

# DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

17/1995 · September 1995

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ZPO § 794 Abs. 1 Nr. 5, § 726; MaBV §§ 3, 12; AGBG § 11 Nr. 2, 15, § 9 -  
Zwangsvollstreckungsunterwerfung mit Nachweisverzicht im Bauträgervertrag

#### Rechtsprechung

ABGB §§ 3, 6; WEG § 31 - Time-sharing von Ferienwohnungen im Treuhandmodell

BayGO Art. 75; GBO §§ 19, 29 - Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes wegen

Verstoßes gegen ein kommunalrechtliches Veräußerungsverbot

BGB § 883 Abs. 1 S. 2; SächsGemO § 90 Abs. 3 Nr. 1 - Eintragung einer Auflassungsvormerkung trotz fehlender rechtsaufsichtlicher Genehmigung

#### Aktuelles

Die Einheitswertbeschlüsse des Bundesverfassungsgerichts

#### Literatur

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

#### ZPO § 794 Abs. 1 Nr. 5, § 726; MaBV §§ 3, 12; AGBG § 11 Nr. 2, 15, § 9 Zwangsvollstreckungsunterwerfung mit Nachweisverzicht im Bauträgervertrag

##### I. Sachverhalt

In einem Bauträgervertrag unterwirft sich der Käufer - mehrere Personen als Gesamtschuldner - wegen aller in dem Vertrag eingegangenen Zahlungsverpflichtungen zur Zahlung bestimmter Geldbeträge samt Zinsen der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde. Der Verkäufer soll jederzeit - jedoch ohne Veränderung der Beweislast - berechtigt sein, sich vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde erteilen zu lassen.

##### II. Frage

Ist eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung mit bzw. ohne Nachweisverzicht in einem Bauträgervertrag zulässig?

##### III. Rechtslage

Die Erklärung der Zwangsvollstreckungsunterwerfung gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO soll der erleichterten Durchsetzung des Zahlungsanspruchs des Bauträgers dienen. Für den Fall des Zahlungsverzuges des Käufers soll sichergestellt werden, daß die Ansprüche des Bauträgers schnell und effektiv, insbesondere ohne vorhergehendes Klageverfahren, durchgesetzt werden können. Nach § 726 ZPO setzt die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung der Urkunde durch den Notar voraus, daß der Nachweis der Fälligkeit durch öffentliche Urkunden geführt wird. Nach § 3 Abs. 2 MaBV richtet sich die Fälligkeit der einzelnen Raten nach dem erreichten Bautenstand; der erreichte Bautenstand kann jedoch nicht in öffentlicher Form

nachgewiesen werden. Es stellt sich daher die Frage, ob der Käufer auf diese schützende Bestimmung wirksam verzichten kann. Im Falle des - wirksamen - Nachweisverzichts hätte sich der Käufer gegen eine unberechtigte Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde durch Vollstreckungsgegenklage gem. § 767 ZPO zur Wehr zu setzen. **In der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte wurde die Zulässigkeit einer Zwangsvollstreckungsunterwerfung mit uneingeschränktem Nachweisverzicht in jüngster Zeit wiederholt verneint** (vgl. zuletzt OLG Hamm DNotI-Report 1995, 70). Der BGH hat zu dieser Frage bislang noch nicht Stellung genommen. 1992 (BGHZ 118, 229 ff.) hat der BGH die Frage, ob eine Unterwerfungserklärung in einem notariellen Bauträgervertrag, die ohne Nachweis der Kaufpreisfälligkeit mit der Vollstreckungsklausel versehen werden darf, wirksam oder wegen eines Verstoßes gegen die MaBV oder das AGBG unwirksam ist, ausdrücklich offengelassen.

1. Bauträgerverträge unterfallen nach überwiegender Meinung dem Anwendungsbereich des AGBG (zuletzt BGH NJW 1995, 1675 f.; vgl. Bast, Der Bauträgervertrag, 2. Aufl. 1995, Rz. 3 ff.; Schmidt, in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. 4 Halbbd. 1, 3. Aufl. 1992, I. 30 Rz. 6). Einigkeit scheint weiter darüber zu bestehen, daß die Erklärung der Zwangsvollstreckungsunterwerfung trotz ihres einseitigen prozessualen Charakters den Vorschriften des AGBG unterliegt (LG München I, Urt. v. 21.2.1995, Az. 50603/95; kritisch Wolfsteiner, Die Zwangsvollstreckung findet aus Urkunden statt, DNotZ 1990, 531 ff., 547 f.; Münch, Die Beweislastverteilung bei der Vollstreckungsgegenklage, NJW 1991, 795 ff., 798; MünchKomm-Kötz, 3. Aufl. 1993, AGBG § 1 Rz. 4; Soergel/Stein, 12. Aufl. 1991, AGBG § 1 Rz. 8; Wolf, in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 3. Aufl. 1994, § 1 Rz. 10, § 9 Rz. G 209 m. w. N., § 11 Nr. 15 Rz. 24). Unter dem **Gesichtspunkt der Beweislast(umkehr)** wird teilweise auf das Klauselerteilungsverfahren, überwiegend aber auf das der Vollstreckungsgegenklage abgestellt.

a) **Ein Teil der Rechtsprechung erblickt in der fraglichen Klausel eine unzulässige Beweislastverschiebung im Klauselerteilungsverfahren nach § 726 ZPO.** Die Rechte des Schuldners würden durch den Nachweisverzicht (faktisch) ausgeschlossen.

aa) Das *OLG Nürnberg* (NJW-RR 1990, 1467 f.) sieht es als gesetzlichen Regelfall an, daß der Werkunternehmer die Fälligkeit der einzelnen Raten beweisen muß, soweit Teilbeträge des Werkunternehmerlohnes vor der Abnahme fällig werden sollen. § 726 Abs. 1 ZPO bestimme hierzu, daß in einem solchen Fall eine vollstreckbare Ausfertigung einer notariellen Urkunde nur erteilt werden dürfe, wenn der Fälligkeitsnachweis durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden geführt werde. **Die Abbedingung dieser Bestimmung sei zwar in einer Einzelvereinbarung, nicht jedoch in Form einer allgemeinen Geschäftsbedingung zulässig** (NJW-RR 1990, 1468.). Auch das *OLG Stuttgart* (BWNotZ 1993, 148 f.) stellt darauf ab, daß der Bauträger gemäß § 726 ZPO i.V.m. §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 795 ZPO die Fälligkeit der geltend gemachten Ansprüche durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachweisen müsse; die Vollstreckungsunterwerfung mit Nachweisverzicht enthebe den Bauträger nicht nur der Notwendigkeit solcher Beweisführung, sie verwehre darüber hinaus dem Schuldner sogar einen Gegenbeweis; darin liege eine Änderung der Beweislast zum Nachteil des anderen Vertragsteils, zumal für eine solche schon der Versuch des Verwenders genüge, die Beweisposition des Kunden zu verschlechtern.

