



Deutsches Notarinstitut

**Dokumentnummer:** 5u154\_08  
**letzte Aktualisierung:** 28.10.2009

**OLG Brandenburg**, 17.9.2009 - 5 U 154/08

BGB § 311b (= § 313 BGB a. F.)

**Optionsrecht für Grundstückskauf (Kaufvertrag unter Potestativbedingung); Formfreiheit der Ausübungserklärung**

**Gericht:** Brandenburgisches Oberlandesgericht 5. Zivilsenat  
**Entscheidungsdatum:** 17.09.2009  
**Aktenzeichen:** 5 U 154/08  
**Dokumenttyp:** Urteil

## **Tenor**

1. Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Potsdam vom 11. Juli 2008 - 6 O 304/07 - teilweise insoweit abgeändert, als der Beklagte verurteilt worden ist. Insoweit wird das Urteil wie folgt neu gefasst:

Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, mit der Klägerin einen notariellen Grundstückskaufvertrag zu schließen, der inhaltlich dem notariellen Grundstückskaufvertrag der Notarin ... aus K... vom 14. November 2007 zur UR-Nr. 1232/2007 mit der Maßgabe entspricht, dass die Regelung unter „Teil B Grundstückskaufvertrag“, „V. Weitere Vereinbarungen“, Ziffer 1, Satz 5 und letzter Satz für den Vertrag keine Geltung haben soll.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

2. Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen die Klägerin zu 60 % und der Beklagte zu 40 %. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Klägerin zu 20 % und der Beklagte zu 80 %.

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Parteien können die Vollstreckung wegen der Kosten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % der jeweils beizutreibenden Beträge abwenden, wenn nicht die vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

4. Die Revision wird nicht zugelassen.

5. Gegenstandswert für die erste Instanz: 255.000,00 €

Gegenstandswert für die zweite Instanz: 255.000,00 €

## **Gründe**

### **I.**

Die Parteien streiten um die Ausübung eines Optionsrechtes betreffend eines Grundstücks in W..., Flur 9, Flurstück 77, hilfsweise über die Frage, ob diese Option wirksam und fristgerecht ausgeübt worden ist und damit auch über den Inhalt der „Optionsvereinbarung“ als Teil des notariellen Vertrages vom 16. Juni 2004.

Am 16. Juni 2004 schlossen die Klägerin und der Beklagte vor der Notarin ... in K... - UR-Nr. 656/2004 - in Vollziehung eines notariellen Vermittlungsverfahrens einen notariell beurkundeten Grundstückskaufvertrag betreffend die Grundstücke Flur 9, Flurstücke 85/2 und 89 der Gemarkung W..., der eine befristete Option hinsichtlich des

(weiteren) Flurstücks 77 der Flur 9 von W... enthält. In Teil C. des Vertrages, überschrieben mit „Optionsgewährung“, ist unter „I. Option“ Folgendes geregelt:

„Der Verkäufer räumt dem Käufer bezüglich des Flurstücks 77 der Flur 9 von W..., ein Optionsrecht des Inhalts ein, dass die LU...gesellschaft mbH, in K... von ihm den Abschluss eines Grundstückskaufvertrages mit dem Inhalt der vertraglichen Regelungen, wie in Teil A dieser Urkunde, zu einem Kaufpreis von

**255.000,- EUR**

(in Worten Euro zweihundertfünfundfünfzigtausend),

verlangen kann, mit der Maßgabe, dass Abschnitt V - Teil A. - dieser Urkunde, in Ansehung des Flurstücks 89, hier entsprechend gilt, ausgenommen die Vereinbarung in Abschnitt V Ziff. 1, 5. und letzter Satz.

Ergänzend hierzu vereinbaren die Beteiligten, daß für die Bodenuntersuchungen, die frühestens ab dem 01.01.2007 vorgenommen, nicht auf der bebauten Fläche durchgeführt werden und nicht länger als 4 Tage insgesamt dauern dürfen, eine Ankündigungsfrist von einem Monat gilt. Der Käufer ist verpflichtet, nach den Bodenuntersuchungen, den ursprünglichen Grundstückszustand wieder herzustellen“.

Unter „II. Optionsfrist“ heißt es in dem Vertrag:

„Das Optionsrecht muss spätestens bis zum **31. Dezember 2007** gegenüber der beurkundenden Notarin bzw. deren amtlich bestellten Vertreter ausgeübt werden. Hiernach verfällt es.

Der Verkäufer hält sich an die Optionsgewährung unwiderruflich bis zum 31. Dezember 2007 gebunden“.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt des notariellen Grundstückskaufvertrages der Notarin ... vom 16. Juni 2004 verwiesen, der teilweise in Ablichtung zur Akte gelangt ist (Bl. 8 - 21 und Bl. 215 d.A.).

Der Anspruch der Klägerin auf Eigentumsübertragung an dem Flurstück 77 wurde durch eine Auflassungsvormerkung gesichert, die im Grundbuch eingetragen wurde.

Die Klägerin teilte über ihre späteren Prozessbevollmächtigten mit Schreiben vom 11. Juni 2007 (Bl. 23 d.A.) der Notarin ... unter dem Betreff „UR-Nr. 656/2004“ u. a. folgendes mit:

„In vorbezeichnetner Angelegenheit wurden wir von unserer Mandantin, der LU... GmbH, mit dem in der Anlage beigefügten Anschreiben beauftragt, die gem. Teil C des im Betreff näher ausgeführten Vertrages geregelte Option auszuüben. Diese Option wird hiermit verbindlich namens und mit Vollmacht unserer Mandantin ausgeübt mit der Maßgabe, dass nunmehr die Übergabe des Grundstücks bis zum 31.12.2007 gewährleistet ist. ....“

Mit gleicher Post wurde eine nicht unterschriebene Ablichtung dieses Schreiben an die nunmehrigen Prozessbevollmächtigten der Beklagten übermittelt. Mit anwaltlichem

Schreiben vom 3. Juli 2007 bat die Klägerin darum, die entsprechenden Vorbereitungen zur Ausübung des Optionsrechts zu treffen. Der Beklagte teilte mit Schreiben seiner Prozessbevollmächtigten vom 10. Juli 2007 gegenüber ihren Prozessbevollmächtigten der Klägerin u.a. mit:

„hinsichtlich der Übernahme des Grundstücks durch Ihre Mandantschaft und die dann sicher geplanten kurzfristigen Baumaßnahmen, die sicher auch den Abriss des Wohnhauses unseres Mandanten beinhalten, bitte ich nochmals um Mitteilung des Zeitplans.

