

Der DNotI-Report 2/1996

Januar 1996

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

MaBV § 3; AGBG § 9

Schiedsgutachtenklausel in einer Freistellungsverpflichtungserklärung

I. Sachverhalt

Die ein Bauträgervorhaben finanzierende Globalgläubigerin hat gegenüber dem Bauträger, den (noch unbekanntem) Erwerbem und deren Finanzierungsgrundschuldgläubigern eine "Pfandfreigabeverpflichtungserklärung" abgegeben. Darin ist in Ziffer 2 a) bzw. 2 b) für den Fall, daß das Bauvorhaben nicht vertragsgemäß vollendet wird, das Wahlrecht nach § 3 Abs. 1 MaBV vorbehalten. Im Anschluß daran enthält die Erklärung folgende Formulierung:

"Erkennt ein Erwerber - im Falle der Regelung zu 2. a) oder 2. b) - den von der Bank errechneten Fertigstellungsgrad nicht an, so entscheidet auf Antrag der Bank oder des Erwerbers ein von der zuständigen Industrie- und Handelskammer bestellter vereidigter Sachverständiger. Kosten hierfür trägt die Bank nicht."

II. Frage

1. Darf eine ansonsten den Anforderungen des § 3 Abs. 1 MaBV entsprechende Freigabeverpflichtung der Globalgläubigerin zusätzlich eine Klausel enthalten, wonach bei Steckenbleiben des Bauvorhabens die Bank den erreichten Fertigstellungsgrad errechnet und bei Uneinigkeit hierüber auf Antrag von Bank oder Erwerber ein von der zuständigen IHK bestellter vereidigter Sachverständiger entscheidet?
2. Ist der weitere Zusatz zulässig, wonach die Bank hierfür keine Kosten übernimmt?

III. Rechtslage

Frage 1

§ 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 MaBV verlangt die Sicherung der Lastenfreistellung von allen Grundpfandrechten, die der Vormerkung im Range vorgehen oder gleichstehen und nicht übernommen werden sollen, auch für den Fall, daß das Bauvorhaben nicht vollendet wird. Die Sätze 2 und 3 konkretisieren die Anforderungen, unter denen die Lastenfreistellung als gesichert angesehen werden kann. Entspricht eine Freistellungsverpflichtung nicht den Anforderungen des § 3 MaBV, darf der Bauträger (gewerberechtlich) keine Vermögenswerte des Erwerbers entgegennehmen oder sich zu deren Verwendung ermächtigen lassen. § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, S. 2 MaBV schreibt einen Mindestinhalt des Freigabeversprechens vor: Die Erklärung der Gläubigerbank muß die Freistellung sowohl für den Fall der Vollendung des Bauvorhabens, wie für den Fall des Steckenbleibens des Baus gewährleisten

1. Die MaBV beansprucht - unabhängig von der Qualifikation der Freistellungsverpflichtungserklärung als Vertrag zwischen Bank und Bauträger zugunsten des Erwerbers (§ 328 BGB; vgl. BGH DNotZ 1977, 356 ff., 360, mit ablehnender Anmerkung von Schöner DNotZ 1977, 361 ff.) oder als Vertrag unmittelbar zwischen Bank und Erwerber in Form eines Angebotes einer Garantieerklärung (so Kutter, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 1992, A II Rz. 57; Reithmann/Meichssner/von Heymann, Kauf vom Bauträger, 7. Aufl. 1995, B Rz. 175; Basty, Der Bauträgervertrag, 2. Aufl. 1995, Rz. 106 m. w. N.) - keine unmittelbare Geltung für das Verhältnis von Erwerber und Globalgläubiger. Entspricht die Freistellungsverpflichtungserklärung jedoch nicht den Anforderungen der MaBV, hat der Notar die Pflicht, die Beurkundung des Bauträgervertrages abzulehnen, wenn der Globalgläubiger nicht bereit ist, eine der MaBV entsprechende Freistellungserklärung abzugeben (so Schelter DNotZ 1984, 330 ff., 331).

Dem Wortlaut des § 3 Abs. 1 S. 2 MaBV ist weder die Zulässigkeit noch die Unzulässigkeit einer Schiedsklausel zur Festlegung "des dem erreichten Bautenstand entsprechenden Teils der geschuldeten Vertragssumme" zu entnehmen. § 3 Abs. 1 S. 2 MaBV schreibt lediglich einen Mindestinhalt des Freigabeversprechens vor, so daß das Freigabeverprechen darüber hinausgehende Regelungen enthalten kann (Basty, a.a.O., Rz. 113, 139). Soweit ersichtlich wird daher die Vereinbarkeit einer Schiedsgutachtenklausel zur Ermittlung des Wertes des Vertragsobjektes in der Freistellungserklärung mit der MaBV nicht in Frage gestellt (vgl. Basty, a.a.O., Rz. 142; OLG Nürnberg MittBayNot 1983, 213; Reithmann/Meichssner/von Heymann, a.a.O., B Rz. 181; Marcks, MaBV, 5. Aufl. 1991, § 3 Rz. 14; Schöner,

Rechtliche Probleme bei Lastenfreistellungsverpflichtungserklärungen, DNotZ 1975, 327 ff., 346).

2. Fraglich erscheint allerdings die Vereinbarkeit einer Schiedsklausel mit den Bestimmungen des AGBG.

a) Für zulässig gehalten wird ein sog. fakultatives Schiedsgutachten, das der sofortigen Bescheidung des Rechtsweges sowie der Beweiserhebung und Entscheidung durch das Gericht nicht entgegensteht (Wolf, in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 3. Aufl. 1993, § 9 Rz. S 15). Insbesondere Basty (a. a. O., Rz. 142, 400 m. w. N.) hält unter Berufung auf die Fertighausentscheidung des BGH (MittRhNotK 1992, 183 f. = BGHZ 115, 329 ff.) die Schiedsgutachtenklausel für grundsätzlich zulässig. Der Rechtsweg dürfe aber nicht ausgeschlossen werden; dem Erwerber müßten insbesondere Einwendungen gegen die Richtigkeit des Gutachtens möglich sein. Voraussetzung für die Wirksamkeit einer solchen Schiedsgutachtenklausel ist nach Auffassung von Wolf (in: Wolf/Horn/Lindacher, a.a.O., § 9 Rz. S 15) ein ausdrücklicher Rechtswegvorbehalt.

b) Dagegen werden sog. obligatorische Schiedsgutachten in Rechtsprechung (so zuletzt OLG Düsseldorf DNotI-Report 1995, 70) und Literatur vor dem Hintergrund des § 9 Abs. 1 AGBG für unzulässig gehalten (vgl. Basty, a.a.O., Rz. 400).

