

NOTARASSESSOR DR. JÖRN PFENNIG, LL.M.

Die Baubeschreibung in der notariellen Praxis – unter besonderer Berücksichtigung des neuen Bauvertragsrechts –

Inhaltsübersicht

A. Einleitung

B. Einführung in die neuen gesetzlichen Regelungen

C. Eröffnung des Anwendungsbereichs / Schnittpunkte mit der notariellen Praxis

- I. Sachlicher und personeller Anwendungsbereich
 1. Bauvertrag
 2. Verbraucherbauvertrag
 3. Auslegung des sachlichen Anwendungsbereichs
 4. Bauträgervertrag
 5. Anwendbarkeit auf „Nachzüglerfälle“
- II. Zeitlicher Anwendungsbereich
 1. Anwendbarkeit bei Änderungsvereinbarungen
 2. Praxishinweis

D. Die Vorgaben zur Baubeschreibung nach neuem Recht

- I. Form der Baubeschreibung bei vorvertraglicher Übermittlung
 1. Textform der Baubeschreibung
 - a) Erkennbarer Abschluss
 - b) Der Umgang mit Anlagen zur Baubeschreibung
 - c) Rechtsfolgen bei Verstoß gegen das Textformerfordernis
 2. Textform des Bauvertrages
- II. Frist zur Übermittlung der Baubeschreibung
- III. Erfüllung der Übermittlungspflicht
 1. Übermittlung durch den Unternehmer
 2. Auswirkungen des neuen Bauvertragsrechts auf die Prüfpflichten des Notars
- IV. Inhalt der Baubeschreibung
 1. Generalklausel des Art. 249 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB
 - a) Auffangtatbestand
 - b) Ausnahmetatbestand
 2. Gebot der Klarheit der Baubeschreibung
 3. Transparenzgebot
 - a) Anwendbarkeit des Transparenzgebotes
 - b) Vorgaben des Transparenzgebotes
 - c) Einschränkung des Transparenzgebotes
 - d) Hinweispflicht bei Abweichungen
 - e) Verständlichkeit der Vereinbarung von Abweichungen
 4. Katalog gesetzlich vorgegebener Mindestinhalte der Baubeschreibung
 - a) Allgemeines

aa) Möglichkeit der funktionalen Leistungsbeschreibung

bb) Gliederung der Baubeschreibung

cc) Mindestinhalte die „gegebenenfalls“ mitzuteilen sind

dd) Weitere Anhaltspunkte und Hilfestellungen

b) Mindestinhalte gem. Art. 249 § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB

aa) (Nr. 1) allgemeine Beschreibung des herzustellenden Gebäudes oder der vorzunehmenden Umbauten, ggf. Haustyp und Bauweise

bb) (Nr. 2) Art und Umfang der angebotenen Leistungen, ggf. der Planung und der Bauleitung, der Arbeiten am Grundstück und der Baustelleneinrichtung sowie der Ausbaustufe

cc) (Nr. 3) Gebäudedaten, Pläne mit Raum- und Flächenangaben sowie Ansichten, Grundrisse und Schnitte

dd) (Nr. 4) Ggf. Angaben zum Energie-, zum Brandschutz- und zum Schallschutzstandard sowie zur Bauphysik

ee) (Nr. 5) Angaben zur Beschreibung der Baukonstruktionen aller wesentlichen Gewerke

ff) (Nr. 6) gegebenenfalls Beschreibung des Innenausbaus

gg) (Nr. 7) gegebenenfalls Beschreibung der gebäudetechnischen Anlagen

hh) (Nr. 8) Angaben zu Qualitätsmerkmalen, denen das Gebäude oder der Umbau genügen muss

ii) (Nr. 9) gegebenenfalls Beschreibung der Sanitär-objekte, der Armaturen, der Elektroanlage, der Installationen, der Informationstechnologie und der Außenanlagen

5. Verbindlicher Fertigstellungszeitpunkt

a) Begriff der Fertigstellung

b) Fertigstellungsdauer

c) Angabe in Baubeschreibung und / oder Bauvertrag

d) Rechtsfolge bei fehlender Angabe

V. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die vorvertraglichen Informationspflichten

VI. Auslegung von Baubeschreibungen

1. Auslegungsregel in § 650 k Abs. 2 BGB

2. Rechtsfolgen lückenhafter Baubeschreibungen

E. Schlussbetrachtung / Ausblick

A. Einleitung

Eine Baubeschreibung war in der Regel schon vor Inkrafttreten des neuen Bauvertragsrechts¹ Bestandteil eines jeden Bauvertrages bzw. Bauträgervertrages. Bestehende Baubeschreibungen stehen jedoch seit Anfang des Jahres auf dem Prüfstand. Diese müssen den gesetzlichen Vorgaben

des neuen Bauvertragsrechts genügen. Zur Umsetzung der neuen Pflichten wird oftmals Rechtsrat benötigt und der beurkundende Notar zu Rate gezogen. Daher bedarf es der Einarbeitung in die neuen gesetzlichen Regelungen. Hierauf soll das Hauptaugenmerk dieses Beitrags liegen.

B. Einführung in die neuen gesetzlichen Regelungen

Das neue Bauvertragsrecht ist am 1.1.2018 in Kraft getreten. Gem. § 650 j BGB in Verbindung mit Art. 249 §§ 1

¹ Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren v. 28.4.2017, BGBl. 2017, S. 969.

und 2 EGBGB wurde erstmals die gesetzliche Pflicht des Auftragnehmers normiert, dem Auftraggeber vor Abschluss eines Verbraucherbauvertrages eine Baubeschreibung mit gesetzlichem Mindestinhalt zur Verfügung zu stellen. Die Vorschrift findet auch bei Bauträgerverträgen Anwendung, § 650 u Abs. 1 S. 2 BGB. Der Mindestinhalt der zu erstellenden Baubeschreibung wird in Art. 249 § 2 EGBGB vorgegeben.

Vorgaben zum Inhalt des Verbraucherbauvertrages finden sich in § 650 k Abs. 1 bis 3 BGB. Gem. § 650 k Abs. 1 BGB, der allerdings keine Anwendung auf den Bauträgervertrag findet,² werden die Angaben der vorvertraglich zur Verfügung gestellten Baubeschreibung Vertragsinhalt, sofern die Vertragsparteien nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbaren.

Soweit die Baubeschreibung bei einem Verbraucherbauvertrag unvollständig oder unklar ist, ist der Vertrag gem. § 650 k Abs. 2 S. 1 BGB unter Berücksichtigung sämtlicher vertragsbegleitender Umstände, insbesondere des Komfort- und Qualitätsstandards nach der übrigen Leistungsbeschreibung, auszulegen. Zweifel bei der Auslegung des Vertrags bezüglich der vom Unternehmer geschuldeten Leistung gehen zu dessen Lasten, § 650 k Abs. 2 S. 2 BGB. § 650 k Abs. 3 S. 1 BGB begründet die Pflicht zur Angabe eines Fertigstellungszeitpunkts bzw. einer Fertigstellungsdauer im Bauvertrag. Enthält der Bauvertrag keine entsprechenden Angaben, werden die vorvertraglich in der Baubeschreibung übermittelten Angaben Inhalt des Vertrags, § 650 k Abs. 3 S. 2 BGB. Die Vorgaben aus § 650 k Abs. 2 und 3 BGB gelten auch für den Bauträgervertrag.³

Anlass für das neue Bauvertragsrecht war die Auffassung des Gesetzgebers, dass das bisherige Werkvertragsrecht der Baubranche, als einer der größten und wichtigsten Wirtschaftszweige in Deutschland, bisher nicht gerecht wird. Insbesondere beim Verbraucherschutz wurde erheblicher Nachbesserungsbedarf gesehen. So wende der Verbraucher im Rahmen eines Bauvertrages nicht anders als beim Kauf einer Immobilie zumeist einen wesentlichen Teil seines gesamten Vermögens auf.⁴

C. Eröffnung des Anwendungsbereichs / Schnittpunkte mit der notariellen Praxis

I. Sachlicher und personeller Anwendungsbereich

Das neue Bauvertragsrecht und die vorvertragliche Pflicht zur Übermittlung einer Baubeschreibung spielen in der notariellen Praxis in der Regel allein bei der Beurkundung von Bauträgerverträgen eine Rolle. Die isolierte Beurkundung von Bauverträgen stellt aufgrund des fehlenden Formerfordernisses eine Ausnahme dar. Daran

wird auch das neue Bauvertragsrecht nichts ändern. Gem. § 650 l BGB entfällt zwar für den Verbraucherbauvertrag mit Einführung des neuen Bauvertragsrechts das gesetzliche Widerrufsrecht, sofern der Vertrag notariell beurkundet wurde. Es ist jedoch zu bezweifeln, dass diese Vorschrift zu einem Anstieg des Beurkundungsaufkommens führen wird. In Betracht kommt die Beurkundung von Bauverträgen und Verbraucherbauverträgen indes, wenn der Werkvertrag mit einem anderen beurkundungspflichtigen Vertrag, wie zB einem Kaufvertrag, eine rechtliche Einheit bildet.⁵

Wird ein Werkvertrag beurkundet, ist die Pflicht zur vorvertraglichen Übermittlung einer Baubeschreibung mit gesetzlichem Mindestinhalt zu berücksichtigen, wenn es sich bei dem zu beurkundenden Vertrag um einen Verbraucherbauvertrag handelt. Gleiches gilt bei Beurkundung eines Bauträgervertrages. Gem. § 650 u Abs. 1 S. 2 BGB in Verbindung mit § 650 j BGB findet die Pflicht zur vorvertraglichen Übergabe der Baubeschreibung mit gesetzlich definiertem Mindestinhalt auch auf den Bauträgervertrag Anwendung, sofern es sich um einen „Verbraucherbauvertrag“ handelt.

Bei einem reinen „Bauvertrag“ iSd § 650 a BGB finden die erweiterten Pflichten hinsichtlich der Baubeschreibung hingegen keine Anwendung. Daher ist zwischen Bauvertrag und Verbraucherbauvertrag zu unterscheiden. Bei der Differenzierung zwischen diesen neu geschaffenen Vertragstypen ist insbesondere hervorzuheben, dass ein Bauvertrag gem. § 650 a BGB nicht allein dadurch zum Verbraucherbauvertrag wird, dass der Auftragnehmer ein Unternehmer und der Auftraggeber ein Verbraucher ist. Diese subjektiven Tatbestandsmerkmale genügen für die Unterscheidung nicht. Bauvertrag und Verbraucherbauvertrag unterscheiden sich nicht nur in ihrem persönlichen, sondern auch maßgeblich in ihrem sachlichen Anwendungsbereich. Dies wird aus den verwendeten Begrifflichkeiten nicht hinreichend deutlich. So erfasst bspw. die Definition des Bauvertrages auch die bloße Herstellung von Außenanlagen oder auch den Abriss von Bestandsgebäuden. Der Anwendungsbereich des Verbraucherbauvertrages ist in diesen Fällen hingegen nicht eröffnet.⁶

Im Einzelnen:

1. Bauvertrag

Gem. § 650 a Abs. 1 S. 1 BGB ist ein Bauvertrag ein Vertrag über die Herstellung, die Wiederherstellung, die Beseitigung oder den Umbau eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon. Ein Vertrag über die Instandhaltung eines Bauwerks ist ein Bauvertrag, wenn das Werk für die Konstruktion, den Bestand oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch von wesentlicher Bedeutung ist, § 650 a Abs. 2 BGB. Erfasst sind also auch die Beseitigung eines Bauwerks, der Umbau sowie Außenanlagen und Instandhaltungsmaßnahmen.

2 Zu einer Anwendung wurde kein Anlass gesehen, da aufgrund von § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB ohnehin der gesamte Vertragsinhalt – samt Baubeschreibung – notariell zu beurkunden ist und damit unmittelbar zum Vertragsinhalt wird, vgl. Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung v. 18.5.2016, BT-Drs. 18/8486 S. 72.

3 Vgl. § 650 u Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 BGB.

4 BT-Drs. 18/8486, S. 1.

5 Hierzu eingehend: *Drescher/Pischler* NZBau 2015, 752, verweisend auf: BGH MittBayNot 2011, 218, wonach ein Bauvertrag selbst dann beurkundungsbedürftig sein kann, wenn er vor einem Grundstückskaufvertrag geschlossen wird und die Parteien des Bauvertrags nicht mit den Parteien des bevorstehenden Grundstückskaufvertrags identisch sind. In diesem Fall ist ein Bauvertrag beurkundungsbedürftig, wenn die Parteien des Bauvertrags übereinstimmend davon ausgehen, dass der Grundstückserwerb nach dem Willen der Parteien des Kaufvertrags von dem Bauvertrag abhängt.

6 So auch *Motzke* NZBau 2017, 515.

2. Verbraucherbaupvertrag

Die Definition des Verbraucherbaupvertrages ist hingegen deutlich enger gefasst. Gem. § 650 i Abs. 1 BGB sind Verbraucherbaupverträge Verträge, durch die der Unternehmer von einem Verbraucher zum Bau eines neuen Gebäudes oder zu erheblichen Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude verpflichtet wird. Es geht um den Neubau oder einen mit dem Neubau vergleichbaren Werkerfolg. Der Verbraucherbaupvertrag wird daher in der Literatur – vielleicht treffender – auch als „Verbrauchergebäudeerrichtungsvertrag“ bezeichnet.⁷

Beim Bau eines neuen Gebäudes ist der sachliche Anwendungsbereich also stets eröffnet. Warum der Verbraucherbaupvertrag gegenüber dem Baupvertrag einen eigenen sachlichen Anwendungsbereich erhalten hat, wird aus der Gesetzgebungshistorie deutlich. Für Verträge über den Bau von neuen Gebäuden oder erhebliche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden fanden vor Inkrafttreten des neuen Baupvertragsrechts die verbraucherschützenden Vorschriften der §§ 312 ff. BGB gem. § 312 Abs. 2 Nr. 3 BGB gerade keine Anwendung.⁸ Verbraucherbaupverträge sind in der zugrundeliegenden EU-Verbraucherrechterichtlinie explizit ausgeklammert, mit der Begründung, dass diese bereits „Gegenstand einer Reihe spezifischer einzelstaatlicher Rechtsvorschriften“ seien.⁹ Bis zum Inkrafttreten des neuen Baupvertragsrechts bestanden solche spezifischen Rechtsvorschriften für den Verbraucherbaupvertrag im deutschen Recht allerdings nicht. Es bestand daher für Verbraucherbaupverträge eine Regelungslücke. Gerade Verträge, die den Bau von neuen Gebäuden oder erheblichen Umbaumaßnahmen betrafen, waren von den verbraucherschützenden Vorschriften der §§ 312 ff. BGB ausgenommen, während „kleinere“ Vorhaben unter den Anwendungsbereich fielen, so dass der Bauunternehmer zumindest die damit einhergehenden Informationspflichten zu erfüllen hatte. Diese Regelungslücke wollte der Gesetzgeber mit der Einführung des Verbraucherbaupvertragsrechts schließen. Es lag daher nahe, für den Verbraucherbaupvertrag an § 312 Abs. 2 Nr. 3 BGB aF anzuschließen, was auch in der Gesetzesbegründung der Regierung dargelegt wird.¹⁰

Rechtssicherheit wurde durch den Rückgriff auf die bestehende Definition jedoch nicht geschaffen. Denn während § 312 Abs. 2 Nr. 3 BGB den Anwendungsbereich der §§ 312 ff. BGB für den Verbraucher verkürzt, eröffnet der neu eingeführte § 650 i Abs. 1 BGB diesen. Die bisher vorherrschende enge Auslegung der Definition diente also der Erweiterung des Anwendungsbereichs verbraucherschützender Normen. Nunmehr würde eine restriktive Auslegung den Anwendungsbereich des Verbraucherbaupvertragsrechts verkürzen. Ob die Definition des Verbraucher-

baupvertrages weiterhin eng ausgelegt wird, erscheint daher äußerst zweifelhaft.¹¹

So sollten nach bisheriger Auffassung allein Verträge aus dem Anwendungsbereich der verbraucherschützenden Vorschriften ausgeklammert werden, deren Werkerfolg eine wesentliche Umgestaltung des Grundstücks bewirkt.¹² Der Begriff der erheblichen Umbaumaßnahmen sollte nur solche Maßnahmen erfassen, die dem Bau eines neuen Gebäudes vergleichbar sind, bspw. eine Baumaßnahme, bei der allein die Fassade des alten Gebäudes erhalten bleibt.¹³ Bei einem Bauwerk mit untergeordneter Funktion, beispielsweise einem Gartenschuppen und einem Carport, sollte hingegen kein Verbraucherbaupvertrag vorliegen.¹⁴

3. Auslegung des sachlichen Anwendungsbereichs

Für die Praxis wird die Frage entscheidend sein, ob der sachliche Anwendungsbereich des Verbraucherbaupvertragsrechts durch die Rechtsprechung nunmehr eine extensivere Auslegung erfahren wird. Konkret ist zu fragen, ob der Anwendungsbereich fortan auch bei der Beauftragung von Einzelgewerken und Teilleistungen eröffnet sein wird, oder ob sämtliche Leistungen bei Herstellung eines neuen Gebäudes bzw. bei entsprechenden Umbaumaßnahmen „aus einer Hand“ kommen müssen.¹⁵ Für die notarielle Praxis ist insbesondere relevant, ob das Verbraucherbaupvertragsrecht Anwendung finden kann, sofern in einem Kaufvertrag die Erbringung einzelner Bauleistungen vereinbart wird.

Erste Stimmen in der Literatur sprechen sich für eine weite Auslegung des § 650 i Abs. 1 BGB aus. Der Anwendungsbereich des Verbraucherbaupvertragsrechts sei auch eröffnet, wenn sich der Vertrag nur auf einen Teil des Bauwerks, zum Beispiel auf den Dachstuhl, den Putz oder den Estrich beschränke.¹⁶ Begründet wird diese Annahme mit dem Rechtsschutzinteresse des Verbrauchers.

Die Argumentation gewinnt an Gewicht, wenn man bei einem klassischen Bauvorhaben die Einzelvergabe mit der Vergabe der Bauleistungen an einen Generalunternehmer vergleicht. Wird beim Bau eines Einfamilienhauses der Architekt mit der Genehmigungsplanung beauftragt und anschließend der schlüsselfertige Hausbau nebst Ausführungsplanung an einen Generalunternehmer vergeben, findet Verbraucherbaupvertragsrecht Anwendung. Entscheidet sich der Verbraucher jedoch für eine Einzelvergabe der Gewerke, voraussichtlich unter weiterer Begleitung durch den Architekten, gelangt das Verbraucherbaupvertragsrecht nach dem Wortlaut des § 650 i Abs. 1 BGB nicht zur

7 Zander BWNotZ 2017, 115 (120); Glöckner VuR 2016, 123 (126), der treffend darauf hinweist, dass im Kaufrecht auch nicht von einem Verbraucherkaufovertrag sondern von einem Verbrauchsgüterkaufvertrag die Rede sei.

8 Nunmehr wurde die Definition des Verbraucherbaupvertrages in § 312 Abs. 2 Nr. 3 gestrichen und ein Verweis auf die Definition des Verbraucherbaupvertrages in § 650 i Abs. 1 BGB aufgenommen.

9 Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.10.2011.

10 BT-Drs. 18/8486, S. 61; der Gesetzgeber spricht von einem „nicht akzeptablen Ungleichgewicht“.

11 Vgl. LG Stuttgart BauR 2017, 570, wonach der Begriff der erheblichen Umbaumaßnahmen „im Sinne des größtmöglichen Verbraucherschutzes grundsätzlich eng auszulegen“ sei, „so dass hierunter nur solche Umbaumaßnahmen fallen, die vergleichbar sind mit dem Bau eines neuen Gebäudes.“ Im Sinne des größtmöglichen Verbraucherschutzes wäre fortan eine gegenteilige Auslegung angebracht.

12 BT-Drs. 18/8486, S. 61.

13 Erwägungsgrund (26) zur EU-Verbraucherrechterichtlinie (Fn. 9); BT-Drs. 18/8486, S. 61.

14 BT-Drs. 18/8486, S. 61; in MüKoBGB/Wendehorst, 7. Aufl. 2016, § 312 BGB aF, Rn. 38; Orłowski ZfBR 2016, 419 (430).

15 Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz, Das neue Baupvertragsrecht, 2017, § 5 Rn. 28, 34 u. 37.