Nach Ansicht des *LG München II* (DNotZ 1990, 574 ff.) ist das Klauselerteilungsverfahren dagegen mit einem formalisierten Beweisverfahren ausgestattet, in dem der Schuldner nicht gehört werden müsse, sondern ein einseitiger Urkundenbeweis des Gläubigers gefordert werde. Der Nachweisverzicht erlege dem Schuldner deshalb auch nicht die Beweislast für Umstände auf, die im Verantwortungsbereich des Bauträgers lägen. Das *LG Mönchengladbach* (NJW-RR 1991, 696) kommt im Wege des Vergleichs der Beweislastverteilung bei Nachweisverzicht mit der Beweislastregel des dispositiven Rechts zu dem Ergebnis, daß der Nachweisverzicht dem Bauträger die Beweisführung zwar erleichtere, ohne aber dem Schuldner einen Beweis aufzubürden oder zu erschweren.

bb) **In der Literatur** (vgl. Basty, Zwangsvollstreckungsunterwerfung in Bauträgerverträgen, MittBayNot 1992, 311 ff., 311; ders., Der Bauträgervertrag, a.a.O., Rz. 276; Rastätter, Zur Zulässigkeit des Verzichts auf den Nachweis der die Fälligkeit begründenden Tatsachen bei notariellen Vollstreckungsunterwerfungsklauseln, NJW 1991, 392 ff., 394; Kniffka, Zur Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus Unterwerfungserklärungen in Bauträgerverträgen, ZfBR 1992, 195 ff., 197) **wird dem Nachweisverzicht im Klauselerteilungsverfahren überwiegend keine beweislastverschiebende Bedeutung beigemessen** - die Verzichtsklausel bestimme den Inhalt des Vollstreckungstitels und entziehe ihn von vornherein dem Anwendungsbereich des § 726 ZPO; eine Veränderung der Beweislast in diesem Verfahren komme deshalb nicht in Betracht (vgl. zur Bedeutung der Verzichtsklausel auch Münch NJW 1991, 801).

b) Unabhängig davon ist die Wirkung des Nachweisverzichts auf das Verfahren der **Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 ZPO** zu würdigen.

aa) Der *BGH* (NJW 1981, 2756 f.) hat anlässlich einer (individuellen) Grundpfandrechtsbestellung mit Erklärung der Zwangsvollstreckung unter Nachweisverzicht entschieden, daß der Gläubiger im Klauselerteilungsverfahren ohne entsprechende Vereinbarung das Entstehen der Forderung hätte nachweisen müssen, da sich aus der Urkunde selbst ergeben habe, daß der Entstehungsbestand für die Forderung noch nicht verwirklicht gewesen sei; habe sich der Schuldner aber vorhandener Verteidigungsmöglichkeiten im Klauselerteilungsverfahren freiwillig begeben, so sei es angemessen, ihn auch für die Vollstreckungsgegenklage von der Beweislast für Einwendungen, mit der er sich gegen den Vollstreckungstitel wendet, nicht zu entbinden.

bb) Mit Rücksicht auf diese Entscheidung des BGH wird die Vollstreckungsunterwerfung mit - uneingeschränktem - Nachweisverzicht in Bauträgerverträgen teilweise (LG München I, Urt. v. 21.2.1995; LG Waldshut-Tiengen NJW 1990, 192 f.; LG Mainz DNotZ 1990, 567 ff., 569; LG Köln DNotZ 1990, 577 ff.; etwas unklar *OLG Koblenz BauR* 1988, 748 f.) **wegen Verstoßes gegen § 11 Nr. 15 AGBG als unwirksam erachtet**. Für das *LG Mainz* (DNotZ 1990, 567 ff., 569) ergibt sich die Beweislastumkehr im Verfahren nach § 767 ZPO nicht zuletzt aus dem Fehlen eines Zusatzes, wonach im Verfahren der Vollstreckungsgegenklage die Beweislast unverändert beim Gläubiger liegen soll. Dem schloß sich das *OLG Koblenz* (BauR 1988, 748), allerdings ohne eigene Begründung, an. Auch das *LG Köln* (DNotZ 1990, 579) sieht den Erwerber, der die Fälligkeit bestimmter Kaufpreistraten in Abrede stellt, auf die Möglichkeit der Erhebung der - ungünstigeren - Vollstreckungsgegenklage beschränkt und dafür beweispflichtig, daß der Bauträger seine Leistung noch nicht oder nur mangelhaft erbracht hat. Das *OLG Stuttgart* (BWNotZ 1993, 148 f.) hat dagegen die Frage, ob sich eine Unterwerfungserklärung oder der Nachweisverzicht auf die Beweislast im Rahmen einer Vollstreckungsgegenklage auswirkt, ausdrücklich offengelassen.

Das *OLG Celle* (NJW-RR 1991, 667) sieht den Erwerber zwar in die Rolle des Angreifers nach § 767 ZPO gedrängt; aus dieser Regelung, die allein die Stellung als Prozeßpartei betreffe, ergebe sich jedoch keine dem materiellen Recht zuzuordnende Änderung der Beweislast für die Fälligkeitsvoraussetzungen; das im wesentlichen materiell-rechtliche Institut der Beweislastverteilung werde durch die Parteirolle in einem Prozeß nicht beeinflusst; es sei nicht ersichtlich, inwiefern für eine Klage nach § 767 ZPO eine Ausnahme gelten solle. Diese Ansicht wird vom *OLG Nürnberg* (NJW-RR 1990, 1468) geteilt. Das *OLG Hamm* (DNotZ 1993, 244 ff.) will selbst dann, wenn die streitige Klausel zu einer Änderung der Beweislastverteilung führen würde, einen Verstoß gegen § 11 Nr. 15 AGBG verneinen; die Beweislastumkehr beruhe nicht auf einer unzulässigen rechtsgeschäftlichen Vereinbarung, sondern sei gesetzliche Folge der Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung an sich. Soweit der Schuldner wegen seiner Einwendungen auf den Weg der Zwangsvollstreckungsgegenklage verwiesen werde, beruhe dies auf der Anwendung eines gesetzlich anerkannten Rechtsinstituts, der Unterwerfungser-

klärung; für diese Fälle sei aber anerkannt, daß ein Verstoß gegen § 11 Nr. 15 AGBG nicht vorliege (vgl. BGHZ 99, 274 ff., 285); mit dem BGH könne dann auch in dem vereinbarten Nachweisverzicht lediglich eine Bestätigung dafür gesehen werden, daß die Vertragsparteien die ohnehin durch die Unterwerfungserklärung gegebene Beweislastverteilung auch tatsächlich gewollt hätten. In seinem Urteil vom 10.02.1993 (BauR 1993, 362 ff., 363) hat das *OLG Hamm* seine Auffassung, daß die Zwangsvollstreckungsunterwerfung mit Nachweisverzicht nur die prozessuale Situation, nicht jedoch die materielle Beweislast verändere, ausdrücklich bestätigt. Auch das *LG München II* (DNotZ 1990, 574 ff.) mißt der Unterwerfungserklärung ausschließlich vollstreckungsrechtliche Wirkung bei; für die Vollstreckungsgegenklage betreffend Titel gemäß § 794 Abs. 1 Ziffer 5 ZPO verbleibe es bei der Grundregel der Beweislastverteilung, wonach jede Partei die Behauptungs- und Beweislast dafür trage, daß der Tatbestand der ihr günstigen Rechtsnorm erfüllt sei. Dementsprechend müsse der Bauträger im Verfahren über die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung die anspruchsbegründenden Tatsachen, zu denen die Fälligkeit des Kaufpreises gehöre, glaubhaft machen.