"Schiedsgutachter ist ein Dritter, der eine für das Rechtsverhältnis der Vertragspartner erhebliche Tatsache bindend feststellen soll. Der darauf gerichtete Schiedsgutachtenvertrag unterliegt den §§ 317 bis 319 BGB. Kennzeichnend ist die Bindung der Vertragsparteien an die Bestimmung bis zur Grenze der offensbaren Unrichtigkeit, die beim Schiedsgutachten an die Stelle der offensbaren Unbilligkeit gem. § 319 Abs. 1 BGB tritt. Diese Bindungswirkung ist gerechtfertigt aus der freien Auswahl des Schiedsgutachters, dessen Bestimmung die Vertragsparteien sich unterworfen haben. Daran fehlt es bei einer vorformulierten Schiedsgutachtenklausel. Sind bereits vorformulierte Leistungsbestimmungsvorbehalte im allgemeinen kritisch zu beurteilen (...), so tritt bei der Schiedsgutachtenklausel das Bedenken der besonders weitgehenden Unterwerfung unter das Bestimmungsermessen ohne Mitwirkung des AGB-unterworfenen Vertragspartners bei der Auswahl des Schiedsgutachters und ohne nachträgliche Ablehnungsmöglichkeit hinzu. Eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners im Sinne des § 9 Abs. 1 AGBG muß daher bejaht werden, wenn der in der Klausel vorgesehene Schiedsgutachter, der etwa (...) eine Schätzung vornehmen (...) soll, aus der Sicht eines verständigen Vertragspartners dem Interessenbereich des Verwenders in irgendeiner Weise (...) nahesteht" (so Brandner, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 7. Aufl. 1993, Anh. §§ 9 - 11 Rz. 620).

Durch das obligatorische Schiedsgutachten wird das Gericht an einer Beweiserhebung oder Entscheidung gehindert, bevor das Schiedsgutachten eingeholt ist. Damit ist in der Regel zumindest eine zeitliche Verzögerung bei Anrufung der Gerichte verbunden, und es kann sich durch das der gerichtlichen Entscheidung vorgelagerte Schiedsgutachten auch eine faktische Erschwerung ergeben, wenn der andere Vertragsteil seine Rechtslage, beeindruckt durch das Schiedsgutachten, zu Unrecht als aussichtslos beurteilt oder weil er nach der Kostenbelastung durch das Schiedsgutachten nicht auch noch das Kostenrisiko eines Rechtsstreits vor den staatlichen Gerichten auf sich nehmen will. Die damit verbundene Beschränkung richterlicher Kontrolle sowie die zeitliche und faktische Behinderung des Rechtsweges stellt eine Abweichung von der gesetzlichen Regelung und eine unangemessene Benachteiligung dar, wenn für die Schiedsgutachtenabrede kein berechtigtes Bedürfnis gegeben ist; ein solches soll z. B. gegeben sein, wenn es um die Beurteilung von Fragen geht, für die auch im gerichtlichen Verfahren ein Sachverständigengutachten einzuholen wäre, weil dafür das Schiedsgutachten in vergleichbarer Weise geeignet ist und die Chance der Vermeidung eines umfassenden Rechtsstreits besteht; eine unbeschränkte Bindung der staatlichen Gerichte an die Tatsachenfeststellungen oder der Ausschluß des Rechtswegs darf jedoch nicht vorgesehen werden (so Wolf, in: Wolf/Horn/Lindacher, a.a.O., § 9 Rz. S 15).

Der BGH hat in seiner Fertighausentscheidung (MittRhNotK 1992, 183 f. = BGHZ 115, 329 ff.) die Vereinbarung einer obligatorischen Schiedsgutachtenklausel in einem Vertrag über die Lieferung eines Fertighauses wegen Verstoßes gegen § 9 AGBG für unwirksam gehalten. Die streitige Klausel hatte zum Inhalt, daß über während oder nach Fertigstellung des Vertragsobjektes auftretende Mängel das Urteil eines vereidigten Sachverständigen als Schiedsgutachter zu entscheiden hatte. Der BGH sah in der Vereinbarung der obligatorischen Schiedsgutachtenklausel eine Abweichung von der gesetzlichen Regelung im Sinne des § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG wegen der im praktischen Ergebnis weitgehenden Unangreifbarkeit eines Fehlgutachtens einschließlich der damit u. U. verbundenen inzidenten Fehlbeurteilung von vertraglichen Pflichten und Rechten.

Frage 2

Die Frage, wer die Kosten des einzuholenden Schiedsgutachtens zu tragen hat bzw. ob der Erwerber verpflichtet werden kann, die Kosten des Schiedsgutachtens zu tragen, insbes. auch für den Fall, daß die Bank die Einholung eines Gutachtens beantragt, ist, soweit ersichtlich, bislang weder Gegenstand einer Gerichtsentscheidung noch einer Äußerung in der Literatur geworden. Die Rechtslage ist in dieser Hinsicht daher noch nicht geklärt. Ausgangspunkt der Überlegungen muß wohl die Frage sein, wer die Kosten des Schiedsgutachtens zu tragen hätte, wenn das Pfandfreigabeversprechen hierzu keine Regelung enthalten würde.