16 Motzke NZBau 2017, 515 (518 f.): „Ansonsten wären Verbraucherbaupverträge lediglich Verträge, nach deren Inhalt ein Gebäude schlüsselfertig zu erstellen ist. Das macht vom Schutzzweckgedanken her gesehen jedoch keinen Sinn.“

Anwendung. Dieses Ergebnis wird in der Literatur als unangemessen erachtet, da faktisch Werkerfolg und Risiko für den Verbraucher in beiden Situationen vergleichbar sind.¹⁷ Auch die Rechtsprechung könnte daher dazu neigen, iSd Verbraucherschutzes zu einer extensiveren Auslegung der Definition des Verbraucherbauvertrages zu tendieren.

Stretz wendet hiergegen ein, dass einer weiten Auslegung durch das Gebot der Vollharmonisierung Grenzen gezogen sein könnten.¹⁸ Gem. Art. 4 der EU-Verbraucherrecht-Richtlinie sollen die Mitgliedstaaten weder von den Bestimmungen der Richtlinie abweichende innerstaatliche Rechtsvorschriften aufrechterhalten, noch solche Rechte einführen. Dies gilt sowohl für strengere, als auch weniger strenge Rechtsvorschriften zur Gewährleistung eines anderen Verbraucherschutzniveaus. Aus dem Anwendungsbereich der in Umsetzung der Richtlinie eingeführten Vorschriften (vgl. §§ 312 ff. BGB) wurden Verbraucherbauverträge nach § 650 i Abs. 1 BGB ausgenommen. Dies entspricht den Vorgaben der Richtlinie. Eine weite Auslegung der Definition des Verbraucherbauvertrages würde daher zu einer Einengung des europarechtlichen Schutzniveaus führen.

Neben diesen europarechtlichen Bedenken ist fraglich, ob der deutsche Gesetzgeber die Vergabe von Einzelgewerken in den sachlichen Anwendungsbereich des Verbraucherbauvertragsrechts einbeziehen wollte. Ziel war es vornehmlich, die mit der Ausnahmevorschrift des § 312 Abs. 2 Nr. 3 BGB aF bestehende Regelungslücke im Verbraucherrecht zu schließen,¹⁹ was durch den nunmehrigen Verweis auf die Definition des Verbraucherbauvertrages in § 312 Abs. 2 Nr. 3 BGB nF unterstrichen wird. Gegen eine weite Auslegung des sachlichen Anwendungsbereichs spricht zudem, dass der Gesetzgeber Werkverträge, die „Teile“ eines Bauwerks betreffen, in § 650 a Abs. 1 S. 1 BGB, also in der Definition des Bauvertrages, explizit erwähnt. Hätte der Gesetzgeber die Vergabe einzelner Gewerke auch in den Anwendungsbereich des Verbraucherbauvertragsrechts einbeziehen wollen, wäre eine entsprechende Formulierung voraussichtlich auch in die Definition des Verbraucherbauvertrages eingeflossen. Auch heißt es in der Gesetzesbegründung, das Kapitel „Verbraucherschutzverträge“ werde eingefügt, um dem besonderen Schutzbedürfnis der Verbraucher beim Abschluss „größerer“ Bauverträge Rechnung zu tragen. Es ist davon auszugehen, dass es Intention des Gesetzgebers war, durch die Einfügung der verbraucherschützenden Vorschriften „einen Wertungsgleichlauf mit der Pflicht zur notariellen Beurkundung von Bauträgerverträgen herzustellen und andererseits die Praxis nicht übermäßig zu belasten.“²⁰ Es ist daher an einer restriktiven Auslegung des sachlichen Anwendungsbereichs festzuhalten. Einzelne Gewerke – wie die Fassadenarbeiten oder die Elektroinstallation – fallen nicht unter die Definition des Verbraucherbauvertrages. Werden einzelne Gewerke vergeben, ist davon auszugehen, dass kein Verbraucherbauvertrag vorliegt. Erst wenn ein Bündel beauftragter Gewerke mit der Vergabe eines Neubaus vergleichbar ist, findet das Verbraucherbauvertragsrecht Anwendung.

4. Bauträgervertrag

Der Bauträgervertrag ist nunmehr in § 650 u Abs. 1 S. 1 BGB legaldefiniert.²¹ Die Definition des Bauträgervertrages entspricht § 632 a Abs. 2 BGB aF. Ein Bauträgervertrag ist (und bleibt) ein Vertrag, der die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand hat und der zugleich die Verpflichtung des Unternehmers enthält, dem Besteller das Eigentum an dem Grundstück zu übertragen oder ein Erbbaurecht zu bestellen oder zu übertragen. Der Bauträgervertrag wird – sofern auch der personelle Anwendungsbereich eröffnet ist – nach dieser Definition in aller Regel auch Verbraucherbauvertrag sein.

5. Anwendbarkeit auf „Nachzüglerfälle“

Dies gilt auch, wenn der Verbraucher das Vertragsobjekt nach Fertigstellung des Gemeinschaftseigentums und dessen Abnahme erwirbt, also als sog. Nachzügler.²² Auch in diesem Fall findet das Verbraucherbauvertragsrecht Anwendung.²³ Bereits zum alten Recht entschied der BGH, dass sich in einem solchen Nachzüglerfall Ansprüche der Erwerber wegen Mängeln grundsätzlich nach Werkvertragsrecht richten.²⁴ Aus dem Inhalt entsprechender Verträge, aus ihrem Zweck und ihrer wirtschaftlichen Bedeutung sowie aus der Interessenlage ergebe sich die Verpflichtung des Veräußerers zu einer mangelfreien Errichtung des Bauwerks.²⁵ Eine Änderung der Rechtslage mit Einführung des neuen Bauvertragsrechts könnte allenfalls unter Berücksichtigung des Wortlauts der Legaldefinitionen vertreten werden, wonach ein Bauträgervertrag stets die „Errichtung“ oder den „Umbau“ eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks bzw. der Verbraucherbauvertrag den „Bau eines neuen Gebäudes“ oder „erhebliche Umbaumaßnahmen“ zum Gegenstand hat.²⁶ Denn Errichtung und Umbau sind in den Nachzüglerfällen schon abgeschlossen. Es besteht jedoch auch unter Berücksichtigung dieses Aspekts kein Grund, die bisherige BGH-Rechtsprechung in Frage zu stellen. Die Definition des Bauträgervertrages ist, wie bereits aufgezeigt, nicht neu, sondern entspricht § 632 a Abs. 2 BGB aF. Auch § 632 a Abs. 2 BGB aF wurde bereits als Legaldefinition des Bauträgervertrages angesehen.²⁷ Da sich zudem die Interessenlage des Erwerbers nicht verändert hat, ist für Nachzüglerfälle nicht von einer Rechtsänderung auszugehen.²⁸

II. Zeitlicher Anwendungsbereich

Die neuen gesetzlichen Anforderungen aus dem Bauvertragsrecht finden keine Anwendung auf Schuldverhältnis-

17 Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz, BauvertragsR, 2017, § 5 Rn. 37.

18 Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz, BauvertragsR, 2017, § 5 Rn. 38.

19 BT-Drs. 18/8486, S. 61.

20 Glöckler VuR 2016, 123 (126).

21 BeckOK BauvertrR/Karczewski, 1. Ed., Stand 31.12.2017, § 650 u BGB, Rn. 5, mwN; BT-Drs. 18/8486.

22 Basty, Der Bauträgervertrag, 9. Aufl. 2018, Rn. 61 mwN.

23 So auch Basty MittBayNot 2017, 445 (447).

24 BGH NJW 2016, 2878, verweisend auf: BGH BauR 1981, 571; BGH BauR 2003, 535; BGH BauR 1987, 686; BGH DNotZ 1987, 684; BGH NJW 1985, 1551; die Anwendbarkeit von Werkvertragsrecht könne noch zu bejahen sein, wenn die Erwerbsverträge zwei Jahre nach Errichtung des Bauwerks geschlossen wurden.

25 BGH NJW 2016, 2878.

26 So auch Pause/Vogel NZBau 2015, 667 (671), die jedoch eine eindeutige Klärung im Gesetzgebungsverfahren vorschlugen, um die Gefahr einer anderweitigen Auslegung zu vermeiden.

27 BeckOK BauvertrR/Karczewski, 1. Ed., Stand 31.12.2017, § 650 u BGB Rn. 5, mwN.

28 So auch Basty MittBayNot 2017, 445 (447); Herrler/Hertel/Kessler, DAI-Skript Immobilienrecht 2017/2018, S. 116.

se, die vor dem 1.1.2018 entstanden sind, Art. 229 § 39 EGBGB. Wurde allein die Baubeschreibung vor dem 1.1.2018 beurkundet, der Bauvertrag jedoch nach dem relevanten Stichtag,²⁹ findet daher ebenfalls das neue Bauvertragsrecht Anwendung.³⁰

1. Anwendbarkeit bei Änderungsvereinbarungen

Zweifelsfälle können in der Praxis dennoch bestehen. Verträge, in denen der entscheidende Stichtag zwischen Angebot und Annahme liegt, dürften in der Praxis zwar keine entscheidende Rolle mehr spielen.³¹ Relevant dürfte jedoch noch die Frage sein, ob Änderungs- und Nachtragsvereinbarungen zur Anwendung des neuen Bauvertragsrechts führen. Diese Frage hängt von Art und Umfang der Änderungsvereinbarung ab und bedarf der Auslegung des jeweiligen Nachtrags. In der Gesetzesbegründung zum Regierungsentwurf heißt es, dass die neuen Vorschriften – gem. dem in Art. 170 EGBGB zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken – bestehende Rechtsverhältnisse unberührt lassen und nur auf nach ihrem Inkrafttreten abgeschlossene Verträge angewandt werden sollen.³² Danach ist neues Recht anzuwenden, wenn die Änderung des Vertrages einem Neuabschluss gleichzusetzen ist.³³ So hat der BGH in vergleichbarer Sachverhaltskonstellation entschieden, dass neues Recht nur zur Anwendung gelangen könne, wenn „die Änderung den Vertrag in seinem sachlichen Kern zu einem neuen Geschäft macht“.³⁴

Konkret ist in Bezug auf das neue Bauvertragsrecht zu unterscheiden, ob die Vertragsänderung in die grundsätzliche Leistungspflicht des Unternehmers eingreift. Darunter fallen nicht Mehr- oder Minderleistungen sowie Kaufpreis und Fristenanpassungen. Ebenso bleibt bei einem Wechsel der Vertragsparteien altes Recht anwendbar.³⁵ Denn entscheidender Zeitpunkt für die Anwendbarkeit des jeweils gültigen Rechts bleibt der Entstehungszeitpunkt des Schuldverhältnisses.³⁶ Neues Recht findet jedoch Anwendung, wenn die Leistungspflicht grundsätzlich geändert wird und mit einem Neuabschluss vergleichbar ist.³⁷ Hat der Auftraggeber bspw. zunächst die Errichtung eines Einfamilienhaus zur Eigennutzung beauftragt und erfolgt eine Vertragsänderung zur Errichtung eines neu geplanten Mehrfamilienhauses als Kapitalanlage, ist von einer Änderung der grundsätzlichen Leistungspflicht auszugehen, so dass mit der Vertragsänderung neues Recht zur Anwendung gelangt.

29 Als Bezugsurkunde gem. § 13 a BeurkG, ggf. zusammen mit der Teilerklärung, vgl. Bastys, Der Bauträgervertrag, 9. Aufl. 2018, Rn. 110.

30 Vgl. DNotI, DNotI-Report 2017, 137 (137).

31 Vgl. hierzu Ritter NJOZ, 2018, 1 ff.

32 BT-Drs. 18/8486, S. 73.

33 BeckOK BauvertrR/Preussner, 1. Ed., Stand 1.2.2018, Art. 229 § 39 EGBGB, Rn. 27.

34 BGH NJW-RR 2007, 668; vgl. BeckOK BauvertrR/Preussner, 1. Ed., Stand 1.2.2018, Art. 229 § 39 EGBGB, Rn. 27.

35 BeckOK BauvertrR/Preussner, 1. Ed., Stand 1.2.2018, Art. 229 § 39 EGBGB, Rn. 47.

36 MüKoBGB/Krüger, 7. Aufl. 2018, Art. 229 § 5 EGBGB, Rn. 3 ff.

37 BeckOK BauvertrR/Preussner, 1. Ed., Stand 1.2.2018, Art. 229 § 39 EGBGB, Rn. 29 f.; Preussner zeigt beispielhaft den Fall auf, dass eine ursprünglich als Holzkonstruktion vorgesehene Ausführung nunmehr in Beton hergestellt werden soll. In diesem Fall finde nach Vertragsänderung neues Recht Anwendung.

2. Praxishinweis

Nach Ritter sollte in entsprechende Änderungsvereinbarungen vorsorglich eine Erklärung aufgenommen werden, dass „alle anderen Vereinbarungen aus dem vor dem 1.1.2018 abgeschlossenen Bauvertrag unberührt bleiben“ und, dass „die Änderungsvereinbarung wesentlicher Bestandteil des vor dem Ablauf des 31.12.2017 abgeschlossenen Bauvertrags sein soll“, um klarzustellen, dass die Parteien ausdrücklich an der zuvor geltenden Gesetzeslage festhalten wollen.³⁸ Eine solche Klausel empfiehlt sich insbesondere im Bauvertragsrecht. Gleicht eine Änderungsvereinbarung allerdings dem Abschluss eines Neuvertrages, insbesondere bei grundsätzlicher Änderung der Hauptleistungspflicht, kann eine solche Klausel die Anwendung neuen Rechts im Verbraucherbauvertragsrecht nicht verhindern, § 650 o BGB.

D. Die Vorgaben zur Baubeschreibung nach neuem Recht

Ein zentraler Punkt des neuen Bauvertragsrechts für die notarielle Praxis ist die Einführung einer Pflicht, dem Verbraucher vor Vertragsabschluss eine Baubeschreibung mit gesetzlichem Mindestinhalt zu übersenden. Es stellt sich die Frage, in welcher Form und Frist die Pflicht zu erfüllen ist und welchen Mindestinhalt die Baubeschreibung aufzuweisen hat. Auch stellt sich die Frage, welche Rechtsfolgen ein Verstoß gegen das Verbraucherschutzrecht zur Folge hat.

I. Form der Baubeschreibung bei vorvertraglicher Übermittlung

1. Textform der Baubeschreibung

Gem. § 650 j BGB iVm Art. 249 § 1 EGBGB bedarf die vorvertraglich übersandte Baubeschreibung der Textform. Es muss demnach eine lesbare Erklärung, in der die Person des Erklärenden genannt ist, auf einem dauerhaften Datenträger abgegeben werden, § 126 b BGB. Ein dauerhafter Datenträger ist jedes Medium, das es dem Empfänger ermöglicht, eine auf dem Datenträger befindliche, an ihn persönlich gerichtete Erklärung so aufzubewahren oder zu speichern, dass sie ihm während eines für ihren Zweck angemessenen Zeitraums zugänglich ist, und geeignet ist, die Erklärung unverändert wiederzugeben. Es besteht die Möglichkeit der elektronischen Erstellung und Übermittlung (Fax, E-Mail).³⁹ Es muss dem Empfänger lediglich möglich sein, die an ihn persönlich gerichtete Information dergestalt zu speichern, dass ihr Inhalt und ihre Zugänglichkeit während angemessener Dauer nicht verändert werden und hierdurch die Möglichkeit ihrer originalgetreuen Wiedergabe gegeben ist.⁴⁰

38 Ritter NJOZ 2018, 1 (3).

39 OLG München, Hinweisbeschl. v. 18.9.2014 – 15 U 3046/14; OLG Schleswig Beschl. v. 25.1.2012 – 2 W 57/11; Beck OGK/Merkle, 1. Ed., Stand 1.2.2018, Art. 249 § 1 EGBGB, Rn. 5.

40 BGH NJW 2014, 2857; BeckOK/Wendlandt, 45. Ed., Stand 1.11.2017, § 126 b BGB, Rn. 8.

a) Erkennbarer Abschluss

Hervorzuheben ist, dass ein Abschluss der Erklärung erkennbar gemacht werden muss. Dies ist bspw. durch Namensunterschrift möglich. Das Ende der Erklärung kann aber auch auf andere Weise kenntlich gemacht werden, wie durch eine schlichte Datierung,⁴¹ solange das Stadium des Entwurfs von der rechtlichen Bindung abgegrenzt werden kann.⁴² Als mögliche Abschlussformeln werden auch genannt: Ein Faksimile, eine eingescannte Unterschrift oder der Zusatz „Diese Erklärung ist nicht unterschrieben“.⁴³

b) Der Umgang mit Anlagen zur Baubeschreibung

Problemstellungen ergeben sich im Zusammenhang mit dem Textformerfordernis bei der Verwendung von Anlagen. Gem. Art. 249 § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 EGBGB sind mit der Baubeschreibung bspw. Pläne mit Raum- und Flächenangaben sowie Ansichten, Grundrisse und Schnitte zu übermitteln. Diese sind in der notariellen Praxis oft in der Teilungserklärung enthalten, ohne dass in der Baubeschreibung eine Verweisung erfolgt. Auch sind oftmals textliche Ergänzungen der Baubeschreibung im Vertragstext zu finden, die eigentlich Teil der Baubeschreibung sind. Zu fragen ist, ob dem Verbraucher zwingend ein einheitliches Dokument im Sinne einer vollständigen Baubeschreibung zu übersenden ist, oder ob dem Verbraucher lediglich sämtliche erforderlichen Informationen rechtzeitig zugehen müssen. Diese Frage stellt sich nicht nur im Hinblick auf das Textformgebot, sondern auch im Hinblick auf das in Art. 249 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB normierte Gebot der Klarheit der Baubeschreibung.⁴⁴

Aus dem Textformgebot ergibt sich dabei keine Pflicht, die erforderlichen Informationen in einem Dokument zusammenzufassen. Einzige Anforderung an die Textform ist, dass eine lesbare Erklärung, in der die Person des Erklärenden genannt ist, auf einem dauerhaften Datenträger abgegeben wird. Erst mit der Schriftform besteht ein solches „Einheitlichkeitsgebot“. So muss für den Vertragsschluss die Unterzeichnung der Parteien auf derselben Urkunde erfolgen, um die Einheitlichkeit der Urkunde zu wahren, wobei bei Bezugnahme auf ein anderes Schriftstück die Schriftform ebenfalls gewahrt bleibt.⁴⁵ Ein solches Erfordernis der Einheitlichkeit stellt die Textform nicht auf. Sinn und Zweck der Textform ist eine ordnungsgemäße Information des Empfängers.⁴⁶ Dieser Zweck erfordert nicht zwingend die Zusammenfassung der erforderlichen Informationen in einem einzigen Dokument.

Grenzen können der Auslagerung von Inhalten der Baubeschreibung auf unterschiedliche Dokumente / Dateien in Ausnahmefällen allein durch das Gebot der Klarheit gesetzt sein (vgl. dazu noch unter D. IV.2.).

c) Rechtsfolgen bei Verstoß gegen das Textformerfordernis

Sollte gegen das Textformgebot verstoßen werden, stellt sich die Frage, welche Rechtsfolge droht. Kann der Unter-

nehmer dennoch eine rechtzeitige, bspw. mündliche Information des Verbrauchers nachweisen, wird der Verbraucher voraussichtlich keinen kausalen Schaden darlegen und gem. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB geltend machen können. In Betracht kommt bei einem Verstoß gegen das Textformgebot allerdings stets ein Unterlassungsanspruch gegen den Unternehmer gem. § 8 Abs. 1 S. 1 UWG in Verbindung mit § 3 a UWG sowie aus § 2 Abs. 1 S. 1 UKlaG.⁴⁷

2. Textform des Bauvertrages

Von dem Textformerfordernis für die Baubeschreibung gem. Art. 249 § 1 EGBGB zu unterscheiden ist das Textformerfordernis für den Verbraucherbauvertrag gem. § 650 i Abs. 2 BGB. Aufgrund des in der Regel bestehenden Beurkundungserfordernisses für den Verbraucherbauvertrag ist dieses Textformerfordernis in der notariellen Praxis grundsätzlich nicht von Relevanz. Relevant werden kann die Formvorschrift hier allenfalls bei Vertragsänderungen, die nicht in der Form der notariellen Beurkundung vorgenommen werden. Auch ein solcher Nachtrag bedarf nunmehr gem. § 650 i Abs. 2 BGB zwingend der Textform, da anderenfalls die Nichtigkeitsfolge des § 125 S. 1 BGB droht.⁴⁸ Dies sollte bei der Beratung zu Vertragsänderungen von Verbraucherbauverträgen und damit auch von Bauträgerverträgen berücksichtigt werden, da sich die Textform fortan nicht allein aus Beweis Zwecken empfiehlt, sondern aus formellen Gründen geboten ist.

