

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

18. Jahrgang
November 2010
ISSN 1434-3460

21/2010

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GBO §§ 20, 29, 47 Abs. 2; BGB §§ 705 ff. – Erwerb von Grundeigentum durch eine existierende Gesellschaft bürgerlichen Rechts; Gestaltungsvarianten

ZPO §§ 727, 794 Abs. 1 Nr. 5, 795 S. 1; BGB § 305c Abs. 2 – Umschreibung der Vollstreckungsklausel in Umschuldungs- und Neuvaluierungsfällen

Gutachten im Abruf-Dienst

Rechtsprechung

BGB § 311b Abs. 1 S. 1 – Beurkundungszusammenhang auch bei Abschluss des Bauvertrages vor Grundstückskaufvertrag und fehlender Personenidentität

BGB a.F. § 634; WEG a.F. § 21 Abs. 5 Nr. 2; BGB § 203 – Fristsetzung zur Mangelbehebung durch einzelnen Wohnungseigentümer trotz Ausübung der gemeinschaftsbezogenen Mangelgewährleistungsrechte durch Eigentümergemeinschaft; Reichweite der Verjährungshemmung

Aktuelles

Auslaufen zahlreicher Sondervorschriften für die neuen Bundesländer zum 31.12.2010

Literatur

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GBO §§ 20, 29, 47 Abs. 2; BGB §§ 705 ff. Erwerb von Grundeigentum durch eine existierende Gesellschaft bürgerlichen Rechts; Gestaltungsvarianten

I. Sachverhalt

Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) schließt einen Grundstückskaufvertrag auf Erwerberseite. Die GbR wurde bereits ein Jahr vor Abschluss des Kaufvertrages gegründet. Der Gesellschaftsvertrag wurde damals öffentlich beglaubigt. Im Kaufvertrag ist die Gesellschaft wie folgt bezeichnet:

„Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit dem Namen X-GbR und Sitz in X, gegründet am (Datum) von den sämtlichen hier Anwesenden und im Namen der GbR handelnden Gesellschaftern als Gründungsgesellschafter ...“

Das Grundbuchamt weist den Antrag auf Umschreibung des Eigentums zurück. Es führt aus, dass der Nachweis der Existenz sowie der Vertretungsverhältnisse für die erwerbende Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht möglich sei. Vielmehr sei die erwerbende GbR im notariellen Erwerbsvertrag selbst zu gründen. Die Beteiligten wünschen eine rasche Umsetzung der Eigentumsumschreibung, vor allem eine kostengünstige Lösung ohne Inanspruchnahme von

Rechtsbehelfen und unter Beibehaltung der Rechtsform „GbR“. Die Gesellschafter legen keinen besonderen Wert darauf, das jetzt zu erwerbende Grundstück zum Gesamtvermögen der bisherigen GbR zu erwerben.

II. Frage

Wie kann eine alsbaldige Eigentumsumschreibung im vorliegenden Fall herbeigeführt werden?

III. Zur Rechtslage

1. Derzeitiges Meinungsbild zum Grundstückserwerb durch eine GbR

a) Nachweiserfordernis nach § 20 GBO

Gem. § 20 GBO darf die Eintragung im Fall der Auflassung eines Grundstücks nur erfolgen, wenn die erforderliche Einigung des Berechtigten und des anderen Teils erklärt ist. § 20 GBO statuiert eine **Ausnahme vom formellen Konsensprinzip** des § 19 GBO. Die Einigung ist in der Form des § 29 Abs. 1 S. 1 GBO nachzuweisen (Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, § 29 Rn. 9). Dazu zählt bei einem Erwerb durch eine GbR auch der Nachweis von der **Existenz, Identität und der Vertretungsverhältnisse der GbR** im Zeitpunkt der Abgabe der Grundbucheintragung (statt aller: OLG Schleswig, Beschl. v. 9.12.2009 – 2 W 168/09, DNotZ 2010, 296 = Rpfleger 2010, 320; OLG München, Beschl. v. 5.2.2010 – 34 Wx 116/09, DNotZ 2010, 299 = Rpfleger 2010, 362). Sowohl der Existenz- wie auch der Vertretungsnachweis fällt bei einer GbR nach überwiegender Meinung unter § 29 Abs. 1 S. 1 GBO und nicht unter

Satz 2 dieser Vorschrift, so dass **öffentlich beglaubigte Urkunden grds. ausreichend sind** (vgl. nur Lautner, DNotZ 2009, 650, 658; Steffek, ZIP 2009, 1445, 1449; Tebben, NZG 2009, 288, 291).

b) OLG München: Gründung in der Erwerbsurkunde

Nach der derzeit strengsten Auffassung, welcher sich das vorliegende Grundbuchamt angeschlossen hat, ist ein formgerechter Nachweis für die Existenz, Identität und Vertretungsverhältnisse der GbR nur dann möglich, wenn die **Gesellschaft in der Erwerbsurkunde selbst gegründet wurde** (OLG München, Beschl. v. 20.7.2010 – 34 Wx 63/10, ZIP 2010, 1496 = NZG 2010, 1065 = DNotI-Report 2010, 149; Beschl. v. 17.8.2010 – 34 Wx 98/10, ZfIR 2010, 721; Bestelmeyer, Rpfleger 2010, 169, 184; Schneider, ZfIR 2010, 728, 730; tendenziell auch KG Berlin, Beschl. v. 5.10.2010 – 1 W 392/10). Nachgewiesen werden können Existenz und Vertretungsberechtigung einer GbR nach dieser Ansicht also nur durch den „Abschluss eines (notariellen) Gesellschaftsvertrags in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Grundstücksgeschäft“ (OLG München ZIP 2010, 1496). Nicht ausreichend sei es dagegen, wenn die Gesellschaft bei Erwerb bereits existierte.

Die praktische Konsequenz dieser restriktiven Rechtsprechung besteht regelmäßig darin, dass beim Erwerb durch eine bestehende GbR der **Antrag auf Umschreibung des Eigentums** vom Grundbuchamt zurückgewiesen wird. Typischerweise wird die Eigentumsübertragungsvormerkung zugunsten der GbR, die regelmäßig bereits vor Fälligkeit des Kaufpreises beantragt wurde, beanstandungslos eingetragen (§ 19 GBO), die Eigentums Umschreibung aber abgelehnt, weil nur im zweiten Fall ein qualifiziertes Prüfungsrecht des Grundbuchamts besteht (sog. **materielles Konsensprinzip gemäß § 20 GBO**; vgl. OLG Schleswig DNotZ 2010, 296, 297).

Hinweis: Gegen einen der Beschlüsse des OLG München wurde nach telefonischer Auskunft der Geschäftsstelle des V. Zivilsenats **Rechtsbeschwerde beim BGH** eingelegt (Az. des Beschwerdeverfahrens: V ZB 232/10).

c) Sonstiges Meinungsbild in Rspr. und Literatur

Wenngleich die restriktive Auffassung des OLG München in der Praxis der Grundbuchämter vielfach Beachtung findet, ist sie **in Rechtsprechung und Literatur keineswegs unumstritten** (vgl. nur Ruhwinkel, DNotZ 2010, 304; Lautner, MittBayNot 2010, 286; Weimer, NZG 2010, 335; Rezori, RNotZ 2010, 330). Weitgehend Einigkeit besteht zwar darin, dass die erwerbende GbR in der Auflassungsurkunde so genau bezeichnet sein muss, dass sie als **unverwechselbares Rechtssubjekt identifizierbar ist** (KG Berlin, Beschl. v. 5.10.2010 – 1 W 392/10; KG Berlin NotBZ 2010, 316 = NZG 2010, 861). Vielfach anders beurteilt wird jedoch die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine ausreichende Bezugnahme auf eine bereits in der Vergangenheit gegründete GbR ausreichend ist, insbesondere wenn ein Gesellschaftsvertrag in öffentlich beglaubigter oder beurkundeter Form vorgelegt werden kann (vgl. im Überblick: Lautner, DNotZ 2009, 650, 658; Rebhan, NotBZ 2009, 445, 450; Heßeler/Kleinhenz, WM 2010, 446, 450; Heinze, RNotZ 2010, 289, 304). Schwierigkeiten treten in der Praxis insbesondere in den Fällen auf, in denen **Gesellschaftsgründung und Grundbucheklärung zeitlich auseinanderfallen** und möglicherweise der Gesellschaftsvertrag nur in einfacher Schriftform vorliegt.