1. Regelmäßig verpflichtet sich der Bauträger im Rahmen des Bauträgervertrages, die Kosten der vertragsgemäßen Lastenfreistellung zu tragen. Fällt der Bauträger allerdings in Konkurs, so stellt sich im Verhältnis zwischen Erwerber und Globalgläubiger die Frage, wer dann die Kosten der Lastenfreistellung zu

tragen hat. Nach dem Wortlaut der MaBV gehört es wohl nicht zum Mindestinhalt des Freigabeversprechens, daß die Bank die Kosten der Lastenfreistellung zu tragen hat. Insoweit bleibt es u. E. bei dem allgemeinen Prinzip, daß jede Partei die zur Erfüllung ihrer Pflichten erforderlichen Aufwendungen zu tragen hat (vgl. hierzu Soergel/Huber, 12. Aufl. 1991, § 449 Rz. 3). Dieses allgemeine Prinzip hat im Gesetz in § 449 BGB Ausdruck gefunden: Rechte Dritter, die der Verkäufer gemäß §§ 434, 439 Abs. 2 BGB zu beseitigen hat, hat er auf eigene Kosten zu beseitigen, wenn der Vertrag keine abweichenden Bestimmungen enthält (s. Reithmann/Albrecht/Basty, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 7. Aufl. 1995, Rz. 243, 244). Entsprechendes hat u. E. für das Freigabeversprechen der Bank zu gelten, sprich die Bank ist verpflichtet, die Kosten der Lastenfreistellung zu tragen, da andernfalls die Verpflichtung zur Lastenfreistellung nicht erfüllt wird (so auch Basty, a.a.O., Rz. 108). Bei den Kosten für ein fakultatives Schiedsgutachten zur Ermittlung des Fertigstellungsgrades eines steckengebliebenen Bauvorhabens dürfte es sich allerdings nicht mehr um Kosten der Lastenfreistellung handeln - weder im Sinne des Gesetzes noch im Sinne der Kostenverteilungsregelung im Bauträgervertrag. Daraus ergibt sich u. E. auch, daß die in dem Freigabeversprechen enthaltene Regelung zur Folge hat (und dies wohl auch beabsichtigt ist), daß der Erwerber die Kosten des Schiedsgutachtens zu tragen hat. Auch aus der Vereinbarung eines Festpreises zwischen Bauträger und Erwerber ergibt sich wohl keine Verpflichtung des Bauträgers, die Kosten des Schiedsgutachtens zu tragen - unabhängig davon, ob das Freigabeversprechen als Vertrag zugunsten Dritter oder als selbständiges Garantieverprechen zu qualifizieren ist.

2. Soweit man mit der Rechtsprechung des BGH (DNotZ 1977, 356 ff., 360) in dem Freigabeversprechen einen Vertrag zwischen Bank und Bauträger zugunsten des Erwerbers sieht, durch den der Erwerber unmittelbar das Recht erwirbt, von der Bank die Freigabe und Löschung der Grundschuld an seinem Wohnungseigentum in dem in der Freigabeerklärung bestimmten Umfang zu fordern, würde es sich u. E. bei der uneingeschränkten Verteilung der Schiedsgutachtenkosten zu Lasten des Erwerbers um einen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter handeln und wäre daher unwirksam (Palandt/Heinrichs, 55. Aufl. 1996, Einf. v. § 328 Rz. 10).

3. Sieht man in der Freigabeverpflichtungserklärung der Bank eine Garantieverklärung (so die h. M. in der Literatur, s. o.), so könnte die Regelung der Kostenlast wegen Verstoßes gegen § 9 AGBG unwirksam sein.

a) Nach §§ 9 bis 11 AGBG kontrollfähig ist auch eine Kosten- und Risikoverteilung auf den anderen Vertragsteil (Wolf, in: Wolf/Horn/Lindacher, a.a.O., § 8 Rz. 18). Sind Kosten durch Gesetz oder nach allgemeinen Grundsätzen der Risikoverteilung dem Verwender auferlegt, die dieser durch AGB auf die andere Vertragspartei abwälzen will, so unterfallen diese Klauseln den §§ 9 bis 11 AGBG; insoweit unterliegen Klauseln, die eine Kostenverlagerung bezwecken, der Inhaltskontrolle.

b) Käme es wegen des Fertigstellungsgrades zu einem Rechtsstreit zwischen Erwerber und Bank, so würde sich die Verpflichtung zur Tragung der Gerichtskosten nach dem Erfolg des eingelegten Rechtsmittels richten (§§ 91 ff. ZPO). Insoweit weicht die in der Freigabeerklärung enthaltene Regelung von den allgemeinen Grundsätzen der Risikoverteilung in mehrfacher Hinsicht ab: Zum einen hängt die Verteilung der Kosten nicht von der Begründetheit der Einwendungen des Erwerbers ab, zum anderen hat der Erwerber die Kosten selbst dann zu tragen, wenn die Bank die Einholung des Gutachtens beantragt und sich dabei herausstellt, daß die Einwände des Erwerbers berechtigt sind. Durch AGB wird hier u. E. der Versuch unternommen, Kosten der außerprozessualen Rechtsverfolgung dem anderen Vertragsteil auch insoweit aufzuerlegen, als sie nach dem Gesetz an sich vom Verwender zu tragen wären.

"Die Verteilung der Kostentragungspflicht nach §§ 91 ff. ZPO und die Verpflichtung zur Tragung von Rechtsverfolgungskosten, die sich aus dem materiellen Recht (...) ergeben kann, orientiert sich an einer Zurechnung nach Verantwortungsbereichen. Eine Abweichung hiervon, etwa die Verpflichtung zur Tragung außerprozessualer Rechtsberatungskosten, ohne daß ein vertragswidriges Verhalten des Kunden vorliegt, widerspricht wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung und ist deshalb nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 grundsätzlich unwirksam (BGH NJW 1985, 320 ff., 324). Dies gilt auch für eine Abweichung von der prozessualen Kostenverteilung nach §§ 91 ff. ZPO einschließlich der Kosten eines Beweissicherungsverfahrens (§§ 458 ff. ZPO)" (Wolf, in: Wolf/Horn/Lindacher, a.a.O., § 9 Rz. P 22).

