin steht jedoch der Rücktritt des Beklagten aufgrund der Rücktrittsklausel (§ 14) im notariellen Kaufvertrag entgegen.

a) Der Anspruch auf Maklerlohn ist gemäß § 652 Abs. 1 Satz 1 BGB grundsätzlich nur an den Abschluss des Hauptvertrages geknüpft, nicht an die Ausführung des Geschäfts. Dementsprechend spielt es für den Maklerlohn keine Rolle, ob der Käufer den Kaufpreis für das Grundstück bezahlt oder ob der Vertrag durch den Rücktritt einer Partei aufgrund eines gesetzlichen Rücktrittsrechts wegen einer Leistungsstörung rückabgewickelt wird. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass Entsprechendes für die Ausübung eines vertraglichen Rücktrittsrechts gilt, wenn die Rücktrittsklausel im Hauptvertrag lediglich einem gesetzlichen Rücktrittsrecht nachgebildet ist oder entspricht (vgl. BGH, NJW-RR 1991, 820, 821).

Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn die Partner des Hauptvertrages ein freies, an keine zusätzlichen Voraussetzungen geknüpftes, Rücktrittsrecht vereinbaren, das lediglich innerhalb einer bestimmten Frist ausgeübt werden muss. Ein solches Rücktrittsrecht bedeutet, dass für die rücktrittsberechtigte Partei noch keine endgültige Bindung entsteht. Die Vertragspartner lassen den Vertrag bis zum Ablauf der vereinbarten Frist in der Schwebe. Erst dann, wenn der Rücktritt nach Ablauf der Frist nicht mehr erklärt werden kann, entsteht für beide Seiten eine endgültige vertragliche Bindung. Eine solche Vereinbarung kommt in ihren Wirkungen einer auf-

schiebenden Bedingung gleich. In der Rechtsprechung ist daher anerkannt, dass in derartigen Fällen der Provisionsanspruch des Maklers erst dann entsteht, wenn das Rücktrittsrecht (nach Fristablauf) nicht mehr ausgeübt werden kann (vgl. BGH, WM 1974, 394; NJW-RR 1993, 248, 249; NJW 1997, 1583; anders *Schwerdtner*, Maklerrecht, 4. Aufl. 1999, Rdnr. 490).

b) Das Rücktrittsrecht in § 14 des Kaufvertrages, von dem der Beklagte Gebrauch gemacht hat, kommt – im Sinne der Rechtsprechungsgrundsätze – einer aufschiebenden Bedingung gleich und steht daher dem Anspruch der Klägerin entgegen. Mit der Regelung in § 14 des Vertrages hielten die Kaufvertragsparteien die Wirkungen des Vertrages zunächst noch in der Schwebe; der Beklagte hatte in der Frist bis zum 31.7.2002 im Ergebnis eine weitgehend freie Möglichkeit, sich noch für oder gegen den Kaufvertrag zu entscheiden. Eine echte Bindung – die zum Entstehen der Maklerprovision geführt hätte – wäre für den Beklagten erst dann eingetreten, wenn er bis zum 31.7.2002 das Rücktrittsrecht nicht ausgeübt hätte.

aa) Die Regelung in § 14 des Kaufvertrages enthält für die Ausübung des Rücktritts keine verbindlichen Voraussetzungen. Die Formulierung „sofern ihm die Finanzierung des Kaufpreises nicht möglich ist“ ist nicht im Sinne einer rechtlichen Bedingung für den Rücktritt zu verstehen; vielmehr benennt diese Formulierung lediglich das Motiv, das für die Aufnahme der Rücktrittsklausel in dem Kaufvertrag maßgeblich war.

Entscheidend für diese Auslegung ist der Umstand, dass die Frage, ob eine Finanzierung „nicht möglich“ ist, nicht nach objektiven Kriterien entscheidbar ist. Die „Möglichkeit“ der Finanzierung hing allein von den Bemühungen des Beklagten ab, von seinen wirtschaftlichen Möglichkeiten und von seiner Bereitschaft, bestimmte Konditionen einer finanzierenden Bank zu akzeptieren. Bei entsprechenden wirtschaftlichen Möglichkeiten des Beklagten (Vorhandensein bestimmter Sicherheiten) und unter Berücksichtigung der jeweils von bestimmten Banken angebotenen Konditionen wäre eine Finanzierung für den Beklagten immer möglich gewesen. Wenn der Beklagte hingegen nicht bereit war, bestimmte – aus seiner Sicht ungünstige – Finanzierungsbedingungen einer Bank zu akzeptieren, musste sich umgekehrt daraus für ihn – subjektiv – die Unmöglichkeit der Finanzierung ergeben. Die Frage der Finanzierung war mithin eine subjektive Frage, die von den Vorstellungen und wirtschaftlichen Möglichkeiten des Beklagten abhing.

Eine andere Auslegung der Rücktrittsklausel käme nur dann in Betracht, wenn die Kaufvertragsparteien mit der „Finanzierung des Kaufpreises“ eine bestimmte konkrete Vorstellung verbunden hätten, wenn man beispielsweise eine Finanzierung zu bestimmten Konditionen im Auge gehabt hätte und hierbei bestimmte – bekannte – wirtschaftliche Möglichkeiten des Beklagten zugrunde gelegt hätte. Für eine solche konkrete Bedeutung der „Finanzierung des Kaufpreises“ ist jedoch nichts ersichtlich. Der Kaufvertrag enthält eine solche Konkretisierung der Bedeutung der Formulierung nicht; auch aus dem Sachvortrag der Parteien des Rechtsstreits lassen sich solche genaueren Vorstellungen der Kaufvertragsparteien nicht entnehmen.

bb) Die Wirkungen der Rücktrittsklausel auf das Maklerhonorar wären allerdings auch dann nicht anders, wenn man – entgegen obigen Ausführungen – in der Formulierung „sofern ihm die Finanzierung des Kaufpreises nicht möglich ist“ eine verbindliche Voraussetzung des Rücktrittsrechts

sehen würde. Auch bei einer solchen Auslegung würde sich nichts daran ändern, dass die Parteien den Kaufvertrag noch bis zum 31.7.2002 in der Schwebe halten wollten und der Beklagte bis zum Ablauf der Frist keine endgültige Bindung eingegangen wäre.

Auch dann, wenn die Unmöglichkeit der Finanzierung des Kaufpreises Bedingung für die Ausübung des Rücktritts sein sollte, ändert sich an den Wirkungen der Rücktrittsklausel nichts Entscheidendes. Es bleibt in jedem Fall festzuhalten, dass die „Möglichkeit der Finanzierung“ vom Beklagten vollständig oder nahezu vollständig beeinflusst werden konnte.

Das heißt: Die vertragliche Regelung kommt in jedem Fall einem bedingungslosen Rücktrittsrecht gleich oder sehr nahe. Diesem Verständnis entspricht auch, dass der Beklagte bei Ausübung des Rücktrittsrechts – unstrittig – keinen Nachweis über die Voraussetzungen des Rücktritts – Unmöglichkeit der Finanzierung – gegenüber den Verkäufern führen müsste.

c) Die Rücktrittsklausel im Kaufvertrag wäre allerdings dann ohne Bedeutung, wenn die Zedentin und der Beklagte vertraglich vereinbart hätten, dass die Provision unabhängig von einem solchen vertraglichen Rücktrittsrecht verdient sein sollte. Eine solche vertragliche Vereinbarung ist jedoch nicht ersichtlich.

Die Formulierung der Klägerin im Schreiben vom 13.5.2002, wonach die Provision „bei Kaufvertragsabschluss“ verdient sein sollte, nimmt erkennbar auf die gesetzliche Regelung in § 652 Abs. 1 Satz 1 BGB Bezug, wonach die Ausführung des Vertrages (Zahlung des Kaufpreises und Übereignung des Grundstücks) für die Provision keine Rolle spielten. Dass die vertragliche Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung (§ 652 Abs. 1 Satz 2 BGB) oder eine ähnliche vertragliche Regelung – wie im vorliegenden Fall die vertragliche Rücktrittsklausel – abweichend von der gesetzlichen Regelung keine Auswirkungen auf die Maklerprovision haben sollten, lässt sich der Formulierung im Schreiben vom 13.5.2002 hingegen nicht entnehmen. Soweit die Klägerin erstinstanzlich behauptet hat, Entsprechendes sei ausdrücklich im Notartermin von den Beteiligten besprochen worden, hat die schriftliche Stellungnahme des Notars Dr. H den Sachvortrag der Klägerin nicht bestätigt. Die Klägerin ist im Berufungszug auf diesen Vortrag auch nicht mehr zurückgekommen.

5. Die Klägerin kann ihren Anspruch auch nicht auf die Maklerklausel im notariellen Kaufvertrag stützen. Hierbei kann dahinstehen, welche rechtliche Bedeutung der Maklerklausel zukommt.

a) Die Maklerklausel dürfte im vorliegenden Fall wohl einen Vertrag zugunsten Dritter enthalten (§ 328 Abs. 1 BGB). Der Kaufvertrag enthielt ein Versprechen des Beklagten, an die Zedentin Maklerlohn zu zahlen für die von der Zedentin bereits gegenüber dem Beklagten erbrachte Nachweisleistung.

aa) Der Rücktritt des Beklagten hat nicht nur seine Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag gegenüber den Verkäufern beseitigt, sondern auch die Forderung der Zedentin aus der Maklerklausel. Die Wirkungen des Rücktritts auf das Versprechen zugunsten des Dritten ergeben sich aus § 334 BGB (vgl. *Palandt/Heinrichs*, BGB, 63. Aufl. 2004, § 334 BGB Rdnr. 3).

Gemäß § 328 Abs. 2 BGB hätte der Rücktritt allerdings dann keine Auswirkungen auf die Maklerklausel, wenn sich „aus den Umständen, insbesondere aus dem Zweck des Vertrages“,

etwas anderes ergeben würde. Hiervon ist jedoch nicht auszugehen. Die rechtlichen Wirkungen des Kaufvertrages sind normalerweise die Grundlage für die in den Kaufvertrag aufgenommenen Maklerklausel. Dementsprechend ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass ein Rücktritt vom Kaufvertrag in der Regel auch die Wirkungen der Maklerklausel beseitigt (vgl. beispielsweise OLG Frankfurt, NJW-RR 1986, 1176; OLG Schleswig, NJW-RR 2002, 782; *Schwerdtner*, a. a. O., Rdnr. 826).

bb) Der Rücktritt vom Kaufvertrag hätte allerdings dann keine Auswirkungen auf die Maklerklausel, wenn die Parteien des Kaufvertrages dies so vereinbart hätten. Eine solche Regelung lässt sich den Vereinbarungen in § 13 (Maklerklausel) und § 14 (Rücktrittsregelung) jedoch nicht entnehmen.

Die Formulierung, wonach der Beklagte die Maklercourtage „als eigene Schuld“ zahlen sollte, ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung; denn jede Verpflichtung, die der Beklagte in dem Kaufvertrag (gegenüber der Zedentin oder gegenüber den Verkäufern) eingegangen ist, war eine „eigene Schuld“, unabhängig davon, ob diese Schuld durch einen Rücktritt wieder nachträglich beseitigt werden konnte. Auch aus der Formulierung, wonach die Provision „mit heutiger Vertragsunterzeichnung verdient und fällig“ sein sollte, kann die Klägerin nichts für sie Günstiges herleiten; denn damit wurde lediglich auf die gesetzlichen Voraussetzungen des Maklerlohnes gemäß § 652 Abs. 1 Satz 1 BGB (keine Abhängigkeit der Vergütung von der Ausführung des Kaufvertrages) hingewiesen (vgl. zu den Wirkungen des Rücktritts bei derart formulierten Maklerklauseln auch OLG Frankfurt, a. a. O., 1177; OLG Schleswig, a. a. O.). Der Senat kann nicht feststellen, dass mit dieser Formulierung eine besondere Regelung für den Fall des Rücktritts (vgl. § 14 des Kaufvertrages) getroffen werden sollte. Die Formulierung „mit ... Vertragsunterzeichnung verdient und fällig“ ist nach der Erfahrung des Senats aus einer Vielzahl von Maklerfällen eine Standardformulierung in Maklerverträgen (und Maklerklauseln in Kaufverträgen), wobei zumeist in diesen Fällen ein besonderes vertragliches Rücktrittsrecht nicht zur Debatte steht. Ein anderes Verständnis der Klausel käme im Hinblick auf die erhebliche Risikoverschiebung bei einer Abweichung von § 652 Abs. 1 BGB nur dann in Betracht, wenn die Parteien dies im Notartermin – oder im Zusammenhang mit dem Abschluss des Kaufvertrages – besprochen hätten. Dies hat die Klägerin jedoch nicht nachgewiesen. Der Notar Dr. H hat erstinstanzlich den entsprechenden Vortrag der Klägerin nicht bestätigt.

Auch die Rücktrittsregelung (§ 14 des Kaufvertrages) enthält keine der Klägerin günstige Vereinbarung. Soweit der Beklagte „die Kosten des Rücktritts sowie des aufgehobenen Vertrages“ tragen sollte, bezog sich dies erkennbar nur auf die Notarkosten sowie möglicherweise auf anderweitige Kosten der Verkäufer. Schließlich ist bei der Auslegung des Vertrages auch die Interessenlage des Beklagten zu berücksichtigen: Es ist kaum anzunehmen, dass der Beklagte bei einer noch nicht – oder noch nicht vollständig – geklärten Finanzierung das Risiko eingehen wollte, im Falle eines Rücktritts Maklerkosten von fast 30.000 € zahlen zu müssen. Dass andererseits die Verkäufer – als Vertragspartner des Kaufvertrages – ein Interesse daran gehabt hätten, den Beklagten im Falle eines Rücktritts an seiner Haftung gegenüber dem Makler aus der Maklerklausel festzuhalten, ist nicht ersichtlich.

cc) Einer Haftung des Beklagten aus der Maklerklausel steht – unabhängig von den Rücktrittswirkungen gemäß § 334 BGB – im Übrigen entgegen, dass auch der in einem Vertrag zugunsten Dritter vereinbarte Maklerlohn von den Voraussetzungen des § 652 Abs. 1 Satz 1 BGB abhängt: Da die Kauf-

vertragsparteien ihre vertragliche Bindung zunächst noch in der Schwebe gehalten haben, indem dem Beklagten ein Rücktrittsrecht eingeräumt wurde, liegen die Voraussetzungen des § 652 Abs. 1 BGB (Abschluss eines Kaufvertrages mit einer endgültigen Bindung der Partner) nicht vor. Für die Verpflichtungen des Beklagten aus einem (Makler-)Vertrag zugunsten Dritter gelten insoweit die gleichen Erwägungen wie für die Haftung des Beklagten aus dem bereits vorher konkludent zustande gekommenen Maklervertrag (hierzu siehe oben 4 b).

b) Die Rechtsprechung misst Maklerklauseln in notariellen Kaufverträgen – je nach den Umständen des Einzelfalles – teilweise auch andere rechtliche Bedeutungen zu. Ein Versprechen zugunsten eines Dritten (§ 328 BGB) kann nicht nur eine maklervertragliche Verpflichtung des Käufers enthalten; es gibt vielmehr noch andere Typen von Verpflichtungen, die in einer Maklerklausel Gegenstand eines Vertrages zugunsten Dritter sein können. Diese rechtlichen Möglichkeiten können einen Anspruch der Klägerin im vorliegenden Fall allerdings auch nicht rechtfertigen.

aa) Die Maklerklausel enthält – entgegen der Auffassung der Klägerin – kein selbständiges Schuldversprechen des Beklagten. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut. Der Beklagte hat die Zahlung einer „Maklercourtage“ übernommen; d. h., der Beklagte ist eine Verpflichtung im Sinne von § 652 Abs. 1 BGB eingegangen. Der ausdrücklich gewählte Begriff „Maklercourtage“ schließt eine von einem Maklervertrag gänzlich gelöste Verpflichtung gemäß § 780 BGB aus.

bb) Die Maklerklausel ist allerdings wohl dahingehend auszulegen, dass der Beklagte nicht nur eine Verpflichtung begründen wollte für Maklerleistungen, welche die Zedentin gegenüber ihm als Käufer erbracht hatte, sondern dass er gleichzeitig eine entsprechende Verpflichtung der Verkäufer aus deren Maklervertrag übernehmen wollte. Insoweit läuft die Maklerklausel jedoch leer, da es eine Provisionsverpflichtung, die der Beklagte hätte übernehmen können, nicht gab. (...) Im Übrigen stünde auch einer solchen Verpflichtung des Beklagten die Ausübung des Rücktrittsrechts entgegen.

cc) Ein Anspruch der Klägerin aus der Maklerklausel könnte dann in Betracht kommen, wenn die Regelung in § 13 des notariellen Kaufvertrages als selbständiges Provisionsversprechen zu deuten wäre, d. h., wenn der Vergütungsanspruch der Klägerin unabhängig von der in § 652 Abs. 1 Satz 1 BGB geregelten Leistung des Maklers sein sollte. Ein solches selbständiges Provisionsversprechen wird von der Rechtsprechung in Fällen angenommen, in denen dem Makler die Erbringung der gesetzlich normierten Maklerleistung nicht möglich ist und die Beteiligten in Kenntnis dieser Umstände dennoch eine Entlohnung des Maklers vereinbaren wollen (vgl. beispielsweise BGH, NJW 2003, 1249 im Fall einer sogenannten „Verflechtung“). Derartige Besonderheiten sind vorliegend jedoch nicht gegeben. Da die Zedentin grundsätzlich in der Lage war, eine § 652 Abs. 1 BGB entsprechende Maklerleistung zu erbringen, gab es keinen Anlass für ein selbständiges Provisionsversprechen. Auch der Hinweis auf die „Vermittlung“ der Zedentin in der Vermittlungsklausel spricht dafür, dass die Verpflichtung des Beklagten nicht von den üblichen Voraussetzungen des Maklerhonorars gelöst werden sollte.

c) Die Klägerin meint im Übrigen, die Maklerklausel im Kaufvertrag enthalte nicht nur einen Vertrag zugunsten Dritter, sondern gleichzeitig ein – vom Kaufvertrag zu trennendes – Angebot des Beklagten gegenüber der Zedentin zum Abschluss eines Maklervertrages, welches der im Notartermin anwesende Vertreter der Zedentin konkludent ange-

nommen habe. Auch dieser Gesichtspunkt führt jedoch nicht zu einem Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten.

aa) Die Regelung in § 13 des Kaufvertrages enthält keine Formulierung, aus der sich eine Erklärung des Beklagten gegenüber der Zedentin – die nicht am notariellen Kaufvertrag beteiligt war – ergeben würde. Der Senat sieht auch keine sonstigen Umstände, die für eine – vom Kaufvertrag zu trennende – Erklärung des Beklagten gegenüber der Zedentin sprechen würden. Die Regelung der Freistellung der Verkäufer spricht vielmehr dafür, dass die Maklerklausel Bestandteil des Kaufvertrages sein sollte (vgl. zu einer vom Hauptvertrag zu trennenden Maklerklausel BGH, NJW-RR 1991, 820; OLG Dresden, NZM 2000, 153).

bb) Auch dann, wenn die Zedentin und der Beklagte im Notartermin einen Maklervertrag abgeschlossen hätten, würde dies der Klägerin nicht weiterhelfen. Auch ein auf diese Weise zustande gekommener Maklervertrag hätte keine weitergehenden Wirkungen als der bereits vor dem Termin geschlossene Vertrag (siehe oben 4). Auch insoweit stünde dem Anspruch der Klägerin entgegen, dass durch die Rücktrittsklausel die endgültige Bindung der Partner des Hauptvertrages bis zum Fristablauf aufgeschoben war.

cc) Ein selbständiges Provisionsversprechen des Beklagten in der Vermittlungsklausel kommt als Gegenstand eines Vertrages mit der Zedentin ebenso wenig in Betracht wie als Gegenstand eines Vertrages zugunsten Dritter (siehe dazu oben b cc).

d) Die Maklerklausel enthält keine Schuldübernahme (§ 415 BGB) durch den Beklagten. Einer Schuldübernahme steht bereits entgegen, dass es eine Verpflichtung der Verkäufer, die hätte übernommen werden können, nicht gab (s. o.).

### Anmerkung:

1. Das OLG Karlsruhe hatte sich mit den Auswirkungen eines vorbehaltenen vertraglichen Rücktrittsrechts auf Ansprüche aus dem Maklervertrag selbst und aus einer beurkundeten Maklerklausel zu beschäftigen. Das Urteil betrifft damit eine Gestaltungsaufgabe, die jeder Notar stellen muss, wenn der Vertragsvollzug in bestimmter Hinsicht noch ungewiss ist.<sup>1</sup> Im ersten Teil der Urteilsgründe betritt das OLG Karlsruhe kein juristisches Neuland, sondern bewegt sich auf weitgehend gesichertem Boden und behandelt die maklerrechtlichen Auswirkungen. Zwar entspricht es dem Grundsatz des § 652 Abs. 1 BGB, dass der bloße wirksame Vertragsabschluss den Makleranspruch auslöst. Auf die weitere Durchführung kommt es nicht an. Anders ist dies nur bei Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung, § 652 Abs. 1 Satz 2 BGB. Insoweit muss der Notar sich dessen bewusst sein, dass die Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung andere Wirkungen hat als die Vereinbarung eines sofort wirksamen Vertrags mit Rücktrittsvorbehalt. Zur aufschiebenden Bedingung greift die notarielle Praxis meist nicht, da die Auflassung bedingungsfeindlich ist und eine Unsicherheit, ob später die Bedingung eingetreten ist, vermieden werden soll. Hinsichtlich des Rücktrittsrechts ist nach Ansicht der Rechtsprechung zu unterscheiden, ob vertraglich lediglich ein gesetzliches Rücktrittsrecht nachgebildet wird oder das Rücktrittsrecht in seiner Wirkung einer aufschiebenden Bedingung

gleichkommen soll. Wird noch keine endgültige Bindung zwischen den Beteiligten gewünscht, so entsteht der Maklerlohnanspruch erst, wenn der Schwebezustand durch Fristablauf oder Bedingungsausfall beendet wurde.<sup>2</sup>

2. a) In dem für die notarielle Praxis wichtigeren Teil, nämlich Ziffer 5 der Urteilsgründe, setzt das OLG Karlsruhe sich mit den Auswirkungen der Maklerklausel auseinander. Die Maklerklausel in § 13 hat folgenden Wortlaut:<sup>3</sup>

„Die Firma \*\*\* wurde vom Käufer beauftragt. Die Vertragsparteien anerkennen, dass dieser Vertrag durch Vermittlung der Firma \*\*\* zustande gekommen ist. Der Käufer verpflichtet sich unter Freistellung des Verkäufers zur Zahlung der Maklercourtage in Höhe von 5 % des Kaufpreises zzgl. der gesetzlichen Umsatzsteuer an die Firma \*\*\* als eigene Schuld. Die Maklercourtage ist mit heutiger Vertragsunterzeichnung verdient und fällig.“

Das OLG tut sich in mehrerlei Hinsicht schwer mit der Auslegung dieser Maklerklausel. Zunächst ist aus Ziffer 5 a der Gründe ersichtlich, dass es nicht sicher von einem echten Vertrag zugunsten Dritter gem. § 328 Abs. 1 BGB ausgeht („wohl“). Dennoch unterstellt das OLG das Vorliegen eines solchen echten Vertrages zugunsten Dritter. Eindeutig ist die Klausel insoweit tatsächlich nicht. Es könnte sich auch um eine reine Freistellungspflicht des Käufers im Innenverhältnis gegenüber dem Verkäufer handeln, aus der der Makler keinerlei Rechte herleiten könnte.

b) Anschließend widmet das Gericht sich dem Kernpunkt der Entscheidung: Welche Auswirkungen hat der Rücktritt auf die Wirkungen der Maklerklausel? Zutreffend und folgerichtig wählt es den Ausgangspunkt bei § 334 BGB und § 328 Abs. 2 BGB. Gem. § 334 BGB stehen dem Versprechenden gegenüber dem Makler alle Einwendungen aus dem Kaufvertrag zu. Ist danach der Hauptvertrag nicht wirksam geworden, anfechtbar oder stehen sonstige Einwendungen im weitesten Sinne<sup>4</sup> zu, so kann der aus der Maklerklausel Verpflichtete dies auch dem Makler entgegenhalten. Auch der Rücktritt vom Hauptvertrag kann eine solche Einwendung im Sinne des § 334 BGB sein. Dementsprechend ist eine verbreitete Meinung in der Rechtsprechung bisher davon ausgegangen, der Rücktritt vom Hauptvertrag führe zum Erlöschen des Anspruchs aus der Maklerklausel als echtem Vertrag zugunsten Dritter.<sup>5</sup> Insoweit ist dem OLG Karlsruhe zuzustimmen.

Aus dieser Konsequenz können jedoch Folgeprobleme resultieren, wenn es sich um einen Fall der Abwälzung der Maklerprovision vom Verkäufer auf den Käufer handelt<sup>6</sup> und maklerrechtlich der Verkäufer für den Fall des Rücktritts aus dem Maklervertrag zur Provisionszahlung verpflichtet bleibt.<sup>7</sup>

<sup>2</sup> BGH, NJW 1997, 1583; 1998, 1205; *Schwerdtner*, Maklervertragsrecht, Rdnr. 486 ff.; vgl. für den Fall eines echten Vertrages zugunsten Dritter (§ 328 BGB) auch OLG Düsseldorf, MittRhNotK 1995, 233; OLG Köln, MittRhNotK 1992, 216; OLG Frankfurt/Main, NJW-RR 1986, 1176.

<sup>3</sup> Insoweit im Originalurteil des OLG Karlsruhe nicht angegeben, wohl aber in dem nicht veröffentlichten Tatbestand des LG Karlsruhe.

<sup>4</sup> Vgl. *Palandt/Heinrichs*, 63. Aufl. 2004, § 334 Rdnr. 3.

<sup>5</sup> OLG Düsseldorf, MittRhNotK 1995, 233; OLG Köln, MittRhNotK 1992, 216; OLG Frankfurt/Main, NJW-RR 1986, 1176; *MünchKommBGB/Roth*, § 652 Rdnr. 32; *Staudinger/Reuter*, BGB, §§ 652, 653 Rdnr. 166.

<sup>6</sup> Dies war nach der gewählten Regelung im Notarvertrag, wonach der Käufer den Verkäufer freistellen sollte, wohl der Fall.

<sup>7</sup> Dies war vorliegend nicht der Fall, ist aber dann von Bedeutung, wenn das vertragliche Rücktrittsrecht einem gesetzlichen nachgebildet ist.

<sup>1</sup> Vgl. mit zahlreichen Nachweisen *Althammer*, Die Maklerklausel im notariellen Grundstückskaufvertrag, S. 156 ff.; BGH, NJW-RR 1998, 1205.

Das sind Fälle, in denen Maklervertragsrecht und Maklerklausel auseinander fallen. Dies kann beispielsweise beim sog. Nettoauftrag<sup>8</sup> der Fall sein, wenn also der Verkäufer die Courtage selbst zahlen muss, wenn er sie nicht auf den Käufer überwälzt.<sup>9</sup> In diesem Fall fällt mit Vertragsaufhebung oder (gesetzlichem) Rücktritt die Maklerprovisionszahlungspflicht vom Käufer auf den Verkäufer zurück. Ob dies im Einzelfall gewünscht ist, sollte mit den Beteiligten bei entsprechender Vereinbarung klargestellt werden, um den Anforderungen einer klaren Regelung i. S. d. § 17 Abs. 1 BeurkG Genüge zu tun. Die Rücktrittsrechtsregelung des Notars enthielt keine klare Regelung für den Fall der Ausübung des Rücktritts.

Mit dieser Folgeproblematik hatte das OLG sich in der vorliegenden Sache allerdings nicht zu befassen, da nach seiner Ansicht der Rücktritt ausnahmsweise auch den maklerrechtlichen Anspruch selbst vernichtete.

c) Vom Grundsatz her ist dem OLG zuzustimmen, dass im Regelfall bei einer Maklerklausel gem. § 328 Abs. 2 BGB den Parteien des Hauptvertrages die Möglichkeit vorbehalten sein soll, den Anspruch des Maklers wieder einvernehmlich aufzuheben.<sup>10</sup>

d) Der vom OLG Karlsruhe bejahte „Einwendungsdurchgriff“ des § 334 BGB ist im vorliegenden Fall problematisch, da der Provisionsanspruch aus der Maklerklausel „mit heutiger Vertragsunterzeichnung verdient und fällig“ sein sollte. Der Verfasser hat bereits an anderer Stelle vor der Verwendung dieser Formulierung gewarnt.<sup>11</sup> Entsprechende Vereinbarungen sind schon häufig Gegenstand von Urteilen gewesen.<sup>12</sup> Die Regelung „verdient und fällig“ bringt deutlich zum Ausdruck, dass allein durch die Vertragsunterzeichnung der Anspruch des Maklers aus der Maklerklausel entstehen und bestandsfest werden soll – ggfs. abweichend vom Maklerrecht der §§ 652 ff. BGB. Genau dies ist der Grund, weswegen die Gerichte stets skeptisch auf die Regelung reagieren, da diese häufig bei genauer Erörterung mit den Beteiligten gerade nicht dem Willen der Beteiligten entspricht und dies für die Beteiligten gegebenenfalls nicht erkennbar ist. Durch eine entsprechende Klausel würde also entgegen dem Maklerrecht und entgegen § 652 Abs. 1 Satz 2 BGB ein Maklerlohnanspruch entstehen, der maklerrechtlich dem Makler nicht zusteht. Das OLG Karlsruhe reiht sich in der Auslegung dieser Klausel in eine Reihe anderer Gerichtsurteile<sup>13</sup> ein, die sich von dem vom Notar formulierten eindeutig entfernen. Das OLG ignoriert gewissermaßen den Wortlaut bzw. setzt sich über den Wortlaut hinweg. Die Ursache dieses Verhaltens der Gerichte ist offensichtlich ein Misstrauen gegenüber dem verantwortungsvollen Umgang der Notare mit Maklerklauseln. Es wird unterstellt, dass es sich um eine allgemeine standardmäßig verwendete Formulierung handelt, mit der „nichts weiter besonders geregelt“ werden soll. Maklerklauseln werden damit weitgehend entwertet. Sie werden von den Gerichten nur noch dann beim Wort genommen, wenn der Notar im Streitfall bestätigen kann, ausführlich über die Wirkungen der

Klausel bei Beurkundung gesprochen zu haben. Eine gründliche Erörterung sollte in jedem Fall erfolgen. Nicht abwegig gelangt das OLG zum Ergebnis, dass die Hauptvertragsbeteiligten vermutlich die unbedingte Maklerprovisionspflicht – über das eigentliche Maklerrecht hinaus<sup>14</sup> – nicht gewollt hätten und so nicht vereinbart hätten, wenn ihnen diese Folge bei der Beurkundung bewusst gewesen wäre. Auf diese Weise mahnt das Urteil des OLG Karlsruhe zum zurückhaltenden Umgang mit Maklerklauseln.

e) Schließlich stellte sich für das OLG Karlsruhe die – parallel gelagerte – Frage, ob durch die Maklerklausel ein *selbständiges* Schuldversprechen im Wege des echten Vertrages zugunsten Dritter begründet werden sollte. Grundsätzlich hätte das OLG Karlsruhe im Hinblick auf die Vereinbarung „verdient und fällig“ zu dem Ergebnis kommen müssen, dass der Anspruch zugunsten des Maklers von keinerlei weiteren Voraussetzungen, also auch nicht von weiteren maklervertraglichen Voraussetzungen, abhängig sein sollte. Aus den bereits oben besprochenen Gründen gelangt das OLG wiederum zu dem Ergebnis, dass keine über das Maklervertragsrecht hinausgehende Verpflichtung begründet werden sollte. Dies leitet das OLG auch aus der Verwendung des Wortes „Maklercourtage“ her (Ziff. 5 b aa der Urteilsgründe).

3. Aus dem vorstehenden Urteil lassen sich folgende Schlüsse ziehen:

- Die Formulierung „verdient und fällig“ ist zu vermeiden und wird von den Gerichten nicht beim Wort genommen.
- Wenn ein echter Vertrag zugunsten Dritter vereinbart wird, sollte dies in eindeutig formulierter Weise erfolgen.
- Wird gleichzeitig ein Rücktrittsrecht vereinbart, ist klarzustellen, welches Schicksal die Maklerklausel für den Fall des Rücktritts erleidet und wer einen gegebenenfalls bestehenden maklervertraglichen Anspruch aus § 652 BGB zu erfüllen hat (Kostentragungsregelung für den Fall des Rücktritts). Es ist zu regeln, inwieweit der Rücktritt eine Einwendung gem. § 334 BGB begründet bzw. nach § 328 Abs. 2 BGB ein Anspruch trotz Rücktritts aus der Maklerklausel bestehen bleiben soll.
- Bei Vereinbarung eines Rücktrittsrechts sollte, wenn ein *freies* Rücktrittsrecht gewünscht ist, dies klar zum Ausdruck gebracht werden, da hiervon die maklervertraglichen Folgen abhängen.

Notar Dr. Eckhard Wälzholz, Füssen

<sup>14</sup> Denn maklerrechtlich erlischt aufgrund des weitgehend im Einflussbereich des Käufers liegenden Rücktrittsrechts der Makleranspruch, der aber bei wörtlicher Betrachtung der Maklerklausel aufgrund dieser Regelung im Kaufvertrag trotz des Rücktritts bestehen bliebe.

<sup>8</sup> Vgl. zur Terminologie auch von Gerkan, NJW 1982, 1742 f. m. w. N. zur Folge bei der Grunderwerbsteuer.

<sup>9</sup> MünchKommBGB/Roth, § 652 Rdnr. 206.

<sup>10</sup> OLG Celle, MittBayNot 1986, 13; OLG Düsseldorf, MittRhNotK 1999, 106; OLG Hamm, VersR 1998, 850; OLG Düsseldorf, OLG-Report 1992, 178, 179.

<sup>11</sup> Wälzholz, MittBayNot 2000, 357 unter V. 3. c).

<sup>12</sup> BGH, NJW 1991, 168; NJW-RR 1990, 628; OLG Düsseldorf, OLGReport 1993, 271; MittRhNotK 1996, 322.

<sup>13</sup> Siehe die vorstehende Fußnote.

3. BGB §§ 242, 607 a. F., 780; HWiG § 1 a. F.; VerbrKrG §§ 3, 10 Abs. 2 a. F.; ZPO § 767 (Keine Auswirkungen des Widerrufs eines Darlehensvertrags auf Sicherungsgrundschuld)

1. Wer einen zur Finanzierung eines Grundstücks aufgenommenen Darlehensvertrag widerruft, kann sich von seiner Verpflichtung, den empfangenen Geldbetrag zurückzuzahlen, nicht dadurch befreien, dass er den Kreditgeber auf die erworbene Immobilie verweist.

2. **Auch im Falle eines wirksamen Widerrufs des Darlehensvertrags besteht der Rechtsgrund für eine Grundschuldbestellung, die ihrerseits den Rechtsgrund für die persönliche Haftungsübernahme mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung bildet, fort.**
3. **Auf eine mit einer Zwangsvollstreckungsunterwerfung verbundene persönliche Haftungsübernahme ist § 10 Abs. 2 VerbrKrG a. F. (= § 496 Abs. 2 BGB n. F.) nicht entsprechend anwendbar. (Leitsätze der Schriftleitung)**

OLG Düsseldorf, Urteil vom 16.7.2004, I-17 U 198/03

Aus den Gründen:

A.

Mit der vorliegenden Klage erstreben die Kläger, die Vollstreckung aus der notariellen Urkunde des Notars Dr. M. vom 23.6.1997 für unzulässig zu erklären, soweit sie aus Ziffer V dieser Urkunde wegen der in Höhe der Grundschuld übernommenen persönlichen Haftung betrieben wird.

Auf Vermittlung der I. GmbH, für die der Vermittler H. tätig wurde, erwarben die Kläger durch notariellen Vertrag vom 11.4./5.5.1997 von der C. GmbH eine Eigentumswohnung zum Preis von 107.070 DM. Zur Finanzierung des Kaufpreises und der Vertragskosten nahmen die Kläger – ebenfalls durch Vermittlung des Vermittlers H. – einen Kredit über eine Nettokreditsumme von 125.000 DM (63.911,49 €) auf. Nach dem diesbezüglich am 14./24.4.1997 geschlossenen Darlehensvertrag erfolgte die Kreditvergabe in der Weise, dass den Klägern nach Zuteilungsreife der zugleich abgeschlossenen Bausparverträge von der Beklagten ein Darlehen in Höhe von 69.000 DM und bis zu diesem Zeitpunkt von der mit der Beklagten verbundenen Landesbank B. ein sogenannter Vorkredit in Höhe von 125.000 DM gewährt wurde, dessen Tilgung mit den zugeteilten Bausparsummen erfolgen sollte. Nach dem Darlehensvertrag sollten die Kredite gesichert werden u. a. durch die Bestellung einer Grundschuld an dem erworbenen Objekt in Höhe von 125.000 DM nebst 12 % Zinsen, und zwar zugunsten der Beklagten.

In Ansehung dieser Vereinbarungen bestellten die Kläger durch notarielle Urkunde vom 23.6.1997 zugunsten der Beklagten eine entsprechende Grundschuld an dem erworbenen Wohnungseigentum. In derselben Urkunde übernahmen sie die persönliche Haftung hinsichtlich des Grundschuldbetrages und unterwarfen sich insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Urkunde in ihr gesamtes Vermögen.

Mit Schreiben vom 18.4.2002 widerriefen die Kläger den Darlehensvertrag, ohne Tilgungsleistungen erbracht zu haben.

Am 5.4.2003 trat die Landesbank B. alle Ansprüche aus dem am 14./24.4.1997 geschlossenen Darlehensvertrag an die Beklagte ab. (...)

B.

(...)

I.

Die Vollstreckungsgegenklage ist nicht begründet, da den Klägern keine Einwendungen gegen den in der notariellen Urkunde des Notars Dr. M. vom 23.6.1997 titulierten Anspruch zustehen; dieser Anspruch besteht vielmehr weiterhin in durchsetzbarer Weise.

1. In der notariellen Grundschuldbestellungsurkunde haben die Kläger für die Zahlung des Grundschuldbetrages die persönliche Haftung übernommen und sich wegen dieser Haftung der Beklagten gegenüber der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Urkunde in ihr gesamtes Vermögen unter-

worfen. Rechtlich ist diese Vereinbarung als ein abstraktes Schuldversprechen im Sinne des § 780 BGB zu qualifizieren (vgl. BGH, NJW 1987, 318, 320), gegen dessen wirksame Begründung keine Bedenken bestehen und auch von den Klägern nicht erhoben werden.

2. Die Kläger können auch nicht nach § 821 BGB die Erfüllung dieser von ihnen eingegangenen Verpflichtung verweigern, weil sie die sich aus dem Schuldversprechen ergebende Verpflichtung ohne rechtlichen Grund eingegangen wären.

Der Grund für die persönliche Haftungsübernahme bestand nach dem klaren und eindeutigen Wortlaut der in der Grundschuldbestellungsurkunde getroffenen Sicherungsabrede in der von den Klägern zugleich wirksam bestellten Grundschuld, die ihrerseits die sich aus dem am 11.4./5.5.1997 geschlossenen Darlehensvertrag ergebenden Forderungen besicherte. Der Rechtsgrund für das Schuldversprechen, das folglich mittelbar den Sicherungszweck der Grundschuld teilt (vgl. BGH, NJW 1987, 318, 320; ZIP 1999, 1591), könnte daher nur entfallen sein, wenn die Kläger die Erfüllung ihrer sich aus der Grundschuld ergebenden Verpflichtungen ebenfalls nach § 821 BGB verweigern könnten, weil die Grundschuld ihrerseits kondizierbar wäre. Dies ist indes nicht der Fall.

a. Den Rechtsgrund für die Grundschuldbestellung wiederum bildete die diesbezüglich getroffene Sicherungsabrede. Dieser Rechtsgrund ist – entgegen der Ansicht der Kläger – nicht entfallen.

aa. Die Sicherungsabrede für die Grundschuldbestellung ist wirksam zustande gekommen. Sie ergibt sich aus § 2 des am 11.4./5.5.1997 geschlossenen Darlehensvertrages in Verbindung mit Nr. 11 der dem Darlehensvertrag beigefügten Schuldurkunde, wonach die von den Klägern zu bestellende Grundschuld der Besicherung „aller gegenwärtigen und künftigen Forderungen der Gläubigerin gegen die Darlehensnehmer aus jedem Rechtsgrund“ dienen sollte. Gegen die Wirksamkeit dieser Vereinbarung ergeben sich keine Bedenken, und zwar auch nicht, soweit ihr mittelbar auch Bedeutung für die persönliche Haftungsübernahme der Kläger zukommt. Die formularmäßige Beschreibung des Sicherungszwecks für die Grundschuld und mittelbar für das Schuldversprechen verstößt insbesondere nicht gegen § 3 AGBG a. F., da die Kläger aufgrund der jahrzehntelang praktizierten Verwendung solcher Abreden mit einer solchen Klausel rechnen mussten (vgl. BGH, WM 2003, 64, 65 f.; NJW 2004, 158, 159) und die Kläger hierdurch auch nicht unangemessen benachteiligt werden (vgl. BGH, a. a. O.).

Ohne Belang ist es auch, dass die Beklagte als Grundschuldgläubigerin und Gläubigerin aus dem Schuldversprechen jedenfalls in der ersten Phase der Darlehenszeit (Vorausdarlehen) nicht zugleich auch Gläubigerin des Darlehens war. Zwar weisen die Kläger insoweit zutreffend darauf hin, dass der Darlehensvertrag, soweit das Vorausdarlehen gewährt worden ist, – entgegen der Ansicht des Landgerichts – nicht mit der Beklagten, sondern mit der Landesbank B. geschlossen worden ist, die bei Abschluss des Vertrages durch die Beklagten und diese wiederum durch den Kreditvermittler H. vertreten worden ist. Dies ändert jedoch nichts an der Wirksamkeit der getroffenen Sicherungszweckerklärungen und der Wirksamkeit der Sicherheitsbestellungen, zumal auf diese Zusammenhänge und die Treuhandstellung der Beklagten im Darlehensvertrag ausdrücklich hingewiesen worden ist.

bb. Der in der vorgenannten Sicherungsabrede bestehende Rechtsgrund für die Grundschuldbestellung ist auch nicht durch den Widerruf des Darlehensvertrages deshalb entfallen,

weil hierdurch der vereinbarte Sicherungszweck weggefallen wäre.

Dabei kann dahinstehen, ob die Kläger aus dem Darlehensvertrag noch primären Erfüllungsansprüchen ausgesetzt sind, die durch die Grundschild in erster Linie besichert werden sollten und auf die sich folglich mittelbar auch die Übernahme der persönlichen Haftung und die Unterwerfungserklärung der Kläger bezieht. Denn selbst wenn – wie die Kläger geltend machen – diese Verbindlichkeiten infolge des von ihnen nach Maßgabe des § 1 Abs. 1 Satz 1 HWiG a. F. in Verbindung mit § 2 HWiG a. F. erklärten Widerrufs des Darlehensvertrages erloschen sein sollten, so besteht jedenfalls noch nach § 3 Abs. 1 Satz 1 HWiG a. F. ein Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens.

Dieser Anspruch wird durch die Grundschild und die mit der Zwangsvollstreckungsunterwerfung verbundene persönliche Haftungsübernahme ebenfalls gesichert. Dies folgt nach zutreffender Ansicht der Beklagten aus der vorbeschriebenen Sicherungsabrede, ausweislich derer die Grundschild der Sicherung aller gegenwärtigen und künftigen Forderungen der Gläubigerin gegen die Schuldner aus jedem Rechtsgrund diene. Eine so weite Sicherungszweckerklärung der mit den Schuldnern identischen Grundschildbesteller sichert im Falle der Unwirksamkeit des Darlehens Bereicherungsansprüche der Darlehensgeberin ab (vgl. BGHZ 114, 57, 72; BGH, WM 2003, 64, 66). Abgesichert ist damit auch ein etwaiger Anspruch aus § 3 HWiG a. F., da dieser Rückgewähranspruch der Sache nach nichts anderes ist als ein Anspruch auf Herausgabe des rechtsgrundlos Erlangten und damit ein besonders ausgestalteter Bereicherungsanspruch (vgl. BGH, WM 2003, 64, 66; BGHZ 131, 82, 87; BGH, WM 2003, 483, 484; NJW 2004, 158, 159 m. w. N.).

Soweit sich die Kläger darauf berufen, die Darlehensbedingungen der Beklagten, in denen die weitere Sicherungszweckerklärung enthalten ist, sei nicht wirksam in den Darlehensvertrag einbezogen worden, schließt auch das eine Absicherung des Rückgewähranspruchs durch die Grundschild und die persönliche Haftungsübernahme mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung nicht aus. Eine Sicherungsabrede, die formlos und konkludent getroffen werden kann und die den Entschluss zum Abschluss des zu sichernden Vertrages entscheidend fördert, erfasst nämlich auch ohne entsprechende ausdrückliche Vereinbarung regelmäßig nicht nur die eigentlichen Erfüllungsansprüche, sondern auch diejenigen, die als typische Folgeansprüche für den Fall einer sich im Laufe der Vertragsabwicklung herausstellenden Unwirksamkeit der Erfüllungsansprüche entstehen. Nur bei Vorliegen besonderer, vom Schuldner darzulegender und zu beweisender Gründe, die ausnahmsweise gegen die Einbeziehung der Folgeansprüche in die Sicherungsvereinbarung sprechen könnten (vgl. BGHZ 114, 57, 72 f.; BGH, NJW 2004, 158, 159), kann etwas anderes gelten. Solche Gründe haben die Kläger aber nicht vorgetragen. Sie stützen sich lediglich darauf, dass eine Vereinbarung, wonach auch Folgeansprüche von der Abrede umfasst gewesen sein sollten, gerade nicht getroffen worden sei. Dieser Vortrag schließt angesichts der auch konkludent möglichen Vereinbarung einer Sicherungszweckabrede aber gerade nicht aus, dass auch die gewöhnlichen Folgeansprüche nach dem Willen der Beteiligten gesichert sein sollten, zumal es auch im Interesse der beteiligten Vertragsparteien lag, dass zumindest auch Ansprüche aus der Rückabwicklung des Vertrages von der Sicherung umfasst sein sollten.

cc. Zu Unrecht berufen sich die Kläger in diesem Zusammenhang auch darauf, der von ihnen mit Anwaltschreiben

vom 18.4.2004 erklärte Widerruf umfasse auch die der Grundschild mit persönlicher Haftungsübernahme und Vollstreckungsunterwerfung zugrundeliegende Sicherungsvereinbarung mit der Folge, dass die Beklagte die eingeräumten Sicherheiten gemäß § 3 HWiG a. F. zurückzugewähren habe.

Diese Auffassung ist bereits deshalb unzutreffend, weil die Auslegung der Widerrufserklärung nicht ergibt, dass die Kläger ihr einen so weitreichenden Inhalt beigemessen haben. Wie oben bereits näher ausgeführt worden ist, sind zwischen den Parteien zwei Sicherungsvereinbarungen getroffen worden, nämlich zum einen die der persönlichen Haftungsübernahme zugrundeliegende, die in der notariellen Grundschildbestellungsurkunde vom 23.6.1997 enthalten ist, und zum anderen die der Grundschild zugrundeliegende, die anlässlich des Abschlusses des Darlehensvertrages vom 11.4./5.5.1997 zustande gekommen ist. Bei beiden Vereinbarungen – auch bei der letztgenannten – handelt es sich um selbständige vertragliche Abreden, die zwar aus Anlass der besicherten Darlehensverträge, aber nicht als deren Teil zustande gekommen sind, wie sich schon daraus ergibt, dass die in den Sicherungsvereinbarungen getroffenen Regelungen ihrem Inhalt nach nicht das Darlehen selbst, sondern lediglich dessen Absicherung betreffen. Im Hinblick auf die Widerrufserklärung folgt daraus, dass die Sicherungsvereinbarungen nicht automatisch von einem Widerruf eines der gewährten Darlehen erfasst werden, sondern nur dann, wenn sich der Erklärung entnehmen ließe, dass damit ausdrücklich oder konkludent auch die Sicherungsvereinbarungen widerrufen werden sollten. Gerade derartige Anhaltspunkte sind der Widerrufserklärung der Kläger jedoch nicht zu entnehmen. Im Gegenteil bezieht sich deren Widerrufserklärung ausdrücklich nur auf das „Vorausdarlehen über 125.000 DM“, wobei diese Formulierung zeigt, dass die anwaltlich vertretenen Kläger zwischen den einzelnen Abreden (Vorausdarlehen, Bauspardarlehen, Sicherungsvereinbarung) zu differenzieren vermochten und auch differenziert haben.

Aber selbst wenn man dies anders sehen und der jetzigen Auffassung der Kläger folgend annehmen wollte, ihre Widerrufserklärung habe sich auch auf die der Grundschild zugrundeliegende Sicherungsvereinbarung bezogen, ist diese nicht wirksam nach § 1 Abs. 1 HWiG a. F. widerrufen worden. Dies gilt selbst dann, wenn man auch das Sicherungsgeschäft deshalb als Vertrag über eine entgeltliche Leistung im Sinne des § 1 Abs. 1 HWiG a. F. ansieht, weil die in ihm enthaltene Verpflichtung der Kläger zur Bestellung der Grundschild in der – der Beklagten erkennbaren – Erwartung übernommen worden ist, ihnen – den Klägern – werde daraus insofern ein Vorteil erwachsen, als die Beklagte bzw. die Landesbank B. ihnen dann – und nur dann – die Darlehen gewähren würden (vgl. BGH, NJW 1996, 55, 56). Auch unter dieser Prämisse scheidet ein Widerrufsrecht jedenfalls deshalb aus, weil der Widerruf nicht rechtzeitig ausgeübt worden ist.

Nach § 2 Abs. 1 Satz 4 HWiG a. F. erlischt das Widerrufsrecht selbst im Falle einer unterbliebenen Belehrung nämlich spätestens einen Monat nach der beiderseits vollständigen Erbringung der geschuldeten Leistungen. Die im Rahmen des Sicherungsgeschäfts geschuldeten Leistungen bestanden – wie bereits erwähnt – darin, dass einerseits die Kläger zur Grundschildbestellung und andererseits die Landesbank B. zu der Darlehensgewährung verpflichtet waren. Diese Leistungspflichten sind aber unstreitig in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang mit dem Zustandekommen der Vereinbarungen beiderseits dadurch erfüllt worden, dass die Kläger am 23.6.1997 die Grundschild bestellt und die Landesbank B. im Gegenzug die Darlehensvaluta an die Klägerin bzw. zur Ab-

kürzung der Leistungswege unmittelbar an die Verkäuferin der Immobilie (vgl. BGH, NJW 2003, 422, 423 m. w. N.) ausbezahlt hat. Daraus folgt, dass zum Zeitpunkt der mehr als vier Jahre später erfolgten Widerrufserklärung vom 18.4.2002 die Monatsfrist des § 2 Abs. 1 Satz 4 HWiG a. F. längst abgelaufen war.

dd. Der oben näher beschriebene, sich auch auf die Rückgewähransprüche nach § 3 HWiG a. F. erstreckende Sicherungszweck der Grundschuld, der mittelbar auch für die mit der Vollstreckungsunterwerfung verbundene persönliche Haftungsübernahme Bedeutung hat, ist schließlich auch nicht deshalb entfallen, weil – wie die Kläger meinen – nach dem erfolgten Widerruf des Darlehensvertrages nicht mehr – wie in den Sicherungsvereinbarungen zugrunde gelegt – irgendwelche Zahlungsansprüche gegeben seien, die Beklagte vielmehr allenfalls noch die Übertragung des Eigentums an der finanzierten Immobilie Zug um Zug gegen die Feststellung aus den Darlehensverpflichtungen verlangen könne. Diese Auffassung der Kläger trifft indes nicht zu.

Im Falle eines wirksamen Widerrufs des Darlehensvertrages sind nach § 3 Abs. 1 Satz 1 HWiG a. F. die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Grundsätzlich bedeutet dies, dass die in dem jeweiligen Kausalverhältnis erlangten Leistungen zurückzugewähren sind. Danach hat die Beklagte im Falle der Wirksamkeit des Widerrufs gegen den Kläger einen Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens. Dies gilt auch dann, wenn – wie hier – die Darlehensvaluta auf Weisung der Darlehensnehmer an einen Dritten – hier die Verkäuferin der Immobilie – ausgezahlt worden ist. Auch in diesem Fall haben die Darlehensnehmer regelmäßig den Darlehensbetrag im Sinne des § 607 BGB a. F. empfangen, wenn der von ihnen als Empfänger namhaft gemachte Dritte das Geld vom Darlehensgeber erhalten hat (vgl. BGH, NJW 2003, 422, 423 m. w. N.). Dementsprechend gilt ein Darlehen auch dann als empfangen im Sinne des § 7 VerbrKrG, wenn der Kreditgeber es vereinbarungsgemäß an einen Dritten ausgezahlt hat.

Eine andere Beurteilung wäre nur dann geboten, wenn der Darlehensvertrag und der Kaufvertrag über die Eigentumswohnung eine wirtschaftliche Einheit bilden. Dies ist indes nicht der Fall.

aaa. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der der Senat folgt, sind der Realkreditvertrag und das finanzierte Grundstücksgeschäft grundsätzlich nicht als zu einer wirtschaftlichen Einheit verbundene Geschäfte anzusehen (vgl. BGHZ 150, 248, 262 f.; BGH, WM 2003, 483, 484 f.; NJW 2004, 158 m. w. N.; 2004, 153). Dem hat der Gesetzgeber Rechnung getragen, indem er in § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG bestimmt hat, dass die Regelungen über verbundene Geschäfte (§ 9 VerbrKrG) auf Realkredite im Sinne des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG keine Anwendung finden und dass das für Realkredite, die dieser Vorschrift unterfallen, angesichts des eindeutigen Wortlauts der Bestimmung ausnahmslos gilt (vgl. BGHZ 152, 331, 337; BGH, ZIP 2003, 1741, 1743; NJW 2004, 153; 2004, 158). Denn nach den Feststellungen des Landgerichts handelt es sich hier um einen solchen Realkreditvertrag, nämlich um einen Darlehensvertrag, bei dem der Kredit von der Sicherung durch ein Grundpfandrecht abhängig gemacht und zu für grundpfandrechlich abgesicherte Kredite üblichen Bedingungen gewährt worden ist. Damit ist für die Annahme eines verbundenen Geschäfts im Sinne des § 9 VerbrKrG a. F. kein Raum. Der Widerruf des Realkreditvertrages berührt daher die Wirksamkeit des Kaufvertrages über die Eigentumswohnung nicht. Unterstellt man also die Wirksamkeit des von den Klägern erklärten Widerrufs, so hatte ursprünglich die Landesbank B. und nunmehr nach er-

folgter Abtretung die Beklagte vielmehr gemäß § 3 Abs. 1 HWiG a. F. gegen die Kläger einen Anspruch auf Erstattung des ausgezahlten Nettokreditbetrages sowie auf dessen marktübliche Verzinsung (vgl. BGHZ 152, 331, 336, 338; BGH, WM 2003, 64, 66; ZIP 2003, 1741, 1743; NJW 2004, 158). Der Umstand, dass die Kläger als Darlehensnehmer die Valuta nicht selbst erhalten haben, steht dem – wie oben näher ausgeführt worden ist – nicht entgegen, da dies lediglich der Verkürzung der Leistungswege diene.