II. Frist zur Übermittlung der Baubeschreibung

Eine konkrete Frist, in der die Baubeschreibung vorvertraglich übermittelt werden muss, nennt der Gesetzgeber in Art. 249 § 1 EGBGB nicht. Der Unternehmer ist verpflichtet, dem Verbraucher die Baubeschreibung rechtzeitig vor Abgabe von dessen Vertragserklärung zur Verfügung zu stellen. Durch die Übermittlung der Vertragsunterlagen (nicht nur der textlichen Inhalte) gem. § 17 Abs. 2 a S. 2 Nr. 2 BeurkG vierzehn Tage vor dem Beurkundungstermin wird diese Frist nach derzeitigem Meinungsstand regelmäßig eingehalten sein.⁴⁹ Dem ist zuzustimmen. So beträgt auch die Widerrufsfrist bei einem Verbraucherbauvertrag gem. § 650 i BGB in Verbindung mit § 355 BGB zwei Wochen. Das Widerrufsrecht entfällt bei notarieller Beurkundung, § 650 i S. 1 BGB. In der Gesetzesbegründung zum Regierungsentwurf heißt es dazu, dass es im Hinblick auf die Belehrungspflichten des Notars und die in § 17 Abs. 2 a S. 2 Nr. 2 BeurkG vorgesehene Zeit zur Prüfung des Vertragsentwurfs (im Regelfall zwei Wochen) der mit der Einführung des Widerrufsrechts angestrebten Bedenkzeit nicht bedürfe. Es ist also davon auszugehen, dass die Einhaltung der Regelfrist des § 17 Abs. 2 a S. 2 Nr. 2 BeurkG als ausreichend zu erachten ist.⁵⁰

An den notariellen Pflichten aus § 17 Abs. 2 a S. 2 Nr. 2 BeurkG hat sich durch das neue Bauvertragsrecht nichts

41 Palandt/Ellenberger, 77. Aufl. 2018, § 126 b, Rn. 5.

42 BGH NJOZ 2012, 926; MüKoBGB/Einsele, 7. Aufl. 2015, § 126 b BGB, Rn. 8.

43 MüKoBGB/Einsele, 7. Aufl. 2015, § 126 b BGB, Rn. 8, mwN.

44 Vgl. dazu noch unter D. IV.2.

45 BGH NJW 1998, 58.

46 BeckOGK/Primaczenko/Frohn, Stand 15.11.2017, § 126 b BGB, Rn. 5.

47 MüKoBGB/Busche, 7. Aufl. 2018, § 650 j BGB, Rn. 18.

48 Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz, BauvertragsR, 2017, § 5 Rn. 46 und 52.

49 Pause, Bauträgerkauf und Bauträgermodelle, 6. Aufl. 2018, Teil B. Rn. 442.

50 DNotI, DNotI-Report 2017, 137 (139).

geändert. Zum Mindestinhalt der Baubeschreibung, die gem. § 17 Abs. 2 a S. 2 Nr. 2 BeurkG vorab übersandt werden muss, wird keine abweichende Regelung getroffen. So gehören Pläne (Grundrisse, Schnitte, Ansichten) grundsätzlich nicht zum beabsichtigten Text des Rechtsgeschäfts und sind damit zumindest nach § 17 Abs. 2 a S. 2 Nr. 2 BeurkG auch nicht vorab zu übersenden.⁵¹

III. Erfüllung der Übermittlungspflicht

1. Übermittlung durch den Unternehmer

Die vorvertragliche Pflicht zur Überreichung der Baubeschreibung in Textform gem. § 650j BGB in Verbindung mit Art. 249 § 1 EGBGB ist allein vorvertragliche Pflicht des Unternehmers. Faktisch wird jedoch oftmals der Notar diese Pflicht erfüllen, indem er die Baubeschreibung (erstmalig) an den Erwerber übersendet. Rechtliche Bedenken gegen eine Übersendung allein durch den Notar bestehen nicht. Der Normzweck des § 650j BGB in Verbindung mit Art. 249 § 1 EGBGB beschränkt sich auf die Möglichkeit des Verbrauchers, sich vor Abschluss des Vertrages ausreichend informieren zu können, ggf. unter Hinzuziehung eines Experten.⁵² Dieser Schutzzweck wird in gleichem Maße erfüllt, wenn der Notar die Baubeschreibung übersendet.⁵³ § 17 Abs. 2 a S. 2 Nr. 2 BeurkG soll zusätzlich bezwecken, dass allein der Notar die Einhaltung der Frist überwacht, da dieser die Frist besser kontrollieren kann und dem Verbraucher die bevorstehende rechtliche Bindung bei Übersendung durch den Notar eher bewusst wird.⁵⁴ In Bezug auf § 650j BGB in Verbindung mit Art. 249 § 1 EGBGB gelten diese oder vergleichbare Grundsätze für den Unternehmer nicht.

2. Auswirkungen des neuen Bauvertragsrechts auf die Prüfpflichten des Notars

Für die notarielle Praxis ist weiter zu beurteilen, ob mit den neuen Vorgaben des Bauvertragsrechts erweiterte Prüfpflichten in Bezug auf die Inhalte der Baubeschreibung einhergehen. Inhalt der Baubeschreibung iSd Art. 249 § 2 EGBGB sind allein technische Beschreibungen. Der Gesetzgeber trennt klar zwischen Baubeschreibung und Bauvertrag.⁵⁵ Ungeachtet dessen empfiehlt es sich auch, keine rechtlichen Ausführungen in der Baubeschreibung zu treffen, um dem Gebot der Klarheit gem. Art. 249 § 2 S. 1 EGBGB sowie dem Transparenzgebot zu genügen.⁵⁶ Für die Richtigkeit der rein technischen Ausführungen, die zudem nach der Intention des Gesetzgeber nur klar (und nicht zwingend verständlich)⁵⁷ formuliert sein müssen,

kann der Notar unzweifelhaft keine Gewähr übernehmen.⁵⁸ Will bspw. der Unternehmer eine Abweichung im Vertragsstandard durch einen Verweis auf eine veraltete DIN-Norm erreichen, ist dies durch den Notar nicht überprüfbar. Auf Verstöße gegen das Gebot der Klarheit und das AGB-rechtliche Transparenzgebot sowie Widersprüche und Mängel der Bestimmtheit der angebotenen Leistung muss der Notar jedoch (weiterhin) hinweisen, wenn diese Verstöße auch für ihn als eine in Bausachen nicht bewanderte Person erkennbar sind.⁵⁹ Auf die zu nennenden Mindestinhalte in der Baubeschreibung ist vorsorglich hinzuweisen, sofern – auch für den Laien erkennbar – gesetzlich vorgeschriebene Mindestinhalte fehlen, bspw. keine Pläne oder Schnitte beigelegt sind.⁶⁰

Da es sich bei der Baubeschreibung vollumfänglich um den zu beurkundenden Vertragsinhalt handelt, ist die rechtliche Beratung durch den Notar im Zusammenhang mit den vorvertraglichen Informationspflichten in der Regel nicht als zusätzlich zu vergütende Beratungstätigkeit abzurechnen, sondern fällt vielmehr unter die erforderliche rechtliche Prüfung im Beurkundungsverfahren.⁶¹

IV. Inhalt der Baubeschreibung

Der Mindestinhalt der Baubeschreibung ist in Art. 249 § 2 EGBGB geregelt. Die Norm besteht aus einer Generalklausel als Auffangtatbestand, Abs. 1 S. 1, und einem Katalog von Mindestinhalten, die in der Baubeschreibung enthalten sein müssen, Abs. 1 S. 2. Zudem wird der Unternehmer zur Angabe eines Fertigstellungszeitpunkts oder aber der Fertigstellungsdauer verpflichtet, Abs. 2.

1. Generalklausel des Art. 249 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB

a) Auffangtatbestand

Gem. Art. 249 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB sind in der Baubeschreibung die wesentlichen Eigenschaften des angebotenen Werks in klarer Weise darzustellen. Diese Generalklausel dient als Auffangtatbestand, sofern die in Abs. 1 S. 2 normierten Mindestangaben nicht ausreichen sollten, um die wesentlichen Eigenschaften der geschuldeten Leistung darzustellen. Leistungen, die nicht unter den Mindestkatalog in Abs. 1 S. 2 fallen, jedoch als wesentlich anzusehen sind, sind daher gleichermaßen in die Baubeschreibung aufzunehmen.⁶²

Zur Beurteilung der Frage, ob eine nicht im Mindestkatalog des Art. 249 § 2 Abs. 1 S. 2 EGBGB aufgeführte Eigenschaft als wesentlich zu erachten ist, ist der Mindestkatalog als Vergleichsmaßstab heranzuziehen.⁶³ Es kann

51 BeckOGK/Regler, § 17 BeurkG, Stand 13.5.2016, § 17 BeurkG, Rn. 202.

52 DNotI, DNotI-Report 2017, 137 (139); Basty MittBayNot 2017, 445 (449); Weber notar 2017, 379 (383).

53 Wobei der Notar hier als neutrale Amtsperson handelt und nicht als Vertreter des Unternehmers, vgl. DNotI, DNotI-Report 2017, 137 (139).

54 Gesetzentwurf des Bundesrates zur Stärkung des Verbraucherschutzes im notariellen Beurkundungsverfahren, BT-Drs. 17/12035, S. 7; BGH NJW-RR 2015, 951.

55 Vgl. §§ 650 i und 650 j BGB.

56 Krick/Sagmeister MittBayNot 2014, 205 (208 f.); Basty, Der Bauträgervertrag, 9. Aufl. 2018, Rn. 857, verweisend auf eine Richtliniempfehlung der Bundesnotarkammer, DNotZ 1999, 259 (260), wonach die missbräuchliche Auslagerung geschäftswesentlicher Vereinbarungen in Bezugsurkunden (§ 13 a BeurkG) unzulässig ist.

57 Vgl. dazu noch unter D. IV.2.

58 Krick/Sagmeister MittBayNot 2014, 205 (205): „[...] dass der Notar keine Verantwortung für die bautechnischen Grundlagen trägt. Diesbezüglich ist er Laie und darf es auch sein.“

59 Vgl. zu den notariellen Pflichten im Hinblick auf die Baubeschreibung: Krick/Sagmeister MittBayNot 2014, 205 ff.; Relevant für den Notar sind allein Rechtsfragen, die die Baubeschreibung betreffen.

60 Vgl. zum Bauträgervertrag als haftungsrechtliche Grundlage ausführlich Vogel NZM 2017, 681. Vgl. auch Germer IBR 2017, 1040.

61 Anders dürfte dies nur zu beurteilen sein, wenn der Notar eine vorvertragliche Information erstellt, die über die im Anschluss beurkundeten Vereinbarungen hinausgeht, vgl. Mairose RNotZ 2012, 467 (488), zum Verbraucherdarlehensvertrag.

62 BT-Drs. 18/8486, S. 73.

63 MüKoBGB/Busche, 7. Aufl. 2018, § 650 j BGB, Rn. 3.

stets die Kontrollfrage gestellt werden, ob der fragliche Regelungspunkt im Verhältnis zu den Regelungsbeispielen ein gleiches Gewicht aufweist. Dies gilt jedoch nur, sofern die Eigenschaft denn auch für das konkrete Bauwerk wesentlich ist. Welche weiteren Eigenschaften⁶⁴ als wesentlich anzusehen sind, ist also bei jedem Bauvorhaben individuell zu beurteilen. Die Gesetzesbegründung der Regierung erteilt konkrete Hinweise darauf, welche Eigenschaften jeweils als wesentlich anzusehen sind. So ist in der Baubeschreibung zum Ausdruck zu bringen, wenn ausnahmsweise bestimmte Unwägbarkeiten oder Risiken bei der angebotenen Leistung nicht berücksichtigt und mit dem angebotenen Preis nicht abgegolten sind.⁶⁵ Die Wesentlichkeit kann dabei auch aus dem Schutzzweck der Norm (Information des Verbrauchers) hergeleitet werden. Maßgeblich für den Gesetzgeber war es, dem Verbraucher einen Vergleich verschiedener Angebote zu ermöglichen. Wesentlich ist unter diesem Gesichtspunkt eine Eigenschaft für den Verbraucher, wenn diese für einen objektiven Vergleich verschiedener Angebote geboten ist, so dass dieser eine fundierte Entscheidung bei der Auswahl zwischen den verschiedenen Angeboten treffen kann.⁶⁶

Von Art. 249 § 2 Abs. 1 EGBGB unberührt bleibt das Recht, konkrete Leistungen in der Baubeschreibung explizit auszunehmen.⁶⁷ Dies kann Streitigkeiten während und nach der Bauphase in erheblichem Maße vorbeugen. Dem Bauunternehmer sind die klassischen Streitpunkte oftmals bekannt.

Nicht zu den wesentlichen Eigenschaften gehören die Preise der einzelnen in der Baubeschreibung beschriebenen Bauleistungen.⁶⁸ Eine Angabe jedes einzelnen Preises dürfte für den Bauunternehmer die Fertigung der Baubeschreibung erheblich erschweren. Zudem ist für den Verbraucher für einen Vergleich letztlich der Gesamtpreis entscheidend. Im Anwendungsbereich des Verbraucherbaugesetzes wird in der Regel eine Gesamtleistung angeboten.⁶⁹ Sollten einzelne Leistungen bei Anbieter A günstig angeboten sein, spielt dies keine Rolle, sofern Anbieter B den günstigeren Gesamtpreis bietet. Der Schutzzweck des Art. 249 § 2 EGBGB gebietet daher die Angabe von Einzelpreisen nicht. Einzelpreise kann der Verbraucher bei besonderem Interesse gegebenenfalls erfragen.⁷⁰

b) Ausnahmetatbestand

Die vorgenannten Informationspflichten bestehen gem. § 650 j aE BGB nicht, wenn der Verbraucher oder ein von ihm beauftragter Dritter die wesentlichen Planungsvorgaben macht. Diese Ausnahmvorschrift dürfte beim Bauvertragsvertrag kaum relevant sein, da Planung und Bauleis-

tung aus einer Hand kommen.⁷¹ Bei einem anderweitig ausgestalteten Verbraucherbaugesetz kann diese Vorschrift jedoch durchaus greifen, insbesondere wenn der Verbraucher einen Architekten beauftragt hat.⁷² Aufgrund des verbraucherschützenden Charakters der Norm wird diese allerdings eng auszulegen sein.⁷³ Unzweifelhaft dürfte die Informationspflicht nur entfallen, wenn der Verbraucher kein Informationsinteresse hat. Es dürfen keine Unklarheiten über wesentlichen Eigenschaften der beauftragten Leistung verbleiben.⁷⁴

2. Gebot der Klarheit der Baubeschreibung

Gem. § 249 Abs. 2 S. 1 BGB sind die wesentlichen Eigenschaften des angebotenen Werkes in „klarer Weise“ darzustellen. In einem früheren Gesetzesentwurf (Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz v. 24.9.2017) war noch eine Darstellung „in klarer und verständlicher Weise“ vorgesehen.⁷⁵ Auch im Gesetz findet sich in unmittelbarer Nähe des Art. 249 EGBGB eine Verpflichtung, Informationen in klarer und „verständlicher Weise“ zu übermitteln, Art. 246 Abs. 1 EGBGB.⁷⁶ Der Gesetzgeber weicht bewusst von der Vorgabe einer klaren und verständlichen Formulierung ab, die die Kenntnisse eines durchschnittlichen Verbrauchers zum Maßstab für die Verständlichkeit nimmt. Verständlichkeit und Klarheit bilden bei der Baubeschreibung einen janusköpfigen Zieldualismus. Klarheit ist insbesondere wünschenswert, da ein Experte nur bei klarer Beschreibung einen sinnvollen Angebotsvergleich durchführen kann. Verständlichkeit ist wünschenswert, um dem Erwartungshorizont des Verbrauchers gerecht zu werden.

Besonders deutlich wird der Unterschied zwischen Klarheit und Verständlichkeit, wenn man die Darstellung technischer Standards in Baubeschreibungen betrachtet. So wird zur Festlegung einer Eigenschaft des Bauwerkes oftmals auf technische Regelwerke verwiesen, die sich wiederum nicht an einen verständigen Durchschnittsverbraucher richten. Vielmehr richten sich diese DIN-Vorschriften an die maßgeblichen Fachleute in der Praxis.

71 *Pause*, Baurägerkauf und Baumodelle, 6. Aufl. 2018, Teil B. Rn. 442.

72 Denkbar ist bspw., dass der Verbraucher gem. der HOAI (Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen) die Leistungsphasen 1 bis 4 bei einem Architekten beauftragt. Auf Grundlage der danach von dem Architekten erstellten Entwurfsplanung und der erteilten Baugenehmigung wird mit einem Generalunternehmer ein Bauvertrag geschlossen. Es bleiben jedoch auch in diesem Fall Zweifel. Es ist davon auszugehen, dass die Beteiligten neben der Entwurfsplanung, die vornehmlich auf Zeichnungen basiert, eine textliche Baubeschreibung zur Vertragsgrundlage machen. Erstellt diese noch der Verbraucher bzw. dessen Architekt greift die Informationspflicht des § 650 j BGB nicht. Wird diese jedoch nunmehr allein durch den Bauunternehmer gestellt, dürften die Informationspflichten des § 650 j BGB zu erfüllen sein, auch wenn der Verbraucher die wesentlichen Planungsvorgaben gemacht hat. Die Genehmigungsplanung kann den Qualitätsstandard der Bauleistung kaum vorgeben. Dies wird in der Baubeschreibung erfolgen. S. dazu auch MüKoBGB/*Busche*, 7. Aufl. 2018, § 650 j BGB, Rn. 19 f.

73 Langen/Berger/Dauner-Lieb/*Rückert*, Kommentar zum neuen Bauvertragsrecht, 2018, § 650 j BGB, Rn. 8, verweisend auf: BGH NJW-RR 2017, 368.

74 MüKoBGB/*Busche*, 7. Aufl. 2018, § 650 j BGB, Rn. 20 f.

75 Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung spricht an einigen Stellen noch von einer Fassung in „klarer und verständlicher Weise“ (BT-Drs. 18/8486, S. 73). Dies dürfte ein Redaktionsversehen sein. So auch Dammert/Lenkert/Oberhauser/*Pause/Stretz*, Das neue Bauvertragsrecht, 2017, S. § 5 Rn. 82.

76 Vgl. auch Art. 246 a § 4 EGBGB.

64 Der Begriff der „Eigenschaften“, die (sofern wesentlich) anzugeben sind, ist inhaltlich gleichzusetzen mit dem Begriff der Beschaffenheiten, die für die Beurteilung der Vertragsgemäßheit gem. § 633 Abs. 2 S. 1 BGB vorliegen müssen. *Pause*, Baurägerkauf und Baumodelle, 6. Aufl. 2018, Teil B. Rn. 442 a.

65 BT-Drs. 18/8486, S. 73; Als Beispiel wird explizit die Beschaffenheit des Baugrundes genannt. Bei einem Baurägervertrag wird dieses Beispiel allerdings in dem meisten Fällen nicht zutreffen, da hier der Auftragnehmer in der Regel das Baugrundrisiko trägt. In diesem Fall sind keine weiteren Ausführungen erforderlich.

66 BT-Drs. 18/8486, S. 73.

67 BeckOGK/*Merkle*, 1. Ed., Stand 1.2.2018, § 650 j BGB, Rn. 23.

68 BeckOGK/*Merkle*, 1. Ed., Stand 1.2.2018, § 650 j BGB, Rn. 22; aA MüKoBGB/*Busche*, 7. Aufl. 2018, § 650 j BGB, Rn. 3.