...

Ich bitte daher nochmals, mitzuteilen, wann Ihre Mandantin den notariellen Kaufvertrag abschließen wird und insbesondere bis wann sie den Auszug unseres Mandanten erwartet.“

Der von der Notarin ... aufgesetzte Vertragsentwurf, datierend für den 22. August 2007, enthielt entgegen der Vereinbarung aus dem Vertrag vom 16. Juni 2004 - Teil C I. Option -, wonach Teil A Abschnitt V Ziffer. 1, 5 und letzter Satz keine Geltung haben sollte, allerdings eine solche Regelung; der Entwurf beinhaltete keine Ausführungen zur Kostentragung. Dem Beklagten ging der Entwurf dieses Vertrages am 16. August 2007 per E-Mail zu.

Die Notarin ... erstellte unter der UR-Nr. 1232/2007 mit Datum vom 14. November 2007 einen weiteren Grundstückskaufvertrag. In dem Vertragstext heißt es unter „III. Kaufpreis“ wie folgt:

„7. Die Notarin wird von den Beteiligten unwiderruflich angewiesen, die Eigentumsumschreibung im Grundbuch erst zu beantragen, wenn Ihr die Zahlung des vollständigen Kaufpreises durch den Käufer nachgewiesen bzw. durch den Verkäufer bestätigt worden ist.“

Unter „V. „Weitere Vereinbarungen“ wird u. a. angeführt:

„1. Der Verkäufer übernimmt keine Gewähr für die Richtigkeit der im Grundbuch angegebenen Grundstückegröße.

Er haftet nicht für sichtbare und unsichtbare Sachmängel.

Jede Haftung für Sachmängel wird ausgeschlossen.

Der Verkäufer haftet insbesondere nicht für Bodenbeschaffenheit und Verwertbarkeit für die Zwecke des Käufers.

Der Verkäufer versichert, dass ihm versteckte Mängel nicht bekannt sind.

Hiervon ausgenommen sind Körperschäden, wenn der Verkäufer die Pflichtverletzung zu vertreten hat und sonstige Schäden, die auf einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Pflichtverletzung des Verkäufers beruhen. Einer Pflichtverletzung des Verkäufers steht die seines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen gleich. Hat der Verkäufer die Pflichtverletzung zu vertreten, ist der Käufer unter den gesetzlichen Voraussetzungen zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt.

Der Verkäufer übernimmt keine Gewähr dafür, dass der Kaufgegenstand frei von ökologischen Altlasten, sonstigen Umweltschäden und hygienischen Belastungen ist.

Er versichert jedoch, dass ihm solche Altlasten nicht bekannt sind.“

Dieser Vertragstext wurde durch die Notarin ... in der Urkundsverhandlung vom 14. November 2007 beurkundet. Für den Beklagten trat die Notarangestellte M... A... als Vertreter ohne Vertretungsmacht und ohne jegliche Haftungsübernahme auf, die den Vertragstext unterzeichnete. Die Klägerin wurde durch ihren Geschäftsführer vertreten.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt des Grundstückskaufvertrages vom 14. November 2007 verwiesen, der in Ablichtung zur Akte gelangt ist (Bl. 29 - 39 d.A.).

Die Prozessbevollmächtigten des Beklagten teilten mit Schreiben vom 23. November 2007 der Notarin ... mit, dass der Beklagte die in vollmachtloser Vertretung von Frau M... A... abgegebenen Erklärungen aus dem vorbezeichneten Vertrag nicht genehmigen wird. Eine Genehmigung seitens des Beklagten ist auch im weiteren nicht erteilt worden.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, ihr stehe ein Anspruch auf Genehmigung des am 14. November 2007 beurkundeten Vertrages aus den Vorschriften der §§ 241, 305 BGB i.V.m. Teil C des notariellen Vertrages vom 16. Juni 2004 zu. Sie hat in diesem Zusammenhang geltend gemacht, am 11. Juni 2007 unter ausdrücklichem Bezug auf den Vertrag vom 16. Juni 2004 ihr Optionsrecht ausgeübt zu haben, dessen Inhalt bereits durch die Formulierung im Ursprungsvertrag im Detail vereinbart worden sei. Danach handele es sich um einen bereits geschlossenen, aufschiebend bedingten Vertrag, welcher durch formlose Erklärung der Optionsausübung endgültig wirksam habe werden sollen. Dies sei gegenüber der Notarin ... auch ausdrücklich geschehen, die im Übrigen auch die dafür zuständige Person gewesen sei. Des Weiteren hat die Klägerin die Auffassung vertreten, die fehlende Regelung über die Kostentragungspflicht für den Käufer sei dem Umstand geschuldet, dass diese nur für das damalige Vertragswerk gegolten habe. Eine Kostentragungsregelung hinsichtlich des hier streitgegenständlichen Grundstücks sei nach ihrer Ansicht weder in Teil C noch in Teil A des Vertrages vom 16. Juni 2004 enthalten. Auch die Formulierung aus IV Ziff. 1 des Vertrages entsprächen zwar dem Grunde nach nicht dem Abschnitt C des Ausgangsvertrages, dies sei jedoch dadurch zu begründen, dass ein Fehlen dieser Formulierung eine Teilunwirksamkeit des Vertrages mit Blick auf § 139 BGB bedeutet hätte. Mit der am 19.12.2007 eingereichten und am 23. Januar 2008 um den Hilfsantrag ergänzenden Klage hat die Klägerin beantragt,

1. den Beklagten zu verurteilen, den notariellen Vertrag der Notarin ... vom 14. November 2007 zur UR-Nr. 1232/2007 zu genehmigen,

hilfsweise,

den notariellen Vertrag der Notarin ... vom 14. November 2007 zur UR-Nr. 1232/2007 mit der Maßgabe zu genehmigen, dass V 1 Satz 5 sowie letzter Satz für den Optionsvertrag keine Geltung haben soll.