Die gebotene richtlinienkonforme Auslegung des § 5 Abs. 2 HWiG a. F. (vgl. BGHZ 150, 248, 253 ff.) ändert daran nichts. Sie hat nicht zur Folge, dass das Verbraucherkreditgesetz für Geschäfte der vorliegenden Art generell nicht zu beachten wäre. Haustürwiderrufs- und Verbraucherkreditgesetz stehen insoweit vielmehr ebenso nebeneinander wie die Haustürgeschäfte- und [die] Verbraucherkreditrichtlinie (vgl. BGHZ 150, 248, 263; 152, 331, 338; BGH, NJW 2004, 158 m. w. N.). Die Haustürgeschäfte-Richtlinie 85/577 EWG steht dem nicht entgegen, weil ihr Artikel 7 die Regelung der Rechtsfolgen des Widerrufs von Haustürgeschäften ausdrücklich dem einzelstaatlichen Recht überlässt (vgl. BGHZ 152, 331, 338; BGH, NJW 2004, 153, 154; 2004, 158 m. w. N.). Das gilt, wie der Europäische Gerichtshof hervorgehoben hat, gerade auch für die Folgen eines Widerrufs des Realkreditvertrages für den Kaufvertrag über die Immobilie (vgl. EuGH, WM 2001, 2434, 2437). Dies legt den Schluss nahe, dass der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften – auch unter Beachtung der praktischen Wirksamkeit der Richtlinie (effet utile) – nicht verlangt, dass der Darlehensnehmer die direkt an den Wohnungsverkäufer ausgezahlte Darlehensvaluta im Falle eines Widerrufs des Darlehensvertrages nach der Haustürgeschäfte-Richtlinie nicht zurückzahlen muss, sondern er die kreditgebende Bank auf etwaige Ansprüche gegen den Wohnungsverkäufer verweisen kann. Hinzu kommt, dass die Haustürgeschäfte-Richtlinie keinerlei Vorschriften über verbundene Geschäfte enthält, sondern in Artikel 3 Abs. 2 lit. a bestimmt, dass sie für Verträge über den Kauf von Immobilien nicht gilt (vgl. BGH, WM 2003, 2186, 2187; NJW 2004, 153, 154). In Anbetracht dieser klaren Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft ist eine Vorlage an den Gerichtshof im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens nach Artikel 234 EWGV, wie sie von den Klägern angeregt wird, nicht angezeigt (vgl. BGH, a. a. O.).

bbb. Auch eine analoge Anwendung des § 9 VerbrKrG a. F. kommt nicht in Betracht. Sie scheidet bereits daran, dass es nach den vorstehenden Darlegungen bereits an einer unbewussten Regelungslücke fehlt.

ccc. Ein Einwendungsdurchgriff nach den von der Rechtsprechung hierfür aus § 242 BGB hergeleiteten Grundsätzen vom verbundenen Geschäft (vgl. BGH, NJW 2000, 3065 f. m. w. N.) scheidet im Ergebnis ebenfalls aus. Bei der Schaffung des § 9 VerbrKrG a. F. war dem Gesetzgeber die vorerwähnte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 242 BGB bekannt. In Anlehnung an diese Rechtsprechung hat der Gesetzgeber eine gesetzliche Regelung getroffen, die die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zum Teil übernommen, zum Teil aber auch modifiziert hat. Die Entscheidung des Gesetzgebers, Realkredite von der Regelung des § 9 VerbrKrG a. F. auszunehmen, ist deshalb als bewusst getroffene, abschließende Regelung anzusehen, die den Rückgriff auf § 242 BGB verbietet (vgl. BGH, NJW 2004, 1376, 1378 m. w. N.).

Danach kommt eine Heranziehung der aus § 242 BGB von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über verbundene Geschäfte auch dann nicht in Betracht, wenn die Kläger – wie hier zu unterstellen ist – den Darlehensvertrag nach dem

Haustürgeschäftewiderrufsgesetz wirksam widerrufen haben. Dann sind die empfangenen gegenseitigen Leistungen nach § 3 HWiG a. F. zurückzugewähren.

Die Kläger vermögen sich in diesem Zusammenhang von ihrer Verpflichtung, den empfangenen Geldbetrag zurückzahlen, nicht dadurch zu befreien, dass sie die Beklagte auf die von ihnen erworbene Immobilie verweisen. Damit würde das Risiko der Verwendung des empfangenen Darlehens zu Unrecht auf den Kreditgeber abgewälzt. Dieses Verwendungsrisiko trägt ein Darlehensnehmer sogar dann, wenn der Kreditvertrag aus Gründen unwirksam ist, die die Rechte des Darlehensnehmers weit stärker tangieren als der Abschluss eines Kreditvertrages in oder aufgrund einer Haustürsituation. So hat ein Darlehensnehmer das empfangene Darlehenskapital etwa auch dann uneingeschränkt zurückzahlen, wenn der Kreditvertrag wegen Wuchers oder deshalb nichtig ist, weil der Darlehensnehmer ihn wegen arglistiger Täuschung wirksam angefochten hat. Auch in diesen Fällen ist einem Kreditnehmer die Berufung auf einen Wegfall der Bereicherung infolge Untergangs der Darlehensvaluta nach allgemeinen Grundsätzen versagt. Er weiß, dass er das ihm zur zeitweiligen Nutzung überlassene Kapital nicht auf Dauer behalten darf, und steht deshalb nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dem Empfänger einer Leistung gleich, der den Mangel des Rechtsgrundes kennt und deshalb nach § 819 BGB verschärft haftet (vgl. BGHZ 83, 293, 295; BGH, NJW 1999, 1636, 1637; 2004, 1376, 1378). Das ist bei einem Kreditnehmer, der einen Darlehensvertrag gemäß § 1 HWiG a. F. wirksam widerrufen hat, nicht anders. Auch er weiß, dass er das ihm nur zur zeitweiligen Nutzung überlassene Kapital letztlich nicht behalten darf. An der deshalb nach § 819 BGB verschärften Haftung ändert die Vorschrift des § 3 Abs. 1 Satz 3 HWiG a. F. nichts. Sie bürdet allein die Gefahr des zufälligen Untergangs und der nicht zu vertretenden Verschlechterung einer Sachleistung, die zum endgültigen Verbleib im Vermögen des Kunden erbracht wurde, dem Geschäftspartner auf. Das mit der Verwendung der – vereinbarungsgemäß zurückzahlenden – Darlehensvaluta verbundene wirtschaftliche Risiko hat damit nichts zu tun; zur Rückgewähr des ausbezahlten Darlehenskapitals bleibt der Kunde deshalb nach § 3 Abs. 1 HWiG auch bei verlustreichen Geschäften verpflichtet (vgl. BGH, NJW 1999, 1636, 1637; 2004, 1376, 1378).

Damit wird der Schutzzweck des Haustürgeschäftewiderrufsgesetzes nicht verfehlt. Das Widerrufsrecht nach § 1 Abs. 1 HWiG dient dem Zweck, die rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit des Kunden zu gewährleisten, indem es ihm die Möglichkeit einräumt, sich von einem aufgrund einer – mit einem Überraschungsmoment verbundenen – Haustürsituation geschlossenen Vertrag zu lösen. Bei einem Darlehensvertrag dient das Widerrufsrecht jedoch nicht dem Ziel, das wirtschaftliche Risiko der Verwendung des Darlehens vom Darlehensnehmer auf den Darlehensgeber abzuwälzen. Dieses Verwendungsrisiko verbleibt vielmehr beim Darlehensnehmer; andernfalls würde er besser stehen als ein Anleger, der den Immobilienerwerb aus eigenen Mitteln finanziert hat (vgl. BGH, NJW 2004, 1376, 1378).

b. Im Ergebnis besteht somit auch im Falle eines wirksamen Widerrufs des Darlehensvertrages nach § 1 Abs. 1 Satz 1 HWiG a. F. der Rechtsgrund für die Grundschuldbestellung, die ihrerseits wiederum den Rechtsgrund für die persönliche Haftungsübernahme mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung bildet, weiter fort, und zwar in ungeschmälerterem Umfang.

Letzteres ergibt sich daraus, dass der Darlehensgeber von den Darlehensnehmern nach einem Widerruf des Darlehensvertrages gemäß § 3 Abs. 1 HWiG a. F. nicht nur die Erstattung des

ausgezählten Nettokreditbetrages verlangen kann, sondern er vielmehr auch Anspruch auf dessen marktübliche Verzinsung hat. Dies folgt aus § 818 Abs. 2 BGB, der auf den Rückgewähranspruch nach § 3 HWiG a. F. entsprechend anwendbar ist, weil es sich hierbei um nichts anderes als einen besonders ausgestalteten Bereicherungsanspruch handelt (vgl. BGHZ 131, 82, 87; 152, 331, 336, 338; BGH, NJW 2004, 158 f. m. w. N.). Nach dem beiderseitigen Vortrag der Parteien ist nichts dafür ersichtlich, dass die von der persönlichen Haftungsübernahme umfassten Zinsen nicht einer marktüblichen Verzinsung entsprechen.

3. Dem Fortbestand und der Durchsetzbarkeit des mit der Vollstreckungsunterwerfung verbundenen Schuldversprechens steht – entgegen der Ansicht der Kläger – schließlich auch nicht eine analoge Anwendung des § 10 Abs. 2 VerbrKrG a. F. entgegen.

In der unmittelbaren Anwendung dieser Norm darf der Kreditgeber von einem Verbraucher weder zur Sicherung seiner Kreditforderung einen Scheck entgegennehmen noch darf er den Verbraucher verpflichten, für die Kreditforderungen eine Wechselverbindlichkeit einzugehen. Auf eine mit einer Zwangsvollstreckungsunterwerfung verbundene persönliche Haftungsübernahme, wie sie hier in Rede steht, ist diese Vorschrift aber nicht entsprechend anwendbar. Insofern fehlt es bereits an der für eine analoge Anwendbarkeit erforderlichen unbewussten Regelungslücke. Im Zeitpunkt der Schaffung des Verbraucherkreditgesetzes entsprach es vielmehr bereits jahrzehntelanger Praxis, dass sich der mit dem persönlichen Kreditschuldner identische Grundschuldbesteller bei Bankdarlehen regelmäßig der Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterwerfen muss. Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber dies übersehen hat. Vielmehr ist – im Gegenteil – anzunehmen, dass der Gesetzgeber diese Praxis gerade nicht unterbinden, sondern auch im Anwendungsbereich des Verbraucherkreditgesetzes weiter gestatten wollte.

Hinzu kommt, dass die Situation einer Zwangsvollstreckungsunterwerfung auch nicht vergleichbar ist mit einer nach § 10 Abs. 2 VerbrKrG a. F. verbotenen Wechsel- oder Scheckhingabe. Nach dem Sinn und Zweck des § 10 Abs. 2 VerbrKrG a. F. soll vermieden werden, dass die umlauffähigen Zahlungsmittel des Wechsels und des Schecks – unter Entfremdung ihrer eigentlichen Funktion – als Sicherungsmittel dergestalt genutzt werden, dass der Verbraucher in Wechsel- und Scheckverfahren (§ 598 ZPO) unter Ausschluss der Einwendungen aus dem Grundgeschäft in Anspruch genommen werden kann und ihm auch darüber hinaus – im Hinblick auf die Umlauffähigkeit von Wechsel und Scheck – möglicherweise die Erhebung von Einwendungen erschwert oder gar vollständig abgeschnitten werden kann (vgl. Artikel 17 WG). Alle diese Gefahren bestehen indes bei einer persönlichen Haftungsübernahme mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung nicht. Ihr eigentlicher Zweck besteht vielmehr darin, dem Gläubiger eine gerichtliche Geltendmachung seiner Ansprüche in der Regel zu ersparen und ihm zu einem durchsetzbaren Titel zu verhelfen, ohne dass damit – wie der vorliegende Fall zeigt – dem Schuldner irgendwelche Einwendungen abgeschnitten werden. Er kann vielmehr im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage nach §§ 767, 794 Nr. 5, 795 ZPO dieselben Einwendungen erheben wie bei einer klageweisen Geltendmachung der Ansprüche aus dem Darlehen bzw. aus der Grundschuld, und zwar ohne jede Präklusionswirkung (§ 797 Abs. 4 ZPO).

4. BGB § 925; ZPO §§ 3, 6 (*Streitwert einer Auflassungsklage*)**Der Streitwert einer Auflassungsklage ist nach den Wertungen des materiellen Rechts gem. § 3 ZPO zu bestimmen. (Leitsatz der Schriftleitung)**

Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss vom 9.11.2004, 4 W 70/04

*Aus den Gründen:*

Die Kläger hatten mit notariellem Vertrag vom 27.8.1999 von der Beklagten eine Eigentumswohnung zum Preis von 280.000 DM gekauft. Gem. § 12 des Kaufvertrages sollte die Auflassung durch die Bevollmächtigten des Notars erklärt werden, „sobald der Kaufpreis vollständig entrichtet worden ist“.

Die Kläger haben wegen behaupteter Mängel die Freigabe der letzten Rate für das Gebäude in Höhe von 14.000 DM verweigert und Klage mit dem Ziel erhoben, dass das Grundstück an sie aufgelassen wird, was durch Erklärung der Beklagten gegenüber den Bevollmächtigten des Notars geschehen sollte.

Der Streitwert war gem. § 3 ZPO auf 14.000 DM (= 7.158 €) festzusetzen, denn lediglich um diesen Betrag ging der eigentliche Streit der Parteien. Die besonderen Umstände des Streits sprechen dagegen, den Streitwert – wie es das Landgericht getan hat – gem. § 6 ZPO mit dem Wert der verkauften Eigentumswohnung anzusetzen. Der Senat schließt sich insoweit der in Rechtsprechung und Literatur im Vordringen begriffenen Auffassung an, den Wert des Streitgegenstandes nach den Wertungen des materiellen Rechts gem. § 3 ZPO zu bestimmen (vgl. *Schneider/Herget*, Streitwertkommentar, 11. Aufl., Rdnr. 322 ff.; *Zöller/Herget*, ZPO, 24. Aufl., § 3 Rdnr. 16 Stichwort Auflassung; OLG Schleswig vom 9.3.1998, 4 W 8/98, OLGR Schleswig 1998, 156, 157).

§ 6 ZPO behandelt Besitzklagen, bei denen es um die Erlangung oder Wiedererlangung des Besitzes geht, während die Auflassungsklage lediglich auf Abgabe einer Willenserklärung – hier gegenüber den bereits Bevollmächtigten des Notars – gerichtet ist. Über die eigentliche und grundsätzliche Verpflichtung der Beklagten, zugunsten der Kläger die Auflassung zu erklären, besteht jedoch kein Streit. Streitig war nach dem einseitig gebliebenen Vortrag der Kläger lediglich, ob sie – wegen behaupteter Mängel – die Freigabe der letzten Rate wegen möglicher Mängel und des daraufhin geltend gemachten Anspruchs auf Zahlung eines Kostenvorschusses für die erforderliche Nachbesserung verweigern durften. Danach war das Interesse der Kläger materiell lediglich darauf gerichtet, die Auflassung zu erlangen, ohne den Kaufpreis gem. § 12 des notariellen Kaufvertrages vollständig zu entrichten, um mit dem zurückgehaltenen Kaufpreis ein Druckmittel zur Durchsetzung ihrer Mängelbeseitigungsansprüche zu haben.

Da der Streit materiell mithin ausschließlich um den offenen Kaufpreisrest in Höhe von 14.000 DM (rd. 5 % vom Kaufpreis der Eigentumswohnung) ging, war der Streitwert entsprechend festzusetzen.

**Hinweis der Schriftleitung:**

Vgl. hierzu die entgegengesetzte Entscheidung des OLG Köln vom 12.11.2004, MittBayNot 2005, 139 (nachstehend). Zu den Streitwertunterschieden zwischen aufgeschobener Auflassung und bloßer Vorlagesperre siehe *Amann*, MittBayNot 2001, 150.

5. BGB § 925; ZPO § 6 (*Streitwert einer Auflassungsklage*)**Der Streitwert einer Auflassungsklage ist nach dem Verkehrswert des Grundstücks zu bemessen. (Leitsatz der Schriftleitung)**

OLG Köln, Beschluss vom 12.11.2004, 19 U 214/02

*Gründe:*

Der allein angegriffene Gegenstandswert für den Klageantrag zu 4) war mit 313.933,22 € festzusetzen.

Die Kläger haben mit diesem Antrag die Zustimmung der Beklagten zu ihrer Eintragung als Eigentümer im Grundbuch des Amtsgerichts Köln bezüglich der Miteigentumsanteile gemäß Urkunde des Notars Dr. L (...) begehrt.

Die Beklagten haben ihre Gegenvorstellung zunächst darauf gestützt, Gegenstand des betreffenden Antrags seien nicht etwa die Auflassungserklärung selbst oder ihre Bewilligungserklärung gegenüber dem Grundbuchamt gewesen, sondern die Einverständniserklärung dazu, dass der Notar die Bewilligung an das Grundbuchamt weiterleitet. Im Schriftsatz vom 27.8.2004 haben sie ihr Vorbringen dahingehend korrigiert, dass die von den Beklagten geforderte Zustimmung Voraussetzung gewesen sei für eine erst noch zu erklärende Auflassung.

Damit ging es den Klägern nicht etwa lediglich um den Vollzug einer bereits erklärten Auflassung (vgl. dazu BGH, NJW 2002, 684; OLG Köln, OLGR 2004, 28). Vielmehr wollten sie die Auflassung als solche erst herbeiführen.

Dass die Auflassung nach erstrittener Zustimmung der Beklagten durch hierzu bevollmächtigte Mitarbeiter des Notars sollte erklärt werden, ist kein Umstand, der eine anderweitige Bewertung des Rechtsschutzzieles rechtfertigt.

Der Streitwert einer auf die Eigentumsverschaffung gerichteten Auflassungsklage ist nach dem Verkehrswert des Grundstücks zu bemessen. Dies folgt nach wohl herrschender Meinung (OLG Hamm, MDR 2002, 1458; OLG Stuttgart, JurBüro 2002, 424; OLG Celle, OLGR 1999, 200; OLG München, MDR 1997, 599; *Müller*, MDR 2003, 248 m. w. N.) aus § 6 ZPO. Zwar regelt die Vorschrift unmittelbar nur den Streit um den Besitz an einer Sache; geht es dem Kläger wie hier letztlich um das umfassendere Eigentum, so ist § 6 ZPO erst recht anzuwenden (OLG Hamm, a. a. O.). Der Gegenstandswert für den Klageantrag zu 4) ist nicht etwa deshalb mit 50.000 DM bzw. 25.564,59 € festzusetzen, weil die Parteien an sich nur über die Verpflichtung zur Zahlung eines Restkaufpreises in entsprechender Höhe gestritten haben. Soweit die Gegenauffassung (*Zöller/Herget*, ZPO, 24. Aufl., § 3 Rdnr. 16 – „Auflassung“; *Schneider*, MDR 1994, 266; OLG Frankfurt, NJW-RR 1996, 636 f.; OLG Düsseldorf, OLGR 1993, 348) der herrschenden Meinung entgegenhält, sie ignoriere wirtschaftliche Gesichtspunkte und könne zu absurden Ergebnissen führen (*Zöller/Herget*, a. a. O.), wird verkannt, dass es allein Sache des Klägers ist, mit seinem Antrag den Umfang des Rechtsstreits zu bestimmen. Die Höhe des Streitwertes einer Klage kann nicht davon abhängig sein, ob und in welchem Umfang der Beklagte sich gegen den geltend gemachten Anspruch verteidigt. Auch der Wert einer bezifferten Zahlungsklage wird nicht danach bestimmt, in welchem Umfang der Beklagte Einwendungen gegen die geltend gemachte Forderung erhebt (OLG Hamm, MDR 2002, 1458, 1459). Im Übrigen kann auch die Gegenmeinung zu „absurden“ Ergebnissen führen, wenn sie den Streitwert der Auflassung bei unbegründeter Verweigerung der Auflassung auf den vollen Grundstückswert, bei Entgegenhalten eines bezifferten geringwertigen Gegenanspruches hingegen auf den (geringen) Wert des Gegenanspruches festlegt (OLG Nürnberg, MDR 1995, 966).

Nach alledem war der auf Herbeiführung der Auflassung gerichtete Klageantrag zu 4) nach dem Grundstückswert bzw. – mangels anderer Anhaltspunkte – nach dem Gesamtkaufpreis zu bemessen. Dieser betrug 313.933,22 €.

#### Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu die entgegengesetzte Entscheidung des Schleswig-Holsteinischen OLG vom 9.11.2004, MittBayNot 2005, 139 (vorstehend).

6. BGB § 528; BSHG § 90 (*Überleitung von Rückforderungsansprüchen nach Tod des Schenkers*)

1. **Einer Überleitung gemäß § 90 BSHG steht nicht entgegen, dass die Überleitungsanzeige erst nach dem Tod der Schenkerin und Sozialhilfeempfängerin erfolgt.**
2. **Der Rückforderungsanspruch erlischt in einem solchen Fall auch dann nicht durch Konfusion, wenn der Verpflichtete durch zwei Erbfolgen sowohl in die Verpflichtung gemäß § 528 BGB eingetreten als auch zugleich Anspruchsinhaber geworden ist, weil das Fortbestehen der Forderung nach der Interessenlage mit Rücksicht auf Rechte des Sozialhilfeträgers an der Forderung geboten erscheint. (Leitsätze der Schriftleitung)**

LG München I, Urteil vom 4.8.2004, 9 O 122/04

Der Kläger macht als Träger der Sozialhilfe einen Anspruch auf Rückforderung zweier Schenkungen wegen erbrachter Leistungen geltend.

Frau F und ihr Ehemann waren je zur Hälfte Eigentümer eines Grundstücks. Durch Überlassungsvertrag übertrugen sie es ihrem Sohn S, dem Vater des Beklagten, und behielten sich dabei ein lebenslanges unentgeltliches Nießbrauchsrecht mit der Maßgabe vor, dass nach dem Ableben eines der Berechtigten das Nießbrauchsrecht dem Überlebenden alleine und ungeschmälert zustehen soll. Die Überlassung erfolgte unentgeltlich. Der Ehemann der F verstarb am 12.9.1995.

Der S veräußerte später das Grundstück an Dritte und verpflichtete sich dabei zur Lastenfreistellung. Frau F bewilligte unentgeltlich die Löschung des Nießbrauchsrechts, räumte sodann das Grundstück und zog in eine Wohnung um. Seit 27.5.1998 lebte sie bis zu ihrem Tod in einem Pflegeheim. S verstarb am 11.2.2000 und wurde vom Beklagten als Alleinerbe beerbt. F verstarb am 30.1.2001.

Der Kläger gewährte der F, der Großmutter des Beklagten, in der Zeit von 28.5.1999 bis zu ihrem Tod am 30.1.2001 Sozialhilfe durch Übernahme der aus eigenem Renteneinkommen und aus Leistungen der Pflegekasse nicht gedeckten Kosten des Aufenthalts im Pflegeheim. Mit Bescheid zeigte der Kläger dem Beklagten als Rechtsnachfolger des S die Überleitung des Rückforderungsanspruchs bis zur Höhe der sozialrechtlichen Aufwendungen auf sich an und forderte ihn auf, einen Betrag in Höhe von 51.944,41 DM an den Kläger zu zahlen.

#### Aus den Gründen:

Die zulässige Klage hat auch in der Sache Erfolg.

I. Der Klägerin steht ein Rückforderungsanspruch aus übergeleitetem Recht gemäß §§ 528, 818 BGB, § 90 BSHG zu.

1. Zunächst steht der Überleitung gemäß § 90 BSHG nicht entgegen, dass die Überleitungsanzeige erst zeitlich nach dem Tod der Schenkerin und Sozialhilfeempfängerin erfolgt.

Für den Fall, dass der Schenker Sozialhilfe erhalten hat, sein Rückforderungsanspruch aber nicht bereits zu seinen Lebzeiten geltend gemacht oder übergeleitet worden ist, ist das

Weiterbestehen des Rückforderungsanspruchs aus § 528 BGB nach dem Tod des Schenkers zum Teil abgelehnt worden. Dies wurde damit begründet, dass es sich um ein höchstpersönliches und daher nicht ohne weiteres vererbliches Recht handele. Dem Schenker stehe es frei, ob er das Geschenk zur Deckung eines angemessenen Unterhalts zurückfordern oder ob er sich einschränken und dem Beschenkten das Geschenk belassen wolle. In letzterem Fall bestehe kein Grund, den Erben des Schenkers ein Rückforderungsrecht zuzubilligen.

Hat der Schenker aber fremde Hilfe in Anspruch genommen und sich gerade nicht im Interesse des Beschenkten mit einem unangemessen geringen Unterhalt zufrieden gegeben oder konnte er sich angesichts seiner Pflegebedürftigkeit nicht einschränken, um dem Beschenkten das Geschenk nicht zu schmälern, und musste Sozialhilfe in Anspruch nehmen, so kann dies nicht ohne Einfluss auf die Vererblichkeit des Anspruchs aus § 528 BGB bleiben.

§ 90 BSHG dient der Durchsetzung des Grundsatzes des Nachrangs der Sozialhilfe. Der Eintritt des Trägers der Sozialhilfe in die Gläubigerposition soll den Vorrang der Verpflichtungen anderer, die dem Hilfeempfänger die erforderliche Hilfe gewähren hätten können, nachträglich wiederherstellen. Diese Rechtslage wird aber nicht erst durch die Überleitungsanzeige geschaffen, sondern besteht materiellrechtlich von vorneherein, sobald Sozialhilfe geleistet wird. Die Überleitungsanzeige konkretisiert und individualisiert die Erstattungspflicht lediglich, was auch nach dem Tod des Hilfeempfängers noch möglich ist. Das verschenkte Vermögen ist damit unabhängig vom Willen des Schenkers in den Grenzen der Haftung aus § 528 BGB dem Träger der Sozialhilfe gegenüber mit der Pflicht belastet, die erbrachten Sozialhilfeleistungen zu erstatten (vgl. BGH, Urteil vom 14.6.1995, IV ZR 212/94).

Der Rückforderungsanspruch ist darüber hinaus auch nicht deshalb durch Konfusion erloschen, weil der Beklagte durch Erbfolge in die Verpflichtung seines Vaters gemäß § 528 BGB eingetreten ist und als Erbe seiner Großmutter zugleich Anspruchsinhaber geworden ist. Eine Konfusion findet nämlich dort nicht statt, wo das Fortbestehen der Forderung nach der Interessenlage etwa mit Rücksicht auf Rechte Dritter an der Forderung geboten erscheint. Soweit daher nach dem Tod des Schenkers Rechte des Trägers der Sozialhilfe an dem verschenkten Vermögen fortbestehen, ist auch von einem Fortbestehen der Forderung auszugehen (vgl. BGH, a. a. O.).

Als Konsequenz war daher der weiteren Prüfung zugrunde zu legen, dass der Kläger mit der Überleitung des Anspruchs gegen den Vater des Beklagten in die Rechte der Hilfeempfängerin aus § 528 BGB eingetreten ist, so wie sie im Zeitpunkt der Überleitung bestanden haben (vgl. BGH, Urteil vom 20.12.1985, V ZR 665/85).

7. BGB §§ 440 Abs. 1, 325 Abs. 1 Satz 2 a. F., 892; WEG § 8 (*Fehlgeschlagene Unterteilung von Wohnungseigentum und nachfolgende Veräußerung*)

**Wird bei der Grundbucheintragung eines durch Unterteilung entstandenen Wohnungseigentums sowohl auf die ursprüngliche Teilungserklärung, die von der Unterteilung erfasste Räume als gemeinschaftliches Eigentum ausweist, als auch auf die Unterteilungserklärung Bezug genommen, so liegt eine inhaltlich unzulässige Eintragung vor, die nicht Grundlage eines gutgläubigen Erwerbs sein kann.**

**Ein Kaufvertrag ist nur teilweise nicht erfüllt, wenn der Verkäufer von Wohnungseigentum wegen einer fehlgeschlagenen Unterteilung lediglich einen isolierten Miteigentumsanteil verschaffen kann, dieser aber dem Käufer die Möglichkeit eröffnet, durch eine Inanspruchnahme der Miteigentümer eine Änderung von Teilungserklärung und Aufteilungsplan zu erreichen und auf diesem Weg Wohnungseigentum zu erwerben.**

BGH, Urteil vom 1.10.2004, V ZR 210/03; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der Beklagte ist seit 1997 Konkursverwalter über den Nachlass des im selben Jahr verstorbenen A. K. (im Folgenden: Erblasser). Der Erblasser war Eigentümer eines mit einem Mehrfamilienhaus bebauten Grundstücks in Frankfurt am Main. Mit notarieller Erklärung vom 30.8.1994 teilte er das Anwesen in Wohnungseigentumseinheiten. Hierbei wurde mit dem Sondereigentum an den im obersten Stockwerk gelegenen Wohnungen Nrn. 8 und 9 jeweils das Sondernutzungsrecht an dem darüber befindlichen Teil des Dachbodens verbunden. Nachdem er eine Genehmigung für den Ausbau des Dachbodens zu Wohnzwecken erlangt hatte, „änderte“ der Erblasser „als Eigentümer der Wohnungen Nr. 8 und Nr. 9“ am 17.10.1996 die Teilungserklärung teilweise ab. Er reduzierte die diesen Wohnungen zugeordneten Miteigentumsanteile und verband den dadurch frei gewordenen Miteigentumsanteil mit dem Sondereigentum an der – anstelle des Dachbodens vorgesehenen – (künftigen) Wohnung Nr. 11. Zu diesem Zeitpunkt war eine andere Wohnungseigentumseinheit bereits an die Erwerber übereignet. Diese Miteigentümer waren an der Änderung der Teilungserklärung ebenso wenig beteiligt wie die durch Auflassungsvormerkungen gesicherten Käufer weiterer Wohnungseigentumseinheiten. Die Änderungen der Teilungserklärung wurden im Grundbuch vollzogen.

Mit notariellem Vertrag vom 12.5.1998 kauften die Kläger von dem Beklagten neben weiteren Einheiten das mit Nr. 11 bezeichnete Wohnungseigentum zum Preis von 100.000 DM sowie mit weiterem Vertrag vom 15.5.1998 die Wohnung Nr. 8. Schließlich erwarben sie am 19.5.1998 durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung auch die Wohnung Nr. 9. Sie wurden als Eigentümer der drei Wohnungseigentumseinheiten in das Grundbuch eingetragen. In der Folgezeit vertrat das Grundbuchamt allerdings die Auffassung, dass Wohnungseigentum am Dachboden nicht wirksam begründet worden sei. Gegen die Bildung des Sondereigentums wurde ein Widerspruch von Amts wegen in das Grundbuch eingetragen. Die hiergegen gerichteten Rechtsmittel der Kläger blieben ohne Erfolg.

In dem vorliegenden Rechtsstreit nehmen die Kläger den Beklagten auf Rückzahlung der 100.000 DM in Anspruch, die sie für den Erwerb des – ihrer Ansicht nach nicht existenten – Sondereigentums an der Wohnung Nr. 11 gezahlt haben. Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 40.903,35 € (= 80.000 DM) stattgegeben, das Oberlandesgericht hat unter Zurückweisung der Berufung des Beklagten auf die Anschlussberufung der Kläger weitere 10.225,84 € (= 20.000 DM) zugesprochen. Hiergegen richtet sich die – von dem Senat zugelassene – Revision des Beklagten mit dem Ziel der Klageabweisung.

*Aus den Gründen:*

II.

(...)

2. In der Sache selbst geht indessen bereits der rechtliche Ansatz des Berufungsgerichts fehl. Der Beklagte haftet nicht gemäß § 437 BGB a. F. (i. V. m. Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB) für den rechtlichen Bestand eines Rechts. Das Berufungsgericht hat nicht beachtet, dass der Kauf auch einer künftigen Eigentumswohnung den Erwerb einer Sache und nicht eines Rechts zum Gegenstand hat (vgl. *Soergel/Huber*, BGB, 12. Aufl., § 433 Rdnr. 22). Der von den Klägern geltend gemachte Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung findet daher seine Grundlage in §§ 440 Abs. 1, 326 BGB a. F. (vgl. Senat, Urt. v. 26.9.2003, V ZR 217/02, NJW 2004, 364) oder §§ 440 Abs. 1, 325 BGB a. F. (vgl. Senat, Urt. v. 28.2.1997, V ZR 27/96, NJW 1997, 1778). Hierbei gehen die Kläger zu

Recht davon aus, dass der Beklagte seiner Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung aus § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB bislang nicht hinreichend nachgekommen ist.

a) Die Kläger haben das Eigentum an dem Kaufgegenstand, der „Wohnung Nr. 11“, nicht durch rechtsgeschäftliche Übertragung gemäß §§ 873, 929 BGB erworben. Wohnungseigentum konnte auf die Kläger nämlich nicht übergehen, weil es zuvor nicht entstanden war. Nach der Teilungserklärung vom 30.8.1994 zählte der Dachboden zu dem gemeinschaftlichen Eigentum (§ 1 Abs. 5 WEG); den Eigentümern der darunter liegenden Wohnungen sollte an dort befindlichen Räumen lediglich ein Sondernutzungsrecht zustehen. Hieran hat sich durch die Erklärung des Erblassers vom 17.10.1996 nichts geändert; denn Wohnungseigentum konnte durch diese Abänderung der Teilungserklärung nicht begründet werden. Da sich zu diesem Zeitpunkt nicht mehr sämtliche Wohnungseigentumsrechte in seiner Hand befanden, war der Erblasser nicht mehr befugt, die ursprüngliche Teilungserklärung alleine abzuändern. Demgemäß hat der Erblasser die Erklärung vom 17.10.1996 ausdrücklich „als Eigentümer der Wohnungen Nr. 8 und Nr. 9“ abgegeben, wollte mithin eine Unterteilung des ihm gehörenden Wohnungseigentums vornehmen und aus (vermeintlichen) Teilen der Wohnungen Nr. 8 und Nr. 9 die neue Wohnung Nr. 11 bilden. Eine solche Unterteilung des Wohnungseigentums ist grundsätzlich ohne Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer möglich (Senat, BGHZ 49, 250; 73, 150, 152), auch kann der Eigentümer die so entstandenen mehreren Einheiten wiederum zu einer Wohnungseigentumseinheit vereinigen (vgl. *Staudinger/Rapp*, BGB, 12. Aufl., § 6 WEG Rdnr. 13; *Weitnauer*, WEG, 8. Aufl., § 3 Rdnr. 91). Hierbei geschieht die Unterteilung durch eine reale Aufteilung des Sondereigentums Hand in Hand mit einer ideellen Aufteilung des Miteigentums („gemischt reale-ideelle Aufteilung“, Senat, BGHZ 49, 250, 252 f.). Allerdings beschränkt sich die – aus § 903 BGB herzuleitende (*Merle*, Das Wohnungseigentum im System des bürgerlichen Rechts, 1979, S. 184) – Befugnis zur Aufteilung auf das Sondereigentum des Teilenden, weil nur so weit auch das als echtes Eigentum charakterisierte Wohnungseigentum (vgl. Senat, BGHZ 49, 250, 251) reicht. Die Aufteilung kann demnach ohne Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer in Form der Auflassung (§ 4 Abs. 1 und Abs. 2 WEG) nicht Räume umfassen, die – wie hier der Dachboden – im gemeinschaftlichen Eigentum stehen (vgl. BayObLGZ 1998, 70, 73). Da die Einräumung des Sondernutzungsrechts nicht zu einer Erweiterung der im Sondereigentum stehenden Räumlichkeiten führt, reicht sie für eine weitergehende Befugnis zur Unterteilung selbst dann nicht aus, wenn mit ihr der – hier in der ursprünglichen Teilungserklärung vorgesehene – Anspruch verbunden ist, von den übrigen Wohnungseigentümern die Zustimmung zu einem Dachgeschoßausbau zu verlangen (vgl. BayObLGZ 2001, 279, 282 f.; BayObLG, NZM 2000, 1235, 1236). Auf Grund der demnach fehlgeschlagenen Unterteilung konnte Wohnungseigentum an der „Wohnung Nr. 11“ nicht begründet werden.

b) Auch im Wege gutgläubigen Erwerbs sind die Kläger nicht Eigentümer der „Wohnung Nr. 11“ geworden. Zwar ist im Grundbuch entsprechendes Sondereigentum verbunden mit einem Miteigentumsanteil vermerkt, diese Eintragung ist jedoch inhaltlich unzulässig (§ 53 Abs. 1 Satz 2 GBO). Sie ist deshalb ohne materielle Wirkung und scheidet als Grundlage für einen gutgläubigen Erwerb gemäß § 892 BGB aus (Senat, BGHZ 130, 159, 170 m. w. N.).

aa) Inhaltlich unzulässig ist eine Eintragung, die ihrem – ggf. durch Auslegung zu ermittelnden – Inhalt nach einen Rechts-

zustand oder -vorgang verlaubar, den es nicht geben kann (BayObLGZ 1987, 390, 393; 2001, 301, 305; *Meikel/Streck*, Grundbuchrecht, 9. Aufl., § 53 Rdnr. 92; *Demharter*, GBO, 24. Aufl., § 53 Rdnr. 42). Dies ist hier bei der Eintragung des durch die Unterteilung vermeintlich entstandenen Wohnungseigentums in dem Bestandsverzeichnis des Grundbuches der Fall. Der Eintragungsvermerk nimmt nämlich ausdrücklich sowohl auf die Eintragungsbewilligung vom 30.8.1994 als auch auf die Eintragungsbewilligung vom 17.10.1996 Bezug. Durch diese doppelte Bezugnahme gemäß § 7 Abs. 3 WEG sind sowohl die ursprüngliche Teilungserklärung als auch die Unterteilungserklärung nebst dem jeweils zugehörigen Aufteilungsplan (§ 7 Abs. 4 Nr. 1 WEG) Gegenstand der Grundbucheintragung. Damit bringt die Eintragung einen von dem Gesetz nicht erlaubten Rechtszustand zum Ausdruck; denn die betreffenden Räume sind entgegen § 1 Abs. 5 WEG einerseits als gemeinschaftliches Eigentum ausgewiesen, andererseits aber durch eine als solche erkennbare Unterteilungserklärung als Sondereigentum behandelt und mit einem Miteigentumsanteil verbunden worden (vgl. BayObLGZ 1987, 390, 397 f.; *Demharter*, a. a. O., Anh. § 3 Rdnr. 73; *Weitmaier*, WEG, 8. Aufl., § 8 Rdnr. 3; *Meikel/Streck*, Grundbuchrecht, a. a. O., § 53 GBO Rdnr. 118; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rdnr. 2976 a; im Ergebnis auch *Staudinger/Rapp*, BGB, 12. Aufl., § 6 WEG Rdnr. 4). Dass die derart verlaubarte Unterteilung gleichwohl rechtlich möglich sein soll, kann nicht mit einer zwischenzeitlichen Umwandlung des gemeinschaftlichen Eigentums in Sondereigentum erklärt werden. Dieser Annahme steht der Grundsatz entgegen, dass im Hinblick auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs und den Verkehrsschutz für die Auslegung einer Grundbucheintragung im Allgemeinen nur der in das Grundbuch aufgenommene Eintragungsvermerk und die von ihm zulässig in Bezug genommenen Unterlagen herangezogen werden dürfen (st. Rspr., vgl. nur Senat, Urt. v. 3.5.2002, V ZR 17/01, NJW 2002, 3021, 3022 m. w. N.). Diesen Unterlagen lässt sich aber eine Auflassung, wie sie auch für die nachträgliche Begründung von Sondereigentum durch die Wohnungseigentümer nach § 4 Abs. 1 und Abs. 2 WEG erforderlich ist (vgl. *Hügel* in *Bamberger/Roth*, BGB, § 4 WEG Rdnr. 2), nicht entnehmen.

bb) Im vorliegenden Fall bedarf es keiner Entscheidung darüber, ob eine inhaltlich unzulässige Eintragung auch dann angenommen werden kann, wenn eine Bezugnahme lediglich auf die Eintragungsbewilligung für die Unterteilung erfolgt wäre (bejahend BayObLGZ 1998, 70, 73) und sich hierbei auch Unterteilungserklärung und Unterteilungsplan nicht widersprüchen (dazu BayObLGZ 1995, 399, 404). Zumindest bei der hier gegebenen Konstellation, bei der die Grundbucheintragung auch auf die ursprüngliche Eintragungsbewilligung Bezug nimmt, lässt sich die inhaltliche Unzulässigkeit der Eintragung nicht mit dem Hinweis verneinen, entscheidend sei stets nur der letzte, aktuelle Grundbuchstand (so aber *Röll*, MittBayNot 1988, 24; DNotZ 1993, 162 f.; MünchKommBGB/*Röll*, 3. Aufl., § 3 WEG Rdnr. 35). Hier wird nämlich der aktuelle Grundbuchstand für das vermeintlich erworbene Wohnungseigentum selbst mit unzulässigem Inhalt verlaubar; ein Vergleich mit einem früheren, im Grundbuch überholten Rechtszustand ist nicht erforderlich (vgl. *Rapp*, MittBayNot 1996, 347). Da sich die inhaltliche Unzulässigkeit unmittelbar aus der Grundbucheintragung erschließt, kann zudem nicht von einer nur unrichtigen, rechtlich aber möglichen Eintragung ausgegangen werden (a. A. *Röll*, DNotZ 1993, 162; *Böttcher*, BWNNotZ 1996, 87).

c) Gleichwohl sind Auflassung und Eigentumsumschreibung hinsichtlich der „Wohnung Nr. 11“ nicht ohne jede

rechtliche Wirkung geblieben. Denn die Kläger haben einen isolierten, nicht mit Sondereigentum verbundenen Miteigentumsanteil erworben. Obgleich sich ein isolierter Miteigentumsanteil nicht rechtsgeschäftlich begründen lässt, kann er sich als Folge der Anwendung gesetzlicher Vorschriften ergeben (Senat, BGHZ 109, 179, 185). Das ist hier der Fall. Durch die Unterteilung wollte der Erblasser Wohnungseigentum begründen. Er ist damit nur deshalb gescheitert, weil die Räume, die mit dem neu entstandenen Miteigentumsanteil entsprechend § 8 WEG als Sondereigentum verbunden werden sollten, nicht zu seinem Sondereigentum zählten. Der Senat geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass Gründungsmängel, die sich auf die Einräumung von Sondereigentum beschränken, die Aufteilung in Miteigentumsanteile nicht berühren (Senat, BGHZ 109, 179, 184; 130, 159, 168 f.; Urt. v. 5.12.2003, V ZR 447/01, NJW 2004, 1798, 1800). Das beruht auf der Überlegung, dass auf diese Weise die Auswirkungen und die Beseitigung eines Gründungsmangels zu lokalisieren sind, während die Begründung des Wohnungseigentums an den übrigen Einheiten unberührt bleibt (Senat, BGHZ 130, 159, 170). Eine solche Interessenlage ist auch im vorliegenden Fall einer fehlerhaften Unterteilung gegeben; denn die Unterteilung von Wohnungseigentum ist vergleichbar mit der Begründung von Wohnungseigentum durch Teilung des Grundstückseigentums gemäß § 8 WEG (vgl. MünchKommBGB/*Commichau*, 4. Aufl., § 6 WEG Rdnr. 6; auch BayObLG, NJW-RR 1994, 716). Mithin besteht im Fall der Unterteilung ebenfalls ein schützenswertes Interesse der Beteiligten daran, dass ein gegenständig beschränkter Gründungsmangel ohne Folgen für das Entstehen von Wohnungseigentum an den nicht unmittelbar betroffenen (neuen) Einheiten bleibt.

d) Nach den bisher getroffenen Feststellungen kommt ein Schadensersatzanspruch aus §§ 440 Abs. 1, 325 BGB a. F. für den Fall anfänglichen Unvermögens in Betracht (vgl. BGHZ 110, 196, 200) wie auch – falls Unmöglichkeit nicht festzustellen, Verzug gegeben und eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung erfolgt oder entbehrlich ist – ein Schadensersatzanspruch aus §§ 440 Abs. 1, 326 BGB a. F. Es ist davon auszugehen, dass der Beklagte bereits bei Abschluss des Kaufvertrages mit den Klägern außerstande war, ihnen das Eigentum an der Wohnung Nr. 11 zu verschaffen (vgl. Senat, Urt. v. 5.2.1999, V ZR 353/97, NJW 1999, 1702, 1703; auch Urt. v. 28.2.1997, V ZR 27/96, a. a. O.). Zwar gibt es Hinweise dafür, dass der Beklagte von den übrigen Miteigentümern eine Änderung der Teilungserklärung verlangen und auf diesem Wege Sondereigentum an den Räumen im Dachgeschoß begründen kann. Insbesondere ist in der ursprünglichen Teilungserklärung vorgesehen, dass die Miteigentümer einem Ausbau des Dachbodens zu Wohnzwecken zustimmen müssen. Hieraus kann auch ihre Verpflichtung folgen, an einer entsprechenden Anpassung der Teilungserklärung durch die Begründung von Sondereigentum an dem derzeitigen Gemeinschaftseigentum im Wege der Auflassung (§ 4 Abs. 1 und Abs. 2 WEG) mitzuwirken. Dass es nach dem Ausbau zur Wohnung nicht etwa bei einem Sondernutzungsrecht verbleiben sollte, folgt insbesondere aus der weiteren Bestimmung in der ursprünglichen Teilungserklärung, wonach die neuen Räume im Dachgeschoß mit den darunter gelegenen Räumlichkeiten zu einer „geschlossenen Eigentumswohnung“ vereinigt werden können. Hat die Teilungserklärung diesen Inhalt, so betrifft sie allerdings die sachenrechtlichen Grundlagen der Gemeinschaft, und ihr kann insoweit keine dingliche Wirkung nach § 10 Abs. 2 WEG zukommen (Senat, Urt. v. 4.4.2003, V ZR 322/02, NJW 2003, 2165, 2166; vgl. auch BayObLGZ 2001, 279, 283 m. w. N.). Entsprechende Pflich-

ten der Käufer mussten deshalb in die mit ihnen geschlossenen Kaufverträge aufgenommen werden. Ob dies geschehen ist, lässt sich indes dem Vorbringen des Beklagten, den insoweit die Darlegungslast trifft (vgl. Senat, Urt. v. 1.10.1992, V ZR 36/91, NJW 1992, 3224, 3225; BGH, Urt. v. 21.5.1973, II ZR 54/72, WM 1973, 1202; RGZ 52, 92, 95), nicht entnehmen.

3. Mit Erfolg wendet sich die Revision auch gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Höhe des Schadens der Kläger.

a) Das Berufungsgericht hat nicht beachtet, dass die Kläger – ggf. entsprechend § 326 Abs. 1 Satz 3 BGB a. F. (RGZ 40, 138, 141) – nur unter den Voraussetzungen und nach Maßgabe des § 325 Abs. 1 Satz 2 BGB a. F. Schadensersatz wegen Nichterfüllung „der ganzen Verbindlichkeit“ verlangen können. Es ist nämlich kein Fall vollständiger Nichterfüllung gegeben, weil der Kaufvertrag mit den Klägern infolge der Verschaffung des isolierten Miteigentumsanteils unter den hier gegebenen Umständen teilweise erfüllt ist.

aa) Der Erwerb des isolierten Miteigentumsanteils begründet für die Miteigentümer nämlich die Verpflichtung, den Gründungsakt so zu ändern, dass der sondereigentumslose Miteigentumsanteil nicht weiter bestehen bleibt (vgl. Senat, BGHZ 109, 179, 185; 130, 159, 169; Urt. v. 5.12.2003, V ZR 447/01, a. a. O.). Dies hat in den Fällen, in denen das Gesetz die Einräumung von Sondereigentum ausschließt (vgl. § 5 Abs. 2 WEG), zur Folge, dass der isolierte Miteigentumsanteil durch entsprechende Vereinbarung auf die anderen Anteile übertragen werden muss (Senat, BGHZ 109, 179, 185). Im vorliegenden Fall besteht hingegen die Möglichkeit, Teilungserklärung und Aufteilungsplan so abzuändern, dass zugunsten der Kläger Sondereigentum an den Räumen im Dachgeschoß entsteht. Eine solche Verpflichtung der übrigen Miteigentümer kann sich unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben aus dem Gemeinschaftsverhältnis unter Umständen dann ergeben, wenn sie sich gegenüber dem Verkäufer ohnehin verpflichtet haben, dem Ausbau des Dachgeschosses zu Wohnzwecken zuzustimmen (vgl. oben II 2 c), und diese Leistung nicht verweigern können. Offensichtlich gehen die Miteigentümer auch von einer solchen vertraglichen Verpflichtung aus; denn sie verlangen von den Klägern nicht etwa die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes, sondern sind bereit, die vorhandene Situation zu „dulden“, und haben hierzu auch einen Eigentümerbeschluss gefasst.

bb) Auf diese Weise hat der Beklagte seine kaufvertraglichen Pflichten teilweise erfüllt. Zwar kann bei Verkauf einer Eigentumswohnung die Leistung des Verkäufers schon mit Blick auf § 6 Abs. 1 WEG nicht in die Übertragung des Miteigentumsanteils einer- und die Übertragung des Sondereigentums andererseits aufgeteilt werden (vgl. Senat, Urt. v. 30.10.1998, V ZR 367/97, NJW-RR 1999, 346, 347 für Verschaffung nur des Besitzes; Urt. v. 21.1.2000, V ZR 387/98, NJW 2000, 1256 für Verschaffung nur belasteten Eigentums). Vorliegend haben die Kläger aber nicht nur den Miteigentumsanteil erhalten, sondern mit diesem auch die Chance, durch eine Inanspruchnahme der Miteigentümer das Wohnungseigentum zu erwerben. Der Erwerb dieser Rechtsposition steht der Annahme einer vollständigen Nichterfüllung entgegen, weil die erbrachte Teilleistung nach Inhalt und Zweck des zwischen den Parteien geschlossenen Kaufvertrages für beide Seiten – insbesondere auch für die Kläger – durchaus von Interesse und Wert ist (vgl. *Staudinger/Otto*, BGB [2000], § 325 Rdnr. 112).

b) Mit ihrer Forderung auf Rückzahlung des gesamten Kaufpreises verlangen die Kläger Schadensersatz wegen

Nichterfüllung „der ganzen Verbindlichkeit“. Ein solcher Anspruch ist nach § 325 Abs. 1 Satz 2 BGB a. F. nur dann eröffnet, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrages – hier also die Übertragung des isolierten Miteigentumsanteils – für die Kläger ohne Interesse ist (vgl. BGH, Urt. v. 7.3.1990, VIII ZR 56/89, NJW 1990, 3011, 3013). Zu dem Fehlen des insoweit maßgebenden objektiven Interesses (Senat, Urt. v. 5.2.1999, V ZR 353/97, a. a. O.) hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen. Die Umstände, insbesondere die nicht fern liegende Möglichkeit, die Miteigentümer erfolgreich auf eine Anpassung der Teilungserklärung in Anspruch nehmen zu können, sprechen im Gegenteil eher für ein noch immer bestehendes Interesse der Kläger.

Selbst wenn gleichwohl ein fehlendes Interesse an der teilweisen Erfüllung festgestellt werden könnte, stünde den Klägern der Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises nicht uneingeschränkt zu. Zwar steht einem Käufer, der Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, als Mindestschaden grundsätzlich der Geldbetrag zu, der einer bereits geleisteten Kaufpreiszahlung entspricht (Senat, BGHZ 62, 119, 120; Urt. v. 5.2.1999, V ZR 353/97, a. a. O., 1704; BGH, Urt. v. 25.3.1998, VIII ZR 185/96, NJW 1998, 2360, 2364). Im gegebenen Fall der teilweisen Nichterfüllung können die Kläger jedoch gemäß § 325 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. §§ 280 Abs. 2 Satz 2, 346 Satz 1 BGB a. F. Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages nur Zug um Zug (§ 348 BGB) gegen Rückgewähr der erbrachten Teilleistung verlangen. Sie wären demnach zur Rückübertragung des Miteigentumsanteils verpflichtet. Mit dem Verlust des Miteigentums hätten die Kläger zudem ein von ihnen etwa erworbenes Sondernutzungsrecht verloren (*Staudinger/Kreuzer*, BGB, 12. Aufl., § 15 WEG Rdnr. 84), weshalb sich die Frage nach einem – von der Revision in zweiter Linie geltend gemachten – Ausgleich für diese Position im Rahmen der Schadensberechnung nicht stellt.

c) Wollen – oder müssen – die Kläger den isolierten Miteigentumsanteil behalten, so bleibt ihnen die Möglichkeit, Schadensersatz wegen Nichterfüllung insoweit zu verlangen, als die Leistung nicht erbracht ist (hingegen kommt ein Teilerücktritt nicht in Betracht, vgl. Senat, Urt. v. 25.1.1967, V ZR 57/66, LM § 634 BGB Nr. 7). Der Schaden, der den Klägern durch die Nichterfüllung der Verpflichtung zur Verschaffung des Sondereigentums erwächst, kann etwa in Aufwendungen bestehen, welche die Kläger für die Durchsetzung eines etwaigen Anspruchs auf Anpassung der Teilungserklärung machen müssen. Eine weitere Schadensposition kann in der Erfüllung berechtigter Ausgleichsforderungen gesehen werden, die unter Umständen für einzelne Miteigentümer erst zur Zumutbarkeit einer Anpassung der Teilungserklärung führen (vgl. Senat, Urt. v. 5.12.2003, V ZR 447/01, a. a. O., 1801).

8. BGB § 705; GBO § 47 (*GbR auch als Gläubigerin einer Zwangssicherungshypothek nicht grundbuchfähig*)

**Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist nicht grundbuchfähig; sie kann nicht unter ihrem Namen als Berechtigter eines beschränkten dinglichen Rechts in das Grundbuch eingetragen werden. Dies gilt auch dann, wenn der in einem Vollstreckungstitel ausgewiesene Vollstreckungsgläubiger eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist (Ergänzung zu BayObLGZ 2002, 330/334).**

BayObLG, Beschluss vom 8.9.2004, 2Z BR 139/04; mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG a. D.

Aus den Gründen:

### I.

Die Beteiligte zu 1 ist Eigentümerin eines Grundstücks. Für die Beteiligte zu 2, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ist unter ihrem Namen ohne Angabe der Gesellschafter im Grundbuch eine Zwangssicherungshypothek aufgrund von Zahlungstiteln eingetragen, die die Beteiligte zu 2 gegen die Beteiligte zu 1 erwirkt hat.

Auf die Beschwerde der Beteiligten zu 1 hat das Landgericht mit Beschluss vom 3.5.2004 das Grundbuchamt angewiesen, die eingetragene Zwangssicherungshypothek zu löschen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 2.

### II.

Das Rechtsmittel ist nicht begründet.

1. Das Landgericht hat ausgeführt:

Die Beschwerde sei nach § 71 Abs. 2, § 53 GBO zulässig, weil sie sich gegen eine inhaltlich unzulässige Eintragung wende; der eingetragenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts fehle nämlich die Grundbuchfähigkeit. Aus dem gleichen Grund sei die Beschwerde auch begründet.

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Wie der Senat am 31.10.2002 (BayObLGZ 2002, 330 = MittBayNot 2003, 60) entschieden hat, ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht grundbuchfähig; sie kann nicht wie hier unter ihrem Namen als Berechtigte einer Zwangssicherungshypothek, also eines beschränkten dinglichen Rechts, in das Grundbuch eingetragen werden. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf diese Entscheidung, an der der Senat festhält, Bezug genommen.

b) In der genannten Entscheidung hat der Senat ausgeführt (S. 334), dass die Vorlage eines Gesellschaftsvertrags nicht verlangt werden könne, wenn eine BGB-Gesellschaft unter ihrem Namen einen Vollstreckungstitel erwirkt habe und die Eintragung einer Zwangshypothek verlange. In diesem Fall habe das Grundbuchamt ohne weitere Prüfung den Vollstreckungsgläubiger in das Grundbuch so einzutragen, wie er sich aus dem Titel ergebe.