aa) Anwendung von § 172 BGB auf den Gesellschaftsvertrag

Teilweise wird in der Literatur die **entsprechende Anwendung des § 172 BGB** bzw. die Übertragung der diesbezüglichen Grundsätze auf Gesellschaftsverträge bejaht (so Kiehle, ZHR 174 [2010], 209, 225; Wertenbruch ZIP 2010, 1884, 1886; ders., WM 2003, 1785, 1788; Lautner, MittBayNot 2010, 286, 290; ders., MittBayNot 2005, 93, 96; ders., DNotZ 2009, 650, 661 f.; ablehnend OLG München, Beschl. v. 17.8.2010 – 34 W 98/10, 34 Wx 098/10 [juris] Tz. 20). Kann der Gesellschaftsvertrag im **Original oder in Ausfertigung in der Form des § 29 Abs. 1 S. 1 GBO** vorgelegt werden, kommt er nach dieser Ansicht als tauglicher Nachweis für die Existenz und die Identität einer bereits bestehenden Gesellschaft und die Vertretungsbefugnis ihrer Gesellschafter in Betracht. Danach hätte das Grundbuchamt auch bei Vorlage des Gesellschaftsvertrags von dem **bei Vollmachten allgemein geltenden Erfahrungssatz** für deren Fortbestand auszugehen, der zum Tragen kommt, wenn der Bevollmächtigte im Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung im Besitz der Vollmachtsurkunde ist und sie in Urschrift oder Ausfertigung dem Vertragsgegner vorlegt (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 3584).

bb) Andere Nachweismittel

Davon abgesehen gibt es obergerichtliche Rechtsprechung und Literatur, die von der strengen Linie des OLG München mit unterschiedlicher Begründung abweicht.

(1) Nach der **wohl großzügigsten Auffassung** ist ein Erwerb durch eine existierende GbR bereits dann möglich, wenn die angeblichen Gesellschafter behaupten, dass sie im Namen einer aus diesen bestehenden, hinreichend genau bezeichneten Gesellschaft bürgerlichen Rechts handeln (sog. **Geständniserklärung**). Weder die Vorlage des Gesellschaftsvertrages noch eine Versicherung an Eides statt seien erforderlich (OLG Saarbrücken, Beschl. v. 26.2.2010 – 5 W 371/09 – 134, 5 W 371/09, DNotZ 2010, 301 = MittBayNot 2010, 311; OLG Brandenburg, Beschl. v. 7.10.2010 – 5 Wx 77/10; OLG Oldenburg, Beschl. v. 19.7.2010 – 12 W 133/10, ZIP 2010, 1846 = NotBZ 2010, 388 = ZfIR 2010, 726; so auch Ruhwinkel, MittBayNot 2009, 177, 179).

(2) Eine demgegenüber **eher vermittelnde Auffassung** verlangt die Vorlage eines öffentlich beglaubigten Gesellschaftsvertrages in Verbindung mit einer Versicherung an Eides statt der auftretenden Personen, dass sie die Gesellschafter der betreffenden GbR seien und sich der Gesellschafterbestand im Verhältnis zu dem vorgelegten Dokument nicht verändert habe (OLG Nürnberg, Beschl. v. 8.4.2010 – 10 W 277/10, NotBZ 2010, 315 = ZIP 2010, 1344)

(3) Schließlich wird vereinzelt in der Literatur vorgeschlagen, einen öffentlich beglaubigten Gesellschaftsvertrag nach den **Grundsätzen der Beweisnot hinsichtlich negativer Tatsachen** in gleicher Weise ausreichen zu lassen wie die notarielle Bescheinigung gem. § 32 Abs. 1 GBO auf der Grundlage eines Handelsregisterauszugs (so Heinze, RNotZ 2010, 289, 301 ff.). Demzufolge müssten das Datum der Registereinsicht und das Datum der Abgabe der Grundbucheklärung nicht übereinstimmen. Ein **zeitliches Auseinanderfallen von bis zu sechs Wochen** wäre vielmehr unschädlich, sofern nicht konkrete Anhaltspunkte für eine Änderung vorliegen (vgl. LG Berlin Rpfleger 2003, 354; Mayer, Rpfleger 1989, 142, 144; Böhringer, Rpfleger 2005, 225, 236).

2. Reparaturmöglichkeiten im Stadium der Eigentumsumschreibung

Folgt der Rechtspfleger beim Grundbuchamt der „strengsten Auffassung“, nämlich derjenigen des OLG München, und verweigert demzufolge die Eintragung des Eigentums-erwerbs durch die GbR, bestehen in der Praxis mehrere Wege, um über eine neu zu gründende Zweckgesellschaft die Eintragung zeitnah zu erreichen. Von diesen Möglichkeiten werden nachfolgend zwei denkbare aufgegriffen.

a) Abtretungsmodell

Die „Alt-GbR“, die im ursprünglich beurkundeten Kaufvertrag den Grundbesitz erwerben sollte, könnte ihren Anspruch auf Übertragung des Grundstückseigentums in einer neuen notariellen Urkunde an eine **in dieser Urkunde neu gegründete „Zweck-GbR“ abtreten**. Entweder kann dabei eine Vertragsübernahme durch die „Neu-GbR“ vereinbart werden oder im Falle der bloßen Abtretung des Eigentumsübertragungsanspruchs eine sonstige Regelung bezüglich des (typischerweise) bereits durch die „Alt-GbR“ gezahlten Kaufpreises getroffen werden. Die Auflassung erfolgt dann **sofort an die „Neu-GbR“**. Den Vorgaben des § 925a BGB dürfte regelmäßig Rechnung getragen sein, weil gemeinsam mit der Auflassung in derselben Urkunde der Anspruch auf Eigentumsübertragung an die „Neu-GbR“ abgetreten bzw. eine Vertragsübernahme mit dieser vereinbart wird (vgl. allgemein: Staudinger/Pfeifer, BGB, Neubearb. 2004, § 925a Rn. 7 ff.; MünchKommBGB/Kanzleiter, 5. Aufl. 2009, § 925a Rn. 3).

Grundbuchverfahrensrechtlich müsste die Lösungsbe-willigung (§ 19 GBO) wohl durch die „Neu-GbR“ erklärt werden, weil die Vormerkung **aufgrund ihrer Akzessorie-tät (analog § 401 BGB)** dem abgetretenen Anspruch folgt. Wegen des Voreintragungsgrundsatzes (§ 39 GBO) müsste der Eintragung der Löschung ggf. eine Grundbuchberich-tigung vorausgehen, kraft derer die „Neu-GbR“ statt der „Alt-GbR“ als Vormerkungsberechtigte eingetragen wird (vgl. Demharter, § 39 Rn. 14 ff.; Hügel/Zeiser, GBO, 2. Aufl. 2010, § 39 Rn. 6 f.). In diesem Zusammenhang könnte die Grundbuchberichtigung zumindest durch **Berichti-gungsbewilligung der eingetragenen Gesellschafter** der „Alt-GbR“ erfolgen, zumal insofern die Vermutungswir-kung des § 899a BGB auch gegenüber dem Grundbuch-amt zur Anwendung gelangt (OLG München, Beschl. v. 7.9.2010 – 34 Wx 100/10, NZG 2010, 1138, 1139; DNotI-Report 2010, 145, 147).

b) Rückabwicklungsmodell

Alternativ zum gerade dargestellten Weg könnte auch in Erwägung gezogen werden, den bisherigen Kaufvertrag mit der „Alt-GbR“ **vertraglich aufzuheben und vollständig rückabzuwickeln**. Im Nachgang könnte dann ein neuer notarieller Kaufvertrag mit einer **neu in der Erwerbsur-kunde zu gründenden „Zweck-GbR“** abgeschlossen werden, die zwar mit demselben Gesellschafterbestand wie die „Alt-GbR“ ausgestattet ist, aber eine neue Rechtsidenti-tät aufweist.