cc) **In der Literatur ist die den Ausgangspunkt der hier skizzierten Rechtsprechung bildende Entscheidung des BGH vom 25.06.1981 (NJW 1981, 2756 f.) überwiegend auf Ablehnung gestoßen.** *Wolfsteiner* (Beweislastumkehr durch Zwangsvollstreckungsunterwerfung?, NJW 1982, 2851 ff.) sieht den Fehler in der Argumentation des BGH darin begründet, daß dieser die Beweislast für eine bestimmte Verfahrensart bestimmen wolle, während doch die Beweislast unstreitig allein durch die materielle Situation und nicht durch die Verfahrenslage bestimmt werde; die Zwangsvollstreckungsunterwerfung verändere die prozessuale, nicht aber die materiell-rechtliche Rechtslage. Auch *Münch* (NJW 1991, 805) erkennt weder in der Vollstreckungsunterwerfung noch in der Verzichtsklausel eine Beweislastüberwälzung auf den klagenden Schuldner hinsichtlich anspruchsbegründender Umstände; die Aufnahme einer vollstreckbaren Urkunde gebe sich als prozessualer Akt (Unterwerfungserklärung) mit prozessualen Inhalt (Anspruch) beweislastneutral; die Vollstreckungsgegenklage bringe materielles Recht unabhängig von der Parteirolle zur Geltung.

Die Kommentarliteratur zur ZPO (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 53. Aufl. 1995, § 767 Rz. 47 und Anh. § 286 Rz. 223; Zöller/Herget, ZPO, 19. Aufl. 1995, § 767 Rz. 11) referiert zumeist lediglich die BGH-Entscheidung (NJW 1981, 2756 f.). Das Schrifttum zum AGBG (Soergel/Stein, a.a.O., § 11 Rz. 163; MünchKomm-Basedow, a.a.O., § 11 Rz. 239; Erman/Hefermehl, 9. Aufl. 1993, § 11 Rz. 6) zitiert die Rechtsprechung zum Bauträgerrecht, ohne sich inhaltlich mit ihr auseinanderzusetzen. Lediglich *Hensen* (Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 7. Aufl. 1993, § 11 Rz. 13) wiederholt die oben aufgeführten Argumente und kommt zu dem Ergebnis, daß erst die Verknüpfung der Unterwerfungsklausel mit der Nachweisverzichtsklausel den Erwerber in das Hintertreffen bringe, so daß zwar nicht die Unterwerfungsklausel, aber die Nachweisverzichtsklausel als unwirksam anzusehen sei.

**Die Ansichten in der Literatur zum Bauträgerrecht sind ebenfalls gespalten; die weit überwiegende Meinung vermag jedoch keinen Verstoß gegen § 11 Nr. 15 AGBG zu erblicken.** Lediglich *Ritzinger* (Die inadäquate Vollstreckungsunterwerfung im Grundstückskaufvertrag, BWNotZ 1990, 25 ff., 27) scheint eine Verletzung des § 11 Nr. 15 AGBG im Anschluß an das Urteil des BGH vom 25.06.1981 (NJW 1981, 2756) zu befürworten, obwohl er andererseits auch der Kritik Wolfsteiners (NJW 1982, 2851 ff.) an dem Urteil folgt. **Überwiegend wird der streitigen Klausel jedoch keine beweislaständernde Wirkung im Verfahren der Vollstreckungsgegenklage beigemessen** (vgl. Basty MittBayNot 1992, 311; ders., Der Bauträgervertrag, a.a.O., Rz. 276; Kutter, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 1992, A II Rz. 69; Kniffka ZfBR 1992, 197, der allerdings aus anderen Gründen zur Unzulässigkeit der Vollstreckungsunterwerfung mit Nachweisverzicht gelangt; Schmidt, in: Münchener Vertragshandbuch, a.a.O., I. 30 Rz. 57 (2) a; Reithmann, Zur Vollstreckungsunterwerfung mit Nachweisdispens, BWNotZ 1990, 88 f.; Reithmann/Meichssner/von Heymann, Kauf von Bauträger, 6. Aufl. 1992, B Rz. 219 ff.; Wolfsteiner DNotZ 1990, 545 ff.). Auch hier wird darauf abgehoben, daß der prozessuale Nachweisverzicht nicht zu einer Änderung der nach materiell-rechtlichen Gesichtspunkten zu bestimmenden Beweislast führen könne. Allerdings **empfiehlt ein Teil des Schrifttums** (Basty, Der Bauträgervertrag, a.a.O., Rz. 276; Schmidt, in: Münchener Vertragshandbuch, a.a.O., I. 30 Rz. 57 (2) a; Reithmann/Meichssner/von Heymann, a.a.O., B Rz. 224; Wolfsteiner NJW 1982, 2853; Kutter, in: Beck'sches Notar-Handbuch, a.a.O., A II Rz. 69) **ausdrücklich klarzustellen, daß durch einen Verzicht auf den Nachweis der die Vollstreckbarkeit begründenden Tatsachen die Beweislast in einem gerichtlichen Verfahren unberührt bleibt.**

2. Unabhängig von der Frage der Beweislastverteilung im Klauselerteilungs- bzw. Vollstreckungsabwehrklageverfahren werden gegen die Vollstreckungsunterwerfung mit Nachweisverzicht zunehmend **unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes Bedenken erhoben, die teils an § 11 Nr. 2 a AGBG, an § 9 AGBG und teils an §§ 3, 12 MaBV i. V. m. § 134 BGB anknüpfen.**

a) *Ritzinger* (BWNotZ 1990, 28) sieht in der Vollstreckungsunterwerfung wegen des Kaufpreises einen bedenklichen, d. h. nicht zu billigen Eingriff in die Entschlußfreiheit des Käufers bei der Geltendmachung der Einrede des nicht oder nicht gehörig erfüllten Vertrages (§ 320 BGB). *Kniffka* (ZfBR 1992, 198) meint ebenfalls, der Erwerber könne den ersten Zugriff auf sein Vermögen nicht verhindern; überwiegende schutzwürdige Interessen des Bauträgers bestünden nicht; die Liquiditätssicherung rechtfertige nicht die überschießende Tendenz der Vertragsgestaltung, die es erlaube, auch in Fällen berechtigter Mängelrügen und unter Verstoß gegen den Schutzzweck der MaBV zu vollstrecken. Auch *Koebler* (Rechtshandbuch Immobilien, Stand Juni 1994, Kapitel 17 Rz. 115 g), der einen **Verstoß gegen § 11 Nr. 15 AGBG** verneint, bejaht einen solchen gegen **§ 11 Nr. 2 AGBG, da die Unterwerfung im Ergebnis dazu führe, daß dem Käufer wegen Mängeln zustehende Zurückbehaltungsrechte unzulässig ausgeschlossen würden.**

Dagegen hält *Basty* (Der Bauträgervertrag, a.a.O., Rz. 278) Bedenken aus § 11 Nr. 2 a AGBG für unbegründet; Leistungsverweigerungsrechte würden nicht eingeschränkt, der Erwerber könne sie in vollem Umfang im Verfahren der Vollstreckungsgegenklage geltend machen.