2. den Beklagten zu verurteilen, zur Gewährleistung der Vollziehung des am Antrag zu 1 genannten Vertrages die Eintragung in Abteilung I des Grundbuchs von W..., Blatt 1838, Flur 9, Flurstück 77 an rangbereiter Stelle zu beantragen;

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage zurückzuweisen.

Er hat die Auffassung vertreten, bei der in Rede stehenden Vorvereinbarung handele es sich nicht um einen aufschiebend bedingten Vertrag. Die Optionseinräumung stelle

lediglich eine einseitige langfristige Bindung seinerseits an sein Vertragsangebot dar, einen Vertrag zu bestimmten definierten Konditionen abzuschließen. Eine wirksame Optionsausübung bedürfe daher der notariellen Beurkundung. Dies müsse zumindest hinsichtlich der einzig dafür erforderlichen Annahmeerklärung durch die Klägerin gelten. Ein weiteres Mitwirkungsbedürfnis seinerseits bestehe nicht, weshalb eine Genehmigung nicht erforderlich sei. Im Übrigen würde es zumindest hinsichtlich der Ausübungserklärung an einem wirksamen Zugang mangeln, da das Schreiben an die Notarin vom 11. Juni 2007 zum einen lediglich die Erklärung enthalte, die Option ausüben zu wollen, und zum anderen die Notarin nicht empfangszuständig sei. Die von der Klägerin veranlasste Zusendung der Kopie ihres Schreibens an die Notarin an ihn selbst könne mangels Unterschrift darüber hinaus keine Willenserklärung darstellen. Jedenfalls sei nach seiner Auffassung auch eine eventuelle Ausübung des Optionsrechts durch den Hilfsantrag verfristet. Bezüglich der fehlenden Kostentragungsregelung hat der Beklagte geltend gemacht, der Umstand, dass die Kostentragungsregelung in Teil D der Ursprungsurkunde geregelt sei, sei lediglich im formalen Aufbau der Gesamturkunde begründet und gäbe nicht die Absicht der Parteien wieder, diese Regelung etwa nicht für den Optionsvertrag gelten lassen zu wollen. Der Optionsvertrag entspreche auch im Weiteren nicht den Vorgaben des Vorvertrages.

Das Landgericht hat mit seinem Urteil vom 11. Juli 2008 den Beklagten verurteilt, den notariellen Grundstückskaufvertrag der Notarin ... aus K... vom 14. November 2007 zur UR-Nr. 1232/2007 mit der Maßgabe zu genehmigen, dass Ziffer B V 1 Satz 5 sowie letzter Satz für den Vertrag keine Geltung haben soll. Weiter hat es den Beklagten verurteilt, zur Gewährung der Vollziehung des in Ziffer 1 des Tenors genannten Vertrages die Eintragung in Abteilung I des Grundbuchs von W..., Blatt 1837, Flur 9, Flurstück 77 an rangbereiter Stelle zu beantragen. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Die Kosten des Rechtsstreits hat es dem Beklagten vollständig auferlegt. Zur Begründung hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt: Die Klägerin habe mit Schreiben vom 11. Juni 2007 die eingeräumte Option ausgeübt, so dass der Beklagte verpflichtet sei, den Vertrag entsprechend dem Vertragsentwurf der Notarin ... vom 14. November 2007 zu genehmigen. Die Parteien hätten einen wirksamen Optionsvertrag mit dem Inhalt einer Optionsgewährung unter einer aufschiebenden Bedingung der Annahme bis zum 31. Dezember 2007 geschlossen. Bei dem Begriff Option handele es sich um einen mehrdeutigen Begriff, wobei von der rechtlichen Qualifikation des Vertrages auch die Frage abhängig sei, in welcher Form eine Option ausgeübt werden müsse. Ob ein Ankaufsrecht oder ein Optionsrecht bei Grundstücken in der Form des § 313 BGB a.F. (= 311 b Abs. 1 Satz 1 BGB n.F.) ausgeübt werden müsse, hänge von der konkreten, durch Auslegung zu ermittelnden Gestaltung im jeweiligen Einzelfall ab. Dafür, dass ein Vertrag unter der aufschiebenden Bedingung der wirksamen Optionsausübungserklärung geschlossen worden sei, spreche zum einen die zeitliche Beschränkung der Option, und zum anderen der Wortlaut des Vertrages vom 16. Juni 2004, insbesondere auf Seite 12 des Vertrages. Es handele sich daher um keinen eigentlichen Optionsvertrag, sondern um einen einseitig verpflichtenden, unter die Potestativbedingung der Ausübungserklärung gestellten Vertrag und damit um einen aufschiebend bedingten Vertrag. Die Klägerin habe die Ausübung der Option wirksam getätig. Da es sich um einen aufschiebend bedingten Vertrag handele, habe die Erklärung gegenüber der Notarin als richtiger Erklärungsempfängerin formfrei erfolgen können. Der Vertrag entspreche den Vorgaben des Vorvertrages. Die Klägerin habe auch einen Anspruch darauf, dass der Beklagte an der Eintragung der Klägerin im Grundbuch mitwirke, so dass die Klage auch hinsichtlich des Klageantrages zu Ziffer 2) begründet sei. Die Kostenentscheidung beruhe auf § 91 ZPO. Die Auferlegung von Kosten auf die Klägerin wegen des Unterliegens hinsichtlich

des Hauptantrages sei nicht gerechtfertigt, da der Hauptantrag und der zugesprochene Hilfsantrag in wirtschaftlicher Hinsicht gleichwertig seien.