c) Vorsorge durch „Geburtsvollmachten“

Als „vorsorgende Lösung“ wird in der Literatur empfohlen, bei der Gesellschaftsgründung **„Geburtsvollmachten“** an bestimmte Gesellschafter zu erteilen (Zimmer, NZM 2009, 187; ders., MDR 2009, 237; Krauß, Immobilien-kaufverträge in der Praxis, 5. Aufl. 2010, Rn. 300 ff.). Ist Bevollmächtigter ein Mitglied der GbR, kann grundsätzlich nur der betreffende Gründungsgesellschafter von einer der-

artigen Geburtsvollmacht Gebrauch machen, nachfolgende Gesellschafter ggf. dann, wenn über Haupt- und Untervoll-machten eine **lückenlose Nachweiskette** gelingt (vgl. Stau-dinger/Schilken, BGB, Neubearb. 2009, § 167 Rn. 63 ff.). Bei Bevollmächtigung eines Gesellschafters empfiehlt es sich, die Vollmacht mit etwaigen Schranken bzw. Vorgaben der organschaftlichen Vertretungsregelung in Einklang zu bringen (zur Zulässigkeit von Vollmachten an Gesellschaf-ter: MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer, 5. Aufl. 2009, § 714 Rn. 22; Palandt/Sprau, BGB, 69. Aufl. 2010, § 714 Rn. 2; jurisPK/Bergmann, BGB, 5. Aufl. 2010, § 714 Rn. 7; kri-tisch dagegen: Wertebuch, WuB II J. § 705 BGB 1.02; ders., NZG 2005, 462, 463; sehr großzügig mit Blick auf gewillkürte Vertretungsregelungen: BGH NZG 2005, 345 = ZIP 2005, 524). Des Weiteren kann eine Beschränkung der Vollmacht auf die Vornahme von Grundstücksgeschäften sowie eine Klarstellung in Betracht gezogen werden, dass es sich nicht um eine gesellschaftsvertragliche Regelung der Vertretung handelt (§§ 709, 714 BGB). Sind Gesell-schafter wirksam durch Gründungsvollmachten legitimiert, hat dies den Vorteil, dass später im Grundbuchverfahren die **Vermutungswirkung des § 172 BGB** eingreift.

3. Grunderwerbsteuerliche Implikationen

Die beiden zuvor dargestellten Modelle dürften sich – ohne dass diese Frage hier erschöpfend dargestellt werden kann – insbesondere hinsichtlich ihrer steuerrechtlichen **Beurtei-lung in Bezug auf die Grunderwerbsteuer** unterscheiden. Zunächst stellt sich bei beiden Modellen die Frage, ob überhaupt ein grunderwerbsteuerbarer Vorgang vorliegt, weil die geänderte Vertragsgestaltung eigentlich **nur dem grundbuchamtlichen Nichtvollzug Rechnung trägt**, im Ergebnis aber keine andere Zuordnung aus Gesellschaf-tersicht bewirken soll. Lässt man dies außen vor, sind grunderwerbsteuerlich folgende Auswirkungen zu berück-sichtigen.

a) Steuerfreiheit des Abtretungsmodells nach § 6 Abs. 3 GrEStG?

Beim **Abtretungsmodell** dürfte das Finanzamt nach her-kömmlicher Dogmatik bezüglich der Übertragung des Erwerbsanspruchs von der „Alt-GbR“ auf die „Neu-GbR“ keine Grunderwerbsteuer erheben. Zwar liegt ein grunde-erwerbsteuerbarer Tatbestand nach § 1 GrEStG vor, nach **§ 6 Abs. 3 GrEStG besteht jedoch Steuerfreiheit**, sofern ein Grundstück von einer Gesamthand auf eine andere Gesamthand übertragen wird und in beiden Gesamthands-gemeinschaften dieselben Personen mit gleichen Anteils-verhältnissen beteiligt sind (Boruttav/Viskorf, GrEStG, 16. Aufl. 2007, § 6 Rn. 28). Allerdings ist die Steuerver-günstigung nach § 6 Abs. 3 GrEStG **an eine fünfjährige Behaltensfrist geknüpft** (§ 6 Abs. 3 S. 2, Abs. 4 GrEStG), sodass die Vergünstigung z. B. rückwirkend insoweit ent-fallen kann, als sich der Anteil des Gesamthänders am Ver-mögen der erwerbenden Gesamthand innerhalb von fünf Jahren nach dem Übergang des Grundstücks von der einen auf die andere Gesamthand vermindert (siehe hierzu auch: Ihle, DNotZ 2010, 725, 746).

b) Doppelte Grunderwerbsteuer beim Rückabwick-lungsmodell?

Demgegenüber besteht beim Rückabwicklungsmodell die Gefahr, dass **doppelte Grunderwerbsteuer ausgelöst wird**, selbst wenn hier innerhalb von zwei Jahren nach dem ursprünglichen Vertragsabschluss der Erwerbsvorgang zugunsten der „Alt-GbR“ aufgehoben wird. Denn der Tat-bestand des § 16 GrEStG setzt neben der zivilrechtlich

wirksamen Aufhebung des Erwerbsvorgangs voraus, dass eine **vollständige und tatsächliche Rückgängigmachung** erfolgt.

Die Voraussetzungen des § 16 GrEStG sind nach der Rechtsprechung erfüllt, wenn die Vertragspartner derart aus ihren vertraglichen Bindungen entlassen werden, dass die Möglichkeit der Verfügung über das Grundstück nicht beim Erwerber verbleibt, sondern der **Veräußerer seine ursprüngliche Rechtsstellung wiedererlangt** (Boruttau/Sack, § 16 Rn. 61 m. w. N.). Die Parteien müssen daher vom Vollzug des aufgehobenen Rechtsgeschäfts Abstand nehmen, sämtliche Wirkungen aus dem Erwerbsvorgang aufheben und sich so stellen, als wäre dieser nicht zustande gekommen (BFH, Urt. v. 16.2.2005 – II R 53/03, BFHE 209, 185 = DStRE 2005, 979; zur Frage, wann eine bestehende Auflassungsvormerkung § 16 GrEStG entgegensteht: BFH, Urt. v. 1.7.2008 – II R 36/07, BFHE 220, 555 = DB 2008, 1952). Ist der Kaufpreis bereits entrichtet, **muss er zurückgewährt werden** (BFH, Beschl. v. 10.7.1996 – II B 139/95, BFH/NV 1997, 61).

Für den früheren Erwerber darf bei der weiteren Veräußerung nicht die Möglichkeit der Verwertung einer Rechtsposition verbleiben, die **aus dem rückgängig gemachten Erwerbsvorgang hergeleitet wird**. Aus diesem Grund hat beispielsweise der BFH selbst bei formaler Aufhebung des ursprünglichen Rechtsgeschäfts die Anwendbarkeit des § 16 GrEStG verneint, wenn der Aufhebungs- und der Weiterveräußerungsvertrag **in einer einzigen Urkunde** zusammengefasst sind (BFH, Urt. v. 25.4.2007 – II R 18/05, DStR 2007, 1304; vgl. auch FG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil v. 27.5.2009 – 3 K 101/08 [juris]). Das FG Schleswig und das FG Hamburg haben gar die Aufhebung und den Neuabschluss **in nacheinander beurkundeten Verträgen** für schädlich gehalten (FG Schleswig, Urteil v. 19.3.2009 – 3 K 40/08, DStRE 2009, 1137; Revision beim BFH anhängig unter Az. BFH II R 31/09; FG Hamburg, Urteil v. 18.5.2010 – 3 K 24/10 [juris]).

c) Reparaturgestaltung als *a priori* nicht grunderwerbsteuerbarer Vorgang?

Ob die herkömmlichen Auslegungsgrundsätze zu §§ 1, 6, 16 GrEStG auf die **Reparaturmodelle beim Grundstückserwerb durch eine GbR** einschränkungslos übertragen werden können, ist fraglich (dies tendenziell bejahend: Ihle, DNotZ 2010, 725, 743 ff.). Privilegiert behandelte die Rechtsprechung in der Vergangenheit beispielsweise **Anträge auf Grundbuchberichtigung** (weil insoweit § 1 GrEStG nicht einschlägig ist: vgl. Hessisches FG, Urteil v. 6.9.1957, EFG 1958, 14), „vertragsändernde Maßnahmen“ im Anschluss an eine **falsa-demonstratio-Konstellation** (weil hier nur der Zustand hergestellt wird, der von Anfang an gewollt war: BFH, Urteil v. 12.11.1975 – 22 R 116/75, BFHE 117, 403 = WM 1976, 879) sowie – hinsichtlich der fünfjährigen Behaltensfrist – Anteilsabtretungen, bei welchen **keine objektive Möglichkeit der Steuerumgehung** bestand (weil bei direkter Übertragung die Ausnahme von der Besteuerung nach § 3 Nr. 2 GrEStG einschlägig gewesen wäre: BFH, Urteil v. 7.10.2009 – II R 58/08, GmbHR 2010, 52 = MittBayNot 2010, 162).