Durch die einseitige Kostenverteilung zu Lasten des Erwerbers entsteht für diesen u. U. eine bei Vorliegen einer obligatorischen Schiedsgutachtenklausel vergleichbare Zwangslage, die ihn im Hinblick auf die mit der Einholung eines Gutachtens verbundenen Kosten veranlassen kann, gegen den von der Bank errechneten Fertigstellungsgrad keine Einwendungen zu erheben. Die Verteilung der Kosten zu Lasten des Erwerbers beinhaltet damit zumindest eine Erschwerung der Geltendmachung von Einwendungen, die mit der gesetzlichen Regelung nicht vereinbar erscheint und eine unangemessene Benachteiligung darstellt. U. E. ist daher die in der Freistellungsverpflichtungserklärung enthaltene Verteilung der Kosten zu Lasten des Erwerbers wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam.

c) Darüber hinaus dürfte im Hinblick auf die gewählte Formulierung auch ein Verstoß gegen §§ 5, 3 AGBG sowie das Transparenzgebot vorliegen, da die Kostentragungslast auch für den Fall der Begründetheit der Einwendungen des Erwerbers und der Einholung des Gutachtens auf Antrag der Bank für den Erwerber aufgrund der gewählten Formulierung nicht ohne weiteres erkennbar ist. Nach dem Transparenzgebot gehört es zu den Obliegenheiten des AGB-Verwenders, die Rechte und Pflichten des Vertragspartners durch eine entsprechend transparente Ausgestaltung und geeignete Formulierung der Vertragsbedingungen durchschaubar, richtig, bestimmt und möglichst klar darzustellen (Ulmer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, a.a.O., Einl. Rz. 37 m. w. N.). Diesen Anforderungen wird die vorliegende Formulierung u. E. nicht gerecht.

Im Ergebnis läßt sich die Rechtswirksamkeit der vorliegenden Schiedsgutachtenklausel nicht verbindlich feststellen. Unter verschiedenen Gesichtspunkten erscheint die Rechtswirksamkeit der Klausel jedoch zumindest als problematisch. Die Bedenken könnten etwa mit der Gläubigerbank besprochen werden, um eine Änderung der Schiedsgutachtenklausel zu erreichen. Die Fälligkeit des Kaufpreises dürfte durch eine derartige Schiedsgutachtenklausel allerdings nicht verhindert werden, da die Unwirksamkeit der Schiedsgutachtenklausel gem. § 6 Abs. 1 Nr. 2 AGBG die Wirksamkeit der Freistellungserklärung im übrigen unberührt läßt.

WEG § 7 Abs. 4

Versagung der Abgeschlossenheitsbescheinigung aus bauplanungsrechtlichen Gründen

I. Frage

Kann die Abgeschlossenheitsbescheinigung mit der Begründung versagt werden, daß durch die Aufteilung ein landwirtschaftliches Austragshaus rechtlich verselbständigt wird und damit die dauerhafte Zugehörigkeit zur Hofstelle nicht mehr gewährleistet ist?

II. Rechtslage

Sinn der Abgeschlossenheit ist es, eine eindeutige Eigentumszuordnung zu gewährleisten und damit Streitpunkte, wie sie beim Stockwerkseigentum nach altem Recht bestanden haben und dieses in Verruf gebracht haben, von vornherein auszuschließen. Die (Vor-)Prüfung der Abgeschlossenheit durch die Baubehörde im Rahmen der Erteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigung soll das Grundbuchamt entlasten und die Prüfung durch eine Behörde gewährleisten, die auch über entsprechenden technischen Sachverstand verfügt (vgl. Beck'sches Notar-Handbuch/Rapp, 1992, A III Rn. 34 m.w.N.). Die Frage der Abgeschlossenheit selbst (§ 3 Abs. 2 WEG) ist jedoch eine zivilrechtliche. Daher ist das Grundbuchamt auch nicht an die Entscheidung der Baubehörde gebunden.

"Die Einschaltung der Baubehörde bleibt auch dann sinnvoll, wenn sie allein dazu dient, dem Grundbuchamt die Prüfung bautechnischer Fragen zu erleichtern. Dementsprechend bindet die Abgeschlossenheitsbescheinigung das Grundbuchamt nicht ...; dieses hat vielmehr in eigener Verantwortung zu prüfen, ob die Baubehörde § 3 Abs. 2 S. 1 WEG richtig ausgelegt hat" (GmS-OGB DNotZ 1993, 48).

Nach ganz h. M. sind bauplanungsrechtliche Fragen für die Erteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigung nicht maßgeblich, d. h. die Baubehörde darf allein aus bauplanungsrechtlichen Gründen eine beantragte Abgeschlossenheitsbescheinigung nicht versagen (Haegel/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 10. Aufl. 1993, Rn. 2822). Wenn die gesetzlichen Voraussetzungen der Abgeschlossenheit erfüllt sind, besteht ein Anspruch auf Erteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigung. Hiervon geht auch die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zu § 7 Abs. 4 Nr. 2 WEG aus (abgedruckt bei Weitnauer, WEG, 8. Aufl. 1995, Anh. III.1). Auch in der Verwaltungsvorschrift sind planungsrechtliche Fragen nicht angesprochen. Deren Nr. 8, wonach die Abgeschlossenheitsbescheinigung nicht zu erteilen ist, wenn die Voraussetzungen für eine bauaufsichtliche Genehmigung des Bauvorhabens nach Maßgabe der eingereichten Bauzeichnungen nicht gegeben sind, erlaubt - abgesehen von deren Qualität als bloßer (interner) Verwaltungsvorschrift - nicht die Versagung der Abgeschlossenheitsbescheinigung wegen planungsrechtlicher Einwendungen. Denn diese Einschränkung bezieht sich nur auf die Prüfung der bauordnungsrechtlichen Anforderungen, die an eine Wohnung gestellt werden. Nur in diesem sehr eingeschränkten Umfang ist für die Erteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigung öffentliches Baurecht zu beachten.

Die Irrelevanz bauplanungsrechtlicher Erfordernisse für die Erteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigung ist durch eine Reihe von Gerichtsentscheidungen geklärt:

OVG Lüneburg (BauR 1984, 278):

"Hierauf läßt sich die Versagung der Abgeschlossenheitsbescheinigung nach Ansicht des Senats nicht stützen. Denn planungsrechtliche Gesichtspunkte können dem Antrag auf Erteilung einer Abgeschlossenheitsbescheinigung nicht entgegengehalten werden. Das WEG und die allgemeine Verwaltungsvorschrift bieten dazu keine Handhabe (vgl. Bielenberg, ZfBr 1980, 7 ff., 9)."