69 Vgl. dazu unter C. I.2.

70 BeckOGK/*Merkle*, 1. Ed., Stand 1.2.2018, § 650 j BGB, Rn. 22.

Dem Verbraucher hilft es für sein eigenes Verständnis nicht, wenn in einem Angebot des Bauunternehmens der Schallschutz gem. DIN 4109-1:2018-01 angeboten wird, während ein anderes Angebot auf eine Schallschutzstufe nach der Richtlinie VDI 4100:2012-10 verweist. Für einen Experten ist damit das Leistungsoll jedoch klar formuliert, so dass dieser die angebotenen Leistungen vergleichen kann. Wollte man dem Verständlichkeitsgebot genügen, wäre im vorgenannten Beispiel eine konkrete Beschreibung der Schallwahrnehmung in dem zu errichtenden Objekt erforderlich, bspw. die Angabe, in welcher Form Gespräche im Nebenraum noch zu hören sein werden. Eine solche Form der Beschreibung kann im Hinblick auf den Schallschutzstandard noch zu gestalten sein, doch wie soll dem Verbraucher bspw. der technische Standard zur Bemessung und Konstruktion von Stahlbeton- und Spannbetontragwerken (Eurocode 2, EN 1992) verständlich erläutert werden? Der Gesetzgeber hat dieses Problem erkannt und verzichtet daher zu Recht auf das Verständlichkeitsgebot. Die Verantwortung wird hier insofern auf den Verbraucher übertragen, der bei Verständnisproblemen einen Experten hinzuziehen soll.⁷⁷ Der Gesetzgeber verlangt nicht, dass der Verbraucher die in der Baubeschreibung getroffenen Angaben nachvollziehen kann. Empfängerhorizont ist vielmehr der eines Experten, der dem Verbraucher bei dem Vergleich verschiedener Angebote so besser behilflich sein kann.⁷⁸ Dies bedeutet konkret, dass die Baubeschreibung präzise technische Angaben enthalten muss. Der Verweis auf DIN-Normen oder andere technische Vorschriften ist dafür im Regelfall geeignet.⁷⁹

3. Transparenzgebot

Entscheidende Anschlussfrage ist allerdings, ob die vorgenannte Einschränkung des Gesetzgebers bei paralleler Anwendung des AGB-rechtlichen Transparenzgebots aus § 307 Abs. 1 S. 2 BGB in der notariellen Praxis überhaupt an Bedeutung gewinnt.

a) Anwendbarkeit des Transparenzgebotes

Ergibt sich die Pflicht, die Baubeschreibung „verständlich“ zu fassen, nicht aus dem neuen Bauvertragsrecht, bleibt zu fragen, ob nicht andere gesetzliche Regelungen zu dieser Vorgabe führen.⁸⁰ Sofern AGB-Recht zur Anwendung gelangt, was in der notariellen Praxis in aller Regel

der Fall sein wird, ist das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB einschlägig.⁸¹

b) Vorgaben des Transparenzgebotes

Die uneingeschränkte Anwendbarkeit des Transparenzgebotes würde bedeuten, dass hinsichtlich der Verständlichkeit der Baubeschreibung auf die Erwartungen und Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders im Zeitpunkt des Vertragsschlusses abgestellt werden muss. Will der Auftragnehmer auf verständliche Art und Weise von dem Erwartungshorizont des Verbrauchers abweichen, muss die Leistung aus der Wahrnehmungsperspektive eines Durchschnittsverbrauchers umschrieben werden.⁸² Von diesem darf allein ein normales Sprach- und Fachverständnis erwartet werden.⁸³ Der Verwender darf mit dieser Aufgabe nicht überfordert werden.⁸⁴ Es ist es dem Verbraucher allenfalls zuzumuten, sich in gewissem Maße über den Inhalt genannter Regelwerke Kenntnis zu verschaffen und Begriffe zu hinterfragen.⁸⁵

c) Einschränkung des Transparenzgebotes

Konsequenz der uneingeschränkten Anwendbarkeit des Transparenzgebotes wäre, dass die gesetzgeberische Entscheidung, das Gebot der Verständlichkeit nicht in Art. 249 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB aufzunehmen, lediglich bei individualvertraglichen Baubeschreibungen Relevanz hätte.⁸⁶ Aufgrund der ausdrücklichen Herausnahme des Gebotes der Verständlichkeit aus Art. 249 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB wird dies in der Literatur bereits in Frage gestellt und vertreten, dass das Transparenzgebot durch die neue Vorschrift zumindest eingeschränkt wird.⁸⁷ Dem ist zuzustimmen. Durch Art. 249 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB wird ein gesetzliches Leitbild für die Formulierung von Baubeschreibungen geschaffen.⁸⁸ Diese müssen bei einem Verbraucherbaupvertrag lediglich klar formuliert sein. Dem Rechtsgedanken des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB folgend, ist ein Verstoß gegen das AGB-Recht nicht ohne weiteres anzunehmen, wenn diesem Leitbild gefolgt wird. Der Gesetzgeber hat erkannt, dass dem Gebot der Verständlichkeit in der Baubeschreibung kaum genüge getan werden kann, und dem Zweck der einfachen Vergleichbarkeit verschiedener Baubeschreibungen Vorrang eingeräumt.⁸⁹ Die Bau-

77 BT-Drs. 18/8486, S. 74; BeckOGK/Merkle, 1. Ed., Stand 1.2.2018, § 650 j BGB, Rn. 24.

78 MüKoBGB/Busche, 7. Aufl. 2018, § 650 j BGB, Rn. 14.

79 Langen/Berger/Dauner-Lieb/Rückert, Kommentar zum neuen Bauvertragsrecht, 2018, Art. 249 EGBGB Rn. 5; BeckOGK/Merkle, 1. Ed., Stand 1.2.2018, § 650 j BGB, Rn. 24; Im Einzelfall kann auch hier eine Eignung ausscheiden. 2009 entschied der BGH, dass der Wohnungsschallschutz nach DIN 4109 (aF) kein üblicher Qualitätsstandard sei: „Der Umstand, dass im Vertrag auf eine „Schalldämmung nach DIN 4109“ Bezug genommen ist, lässt schon deshalb nicht die Annahme zu, es seien lediglich die Mindestmaße der DIN 4109 vereinbart, weil diese Werte in der Regel keine anerkannten Regeln der Technik für die Herstellung des Schallschutzes in Wohnungen sind, die üblichen Qualitäts- und Komfortstandards genügen.“, BGH NJW 2009, 2439.

80 Art. 5 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 der EU-Verbraucherrechterichtlinie (Fn. 9, §§ 312 ff. BGB) regeln eine solche Pflicht nicht, da der Verbraucherbaupvertrag gem. Art. 3 Abs. 3 f) EU-Verbraucherrechterichtlinie explizit von ihrem Anwendungsbereich ausgenommen ist. Der Gesetzgeber ist für diese Vertragstypen demnach frei, ein anderes Schutzniveau zu normieren; Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz, Das neue Bauvertragsrecht, 2017, § 5 Rn. 84 f.

81 Auch wenn mit der Baubeschreibung die Hauptleistung bestimmt wird, greift zumindest § 307 Abs. 1 S. 2 BGB. Das Transparenzgebot gilt gem. § 307 Abs. 3 BGB zwar nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Der Transparenzkontrolle einer Hauptleistungsbestimmung steht diese Vorschrift jedoch nicht entgegen, § 307 Abs. 3 S. 2 BGB; BGH NJW 2006, 996; Basty, Der Bauträgervertrag, 9. Aufl. 2018, Rn. 839.

82 BGH NZM 2007, 516; BGH DNotZ 2006, 351; Jauernig/Stadler, BGB, 16. Aufl. 2015, § 307 BGB, Rn. 8; Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz, Das neue Bauvertragsrecht, 2017, § 5 Rn. 90.

83 Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz, Das neue Bauvertragsrecht, 2017, § 5 Rn. 90, verweisend auf: EuGH NJW 2014, 2335; MüKoBGB/Wurmnest, 7. Aufl. 2016, § 307 BGB, Rn. 62.

84 HK-BGB/Hans Schulte-Nölke, 9. Aufl. 2017, § 307 BGB, Rn. 21.

85 Basty, Der Bauträgervertrag, 9. Aufl. 2018, Rn. 839 und 840.

86 So wohl Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, 6. Aufl. 2018, Teil B. Rn. 442 b.

87 Basty, Der Bauträgervertrag, 9. Aufl. 2018, Rn. 839.

88 Vgl § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

89 BT-Drs. 18/8486, S. 74: „Im Hinblick auf die teilweise komplexen technischen Informationen, die etwa zur Beschreibung der Wärmedämmung oder der technischen Ausstattung eines Bauvorhabens erforderlich sind, kann ein entsprechender Maßstab keine Anwendung auf die Baubeschreibung nach § 650 i BGB-E finden.“

beschreibung muss bei einem Verbraucherbaupvertrag daher auch unter Berücksichtigung des Transparenzgebotes nicht verständlich formuliert sein. Eine klare Formulierung unter Nennung technischer Regelwerke genügt, auch wenn diese sich nicht an den Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders orientiert.

d) Hinweispflicht bei Abweichungen

Dies bedeutet jedoch nicht, dass den aus dem Transparenzgebot iSd § 307 Abs. 1 Nr. 2 BGB für die Baubeschreibung entwickelten Grundsätzen vollumfänglich eine Absage erteilt werden kann. Schon vor der Einführung des Art. 249 § 2 EGBGB waren der verständlichen Formulierung von Baubeschreibungen faktisch klare Grenzen gesetzt, so dass das Transparenzgebot nicht in voller Konsequenz umgesetzt werden konnte und wurde. Es konnte faktisch nicht verlangt werden, dass dem Verbraucher in verständlicher Weise dargestellt wird, was die Vereinbarung eines jeden technischen Standards für ihn bedeutet.

Vielmehr wurde auch schon vor Einführung des neuen Bauvertragsrechts eine klare Formulierung der Baubeschreibung als ausreichend anerkannt, bspw. unter Nennung von technischen Regelwerken, wenn das Wiedergegebene dem vorgegebenen Qualitätsstandard für das Vertragsobjekt entsprach bzw. nicht von den allgemein anerkannten Regeln der Technik, also dem Erwartungshorizont des Verbrauchers, abwich. Hingegen wurde gefordert, dass Abweichungen von diesem Erwartungshorizont dem Verbraucher in verständlicher Weise dargestellt werden.⁹⁰

Diese Anforderung hat auch nach Einführung des neuen Bauvertragsrechts weiter Bestand. So wird in der Gesetzesbegründung der Regierung ausgeführt, dass in der Baubeschreibung zum Ausdruck zu bringen ist, wenn ausnahmsweise bestimmte Unwägbarkeiten oder Risiken bei der angebotenen Leistung nicht berücksichtigt und mit dem angebotenen Preis nicht abgegolten sind.⁹¹ Auch ist gem. Art. 249 § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 EGBGB Mindestanforderung an die Baubeschreibung, dass diese Angaben zu Qualitätsmerkmalen zu enthalten hat, denen das Gebäude oder der Umbau genügen muss. Auch hieraus lässt sich herleiten, dass Abweichungen vom Erwartungshorizont des Verbrauchers hinsichtlich der Qualität des Vertragsobjekts anzuzeigen sind.

Erwartungshorizont des Verbrauchers ist in der Regel vor allem, dass die allgemein anerkannten Regeln der Technik eingehalten werden. Als allgemein anerkannte Regeln der Technik gelten diejenigen Regeln für die Ausführung baulicher Leistungen, die sich nach Meinung der Mehrheit der maßgeblichen Fachleute in der Praxis bewährt haben oder deren Eignung von ihnen als nachgewiesen angesehen wird.⁹² Weicht der in der Baubeschreibung genannte Standard von dieser Erwartung des Auftraggebers in für ihn wesentlichem Maße ab, ist die Abweichung aufzuzeigen. Gleiches gilt, wenn von einem vertraglich vereinbarten allgemeinen Vertragsstandard abgewichen wird, bspw. dem „gehobenen Qualitätsstandard“, dem das Objekt gemäß

der Baubeschreibung entspricht. Ein Beispiel kann am Schallschutz gebildet werden. Wird in der Baubeschreibung angegeben, dass das Vertragsobjekt, eine Wohnung, den aktuellen Standardanforderungen im Wohnungsbau entspricht, und gleichzeitig der Schallschutz nach den Mindestanforderungen der DIN 4109 definiert, gilt Folgendes: Dem Grunde nach liegt mit dem Verweis auf die DIN-Norm eine klare Formulierung vor. Den aktuellen Standardqualitätsanforderungen an den Wohnungsbau genügen die Mindestanforderungen der DIN 4109 allerdings nicht zwingend. In diesem Fall weist die Baubeschreibung einen Widerspruch auf. Die angepriesenen üblichen Komfortansprüche in Wohngebäuden sind mit der Festlegung der DIN 4109 dann nicht gewährleistet.⁹³ Die Abweichung des Qualitätsstandards muss explizit dargestellt werden. Soll ein geringerer Standard vereinbart werden, ist dies aufzuzeigen, anderenfalls ist die Baubeschreibung irreführend.⁹⁴

Insofern ergibt sich durch das neue Bauvertragsrecht noch keine für die Praxis relevante Änderung zur bisherigen Rechtslage.

e) Verständlichkeit der Vereinbarung von Abweichungen

Es bleibt jedoch zu fragen, wie „verständlich“ solche Abweichungen von den allgemein anerkannten Regeln der Technik bzw. von dem vereinbarten allgemeinen Qualitätsstandard unter Berücksichtigung des neuen Bauvertragsrechts darzustellen sind. Genügt ein „klarer“ Hinweis auf eine Abweichung oder ist eine detaillierte, für den Verbraucher „verständliche“, Beschreibung der Auswirkungen dieser Abweichung notwendig. So könnte in Bezug auf das vorliegende Beispiel zum Schallschutz in der Baubeschreibung lediglich in klarer Weise formuliert werden, dass der vertraglich geschuldete Schallschutz unter dem üblichen Standard liegt, der bei vergleichbaren Wohngebäuden vorausgesetzt wird. Unter uneingeschränkter Anwendung des Transparenzgebotes müsste jedoch vorsorglich formuliert werden, was dies für den Verbraucher konkret bedeutet. So könnte ihm explizit aufgezeigt werden müssen, dass bestimmte Geräusche aus der Nachbarwohnung dennoch wahrnehmbar sein werden, wie Einlaufgeräusche des Badewassers oder das Schließen des WC-Deckels, um die Abweichung ohne Verstoß gegen das Transparenzgebot zu treffen.⁹⁵

Mit dem neu eingeführten Art. 249 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB, der auf das Verständlichkeitsgebot ausdrücklich verzichtet, tritt ein Argument für die Auffassung hinzu, dass ein deutlicher Hinweis auf einen schlechteren Qualitätsstandard genügen muss. Die Gesetzesbegründung geht explizit davon aus, dass der Verbraucher einen Experten

90 Vgl. dazu auch *Basty*, Der Bauträgervertrag, 9. Aufl. 2018, Rn. 840 ff., 875 ff.

91 BT-Drs. 18/8486, S. 73.

92 Dazu ausführlich: *Ziegler ZfBR* 2009, 316.

93 Vgl. BGH NJW 2007, 2983; vgl. auch OLG München NJW 2006, 3653; In dem zu entscheidenden Fall ging es um die Errichtung einer Doppelhaushälfte. Die Trennwand zwischen den Gebäuden wurde wie in der Baubeschreibung ausgewiesen einschalig ausgeführt. Der Auftraggeber klagte wegen des eingeschränkten Schallschutzes und obsiegte. Es hätte darauf hingewiesen werden müssen, dass die einschalige Bauweise nicht dem allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht; vgl. auch *Pfennig ZfBR* 2014, 793 (797).

94 *Basty*, Der Bauträgervertrag, 9. Aufl. 2018, Rn. 839: „Die Grenze ist bei Irreführung zu ziehen.“

95 Vgl. *Krauss*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 3221, der in seinem Formulierungsvorschlag zur Abweichung des Schallschutz-Mindeststandards konkrete Nutzungssituationen formuliert, damit dem Verbraucher die Abweichung verständlich gemacht wird und dadurch rechtssicher vereinbart werden kann.

zu raten ziehen sollte, wenn er die Angebote verschiedener Unternehmer vergleichen will. Entscheidet er sich nicht für die Inanspruchnahme eines Experten, trägt er in gewisser Hinsicht auch das damit verbundene Risiko. Berücksichtigt man, dass der Gesetzgeber nunmehr ausdrücklich auf das Gebot der Verständlichkeit in Art. 249 § 2 Abs. 1 S. 1 BGB verzichtet hat, dürfen die Anforderungen an die Darstellung solcher Abweichungen nicht zu hoch ausfallen. Ein klarer Hinweis auf eine negative Abweichung von dem allgemeinen vertraglich vereinbarten Qualitätsstandard bzw. von den allgemein anerkannten Regeln der Technik muss genügen, um den Widerspruch in der Baubeschreibung aufzuheben. Eine weitergehende Beschreibung der Auswirkungen der Abweichung, die auch dem durchschnittlichen Vertragspartner des Verwenders verständlich sind, ist nicht notwendig und wird in vielen Fällen ohnehin schwer umzusetzen sein.

Soll in der Praxis der rechtssicherste Weg beschritten werden, muss allerdings derzeit nach wie vor empfohlen werden, die Auswirkungen der Abweichung für den Verbraucher – soweit dies möglich ist – zusätzlich in verständlicher Weise darzustellen. Grund ist die einschneidende Rechtsfolge eines Verstoßes gegen das Transparenzgebot. Der Auftragnehmer schuldet als Folge eines Verstoßes gegen das Transparenzgebot nicht den vertraglich beschriebenen, sondern in der Regel den durch Auslegung zu ermittelnden Standard.⁹⁶ Dies kann, bspw. bei bereits erfolgter Ausführung eines niedrigeren Schallschutzstandards, insbesondere bei Mehrparteienhäusern zu erheblichen Regressansprüchen führen, die den wirtschaftlichen Erfolg eines Bauprojektes zunichtemachen können.

4. Katalog gesetzlich vorgegebener Mindestinhalte der Baubeschreibung

a) Allgemeines

Nachfolgend soll zunächst aufgezeigt werden, wie die Baubeschreibung unter Berücksichtigung der vorgegebenen Mindestinhalte allgemein auszugestalten ist. Im Anschluss erfolgt eine konkrete Beschreibung der notwendigen Mindestinhalte.

aa) Möglichkeit der funktionalen Leistungsbeschreibung

Aufgrund der notwendigen technischen Detaillierung, die die Einführung der Mindestangaben mit sich bringt, wird diskutiert, ob bestimmte Arten der Leistungsbeschreibung fortan generell ausscheiden. So ist zu fragen, ob die Möglichkeit, das Leistungssoll allein funktional zu beschreiben, nicht vollständig zurückgedrängt wird. Die funktionale Leistungsbeschreibung beschreibt im Gegensatz zur Detaillierungsbeschreibung die vertragliche geschuldete Leistung anhand des gewünschten Leistungserfolgs. Konstruktive Einzelheiten werden nicht genannt, der Werk Erfolg wird anhand der gewünschten Funktion des Werkes beschrieben.⁹⁷ So ist bei Beauftragung des Baus eines Wohnhauses klar, dass dieser Auftrag die Errichtung eines dichten Überdachs erfasst. Der Auftragnehmer ist in der Art und Weise der Realisierung, also in der Wahl der

Dachkonstruktion bei dieser funktionalen Vorgabe frei, sofern seine Ausführung den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht. Unter Berücksichtigung der neu eingeführten Mindestinhalte einer Baubeschreibung ist fraglich, ob eine solche funktionale Beschreibung noch möglich ist, oder ob im konkreten Beispielsfall die Art der Dachkonstruktion anzugeben wäre. Art. 249 § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 EGBGB fordert die Angabe zur Beschreibung der Baukonstruktionen aller wesentlichen Gewerke. Damit wird der total-funktionalen Leistungsbeschreibung, bei der allein funktionale Aspekte im Vordergrund stehen, eine Absage erteilt. Die Baukonstruktion aller wesentlichen Gewerke muss angegeben werden. Dennoch bleibt Raum für die funktionale Leistungsbeschreibung. Zum einen sind nur die Baukonstruktionen der wesentlichen Gewerke zu beschreiben.⁹⁸ Zum anderen wird es hinsichtlich der Details der einzelnen Gewerke stets bei einer funktionalen Beschreibung bleiben. Dies ist auch zweckgerecht, da es dem Auftraggeber beim Verbrauchervertrag vielmehr auf die Nutzung und den Gebrauch ankommt, als auf technische Details. So kann der Schallschutz über einen Standard oder die Angabe von dB-Werten definiert werden. Wie der Schallschutz technisch realisiert wird, bleibt dabei nach wie vor grundsätzlich dem Unternehmer überlassen.⁹⁹

bb) Gliederung der Baubeschreibung

Der nachstehend im Einzelnen dargestellte Katalog von Mindestinhalten für die Baubeschreibung könnte den Anschein erwecken, dass der Gesetzgeber eine Gliederung der Baubeschreibung vorgibt. Dies würde jedoch zu weit gehen. Grenzen gesetzt werden der Gliederung der Baubeschreibung bzw. auch der Auslagerung von Inhalten der Baubeschreibung auf unterschiedliche Dokumente / Dateien allein durch das Gebot der Klarheit. Werden entscheidende Informationen versteckt dargestellt, bspw. durch weitreichende Verweisungen oder Querverweise, kann die Baubeschreibung den Anforderungen an eine klare Darstellung nicht mehr genügen. Diese Vorgabe bestand schon vor Inkrafttreten des neuen Bauvertragsrechts mit dem Transparenzgebot gem. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB, jedoch nur sofern AGB-Recht zur Anwendung gelangte.¹⁰⁰

Ist die Baubeschreibung unübersichtlich aufgebaut oder weist diese keine erkennbare Gliederung auf, kann sich dies demnach zu Lasten des Verwenders auswirken.¹⁰¹ Notwendig ist daher (weiterhin) eine übersichtliche äußerliche Gestaltung, die es dem Verbraucher ermöglicht, die Inhalte der Baubeschreibung zu erfassen. Weitergehende schematische Erfordernisse, wie die Zusammenfassung aller Angaben in einem Dokument oder die zwingende Verweisung bei Auslagerung von Inhalten sind Art. 249 § 2 EGBGB nicht zu entnehmen.¹⁰² Insofern ergibt sich durch das neue Bauvertragsrecht keine Änderung.