Dagegen wendet sich der Beklagte mit der Berufung.

Der Beklagte macht unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens geltend, die Parteien hätten zwar bei Abschluss des notariellen Grundstückskaufvertrages vom 16. Juni 2004 den Willen gehabt, ihn mit der „Optionsgewährung“ einseitig gegenüber der Klägerin hinsichtlich des Verkaufs des Grundstücks in W..., Flur 9, Flurstück 77, befristet bis zum 31. Dezember 2007 zu binden: Die Klägerin habe aber - unabhängig davon, wie die Optionsgewährung rechtlich zu bewerten sei - diese Option jedenfalls nicht wirksam ausgeübt. Die Begründung des angefochtenen Urteils lasse nicht deutlich erkennen, wie das Landgericht das gewährte Optionsrecht rechtlich einordne. So habe dass Landgericht bei seiner Definition der Voraussetzungen einer Option verkannt, dass es für die Einräumung einer Option zwingend sei, dass sie dem Optionsempfänger das Recht gebe, durch einseitige Erklärung einen Vertrag zustande zu bringen. Darin unterscheide sie sich von einem Vorvertrag, durch den für eine oder beide Parteien des Vorvertrages ein Recht auf Abschluss eines anderen Vertrages begründet werde; gerade diese Unterscheidung habe das Landgericht nicht beachtet. Die vom Landgericht für anwendbar gehaltenen Entscheidung des Bundesgerichtshofes - veröffentlicht unter NJW 2006, 2843 - sei hier nicht einschlägig, da in der Entscheidung lediglich auf einen schuldrechtlichen Anspruch auf Abschluss eines einseitig durch den Mieter vorgegebenen Grundstückskaufvertrages abgestellt worden sei. Die Entscheidung trenne deutlich zwischen der Ausübung eines Optionsrechtes und einem Vorvertrag an sich, aus dem sich das Recht einer Partei ableiten lässt, den Abschluss eines weiteren - anderen - Vertrages zu verlangen. Zudem habe das Landgericht bei der vorgenommenen Auslegung den maßgeblichen Willen bei der „Optionsgewährung“ nicht ermittelt, sondern lediglich eine einseitige Auslegung zu Gunsten der Klägerin vorgenommen. Auch habe das Landgericht nicht den Parteiwillen des Beklagten klar bestimmt. Ihm sei im Vergleich zu den von der Klägerin 2004 erworbenen Flächen ein um 9,77 € pro m<sup>2</sup> nach unten abweichender Kaufpreis für das optionale Grundstück, mithin ein um 124.479,57 € niedrigerer Erlös durch die Klägerin gleichsam diktiert worden. Erst im Beurkundungstermin sei die Option erörtert und letztlich gewährt worden; die Klägerin habe zuvor mit einem Ultimatum reagiert, auf den vom Beklagten gedrängten Optionsanspruch zu verzichten oder andernfalls den Vertragsschluss endgültig scheitern lassen zu wollen. Weiter vertritt der Beklagte die Auffassung, selbst wenn die Option formlos auszuüben gewesen sein sollte und die Klägerin diese ausgeübt habe, würde sich der von der Klägerin geltend gemachte schuldrechtliche Anspruch auf die für die Durchführung, mithin die für die Eigentumsübertragung etwa noch zwingend erforderlichen Erklärungen bzw. Mitwirkungshandlungen des Beklagten beschränken. Jedenfalls fehle es an der gem. § 925 Abs. 1 S. 1 BGB erforderlichen gleichzeitigen Anwesenheit der Parteien. Die angegriffene Entscheidung lasse zudem nicht erkennen, ob das Landgericht auch den Hilfsantrag als auf die Annahme eines Angebotes gerichtet hält oder der Klägerin das Recht zubilligt, statt auf Annahme des einen Angebotes auf Abgabe eines Angebotes zu klagen. Des weiteren meint er, selbst für den Fall, dass dem Hilfsantrag der Klägerin stattzugeben sei, könne die Kostenentscheidung keinen Bestand haben, da ein kostenrelevantes Teilunterliegen der Klägerin gegeben sei. Vielmehr sei hier von einer Verdoppelung des Kostenstreitwertes auszugehen, so dass das Unterliegen mit dem Hauptantrag beim etwaigen Obsiegen mit dem Hilfsantrag dazu führen müsste, das die Kosten des Rechtsstreits hälftig zu teilen seien.

Der Beklagte beantragt,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt im Wesentlichen das angefochtene Urteil und führt unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens weiter aus, auch der Beklagte sei mit der Ausübung der Option einverstanden gewesen. Dies lasse sich bereits dem Inhalt des Schreibens der Prozessbevollmächtigten des Beklagten vom 10. Juli 2007 entnehmen

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

## II.

1.

Die Berufung des Beklagten ist statthaft und auch im Übrigen zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden (§ 511 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 ZPO, §§ 517, 519, 520 ZPO).

2.

Die Berufung hat teilweise Erfolg.

Die Klage ist nur insoweit begründet als festgestellt wird, dass der Beklagte verpflichtet ist, mit der Klägerin einen notariellen Grundstückskaufvertrag zu schließen, der inhaltlich dem notariellen Grundstückskaufvertrag der Notarin ... aus K... vom 14. November 2007 zur UR-Nr. 1232/2007 mit der Maßgabe entspricht, dass die Regelung unter „Teil B Grundstückskaufvertrag“, „V. Weitere Vereinbarungen“, Ziffer 1, Satz 5 und letzter Satz für den Vertrag keine Geltung haben soll. Weitergehende Ansprüche der Klägerin bestehen gegenüber dem Beklagten nicht. Insoweit ist die Berufung erfolgreich.

a.

