

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

FamFG § 378 Abs. 2; HGB §§ 161 Abs. 2, 107, 108, 143 Abs. 2, 171 – Anmeldung eines Kommanditistenwechsels durch den Notar; persönliche Abgabe der sog. negativen Abfindungsversicherung; fehlende Formbedürftigkeit der Versicherung

BauGB § 195; BGB §§ 158, 433 – Zeitpunkt der Übersendungspflicht bei aufschiebend bedingten Kaufverträgen

#### Gutachten im Abrufdienst

##### Rechtsprechung

BGB § 311b Abs. 1 S. 1 – Beurkundungsbedürftigkeit eines Vertrages über Bauleistungen; rechtliche Einheit bei Verkauf eines Miteigentumsanteils an dem zu bebauenden Grundstück

##### Literaturhinweise

##### Veranstaltung

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

#### FamFG § 378 Abs. 2; HGB §§ 161 Abs. 2, 107, 108, 143 Abs. 2, 171

#### Anmeldung eines Kommanditistenwechsels durch den Notar; persönliche Abgabe der sog. negativen Abfindungsversicherung; fehlende Formbedürftigkeit der Versicherung

##### I. Sachverhalt

Ein Notar hat einen Geschäftsanteilskaufvertrag über KG- und GmbH-Anteile beurkundet. Diesbezüglich wurden Zustimmungserklärungen zur Abtretung von denjenigen Gesellschaftern eingeholt, die selbst keine Anteile abgetreten haben und daher auch nicht unmittelbar an der Beurkundung mitgewirkt haben. Da diese Gesellschafter teilweise im Ausland ansässig sind, hat der Notar den Gesellschafterwechsel bei der KG gem. § 378 Abs. 2 FamFG angemeldet. Die „negative Ab-

findungsversicherung“ haben alle Gesellschafter privatschriftlich unterzeichnet.

Das Registergericht sieht den Anwendungsbereich von § 378 Abs. 2 FamFG hier als nicht eröffnet an und fordert Anmeldungen durch alle Gesellschafter.

##### II. Frage

Ist die Auffassung des Registergerichts zutreffend?

##### III. Zur Rechtslage

###### 1. Allgemeine Grundsätze

Für die Anmeldung eines Kommanditistenwechsels im Handelsregister verlangt das HGB gem. §§ 107, 108 S. 1, 161 Abs. 2 HGB und §§ 143 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB die Anmeldung des Eintritts des neuen und des Austritts des ausscheidenden Kommanditisten durch alle Gesellschafter.

Nach § 378 Abs. 2 FamFG gilt der Notar als ermächtigt, im Namen des zur Anmeldung Berechtigten die Eintragung zu beantragen, wenn die zu einer Eintragung erforderliche Erklärung von dem Notar beurkun-

det oder beglaubigt worden ist. Der Umfang der Vertretungsmacht nach § 378 Abs. 2 FamFG wird damit zum einen durch den beurkundeten oder beglaubigten Erklärungsinhalt bestimmt und ist zum anderen auch abhängig davon, dass ein Vertreterhandeln generell zulässig ist (BeckOK-FamFG/Otto, Std.: 1.1.2021, § 378 Rn. 18; Haußleiter/Schemmann, FamFG, 2. Aufl. 2017, § 378 Rn. 16, 17).

## 2. Vorliegender Fall

### a) Trennung von Anmeldung und negativer Abfindungsversicherung

Nach den vorstehend skizzierten Grundsätzen dürfte im Ausgangspunkt außer Streit stehen, dass – selbst wenn es sich bei der negativen Abfindungsversicherung um eine von den Gesellschaftern höchstpersönlich abzugebende Erklärung handelt (dazu unten c.) – die hiervon zu trennende „eigentliche“ Anmeldung des Gesellschafterwechsels in Vertretung durch den Notar gem. § 378 Abs. 2 FamFG erfolgen kann (so zum Verhältnis der Anmeldung eines neuen GmbH-Geschäftsführers und der daneben nötigen höchstpersönlichen Versicherung des Geschäftsführers gem. §§ 39 Abs. 3 S. 1, 6 Abs. 2 GmbHG etwa BeckOK-FamFG/Otto, 1.1.2021, § 378 Rn. 5).