Trotz der zahlreichen, zur Zulässigkeit der Zwangsvollstreckungsunterwerfung mit Nachweisverzicht vorliegenden Gerichtsentscheidungen liegt ein Urteil, das zu dieser Frage Stellung nimmt, soweit ersichtlich, noch nicht vor.

b) Das *OLG Stuttgart* (BWNNotZ 1993, 148/149) hält es nicht nur für eine Frage der formellen prozessualen Einkleidung, sondern für einen in der Sache wesentlichen Unterschied, ob eine Vollstreckungsklausel erst auf Grund bestimmter Nachweise oder nach einer Klage gemäß § 731 ZPO erteilt werde oder ob eine ohne solche Nachweise erteilte Klausel den Schuldner nötige, seinerseits zu klagen, wobei eine vorläufige Einstellung der Zwangsvollstreckung jedenfalls häufig nur gegen Sicherheitsleistung erfolgen werde und der Schuldner bei bereits durchgeführter Vollstreckung das Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Gläubigers zu tragen habe. Das Gericht siedelt diese Bedenken allerdings bei § 11 Nr. 15 AGBG an, während sie in der Literatur (vgl. *Basty*, Der Bauträgervertrag, a.a.O., Rz. 277; ders. *MittBayNot* 1992, 311 f.; *Kniffka ZfBR* 1992, 197 f.; *Wolfsteiner DNotZ* 1990, 547 ff.; *Ritzinger BWNNotZ* 1990, 28) im Rahmen des § 9 AGBG erörtert werden. Wegen Verstoßes gegen § 9 AGBG i.V.m. §§ 3, 12 MaBV hat das LG München I (Urt. v. 21.2.1995, bislang unveröffentlicht) die Unterwerfungserklärung mit Nachweisverzicht für unwirksam erklärt. Entscheidend sei, daß sich der Erwerber mit der Unterwerfungsklausel zunächst dem u. U. willkürlichen, durch die Einschaltung von Vollstreckungsorganen verstärkten Zahlungsverlangen des Bauträgers ausliefern und sich seine durch die MaBV geschützten Rechte erst durch einen von ihm zu bevorschussenden Rechtsstreit erkämpfen müsse.

Nach Ansicht des *OLG Celle* (NJW-RR 1991, 667) verstößt die Klausel nicht gegen § 9 AGBG, da sich der Erwerber gegen eine Vollstreckung über eine Klage nach § 767 ZPO erfolgreich wehren könne; abgesehen davon, daß er in die Angreiferrolle gedrängt werde, habe er keine nachteiligen Folgen zu tragen. Das *AG Köln* (DNotZ 1990, 580), das ebenfalls der Auffassung ist, der Nachweisdispens verstoße nicht gegen § 9 AGBG, zitiert § 9 und § 11 Nr. 15 AGBG nebeneinander, ohne jedoch einen Verstoß der Klausel gegen § 9 AGBG eigens zu untersuchen.

*Wolfsteiner* (DNotZ 1990, 549) verweist darauf, daß der Bauträger die einzelnen Bauabschnitte vorleisten und vorfinanzieren müsse; würde man ihm in dieser Situation den Vollstreckungszugriff verweigern und ihn auf das Erkenntnisverfahren verweisen, so wäre in vielen Fällen das Synallagma der Vertragsabwicklung empfindlich gestört; der einen Disparität in der Vollstreckbarkeit der Ansprüche stehe eine andere Disparität im Bereich der Vorleistungspflicht und der Verfügbarkeit des Zurückbehaltungsrechts gegenüber.

3. Schließlich wird die Zwangsvollstreckungsunterwerfung mit Nachweisverzicht unter dem Blickwinkel der §§ 3, 12 MaBV i.V.m. § 134 BGB für bedenklich gehalten.

a) Nach Ansicht des *OLG Nürnberg* (Endurteil vom 27.10.1994, das das Urteil des LG Nürnberg vom 21.02.1994 bestätigt; beide Urteile bislang unveröffentlicht) werden durch die Zwangsvollstreckungsunterwerfung mit Nachweisverzicht **die Fälligkeitsregel des § 3 Abs. 2 MaBV und der damit bezweckte Verbraucherschutz aufs schwerste beeinträchtigt**. Dem Bauträger werde durch diese Vertragsbestimmung ein Druckmittel in die Hand gegeben, mit dessen Hilfe er die Fälligkeitsregelung in § 3 Abs. 2 MaBV sowie den damit verbundenen Schutzzweck beeinträchtigen könne. Das *OLG Hamm* begründet in seinem Urteil vom 23.01.1995 (DNotI-Report 1995, 70) **die Unwirksamkeit der Zwangsvollstreckungsunterwerfung mit Nachweisverzicht nach §§ 3, 12 MaBV i.V.m. § 134 BGB damit, daß eine solche Klausel grundsätzlich gegen das an den Bauträger gerichtete Gebot aus § 12 MaBV verstoße, seine Verpflichtung nach § 3 MaBV nicht durch vertragliche Vereinbarungen zu beschränken**. Die Regelung des § 3 MaBV bezwecke den Schutz des Erwerbers vor Vermögensnachteilen durch zweckwidrige Verwendung seiner Vermögenswerte durch den Bauträger. Durch sie werde erreicht, daß dem Bauträger Abschlagszahlungen nur in dem Umfang zufließen, in dem der Erwerber durch dessen Leistung Vermögenswerte in gesicherter Weise erlangt habe. Die mit dem Nachweisverzicht versehene Unterwerfungserklärung dagegen ermögliche einen Zugriff auf Vermögenswerte des Erwerbers, ohne daß die Fälligkeitsvoraussetzungen des § 3 MaBV vorliegen oder nachgewiesen werden müßten. Mit der vollstreckbaren Ausfertigung könne der Bauträger die Zwangsvollstreckung durchführen, ohne daß ihm ein Anspruch zustehe, ohne Vorwarnung und ohne daß dem Erwerber bis dahin rechtliches Gehör gewährt werden müsse. Dies hat das *OLG Hamm* im wesentlichen bereits in seinem Urteil vom 10.02.1993 (BauR 1993, 363) ausgeführt. In diesem Vollstreckungsgegenklageverfahren hatte das Gericht allerdings über die Unwirksamkeit der Zwangsvollstreckungsunterwerfung mit Nachweisverzicht nicht zu entscheiden, da die Unwirksamkeit von den Klägern nicht geltend gemacht worden war. Das Gericht hat damals ausgeführt, daß dem Sicherungsbedürfnis des Erwerbers, der die Fälligkeit der zu vollstreckenden Kaufpreistraten bestreitet, dadurch Rechnung zu tragen sei, daß die Fortsetzung der Zwangsvollstreckung nur gegen Sicherheitsleistung des Bauträgers angeordnet werde (BauR 1993, 363). 1995 sah das *OLG Hamm* darin keine ausreichende Rechtsschutzmöglichkeit mehr: Ausreichende Rechtsschutzmöglichkeiten stünden dem Erwerber gegen ein unberechtigtes Vorgehen des Bauträgers nicht zu; denn der durch die Unterwerfungserklärung mögliche erste Zugriff im Wege der Zwangsvollstreckung sei durch vorbeugenden Rechtsschutz praktisch nicht zu verhindern. Insbesondere sei in §§ 767, 769 ZPO kein sicherer Rechtsbehelf gegeben, eine der MaBV widersprechende endgültige Vermögensverschiebung zu verhindern. Es könne zum Beispiel bei Pfändungs- und Überweisungsbeschlüssen zu einer endgültigen Vermögensverschiebung kommen, wenn der Bauträger eine gepfändete und zur Einziehung überwiesene Forderung sofort einziehe. Auch dürften die Erwerber in der Regel nicht in der Lage sein, die Sicherheit gemäß § 769 ZPO zu leisten, da ihre Kreditmöglichkeiten zumeist durch den Hauserwerb ausgeschöpft seien (so auch LG München I, Urt. v. 21.2.1995). In einem Urteil vom 23.03.1995 (OLG-Report Hamm 1995, 134) hat das *OLG Hamm* allerdings wiederum entschieden, daß im Verfahren der Vollstreckungsgegenklage dem Sicherungsbedürfnis des Erwerbers dadurch Rechnung zu