Die Verpflichtung des Beklagten, mit der Klägerin einen notariellen Grundstückskaufvertrag zu schließen, der inhaltlich dem notariellen Grundstückskaufvertrag der Notarin ... aus K... vom 14. November 2007 zur UR-Nr. 1232/2007 mit der Maßgabe entspricht, dass die Regelung unter „Teil B Grundstückskaufvertrag“, „V. Weitere Vereinbarungen“, Ziffer 1, 5. und letzter Satz für den Vertrag keine Geltung haben soll, resultiert daraus, dass die Klägerin die ihr unter Teil C des notariellen Grundstückskaufvertrags vom 16. Juni 2004 - UR-Nr. 656/2004 der Notarin ... in K... - überschrieben mit „Optionsgewährung“, unter „I. Option“ eingeräumte Befugnis wirksam und fristgerecht ausgeübt hat.

Ein Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten, den notariellen Vertrag der Notarin ... vom 14. November 2007 zur UR-Nr. 1232/2007 zu genehmigen, bzw. diesen Vertrag mit der Maßgabe zu genehmigen, dass „V. Weitere Vereinbarungen“ Ziffer 1 Satz 5 sowie letzter Satz für den Optionsvertrag keine Geltung haben soll, ergibt sich dagegen daraus jeweils nicht.

Im Einzelnen:

aa.

Die Klägerin hat die ihr unter Teil C des notariellen Grundstückskaufvertrags vom 16. Juni 2004 - UR-Nr. 656/2004 der Notarin ... in ... - überschrieben mit „Optionsgewährung“, unter „I. Option“ eingeräumte Befugnis eines Optionsrechts mit ihrem Schreiben vom 11. Juni 2007 an die Notarin ... aus K... gegenüber dem Beklagten wirksam und fristgerecht ausgeübt.

(1)

Das Landgericht hat in der angefochtenen Entscheidung im Ergebnis seiner rechtlichen Würdigung sowie der vorgenommenen Auslegung angenommen, dass die vorbezeichnete Vereinbarung im notariellen Grundstückskaufvertrag vom 16. Juni 2004 von dem Ziel der Parteien geprägt gewesen sei, einen weiteren Kaufvertrag schließen zu wollen. Es handele sich daher nicht um einen eigentlichen Optionsvertrag, sondern um einen einseitig verpflichtenden, unter der Potestativbedingung der Optionsausübungserklärung durch den Berechtigten - hier der Klägerin - gestellten aufschiebend bedingten Vertrag.

Der Senat hat nach §§ 513 Abs. 1, 546 ZPO die darin enthaltene erstinstanzliche Auslegung einer Individualvereinbarung - auf der Grundlage der nach § 529 ZPO maßgeblichen Tatsachen - in vollem Umfang darauf zu überprüfen, ob die Auslegung überzeugt. Diese Prüfungskompetenz hinsichtlich der erstinstanzlichen Tatsachenfeststellung folgt aus § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO. Hält das Berufungsgericht die erstinstanzliche Auslegung lediglich für eine zwar vertretbare, letztlich aber - bei Abwägung aller Gesichtspunkte - nicht für eine sachlich überzeugende Auslegung, so hat es selbst die Auslegung vorzunehmen, die es als Grundlage einer sachgerechten Entscheidung des Einzelfalles für geboten hält. Dem steht nicht entgegen, dass § 513 Abs. 1 ZPO auf § 546 ZPO verweist. Aus dieser Verweisung und dem Regelungsgehalt des § 546 ZPO ergibt sich nicht, dass das Berufungsgericht - bei der Kontrolle des vom erstinstanzlichen Gericht ermittelten Inhalts einer Vereinbarung - die mit der richterlichen Vertragsauslegung verbundene rechtliche Würdigung festgestellter Tatsachen in geringerem - nämlich revisionsrechtlich beschränktem - Umfang überprüfen dürfte als die von der Vorinstanz festgestellte Tatsachengrundlage des Vertragsinhalts, für deren Überprüfung § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO gilt (vgl. BGH NJW 2004, 2751).

Unter Anwendung dieser Prüfungskompetenz geht der Senat ebenfalls davon aus, dass es sich bei der mit notariellem Vertrag vom 16. Juni 2004 - UR-Nr. 656/2004 der Notarin ... in K... - unter Teil C. des Vertrages, überschrieben mit „Optionsgewährung“, unter „I. Option“ getroffenen Regelung nicht um einen eigentlichen Optionsvertrag, sondern um einen einseitig verpflichtenden, unter der Potestativbedingung der Optionsausübungserklärung durch den Berechtigten - hier der Klägerin - gestellten, aufschiebend bedingten Vertrag handelt.

Ausgehend vom Wortlaut der unter Teil C. des notariellen Vertrages vom 16. Juni 2004, überschrieben mit „Optionsgewährung“ unter „I. Option“ getroffenen Regelung hat der Beklagte als Verkäufer der Klägerin als Käuferin betreffend das Flurstück 77 die Befugnis - die bis zum 31. Dezember 2007 gegenüber der beurkundenden Notarin ... ausgeübt sein musste - eingeräumt, den Abschluss eines Grundstückskaufvertrages zu einem Kaufpreis von 255.000,00 € zu verlangen, und zwar mit einem Vertragsinhalt wie in Teil A des notariellen Vertrages vom 16. Juni 2004 geregelt und zu einem Kaufpreis von 255.000,00 € wie unter Teil C. des Vertrages, überschrieben mit „Optionsgewährung“, unter „I. Option“, vereinbart, und zwar mit der Maßgabe, dass Abschnitt V - Teil A. - des notariellen Vertrages vom 16. Juni 2004 in Ansehung des

Flurstücks 89 hier entsprechend gilt, ausgenommen die Vereinbarung in Abschnitt V Ziffer. 1, 5. und letzter Satz.

Der Wortlaut dieser Vereinbarung im Vertrag vom 16. Juni 2004 ist dafür anzuführen, dass der Abschluss eines Grundstückskaufvertrages verlangt werden kann, wobei die Parteien den Inhalt dieses abzuschließenden Vertrages in seinen wesentlichen Hauptpflichten bereits festgelegt haben. Die Parteien haben ihren Bindungswillen hinsichtlich dieses noch abzuschließenden Grundstückkaufvertrages nämlich dadurch dokumentiert, dass sie unter Ziffer III des Teil C für diesen zukünftigen Anspruch auf Eigentumsverschaffung an dem Flurstück 77 eine Auflassungsvormerkung bestellt haben, die entsprechend der abgegebenen Bewilligung auch im Grundbuch eingetragen worden ist.