### b) Begrenzung der Vollmachtsvermutung des § 378 Abs. 2 FamFG auf die (unmittelbar) an der Beurkundung Beteiligten?

aa) Allerdings hat das OLG München (NJW 2015, 1616) der Sache nach entschieden, dass die vermutete Vertretungsmacht des § 378 Abs. 2 FamFG **nur bezüglich der an der Beurkundung Beteiligten** gilt. Dem hat sich die Literatur – soweit ersichtlich – einhellig angeschlossen (etwa Keidel/Heinemann, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 378 Rn. 5; Ries, notar 2017, 75; Weiler, notar 2015, 400, 410). Insoweit könnte man eine Vollmachtsvermutung nach § 378 Abs. 2 FamFG für **solche Gesellschafter verneinen**, die selbst **nicht unmittelbar** persönlich oder vertretungsweise an dem **Geschäftsanteilskaufvertrag beteiligt** waren.

bb) Indes lag der vorstehend zitierten Entscheidung des OLG München ein Sachverhalt zugrunde, in dem der Notar einen Verschmelzungsvertrag zwischen der Kommanditistin einer KG (einer GmbH) und einer anderen Gesellschaft (einer AG) beurkundet hatte. Eine solche Urkunde begründete nicht die Vermutung einer Vollmacht des Urkundsnotars, für die übrigen Gesellschafter der KG den Gesellschafterwechsel bei der KG nach § 108 HGB anzumelden (OLG München NJW 2015, 1616, 1617).

Von dem Sachverhalt des OLG München unterscheidet sich die vorliegende Konstellation – die, soweit er-

sichtlich, bislang weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur thematisiert wird (einzig ablehnend, aber wohl ohne nähere Auseinandersetzung, Nedden-Boeger, in: Schulte-Bunert/Weinreich, FamFG, 6. Aufl. 2020, § 378 Rn. 22: „z.B. [keine] Erstreckung der Vollmacht[svermutung gem. § 378 Abs. 2 FamFG] auf unbeteiligte Kommanditisten bei der Veräußerung eines Kommanditanteils“) – bereits materiell-rechtlich dadurch, dass Voraussetzung der Wirksamkeit einer Anteilsübertragung an der KG **regelmäßig die Zustimmung aller Mitgesellschafter ist** (statt aller Würzburger Notarhandbuch/Limmer, 5. Aufl. 2018, Teil 5 Kap. 2 Rn. 79). Dagegen vollzieht sich der faktische Gesellschafterwechsel durch Verschmelzung einer Kommanditistin im Wege der Gesamtrechtsfolge und unabhängig von der Mitwirkung und dem Willen der übrigen Gesellschafter. Zudem wird der **Notar** bei der Anteilsabtretung, wie auch vorliegend, regelmäßig – sei es im Vorfeld der Beurkundung, sei es im Rahmen eines Vollzugauftrags nach Beurkundung (vgl. § 53 BeurkG) – diese notwendigen **Zustimmungserklärungen** für Mitgesellschafter **einholen oder** jedenfalls deren Vorliegen **überprüfen**.

Auch wenn diese Zustimmungserklärungen nicht von dem die Handelsregisteranmeldung einreichenden Notar selbst beurkundet oder beglaubigt worden sind, rechtfertigt die **notarielle Betreuung des Vollzugs der Haupturkunde** nach unserem Dafürhalten auch eine Vollmachtsvermutung nach § 378 Abs. 2 FamFG hinsichtlich der außerhalb der Urkunde zustimmenden Gesellschafter. Denn diese sind damit **Gegenstand der Urkundstätigkeit** (hierzu OLG München NJW 2015, 1616, 1617), jedenfalls **im weiteren Sinne** (nicht ausreichend wäre dagegen, wenn der Notar „lediglich den [isolierten] Registervollzug“ betreibt, so Keidel/Heinemann, § 378 Rn. 7).