Zur Frage, ob beim „verunglückten“ Erwerb durch eine GbR Besonderheiten gelten, haben **Rechtsprechung und Finanzverwaltung bislang noch nicht Stellung genommen**. Im Ergebnis ist vorerst davon auszugehen, dass beide Reparaturmodelle zum Erwerb durch eine GbR nach Maß-

gabe der vorstehenden lit. a) und b) grunderwerbsteuerlich risikobehaftet sind, einmal wegen der Gefahr des **rückwirkenden Wegfalls der Begünstigung** nach § 6 Abs. 3 S. 2 GrEStG, im anderen Falle wegen des **Risikos doppelter Grunderwerbsteuer** (§§ 1, 16 GrEStG).

4. Keine einheitliche Vermögenszuordnung

Der Erwerb des Grundstücks zum Gesamthandsvermögen einer neu zu gründenden GbR führt dazu, dass der zu erwerbende Grundbesitz in Zukunft **einer anderen GbR gehört als etwaige Bestandsimmobilien der „Alt-GbR“**. Vorliegend legen die Gesellschafter auf eine einheitliche Zuordnung der Grundstücke zu *einer* GbR keinen besonderen Wert. In Fällen, in denen dies anders ist, sind dagegen **zusätzliche bzw. andere Gestaltungsschritte** (z. B. Umwandlung der „Alt-GbR“ in eine OHG oder KG) in Betracht zu ziehen.

5. Ergebnis und Ausblick

Um der restriktiven Auffassung des OLG München Rechnung zu tragen, sollte eine grundbesitzerwerbende GbR künftig möglichst in der Erwerbsurkunde gegründet werden. Dies gilt zumindest so lange, bis eine klarstellende Entscheidung des BGH zur grundbuchrechtlichen Behandlung des Erwerbs durch eine GbR vorliegt. In Fällen, in denen die Eigentumsumschreibung auf eine bereits existierende GbR wegen der jüngst restriktiven Handhabung des materiellen Konsensprinzips nicht vollzogen wird, kann – unter Berücksichtigung der grunderwerbsteuerlichen Risiken – auf das Abtretungs- oder Rückabwicklungsmodell im Wege der Vertragsänderung zurückgegriffen werden. Befinden sich bereits Grundstücke im Gesamthandsvermögen der „Alt-GbR“ und werden keine zusätzlichen Gestaltungsmaßnahmen ergriffen, führt dies allerdings zu einer Verteilung des alten und neuen Grundbesitzes auf mehrere Gesellschaften.

ZPO §§ 727, 794 Abs. 1 Nr. 5, 795 S. 1; BGB § 305c Abs. 2

Umschreibung der Vollstreckungsklausel in Umschuldungs- und Neuvaluierungsfällen

I. Sachverhalt

Die A-Bank hat eine am 14.3.1996 bestellte Buchgrundschuld am 25.2.2007 an die B-Bank abgetreten. Die Abtretung wurde am 24.4.2007 im Grundbuch vollzogen. Nunmehr beantragt die B-Bank bei dem die Grundschuld beurkundenden Notar die Umschreibung der Vollstreckungsklausel in dinglicher Hinsicht auf sich selbst. Der Notar lehnt die Umschreibung unter Hinweis auf das Urteil des XI. Zivilsenats vom 30.3.2010 (XI ZR 200/09, DNotZ 2010, 542 = MittBayNot 2010, 378 = NotBZ 2010, 263 = RNotZ 2010, 390) ab und fordert die B-Bank auf, die erforderlichen Nachweise zu erbringen. Daraufhin geht dem Notar ein Schreiben der B-Bank zu, in welchem diese geltend macht, vorliegend handele es sich um einen Fall der Umschuldung, keinen Fall des Forderungsverkaufs, der allein von dem vorbezeichneten Urteil erfasst werde. Sie bietet die Übersendung des privatschriftlich geschlossenen neuen Sicherungsvertrages an. Weitere Nachweise werde sie nicht erbringen.

II. Frage

Darf der Notar unter Berücksichtigung der vom XI. Zivilsenat des BGH aufgestellten Grundsätze die Klauselumschreibung in dinglicher Hinsicht vornehmen?

III. Zur Rechtslage

1. Ausgangssituation

In seinem Versäumnisurteil vom 30.3.2010 gelangte der BGH bei Sicherungsgrundschulden in Anwendung von § 305c Abs. 2 BGB zu dem Ergebnis, dass sich die Unterwerfungserklärung aufgrund der im Zeitpunkt ihrer Abgabe maßgeblichen objektivierten Interessenlage von Gläubiger und Schuldner nur auf eine treuhänderisch gebundene Grundschuld erstreckt, d. h. nur Ansprüche aus einer solchen Grundschuld tituliert seien (ausführlich **Gutachten DNotI-Report 2010, 93 ff.**). Dadurch soll im Klauselerteilungsverfahren der Erhalt der fiduziarischen Zweckbindung der Grundschuld auch nach deren Abtretung sichergestellt werden. Sofern tatsächlich ein **Umschuldungsfall** vorliegt, ist der Sicherungsgeber nicht schutzwürdig und auch nicht schutzbedürftig, da der Gläubigerwechsel mit seinem Wissen und Wollen herbeigeführt wurde. Gleiches gilt dann, wenn dem Zessionar die Grundschuld zwecks **Neuvaluierung** von dem Zedenten abgetreten wurde oder der Zedent die Grundschuld von Anfang an (jedenfalls teilweise) für den künftigen Zessionar gehalten hat („**Finanzierung aus einer Hand**“, vgl. Gutachten Nr. 105141 im Gutachtenabruf unter <http://faxabruf.dnoti-online-plus.de>). Soweit die Einschlägigkeit der Vorgaben des BGH für die vorgenannten Fallgruppen in den Stellungnahmen der Literatur thematisiert wird, besteht hinsichtlich der **fehlenden Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit des Sicherungsgebers** im Wesentlichen Übereinstimmung (Heinze, ZIP 2010, 2030, 2032 f.; Herrler, BB 2010, 1931, 1937; Kessler, in: DAI-Skript, 8. Jahresarbeitstagung des Notariats, 23.-25.9.2010, Band I, S. 368; Stürner, JZ 2010, 774, 778; in der Tendenz ebenso Volmer, MittBayNot 2010, 383, 386, und Clemente, ZfIR 2010, 441, 447; strenger Sommer, RNotZ 2010, 378, 381; Gutachten DNotI-Report 2010, 93, 97 [„auf den ersten Blick spricht vieles dafür ...“], allerdings ohne Erörterung der Schutzwürdigkeit des Sicherungsgebers).

2. Anforderungen an die Klauselumschreibung im Falle einer behaupteten Umschuldung/Neuvaluierung

Weitgehend ungeklärt bzw. heftig umstritten ist allerdings, wie sich das fehlende Schutzbedürfnis des Sicherungsgebers auf die vom Notar zu verlangende Nachweise im Rahmen der Klauselumschreibung nach den §§ 727, 795 S. 1 ZPO auswirkt.

a) 1.A.: Keine Beweismittelbeschränkung gem. §§ 726, 727 ZPO für Abgrenzung Forderungskauf – Umschuldung/Neuvaluierung

Nach einer Auffassung sollen die vom BGH im Urteil vom 30.3.2010 (XI ZR 200/09) aufgestellten zusätzlichen Anforderungen der Rechtsnachfolge nur dann Anwendung finden, wenn der titulierte Anspruch ohne Mitwirkung des Sicherungsgebers abgetreten wurde. Es wird zwar nicht in Abrede gestellt, dass im Fall des Forderungskaufs der Nachweis des Eintritts in den Sicherungsvertrag in der Form der §§ 726, 727 ZPO zu erbringen sei. Allerdings sei die Frage, ob ein derartiger, die zusätzlichen Nachweisanforderungen auslösender Sachverhalt vorliege, dieser Prüfung vorgelagert und nicht dem Formgebot der §§ 726, 727 ZPO unterworfen. Vielmehr könnten **alle Beweismittel der**

ZPO herangezogen werden (Stürner, JZ 2010, 774, 778; Freckmann, BKR 2010, 275, 280).