Auch die Interessenlage der Parteien spricht für einen solch bedingten Vorvertrag. Die Parteien standen bereits seit dem Jahre 1994 wegen des Areals in Vertragsverhandlungen. Hinsichtlich des Flurstücks 85/2 stritten sie wegen einer Anspruchsberechtigung nach dem Sachenrechtsbereinigungsgesetz. Im notariell beurkundeten Grundstückskaufvertrag vom 16. Juni 2004 vereinbarten die Parteien einen - im Verhältnis zum Flurstück 89 - deutlich geringeren Kaufpreis.

Auch unter Einbeziehung der außerhalb des Erklärungsaktes liegenden Begleitumstände in die Auslegung, soweit sie einen Sinngehalt der Erklärung zulassen (vgl. BGH NJW-RR 2000, 1002), ergibt sich nichts anderes. Dies gilt insbesondere unter Berücksichtigung des Schreibens der Prozessbevollmächtigten des Beklagten vom 10. Juli 2007. Soweit der Beklagte vorträgt, ihm sei der um 124.479,57 € niedrigere Erlös „quasi diktiert worden“ kann daraus lediglich entnommen werden, dass möglicherweise seitens der Klägerin hart verhandelt worden sein mag, aber Anhaltspunkte für § 138 BGB lassen sich aus dieser pauschalen Erklärung nicht ableiten.

(2)

Die Klägerin hat die Ausübungserklärung am 11. Juni 2007 mit Schreiben an die Notarin ... wirksam formfrei erklärt.

Ob ein Ankaufs- oder Optionsrecht bei Grundstücken in der Form des § 313 S. 1 BGB a.F., jetzt § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB, ausgeübt werden muss, hängt von seiner konkreten, durch Auslegung zu ermittelnden Gestaltung in dem jeweiligen Einzelfall ab (BGH NJW 2006, 2843 m.w.N.). Dadurch, dass - wie bereits ausgeführt - ein durch die Optionsausübung aufschiebend bedingter Kaufvertrag geschlossen worden ist und das eingeräumte Recht gerade nicht als befristetes Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrags zu qualifizieren ist, muss die Erklärung, die den Bedingungseintritt bewirkt, nicht mehr beurkundet werden, weil der Schutzzweck von § 313 S. 1 BGB a.F. (jetzt § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB) durch die Beurkundung des bedingten Kaufvertrags gewahrt ist (st. Rspr. des BGH; vgl. BGHZ 140, 218; BGH NJW-RR 1996, 1167; BGH NJW 2006, 2843 m.w.N.). Das gewährleistet sowohl die sachkundige Beratung als auch den Schutz der Beteiligten vor Übereilung, weil der Notar über die rechtliche Bedeutung und die grundsätzliche Formfreiheit der Optionsausübung zu belehren hat (s. BGH NJW 1996, 1167). Nichts anderes gilt, wenn die Erklärung einen aufschiebend bedingt geschlossenen Vorvertrag in Geltung setzt (BGH NJW 2006, 2843 m.w.N.). Die Tatsache, dass die Klägerin einen Entwurf eines notariellen Grundstückskaufvertrages vom 22. August 2007 durch die Notarin ... fertigen ließ, wäre zwar im Hinblick auf die Formfreiheit zur Ausübung des Optionsrechts danach nicht notwendig gewesen, führt aber nicht zur Unwirksamkeit der Optionsausübung. Die Klägerin hat vielmehr einen Anspruch darauf,

dass die Auflösungserklärung in notariell beurkundeter Form abgegeben wird, da die Auflösungserklärung nach § 925 Abs. 2 BGB bedingungsfeindlich ist.

(3)

Die Notarin ... war auch die richtige Erklärungsempfängerin, da die Parteien im notariellen Vertrag vom 16. Juni 2004 in Teil C vereinbarten, dass das Optionsrecht gegenüber der beurkundenden Notarin bzw. deren amtlich bestellten Vertreter ausgeübt werden muss. Selbst wenn der Beklagte - wie von ihm behauptet - lediglich die Ablichtung eines nicht unterzeichneten Schreibens des Klägervertreters über die Ausübungserklärung erhalten haben sollte, so bleibt die Ausübung wirksam. Denn auf einen Zugang der Ausübungserklärung bei dem Beklagten kam es gerade nicht an, so dass insoweit auch keine Regelungen über die Form einzuhalten waren.

(4)

Die Ausübungserklärung wurde auch fristgerecht abgegeben. Zur Wahrung der Frist reichte es nach dem Inhalt des notariellen Grundstückskaufvertrags vom 16. Juni 2004 unter Teil C. „Optionsgewährung“ nämlich aus, dass das Optionsrecht, wie vorliegend, spätestens bis zum 31. Dezember 2007 gegenüber der beurkundenden Notarin bzw. deren amtlichen Vertreter ausgeübt wurde. Dies ist erfolgt. Auf das Erfordernis des Zustandekommens des eigentlichen Kaufvertrages über das Grundstück entsprechend den vertraglichen Vorgaben ist insoweit nicht abzustellen. Ansonsten würden Anforderungen an die Ausübung des Optionsrechts gestellt, die sich dem Vertrag vom 16. Juni 2004 nicht entnehmen lassen.

bb.

Da die Klägerin die ihr im notariellen Grundstückskaufvertrag vom 16. Juni 2004 eingeräumte Befugnis eines Optionsrechts wirksam und fristgerecht ausgeübt hat, ergibt sich daraus auch ihr Anspruch gegenüber dem Beklagten, dass gemäß dieser Regelung in Teil C des notariellen Grundstückskaufvertrags vom 16. Juni 2004 überschrieben mit „Optionsgewährung“ unter „I. Option“ der Hauptvertrag betreffend das Flurstück 77, Flur 9, eingetragen im Grundbuch von W..., Blatt 1838, wirksam beurkundet wird, zumal die Auflösungserklärung nach § 925 Abs. 2 BGB bedingungsfeindlich ist.