Überdies bildet der **beurkundete Geschäftsanteilskauf- bzw. -abtretungsvertrag die unmittelbare Grundlage** (hierzu Keidel/Heinemann, § 378 Rn. 5) der beantragten Registereintragung (= Kommanditistenwechsel). Dagegen ist die Zustimmungserklärung selbst zwar materiell-rechtliche Wirksamkeitsvoraussetzung der Abtretung, selbst aber gerade keine sonstige Erklärung, die eintragungsbedürftig oder -fähig wäre (hierzu Keidel/Heinemann, § 378 Rn. 5).

Auch in dem Fall, dass die zur Eintragung erforderlichen Erklärungen von **unterschiedlichen Notaren** beurkundet bzw. beglaubigt worden sind, kann als anerkannt gelten, dass beide Notare hinsichtlich dieser Eintragung als **nebeneinander bevollmächtigt** angesehen werden (Keidel/Heinemann, § 378 Rn. 7).

Schließlich entspricht es der h. M., dass es etwa bei einer Satzungsänderung nicht erforderlich ist, dass gerade eine Erklärung der Anmeldeverpflichteten (z. B. des Geschäftsführers nach § 78 GmbHG) beurkundet oder beglaubigt wurde (OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 16.11.2010 – 20 W 448/10, BeckRS 2011, 20300; OLG Karlsruhe GmbHR 2011, 308; ausführlich DNotI-Report 2010, 112, 114). Die Übertragbarkeit dieser Ansicht auf die dort zu entscheidende Konstellation wurde zwar vom OLG München (NJW 2015, 1616, 1616 f.) ausdrücklich abgelehnt. Dies kann aber damit erklärt werden, dass die nicht an der Verschmelzung beteiligten Gesellschafter weder materiell-rechtlich noch auf der Ebene des Urkundsvollzugs am Ausscheiden des verschmolzenen Kommanditisten beteiligt waren.

cc) Jedenfalls aber wird man in den erfolgten Zustimmungserklärungen und den jeweiligen privatschriftlichen negativen Abfindungsversicherungen aller Gesellschafter wohl eine – von § 378 Abs. 2 FamFG unabhängige – **(konkludente) rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung des Notars** zur Anmeldung des Kommanditistenwechsels erblicken können (zu dieser Möglichkeit sogar in Fällen des [isolierten] Registervollzugs Keidel/Heinemann, § 378 Rn. 7). Denn hieraus ergibt sich nicht nur das materiell-rechtliche Einverständnis mit dem Kommanditistenwechsel (Zustimmungserklärung), sondern – für das Registergericht auch ersichtlich, da zwingender Bestandteil der Anmeldung – **gerade auch der Wille der Gesellschafter zum registergerichtlichen Vollzug**, da die negative Abfindungsversicherung ausschließlich hier Bedeutung erlangt. Schließlich kann sich diese (konkludente) Vollmacht sinnvollerweise auch nur an den Urkundsnotar richten, da dieser bereits aus § 53 BeurkG zum Vollzug des Geschäftsanteilskaufvertrages gegenüber den Urkundsbeteiligten verpflichtet ist.

Auch die Literatur ist der Ansicht, dass gerade dann, wenn die Vollmachtsvermutung nach § 378 Abs. 2 FamFG nicht eingreift, „der Notar jedoch evident als Vertreter der Beteiligten auftritt (insbesondere durch Betreiben des Registervollzugs)“, von einer rechtsgeschäftlichen Bevollmächtigung auszugehen ist (Keidel/Heinemann, § 378 Rn. 17), was vom Gesetzgeber in § 10 Abs. 2 Nr. 3 FamFG gerade vorgesehen ist. Ebenso wie in den Fällen des § 378 Abs. 2 FamFG ist nach **§ 11 S. 4 FamFG ausdrücklich vom Notar keine Vollmachtsvorlage zu verlangen**; anderes gilt nach § 11 S. 3 FamFG nur, wenn dies von einem Beteiligten verlangt wird (Keidel/Heinemann, § 378 Rn. 17). Da § 11 S. 4 FamFG ausdrücklich die Vertretung durch den bevollmächtigten Notar regelt, ist sie nach unserem Dafürhalten auch im Vergleich mit § 12 Abs. 1 S. 2 HGB die speziellere Norm, sodass die Vollmacht

grundsätzlich **nicht in öffentlich-beglaubigter Form erteilt sein muss** (so ausdrücklich etwa Nedden-Boeger, § 378 Rn. 27 und Rn. 24 a. E., der insoweit unter Bezug auf BayObLG WM 1984, 638 auch von „gängiger Registerpraxis“ spricht; inzident wohl auch OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 16.11.2010 – 20 W 448/10, BeckRS 2011, 20300 und unausgesprochen Schulte, notar 2014, 270, 271 f.; anders wohl Keidel/Heinemann, § 378 Rn. 17).