⁹⁶ Es ist davon auszugehen, dass der von dem Verbraucher erwartbare Qualitätsstandard geschuldet wird. Vgl. *Krauss*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 3226.

⁹⁷ *BeckOGK/Merkle*, 1. Ed., Stand 1.2.2018, § 631 BGB, Rn. 388 f.; *Ganten/Jansen/Voit/Jansen*, 3. Aufl. 2013, § 1 VOB/B, Rn. 37-41.

⁹⁸ Für das Dach eines Objektes gilt danach, dass die konkrete Baukonstruktion darzustellen ist. Eine rein funktionale Beschreibung ist nicht vorgesehen. Vgl. dazu noch unter D. IV.4.b)ee).

⁹⁹ *Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle, 6. Aufl. 2018, Teil B. Rn. 442 c; krit. zum verbleibenden Spielraum für eine funktionale Leistungsbeschreibung auch *Langen/Berger/Dauner-Lieb/Rückert*: Kommentar zum neuen Bauvertragsrecht, 2018, § 249 BGB Rn. 5.

¹⁰⁰ *Basty*, Der Bauträgervertrag, 9. Aufl. 2018, Rn. 122.

¹⁰¹ *Westphalen*, Graf von/*Thüsing*, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 40. El. Oktober 2017, 1. Gebot der Verständlichkeit, Rn. 6.

¹⁰² Vgl. hierzu in Bezug auf das Textformerfordernis schon unter D.I.1.b).

Die Verwendung der in Art. 249 § 2 Abs. 1 S. 2 EGBGB vorgegebenen Reihenfolge und Struktur für die Baubeschreibung hat allerdings den Vorteil, dass ein Abgleich mit den exemplarisch geforderten Mindestangaben leichter fällt. Zudem ist der Vorwurf einer unstrukturierten Darstellung im Sinne eines Verstoßes gegen das Gebot der Klarheit schwer zu führen, wenn sich der Unternehmer an der Gliederung aus dem Gesetz orientiert hat.

cc) Mindestinhalte, die „gegebenenfalls“ mitzuteilen sind

In Art. 249 § 2 Abs. 1 S. 2 EGBGB wird ein Mindestkatalog an Informationen aufgestellt, die die Baubeschreibung enthalten soll. Diese Angaben sind gem. § 249 § 2 Abs. 1 S. 1 BGB nicht abschließend. Es sind aber auch nicht sämtliche Angaben des Art. 249 Abs. 1 S. 2 EGBGB bei jedem Bauvorhaben zu tätigen. Die Angaben gem. den Ziffern 4, 6, 7 und 9 müssen lediglich „gegebenenfalls“ erfolgen. „Gegebenenfalls“ bedeutet in diesem Fall, dass die Angaben nur erfolgen müssen, wenn sie für das konkrete Bauvorhaben auch tatsächlich relevant sind.¹⁰³ Relevanz dürfte man einer Angabe konsequenter Weise zusprechen, wenn diese eine wesentliche Eigenschaft iSd S. 1 des angebotenen Werks darstellt.¹⁰⁴ Für die Praxis handhabbarer, wenn auch ungenauer, könnte man formulieren, dass bestimmte Angaben nicht erforderlich sind, sofern die betreffenden Leistungen tatsächlich nicht anfallen.¹⁰⁵ So können die Angaben zu Sanitäröbekten entfallen, wenn lediglich der Bau einer Garage in Auftrag gegeben wird.¹⁰⁶ Schwieriger wird es bei der Frage, in welchem Umfang zu den einzelnen Punkten des Art. 249 § 2 Abs. 1 S. 2 EGBGB in der Baubeschreibung konkrete Ausführungen getroffen werden müssen.

dd) Weitere Anhaltspunkte und Hilfestellungen

Neben Art. 249 § 2 Abs. 1 S. 2 BGB finden sich kaum weitere gesetzliche Anhaltspunkte für den Mindestinhalt der Baubeschreibung. Orientierungshilfe bietet allenfalls das Architektenrecht.¹⁰⁷ Der Architekt schuldet gem. § 34 Abs. 3 und 4 iVm Anlage 10 Nr. 10.1 HOAI als Grundleistung der Leistungsphase 3 eine Objektbeschreibung. Bei dieser ordnungsgemäßen Objektbeschreibung des Architekten stehen allerdings die Baukosten im Fokus, so dass die Objektbeschreibung allein alle wesentlichen Merkmale enthalten muss, die Einfluss auf die Baukosten haben. Der Architekt orientiert sich für die Objektbeschreibung unter anderem an der DIN 276 Teil 2. Diese dient der Zusammenstellung und Aufgliederung von Kostenermittlungen bei Hochbauten. Unter Teil 2 ist die für das Bauwerk relevante Kostengruppe 3 ange-

geben. Die Gliederungsebene 2 dieser DIN-Norm gibt zumindest einen Anhaltspunkt für die relevanten Inhalte gem. Art. 249 § 2 Abs. 1 S. 2 EGBGB. Danach sind bspw. zur Baukonstruktion (3.1) die Gründung, Tragkonstruktionen, Installationen, zentrale Betriebstechnik, betriebliche Einbauten und besondere Bauausführungen anzugeben.

Zu erwähnen ist, dass der Bauträger die Erstellung einer Objektbeschreibung als Grundleistung der Leistungsphase 3 im Rahmen der Entwurfsplanung von seinem Architekten ohne zusätzliche Vergütung verlangen kann. Die Fertigung einer textlichen Baubeschreibung bspw. für die Vermarktung oder aber die Erfüllung der vorvertraglichen Informationspflichten ist hingegen nicht Teil der Grundleistungen, die der Architekt zu erbringen hat, und damit besonders zu vergüten.¹⁰⁸ Gleiches gilt für das Aufstellen einer detaillierten Objektbeschreibung als Grundlage der Leistungsbeschreibung in der Leistungsphase 5 (Ausführungsplanung). Der Bauträger muss die Baubeschreibung zur Erfüllung seiner vorvertraglichen Pflichten daher entweder selbst erstellen bzw. vervollständigen oder aber dem Architekten die Erstellung als besondere Leistung vergüten.

b) Mindestinhalte gem. Art. 249 § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB

aa) (Nr. 1) allgemeine Beschreibung des herzustellenden Gebäudes oder der vorzunehmenden Umbauten, ggf. Haustyp und Bauweise

Art. 249 § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB gibt vor, dass die Baubeschreibung zunächst eine allgemeine Beschreibung des Bauwerks enthalten muss. Anzugeben ist, ob es sich um eine Neubau- oder eine Umbaumaßnahme handelt.¹⁰⁹ Bei einem Umbau muss dessen Zweck (bspw. Erweiterung oder Modernisierung) angegeben werden.¹¹⁰ Ggf. sind Haustyp und Bauweise zu nennen – Haustyp, sofern es sich um die Errichtung eines Hauses handelt, Bauweise, sofern unterschiedliche Bauweisen in Betracht kommen. Es ist also bspw. zu beschreiben, ob es sich um ein Einfamilienhaus, ein Mehrfamilienhaus, ein Reihenhaus oder bspw. ein Doppelhaus handelt.¹¹¹ Als Bauweise kommt unter anderem die Massiv- oder Fertigbauweise in Betracht.¹¹²

Das Objekt ist allgemein zu beschreiben, so dass Unterkellerung, Dachform und Anbauten (bspw. ein Balkon) zu nennen sind.¹¹³ Auch die Nutzungsart sollte angegeben werden (bspw. Wohnen).¹¹⁴ Qualitätsmerkmale sind in der allgemeinen Beschreibung nicht zu nennen, diese fallen un-

103 BeckOGK/Merkle, 1. Ed., Stand 1.2.2018, § 249 § 2 BGB, Rn. 8; Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, 6. Aufl. 2018, Rn. 442 a.

104 Vgl. dazu unter D.IV.1.

105 Langen/Berger/Dauner-Lieb/Rückert, Kommentar zum neuen Bauvertragsrecht, 2018, Art. 249 EGBGB, Rn. 5. Diese Definition ist in der Praxis leichter zu handhaben und dürfte auch in den allermeisten Fällen zu demselben Ergebnis führen. Sie erfasst jedoch auch Leistungen, die tatsächlich anfallen, aber im Einzelfall für den Verbraucher unwesentlich sind.

106 Vgl. Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, 6. Aufl. 2018, Rn. 442 a.

107 Erwähnt sei, dass (auch in bautechnischer Hinsicht) eine Vielzahl hilfreicher Literatur zur Erstellung von Baubeschreibungen Anhaltspunkte bieten. Vgl. nur Muster-Baubeschreibung der Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V., 4. Aufl. Januar 2016, Oswald/Abel/Oswald/Spilker/Wilmes/Zöllner, Bauteilbeschreibungen im Bauträgervertrag, Empfehlungen zur Formulierung einer Baubeschreibung, 2014 (Stand Oktober 2013).

108 Fuchs/Berger/Seifert/Seifert/Fuchs/Preussner, HOAI, 1. Aufl. 2016, § 3, Rn. 130.

109 BeckOGK/Merkle, 1. Ed., Stand 1.2.2018, § 249 § 2 EGBGB, Rn. 10; MüKoBGB/Busche, 7. Aufl. 2018, § 650 j BGB, Rn. 4.

110 BeckOGK/Merkle, 1. Ed., Stand 1.2.2018, § 249 § 2 EGBGB, Rn. 10.

111 Schulze/Grziwotz/Lauda/Matthias Meindl/Mathias Schmid, Anhang zu §§ 631 ff. BGB, Reform des Werkvertragsrechts, Reformvorschlag § 650hi, 650j (BT-Drs. 18/8486 v. 18.5.2016), Rn. 1.

112 MüKoBGB/Busche 7. Aufl. 2018, § 650 j BGB Rn. 4; Schulze/Grziwotz/Lauda/Matthias Meindl/Mathias Schmid, Anhang zu §§ 631 ff. BGB, Reform des Werkvertragsrechts, Reformvorschlag § 650hi, 650j (BT-Drs. 18/8486 v. 18.5.2016), Rn. 1, schlägt hier bereits die Angabe des prinzipiellen Baumaterials vor.

113 MüKoBGB/Busche, 7. Aufl. 2018, § 650 j BGB, Rn. 4.

114 Schulze/Grziwotz/Lauda/Matthias Meindl/Mathias Schmid, Anhang zu §§ 631 ff. BGB, Reform des Werkvertragsrechts, Reformvorschlag § 650hi, 650j (BT-Drs. 18/8486 v. 18.5.2016), Rn. 1.

ter Nr. 8. Lage des Grundstücks, Grundbuchangaben und Größe sind Gegenstand des Vertragstextes und müssen nicht in der Baubeschreibung aufgeführt sein.¹¹⁵

Viele der in Nr. 1 geforderten Angaben werden sich auch aus den beizufügenden Plänen und Schnitten oder aber aus dem Gesamtzusammenhang ergeben. Dennoch fordert der Gesetzgeber gem. Nr. 1 eine allgemeine Baubeschreibung. Sie kann daher zur Wahrung des Klarheitsgebotes zumindest empfohlen werden.

bb) (Nr. 2) Art und Umfang der angebotenen Leistungen, ggf. der Planung und der Bauleitung, der Arbeiten am Grundstück und der Baustelleneinrichtung sowie der Ausbaustufe

Art. 249 § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB fordert die Angabe der Art und des Umfangs der angegebenen Leistungen. Auch wenn, wie bereits dargestellt,¹¹⁶ kein rechtlicher Bezug besteht, kann man sich hier zur Wahrung der Vollständigkeit zumindest hilfsweise an der gem. DIN 276 aufzustellenden Kostenschätzung des Architekten orientieren.¹¹⁷

Des Weiteren werden ggf. Angaben zur Planung und zur Bauleitung gefordert. Unter Angaben zur Planung sind nicht solche der fertigen Planung zu verstehen, sondern vielmehr weitere erforderliche Planungsleistungen zur Erzielung des Werkerfolgs.¹¹⁸ Welche konkreten Planungsleistungen noch zu erbringen sind, dürfte für den Verbraucher bei einem klassischen Bauträgervertrag nicht wesentlich sein. Entscheidend wird für ihn sein, wer die noch erforderlichen Planungsleistungen für den geschuldeten Werkerfolg zu erbringen hat. Beim Bauträgervertrag ist dies der Bauträger. Es muss die Angabe in der Baubeschreibung genügen, dass dieser alle Planungsleistungen übernimmt, die im Anschluss an den Planungsstand bei Beauftragung zur Errichtung des Bauvorhabens noch erforderlich sind. Gesetzgeberisches Ziel ist die Vergleichbarkeit der Baubeschreibung.¹¹⁹ Sofern die Baubeschreibung ausweist, dass der Bauträger alle weiteren erforderlichen Planungsleistungen erbringt, ist dieser Schutzzweck bei einem Bauträgervertrag gewahrt. Dem Verbraucher wird es nicht auf die erforderlichen Planungsleistungen, sondern vielmehr auf eine eindeutige Beschreibung des Vertragsobjekts ankommen. Gleiches gilt für die Bauleitung. Es ist allein anzugeben, wem die Bauleitung obliegt, nicht wie diese Leistung konkret erbracht wird.

Die in Nr. 2 geforderte Angabe der Arbeiten am Grundstück erfasst insbesondere das Freimachen, Herrichten und Erschließen des Grundstücks, während die Außenanlagen noch unter Nr. 9 aufgeführt werden. Auch für die geforderten Angaben zur Baustelleneinrichtung sollte

beim Bauträgervertrag die Vereinbarung genügen, dass der Bauträger alle Maßnahmen der Baustelleneinrichtung (Einrichten, Vorhalten, Betreiben und Räumen) übernimmt, die zur Errichtung des Bauvorhabens noch erforderlich sind.¹²⁰ Auch dies wird für den Verbraucher die wesentliche Angabe sein.

Die gem. Nr. 2 zuletzt noch anzugebende Ausbaustufe wird in der Praxis bspw. mit „bezugsfertig“, „Rohbauhaus“ oder „Ausbauhaus“ beschrieben. Diese Begriffe sind jedoch keine allgemeingültigen Definitionen, sondern werden teilweise unterschiedlich ausgelegt. Zur Klarstellung und zur Einhaltung des Gebotes der Klarheit ist daher eine konkrete Beschreibung der Ausbaustufe zu empfehlen, anderenfalls gehen Auslegungszweifel zu Lasten des Unternehmers.¹²¹

cc) (Nr. 3) Gebäudedaten, Pläne mit Raum- und Flächenangaben sowie Ansichten, Grundrisse und Schnitte

Zu den gem. Ziffer 3 anzugebenden Gebäudedaten gehören Angaben zur umbauten Fläche (m³), zur Wohnfläche (m²) und zur Nutzfläche.¹²² Die Flächen- und Raumangaben sind explizit als Planinhalt genannt. Eine gesonderte Aufstellung in der textlichen Baubeschreibung ist daher nicht erforderlich.¹²³

Auch möglich ist die Angabe der Wohnfläche in der Vertragsurkunde.¹²⁴ Da explizit Flächenangaben gefordert werden, dürfte die Angabe von Maßen, mit der eine Berechnung der Wohnflächen durch den Verbraucher möglich wäre, nicht genügen.¹²⁵

Neben Flächen- werden auch Raumangaben verlangt. Aufgrund des unmittelbaren Zusammenhangs dürften hier auch Maßangaben gemeint sein, nicht etwa Funktionsbeschreibungen der Räume. Als relevante Raumangabe ist der Brutto-Rauminhalt des Gesamtobjekts zu nennen. So ist dieser Wert auch bei der Wertermittlung von Gebäuden nach dem Sachwertverfahren relevant.¹²⁶ Auch wird vertreten, dass die Raumhöhe anzugeben ist.¹²⁷ Dies ergibt sich nicht zwingend aus Art. 249 § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BGB. Die Raumhöhe kann allerdings als wesentliche Eigenschaft betrachtet und somit gem. Art. 249 § 2 Abs. 1 S. 1 BGB anzugeben sein. Wie auch bei den Wohnflächen sollte die Berechnung der Raumangaben nicht dem Verbraucher überlassen werden.

Im Interesse des Auftragnehmers sollte insbesondere bei der Wohnfläche die zugrundeliegende Berechnungsmethode aufgezeigt werden. Gem. § 305 c Abs. 2 BGB

115 Oswald/Abel/Oswald/Spilker/Wilmes/Zöllner, Bauteilbeschreibungen, 2014 (Stand Oktober 2013), S. 30.

116 Vgl. hierzu bereits unter D. IV. 4. a) dd).

117 Zur Kostenberechnung müssen logischerweise sämtliche Leistungen nach Art und Umfang berücksichtigt werden. Die DIN 276 kann daher wenigstens als Anhaltspunkt bei Erstellung der Baubeschreibung dienen.

118 Bei einem Bauträgervertrag werden in der Regel zumindest Entwurfs- und Genehmigungsplanung vorliegen, da die Genehmigungsplanung die erforderliche Planung zur Erlangung der Baugenehmigung ist. Die Ausführungsplanung enthält alle für die Ausführung notwendigen Einzelangaben (zeichnerisch und textlich), vgl. Fuchs/Berger/Seifert/Seifert/Fuchs/Preussner, § 34 HOAI, Rn. 172. Diese Ausführungsplanung, die insbesondere auch bis zum Ende der Bauausführung fortzuschreiben ist, liegt bei Beauftragung der bauausführenden Unternehmen noch nicht zwingend vor.

119 BT-Drs. 18/8486, S. 62.

120 Orientiert man sich an der Kostengruppe 391 der DIN 276, umfasst die Baustelleneinrichtung unter anderem das Einrichten, Vorhalten, Betreiben und Räumen der übergeordneten Baustelleneinrichtung, zB Material- und Geräteschuppen, Lager-, Wasch-, Toiletten- und Aufenthaltsräume, Bauwagen, Misch- und Transportanlagen, Energie- und Bauwasseranschlüsse, Baustraßen, Lager- und Arbeitsplätze, Verkehrssicherungen, Abdeckungen, Bauschilder, Bau- und Schutzzäune, Baubeleuchtung und Schuttbeseitigung.

121 So wird auch in der Muster-Baubeschreibung der Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e. V. eine genaue Absprache zur Ausbaustufe empfohlen, 4. Aufl. Januar 2016, S. E26.

122 BeckOGK/Merkle, 1. Ed., Stand 1.2.2018, Art. 249 § 2 EGBGB, Rn. 14; MüKoBGB/Busche, 7. Aufl. 2018, § 650 j BGB Rn. 6.