tragen sei, daß die Zwangsvollstreckung nur gegen Sicherheitsleistung des Bauträgers zu gestatten sei, wenn unstrittig die Fälligkeit der zu vollstreckenden Kaufpreisrate nicht gegeben sei.

b) In der *Literatur* (Kniffka ZfBR 1992, 196 f.; Ritzinger BWNotZ 1990, 30 f.; ohne ausdrückliche Normanknüpfung Klosak, Probleme bei der Anwendung der Bauträgerverordnung in der Praxis, BB 1984, 1125 ff., 1128 f.) wird geltend gemacht, eine derartige Bestimmung ermögliche dem Bauträger den Zugriff auf Vermögenswerte des Erwerbers ohne Einhaltung und Nachweis der Voraussetzungen des § 3 MaBV.

Demgegenüber verweist *Basty* (Der Bauträgervertrag, a.a.O., Rz. 278) darauf, daß die Zahlungsvoraussetzungen gemäß § 3 MaBV nie sämtlich von einem unparteiischen Dritten geprüft würden und der Vollstreckungszugriff nur dann dazu führe, daß der Bauträger entgegen § 3 (oder § 7) MaBV Vermögenswerte des Erwerbers entgegennehme, wenn der Erwerber keine der ihm eröffneten Rechtsschutzmöglichkeiten ergreife; insofern bestehe aber kein Unterschied zu der Situation, daß der Bauträger Leistungen abrufe und der Erwerber zahle, obwohl objektiv die Voraussetzungen der MaBV nicht gegeben seien. Erhebe der Schuldner Vollstreckungsgegenklage, stehe dem Gericht die Möglichkeit des § 769 ZPO offen; in der Regel werde die Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung eingestellt; sie sei keine den Bauträgern nach der MaBV verbotene Entgegennahme von Leistungen. Ein Verstoß gegen die §§ 3, 12 MaBV komme daher letztlich nur in Betracht, wenn der Erwerber sich entweder gegen den Vollstreckungszugriff nicht wehre oder wenn das Vollstreckungsgericht keine der MaBV gerecht werdende Entscheidung treffe.

**4. Nach dem derzeitigen Stand der Diskussion in Rechtsprechung und Literatur** ist, auch solange noch kein Urteil des BGH zu dieser Frage vorliegt, **wohl von der Unzulässigkeit einer Zwangsvollstreckungsunterwerfung mit uneingeschränktem Nachweisverzicht im Bauträgervertrag auszugehen**. Es bleibt abzuwarten, wie ein Gericht über eine Klausel entscheiden wird, wonach die Erteilung der Vollstreckungsklausel davon abhängig gemacht wird, daß der Notar das Vorliegen der allgemeinen Fälligkeitsvoraussetzungen mitgeteilt (oder der Bauträger eine Bankbürgschaft ausgehändigt) hat und ein Sachverständiger den vom Bauträger behaupteten Bautenstand bestätigt hat. Durch eine solche Klausel könnte zumindest den sich aus §§ 3, 12 MaBV erhobenen Bedenken begegnet werden. Offen bleibt allerdings auch bei diesen Einschränkungen ein etwaiger Verstoß gegen § 11 Nr. 2 AGBG bzgl. möglicher Zurückbehaltungsrechte des Käufers.

Gegen das Urteil des OLG Hamm vom 23.01.1995 (DNotI-Report 1995, 70) wurde Revision eingelegt (Az. des BGH: VII ZR 46/95). Mit einer Entscheidung des BGH ist jedoch frühestens Anfang 1996 zu rechnen.

## Rechtsprechung

### ABGB §§ 3, 6; WEG § 31 Time-sharing von Ferienwohnungen im Treuhandmodell

**Eine Formulklausel, durch welche die Eintragung des Käufers eines anteiligen Dauerwohnrechts im Rahmen eines Time-sharing-Vertrages nach § 31 WEG in das Grundbuch ausgeschlossen wird und im Grundbuch ein Dritter als Treuhänder eingetragen bleiben soll, kann als überraschende Bestimmung gem. § 3 AGBG unwirksam sein, läßt dann aber die Wirksamkeit des Kaufvertrages im übrigen unberührt.**

**Ist die Treuhandklausel bei einem solchen Vertrag unwirksam, dann hat der Erwerber einen Anspruch auf Eintragung als Bruchteilseigentümer an dem Dauerwohnrecht. Ein solches Dauerwohnrecht kann mehreren Bewohnern nach Bruchteilen zustehen.**

BGH, Urt. v. 30.06.1995 - V ZR 184/94  
Kz.: L VI 14 - Allg.

#### Problem

Time-sharing oder auch Teilzeiteigentum ist ein neuartiges Vertragsmodell und hat in den letzten Jahren an Beliebtheit gewonnen. Es wird sowohl im In- als auch im Ausland verwendet (vgl. Hildenbrand, Time-Sharing-Verträge in der Rechtspraxis, NJW 1994, 1992 ff.). Die EG-Kommission hat eine EG-Richtlinie über den Erwerb von Teilzeitnutzungsrechten an Immobilien erlassen (vgl. Schomerus, Time-Sharing-Verträge in Spanien im Lichte der EG-Richtlinie, NJW 1995, 359 ff.). Der BGH hatte im Urteil vom 25.02.1994 (DNotZ 1994, 764 ff.) erstmals zur Sittenwidrigkeit von Time-sharing-Verträgen zu urteilen. Darüber hinaus liegen eine Vielzahl von instanz- und obergerichtlichen Urteilen vor, die sich mit Fragen der AGB-Widrigkeit der verschiedenen Time-sharing-Modelle befassen (vgl. OLG Thüringen OLG-NL 1995, 124; LG Detmold EWiR Art. 34 EGBGB, 1/1995; OLG Düsseldorf NJW-RR 1995, 686; LG Hanau NJW 1995, 1100; LG Detmold NJW 1994, 3301; LG Gießen NJW 1995, 406; OLG Frankfurt OLG-Report 2/1995, 15). Der BGH hatte vorliegend über einen **Time-sharing-Vertrag von Ferienwohnungen im Treuhandmodell** zu entscheiden. Gegenstand des Kaufvertrages war ein Wohnrecht an einer Ferienwohnanlage gem. § 31 WEG. Die Käufer sollten einen 1/52-Bruchteil an diesem Dauerwohnrecht erwerben. Allerdings war bestimmt, daß die Käufer nicht in das Grundbuch eingetragen werden sollten, sondern mit der vertraglichen Übernahme der vorgesehenen „Grundbuchtreuhandschaft“ durch die Verwaltungsgesellschaft der Vertrag erfüllt sein sollte.