Ebenso wie im Rahmen von § 378 Abs. 2 FamFG muss hier gelten, dass das Registergericht davon ausgehen kann, dass der Notar seine Amtspflichten beachtet und nicht ohne eine entsprechende Bevollmächtigung handelt (so zu § 378 Abs. 2 FamFG und mit ausdrücklichem Hinweis auf § 11 S. 4 FamFG OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 16.11.2010 – 20 W 448/10, BeckRS 2011, 20300).

dd) Allerdings trägt der Notar im Verhältnis zu den Vertretenen das **(Haftungs-)Risiko, dass die Vollmacht tatsächlich auch besteht** und seinen Antrag inhaltlich deckt – was freilich auch bei der bloß vermuteten Vollmacht nach § 378 Abs. 2 FamFG gilt (dazu Nedden-Boeger, § 378 Rn. 30, 31 a. E. auch mit dem ausdrücklichen Hinweis auf die Gefahr einer Anmeldung namens eines Beteiligten, dessen „Erklärung der Notar gar nicht beurkundet oder beglaubigt hat“).

### **c) Keine Vollmachtsvermutung gem. § 378 Abs. 2 FamFG für negative Abfindungsversicherung**

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass die Vollmachtsvermutung des § 378 Abs. 2 FamFG nach ganz h. M. nicht für höchstpersönliche Erklärungen und damit nach überwiegender Ansicht auch nicht für die sog. negative Abfindungsversicherung bei Abtretung eines Kommanditanteils gilt (etwa KG NZG 2009, 905; grundlegend dazu, dass die Abfindungsversicherung nur im Ausnahmefall durch einen Vertreter erfolgen kann und das Registergericht regelmäßig eine persönliche Erklärung des Gesellschafters verlangen kann, OLG Köln RNotZ 2018, 111 ff.; dazu auch BeckNotar-HdB/Müther, 7. Aufl. 2019, § 26 Rn. 57; Ries, notar 2017, 75, 75; a. A. etwa Krafka, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 750, nach dem die Versicherung „keinesfalls persönlich“ abgegeben werden muss, was mithin konsequenterweise auch den Anwendungsbereich des § 378 Abs. 2 FamFG eröffnen dürfte).

Freilich ist von der h. M. ebenso anerkannt, dass die persönlich abzugebende Abfindungsversicherung keiner besonderen Form bedarf und damit insbesondere auch **privatschriftlich abgegeben** werden kann (OLG Köln RNotZ 2018, 111, 113 [Rn. 5]; Gustavus, Handelsregisteranmeldungen, 10. Aufl. 2020, A. 70;

BeckNotar-HdB/Müther, § 26 Rn. 57; Krafka, Rn. 750), was im vorliegenden Fall erfolgte. Dass die Abfindungsversicherung hier durch sämtliche Gesellschafter erfolgte, war dabei überobligatorisch; die Rechtsprechung fordert regelmäßig nur eine solche Versicherung des ausscheidenden Kommanditisten und der persönlich haftenden Gesellschafter (vgl. nur BGH NJW-RR 2006, 107, 108; BeckOGK-HGB/Notz/Zinger, Std.: 15.1.2021, § 162 Rn. 22 m. w. N.).

### 3. Ergebnis

Sind an einem Geschäftsanteilskauf- und Abtretungsvertrag sämtliche Gesellschafter einer GmbH & Co. KG unmittelbar (persönlich oder aufgrund Vollmacht) beteiligt, so gilt der Notar jedenfalls nach § 378 Abs. 2 FamFG als ermächtigt, den Kommanditistenwechsel für sämtliche Gesellschafter gem. § 108 HGB anzumelden.