(1)

Allerdings hat die Klägerin gegen den Beklagten keinen Anspruch darauf, dass dieser den notariellen Vertrag der Notarin ... vom 14. November 2007 zur UR-Nr. 1232/2007 mit der Maßgabe genehmigt, dass „V. Weitere Vereinbarungen“, Ziffer 1, Satz 5 und letzter Satz für den Vertrag keine Geltung haben soll. Der Beklagte darf die Genehmigung (§ 184 BGB) verweigern. Das in dieser Urkunde enthaltene Angebot der Klägerin an den Beklagten, dass die Auflösungserklärung mit dem darin enthaltenen Inhalt in notariell beurkundeter Form abgegeben wird, ist mithin erloschen (§ 146 BGB).

Der Inhalt des Grundstückskaufvertrages in der Fassung vom 14. November 2007 wurde durch die Notarin ... in der Urkundsverhandlung an diesem Tage - UR-Nr. 1232/2007 - beurkundet. Für den Beklagten trat die Notarangestellte M... A... als Vertreter ohne Vertretungsmacht und ohne jegliche Haftungsübernahme auf, die den Vertragstext unterzeichnete. Der Beklagte hat die in vollmachtloser Vertretung von Frau M... A... abgegebenen Erklärungen aus dem vorbezeichneten Vertrag allerdings nicht genehmigt. Da der Beklagte mit Schreiben vom 23. November 2007 der Notarin ... mitgeteilt hat, dass er die in vollmachtloser Vertretung von Frau M... A... abgegebenen Erklärungen

aus dem Vertrag 14. November 2007 nicht genehmigen wird, ist hier kein wirksames Hauptgeschäft zustande gekommen. Denn es fehlt an der Zustimmung als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung und Wirksamkeitsvoraussetzung für das Hauptgeschäft, auf das sie sich bezieht (vgl. Palandt-Heinrichs, BGB, 68. Aufl., Einf. v. § 182 Rn. 1).

Die Verweigerung der Zustimmung konnte formfrei erfolgen, da sie nicht der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form bedarf (Umkehrschluss aus § 182 Abs. 2 BGB). Ein Widerruf der Verweigerung der Zustimmung wäre analog § 183 BGB zwar möglich gewesen, ist aber bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung nicht erklärt worden.

Der Beklagte ist auch nicht verpflichtet, die Genehmigung als nachträgliche Zustimmung (§ 184 BGB) zu erteilen. Denn der Inhalt des unter dem 14. November 2007 beurkundeten Vertragsangebotes hinsichtlich der Regelung unter Abschnitt V Ziffer 1, 5. und letzter Satz aus Teil C (s. Seite V des Grundstückskaufvertrages, Bl. 35 d.A.) weicht nämlich von der Vereinbarung unter Teil C. überschrieben mit „Optionsgewährung“, „I. Option“ des notariellen Grundstückskaufvertrages vom 16. Juni 2004 (s. Seite 12 des Grundstückskaufvertrages, Bl. 18 d.A.) erheblich ab. Wie bereits ausgeführt, hat der Beklagte als Verkäufer der Klägerin als Käuferin nach der unter Teil C. des notariellen Vertrages vom 16. Juni 2004, überschrieben mit „Optionsgewährung“ unter „I. Option“ getroffenen Regelung hinsichtlich des Flurstücks 77 die Befugnis eingeräumt, den Abschluss eines Grundstückskaufvertrages zu einem Kaufpreis von 255.000,00 € zu verlangen, und zwar mit einem Vertragsinhalt wie in Teil A des notariellen Vertrages vom 16. Juni 2004 geregelt und zu einem Kaufpreis von 255.000,00 € wie unter Teil C. des Vertrages, überschrieben mit „Optionsgewährung“, unter „I. Option“, vereinbart, und zwar mit der Maßgabe, dass Abschnitt V - Teil A. - des notariellen Vertrages vom 16. Juni 2004 in Ansehung des Flurstücks 89 hier entsprechend gilt, ausgenommen die Vereinbarung in Abschnitt V Ziffer. 1, 5. und letzter Satz. Diese zu Gunsten des Beklagten einschränkende Maßgabe aus dem notariellen Grundstückskaufvertrages vom 16. Juni 2004, „dass Abschnitt V - Teil A. - dieser Urkunde, in Ansehung des Flurstücks 89, hier entsprechend gilt, ausgenommen die Vereinbarung in Abschnitt V Ziff. 1, 5. und letzter Satz“ hat in der Fassung der Urkunde vom 14. November 2007 unter „V. „Weitere Vereinbarungen“ (s. Seite V des Grundstückskaufvertrages, Bl. 35 d.A.) jedoch keinen inhaltlichen Niederschlag gefunden. Der Inhalt der von der Notarin ... unter dem 14. November 2007 beurkundeten Urkunde steht insoweit mit der Vereinbarung unter „I. Option“ des notariellen Grundstückskaufvertrages vom 16. Juni 2004 nicht im Einklang. Die Geltung der Abweichung in der Fassung der Urkunde vom 14. November 2007 würde zu einer weitergehenden Haftung des Beklagten führen, die aber gerade nach der Vereinbarung im notariellen Vertrag vom 16. Juni 2004 ausgeschlossen ist.

Es besteht auch kein Anspruch auf Genehmigung entsprechend dem Hilfsantrag. Denn dessen Maßgaben wurden dem Inhalt des Notarvertrages vom 14. November 2007 ändern, so dass der geänderte Inhalt nicht vollständig beurkundet wäre.