BVerwG (DNotZ 1988, 702):

"Die Baubehörde hat hingegen vor Erteilung einer Abgeschlossenheitsbescheinigung nicht zu prüfen, ob die errichteten oder zu errichtenden Räume und deren angegebene Nutzung bebauungsrechtlich zulässig sind. Daß diese Frage von Rechts wegen nicht zum Gegenstand des Verfahrens über einen Antrag auf Erteilung einer Abgeschlossenheitsbescheinigung gehört, ergibt sich aus § 7 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 i.V.m. § 3 Abs. 2 WEG. Die Baubehörde hat danach gegenüber dem Grundbuchamt nur zu bestätigen, daß Wohnungen oder sonstige Räume, an denen Sondereigentum eingeräumt werden soll, in sich abgeschlossen sind. Dazu, ob die errichteten oder zu errichtenden Räume bebauungsrechtlich zulässig sind, hat die Baubehörde nicht

Stellung zu nehmen. ... Denn das WEG macht die Eintragung von Wohnungseigentum oder Teileigentum nicht abhängig von der bebauungsrechtlichen (bauplanungsrechtlichen) Zulässigkeit des Bauvorhabens."

VGH München (NJW-RR 1986, 816):

"Das Fehlen einer baurechtlichen Genehmigung steht der Erteilung einer Abgeschlossenheitsbescheinigung jedenfalls dann nicht entgegen, wenn die Räume tatsächlich in sich abgeschlossen sind und ihr baulicher Bestand nicht gefährdet ist" (Leitsatz).

Unabhängig von den vorstehenden Ausführungen ist festzuhalten, daß auch bauplanungsrechtlich die Errichtung eines Austragshauses in grundbuchrechtlich selbständiger Form zulässig ist. Dies gilt für Austragshäuser sowohl nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 als auch nach Nr. 2 BauGB.

"Die Funktion eines Altenteilerhauses wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, daß die grundbuchmäßige Einheit von Altenteilerhaus und Betriebsgrundstück nicht besteht, d. h. das Gebäude auf einem Grundstück errichtet werden soll, das von dem zur Hofstelle gehörenden Flurstück abgeteilt und im Grundbuch als rechtlich selbständiges Grundstück im Bestandsverzeichnis eingetragen ist. Bei Altenteilhäusern auf einem besonderen Grundstück muß aber durch Baulast oder in ähnlicher Weise ihre freie Veräußerlichkeit ausgeschlossen sein, damit sie für den ständigen Generationswechsel zur Verfügung stehen" (Ernst/Zinkahn/Bielenberg-Dyong, BauGB, 5. Aufl., Stand: September 1994, § 35 Rn. 41 unter Hinweis auf BVerwG BayVBl 1972, 76). Ob das Austragshaus auf einem rechtlich selbständigen Grundstück oder rechtlich selbständig im Wege des Wohnungseigentums errichtet wird, kann im Hinblick auf die Privilegierungsvorschriften des § 35 Abs. 1 BauGB keinen Unterschied machen; zudem ist zu bedenken, daß eine rechtliche Verselbständigung ohne Teilungsgenehmigung (§ 19 BauGB) oder Abgeschlossenheitsbescheinigung (§ 7 Abs. 4 Nr. 2 WEG) durch Begründung eines Erbbaurechts erreicht werden kann. Wenn es die Baubehörde versäumt hat, den Privilegierungszweck durch eine entsprechende Auflage (in Bayern z. B. Wohnungsbesetzungsrecht durch beschränkte persönliche Dienstbarkeit; vgl. nur BayObLGZ 1989, 89) zur Baugenehmigung zu sichern, ist sie u. E. nicht befugt, dieses Versäumnis im Rahmen der Erteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigung durch Berücksichtigung hier sachfremder Erwägungen nachzuholen. Für den Fall des sog. nachgezogenen Austragshauses (§ 35 Abs. 1 Nr. 2 BauGB) sieht § 35 Abs. 6 S. 2 BauGB sogar die Eintragung eines gesetzlichen Veräußerungsverbot in das Grundbuch vor. Die rechtliche Verselbständigung des Austragshauses ist in vielen Fällen gerade zur Durchführung des Bauvorhabens notwendig. Denn nur durch die rechtliche Verselbständigung steht für die Finanzierung ein selbständiges Pfandobjekt zur Verfügung. Zum anderen erleichtert die Verselbständigung die Inanspruchnahme der steuerlichen Begünstigung des § 10 e EStG.

Das mit dieser Frage befaßte Landratsamt ist der Argumentation des DNotl nicht gefolgt. Nach Auffassung des Landratsamtes habe das präventive Sicherheitsbedürfnis der öffentlichen Hand zur Erhaltung der Privilegierungseinheit Hofstelle/Austragshaus auch bei Erteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigung Beachtung zu finden. Die Erteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigung wurde daher vom Landratsamt abhängig gemacht von der Eintragung einer "Austrags-hausdienstbarkeit". Eine Gerichtsentscheidung liegt in dieser Sache nicht vor.

Anmerkung zu DNotl-Report 21/1995:

EGBGB Art. 231 § 5, Art. 232 § 4; SchuldRAnpG

Gebäudeeigentum bei schuldrechtlichen Nutzungsrechten, Auswirkungen der Schuldrechtsanpassung, Rechtsfolgen

In der Ausgabe 21/1995 des DNotl-Report beschäftigt sich der Beitrag "Gebäudeeigentum bei schuldrechtlichen Nutzungsrechten, Auswirkungen der Schuldrechtsanpassung, Rechtsfolgen" auf den Seiten 190 ff. mit der Rechtslage in bezug auf Rechtsverhältnisse an vertraglich genutzten Grundstücken, die durch das Schuldrechtsanpassungsgesetz in das System des Bürgerlichen Rechts übergeleitet wurden. Ich erlaube mir hierzu die nachfolgenden Bemerkungen.