Nach unserem Dafürhalten gilt Gleiches, wenn im Rahmen notarieller Vollzugstätigkeit (auch privatschriftliche) Zustimmungserklärungen oder negative Abfindungsversicherungen der übrigen, nicht formell an der Urkunde beteiligten Gesellschafter eingeholt oder geprüft worden sind. Jedenfalls dürfte im letzteren Falle nach unserem Dafürhalten von einer (konkludenten) rechtsgeschäftlichen Vollmacht des Notars auszugehen sein.

---

## BauGB § 195; BGB §§ 158, 433 Zeitpunkt der Übersendungspflicht bei aufschiebend bedingten Kaufverträgen

---

### I. Sachverhalt

Ein Verkäufer verkauft sein mit einem Nießbrauch belastetes Hausgrundstück. Der Kaufvertrag ist aufschiebend bedingt geschlossen. Er wird nur wirksam, falls der Nießbrauch materiell-rechtlich innerhalb einer bestimmten Frist erlischt.

### II. Frage

Muss die Abschrift an den Gutachterausschuss gem. § 195 BauGB unverzüglich nach Vertragsschluss oder erst mit Bedingungseintritt übersandt werden?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Allgemeines

Gem. § 195 Abs. 1 BauGB ist jeder Vertrag über eine entgeltliche Grundstücksveräußerung in Abschrift dem Gutachterausschuss zur Führung der Kaufpreissammlung zu übersenden. Ausweislich des Wortlauts von § 195 Abs. 1 S. 1 BauGB ist demnach nur der Verpflichtungsvertrag zur entgeltlichen Übertragung von Eigen-

tum an einem Grundstück übersendungspflichtig. Die Übersendungspflicht des § 195 BauGB liegt darin begründet, dass der Gutachterausschuss den ihm nach § 193 BauGB obliegenden Aufgaben nur nachkommen kann, wenn ihm die Vorgänge auf dem Grundstücksmarkt möglichst vollständig bekannt sind. Die Übersendungspflicht liegt damit im Allgemeininteresse eines möglichst transparenten Grundstücksmarktes und einer möglichst objektiv begründeten Wertermittlung (Kleiber, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 140. EL, Oktober 2020, § 195 Rn. 4).

Die Übersendungspflicht, die den beurkundenden Notar trifft, bricht als *lex specialis* die notarielle Verschwiegenheitspflicht des § 18 BNotO. Das Geheimhaltungsinteresse der Betroffenen wird dadurch sichergestellt, dass die Gutachterausschüsse verpflichtet sind, die sich aus den Vorgängen ergebenden persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse anderer geheim zu halten (Kleiber, § 195 Rn. 7).

### 2. Konkreter Sachverhalt

Bei einem aufschiebend bedingten Vertragsschluss (§ 158 BGB) stellt sich die Frage, ob die Übersendungspflicht i. S. d. § 195 Abs. 1 BauGB erst mit Bedingungseintritt besteht oder bereits nach Beurkundung vorliegt.

#### a) Unergiebigkeit des Schrifttums zur Reichweite der Übersendungspflicht

Der aufschiebend bedingte Vertrag, der seine volle Wirksamkeit erst mit dem Eintritt der Bedingung entfaltet, wird – soweit ersichtlich – im Bereich des § 195 Abs. 1 BauGB weder von der Rechtsprechung noch in der Literatur näher thematisiert. *Freise* spricht in seiner Kommentierung schlicht von der Übersendungspflicht **nach Abschluss des Vertrages**, ohne dies näher auszuführen (Brügelmann/Freise, BauGB, Std.: 1/2019, § 195 Rn. 18); erfasst seien Kaufverträge jeder Art. Nicht differenzierend verfährt auch *Stemmler* (in: Berliner Kommentar, Std.: 1/2014, § 195 Rn. 1), dem zufolge jeder Verpflichtungsvertrag zu übersenden sei. Nach *Kleiber* sind lediglich **bloße Erwerbsverpflichtungen bzw. Kaufanwärterverträge** nicht der Übersendungspflicht unterworfen, da im Fall einer Nichterfüllung der Erwerbsverpflichtung dem vorgesehenen Entgelt nicht die Aussagekraft eines tatsächlich gezahlten Entgelts beizumessen sei (Kleiber, § 195 Rn. 10).