(2)

Da die Klägerin die ihr unter Teil C des notariellen Grundstückskaufvertrags vom 16. Juni 2004 - UR-Nr. 656/2004 der Notarin ... in K... - überschrieben mit „Optionsgewährung“, unter „I. Option“ eingeräumte Befugnis eines Optionsrechts mit ihrem Schreiben vom 11. Juni 2007 an die Notarin ... aus K... gegenüber dem Beklagten wirksam und fristgerecht ausgeübt hat, verbleibt es allerdings bei der Verpflichtung des Beklagten, mit der Klägerin einen notariellen Grundstückskaufvertrag zu schließen, der inhaltlich dem notariellen Grundstückskaufvertrag der Notarin ... aus K... vom 14.

November 2007 zur UR-Nr. 1232/2007 mit der Maßgabe entspricht, dass die Regelung unter „Teil B Grundstückskaufvertrag“, „V. Weitere Vereinbarungen“, Ziffer 1, 5. und letzter Satz für den Vertrag keine Geltung haben soll.

Diese bestehende Verpflichtung des Beklagten kann als ein „weniger“ im Vergleich zum in der ersten Instanz gestellten Hilfsantrag zu Ziffer 1) in Form eines Feststellungsantrages tenoriert werden.

Das der Hilfsantrag zu Ziffer 1) insoweit als Feststellungsklage gewertet wird, verstößt nicht gegen § 308 ZPO. Gemäß § 308 Abs. 1 S. 1 ZPO darf ein Gericht nichts zusprechen, was nicht beantragt ist. Die Antragsbindung besteht sowohl in quantitativer als auch in qualitativer Hinsicht. Das Gericht darf zwar kein „mehr“ zusprechen als beantragt, wohl aber ein „weniger“ (vgl. Zöller-Vollkommer, ZPO, 27. Aufl., § 308 Rn. 2). Eine Feststellung ist im Vergleich zu einem Leistungsgebot ein Weniger. In dem Hilfsantrag zu Ziffer 1) ist deshalb sinngemäß ein Feststellungsantrag enthalten. Die Tenorierung eines Feststellungsausspruches entspricht dem rechtlichen Interesse der Klägerin, eine Klärung über den Bestand und Inhalt eines Rechtsverhältnisses mit dem Beklagten zu erreichen. Mithin kann das Gericht dem in dem Leistungsbegehrten enthaltenen Antrag auf Feststellung des Rechtsverhältnisses auch dann stattgeben, wenn dieser Antrag nicht ausdrücklich hilfsweise gestellt ist (vgl. BGHZ 118, 70; BGH NJW 1984, 2295 m.w.N.; Zöller/Vollkommer, a.a.O., § 308 Rn. 4).

b.

Aus den unter a. ausgeführten Gründen hat die Beklagte zudem keinen Anspruch, zur Gewährleistung der Vollziehung des im Antrag zu 1 genannten Vertrages die Eintragung in Abteilung I des Grundbuchs von W..., Blatt 1838, Flur 9, Flurstück 77 an rangbereiter Stelle zu beantragen. In diesem Zusammenhang weist der Senat darauf hin, dass ein solcher Anspruch auch bei einer wirksamen Genehmigung des Inhaltes des Vertrages vom 14. November 2007 nicht bestanden haben dürfte, da dort unter „III. Kaufpreis“ geregelt worden ist, dass die Notarin von den Beteiligten unwiderruflich angewiesen wird, die Eigentumsumschreibung im Grundbuch erst zu beantragen, wenn Ihr die Zahlung des vollständigen Kaufpreises durch den Käufer nachgewiesen bzw. durch den Verkäufer bestätigt worden ist.

### **III.**

1.

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf § 92 ZPO sowie aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO, § 26 Nr. 8 EGZPO.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen die Klägerin zu 60 % und der Beklagte zu 40 %. Der Senat folgt insoweit nicht der Auffassung des Landgerichts, die Auferlegung von Kosten des Rechtsstreits erster Instanz auf die Klägerin wegen des Unterliegens hinsichtlich des Hauptantrages sei nicht gerechtfertigt, da der Hauptantrag zu 1) und der zugesprochene Hilfsantrag in wirtschaftlicher Hinsicht gleichwertig seien.

Grundsätzlich gilt, wird der Hauptantrag abgewiesen, seinem Hilfsantrag aber stattgegeben, ist eine Kostenteilung geboten (vgl. Zöller-Herget, ZPO, a.a.O., § 92 Rn. 8). Dem folgend ist hinsichtlich des Antrages zu Ziffer 1) nebst Hilfsantrag von einem sog. fiktiven Streitwert in Höhe von  $420.750,00 \text{ €}$  (Antrag zu Ziffer 1) =  $255.000,00 \text{ €}$  Hilfsantrag zum Antrag zu Ziffer 1) =  $165.750,00 \text{ €}$  auszugehen. Der Hilfsantrag zum Antrag zu Ziffer 1) ist bei der Bemessung des fiktiven Streitwertes mit einem um 35 %

geringeren Wert als für den Hauptantrag anzusetzen, da er im Vergleich zum Hauptantrag zu Ziffer 1) eine inhaltlich einschränkende Maßgabe enthält. Dem Antrag zu Ziffer 2) kommt kein eigenständiger wirtschaftlicher Wert zu.

Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Klägerin zu 20 % und der Beklagte zu 80 %.

Dabei wird angenommen, dass der Feststellungsantrag, der als weniger im vom Landgericht zugesprochenen Hilfsantrag zu Ziffer 1) enthalten ist, einen Abschlag von 20 % vom Gegen-standswert rechtfertigt.

2.

Gründe für die Zulassung der Revision zum Bundesgerichtshof nach § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Hinsichtlich der Rechtsfrage, ob ein Ankaufs- oder Optionsrecht bei Grundstücken in der Form des § 313 S. 1 BGB a.F., jetzt § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB, ausgeübt werden muss, folgt der Senat den Grundsätzen, die der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 12.05.2006 - V ZR 97/05 - (veröffentlicht u.a. unter BGH NJW 2006, 2843 m.w.N.) entwickelt hat. Im Übrigen hängt die rechtliche Einordnung hängt von der konkreten, durch Auslegung zu ermittelnden Gestaltung in dem jeweiligen Einzelfall ab.