Wie der vorliegende Fall zeigt, in dem sich die Beteiligte zu 2 im Beschwerdeverfahren darauf berufen hat, genau diese Voraussetzungen lägen hier vor, ist darauf hinzuweisen, dass der betreffende Satz nicht aus dem Zusammenhang gerissen und isoliert betrachtet werden darf. Was nicht eintragungsfähig ist, darf nicht eingetragen werden. Dies gilt natürlich auch dann, wenn wie hier der in einem Vollstreckungstitel ausgewiesene Vollstreckungsgläubiger eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist.

c) Die Rüge der Beteiligten zu 2, das Landgericht habe über ihren im Beschwerdeverfahren im Schriftsatz vom 5.4.2004 gestellten Hilfsantrag nicht entschieden, „eine Titelumschreibung der Zwangssicherungshypothek auf die Gesellschafter der Grundstücksgemeinschaft ..., bestehend aus folgenden Gesellschaftern ...“ vorzunehmen, liegt neben der Sache. Es ist weder ersichtlich, auf welcher Rechtsgrundlage die Umschreibung eines Vollstreckungstitels vorgenommen werden soll, noch woraus sich die Zuständigkeit des Landgerichts als Beschwerdegericht im Grundbuchverfahren ergeben soll. Das Gleiche gilt, wenn der Hilfsantrag als Antrag auf Umschreibung der Vollstreckungsklauseln gemäß § 727 ZPO ausgelegt werden soll. Offensichtlich unzulässig wäre auch ein im Beschwerdeverfahren gestellter Hilfsantrag, das Landgericht möge

das Grundbuchamt anweisen, statt der Gesellschaft bürgerlichen Rechts die einzelnen BGB-Gesellschafter als Gläubiger der Zwangssicherungshypothek im Grundbuch einzutragen. Im Übrigen wäre ein solcher Antrag auch offensichtlich unbegründet, da die Vollstreckungstitel als Gläubiger die BGB-Gesellschaft ausweisen (vgl. BayObLG, Rpfleger 2004, 93).

### Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu den Aufsatz von *Lautner*, MittBayNot 2005, 93 (in diesem Heft).

9. GBO §§ 7, 18; BGB § 883 (*Belastung des ideellen Bruchteils eines Alleineigentümers mit Auflassungsvormerkung*)

1. **Eine inhaltliche Änderung des einzutragenden Rechts kann mit einer Zwischenverfügung nicht aufgegeben werden.**
2. **Der Eigentümer eines Grundstücks kann einen von ihm hinzuerworbenen ideellen Bruchteil des Grundstücks rechtsgeschäftlich dann mit einer Auflassungsvormerkung belasten, wenn der restliche, ihm bereits zustehende Miteigentumsanteil ebenfalls mit einer Vormerkung belastet ist (Abweichung von OLG Düsseldorf, MittBayNot 1976, 137).**

BayObLG, Beschluss vom 20.10.2004, 2Z BR 176/04; mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG a. D.

Gründe:

### I.

Die Beteiligten sind je zur Hälfte Miteigentümer des verfahrensgegenständlichen Grundstücks. Bei dem Beteiligten zu 2 handelt es sich um den Sohn der Beteiligten zu 1. Diesem war das Miteigentum im Jahr 1996 durch die Beteiligte zu 1 und ihren inzwischen verstorbenen Ehemann übertragen worden mit der Maßgabe, dass unter im Einzelnen näher bezeichneten Voraussetzungen eine Rückübertragungspflicht besteht, die durch Vormerkung gesichert ist.

Mit notarieller Urkunde vom 7.6.2004 übertrug die Beteiligte zu 1 ihren Miteigentumsanteil an den Beteiligten zu 2, der somit Alleineigentümer des Grundstücks wird.

Nummer 6 der notariellen Urkunde enthält eine Rückübertragungsverpflichtung hinsichtlich des übergebenen Miteigentumsanteils, zu deren Sicherung eine Vormerkung bewilligt und beantragt wurde. Die Voraussetzungen dieser Rückübertragungsverpflichtung sind im Wesentlichen inhaltsgleich mit denen des früheren Übergabevertrags.

Das Grundbuchamt, das die Auffassung vertritt, dass die Vormerkung nicht an einem ideellen Anteil des Alleineigentums des Beteiligten zu 2 eingetragen werden kann, hat durch Zwischenverfügung vom 7.7.2004 eine Abänderung der notariellen Urkunde verlangt. Die Vormerkung sei nur als Belastung des ganzen Grundstücks bezüglich eines Anspruchs auf Rückübertragung des hälftigen Miteigentums eintragungsfähig.

Das Landgericht hat die gegen diese Entscheidung eingelegte Beschwerde durch Beschluss vom 14.7.2004 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

### II.

Das zulässige Rechtsmittel führt zur Aufhebung des Beschlusses des Landgerichts sowie der Zwischenverfügung des Grundbuchamts.

### 1. Das Landgericht hat ausgeführt:

Der Alleineigentümer eines Grundstücks könne einen ideellen Bruchteil des Grundstücks rechtsgeschäftlich nicht mit einer Auflassungsvormerkung belasten. Der Gesetzgeber habe eine entsprechende Belastung nicht vorgesehen. Die durch diese Rechtsauffassung entstehenden Schwierigkeiten seien nicht unüberwindbar.

### 2. Die Entscheidungen der Vorinstanzen sind aus formellen Gründen aufzuheben.

Das Grundbuchamt hat den Beteiligten aufgegeben, den Inhalt der Vormerkung abzuändern. Mit einer Zwischenverfügung kann aber nicht verlangt werden, das einzutragende Recht inhaltlich zu verändern (BayObLGZ 1997, 282; *Demharter*, GBO, 24. Aufl., § 18 Rdnr. 6, 32). Zweck der Zwischenverfügung ist es, dem Antragsteller den Rang und die sonstigen Rechtswirkungen, die sich nach dem Eingang des Antrags richten (§ 879 BGB i. V. m. §§ 17, 45 GBO; §§ 878, 892 Abs. 2 BGB), zu erhalten. Das aber ist nur gerechtfertigt, wenn der Mangel mit rückwirkender Kraft geheilt werden kann. Dies ist bei einer inhaltlichen Abänderung des einzutragenden Rechts nicht der Fall.

### III.

Für das weitere Verfahren wird bemerkt:

Durch Übertragung des hälftigen Miteigentumsanteils von der Beteiligten zu 1 an den Beteiligten zu 2, der bereits Miteigentümer zu ein Halb ist, entsteht aus den bisherigen Anteilen einheitliches Alleineigentum des Beteiligten zu 2.

Ob der Alleineigentümer einen Bruchteil seines Grundstücks mit einer Auflassungsvormerkung belasten kann, ist im Gesetz nicht geregelt. §§ 1095, 1106, 1114 BGB bestimmen für das dingliche Vorkaufsrecht, die Reallast und die Hypothek, dass die Belastung eines Bruchteils nur möglich ist, wenn er in dem Anteil eines Miteigentümers besteht. Bei weiteren Grundstücksrechten, bei denen, ebenso wie für die Vormerkung, eine gesetzliche Regelung fehlt, wird die Frage, ob die Belastung eines ideellen Anteils des Alleineigentümers möglich ist, unterschiedlich beantwortet. Für Dienstbarkeiten, insbesondere für Grunddienstbarkeiten (vgl. BGHZ 36, 187/189; *Staudinger/Mayer*, BGB, 13. Aufl., § 1018 Rdnr. 55 m. w. N. auch zu Ausnahmefällen), sowie für das Erbbaurecht (vgl. *Palandt/Bassenge*, BGB, 63. Aufl., § 1 ErbBRVO § 1 Rdnr. 1) wird sie in der Regel verneint, während beim Nießbrauch die Belastung eines ideellen Anteils durch den Alleineigentümer für zulässig erachtet wird (BayObLGZ 1930, 342 und 1985, 6/9; *Palandt/Bassenge*, § 1030 Rdnr. 1 und § 1066 Rdnr. 4). In Rechtsprechung und Literatur wird im Übrigen allgemein die Ansicht vertreten, dass grundsätzlich ein Bruchteil eines im Alleineigentum stehenden Grundstücks nicht belastet werden kann (vgl. RGZ 88, 21/26; BGH, Rpfleger 1968, 114; OLG Zweibrücken, Rpfleger 1990, 15; BayObLG, MittBayNot 1996, 108; *Demharter*, § 7 Rdnr. 19; *Meikel/Böttcher*, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 7 Rdnr. 62; *Bauer/von Oefele/Maaß*, GBO, § 7 Rdnr. 14; KEHE/*Eickmann*, Grundbuchrecht, 5. Aufl., § 7 Rdnr. 11).

Dementsprechend hat das Oberlandesgericht Düsseldorf (MittBayNot 1976, 137) für die Vormerkung entschieden, dass der Alleineigentümer einen ideellen Bruchteil des Grundstücks rechtsgeschäftlich nicht mit einer Auflassungsvormerkung belasten kann (so auch ohne nähere Begründung *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rdnr. 1502; *Staudinger/Gursky*, § 883 Rdnr. 93).

Der Senat vermag sich dieser Auffassung jedenfalls für den vorliegenden Fall nicht anzuschließen. §§ 1095, 1106, 1114 BGB liegt der gesetzgeberische Wille zugrunde, eine gesonderte Belastung von ideellen Grundstücksteilen nur zuzulassen, wenn diese verselbständigt sind. Hierdurch soll größtmögliche Klarheit und Übersichtlichkeit des Grundbuchs gewährleistet werden. Die entsprechenden Bestimmungen beruhen letztlich auf Zweckmäßigkeitserwägungen (vgl. BayObLGZ 1918, 161/163; OLG Düsseldorf, MittBayNot 1976, 137). Ebenso verlangt § 7 Abs. 1 GBO bei Belastung eines realen Grundstücksanteils zur Erhaltung der Übersichtlichkeit des Grundbuchs die rechtliche Verselbständigung (vgl. *Demharter*, § 7 Rdnr. 1). Der Senat kann den genannten Vorschriften aber keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz entnehmen, der es dem Alleineigentümer generell verbieten würde, einen ideellen Anteil selbständig zu belasten. Für den Nießbrauch wird im Gegenteil aus dem Fehlen von mit §§ 1095, 1106, 1114 BGB vergleichbaren Bestimmungen der Schluss gezogen, dass auch der Alleineigentümer einen Bruchteil seines Grundstücks belasten kann (vgl. BayObLGZ 1930, 342). Sonst ist ebenfalls eine Reihe von Ausnahmen anerkannt (*Bauer/von Oefele/Maaß*, § 7 Rdnr. 16 ff.). Diese betreffen auch den Fall, dass ein Bruchteilseigentümer einen Restbruchteil hinzuerwirbt (vgl. BayObLG, MittBayNot 1996, 108; *Meikel/Böttcher*, § 7 Rdnr. 63). Hier bleiben bereits vorhandene Belastungen bestehen und beziehen sich nach dem Rechtsübergang auf fiktive Anteile eines einheitlichen Rechts. Vorliegend ist der dem Beteiligten zu 2 zustehende hälftige Miteigentumsanteil bereits mit einer Rückauflassungsvormerkung zugunsten der Beteiligten zu 1 belastet. Bei Entstehung des Alleineigentums des Beteiligten zu 2 besteht dieses Recht fort und bezieht sich weiterhin auf den hälftigen, jetzt nur noch fiktiven Anteil. Es dürfte für die Beteiligten kaum nachvollziehbar sein, dass die neu zu bestellende, einen inhaltsgleichen Anspruch sichernde Vormerkung nur als Recht am ganzen Grundstück, bezogen auf die Übertragung eines Hälfteanteils, eintragungsfähig sein soll. Würde man die Vormerkung so fassen, wie von den Vorinstanzen vorgeschlagen, würden an demselben Grundstück von der inhaltlichen Zweckrichtung her identische, von Reichweite und Gegenstand aber ganz unterschiedliche Vormerkungen eingetragen. Hierdurch würde das Grundbuch kaum übersichtlicher, sondern unübersichtlicher. Dies gilt umso mehr, als eine am ganzen Grundstück bestehende, aber nur einen Anspruch auf Rückübertragung des hälftigen Miteigentums sichernde Vormerkung letztlich kein Abbild der gesicherten schuldrechtlichen Beziehung darstellen würde.

In der gegebenen Situation, in der ohnehin eine Belastung eines fiktiven Anteils des Alleineigentums fortbestehen muss, ist die Möglichkeit der Belastung des weiteren restlichen Bruchteils auch im Interesse der Übersichtlichkeit des Grundbuchs unter den gegebenen Umständen geboten.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf (MittBayNot 1976, 137) erachtet die Bestellung einer Vormerkung an einem ideellen Bruchteil eines Grundstücks durch den Alleineigentümer auch deswegen nicht für möglich, weil das dingliche Vorkaufsrecht, bei dem § 1095 BGB die Bruchteilsbelastung ausdrücklich verbietet, nach § 1098 Abs. 2 BGB Dritten gegenüber die Wirkung einer Vormerkung hat. Dem ist entgegenzuhalten, dass von den Besonderheiten des Vorkaufsrechts nicht ohne weiteres auf die Rechtslage bei der Vormerkung geschlossen werden kann, die anderen Regeln unterliegt.

Eine Eintragung des Rechts entsprechend dem vorliegenden Antrag der Beteiligten vermeidet im Übrigen die praktischen Schwierigkeiten, die bei Belastung des gesamten Grund-

stücks mit einer Rückauffassungsvormerkung, die nur die Übertragung eines hälftigen Anteils sichern soll, entstehen. Ihnen kann zwar, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, durch entsprechende obligatorische Vereinbarungen begegnet werden. Derartige Vereinbarungen tragen aber ebenfalls nicht zur Vereinfachung der Rechtssituation bei. So wäre es bei antragsgemäßer Eintragung etwa entbehrlich, in den Vertrag eine Bestimmung aufzunehmen, die die Beteiligte zu 1 für den Fall, dass der Beteiligte zu 2 den ihm bereits von vornherein zustehenden Grundstücksanteil veräußern will, verpflichtete, insoweit auf die Vormerkung zu verzichten.

Der Senat hält aus diesen Gründen die Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf nicht für überzeugend und hätte die Sache dem Bundesgerichtshof vorgelegt, wenn es für die vorliegende Entscheidung auf die Rechtsfrage ankäme.

10. BGB § 883 Abs. 1 (*Vormerkung zur Sicherung eines Rückübertragungsanspruchs bei Verstoß gegen Verkehrssicherungspflicht*)

**Eine Vormerkung, die den Rückübertragungsanspruch des Veräußerers eines Grundstückes für den Fall sichern soll, dass der Erwerber bis zur Bebauung des Grundstückes seiner Verkehrssicherungspflicht (Straßenreinigungs-, Mäh- und Streupflicht) nicht nachkommt, kann im Grundbuch eingetragen werden. Der bei Übertragung des Eigentums an einem Grundstück vorbehaltene Anspruch auf Rückübertragung für den Fall, dass der Erwerber das Grundstück bis zur Bebauung nicht in einem ordnungsgemäßen Zustand hält, ist mangels Bestimmbarkeit nicht vormerkungsfähig.**

Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 7.10.2004, 3 W 209/04; mitgeteilt vom 3. Zivilsenat

Mit notariellem Vertrag vom 23.6.2004 verkaufte die Beteiligte zu 1) Grundbesitz an die Beteiligten zu 2) mit der Auflage, auf dem Grundstück innerhalb einer Frist von drei Jahren, gerechnet ab dem Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung, ein bezugsfertiges Wohnhaus zu errichten (§ 4 Nr. 2 a des Vertrages) und das Kaufgrundstück auch bis zur Bebauung in einem ordnungsgemäßen Zustand zu erhalten und ihrer Verkehrssicherungspflicht (Straßenreinigungs-, Mäh- und Streupflicht) nachzukommen (§ 4 Nr. 2 b des Vertrages). In § 4 Nr. 3 des Vertrages vereinbarten die Beteiligten, dass der Veräußerer das Recht hat, die sofortige Rückübertragung des Kaufobjektes auf sich zu verlangen, wenn der Käufer die eingegangenen Verpflichtungen nicht erfüllt. Zur Sicherung des Rückübertragungsanspruches bewilligten und beantragten die Beteiligten in § 5 Nr. 1 des Vertrages die Eintragung einer Rückauffassungsvormerkung. Das Grundbuchamt hat beantragt, der in § 4 Nr. 2 b des notariellen Vertrages vereinbarte Rückübertragungsfall sei nicht hinreichend bestimmt und daher nicht eintragungsfähig. Es sei offen, wie sich ein „ordnungsgemäßer Zustand“ des Grundstückes darstellen und in welchem Umfang eine Straßenreinigungs-, Mäh- und Streupflicht bestehen solle. Hiergegen haben die Beteiligten Beschwerde eingelegt, die beim Landgericht ohne Erfolg geblieben ist.

*Aus den Gründen:*

## II.

(...) In der Sache führen die Rechtsmittel im tenorierten Umfang zum Erfolg.

Zutreffend haben die Vorinstanzen darauf abgestellt, dass der Rückübertragungsanspruch als künftiger und bedingter An-

spruch nur dann durch eine Vormerkung gesichert werden kann, wenn er nach seinem Inhalt genügend bestimmt oder bestimmbar ist. Dafür ist es grundsätzlich ausreichend, dass das Ereignis, mit dessen Eintritt die bedingten Rückübertragungsansprüche wirksam werden sollen, aufgrund objektiver Umstände bestimmbar ist, die auch außerhalb des Grundbuches liegen können, sofern sie nachprüfbar und wenigstens in der Eintragungsbewilligung angedeutet sind (BGHZ 151, 116; 130, 342). Objektive Bestimmbarkeit bedeutet nicht, dass das Ereignis, welches eine Bedingung oder einen künftigen Anspruch auslöst, sogleich und ohne weiteres feststellbar ist, ohne dass es über seinen Eintritt Meinungsverschiedenheiten oder Streit geben könnte. Die Bestimmbarkeit eines durch eine Vormerkung zu sichernden bedingten Rechts wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass der Eintritt der Bedingung möglicherweise erst durch eine richterliche Entscheidung festgestellt werden kann (BGHZ 35, 26; 130, 342, 346; BayObLGZ 1997, 246, 247; BayObLG, NJW-RR 1990, 1169, 1170).

Diesen Anforderungen entspricht nur der in § 4 Nr. 2 b Hs. 2 des notariellen Vertrages geregelte Rückauffallungsfall, dass die Beteiligten zu 2) die ihnen auch bis zum Bau des bezugsfertigen Wohnhauses auferlegte Verkehrssicherungspflicht (Straßenreinigungs-, Mäh- und Streupflicht) verletzen. Soweit die Beteiligte zu 1) auch berechtigt sein soll, die Rückauffassung zu verlangen, wenn die Beteiligten zu 2) gegen ihre Verpflichtung verstoßen, das Grundstück bis zum Bau des bezugsfertigen Wohnhauses in einem „ordnungsgemäßen Zustand“ zu halten (§ 4 Nr. 2 b Hs. 1 des notariellen Vertrages), fehlt es an der Bestimmtheit bzw. der Bestimmbarkeit des Anspruches. Zutreffend hat das Landgericht ausgeführt, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung dem Rechtsbegriff der Verkehrssicherungspflicht durch eine Vielzahl von Entscheidungen einen objektiv bestimmbareren Inhalt verliehen hat. Jeder, der eine Gefahrenquelle schafft, hat zum Schutze Dritter diejenigen Vorkehrungen zu treffen, die nach den Sicherheitserwartungen des jeweiligen Verkehrs im Rahmen des wirtschaftlich Zumutbaren geeignet sind, Gefahren von Dritten abzuwenden, die bei bestimmungsgemäßer oder bei nicht ganz fern liegender bestimmungswidriger Benutzung drohen (BGH, NJW 1978, 1629). Vorliegend wird der Begriff durch den Klammerzusatz „Straßenreinigungs-, Mäh- und Streupflicht“ weiter konkretisiert. Art und Umfang der Straßenreinigungspflicht werden durch § 17 Abs. 2 LStrG Rheinland-Pfalz bzw. die entsprechende Gemeindefassung näher ausgestaltet. Die Streupflicht ist – worauf die Kammer bereits hingewiesen hat – durch die von der Rechtsprechung aufgestellte, umfangreiche Kasuistik ebenfalls objektiv bestimmbar. Die Pflicht das Grundstück zu mähen, wurde in vorliegendem Vertrag ausdrücklich der Verkehrssicherungspflicht zugeordnet und ist dementsprechend dahin auszulegen, dass diese Verpflichtung erfüllt ist, wenn von dem Bewuchs des Grundstückes keine Gefahr für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft ausgeht.

Damit ist eine ausreichende Bestimmbarkeit des Rückübertragungsanspruches der Beteiligten zu 1) für den Fall des Verstoßes der Beteiligten zu 2) gegen ihre Verpflichtung zur Einhaltung der Verkehrssicherungspflicht auch bis zur Bebauung des Grundstückes gegeben. Sollten im Einzelfall Unsicherheiten verbleiben, können diese Zweifel durch eine richterliche Entscheidung ausgeräumt werden, ohne dass hierdurch die objektive Bestimmbarkeit des vorgemerkten Anspruches in Frage gestellt wird (BGHZ 151, 116).

Demgegenüber ist die Verpflichtung der Beteiligten zu 2), das Grundstück auch bis zur Bebauung in einem „ordnungs-

gemäßen Zustand“ zu halten, wie die Vorinstanzen zu Recht ausgeführt haben, weder bestimmt noch nach objektiven Kriterien bestimmbar.

Für den Begriff des „ordnungsgemäßen Zustandes“ eines Grundstückes gibt es – soweit ersichtlich – weder eine allgemein gültige Definition, noch sind seine Voraussetzungen gesetzlich geregelt. Auch finden sich in der notariellen Urkunde keine objektiven Anhaltspunkte dafür, wann von der „Ordnungsgemäßheit“ des Zustandes des Grundstückes auszugehen ist, so dass auch die Beschränkungen, die das Sachenrecht insbesondere in den §§ 906 ff., 1004 BGB zum Schutze anderer Eigentümer und Dritter aufstellt, hier nicht zur Bestimmung dieses Begriffes herangezogen werden können.

## Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

11. BGB §§ 138, 622 Abs. 6; AGBG §§ 9, 10 Nr. 1, 10 Nr. 3; GmbHG §§ 34, 38 (*Keine Sittenwidrigkeit einer Hinauskündigungsklausel*)

**Ein Unternehmensbeteiligungsmodell, durch welches einem Gesellschafter einer GmbH die Möglichkeit eingeräumt wird, mit der Beendigung der Organstellung des Geschäftsführers auch dessen Gesellschaftsbeteiligung zu beenden, kann wirksam sein, wenn es wegen besonderer Umstände sachlich gerechtfertigt ist. (Leitsatz der Schriftleitung)**

OLG Düsseldorf, Urteil vom 16.1.2004, I-17 U 50/03

### Hinweis der Schriftleitung:

Das Urteil ist vollständig abgedruckt in ZIP 2004, 1804. Vgl. hierzu das gegensätzliche Urteil des OLG Frankfurt vom 23.6.2004, 13 U 89/03 (MittBayNot 2005, 57). In beiden Fällen ist die Revision anhängig.

12. GmbHG §§ 5 Abs. 4, 53 (*Umwandlung einer bei Gründung übernommenen Bareinlage in Sacheinlage*)

**Die Umwandlung einer im Rahmen der Gründung übernommenen Bareinlageverpflichtung in eine Sacheinlage ist zulässig. Voraussetzung hierfür ist jedoch die Einhaltung der entsprechenden Gründungsvorschriften, also nicht nur die Vorlage eines Sachgründungsberichts und der Nachweis der Werthaltigkeit der Sacheinlage, sondern auch die Aufnahme einer entsprechenden Einlageverpflichtung in die Satzung. (Leitsatz der Schriftleitung)**

KG, Beschluss vom 26.10.2004, 1 W 21/04

### Aus den Gründen:

1. Die zulässige weitere Beschwerde hat keinen Erfolg. Die Entscheidung des Landgerichts beruht nicht auf einem Rechtsfehler, auf den die weitere Beschwerde allein mit Erfolg gestützt werden kann, vgl. § 27 Abs. 1 Satz 2 FGG in Verbindung mit §§ 546 f. ZPO.

a) Es ist allerdings zweifelhaft, ob die Zurückweisung der Beschwerde darauf gestützt werden konnte, dass die Werthaltigkeit der Sacheinlage nicht nachgewiesen sei, wie dies vom Landgericht angenommen wird. Dass ein solcher Nachweis erforderlich ist, hat das Landgericht zutreffend der Regelung des § 9 c Absatz 1 Satz 2 GmbHG entnommen, die auch im Rahmen der Sachkapitalerhöhung gilt, § 57 a GmbHG. Die Vorschrift war hier auch anwendbar, weil bei der Einbringung von Forderungen und auch von Gesellschafterdarlehen nicht von dem Nominalwert der Forderung auszugehen ist, sondern von ihrer Werthaltigkeit (vgl. dazu BGHZ 132, 141 = NJW 1996, 1473). Diese Werthaltigkeit war im vorliegenden Fall aber nur dann gegeben, wenn die Gesellschaft über ausreichende stille Reserven verfügte, um den in der Bilanz vom 31.12.2001 ausgewiesenen Jahresfehlbetrag und das fehlende Eigenkapital auszugleichen.

Denn nur dann war die Gesellschaft überhaupt befugt, an den Gesellschafter eine Rückzahlung des Darlehns vorzunehmen. Anderenfalls wäre ein eigenkapitalersetzendes Gesellschafterdarlehen in Betracht gekommen, so dass eine Rückzahlung an einer entsprechenden Anwendung des § 30 Abs. 1 GmbHG hätte scheitern müssen. Dass die Gesellschaft zum Zeitpunkt der Einbringung über derartige stille Reserven verfügte, ist nach Auffassung des Landgerichts nicht ausreichend nachgewiesen.

Dies begegnet Bedenken. Die Annahme des Landgerichts, es sei nicht ausreichend ersichtlich, dass der Sachverständige R. die der Gesellschaft gehörenden und lediglich mit einem Betrag von 13.748 DM in der vom Steuerberater K. erstellten Bilanz zum 31.12.2001 ausgewiesenen Maschinen „wirtschaftsprüfertauglich und damit im Rahmen einer Bilanz testatfähig“ mit einem Wert von 272.000 € zum 31.12.2002 bewertet habe, ist nicht frei von Rechtsfehlern. Die Frage der Bewertung ist zwar zunächst allein Aufgabe der Tatsacheninstanzen. Die ihr zugrundeliegende Tatsachenwürdigung ist aber vom Gericht der weiteren Beschwerde daraufhin zu überprüfen, ob der maßgebende Sachverhalt ausreichend ermittelt ist, die ihr zugrundeliegenden Tatsachen verfahrensfehlerfrei festgestellt sind, gegen Beweisregeln verstoßen wurde, ob Denkgesetze oder Erfahrungssätze beachtet wurden und ob alle wesentlichen Umstände berücksichtigt worden sind (vgl. *Keidel/Meyer-Holtz*, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 15. Aufl., § 27 Rdnr. 42). Dies ist hier nicht der Fall, weil das Landgericht übersehen hat, dass der Sachverständige die von ihm festgestellten Fortführungsverkehrswerte der Maschinen dahin erläutert hat, dass es sich dabei um den Preis handelt, der bei einem Verkauf ohne Standortwechsel zu erzielen wäre.

Für die Wertfeststellung hat der Sachverständige dabei den Neuwert, die Lebensdauer, den technischen und wirtschaftlichen Verschleiß sowie die aktuellen Marktverhältnisse beachtet. Dann aber hat er – die Richtigkeit der Feststellungen unterstellt – den objektiven Wiederbeschaffungswert der hier zum Anlagevermögen gehörenden Maschinen angesetzt, wie er in einer Bilanz mit den Anschaffungskosten anzusetzen ist (§ 255 Abs. 1 HGB) und bei der Bewertung einer Sacheinlage im Rahmen einer Kapitalerhöhung bzw. Sachgründung zugrunde zu legen wäre (vgl. OLG Düsseldorf, *GmbHR* 1992, 112, 113; OLG München, *GmbHR* 1994, 712; OLG Köln, *GmbHR* 1998, 42, 43; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, *GmbHG*, 17. Aufl., § 5 Rdnr. 33; *Michalski/Zeidler*, *GmbHG*, 2000, § 5 Rdnr. 188).

b) Dies führt allerdings nicht zu einem Erfolg der weiteren Beschwerde, weil sich die Entscheidung des Landgerichts aus anderen Gründen als richtig erweist, §§ 27 Abs. 1 Satz 2 FGG, 561 ZPO.

Die angemeldete Umstellung des Stammkapitals auf Euro unter gleichzeitiger Erhöhung des Stammkapitals im Wege der Einbringung von Sacheinlagen durch Aufstockung der bestehenden Anteile konnte nur dann Erfolg haben, wenn das bisherige Stammkapital wegen der spätestens jetzt erfolgten Zusammenlegung der bisherigen zwei Geschäftsanteile voll eingezahlt war, worauf die Vorinstanzen zu Recht hingewiesen haben (vgl. *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 17. Aufl., § 55 Rdnr. 28; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 16. Aufl., § 55 Rdnr. 6; *Roth/Altmeppen*, GmbHG, 4. Aufl., § 55 Rdnr. 32). Insoweit war aber noch eine Bareinlageverpflichtung aus der Gründung offen. Diese Einlage sollte hier ebenfalls durch die Einbringung des Gesellschafterdarlehens und damit durch eine Sacheinlage erbracht werden. Dazu bedurfte es einer Umwandlung der bisherigen Bareinlageverpflichtung in eine Sacheinlageverpflichtung.

Ob eine solche Umwandlung der bei der Gründung übernommenen Verpflichtungen möglich ist, wurde früher in der Rechtsprechung verneint (vgl. KGJ 47, 108; JW 1937, 321; BayObLG, DB 1978, 337; OLG Frankfurt, DB 1983, 1249).

Im Anschluss an die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 4.3.1996 (BGHZ 132, 141 = NJW 1996, 1473), mit der die Heilung einer verdeckten Sacheinlage im Rahmen einer Barkapitalerhöhung durch einen nachfolgenden ändernden Sachkapitalerhöhungsbeschluss für zulässig erachtet wird, wird aber auch die Umwandlung einer im Rahmen der Gründung übernommenen Bareinlageverpflichtung in eine Sacheinlage weitgehend für zulässig erachtet (vgl. *Scholz/Winter*, GmbHG, 9. Aufl., § 5 Rdnr. 106; *Roth/Altmeppen*, GmbHG, 4. Aufl., § 5 Rdnr. 57; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 16. Aufl., § 5 Rdnr. 36).

Als Voraussetzung hierfür wird jedoch die Einhaltung der entsprechenden Gründungsvorschriften verlangt. Dies bedeutet aber nicht nur die Vorlage eines Sachgründungsberichts (§ 5 Abs. 4 Satz 2 GmbHG) und den Nachweis der Werthaltigkeit der Sacheinlage (§ 8 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG), sondern auch die Aufnahme einer entsprechenden Einlageverpflichtung in die Satzung, § 5 Abs. 4 Satz 1 GmbHG. An einer solchen Regelung fehlt es hier, worauf der Senat mit Schreiben vom 13.7.2004 noch einmal hingewiesen hat, nachdem bereits das Amtsgericht in dem Beschluss vom 16.12.2002 deutlich gemacht hatte, dass eine Volleinzahlung durch Umbuchung der Darlehensforderung wegen der Umgehung der Gründungsvorschriften allein nicht erfolgen konnte, § 19 Abs. 5 GmbHG. Weder der satzungsändernde Beschluss vom 29.4. noch der vom 22.10.2002 erfüllen die Anforderungen des § 5 Abs. 4 Satz 1 GmbHG.

Die Aufnahme der Angaben zu der Sacheinlage in die Satzung ist auch nicht dann entbehrlich, wenn die Gesellschaft bereits fünf Jahre im Register eingetragen war (so aber *Schiess/Rosengarten*, GmbHR 1997, 772, 775). Denn der Gesellschafter, der seine frühere Bareinlageverpflichtung in eine Sacheinlage umwandelt, darf nicht besser stehen als der, der sich von vorneherein zur Erbringung einer Sacheinlage verpflichtet. Darüber hinaus ist das insoweit angeführte Argument, auch die ursprüngliche Sacheinlageregelung könne nach fünf Jahren entfallen, hier deshalb nicht zutreffend, weil diese Frist erst mit der Erbringung der Sacheinlage und der Eintragung zu laufen beginnt, § 26 Abs. 5 AktG entsprechend (vgl. *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 17. Aufl., § 5 Rdnr. 49; *Scholz/Winter*, GmbHG, 9. Aufl., § 5 Rdnr. 106).

## Internationales Privatrecht

13. EGBGB Art. 28 Abs. 2, Abs. 5 (*Anwendbares Recht bei Kauf einer hypothekarisch gesicherten Forderung*)

**Die Vermutung, dass der Vertrag die engsten Verbindungen mit dem Staat aufweist, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung zu erbringen hat, im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat, gilt nicht, wenn solche Anknüpfungspunkte zu einem anderen als dem vermuteten Recht führen, die an Gewicht den von der Vermutung verwendeten Anknüpfungspunkt deutlich übertreffen, und sich ein anderes Zentrum des Leistungsaustauschs eindeutig ermitteln lässt.**

**Das kann bei einem Kaufvertrag über eine Forderung gegenüber dem nach Deutschland weisenden Sitz des Verkäufers der Fall sein, wenn die deutschem Recht unterliegende Forderung durch eine an einem französischen Grundstück bestellte Hypothek gesichert ist, es dem Käufer entscheidend auf den Erwerb der Hypothek ankommt, eine Beurkundung des Kaufvertrags durch einen französischen Notar in französischer Sprache erfolgen und die Parteien dabei von französischen Rechtsanwälten vertreten werden sollen und der Kaufpreis in französischer Währung vereinbart ist.**

BGH, Urteil vom 26.7.2004, VIII ZR 273/03

Die Klägerin ist eine auf der Insel Anguilla/Karibik gegründete Gesellschaft, die ihren Verwaltungssitz nach ihrem Vortrag in Macati City auf den Philippinen hat. Vertretungsberechtigter Geschäftsführer der Klägerin ist der französische Staatsbürger C. Z.

Die Beklagte, eine deutsche Hypothekenbank, war Inhaberin einer Darlehensforderung in Höhe von 8 Mio. DM gegen eine Aktiengesellschaft luxemburgischen Rechts, die Firma A. Unter Ziff. 10 des Darlehensvertrages vom 12.2./6.3.1991 war die Geltung deutschen Rechts vereinbart worden. Die Forderung war hypothekarisch gesichert durch die Belastung von verschiedenen Grundstücken in L., Frankreich, die im Eigentum einer französischen Gesellschaft, der S. mit Sitz in J., Frankreich, standen.

Die Parteien verhandelten im Sommer 1999 über den Ankauf der Forderung durch die Klägerin. Zu diesem Zeitpunkt befand sich die S. in Liquidation; die Zwangsversteigerung der betroffenen Grundstücke war für den 3.9.1999 vorgesehen. Die Beklagte übersandte ein in französischer Sprache abgefasstes Exposé „für das Objekt L.“ an W. G., einen österreichischen Staatsangehörigen. Dieser teilte der Beklagten im Namen der Klägerin mit Schreiben vom 21.7.1999 mit, „... dass wir an dem Objekt L. definitiv und ohne Konditionen interessiert sind und gegen einen Betrag von FF 1.400.000 die Hypothek und ihre Forderungen in der Höhe von FF 25.000.000 übernehmen wollen. Um das Geschäft so rasch wie möglich abwickeln zu können, ersuchen wir sie, uns umgehend die Bankverbindung mitzuteilen, wohin der Betrag von FF 1.400.000 überwiesen werden soll bzw. wie die weitere Vorgangsweise um die Transaktion durchführen zu können sein soll.“

Zugleich benannte er als Vertreter der Klägerin Rechtsanwalt Maître R. C., Nizza. Der Schriftverkehr zwischen W. G. und der Beklagten wurde teils in deutscher und teils in englischer Sprache geführt.

Die Parteien kamen überein, einen Kaufvertrag über die hypothekarisch gesicherte Forderung von dem Notar Maître R. A., B., Frankreich, beurkunden zu lassen. Rechtsanwalt C. bestätigte mit Schreiben vom 27.7.1999 an den Notar eine Überweisung seiner Mandantin, der Klägerin, in Höhe von 1.400.000 FF nebst 60.000 FF für dessen Kosten auf ein Konto des Notars. In dem Schreiben heißt es weiter:

„Ich überlasse es Ihnen, die Urkunde schnellstmöglich vorzubereiten, da die Zwangsversteigerung auf den 3. September festgesetzt worden ist.“

Für die Beklagte ließ Rechtsanwalt D., Marseille, mit Schreiben vom 4.8.1999 an Rechtsanwalt C. mitteilen, dass sie die Wahl getroffen

habe, die Klägerin als Käuferin „anzunehmen“. Rechtsanwalt D. erklärte ferner am 23.8.1999 gegenüber dem Notariat A., dass eine auf seinen – Rechtsanwalt D. – Namen lautende Vollmacht, die es ihm ermögliche, die Forderungsabtretung im Notariat zu unterzeichnen, von der Beklagten vor einem Notar ausgestellt werde, jedoch in Frankreich nicht vor dem 26.8.1999 vorliegen könne. Im Übrigen heißt es:

„Ich hoffe, dass Sie in den nächsten Tagen die restlichen Schwierigkeiten mit Maître C. bewältigen können, so dass wir in Betracht ziehen könnten, in dieser Woche zu unterzeichnen.“

Diese und die nachfolgende Korrespondenz zwischen den Rechtsanwälten der Parteien und dem Notariat wurde in französischer Sprache geführt.

Ebenfalls mit Schreiben vom 23.8.1999 zeigte das Notariat A. im Rahmen der französischen Regelungen zur Geldwäscheprävention der zuständigen Staatsanwältin in D. die von der Klägerin veranlasste Überweisung von 1.470.424,24 FF an, ferner den für den 3.9.1999 geplanten Termin zur Zwangsversteigerung der belasteten Grundstücke und die von den Parteien noch vor diesem Termin gewünschte notarielle Beurkundung der Abtretung der Hypothekenforderung. Am 25.8.1999 übersandte Rechtsanwalt D. eine Kopie einer ihm unter dem 23.8.1999 von der Beklagten vor einem Hamburger Notar in französischer Sprache erteilten Vollmacht an das Notariat A. und teilte mit:

„Was die D. betrifft, ist nun alles in Ordnung, damit ich die Urkunde unterzeichnen kann ... Ich denke, dass Sie nun baldig das Einverständnis der Staatsanwaltschaft erhalten werden sowie ein Hypothekenverzeichnis.“

Per Telefax vom 27.8.1999 erklärte Rechtsanwalt D. gegenüber dem Notariat jedoch, seine Mandantin wünsche nicht mit der Klägerin abzuschließen; man befürchte eine „Geldwäsche-Operation“. Ein Verkauf der Forderung könne zu einem Preis von 1.700.000 FF an den niederländischen Staatsbürger H., wohnhaft in Monte Carlo, erfolgen. Am 30.8.1999 wies der Notar die Staatsanwaltschaft in D. unter Bezugnahme auf sein Schreiben vom 23.8.1999 auf die Dringlichkeit der Angelegenheit hin, da für 16.00 Uhr desselben Tages ein Termin in seiner Kanzlei anstehe. Die Staatsanwaltschaft bestätigte umgehend den Eingang der Schreiben und wies darauf hin, dass Untersuchungen liefen. W. G. teilte der Beklagten mit Telefax vom 30.8.1999 unter Verwendung eines Briefbogens der Klägerin mit, dass der Vertrag noch am gleichen Tag um 16.00 Uhr unterzeichnet werden müsse, anderenfalls werde die Klägerin Schadensersatz verlangen.

Im Notariat A. waren zum vereinbarten Termin W. G. und Rechtsanwalt C. für die Klägerin, Rechtsanwalt D. für die Beklagte sowie der zuständige Notar anwesend. Nach den protokollierten Feststellungen eines von dem Vertreter G. hinzugezogenen Gerichtsvollziehers erklärte der Notar, die Unterzeichnung des Vertrages wegen der andauernden staatsanwaltlichen Untersuchungen nicht durchführen zu können, äußerte Rechtsanwalt C. weiterhin die Bereitschaft der Klägerin, eine Abtretungsurkunde zu unterzeichnen, und legte Rechtsanwalt D. dar, dies könne seitens der Beklagten vor Abschluss der eingeleiteten Untersuchungen nicht geschehen.

Unmittelbar danach beurkundete der Notar die Abtretung der hypothekarisch gesicherten Forderung durch die Beklagte an den Niederländer H. zu einem Kaufpreis von 1.700.000 FF. Am 3.9.1999 wurden die hypothekarisch belasteten Grundstücke gegen ein Höchstgebot von 5.240.000 FF öffentlich versteigert.

Mit der vorliegenden Klage verlangt die Klägerin Schadensersatz in Höhe von zuletzt 665.601,03 € nebst Zinsen mit der Begründung, nach dem ihrer Ansicht nach anwendbaren französischen Recht hätten die Parteien einen wirksamen Vorvertrag geschlossen, von dem sich die Beklagte unberechtigt losgesagt habe, so dass sie, die Klägerin, Schadensersatz in Höhe der Differenz zwischen dem Versteigerungserlös und dem vereinbarten Kaufpreis sowie der Kosten der durch den Gerichtsvollzieher am 30.8.1999 vorgenommenen Protokollierung verlangen könne. Hilfsweise verlangt sie den Ersatz fehlgeschlagener Aufwendungen, die sie mit umgerechnet 5.286,69 € beziffert.

Die Beklagte hält deutsches Recht nach Art. 28 Abs. 2 EGBGB für anwendbar und ist der Meinung, ein Vertrag sei zwischen den Parteien nicht zustande gekommen. Auch verpflichtete sie der Abbruch der Verhandlungen angesichts der am 30.8.1999 noch laufenden staats-

anwaltschaftlichen Ermittlungen nicht zum Ersatz vergeblicher Aufwendungen.

Das Landgericht und das Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter.

*Aus den Gründen:*

I.

Das Berufungsgericht hat, soweit in der Revisionsinstanz noch von Interesse, ausgeführt:

Der Klägerin stünden keine vertraglichen Schadensersatzansprüche zu, weil es nach dem anzuwendenden deutschen Recht zwischen den Parteien nicht zum wirksamen Abschluss eines Kaufvertrages über die hypothekarisch gesicherte Forderung gekommen sei. Die Parteien hätten weder eine ausdrückliche noch eine konkludente Rechtswahl getroffen, so dass für die Festlegung des Statuts auf die Regelanknüpfung nach Art. 28 EGBGB abzustellen sei. Art. 28 Abs. 3 EGBGB sei nicht anzuwenden, da Gegenstand des Vertrages nicht die Hypothek als dingliches Recht, sondern vielmehr der Erwerb einer dem deutschen Recht unterliegenden Forderung gewesen sei. Damit greife die Vermutung des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 und 2 EGBGB ein, die – weil die Abtretung als vertragscharakteristische Leistung beim Forderungskauf von der in H. ansässigen Klägerin (richtig: Beklagten) habe erbracht werden sollen – zum deutschen Recht führe. Es ergebe sich nicht im Sinne von Art. 28 Abs. 5 EGBGB aus der Gesamtheit der Umstände, dass der (intendierte) Vertrag engere Verbindungen mit Frankreich aufweise. Art. 28 Abs. 5 EGBGB habe gegenüber der Grundregel des Art. 28 Abs. 1 und den diese konkretisierenden Vermutungen der Absätze 2 bis 4 den Charakter einer Ausweichklausel; zwischen Absatz 2 und Absatz 5 des Art. 28 EGBGB bestehe ein Regel-Ausnahme-Verhältnis. Absatz 5 könne deshalb die Vermutung des Absatzes 2 nur verdrängen, wenn dessen Anknüpfungsgelb durch andere Indizien deutlich übertroffen werde. Davon könne hier keine Rede sein.

Zwar lägen eine Reihe von Gesichtspunkten vor, die eine Verbindung des Sachverhaltes zum französischen Recht nahe legten. Der Großteil dieser Anknüpfungspunkte folge jedoch aus dem Umstand, dass mit der Forderung eine Hypothek habe erworben werden sollen, die an einem in Frankreich belegenen Grundstück bestellt gewesen sei. Ihre Berücksichtigung im Rahmen von Art. 28 Abs. 5 EGBGB lasse sachwidrig die Regelung des Art. 43 Abs. 1 EGBGB auf den Schuldvertrag durchschlagen und missachte Art. 28 Abs. 3 EGBGB. Schließlich biete sich bei einer Abwägung der für die Geltung französischen Rechts sprechenden Gesichtspunkte mit den ebenfalls vorhandenen, auf andere Rechtsordnungen verweisenden Umständen ein so uneinheitliches Bild, dass wohl schon bei einer – abzulehnenden – Gleichrangigkeit der Anknüpfungen nach Absatz 2 und Absatz 5 des Art. 28 EGBGB keine ausreichende Basis für die Anwendung französischen Rechts gegeben sei, jedenfalls aber aufgrund der Vorrangigkeit der Anknüpfung nach Art. 28 Abs. 2 EGBGB deutsches Recht zur Anwendung kommen müsse.

Nach deutschem Recht liege ein offener Dissens im Sinne des § 154 Abs. 2 BGB vor, da die Parteien eine Beurkundung des Vertrages vereinbart hätten, zu der es nicht gekommen sei. Ob ein wirksamer Vorvertrag zwischen den Parteien zustande gekommen sei, könne dahinstehen, denn jedenfalls habe die Beklagte keine sie aus einem solchen Vertrag treffende Pflicht schuldhaft verletzt. Die Beklagte habe einen triftigen Grund zum Abbruch der Verhandlungen gehabt. Angesichts der noch laufenden Ermittlungen der Staatsanwaltschaft habe von

ihr nicht verlangt werden können, mit der Klägerin abzuschließen. Auch wenn ein wesentliches Motiv der Beklagten für den Abbruch der Verhandlungen mit der Klägerin das um 300.000 FF höhere Gebot des späteren Käufers H. gewesen sein sollte, was sehr nahe liege, sei ihr Verhalten jedenfalls vor dem Hintergrund der fortdauernden Ermittlungen der Staatsanwaltschaft und des nur noch kurzen bis zum Versteigerungsbeginn zur Verfügung stehenden Zeitraumes nicht zu beanstanden. Aus denselben Erwägungen komme auch ein Anspruch aus culpa in contrahendo nicht in Betracht.

## II.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

1. Zutreffend ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch als Schadensersatzanspruch aus schuldrechtlicher Sonderbeziehung anzusehen und das auf die Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien anwendbare Recht nach den Art. 27 ff. EGBGB zu bestimmen ist. Diese Vorschriften sind sowohl maßgebend für den von der Klägerin in erster Linie verlangten Schadensersatz wegen Nichterfüllung einer vertraglichen Verpflichtung (Art. 32 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB) als auch für die hilfsweise geltend gemachte Haftung aus culpa in contrahendo (BGH, Urteil vom 9.10.1986, II ZR 241/85, NJW 1987, 1141; differenzierend *Dörner*, JR 1987, 201, 202).

Es kann für die Festlegung des Statuts dahinstehen, ob zwischen den Parteien eine bindende Vereinbarung über den Kauf und die Abtretung der hypothekarisch gesicherten Forderung der Beklagten schon zustande gekommen war, wie die Klägerin meint, oder aber eine endgültige Einigung noch nicht erfolgt war. Auch das Zustandekommen und die Wirksamkeit des Vertrages beurteilen sich gemäß Art. 31 Abs. 1 EGBGB nach dem Recht, das anzuwenden wäre, wenn der Vertrag wirksam wäre. Damit regelt das nach Art. 27 ff. EGBGB zu bestimmende Vertragsstatut auch die Frage, ob die für den Vertragsschluss erforderlichen Willenserklärungen vorliegen.

2. Eine Rechtswahl der Parteien im Sinne des Art. 27 Abs. 1 EGBGB hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei verneint.

Die Beurteilung der Frage, ob die Parteien ihren Vertragsverhandlungen im Wege der Individualvereinbarung eine stillschweigende Rechtswahl – eine ausdrückliche Rechtswahlvereinbarung macht auch die Revision nicht geltend – zugrunde gelegt haben, ist Gegenstand tatrichterlicher Auslegung und in der Revisionsinstanz nur eingeschränkt überprüfbar (Senatsbeschluss vom 19.1.2000, VIII ZR 275/98, NJW-RR 2000, 1002, unter II 2; BGH, Urteil vom 28.1.1997, XI ZR 42/96, NJW-RR 1997, 686, unter II 1 a aa). Der Kontrolle durch den Senat unterliegt nur, ob das Berufungsgericht seiner Auslegung die zutreffenden rechtlichen Maßstäbe zugrunde gelegt hat, ob es den Prozessstoff umfassend und widerspruchsfrei gewürdigt und ob es die indizielle Bedeutung der in Betracht kommenden Anknüpfungspunkte erkannt hat.

Einer nach Art. 27 Abs. 1 EGBGB möglichen Rechtswahl steht nicht schon entgegen, dass die Parteien über den Ankauf einer Forderung verhandelten, für die gemäß Ziff. 10 der Vereinbarung zwischen der Beklagten und der Firma A. die Geltung deutschen Rechtes vereinbart war. Nach Art. 33 Abs. 2 EGBGB bestimmt das Recht, dem die übertragene Forderung unterliegt, nur ihre Übertragbarkeit und andere in dieser Vorschrift näher geregelte Fragen. Dagegen ist das anwendbare Recht für das der Abtretung zugrundeliegende Kausalgeschäft

zwischen Zedenten und Zessionar nach Art. 27 ff. EGBGB zu bestimmen, wie sich aus Art. 33 Abs. 1 EGBGB ergibt. Eine stillschweigende Rechtswahl ist jedoch nach Art. 27 Abs. 1 Satz 2 EGBGB nur anzunehmen, wenn sich ein entsprechender tatsächlicher Parteiwille mit hinreichender Sicherheit aus dem Vertrag oder den Umständen des Falles ergibt, die bloße Ermittlung eines hypothetischen Parteiwillens genügt gerade nicht (MünchKommBGB/*Martiny*, 3. Aufl., Art. 27 EGBGB Rdnr. 42; *Giuliano/Lagarde*, Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, BT-Drucks. 10/503, S. 49; *Steinle*, ZVglRWiss 1994, 300, 308 f.).

Ausgehend von diesen Rechtsgrundsätzen hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt, dass sich keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine Rechtswahl finden. Eindeutige Indizien, die eine Rechtswahl nahe legen, wie eine Gerichtsstands- oder Schiedsgerichtsvereinbarung oder ein übereinstimmend auf eine bestimmte Rechtsordnung zielendes Prozessverhalten der Parteien, liegen nicht vor; vielmehr hat die Klägerin von Anfang an die Ansicht vertreten, französisches Recht sei anwendbar, während die Beklagte von der Geltung deutschen Rechtes ausging. Schwächere Indizien wie etwa der Erfüllungsort, Sitz und Staatsangehörigkeit der Parteien, Vertragssprache, Abschlussort oder Währung können Rückschlüsse auf eine stillschweigende Rechtswahl der Parteien zulassen, wenn die Anhaltspunkte in ihrer Häufung übereinstimmend auf eine bestimmte Rechtsordnung hinweisen (*Staudinger/Magnus*, BGB, 13. Bearb., 2002, Art. 27 EGBGB Rdnr. 63). Insoweit hat das Berufungsgericht aber zutreffend ausgeführt, dass die genannten Umstände ein uneinheitliches Bild ergeben. Zwar deuten einige Indizien auf eine Nähe zu der französischen Rechtsordnung hin wie die zum Teil in französischer Sprache geführten Verhandlungen, der in Aussicht genommene Abschlussort in Frankreich, der in französischer Währung festgelegte Kaufpreis sowie der Belegenheitsort der Grundstücke, an denen die sichernde Hypothek bestellt worden ist. Jedoch ist die Klägerin eine anguillanische Gesellschaft mit Sitz auf den Philippinen, die Beklagte ist eine deutsche Aktiengesellschaft, Gegenstand des geplanten Kaufvertrages war der Erwerb einer deutschem Recht unterliegenden Forderung gegen eine luxemburgische Gesellschaft, der Schriftverkehr zwischen dem Vertreter der Klägerin, dem österreichischen Staatsbürger W. G., und der Beklagten wurde in englischer und deutscher Sprache geführt. Diesen Befund hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler als so vielschichtig gewertet, dass von einer eindeutigen Häufung von auf eine Rechtsordnung weisenden Indizien, die den Schluss auf einen entsprechenden Parteiwillen im Sinne des Art. 27 Abs. 1 Satz 2 EGBGB zuließe, nicht die Rede sein könne.

Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht dabei nicht übersehen, dass beide Parteien im Vorfeld des Vertragsschlusses durch französische Rechtsanwälte vertreten worden sind und der Vertrag von einem französischen Notar beurkundet werden sollte. Letzteres hat es – wie seine Ausführungen zu der Vermutungsregelung des Art. 28 Abs. 2 EGBGB zeigen – als nahezu zwingende Folge des von ihm auch für eine Rechtswahl nach Art. 27 Abs. 1 Satz 2 EGBGB berücksichtigten Umstandes angesehen, dass mit der abzutretenden Forderung eine Hypothek an einem in Frankreich belegenen Grundstück erworben und die für ein Zwangsversteigerungsverfahren in Frankreich erforderlichen Förmlichkeiten gewahrt werden sollten. Für die Vertretung der Parteien durch französische Anwälte gilt nichts anderes. Dass die Hypothek nach Art. 43 Abs. 1 EGBGB französischem Recht unterlag, § 1154 BGB also bei der Abtretung der Forderung

keine Anwendung finden konnte (MünchKommBGB/Kreuzer, BGB, 3. Aufl., nach Art. 38 EGBGB Anh. 1 Rdnr. 47; *Martiny* in Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 5. Aufl., Rdnr. 313; *Schäfer*, Grenzüberschreitende Kreditsicherung an Grundstücken, 1993, S. 116) und es deshalb für die wirksame Übertragung der Hypothek besonderer Kenntnisse des französischen Rechts bedurfte, die am ehesten bei einem französischen Notar und bei französischen Anwälten vorausgesetzt werden konnten, zwingt nicht zu der Annahme, dass die Parteien auch das Kausalgeschäft französischem Recht unterwerfen wollten, zumal Voraussetzungen und Wirkung der Abtretung der gesicherten Forderung gemäß Art. 33 Abs. 2 EGBGB nach deutschem Recht zu beurteilen waren (BGH, Urteil vom 26.11.1990, II ZR 92/90, NJW 1991, 1414, unter 1; Senatsurteil, BGHZ 111, 376, 379 f.).

Erfolglos ist schließlich auch die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, dass die Beklagte die Forderung mit einem in französischer Sprache gefassten Exposé auf dem französischen Markt angeboten habe. Dass Vertragssprache Französisch war, hat das Berufungsgericht in seine Erwägungen einfließen lassen. Ein Angebot der Forderung auf dem französischen Markt hat das Berufungsgericht nicht festgestellt, sondern lediglich ausgeführt, die Beklagte habe das Exposé an den österreichischen Staatsbürger G. abgesandt, der darauf seinerseits mit einem in Wien verfassten Schreiben geantwortet habe. Dass das Berufungsgericht dabei Sachvortrag der Klägerin übergangen hätte, zeigt die Revision nicht auf.

3. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts führt jedoch Art. 28 Abs. 1 Satz 1 EGBGB zur Anwendung des französischen Rechts, weil die Vertragsverhandlungen der Parteien die engsten Verbindungen mit dem Staat Frankreich aufweisen.

a) Der Anknüpfungsgrundsatz der engsten Verbindungen nach Art. 28 Abs. 1 Satz 1 EGBGB wird durch die Vermutungsregeln des Art. 28 Abs. 2 bis Abs. 4 EGBGB konkretisiert (*Erman/Hohloch*, BGB, 11. Aufl., Art. 28 EGBGB Rdnr. 2; *Spickhoff* in Bamberger/Roth, BGB, Art. 28 EGBGB Rdnr. 3; *Staudinger/Magnus*, a. a. O., Art. 28 EGBGB Rdnr. 26). Dabei verdrängt die Anknüpfung nach Art. 28 Abs. 3 EGBGB als *lex specialis* diejenige nach Absatz 2 (*Soergel/von Hoffmann*, BGB, 12. Aufl., Art. 28 EGBGB Rdnr. 72).

b) Zu Unrecht meint die Revision, Art. 28 Abs. 3 EGBGB sei einschlägig. Nach dieser Vorschrift wird vermutet, dass ein Vertrag beziehungsweise die diesem vorangegangenen Verhandlungen, die ein dingliches Recht an einem Grundstück zum Gegenstand haben, die engsten Verbindungen zu dem Staat aufweisen, in dem das Grundstück belegen ist. Die Voraussetzungen von Art. 28 Abs. 3 EGBGB sind hier nicht erfüllt, weil sich die Vertragsverhandlungen der Parteien in erster Linie auf den Ankauf einer Darlehensforderung und nicht eines dinglichen Rechts durch die Klägerin bezogen.

Die Revision bringt vor, der Umstand, dass wirtschaftlicher Kaufgegenstand letztlich der Erwerb der französischen Hypothek gewesen sei, führe – ebenso wie der Erwerb einer Grundschuld – zur Anwendung des Art. 28 Abs. 3 EGBGB und damit des französischen Rechts. Ihr ist insoweit zuzustimmen, als der eigentliche Zweck des Forderungskaufes, nämlich der Erwerb einer Hypothek an einem französischen Grundstück, bei der Prüfung der engsten Verbindung der Vereinbarungen zu dem Recht eines bestimmten Staates nicht unberücksichtigt bleiben kann, wie noch auszuführen sein wird (s. u. unter 3 c bb (1)). Anknüpfungspunkt für derartige wirtschaftliche Überlegungen ist aber Art. 28 Abs. 5 EGBGB, der eine Ge-

samt abwägung aller Umstände vorschreibt, und nicht der ausschließlich auf den rechtlichen Gegenstand von Schuldverträgen bezogene Absatz 3 der Vorschrift.

Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen bei einem Realkredit vorbehaltlich einer abweichenden Rechtswahl der Parteien die *lex rei sitae* des Grundpfandrechts entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts auch das anwendbare Recht für die zu sichernde Forderung bestimmen kann, wie die Revision meint, ist für den Anwendungsbereich des Art. 28 Abs. 3 EGBGB ohne Relevanz. Denn auch ein Gleichlauf des Statuts der gesicherten Forderung mit dem der Hypothek kann sich nur aus Art. 28 Abs. 5 EGBGB ergeben und ist zudem für das Forderungskaufstatut nur mittelbar von Bedeutung, weil dieses – wie Art. 33 Abs. 1 EGBGB voraussetzt – selbständig anzuknüpfen ist.

c) Weiterhin greift auch die Vermutungsregel des Art. 28 Abs. 2 EGBGB nicht ein. Nach dieser Vorschrift wird vermutet, dass der Vertrag die engsten Verbindungen mit dem Staat aufweist, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung zu erbringen hat, ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort oder ihre Hauptverwaltung hat. Bei einem Forderungskauf erbringt regelmäßig der Veräußerer die charakteristische Leistung, so dass danach das Recht seines Staates maßgebend ist (*Staudinger/Magnus*, Art. 28 EGBGB Rdnr. 193; *Spickhoff*, a. a. O., Art. 28 EGBGB Rdnr. 52; *MünchKommBGB/Martiny*, Art. 28 EGBGB Rdnr. 116; *Erman/Hohloch*, Art. 28 EGBGB Rdnr. 32; *Rosenau*, RIW 1992, 882). Dies würde hier zur Anwendung des deutschen Rechtes führen, da die Beklagte als Veräußerer ihren Sitz in Deutschland hat. Im vorliegenden Fall gilt die Vermutungsregel des Art. 28 Abs. 2 EGBGB jedoch nicht, da sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass die Verhandlungen zwischen den Parteien engere Verbindungen mit dem französischen Staat aufweisen (Art. 28 Abs. 5 EGBGB).

aa) Das Rangverhältnis der einzelnen Absätze des Art. 28 EGBGB ist umstritten. Nach herrschender, auch vom Berufungsgericht vertretener Auffassung ist Art. 28 Abs. 5 EGBGB gegenüber den Vermutungsregeln der Absätze 2 bis 4 dieser Vorschrift nachrangig und kommt nur in Ausnahmefällen zum Tragen (*Staudinger/Magnus*, Art. 28 EGBGB Rdnr. 126; *Erman/Hohloch*, Art. 28 Rdnr. 17; *Looschelders*, Internationales Privatrecht, Art. 28 EGBGB Rdnr. 80 f.; *von Hoffmann/Thorn*, Internationales Privatrecht, 7. Aufl., § 10 Rdnr. 44, 59; *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., S. 415, 419 f.; vgl. auch BT-Drucks. 10/504, S. 79). Nach anderer Ansicht setzt Art. 28 Abs. 5 EGBGB gleichrangig mit den Absätzen 2 bis 4 der Vorschrift die Grundregel der engsten Verbindung nach Art. 28 Abs. 1 EGBGB durch (*Martiny* in Reithmann/Martiny, Rdnr. 148; *MünchKommBGB/Martiny*, Art. 28 EGBGB Rdnr. 92; *Hepting* in FS Lorenz, S. 393, 407 f.; *von Bar*, Internationales Privatrecht, 2. Bd., Rdnr. 488; *Wolf*, Der Begriff der wesentlich engeren Verbindung im Internationalen Sachenrecht, 2002, S. 15).

Dieser Meinungsstreit bedarf im vorliegenden Fall keiner Entscheidung. Denn auch soweit Art. 28 Abs. 2 bis 4 EGBGB im Wege des Regel-Ausnahme-Verhältnisses der Vorrang vor Absatz 5 eingeräumt und daraus erhöhte Anforderungen an das Vorliegen eines Ausnahmefalls im Sinne von Absatz 5 abgeleitet werden, ist die Anwendbarkeit von Absatz 5 jedenfalls dann zu bejahen, wenn solche Anknüpfungspunkte zu einem anderen als dem nach Absatz 2 vermuteten Recht führen, die an Gewicht den von der Vermutung verwendeten Anknüpfungspunkt deutlich übertreffen (*Staudinger/Magnus*, Art. 28 EGBGB Rdnr. 127; *Erman/Hohloch*, Art. 28 Rdnr. 17; *Looschelders*, Art. 28 EGBGB Rdnr. 81; *Kropholler*, a. a. O.,

S. 419 f.), und sich ein anderes Zentrum des Leistungsaustauschs eindeutig ermitteln lässt (von *Hoffmann/Thorn*, a. a. O., § 10 Rdnr. 59), eine Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Schuldners der charakteristischen Leistung also blass und künstlich wirken müsste (so – ausgehend von einem normativen Gleichrang der Absätze 2 und 5 – von *Bar*, a. a. O., Rdnr. 489).

bb) So verhält es sich hier. Aus der Gesamtheit der Umstände ergibt sich, dass die Vertragsverhandlungen eine deutlich engere Verbindung zum französischen Recht aufweisen, so dass die Vermutung des Art. 28 Abs. 2 EGBGB gemäß Absatz 5 der Vorschrift nicht gilt.

(1) Der Klägerin war von Anfang an nur daran gelegen, die gemäß der *lex rei sitae* französischem Recht unterliegende Hypothek (Art. 43 Abs. 1 EGBGB) zu erwerben und zu verwerten. Dies zeigt sich bereits darin, dass der Vertreter der Klägerin, W. G., in seiner Anfrage mit Schreiben vom 21.7.1999 Interesse an dem Objekt „L.“ bekundete und auf ein ihm von der Klägerin übersandtes Exposé für dieses Objekt Bezug nahm. Im gesamten Schriftverkehr (Schreiben des Rechtsanwalts D. vom 4., 23., 25. und 27.8.1999, Schreiben des Rechtsanwalts C. vom 27.7.1999; Schreiben von W. G. vom 30.8.1999) werden einleitend nur das „Objekt L.“ bzw. die Eigentümerin der Grundstücke genannt. Die gesicherte Forderung war für die Klägerin nur insoweit von Bedeutung, als die Übertragung der auch nach französischem Recht akzessorischen Hypothek vom Erwerb der Darlehensforderung abhängig war. Bereits der im Vergleich zur ursprünglichen Darlehensforderung von 8 Mio. DM ins Auge gefasste sehr niedrige Kaufpreis von 1.400.000 FF zeigt, dass die Forderung gegen die luxemburgische Gesellschaft A. nach der Vorstellung der Parteien kaum werthaltig war. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass die Bonität der Forderung selbst für die Klägerin keine Rolle gespielt hat.

Der Erwerb der Hypothek hätte die Klägerin zudem in die Lage versetzt, die Grundstücke in L. kostengünstig zu ersteigern. In diesem Fall hätte die Klägerin wirtschaftlich für den Erwerb der Grundstücke lediglich den Kaufpreis für die Darlehensforderung sowie die Kosten für die Versteigerung aufwenden müssen, da ein von ihr in der Zwangsversteigerung gezahlter Betrag umgehend wieder an sie, die Klägerin, in ihrer Eigenschaft als Hypothekengläubigerin zurückgeflossen wäre. Hinzu kommt, dass die Verhandlungen zeitlich kurz vor dem auf den 3.9.1999 anberaumten Termin zur Versteigerung der Grundstücke stattfanden und nach dem übereinstimmenden Willen beider Parteien vor dem Versteigerungstermin ein bindender Vertrag abgeschlossen und beurkundet werden sollte. Wie das Berufungsgericht festgestellt hat, war es für die Parteien „zwingend nötig“, vor Durchführung der Versteigerung zu einem Abschluss zu kommen.

Damit lag der Schwerpunkt des geplanten Geschäftes auf dem Erwerb der Hypothek, der sich nach französischem Recht vollzieht. Dies hat das Berufungsgericht bei der Prüfung der nach Art. 28 Abs. 5 EGBGB maßgeblichen Gesamtheit der Umstände unberücksichtigt gelassen. Das begründet auch dann einen in der Revision nachprüfbaren Rechtsfehler, wenn man unterstellt, dass es sich bei der gebotenen Gesamtabwägung um eine tatrichterliche Entscheidung handelt. Denn auch dann unterliegt es revisionsrechtlicher Nachprüfung, ob das Gericht alle Umstände berücksichtigt hat, welche für die Bestimmung der engsten Verbindung von Bedeutung sein können (vgl. zu dem vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts vom 25.7.1986 [BGBl I, 1142] geltenden Recht BGH, Urteil vom 9.10.1986, II ZR 241/85, NJW 1987, 1141, unter I; BGHZ 44, 183, 186).

Dass – wie das Berufungsgericht richtig gesehen hat – Art. 28 Abs. 3 EGBGB hier nicht unmittelbar anwendbar ist, weil der beabsichtigte Verpflichtungsvertrag nicht ein dingliches Recht an einem Grundstück, sondern eine hypothekarisch gesicherte Forderung zum Gegenstand haben sollte, rechtfertigt nicht den von ihm gezogenen Umkehrschluss, das Statut der Hypothek habe bei der Bestimmung des Forderungskaufstatuts gänzlich außer Betracht zu bleiben. Die Revision rügt zu Recht, Art. 28 Abs. 3 EGBGB lasse sich keine Sperrwirkung in dem Sinne entnehmen, dass der Kauf der hypothekarisch gesicherten Forderung zwangsläufig einem anderen Statut unterworfen sein müsse als die Hypothek. Vielmehr spricht der Rechtsgedanke des Art. 28 Abs. 3 EGBGB dafür, die Belegenheit der Hypothek, auf deren Erwerb es der Klägerin bei dem Forderungskauf entscheidend ankam, im Rahmen von Art. 28 Abs. 5 EGBGB als einen gewichtigen Umstand für eine Verbindung des Vertrags bzw. der Vertragsverhandlungen mit Frankreich heranzuziehen. Damit wird ebenso wenig wie im unmittelbaren Anwendungsbereich von Art. 28 Abs. 3 EGBGB auf den Schuldvertrag erstreckt noch Art. 28 Abs. 3 EGBGB missachtet.

(2) Anders als bei der unmittelbaren Geltung von Art. 28 Abs. 3 EGBGB genügt allerdings die Belegenheit der Hypothek für sich genommen noch nicht, um die Anwendbarkeit französischen Rechts zu begründen. Für eine enge Verbindung zu diesem Recht ist jedoch der weitere Umstand heranzuziehen, dass eine Beurkundung des Vertrages bei einem französischen Notar beabsichtigt war. Wird ein Vertrag unter Einschaltung amtlicher Stellen beurkundet, ist darin ein Hinweis auf das Recht am Ort der amtlichen Handlung zu sehen (*Staudinger/Magnus*, Art. 28 EGBGB Rdnr. 47; *Martiny* in *Reithmann/Martiny*, Rdnr. 141 m. w. N.). Dies gilt auch dann, wenn die Beurkundung im vorliegenden Fall – so die Klägerin – nur deklaratorischen Charakter haben sollte. Auch weist der letztlich von der Beklagten direkt nach der gescheiterten Beurkundung abgeschlossene Vertrag mit dem holländischen Staatsangehörigen H. Bezüge zum französischen Recht auf; so ist dort von einer Abtretungsanzeige des Zessionars an den Schuldner gemäß Art. 1690 des Code Civil (vgl. dazu *Bette*, WM 1997, 800; *Einsele*, ZVglRWiss 1991, 5) die Rede. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass der Vertrag zwischen den Parteien in französischer Sprache beurkundet werden sollte, der Kaufpreis in französischer Währung angegeben war und auf beiden Seiten französische Anwälte beteiligt waren (vgl. zum letzten Kriterium Senat, Urteil vom 19.1.2000, VIII ZR 275/98, JZ 2000, 1115, unter I bis II 2 a dd). Auch diese Umstände hat das Berufungsgericht nicht ausreichend gewürdigt.

(3) Gegenüber dieser Häufung der auf die Anwendbarkeit französischen Rechtes hindeutenden Umstände bleiben auf andere Rechtsordnungen weisende Anknüpfungstatsachen wie der Sitz der Klägerin auf den Philippinen und der Umstand, dass die Darlehensschuldnerin eine Gesellschaft luxemburgischen Rechtes war, singuläre Aspekte von geringem Gewicht. Nach Deutschland weist neben dem Sitz der Beklagten zwar die Tatsache, dass die durch die Hypothek gesicherte und abzutretende Darlehensforderung deutschem Recht unterlag und sich deshalb die Voraussetzungen und die Wirkung ihrer Abtretung gemäß Art. 33 Abs. 2 EGBGB zwingend nach deutschem Recht richteten (s. o. unter II 2). Beide Umstände haben den Verlauf der Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien jedoch anders als die genannten Anknüpfungspunkte in Frankreich nicht entscheidend geprägt, weil es der Klägerin von Anfang an im Wesentlichen auf die Hypothek ankam. Im Ergebnis überwiegen deshalb die Indizien,

die für eine engere Verbindung der Vertragsverhandlungen mit dem französischen Recht nach Art. 28 Abs. 5 EGBGB sprechen, gegenüber den sonstigen Umständen so eindeutig, dass die Anwendbarkeit der Vermutungsregel des Art. 28 Abs. 2 EGBGB ausgeschlossen ist. Diese nach Art. 28 Abs. 5 EGBGB zu treffende Gesamtwürdigung kann der Senat – auch wenn sie als Tatfrage zu werten sein sollte – selbst vornehmen, da weitere Feststellungen dazu nicht zu erwarten sind.

14. EuGVÜ Art. 2 Abs. 1, 16 Nr. 1 a; EuGVVO Art. 2 Abs. 1, 22 Nr. 1 (*Internationale Zuständigkeit für dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen*)

- a) **Die ausschließliche internationale Zuständigkeit für dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen nach Art. 16 Nr. 1 EuGVÜ (jetzt Art. 22 Nr. 1 EuGVVO) folgt nicht schon daraus, dass ein solches Recht von der Klage berührt wird oder dass die Klage in einem Zusammenhang mit einer unbeweglichen Sache steht. Die Klage muss vielmehr auf ein dingliches Recht und – unbeschadet der für Miete oder Pacht von unbeweglichen Sachen vorgesehenen Ausnahme – nicht auf ein persönliches Recht gestützt sein (im Anschluss an EuGH, Urteil vom 17.5.1994, C-294/92, Sammlung der Rechtsprechung des EuGH 1994, S. I-01717).**
- b) **Ist die Klage auf Bewilligung der Löschung eines in Spanien eingetragenen Nießbrauchsrechts auf eine schuldhafte Verletzung der bei Einräumung des Nießbrauchs vereinbarten Vertragspflichten gestützt, richtet sich die internationale Zuständigkeit gemäß Art. 2 Abs. 1 EuGVÜ (jetzt Art. 2 Abs. 1 EuGVVO) nach dem Wohnsitz des Schuldners.**

BGH, Urteil vom 4.8.2004, XII ZR 28/01; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Parteien sind geschiedene Eheleute. Sie streiten klagend und widerklagend um die Löschung eines Nießbrauchsrechts und die Herausgabe einer hinterlegten Löschungsbewilligung.

Anlässlich ihrer Trennung schlossen die Parteien am 16.10.1990 zwei notarielle Vereinbarungen. Zunächst übertrug die Klägerin dem Beklagten zum Ausgleich aller vermögensrechtlichen Ansprüche einen Pkw der Marke Rolls-Royce und einen Geldbetrag in Höhe von insgesamt 70.000 DM; ferner räumte sie ihm das unentgeltliche Nießbrauchsrecht an einem Einfamilienhaus und zwei Läden in A./Spanien ein. Das Nießbrauchsrecht sollte erlöschen, falls der Beklagte wegen eines Grundstücks in O. Restitutionsansprüche erwerben würde, die einen Wert von 2 Mio. DM übersteigen. Die Vertragsparteien verpflichteten sich zu gegenseitigem Wohlverhalten und vereinbarten einen Wegfall des Anspruchs auf den Nießbrauch auch für den Fall, dass der Beklagte der Klägerin vorsätzlich Nachteile zufügt. Sodann übertrug die Klägerin dem Beklagten das Nießbrauchsrecht mit dinglicher Wirkung. In der Folgezeit wurde das Nießbrauchsrecht zugunsten des Beklagten im spanischen Grundbuch eingetragen.

Mit notarieller Urkunde vom 14.10.1991 bevollmächtigte der Beklagte die Klägerin mit der Durchsetzung von Restitutionsansprüchen hinsichtlich des Grundstücks in O. Zugleich verzichtete er auf die Nießbrauchsrechte an dem Einfamilienhaus und den beiden Läden in A./Spanien und bewilligte die Löschung im Grundbuch. Die Löschungsbewilligung wurde beim Notar hinterlegt; die Parteien vereinbarten, dass diese nach Durchsetzung der Restitutionsansprüche herausgegeben werden sollte. Die Bemühungen der Parteien um Durchsetzung solcher Ansprüche blieben letztlich erfolglos.

Die Klägerin begehrt Herausgabe der hinterlegten Löschungsbewilligung und mit gestaffelten Hilfsanträgen im Wesentlichen eine Ver-

urteilung zur Bewilligung der Löschung des Nießbrauchsrechts. Das Landgericht hat den Hauptantrag als unbegründet und die Hilfsanträge als unzulässig abgewiesen. Der Widerklage des Beklagten auf Herausgabe der hinterlegten Löschungsbewilligung hat es stattgegeben. Die hiergegen eingelegte Berufung der Klägerin blieb ohne Erfolg. Mit der vom Senat angenommenen Revision verfolgt die Klägerin ihre zweitinstanzlichen Anträge weiter.

*Aus den Gründen:*

Die Revision hat teilweise Erfolg und führt insoweit zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

## I.

Zu Recht hat das Berufungsgericht den Hauptantrag der Klägerin auf Herausgabe der hinterlegten Löschungsbewilligung vom 14.10.1991 abgewiesen.

Ein Anspruch folgt jedenfalls nicht unmittelbar aus der vertraglichen Vereinbarung der Parteien. Denn nach deren unstreitigem Inhalt sollte die beim Notar hinterlegte Löschungsbewilligung vom 14.10.1991 nur dann an die Klägerin herausgegeben werden, wenn die Restitutionsbemühungen des Beklagten hinsichtlich des Grundbesitzes in O. Erfolg haben würden. Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts ist ein solcher Erfolg aber nicht mehr erreichbar und auch nicht arglistig vom Beklagten vereitelt worden.

Entgegen der Rechtsauffassung der Revision ergibt sich ein entsprechender Anspruch der Klägerin auch nicht aus Treu und Glauben (§ 242 BGB). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist § 242 BGB grundsätzlich keine selbständige Anspruchsgrundlage. Billigkeitserwägungen können zwar gemäß § 242 BGB dazu führen, Ansprüche zu mindern oder gar zu versagen. Sie können aber regelmäßig keine Ansprüche begründen, die sonst nach Gesetz oder Vertrag nicht gegeben sind (BGH, Urteile vom 23.4.1981, VII ZR 196/80, NJW 1981, 1779; BGHZ 88, 344, 351; BGHZ 95, 393, 399). Nur ausnahmsweise können besonders schutzwürdige Interessen der Vertragsparteien nach den Grundsätzen von Treu und Glauben eigene Nebenpflichten begründen, die letztlich sogar in eigene Ansprüche erwachsen können (vgl. Senatsurteile vom 23.3.1983, IVb ZR 358/81, FamRZ 1983, 574, vom 15.2.1989, IVb ZR 41/88, FamRZ 1989, 718, und vom 19.12.1989, IVb ZR 9/89, FamRZ 1990, 269). Solches ist hier aber nicht der Fall. Nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien sollte die hinterlegte Löschungsbewilligung nur bei Erfolg der Restitutionsbemühungen an die Klägerin herausgegeben werden. Diese eindeutige Vereinbarung kann nicht aus allgemeinen Billigkeitserwägungen auf weitere – streitige – Erlöschensgründe erstreckt werden. Das gilt insbesondere deswegen, weil die Löschung des Nießbrauchs im Grundbuch nach spanischem Recht keine konstitutive Wirkung hat und die hinterlegte Löschungsbewilligung schon vom 14.10.1991 datiert.

## II.

Zu Unrecht hat das Berufungsgericht allerdings die gestaffelten Hilfsanträge als unzulässig abgewiesen.

1. Das Berufungsgericht hat seine Zuständigkeit für die Hilfsanträge der Klägerin unter Hinweis auf Art. 16 Nr. 1 a EuGVÜ abgelehnt. Danach sind für Klagen, die dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen zum Gegenstand haben, unabhängig vom Wohnsitz und der Staatsangehörigkeit der Parteien die Gerichte des Vertragsstaates ausschließlich zuständig, in dem die unbewegliche Sache belegen ist. Der Nieß-

brauch sei auch in Spanien als dingliches Recht geregelt und werde entsprechend in die spanischen Grundbücher eingetragen. Die Anträge auf Abgabe einer Löschungsbewilligung seien nicht unabhängig von der Frage nach dem Fortbestehen des Nießbrauchsrechts zu beantworten und deswegen ebenfalls auf ein dingliches Recht gerichtet. Gerade in Fragen des formellen Grundbuchrechts sei die größere Sachnähe des belegen Gerichts notwendig. Im Übrigen gelte nach Art. 16 Nr. 1 b EuGVÜ die ausschließliche Zuständigkeit sogar für lediglich schuldrechtliche, auf das Grundstück bezogene Rechtsverhältnisse wie Miete und Pacht. Auch die weiteren Feststellungsanträge seien nicht auf ein persönliches Recht, sondern auf ein dingliches Recht an der Immobilie selbst gerichtet.

Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision nicht stand.

2. Zu Recht ist das Berufungsgericht allerdings von den internationalen Zuständigkeitsvorschriften des Brüsseler Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVÜ) ausgegangen. Zwar ist inzwischen die Verordnung Nr. 44/2001 vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO) in Kraft getreten, die nach Art. 68 im Verhältnis der Mitgliedstaaten der EU an die Stelle des EuGVÜ getreten ist (vgl. *Zöller/Geimer*, ZPO, 24. Aufl., Anhang I). Allerdings ist die EuGVVO nach Art. 66 Abs. 1 nur auf solche Klagen und öffentliche Urkunden anzuwenden, die erhoben bzw. aufgenommen worden sind, nachdem die Verordnung am 1.3.2002 in Kraft getreten war. Das ist hier nicht der Fall.

Art. 16 Nr. 1 a EuGVÜ sieht für Klagen, welche dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen zum Gegenstand haben, die ausschließliche Zuständigkeit der Gerichte des Vertragsstaats vor, in dem die unbewegliche Sache belegen ist. Auf solche dinglichen Rechte sind die Hilfsanträge der Klägerin allerdings nicht gerichtet.

a) Der Senat ist nicht gehalten, den Rechtsstreit gemäß Art. 3 Abs. 1 des Protokolls betreffend die Auslegung des Übereinkommens vom 27.9.1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen durch den Gerichtshof (EuGVÜ-Protokoll) dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) zur Auslegung des Art. 16 Nr. 1 a EuGVÜ vorzulegen. Denn die Auslegung dieser Vorschrift ist in der Rechtsprechung des EuGH hinreichend geklärt und hier lediglich auf den Einzelfall anzuwenden.

b) Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH darf Art. 16 EuGVÜ nicht weiter ausgelegt werden, als dies sein Ziel erforderlich macht, da er bewirkt, dass den Parteien die ihnen sonst mögliche Wahl des Gerichtsstands genommen wird und sie in gewissen Fällen vor einem Gericht zu verklagen sind, das für keine von ihnen das Gericht des Wohnsitzes ist. Für die Anwendbarkeit des Art. 16 Nr. 1 EuGVÜ reicht es deswegen nicht aus, dass ein dingliches Recht an einer unbeweglichen Sache von der Klage berührt wird oder dass die Klage in einem Zusammenhang mit einer unbeweglichen Sache steht. Die Klage muss vielmehr auf ein dingliches Recht gestützt sein und nicht nur – abgesehen von der für Miete oder Pacht von unbeweglichen Sachen vorgesehenen Ausnahme – auf ein persönliches Recht (EuGH, Urteil vom 17.5.1994, C-294/92, Sammlung der Rechtsprechung des EuGH 1994, S. I-01717). Der Unterschied zwischen einem dinglichen Recht und einem persönlichen Anspruch besteht auch hier

darin, dass das dingliche Recht an einer Sache gegen jedermann wirkt, während der persönliche Anspruch nur gegen den Schuldner geltend gemacht werden kann (EuGH, Urteil vom 9.6.1994, C-292/93, NJW 1995, 37). Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung streiten die Parteien auch mit den Hilfsanträgen nicht um dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen im Sinne von Art. 16 Nr. 1 a EuGVÜ.

c) Die Klägerin leitet ihren Anspruch auf Rückübertragung des Nießbrauchsrechts gerade nicht aus dem Wesen des dinglichen Nießbrauchs, sondern aus einem Verstoß gegen die Wohlverhaltensklausel des notariellen Vertrages vom 16.10.1990 und aus einer ausdrücklichen Vereinbarung her. Sie stützt ihren Anspruch mithin auf schuldrechtliche Verpflichtungen, die nicht wie dingliche Rechte gegenüber jedermann, sondern nur zwischen den Parteien wirken, was die Anwendbarkeit des Art. 16 Nr. 1 EuGVÜ ausschließt (vgl. auch *Kropholler*, Europäisches Zivilprozessrecht, 7. Aufl. 2002, Art. 22 EuGVVO Rdnr. 13 ff.; *Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 1997, Art. 16 EuGVÜ Rdnr. 54, 82). Selbst wenn sich die Klage auf Rückgabe des Nießbrauchsrechts mittelbar auf das Eigentum an den unbeweglichen Sachen auswirkt, beruht sie doch auf einem persönlichen Anspruch, den die Klägerin aus dem notariellen Vertrag der Parteien und einer weiteren vertraglichen Vereinbarung herleitet; sie ist deswegen auch nur gegen den Vertragspartner gerichtet. Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin Rückgabe des Nießbrauchsrechts allein von dem Beklagten, weil dieser gegen seine vertraglichen Pflichten verstoßen und sich auch zur Rückgabe verpflichtet habe. Entsprechend kann die gerichtliche Entscheidung über eine Rückgabepflicht auch nur zu Lasten des Beklagten wirken. Die Klage hat daher keine Rechte zum Gegenstand, die sich unmittelbar auf die unbewegliche Sache bezögen und gegenüber jedermann wirkten (vgl. EuGH, Beschluss vom 5.4.2001, C-518/99, EuR 2001, 563). Darauf, dass ein Nießbrauchsrecht auch in Spanien dinglichen Charakter hat, kann es für den gegen eine Person gerichteten schuldrechtlichen Anspruch auf Rückgabe mithin nicht ankommen. Davon ist nach der Rechtsprechung des EuGH auch deswegen auszugehen, weil die Parteien über ein vertragswidriges Verhalten und eine einvernehmliche Auflösung des Nießbrauchsrechts streiten und deswegen Beweisfragen nicht am Ort der belegenen Sache, sondern am früheren gemeinsamen Aufenthaltsort im Bezirk des Berufungsgerichts geklärt werden müssen (vgl. EuGH, Urteil vom 15.1.1985, 241/83, NJW 1985, 905; *Kropholler*, Art. 22 EuGVVO Rdnr. 14).

d) Zwar sieht Art. 6 Nr. 4 EuGVÜ eine Annexzuständigkeit für vertragliche Ansprüche vor, wenn sie mit einer Klage wegen dinglicher Rechte an unbeweglichen Sachen gegen denselben Beklagten verbunden werden. Damit sollen eine Aufsplitterung der internationalen Zuständigkeit und die daraus folgenden Probleme der Rechtskraft vermieden werden, was aber stets einen auf dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen gerichteten zusätzlichen Klageantrag voraussetzt. Das ist hier gerade nicht der Fall.

3. Die sich nach Art. 2 Abs. 1 EuGVÜ am Wohnsitz des Beklagten ausrichtende internationale Zuständigkeit des Berufungsgerichts gilt deswegen hinsichtlich aller hilfsweise gestellten Anträge der Klägerin. Unabhängig von der Ausgestaltung der Anträge ist der Streitgegenstand auf die schuldrechtlichen Ansprüche der Parteien auf Rückgabe des Nießbrauchs begrenzt. Ebenso zielen die Feststellungsanträge auf die behauptete schuldrechtliche Verpflichtung zur Rückgabe des Nießbrauchs und nicht auf den Inhalt des dinglichen Nießbrauchsrechts selbst.

## III.

Der Widerklage auf Herausgabe der hinterlegten Löschungsbewilligung an den Beklagten hat das Berufungsgericht zu Recht stattgegeben. Wie ausgeführt, steht der Klägerin kein Anspruch auf Herausgabe dieser Löschungsbewilligung zu, weil eine Restitution des Grundstücks in O. nach den von der Revision nicht angefochtenen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht mehr möglich ist und sie nur für diesen Fall erstellt wurde. Deswegen kann der Beklagte als Aussteller der Urkunde aus der Hinterlegungsvereinbarung Herausgabe an sich selbst verlangen. Zwar ist er bei Erfolg der Hilfsanträge berechtigt, den Anspruch der Klägerin durch Herausgabe der vorhandenen Löschungsbewilligung zu erfüllen; umgekehrt steht der Klägerin jedoch kein Anspruch auf Herausgabe gerade dieser Urkunde zu.

## IV.

Das Berufungsgericht wird deswegen zu klären haben, ob der Klägerin auf der Grundlage der vertraglichen Vereinbarungen der Parteien ein Anspruch auf Rückübertragung des Nießbrauchsrechts zusteht.

15. BGB §§ 681 Satz 2, 667; EGBGB Art. 11 Abs. 1, 28, 39 Abs. 1; GmbHG § 15 Abs. 4 (*Treuhandvertrag über Geschäftsanteil an polnischer GmbH*)

**Zur Anwendung des § 15 Abs. 4 GmbHG auf einen deutschen Orts- und Geschäftsrecht unterliegenden Treuhandvertrag über einen Geschäftsanteil an einer polnischen GmbH.**

**Zur Anwendung der Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag bei einem (möglicherweise) nicht formwirksam abgeschlossenen Treuhandvertrag über einen Geschäftsanteil an einer polnischen GmbH.**

BGH, Urteil vom 4.11.2004, III ZR 172/03; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Klägerin, eine Deutsche, verlangt vom Beklagten, ihrem spanischen Schwager, die Übertragung der von ihm noch gehaltenen Geschäftsanteile an der P. Sp. z o. o. – einer polnischen GmbH, die sich mit der Herstellung und Lieferung von Dachentwässerungssystemen befasst – und die Zustimmung zum Übergang des Eigentums an bestimmten Maschinen sowie die Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe dieser im Besitz der polnischen GmbH befindlichen Gegenstände. Die Geschäftsanteile wurden zunächst von der S. GmbH gehalten, die den Vertrieb der von der polnischen GmbH hergestellten Produkte übernommen hatte und an der die Klägerin als Gesellschafterin beteiligt war, während an den Maschinen Rechte von der P. GmbH in Anspruch genommen wurden. Nachdem über das Vermögen der beiden genannten Gesellschaften das Konkursverfahren eröffnet worden war, übertrug der Konkursverwalter die Geschäftsanteile und die Rechte an den Maschinen durch Verträge vom 30.11.1994 zu einem Kaufpreis von 225.000 DM und 57.500 DM auf den Beklagten. Zur Aufbringung des Kaufpreises hatten die Eheleute B.-K., der Bruder der Klägerin und dessen Ehefrau, 100.000 DM, M. von C., ein Bekannter und Geschäftspartner der Klägerin, 80.000 DM, A. P., der Vater des Beklagten und der Schwiegervater der Klägerin, 48.000 DM und der Beklagte aus eigenen Mitteln 52.000 DM beigesteuert.

Die Klägerin hat behauptet, die aufgeführten Gelder seien ihr darlehensweise zur Ersteigerung der Geschäftsanteile und der Rechte an den Maschinen zur Verfügung gestellt worden. Der Beklagte habe sich bereit erklärt, diese für sie treuhänderisch zu erwerben, weil wegen eines Konkurses ihres Ehemannes ihre Mithaftung für Kreditverbindlichkeiten im Raum gestanden habe. Der Beklagte hat dies in Abrede gestellt, der Klägerin aber am 14.6.1995 die Hälfte der von

ihm gehaltenen Anteile ohne Entgelt übertragen. Die Klage hatte in den Vorinstanzen Erfolg. Mit seiner vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

*Aus den Gründen:*

Die Revision ist nicht begründet.

## I.

Das Berufungsgericht ist in Übereinstimmung mit dem Landgericht davon ausgegangen, dass auf die in Rede stehenden Ansprüche deutsches Recht anzuwenden sei. Es ist auch den Feststellungen des Landgerichts gefolgt, dass eine zwischen den Parteien mündlich geschlossene Treuhandabrede für nachgewiesen angesehen hat. Das Berufungsgericht hat die Auffassung vertreten, das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 19.4.1999 (BGHZ 141, 207) über den Formzwang von Treuhandabreden nach § 15 Abs. 4 GmbHG sei nicht einschlägig.

## II.

Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung jedenfalls im Ergebnis stand.

1. Unbegründet sind die Rügen der Revision gegen die Annahme des Berufungsgerichts, zwischen den Parteien sei die von der Klägerin behauptete Treuhandvereinbarung getroffen worden. Soweit sich die Revision im Einzelnen mit der Würdigung der Beweisaufnahme durch das Landgericht befasst, zeigt sie einen dem Berufungsgericht bei der Anwendung des § 529 ZPO unterlaufenen Rechtsfehler nicht auf. Im Übrigen ist der angefochtenen Entscheidung zu entnehmen, dass sich das Berufungsgericht mit den Einwänden des Beklagten gegen die Beweiswürdigung des Landgerichts auseinander gesetzt hat. Dass ihm hierbei beachtliche Rechtsfehler unterlaufen wären, ist nicht ersichtlich. Die Revision unternimmt hiergegen nur den ihr verschlossenen Versuch, die erhobenen Beweise in anderer Weise als die Vorinstanzen zu würdigen.

2. Die Parteien haben sich nicht näher dazu erklärt, welchem Recht die von der Klägerin behauptete Treuhandabrede nach Art. 27 Abs. 1 Satz 1 EGBGB unterliegen sollte. Das Landgericht, das zunächst eine Beweiserhebung zur Frage angeordnet hatte, ob der behauptete Treuhandvertrag der Form des Art. 180 des Polnischen Handelsgesetzbuches von 1934 unterliege, hat – nach einem entsprechenden rechtlichen Hinweis – ausgeführt, das auf den Treuhandvertrag anzuwendende Recht sei mangels einer Rechtswahl im Sinn des Art. 27 EGBGB nach Art. 28 EGBGB zu ermitteln. Es hat indes in dieser Richtung – wie das Berufungsgericht – keine Feststellungen getroffen, sondern im Weiteren geprüft, ob die Treuhandvereinbarung alternativ nach dem inhaltlich maßgebenden Recht (Geschäftsrecht) oder nach dem Recht am Ort der Vornahme (vgl. Art. 11 Abs. 1 EGBGB) formwirksam ist. Letzteres haben die Vorinstanzen in Bezug auf den Abschluss der Vereinbarung in Düsseldorf nach deutschem Recht bejaht, ohne auf das Geschäftsrecht näher einzugehen.

a) Die im Abschnitt „Recht der natürlichen Personen und der Rechtsgeschäfte“ eingeordnete Bestimmung des Art. 11 EGBGB dürfte auf die hier zu beurteilende Treuhandvereinbarung anwendbar sein. Der Senat neigt dazu, dass dies nicht deshalb anders ist, weil die Vereinbarung die Beteiligung an einer polnischen GmbH und damit gesellschaftsrechtliche Vorgänge zum Gegenstand hat. Das Reichsgericht ist zu Art. 11 EGBGB in der Fassung vor dem Inkrafttreten des IPR-Gesetzes vom 25.7.1986 (BGBl I, 1142) ohne weiteres davon ausgegangen, dass jene Bestimmung auf Verträge, mit denen Geschäftsanteile an einer GmbH übertragen werden,

grundsätzlich anwendbar ist (RGZ 160, 225, 229; vgl. auch BayObLG, NJW 1978, 500 f.; OLG Frankfurt a. M., DNotZ 1982, 186, 187); der Bundesgerichtshof hat für die Auffassung, Art. 11 Abs. 1 Satz 2 EGBGB a. F. gelte auch für gesellschaftsrechtliche Vorgänge, eine zustimmende Tendenz erkennen lassen (BGHZ 80, 76, 78). Ob die Neufassung des Art. 11 EGBGB durch das IPR-Gesetz hieran etwas geändert hat – namentlich wird insoweit auf die Regelung des Art. 37 Nr. 2 EGBGB und die Einzelbegründung zu Art. 11 im Gesetzgebungsverfahren (vgl. BT-Drucks. 10/504, S. 49) Bezug genommen (vgl. zum Ganzen *Staudinger/Winkler von Mohrenfels*, BGB, 13. Bearb. März 2000, Art. 11 EGBGB Rdnr. 279 ff. m. zahlr. N.; *Goette*, Festschrift Boujong, 1996, S. 131, 136 ff., abgedruckt auch in DStR 1996, 709 ff.) –, ist umstritten. Bei der hier in Rede stehenden schuldrechtlichen Vereinbarung, auf Verlangen Geschäftsanteile an einer ausländischen Gesellschaft übertragen zu müssen, geht es nicht um Fragen der inneren Verfassung der Gesellschaft, so dass die Anwendbarkeit von Art. 11 EGBGB nach Auffassung des Senats nahe liegt.

b) Bei Anwendung deutschen Rechts als des für die Vornahme des Vertrages maßgebenden Ortsstatuts begegnet die Beurteilung der Vorinstanzen, der Treuhandvertrag habe hier formlos abgeschlossen werden können, in Bezug auf die zu übertragenden Geschäftsanteile rechtlichen Bedenken. Wie der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 19.4.1999 entschieden hat, bedarf ein Treuhandvertrag hinsichtlich eines GmbH-Geschäftsanteils nach Gründung der Gesellschaft – und erst recht nach ihrer Eintragung – der notariellen Beurkundung des § 15 Abs. 4 GmbHG (BGHZ 141, 207, 211 f.). Da das Ortsrecht den Parteien im Sinne einer Erleichterung des Rechtsverkehrs den Abschluss eines formgültigen Vertrags ermöglichen soll, ohne dass sie sich darüber unterrichten müssen, welche Formanforderungen das Geschäftsstatut verlangt, ist im Rahmen der Anwendung des Art. 11 Abs. 1 Alt. 2 EGBGB nur die Frage zu prüfen, ob die betroffene Gesellschaftsform einer deutschen GmbH vergleichbar ist. Wollte man weitergehend in diesem Rahmen prüfen, ob in Polen Formvorschriften gelten, ob sie denen des deutschen Rechts vergleichbar sind und ob mit ihnen dieselben Zwecke verfolgt werden wie mit der Regelung in § 15 Abs. 3, 4 GmbHG, wäre der Sinn des Art. 11 Abs. 1 EGBGB, die Formgültigkeit eines Rechtsgeschäfts alternativ nach dem Geschäftsstatut oder dem Recht am Vornahmeort zu bestimmen, in Bezug auf das Ortsstatut weitgehend in Frage gestellt. Da das deutsche GmbH-Recht von vielen Staaten – darunter auch von Polen im Handelsgesetzbuch von 1934 – rezipiert wurde (vgl. *Grziwotz*, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 3, 2. Aufl. 2003, § 1 Rdnr. 39; *Merkt*, ZIP 1994, 1422), liegt die Anwendung (und Beachtung) des § 15 Abs. 4 GmbHG im Rahmen der Beurteilung nach dem Recht am Vornahmeort nahe. Wollte man gleichwohl die Auffassung vertreten, das deutsche Recht enthalte für den hier betroffenen Vorgang, weil es ihn nicht kenne, keine (passende) Formvorschrift, wäre der Treuhandvertrag nicht etwa nach Ortsrecht formfrei wirksam; vielmehr müsste in einem solchen Fall der „Normleere“ geprüft werden, welche Form nach dem Geschäftsrecht zu beachten ist (vgl. RGZ 160, 225, 230; *Staudinger/Winkler von Mohrenfels*, Art. 11 EGBGB Rdnr. 187; *MünchKommBGB/Spellenberg*, 3. Aufl. 1998, Art. 11 EGBGB Rdnr. 69).

c) Bestehen damit gegen die Wirksamkeit der Treuhandabrede in Bezug auf die Geschäftsanteile nach dem Recht des Vornahmeortes Bedenken, müsste im Weiteren geklärt werden, ob sich aus dem Geschäftsstatut (Art. 11 Abs. 1 Alt. 1 EGBGB) etwas anderes ergibt. Da die Parteien nach den Fest-

stellungen des Landgerichts weder nach Art. 27 EGBGB vereinbart haben, welchem Recht die Treuhandabrede unterliegen sollte – die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung unterstellt (hiergegen etwa unter Bezugnahme auf Art. 37 Nr. 2 EGBGB *Geyrhalter*, ZIP 1999, 648) –, noch im Gerichtsverfahren von gelegentlichen Hinweisen auf die Rechtslage abgesehen von einer übereinstimmenden Anwendung eines bestimmten Rechts als Geschäftsstatut ausgegangen sind, ist das auf den Vertrag anzuwendende Recht nach Art. 28 EGBGB zu bestimmen. Hiernach kommt es darauf an, den Vertrag der Rechtsordnung zu unterstellen, mit der er am engsten verbunden ist. Wie der Regelung des Art. 28 Abs. 1 Satz 2 EGBGB zu entnehmen ist, kann bei einer Teilbarkeit des Vertrages in Betracht kommen, dass die Vertragsteile zu unterschiedlichen Rechtsordnungen die engste Verbindung aufweisen. Nach Art. 28 Abs. 2 EGBGB wird vermutet, dass der Vertrag die engsten Verbindungen mit dem Staat aufweist, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung zu erbringen hat, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat. Bei einem dem Auftragsrecht zu unterstellenden Treuhandvertrag wird die charakteristische Leistung durch den Beauftragten erbracht. Das spricht dafür, den Treuhandvertrag nach dem Aufenthaltsort des Beklagten in Deutschland ebenfalls dem deutschen Recht zu unterstellen. Allerdings ist zu beachten, dass die Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen auch Bezüge zur Rechtsordnung von Polen aufweist. Die durch den Treuhandvertrag bewirkte Pflichtenstellung des Beauftragten zur Interessenwahrnehmung für den Treugeber, die bis zur Pflicht reicht, den Geschäftsanteil auf Verlangen an diesen zu übertragen, verlangt zugleich eine Berücksichtigung der Rechtsordnung, unter der diese Gesellschaft ihre Geschäfte führt.

Diese Bezüge reichen jedoch nach Art. 28 Abs. 5 EGBGB nicht aus, die Vermutungswirkung des Art. 28 Abs. 2 EGBGB zu überspielen und dem Treuhandvertrag insgesamt eine engere Verbindung zu Polen zuzumessen. Auch aus Art. 28 Abs. 1 Satz 2 EGBGB lässt sich nichts anderes entnehmen, weil sich die Formwirksamkeit des Vertrags grundsätzlich nicht von seinem sonstigen Inhalt trennen lässt; eine einer natürlichen Betrachtungsweise widersprechende gespaltene Rechtswahl (Art. 27 Abs. 1 Satz 3 EGBGB) für die Form des Vertrages einerseits und seinen Inhalt und seine Durchführung andererseits haben die Parteien nicht vereinbart.

3. Die Revisionserwiderung meint, auch bei Anwendung deutschen Rechts als Geschäftsstatut sei die auf die deutsche GmbH zugeschnittene Vorschrift des § 15 Abs. 4 GmbHG auf den in Rede stehenden Treuhandvertrag nicht anwendbar (vgl. auch *Gätsch/Schulte*, ZIP 1999, 1913 f.; OLG München, NJW-RR 1993, 998, 999 zu einer kanadischen Limited; ähnlich KG, JW 1932, 3822 zu einer polnischen Gesellschaft mit dem Argument, es könne nur das Geschäftsstatut zur Beurteilung herangezogen werden; anders OLG Celle, NJW-RR 1992, 1126, 1127 f. bei Annahme deutschen Schuldstatuts nach Art. 28 EGBGB für den Kauf polnischer GmbH-Geschäftsanteile). Wäre dem zu folgen, wäre der formfreie Abschluss des Treuhandvertrags möglich gewesen. Verneint man dies, wird im Schrifttum mit Rücksicht darauf, dass es unbefriedigend wäre, wenn sich das strengere deutsche Geschäftsrecht gegenüber dem milderen Geschäftsstatut durchsetzen würde, auch die Erwägung angestellt, ob – wozu der Senat neigt – in einer erweiternden Auslegung des Art. 11 EGBGB geprüft werden dürfe, ob das für die Übertragung eines Geschäftsanteils maßgebende Geschäftsstatut, hier das polnische Recht, den formfreien Abschluss eines Treuhandvertrags ermöglicht (vgl. hierzu etwa *Merkt*, ZIP 1994, 1422 ff.).

Die aufgeworfenen Fragen bedürfen jedoch keiner abschließenden Entscheidung durch den Senat. Wäre der Abschluss des Treuhandvertrages auch nach deutschem Recht als Geschäftsstatut oder nach polnischem Recht wegen mangelnder Form nicht wirksam, stünde der Klägerin der zuerkannte Anspruch nach dem in der mündlichen Revisionsverhandlung angesprochenen Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 681 Satz 2, 667 BGB) zu.

a) Nach Art. 39 Abs. 1 EGBGB unterliegen gesetzliche Ansprüche aus der Besorgung eines fremden Geschäfts dem Recht des Staates, in dem das Geschäft vorgenommen worden ist. Die durch das ohne Übergangsregelung am 1.6.1999 in Kraft getretene Gesetz zum Internationalen Privatrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse und für Sachen vom 21.5.1999 (BGBl I, 1096) eingeführte Vorschrift ist im Streitfall anwendbar; insoweit hat Art. 39 Abs. 1 EGBGB die zuvor bereits geltende Grundregel des ungeschriebenen Kollisionsrechts (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 25.9.1997, II ZR 113/96, NJW 1998, 1321, 1322; MünchKommBGB/Kreuzer, a. a. O., II Vor Art. 38 EGBGB Rdnr. 2) übernommen. Nach dieser Grundregel ist deutsches Recht heranzuziehen, da das in Frage stehende Geschäft, insbesondere der verabredete Erwerb des polnischen Gesellschaftsanteils im Interesse der Klägerin, in Deutschland ausgeführt worden ist. Eine wesentlich engere Verbindung mit dem Recht eines anderen Staates, die nach Maßgabe des Art. 41 EGBGB beachtlich sein könnte, ist in diesem Zusammenhang ebenso wenig festzustellen wie bei der Frage, ob der geschlossene Treuhandvertrag nach Art. 27, 28 die engste Verbindung zu Polen aufweist. Da die Geschäftsführung hier mit einer intendierten vertraglichen Beziehung in Zusammenhang steht, wird die Anwendung deutschen Rechts ferner durch Art. 32 Abs. 1 Nr. 5 EGBGB gestützt.

b) In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist seit langem anerkannt, dass im Falle der Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts wegen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten auf die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag zurückgegriffen werden kann. Der Umstand, dass sich der Geschäftsführer zur Leistung verpflichtet hat bzw. für verpflichtet hält, steht dem nicht entgegen (vgl. BGHZ 37, 258, 262 f.; 39, 87, 90; 101, 393, 399; Urteil vom 28.10.1992, VIII ZR 210/91, NJW-RR 1993, 200; Senatsurteile vom 11.7.1996, III ZR 7/95, WM 1996, 2159, 2162; vom 10.10.1996, III ZR 205/95, NJW 1997, 47, 48; vom 4.12.2003, III ZR 30/02, WM 2004, 182, 184, zum Abdruck in BGHZ 157, 168 vorgesehen). Treuhandvereinbarungen, die als Auftrags- oder Geschäftsbesorgungsverhältnisse zu qualifizieren sind, sind die klassischen Anwendungsfälle dieser Rechtsprechung, die vor allem auf dem Gedanken beruht, bei Nichtigkeit eines solchen Verhältnisses eine angemessene Risikoverteilung zwischen den Parteien des nichtigen Vertrags vorzunehmen. Das bedeutet nicht, wie der Senat bereits früher ausgeführt hat, dass einem von der Rechtsordnung missbilligtem Vertrag auf einem anderen Weg wieder Geltung verschafft wird (vgl. Senatsurteil vom 10.10.1996, a. a. O.).

Diese Grundsätze lassen sich auch auf die hier zu beurteilende Fallgestaltung, in der sich der mögliche rechtliche Mangel auf einen Formverstoß beschränkt, übertragen. Der Beklagte hat – auf der Grundlage der verabredeten Treuhandvereinbarung – mit Geldmitteln, die zu einem beträchtlichen Teil von Familienangehörigen aufgebracht worden sind, im Interesse der Klägerin neben den Rechten an den Maschinen die Geschäftsanteile an der polnischen GmbH erworben. Der Treuhandvertrag ist damit unbeschadet der Frage seiner Formwirksamkeit, über die sich die Parteien seinerzeit keine Ge-

danken gemacht haben, ins Werk gesetzt worden. Sowohl nach Auftragsrecht als auch nach dem Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag trifft den Beauftragten/Geschäftsführer die Pflicht, das aus der Geschäftsführung Erlangte herauszugeben (§ 667 BGB, § 681 Satz 2 BGB). Dass auch im Übrigen – bei Annahme einer Nichtigkeit der Treuhandvereinbarung – die Voraussetzungen für eine Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegen, ist nicht zu bezweifeln. Der Anwendung dieser Grundsätze steht auch die Rechtsprechung des II. Zivilsenats über die Formbedürftigkeit einer Treuhandabrede hinsichtlich eines GmbH-Geschäftsanteils nach Gründung der Gesellschaft (BGHZ 141, 207) nicht entgegen, wie eine Anfrage an den II. Zivilsenat ergeben hat.

4. Da sich unter Berücksichtigung des vom Landgericht eingeholten Gutachtens nach polnischem Recht hinsichtlich der Form für die Veräußerung eines Geschäftsanteils keine weitergehenden Anforderungen als nach deutschem Recht ergeben, vielmehr insoweit die Schriftform genügt, bedarf es weiterer Ermittlungen, ob ein hierauf bezogener Treuhandvertrag ebenfalls einem Formzwang unterliegt, nicht. Denn auch dann hätte der Senat keine Bedenken, die Herausgabepflicht des Beklagten auf §§ 681 Satz 2, 667 BGB zu gründen.

## Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

16. ZVG § 180 Abs. 1 (*Teilungsversteigerung bei Vereinigung der Bruchteile eines Erbbaurechts in der Hand eines Inhabers als Vorerben*)

**Vereinigen sich die Bruchteile eines Erbbaurechts in der Hand eines Inhabers, ist die Teilungsversteigerung zulässig, wenn ein Bruchteil dem Inhaber als Vorerben zusteht.**

BGH, Beschluss vom 16.7.2004, IXa ZB 330/03; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Antragstellerin war gemeinsam mit ihrem inzwischen verstorbenen Ehemann je zur ideellen Hälfte Berechtigte eines Erbbaurechts. Nach dem Tod ihres Ehemannes wurde sie nicht befreite Vorerbin seiner ideellen Hälfte. Nacherbin ist ihre Stieftochter, die Antragsgegnerin. Das Amtsgericht hat auf Antrag der Antragstellerin die Teilungsversteigerung des Erbbaurechts angeordnet. Auf die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin hat das Landgericht den Antrag auf Anordnung der Zwangsversteigerung zur Aufhebung der Gemeinschaft zurückgewiesen. Mit der Rechtsbeschwerde verfolgt die Antragstellerin ihr Ziel weiter, eine Teilungsversteigerung des Erbbaurechts durchführen zu lassen.

*Aus den Gründen:*

### II.

Das gemäß § 574 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 2 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsmittel ist begründet.

1. Das Landgericht ist der Auffassung, die Voraussetzungen des § 180 Abs. 1 ZVG lägen nicht vor, weil Antragstellerin und Antragsgegnerin keine Gemeinschaft bildeten. § 180 ZVG sei auch nicht entsprechend anzuwenden, weil dies mit dem Vor- und Nacherbschaft zugrundeliegenden Rechtsgedanken nicht vereinbar sei. Der Nacherbe werde durch das Gesetz vor dem Verlust des Nachlasses geschützt, indem der Vorerbe nur eingeschränkt nach Maßgabe der §§ 2112 ff. BGB über Nachlassgegenstände verfügen könne. Zudem könne der Nacherbe durch eine Widerspruchsklage nach § 773 ZPO eine Vollstreckung in einen Nachlassgegenstand verhindern. Mit die-

sen Bestimmungen sei eine Teilungsversteigerung nicht vereinbar. Sie führe dazu, dass das Erbbaurecht dem Nachlass entzogen werde, obwohl es nach dem Willen des Erblassers für die Nacherbin erhalten werden sollte. Zwar werde der Versteigerungserlös Surrogat des Erbbaurechts. Dabei sei aber zu berücksichtigen, dass der Erlös in der Versteigerung in aller Regel geringer sei als beim freihändigen Verkauf. Auch unterliege Geld erfahrungsgemäß einem größeren Inflationsverlust als ein Grundstück. Bei Zulässigkeit der Teilungsversteigerung habe es der Vorerbe darüber hinaus in der Hand, sich jederzeit von einem ihm lästigen Nacherbenrecht zu befreien.

2. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Teilungsversteigerung ist nach § 180 Abs. 1 ZVG zulässig.

a) Insbesondere ist entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts eine Gemeinschaft i. S. d. § 180 Abs. 1 ZVG gegeben. Zwar ist die Antragstellerin durch den Erbfall Inhaberin des gesamten Erbbaurechts geworden. Denn sie ist auch als nicht befreite Vorerbin bis zum Eintritt des Nacherbfalles wahre Erbin und damit Eigentümerin bzw. Inhaberin der Nachlassgegenstände (vgl. *Soergel/Harder/Wegmann*, BGB, 13. Aufl., Vor § 2100 Rdnr. 10; *Lange* in WuB IV A § 2120 BGB 1.93 Anm. 2). Damit fehlt es an einer Mehrheit von Personen, wie sie die von § 180 Abs. 1 ZVG geforderte (Bruchteils- oder Gesamthands-)Gemeinschaft grundsätzlich voraussetzt (vgl. z. B. *MünchKommBGB/K. Schmidt*, 4. Aufl., § 741 Rdnr. 9 und § 1008 Rdnr. 4; *Erman/Aderhold*, BGB, 11. Aufl., § 741 Rdnr. 15; *Steiner/Teufel*, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, 9. Aufl., § 180 Rdnr. 12).

Doch steht die alleinige Rechtsinhaberschaft der Antragstellerin der Zulässigkeit der Teilungsversteigerung hier nicht entgegen. Die Vereinigung des Erbbaurechts in einer Hand führt nicht in jedem Fall zur Beendigung der Bruchteilsgemeinschaft. Setzt sich die bisher geteilte Rechtszuordnung fort, weil die Verfügungsmacht hinsichtlich einzelner Bruchteile verschieden ausgestaltet ist, kann die Rechtszuständigkeit nach Bruchteilen erhalten bleiben (*MünchKommBGB/K. Schmidt*, a. a. O. und § 1008 Rdnr. 14; vgl. auch die Beispiele bei *Staudinger/Langhein* [2002], § 741 Rdnr. 68 f.) und deshalb auch eine ideelle Grundstückshälfte gesondert mit einem Grundpfandrecht belastet werden (für den Fall eines mit einem Nacherbenrecht belasteten Eigentumsbruchteils an einem Grundstück: *BayObLG*, NJW 1968, 1431, 1432 f.; *MünchKommBGB/K. Schmidt*, a. a. O.; *Soergel/Harder/Wegmann*, § 2113 Rdnr. 7; *Stöber*, ZVG, 17. Aufl., § 180 Anm. 2.5).

Auch im vorliegenden Fall ist im Rahmen des § 180 Abs. 1 ZVG die Bruchteilsgemeinschaft als fortbestehend zu behandeln. Der nicht befreite Vorerbe ist in seiner Möglichkeit, über den ererbten Bruchteil zu verfügen, durch die gegenüber jedermann wirkenden §§ 2113 ff. BGB so stark eingeschränkt, dass es gerechtfertigt ist, diesen Bruchteil als Sondervermögen anzusehen (*Bamberger/Roth/Litzenburger*, BGB, § 2100 Rdnr. 20; *Stöber*, a. a. O.). Im Grundbuch sichtbar wird dies durch die Eintragung des auf den Bruchteil begrenzten Nacherbenvermerks gemäß § 51 GBO. Der Zweck der Teilungsversteigerung, ein grundsätzlich unteilbares Grundstück oder grundstücksgleiches Recht in teilbares Geld zu verwandeln (*Drischler*, ZVG und Zwangsverwaltung, 4. Aufl., § 180 Anm. 1; *Eickmann*, Die Teilungsversteigerung, 5. Aufl., Rdnr. 3), rechtfertigt auch in einem solchen Fall die Zulassung der Teilungsversteigerung (so auch *Stöber*, a. a. O.; *Steiner/Teufel*, a. a. O.; a. A. *Schiffhauer*, ZIP 1982, 526, 528).

b) Die Vorschriften der §§ 2113, 2115 BGB stehen der Wirksamkeit der Teilungsversteigerung gegenüber dem Nacherben nicht entgegen. Es kann dahinstehen, ob es sich dabei

um eine Maßnahme der Zwangsvollstreckung handelt (vgl. zum Stand des Meinungsstreits *Eickmann*, a. a. O., Rdnr. 6). Auch die Vertreter der das bejahenden Ansicht sehen dies mit Rücksicht darauf, dass die Teilungsversteigerung weder eine Verfügung des Vorerben noch eine Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung ist, nicht als Hindernis an, wenn das Versteigerungsobjekt teilweise zum Nachlass einer Vor- und Nacherbschaft gehört (*Eickmann*, a. a. O., Rdnr. 58; *Stöber*, a. a. O., Anm. 7.16; *Storz*, Praxis der Teilungsversteigerung, 2. Aufl., B 1.5.3.; *Hamme*, Die Teilungsversteigerung, 2. Aufl., Rdnr. 72; *Böttcher*, ZVG, 3. Aufl., § 180 Rdnr. 43).

c) Schließlich führen auch schutzwürdige Interessen des Nacherben nicht zur Unzulässigkeit der Teilungsversteigerung. Zwar ist im Anwendungsbereich des § 180 Abs. 1 ZVG eine Beeinträchtigung des Nacherbenschutzes nicht ausgeschlossen. Der Bundesgerichtshof hat aber für die Gesamthandsgemeinschaft entschieden, dass bei nachträglicher Vereinigung des Eigentums in der Hand eines Gesamthänders § 2113 BGB eine Verfügung des (befreiten) Vorerben über den Gegenstand insgesamt nicht hindert. Andernfalls würde der dem Gesamthänder auch bisher schon zu eigenem Recht zustehende andere Gesamtgutsanteil den Verfügungsbeschränkungen der Nacherbschaft unterworfen; dies bedeute gegenüber der Schmälerung der Rechtsstellung des Nacherben das größere Übel (BGH, Beschl. v. 10.3.1976, V ZB 7/72, NJW 1976, 893, unter III c; Urt. v. 16.12.1977, V ZR 140/76, NJW 1978, 698, unter II).

Dem ist die Interessenlage bei einer Gemeinschaft nach Bruchteilen vergleichbar, wenn ein Rechtsinhaber – wie vorliegend die Antragstellerin – den weiteren Bruchteil mit einem Nacherbenrecht belastet erbt. Vor dem Erbfall war sie befugt, ihren Hälfteanteil im Wege der Teilungsversteigerung zu verwerten. Der Erbbaurechtshälfte des Erblassers drohte deshalb schon zu seinen Lebzeiten eine Teilungsversteigerung. Bei der Anordnung der Nacherbschaft geht es dem Erblasser regelmäßig darum, seine Vermögenssubstanz vor Verfügungen des Vorerben zu schützen und sie dem Nacherben in dem beim Erbfall bestehenden Umfang zu erhalten. Zu den beim Erbfall bereits bestehenden Umständen gehört aber auch die Möglichkeit einer Teilungsversteigerung. Die Nacherbschaft kann nicht dazu führen, den Vorerben in der Verwertung seines nicht zum Nachlass gehörenden Vermögens zu beschränken. Dies wäre aber der Fall, wenn man ihm die Teilungsversteigerung verwehren würde.

Darüber hinaus stellt die Anordnung der Nacherbschaft bei Bruchteilsgemeinschaften auch dann, wenn dem Vorerben die Möglichkeit einer Teilungsversteigerung versagt wäre, nicht sicher, dass dem Nacherben der Nachlassgegenstand – hier der Anteil am Erbbaurecht – verbleibt. Denn der Vorerbe kann über seinen eigenen ursprünglichen Bruchteil nach wie vor frei verfügen und ihn z. B. auf einen Dritten übertragen. Daran, dass dieser die Teilungsversteigerung beantragen könnte, bestehen keine Zweifel. Dann aber kann für den Vorerben nichts anderes gelten. Dem Schutzbedürfnis des Nacherben ist dadurch Rechnung getragen, dass gemäß § 2111 Abs. 1 Satz 1 BGB sich sein Nacherbenrecht im Wege der Surrogation an dem Erlösanteil fortsetzt, der auf den mit dem Nacherbenrecht belasteten Bruchteil entfällt.

#### Anmerkung:

1. Der vorstehende Beschluss des BGH ist, soweit ersichtlich, die erste obergerichtliche Stellungnahme zu einer eigentlich alltäglichen Sachverhaltskonstellation: Wenn Ehegatten sich gegenseitig zu nicht befreiten Vorerben einsetzen und

ihre Abkömmlinge zu Nacherben, steht nach dem Tod des Erstversterbenden das gemeinsame Familienwohnheim im Alleineigentum des Überlebenden mit der Besonderheit, dass ein Miteigentumsanteil zu einem Halb durch die Anordnung der Nacherbfolge beschränkt ist. Möchte der Eigentümer nun das Anwesen verkaufen, weil es sich etwa für eine Person allein nicht rechnet oder er nicht über die Mittel zur Unterhaltung des (evtl. renovierungsbedürftigen) Gebäudes verfügt, benötigt er zur Veräußerung gemäß § 2113 Abs. 1 BGB die Zustimmung des Nacherben, gegenüber welchem andernfalls der Eigentumsübergang im Nacherbfall zumindest zur Hälfte unwirksam wäre (BGH, WM 1973, 41; *Soergel/Harder/Wegmann*, BGB, 13. Aufl. 2003, § 2113 Rdnr. 7). Sind die Verhältnisse aber so, dass die Beteiligten sich über einen Verkauf des Grundbesitzes an einen Dritten aus welchen Gründen auch immer nicht einig werden, stellt sich die Frage, ob der Ehegatte die Zustimmung mit dem Hinweis auf die letztendliche Alternative einer Teilungsversteigerung erzwingen kann. Der Wortlaut des § 180 ZVG scheint gegen diese Möglichkeit zu sprechen, da die Zwangsversteigerung danach „zum Zweck der Aufhebung einer Gemeinschaft“ vorgesehen, nicht aber dem Alleineigentümer eröffnet ist. Dementsprechend kam auch die Vorinstanz im Einklang mit einer in der Literatur vertretenen Auffassung zu dem Ergebnis, dass die Vorschrift in der vorliegenden Situation nicht anwendbar sei (vgl. *Schiffhauer*, ZIP 1982, 528).

2. Neben dem Wortlaut ist freilich auch der Sinn und Zweck des § 180 ZVG zu berücksichtigen, der darin besteht, an die Stelle eines in Natur nicht teilbaren Gegenstands eine aufteilbare Geldsumme treten zu lassen (BVerfG, NJW 1976, 1391; BGH, NJW 1952, 263). Maßgeblich ist im konkreten Fall die Überlegung, dass aufgrund der Teilungsversteigerung der Alleineigentümer am Verteilungserlös entsprechend dem Umfang des unbelasteten Miteigentumsanteils die unbeschränkte Verfügungsbefugnis erlangen kann. Dies entspricht der unterschiedlichen Qualität der Rechtszuständigkeit des bisherigen Miteigentumsanteils und des ererbten Bruchteils, der als Sondervermögen des Vorerben anzusehen ist (*Stöber*, ZVG, 17. Aufl. 2002, § 180 Rdnr. 2.5). Von zentraler Bedeutung für die Argumentation des BGH ist damit gleichzeitig die allgemeine Erwägung, dass das Zusammenfallen mehrerer Bruchteile in der Hand eines Eigentümers ein getrenntes rechtliches Schicksal dort nicht ausschließt, wo dies einem praktischen Bedürfnis entspricht, wie etwa dann, wenn ein Miteigentumsanteil nur treuhänderisch verwaltet wird oder vor der Vereinigung selbständig nach § 1114 BGB mit einer Hypothek oder gemäß § 1066 BGB mit einem Nießbrauch belastet war (MünchKomm/K. *Schmidt*, BGB, 4. Aufl. 2004, § 1008 Rdnr. 14). Demgemäß hat das BayObLG schon in einem Beschluss aus dem Jahre 1968 die Auffassung vertreten, dass der Eigentümer, der zu seinem bisherigen ideellen Hälftebruchteil an einem Grundstück noch die andere Hälfte als Vorerbe hinzu erwirbt, ungeachtet der Vorschrift des § 1114 BGB den ihm schon vor dem Vorerbfall gehörenden Anteil gesondert mit einer Grundschuld belasten kann (BayObLGZ 1968, 104). Die Begründung, wonach „andernfalls die teilweise Verfügungsbeschränkung des Eigentümers hinsichtlich des zur Vorerbmasse gehörenden Bruchteils dazu führen [würde], dass der bisher frei verwertbare ... Bruchteil überhaupt nicht versteigert werden könnte, solange der Nacherbfall nicht eingetreten ist“, liegt bereits auf derselben Linie wie die (zutreffende) Argumentation des BGH, „dass die Nacherbschaft nicht dazu führen [könne], den Vorerben in der Verwertung seines nicht zum Nachlass gehörenden Vermögens zu beschränken“ (vgl. auch DNotI-Report 2004, 182). Beiläufig bestätigt der BGH in diesem Zusammenhang seine (umstrittene) Rechtspre-

chung, wonach auch bei nachträglicher Vereinigung des Eigentums in der Hand eines Gesamthänders schutzwürdige Interessen des Nacherben eine Verfügung des Vorerben über den Gegenstand insgesamt nicht hindern könnten (BGH, NJW 1976, 893; NJW 1978, 698; *Staudinger/Avenarius*, BGB, Neubearbeitung 2003, § 2113 Rdnr. 10 ff. m. w. N.). Der trickreiche Umweg einer Veräußerung eines Miteigentumsanteils zur Herstellung einer Gemeinschaft im Sinne des § 180 ZVG wird dem Eigentümer damit erspart.

3. Es liegt in der Konsequenz dieser Auffassung, dass der Nacherbe dem Antrag des Vorerben auf Durchführung des Verfahrens nach § 180 ZVG letztlich machtlos gegenüber steht. Die Vorschrift des § 2115 BGB, wonach eine Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand im Wege der Zwangsvollstreckung dem Nacherben gegenüber insoweit unwirksam ist, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde, hilft schon deshalb nicht weiter, weil der Erblasser seinerseits die Teilungsversteigerung nicht hätte verhindern können und die Norm nicht Bindungen beseitigen kann, die dem Nachlass als solchem eigentümlich sind (*Hamme*, Die Teilungsversteigerung, 2. Aufl. 2003, Rdnr. 72). Dementsprechend kommt auch eine Drittwiderspruchsklage nach Maßgabe der §§ 771, 773 Satz 2 ZPO nicht in Betracht (MünchKomm/K. *Schmidt*, ZPO, 2. Aufl. 2000, § 773 Rdnr. 1 f.). Der Nacherbe ist freilich bei Eintragung eines Nacherbenvermerks nach § 51 GBO im Grundbuch als Beteiligter gemäß § 9 Nr. 1 ZVG zu dem Verfahren zuzuziehen sowie andernfalls auf Anmeldung nach § 9 Nr. 2 ZVG (*Stöber*, a. a. O., § 9 Rdnr. 3.20; *Klawikowski*, Rpfleger 1998, 100 f.) Hier kann er entweder mitbieten oder einfach zusehen, wie durch den Zuschlag der Nacherbenvermerk an dem Grundbesitz, der als bloße Verfügungsbeschränkung des Vorerben nicht in das geringste Gebot aufzunehmen ist, zur Löschung kommt (OLG Hamm, NJW 1969, 516; BayObLG, NJW 1965, 1966; BGH, DNotZ 2000, 705; *Dassler/Schiffhauer/Gerhardt/Muth*, Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung, 12. Aufl. 1991, § 181 Rdnr. 16, § 130 Rdnr. 28). Dass sich sein Nacherbenrecht an dem ausgekehrten Verteilungserlös gemäß § 2111 BGB fortsetzt, ist regelmäßig kein gleichwertiger Ersatz, da einerseits der erzielte Gewinn vielfach unter dem Wert des Objekts liegt und andererseits im Hinblick auf Geld im Gegensatz zu Grundbesitz, vom Fall der unentgeltlichen Zuwendung nach § 2113 Abs. 2 BGB abgesehen, keine Verfügungsbeschränkung des Vorerben besteht, sondern lediglich unter den Voraussetzungen des § 2119 BGB eine Pflicht zur mündelsicheren Anlage (BGH, NJW 1993, 3198). Wenn die Vorinstanz aber aus dem daraus resultierenden abgeschwächten Schutz die Unzulässigkeit der Teilungsversteigerung hergeleitet hat, so wurde dabei übersehen, dass die Nacherbenstellung nicht nur durch die Anordnung der Vorerbschaft eingeschränkt ist, sondern dass dem Bruchteileigentum als Nachlassgegenstand das Risiko einer Veränderung des Status quo immanent ist.

4. Dieser Gesichtspunkt ist es allerdings, der die Beratungspraxis in einem einschlägigen Fall auf den Plan rufen könnte. Wenn Ehegatten mit gemeinsamem Grundbesitz zu der Trennungslösung in der Erwartung tendieren, das zusammen aufgebaute Vermögen dauerhaft für die nachfolgende Generation zu erhalten, dann ist die (alleinige) Anordnung der Vor- und Nacherbschaft, wie der Beschluss des BGH höchstrichterlich unterstreicht, möglicherweise nicht der richtige Weg. Vielmehr kann an eine (ergänzende) Verfügung zu denken sein, das im Nachlass befindliche Familienwohnheim, auch soweit dies im Eigentum des Längerlebenden steht, im Wege eines (Verschaffungs-)Vermächtnisses den Abkömmlingen zu übertragen, verbunden mit einem Zug um Zug zu erfüllenden

Untervermächtnis zur Bestellung eines Nießbrauchs zugunsten des Ehegatten. Geht es den Beteiligten nicht um die Sicherung des Grundbesitzes als solchem, sondern vielmehr um den darin verkörperten Vermögenswert, kommt ein durch die Erteilung des Zuschlags im Verfahren nach § 180 ZVG aufschiebend bedingtes Geldvermächtnis in Höhe des hälftigen auszukehrenden Versteigerungserlöses, ggf. verbunden mit einem durch den Verkauf des Anwesens aufschiebend bedingten Geldvermächtnis in Höhe des hälftigen Kaufpreises, in Betracht.

5. Der Beschluss des BGH verdient daher im Ergebnis Zustimmung. Lediglich kosmetischer Natur ist die Einschränkung, dass anstelle einer direkten Anwendung des § 180 ZVG eine Analogie der Norm treffender erscheint, da bis zum Eintritt des Nacherbfalls nach § 2139 BGB ungeachtet der differenzierten Rechtszuständigkeit Alleineigentum des Vorerben besteht und damit im Zeitpunkt der Antragstellung strenggenommen weder eine Bruchteils-, noch eine Gesamthandsgemeinschaft im Sinne der Vorschrift gegeben ist (vgl. aber *Staudinger/Langhein*, BGB, Neubearbeitung 2002, § 741 Rdnr. 69).

Notarassessor Dr. *Hartmut Wicke*, LL. M.  
(Univ. Stellenbosch), Würzburg

17. AnfG §§ 1, 11; ZVG § 90 (*Gläubigeranfechtung nach Grundstücksveräußerung und nachträglichem Zwangsversteigerungszuschlag*)

**Begründet die Übertragung eines dem Schuldner gehörenden Grundstücks an einen Dritten einen Anspruch des Gläubigers auf Duldung der Zwangsvollstreckung nach dem Anfechtungsgesetz, so bleibt dieser Anspruch auch dann bestehen, wenn dem Dritten später das Grundstück in der Zwangsversteigerung zugeschlagen worden ist.**

BGH, Urteil vom 29.6.2004, IX ZR 258/02; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Durch notarielles Schuldanerkenntnis vom 13.8.1999 verpflichtete sich der Ehemann der Beklagten, an die Klägerin 873.232,05 DM in 36 monatlichen Raten, beginnend im November 1999, zu zahlen. Wegen dieser Forderung unterwarf er sich persönlich der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen. Der Schuldner hat in der Folgezeit lediglich 44.714,45 DM an die Klägerin bezahlt. Diese hat am 17.4.2000 einen fruchtlos verlaufenen Vollstreckungsversuch unternommen.

Am 7.2.2000 übertrug der Schuldner das ihm gehörende Hausgrundstück mit notariellem Vertrag an die Beklagte, die am 16.3.2000 als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen wurde.

Die Klägerin hat diese Grundstücksübertragung angefochten und Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück begehrt. Das Landgericht hat der Klage wegen vorsätzlicher Gläubigerbenachteiligung stattgegeben. Während des Berufungsrechtszuges wurde das Grundstück auf Antrag einer Grundschuldgläubigerin versteigert und der Beklagten gegen ein Bargebot von 28.500 € zugeschlagen. Dingliche Rechte im Gesamtbetrag von 136.093,65 € blieben als Teil des geringsten Gebots bestehen. Das Berufungsgericht hat daraufhin die Klage abgewiesen. Mit der vom erkennenden Senat zugelassenen Revision begehrt die Klägerin die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

*Entscheidungsgründe:*

Die Revision führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

#### I.

Das Berufungsgericht meint, die Klägerin dürfe nicht in das Grundstück vollstrecken, weil die Beklagte dieses letztlich

durch den Zuschlag in der Zwangsversteigerung in nicht anfechtbarer Weise erworben habe. Die Beklagte sei nunmehr Eigentümerin infolge dieses Zuschlags, nicht aufgrund des Vertrages mit ihrem Ehemann.

#### II.

Gegen diese Erwägungen wendet sich die Revision mit Erfolg. Der mit der Klage geltend gemachte Anspruch ist nicht deshalb unbegründet, weil der Beklagten das bereits im Vertragswege zu Eigentum erworbene Grundstück später im Versteigerungsverfahren zugeschlagen worden ist.

1. Im Streitfall kommt das Anfechtungsgesetz vom 5.10.1994 zur Anwendung, weil die angefochtene Rechtshandlung nach dem 31.12.1998 vorgenommen wurde (§ 20 Abs. 1 AnfG).

2. Die Anfechtungsklage ist zulässig (§ 2 AnfG). Die Klägerin hat gegen den Schuldner einen fälligen Anspruch und durch dessen notarielles Schuldanerkenntnis einen vollstreckbaren Titel erlangt. Der von ihr unternommene Zwangsvollstreckungsversuch ist fruchtlos verlaufen; unstrittig hat der Schuldner kein Vermögen, das zur Befriedigung der titulierten Forderung ausreicht.

3. Im Wege der Gläubigeranfechtung kann der Kläger verlangen, dass ihm das zur Verfügung gestellt wird, was durch eine anfechtbare Rechtshandlung aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben worden ist, soweit er es zu seiner Befriedigung benötigt (§ 11 Abs. 1 Satz 1 AnfG). Einen solchen Anspruch macht die Klägerin im Streitfall geltend.

a) Hat der Schuldner den streitbefangenen Vermögensgegenstand nicht durch Veräußerung, Weggabe oder Aufgabe, also durch einen von seinem Willen mindestens mitbestimmten Rechtsakt, verloren, kommt ein Anspruch nach dem Anfechtungsgesetz allerdings nicht in Betracht. Beruht der Vermögensverlust des Schuldners auf einem hoheitlichen Rechtsakt, so handelt es sich um einen Sachverhalt, den das Anfechtungsgesetz grundsätzlich nicht erfasst. Eine Klage nach §§ 3, 11 AnfG kann nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht darauf gestützt werden, dass der Gegner ein Grundstück des Schuldners im Wege des Zuschlags in der Zwangsversteigerung erworben hat (BGH, Urte. v. 15.5.1986, IX ZR 2/85, ZIP 1986, 926, 927; *Huber*, AnfG, 9. Aufl., § 1 Rdnr. 17 f.). Der Zuschlag in der Zwangsversteigerung ist ein öffentlich-rechtlicher Eigentumsübertragungsakt, durch den der Ersteher das Eigentum originär, nicht abgeleitet vom Schuldner, erwirbt (BGHZ 112, 59, 61). In einem solchen Falle fehlt es an einer in §§ 3, 11 Abs. 1 AnfG umschriebenen Rechtshandlung des Schuldners (BGH, Urte. v. 15.5.1986, a. a. O.). Unter welchen Voraussetzungen der Gläubiger einen entsprechenden Eigentumsverlust des Schuldners gleichwohl anfechten kann, wenn jener in kollusivem Zusammenwirken mit dem Anfechtungsgegner den Vermögensverlust durch hoheitlichen Rechtsakt veranlasst hat (vgl. dazu BGH, Urte. v. 25.11.1964, VIII ZR 289/62, JZ 1965, 139, 140; v. 15.5.1986, a. a. O., S. 928), kann dahingestellt bleiben, weil die Klägerin einen entsprechenden Sachverhalt nicht vorgetragen hat.

b) Das Berufungsgericht hat indes nicht beachtet, dass der Schuldner im Streitfall das Eigentum nicht durch Hoheitsakt verloren, sondern rechtsgeschäftlich auf die Beklagte übertragen hat. Der Vermögensverlust ist daher in seiner Person durch eine Rechtshandlung eingetreten, wie sie von § 11 Abs. 1 AnfG beschrieben wird. Nur auf diese Tatsache stützt sich der von der Klägerin erhobene, im Falle einer vorsätzlichen Benachteiligung gem. § 3 Abs. 1 Satz 1 AnfG entstandene Anspruch. Dieser ist nicht dadurch erloschen, dass das

Eigentum der Beklagten sich aufgrund eines zeitlich nachfolgenden Geschehens nunmehr auf den Zuschlagsbeschluss gründet.

§ 11 Abs. 1 AnfG stellt nicht darauf ab, wie der Anfechtungsgegner den streitbefangenen Gegenstand letztlich erworben hat. Maßgeblich ist vielmehr, auf welche Weise der Schuldner ihn verloren hat. Derjenige, der in einer von §§ 3 ff. AnfG beschriebenen Weise etwas erlangt hat, muss dem dadurch benachteiligten Gläubiger den früher dem Schuldner gehörenden Gegenstand so zur Verfügung stellen, als wäre er noch Teil von dessen Vermögen (BGHZ 104, 355, 357; 123, 183, 185; 130, 314, 322). Ein auf diesem Wege entstandener Anspruch erlischt aufgrund nachfolgender Ereignisse in der Regel selbst dann nicht, wenn der Empfänger nicht mehr in der Lage ist, dem Gläubiger den erhaltenen Gegenstand zur Verfügung zu stellen; in diesem Fall hat er Wertersatz zu leisten (vgl. *Huber*, a. a. O., § 11 Rdnr. 37 ff.). Selbst der Empfänger einer unentgeltlichen Leistung haftet jedenfalls in Höhe der Bereicherung fort (§ 11 Abs. 2 AnfG). Dies folgt auch daraus, dass im Gläubigeranfechtungsrecht allein der reale Geschehensablauf maßgeblich ist (BGHZ 104, 355 ff.; 121, 179, 187). Das die Gläubigeranfechtung begründende Handeln kann daher durch nachfolgendes Geschehen in seiner Wirkung grundsätzlich nicht beeinträchtigt werden, solange die Beeinträchtigung des Gläubigerzugriffs auf das Schuldnervermögen fort dauert.

Folglich ist es rechtlich unerheblich, ob das Zwangsversteigerungsverfahren ebenso verlaufen wäre, wenn der Schuldner Grundstückseigentümer geblieben wäre. Lediglich gedachte Geschehensabläufe haben auf die Rechtswirkungen des einmal eingetretenen Anfechtungsstatbestandes keinen Einfluss. Vielmehr ist es eine Frage wertender Beurteilung, inwieweit ein hypothetischer Kausalverlauf die an sich gegebene Haftung des Anfechtungsgegners auszuschließen oder einzuschränken vermag (BGHZ 104, 355, 360). Wäre der Schuldner bis zum Zuschlag Grundstückseigentümer geblieben, hätte die Klägerin im Range nach den dinglichen Gläubigern Befriedigung aus dem Grundstück suchen können. Dies hätte in gleicher Weise gegolten, wenn auch in jenem Falle der Beklagten als Meistbietender das Grundstück zugeschlagen worden wäre. Danach gibt es unter keinem denkbaren Gesichtspunkt einen rechtlich tragenden Grund dafür, den Anspruch nach §§ 3, 11 AnfG nur deshalb zu versagen, weil sich das der Beklagten zunächst vertraglich eingeräumte Eigentum nunmehr auf einen öffentlich-rechtlichen Erwerbsakt stützen kann.

c) Ist infolge des notariellen Vertrages vom 7.2.2000 ein Anspruch der Klägerin auf Duldung der Zwangsvollstreckung begründet worden, hat er sich durch den Zuschlagsbeschluss vom 15.5.2002 auch nicht in einen Wertersatzanspruch verwandelt. Der Primäranspruch geht nur dann in einen Wertersatzanspruch über, wenn dem Anfechtungsgegner die Erfüllung der ihm gem. § 11 Abs. 1 Satz 1 AnfG obliegenden Verpflichtung unmöglich geworden ist (*Huber*, a. a. O., § 11 Rdnr. 37). Insoweit gelten die gleichen Grundsätze wie im Insolvenzanfechtungsrecht (vgl. dort MünchKommInsO/*Kirchhof*, § 143 Rdnr. 73 ff.; *Jaeger/Henckel*, KO, 9. Aufl., § 37 Rdnr. 85). Die Beklagte ist Eigentümerin des Grundstücks. Durch dessen Erwerb in der Zwangsversteigerung ist sie weder rechtlich noch tatsächlich gehindert, für die Klägerin die Zugriffslage wiederherzustellen, die für sie bestand, solange das Grundstück dem Schuldner gehörte (vgl. *Huber*, a. a. O., § 11 Rdnr. 17). Die Beklagte hat daher, sofern der mit dem Schuldner am 7.2.2000 geschlossene notarielle Vertrag die in § 3 AnfG normierten Voraussetzungen erfüllt, die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu dulden.

### III.

Der Rechtsfehler des Berufungsgerichts erfordert die Zurückverweisung (§ 563 Abs. 1 ZPO); denn eine abschließende Sachentscheidung ist dem Senat nicht möglich.

1. Das erstinstanzliche Urteil bejaht eine Gläubigerbenachteiligung durch den Vertrag vom 7.2.2000 sowie einen Benachteiligungsvorsatz des Schuldners und die entsprechende Kenntnis der Beklagten. Die Beklagte hat die tatrichterliche Würdigung streitiger entscheidungserheblicher Tatsachen mit der Berufung angegriffen. Die insoweit erforderlichen Feststellungen wird das Berufungsgericht nunmehr nachzuholen haben.

2. Soweit die Beklagte vorrangige Grundpfandrechte Dritter abgelöst hat, ist sie bei Durchführung der Zwangsvollstreckung wie der von ihr befriedigte Gläubiger zu stellen. Ihr gebührt vorab der Erlös in Höhe der abgelösten Drittrechte. Der Klägerin steht nur der verbleibende Restbetrag zu. Damit wird sie im Ergebnis genauso behandelt, wie sie stände, wenn der Schuldner Eigentümer des Grundstücks geblieben wäre.

### Anmerkung:

#### I. Entscheidungsanalyse

1. Die Pointe des Falles besteht im doppelten Eigentumserwerb bei dazwischen liegender Gläubigeranfechtung: Die Beklagte (Anfechtungsgegnerin) war zunächst Eigentümerin des betroffenen Hausgrundstücks aufgrund des notariellen Rechtsgeschäfts mit dem Schuldner, ihrem Ehemann, (und der Eintragung im Grundbuch) geworden. Dagegen richtet sich die Vorsatzanfechtung nach § 3 AnfG, mit der die Klägerin (anfechtungsberechtigte Gläubigerin) beim LG Erfolg hatte. Während der Berufungsinstanz erlangte die Beklagte indessen (erneut) Eigentum durch Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren, also durch hoheitlichen Rechtsakt und nicht durch eine Rechtshandlung des Schuldners; in einem solchen Falle scheidet jedoch nach herrschender – und vom IX Zivilsenat bekräftigter – Meinung eine Gläubigeranfechtung aus. Das OLG meinte deshalb, da sich der Eigentumserwerb „letztlich“ auf den Zuschlagsbeschluss gründe, komme es nur darauf an, und wies die Klage ab.

Damit war freilich „das Pferd von hinten aufgezäumt“. Diese Methode ließ der BGH nicht gelten; es gebe keinen Grund dafür, den Anfechtungsanspruch nur deshalb zu versagen, weil sich das der Beklagten zunächst vertraglich eingeräumte Eigentum nunmehr auf einen öffentlich-rechtlichen Erwerbsakt stützen könne. Dem im Leitsatz zusammengefassten Ergebnis und den überzeugenden Entscheidungsgründen ist nichts hinzuzufügen.

2. Für die Prüfung der Anfechtbarkeit bei Eigentumsübertragung zunächst durch Rechtsgeschäft zwischen Schuldner und Drittem sowie späterem Eigentumserwerb aufgrund Zuschlagsbeschluss in der Zwangsversteigerung muss man nunmehr wie folgt unterscheiden:

(1) Dritter (Vertragspartner des Schuldners) und Ersteher sind nicht identisch, Ersteher ist also „Vierter“:

– Der Eigentumserwerb durch Zuschlag kann als hoheitlicher Akt grundsätzlich nicht angefochten werden, außer bei – in der Praxis kaum nachweisbarem – kollusivem Zusammenwirken (näher *Huber*, AnfG, 9. Aufl. 2000, § 1 Rdnr. 17; § 3 Rdnr. 7).

– Der Ersteher ist auch nicht Sonderrechtsnachfolger des Dritten i. S. des § 15 Abs. 2 AnfG, weshalb eine Anfechtbarkeit über diesen Weg ebenfalls ausscheidet (*Huber*, a. a. O., § 15 Rdnr. 13).

– Die Erfüllung des durch Abschluss des notariellen Rechtsgeschäfts begründeten Anspruchs auf Duldung der Zwangsvollstreckung (§ 11 Abs. 1 Satz 1 AnfG) ist dem Dritten nun freilich wegen des Eigentumserwerbs des Erstehers unmöglich geworden. An die Stelle dieses Primäranspruchs tritt der Sekundäranspruch auf Zahlung von Wertersatz (§ 11 Abs. 1 Satz 2 AnfG).

(2) Dritter (Vertragspartner des Schuldners) und Erster sind identisch, Erster ist also der Dritte:

– Jetzt kann der Dritte den ursprünglich wegen des notariellen Rechtsgeschäfts entstandenen primären Anfechtungsanspruch nach wie vor erfüllen. Denn er ist weiterhin – wenn auch auf anderer Rechtsgrundlage – Eigentümer des streitbefangenen Grundstücks, vermag dieses also dem Gläubiger zum Zwecke der Befriedigung zur Verfügung zu stellen. Die Pflicht zur Duldung der Zwangsvollstreckung besteht mithin fort; der Eigentumserwerb aufgrund Zuschlags bleibt anfechtungsrechtlich sozusagen außer Betracht.

– Die Gläubigeranfechtung bezweckt aber nicht eine Begünstigung des Gläubigers. Dem Dritten gebührt deshalb bei einem – nach dem Urteil im Anfechtungsprozess – erneut durchzuführenden Zwangsversteigerungsverfahren vorab der Erlös insoweit, als er vorrangige Grundpfandgläubiger befriedigt hat.

3. Im konkreten Fall musste der BGH zurückverweisen. Denn das OLG hatte sich – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – nicht mit den Einwendungen der Beklagten gegen den vom LG festgestellten Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners und der Kenntnis des anderen Teils davon befasst.

## II. Auswirkungen auf die Praxis der Gläubiger- und Insolvenzanfechtung

Die Entscheidung hat große praktische Bedeutung für die Gläubigeranfechtung außerhalb des Insolvenzverfahrens. Es verbessert die Zugriffslage für anfechtungsberechtigte Gläubiger ganz wesentlich und verschließt dem Anfechtungsgegner einen Fluchtweg aus dem Anfechtungsschuldverhältnis; ihm nützt es nämlich nichts, den anfechtbaren rechtsgeschäftlichen Grundstückserwerb dadurch zu „ersetzen“, dass er sich in einem späteren Zwangsversteigerungsverfahren sein eigenes Grundstück zuschlagen lässt.

Das Urteil gilt für die Insolvenzanfechtung entsprechend. Dort geht der Anfechtungsanspruch freilich nicht auf Duldung der Zwangsvollstreckung, sondern gemäß § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO auf Rückgewähr des anfechtbar weggegebenen Vermögensgegenstandes (*Gottwald/Huber*, Insolvenzhandbuch, 2. Aufl. 2001, § 52 Rdnr. 5); das Grundstück muss also zurücküberreignet werden. Das eröffnet eine neue Form von Massemehrung in möglicherweise beträchtlichem Umfang.

## III. Fernwirkungen auf die notarielle Praxis

Der Fall kann Anlass geben, die Diskussion über die notariellen Amtspflichten bei Beurkundung eines möglicherweise anfechtbaren Rechtsgeschäfts neu zu beleben. Denn gemäß § 4 BeurkG soll der Notar die Beurkundung ablehnen, wenn seine Mitwirkung bei Handlungen verlangt wird, mit denen erkennbar unerlaubte oder unredliche Zwecke verfolgt werden.

Wer die Tatbestandsmerkmale selbst der Vorsatzanfechtung (§ 3 AnfG, § 133 InsO) verwirklicht, begeht freilich alleine deshalb grundsätzlich noch keine unerlaubte oder sittenwidrige Handlung, sofern nicht über die Gläubigerbenachteiligung

hinausgehende Umstände vorliegen (ständige Rechtsprechung, vgl. zu § 826 BGB nur BGH, NJW 2000, 3138 = ZIP 2000, 1539 und zu § 138 BGB nur BGH, NZI 2002, 430 = ZIP 2002, 1155; insoweit auch richtig *Schillig*, MittBayNot 2002, 351); letzteres wird für einen Notar kaum erkennbar sein.

Allerdings erfasst § 4 BeurkG auch unredliches Verhalten, mithin gerade eine vorsätzliche Gläubigerbenachteiligung; denn seinem Gläubiger mit Benachteiligungsvorsatz die Zugriffsmöglichkeit zu entziehen, wird man schwerlich als redlich ansehen können. Unredlichkeit lässt sich außerdem nicht bloß auf Insolvenzstraftaten (§§ 283 ff. StGB) reduzieren (so aber offenbar *Schillig*, a. a. O.); die Vorsatzanfechtung erfordert nämlich kein betrügerisches („fraudulöses“) Verhalten des Schuldners und kein unlauteres Zusammenwirken zwischen ihm und dem späteren Anfechtungsgegner (BGH, NZI 2003, 597 m. Anm. *Huber*; näher *Kreft*, KTS 2004, 218 f.). Hätte also der Notar die Beurkundung der Grundstücksübertragung auf die Ehefrau des Schuldners jedenfalls nicht dann ablehnen müssen, wenn er Kenntnis von dessen notariellem Schuldanerkenntnis (über die doch recht beträchtliche Summe von 873.232,05 DM) hatte? Oder hätte er nicht wenigstens in diesem Falle gemäß § 17 BeurkG über die Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts belehren müssen?

Doch das ist ein weites Feld, das im Rahmen dieser Anmerkung nicht annähernd begangen werden kann. Vielleicht liegt das angesprochene Problem aus praktischer Sicht aber ohnehin nicht ganz nahe. Denn die Regel aus dem (imaginären) „Handbuch eines geübten Schuldners“ lautet: „Übertrage niemals Vermögen auf Dritte, insbesondere nicht auf nahe Angehörige (§ 138 InsO), vor demjenigen Notar, bei dem du zuvor zugunsten eines Gläubigers ein Schuldanerkenntnis mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung abgegeben hast“.

Präsident des LG Prof. Dr. *Michael Huber*, Passau

18. BGB §§ 634, 635; InsO §§ 103, 106 (*Eigentumserwerb bei Insolvenz des Bauträgers*)

1. **Stimmt bei einem vor dem 1.1.2002 abgeschlossenen Bauträgervertrag weder der Werkunternehmer noch nach dessen Insolvenz der Insolvenzverwalter dem auf Sachmängel am Bauwerk gestützten Rückabwicklungsverlangen des Bestellers zu, verliert der Besteller nicht den Anspruch auf Auflassung des bebauten Grundstücks.**
2. **Der durch Vormerkung gesicherte Anspruch gegen den Bauträger auf Auflassung des Grundstücks kann auch dann nach dessen Insolvenz bestehen bleiben, wenn der Besteller die Gegenleistung nicht vollständig erbracht hat.**
3. **Der Insolvenzverwalter kann dem gesicherten Auflassungsanspruch nicht die Masseunzulänglichkeit entgegen halten, wenn der Besteller sich verpflichtet hat, die Kosten der Auflassung zu tragen.**

OLG Stuttgart, Urteil vom 18.8.2004, 5 U 62/03, rkr.

Aus den Gründen:

### I.

Die Parteien streiten mit der Klage um die Löschung einer Auflassungsvormerkung und um eine Nutzungsentschädi-

gung, mit der Widerklage um die entsprechende Auflassung und Bewilligung der Eintragung im Grundbuch.

Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der T. GmbH, eines Bauträgers (im Folgenden: Insolvenzschuldnerin). Die Beklagten schlossen 1994 mit der Insolvenzschuldnerin einen Bauträgervertrag zum Erwerb eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück und der Errichtung einer Eigentumswohnung nebst Tiefgarage in U. Für den Grundstückserwerb bestellten die Vertragsparteien eine Auflassungsvormerkung. Die Insolvenzschuldnerin erstellte das Wohnhaus, die Beklagten zahlten von den vereinbarten 414.818 DM (212.093,07 €) den größten Teil, höchstens 29.880 DM (15.277,40 €) sind noch offen. Das Haus ist unstreitig bezüglich des Gemeinschaftseigentums und bezüglich des Sondereigentums der Beklagten mit erheblichen Sachmängeln behaftet (ein unterbrochener Bauprozess ist anhängig beim LG U.). Deswegen zahlten die Beklagten die letzte Rate nicht, die Insolvenzschuldnerin stimmte einer Auflassung nicht zu. Die Beklagten forderten die Insolvenzschuldnerin zur Mangelbeseitigung auf, setzten eine Frist mit Ablehnungsandrohung, lehnten schließlich die weitere Erfüllung ab und verlangten als großen Schadenersatz die Rückzahlung aller gezahlten Beträge Zug um Zug gegen Rückgabe der inzwischen vermieteten Wohnung. Danach fiel die Insolvenzschuldnerin in Insolvenz, ohne dem Verlangen der Beklagten auf Rückabwicklung zugestimmt zu haben.

Mit Anwaltsschreiben vom 24.7.2002 forderten die Beklagten den Kläger gem. § 103 InsO auf, sein Wahlrecht bezüglich des Sachmängelgewährleistungsrechts der Beklagten auszuüben. Mit Schreiben vom 19.9.2002 teilte der Kläger mit, dass er in keiner Hinsicht die Erfüllung wähle. Danach nahmen die Beklagten von ihrem Rückabwicklungsverlangen Abstand und verlangten die Auflassung.

Der Kläger meint, die Beklagten hätten sich endgültig für die Rückabwicklung entschieden und könnten von ihrem Wahlrecht aus §§ 634 f. BGB a. F. keinen erneuten Gebrauch machen; aus den Vorschriften des Wohnungseigentumsgesetzes ergebe sich, dass die Beklagten auch gar nichts anderes als Wandelung oder großen Schadenersatz ohne Zustimmung der anderen Eigentümer wählen könnten. Mit der Rückabwicklung sei der Auflassungsanspruch erloschen, weswegen die Beklagten der Löschung der Vormerkung zuzustimmen hätten. Außerdem müssten sie als unberechtigte Fremdbesitzer die erlangten Mieteinnahmen aus der Vergangenheit und in Zukunft an ihn herausgeben.

Das Landgericht hat durch Teilurteil nur über die Klage entschieden und diese abgewiesen; zur Begründung hat es ausgeführt, dass die Beklagten bis zur Erfüllung des gewählten Gewährleistungsrechts jederzeit ein anderes wählen könnten; die Widerklage sei nicht entscheidungsreif, weil es insoweit auf den Umfang der Baumängel ankomme. (...)

Gegen dieses Teilurteil wendet sich der Kläger mit der Berufung, die er im Wesentlichen erneut damit begründet, dass die Beklagten ihr Wahlrecht verloren hätten und im Wege der Rückabwicklung endgültig keinen Anspruch auf Auflassung hätten. Nach Hinweis des Senats, dass in Betracht komme, auch über die Widerklage zu entscheiden, verfolgen die Beklagten jene auch in der Berufungsinstanz. (...)

## II.

Die form- und fristgerecht eingelegte und mit einer Begründung versehene Berufung des Klägers führt zwar zur Aufhebung des angefochtenen Teilurteils, in der Sache bleibt ihr aber der Erfolg versagt. Dagegen hat die Widerklage der Beklagten in der Sache Erfolg.

A. Der Erlass eines Teilurteils durch das Landgericht war unzulässig. Voraussetzungen eines zulässigen Teilurteils sind gem. § 301 Abs. 1 ZPO die Teilbarkeit des Streitgegenstands, die Entscheidungsreife nur des einen Teils und die Unabhängigkeit des Teilurteils von der Entscheidung des Reststreits (*Zöller/Vollkommer*, § 301 Rdnr. 2; *MünchKommZPO/Musielak*, § 301 Rdnr. 7). Der Streitgegenstand ist im vorliegenden Fall zwar teilbar, aber die Widerspruchsfreiheit ist nicht gewährleistet, da der Anspruch auf Löschung der Auflassungsvormerkung und der Auflassungsanspruch tatsächlich und rechtlich zusammenhängen. Gegenstand der Klage und der Widerklage ist jeweils – einmal positiv, einmal negativ – die Frage, ob die Beklagten einen Anspruch auf Auflassung haben. Im vorliegenden Fall besteht somit ein rechtlicher Zusammenhang und damit die Gefahr der fehlenden Widerspruchsfreiheit. Das Landgericht hat die Problematik zwar gesehen, sich darüber aber unter Hinweis auf die Anregung einer Partei hinweggesetzt. Auf das Gebot der Widerspruchsfreiheit können die Parteien indes nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers (§ 538 Abs. 2 Satz 3 ZPO) nicht verzichten, weswegen der Erlass eines Teilurteils nicht statthaft war (vgl. BGHZ 20, 311) und dieses aufzuheben ist.

Es erscheint jedoch angezeigt, dass das Berufungsgericht die in erster Instanz hängen gebliebene Widerklage „hochzieht“. Das Berufungsgericht ist berechtigt, um eine unzulässige Divergenz zu vermeiden, entweder den entschiedenen Teil aufzuheben und gem. § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 ZPO an die erste Instanz zurückzuverweisen oder den dort verbliebenen Teil an sich zu ziehen, wenn es sich dabei um einen ohne weiteres mitzuentscheidenden Teil handelt (BGH, NJW 1960, 339; 1991, 3036; NJW-RR 1994, 379). Daran hat sich auch unter der neuen Zivilprozessordnung nichts geändert, weil § 538 ZPO n. F. im Gegensatz zu § 540 ZPO a. F. nicht nur die Möglichkeit der Sachentscheidung des Berufungsgerichts vorsieht, sondern diese sogar zum Regelfall erhebt (*MünchKommZPO/Rimmelspacher*, § 538 Rdnr. 65).

Die Widerklage ist im vorliegenden Rechtsstreit ohne weiteres entscheidungsreif, weil sich der Rechtsstreit bereits durch die Beantwortung der Rechtsfragen zur Klage im Wesentlichen insgesamt entscheidet; wie sich im Folgenden (s. u. C.2.) zeigen wird, ist zur Entscheidung der Widerklage auch keine Beweisaufnahme erforderlich. Den Parteien geht dadurch zwar ein Rechtszug verloren, weil aber lediglich eine Rechtsfrage zu beantworten ist, erleiden die Parteien insoweit keinen wesentlichen Nachteil; ein solcher wird durch die gewonnene Verfahrensbeschleunigung zudem ausgeglichen.

B. Ein Anspruch des Klägers auf Bewilligung der Löschung der Auflassungsvormerkung besteht nicht. Das Landgericht hat zu Recht festgestellt, dass die Beklagten den Anspruch auf Auflassung nicht verloren haben. (...) Die Berufungsbegründung ist nicht geeignet, zu einem abweichenden Ergebnis zu gelangen.

1. Die Beklagten haben zwar wegen unstreitig vorliegender erheblicher Sachmängel gem. § 634 BGB a. F. eine Frist zur Nachbesserung mit Ablehnungsandrohung gesetzt und nach fruchtlosem Ablauf der Frist die weitere Erfüllung abgelehnt und haben sich im Rahmen ihres Wahlrechts gem. § 635 BGB a. F. für den großen Schadenersatz, also die vollständige Rückabwicklung, entschieden. Damit wandelte sich aber der ursprünglich auf beiderseitige Leistungserbringung gerichtete Werklieferungsvertrag – entgegen der Rechtsansicht des Klägers – nicht automatisch in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis um. Die Beklagten hatten nach dem hier gem. Art. 229 § 5 EGBGB anzuwendenden alten Schuldrecht (Vertragschluss 1994) wegen einer Wandelung oder eines großen

Schadenersatzes zunächst lediglich einen Anspruch gegen die Insolvenzschuldnerin auf Zustimmung zu dieser Umwandlung (sog. „gemischte Theorie“, ganz h. M., vgl. nur *Palandt/Putzo*, 59. Aufl., § 465 BGB; die sog. „Herstellungstheorie“ wird heute nicht mehr ernsthaft vertreten, sie wurde schon vom Reichsgericht und später auch vom BGH abgelehnt). Einen Unterschied zwischen Kaufrecht und Werkvertragsrecht macht das alte Schuldrecht bezüglich des Schadenersatzanspruches aus §§ 463, 635 BGB a. F. nicht. Auch beim Werkvertrag kommt das Rückabwicklungsschuldverhältnis erst dann zustande, wenn der Werkunternehmer sich auf die Wandelung oder den großen Schadenersatz einlässt, vorher kann der Besteller davon jederzeit wieder Abstand nehmen (ganz h. M., BGH, NJW 1982, 1521; *Palandt/Putzo*, 59. Aufl., § 465 BGB Rdnr. 7; MünchKommBGB/*Soergel*, 3. Aufl., § 635 Rdnr. 3 m. w. N.). Weil die Insolvenzschuldnerin dem Begehren der Beklagten nicht zugestimmt hatte, blieb es zunächst beim Anspruch der Beklagten auf Umwandlung; die Umwandlung des Vertrages in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis selbst fand nicht statt. Daher haben die Beklagten ihren Anspruch auf Verschaffung des Eigentums nicht verloren. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem vom Kläger zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs (NJW 1999, 3710); der Kläger verkennt die rechtliche Bedeutung des Urteils. Dort ging es gar nicht um die Frage der Zustimmung des Werkunternehmers zum Umwandlungsbegehren, sondern allein um das Vorliegen der Voraussetzungen eines solchen Begehrens für den Besteller. Diese Voraussetzungen sind hier unstreitig gegeben. Der Kläger weist zwar zu Recht (mit Literaturnachweisen) darauf hin, dass für den Besteller die Wandelung und der große Schadenersatz bei Insolvenz des Bauträgers erhebliche Risiken bergen. Dieses Risiko realisiert sich bei den Sachmängelgewährleistungsrechten aber erst dann, wenn der Werkunternehmer dem Wunsch auf Rückabwicklung zustimmt oder ein rechtskräftiges Urteil besteht. Da hier keine der beiden alternativen Voraussetzungen vorliegt, kommt es auf die vom Kläger vorgetragenen Rechtsfolgen eines Rückgewährschuldverhältnisses im Rechtsstreit der Parteien nicht an.

Der Kläger verkennt auch die Bedeutung von § 634 Abs. 1 Satz 3 Hs. 2 BGB a. F., wenn er meint, mit der Ablehnung erlösche der Anspruch auf Übereignung. Nach dieser Vorschrift erlischt nur der Anspruch auf Mangelbeseitigung; nichts anderes ergibt sich aus den von ihm zitierten Urteilen.

Der Kläger zieht weiterhin eine unzulässige Parallele zu § 326 BGB a. F.; nach dieser Vorschrift erlischt in der Tat mit der Ablehnung der Erfüllung und der (einseitigen) Ausübung des Rücktrittsrechts oder Wahl des großen Schadenersatzes der Erfüllungsanspruch. Bei den Gewährleistungsrechten wegen Sachmängeln erlischt dieser Anspruch aber erst mit der Zustimmung zur Umwandlung in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis. Die vom Kläger zitierte Literatur zu § 326 BGB a. F. beschäftigt sich daher überwiegend nicht mit der hier vorliegenden Fallkonstellation. Auch die Ausführungen des Klägers zu den Unterschieden zwischen § 326 BGB a. F. und § 281 BGB n. F. führen deswegen hier nicht weiter.

Nach der Insolvenz waren die Beklagten daran gehindert, ihr Umwandlungsbegehren bei der Insolvenzschuldnerin weiter zu verfolgen. Die Beklagten haben sich daher an den Kläger gewandt und diesen gefragt, ob er der Rückabwicklung zustimme und gem. § 103 die Erfüllung des Rückabwicklungsschuldverhältnisses wähle. § 103 InsO ist auch auf dieses gegenseitige Vertragsverhältnis (zumindest analog) anzuwenden (vgl. MünchKommInsO/*Huber*, § 103 Rdnr. 86 m. w. N.). Da der Kläger einer Rückabwicklung nicht zustimmte, kam es

gar nicht mehr darauf an, dass er sich gegen jedwede Erfüllung entschied; jedenfalls kam ein Rückabwicklungsschuldverhältnis nicht zustande.

2. Hätte der Kläger Erfüllung der Rückabwicklung gewählt, wäre tatsächlich der Anspruch der Beklagten auf Auflassung erloschen. Allerdings hätten die Beklagten im Gegenzug einen Anspruch gegen die Masse auf Schadenersatz erworben; es spricht viel dafür, dass ihnen deswegen auch ein Zurückbehaltungsrecht zugestanden hätte. Die zu diesem Punkt geäußerte Rechtsauffassung des Klägers, der ein Zurückbehaltungsrecht verneint, stützt sich auf ein Urteil des Bundesgerichtshofs (ZInsO 2002, 487), welches indes einen anderen Sachverhalt behandelt. Dort ging es um einen vertragslosen Bereicherungsanspruch und nicht um einen bestehenden, gegenseitigen (Rückabwicklungs-)Vertrag; darin liegt ein wesentlicher Unterschied. Diese Rechtsfrage kann jedoch hier dahingestellt bleiben, weil der Kläger die Rückabwicklung gerade nicht gewählt hat.

3. Nachdem ein Rückabwicklungsschuldverhältnis endgültig nicht zustande kam, konnten die Beklagten das Verlangen auf Rückabwicklung zurückziehen. Die Frage, welche Konsequenzen daraus in rechtlicher Hinsicht für die Sachmängel zu ziehen sind, ist nicht Gegenstand des Rechtsstreits, sondern nur für die hier nicht zu entscheidenden Gewährleistungsrechte der Beklagten relevant. Die Überlegungen des Klägers, welche Gewährleistungsrechte die Beklagten (mit oder ohne Zustimmung der Wohnungseigentümergeinschaft) geltend machen könnten, sind hier nicht entscheidungserheblich, weswegen auch sein nach Schluss der mündlichen Verhandlung vorgelegter, nicht nachgelassener Schriftsatz vom 8.8.2003 keinen Anlass gibt, erneut in die mündliche Verhandlung einzutreten. Die Rechtsansicht des Klägers, dass das Wahlrecht erlösche, wenn verschiedene Wahlmöglichkeiten nicht zu einem begründeten Anspruch führen, ist unzutreffend. Lehnt der Erwerber einer Eigentumswohnung die Mangelbeseitigung durch den Werkunternehmer ab, ist er nicht allein deshalb, weil er eine Minderung möglicherweise nicht ohne die anderen Wohnungseigentümer geltend machen kann, dazu verpflichtet, die Rückabwicklung des gesamten Vertrages geltend zu machen. Derartiges ergibt sich auch nicht aus den vom Kläger zitierten Entscheidungen. Aber selbst dann, wenn man der Rechtsansicht des Klägers folgte, wäre ein Rückabwicklungsschuldverhältnis mangels Zustimmung der Insolvenzschuldnerin und des Klägers nicht zustande gekommen.