1. Der im Beitrag gewählte Erklärungssatz, das Eigentum an den auf vertraglicher Grundlage errichteten Bauwerken begrifflich und inhaltlich am selbständigen Gebäudeeigentum "anzubinden" und es gewissermaßen als eine Unterform des Gebäudeeigentums darstellen zu wollen, ist zur Beschreibung des Rechtsinhalts nicht geeignet. Nach dem Recht der ehemaligen DDR wurde das Bauwerk, das auf der Grundlage eines Vertrages zur Nutzung der Bodenfläche zur Erholung (§§ 312 ff. ZGB) durch den Nutzer errichtet worden ist, in konsequenter Abgrenzung von einem Gebäude als "Baulichkeit" bezeichnet (§§ 296, 313 Abs. 2 ZGB). Mit dem selbständigen Gebäude hatte die Baulichkeit zwar gemein, daß es kraft Gesetzes unabhängig vom Eigentum am Grund und Boden im selbständigen Eigentum des Grundstücksnutzers stand. Der entscheidende Unterschied ist aber, daß die Baulichkeit dem Mobiliarsachenrecht unterlag (§ 296 Abs. 1 S. 2 ZGB), während für die Rechte an selbständigen Gebäuden grundsätzlich die Bestimmungen über Grundstücke Anwendung fanden (§ 295 Abs. 2 S. 2 ZGB). Wochenendhäuser, Lauben, Garagen usw. sind dann Baulichkeiten, wenn der Nutzung des Grundstückes ein entsprechender Vertrag zugrunde liegt und der Nutzer sie errichtet hat (insofern ist die Aufzählung "Baulichkeiten oder Garagen" unter Ziff. 3 im ersten Absatz irreführend).

2. Dem Gesagten Rechnung tragend, hat der gesamtdeutsche Gesetzgeber mit den Regelungen des EGBGB für alle Fälle der Entstehung selbständigen Gebäudeeigentums die Möglichkeit der Anlegung von Gebäudegrundbuchblättern eröffnet. Dies betrifft

- Gebäude auf Grundstücken, an denen ein dingliches Nutzungsrecht besteht (§§ 288 Abs. 4, 292 Abs. 3 ZGB);
- Gebäude, die durch eine LPG auf Grund und Boden errichtet wurden, an denen diese das LPG-Nutzungsrecht innehatte (§ 13 LPGG 1959, § 27 LPGG 1982);
- Gebäude, die ein volkseigener Betrieb auf einem privaten Grundstück auf der Grundlage eines Nutzungsvertrages errichtet hat (§ 459 Abs. 1 ZGB).

Das selbständige Baulichkeiteneigentum hingegen ist nicht grundbuchfähig. Es wurde mit Artikel 231 § 5 Abs. 1 ausdrücklich als solches - nicht etwa als Gebäudeeigentum - aufrechterhalten. Obgleich die Nutzungsverträge über die Grundstücke in der Regel unbefristet abgeschlossen worden waren, ist es daher naheliegend, die Baulichkeit im Analogieschluß als Scheinbestandteil i.S. von § 95 BGB zu betrachten. Zutreffend stellt der Beitrag auch fest, daß es nach §§ 929 ff. BGB veräußert werden kann.

3. Auch das Schuldrechtsanpassungsgesetz geht in seinem § 11 Abs. 1 vom fortbestehenden Baulichkeiteneigentum aus, das kraft Gesetzes erst im Falle der Vertragsbeendigung auf den Grundstückseigentümer übergeht. S. 2 erstreckt den Regelungsinhalt der §§ 93-95 BGB ebenso erst von diesem Zeitpunkt an auf das Baulichkeiteneigentum. Erst dann erfährt es in Abhängigkeit von der Tatsache, ob es nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Boden verbunden ist oder nicht, ein unterschiedliches rechtliches Schicksal. Hierauf sollte es also nach dem Willen des Gesetzgebers bis zur Beendigung des Nutzungsverhältnisses am Grundstück nicht ankommen.

4. Die Frage, ob die Baulichkeit auf einen Dritten isoliert vom Nutzungsrecht übertragen werden kann, wird man wohl mit ja beantworten müssen. Allerdings begründet die Veräußerung kein Recht zum Besitz am Grundstück i. S. des § 986 BGB gegenüber dem Grundstückseigentümer. Dieses könnte - zu diesem Ergebnis kommt auch der Beitrag - entweder im Wege der Unterverpachtung durch den jetzigen Nutzer oder durch eine Vertragsübernahme gewährleistet werden. Beides setzt die Zustimmung des Grundstückseigentümers voraus.

5. Wenn die isolierte Übertragung der Eigentumsrechte an der Baulichkeit für möglich gehalten wird, stellt sich die Frage nach den rechtlichen Konsequenzen des fehlenden Besitzrechts des Erwerbers. Anders als sich die Rechtslage nach dem ZGB darstellte, ist der Kaufvertrag über die Baulichkeit bei fehlender Übertragung des Nutzungsrechts aber nicht nichtig, sondern mit Rechtsmängeln behaftet, die möglicherweise zum Rücktrittsrecht und zu Schadensersatzansprüchen des Erwerbers gegen den Verkäufer führen (§§ 434, 440, 320 bis 327 BGB). Gegenüber dem Grundstückseigentümer wird ihm dagegen nur das Wegnahmerecht bezüglich der Baulichkeit verbleiben, falls es nicht zum Abschluß eines neuen (BGB-) Vertrages kommt, was wiederum die Aufhebung des alten Nutzungsvertrages voraussetzt.

Dr. Jürgen Schmidt-Räntsch, Bundesministerium der Justiz

Rechtsprechung

BGB § 313

Notarielle Beurkundung bei nachträglichen Vereinbarungen zu einem Grundstückskaufvertrag

Die Formvorschrift des § 313 S. 1 BGB findet auf nachträgliche Vereinbarungen der Parteien eines Grundstücksveräußerungsvertrages Anwendung, sofern dadurch eine bereits formgültig begründete Verpflichtung in rechtlich erheblicher Weise verändert wird; dies gilt grundsätzlich auch für die nachträgliche Verlängerung der Frist zur Ausübung eines Wiederkaufsrechts (Klarstellung des Senatsurteils vom 27.10.1972, V ZR 37/71, NJW 1973, 37).