123 MüKoBGB/Busche, 7. Aufl. 2018, § 650 j BGB, Rn. 6.

124 Basty, Der Bauträgervertrag, 9. Aufl. 2018, Rn. 900.

125 So wohl noch: OLG Hamm NJW-RR 2002, 415; vgl. auch Basty, Der Bauträgervertrag, 9. Aufl. 2018, Rn. 900.

126 Drosdzol ZEV 2008, 10 (14).

127 Palandt/Sprau, Art. 249 § 2, 77. Aufl. 2018, Rn. 4.

dürfte mangels Festlegung anderenfalls die für den Auftragnehmer ungünstigste Berechnungsmethode zur Anwendung gelangen.¹²⁸ Wird eindeutig eine anerkannte Berechnungsmethode angegeben, kann sich der Erwerber unter Berücksichtigung des Klarheitsgebots gem. Art. 249 § 1 EGBGB grundsätzlich nicht darauf berufen, dass eine verbreitetere Berechnungsmethode zu einem höheren Ergebnis geführt hätte. Allein für den Experten muss die Abweichung erkennbar sein. Der Erwerber kann die Berechnungsmethode des Unternehmers bei Zweifeln hinterfragen.¹²⁹

dd) (Nr. 4) Ggf. Angaben zum Energie-, zum Brandschutz- und zum Schallschutzstandard sowie zur Bauphysik

Der Energiestandard wird zumeist mit einem Hinweis auf die aktuelle Energieeinsparverordnung festgelegt. Auch die Bezeichnung als Passiv- Niedrigenergie- oder KfW-Effizienzhaus (bspw. 40, 55 oder 70) sind Kategorien, mit denen zumindest ein Experte einen Eindruck von dem geschuldeten Energiestandard gewinnen kann.¹³⁰ Auch hier ist Vorsicht geboten, da andere Begriffe, wie zum Beispiel der des „Energiesparhauses“, keine verbindliche Vorgabe treffen. Idealerweise wird der Energiebedarf gemäß einem zugrundeliegenden Energiebedarfsausweis konkret bezeichnet.¹³¹ Brandschutz- und Schallschutzstandards erfordern regelmäßig die Bezugnahme auf technische Regelwerke oder auf die allgemein anerkannten Regeln der Technik.¹³² Einem Experten, der laut Gesetzgeber im Zweifel zu Rate zu ziehen ist, dürfte bekannt sein, was den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht, so dass diese Angabe genügen dürfte und im Übrigen auch den Erwartungen des Verbrauchers entspricht.¹³³ Angaben zur Bauphysik umfassen insbesondere Angaben zum Wärme- und Schallschutz. Hier sind ggf. besondere Maßnahmen zu beschreiben, wie der Einsatz bestimmter Baustoffe oder eine bestimmte Bauweise, um diese Maßgaben zu verbessern.¹³⁴ Da Energie- und Schallschutzstandard bereits gesondert erwähnt werden, sind hier allerdings nur ggf. besondere Angaben zu tätigen.

ee) (Nr. 5) Angaben zur Beschreibung der Baukonstruktionen aller wesentlichen Gewerke

Ziffer 5 schreibt Angaben zur Baukonstruktion aller wesentlichen Gewerke vor.¹³⁵ Bei einem Satteldach sollte bspw. angegeben werden, ob dieses als Holzkonstruktion

errichtet wird. Weiter ist die konkrete Konstruktion anzugeben (Sparren-, Pfetten- oder Binderdach). Der Experte kann daran zB erkennen, ob ggf. Stützen den Innenraum beeinträchtigen.¹³⁶ Zu unterscheiden ist immer, ob es sich um eine Information handelt, die für den Verbraucher wesentlich ist, was bei einer Beeinträchtigung des Innenraums der Fall sein wird. Diese Information ist für den Angebotsvergleich erforderlich.

Auch hinsichtlich der Baukonstruktion kann für viele konstruktive Merkmale auf technische Normen oder aber die allgemein anerkannten Regeln der Technik verwiesen werden, sofern diese eine klare Regelung des Leistungsinhalts darstellen.

ff) (Nr. 6) gegebenenfalls Beschreibung des Innenausbau

Zum Innenausbau gehören insbesondere Estrich-, Innenputz-, Fliesen-, Bodenbelags-, Schreiner-, Maler-, Lackierer- und Trockenbauarbeiten.¹³⁷

gg) (Nr. 7) gegebenenfalls Beschreibung der gebäudetechnischen Anlagen

Zur Gebäudetechnik sind Angaben zu tätigen, soweit diese im Auftrag enthalten ist. *Merkle* definiert gebäudetechnische Anlagen als jene Anlagen, die im weiteren Sinne dazu dienen, die Funktionsfähigkeit eines Gebäudes zu gewährleisten.¹³⁸ Das sind Anlagen zur Energieversorgung, zur Klimatisierung und Belüftung, zur Wasserversorgung und Abwasserentsorgung, zur Entsorgung von Abfall, aber auch zur Sicherung von Gebäuden.¹³⁹

hh) (Nr. 8) Angaben zu Qualitätsmerkmalen, denen das Gebäude oder der Umbau genügen muss

Art. 249 § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB fordert weiter Angaben zu Qualitätsmerkmalen, denen das Gebäude oder der Umbau genügen muss. Welche Qualität geschuldet wird, ist oftmals maßgeblicher Streitpunkt zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber, ohne dass ein konkreter technischer Mangel vorliegt.¹⁴⁰ Denn der Qualitätsstandard des Vertragsobjekts ist ein wesentliches Auslegungsmerkmal. Der BGH führt hierzu aus: „Leistungsbeschreibungen in Bauträgerverträgen sind nicht abschließend. Viele Details der Ausführung sind in ihnen nicht erwähnt oder genauer beschrieben. Daraus, dass ein bestimmtes Ausführungsdetail nicht erwähnt ist, kann nicht ohne Weiteres geschlossen werden, dass es nicht geschuldet ist. [...] Entspricht das versprochene Bauwerk dem üblichen Qualitäts- und Komfortstandard, kann der Besteller in der Regel auch die Ausführung nicht näher beschriebener Details in diesem Standard verlangen und muss sich nicht mit einem Mindeststandard zufriedengeben.“¹⁴¹

Art. 249 § 2 S. 1 Nr. 8 BGB fordert keine Qualitätsangabe für jede einzelne angebotene Leistung. So sollen sich die

128 *Basty* Der Bauträgervertrag, 9. Aufl. 2018, Rn. 903; BGH NJW 2010, 293.

129 *Basty* Der Bauträgervertrag, 9. Aufl. 2018, Rn. 905.

130 BeckOGK/*Merkle*, 1. Ed., Stand 1.2.2018, Art. 249 § 2 EGBGB, Rn. 18; MüKoBGB/*Busche*, 7. Aufl. 2018, § 650 j BGB, Rn. 7.

131 Muster-Baubeschreibung der Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e. V., 4. Aufl. Januar 2016, S. E32-33.

132 MüKoBGB/*Busche*, 7. Aufl. 2018, § 650 j BGB, Rn. 7.

133 In *Oswald/Abel/Oswald/Spilker/Wilmes/Zöller*, Bauteilbeschreibungen, S. 17, wird folgendes Beispiel aufgeführt: „Ist z. B. das Gebäude mit einem Flachdach der Anwendungskategorie K2 (höherwertige Dachkonstruktion) versehen und soll eine der üblichen Bitumen- oder Kunststoffabdichtungen verwendet werden, so braucht in der Baubeschreibung weder Genaueres zu den Baumaterialien noch zu deren Verlegetechnik dargestellt zu werden. Diese Details sind in Regelwerken (DIN 18531 – Dachabdichtungen; Richtlinien des deutschen Dachdeckerhandwerks; Verlegerichtlinien der Bahnenhersteller) als anerkannte Regeln der Technik niedergelegt.“

134 MüKoBGB/*Busche*, 7. Aufl. 2018, § 650 j BGB, Rn. 7.

135 Hilfsweise kann für den Begriff der Baukonstruktion wiederum die DIN 276 – Kostengruppe 300 – hinzugezogen werden. Vgl. dazu die Ausführungen unter D. IV.4.a)dd).

136 Muster-Baubeschreibung der Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e. V. 4. Aufl. Januar 2016, S. E26.

137 BeckOGK/*Merkle*, 1. Ed., Stand 1.2.2018, Art. 249 § 2 EGBGB, Rn. 19; MüKoBGB/*Busche*, 7. Aufl. 2018, § 650 j BGB, Rn. 7; Muster-Baubeschreibung der Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e. V., 4. Aufl. Januar 2016, S. F63 ff.

138 MüKoBGB/*Busche*, 7. Aufl. 2018, § 650 j BGB, Rn. 10.

139 MüKoBGB/*Busche*, 7. Aufl. 2018, § 650 j BGB, Rn. 10.

140 *Oswald/Abel/Oswald/Spilker/Wilmes/Zöller*, Bauteilbeschreibungen, S. 16.

141 BGH NJW 2014, 620.

Qualitätsmerkmale nach dem Wortlaut auf das Gebäude oder den Umbau beziehen und nicht auf die angebotenen Leistungen oder Gewerke. Zu fordern sind daher vor allem allgemeine Ausführungen zum Qualitätsstandard des Gebäudes, wie bspw. „mittlerer Standard“ oder „gehobener Standard“. Wichtig ist für den Unternehmer zudem, dass ein deutlicher Hinweis in der Baubeschreibung erfolgen muss, sofern einzelne Leistungen von dem vorgegebenen Standard abweichen.¹⁴²

ii) (Nr. 9) gegebenenfalls Beschreibung der Sanitär-objekte, der Armaturen, der Elektroanlage, der Installationen, der Informationstechnologie und der Außenanlagen

Die Vorgabe des Art. 249 § 2 S. 1 Nr. 9 BGB erscheint auf den ersten Blick überflüssig, sind doch Innenausbau und gebäudetechnische Anlagen bereits in Nr. 6 und Nr. 7 genannt. Nr. 9 nennt jedoch Punkte, die für den Verbraucher gerade bei Bauträgerverträgen häufig von besonderer Bedeutung sind, da diese das Objekt individualisieren und häufig Mehrkosten verursachen. Gerade bei Sanitär-objekten und Armaturen sowie der Elektroinstallation werden oftmals Sonderwünsche beauftragt, für die in der Regel kein freier Wettbewerb mehr besteht. Der Verbraucher soll hier zumindest im Vorfeld wissen, was im Leistungsumfang enthalten ist, damit vorab geklärt werden kann, welche Kosten bei Änderungswünschen entstehen. Es gilt die gesetzgeberische Entscheidung, eine möglichst hohe Vergleichbarkeit des Angebots zu erzielen. Gleiches gilt für die Außenanlagen, die als weiterer Kostenpunkt nach Abschluss der Bauarbeiten häufig unterschätzt werden. Der Verbraucher soll wissen, in welchem Umfang diese durch den Unternehmer umgesetzt werden. Es empfiehlt sich auch ein Hinweis, falls die Außenanlagen allein durch den Verbraucher herzustellen sind.

5. Verbindlicher Fertigstellungszeitpunkt

Gem. § 650 k Abs. 3 BGB hat der Verbraucherbauvertrag nunmehr zudem verbindliche Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Werks oder, wenn dieser Zeitpunkt zum Zeitpunkt des Abschlusses des Bauvertrags¹⁴³ nicht angegeben werden kann, zur Dauer der Bauausführung zu enthalten. Gleiches regelt Art. 249 § 2 Abs. 2 S. 1 EGBGB, nicht für den Bauvertrag, sondern für die Baubeschreibung.

a) Begriff der Fertigstellung

Grundsätzlich ist ein fixes Datum für die Fertigstellung anzugeben.¹⁴⁴ Wann Fertigstellung iSd § 650 k Abs. 3 BGB vorliegt, definiert das Gesetz allerdings nicht.

Eine Anknüpfung in systematischer Hinsicht hilft nur bedingt weiter. So findet sich der Begriff der Fertigstellung auch in § 640 Abs. 2 BGB nF. Der Gesetzgeber führt zu § 640 Abs. 2 BGB nF aus, dass von einer Fertigstellung auszugehen ist, „wenn das Werk nach der vertraglichen Vereinbarung der Parteien als „fertig“ anzusehen ist“. Das

Werk sei als „fertig“ anzusehen, „wenn die im Vertrag genannten Leistungen abgearbeitet beziehungsweise erbracht sind – unabhängig davon, ob Mängel vorliegen oder nicht.“ Der Gesetzgeber stellt klar, dass sich der Begriff der Fertigstellung damit ausdrücklich von dem Begriff der Fertigstellung in § 3 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 der Makler- und Bauträgerverordnung unterscheidet, der voraussetzt, dass sämtliche Arbeiten erbracht und alle wesentlichen Mängel behoben worden seien.¹⁴⁵ Fertigstellung iSd § 640 Abs. 2 BGB kann hingegen auch vorliegen, wenn noch wesentliche Mängel vorhanden sind.¹⁴⁶

Es erscheint zweifelhaft, ob diese Auslegung auch für den anzugebenden Fertigstellungszeitpunkt zugrunde zu legen ist.¹⁴⁷ Dies hätte zur Folge, dass der Bauträger einen Fertigstellungszeitpunkt nennen könnte, zu dem noch wesentliche Mängel vorhanden sein können.¹⁴⁸ Daher ist vielmehr eine unabhängige Auslegung des Fertigstellungsbegriffs in § 650 k Abs. 3 BGB unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der Norm geboten. Nach der Gesetzesbegründung der Regierung ist für den Verbraucher entscheidend, dass dieser Planungssicherheit erhält. Exemplarisch wird die Finanzierung des Bauprojekts, die Kündigung des bisherigen Mietvertrags und die Planung des Umzugs genannt.¹⁴⁹ Bei einem Verbraucherbauvertrag ist Planungssicherheit in Bezug auf diese Punkte in der Regel gegeben, wenn die Gegenleistung fällig und der Bezug der Immobilie möglich ist. Dies dürfte grundsätzlich mit Abnahmereife der Fall sein, da die Abnahme fälligkeit begründet und die Leistung zu diesem Zeitpunkt frei von wesentlichen Mängeln sein muss.¹⁵⁰ Bei einem Verbraucherbauvertrag wird der Verbraucher nicht erwarten oder voraussetzen, dass zu dem vertraglich festgelegten Zeitpunkt keinerlei Restmängel mehr vorhanden sind.¹⁵¹

Insbesondere beim Bauträgervertrag stößt die Anknüpfung an die Abnahmereife jedoch auf Schwierigkeiten. Der zivilrechtliche Begriff der Fertigstellung trifft auf die der MaBV zu entnehmenden Begriffe der Bezugsfertigkeit und der vollständigen Fertigstellung. Bei einem Verbraucherbauvertrag, der nicht Bauträgervertrag ist, fallen Bezugsfertigkeit und Fälligkeit der gesamten Vergütung bei Anwendung der gesetzlichen Regelung zusammen, und zwar auf den Zeitpunkt der Abnahme.¹⁵² Die MaBV trifft hingegen eine abweichende Regelung, indem nach Bezugsfertigkeit beispielsweise weitere 3,5 % des Gesamtpreises erst bei vollständiger Fertigstellung fällig werden können.

Um den Umzug und ggf. die Kündigung eines Mietverhältnisses planen zu können, ist für den Verbraucher die Bezugsfertigkeit des Objekts maßgeblich und voraussichtlich von größerer Bedeutung als die vollständige Fertigstellung. Für die Finanzierung ist jedoch der Termin der vollständigen Fertigstellung ebenfalls von entscheidender Bedeutung, um bei Darlehensaufnahme eine bereitstellungszins-

142 Oswald/Abel/Oswald/Spilker/Wilmes/Zöller, Bauteilbeschreibungen, S. 26 f.; MüKoBGB/Busche, 7. Aufl. 2018, § 650 j BGB, Rn. 11; Basty, Der Bauträgervertrag, 9. Aufl. 2018, Rn. 881.

143 Auch hier müsste eigentlich vom Verbraucherbauvertrag die Rede sein, vgl. Stretz, Das neue Bauvertragsrecht, § 5 Rn. 144, der von einem redaktionellen Versehen des Gesetzgebers spricht.

144 BeckOGK/Merkle, 1. Ed., Stand 1.2.2018, § 650 k BGB, Rn. 19-22; Stretz, Das neue Bauvertragsrecht, § 5 Rn. 140.

145 BT-Drs. 18/8486, S. 49.

146 Nach *Esbjörnsson* notar 2018, 91 (93), ist – angelehnt an § 640 Abs. 2 BGB nF – Fertigstellungszeitpunkt der Zeitpunkt, zu dem geplant ist, dass alle Leistungen erbracht sein werden.

147 DNotI-Report 2017, 137 (140); *Weber* notar 2017, 379 (385).

148 Zum Begriff der Fertigstellung im Sinne der MaBV und des BGB vgl. *Basty*, Der Bauträgervertrag, 9. Aufl. 2018, Rn. 535 ff., mwN.

149 BT-Drs. 18/8486, S. 62.

150 Auf die Abnahmepflicht abstellend: *Weber* notar 2017, 379 (385).

151 *Weber* notar 2017, 379 (385); vgl. auch DNotI-Report 2017, 137 (140).

152 Mit § 650 g Abs. 4 S.1 Nr. 2 BGB nF ist im Bauvertragsrecht die Voraussetzung der prüffähigen Schlussrechnung hinzugekommen.

freie Zeit einkalkulieren zu können. Daher ist es unter Berücksichtigung des Schutzzwecks des § 630 k Abs. 3 BGB hinreichend und auch zu empfehlen, für den Bauträgervertrag sowohl ein Datum für die Bezugsfertigkeit, als auch ein Datum für die vollständige Fertigstellung zu nennen, vorausgesetzt es ist ein Zahlungsplan gem. § 3 Abs. 2 MaBV vereinbart.¹⁵³

§ 650 k Abs. 3 BGB normiert jedoch keine Pflicht zur Angabe beider Termine.¹⁵⁴ Dies wird unter der Voraussetzung vertreten, dass bei Bezugsfertigkeit auch die Besitzübergabe vereinbart ist.¹⁵⁵ Unter Berücksichtigung des größtmöglichen Verbraucherschutzes ist dieser Ansicht zuzustimmen. Dem entgegenzuhalten ist jedoch, dass auch in einem Verbraucherbaupvertrag, der kein Bauträgervertrag ist, bei Vereinbarung eines entsprechenden Ratenzahlungsplanes eine vergleichbare Interessenlage eintreten kann. Es kann jedoch nicht für jeden Verbraucherbaupvertrag mit individuellem Ratenzahlungsplan eine individuelle Regelung zur Angabe von Fertigstellungsterminen bestehen. Es ist eine Vielzahl von Zahlungsvereinbarungen denkbar, bei denen das Schutzinteresse des Verbrauchers im Hinblick auf die Angabe ggf. mehrerer Termine zu berücksichtigen wäre.¹⁵⁶ Im Übrigen ist es dem Bauträger überlassen, Bezugsfertigkeits- und Fertigstellungsrate gemeinsam fällig werden zu lassen, Zug um Zug gegen Abnahme des Vertragsobjekts. In diesem Fall wäre es für den Erwerber nur verwirrend, wenn zusätzlich ein Bezugsfertigkeitstermin angegeben wird, da in diesem Fall ein vorzeitiger Einzug vertraglich nicht gestattet ist.¹⁵⁷ Nutzt der Bauträger diese als zulässig zu erachtende Gestaltungsmethode, besteht auch bei einem Bauträgervertrag nur ein relevanter Fertigstellungstermin.

Es besteht danach keine Pflicht gem. § 650 k Abs. 3 S. 1 BGB, die Bezugsfertigkeit terminlich festzulegen. Auch besteht keine Pflicht, den Fertigstellungstermin im Verbraucherbaupvertrag näher zu definieren.¹⁵⁸

Soll im Bauträgervertrag danach nur ein Fertigstellungstermin angegeben werden, ist der Termin zu nennen, an dem das Werk vollständig fertiggestellt sein wird. Der Verbraucher ist zwar bei einem klassischen Bauträgervertrag vornehmlich an dem Termin der Bezugsfertigkeit interessiert.¹⁵⁹ Da jedoch für den Bauträgervertrag – wie zuvor ausgeführt – keine eigenständige Auslegung des § 650 k Abs. 3 BGB geboten ist, ist auch hier an den zivilrechtlichen Begriff der Fertigstellung gem. § 650 k Abs. 3 BGB, mithin an die Abnahmereife anzuknüpfen.¹⁶⁰ Mit der vollständigen Fertigstellung besteht die größtmögliche Planungssicherheit hinsichtlich der Nutzung und der Finanzierung des Objekts. Erst mit der vollständigen Fertigstel-

lung und nicht mit der Bezugsfertigkeit ist die gesamte Gegenleistung fällig. Daher entspricht die vollständige Fertigstellung im Sinne der MaBV unter Berücksichtigung des Leitbilds des § 641 BGB eher der Abnahmereife als die Bezugsfertigkeit.¹⁶¹ Dies gilt zumindest im Hinblick auf die gesamte geschuldete Leistung. Denn insbesondere, wenn Außenanlagen¹⁶² oder bspw. Stellplätze oder Garagen¹⁶³ noch nicht fertiggestellt sind, ist bei Bezugsfertigkeit nur eine Teilabnahme möglich,¹⁶⁴ jedoch keine Gesamtabnahme.