#### Lösung

Der BGH ist der Auffassung, **daß diese Fallgestaltung der „Grundbuchtreuhandschaft“ im konkreten Fall wegen Verstoßes gegen § 3 AGBG unwirksam sei**. Die Abweichung vom dispositiven Gesetzesrecht (Eintragung der Erwerber im Grundbuch) werde weder drucktechnisch, systematisch noch sonst klar und deutlich hervorgehoben. Der Kunde werde vielmehr durch die mehrfache Betonung des Erwerbers eines Dauerwohnrechtes gem. § 31 WEG - angesichts des Fehlens jeder dinglicher Absicherung - in grober Weise irreführt. Allerdings bleibe gem. § 6 Abs. 1 AGBG der Kaufvertrag im übrigen wirksam und gem. § 6 Abs. 2 AGBG ergäbe sich die Verpflichtung des Verkäufers, den Klägern das verkaufte Recht zu verschaffen, d. h. für die Eintragung des Rechtsübergangs

im Grundbuch Sorge zu tragen. Da im vorliegenden Fall, wenn man von der Grundbuchtreuhanderschaft absieht, Gegenstand des Kaufvertrages Begründung und Eintragung von Bruchteilen an dem Dauerwohnrecht war, ist der BGH der Auffassung, daß dies der Inhalt des Kaufvertrages ohne die unwirksame Klausel sei. Die Käufer hätten danach einen Anspruch auf Eintragung als Bruchteilseigentümer an dem Dauerwohnrecht. Dafür, daß das Rechtsgeschäft seinem gesamten Charakter nach gegen die guten Sitten verstoße, fehlt nach Auffassung des BGH jeder Anhaltspunkt. Der Kaufvertrag hat daher mit seinem geänderten Inhalt weiter Bestand.

#### **BayGO Art. 75; GBO §§ 19, 29**

#### **Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes wegen Verstoßes gegen ein kommunalrechtliches Veräußerungsverbot**

**1. Ein Verstoß einer bayerischen Gemeinde gegen das Verbot, Vermögensgegenstände in der Regel nicht unter ihrem Wert zu veräußern, führt zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts.**

**2. Zum Nachweis dafür, daß ein gemeindliches Grundstück nicht unter Wert veräußert worden ist, genügt in der Regel die schriftliche Feststellung des Vertretungsberechtigten der Gemeinde, daß dies nicht der Fall sei.**

BayObLG, Beschl. v. 22.06.1995 - 2Z BR 42/95

(BayObLGZ 1995 Nr. 41)

Kz.: L VII 2 - Art. 75 BayGO

#### **Problem**

**Nach Art. 75 Abs. 1 S. 2 BayGO darf eine Gemeinde Vermögensgegenstände in der Regel nur zu ihrem vollen Wert veräußern** (vgl. auch § 90 Abs. 1 S. 2 SächsGemO; § 97 Abs. 1 S. 2 Niedersächsische GO; § 90 Abs. 1 S. 2 GO Brandenburg; § 67 Abs. 1 S. 2 Thüringer KO; § 105 Abs. 1 S. 2 GO Sachsen-Anhalt; § 57 Abs. 1 S. 2 KV Mecklenburg-Vorpommern; § 97 Abs. 1 S. 2 Saarländisches KSVG; § 90 Abs. 1 S. 2 GO Nordrhein-Westfalen; § 109 Abs. 1 S. 2 Hessische GO). Daraus ergeben sich die Fragen, ob das Grundbuchamt zur Prüfung, ob ein Verstoß gegen dieses kommunale Veräußerungsverbot vorliegt, berechtigt ist, wie der Nachweis gegenüber dem Grundbuchamt geführt werden kann, daß ein solcher Verstoß nicht vorliegt, und welche Folgen sich für den Kaufvertrag aus einem Verstoß gegen ein kommunales Veräußerungsverbot ergeben.

#### **Lösung**

Das BayObLG hat in seinem Urteil zunächst ausgeführt, daß das **Grundbuchamt von Amts wegen die Verfügungsbefugnis einer bayerischen Gemeinde zu prüfen habe**, wenn diese als Eigentümerin die Auflassung erkläre (so auch BayObLGZ 1983, 85 ff., 88). Das Prüfungsrecht bzw. die Prüfungspflicht des Grundbuchamtes ergebe sich zum einen aus § 19 GBO (Bewilligungsbefugnis, die an die sachenrechtliche Verfügungsbefugnis anknüpft) und zum anderen aus § 20 GBO (Erklärung der Auflassung auf der Veräußererseite durch den Verfügungsbefugten).

Zur Prüfung der Frage, ob eine Veräußerung unter Wert vorliegt, genügt nach Auffassung des BayObLG (im Anschluß an Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 10. Aufl. 1993, Rz. 4078) die schriftliche Feststellung des Ersten Bürgermeisters,

daß dies nicht der Fall sei. Ebenso wie bei der Frage der Entgeltlichkeit der Verfügung eines Testamentsvollstreckers (vgl. BayObLGZ 1969, 278 ff., 283) **genügt die schriftliche Feststellung des Vertretungsberechtigten der Gemeinde, daß keine Veräußerung unter Wert vorliege**. Der Erfahrungssatz, daß die Bestimmungen der Gemeindeordnung in der Regel eingehalten werden, in Verbindung mit der verantwortlichen Erklärung des Bürgermeisters tritt somit im Regelfall an die Stelle eines urkundlichen Nachweises für den grundbuchamtlichen Vollzug, der an sich nach § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO erforderlich wäre. Einen darüber hinausgehenden Nachweis kann das Grundbuchamt erst dann verlangen, wenn greifbare, an bestimmten Tatsachen erhärtete Zweifel bestehen.