4. Der Auflassungsanspruch der Beklagten besteht unabhängig von den Gewährleistungsrechten gem. § 106 Abs. 1 Satz 2 InsO; ob er fällig ist, braucht im Rahmen der Klage nicht geprüft zu werden, für den geltend gemachten Anspruch aus § 894 BGB kommt es darauf nicht an. Der Kläger verkennt die Bedeutung und die Rechtsfolgen des § 106 InsO. Danach wird nämlich der Vertrag in zwei Teile geteilt. Für den nicht gesicherten Anspruch der Beklagten auf mangelfreie Erstellung der Wohnung bleibt es beim Wahlrecht des Insolvenzverwalters aus § 103 InsO. Für den durch Vormerkung gem. § 883 BGB gesicherten Anspruch auf Auflassung hat der Insolvenzverwalter jedoch kein Wahlrecht, diesen Anspruch muss er – wie außerhalb der Insolvenz – immer aus der Masse erfüllen (ganz h. M., vgl. MünchKommInsO/*Ott*, § 106 Rdnr. 24 ff.). Der Bundesgerichtshof, der zunächst (zu § 24 KO) eine andere Meinung hatte (NJW 1977, 146), hat sich nach Klarstellung durch den Gesetzgeber dieser Meinung ausdrücklich angeschlossen (NJW 1978, 1437; 1981, 991). Danach bleibt der Auflassungsanspruch beim Bauträgervertrag auch dann bestehen, wenn der Insolvenzverwalter im Übrigen die Erfüllung nicht wählt.

5. Nach dem oben Gesagten haben die Beklagten ihr Besitzrecht i. S. d. § 986 BGB nicht verloren, so dass auch die Ansprüche des Klägers auf Nutzungsentschädigung (Mieten) aus einem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis unbegründet sind.

C. Den Beklagten steht der mit der Widerklage geltend gemachte Anspruch auf Auflassung gem. § 925 BGB und Eintragungsbewilligung gem. § 19 GBO zu.

1. Dieser Anspruch der Beklagten ergibt sich aus § 925 BGB i. V. m. § 106 InsO und dem Bauträgervertrag. Dass der Anspruch durch die Ablehnung der Mängelbeseitigung und das zunächst gestellte Verlangen auf Rückabwicklung nicht erloschen ist, wurde bereits festgestellt (s. o. B.1.). Ebenso wurde festgestellt, dass es sich gem. § 106 InsO um einen Anspruch handelt, welchen die Beklagten ohne insolvenzrechtliche Einschränkungen gegen den Kläger als Insolvenzverwalter geltend machen können (s. o. B.4.).

2. Der Auflassungsanspruch der Beklagten ist fällig, obwohl die Beklagten die letzte Rate zurückbehalten haben.

Nach dem Bauträgervertrag sollte der Auflassungsanspruch erst nach vollständiger Bezahlung des vereinbarten Preises fällig sein (§ 5 Abs. 2 des Vertrages); ob die Beklagten wegen der Mängel bereits vollständig geleistet haben oder noch etwas zahlen müssen, hängt von Art und Umfang der Mängel ab. Daraus hat das Landgericht zu Unrecht den Schluss gezogen, die Fälligkeit des Auflassungsanspruches sei (im Rahmen eines Bauprozesses) anhand der Berechtigung der vorgetragenen Sachmängel zu überprüfen.

Die Rechtslage hat sich durch den Eintritt der Insolvenz gem. § 106 InsO geändert. Die Beklagten haben ihre Gewährleistungsrechte gegen die Insolvenzschuldnerin zwar nicht juristisch, aber doch wirtschaftlich weitgehend eingebüßt. Als Ausgleich für diesen Nachteil nimmt § 106 Abs. 1 Satz 2 InsO eine Trennung zwischen dem durch Vormerkung gesicherten Auflassungsanspruch und den übrigen Ansprüchen aus dem Bauträgervertrag vor (BGH, NJW 1986, 925). Daher kommt es für die Fälligkeit des Anspruchs auf Auflassung nach Insolvenz des Bauträgers nicht mehr darauf an, ob die gesamte vereinbarte Gegenleistung erbracht wurde, sondern nur darauf an, ob der Teil des Kaufpreises, welcher auf die Übereignung des Grundstücks und der Wohnung entfällt, gezahlt wurde; zu ermitteln ist dies im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung oder gem. §§ 315, 316 BGB (BGH, NJW 1981, 991).

Der Bauträgervertrag enthält keine ausdrückliche Vereinbarung, welcher Teil der Leistung auf die Eigentumsverschaffung und welcher auf die Werkleistung entfällt; insbesondere ist in § 6 dazu keine Regelung enthalten. Im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ist die Lücke im Vertrag gem. § 157 BGB entsprechend dem hypothetischen Parteiwillen zu schließen. Aus § 6 des Vertrages ergibt sich, dass die Beklagten zunächst 30 % der Gegenleistung ohne entsprechende Werkleistung zahlen mussten; diesen Betrag haben die Beklagten auch geleistet. Es spricht viel dafür, dass damit im Wesentlichen der Eigentumsverschaffungsanspruch bezahlt wurde. Dabei kommt es auf den Streit der Parteien, ob die letzte Rate ca. 12.000 € oder ca. 15.000 € beträgt, nicht an. Die Beklagten haben nämlich auch bei dem höheren Restanspruch fast 93 % der vereinbarten Summe bezahlt. Der Senat geht bei dieser hohen Quote davon aus, dass damit der auf die Eigentumsverschaffung entfallende Teil der Gegenleistung vollständig erfüllt ist.

3. An diesem Ergebnis ändert auch der neue Sachverhalt vorgetragen des Klägers in dem nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingereichten, nicht nachgelassenen Schriftsatz

vom 11.8.2003 nichts. Es bestehen bereits Bedenken, ob der Kläger den neuen Vortrag, er habe dem Insolvenzgericht am 7.8.2003 die drohende Masseunzulänglichkeit angezeigt, entgegen §§ 296 a, 529, 531 ZPO in diesem Verfahrensstadium noch in den Rechtsstreit einführen kann oder ob er sich jetzt auf den Einwand des § 210 InsO im Vollstreckungsverfahren verweisen lassen muss. Diese Frage kann jedoch letztlich dahinstehen, weil die Vorschriften der §§ 208 bis 210 InsO auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar sind.

Ein durch Vormerkung gesicherter Auflassungsanspruch muss vom Insolvenzverwalter (s. o. B.4.) wie außerhalb der Insolvenz erfüllt werden (vgl. MünchKommInsO/Hefermehl, § 55 Rdnr. 134). Der Kläger verkennt, dass § 106 InsO den durch Vormerkung gesicherten Auflassungsanspruch dem Insolvenzverfahren insgesamt entzieht. Auch dann, wenn eine Masseunzulänglichkeit besteht, bleibt der Insolvenzverwalter zur Auflassung verpflichtet. Die Vorschriften über die Masseunzulänglichkeit in §§ 208 ff. InsO haben den Zweck, ein gerechtes Verteilungsverfahren zwischen allen Massegläubigern zu gewährleisten, ohne dass einzelne Massegläubiger durch Zwangsvollstreckung vorab auf die Masse zugreifen können. Diese Vorschriften sind indes dann nicht anwendbar, wenn ein aus der Masse zu erfüllender Anspruch für die anderen Massegläubiger keinen wirtschaftlichen Wert hat. Die Vormerkung bewirkt gem. § 883 Abs. 2 BGB, dass der Insolvenzverwalter über das Grundstück anderweitig nicht verfügen kann. Da die Vormerkung nach § 106 InsO insolvenzfest ist, kann der Insolvenzverwalter das Grundstück nicht im Wege des § 209 InsO an einen anderen Massegläubiger verteilen. Wenn aber wegen der Vormerkung zwingend feststeht, dass das Grundstück nur an die Beklagten übereignet werden kann, entsteht den anderen Massegläubigern kein Nachteil, wenn die Beklagten im Wege der Zwangsvollstreckung auf dieses Grundstück zugreifen. Für einen durch Vormerkung gesicherten Auflassungsanspruch besteht daher das Vollstreckungsverbot des § 210 InsO nicht, die Leistungsklage bleibt zulässig, die Beklagten können ohne insolvenzrechtliche Einschränkungen aus dem Urteil, welches die abzugebenden Willenserklärungen des Klägers gem. § 894 Abs. 1 Satz 1 ZPO ersetzt, vollstrecken. Das vom Kläger zitierte Urteil des Bundesgerichtshofs (ZIP 2003, 914) ist für den vorliegenden Fall nicht einschlägig, weil in jenem Fall eine die anderen Massegläubiger benachteiligende Zwangsvollstreckung in die Masse geplant war, während hier der außerhalb des Insolvenzverfahrens zu erfüllende Auflassungsanspruch die Ansprüche der anderen Massegläubiger nicht berührt.

Auch der Hinweis des Klägers, dass die Kosten der Eigentumsverschreibung die Masse belasten könnten, geht fehl. Er hat zwar insoweit Recht, als diese Kosten grundsätzlich unter die Regelung der §§ 208 ff. InsO zu subsumieren sind. Im vorliegenden Fall sind diese Kosten aber gem. § 19 des Vertrages von den Beklagten zu tragen, weswegen die Masse insoweit nicht belastet wird.

#### Anmerkung:

Der Entscheidung des OLG Stuttgart liegt ein Sachverhalt zugrunde, der als Risiko jeder streitigen Abwicklung eines Bauträgervertrages, bei dem die Herstellungsphase noch nicht abgeschlossen ist, innewohnt. Es handelt sich um den Fall des stecken gebliebenen Baus. Dieser ist verknüpft mit dem Risiko einer falschen anwaltlichen Beratung des Erwerbers zur Wahl eines Gestaltungsrechtes. Der vom OLG Stuttgart entschiedene Fall (I) und die vom Verfasser gebildete Sach-

verhaltensalternative (II) führen nach altem Schuldrecht bei grundsätzlich gleicher rechtlicher Verhaltensweise des Erwerbers zu unterschiedlichen Ergebnissen und in dem der Sachverhaltsalternative zugrundeliegenden Fall für den Erwerber zu einem desaströsen Ergebnis. Dieses ist entgegen der Auffassung des OLG auch nicht durch Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts zu vermeiden (III).

Nach neuem Recht führt die gleiche rechtliche Verhaltensweise in beiden Sachverhaltsalternativen zu einem aus Sicht des Erwerbers katastrophalen Ergebnis (IV). Deshalb sind Zweifel an der sog. Vormerkungslösung im Bauträgervertrag geäußert worden (V).<sup>1</sup>

I. Der vom OLG Stuttgart entschiedene Fall war nach altem Recht zu beurteilen, da der Vertrag im Jahre 1994, also vor dem 31.12.2001<sup>2</sup>, abgeschlossen worden war. Weder das Gemeinschaftseigentum noch das Sondereigentum waren abgenommen, so dass sich der Vertrag im Erfüllungsstadium befand. Der Bau war insoweit stecken geblieben, als die unstreitig bestehenden erheblichen Sachmängel nicht beseitigt worden waren. Nach Fristsetzung zur Mängelbeseitigung mit Ablehnungsandrohung im Sinne des § 634 Abs. 1 BGB a. F. lehnte der Erwerber die weitere Erfüllung ab und verlangte als großen Schadensersatz die Rückzahlung aller gezahlten Beträge. Folge der Ausübung dieses Gestaltungsrechtes nach altem Recht war, dass der Vertrag in ein Rückabwicklungsverhältnis umgewandelt wurde.<sup>3</sup>

Diese Rechtsfolge trat, wie das OLG Stuttgart zu Recht entschieden hat, erst ein, wenn der Anspruchsgegner sich auf die Rückabwicklung eingelassen hatte, mithin sich die Vertragsparteien über die Rückabwicklung des Vertrages geeinigt hatten, oder wenn der Anspruchsgegner rechtskräftig dazu verurteilt worden war.<sup>4</sup> Hatte, wie im entschiedenen Fall, der Insolvenzverwalter der Rückabwicklung nicht zugestimmt, so befand sich das Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten in einem Stadium, in dem der Erwerber lediglich einen Anspruch auf Zustimmung zur Umwandlung in ein Rückabwicklungsverhältnis hatte, von dem er jederzeit wieder Abstand nehmen konnte.<sup>5</sup> Hätte der Insolvenzverwalter sich im entschiedenen Fall auf die Rückabwicklung eingelassen, so wäre der Vertrag in ein Rückabwicklungsverhältnis umgewandelt worden, so dass der Eigentumsverschaffungsanspruch des Erwerbers entfallen wäre und damit auch die Grundlage für die Auflassungsvormerkung. Die Auflassungsvormerkung als akzessorisches Sicherungsinstrument sichert nur den Eigentumsverschaffungsanspruch, nicht den Anspruch auf Rückabwicklung. Mithin hat der Umstand, dass im entschiedenen Fall der Insolvenzverwalter sich nicht auf die Rückabwicklung eingelassen hatte, den Erwerber davor bewahrt, dass er grundsätzlich die Löschung der Auflassungsvormerkung zu bewilligen gehabt hätte und mit seinen Ansprüchen aus der Rückabwicklung auf die Masse verwiesen worden wäre. Ansonsten wäre der Anspruch allenfalls – wenn überhaupt – nach einer Quote befriedigt worden.

II. Wird der Sachverhalt dahingehend abgeändert, dass an der Art und Weise der Herstellung nichts zu bemängeln ist, vielmehr der Bauträger verzögerlich baut, so beurteilen sich

die Wahlmöglichkeiten des Erwerbers nach altem Recht nach § 326 BGB a. F. Danach konnte der Erwerber dem Bauträger eine Frist mit Ablehnungsandrohung setzen. Mit Ablauf der Frist waren die Erfüllungsansprüche des Erwerbers und der Vergütungsanspruch des Bauträgers erloschen.<sup>6</sup> Der Eigentumsverschaffungsanspruch des Erwerbers war entfallen, mithin auch die Grundlage für die Auflassungsvormerkung, so dass grundsätzlich ein Anspruch auf Bewilligung der Löschung der Auflassungsvormerkung seitens des Bauträgers gegenüber dem Erwerber bestand.<sup>7</sup> Der Erwerber hatte nur noch das Recht, zwischen Rücktritt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu wählen. Musste er nunmehr die Löschung der Auflassungsvormerkung bewilligen, so konnte er vom Insolvenzverwalter wegen seiner Ansprüche aus der Rückabwicklung (Rücktritt) und dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung auf die Insolvenzquote verwiesen werden.

III. Es stellt sich die Frage, ob dem Erwerber gegenüber dem Anspruch auf Bewilligung der Löschung der Auflassungsvormerkung, dem er in der Sachverhaltsalternative ausgesetzt war, wegen der ihm zustehenden Ansprüche – Rücktritt und Schadensersatz – ein Zurückbehaltungsrecht zustand. Das OLG Stuttgart hat diese Frage offen gelassen, weil sie in dem zu entscheidenden Fall nicht entscheidungserheblich war. Der Senat hat die Entscheidung dieser Frage unter Verweis auf die Rechtsprechung des BGH<sup>8</sup> als offen angesehen, da der BGH eine andere Fallkonstellation entschieden habe. Der Entscheidung des BGH lag ein Sachverhalt zugrunde, bei dem der geschlossene Vertrag unwirksam war und die Parteien folglich auf bereicherungsrechtliche Ansprüche verwiesen worden waren, während es in den hier angesprochenen Fällen um vertragliche Rückabwicklungsansprüche ging. Die bereicherungsrechtlichen Ansprüche sind im Insolvenzfall, wie der Entscheidung des BGH deutlich zu entnehmen ist, jedoch nicht anders zu behandeln als die aus der vertraglichen Rückabwicklung resultierenden Ansprüche. Der BGH differenziert nämlich nicht danach, ob es um vertragliche oder bereicherungsrechtliche Rückabwicklungsansprüche geht, sondern er differenziert zwischen solchen Leistungsverweigerungsrechten, die konkursfest sind, und solchen, die nicht konkursfest sind. Übertragen auf das heutige Insolvenzrecht, sind die in § 51 Nr. 2 und 3 InsO aufgeführten besonderen Zurückbehaltungsrechte insolvenzfest. Die Voraussetzungen für die Geltendmachung dieser Zurückbehaltungsrechte erfüllt der Anspruch des Erwerbers auf Rückabwicklung eines Bauträgervertrages und auf Schadensersatz nicht. Statt dieser gesetzlichen Zurückbehaltungsrechte verbleiben dem Erwerber mithin lediglich die vertraglichen, auf § 273 Abs. 1 BGB gestützten Zurückbehaltungsrechte. Diese Zurückbehaltungsrechte haben aber nach der Entscheidung des BGH<sup>9</sup> keine insolvenzrechtliche Wirkung. Sie stehen im Widerspruch zu dem im Insolvenzrecht geltenden Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger. Der Erwerber will in diesen Fällen lediglich erreichen, „dass die Rechtslage bzgl. des zur Insolvenzmasse gehörenden Grundstücks richtig gestellt wird, solange nicht die schon zuvor an die Gemeinschaftsdarlehnerin gezahlten Geldbeträge zurückgewährt werden“. Dies liefe auf eine abgesonderte Befriedigung am Grundstück der Insolvenzmasse zu, die keine Rechtsgrundlage hat.

<sup>1</sup> Thode, ZNotP 2004, 210 ff.

<sup>2</sup> Art. 229 § 5 EGBGB.

<sup>3</sup> Staudinger/Peters, BGB, 2000, § 635 Rdnr. 32 ff.; Soergel, BGB, 3. Aufl., § 635 Rdnr. 29.

<sup>4</sup> BGH, Urt. v. 25.3.1982, VII ZR 175/81, NJW 1982, 1512; Soergel, § 635 Rdnr. 29; Staudinger/Peters, § 635 Rdnr. 31.

<sup>5</sup> BGH, a. a. O.; Soergel, § 635 Rdnr. 3.

<sup>6</sup> BGH, Urt. v. 5.4.2001, VII ZR 498/99, ZfIR 2001, 546; MünchKommEmmerich, BGB, 4. Aufl., § 326 Rdnr. 69 f.

<sup>7</sup> Kniffka/Koebke, Kompendium des Baurechts, 2. Aufl. 2004, Teil 11, Rdnr. 84.

<sup>8</sup> Urt. v. 7.3.2002, IX ZR 457/99, NJW 2002, 2313.

<sup>9</sup> A. a. O. 2315.

IV. Nach neuem Recht hat sich die Verzugsproblematik bezogen auf den vom OLG Stuttgart entschiedenen Sachverhalt gewandelt. Für die unter II abgehandelte Alternative gilt Folgendes: Nach § 323 BGB ist der Erwerber zum Rücktritt berechtigt und hat darüber hinaus Schadensersatzansprüche nach § 325 BGB. Nach neuem Recht erlischt der Erfüllungsanspruch des Erwerbers nunmehr mit Erklärung des Rücktritts.<sup>10</sup> Der Eigentumsverschaffungsanspruch erlischt folglich gleichfalls, so dass die Grundlage für die Auflassungsvormerkung entfallen ist.

Nach neuem Recht ist der von dem OLG Stuttgart entschiedene Sachverhalt anders zu bewerten. Nunmehr ist der Erwerber nach § 634 Nr. 3 BGB berechtigt, vom Vertrag zurückzutreten, und nach § 634 Nr. 4 BGB kann er Schadensersatz statt Leistung verlangen. § 634 Nr. 3 BGB verweist auf § 323 BGB. Mithin wird der Vertrag in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt, wenn der Erwerber den Rücktritt erklärt, unabhängig von der Zustimmung des Insolvenzverwalters. Sein Erfüllungsanspruch erlischt.<sup>11</sup> Übt der Erwerber sein Wahlrecht dahingehend aus, dass er Schadensersatz statt Leistung verlangt, dann entfällt der Erfüllungsanspruch gem. § 281 Abs. 4 BGB. Hat der Erwerber sein Wahlrecht einmal ausgeübt, so ist folglich die nachträgliche Wahl des Nacherfüllungsanspruches ausgeschlossen. Beide Gestaltungsrechte führen mithin dazu, dass der Eigentumsverschaffungsanspruch des Erwerbers entfällt und damit die Grundlage für die Auflassungsvormerkung, Zurückbehaltungsrechte bestehen, wie unter III dargestellt wurde, nicht.

V. Aus dem Umstand, dass der Erwerber seine Gestaltungsrechte ausübt, ergibt sich mithin für ihn eine erhebliche Risikolage, während diese Risikolage beim Bauträger, der z. B. nach § 323 BGB vorgeht, nicht vorhanden ist. Aus diesem Grund kommt *Thode*<sup>12</sup> zu dem Ergebnis, dass hinreichende Zweifel bestehen, ob die Vormerkungslösung einer Inhaltskontrolle nach den Vorgaben der Klauselrichtlinie<sup>13</sup> standhält. Dann müsste die Vormerkungslösung zu einem erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnis i. S. von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie führen. Dies ist aus einem Vergleich anhand der rechtlichen Rahmenbedingungen des nationalen Rechts zu bestimmen, und zwar anhand der Regelungen, die ohne die betreffende Regelung gelten würden.<sup>14</sup> Als gesetzliche Referenzmodelle stehen der Kaufvertrag und der Werkvertrag zur Verfügung. Diese Referenzmodelle beinhalten das angesprochene rechtliche Risiko nicht. Beim Kaufvertrag und beim Werkvertrag erfolgt die Zahlung erst, wenn der Vertrag gleichzeitig erfüllt wird oder die Werkleistung bereits erfüllungstauglich erbracht ist. Diese Vertragsmodelle, die den Bauträgervertrag im Wesentlichen prägen, sehen also ein anderes Erfüllungsmodell vor, das keine Vorleistungen des Erwerbers in Form von Teilzahlungen durch den Erwerber begründet. Nimmt man ausschließlich den Kaufvertrag und den Werkvertrag als Referenzmodell, wird man zu dem Ergebnis kommen müssen, dass die im Bauträgervertrag regelmäßig vorgesehene Raten-/Abschlagzahlungen einen geringeren Sicherheitsstandard darstellen, weil sie über die Vormerkung nicht ausreichend abgesichert werden können. Man könnte

deshalb annehmen, dass man sich im Bauträgervertrag diesem Erfüllungsmodell weitestgehend annähern muss, um den Standard einzuhalten. Dies würde bedeuten, dass man keine Raten im Bauträgervertrag vereinbaren könnte. Etwas anderes könnte nur gelten, wenn man diese Zahlungen durch eine Vorauszahlungsbürgschaft absichert. Fraglich ist, ob auch der Bauträgervertrag bisheriger Prägung als Referenzmodell herangezogen werden kann.<sup>15</sup> Dabei kann wohl nicht die sog. Abschlagzahlungsverordnung<sup>16</sup> den Standard vorgeben. Sie entspricht nach Art und Weise ihrer Implementierung als Verordnung nicht dem geforderten Standard.<sup>17</sup> Wohl aber ist zu berücksichtigen, dass der Bauträgervertrag ein von der Rechtsprechung entwickelter und geprägter Vertragstypus ist, der einen nationalen Standard darstellt. In seiner Entscheidung vom 21.3.2002 hat der BGH diesen Vertragstypus noch einmal ausdrücklich anerkannt und ihn, soweit es um die Bauerrichtung und Bauleitung geht, dem Generalunternehmervertrag zugeordnet.<sup>18</sup> Er ist Typenkombinationsvertrag.<sup>19</sup> Der BGH hat Modifikationen an den zugrundeliegenden Vertragstypen vorgenommen, als er z. B. § 649 BGB als eine wesentliche Vorschrift des Werkvertragsrechts im Bauträgervertrag für nicht anwendbar erklärt hat.<sup>20</sup> Der BGH hätte in der Vergangenheit mehrfach Gelegenheit gehabt, den sog. Ratenzahlungsplan für unwirksam zu erklären. Der Ratenzahlungsplan ist zwar keine aus der notwendigen Anpassung von Kauf- und Werkvertragsrecht unter dem Gesichtspunkt der Einheitlichkeit des Vertragstyps zwingende Regelung, er ist jedoch über mehr als 30 Jahre reale Vertragspraxis. Sie führte nach altem wie nach neuem Recht zu einer Einschränkung der Gestaltungsrechte des Erwerbers, die bisher als hinnehmbar angesehen worden ist. Allerdings könnte dieser Begründung die Entscheidung des 7. Senats zum Wandelungsausschluss<sup>21</sup> entgegenstehen. Doch geht es in der vorliegenden Konstellation nicht darum, dass das Gestaltungsrecht ausgeschlossen ist. Seine Ausübung ist nur mit Risiken behaftet. Deshalb wird man diese Entscheidung für die hier diskutierte Frage nur begrenzt heranziehen können. Jedenfalls kann für ein Festhalten an dem Ratenzahlungsplan berücksichtigt werden, dass die mit der Gestaltung verbundenen Nachteile durch einen entsprechenden Vorteil für den Verbraucher kompensiert werden. Dies ist der Preisvorteil für den Erwerber. Durch die Ratenzahlungen weist der Bauträgervertrag regelmäßig einen günstigeren Preis aus als bei einer Zahlung des Erwerbers erst bei Übergabe und erfüllungstauglicher Herstellung.

Rechtsanwalt und Notar *Manfred Blank*, Lüneburg

<sup>10</sup> MünchKomm/Ernst, BGB, 4. Aufl., § 325 Rdnr. 6.

<sup>11</sup> Palandt/Sprau, BGB, 63. Aufl., § 634 Rdnr. 5; Erman/Schwenger, BGB, 11. Aufl., § 636 Rdnr. 18.

<sup>12</sup> ZNotP 2004, 213.

<sup>13</sup> Richtlinie 93/13/EWG des Rates über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen v. 5.4.1993, ABI EG 1993 Nr. L 95/29.

<sup>14</sup> BGH, Urt. v. 2.5.2002, VII ZR 478/01, MittBayNot 2002, 286.

<sup>15</sup> S. auch *Basty*, Anm. zu EuGH, Urt. v. 1.4.2004, DNotZ 2004, 775.

<sup>16</sup> Verordnung über Abschlagzahlungen bei Bauträgerverträgen v. 21.5.2001, BGBI I, 98.

<sup>17</sup> *Thode* in Thode/Uechtritz/Wochner, Immobilienrecht 2000 (RWS Forum 19), Bauträgervertrag, 267, 298 ff.; *Blank*, ZfIR 2001, 91 ff.; a. A. *Basty*, Anm. zu EuGH, Urt. v. 1.4.2004, DNotZ 2004, 775.

<sup>18</sup> VII ZR 493/00, ZfIR 2002, 631.

<sup>19</sup> BGH, Urt. v. 21.11.1988, VII ZR 366/83, BGHZ 96, 275.

<sup>20</sup> A. a. O.

<sup>21</sup> Urt. v. 8.11.2001, VII ZR 373/99, ZfIR 2002, 127.

## Beurkundungs- und Notarrecht

19. BeurkG § 17 Abs. 1; HGB §§ 15, 25 (*Belehrungspflicht bei Entwurf einer Handelsregisteranmeldung*)

**Zur Belehrungspflicht des mit dem Entwurf einer Handelsregisteranmeldung beauftragten Notars. (Leitsatz der Schriftleitung)**

BGH, Beschluss vom 30.9.2004, III ZR 308/03

*Aus den Gründen:*

1. (...)

a) Im Hinblick auf den hier maßgebenden § 25 Abs. 1 und 2 HGB, aber etwa auch auf § 15 Abs. 2 HGB, knüpfen sich an den Inhalt der Anmeldung erhebliche materiellrechtliche Wirkungen. Deshalb dürfte derjenige, der einen Notar mit dem Entwurf einer Anmeldung zum Handelsregister beauftragt, regelmäßig ebenso belehrungs- und schutzbedürftig sein wie ein Mandant, der den Notar um den Entwurf einer Urkunde mit rechtsgeschäftlichem Inhalt ersucht.

b) Dessen ungeachtet hat der Beklagte jedenfalls deshalb seine Belehrungspflichten verletzt, weil sich die Klägerin nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts an den Beklagten gerade auch wegen der Sicherung des Namens „PC 69“ gewandt hatte. Er führte in diesem Zusammenhang mit den Gesellschaftern der Vorgänger-KG verschiedene Gespräche, in deren Ergebnis die Klägerin die Bezeichnung „PC 69“ in ihrer Firma verwenden durfte. Der dem Beklagten erteilte Auftrag war damit nicht auf die bloße registerrechtliche Abwicklung der Geschäfts- und Firmenübernahme beschränkt. Vielmehr hatte es der Beklagte übernommen, die Klägerin im Zusammenhang mit der Firmenübernahme zu beraten und sogar materiellrechtliche Erklärungen zur Weiterführung der Firma einzuholen. Zu der vom Beklagten geschuldeten umfassenden Beratung über die Sicherung des Namens „PC 69“ hätte auch die Belehrung über die aus § 25 Abs. 1 HGB folgenden haftungsrechtlichen Risiken einer Firmenübernahme gehört, da sich diese Gefahr geradezu aufdrängte. Ebenso hätte der Beklagte die Möglichkeiten zur Vermeidung der Haftung aufzeigen müssen.

2. Die weitere von der Nichtzulassungsbeschwerde aufgeworfene Rechtsfrage, ob die Haftungsfreistellung nach § 25 Abs. 2 HGB eine Vereinbarung zwischen altem und neuem Inhaber voraussetze oder ob dann, wenn rechtsgeschäftliche und tatsächliche Beziehungen fehlten, eine einseitige Erklärung des neuen Inhabers genüge, ist für den vorliegenden Fall nicht entscheidungserheblich.

Zu einer umfassenden ordnungsgemäßen Beratung, die der Beklagte der Klägerin schuldet, gehört auch, von mehreren Möglichkeiten, einen bestimmten Erfolg zu erreichen, die sicherste aufzuzeigen und zu empfehlen (*Zugehör* in *Zugehör/Ganter/Hertel*, Handbuch der Notarhaftung, 2004, Rdnr. 474; *Ganter*, a. a. O., Rdnr. 2182 m. w. N.; vgl. auch BGH, Urteil vom 13.6.2002, IX ZR 196/01, WM 2003, 88, 89). Gerade weil höchstrichterliche Rechtsprechung zur Möglichkeit des Ausschlusses von § 25 Abs. 1 HGB durch einseitige Erklärung fehlte und die Gesellschafter der früheren Betreiber-KG sich weigerten, einer Haftungsfreistellung zuzustimmen, war es unsicher, ob der Ausschluss der Haftungsübernahme auf dem Weg des § 25 Abs. 2 HGB zu erreichen gewesen wäre. Der Beklagte hätte der Klägerin deshalb als sichersten Weg raten müssen, von der Übernahme der Firma abzusehen. Dass er dies versäumt hat, ist ihm anzulasten.

20. BNotO §§ 14 Abs. 2, 15 Abs. 2, 23; BeurkG § 54 d (*Verweigerung der Auskehrung eines Geldbetrags vom Notar-anderkonto*)

**1. Gegen die Weigerung des Notars, in bestimmter Weise über Geld auf einem von ihm geführten Anderkonto zu verfügen, ist die Beschwerde nach § 15 Abs. 2 Satz 1 BNotO eröffnet.**

**2. Zur Frage der Pflichtwidrigkeit bei Weigerung des Notars, den auf einem Anderkonto hinterlegten Geldbetrag an den Hinterlegungsbeitragsberechtigten auszukehren, der den Herausgabeanspruch des anderen Hinterlegungsbeitragsberechtigten gepfändet und an sich zur Einziehung hat überweisen lassen.**

Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 30.7.2004, 3 W 152/04; mitgeteilt vom 3. Zivilsenat

Mit notarieller Urkunde kaufte der Beteiligte zu 5) von den Beteiligten zu 1) bis 4) verschiedene Grundstücke und unterwarf sich wegen der Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung der sofortigen Zwangsvollstreckung. Einen Kaufpreisteil von 100.000 € zahlte der Beteiligte zu 5) – wie vertraglich vereinbart – auf ein Anderkonto des beurkundenden Notars ein. Die Vertragsparteien wiesen den Notar an, das Anderkonto nach Umschreibung des Eigentums unter den in der Vertragsurkunde bestimmten Voraussetzungen auszukehren. Zur weiteren Abwicklung des Kaufvertrages kam es in der Folge nicht, weil der Beteiligte zu 5) den Restkaufpreis nach Eintritt der Fälligkeit nicht zahlte. Aufgrund einer ihnen erteilten vollstreckbaren Ausfertigung der Notarurkunde erwirkten die Beteiligten zu 1) bis 4) daraufhin einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss, mit dem sie in Höhe von 66.140,88 € den Anspruch des Beteiligten zu 5) gegen den Urkundsnotar auf Herausgabe des auf dem Anderkonto hinterlegten Geldbetrags pfändeten und an sich zur Einziehung überweisen ließen. Gegenüber dem Beteiligten zu 5) erklärten die Beteiligten zu 1) bis 4) danach den Rücktritt vom Kaufvertrag.

Weil sich der Notar wegen des Vertragsrücktritts geweigert hat, den hinterlegten Betrag an sie auszuzahlen, haben die Beteiligten zu 1) bis 4) Beschwerde nach § 15 BNotO eingelegt mit dem Ziel, den Notar anzuweisen, den Betrag von 66.140,88 € aus dem Anderkonto an sie auszuzahlen.

Das Rechtsmittel ist beim Landgericht ohne Erfolg geblieben. Die Zivilkammer hat den Notar als nach § 14 Abs. 2 BNotO berechtigt angesehen, die Auszahlung zu verweigern, weil die Zwangsvollstreckung der Beteiligten zu 1) bis 4) aus der Vollstreckungsunterwerfungserklärung des Beteiligten zu 5) unredlich sei; denn etwaige Schadensersatzansprüche der Verkäufer gegen den Käufer seien in der Urkunde nicht tituliert. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1) bis 4), mit der sie ihr Rechtsschutzbegehren weiter verfolgen.

*Aus den Gründen:*

### II.

(...) In der Sache bleibt die weitere Beschwerde ohne Erfolg. Die angefochtene Entscheidung des Landgerichts hält der im Verfahren der Rechtsbeschwerde allein möglichen rechtlichen Nachprüfung stand (§ 15 Abs. 2 Satz 2 BNotO, § 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO).

Die Zivilkammer ist zunächst zutreffend davon ausgegangen, dass die Beschwerdemöglichkeit nach § 15 Abs. 2 Satz 1 BNotO auch gegen die Weigerung eines Notars eröffnet ist, in bestimmter Weise über Geld zu verfügen, das auf einem von ihm geführten Anderkonto hinterlegt ist (vgl. BGH, NJW 1998, 2134, 2135; DNotZ 1991, 682; BayObLG, NJW-RR 2000, 945; FGPrax 1997, 240 = BayObLGR 1998, 8 = MittBayNot 1998, 120; *Renner* in Huhn/von Schuckmann, BeurkG, § 54 d Rdnr. 19; *Winkler*, BeurkG, 15. Aufl., § 54 d Rdnr. 18; *Schippel*, BNotO, 7. Aufl., § 23 Rdnr. 44; *Arndt/Lerch/Sandkühler*, BNotO, 5. Aufl., § 23 Rdnr. 154).

Im Weiteren kann dahinstehen, ob im Verfahren der (Erst-)Beschwerde nach § 15 BNotO die Sachbehandlung des Notars lediglich darauf zu prüfen ist, ob sie auf vertretbaren Erwägungen beruht und nicht etwa willkürlich ist, oder ob dem Beschwerdegericht die Pflicht zur umfassenden Überprüfung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht obliegt (zum Meinungsstand vgl. einerseits *Schippel*, § 15 Rdnr. 85 mit Hinweis auf BGH, und andererseits *Eylmann/Vaasen/Frenz*, BNotO, § 15 Rdnr. 44 ff.; *Arndt/Lerch/Sandkühler*, § 15 Rdnr. 104 ff.).

Denn auch auf der Grundlage der zuletzt genannten Auffassung ist gegen die Entscheidung der Zivilkammer aus Rechtsgründen nichts zu erinnern.

Der Senat stimmt mit dem Landgericht darin überein, dass der Notar die von den Beteiligten zu 1) bis 4) verlangte Auszahlung des von ihm treuhänderisch gehaltenen Geldbetrages als Vornahme einer hoheitlichen Amtstätigkeit verweigern durfte.

Nach § 23 BNotO ist der Notar zuständig, u. a. Geld „zur Aufbewahrung oder zur Ablieferung an Dritte zu übernehmen“. In diesen Fällen, in denen er als Vertrauensperson eingeschaltet wird, stellt seine Tätigkeit eine „sonstige Betreuung der Beteiligten auf dem Gebiete vorsorgender Rechtspflege“ im Sinne des § 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO dar, bei der er gegenüber mehreren Beteiligten mit unterschiedlichen Interessen Amtspflichten übernimmt. Durch die Übernahme der Einrichtung eines Anderkontos zum Zwecke der Hinterlegung eines Geldbetrages wird der Notar verpflichtet, die Hinterlegungsanweisungen eigenverantwortlich und sorgfältig zu erledigen. Auch in diesen Fällen wird der Notar hoheitlich tätig; zwischen ihm und den Parteien des (hier: Kauf-)Vertrages besteht ausschließlich eine öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehung (BGH, NJW 1998, 2134). Mit der Einbezahlung des Kaufpreisteils von 100.000 € durch den Beteiligten zu 5) auf das Anderkonto des beurkundenden Notars traf diesen somit auch hier die Verpflichtung, entsprechend den Hinterlegungsanweisungen im Kaufvertrag zu verfahren.

Nach der Anweisung in § 3 des notariellen Kaufvertrages vom 19.9.2002 durfte der Notar den hinterlegten Kaufpreisteil erst nach Eigentumsumschreibung an die Verkäufer auskehren. Nach § 5 des Vertrages hat er ihn im Falle des Rücktritts der Verkäufer vom Vertrag wegen Nichtzahlung des Kaufpreises – abzüglich anfallender Gerichts- und Notarkosten sowie einer näher bezeichneten Vermittlungsprovision – an den Käufer zurückzuerstatten.

Das Auszahlungsbegehren der Beteiligten zu 1) bis 4) steht damit in Widerspruch zu den dem Notar erteilten Hinterlegungsanweisungen.

Unabhängig davon haben die Vorinstanzen aber auch mit Recht angenommen, dass der Notar die ihm angesonnene Amtstätigkeit auch deshalb nach § 14 Abs. 2 BNotO, § 54 d BeurkG verweigern durfte, weil davon auszugehen ist, dass die Beteiligten zu 1) bis 4) mit dem beabsichtigten Zugriff auf den Hinterlegungsbetrag unredliche Zwecke verfolgen.

Den auf dem notariellen Anderkonto gehaltenen Betrag hat der Beteiligte zu 5) als Teilzahlung auf den Kaufpreis geleistet. Ein Anspruch auf Kaufpreiszahlung steht den Beteiligten zu 1) bis 4) aufgrund des von ihnen erklärten Rücktritts vom Vertrag indes nicht mehr zu. Mit dem in der notariellen Urkunde geschaffenen Vollstreckungstitel (nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) ist ausschließlich der – in Wegfall geratene – Anspruch auf die Kaufpreiszahlung titulierte, nicht aber etwaige Schadensersatzansprüche, deren sich die Beteiligten zu 1) bis 4) möglicherweise gegenüber dem Beteiligten zu 5) berühen. Wegen derartiger Ansprüche darf deshalb aus der Vollstreckungsunterwerfungserklärung des Beteiligten zu 5)

nicht die Zwangsvollstreckung betrieben werden. Denn es ist nicht zulässig, einen Vollstreckungstitel, der einen bestimmten Anspruch aus einem bestimmten Rechtsgrund zubilligt, einfach zu einer Zwangsvollstreckung wegen eines anderen Anspruchs zu benutzen (Verbot des sog. Titelmantels; vgl. auch MünchKommZPO/Wolfsteiner, 2. Aufl., § 794 Rdnr. 186, 209, und OLG Koblenz, NJW-RR 1990, 883, 884 m. w. N.).

Die Weigerung des Notars, das auf dem Anderkonto bestehende Guthaben an die Beteiligten zu 1) bis 4) auszukehren, ist somit nicht als amtspflichtwidrig zu beurteilen. Allein hierüber – und nicht über die Erfolgsaussichten einer etwaigen „Drittschuldnerklage“ gegen den Notar – ist im Verfahren nach § 15 Abs. 2 BNotO zu befinden.

## Kostenrecht

21. KostO §§ 19 Abs. 2, 21 Abs. 1 (*Bewertung eines beim Kauf bestehenden Erbbaurechts*)

- Die Regelung des § 21 Abs. 1 KostO, wonach bei Bestellung eines Erbbaurechts der Wert achtzig vom Hundert des Werts des belasteten Grundstücks beträgt, ist auf den Fall der Aufhebung und Löschung eines Erbbaurechts nicht anwendbar.**
- Kauft der Erbbauberechtigte, der in Ausübung des Erbbaurechts ein Gebäude auf dem Grundstück errichtet hat, später das Grundstück ganz oder teilweise dazu und wird von ihm in dem notariellen Kaufvertrag zugleich die Löschung des Erbbaurechts bewilligt, so bemisst sich gem. § 19 Abs. 2 KostO der Geschäftswert für die Löschung des Erbbaurechts grundsätzlich allein nach dem Wert des errichteten Bauwerks. Der anteilige Wert des Grundstücks ist dagegen nicht zusätzlich zugrunde zu legen, sondern wird ausschließlich für den Geschäftswert des Kaufvertrages über den Grundbesitz berücksichtigt.**

OLG Celle, Beschluss vom 5.5.2004, 8 W 119/04

Mit notariellem Vertrag des Beschwerdegegners veräußerte die F eine Teilfläche von 510 m<sup>2</sup> des 1 195 m<sup>2</sup> großen Grundbesitzes an die Beschwerdeführer zum Preis von 86.485,80 € (= 169,58 €/m<sup>2</sup>). Die verkaufte Teilfläche ist bebaut mit einem Einfamilienhaus; die Restfläche ist unbebaut. Das gesamte Grundstück war belastet mit einem Erbbaurecht zugunsten des am 16.10.2001 verstorbenen T, das aufgrund Erbauseinandersetzungsvertrags vom 12.1.2002 auf die Beschwerdeführerin zu 2) übertragen worden war. In Ziff. 3 des notariellen Kaufvertrages bewilligte die Beschwerdeführerin zu 2) die Löschung des Erbbaurechts.

Der Notar erstellte am 15. Mai 2002 eine Kostenrechnung, die u. a. folgende Positionen enthält:

- „Geschäftswert
- Kaufvertrag 86.146,64 €
  - Aufhebung des Erbbaurechts  
1.195 m<sup>2</sup> × 169,58 € = 202.648,10 €,  
davon 80 % = 162.118,48 €,  
zuzüglich Gebäudewert = 34.256,56 €,  
zusammen = 196.375,04 €  
gemäß § 19 Abs. 2 KostO“

Der Präsident des Landgerichts beanstandete die Berechnung des Geschäftswertes für die Löschung des Erbbaurechts und vertrat die Ansicht, maßgebend für das Erbbaurecht sei allein der Verkehrswert des errichteten Gebäudes ohne die Berücksichtigung von Grund und Boden. Er wies den Notar an, Kostenbeschwerde beim Landgericht einzulegen.

Dieses hat die Kostenrechnung des Notars dahin geändert, dass der Gegenstandswert für die Beurkundung des Löschantrags nur 34.256,56 € beträgt.

#### Aus den Gründen:

2. (...) Die weitere Beschwerde ist jedoch unbegründet, weil die angefochtene Entscheidung auf keiner Gesetzesverletzung beruht (§ 156 Abs. 2 Satz 4 KostO).

Zutreffend ist der Notar zunächst davon ausgegangen, dass der Grundstückskaufvertrag sowie die Löschung des Erbbaurechts gegenstandsverschiedene Erklärungen im Sinne des § 44 Abs. 2 KostO sind (*Assenmacher/Mathias*, KostO, 15. Aufl., „Erbbaurecht“ Anm. 7; *Mümmeler*, JurBüro 1993, 15; a. A. *Korintenberg*, KostO, 15. Aufl., § 44 Rdnr. 57). Mit dem reinen Hinzukauf von Grund und Boden durch den Erbbauberechtigten ohne gleichzeitige Löschung des Erbbaurechts geht nämlich trotz Personenidentität das Erbbaurecht nicht unter, sondern besteht als Eigentümererbbaurecht weiter, über das später selbständig verfügt werden kann.

Die Kostenordnung enthält keine spezielle Regelung für die Berechnung des Geschäftswertes der Löschungsbewilligung für die Aufhebung eines Erbbaurechts.

§ 21 Abs. 1 Satz 1 KostO bestimmt lediglich, dass bei der Bestellung eines Erbbaurechts der Wert achtzig vom Hundert des Werts des belasteten Grundstücks beträgt. Eine für Rechnung des Erbbauberechtigten erfolgte Bebauung des Grundstücks bleibt bei der Ermittlung des Grundstückswerts außer Betracht (§ 21 Abs. 1 Satz 1 KostO). Angesichts des insoweit eindeutigen Wortlauts dieser Regelung sowie einem Umkehrschluss zu § 21 Abs. 2 und 3 KostO, die Bestimmungen für die Begründung sowie die Aufhebung von Wohnungseigentum und von Wohnungserbbaurechten enthalten, besteht Einigkeit darüber, dass § 21 Abs. 1 Satz 1 KostO für die Aufhebung eines Erbbaurechts nicht eingreift (OLG Frankfurt, DNotZ 1978, 117; *Korintenberg*, § 21 Rdnr. 36; *Assenmacher/Mathias*, „Erbbaurecht“ Anm. 8; *Rohs/Wedewer*, KostO, § 21 Rdnr. 10; *Mümmeler*, JurBüro 1984, 32).

Für die Beurkundung der Aufhebung des Erbbaurechts ist vielmehr auf die allgemeine Regelung des § 19 Abs. 2 KostO zurückzugreifen, die über § 77 Abs. 1 KostO auch für das Erbbaurecht als grundstücksgleiches Recht gilt (je a. a. O.; ferner LG Bonn, Rpfleger 2003, 48). Hiernach ist bei der Bewertung von Grundbesitz der letzte Einheitswert maßgebend, der zur Zeit der Fälligkeit der Gebühr bereits festgestellt ist, sofern sich nicht aus dem Inhalt des Geschäfts, den Angaben der Beteiligten, Grundstücksbelastungen, amtlich bekannten oder aus den Grundakten ersichtlichen Tatsachen oder Vergleichswerten oder aus sonstigen Anhaltspunkten ein höherer Wert ergibt.

Im Ergebnis rechtsfehlerfrei hat das Landgericht angenommen, dass jedenfalls in dem Fall, in dem – wie hier – der Erbbauberechtigte das mit einem Erbbaurecht belastete Grundstück ganz oder teilweise dazukaufte, für den Wert des Erbbaurechts allein der Wert eines errichteten Bauwerks, nicht dagegen zusätzlich der anteilige Wert des Grundstücks zugrunde zu legen ist (OLG Frankfurt, a. a. O.; *Waldner*, Kostenordnung für Anfänger, Rdnr. 162; *Rohs/Wedewer*, § 77 Rdnr. 5; *Mümmeler*, JurBüro 1984, 32; anders aber *ders.*, JurBüro 1984, 32, sowie *Assenmacher/Mathias*, „Erbbaurecht“ Anm. 8, die auf den Wert des Bauwerkes zuzüglich 80 % des Grundstückswertes abstellen). Lediglich in dem Fall, in dem ein Bauwerk auf dem Grundstück noch nicht errichtet ist, ist es möglich, den Grundstückswert selbst heranzuziehen (vgl. LG Bonn, *Rohs/Wedewer*, a. a. O.).

Der gesetzliche Inhalt des Erbbaurechts besteht darin, ein Grundstück in der Weise zu belasten, dass demjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, das veräußerliche und vererbliche Recht zusteht, auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks ein Bauwerk zu haben (§ 1 Abs. 1 ErbbaurechtsVO). Dieses Recht konkretisiert sich im Falle der Bebauung des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks im Verkehrswert des von dem Berechtigten errichteten Bauwerks. Ein Grund dafür, zusätzlich noch – wie bei der Bestellung des Erbbaurechts – 80 % des Wertes des belasteten Grundstücks hinzuzurechnen, besteht demgegenüber nicht. Anderenfalls bestünde die Gefahr, dass in den Fällen des Zukaufs des Grund und Bodens durch den Erbbauberechtigten, der das Erbbaurecht durch die Errichtung des Bauwerks ausgenutzt hat, der Grundstücksanteil faktisch doppelt in Ansatz gebracht wird, nämlich zum einen bei der Bewertung des Geschäftswertes für den Grundstückskauf und zum anderen bei der damit verbundenen Bewertung der Aufhebung des Erbbaurechts.

Auch für den Fall des Vorkaufsrechts an einem Erbbaurecht, bei dem gem. § 20 Abs. 2 KostO in der Regel der halbe Wert der Sache anzunehmen ist, geht der Senat davon aus, dass als „Wert der Sache“ die voraussichtlichen Baukosten für das zu errichtende Gebäude maßgeblich sind, nicht dagegen noch zusätzliche Anteile des reinen Grundstückswertes (Beschlüsse des Senats vom 11.10.2001, 8 W 375/01, ZNotP 2002, 323; vom 20.3.1961, 8 Wx 28/60, DNotZ 1962, 45, 47, und vom 4.10.1959, 8 Wx 5/59, DNotZ 1960, 51, 52; *Waldner*, Rdnr. 154; weitergehend BayObLG, DNotZ 1984, 113, 115 f.; *Assenmacher/Mathias*, „Erbbaurecht“ Ziff. 1.2.7; *Rohs/Wedewer*, § 21 Rdnr. 5, S. 6, die zusätzlich noch auf den Grundstückswert abstellen).

Eine Ausnahme von diesem Abstellen auf den Wert des errichteten Bauwerkes bei der Bemessung des Wertes des zu löschenden Erbbaurechts wird allenfalls dann in Betracht kommen können, wenn ein eklatantes Missverhältnis zwischen dem Wert des errichteten Bauwerkes sowie dem wirtschaftlich ausnutzbaren Wert des Erbbaurechts besteht. Wird also etwa ein wertvolles Grundstück, das eine umfassende bauliche Nutzung erlaubt, baulich nur geringwertig ausgenutzt, z. B. durch eine Garage o. ä., so ist es gerechtfertigt, in derartigen Fällen zusätzlich auf den anteiligen Wert von Grund und Boden bei der Löschung abzustellen, weil hier der Wert des Erbbaurechts durch die anzusetzenden Baukosten nicht erschöpft ist. Ein derartiges krasse Missverhältnis liegt hier indessen nicht vor, auch wenn der Gebäudewert hinter dem des Grund und Bodens deutlich zurückbleibt. Der Gebäudewert des auf der verkauften Teilfläche befindlichen Einfamilienhauses beträgt 34.256,56 €, der Wert des Grund und Bodens der mit dem Erbbaurecht belasteten Fläche liegt bei insgesamt 202.648,10 € (= 1.195 m<sup>2</sup> × 169,58 €). 80 % dieses Grundstückswertes betragen 162.118,48 €.

Hierbei muss indessen berücksichtigt werden, dass es vorliegend gerade nicht nur um die Aufhebung und Löschung des Erbbaurechts geht, sondern wirtschaftlich darum, das bestehende Grundstück zu teilen und dem Erbbauberechtigten, der in Ausübung des Erbbaurechts eine Baulichkeit innehält, den Zukauf der Teilfläche des Grund und Bodens zu ermöglichen, auf dem sich das errichtete Gebäude befindet. Ferner soll der Grundstückseigentümer die andere Grundstückshälfte, die ebenfalls mit dem Erbbaurecht belastet ist, auf dem sich aber keine Baulichkeiten befinden, unter Aufhebung des Erbbaurechts unbelastet zurückerhalten, um es sodann selbst, z. B. durch Weiterverkauf, wirtschaftlich nutzen zu können.

Soweit bei der Veräußerung eines bestehenden Erbbaurechts, sofern kein Kauf mit dem gem. § 20 Abs. 1 KostO sodann

maßgeblichen Kaufpreis vorliegt, für die Wertermittlung neben dem Gebäudewert noch ein bestimmter Anteil des Grundstücks – maximal 80 % gem. § 21 Abs. 1 Satz 1 KostO – bei der Wertermittlung im Rahmen des § 19 Abs. 2 KostO herangezogen wird (vgl. BayObLG, DNotZ 1977, 688, 689 f.; OLG Düsseldorf, DNotZ 1975, 434; OLG Köln, DNotZ 1972, 507; *Korintenberg*, a. a. O., Rdnr. 6), kann offen bleiben, ob dem in dieser Allgemeinheit gefolgt werden kann. Jedenfalls für den vorliegenden Fall einer Teilung des Grundstücks, eines Verkaufs einer Teilfläche an den Erbbauberechtigten sowie einer Aufhebung des Erbbaurechts am gesamten Grundstück erscheint es sachgerecht, den Geschäftswert lediglich aus der Summe des Kaufpreises für die verkaufte Teilfläche sowie dem in Ausübung des Erbbaurechts errechneten Gebäudewert zu bemessen. Für eine zusätzliche Heranziehung des Rechtsgedankens des § 21 Abs. 1 KostO, der lediglich den Fall der erstmaligen Bestellung des Erbbaurechts betrifft und bei dem der Wert der Baulichkeit außer Betracht zu lassen ist, ist hier kein Raum. Anderenfalls würde dies zu einem verhältnismäßig zu hohen Geschäftswert des Erbbaurechts führen (was vom BayObLG, DNotZ 1977, 691, auch ausdrücklich eingeräumt wird).

Es besteht schließlich auch kein sachlich gerechtfertigter Grund dafür, bei der Bestellung eines Erbbaurechts trotz bereits erfolgter oder beabsichtigter Bebauung durch den Erbbauberechtigten für die Bestimmung des Geschäftswerts gem. § 21 Abs. 1 KostO lediglich 80 % des Wertes des belasteten Grundstücks zu berücksichtigen, bei einer u. U. zeitlich nur kurze Zeit später folgenden Rückgängigmachung dieser Vereinbarung durch Aufhebung und Löschung des Erbbaurechts dagegen sowohl den Gebäudewert als auch 80 % des Grundstückswertes heranzuziehen.

### Anmerkung:

Der vorstehenden Entscheidung kann nicht zugestimmt werden.

Die Urkunde enthält zwei gegenstandsverschiedene Erklärungen, nämlich zum einen den Kaufvertrag über eine Teilfläche von 510 m<sup>2</sup> aus dem 1 195 m<sup>2</sup> großen Erbbaugrundstück; der Geschäftswert dieser Vereinbarung ist unbestritten gem. § 20 Abs. 1 Satz 1 KostO mit dem Kaufpreis zu bestimmen. Zum anderen wird das am ganzen Grundstück bestehende Erbbaurecht aufgehoben. Nach der Auffassung des OLG Celle ist als Geschäftswert für die Aufhebung des Erbbaurechts nur der Gebäudewert und nicht der anteilige Grundstückswert zugrunde zu legen.