Dieser Auffassung scheinen sich jüngst das AG Heidelberg (Beschl. v. 30.8.2010 – 25 C 252/10) sowie das LG Heidelberg (Beschl. v. 14.9.2010 – 6 T 66/10b) angeschlossen zu haben. In diesen Entscheidungen – die derzeit von zahlreichen Banken an die klauselumschreibenden Notare versandt werden – steht zur Überzeugung der Gerichte fest, dass der Schuldner und der Zessionar im Rahmen einer Umschuldung einen neuen Darlehensvertrag geschlossen und eine neue Sicherungsabrede getroffen hatten. Auf dieser Tatsachengrundlage sind die Anforderungen des XI. Zivilsenats an die Klauselumschreibung in dinglicher Hinsicht mangels Schutzwürdigkeit des Schuldners in der Tat nicht einschlägig (siehe oben Ziff. 1).

Leider wird in den Entscheidungen lediglich darauf verwiesen, es sei weitgehend unstrittig, dass der Schuldner mit dem Zessionar einen Darlehensvertrag geschlossen hat. Dies deutet auf ein Zugestehen seitens des Schuldners hin. Hätte der Sicherungsgeber bzw. sein Rechtsbeistand dies im Rahmen der Anhörung nach § 730 ZPO bzw. sonst im Verfahren eingeräumt, bestünde kein Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Klauselumschreibung. Mangels Ausführungen der beiden Gerichte zur Sachverhaltsfeststellung bzw. Beweiswürdigung ist den Entscheidungen allerdings nicht zu entnehmen, ob sie der von *Stürner* befürworteten Zweiteilung der Prüfung in

1. Sachverhaltsfeststellung unter Zuhilfenahme sämtlicher Beweismittel der ZPO und ggf.
2. Prüfung des Beitritts zum Sicherungsvertrag in der Form der §§ 726, 727 ZPO

folgen würden. Die Problematik der zulässigen Beweismittel wird vielmehr mit keinem Wort erwähnt. Daher geht u. E. aus den beiden Beschlüssen nicht hervor, dass die Abgrenzung der der Grundschuldabtretung zugrunde liegenden Fallgruppen anhand aller Beweismittel der ZPO, d. h. schriftlicher oder mündlicher Erklärungen des Zessionars (insbesondere Übersendung des privatschriftlichen Sicherungsvertrags), erfolgen kann.

b) A.A.: Anwendbarkeit der Grundsätze des XI. Zivilsenats vom 30.3.2010 (XI ZR 200/09) auch auf eigentümerveranlasste Grundschuldabtretungen

Die Mehrzahl der Stimmen in der Literatur steht demgemäß auf dem Standpunkt, dass das Urteil des BGH vom 30.3.2010 auch für Grundschuldabtretungen mit Wissen und Wollen des Sicherungsgebers Geltung beansprucht bzw. gar beanspruchen muss (**Gutachten DNotI-Report 2010, 93, 97**; Bolkart, DNotZ 2010, 483, 503, 504; Herrler, BB 2010, 1931, 1937; Heinze, ZIP 2010, 2030, 2033; Sommer, RNotZ 2010, 378, 381; Stavorinus, NotBZ 2010, 281; Kessler, in: DAI-Skript, S. 369 f.; Clemente, ZfIR 2010, 441, 447; Volmer, MittBayNot 2010, 383, 386; so auch **Rundschreiben der Bundesnotarkammer 20/2010 vom 28.7.2010**). Bei der vom Notar vorzunehmenden Prüfung hat er zum Schutz des Schuldners in erster Linie zu gewährleisten, dass er nicht versehentlich eine Klauselumschreibung im Fall eines Forderungsverkaufs vornimmt, ohne die vom BGH aufgestellten Anforderungen zu beachten (Volmer, MittBayNot 2010, 383, 386). Aus den herkömmlicherweise dem Gläubigerwechsel zugrunde liegenden öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunden (Abtretungserklärung) wird in der Regel nicht, jedenfalls nicht zweifelsfrei hervorgehen, ob der Sicherungsgeber die

Grundschuldbtretung initiiert hat oder nicht (Herrler, BB 2010, 1931, 1937; Volmer, MittBayNot 2010, 383, 386). Somit hat sich der Notar in anderer Weise vom Vorliegen eines Umschuldungsfalls zu überzeugen.

Die von der Gegenauffassung vorgeschlagene Beweisaufnahme und Beweiswürdigung ohne die Restriktionen der §§ 726, 727 ZPO steht in Widerspruch zum Regelungskonzept des Klauselerteilungsverfahrens als einem im **Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit streng formalisierten Verfahren** (Heinze, ZIP 2010, 2030, 2033; Herrler, BB 2010, 1931, 1937; Kessler, DAI-Skript, S. 369 f.; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Aufl. 2006, Rn. 46.6 ff.), zumal nach Auffassung der Rechtsprechung keine Einlassungsobliegenheit des Schuldners nach § 138 Abs. 3 ZPO besteht (BGH DNotZ 2005, 917; JurBüro 2009, 163; OLG Dresden Rpfleger 2003, 673). Die Sachverhaltsermittlung und der Nachweis der Rechtsnachfolge sind im Klauselerteilungsverfahren eng miteinander verknüpft. Typischerweise stellen sich bei der Sachverhaltsermittlung auch keinerlei Schwierigkeiten ein (vgl. Heinze, ZIP 2010, 2030, 2033). Lediglich im Hinblick auf den Antrag des Gläubigers als Zulässigkeitsvoraussetzung der Klauselumschreibung gelten die allgemeinen Vorschriften, d. h. § 56 ZPO. Ob ein das erweiterte Prüfungsprogramm auslösender Sachverhalt vorliegt, betrifft hingegen die Begründetheit des Antrags und ist daher durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachzuweisen, sofern das Vorliegen eines Umschuldungsfalls nicht offenkundig ist oder vom Schuldner zugestanden wurde.

In diese Richtung weist auch eine aktuelle Entscheidung des LG Regensburg. Danach **finden die Vorgaben der BGH-Entscheidung ebenfalls auf Umschuldungsfälle Anwendung** (Beschl. v. 4.10.2010 – 2 T 303/10). Übernahme der Zessionar in einem Umschuldungsfall die Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag nicht, so komme ihm die Unterwerfungserklärung, die nur im Rahmen der ursprünglichen Zweckbindung erfolgt sei, nicht zugute.

c) Fazit

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen gehen wir davon aus, dass die Abgrenzung der Fallgruppen Forderungskauf einerseits und Umschuldung, Neuvaluierung andererseits nach den allgemeinen Grundsätzen unter Beachtung der Formanforderungen der §§ 726, 727 ZPO zu erfolgen hat. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn die höchstrichterliche Rechtsprechung eine Sachverhaltsermittlung ohne Beachtung der Formanforderungen der §§ 726, 727 ZPO gestattet. Da das LG Regensburg (Beschl. v. 4.10.2010 – 2 T 303/10) die Rechtsbeschwerde nach § 70 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 FamFG zugelassen hat, wird die Frage nach der Anwendbarkeit der vom BGH mit Urteil vom 30.3.2010 aufgestellten Grundsätze auf Umschuldungs- und Neuvaluierungsfälle aber möglicherweise zeitnah höchstrichterlich geklärt.