Um den Anforderungen des § 650 k Abs. 3 BGB zur Angabe eines Fertigstellungstermins zu genügen, ist zumindest der Termin der vollständigen Fertigstellung des Vertragsobjekts anzugeben, da zu diesem Zeitpunkt Fertigstellung im zivilrechtlichen Sinne eingetreten ist. Wie bereits ausgeführt, empfiehlt sich jedoch bei einem klassischen Bauträgervertrag als hinreichende Vertragsgestaltung die Angabe beider Termine, des Termins der Bezugsfertigkeit und der vollständigen Fertigstellung.

b) Fertigstellungsdauer

Nur wenn ein Fertigstellungszeitpunkt bei Abschluss des Bauvertrags nicht angegeben werden kann, besteht gem. § 650 k Abs. 3 S. 1 BGB die Möglichkeit, alternativ die Fertigstellungsdauer zu nennen. Als berechtigender Grund wird in der Gesetzesbegründung der Regierung exemplarisch eine vom Verbraucher einzuholende Genehmigung genannt.¹⁶⁵

Es stellt sich die Frage, wann es unter Berücksichtigung dieser einschränkenden Aussage noch zulässig ist, allein eine Fertigstellungsdauer anzugeben. Man könnte die Aussage aus der Gesetzesbegründung so verstehen, dass der Verbraucher für die fehlende Möglichkeit, einen konkreten Fertigstellungszeitpunkt anzugeben, verantwortlich sein muss. Unzulässig wäre nach dieser Abgrenzung die Angabe einer Fertigstellungsdauer, wenn auf die fehlende Erteilung einer Baugenehmigung abgestellt wird. Denn dieser Umstand ist nicht vom Verbraucher zu vertreten. Schon nach bisherigem Recht war umstritten, ob für den Fristbeginn auf die Erteilung der (bereits beantragten) Baugenehmigung abgestellt werden kann.¹⁶⁶ Mit der vorgenannten Aussage aus der Gesetzesbegründung der Regierung zu § 650 Abs. 3 BGB dürfte ein Argument für die Auffassung hinzutreten, dass es unzulässig ist, für den Fristbeginn einer Fertigstellungsdauer an die Erteilung der Baugenehmigung anzuknüpfen.¹⁶⁷ Zur Beschreitung des rechtssichersten Wegs sollte in diesem Fall ein fester Fertigstellungszeitpunkt vereinbart werden. Dabei ist der erwartete Zeitraum, den die Erteilung der Baugenehmigung in Anspruch nimmt, zu berücksichtigen. Der Auftragnehmer kann bei Berechnung des Termins einen entsprechenden Zeitpuffer einplanen, solange dieser nicht in eine AGB-rechtlich unzulässige unangemessen lange Frist umschlägt.¹⁶⁸ Ob der Unternehmer einen Fertigstellungszeit-

153 Vgl. *Basty*, Der Bauträgervertrag, 9. Aufl. 2018, Rn. 982; Beck-NotarHB/*Kutter*, 6. Aufl. 2015, A. II. Rn. 52; DNotI-Report 2017, 137 (140).

154 Herrler/Hertel/Kessler, DAI-Skript Immobilienrecht 2017/2018, S. 118.

155 *Weber*, notar 2017, 379 (385).

156 Herrler/Hertel/Kessler, DAI-Skript Immobilienrecht 2017/2018, S. 118.

157 Vgl. *Limmer/Hertel/Frenz/Mayer/Baumann*, WürzburgNotarHB, 5. Aufl. 2018, Rn. 123; *Basty*, Der Bauträgervertrag, 9. Aufl. 2018, Rn. 528; in dieser Gestaltungsvariante einen Verstoß gegen § 307 Abs. 1 BGB sehend: LG München MittBayNot 2017, 371.

158 DNotI-Report 2017, 137 (140).

159 Vgl. LG München MittBayNot 2017, 371.

160 So müsse auch nach BGH NJW 1998, 2967, die letzte Rate erst gezahlt werden, wenn der Bauträger „sämtliche Arbeiten erbracht und alle wesentlichen Mängel behoben“ habe. Danach geht die vollständige Fertigstellung nicht über die Abnahmereife hinaus.

161 *Basty*, Der Bauträgervertrag, 9. Aufl. 2018, Rn. 528.

162 OLG Hamm NJOZ 2004, 832.

163 OLG Hammn MittRhNotK 1995, 142.

164 *Basty*, Der Bauträgervertrag, 9. Aufl. 2018, Rn. 1029.

165 BT-Drs. 18/8486, S. 63.

166 Dies grundsätzlich bejahend: *Basty*, Der Bauträgervertrag, 9. Aufl. 2018, Rn. 977, mwN.

167 Nach *Weber* notar 2017, 379 (385), ist eine Anknüpfung an die Erteilung der Baugenehmigung weiter möglich.

168 Kersten/Bühling/Wolfsteiner, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 25. Aufl. 2016, § 33 Rn. 60.

punkt angeben, sich jedoch daneben ein Rücktrittsrecht vorbehalten kann,¹⁶⁹ erscheint fraglich. Tritt für den Verbraucher aufgrund des vorbehaltenen Rücktrittsrechts erst Rechtssicherheit ein, sobald die Baugenehmigung erteilt ist, stellt die Angabe eines Fertigstellungszeitpunkts keinen wesentlichen Mehrwert gegenüber der Angabe einer Fertigstellungsfrist dar, die erst nach Erteilung der Baugenehmigung beginnt. Beide Alternativen könnten gerade unter Berücksichtigung der Gesetzesbegründung der Regierung zu § 650 k Abs. 3 S. 1 BGB von der Rechtsprechung als unzulässig erachtet werden.

c) Angabe in Baubeschreibung und / oder Bauvertrag

Gem. § 650 k Abs. 3 BGB ist der Fertigstellungszeitpunkt bzw. die Fertigstellungsdauer im Bauvertrag anzugeben, gem. Art 249 § 2 Abs. 2 S. 1 BGB in der Baubeschreibung. § 650 k Abs. 3 BGB und Art. 249 § 2 Abs. 2 S. 1 BGB statuieren grundsätzlich die gleiche Pflicht. Ein Erfordernis, den Fertigstellungszeitpunkt gleichermaßen in der Baubeschreibung und im Bauvertrag – also zweimal – anzugeben, besteht jedoch damit nicht. Allein in zeitlicher Hinsicht soll eine doppelte Angabe erfolgen, nämlich zunächst vorvertraglich und sodann bei Vertragsschluss.

Es genügt für die vorvertragliche Pflicht, wenn der Fertigstellungszeitpunkt im Bauvertrag enthalten ist und dieser mit der Baubeschreibung übersandt wird. Wie bereits festgestellt, erfordert die einzuhaltende Textform nicht die Zusammenfassung aller Inhalte der Baubeschreibung in einem Dokument.¹⁷⁰ Der Fertigstellungszeitpunkt gilt danach auch als in der Baubeschreibung enthalten, wenn er in dem gleichzeitig mit der Baubeschreibung übersandten Vertragstext enthalten ist. Eine Angabe in der Baubeschreibung selbst könnte allein aus dem Gebot der Klarheit¹⁷¹ bzw. auch aus dem – wenn auch eingeschränkten – Gebot der Verständlichkeit¹⁷² resultieren. Eine eigenständige Regelung im Vertrag wird durch den Verbraucher jedoch im Zweifel sogar eher wahrgenommen, als eine Regelung in der Baubeschreibung.¹⁷³ Für den Bauträgervertrag ist daher die Pflicht zu einer doppelten Angabe bzw. einer Angabe im Textteil der Baubeschreibung zu verneinen.¹⁷⁴ Zur Bescheidung des rechtssichersten Weges empfiehlt es sich allenfalls, in die Baubeschreibung einen Verweis auf den im Vertragstext enthaltenen Fertigstellungstermin aufzunehmen.¹⁷⁵

d) Rechtsfolge bei fehlender Angabe

Enthält der Bauvertrag keine Angaben zum Fertigstellungszeitpunkt, werden gem. § 650 k Abs. 3 S. 2 BGB die vorvertraglich in der Baubeschreibung übermittelten Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Werks oder zur Dauer der Bauausführung Inhalt des Vertrags.

Für eine solche Regelung auch für notariell beurkundete Verträge bestand eigentlich kein Anlass. So ist auch § 650 k Abs. 1 BGB beim Bauträgervertrag ausdrücklich nicht anwendbar. Nach dieser Vorschrift werden sämtliche Angaben der vorvertraglich zur Verfügung gestellten Baubeschreibung in Bezug auf die Bauausführung Inhalt des Vertrags, es sei denn, die Vertragsparteien haben ausdrücklich etwas anderes vereinbart. In der Gesetzesbegründung der Regierung heißt es dazu: „Zu einer Anwendung [...], besteht kein Anlass, da aufgrund von § 311 b Absatz 1 Satz 1 der gesamte Vertragsinhalt – einschließlich der Baubeschreibung – notariell zu beurkunden ist. Damit wird die Baubeschreibung unmittelbar zum Vertragsinhalt.“¹⁷⁶

Nichts anderes dürfte eigentlich im Hinblick auf § 650 k Abs. 3 BGB gelten. Auch ein vereinbarter Fertigstellungstermin wird unmittelbar zum Vertragsinhalt und ist notariell zu beurkunden. Findet keine notarielle Beurkundung statt, genügt die Vereinbarung nicht der vorgesehenen Form und ist damit nichtig. Während § 650 k Abs. 1 BGB explizit aus dem Anwendungsbereich des Bauträgervertrages ausgenommen ist, findet die speziellere, sich allein auf den Fertigstellungszeitpunkt beziehende Vorschrift des § 650 k Abs. 3 S. 2 BGB auf den zu beurkundenden Bauträgervertrag jedoch dennoch Anwendung. Dies wird in rechtspolitischer und dogmatischer Hinsicht in Frage gestellt. Die Anwendbarkeit wird als systemwidrig und höchst bedenklich erachtet, da der Gesetzgeber aufgrund der bestehenden Beurkundungspflicht im Hinblick auf die gesamte Baubeschreibung eine Einbeziehung vorvertraglicher Informationen für nicht erforderlich erachtet, dies bei fehlender Angabe eines Fertigstellungszeitpunkts jedoch außer Acht lässt.¹⁷⁷

In der Literatur ist bereits umstritten, ob durch § 650 k Abs. 3 S. 2 BGB tatsächlich eine Durchbrechung des Beurkundungserfordernisses bewirkt wird.¹⁷⁸ Omlor verneint die Anwendung des § 650 k Abs. 3 S. 2 BGB bei einem notariell zu beurkundendem Verbraucherbauvertrag mit Hinweis auf die individuellen wie überindividuellen Belange von Beweissicherheit und inhaltlicher Abgeschlossenheit des Urkundeninhalts. Das durch die notarielle Beurkundungspflicht erreichte hohe Niveau des Verbraucherschutzes dürfte durch die Vorschrift des § 650 k Abs. 3 S. 2 BGB nicht beschnitten werden. Daher seien sowohl

176 BT-Drs. 18/8486, S. 72.

177 Weber notar 2017, 379 (385); Der BGH hat jedoch zumindest in einem vergleichbaren Fall bereits eine Einschränkung des § 311 b Abs. 1 BGB anerkannt, so dass eine entsprechende Anwendung des § 650 k Abs. 3 S. 2 BGB nicht generell ausgeschlossen ist. Eine vergleichbare Situation besteht bei vorvertraglich getätigten öffentlichen Äußerungen, die zu einer Sachmängelhaftung führen können, § 434 Abs. 1 S. 3 BGB. Gem. § 434 Abs. 1 S. 3 BGB zählen als Beschaffenheit auch Eigenschaften, die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen u. a. des Verkäufers erwarten kann. Diese Eigenschaften sind gleichermaßen nicht beurkundet worden, können jedoch dennoch zu Gewährleistungsansprüchen führen. Sofern in der notariellen Urkunde keine abweichende Vereinbarung getroffen wird, erfährt § 311 b Abs. 1 BGB insoweit eine Einschränkung: vgl. Omlor NJW 2018, 817 (820), verweisend auf: BGH NJW 2017, 150; vgl. dazu auch: Weber RNotZ 2016, 650 (653 f.).

178 Vgl. Basty Der Bauträgervertrag, 9. Aufl. 2018, Rn. 973, wonach vorvertragliche Angaben zum Fertigstellungszeitpunkt in der Baubeschreibung – „wohl unter Einschränkung des § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB“ – gem. § 650 k Abs. 3 BGB Bedeutung gewinnen, wenn der Bauträgervertrag selbst keine verbindlichen Angaben zum Fertigstellungszeitpunkt enthält; ebenfalls ein Spannungsverhältnis zu § 311 b BGB sehend: Weber notar 2017, 379 (385) und Omlor NJW 2018, 817 (820).

169 Heinemann/Wochner, Kölner Formularbuch Grundstücksrecht, 2. Aufl. 2016, Kap. 7 Teil A Rn. 100.

170 Vgl. hierzu unter D. I.1.b).

171 Art. 249 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB.

172 Vgl. hierzu unter D. IV.3.e).

173 Vgl. Weber notar 2017, 375 (385), wonach die Verortung in der Haupturkunde dem Informationsinteresse des Verbrauchers in besserer Weise Rechnung trage.

174 Ebenso keine Veranlassung dazu sehen: Zander BWNotZ 2017, 115 (125); Basty MittBayNot 2017, 445 (450). Basty, Der Bauträgervertrag, 9. Aufl. 2018, Rn. 856; vgl. auch Strenz, Das neue Bauvertragsrecht, § 5 Rn. 151.

175 So auch Weber notar 2017, 375 (385).

§ 650 k Abs. 1¹⁷⁹ sowie Abs. 3 S. 2 BGB bei der notariellen Beurkundung teleologisch zu reduzieren. Für diese Ansicht sprechen gute Gründe, insbesondere in Anbetracht der Funktion von Beweissicherheit und inhaltlicher Abgeschlossenheit des Urkundeninhalts.¹⁸⁰

Es verbleibt jedoch ein Fall, für den aufgrund der gesetzgeberischen Entscheidung eine Anwendbarkeit des § 650 k Abs. 3 S. 2 BGB bejaht werden muss. Enthält die Baubeschreibung vorab einen Fertigstellungstermin, findet dieser jedoch keinen Eingang in die notarielle Urkunde, greift die Vorschrift des § 650 k Abs. 3 S. 2 BGB, sofern eine solche Abweichung von der vorvertraglichen Aussage ohne jegliche Andeutung in der Urkunde weggelassen wird.¹⁸¹

Eine teleologische Reduktion ist in diesem Fall nicht vorzunehmen, da der Gesetzgeber bewusst die Anwendbarkeit des § 650 k Abs. 1 BGB, nicht jedoch des § 650 k Abs. 3 S. 2 BGB, ausgeschlossen und für den Verbraucher ausdrücklich das Ziel der Planungssicherheit ausgerufen hat. Dies ist aus rechtspolitischer Sicht zu begrüßen, denn es kann bezweifelt werden, ob die bisherige Rechtsfolge (§ 271 BGB) für den Verbraucher vorteilhafter ist. Sofern keine Angaben zur Leistungszeit getätigt werden, gelten die allgemeinen Regeln zur Leistungszeit. Gem. § 271 BGB kann der Gläubiger danach die Leistung sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken. „Sofort“ bedeutet so schnell wie es dem Schuldner nach objektiven Maßstäben und unter Berücksichtigung der erforderlichen Vorbereitungsarbeiten möglich ist.¹⁸² Die für das betreffende Vertragsobjekt erforderliche Fertigstellungsdauer gem. § 271 BGB wird jeder Sachverständige anders beurteilen. Daher ist für den Verbraucher bei Anwendung des § 271 BGB unklar, auf welchen Zeitpunkt Finanzierung und Umzug zu planen sind. Nur ein fixer Termin gibt dem Verbraucher Planungssicherheit, auch wenn mit sofortiger Fälligkeit in vielen Fällen voraussichtlich ein früherer Fertigstellungstermin vereinbart ist.¹⁸³

In der notariellen Praxis dürfte es allerdings wohl in den seltensten Fällen zu einer Streichung des Fertigstellungstermins ohne ausdrückliche Vereinbarung und damit zu einer Einschränkung des § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB kommen.

V. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die vorvertraglichen Informationspflichten

Rechtsfolge der Verletzung der Baubeschreibungspflicht ist ein Schadensersatzanspruch des Verbrauchers aus

§§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB, da es sich bei der Pflicht zur Übergabe einer Baubeschreibung um eine vorvertragliche Pflicht handelt.¹⁸⁴

Es wird in der Literatur bezweifelt, ob einem solchen Schadensersatzanspruch in der Praxis maßgebliche Bedeutung zukommen wird.¹⁸⁵ Die Durchsetzbarkeit wird maßgeblich davon abhängen, ob es dem Anspruchsteller gelingt, einen Schaden nachzuweisen. Andererseits wird – sofern ein entsprechender Beweis geführt werden kann – die Gefahr eines Rückabwicklungsanspruchs gesehen, der sich aus der vorvertraglichen Pflichtverletzung ergeben kann.¹⁸⁶

Ein gänzliches Fehlen der Baubeschreibung dürfte in der notariellen Praxis nicht in Betracht kommen.¹⁸⁷ Denkbar ist der Fall, dass die Baubeschreibung erst kurz vor dem Beurkundungstermin übergeben oder in wesentlichen Punkten verändert wird. Zur Geltendmachung eines Rückabwicklungsanspruchs müsste der Verbraucher in diesem Fall beweisen, dass er den Vertrag nicht abgeschlossen hätte, wenn er die Baubeschreibung rechtzeitig vor Vertragsschluss erhalten hätte.¹⁸⁸ Den Unternehmer trifft dabei allerdings eine subjektive Darlegungslast, so dass er darlegen muss, inwiefern er seiner vorvertraglichen Pflicht nachgekommen ist.¹⁸⁹ Das Vorliegen eines Schadens muss jedoch stets der Verbraucher nachweisen.

Stretz diskutiert, ob nicht die Grundsätze der echten Kausalitätsvermutung auf diese Fallgestaltung Anwendung finden müssten.¹⁹⁰ Bei Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens müsste der Unternehmer danach darlegen und beweisen, dass der Schaden des Verbrauchers auch bei pflichtgemäßem Verhalten entstanden wäre. Eine Anwendbarkeit dieser Grundsätze ist – so auch *Stretz* – jedoch bei der vorliegenden Fallkonstellation zu verneinen. Der Verbraucher wird bei einer unvollständigen Baubeschreibung in der Regel vor einem echten Entscheidungskonflikt stehen. Das heißt, es wird für jeden Einzelfall die Frage zu beurteilen sein, ob er den Vertrag bei rechtzeitiger und vollständiger vorvertraglicher Information tatsächlich nicht abgeschlossen hätte. Dies kann nicht ohne Weiteres vermutet werden. Es wird in aller Regel kein Fall der Alternativlosigkeit vorliegen, der für die Anwendung der Grundsätze der echten Kausalitätsvermutung (Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens) vorausgesetzt wird.¹⁹¹

184 BT-Drs. 18/8486, S. 62 f.

185 *Pause* BauR 2017, 430 (435); *Kniffka/Retzlaff* BauR 2017, 1747 (1835).

186 *Omlor* NJW 2018, 817 (820).

187 *Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz*, *BauvertragsR*, 2017, § 5 Rn. 128 f., wonach dieser Fall praktisch ausgeschlossen sei, da es mangels Einigung über die essentialia negotii in diesem Fall nicht zum Abschluss eines Vertrages komme; vgl. zur fehlenden Baubeschreibung auch: *Omlor* NJW 2018, 817 (820).