1. Das Erbbaurecht und das erbbaurechtsbelastete Grundstück sind selbständige Gegenstände der Wertermittlung. Bei der Ermittlung ihrer Verkehrswerte sind die Grundsätze des § 19 Abs. 2 KostO zu beachten. Für die Bemessung des Verkehrswerts eines Erbbaurechts ist der Wert der Gebäude und Außenanlagen sowie der Bodenwertanteil des Erbbaurechts heranzuziehen.<sup>1</sup> Das gilt auch für ein Eigentümer-Erbbaurecht.<sup>2</sup> Da die Wertermittlung nach § 19 Abs. 2 KostO auch bei der Aufhebung eines Erbbaurechts maßgeblich ist,<sup>3</sup> sind auch hier die vorstehenden Bewertungsgrundsätze zu beachten, unabhängig davon, ob ein Eigentumswechsel am Erbbaurecht

grundstück stattgefunden hat. Der Bodenwertanteil ist also bei der Bewertung des Erbbaurechts in jedem Fall zu berücksichtigen.

2. Eine andere Sache ist der Wertansatz für den Bodenwertanteil des Erbbaurechts. Hier ist zu prüfen und zu beachten:

a) Bewertungsgrundlage ist zunächst der Bodenwert des Grundstücks ohne Berücksichtigung der Belastung mit dem Erbbaurecht. Hier ist grundsätzlich der Wert des gesamten belasteten Grundstücks zugrunde zu legen,<sup>4</sup> es sei denn, dass die Ausübung des Erbbaurechts auf eine reale Grundstücksteilfläche beschränkt ist.<sup>5</sup> In letzterem Fall ist Grundlage für die Ermittlung des Bodenwertanteils der Grundstücksteil, der dem Ausübungsbereich des Erbbaurechts unterliegt. Dies wäre im entschiedenen Fall wohl zu klären gewesen.

b) Für die Feststellung des Bodenwertanteils können die Wertermittlungsrichtlinien herangezogen werden.<sup>6</sup> Dabei sind auch zu berücksichtigen die sich aus der Höhe des Erbbauzinses ergebenden Vor- und Nachteile<sup>7</sup> sowie die sich aus dem Erbbaurechtsvertrag ergebenden sonstigen Einwirkungen, insbesondere Bindungen des Erbbauberechtigten bei einer Veräußerung oder Beleihung des Erbbaurechts sowie bei einer wesentlichen Veränderung der Gebäude und Außenanlagen. Allerdings kann der Bodenwertanteil nicht höher bemessen werden als bei der Bestellung des Erbbaurechts (§ 21 Abs. 1 Satz 1 KostO) in dem für die Geschäftswertermittlung maßgeblichen Zeitpunkt, d. h. also mit höchstens 80 % des Grundstückswerts.<sup>8</sup> In aller Regel dürfte der nach WertR ermittelte Bodenwertanteil, insbesondere bei Erbbaurechten mit nur noch geringer Laufzeit und/oder mit verhältnismäßig hohem Erbbauzins, unter dem genannten Höchstwert liegen.

3. Zusammenfassend ist festzustellen, dass im entschiedenen Fall der Bodenwertanteil möglicherweise zu hoch bemessen wurde. Die Auffassung des Gerichts, dass bei der Bewertung des Erbbaurechts im Falle der Aufhebung der Bodenwertanteil überhaupt nicht zu berücksichtigen ist, kann jedoch nicht geteilt werden.

Prüfungsabteilung der Notarkasse

<sup>4</sup> BayObLG, MittBayNot 1976, 230; DNotZ 1977, 688.

<sup>5</sup> BayObLG, MittBayNot 1994, 170; MittRhNotK 1994, 155.

<sup>6</sup> BayObLG (Fn. 4).

<sup>7</sup> Berechnungsschema nach WertR 2002 siehe Streifzug, Rdnr. 422 mit Anhang V.

<sup>8</sup> BayObLG (Fn. 4); *Korintenberg* (Fn. 2).

22. KostO §§ 5, 8 Abs. 2, 16 Abs. 1, 156; BNotO § 19 (*Keine Amtspflichtverletzung bei unterbliebener Anforderung eines Kostenvorschusses*)

**Der Kostenschuldner kann seiner gesamtschuldnerischen Inanspruchnahme auf die Kosten einer Beurkundung nicht mit Erfolg entgegenhalten, der Notar habe es versäumt, von dem anderen Urkundsbeteiligten, der im Innenverhältnis die Tragung der Notarkosten übernommen hat, einen Kostenvorschuss anzufordern.**

OLG Hamm, Beschluss vom 9.6.2004, 15 W 319/03; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG

Der Beteiligte zu 1) beurkundete einen Grundstückskaufvertrag nebst Auflassung, mit dem der Beteiligte zu 2) Grundbesitz an die als

<sup>1</sup> Wertermittlungsrichtlinien i. d. Fassung vom 19.7.2002 (WertR 02), BAnz Nr. 238 a v. 20.12.2002; Streifzug durch die KostO, 6. Aufl., Rdnr. 415, 421.

<sup>2</sup> *Korintenberg*, § 21 Rdnr. 6; Streifzug, Rdnr. 389.

<sup>3</sup> *Korintenberg*, § 21 Rdnr. 36; Streifzug, Rdnr. 423.

Gesellschafter der I oHG handelnden Beteiligten zu 4) und 5) veräußerte. Gemäß § 8 des Vertrages waren die Erwerber zur Übernahme der mit der Urkunde und ihrer Durchführung verbundenen Notar- und Gerichtskosten verpflichtet. Der Beteiligte zu 1) wies die Vertragsparteien auf deren gesamtschuldnerische Haftung für alle im Zusammenhang mit dem Vertragsabschluss entstehenden Kosten und Steuern hin. Infolge finanzieller Schwierigkeiten der Erwerber wurde der Kaufvertrag nicht durchgeführt. Die Kostenrechnung des Notars beglichen die Beteiligten zu 3) und 4) in der Folgezeit nicht. Daraufhin erteilte der Beteiligte zu 1) dem Beteiligten zu 2) seine Kostenrechnung, über welche er sich später eine vollstreckbare Ausfertigung erteilte. Der Beteiligte zu 2) lehnt die Ausgleichung der Rechnung ab. Er hat behauptet, der Beteiligte zu 1) hätte bei rechtzeitiger Geltendmachung die Begleichung seiner Kostenrechnung von den Beteiligten zu 3) und 4) erreichen können.

Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen.

*Aus den Gründen:*

## II.

(...) In der Sache ist das Rechtsmittel unbegründet, weil die Entscheidung des Landgerichts nicht auf einer Verletzung des Rechts beruht, § 156 Abs. 2 Satz 3 KostO.

Die weitere Beschwerde ist auf die Beantwortung der Rechtsfrage beschränkt, ob der Beteiligte zu 1) dadurch, dass er es unterlassen hat, gemäß § 8 Abs. 2 KostO von den Beteiligten zu 3) und 4) vor Beurkundung des Vertrages einen ausreichenden Vorschuss einzufordern, eine gegenüber dem Beteiligten zu 2) bestehende Amtspflicht verletzt hat, die eine Befreiung von der hier geltend gemachten Kostenforderung rechtfertigt. Diese Frage verneint der Senat in Übereinstimmung mit dem Landgericht.

Bei der Beurkundung von Rechtsgeschäften ist jeder Teil, dessen Erklärung beurkundet ist, zur Zahlung der Kosten verpflichtet, § 2 Nr. 1 KostO. Mehrere Kostenschuldner haften als Gesamtschuldner, § 5 Abs. 1 Satz 1 KostO. Als Gläubiger einer gesamtschuldnerischen Leistung kann der Kostengläubiger die nur einmal zu erbringende Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner ganz oder teilweise fordern, § 432 BGB.

Der Beteiligte zu 2) kann sich nicht darauf berufen, dass der Beteiligte zu 1) es versäumt habe, zunächst die Beteiligten zu 3) und 4) als Kostenschuldner in Anspruch zu nehmen, obwohl diese sich durch § 8 des notariellen Vertrages zur Übernahme der durch den Abschluss und die Durchführung des Vertrages entstandenen Notarkosten verpflichtet haben. Da dem Beteiligten zu 1) die Gebühren für die von ihm vorgenommenen Beurkundungen selbst zufließen, gilt für diesen § 8 KostVfg nicht. Der Beteiligte zu 1) kann daher seine Beurkundungsgebühren nach freier Wahl von jedem Kostenschuldner einfordern (vgl. *Rohs/Wedewer/Waldner*, KostO, Stand Dezember 2000, § 5 Rdnr. 9). Die im notariellen Vertrag begründete Übernahme der Notarkosten durch die Erwerber vermag hieran nichts zu ändern. Denn insoweit handelt es sich nur um eine das Innenverhältnis der Urkundsbeteiligten betreffende Regelung (BayObLG, JurBüro 1988, 89). Aus dieser Wahlfreiheit folgt, dass dem Gläubiger von einem Gesamtschuldner nicht entgegengehalten werden kann, er sei bei der Rechtsverfolgung gegenüber dem im Innenverhältnis allein haftenden Gesamtschuldner nicht mit dem erforderlichen Nachdruck vorgegangen (OLG Düsseldorf, DNotZ 1986 763). Aus diesem Grund kommt es nicht darauf an, bis zu welchem Zeitpunkt eine Durchsetzung der Kostenrechnung gegenüber den Beteiligten zu 3) und 4) noch erfolversprechend war.

Gemäß § 8 Abs. 1 KostO hat der zur Zahlung der Kosten Verpflichtete bei Geschäften, die auf Antrag vorzunehmen sind,

einen zur Deckung der Kosten hinreichenden Vorschuss zu zahlen. Bei Geschäften dieser Art soll gemäß § 8 Abs. 2 Satz 1 KostO die Vornahme des Geschäfts davon abhängig gemacht werden, dass der Vorschuss gezahlt oder sichergestellt ist. Abgesehen von den in der Vorschrift genannten Ausnahmefällen steht es somit nicht im freien Belieben des Urkundsnotars, ob er von einer Vorschussanforderung absieht, vielmehr ist er hierzu verpflichtet (BGHZ 108, 268 = NJW 1989, 2615). Die Nichtanwendung der Vorschrift des § 8 stellt aber keine Amtspflichtverletzung gegenüber den anderen Urkundsbeteiligten dar, weil die Vorschusseinforderung nach § 8 KostO auch nicht teilweise deren Schutz zu dienen bestimmt ist. Die Vorschusseinforderung nach § 8 KostO dient dem Kostensicherungsinteresse des Notars. Die Regelung will nach ihrem Schutzzweck nicht den Kostenschuldner vor einer Inanspruchnahme durch den Notar schützen. Wäre die Vorschusseinforderung eine Amtspflicht gegenüber dem Kostenschuldner, der nach dem zu beurkundenden Vertrag im Innenverhältnis zu einem anderen Kostenschuldner die Notarkosten nicht zu tragen hat, wäre dessen nach §§ 141, 5 Abs. 1 Satz 1 KostO angeordnete Haftung praktisch bedeutungslos. Er könnte seiner Zahlungspflicht gegenüber dem Notar stets einen Schadensersatzanspruch nach § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO entgegenhalten. Das wäre aber unvereinbar damit, dass der Notar nach §§ 5 Abs. 1 Satz 1 KostO, 421 Satz 1 BGB nach seinem Belieben von jedem Kostenschuldner die Notarkosten ganz oder zum Teil fordern kann, dies grundsätzlich auch dann, wenn der andere, im Innenverhältnis allein haftende Gesamtschuldner zahlungsunfähig geworden ist und der Notar ihn noch beizahlen möglicherweise mit Erfolg in Anspruch hätte nehmen können (vgl. OLG Düsseldorf, DNotZ 1986, 763; BayObLG, Rpfleger 1992, 223; OLG Frankfurt, OLGR 1998, 282; Schl.-Holst. OLG, OLGR Schleswig 2002, 142; *Assenmacher/Mathias*, KostO, 15. Aufl., S. 1077; *Korintenberg/Lappel/Bengel/Reimann*, KostO, 15. Aufl., § 8 Rdnr. 36). Eine abweichende Beurteilung ist auch nicht im Hinblick auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs BGHZ 108, 268 geboten. Zwar ist in dieser Entscheidung ausgeführt, dass der Notar nach § 8 Abs. 2 KostO zur Vorschusseinforderung verpflichtet ist. Der Entscheidung lässt sich jedoch nicht im Ansatz entnehmen, dass die Nichterhebung eines Vorschusses die Verletzung einer gerade gegenüber einem Dritten bestehenden Amtspflicht darstellt. Die Entscheidung befasst sich ausschließlich mit der von der vorliegenden Problematik zu unterscheidenden Frage, ob ein Bedürfnis besteht, den Notar durch einen Anspruch auf Verzugszinsen vor den Folgen einer Verzögerung bei der Begleichung seiner Gebührenforderung zu schützen, was der Bundesgerichtshof im Hinblick auf die bestehende Möglichkeit der Vorschusseinforderung verneint hat.

Dem Beteiligten zu 2) steht daher weder ein sich aus § 19 Abs. 1 BNotO ergebender Schadensersatzanspruch zu, mit dem er gegenüber dem Kostenanspruch des Beteiligten zu 1) aufrechnen könnte, noch kann der Beteiligte zu 2) geltend machen, dass die Beurkundungskosten wegen unrichtiger Sachbehandlung des Beteiligten zu 1) gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 KostO nicht erhoben werden dürfen. Letztlich hat er sich seine Vertragspartner selbst ausgesucht. Er selbst hätte daher anderweitig sicherstellen müssen, dass die Übernahme der Vertragskosten durch die Erwerber gewährleistet sein würde. Dieses Risiko kann er im Nachhinein nicht auf den Beteiligten zu 1) abwälzen.

23. KostO § 154 Abs. 2 (*Formelle Anforderungen an die Bezeichnung der Auslagenpositionen in der Kostenberechnung*)

1. **Der Senat hält an seiner Auffassung fest, dass das Zitiergebot in einer notariellen Kostenberechnung (§ 154 Abs. 2 KostO) hinsichtlich der Auslagenvorschriften nicht mit derselben Strenge wie bei den Gebührenvorschriften anzuwenden ist.**
2. **Eine Zitierweise, die nicht sämtliche Untergliederungsziffern einer angewendeten Auslagenvorschrift erfasst, ist unschädlich, wenn durch die verbale Umschreibung der angefallenen Aufwendungen oder nach den Gesamtumständen dem Informationsinteresse des Kostenschuldners in gleicher Weise Rechnung getragen wird (Abweichung von OLG Oldenburg, Nds. Rpfl. 2000, 314).**

OLG Hamm, Beschluss vom 2.9.2004, 15 W 456/03; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG

Der Beteiligte zu 1) beurkundete einen Vertrag der Beteiligten zu 2) und 3) über die Bildung einer GbR. Die Kostenberechnung wurde im Rahmen der Geschäftsprüfung beanstandet. Zur Erledigung dieser Beanstandung erstellte der Beteiligte zu 1) eine neu gefasste Kostenrechnung, die u. a. folgenden Inhalt hat:

§§ 136, 152 Abs. 1 KostO (33 Fotokopien) (33 DM)	16,87 €
§§ 137, 152 Abs. 2 KostO (Entgelt für Post- und Telekommunikationsdienstleistungen)	3,07 €

Gegen die Kostenberechnung hat der Beteiligte zu 2) Beschwerde erhoben, die er unter Hinweis auf die bereits erhobene Einrede der Verjährung begründet hat.

Durch den angefochtenen Beschluss hat das Landgericht die Kostenberechnung allein aus formellen Gründen aufgehoben, weil diese hinsichtlich der Auslagenpositionen nicht den Anforderungen des Zitiergebotes gem. § 154 Abs. 2 KostO entspreche.

*Aus den Gründen:*

## II.

(...) Der verfahrensrechtlichen Beurteilung des Landgerichts, die Kostenberechnung des Beteiligten zu 1) sei formunwirksam, kann sich der Senat indessen nicht anschließen.

Im Ausgangspunkt hat die Kammer zu Recht unabhängig von der von dem Beteiligten zu 2) erhobenen Verjährungseinrede von Amts wegen geprüft, ob die Kostenberechnung in formeller Hinsicht den Anforderungen des § 154 KostO genügt. Denn es entspricht einhelliger Ansicht, dass im Verfahren der Notariatskostenbeschwerde eine sachliche Entscheidung nur ergehen kann, wenn die Kostenberechnung im Sinne des § 154 KostO formell ordnungsgemäß erteilt ist. Entspricht die Kostenberechnung den gesetzlichen Anforderungen nicht, ist sie ohne Sachprüfung aufzuheben. Formmängel auch nur bei den Auslagenpositionen führen zur Formunwirksamkeit der Kostenberechnung insgesamt (vgl. BayObLGZ 1981, 348, 351; BayObLGR 2004, 183, 184; Senat, JurBüro 1993, 308; FGPrax 1998, 152; NJW-RR 2000, 366; OLG Düsseldorf, OLGR 2001, 146, 149; OLG Zweibrücken, DNotZ 1987, 188, 189; OLG Brandenburg, DNotZ 1997, 248, 249; OLG Oldenburg, Nds. Rpfl. 2000, 314 = OLGR 2000, 272; wohl auch KG, Rpfleger 1974, 241, 242).

Nicht zu folgen vermag der Senat hingegen der Auffassung des Landgerichts, die Kostenberechnung vom 5.11.2002 genüge inhaltlich nicht den Anforderungen des § 154 Abs. 2 KostO. Diese gesetzliche Vorschrift erfordert u. a. die Angabe der Kostenvorschriften in der Kostenberechnung. Nach einhelliger Auffassung sind nach § 154 Abs. 2 KostO die angewendeten Kostenvorschriften in der Kostenberechnung voll-

ständig und genau mitzuteilen, so dass die Regelung mehrerer Gebühren- oder Auslagentatbestände innerhalb desselben Paragraphen die zusätzliche Angabe der einschlägigen Untergliederung erforderlich macht (BayObLGZ 1990, 275 f.; Senat, a. a. O.; OLG Köln, JurBüro 1982, 1876; OLG Düsseldorf, a. a. O., S. 147; OLG Zweibrücken, a. a. O.; OLG Brandenburg, a. a. O.; OLG Oldenburg, a. a. O.; a. A. KG, a. a. O.). Das Zitiergebot des § 154 Abs. 2 KostO erstreckt sich grundsätzlich auch auf die Auslagen. Dies bringt das Gesetz in der seit 1994 geltenden Fassung durch den neu eingefügten Begriff der Kostenvorschrift zum Ausdruck (vgl. § 1 KostO), jedoch entsprach die Geltung des sogenannten Zitiergebotes auch für die Auslagenpositionen seit jeher der obergerichtlichen Rechtsprechung (vgl. etwa Senat, JurBüro 1993, 308 f.).

Der Senat hat in seiner bisherigen Rechtsprechung den Standpunkt vertreten, dass kein hinreichender sachlicher Grund besteht, das Zitiergebot hinsichtlich der Auslagenvorschriften in derselben Strenge wie bei den Gebührenvorschriften anzuwenden. Er hat es im Ergebnis als genügend angesehen, wenn sich der angewendete Auslagentatbestand aus den Gesamtumständen ergibt (Senat, JurBüro 1992, 343). Das Landgericht ist demgegenüber der gegenteiligen Auffassung gefolgt, die in der obergerichtlichen Rechtsprechung insbesondere vom OLG Oldenburg (a. a. O.) vertreten wird: Danach erfordert es das durch § 154 Abs. 2 KostO geschützte Informationsbedürfnis des Kostenschuldners, dass in der Kostenberechnung auch die jeweils relevante Untergliederungsziffer der Auslagenvorschrift genannt wird. Der Senat hält aus den folgenden Gründen an seiner Auffassung fest:

§ 154 Abs. 2 KostO enthält seinem Wortlaut nach keine Regelung, wie genau die einschlägigen Vorschriften in der Kostenrechnung des Notars aufzuführen sind (ebenso OLG Zweibrücken, a. a. O.). Die Notwendigkeit, die Vorschriften exakt nach Absatz, Satz, Untersatz und ggf. Ziffer zu zitieren, wird allgemein aus dem Gesetzeszweck gefolgert, der darin besteht, die Kostenforderung für den Rechnungsempfänger transparent zu machen und ihm die Prüfung der Berechtigung zu ermöglichen (vgl. BT-Drucks. 12/6962, 92, 102).

Vor diesem Hintergrund ist das Informationsbedürfnis des Kostenschuldners bei Gebühren im engeren Sinne tendenziell anders als bei den Auslagenpositionen einzuschätzen. Anders als die Gebühren fällt der Anspruch auf Auslagenersatz dem Notar für tatsächliche Aufwendungen an, deren Entstehung sich der unmittelbaren Kenntnisnahme durch den Kostenschuldner häufig entzieht. Nach der Einschätzung des Senats liegt der Schwerpunkt des Informationsinteresses des Kostenschuldners daher hier eher auf tatsächlichem Gebiet. Dies gilt umso mehr, als auch die gegenteilige Auffassung bei den Auslagen des Notars, dem die Gebühren selbst zufließen, den Kostenschuldner für eine effektive Prüfung der Berechtigung des Ansatzes der Auslagen auf ergänzende Informationen außerhalb der Rechnung verweisen müsste. So kann der nicht beamtete Notar nach § 152 Abs. 1 KostO Schreib- und Postauslagen auch für solche Ausfertigungen bzw. Abschriften verlangen, deren Erteilung ihm aufgrund besonderer gesetzlicher Vorschriften obliegt. Dass auch diese weiteren gesetzlichen Vorschriften über den Wortlaut des § 154 Abs. 2 KostO hinaus in der Kostenberechnung anzugeben wären, verlangt jedoch auch die gegenteilige Auffassung nicht.

Der Senat hat hieraus abgeleitet, dass eine Zitierweise, die nicht sämtliche Untergliederungsebenen der jeweiligen gesetzlichen Vorschrift erfasst, unschädlich ist, wenn durch die verbale Umschreibung der angefallenen Aufwendungen oder nach den Gesamtumständen dem Informationsinteresse des Kostenschuldners in gleicher Weise Rechnung getragen wird.

Irreführende oder völlig nichtssagende Angaben führen hingegen auch nach der Auffassung des Senats zur Formunwirksamkeit der Kostenberechnung insgesamt (vgl. JurBüro 1993, 308).

Diese Betrachtungsweise ergibt sich nach Auffassung des Senats auch aus der Notwendigkeit, die Rechtsfolgen des § 154 Abs. 2 KostO in einem angemessenen Verhältnis zu dem Informationsinteresse des Kostenschuldners zu bestimmen. Bei der gesetzlichen Vorschrift handelt es sich um eine Berufsausübungsregelung (Art. 12 GG), deren Anwendung den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen hat. Die Rechtsfolgen der Formunwirksamkeit der Kostenberechnung beschränken sich nicht lediglich darauf, dass der Notar zur Durchsetzung seines Kostenanspruchs gehalten ist, eine den Anforderungen des § 154 Abs. 2 KostO entsprechende Berechnung erneut aufzustellen. Eine wesentlich einschneidendere Folge hat die Formunwirksamkeit vielmehr im Zusammenhang mit der Verjährung des Kostenanspruchs des Notars (ebenso *Tiedtke*, ZNotP 2001, 207):

Nach den §§ 17 Abs. 1, 141, 143 KostO (n. F.) verjährt die Kostenforderung des Notars in vier Jahren ab dem Ende des Jahres, in welchem die Forderung fällig geworden ist. Maßgebend ist dabei gemäß §§ 7, 141 KostO der Abschluss der kostenpflichtigen Tätigkeit, nicht die Rechnungserteilung (vgl. OLG Frankfurt, OLGR 1995, 215, 216). Nach §§ 17 Abs. 3 Satz 2, 141, 143 KostO, 212 BGB kann der Notar den Neubeginn der Verjährung auch durch eine einfache Zahlungsaufforderung bewirken. Voraussetzung einer solchen verjährungsrelevanten Zahlungsaufforderung ist nach einheitlicher Auffassung die vorherige oder gleichzeitige Übersendung einer formwirksamen Kostenrechnung (vgl. BayObLG, BayObLGR 2004, 183 f.; KG, KGR 1998, 53; OLG Schleswig, DNotZ 1996, 474, 475; OLG Düsseldorf, OLGR 2001, 146).

Zwar hat es der Notar grundsätzlich in der Hand, für eine in jeder Hinsicht beanstandungsfreie Kostenrechnung Sorge zu tragen. Die Aufstellung von Kostenberechnungen ist ein alltäglicher Vorgang bei der Abwicklung notarieller Geschäfte, dessen Anforderungen nach den Erfahrungen des Senats aus dem Bereich des Anwaltsnotariats häufig nicht die erforderliche Beachtung geschenkt wird. Bleibt die Unvollständigkeit der Bezeichnung der angewendeten gesetzlichen Auslagenvorschriften jedoch im Ergebnis ohne Einfluss auf das berechnete Informationsinteresse des Kostenschuldners, so käme der Anwendung des § 154 Abs. 2 KostO allein aus formellen Gründen praktisch der Charakter einer Sanktion zu Lasten des Notars zu, die im Hinblick auf die Verjährung des Kostenanspruchs die dargestellte weit reichende Bedeutung hätte. Formelle Mängel der Kostenberechnung werden in den seltensten Fällen von dem Kostenschuldner selbst gerügt, sondern meist erst in einem Aufsichtsverfahren und/oder einem späteren Verfahren nach § 156 KostO von Amts wegen aufgedeckt. Eine Gesetzesanwendung, die in einer solchen Situation dem nach dem Gesamtbild der Kostenberechnung über die Auslagenerhebung hinreichend informierten Kostenschuldner gleichwohl die Erhebung der Verjährungseinrede eröffnet, erscheint dem Senat unausgewogen und wenig überzeugend. Diese Folgen werden zwar infolge der Verlängerung der Verjährungsfrist von zwei auf vier Jahre durch das SchuModG abgemildert, jedoch nicht beseitigt.

Gemessen an diesen Kriterien genügt die Kostenrechnung im vorliegenden Fall den Anforderungen des § 154 Abs. 2 KostO. Aufgrund der konkreten Bezeichnung des ersten Auslagensatzes mit „33 Fotokopien“ konnten die Beteiligten zu 2) und 3) in Kenntnis der Tatsache, dass der beurkundete Vertrag

elf Seiten umfasst, der Kostenberechnung auch ohne genauere Bezeichnung der Auslagenvorschrift oder nähere Unterscheidung zwischen § 136 Abs. 1 KostO und § 152 Abs. 1 KostO entnehmen, dass der Notar Schreibaussagen für drei Ausfertigungen bzw. Abschriften des Vertrages in Ansatz gebracht hat. Welche Abschriften ihnen auf Verlangen erteilt wurden, wissen die Beteiligten zu 2) und 3). Von daher erschließt sich ihnen auch ohne weiteres, ob Abschriften im Hinblick auf eine gesetzliche Mitteilungspflicht (§ 152 Abs. 1 KostO) berechnet werden. Sollten bei ihnen insoweit Zweifel an der Berechtigung der Auslagenersatzforderung bestehen, ist ihnen eine Nachfrage schon deshalb zumutbar, weil die rechtliche Grundlage dieser Mitteilungspflicht in keinem Fall zum notwendigen Inhalt der Kostenrechnung zählt (vgl. oben). Entsprechendes gilt für die Berechnung der ausdrücklich als Post- und Telekommunikationsdienstleistungen bezeichneten Auslagen nach §§ 137, 152 Abs. 2 KostO. Schon die Höhe von 3,07 € (= 6 DM) zeigt zweifelfrei, dass hier allein Portokosten nach § 152 Abs. 2 Nr. 1 KostO in Betracht kommen, wobei die Unterscheidung zwischen lit. a und b dieser Vorschrift sich für die Rechnungsempfänger analog der Unterscheidung zwischen § 136 Abs. 1 KostO und § 152 Abs. 1 KostO ergibt.

Die Entscheidung des Landgerichts kann danach keinen Bestand haben. (...)

Der Senat hat zwar in seinem Hinweis an die Verfahrensbeteiligten vom 8.7.2004 eine Vorlage der Sache an den Bundesgerichtshof nach den §§ 156 Abs. 4 Satz 4 KostO, 28 Abs. 2 FGG erwogen. Nach erneuter Prüfung ist der Senat jedoch zu dem Schluss gelangt, dass die Voraussetzungen einer Vorlagepflicht im Ergebnis nicht gegeben sind, so dass eine solche Vorlage zu unterbleiben hat. Eine solche ist nach den genannten Vorschriften nur zulässig, wenn sowohl die beabsichtigte Entscheidung des Senats als auch die auf weitere Beschwerde ergangene Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts auf der abweichenden Beurteilung derselben Rechtsfrage beruhen (*Keidel/Meyer-Holz*, FG, 15. Aufl., § 28 Rdnr. 13). Diese Voraussetzung lässt sich nicht feststellen.

Das OLG Köln (vgl. JurBüro 1990, 745, 747) hält die Ergänzung einer unvollständig zitierten Auslagenersatzvorschrift durch die verbale Umschreibung des Auslagentatbestandes ausdrücklich für möglich. Auch das OLG Düsseldorf (vgl. OLGR 2001, 146, 148) lässt im Rahmen des § 154 Abs. 2 KostO im Einzelfall Ausnahmen von dem Gebot einer genauen Zitierung der Untergliederungen der Auslagenersatzvorschriften zu. Die veröffentlichte Rechtsprechung des OLG Zweibrücken (DNotZ 1987, 188 f.) bezieht sich lediglich auf Gebührenvorschriften im engeren Sinne. Von diesem Rechtsstandpunkt will der Senat – wie dargelegt – nicht abweichen. Die seitens des OLG Brandenburg veröffentlichte Entscheidung (DNotZ 1997, 248 ff.) betrifft einen Fall, in dem der Ansatz der Auslagen lediglich mit „Schreibaussagen“ bzw. „Auslagen“ umschrieben war, eine Bezeichnung, die auch nach der Rechtsprechung des Senats unzureichend ist.

Eine abweichende Beurteilung der Rechtsfrage ergibt sich allerdings aus dem vom Landgericht für die Begründung seiner gegenteiligen Auffassung herangezogenen Beschluss des OLG Oldenburg vom 31.3.2000 (OLGR 2000, 272 f. = Nds. Rpfl. 2000, 314 f.). In dieser Entscheidung hat das OLG Oldenburg die Frage, ob bei Auslagenvorschriften im Einzelfall Ausnahmen von dem strengen Zitiergebot denkbar sind, zwar offen gelassen, im konkreten Fall jedoch eine Bezeichnung der Auslagenvorschriften, die mit derjenigen in der hier zu beurteilenden Kostenrechnung praktisch wortgleich ist, für formunwirksam erachtet. Die Entscheidung des OLG Olden-

burg beruht jedoch nicht maßgebend gerade auf dieser abweichenden Rechtsauffassung. Denn seine Entscheidung ist zusätzlich darauf gestützt, dass ein Verstoß gegen § 154 Abs. 2 KostO auch deshalb vorliege, weil in dem dort entschiedenen Fall eine nähere Erläuterung des Geschäftswertes geboten gewesen sei. Enthält die Divergenzentscheidung des anderen Oberlandesgerichts mehrere Begründungen, die jede für sich tragend ist, kommt eine Vorlage nur in Betracht, wenn das vorlegende Oberlandesgericht von der Beurteilung beider Rechtsfragen abweichen will (vgl. BGH, NJW-RR 1987, 1036, 1037). Nach dem Zusammenhang der Gründe der Entscheidung des OLG Oldenburg hätte die weitere Begründung, die die Erläuterung des Geschäftswertes betrifft, für sich allein zu dem Schluss auf die Formunwirksamkeit der notariellen Kostenberechnung führen müssen. Der hier zu beurteilende Fall bietet demgegenüber keinen Anlass, auch zu der Frage der Erläuterung des Geschäftswertes in der Kostenberechnung Stellung zu nehmen.

24. KostO §§ 147, 149, 156 (Vorrang der Hebegebühr vor der Betreuungsgebühr)

1. **Die Zulässigkeit einer Weisungsbeschwerde nach § 156 Abs. 6 KostO setzt voraus, dass diese erkennen lässt, ob und in welcher Hinsicht die Kostenberechnung des Notars für unrichtig angesehen wird und mit welchem Ziel die gerichtliche Entscheidung angefochten werden soll. Daran fehlt es für die weitere Beschwerde, wenn die vorgesetzte Dienstbehörde in Übereinstimmung mit dem Notar davon ausgeht, dass die Entscheidung des Landgerichts richtig ist und die weitere Beschwerde lediglich zur Klärung einer streitigen Rechtsfrage eingelegt wird.**
2. **Einem Notar, dem aufgrund eines von den Parteien erteilten Treuhandauftrages im Zusammenhang mit der Prüfung der Auszahlungsreife des auf einem Notaranderkonto eingezahlten Kaufpreises eine Hebegebühr nach § 149 KostO zusteht, steht nicht zusätzlich noch eine Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO für die Prüfung der Umschreibungsreife zu, wenn diese allein darin besteht, dass der Eigentumsumschreibungsantrag erst nach vollständiger Zahlung des Kaufpreises auf das Notaranderkonto gestellt werden darf.**

OLG Celle, Beschluss vom 29.9.2004, 8 W 294/04

Aus den Gründen:

1. Durch URNr. ... beurkundete der Beschwerdeführer am 5.8.1997 einen Grundstückskaufvertrag über den in den Grundbüchern des Amtsgerichts L. Blatt ... eingetragenen Grundbesitz der Gemarkung L. Flur ... . Die Kostenschuldner erwarben diesen Grundbesitz zum Preis von 660.000 DM. In Ziff. 3 des Vertrages ist bestimmt, dass der Kaufpreis bis zum 15.9.1997 auf ein vom Notar einzurichtendes Notaranderkonto zur Zahlung fällig ist. Ferner wird der Notar angewiesen, über diesen Betrag nur zu verfügen, wenn er festgestellt hat, dass der Eintragung einer Auflassungsvormerkung zugunsten des Käufers an rangbereiter Stelle nichts entgegensteht, der Vorkaufsrechtsverzicht der Gemeinde vorliegt, die Löschungsbewilligung nebst Treuhandauftrag dem Notar zur Verfügung gestellt ist, der von der Käuferin zu zahlende Kaufpreis zur vollständigen Ablösung des Grundpfandrechtes ausreicht und auch im Übrigen die vertragsgerechten Eigen-

tumsumschreibungen sichergestellt sind. Ziff. 7 des Vertrages sieht ferner vor, dass die Kaufvertragsparteien den Notar anweisen, den Eigentumsumschreibungsantrag nicht zu stellen, bevor der volle Kaufpreis auf dem Notaranderkonto eingegangen ist und auch im Übrigen die Voraussetzungen zur vertragsgerechten Eigentumsumschreibung vorliegen.

Mit Kostenrechnung vom 6.8.1997 stellte der Notar den Kostenschuldnern neben der Gebühr für die Beurkundung des Grundstückskaufvertrages eine Vollzugsgebühr nach § 146 Abs. 1 KostO in Rechnung. Durch weitere Kostenrechnung vom 21.1.1998 rechnete der Notar ferner eine Hebegebühr nach § 149 KostO ab.

Im Rahmen einer Notarprüfung rügte der Präsident des Landgerichts, dass der Notar für die Prüfung der Umschreibungsreife nicht zusätzlich eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO angesetzt habe. Da der Notar sich dieser Auffassung nicht anschloss und die Abrechnung einer weiteren Gebühr verweigerte, wies ihn der Präsident des Landgerichts an, eine Entscheidung des Landgerichts herbeizuführen. In diesem Verfahren hat der Notar die Ansicht vertreten, eine weitere Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO neben der Gebühr nach § 149 KostO sei nicht angefallen, während der Präsident des Landgerichts die gegenteilige Auffassung verfolgt hat.

Mit Beschluss vom 27.7.2004 hat das Landgericht die Beschwerde zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO trete wegen ihres Hilfscharakters hinter die Hebegebühr nach § 149 KostO zurück. Deren Abgeltungsbereich umfasse auch die dem Notar übertragene Prüfung der vollständigen Kaufpreiszahlung vor Stellung des Eigentumsumschreibungsantrages. Den Eingang des Kaufpreises habe der Notar bereits im Rahmen seines Verwahrungsgeschäftes zu überwachen, da er ihn nur dann an den Verkäufer auszahlen dürfe. Eine Gebühr für ein und dieselbe Tätigkeit könne aber nicht zweimal entstehen. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass die Tätigkeit des Notars im Rahmen des Verwahrungsgeschäftes dem Interesse des Käufers an der Sicherstellung seines Eigentumsübertragungsanspruchs diene, während die Prüfung der Umschreibungsreife dem Interesse des Verkäufers an vollständiger Kaufpreiszahlung vor Eigentumsumschreibung diene.

In einem Schreiben des Landgerichtspräsidenten vom 19.8.2004 heißt es sodann:

„Die aufgrund der Weisungsbeschwerde ergangene Entscheidung des Landgerichts Hannover ... halte ich – in Übereinstimmung mit Ihrer Auffassung – für zutreffend.“

Da die zugrundeliegende Sachfrage in Literatur und Rechtsprechung jedoch uneinheitlich behandelt und überdies der in der Praxis der hiesigen Dienstaufsicht bei Notaren seit Jahren vertretenen Ansicht entgegensteht, bin ich gehalten, wegen der Bedeutung der Angelegenheit für künftige Notarprüfungen und dem Interesse einer einheitlichen Handhabung im hiesigen OLG-Bezirk eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Celle herbeizuführen.

Aus diesem Grunde weise ich Sie gemäß § 156 Abs. 6 KostO an, gegen die Entscheidung des Landgerichts Hannover vom 22.7.2004, 16 T 31/03, die weitere Beschwerde einzulegen.“

Der Notar hat sodann gegen den ihm am 6.8.2004 zugestellten Beschluss des Landgerichts Hannover mit beim Oberlandesgericht am 25.8.2004 eingegangenen Schriftsatz weisungsgemäß weitere Beschwerde eingelegt.

2. a) Die weitere Beschwerde ist unzulässig. Sie ist zwar infolge Zulassung durch das Landgericht statthaft (§ 156 Abs. 2 Satz 2 KostO). Auch wurde sie form- und fristgerecht

eingelegt (§ 156 Abs. 2 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 KostO). Insbesondere war der Notar im Rahmen der hier vorliegenden Weisungsbeschwerde nicht verpflichtet, die weitere Beschwerde zu begründen (vgl. Beschluss des Senats vom 27.10.1960, 8 Wx 15/60, DNotZ 1961, 87; *Hartmann*, Kostengesetze, 34. Aufl., § 156 KostO Rdnr. 75; *Korintenberg*, KostO, 14. Aufl., § 156 Rdnr. 87).

Allerdings muss auch die Weisungsverfügung der vorgesetzten Dienstbehörde als Zulässigkeitsvoraussetzung in einem solchen Fall der weiteren Beschwerde erkennen lassen, ob und in welcher Hinsicht die Kostenberechnung des Notars überhaupt für unrichtig angesehen wird und mit welchem Ziel die gerichtliche Entscheidung herbeigeführt werden soll (BayObLG, FGPrax 1997, 197; *Hartmann*, a. a. O., Rdnr. 71 f.). Dies ergibt sich daraus, dass die Weisungsverfügung im Bereich der „Einwendungen gegen die Kostenberechnung“ nach § 156 Abs. 1 Satz 1 KostO die jeweiligen Grenzen des gerichtlichen Verfahrens absteckt. Soweit die Entscheidung des Landgerichts indessen in Übereinstimmung mit der Rechtsansicht der vorgesetzten Dienstbehörde steht, fehlt es für das Verfahren der weiteren Beschwerde an dem notwendigen Vorliegen des Beanstandens einer Notarkostenberechnung.

So liegt es auch hier. Nachdem der Landgerichtspräsident im erstinstanzlichen Verfahren noch die Auffassung vertreten hatte, die Gebühren nach § 147 Abs. 2 und § 149 KostO fänden vorliegend nebeneinander Anwendung, hat er nach Erlass der landgerichtlichen Entscheidung, die einen Vorrang des § 149 KostO vor § 147 Abs. 2 KostO angenommen hat, diese ausdrücklich in Übereinstimmung mit der vom Notar ohnehin vertretenen Ansicht für zutreffend erklärt. Erachtet der Landgerichtspräsident die Entscheidung des Landgerichts aber für richtig, dann scheidet eine Weisungsbeschwerde nach § 156 Abs. 6 KostO aus (vgl. *Hartmann*, a. a. O., Rdnr. 72). Die Weisungsbeschwerde dient demgegenüber nicht dazu, zu einer strittigen Rechtsfrage einen Rechtsentscheid oder ein Rechtsgutachten des Oberlandesgerichts einzuholen, wenn inhaltlich zwischen den Beteiligten überhaupt keine Meinungsverschiedenheiten bestehen und die Entscheidung des Landgerichts für richtig erachtet wird.

An dieser Unzulässigkeit der Weisungsbeschwerde ändert sich auch nichts dadurch, dass der Landgerichtspräsident diese in seinem Schreiben vom 15.9.2004 an den Notar ausdrücklich aufrechterhalten hat und nunmehr (wieder) die Meinung vertritt, § 147 Abs. 2 KostO und § 149 KostO seien nebeneinander anwendbar. Eine derartige Weisung, mit der die Unrichtigkeit der landgerichtlichen Entscheidung gerügt werden soll, ist erst nach Ablauf der Beschwerdefrist ergangen und kann die Unzulässigkeit der weiteren Beschwerde nicht heilen.

3. Zur Klarstellung verweist der Senat darauf, dass die weitere Beschwerde auch unbegründet ist, weil die angefochtene Entscheidung auf keiner Gesetzesverletzung beruht (§ 156 Abs. 2 Satz 4 KostO).

Zu Recht ist das Landgericht davon ausgegangen, dass einem Notar, dem aufgrund eines von den Parteien erteilten Treuhandauftrages im Zusammenhang mit der Prüfung der Auszahlungsreife des auf einem Notaranderkonto hinterlegten Kaufpreises eine Hebegebühr nach § 149 Abs. 1 KostO zusteht, nicht zusätzlich noch eine Betreuungsgebühr gem. § 147 Abs. 2 KostO für die Prüfung der Umschreibungsreife (Stellen des Eigentumsumschreibungsantrages erst nach Prüfung der vollständigen Kaufpreiszahlung) zukommt (so auch OLG Hamm, JurBüro 1999, 311; 1987, 418; OLG Frankfurt, JurBüro 1989, 1141; OLG Oldenburg, JurBüro 1986, 429;

*Rohs/Wedewer*, KostO, § 147 Rdnr. 13 c; a. A. OLG Düsseldorf, JurBüro 1992, 823; OLG Köln, MittRhNotK 1991, 89 und 226; KG, JurBüro 1986, 903; *Assemacher/Mathias*, KostO, 15. Aufl., „Hebegebühr“ Anm. 9.2.4; *Korintenberg*, KostO, 9. Aufl., § 149 Rdnr. 9; *Bund*, DNotZ 1997, 30).

§ 149 KostO umfasst nämlich die gesamte Mühewaltung und Verantwortlichkeit des Notars bei der Erhebung, Verwahrung und Ablieferung des ihm überlassenen Geldes einschließlich derjenigen, die mit der Befolgung von insoweit gegebenen Weisungen sowie der Prüfung der Auszahlungsvoraussetzungen verbunden ist. Da der Verwahrungsauftrag in der Regel gerade mit Weisungen der Beteiligten über die Art und Weise der Auszahlung verbunden ist, steht die Tätigkeit des Notars bei der Prüfung der Auszahlungsreife des Kaufpreises in unmittelbarem und untrennbarem Zusammenhang mit der Prüfung der Umschreibungsreife, also der Sicherstellung der vollständigen Kaufpreiszahlung auf dem Notaranderkonto vor Stellen des Umschreibungsantrages. Im einen wie im anderen Fall muss der Notar prüfen, ob der Kaufpreis vollständig auf dem Notaranderkonto eingezahlt ist. Nur wenn dies der Fall ist, ist der Notar befugt, den Kaufpreis an den Verkäufer auszuzahlen, sobald die vertraglich vereinbarten Voraussetzungen hierfür vorliegen. Entsprechend darf der Notar den Umschreibungsantrag erst stellen, wenn der Kaufpreis vollständig auf seinem Notaranderkonto eingegangen ist. Ist die Prüfung der vollständigen Kaufpreiszahlung mithin bereits Gegenstand des Verwahrungsgeschäftes, für welches die Hebegebühr nach § 149 KostO anfällt, so kann dieselbe Prüfung der Kaufpreiszahlung im Rahmen der Umschreibungsreife nicht zusätzlich eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO auslösen. Dieser greift gerade nur dann ein, wenn für eine im Auftrag eines Beteiligten ausgeübte Tätigkeit eine Gebühr nicht bestimmt ist. Das ist hier aber bei § 149 KostO der Fall.

Die Gegenansicht spaltet demgegenüber die einheitliche Tätigkeit des Notars künstlich in zwei Bereiche auf, nämlich zum einen die in erster Linie dem Interesse des Käufers und durch die Hebegebühr abgoltene Prüfung der Auszahlungsreife einerseits sowie die in erster Linie dem Interesse des Verkäufers dienende Prüfung der Umschreibungsreife durch Sicherstellung vollständiger Kaufpreiszahlung vor Stellen des Umschreibungsantrages andererseits (so etwa *Bund*, a. a. O.). Hierbei wird jedoch übersehen, dass bereits das Verwahrungsgeschäft des Notars der Sicherung des Erfüllungsinteresses beider Vertragsparteien im Hinblick darauf dient, dass das Eigentum erst mit dem Vollzug der Auflassung im Grundbuch auf den Käufer übergeht. Durch die treuhänderische Abwicklung wird mithin das Interesse beider Parteien an dem Zugum-Zug-Austausch der beiderseitigen Leistungspflichten gewahrt (vgl. OLG Hamm, *Rohs/Wedewer*, a. a. O.). Die Vollständigkeit der Kaufpreiszahlung zu prüfen, oblag dem Notar mithin bereits im Rahmen des Verwahrungsgeschäfts. Solange der Kaufpreis nicht vollständig gezahlt war, war der Notar nicht berechtigt, diesen an den Verkäufer oder andere von ihm benannte Personen auszuzahlen. Mangels anderweitiger Vereinbarung war der Käufer nämlich gem. § 266 BGB zu Teilzahlungen nicht berechtigt. Umgekehrt konnte durch eine nicht vollständige Zahlung des Kaufpreises auch die Umschreibungsreife nicht begründet werden. Insoweit stellt die Prüfung der Umschreibungsreife nur ein spiegelbildliches unselbständiges Nebengeschäft zu dem durch § 149 KostO erfassten Verwahrungsgeschäft dar.

Für den Ansatz einer Betreuungsgebühr ist in derartigen Fällen nur dann Raum, wenn die Prüfung der Umschreibungsreife über den Eingang der Kaufpreiszahlung weitere eigen-

ständige Tätigkeiten des Notars beinhaltet, die nicht bereits durch die – hier ebenfalls angefallene – Vollzugsgebühr des § 146 Abs. 1 KostO oder durch die Hebegebühr nach § 149 KostO abgegolten werden. Solche gesonderten Tätigkeiten des Notars fielen vorliegend indessen nicht an.

25. KostO §§ 38 Abs. 2 Nr. 1, 145 Abs. 1, 146 Abs. 1 (*Kosten für Einholung einer vom Notar entworfenen Zustimmungserklärung*)

**Die Einholung der Zustimmungserklärung des Erbbaurechtsausgebers zur Veräußerung des Erbbaurechtes durch den Notar mit einem im Auftrag der Beteiligten gefertigten Entwurf löst die Gebühr nach §§ 145 Abs. 1 Satz 1, 38 Abs. 2 Nr. 1 KostO aus und nicht, auch nicht zusätzlich, die Gebühr nach § 146 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 KostO. (Leitsatz der Schriftleitung)**

LG Arnsberg, Beschluss vom 26.7.2004, 2 T 5/04; mitgeteilt von *Klaus-Peter Teipel*, Richter am Landgericht

*Aus den Gründen:*

Der Beteiligte zu 1.) beurkundete einen Schenkungsvertrag über einen Erbbaurechtsanteil der Beteiligten zu 2.) und 3.). Darin übertrug der Beteiligte zu 3.) einen 1/2-Miterbbaurechtsanteil auf die Beteiligte zu 2.). Gleichzeitig entwarf der Beteiligte zu 1.) die zum Vollzug des Vertrages erforderliche Zustimmungserklärung des Erbbaurechtsausgebers und beglaubigte später dessen Unterschrift.

Für die Beurkundung des Schenkungsvertrages erteilte der Beteiligte zu 1.) den Beteiligten zu 2.) und 3.) eine Kostenberechnung. Darin erhob er u. a. eine Vollzugsgebühr gemäß § 146 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 KostO, und zwar neben der gesondert abgerechneten Gebühr für die Entwurfserstellung und die Beglaubigung der Zustimmungserklärung gemäß §§ 145 Abs. 1 Satz 1, 38 Abs. 2 Nr. 1 KostO.

Anlässlich einer Geschäftsprüfung beanstandete der Präsident des Landgerichts den Ansatz einer Vollzugsgebühr mit der Begründung, diese Gebühr entfalle, wenn der Notar nachträglich auf der von ihm entworfenen Urkunde die Unterschrift des Eigentümers beglaubige.

## II.

Die Anweisungsbeschwerde führt zur Abänderung der Kostenberechnung und zum Wegfall der darin erhobenen Vollzugsgebühr gemäß § 146 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 KostO.

Die Kammer hält an ihrer bisherigen Rechtsprechung fest, wonach die Einholung der nach § 5 ErbbauRVO erforderlichen Zustimmungserklärung des Grundstückseigentümers keine Vollzugsgebühr gemäß § 146 Abs. 1 Satz 1 KostO auslöst, vgl. Beschluss vom 10.1.2000, 2 T 20/99. Fertigt der Notar den Entwurf der Zustimmungserklärung selbst an, so steht ihm ausschließlich die Gebühr des § 145 Abs. 1 KostO zu, sofern die Voraussetzungen dieser Vorschrift erfüllt sind, vgl. *Rohs/Wedewer*, Kostenordnung, § 146 Rdnr. 28. Diese Gebühr hat der Beteiligte zu 1.) gesondert abgerechnet.

Mit dem OLG Düsseldorf, Rpfleger 1974, 411 (412), dem OLG Oldenburg, JurBüro 1991, 1225, und dem OLG Zweibrücken, DNotZ 1993, 765 (766), ist die Kammer der Auffassung, dass die Erstellung eines Entwurfs für die Zustimmungserklärung und deren spätere Unterschriftsbeglaubigung

durch die Gebühr nach § 145 Abs. 1 KostO abgegolten ist und der Notar daneben nicht auch eine Vollzugsgebühr nach § 146 Abs. 1 KostO verdient. Die Vollzugsgebühr dient der Abgeltung solcher Tätigkeiten, die über die nach § 35 KostO gebührenfreie Nebengeschäfte hinausgehen. Daraus folgt, dass die besondere Gebühr des § 146 Abs. 1 KostO nicht anfällt, wenn dieselbe Tätigkeit bereits nach einer anderen Vorschrift, nämlich § 145 Abs. 1 KostO, zu vergüten ist, vgl. OLG Düsseldorf, a. a. O.

Nach § 146 Abs. 1 KostO fällt eine Vollzugsgebühr dann an, wenn der Notar bei der Veräußerung von Grundstücken oder Erbbaurechten auf Verlangen der Beteiligten zum Zwecke des Vollzuges tätig wird. Daneben ist der Entwurf der Zustimmungserklärung und die spätere Beglaubigung der Unterschrift des Grundstückseigentümers eine gesondert abzurechnende Urkundstätigkeit. Nach Auffassung der Kammer handelt es sich bei der Anforderung der Zustimmungserklärung um eine Nebentätigkeit zum Entwurfsgeschäft und nicht um ein Vollzugsgeschäft zum Übertragungsgeschäft, so auch *Bengel* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, Kostenordnung, § 146 Rdnr. 25, und LG Hannover, Nds. Rpf. 1994, 212. Fordert der Notar den Grundstückseigentümer auf, sich wegen der erbetenen Zustimmungserklärung an einen Notar seines Vertrauens zu wenden, ist die Entstehung der durch diese Tätigkeit anfallenden Gebühr gemäß § 145 Abs. 1 KostO durch die Einschaltung eines anderen Notars aufschiebend bedingt, vgl. Beschluss der Kammer vom 10.1.2000, 2 T 20/99.

Entgegen der Auffassung des LG Münster, Beschluss vom 28.1.2001, 5 T 203/01 und 5 T 211/01, entsteht die Vollzugsgebühr erst gar nicht, so dass es nicht auf die Frage ankommt, ob diese nachträglich entfällt. Zwar liegt ein Auftrag zur Einholung der Zustimmungserklärung vor. Der Notar wird jedoch nicht im Rahmen dieses Vollzugauftrages tätig, sondern im Rahmen des gesondert abzurechnenden Entwurfsgeschäfts.

## Öffentliches Recht

26. BauGB §§ 123, 127 Abs. 2; BayKAG Art. 5 (*Begriff der Erschließungsanlagen*)

**Zu Erschließungsanlagen im Sinne von § 123 BauGB gehören nicht nur die Anlagen zur verkehrsmäßigen Erschließung und zum Schutz des Baugebiets vor Immissionen, sondern auch die Anlagen zur Versorgung der Grundstücke mit Elektrizität, Wärme und Gas, die Anlagen zur Be- und Entwässerung und die Anlagen zur Abfallentsorgung. (Leitsatz der Schriftleitung)**

BGH, Urteil vom 22.10.2004, V ZR 7/04

Die Beklagte war Eigentümerin von zwei unbebauten Grundstücken. Aufgrund eines Bebauungsplans wurden die Grundstücke gewerblich nutzbar und erschlossen. Die Anlagen zur Entwässerung der Grundstücke des Baugebiets wurden von einem Zweckverband errichtet. Durch Bescheide vom 23.9.1992 setzte der Zweckverband den auf die Grundstücke der Beklagten entfallenden Beitrag für die Herstellung der Entwässerungsanlagen auf insgesamt 100.440 DM fest. 41.850 DM hiervon waren sofort fällig. Mit diesem Betrag war eine Bebauung der Grundstücke mit einer Geschoßfläche von 1.550 m<sup>2</sup> abgegolten. Der Restbetrag von 58.590 DM = 29.956,59 € wurde nach den Bescheiden „dann und insoweit fällig, als eine später über die abgeglichene Geschoßfläche hinausgehende Geschoßfläche auf den beitragspflichtigen Grundstücken tatsächlich verwirklicht wird“.

Die Beklagte bezahlte den Betrag von 41.850 DM. Sie bebaute die Grundstücke nicht, sondern verkaufte sie mit Notarvertrag vom

24.6.1998 für 2.720.000 DM an den Kläger. Zu den Erschließungskosten heißt es in Ziff. IV Nr. 2 des Kaufvertrages:

„(1) Kosten für bis heute bereits durchgeführte Erschließungsmaßnahmen im weitesten Sinne (nach dem Baugesetzbuch und nach anderen Vorschriften) trägt der Verkäufer. Kosten für künftige gehen zu Lasten des Käufers. Dieser zahlt auch diejenigen, die wegen einer Änderung der Ausnutzung anfallen.