#### b) Auslegung von § 195 Abs. 1 BauGB

Eine Auslegung des § 195 Abs. 1 BauGB ergibt nach unserem Dafürhalten Folgendes: Nach dem **Gesetzeswortlaut** ist jeder Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, Eigentum an einem Grundstück gegen Entgelt zu übertragen, an den Gutachterausschuss zu übersen-

den. Unter den Wortlaut der Norm lässt sich daher auch der aufschiebend bedingte Vertrag subsumieren, geht doch mit ihm die (allerdings noch in der Schwebe befindliche) Verpflichtung zur Übertragung des Grundstücks einher.

Mit Blick auf die **Gesetzeszwecke** von § 195 Abs. 1 BauGB (Grundlage des Vergleichswertverfahrens, Transparenz des Grundstücksmarkts, objektiv begründete Wertermittlung, vgl. BeckOK-BauGB/Federwisch, Std.: 1.11.2018, § 195 Rn. 1 f.) könnte man *prima facie* darauf abstellen, dass es keinen Unterschied macht, ob der Kaufvertrag unbedingt oder bedingt abgeschlossen wird. Denn der Kaufpreis des verbindlichen und (regelmäßig) nicht mehr allein vom Willen einer der Parteien abhängigen Vertrags steht bereits mit seinem Abschluss fest, wenngleich der **Vertrag erst mit Bedingungseintritt** Wirkungen zeitigt (MünchKommBGB/Westermann, 8. Aufl. 2018, § 158 Rn. 40). Allein auf den Kaufpreis und den veräußerten Gegenstand kommt es aber für den Gutachterausschuss an. Insoweit vermögen auch die Ausführungen von *Kleiber* (§ 195 Rn. 10) nicht zu überzeugen: Zwar unterliegen Erwerbsverpflichtungen und Kaufanwärterverträge nicht der Übersendungspflicht. Der Grund hierfür ist aber nicht, dass das dort vorgesehene Entgelt nicht dem tatsächlichen Entgelt entspreche. Der Kaufpreis kann durchaus den Marktpreis widerspiegeln und damit für die Einschätzung der Immobilienpreissituation von Relevanz sein. Vielmehr ist entscheidend, dass sie nicht einen unmittelbar bindenden Verpflichtungsvertrag zur Übertragung eines Grundstücks darstellen, sondern nur **rechtsgeschäftliche Erklärungen im Vorfeld eines solchen unmittelbar bindenden Vertrags** darstellen. Der Bedingungseintritt dürfte mithin für die Wertermittlung des Gutachterausschusses meist irrelevant sein, sofern die Bedingung nicht im Zusammenhang mit dem Preis steht, etwa bei Nachzahlungsvereinbarungen im Fall des Eintrittes bestimmter Bedingungen.

Allerdings lässt sich dagegen einwenden, dass bei einem solchen Normverständnis nicht erst die tatsächlich wirksam gewordenen Kaufverträge, sondern schon die wirksam zustande gekommenen Verträge eine Übersendungspflicht auslösen; darin könnte man eine Verfälschung der Wertermittlungsgrundlagen des Gutachterausschusses sehen, weil bei **Nichteintritt der Bedingung** der abgeschlossene Vertrag **nie Rechtswirkungen** entfaltet hat. Eine Sicherheit, dass durch die Kaufpreissammlung ein sicheres Abbild der **tatsächlich erzielten Preise am Markt** geliefert wird, bestünde dann aber nicht mehr. Insoweit ist der aufschiebend bedingte Vertrag mit einem bloßen Angebot vergleichbar, aus dem auch noch keine Rechtswirkungen folgen und

das von der Literatur nicht als übersendungspflichtig angesehen wird. Insofern liegt ein restriktives Auslegungsverständnis des § 195 Abs. 1 BauGB durchaus nahe, weil die Daten der Urkundsbeteiligten und die Tatsache des Vertragsschlusses nur offengelegt werden sollen, wenn gesetzliche Vorschriften eine solche **Transparenz zwingend gebieten**. Dies ist bei einem aufschiebend bedingten Vertrag, dessen Wirksamkeit mit Zustandekommen nicht feststeht, in Ansehung des Ziels von § 195 BauGB (Verschaffung eines Überblicks über die tatsächlich am Markt erzielten Immobilienpreise) **nicht zwingend geboten**.