**Ein Verstoß gegen Art. 75 Abs. 1 S. 2 BayGO führt nach Auffassung des BayObLG zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes nach § 134 BGB** (so auch Prandl/Zimmermann, Kommunalrecht in Bayern, Stand: Februar 1995, Art. 75 Anm. 6; Widtmann/Grasser, BayGO, 5. Aufl. Stand: Juni 1994, Art. 75 Rz. 12; a. A. Mayer, Die Veräußerung kommunaler Vermögensgegenstände unter Wert, MittBayNot 1994, 65 ff., 70). Im Anwendungsbereich des Art. 75 Abs. 3 S. 1 BayGO war bereits bislang anerkannt, daß die unzulässige Verschenkung und unentgeltliche Überlassung von Gemeindevermögen zur Nichtigkeit der gegen dieses Verbot verstoßenden Verfügung der Gemeinde nach § 134 BGB führe (BayObLGZ 1983, 85 ff., 91; Prandl/Zimmermann, a.a.O., Art. 75 Anm. 13; Widtmann/Grasser, a.a.O., Art. 75 Rz. 12; Mason/Samper, Bayerische Kommunalgesetze, Stand: November 1994, Art. 75 Rz. 7). Nach Auffassung des BayObLG gilt nichts anderes bei einem Verstoß gegen das in Art. 75 Abs. 1 S. 2 GO enthaltene Verbot: Die Veräußerung eines Vermögensgegenstandes durch eine Gemeinde zu einem erheblich unter dem Verkehrswert liegenden Preis sei häufig zugleich eine teilweise unentgeltliche Zuwendung. Zwar sei nicht jede Veräußerung unter Wert eine (gemischte) Schenkung; für eine Gleichstellung beider Tatbestände spreche jedoch die Schwierigkeit der Abgrenzung. Durchgreifende Gesichtspunkte, die bei einem Verstoß gegen das Verbot, Vermögensgegenstände in der Regel nicht unter ihrem Wert zu veräußern, gegen die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes sprächen, seien nicht ersichtlich.

#### **BGB § 883 Abs. 1 S. 2; SächsGemO § 90 Abs. 3 Nr. 1**

#### **Eintragung einer Auflassungsvormerkung trotz fehlender rechtsaufsichtlicher Genehmigung**

**Bedarf ein Vertrag, durch den sich eine Gemeinde zur Veräußerung eines Grundstücks verpflichtet, der Genehmigung durch die Rechtsaufsichtsbehörde, so darf das Grundbuchamt die Eintragung einer Auflassungsvormerkung nicht wegen Fehlens der rechtsaufsichtlichen Genehmigung ablehnen.**

OLG Dresden, Beschl. v. 24.07.1995 - 3 W 270/95

Kz.: L I 1 - § 883 BGB

#### **Problem**

**Veräußert eine Gemeinde ein Grundstück, so sehen zahlreiche Gemeindeordnungen vor, daß der Kaufvertrag der Genehmigung durch die Rechtsaufsichtsbehörde bedarf** (hier: § 90 Abs. 3 Nr. 1 SächsGemO; vgl. auch § 57 Abs. 3 Nr. 2 KV Mecklenburg-Vorpommern; § 67 Abs. 3 Nr. 2 Thüringer

KO; § 90 Abs. 3 b GO Brandenburg; § 97 Abs. 3 Nr. 2 Niedersächsische GO; § 97 Abs. 3 Nr. 2 Saarländisches KSVG; § 109 Abs. 3 Nr. 2 Hessische GO). Nach Auffassung von *Haegeler/Schöner/Stöber* (Grundbuchrecht, 10. Aufl. 1993, Rz. 1492) kann, solange die Genehmigung der Aufsichtsbehörde einer Gemeinde nicht vorliegt, die Auflassungsvormerkung nicht eingetragen werden.

### Lösung

Nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Meinung in der Literatur kann zur Sicherung künftiger Ansprüche eine Vormerkung nur eingetragen werden, wenn bereits der Rechtsboden für ihre Entstehung durch ein rechtsverbindliches Angebot zwischen den künftigen Vertragsparteien soweit vorbereitet ist, daß ihre Entstehung nur noch vom Willen des künftigen Berechtigten, des Auflassungsberechtigten, abhängt (vgl. hierzu m. w. N. *Haegeler/Schöner/Stöber*, a.a.O., Rz. 1489). **Wie künftige Ansprüche werden hinsichtlich ihrer Vormerkungsfähigkeit auch schwebend unwirksame Ansprüche behandelt** (*Haegeler/Schöner/Stöber*, a.a.O., Rz. 1490). Ein schwebend unwirksamer Anspruch liegt vor, wenn nach Abschluß eines Rechtsgeschäfts noch ein Wirksamkeitserfordernis fehlt, das nachgeholt werden kann und mit dessen Eingang das Rechtsgeschäft rückwirkend voll wirksam wird. **Vormerkungsfähig ist ein schwebend unwirksamer Anspruch dann, wenn für den Verpflichteten bereits eine rechtliche Bindung mit Abschluß des Rechtsgeschäfts vor Erteilung der Genehmigung besteht** (*Haegeler/Schöner/Stöber*, a.a.O., Rz. 1491). Eine solche Bindung besteht nach einhelliger Auffassung auch bei öffentlich-rechtlichen Genehmigungserfordernissen, durch welche die Kontrolle und das Einbringen bestimmter öffentlicher Interessen auf ein privatrechtliches Rechtsgeschäft gesichert werden soll (z. B. GrdStVG, § 51 BauGB, § 3 WährG, ReichsheimstG). Liegt dagegen eine solche Bindung des Verpflichteten noch nicht vor, soll vielmehr nach Sinn und Zweck des Genehmigungserfordernisses eine rechtliche Bindung des Verpflichteten erst mit Erteilung der Genehmigung eintreten, so besteht bis zur Erteilung der Genehmigung kein vormerkungsfähiger Anspruch.

Nach Auffassung des OLG Dresden stellt ein Vertrag, der noch der rechtsaufsichtlichen Genehmigung nach § 90 Abs. 3 Nr. 1 SächsGemO bedarf, eine ausreichende Rechtsgrundlage für die Eintragung einer Vormerkung dar: **Eine wirksame Bindung der Gemeinde an den Vertrag liege bereits vor Erteilung der rechtsaufsichtlichen Genehmigung vor, da die Gemeinde zwar keinen Anspruch auf Erteilung der Genehmigung, wohl aber einen solchen auf eine fehlerfreie Ermessensentscheidung im Hinblick auf die Genehmigung des Vertrages durch die Rechtsaufsichtsbehörde habe**. Die Genehmigungsbehörde unterliege ihrerseits bei ihrer Entscheidung den rechtlichen Vorgaben der SächsGemO, so daß sie bei ihrer Entscheidung rechtlich gebunden sei. Auch die Gemeinde selbst sei nach dem Kaufvertrag bereits verpflichtet, um eine entsprechende rechtsaufsichtliche Genehmigung nachzusuchen; sie habe alles zu unterlassen, was der Erklärung einer solchen Genehmigung hinderlich sein könnte. Die nach dem Vertrag entstandenen Bindungswirkungen für beide Parteien seien daher ausreichend, um von einem vormerkungsfähigen Anspruch auszugehen.

## Aktuelles

### Die Einheitswertbeschlüsse des BVerfG

Das BVerfG hat für das VStG und das ErbStG die Einheitswertbesteuerung für verfassungswidrig erklärt. Welche Schlußfolgerungen aus den Beschlüssen zu ziehen sind, ist zum derzeitigen Zeitpunkt schwierig, da die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zur künftigen Besteuerung sehr abstrakt gehalten sind.