(2) Beiträge nach Art. 5 KAG, die nicht Erschließungsmaßnahmen im weitesten Sinne betreffen, sind vom Verkäufer zu entrichten, wenn jene ihm schon in Rechnung gestellt wurden, sonst vom Käufer. Dieser zahlt auch diejenigen, die wegen einer Änderung der Ausnutzung anfallen.“

Der Kläger wurde als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen. Auf den von der Beklagten gekauften Grundstücken und zwei weiteren Grundstücken errichtete er ein Bürogebäude. Nach dessen Fertigstellung setzte der Zweckverband weitere 101.322,90 DM Kosten für die Herstellung der Entwässerungsanlagen gegen den Kläger fest. Der Kläger leistete keine Zahlung, sondern forderte unter Hinweis auf Ziff. IV Nr. 2 Abs. 1 des Kaufvertrags die Beklagte auf, aus dem gegen ihn festgesetzten Betrag den auf die von ihr gekauften Grundstücke entfallenden Teilbetrag von 58.590 DM an den Zweckverband zu überweisen. Dem kam die Beklagte nicht nach. Der Kläger wurde am 27.11.2002 von dem Verband gemahnt. Mit Schreiben vom 4.12.2002 leitete er die Mahnung der Beklagten zu und mahnte sie seinerseits. Die Beklagte leistete weiterhin keine Zahlung. Das führte dazu, dass gegen den Kläger schließlich insgesamt 6.204 € Mahngebühren und Verspätungszuschläge festgesetzt wurden. Hieraus entfallen nach seiner Behauptung 4.798,27 € auf die von der Beklagten erworbenen Grundstücke.

Der Kläger verlangt die Erstattung der gegen ihn im Hinblick auf die von der Beklagten erworbenen Grundstücke von dem Zweckverband festgesetzten weiteren Kosten und der gegen ihn insoweit festgesetzten Verspätungs- und Mahnzuschläge, insgesamt 34.769,85 €, zuzüglich Zinsen.

Die Klage ist in den Tatsacheninstanzen erfolglos geblieben. Mit der von dem Senat zugelassen Revision erstrebt er die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung.

*Aus den Gründen:*

## II.

Das Berufungsgericht verneint einen Zahlungsanspruch des Klägers. Es meint, bei der Errichtung der Anlagen zur Entwässerung der Grundstücke handele es sich nicht um die Errichtung von Erschließungsanlagen im Sinne von § 127 Abs. 2 BauGB, sondern um die Errichtung von Anlagen, deren Kosten nach Art. 5 BayKAG von den Grundstückseigentümern zu tragen seien. Die Frage, welche der Parteien die hiermit verbundenen Kosten zu tragen habe, sei daher gemäß der in Ziff. IV Nr. 2 Abs. 2 des Kaufvertrages vereinbarten Regelung dahin zu beantworten, dass dies der Kläger sei.

Das hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

## III.

Bei den von dem Zweckverband zur Entwässerung der Grundstücke des Baugebiets errichteten Anlagen handelt es sich um Erschließungsanlagen. Welche der Parteien nach der Bebauung der Grundstücke die von dem Verband gegen den Kläger als deren Eigentümer festgesetzten Kosten zu tragen hat, ist nach Ziff. IV Nr. 2 Abs. 1 und nicht nach Ziff. IV Nr. 2 Abs. 2 des Kaufvertrags vom 24.6.1998 zu entscheiden.

1. Das Berufungsgericht missversteht § 127 BauGB und meint daher zu Unrecht, bei den Anlagen handele es sich nicht um Erschließungsanlagen. Zu solchen Anlagen im Sinne von § 123 BauGB gehören nicht nur die Anlagen zur verkehrsmäßigen Erschließung und zum Schutz des Baugebiets vor Immissionen, sondern auch die Anlagen zur Versorgung der Grundstücke mit Elektrizität, Wärme und Gas, die Anlagen zur Be- und Entwässerung und die Anlagen zur Abfallent-

sorgung (*Löhr* in Battis/Kautzberger/Löhr, BauGB, 8. Aufl., Vorbem. zu §§ 123 bis 135 Rdnr. 1; *Ernst/Grziwotz* in Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, Loseblattkommentar, Stand Juli 2004, § 123 Rdnr. 4 b; *Schrödter/Quaas*, BauGB, 6. Aufl., § 123 Rdnr. 7). Dem entsprechen die ständige Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte (vgl. BayVerwG, BayVBl 1995, 762; BauR 2000, 855; OVG Münster, NVwZ-RR 2003, 778) und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 89, 7 ff.). Auch in der Rechtsprechung der Zivilgerichte wird als selbstverständlich vorausgesetzt, dass die Kosten für die Errichtung von Entwässerungsanlagen Erschließungskosten sind (BGHZ 115, 311, 321; OLG Dresden, BauR 2001, 1283; OLG Naumburg, OLG Naumburg 2003, 204). § 127 Abs. 2 BauGB ist nichts anderes zu entnehmen. Soweit eine Maßnahme zur Erschließung eines Baugebiets nicht zu den in § 127 Abs. 2 BauGB aufgezählten Maßnahmen gehört, bedeutet dies nicht, dass es sich bei der Maßnahme nicht um eine Erschließungsmaßnahme handelt, sondern dass die Kosten hierfür nicht bundesrechtlich nach §§ 128 ff. BauGB, sondern nach den Kommunalabgabengesetzen und damit landesrechtlich umzulegen sind (*Löhr*, a. a. O., § 128 BauGB Rdnr. 52; *Grziwotz* in Ernst/Zinkahn/Bielenberg, a. a. O., § 127 Rdnr. 25; *Schrödter/Quaas*, a. a. O., § 128 BauGB Rdnr. 41).

2. Nach der zwischen den Parteien in Ziff. IV Nr. 2 Abs. 1 Satz 1 des Kaufvertrags vereinbarten Regelung hat im Verhältnis der Parteien zueinander die Beklagte die Kosten derjenigen Erschließungsanlagen zu tragen, die auf den bei Abschluss des Kaufvertrags bereits durchgeführten Maßnahmen beruhen. So verhält es sich bei den von dem Zweckverband errichteten Entwässerungsanlagen. Im Hinblick auf die in Ziff. IV Nr. 2 Abs. 2 Satz 2 des Vertrages weiter vereinbarte Regelung ist indessen fraglich, ob dies auch hinsichtlich der nach der Bebauung der Grundstücke gegen den Kläger festgesetzten Kosten gilt.

Hierzu hat die Beklagte geltend gemacht, die Bebauung der Grundstücke bedeute eine Änderung ihrer Ausnutzung im Sinne der vereinbarten Regelung. Ob dies zutrifft, ist eine Frage der Auslegung, die der Senat nicht selbst vornehmen kann, weil weitere Feststellungen hierzu noch in Betracht kommen und der Kläger vorgetragen hat, die vereinbarte Regelung sei in der Urkundsverhandlung von dem Notar dahin erläutert worden, dass nur eine Bebauung, die nicht den Vorgaben des bei Abschluss des Kaufvertrages geltenden Bebauungsplans entspreche und aus diesem Grunde zur Festsetzung von weiteren Erschließungskosten führe, eine „Änderung der Ausnutzung“ der Grundstücke im Sinne der getroffenen Regelung bedeute.

27. BGB § 138; BauGB § 11 Abs. 2; BauGBMaßnG §§ 2, 6 (*Kein Verstoß gegen Koppelungsverbot bei Baugrundaussweisung gegen Grundstücksabtretung*)

**Es stellt keinen Verstoß gegen das Koppelungsverbot dar, wenn eine Gemeinde die Ausweisung von Baugrund davon abhängig macht, dass Grundstücksflächen im Plangebiet zu einem Bruchteil des Verkehrswertes an sie abgetreten werden. Dem Gebot der Angemessenheit kann dadurch Rechnung getragen werden, dass der Planungsgewinn den nicht marktüblichen Preis für die abgetretene Fläche kompensiert. (Leitsatz der Schriftleitung)**

LG München I, Urteil vom 19.5.2004, 9 O 22055/02; mitgeteilt von Notar Dr. *Rolf Bleutge*, Pfaffenhofen a. d. Ilm

Der Kläger verlangt Zahlung von Wertersatz aufgrund der nach seiner Meinung vorzunehmenden Rückabwicklung eines mit der beklagten Gemeinde am 26.1.1994 abgeschlossenen Grundstückskaufvertrags.

Der Kläger ist wohnhaft im Gemeindegebiet der Beklagten und betreibt dort eine Landwirtschaft, die ihm 1993 von seinen Eltern übergeben worden war. Zu dem Anwesen gehörte zum damaligen Zeitpunkt unter anderem das Grundstück Flur Nr. 242 der Gemarkung B. mit einer Größe von 24 949 m<sup>2</sup>. Aus diesem Grundstück hatten noch die Eltern des Klägers mit notarieller Urkunde vom 6.12.1988 eine Teilfläche von mindestens 50 000 m<sup>2</sup> an die Beklagte zu einem Kaufpreis von 25 DM pro m<sup>2</sup> veräußert (Flur Nr. 242/14). Grund für die Veräußerung war die Überlegung der Gemeinde, die Ansiedlung einer Firma zu verwirklichen. Eine Ansiedlung scheiterte jedoch.

Am 18.2.1992 beschloss der Gemeinderat der Beklagten die Aufstellung des Bebauungsplans Moosacker II, am 17.3.1992 die Aufstellung eines Flächennutzungsplanes. Das Grundstück des Klägers Flur Nr. 242 (zu 24 849 m<sup>2</sup>) und das bereits an die Beklagte veräußerte Grundstück sollten im Planungsgebiet liegen und waren in dem gemeindlichen Flächennutzungsplan als Wohnbauland ausgewiesen.

In einer Sitzung vom 4.5.1993 fasste der Gemeinderat den Beschluss, eine sogenannte freiwillige Gemeindebeteiligung bei Baulandausweisungen festzulegen. Mit Schreiben vom 9.7.1993 wandte sich der damalige 1. Bürgermeister an den Kläger und führte u. a. aus:

„(...) wegen der enormen Nachfolgelasten bei Baulandausweisungen in der Infrastruktur (Schulhaus-Neubau, Kindergarten-Neubau, anteilige Erschließungskosten, Friedhofserweiterung, ungedeckte Kanalbaukosten usw.) hat der Gemeinderat in der Sitzung vom 4.5.1993 nach dem Beispiel anderer Gemeinden eine sogenannte freiwillige Gemeindebeteiligung bei Baulandausweisungen beschlossen, da es nicht mehr vertretbar und politisch auch nicht mehr durchsetzbar ist, dass weiterhin die Kosten zur Verbesserung der Infrastruktur aus Steuer- und Abgabengeldern bestritten werden und andererseits nur die Grundstückseinleger von der Überplanung profitieren. Die Grundstückbesitzer haben auf freiwilliger Basis 13 % der Einlagefläche an die Gemeinde zu überschreiben zur Deckung der vorgenannten Kosten der Gemeinde. Dazu übernehmen die Einleger auch die Kosten für die Baulandumlegung für diese 13 v. H.-Flächenabgabe, so dass der Gemeinde die freiwillige Flächenabgabe von 10 % netto verbleibt. (...)

Nach alledem Erklärungen, Erläuterungen und Darlegungen richten nun wir an Sie die Anfrage, ob Sie mit der vom Gemeinderat beschlossenen Regelung einig gehen. Um Nachricht bis spätestens 22.7.1993 wären wir dankbar.

Falls sich Eigentümer dieser Lösung nicht anschließen, soll dies nicht weiter hinderlich sein, weil dann diese Flächen als natürliche Grünzonen eine Bebauung aufzulockern im Stande sind und aus der landschaftsplanerischen Sicht derartige bleibende Grünzonen sogar angestrebt werden. Ob dann später nach der Zeit der Geltung des Wohnungsbauerleichterungsgesetzes sowie Maßnahmengesetze diese ausgesparten Flächen für Baulandzwecke verplant werden dürfen, kann derzeit nicht gesagt werden.“

Am 26.1.1994 schlossen sodann die Parteien einen notariellen Kaufvertrag, womit der Kläger der Beklagten aus seinem Grundstück Flur Nr. 242 einen Miteigentumsanteil von <sup>13</sup>/<sub>100</sub> verkaufte. Die Beklagte verpflichtete sich, einen Kaufpreis von 5 DM pro m<sup>2</sup> zu bezahlen, was bei einem rechnerischen Flächenmaß von 3 230,37 m<sup>2</sup> einen Kaufpreis von insgesamt 16.151,85 DM ergab. Ziffer 5 des Kaufvertrages regelte u. a., dass der Kaufpreis fällig werden sollte zwei Wochen nach Vollzug der Eigentumsumschreibung und Vollzug der Lastenfreistellung des Vertragsbesitzes sowie nach Abschluss des durchzuführenden Umlegungsverfahrens. Außerdem war dem Kläger das Recht eingeräumt worden, das Grundstück noch so lange landwirtschaftlich nutzen zu können, bis es von der Beklagten im Zuge der vorgesehenen Baulandumlegung benötigt wurde.

Am 15.7.1994 beschloss der Gemeinderat der Beklagten die Durchführung des Umlegungsverfahrens. Am 23.3.1995 trat der Bebauungsplan Moosacker II in Kraft.

Entsprechend der notariellen Urkunde vom 26.1.1994 wurde in das von der Beklagten durchgeführte Umlegungsverfahren u. a. das

Grundstück Flur Nr. 242 zu 24 849 m<sup>2</sup> eingeworfen (für den Kläger zu <sup>87</sup>/<sub>100</sub> und die Beklagte zu <sup>13</sup>/<sub>100</sub>). De facto wurde das Umlegungsverfahren so gehandhabt, dass für den Kläger 87 % der Grundstücksfläche, nämlich 21 583 m<sup>2</sup>, als sogenanntes Einwurfgrundstück anerkannt wurde.

Nach dem rechtsverbindlichen Umlegungsplan erhielt der Kläger schließlich für das in das Umlegungsverfahren eingebrachte Grundstück Flur Nr. 242 (alt) die im Umlegungsverfahren neu gebildeten Grundstücke Flur Nr. 242/30, /31, /36, /37, /40, /41 und /43 mit zusammen 14 093 m<sup>2</sup>.

Die Beklagte erlangte infolge des Bebauungsplans und des Umlegungsverfahrens Wohnbauland an der in das Verfahren einbezogenen Teilfläche der früheren Flur Nr. 242/14. Des Weiteren erlangte die Beklagte folgende Baugrundstücke aufgrund des übertragenen 13/100-Miteigentumsanteils am klägerischen Grundstück Flur Nr. 242: Flur Nr. 242/25 zu 490 m<sup>2</sup>, Flur Nr. 242/26 zu 341 m<sup>2</sup>, Flur Nr. 242/27 zu 349 m<sup>2</sup>, Flur Nr. 242/32 zu 481 m<sup>2</sup>, Flur Nr. 242/33 zu 293 m<sup>2</sup>, Flur Nr. 242/34 zu 291 m<sup>2</sup> und Flur Nr. 242/35 zu 373 m<sup>2</sup>.

Zweck des Bebauungsplans war es, Grundstücke für Einheimische als Baugrundstücke auszuweisen.

Mit Schreiben vom 25.1.2000 wandte sich der Kläger an die Beklagte und forderte den gemäß notariellem Kaufvertrag vom 26.1.1994 übertragenen Miteigentumsanteil von <sup>13</sup>/<sub>100</sub> am Flurstück Nr. 242 zurück bzw. verlangte einen entsprechenden Geldausgleich. Im Rahmen des Versuches einer Streitbeilegung erstellte der Gutachterausschuss Gutachten und bewertete die unbebaute und lastenfreie Grundstücksteilfläche (Miteigentumsanteil) von rund 3 230 m<sup>2</sup> aus Flur Nr. 242 nach dem Verkehrswert im Jahre 1994 mit 130.000 DM.

*Aus den Gründen:*

I.

Die Klage ist zulässig. Der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten ist eröffnet, §§ 17, 17 a GVG.

Das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis ist privatrechtlicher Natur. Für die Einordnung als öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Vertrag ist der Vertragsgegenstand maßgebend (vgl. BGH, Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02 = NJW 2003, 888). Dieser bestimmt sich wiederum danach, ob die Vertragsabmachungen mit ihrem Schwerpunkt öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ausgestaltet sind (BGH, a. a. O.).

Der hier am 26.1.1994 geschlossene notarielle Vertrag hat im Wesentlichen einen Grundstückskauf nebst Auflassung zum Gegenstand und findet damit seinen Schwerpunkt im Privatrecht. Der vom Kläger beschrittene Rechtsweg zu den Zivilgerichten ist damit eröffnet.

II.

Die Klage ist unbegründet. Dem Kläger stehen gegen die Beklagte Kondiktionsansprüche nicht zu, da der Vertrag vom 26.1.1994 wirksam ist.

Die Parteien haben am 26.1.1994 einen sogenannten Aufgabenerfüllungsvertrag abgeschlossen und nicht – wie der Kläger meint – einen sogenannten Nachfolgelastenvertrag nach der damals geltenden Vorschrift des § 6 Abs. 3 BauGB-MaßnG. Zwischen den Parteien ist nämlich unstreitig, dass es Zweck des Bebauungsplanes war, Grundstücke für Einheimische als Baugrundstücke auszuweisen. Dieser Zweck findet sich auch in der Begründung des Entwurfs zum Bebauungsplan „Moosacker II“, wo unter 3.3 „Planungsziele“ ausdrücklich ausgeführt wird, dass mit der Ausweisung dieses Gebietes dem dringenden Wohnbedarf der Bevölkerung Rechnung getragen werden soll (§ 2 BauGBMaßnG).

Die Beklagte folgte damit dem Gebot der §§ 1, 89 Abs. 1 Satz 1 des II. WoBauG und hat auch – abgesehen von einer Ausnahme – alle Bauparzellen an Einheimische verkauft.

Somit erhält der notarielle Kaufvertrag vom 26.1.1994 das Gepräge eines Aufgabenerfüllungsvertrages, der angemessen im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB i. V. m. § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB auszugestalten war.

Dem Gebot der Angemessenheit wurde bei Abschluss des Vertrages Rechnung getragen.

Entgegen der Auffassung des Klägers kommt es bei der Beurteilung der Angemessenheit nicht nur darauf an, welche Leistung und Gegenleistung in dem Kaufvertrag vereinbart wurden. Vielmehr wird dem Gebot angemessener Vertragsgestaltung auch dann genügt, wenn die wirtschaftliche Betrachtung des Gesamtvorgangs ergibt, dass die Gegenleistung nicht außer Verhältnis zu der Bedeutung und dem Wert der von der Behörde erbrachten oder zu erbringenden Leistung steht und die vertragliche Übernahme von Pflichten auch ansonsten zu keiner unzumutbaren Belastung für den Vertragspartner der Behörde führt (vgl. im Einzelnen hierzu BGH, Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02 = NJW 2003, 888). Hierbei sind auch solche Umstände zu beachten, die Geschäftsgrundlage des Vertrages wurden.

Nach der ständigen Rechtsprechung wird die Geschäftsgrundlage eines Vertrages gebildet durch die nicht zum Vertragsinhalt erhobenen, aber beim Vertragsschluss zutage getretenen, dem Geschäftsgegner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen des einen Vertragsteils oder durch entsprechende gemeinsame Vorstellung beider Vertragspartner, auf denen der Geschäftswille aufbaut (BGH, NJW 1999, 210).

Die Beklagte weist hierzu zutreffend darauf hin, dass es sich hier um einen sogenannten hinkenden Austauschvertrag handelt, da nämlich die Ausweisung der Fläche des Flurstückes 242 als Bauland selbstverständlich Geschäftsgrundlage des notariellen Vertrages war.

Denn das durchzuführende Umlegungsverfahren bzw. die vorgesehene Baulandumlegung fand in dem notariellen Kaufvertrag Anklang. So sollte nämlich gemäß Ziffer 5 des Vertrages die Fälligkeit des vereinbarten Kaufpreises u. a. von dem Abschluss des durchzuführenden Umlegungsverfahrens abhängen. Auch wurde dem Kläger gemäß Ziffer 7.1 des Vertrages ein Nutzungsrecht an der verkauften Fläche so lange eingeräumt, bis die Fläche von der Beklagten im Zuge der vorgesehenen Baulandumlegung benötigt wird.

Aber auch aus dem Schreiben des Klägers vom 25.1.2000 ergibt sich, dass er nach Erfüllung des Kaufvertrages selbstverständlich auch von einer zu seinen Gunsten durchzuführenden Baulandausweisung ausging. So führt er nämlich aus, dass die Baulandausweisung bereits seit langem im Gespräch gewesen sei.

Würde man im Übrigen der Argumentation des Klägers von der isolierten Betrachtung von Kaufpreis und Grundabtretung folgen, so würde der erlangte Planungsgewinn völlig außer Betracht gelassen.

Dieser Gesamtbetrachtung von Leistung und Gegenleistung steht das sogenannte Kopplungsverbot nicht entgegen.

Der Gesetzgeber hat das Problem des Verkaufs der Planungshoheit in § 2 Abs. 3 BauGB dahingehend geregelt, dass ein rechtsverbindlicher Anspruch auch gegenüber der Gemeinde auf Verabschiedung eines Bebauungsplanes nicht wirksam

begründet werden kann. Dem hat die Beklagte im streitgegenständlichen Vertrag dadurch Rechnung getragen, dass ein klagbarer Rechtsanspruch auf Ausweisung der Grundstücke des Klägers als Bauland in dem notariellen Vertrag vom 26.1.1994 nicht begründet wurde, sondern dieser Umstand lediglich zur Geschäftsgrundlage erhoben wurde. Hierin liegt aber kein Verstoß gegen das Verbot des Verkaufs von Hoheitsrechten.

Im Übrigen hat auch der Bundesgerichtshof in der Entscheidung vom 2.10.1998, V ZR 45/98 (NJW 1999, 208) ausgeführt, dass die Verknüpfung zwischen Grundstückserwerb und Baulandausweisung einen Vertrag jedenfalls dann nicht sitten- oder gesetzeswidrig mache, wenn der Grundstückserwerb zur Realisierung der Bauleitplanung im Rahmen eines sogenannten Einheimischenmodells – wie hier gegeben – liege. Zwar führt der Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung aus, dass in dem dort entschiedenen Rechtsstreit – wie hier nicht – ein marktgerechter Preis für die verkaufte Fläche erzielt wurde. Allein hierauf kann es aber nach Auffassung der Kammer nicht ankommen, da entscheidend darauf abzustellen ist, dass das Grundstück in den Bebauungsplan aufgenommen und damit ein beachtlicher Planungsgewinn erzielt wurde (BGH, NJW 1999, 209).

Letztlich ist darauf hinzuweisen, dass gerade die Argumentation des Klägers aus Sicht der Kammer zu einem unbilligen Ergebnis führen würde. Der Kläger würde nicht nur an dem überaus beachtlichen Planungsgewinn partizipieren, sondern darüber hinaus den ohnehin schon erhaltenen Planungsgewinn noch vermehren. Dies hat der BGH in der zitierten Entscheidung im Übrigen ausdrücklich missbilligt und ausgeführt, dass dies nicht Sinn und Zweck des Kopplungsverbotes, das lediglich den „Verkauf von Hoheitsrechten“ verhindern wolle, sei (BGH, a. a. O.).

Dem steht auch nicht die Entscheidung des OLG München vom 12.4.1999, 31 U 5443/98 (MittBayNot 1999, 586), entgegen. Denn es liegt hier ein Ausnahmetatbestand – Grundstückserwerb der Beklagten zur Realisierung der Bauleitplanung im Rahmen eines sogenannten Einheimischenmodells – vor, bei dem auch nach dieser Entscheidung ein sittenwidriges Kopplungsgeschäft gemäß § 138 BGB nicht gegeben ist.

Soweit der Kläger letztlich darauf hinweist, dass bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit auch der Umstand Bedeutung habe, dass die Beklagte im Jahre 1988 eine Teilfläche von 50 000 m<sup>2</sup> von den Eltern des Klägers erworben habe, so teilt die Kammer diese Auffassung nicht. Denn dieser Grundstückserwerb steht weder unmittelbar noch mittelbar im Zusammenhang mit dem hier zu beurteilenden Kaufvertrag und kann somit keine Auswirkung haben.

Aus alledem folgt, dass der zwischen den Parteien am 26.1.1994 abgeschlossene notarielle Kaufvertrag wirksam ist und damit der geltend gemachte Kondiktionsanspruch unbegründet ist.

#### Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu die Beiträge von *Bleutge* und *Busse*, MittBayNot 2005, 100 und 103 (in diesem Heft).

## Steuerrecht

28. UmwG §§ 1 Abs. 1 Nr. 4, 190; HwO §§ 1, 7 Abs. 4; InvZulG § 5 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 (*Fortgeltung der Eintragung in die Handwerksrolle bei Formwechsel einer GmbH und Beanspruchung von Investitionszulage*)

**Nach dem die formwechselnde Umwandlung bestimmen den Prinzip der rechtlichen und wirtschaftlichen Identität des Rechtsträgers alter und neuer Rechtsform und aufgrund der gewerberechtlichen Behandlung einer GmbH & Co. KG wie eine Kapitalgesellschaft gilt die einer GmbH erteilte personenbezogene Erlaubnis zur Ausübung eines Handwerks und deren Eintragung in die Handwerksrolle nach dem Formwechsel in eine GmbH & Co. KG zulagenrechtlich fort, auch wenn der Formwechsel und die etwaige Bestellung eines neuen handwerklichen Betriebsleiters der zuständigen Handwerkskammer noch nicht angezeigt und noch nicht in die Handwerksrolle eingetragen worden sind. Dementsprechend kann die GmbH & Co. KG für von ihr bereits vor der Eintragung angeschaffte Wirtschaftsgüter eine erhöhte Investitionszulage beanspruchen.**

BFH, Urteil vom 30.9.2003, III R 6/02

Die Klägerin und Revisionsbeklagte (Klägerin) betreibt in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG ein Pflaster- und Straßenbauunternehmen. Ursprünglich war das Unternehmen in der Rechtsform einer GmbH (GmbH I) ausgeübt worden, die seit November 1992 in die Handwerksrolle mit dem Handwerk „Straßenbauer“ und mit dem Geschäftsführer A als handwerklichem Betriebsleiter eingetragen war. An der GmbH I war die X-GmbH (mit Sitz in S.) mit einer Stammeinlage von 1.000 DM und die Y-KG, ebenfalls mit Sitz in S., mit 49.000 DM beteiligt.

Mit notariellem Vertrag vom 14.8.1998 wurde die GmbH I im Innenverhältnis rückwirkend mit Ablauf des 31.12.1997 formwechselnd in eine GmbH und Co. KG umgewandelt. Beteiligt sind weiterhin die X-GmbH als Komplementärin und die Y-KG als Kommanditistin unter Fortführung ihrer Einlagen im bisherigen Beteiligungsverhältnis. Sitz der KG ist T. in Thüringen.

Die KG ist im Handelsregister des Amtsgerichts U. am 2.12.1998 eingetragen worden. Unter dem 26.2.1999 teilte die KG der zuständigen Handwerkskammer den Formwechsel mit, die daraufhin Mitte März 1999 zur Aktualisierung der Handwerksrolleneintragung der KG Antragsunterlagen übersandte. Die KG stellte am 19.3.1999 einen entsprechenden Eintragungsantrag und wurde am 25.3.1999 als „Straßenbauer“ in die Handwerksrolle eingetragen. Zeitgleich wurde die GmbH I gelöscht. Als handwerklicher Betriebsleiter ist Herr B. angegeben.

Im Juni 1999 beantragte die Klägerin eine erhöhte Investitionszulage von 10 v. H. für im Jahr 1998 angeschaffte Wirtschaftsgüter. Nachdem der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt) zunächst die Gewährung einer Investitionszulage vollständig abgelehnt hatte, setzte er mit Bescheid vom 1.12.2000 die erhöhte Investitionszulage für die bis zum 2.12.1998 angeschafften Wirtschaftsgüter fest. Für die ab dem 2.12.1998 vorgenommenen Investitionen versagte das FA hingegen eine Investitionszulage, weil die Klägerin weder für diesen Zeitraum in die Handwerksrolle eingetragen gewesen sei noch einen Antrag auf Eintragung gestellt gehabt habe.

Nach erfolglosem Einspruch gab das Finanzgericht der Klage statt. Das Urteil ist in EFG 2002, 705 veröffentlicht. Mit der Revision trägt das FA die Verletzung materiellen Rechts (§ 5 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 a des Investitionszulagengesetzes 1996 – InvZulG 1996 –).

*Aus den Gründen:*

II. Die Revision ist unbegründet und deshalb zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO).

Das FG hat im Ergebnis zu Recht der Klägerin auch für die im Zeitraum vom 2. bis 31.12.1998 vorgenommenen Investitionen eine erhöhte Investitionszulage von 10 v. H. zuerkannt.

1. Gemäß § 5 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 a InvZulG 1996 erhöht sich bei Investitionen i. S. des § 3 Nr. 4 InvZulG 1996 die Investitionszulage unter anderem dann auf 10 v. H. der Bemessungsgrundlage, wenn die Wirtschaftsgüter mindestens drei Jahre nach ihrer Anschaffung oder Herstellung zum Anlagevermögen eines Betriebes des Anspruchsberechtigten gehören, der in die Handwerksrolle oder in das Verzeichnis handwerksähnlicher Betriebe eingetragen ist.

2. Im Zeitraum 2. bis 31.12.1998 war die Klägerin zwar noch nicht in die Handwerksrolle eingetragen. Bei einer formwechselnden Umwandlung von einer GmbH in eine GmbH & Co. KG ist der KG aber sowohl die der GmbH erteilte Erlaubnis zum selbständigen Betrieb eines Handwerks als stehendes Gewerbe nach § 1 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 der Handwerksordnung (HwO) als auch die Eintragung in die Handwerksrolle gemäß § 7 Abs. 4 HwO zuzurechnen.

a) Im Streitfall hat die Klägerin im Wege eines Formwechsels lediglich eine andere Rechtsform erhalten. Nach § 202 Abs. 1 Nr. 1 des Umwandlungsgesetzes 1995 (UmwG 1995) bewirkt die nach § 1 Abs. 1 Nr. 4, § 190 Abs. 1, § 191 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 Nr. 2 UmwG 1995 zugelassene formwechselnde Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personenhandelsgesellschaft (hier einer GmbH in eine GmbH & Co. KG) mit der Eintragung in das Handelsregister, dass der formwechselnde Rechtsträger in der im Umwandlungsbeschluss bestimmten Rechtsform weiterbesteht (vgl. §§ 226, 228 Abs. 1 UmwG 1995). Die Eintragung des Formwechsels ist für den Eintritt der Rechtswirkungen nach § 202 UmwG 1995 konstitutiv (*Vossius* in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 190 UmwG Rdnr. 88).

Die formwechselnde Umwandlung wird durch die Beteiligung nur eines Rechtsträgers gekennzeichnet. Es kommt weder zu einer Gesamtrechtsnachfolge (vgl. Beschluss des Großen Senats des BFH vom 21.10.1985, GrS 4/84, BFHE 145, 110, BStBl 1986 II, 230, unter C. II. 2) wie in den anderen Formen der Umwandlung (z. B. bei der Verschmelzung, vgl. § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG 1995, dazu BFH, Urteil vom 17.12.2000, III R 35/98, BFHE 194, 294, BStBl 2001 II, 316, unter II. 1. der Gründe), noch bedarf es der Übertragung der einzelnen Vermögensgegenstände.

Die formwechselnde Umwandlung wird bestimmt durch das Prinzip der Identität des Rechtsträgers (rechtliche Identität), die Kontinuität seines Vermögens (wirtschaftliche Identität), aber die Diskontinuität seiner Verfassung (*Vossius*, a. a. O., § 202 UmwG Rdnr. 17). Unerheblich ist nach dem UmwG, dass der Rechtsträger seine Eigenschaft als juristische Person verliert. Die rechtliche Identität begründet der Gesetzgeber mit der modernen Auffassung von der Natur der Personenhandelsgesellschaft (vgl. Nachweise bei *Eckert*, ZIP 1998, 1950). An dieser zivilrechtlichen Kontinuität des Rechtsträgers ändert sich auch insoweit nichts, als der Rechtsträger in der neuen Rechtsform als Personenhandelsgesellschaft nicht selbst Träger des Unternehmensvermögens sein kann, sondern dieses den Gesellschaftern zur gesamten Hand zusteht (BFH, Beschluss vom 4.12.1996, II B 116/96, BFHE 181, 349, BStBl 1997 II, 661, m. w. N.; *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, Umwandlungsgesetz/Umwandlungssteuergesetz, 3. Aufl., § 190 UmwG Rdnr. 6).

Als Folge des Formwechsels werden allerdings öffentliche Register wie z. B. das Grundbuch, wenn zum Vermögen des bisherigen Rechtsträgers Grundstücke gehören, unrichtig, so

dass das Grundbuch zu berichtigen ist (*Vossius*, a. a. O., § 190 UmwG Rdnr. 90; *Eckert*, ZIP 1998, 1951).

b) Sofern keine abweichenden Sonderregelungen bestehen, sind diese zivilrechtlichen Vorgaben des Umwandlungsrechts auch maßgebend für das Steuerrecht (BFHE 181, 349, BStBl 1997 II, 661, zur Bindung an das Umwandlungsrecht bei der Grunderwerbsteuer, und BFHE 145, 110, BStBl 1986 II, 230, zur Rechtswirksamkeit eines noch an die Gesellschaft unter der Firma der alten Rechtsform gerichteten Bescheids) und ebenso für das Zulagenrecht (*Jasper/Sönksen/Rosarius*, Investitionsförderung Handbuch, § 1 InvZulG 1996 Rdnr. 27 und 28; vgl. BFH, Urteil vom 7.4.1989, III R 54/88, BFHE 157, 270, BStBl 1989 II, 805, zum Anspruch auf Investitionszulage im Falle einer Verschmelzung). Im Streitfall ist daher trotz der Umwandlung von einer GmbH in eine KG kein Rechtsträgerwechsel anzunehmen.

Diese Rechtsauffassung wird dadurch bestärkt, dass zulagenrechtlich die Personengesellschaft als solche – soweit es sich um eine Mitunternehmerschaft i. S. des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 3 des Einkommensteuergesetzes (EStG) handelt – anspruchsberechtigter und antragsberechtigter (§ 1 Abs. 1 Satz 2, § 5 Abs. 2 Satz 2 InvZulG 1996; BFHE 194, 294, BStBl 2001 II, 316, unter II. 2. a der Gründe, m. w. N.).

c) Das InvZulG knüpft ferner an gewerberechtliche Vorgaben, wie die Eintragung in die Handwerksrolle, an. Die erhöhte Investitionszulage wird grundsätzlich nur gewährt, wenn der Anspruchsberechtigte zum Zeitpunkt der Investition in die Handwerksrolle eingetragen war oder zumindest schon die Eintragung beantragt hatte (Senatsurteil vom 12.11.1996, III R 17/96, BFHE 182, 230, BStBl 1998 II, 29). Wegen der Identität des Rechtsträgers reicht es bei einer formwechselnden Umwandlung von einer GmbH in eine GmbH & Co. KG aber aus, dass die GmbH zum Zeitpunkt der Investition in die Handwerksrolle eingetragen ist und die Eintragung der KG später folgt. Diese – dem umwandlungsrechtlichen Identitätsprinzip Rechnung tragende – Auslegung des § 5 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 a InvZulG 1996 ist auch mit den gewerberechtlichen Vorschriften vereinbar.

aa) Die Auswirkungen des Formwechsels einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft auf öffentlich-rechtliche Erlaubnisse werden, soweit sie höchstpersönlich und personenbezogen sind, unterschiedlich beurteilt (vgl. Darstellung bei *Eckert*, ZIP 1998, 1950 f., sowie *Gaiser*, DB 2000, 361).

Im Gewerberecht können, soweit keine anderweitigen speziellen Regelungen bestehen, nur natürliche oder juristische Personen Gewerbetreibende sein (BVerwG, Urteil vom 24.11.1992, 1 C 9/91, BVerwGE 91, 186, 190, m. w. N.). Gemäß § 7 Abs. 4 Satz 1 HwO wird eine juristische Person in die Handwerksrolle eingetragen, wenn der Betriebsleiter die Voraussetzungen für die Eintragung in die Handwerksrolle erfüllt. Hingegen wird nach § 7 Abs. 4 Satz 2 HwO eine Personengesellschaft in die Handwerksrolle eingetragen, wenn für die technische Leitung ein persönlich haftender Gesellschafter verantwortlich ist, der die Voraussetzungen für die Eintragung in die Handwerksrolle erfüllt.

Eine GmbH & Co. KG, deren alleinige Komplementärin eine GmbH ist, ist aber nach dem Urteil des BVerwG vom 26.4.1994, 1 C 17/92 (BVerwGE 95, 363, m. w. N.), wegen der für sie geltenden Haftungsbeschränkung handwerksrechtlich wie eine juristische Person zu behandeln. Sie ist daher entsprechend § 7 Abs. 4 Satz 1 HwO in die Handwerksrolle einzutragen, wenn der von ihr bestellte Betriebsleiter die Voraussetzungen für die Eintragung erfüllt.

bb) Im umwandlungsrechtlichen Schrifttum wird im Hinblick auf den identitätswahrenden Charakter des Formwechsels übereinstimmend die Ansicht vertreten, öffentlich-rechtliche Erlaubnisse und Genehmigungen blieben grundsätzlich auch nach dem Formwechsel erhalten (vgl. *Eckert*, ZIP 1998, 1951, mit Nachweisen in Fn. 19; *Gaiser*, DB 2000, 362, m. w. N.). Differenziert wird indes bezüglich solcher Erlaubnisse, die nur Unternehmen mit bestimmter Rechtsform erteilt werden können oder die, wie die Eintragung in die Handwerksrolle gemäß § 7 HwO, personenbezogen sind (vgl. *Vossius*, a. a. O., § 20 UmwG Rdnr. 252 und 253 m. w. N.; *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, a. a. O., § 20 UmwG Rdnr. 68 und 69; *Laumann* in *Goutier/Knopf/Tulloch*, Kommentar zum Umwandlungsrecht, 1990, § 202 UmwG Rdnr. 16, sowie *Bermel* in *Goutier/Knopf/Tulloch*, a. a. O., § 20 UmwG Rdnr. 36; *Meister/Klöcker* in *Kallmeyer*, Umwandlungsgesetz, 2. Aufl. 2001, § 202 Rdnr. 20; *Marsch-Barnier* in *Kallmeyer*, a. a. O., § 20 Rdnr. 26; *Decher* in *Lutter*, Umwandlungsgesetz, Band II, 2000, § 202 Rdnr. 38).

cc) Der Streitfall erfordert keine generelle Entscheidung über Vor- oder Nachrang des Umwandlungsrechts gegenüber dem Gewerberecht. Jedenfalls bei einem Formwechsel von einer Kapitalgesellschaft in eine GmbH & Co. KG, deren einzige Komplementärin eine GmbH ist, bleibt die Erlaubnis zum selbständigen Betrieb eines Handwerks bestehen. Die Handwerksrolle wird lediglich berichtet, wenn der neue Rechtsträger der Handwerkskammer die Umwandlung anzeigt und einen entsprechend qualifizierten handwerklichen Betriebsleiter benennt (vgl. *Vossius*, a. a. O., § 20 UmwG Rdnr. 252, 253; *Grunewald* in *Lutter*, a. a. O., Band I, 2000, § 20 Rdnr. 8; *Kübler* in *Semler/Stengel*, Umwandlungsgesetz, 2003, § 202 Rdnr. 11 und 17).

Der Gesetzgeber wollte mit dem novellierten UmwG 1995 Umstrukturierungen von Unternehmen erleichtern. Führt der bloße Wechsel der Rechtsform trotz rechtlicher und wirtschaftlicher Identität des Rechtsträgers zum Verlust personenbezogener Erlaubnisse, so liefe dies der Zielsetzung des geänderten Umwandlungsrechts, insbesondere den Rechtswirkungen eines Formwechsels (vgl. § 202 UmwG 1995), zuwider.

Ist eine GmbH & Co. KG, deren einzige Komplementärin eine GmbH ist, wie eine juristische Person als Gewerbetreibende in die Handwerksrolle eintragungsfähig und hat sie – wie im Streitfall – einen qualifizierten Betriebsleiter bestellt, bestehen auch im Zulagenrecht keine sachlichen Gründe, die erhöhte Investitionszulage materiell-rechtlich von der formal richtigen Eintragung der GmbH & Co. KG als Handwerksbetrieb abhängig zu machen.

Die Rechtsprechung des Senats, dass nur der zum Zeitpunkt der Investition in die Handwerksrolle eingetragene Investor Anspruch auf die erhöhte Investitionszulage hat, bezieht sich auf Sachverhalte, in denen der Anspruchsberechtigte bisher noch nicht als Handwerksbetrieb in die Handwerksrolle eingetragen war. Hiermit ist eine formwechselnde Umwandlung des anspruchsberechtigten Rechtsträgers nicht vergleichbar. Auch hat der Senat in Fällen der Betriebsaufspaltung die Eintragung des Betriebsunternehmens in die Handwerksrolle im Wege der sog. Merkmalsübertragung dem Besitzunternehmen zugerechnet und dem investierenden Besitzunternehmen die erhöhte Zulage gewährt, ohne dass es eingetragen war (vgl. BFH, Urteile vom 28.1.1999, III R 77/96, BFHE 188, 194, BStBl II, 610; vom 28.1.1999, III R 13/97, BFH/NV 1999, 1378).

## STANDESNAHRICHTEN

### Personaländerungen

#### 1. Ehrungen/Ehrenämter:

Herrn Notariatsrat i. N. Walfried Weber, Kaiserslautern (Notarstellen Pres/Jacob), wurde am 28.7.2004 das Verdienstkreuz am Bande des Verdienstordens der Bundesrepublik Deutschland verliehen.

#### 2. Amtsniederlegung nach § 48 b BNotO

Mit Wirkung vom 1.3.2005:

Notar Dr. Robert Sieghörtner, Roth

#### 3. Verstorben:

Notar a. D. Dr. Josef Geiger, Fürstenfeldbruck, verstorben am 16.12.2004

#### 4. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.12.2004:

Ludwigsstadt	der Notarassessorin Sylvia Rosendorfer, geb. Rundel (bisher in München, Notarstellen Prof. Dr. Geimer/ Dr. Graf v. Stosch)
--------------	--

Mit Wirkung vom 31.12.2004:

Traunstein (in Sozietät mit Notar Wolfgang Zahnbrecher)	dem Notar Timm Jenewein (bisher in Rotthalmünster)
---	--

Mit Wirkung vom 1.1.2005:

Ochsenfurt (in Sozietät mit Notar Dr. Martin Dörnhöfer)	dem Notarassessor Dr. Michael Eigner (bisher in Augsburg, Notarstellen Hösle/Dr. Grafberger)
---	--

Riedenburg	dem Notarassessor Holger Freitag (bisher in Hof, Notarstelle Dr. Krauß)
------------	--

Mit Wirkung vom 1.2.2005:

Greding	dem Notarassessor Tobias Fembacher (bisher in München, Notarkasse A. d. ö. R.)
---------	---

München (in Sozietät mit Notar Dr. Rolf-Peter Weinberger)	dem Notar Dieter Ellert (bisher in Rosenheim)
---	---

München (neuerrichtete Notarstelle in Sozietät mit Notar Dieter Ellert)	dem Notar Dr. Rolf-Peter Weinberger (bisher in Eltmann)
--	---

Mit Wirkung vom 1.7.2005:

Hilpoltstein	der Notarassessorin Dr. Margit Twehues (bisher in Eichstätt, Notarstellen Dr. Schneider/ Dr. Philipp)
--------------	---

#### 5. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.1.2005:

Christian von Köckritz, Kempten (Notarstellen Dr. Pfisterer/  
Haasen)

Mit Wirkung vom 1.2.2005:

Eva Christine Gebel, Bad Bergzabern (Notarstelle Dr. Endrulat)

Markus Vierling, Trostberg (Notarstellen Lehnert/Mehler)

Lucas Wartenburger, Prien am Chiemsee (Notarstellen  
Dr. v. Daumiller/Dr. Rieger)

#### 6. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Mit Wirkung vom 1.2.2005 ist die Verbindung von Notar Alfons Jungsberger und Notar a. D. Dr. Helmut Wirner als Notariatsverwalter in München zur gemeinsamen Berufsausübung beendet.

Notarassessor Bernhard Gleißner, Amberg (Notarstelle Dr. Frank), ab 1.1.2005 in München (Notarstellen Dr. Kopp/  
Benesch)

Notarassessor Dr. Andreas Nachreiner, München (Notarstellen Dr. Gebhard/Rüth), ab 1.2.2005 in München (Notarstelle Jungsberger)

Oberinspektorin i. N. Heike Büttner, Schwabmünchen (Notarstelle Dr. Pauker), ab 1.1.2005 in Schwabmünchen (Notarstellen Dr. Fronhöfer/Dr. Weigl)

Inspektorin i. N. Theresa Ballis, Rain am Lech (Notarstelle Olshausen), ab 1.3.2005 in Wertingen (Notarstelle Senft)

Oberinspektor i. N. Bernd Modlmair, Ingolstadt (Notarstellen Dr. Schmalzl/Blomeier), ab 1.3.2005 in Rain am Lech (Notarstelle Olshausen)

Inspektorin i. N. Tanja Stöger, Passau (Notarstellen Prof. Dr. Reimann/Dr. Westermeier), ab 1.4.2005 in Freising (Notarstellen Schmidl/Schmidl)

#### 7. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung vom 1.1.2005:

*Zum Notariatsrat i. N. (VerGr. Iia BAT):*

Manfred Legl, München (Notarkasse, Prüfungsabteilung)

Werner Pöhlmann, Augsburg (Notarstelle Dr. Koch)

*Zum Oberamtsrat i. N. (VerGr. Iia BAT):*

Alois Brunn, Passau (Notarstelle Dr. Krafka)

Franz Heitzer, München (Notarkasse, Prüfungsabteilung)

Günther Neugebauer, Ingolstadt (Notarstellen Dr. Ott/  
Dr. Wegmann)

Johann Obermeier, München (Notarkasse, Prüfungsabteilung)

Thomas Strauß, München (Notarkasse, Prüfungsabteilung)

Wilfried Streidl, Augsburg (Notarstellen Albrecht/Kammer)

*Zum Amtsrat i. N./zur Amtsrätin i. N. (VerGr. III BAT):*

Oskar Abbold, München (Notarstellen Dr. Eckhardt/Spoerer)

Edgar Blaha, Augsburg (Notarstellen Höhle/Dr. Grafberger)

Gerhard Luff, Weissenburg (Notarstelle Stigler)

Alois Megele, Ansbach (Notarstellen Dr. Anderle/Thoma)

Leonhard Pröbstl, Weilheim (Notarstellen Dr. Drasch/Klöcker)

Renate Scherbaum, München (Notarstellen Dr. Asam/Thiede)

Peter Wagner, München (Notarkasse, Prüfungsabteilung)

Herbert Winzinger, Nürnberg (Notarstellen Dr. El-Gayar/Dr. Schrenk)

*Zum Amtmann i. N./zur Amtfrau i. N. (VerGr. IVa BAT):*

Jörg Hörchner, Nürnberg (Notarstellen Wacker/Dr. Wahl)

Jürgen Kasper, München (Notarstellen Dr. Gebhard/Rüth)

Burkhard Klein, Kitzingen (Notarstellen Dr. Schmied/Dr. Münch)

Johann März, Traunstein (Notarstelle Gruner)

Franz Ostermaier, München (Notarstelle Dr. Schuck)

Iris Schenk, München (Notarstellen Dr. Eckhardt/Spoerer)

Hubert Schütz, Regensburg (Notarstellen Ziegler/Dr. Mayer)

Rainer Söhnlein, Fürth (Notarstelle Angermaier)

Roland Wiedenmann, Friedberg (Notarstellen Dr. Nawratil/Deutrich)

*Zum Oberinspektor i. N./zur Oberinspektorin i. N. (VerGr. IVb BAT):*

Agnes Bolka, Edenkoben (Notarstelle Dr. Köster)

Martin Cornelius, Rockenhausen (Notarstellen Schneider/Dr. Schmidt)

Silke Emser, Hof (Notarstellen Dr. Selbherr/Kapfer)

Markus Holy, Kaufbeuren (Notarstelle Lang)

Marcel Kloos, München (Notarstelle Dr. Schaub)

Peter Klotz, Fürstenfeldbruck (Notarstellen Dr. von Bary/Dr. Buchta)

Helga Mäckl, Hemau (Notarstelle Brödel)

Manuela Petry, Ludwigshafen (Notarstellen Dr. Wilke/Dr. Pohl)

Werner Schwarz, Nabburg (Notarstelle Dr. Wiedemann)

Albert Schwertfirm, Pfaffenhofen a. d. Ilm (Notarstellen Dr. Bleutge/Saalfeld)

Peter Woll, Kaiserslautern (Notarstellen Pres/Jakob)

Markus Zöllner, Neustadt a. d. Weinstraße (Notarstelle Fuchs)

## 8. Ausgeschiedene Angestellte:

Amtsrat i. N. Manfred Köppelle, Nördlingen (Notarstelle Dr. Lotter), ab 1.1.2005 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Johann Riepl, Regensburg (Notarstellen Dr. Sauer/Dr. Thalhammer), ab 1.1.2005 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Wolfgang Hartinger, Freising (Notarstellen Schmid/Schmid), ab 1.2.2005 im Ruhestand

Notariatsoberrat i. N. Herbert Brand, Würzburg (Notarstellen Friedrich/Dr. Limmer), ab 1.4.2005 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Johann Hilz, Freising (Notarstelle Ruckerl), ab 1.4.2005 im Ruhestand

Amtmann i. N. Josef Gigl, Miesbach (Notarstellen Dr. Kirchner/Dr. Gerstner), ab 1.5.2005 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Utho Speth, Kronach (Notarstellen Dr. Thum/Büschel), ab 1.5.2005 im Ruhestand

## Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Mühdorf a. Inn, Notarstellen Otto Buchmaier/Hannes Weishäupl, ab sofort weiteres Telefon 08631 1853310, 1853311

Bad Berneck i. Fichtelgebirge, Notarstelle Daniel Siebenhaar, Telefon 09273 50068-0, Fax 09273 500689

Dillingen, Notarstelle Dr. Jorden, E-Mail: notariat.dillingen@web.de

Ludwigshafen, Notarstellen Dr. Wilke/Dr. Pohl, E-Mail: wilke.pohl@notarnet.de

München, Notarstellen Dieter Ellert/Dr. Rolf-Peter Weinberger, Leopoldstraße 11a /II, 80802 München, Telefon 089 210203-0, Fax 089 21020310, E-Mail: info@notareleo11muc.de

Nürnberg, Notarstellen Dr. Steiner/Dr. Kornexl, Hauptmarkt 1, 90403 Nürnberg

Moosburg a. d. Isar, Notarstelle Birgit Birnstiel, Schäfflerstraße 12 a, 85368 Moosburg a. d. Isar

München, Notarstellen Kelch/Dr. Keller, Gleichmannstraße 6/II, 81241 München, E-Mail: notare@keller-kelch.de, Homepage: www.notare.keller-kelch.de

München, Notarstellen Herbert Oberseider/Franz Ruhland, E-Mail: info@notare-oberseider-ruhland.de

Schriftleiter: Notarassessor Dr. Markus Krebs, Ottostraße 10, 80333 München

ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, mittbaynot@notarkasse.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 46 € zuzüglich Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 12 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an: Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.

## SONSTIGES

### Veranstaltungen des DAI

- |   |  |
|---|--|
| <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Dritte Gesellschaftsrechtliche Jahrestagung<br/>(Crezelius, Mayer, Priester, Raupach, Röhrich)<br/>4.–5.3.2005 in Hamburg</li> <li>2. Intensivkurs Überlassungsvertrag<br/>(Amann, Mayer)<br/>11.–12.3.2005 in Bremen</li> <li>3. Erbbaurecht in der notariellen Praxis<br/>(Albrecht, Eichel)<br/>22.4.2005 in Kiel</li> </ol> | <ol style="list-style-type: none"> <li>4. Die Immobilie im Zivil- und Steuerrecht<br/>(Spiegelberger, Spindler, Wälzholz)<br/>5.–7.5.2005 in Fischbachau</li> </ol> <p><b>Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare.</b> Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.</p> |
|---|--|

### Neuerscheinungen

- |   |  |
|---|--|
| <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Frank/Wachter (Hrsg.): Immobilienrecht in Europa. C. F. Müller, 2004. 1 717 S., 159 €</li> <li>2. Geimer: Internationales Zivilprozessrecht. 5., neu bearb. u. erw. Aufl., O. Schmidt, 2005. 1 522 S., 178 €</li> <li>3. Gustavus: Handelsregister-Anmeldungen. 6. Aufl., O. Schmidt, 2005. 371 S., 39,80 €</li> <li>4. Kandler: Formbedürftigkeit von Vollmachten. Duncker &amp; Humblot, 2004. 325 S., 82 €</li> <li>5. Kruis: Das italienische internationale Erbrecht. Beck, 2005. 331 S., 50 €</li> <li>6. Langenfeld/Günther: Grundstückszuwendungen zur lebzeitigen Vermögensnachfolge. 5. Aufl., O. Schmidt, 2004. 339 S., 64,80 €</li> <li>7. Osterburg: Das Notariat in der DDR – Aufgaben, Funktion, Ausbildung, Herkunft und Kontrolle der Notare. O. Schmidt, 2004. 258 S., 59,80 €</li> </ol> | <ol style="list-style-type: none"> <li>8. Roemer: Die Formbedürftigkeit der Aufhebung und Änderung von Verträgen im Sinne des § 311 b Abs. 1 BGB (§ 313 BGB a. F.). O. Schmidt, 2004. 171 S., 48 €</li> <li>9. Stadler: Das Nachbarrecht in Bayern. 7., überarb. Aufl., Boorberg, 2004. 332 S., 19,50 €</li> <li>10. Stoye-Benk: Handbuch Umwandlungsrecht. C. F. Müller, 2005. 316 S., 65 €</li> <li>11. Waldner: Eheverträge, Scheidungs- und Partnerschaftsvereinbarungen für die notarielle und anwaltliche Praxis. 2., überarb. Aufl., E. Schmidt, 2004. 179 S., 29,80 €</li> <li>12. Wegmann: Ehegattentestament und Erbvertrag. 3., neu bearb. Aufl., Beck, 2004. 185 S., 16 €</li> </ol> |
|---|--|





Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München  
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F

## Bestellschein für den Streifzug durch die Kostenordnung und die Bäuerle-Tabelle\*)

Ich bestelle

\_\_\_\_\_ Exemplare des Streifzuges durch die Kostenordnung (6. Auflage 2005)  
zum Preis von je 19,90 € (inkl. 7 % USt) zuzüglich Versandkosten;

\_\_\_\_\_ Exemplare der Bäuerle-Tabelle zum Preis von 6,50 € (inkl. 7 % USt)  
zuzüglich Versandkosten.

\_\_\_\_\_  
Datum, Unterschrift

\*) Bereits bestellte Bäuerle-Tabellen werden *ohne* erneute Bestellung versandt.

## Bestellschein für ein Abonnement der **MittBayNot**

Ich bestelle die **MittBayNot** in jährlich sechs Heften zum Preis von 46 € pro Jahr zuzüglich Versandkosten. Der Bezug beginnt **rückwirkend** zum Beginn des heute laufenden Jahres, sodass die in diesem Jahr bereits erschienenen Hefte nachgeliefert werden.

Der Bezugspreis einschließlich Versandkosten wird in einem Betrag am 1. Juli jedes Jahres in Rechnung gestellt. Das Abonnement ist kündbar bis spätestens 15. November (Zugang schriftlich oder per Telefax bei der Schriftleitung) zum Ende eines jeden Kalenderjahres.

\_\_\_\_\_  
Datum, Unterschrift



Absender:

---

---

---

---

Landesnotarkammer Bayern  
Schriftleitung der **MittBayNot**  
Ottostraße 10/III  
**80333 München**



Absender:

---

---

---

---

Notarkasse A. d. ö. R.  
Ottostraße 10/III  
**80333 München**