Ein Nachteil ergibt sich für den Gutachterausschuss durch die Übersendung erst mit Bedingungseintritt auch nicht, weil die Kaufpreissammlung mit dem tatsächlich wirksam gewordenen Vertrag komplettiert wird und dem Gutachterausschuss ein Überblick über die erzielten Preise im Rahmen von wirksamen Rechtsgeschäften ermöglicht wird.

### 3. Ergebnis

Vor diesem Hintergrund lässt sich gut begründen, dass die Übersendung aufschiebend bedingter Verträge nicht schon mit Abschluss des Vertrages, sondern erst mit Bedingungseintritt zu erfolgen hat. Ein noch nicht wirksamer Kaufvertrag ist unseres Erachtens dem Gutachterausschuss noch nicht mitzuteilen.

## Gutachten im Abrufdienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

<http://www.dnoti.de>

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

### HGB § 25

**Haftung bei Fortführung der Firma und Übernahme eines Handelsgeschäfts; Erwerb einer Apotheke; Filialapotheke; Haftungsausschluss; Eintragung im Handelsregister**

Abruf-Nr.:

### BGB §§ 1036, 1050

**Nießbrauch; Regelung, wonach der Berechtigte bei Ausübung des Nießbrauchs nur diejenige Sorgfalt schuldet, die er in eigenen Angelegenheiten walten lässt**

Abruf-Nr.:

# Rechtsprechung

BGB § 311b Abs. 1 S. 1

**Beurkundungsbedürftigkeit eines Vertrages über Bauleistungen; rechtliche Einheit bei Verkauf eines Miteigentumsanteils an dem zu bebauenden Grundstück**

**1. Ein Kaufvertrag über Miteigentum an einem Grundstück bildet eine rechtliche Einheit mit einem Begleitvertrag über Bau- oder Baubetreuungsleistungen, wenn diese Leistungen durch einen mit dem Verkäufer verbundenen Unternehmer auf dem Grundstück erbracht werden sollen. Daher sind beide Verträge gemäß § 311b Abs. 1 S. 1 BGB notariell zu beurkunden.**

**2. Ist der Kaufvertrag notariell beurkundet, der Begleitvertrag hingegen nicht, sind im Zweifel beide Verträge nichtig.**

**3. Auch wenn der Verkäufer bzw. der mit ihm verbundene Unternehmer dieses Vertragsmodell konzipiert hat, kann sich der Verkäufer grundsätzlich auf die Nichtigkeit berufen, wenn der Notar den Kaufvertrag ohne konkreten Hinweis auf das Risiko beurkundet hat.**

**4. Den Rückgewähranspruch des Verkäufers hat der Käufer nur Zug um Zug gegen Rückgewähr derjenigen Leistungen zu erfüllen, die er sowohl auf den Kaufvertrag als auch auf den Begleitvertrag erbracht hat.**

KG, Urt. v. 9.2.2021 – 21 U 126/19

## Problem

Die Beklagte schloss im Jahr 2014 einen privatschriftlichen Vertrag mit der T-GmbH, in dem sich Letztere zur Planung und Bauüberwachung bezogen auf die Errichtung einer Wohnung (im Folgenden kurz: Bauleistung) verpflichtete. Anschließend verkaufte der Kläger der Beklagten einen Miteigentumsanteil an dem entsprechenden Grundstück durch notariell beurkundeten Vertrag. Eine Vormerkung wurde im Grundbuch eingetragen. Gesellschafter der T-GmbH sind (wohl) der Kläger und dessen Vater (die genaue Verflechtung ist dem Tatbestand nicht zu entnehmen).

Nachdem Streit über die wechselseitigen Verpflichtungen entstanden war, erklärte der Kläger den Rücktritt vom Grundstückskaufvertrag. Er nimmt den Beklagten auf Löschung der Vormerkung in Anspruch. Dabei beruft sich der Kläger unter anderem auf die Formnichtigkeit des Grundstückskaufvertrags. Der Be-

klagte macht widerklagend Schadensersatzansprüche geltend.