3. Nachweismöglichkeiten

Hinsichtlich der Nachweismöglichkeiten sei auf das **Rundschreiben der Bundesnotarkammer 20/2010 vom 28.7.2010** und die dort zitierten Stellungnahmen in der Literatur verwiesen. Als geeignete Nachweise kommen daher die Vorlage des neuen Sicherungsvertrages zumindest in öffentlich beglaubigter Form, eine Geständniserklärung des Sicherungsgebers (privatschriftlich wohl ausreichend, wenn im Rahmen einer Anhörung nach § 730 ZPO abgegeben) und der Schuldbeitritt des Zessionars zu den sicherungsvertraglichen Verpflichtungen, ebenfalls mindestens in öffentlich beglaubigter Form, in Betracht. Ob ein-

seitige bestätigende Erklärungen des Zessionars gleichfalls ausreichend sind (so tendenziell Herrler, BB 2010, 1931, 1938 f.; Sommer, RNotZ 2010, 378, 382 f.; Stavorinus, NotBZ 2010, 281, 282 ff.; Heinze, ZIP 2010, 2030, 2035; kritisch Kessler, in: DAI-Skript, S. 367), ist derzeit noch ungeklärt.

Gutachten im Abruf-Dienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abruf-Dienst im Internet unter:

<http://faxabruf.dnoti-online-plus.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abruf-Nummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Fax-Abruf-Gutachten.

GBO § 3; GBV §§ 8, 38

Buchung von Miteigentumsanteilen an einem dienenden Grundstück

Abruf-Nr.: **102991**

WEG § 39

Dauerwohnrecht; Zwangsversteigerung; Vereinbarung über das Bestehenbleiben; Zustimmung vorrangiger Gläubiger; Rangrücktritt

Abruf-Nr.: **103749**

EGBGB Art. 25

USA/Kalifornien: gesetzliche Erbfolge

Abruf-Nr.: **103209**

AktG §§ 292, 304

Stille Beteiligung einer Aktiengesellschaft an einer anderen Aktiengesellschaft; Anforderungen an den Hauptversammlungsbeschluss und die Vorbereitung der Hauptversammlung

Abruf-Nr.: **103056**

UmwG §§ 2, 3, 54; GmbHG § 5a

Verschmelzung zur Aufnahme auf eine Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt); Verbot der Sachkapitalerhöhung

Abruf-Nr.: **103258**

Rechtsprechung

BGB § 311b Abs. 1 S. 1

Beurkundungszusammenhang auch bei Abschluss des Bauvertrages vor Grundstückskaufvertrag und fehlender Personenidentität

a) Ein Bauvertrag ist gemäß § 311 b Abs. 1 Satz 1 BGB beurkundungsbedürftig, wenn er mit einem Vertrag über den Erwerb eines Grundstücks eine rechtliche Einheit bildet. Eine solche besteht, wenn die Vertragsparteien den Willen haben, beide Verträge in der Weise miteinander zu verknüpfen, dass sie miteinander stehen und fallen sollen. Sind die Verträge nicht wechselseitig voneinander abhängig, ist der Bauvertrag nur dann beurkundungsbedürftig, wenn das Grundstücks-

Deutscher Notarverein

Kronenstraße 73/74, 10117 Berlin
Tel: 030 / 20 61 57 40, Fax: 030 / 20 61 57 50
E-Mail: kontakt@dnov.de

Der Notar vor neuen Herausforderungen

7. Tagung Berufspolitik am 21. und 22. Januar 2011 in Stuttgart

Freitag, 21.01.2011

14:00 Uhr Eröffnung der Veranstaltung durch *Dr. Oliver Vossius, Präsident des DNotV*
Grußwort von *Prof. Dr. Ulrich Goll, Justizminister Baden-Württemberg*

14:30 Uhr **Neue Formen des Zusammenlebens - auch neue Aufgaben für den Notar?**

Moderation: *Dr. Wolfgang Reetz, Notar in Köln*

Referate: **Die nichteheliche Lebensgemeinschaft als Alternative zur Ehe**
Dr. Maximilian Freiherr von Proff zu Irnich, Notar in Waldbröl
Die Patchwork-Familie- eine besondere Herausforderung für den Notar

Prof. Dr. Rainer Hausmann, Universität Konstanz

Gesellschaftliche Herausforderung „Alterseinsamkeit“

Günter Stürmer, Stadt Stuttgart

Vorsorgende Rechtsgeschäfte Alleinstehender

Dr. Andreas Albrecht, Notar in Regensburg

Samstag, 22.01.2011

09:30 Uhr **Bauvertragsrecht im Wandel der Zeit**

Moderation: *Prof. Dr. Rainer Schröder, Humboldt-Universität zu Berlin*

Referate: **Neue Anforderungen an den Bauträgervertrag aufgrund des demografischen Wandels – Ein Bericht aus der Praxis -**
Dagmar Reiß-Fechter, Geschäftsführender Vorstand Ev. Siedlungswerk in Deutschland e. V., Nürnberg

Der Bauträgervertrag mit besonderer Zweckbindung -

Anforderungen an den Notar beim sog. Erwerbmodell

Dr. Thomas Schwerin, Notar in Wuppertal

Ein Überblick über Neuerungen auf dem Gebiet des

Bauvertragsrechts

Wolfgang Schutz, Notar in Heilbronn

13:00 Uhr **Der Notar in der Globalisierung**

Moderation: *Eva-Marie Brandt, Notarin in Friedberg*

Referate: **Das Notariat vor dem EuGH- Ein Rückblick auf das Verfahren und ein Ausblick in die Zukunft**

Dr. Jens Bormann, Hauptgeschäftsführer der Bundesnotarkammer

Das internationale Gesellschaftsrecht- Was bringt die Zukunft?

Dr. Oliver Vossius, Notar in München

Die internationale Ehe und Partnerschaft zwischen den

Rechtsordnungen- Muss nicht endlich eine einheitliche her?

Dr. Felix Odersky, Notar in Dacheu

Weitere Informationen sowie ein Anmeldeformular finden Sie hier:

<http://www.dnovt.de/Aktuelles/7.Tagung.html>

geschäft von ihm abhängt (im Anschluss an BGH, Urteil vom 13. Juni 2002 – VII ZR 321/00, BauR 2002, 1541 = NZBau 2002, 502 = ZfBR 2002, 777).

b) Ein Bauvertrag kann auch dann beurkundungsbedürftig sein, wenn er vor einem Grundstückskaufvertrag geschlossen wird und die Parteien des Bauvertrages nicht identisch sind mit den Parteien des bevorstehenden Grundstückskaufvertrages. In diesem Fall ist ein Bauvertrag beurkundungsbedürftig, wenn die Parteien des Bauvertrages übereinstimmend davon ausgehen, dass der Grundstückserwerb nach dem Willen der Parteien des Kaufvertrages von dem Bauvertrag abhängt.

BGH, Urt. v. 22.7.2010 – VII ZR 246/08
Abruf-Nr.: 10949

Problem

Die Klägerin schloss mit den Beklagten einen schriftlichen Bauvertrag über die Errichtung eines Hauses auf einem Grundstück, welches zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht im Eigentum der Beklagten stand. Für den Fall, dass die Beklagten das Grundstück nicht erwerben sollten, wurde ihnen im Vertrag ein kostenfreies Rücktrittsrecht eingeräumt. Nachdem sich die Kaufabsicht der Beklagten zerschlagen hatte, übten sie dieses Rücktrittsrecht aus. Die Klägerin ist der Auffassung, die Voraussetzungen des Rücktrittsrechts hätten nicht vorgelegen und betrachtet den erklärten Rücktritt als Kündigung des Werkvertrages. Sie verlangt von den Beklagten als Vergütung einen Betrag von etwa 58.000,- €.

Entscheidung

Der BGH hob das Urteil der Vorinstanz, die der Klage im Wesentlichen stattgegeben hatte, auf und verwies die Sache zur weiteren Sachverhaltsaufklärung an das OLG zurück. Das OLG hatte in seinem Berufungsurteil den **Bauvertrag nicht für formbedürftig** nach § 311b Abs. 1 BGB gehalten, weil der Bauvertrag keine Verpflichtung der Beklagten enthalte, ein Grundstück zu erwerben.