BGH, Beschl. v. 09.11.1995 - V ZR 36/95

Problem

In der Praxis spielt immer wieder die Frage eine Rolle, wann nachträgliche Vereinbarungen der Parteien eines Grundstücksveräußerungsvertrages notariell beurkundet werden müssen. Die Rechtsprechung geht davon aus, daß Änderungen oder Ergänzungen des Grundstücksvertrages grundsätzlich formbedürftig sind (vgl. BGH NJW 1982, 434). Gleichgültig ist es, ob es sich um wesentliche oder unwesentliche Änderungen handelt. Im vorliegenden Fall ging es um die nachträgliche Verlängerung der Frist zur Ausübung eines Wiederkaufsrechts.

Lösung

Der BGH weist darauf hin, daß auch die Verlängerung der Frist zur Ausübung eines Wiederkaufsrechts

grundsätzlich als nachträgliche Veränderung des Grundstücksveräußerungsvertrages gem. § 313 S. 1 BGB der notariellen Beurkundung bedürfe. Der Senat habe von dieser Beurkundungspflicht Ausnahmen nur für die Fälle zugelassen, in denen entweder die Vertragspartner lediglich zwecks Beseitigung einer bei der Abwicklung des Geschäfts unvorhergesehen aufgetretenen Schwierigkeit eine nur dieser Abwicklung dienende neue Vereinbarung treffen (BGH NJW 1973, 37) oder in denen die Änderung (vor Eigentumsumschreibung) der Auflassung zeitlich nachfolgt (BGH WM 1984, 1539). Einer dieser Ausnahmefälle sei hier nicht gegeben.

BGB §§ 138, 242

Sittenwidrigkeit eines Ankaufsrechts vor der Wiedervereinigung

Ein Bürger der früheren DDR, der noch vor der Wiedervereinigung ein Ankaufsrecht an einem Grundstück eingeräumt hat, kann die Leistung selbst bei erheblichem Steigen der Grundstückspreise weder unter Berufung auf Sittenwidrigkeit des Vertrages (§ 138 Abs. 1 BGB) noch auf Unzumutbarkeit der Leistung (§ 242 BGB) verweigern, wenn die Parteien bei Vertragsschluß einen erheblich höheren als den gültigen Stopp Preis vereinbart haben, der Käufer einen Teil sofort bezahlt hat und beide eine Preisanpassung für die Zukunft ausgeschlossen haben.

BGH, Urt. v. 03.11.1995 - V ZR 102/94

Problem

Die Rechtsprechung beschäftigt in zunehmendem Maße die Frage der Sittenwidrigkeit von Grundstücksverträgen, die kurz vor der Wiedervereinigung über Grundstücke in der ehemaligen DDR geschlossen wurden. Im vorliegenden Fall wurde ein Ankaufsrecht für Grundstücke in der Nähe von Dresden über ca. 4.000 qm abgeschlossen. Als Kaufpreis wurden drei Raten vereinbart, wobei die erste Rate durch den Käufer bereits bezahlt wurde. Insgesamt lag der Kaufpreis bei 20.000,- DM. Der Beklagte übte am 06.12.1990 nach der Wiedervereinigung das Ankaufsrecht aus. Es war nun fraglich, ob durch die Wertsteigerung, die das Grundstück nach der Wiedervereinigung erlangte, Sittenwidrigkeit oder Wucher gegeben war.

Lösung

Der BGH ist der Auffassung, daß es für die Frage der Sittenwidrigkeit des Geschäftes nicht auf den Zeitpunkt der Ausübung des Ankaufsrechts, sondern auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses ankomme (BGH WM 1991, 216). Auf eine nachträgliche Wertveränderung komme es nicht an, weil es eine "rückwirkende Sittenwidrigkeit für ein zum Abschlußzeitpunkt einwandfreies Rechtsgeschäft nicht gibt" (BGH WM 1966, 585). Zum Zeitpunkt des Ankaufsrechts betrug der offizielle Quadratmeterpreis 2,- Mark der DDR. Der Käufer hatte insgesamt bereits 7,- DM/qm zu zahlen. Der BGH ist der Auffassung, daß zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses kein auffälliges Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bestanden habe. Zwar könne Sittenwidrigkeit auch dann in Betracht kommen, wenn zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses die außerordentliche Wertsteigerung binnen nur eines Jahres nicht nur vorhersehbar, sondern sicher war und der Käufer dies erkennen mußte. Insoweit habe das Berufungsgericht jedoch festgestellt, daß bei Vertragsschluß im März 1990 zwar eine Steigerung der Grundstückspreise angesichts der in der ehemaligen DDR fortschreitenden Entwicklung zu erwarten, gleichwohl aber noch weitgehend offen war, wie sich die Verhältnisse gestalten würden.

BNotO § 19; BeurkG § 21; BGB § 278

Notarhaftung für Verschulden von Hilfspersonen bei Grundbucheinsicht

Der Notar haftet für das Verschulden von Hilfspersonen bei der Grundbucheinsicht wie für eigenes.

BGH, Urt. v. 23.11.1995 - IX ZR 213/94

Problem

Die vorliegende Entscheidung befaßt sich mit der Notarhaftung bei Verschulden einer Hilfsperson bei der Grundbucheinsicht. Durch einen von dem beklagten Notar beurkundeten Kaufvertrag verkaufte die Klägerin ein Grundstück lastenfrei. In dem Kaufvertrag heißt es, der Beklagte habe "die Grundakten eingesehen und die Grundbuchlage mit den Beteiligten erörtert. Eintragungen in den Abteilungen II und III des Grundbuches liegen nicht vor". Der Beklagte hatte durch einen in seiner Kanzlei tätigen Rechtsanwalt das Grundbuch zweimal einsehen lassen. Dieser hatte die in Abteilung II Nr. 1 des Grundbuches eingetragene Grunddienstbarkeit für gelöscht gehalten, weil er eine bloße "Rötung", die zudem lediglich einen bei der Grunddienstbarkeit eingetragenen Rangvermerk betraf, als Löschung der Grunddienstbarkeit selbst gedeutet hatte. Es war nun fraglich, ob der Notar für die Pflichtverletzung seines Mitarbeiters etwa nach § 278 BGB haftet. Die bisher h. M. ging davon aus, daß der Notar bei Pflichtverletzungen seiner Mitarbeiter weder nach § 278 noch nach § 831 BGB haftet (vgl. BGH NJW 1989, 586; Seybold/Schippel, BNotO, 6. Aufl. 1995, § 19

Rz. 123). Allenfalls aus Gründen des Organisations- und Auswahlverschuldens konnte den Notar die Haftung in diesem Zusammenhang treffen.