## Entscheidung

Das Kammergericht bejaht einen Anspruch auf Löschung der Vormerkung (sowohl gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB als auch gem. § 894 BGB), da der Vertrag gemäß § 125 S. 1 BGB nichtig sei. Der Kaufvertrag über den Miteigentumsanteil unterliege ohne Weiteres der Beurkundungspflicht gemäß § 311b Abs. 1 S. 1 BGB. **Die notarielle Beurkundung müsse hierbei sämtliche Vereinbarungen umfassen, aus denen sich der Vertrag nach dem Willen der Parteien zusammensetze.** Dies sei vorliegend nicht der Fall, da nach dem Willen der Parteien der Kaufvertrag eine rechtliche Einheit mit dem Baubetreuungsvertrag zwischen der Beklagten und der T-GmbH bilde. Die Nichtigkeit umfasse gemäß § 139 BGB den gesamten Kaufvertrag, auch soweit er beurkundet sei.

Ein Vertrag über Bauleistungen bilde dann eine rechtliche Einheit mit dem Vertrag über den Erwerb eines Grundstücks, wenn die Vertragsparteien den Willen hätten, beide Verträge in der Weise miteinander zu verknüpfen, dass das Grundstücksgeschäft von dem Bauvertrag abhängige und mit diesem „stehen und fallen“ solle. Hierbei komme es allein auf den **Verknüpfungswillen der Parteien des Kaufvertrags** an. Ein solcher liege insbesondere dann vor, wenn der Kaufvertrag nach den Vorstellungen der Parteien geschlossen werde, um die Ausführung der Bauleistung zu ermöglichen. Eine Identität der Parteien der beiden Verträge ist gerade nicht erforderlich. Ebenso spiele es keine Rolle, in welcher Reihenfolge die Verträge geschlossen würden.

Für einen Verknüpfungswillen führt das Gericht insbesondere an, dass der Beklagte vorliegend lediglich einen Miteigentumsanteil erworben habe. Mit einem Miteigentumsanteil an einem Grundstück, das bereits auf Betreiben der übrigen Eigentümer und des Verkäufers bebaut werde, lasse sich isoliert kaum etwas anfangen. Der Beklagte habe das Miteigentum nur deshalb erwerben wollen, weil er die in Aussicht genommene Bebauung zusammen mit den übrigen Miteigentümern habe erreichen wollen.

Die Berufung auf die Formnichtigkeit scheitere auch nicht an dem Einwand der Treuwidrigkeit, § 242 BGB. Es fehle an Anhaltspunkten, dass der Kläger den Formmangel arglistig herbeigeführt habe. Aus dem gleichen Grund wies das Gericht auch den im Wege der Widerklage geltend gemachten Schadensersatzanspruch gemäß §§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB ab. Auch der Kläger könne sich grundsätzlich auf die Wirksamkeit eines beurkundeten Vertrages verlassen.

### **Praxishinweis**

Die Entscheidung enthält zudem Anhaltspunkte, dass das Gericht hohe Anforderungen an die notarielle Belehrung bezüglich der Beurkundungspflicht eines verbundenen Werkvertrags stellt. Die Belehrung durch den Notar, dass der Werkvertrag zu beurkunden sei, wenn eine Verknüpfungsabsicht der Parteien bestehe, genügt dem Gericht offensichtlich nicht. Der Notar habe vielmehr auch darüber zu belehren, dass bei der Nichtbeurkundung des Werkvertrags auch der beurkundete Grundstückskaufvertrag nichtig sein könne (Rn. 63 der Entscheidung). Es wird also auch eine Belehrung über die Rechtsfolgen gefordert.

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter **[www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)**

**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](mailto:dnoti@dnoti.de)      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

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

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notar a. D. Dr. Julius Forschner

**Redaktion:** Notarassessor Dr. Wendelin Mayer

**Bezugsbedingungen:**

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

**Bezugspreis:**

Jährlich 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.

**Verlag:**

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

**Druck:**

Druckerei Franz Scheiner  
Mainleite 5, 97340 Marktbreit