1. Für den Bereich der Erbschaftsteuer wird man u. E. wohl damit rechnen müssen, daß der Gesetzgeber einheitlich für alle Vermögensgegenstände, also auch für Immobilien „**realitätsnahe Gegenwartswerte**“ ansetzen muß. Für den Bereich der Familienangehörigen im Sinne der Steuerklasse I sei die Erbschaftsteuer derart zu mäßigen, daß jedem Steuerpflichtigen der ihm überkommene Nachlaß zumindest zum deutlich überwiegenden Teil oder bei kleineren Vermögen völlig steuerfrei zugute komme. Im geltenden Steuerrecht werde dies durch Freibeträge erreicht. Werden nun Verkehrswerte festgesetzt, so sei es notwendig, den Betrag des Nachlaßwertes, der den Erben ungeschmälert verbleiben müsse, entsprechend freizustellen. Für diesen Nachlaßwert sei der im Vermögensteuerbeschuß umrissene Wert des **persönlichen Gebrauchsvermögens** ein tauglicher Anhaltspunkt. Dabei liege es nahe, daß sich der Gesetzgeber an den Werten durchschnittlicher Einfamilienhäuser orientiere. Er müsse freilich Grundeigentümer und Inhaber anderer Vermögenswerte in einem gleichen Individualbedarf steuerlich freistellen. Aus diesen Aussagen wird man wohl nur den Schluß ziehen können, **daß höhere Freibeträge erforderlich sind**, die im Ergebnis das kleine Einfamilienhaus freistellen (ca. 400.000,- DM bis 500.000,- DM). Diese Freibeträge müßten dann aber einheitlich für alle Vermögensarten gelten. Man wird hieraus wohl nicht den Schluß ziehen können, daß der Gesetzgeber verpflichtet ist, generell das Eigenheim von der Besteuerung freizustellen. Das BVerfG hat nur den durchschnittlichen Wert eines Einfamilienhauses als Orientierungspunkt für die Freistellungspflicht des Gesetzgebers vorgegeben, nicht aber konkret ein Einfamilienhaus, das in bestimmten Regionen durchaus über dem durchschnittlichen Wert eines Einfamilienhauses im Bundesgebiet liegen kann. Das BVerfG fordert außerdem, daß **mittelständische Unternehmen** besonders geschützt werden müssen. Konkrete Vorgaben macht das BVerfG allerdings hierzu nicht.

2. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, **bis zum 31.12.1996 eine Neuregelung zu schaffen**. Für das laufende Kalenderjahr sei das bisherige Erbschaftsteuerrecht weiter anzuwenden, so daß man wohl für 1995 davon ausgehen kann, daß weiterhin Einheitswerte zugrunde gelegt werden können. Für 1996 soll die Finanzverwaltung die Bescheide nur vorläufig festsetzen gem. § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 AO.

3. Nach der Rechtsprechung des BFH ist eine **Grundstücks-schenkung** im Sinne von § 9 Abs. 1 Ziff. 2 ErbStG **ausgeführt**, wenn die Beteiligten die für die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlichen Erklärungen in gehöriger Form abgegeben haben (Auflassung) und der Schenker die Eintragung der Änderung in das Grundbuch bewilligt hat. Es ist nicht erforderlich, daß der Beschenkte den Antrag auf Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuchamt gestellt hat (BFH BStBl II 1991, 320 m.w.N. = DStR 1991, 382). Die Finanzverwaltung folgt dieser Rechtsprechung (vgl. DStR 1991, 384). Bei genehmigungsbedürftigen Grundstücks-schenkungen (z.B. vormundschaftsgerichtliche Genehmigung, Grundstücksverkehrs-genehmigung, Teilungsgenehmigung etc.) ist die Finanzverwaltung der Auffassung, daß bei Rückwirkung der Genehmigung nicht der Zeitpunkt der Genehmigung, sondern der Tag des Vertragsabschlusses maßgeblich ist (vgl. DStR 1992, 790; ebenso Kapp/Ebeling, ErbStG, Mai 1995, § 12 Rz. 34 unter Hinweis auf BFH BStBl, 1971, 670, eine Entscheidung, die zum Bewertungsrecht ergangen ist, Troll, ErbStG, Juli 1993, § 7 Rz. 8). Eine BFH-Entscheidung zum ErbStG fehlt noch.

4. In der Praxis wird nun zu entscheiden sein, ob aufgrund der Beschlüsse zum einen mit einer Verschlechterung der Besteuerung zu rechnen ist und ob zum anderen allein die steuerliche Motivation Vermögensübertragungen noch in 1995 rechtfertigt. Wagt man eine Prognose, dann kann man

vielleicht davon ausgehen, daß in Zukunft Vermögen von vielleicht 400.000,- DM bis 500.000,- DM - das typische Einfamilienhaus bzw. das sog. Gebrauchsvermögen - möglicherweise völlig erbschaftsteuerfrei sind. Welche Maßnahmen im Hinblick auf den Schutz der mittelständischen Unternehmen folgen werden, ist zum derzeitigen Zeitpunkt nicht vorherzusehen. Immobilien, die der Vermietung dienen, müssen nach dem BVerfG nicht begünstigt werden.

**Hinweis:** Die Entscheidungsgründe sowie eine ausführlichere Analyse der Entscheidung können beim DNotI bestellt werden (Kz.: L/IX/3-Allg).

## Literaturhinweise

**Seybold/Schippel, Bundesnotarordnung, 6. Aufl., Verlag Franz Vahlen GmbH, München, 1995, 1003 Seiten, 248,- DM**

Nach langem Warten liegt nun die 6. Auflage dieses umfassenden Kommentars vor. Er stellt damit die einzige aktuelle Kommentierung der berufs-, standes- und organisationsrechtlichen Fragen der Notartätigkeit dar. Neben der BNotO werden die DONot und die allgemeinen Richtlinien für die Berufsausübung der Notare der Bundesnotarkammer kommentiert. Im Anhang finden sich die Texte der allgemeinen Verwaltungsvorschriften aller Bundesländer und die Verordnung über die Tätigkeit von Notaren in eigener Praxis für die neuen Bundesländer. Der Kommentar stellt ohne Zweifel das Grundlagenwerk im Berufsrecht der Notare dar. In der Bibliothek eines Notars darf dieses, seine gesamte Berufstätigkeit erläuternde Werk nicht fehlen.

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

### Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Köln -  
97070 Würzburg, Kaiserstraße 23  
Telefon: 09 31/3 55 76-0 - Telefax: 09 31/3 55 76-225

### Hinweis:

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

### Verantwortlicher Schriftleiter:

Notar a.D. Dr. Peter Limmer, Kaiserstraße 23, 97070 Würzburg

### Bezugsbedingungen:

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

### Bezugspreis:

Jährlich 300,- DM, Einzelheft 13,- DM, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

### Verlag:

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle  
Deutsches Notarinstitut, Kaiserstraße 23, 97070 Würzburg

### Druck:

Max Schimmel Verlag GmbH + Co KG, Postfach 6560, 97015 Würzburg,  
Tel.: 09 31/27 91 300, Fax.: 09 31/27 91 333