Dem pflichtete der BGH zwar bei; seiner Ansicht nach hatte das Berufungsgericht aber zu Unrecht nicht geprüft, ob möglicherweise eine **rechtliche Einheit** zwischen Bauvertrag und geplantem Grundstückserwerbsvertrag vorlag, die zu einer **Beurkundungsbedürftigkeit auch des Bauvertrages** geführt hätte. Der BGH bestätigte seine ständige Rechtsprechung, derzufolge eine **rechtliche Einheit** vorliegt, wenn die Vertragsparteien den **Willen** haben, **beide Verträge** in der Weise zu **verknüpfen**, dass sie **miteinander stehen und fallen** sollen. Im Falle nur „einseitiger“ Abhängigkeit komme eine Ausdehnung des Formerfordernisses des § 311b Abs. 1 BGB auf den Bauvertrag hingegen nur in Betracht, **wenn das Grundstücksgeschäft vom Bauvertrag abhängt**; die Abhängigkeit des Bauvertrages vom Grundstücksgeschäft genüge demgegenüber nicht. Unerheblich sei in diesem Zusammenhang, dass der Grundstückserwerb im vorliegenden Bauvertrag nicht geregelt sei; die **Vereinbarung eines Rücktrittsrechts** stehe der Annahme einer rechtlichen Einheit **ebenso wenig entgegen** wie die Tatsache, dass die **Verträge sukzessive geschlossen** werden und dass die **Parteien von Bau- und Grundstückskaufvertrag nicht identisch** sein sollten.

Für die erneute Prüfung der Sach- und Rechtslage durch das Berufungsgericht gibt der BGH in Präzisierung seiner früheren Rechtsprechung noch folgende Leitlinien vor: **Maßgeblich** für die Beurteilung, ob ein **einheitliches**

Rechtsgeschäft vorliege, sei **nicht der Wille der Kaufvertragsparteien**, da dieser im Zeitpunkt des Abschlusses des Bauvertrages regelmäßig noch nicht feststehe (anders noch BGH v. 13.6.2002 – VII ZR 321/00, DNotZ 2002, 944, 945 = DNotI-Report 2002, 124). Vielmehr komme es auf die **Vorstellungen der Vertragsparteien des Bauvertrages über den Grundstückskaufvertrag** an: Gehen diese übereinstimmend davon aus, dass der Grundstückserwerb nach dem Willen der Parteien des Kaufvertrages vom Bauvertrag abhängen solle, so liege eine rechtliche Einheit mit der Folge der Beurkundungsbedürftigkeit auch des Bauvertrages vor. Damit wird die in der Literatur (z. B. von Keim, DNotZ 2001, 827, 834) teilweise als unbillig kritisierte Rechtsfolge der Beurkundungsbedürftigkeit eines an sich formfreien Vertrages aufgrund der Vorstellung von Parteien eines anderen Vertrages, die an dem formfreien Vertrag möglicherweise nicht beteiligt sind, in Zukunft vermieden. Denn maßgeblich sind nunmehr die Vorstellungen der Parteien des Bauvertrages über die Vorstellungen der Parteien des Grundstückskaufvertrages. Zur Frage, ob dies auch gilt, wenn der Bauvertrag zeitlich nach dem Grundstückskaufvertrag abgeschlossen wird, äußert sich der BGH allerdings nicht.

Der BGH führt schließlich aus, ein **Verknüpfungswille** könne **nicht schon deshalb** angenommen werden, weil der Besteller für die Durchführung eines Bauvertrages ein **Grundstück benötige** oder für das Bauvorhaben bereits ein **bestimmtes Grundstück ins Auge gefasst** habe. Ein Verknüpfungswille komme aber in Betracht, wenn die Parteien des Bauvertrages und diejenigen des Kaufvertrages identisch seien oder der Bauunternehmer maßgeblichen Einfluss auf die Durchführung des Kaufvertrages habe. Letzteres komme häufig dadurch zum Ausdruck, dass die Bebauung auf einem bestimmten Grundstück erfolgen solle. Liege weder Parteiidentität noch ein maßgeblicher Einfluss des Bauunternehmers vor, müssten für die Annahme einer rechtlichen Einheit weitere Umstände hinzutreten. Welche Umstände dies sein könnten, lässt der BGH allerdings offen.

BGB a.F. § 634; WEG a.F. § 21 Abs. 5 Nr. 2; BGB § 203

Fristsetzung zur Mangelbehebung durch einzelnen Wohnungseigentümer trotz Ausübung der gemeinschaftsbezogenen Mangelgewährleistungsrechte durch Eigentümergemeinschaft; Reichweite der Verjährungshemmung

Hat die Wohnungseigentümergeinschaft mit Mehrheitsbeschluss die Ausübung gemeinschaftsbezogener Gewährleistungsrechte wegen Mängeln an der Bausubstanz an sich gezogen, ist der einzelne Wohnungseigentümer jedenfalls dann nicht gehindert, dem Veräußerer eine Frist zur Mängelbeseitigung mit Ablehnungsandrohung zu setzen, wenn die fristgebundene Aufforderung zur Mängelbeseitigung mit den Interessen der Wohnungseigentümergeinschaft nicht kollidiert.

Führt die Wohnungseigentümergeinschaft, die die Ausübung der gemeinschaftsbezogenen Gewährleistungsansprüche wegen Mängeln an der Bausubstanz des Gemeinschaftseigentums an sich gezogen hat, Verhandlungen mit dem Veräußerer über die Beseitigung der Mängel, wird dadurch die Verjährung der Mängel-

beseitigungsansprüche der einzelnen Wohnungseigentümer gehemmt. Soweit eine gesonderte Ermächtigung nicht besteht, hemmt diese Verjährung nicht die Verjährung der Ansprüche, die den Wohnungseigentümern nach Ablauf einer von ihnen mit Ablehnungsandrohung gesetzten Frist entstehen.

BGH, Urt. v. 19.8.2010 – VII ZR 113/09
Abruf-Nr.: 10950

Problem

Die Kläger erwarben von der Beklagten je eine Eigentumswohnung in einer Wohnungseigentumsanlage. Die Bauleistungen wurden am 1.1.2000 abgenommen. Im Jahr 2004 stellten sich Mängel am Gemeinschaftseigentum heraus, woraufhin der Verwalter der WEG begann, mit der Beklagten über die Mängelbeseitigung zu verhandeln. Im Oktober 2004 bevollmächtigte die WEG ihren Verwalter, ihre Gewährleistungsansprüche bezüglich der Mängel am Gemeinschaftseigentum gegenüber der Beklagten gerichtlich geltend zu machen.

Während der Verwalter fortdauernd mit der Beklagten über die Mängelbehebung verhandelte, forderten die Kläger mit Schreiben vom Juli bzw. August 2006 die Beklagte ihrerseits auf, die Mängel am Gemeinschaftseigentum zu beseitigen. Beide setzten der Beklagten eine Frist unter Androhung der Geltendmachung von Wandlung, Minderung oder Schadensersatz (ggf. Zug um Zug gegen Rücküberweisung der Wohnungen). Im Jahr 2007 lehnten die Kläger die Mängelbeseitigung durch die Beklagte endgültig ab und machten Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend. Die Beklagte, die noch bis Ende 2007 bezüglich der Mängel mit dem Verwalter verhandelt hat, beruft sich nunmehr auf Verjährung.

Entscheidung

Treten nach dem Erwerb von Wohnungseigentum in einer vom Bauträger neu erstellten Wohnungseigentumsanlage behebbare Mängel am Gemeinschaftseigentum auf, ergeben sich aus dem Zusammentreffen von individuellem Vertragsrecht und wohnungseigentumsrechtlichem Gemeinschaftsrecht vielschichtige Probleme. Unbestritten ist, dass die **vertraglichen Ansprüche** wegen Mängeln nach den §§ 634 ff. BGB **jedem einzelnen Erwerber zustehen**. Aufgrund der gemeinschaftlichen Verbundenheit und gemeinsamen Verwaltungszuständigkeit für das Gemeinschaftseigentum kann der Erwerber seine individuellen Rechte aus dem Vertrag mit dem Veräußerer jedoch nur so lange selbständig verfolgen, als durch sein Vorgehen gemeinschaftsbezogene Interessen der Wohnungseigentümer oder schützenswerte Interessen des Veräußerers nicht beeinträchtigt werden (BGHZ 169, 1 = DNotZ 2007, 22 m. w. N.; Vogel, ZMR 2007, 48). Nach den **Grundsatzentscheidungen des BGH vom 12.4.2007** (BGH NJW 2007, 1952 = DNotZ 2007, 939 und NJW 2007, 1957 = DNotZ 2007, 933) ergibt sich hinsichtlich des Rechts des Erwerbers auf Verfolgung seiner Mängelgewährleistungsrechte das folgende Bild:

- Soweit **Rückabwicklungsrechte** in Frage stehen, werden dadurch keine gemeinschaftsbezogenen Interessen der Wohnungseigentümer oder schützenswerte Interessen des Veräußerers berührt, sodass diese Rechte **individuell** durch den Erwerber gegenüber dem Veräußerer geltend gemacht werden können (BGH NJW 2007, 1952, 1954).
- Bei den **sekundären Mängelrechten** (Minderung und kleiner Schadensersatz) handelt es sich dagegen um

zwingend gemeinschaftsgebundene Ansprüche, die daher **gemeinschaftlich** geltend gemacht werden müssen (BGH NJW 2007, 1952, 1954).