Lösung

Der BGH gibt nunmehr mit der vorliegenden Entscheidung seine ständige Rechtsprechung zur Anwendung des § 278 BGB im Rahmen der Notarhaftung auf. Jedenfalls auf die Fälle der selbständigen Registereinsicht durch einen Notargehilfen sei der Grundgedanke des § 278 BGB anzuwenden. Die allgemeinen Amtspflichten des Notars im Sinne von § 19 BNotO seien solche, die er persönlich zu erfüllen habe. Dazu gehöre im Rahmen des § 21 BeurkG grundsätzlich auch die Grundbucheinsicht. Dürfe er sie - allein zu seiner eigenen Arbeitserleichterung - ausnahmsweise durch Hilfskräfte wahrnehmen lassen und mache er von dieser Delegationsmöglichkeit Gebrauch, so entstehe im selben Umfang eine rechtliche Sonderbeziehung zu allen Betroffenen als Grundlage für eine sinngemäße Anwendung des § 278 BGB. Auf das Vorbringen des beklagten Notars, er habe den Rechtsanwalt, der die Grundbucheinsicht vornahm, gehörig ausgewählt und überwacht, komme es aus Rechtsgründen daher nicht an.

BeurkG § 17; GmbHG § 9 Ampflichten bei Beurkundung eines Kapitalerhöhungsbeschlusses

Der Notar, dem bei der Beurkundung eines Kapitalerhöhungsbeschlusses erklärt wird, die neuen Einlagen seien bereits voll "eingezahlt", muß sich darüber vergewissern, daß die Beteiligten die Bedeutung dieses Begriffs im Zusammenhang mit der Übernahme einer Bareinlageverpflichtung kennen; notfalls muß er sie darüber aufklären.

BGH, Urt. v. 16.11.1995 - IX ZR 14/95

Problem

Die D-GmbH geriet ab Anfang 1991 in zunehmende Finanzierungs- und Liquiditätsschwierigkeiten. Im Juli 1991 traten die Gesellschafter mit der Kreissparkasse K in Verhandlungen über einen Kredit in Höhe von 600.000,- DM ein. Die Bank verlangte neben Bürgschaften der Gesellschafter auch, daß diese auf die Rückforderung der Darlehen, die sie der GmbH gewährt hatten, verzichteten. Am 01.08.1991 beschlossen die Gesellschafter, ihre, der Gemeinschuldnerin gewährten Darlehen ganz oder teilweise in Eigenkapital umzuwandeln. Am 09.08.1991 beurkundete der Notar einen Gesellschafterbeschuß über eine Erhöhung des bisherigen Stammkapitals von 175.000,- DM auf 400.000,- DM. In dem beurkundeten Beschuß war vermerkt, daß die neuen Geschäftsanteile voll eingezahlt seien. Eine entsprechende Versicherung der Geschäftsführer war auch in der Anmeldung zum Handelsregister enthalten. Die Kapitalerhöhung wurde ins Handelsregister eingetragen. Einzahlungen auf den Erhöhungsbetrag leisteten die Gesellschafter nicht. Im September 1991 übertrug der eine Gesellschafter seinen Geschäftsanteil an den Kläger. Der klagende Gesellschafter, der den Anteil erwarb, war nun verpflichtet, infolge der beurkundeten Barkapitalerhöhung, die von ihm übernommenen 75.000,- DM in bar einzuzahlen. Er nimmt nun den Notar auf Schadensersatz in Anspruch.

Lösung

Der BGH ist der Auffassung, daß der Notar bei der Beurkundung des Kapitalerhöhungsbeschlusses seine Belehrungspflichten nach § 17 BeurkG verletzt habe, weil er die Gesellschafter nicht von sich aus befragt habe, ob sie wirklich eine Barkapitalerhöhung durchführen wollten und tatsächlich die 225.000,- DM in bar eingezahlt hätten. Die Beurkundung, die der beklagte Notar hier vorzunehmen hatte, habe Anlaß zu einer solchen Aufklärung des Sachverhaltes gegeben. Die Mitteilung der Gesellschafter, die neuen Geschäftsanteile seien voll "eingezahlt", schloß die Möglichkeit nicht aus, daß die Gesellschafter damit die Verrechnung der übernommenen Einlagen mit Ansprüchen gegen die Gesellschaft wegen früherer Darlehen meinten, denn auch in einem solchen Fall war das Geld bei einer Gesellschaft "eingezahlt" worden. Der Notar brauche zwar nicht "ins Blaue hinein" nachzufragen und zu belehren (BGH WM 1995, 118). Eine Aufklärung wäre aber bei der hier beurkundeten Kapitalerhöhung, bei der angeblich die neuen Einlagen schon vorher voll einbezahlt worden waren, deswegen geboten, weil der Begriff der "Bareinzahlung" nach den Erfahrungen der Praxis häufig nicht richtig verstanden werde. Es werde vielfach gemeint, eine übernommene Bareinlage könne durch Verrechnung mit bereits bestehenden Forderungen gegen die Gesellschaft, insbesondere aus früheren Darlehensgewährungen, erbracht werden. Der BGH weist darauf hin, daß indessen eine gegen die Gesellschaft gerichtete Forderung zulässigerweise nur im Wege der Sacheinlage zur Erfüllung einer Einlageverpflichtung verwendet werden könne. Werde in einem solchen Fall gleichwohl ein Kapitalerhöhungsbeschuß beurkundet und im Handelsregister eingetragen, der die nach § 56 Abs. 1 GmbHG erforderlichen Angaben nicht enthalte, so sei ein Gesellschafter, der einen derartigen neuen Anteil übernehme, verpflichtet, die Einlage in bar einzuzahlen. Diese Rechtsfolge gebiete es, daß der Notar, dem bei der Beurkundung eines Kapitalerhöhungsbeschlusses erklärt werde, die neuen Einlagen seien bereits eingezahlt, sich darüber vergewissere, daß die Beteiligten die Bedeutung dieses Begriffes kennen, und sie darüber notfalls aufkläre.