- Außer den Rückabwicklungsansprüchen kann der Erwerber grundsätzlich auch die auf ordnungsgemäße Herstellung des Gemeinschaftseigentums gerichteten **primären Mängelrechte** selbständig verfolgen. Wegen der Gemeinschaftsgebundenheit der Ansprüche kann der Erwerber aber **grundsätzlich nur Leistungen an die WEG** (z. Hd. des Verwalters) verlangen (BGH NJW 2007, 1952, 1954).

Darüber hinaus steht es der WEG gem. § 10 Abs. 6 S. 3 Var. 2 WEG offen, die Verfolgung der auf ordnungsgemäße Herstellung des Gemeinschaftseigentums gerichteten primären Mängelrechte durch entsprechende Beschlussfassung an sich zu ziehen (sog. **gekorene Ausübungskompetenz**, vgl. BGH NJW 2007, 1952, 1954; Wenzel, NJW 2007, 1905, 1908). Der BGH hatte in der diesbezüglichen Entscheidung dazu tendiert, dass ein derartiger Beschluss über die gemeinschaftliche Durchsetzung primärer Mängelrechte den einzelnen Erwerber von der Verfolgung seiner Rechte regelmäßig ausschließt. Die ordnungsgemäße Verwaltung erfordere es nämlich in aller Regel, einen gemeinschaftlichen Willen darüber zu bilden, wie die ordnungsgemäße Herstellung des Gemeinschaftseigentums zu bewirken sei (BGH NJW 2007, 1952, 1954). Der Auffassung, die im Anschluss daran ein eigenmächtiges Vorgehen des einzelnen Wohnungseigentümers für ausgeschlossen hält (Bärmann/Klein, WEG, 11. Aufl. 2010, Anh. § 10 Rn. 37 m. w. N.), tritt der BGH in seinem aktuellen Urteil nun aber ausdrücklich entgegen. Solange die WEG von dem Veräußerer ebenfalls (nur) Mängelbeseitigung verlange und noch keine weiteren Maßnahmen beschlossen habe, sei es dem einzelnen Erwerber – im Hinblick auf das gleichgerichtete Interesse an einem mangelfreien Wohnungseigentum – weiterhin möglich, den Veräußerer neben der WEG (verbunden mit einer Fristsetzung) eigenständig zur Mängelbeseitigung aufzufordern. Ob anders zu entscheiden ist, wenn die WEG von der Forderung auf Mängelbeseitigung bereits Abstand genommen hat, lässt der Senat ausdrücklich dahinstehen.

Weiterhin stellt der BGH fest, dass der Verwalter durch seine Verhandlungen mit der Beklagten die Verjährung der Mängelgewährleistungsansprüche der Kläger gem. § 203 BGB gehemmt hat. Das ergebe sich aus der Tatsache, dass die WEG trotz gekorener Ausübungskompetenz nicht Inhaberin der Mängelgewährleistungsansprüche sei und somit nur eine Hemmung der Gewährleistungsansprüche der einzelnen Wohnungseigentümer in Betracht komme.

Aktuelles

Auslaufen zahlreicher Sondervorschriften für die neuen Bundesländer zum 31.12.2010

Auch im 20. Jahr der Wiedervereinigung bestehen für das **Immobiliarsachenrecht in den neuen Bundesländern** noch etliche vom übrigen Bundesrecht abweichende **Sondervorschriften**. Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass **ein Teil dieser Sonderregelungen** – jedenfalls nach derzeitigem Stand – **mit dem 31.12.2010 außer Kraft treten wird**.

Für sog. „**Anteile an ungetrennten Hofräumen**“ bestand bisher aufgrund der **Hofraumverordnung (HofV)** vom 24.9.1993 (BGBl. 1993 I, 1658) auch ohne katastermäßige Erfassung und grundbuchmäßige Buchung dieser Bodenflächen eine Verkehrsfähigkeit insoweit, als die grundbuchmäßige Bezeichnung durch die Bezeichnung im Einheitswert- oder Grundsteuerbescheid etc. ersetzt werden konnte. Diese **Möglichkeit** soll nach derzeitiger Planung **zum 31.12.2010 auslaufen**, sodass ab diesem Zeitpunkt auch ungetrennte Hofräume wieder gem. § 2 Abs. 2 GBO nach dem Liegenschaftskataster zu bezeichnen sind. Liegt eine Vermessung der Hofräume ab dem 1.1.2011 nicht vor, kann über diese Anteile nicht mehr wirksam verfügt werden. Insofern sollte der Grundstückseigentümer eines ungetrennten Hofraumes möglichst noch bis zum 31.12.2010 entweder eine Vermessung des Grundstücks durchführen lassen oder die Kartierung nach dem Bodenordnungsgesetz (BoSoG) nebst Aufnahme des Grundstücks in den Sonderungsplan (§ 7 Abs. 2 BoSoG) veranlassen, damit ab dem 1.1.2011 weiterhin eine Verfügung über die ungetrennten Hofräume möglich ist.

In den neuen Bundesländern fanden sich bei der Wiedervereinigung vielfach auch im Grundbuch **nicht verzeichnete Mitbenutzungsrechte**. Für besonders wichtige dieser Berechtigungen, insbesondere **zugunsten von Versorgern**, sieht § 9 Grundbuchbereinigungsgesetz (GBBerG) vom 20.12.1993 (BGBl. 1993 I, 2182, 2192) vor, dass aus diesen Berechtigungen außerhalb des Grundbuchs Dienstbarkeiten entstanden sind, die nicht durch gutgläubig lastenfreien Erwerb erlöschen konnten, solange sie noch nicht im Grundbuch verzeichnet waren. Gem. § 9 Abs. 1 S. 2 2. Alt. GBBerG findet allerdings nach dem 31.12.2010 **§ 892 BGB wieder uneingeschränkt Anwendung**, d. h. bisher noch nicht eingetragene Dienstbarkeiten zugunsten von Versorgern bleiben zwar außergrundbuchlich wirksam bestehen, können jedoch gutgläubig wegerworben oder beeinträchtigt werden oder einen Rangverlust erleiden.

Demgegenüber hat der Gesetzgeber die **Bewilligungsbefugnis nach § 113 Abs. 1 Nr. 6 GBV** (Nachweis der Verfügungsbefugnis über beschränkte dingliche Rechte an einem Grundstück zugunsten von Sparkassen, Kreditinstituten, juristischen Personen des öffentlichen Rechtes oder Volkseigentum der DDR), die ursprünglich zum Jahresende ausgelaufen wäre, **bis zum 31.12.2020 verlängert** (§ 113 Abs. 3 S. 3 GBV n. F.; BGBl. 2009 I, 2713, 2719).

Wegen weiterer Einzelheiten dürfen wir auf den Aufsatz von *Böhringer* „Auslaufen wichtiger Vorschriften im Grundstücksverkehr“, NJ 2010, 146 ff. verweisen.

<p>Deutsches Notarinstitut (Herausgeber) - eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin - 97070 Würzburg, Gerberstraße 19 Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225 e-mail: dnoti@dnoti.de internet: www.dnoti.de</p> <p>Hinweis: Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.</p> <p>Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Sebastian Herrler, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg</p> <p>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.</p>	<p>Bezugspreis: Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten. Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden. Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.</p> <p>Verlag: Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg</p> <p>Druck: Druckerei Franz Scheiner Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg</p>
--	--