188 Weist die Baubeschreibung Unklarheiten oder Unvollständigkeiten auf, ist jedoch zunächst zu prüfen, ob diese nicht durch Auslegung beseitigt werden können, § 650 k Abs. 2 BGB; vgl. hierzu unter D. VI.

189 *Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz*, *BauvertragsR*, 2017, § 5 Rn. 132 verweisend auf *MüKoBGB/Emmerich*, 7. Aufl. 2016, § 311 BGB Rn. 191 f.

190 *Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz*, *BauvertragsR*, 2017, § 5 Rn. 134 f.

191 *Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz*, *BauvertragsR*, 2017, § 5 Rn. 134 f.

179 Für alle notariell beurkundeten Verbraucherbauverträge, die kein Bauträgervertrag sind, dürfte eine teleologische Reduktion des § 650 k Abs. 1 BGB notwendig sein. So auch *Omlor* NJW 2018, 817 (820).

180 *Omlor* NJW 2018, 817 (820).

181 So führt der BGH in Bezug auf § 434 Abs. 1 S. 3 BGB entsprechend aus: „Der Verkäufer haftete zwar für Sachmängel, die auf dem Fehlen solcher Eigenschaften beruhen, weil die Regelung in § 434 I 2 und 3 BGB auch für den Grundstückskaufvertrag gilt [...]. Sie gilt aber auch dort nur unter dem Vorbehalt, dass nichts anderes vereinbart ist. Maßgeblich ist deshalb auch insoweit, was in der notariellen Urkunde vereinbart wird. Erst sie ergibt, wofür der Verkäufer letztlich einstehen will.“, BGH NJW 2017, 150.

182 Vgl. *BeckOGK/Merkle*, 1. Ed., Stand 1.2.2018, § 650 k BGB, Rn. 24; *Freiherr von Proff* ZHR 2017, 589 (596); *Reiter* JA 2018, 241 (242).

183 Nach *Basty* MittBayNot 2017, 445 (450), ist die gesetzliche Regelung für den Verbraucher nicht selten günstiger.

VI. Auslegung von Baubeschreibungen

1. Auslegungsregel in § 650 k Abs. 2 BGB

Zur Auslegung von Baubeschreibungen in Verbraucherverträgen findet sich nunmehr eine eigenständige Vorschrift in § 650 k Abs. 2 BGB.¹⁹² § 650 k Abs. 2 S. 1 BGB sieht für den Fall einer unvollständigen oder unklaren Baubeschreibung ausdrücklich vor, dass der Vertrag unter Berücksichtigung sämtlicher vertragsbegleitender Umstände, insbesondere des Komfort- und Qualitätsstandards nach der übrigen Leistungsbeschreibung auszulegen ist. Zweifel bei der Auslegung des Vertrags bezüglich der vom Unternehmer geschuldeten Leistung gehen gemäß § 650 k Abs. 2 S. 2 BGB zu dessen Lasten.

Mit § 650 k Abs. 2 S. 1 BGB wird demnach eine Rechtsfolge für unklare und unverständliche Baubeschreibungen normiert. Der Gesetzgeber verfolgt damit das Ziel, den Vertrag bei Mängeln der Baubeschreibung möglichst aufrecht zu erhalten.¹⁹³ Es soll vermieden werden, dass hinsichtlich zentraler Vertragsinhalte eine Bindungswirkung zwischen den Parteien fehlt, was zur Unwirksamkeit des gesamten Vertrages führen könnte.¹⁹⁴

Die Vorschrift steht damit beim Bauträgervertrag allerdings im Spannungsverhältnis zur Formvorschrift des § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB. Denn im Grundsatz gilt, dass eine Beschaffenheitsangabe die Inhalt des Vertrages ist, der Beurkundungspflicht unterliegt. Anders kann der Sachverhalt – unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung des BGH zu Grundstückskaufverträgen – nur zu beurteilen sein, wenn die Beschaffenheitsvereinbarung in der Urkunde „andeutungsweise“ Niederschlag gefunden hat. Nicht einmal andeutungsweise enthaltene vorvertragliche öffentliche Äußerungen sind nach der vorgenannten Rechtsprechung des BGH hingegen nicht geeignet, eine konkrete Beschaffenheit festzulegen.¹⁹⁵

Der Bauträgervertrag ist jedoch nicht nur Grundstückskaufvertrag, sondern auch Werkvertrag. Im Werkvertragsrecht ist anerkannt, dass für die Beurteilung der Frage, welche werkvertragliche Verpflichtung ein Bauträger übernimmt, ein dem Erwerber übergebener Prospekt ausschlaggebend sein kann.¹⁹⁶ Diese Rechtsprechung steht vermeintlich im Widerspruch zu der aktuelleren Rechtsprechung des BGH zum Grundstückskaufrecht.¹⁹⁷ Wie der BGH fortan unter Berücksichtigung des § 650 k Abs. 2 BGB entscheiden wird, bleibt abzuwarten. Entscheidend im Hinblick auf § 650 k Abs. 2 BGB wird die Frage sein, in welcher Art und Weise eine Andeutung der Beschaffenheit in der Urkunde erfolgen muss.

Nach *Weber* muss die jeweilige Beschaffenheit ihrerseits in der Urkunde angedeutet worden sein. Es reiche jedenfalls nicht aus, wenn in den Vertrag aufgenommen werde, dass die vorvertraglich ausgehändigte Baubeschreibung gelte. Widersprüche in der Baubeschreibung erfasse § 650 k Abs. 2 BGB zudem nicht.¹⁹⁸

Nach *Pause* dürfte die Rechtsprechung des BGH, wonach nicht beurkundete vorvertragliche Angaben wegen § 311 b BGB bei der Bestimmung der vereinbarten Beschaffenheit unberücksichtigt bleiben müssten, unter Berücksichtigung des § 650 k Abs. 2 BGB beim Bauträgervertrag überholt sein.¹⁹⁹ Den vertragsbegleitenden Umständen komme danach nunmehr eine herausragende Bedeutung zu. Auch wenn diese nicht ausdrücklich in den Vertrag einbezogen wurden, seien sie bei der Schließung von Vertragslücken zu berücksichtigen.²⁰⁰

Nach *Basty* ist dem Unterschied zwischen Werk- und Kaufvertrag Rechnung zu tragen. Da beim Kaufvertrag der Kaufgegenstand im Wesentlichen durch den gegebenen Zustand definiert werde, könne für weitergehende Zusagen eine unmittelbare Aussage im Vertrag verlangt werden. Bei Bauverträgen bestehe eine ganz andere Situation. Der Abschluss des Vertrages sei oftmals von Umständen abhängig, die nicht sämtlich im Vertrag Niederschlag fänden.²⁰¹ Daher könnten zur Konkretisierung der noch zu erbringenden Leistungen, insbesondere zur Bestimmung des zu erbringenden Leistungsstandards, auch im Lichte der Rechtsprechung des BGHs zu Grundstückskaufverträgen, vorvertragliche Erklärungen und Werbeaussagen herangezogen werden.²⁰² Auch *Basty* weist auf das Erfordernis hin, dass die Beschaffenheitsvereinbarung zumindest andeutungsweise im Vertrag enthalten sein müsse. Als entsprechenden Anhaltspunkt lässt er die Auslegungsbedürftigkeit per se als Anhaltspunkt genügen.²⁰³

Schon die Gesetzesbegründung der Regierung zeigt auf, welche sonstigen vertragsbegleitenden Umstände bei der Auslegung der Baubeschreibung zu berücksichtigen sind: „Unklarheiten sollen so bereinigt und Lücken so gefüllt werden, wie es dem Leistungsniveau der Baubeschreibung im Übrigen entspricht.“²⁰⁴ Dies soll durch „erläuternde“ oder „konkretisierende“ Erklärungen der Vertragsparteien, die konkreten Verhältnisse des Bauwerks und seines Umfeldes, den qualitativen Zuschnitt, den architektonischen Anspruch und die Zweckbestimmung des Bauwerks möglich sein.²⁰⁵ Es kann also anhand des Leistungsniveaus der Baubeschreibung im Übrigen eine Konkretisierung der Baubeschreibung erfolgen, sofern diese unvollständig oder unklar ist. Zusätzliche Leistungsbestandteile, die nicht im Ansatz dem Leistungsniveau der Baubeschreibung im Übrigen entsprechen und nicht bloß als Konkretisierung zu verstehen sind, werden damit von § 650 k Abs. 2 BGB nicht erfasst. Dies sei an einem Beispiel verdeutlicht: Die Parteien streiten darüber, ob nach dem vereinbarten Leistungsoll eine Außenwasserstelle

192 Zur Auslegung von Baubeschreibungen vgl.: *Pauly* ZMR 2016, 513 ff.

193 BT-Drs. 18/8486, S. 62: „Unklarheiten sollen so bereinigt und Lücken so gefüllt werden, wie es dem Leistungsniveau der Baubeschreibung im Übrigen entspricht. Der Verbraucher soll sich nicht mit einer geringeren Qualität begnügen müssen oder sich sogar zu einer Kündigung genötigt sehen, weil der Unternehmer dem übrigen Niveau entsprechende Leistungen verweigert.“

194 Es würde hinsichtlich zentraler Vertragsinhalte an einer Bindungswirkung fehlen, § 311 b Absatz 1 BGB, vgl. *Basty*, MittBayNot 2017, 445, 449.

195 BGH DNotZ 1998, 944; BGH NJW 2016, 1815; BGH NJW 2017, 150 mAnm *Herrler*; *Basty* MittBayNot 2017, 445 (449); vgl. zu der Thematik auch: *Weber* RNotZ 2016, 650 (653 f.).

196 BGH NJW-RR 2008, 258.

197 Vgl. *Basty* MittBayNot 2017, 445 (448 f.).

198 *Weber* notar 2017, 379 (383).

199 *Pause* BauR 2017, 430 (435).

200 *Pause* BauR 2017, 430 (435).

201 *Basty* MittBayNot 2017, 445 (448 f.): Der Unternehmer wisse und wolle, dass diese Umstände für die Vorstellungen des Erwerbers (mit-)bestimmend sind. Daher müsse er es sich auch gefallen lassen, dass solche Angaben Konsequenzen haben.

202 *Basty* MittBayNot 2017, 445 (448 f.).

203 *Basty* MittBayNot 2017, 445 (449).

204 BT-Drs. 18/8486, S. 62.

205 BT-Drs. 18/8486, S. 62.

geschuldet wird.²⁰⁶ Diese wird nicht explizit in der Baubeschreibung des Bauträgervertrages aufgeführt. Ausschließlich aufgrund einer vorvertraglichen Aussage, bspw. einer Aussage des Bauträgers in einem Vorgespräch, kann die Außenwasserstelle auch gem. § 650 k Abs. 2 BGB nicht Leistungsinhalt werden. Eine zusätzliche Leistung kann dadurch nicht als Beschaffenheit vereinbart werden. § 650 k Abs. 2 BGB dient lediglich der Konkretisierung des Vertragsinhalts bei Unvollständigkeit oder Unklarheit. Etwas anderes kann nur gelten, wenn bspw. der vereinbarte Qualitätsstandard für das Vertragsobjekt andeutet, dass auch eine Außenwasserstelle vorhanden ist oder bspw. die Funktionsbeschreibung „Garten mit großer Rasenfläche und bepflanzten Beten“ das Vorhandensein eines Wasseranschlusses voraussetzt. Der Vertragstext muss eine entsprechende Auslegung zumindest zulassen. In diesem Fall kann die Außenwasserstelle Leistungsinhalt sein. Durch die Funktionsbeschreibung oder aber auch den beschriebenen Qualitätsstandard findet sich eine Andeutung in der Urkunde und damit eine beurkundete Vereinbarung als Vertragsinhalt.

Bei einem Bauträgervertrag wird die Beschaffenheit des Vertragsobjekts oft durch den festgelegten Qualitätsstandard oder durch die Funktionsbeschreibung getroffen sein. Wird im Werkvertragsrecht bspw. der Bau eines Hotels mit einhundert Zimmern vereinbart, ist damit eine vollständige Einigung über den Vertragsinhalt gegeben. Die Leistungsdetails sind aufgrund der vereinbarten Funktion des Werkes definiert. So sind in dem konkreten Beispiel Vorgaben für den Bodenbelag des Eingangsbereichs getroffen, da sich dieser für den Hotelbetrieb eignen muss. Wird vereinbart, dass es sich um ein Hotel des gehobenen Standards handelt, stehen weitere Leistungsdetails fest, die selbstverständlich der Auslegung bedürfen. So kann auch bei einem klassischen Bauträgervertrag keine abschließende Leistungsbeschreibung erfolgen. Der Vertrag unterliegt der Auslegung, bei der regelmäßig Zweifelsfragen bestehen. Zur Beurteilung dieser Zweifelsfragen sind vertragsbegleitende Umstände, nunmehr explizit gem. § 650 k Abs. 2 BGB, heranzuziehen. Durch Hinzuziehung vertragsbegleitender Umstände werden jedoch keine neu hinzutretenden Leistungen Vertragsinhalt, ohne in der Urkunde Andeutung gefunden zu haben. Vielmehr dienen die vertragsbegleitenden Umstände der Auslegung von in der beurkundeten Baubeschreibung enthaltenen, unklar oder unvollständig beschriebenen Leistungen. Somit ist *Basty* darin zuzustimmen, dass die notwendige Andeutung bereits in der Auslegungsbedürftigkeit des Bauträgervertrages besteht. Zur Wahrung der Beweissicherheit und der inhaltlichen Abgeschlossenheit des Urkundeninhalts können dabei keine Umstände herangezogen werden, die das Leistungsoll nicht allein konkretisieren, sondern das Leistungsoll dergestalt bestimmen, dass eine neue Leistung hinzutritt, die jedoch keine Andeutung in der Urkunde erfahren hat.

Abschließend zu nennen ist die gleichermaßen hinzugetretene Auslegungsregel des § 650 k Abs. 2 S. 2 BGB. Zweifel

bei der Auslegung des Vertrags bezüglich der vom Unternehmer geschuldeten Leistung gehen zu dessen Lasten.²⁰⁷ Dem Unternehmer ist daher zu empfehlen, seine Baubeschreibung entsprechend detailliert zu fassen, wobei sich insbesondere das Mittel eines Negativkatalogs anbietet, will der Bauträger Leistungen aus dem Leistungsinhalt ausdrücklich herausnehmen.²⁰⁸

2. Rechtsfolgen lückenhafter Baubeschreibungen

Sofern sich vorvertragliche Äußerungen auf Leistungen beziehen, die den beurkundeten Vertragsinhalt nicht konkretisieren, sondern eine zusätzliche Leistung versprochen wurde, die sich nicht in der beurkundeten Baubeschreibung (andeutungsweise) wiederfindet, bleibt zumindest die Haftung aus §§ 311 Abs. 2 Nr. 1, 280 Abs. 1 BGB (*culpa in contrahendo*).²⁰⁹

E. Schlussbetrachtung / Ausblick

Durch die Pflicht, vor Vertragsschluss eine Baubeschreibung mit gesetzlich vorgegebenem Mindestinhalt zu übermitteln, ergeben sich für die notarielle Praxis derzeit keine wesentlichen Änderungen.

Auf fehlende Mindestinhalte gem. Art. 249 § 2 EGBGB ist vorsorglich hinzuweisen, soweit der Notar das Fehlen auch als Laie erkennen kann. Die technischen Inhalte einer Baubeschreibung sind für den Notar nach wie vor nur bedingt überprüfbar. Es ist jedoch ausdrücklich dazu zu raten, die Baubeschreibung möglichst klar und detailliert zu fassen, um Auslegungsschwierigkeiten zum Nachteil des Bauträgers zu vermeiden. Die Herausnahme von Leistungen sollte mithilfe eines Negativkataloges abgesichert werden. Auf Abweichungen von den allgemein anerkannten Regeln der Technik sowie dem vertraglich geschuldeten Qualitätsstandard im Übrigen ist ausdrücklich hinzuweisen. Um der Pflicht nachzukommen, einen konkreten Fertigstellungstermin zu nennen, sollte im Bauträgervertrag der Termin der Bezugsfertigkeit sowie der vollständigen Fertigstellung festgelegt werden.

An den bisherigen Prozessen zur Übermittlung der Baubeschreibung vor Abschluss des Bauträgervertrages besteht im Übrigen kein Änderungsbedarf.

Abzuwarten bleibt, wie sich der Anwendungsbereich des neuen Verbrauchervertragsrechts entwickelt. Sollte die Rechtsprechung den Anwendungsbereich entgegen dem klaren gesetzgeberischen Willen ausweiten, könnten die vorvertraglichen Pflichten in der notariellen Praxis auch außerhalb von Bauträgerverträgen an Bedeutung gewinnen. ■

²⁰⁷ Die Regelung in Abs. 2 S. 2 knüpft nach der Gesetzesbegründung an den Rechtsgedanken des § 305 c Abs. 2 BGB an, BT-Drs. 18/8486, S. 62.

²⁰⁸ *Basty*, Der Bauträgervertrag, 9. Aufl. 2018, Rn. 858.

²⁰⁹ BT-Drs. 18/8486, S. 62 f.

²⁰⁶ Vgl. LG Heidelberg MittBayNot 2015, 392.

1. Liegenschaftsrecht – Zu den Wirksamkeitsvoraussetzungen bedingter Nachzahlungspflichten in Einheimischenmodellen

(BGH, Urteil vom 20.4.2018 – V ZR 169/17)

BauGB § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 u. Abs. 2 S. 1
BGB §§ 307, 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1

Verkauft eine Gemeinde im Rahmen eines städtebaulichen Vertrages ein von dem Erwerber mit einem Eigenheim zu bebauendes Grundstück zum Verkehrswert, verstößt eine Regelung, die dem Erwerber eine von einer Verkehrswertsteigerung des Grundstücks unabhängige Zuzahlung bei dessen Weiterverkauf innerhalb von acht Jahren nach Errichtung des Eigenheims auferlegt, gegen das Gebot angemessener Vertragsgestaltung.

Zur Einordnung

Wenn Gemeinden Bauplätze veräußern, steht die Förderung gesunder Siedlungsstrukturen mit möglichst hoher Selbstnutzungsquote sowie die Unterbindung des kurzfristigen spekulativen Grundstückshandels gelegentlich mehr im Vordergrund als rein fiskalische Interessen. Im Rahmen der Beurkundung der jeweiligen Grundstückskaufverträge kommt der Notar mit gezielt darauf abgestimmten Vertragswerken in Berührung.

Im sog. „Einheimischenmodell“ (dazu grundlegend *Jachmann MittBayNot* 1994, 93; *Grziwotz KommJur* 2010, 250; *WürzbNotarHB/Hertel*, 5. Aufl. 2018, Teil 6.E Rn. 170 ff. mit Vertragsmuster) vergeben Gemeinden Bauland zu einem in der Regel bevorzugten Preis (unter Verkehrswert) an die ortsansässige Bevölkerung. Die Vergünstigung „erkauft“ sich der Erwerber durch Übernahme verschiedener Obliegenheiten, etwa 1. innerhalb festgelegter Frist auf dem erworbenen Grundstück ein Wohngebäude zu errichten, 2. dieses auf bestimmte Dauer selbst zu nutzen und 3. es vorübergehend auch nicht ohne Zustimmung der Gemeinde an Dritte zu veräußern. Diesbzgl. sichert sich die Gemeinde wahlweise durch ein im Zuwiderhandlungsfall ausübbares vormerkungsgesichertes Wiederkaufsrecht gem. § 456 BGB oder eine hierdurch bedingte Pflicht des Erwerbers zur Kaufpreiszuzahlung ab. Bisweilen legen Gemeinden ihren Käufern diese Bindungen auch dann auf, wenn ein Verkauf nicht vergünstigt, sondern zum Verkehrswert erfolgt. Aus dem Blickwinkel des öffentlichen Rechts haben Gerichte bereits entschieden, dass derartige Verkaufskonzepte trotz der mit ihnen zwangsläufig verbundenen Benachteiligung auswärtiger Kaufinteressenten zulässig sein können (vgl. *EuGH DNotZ* 2013, 831 mAnm *Grziwotz*; *BVerwG NJW* 1993, 2695).

Der BGH hat in der jüngeren Vergangenheit insbesondere die in Einheimischenmodellen enthaltenen Nachzahlungsklauseln wiederholt am Maßstab der durch § 307 Abs. 1 S. 1 BGB und ggf. § 11 Abs. 2 BauGB vertragsrechtlich gebotenen Angemessenheit geprüft, wobei das Ergebnis stets auf einer umfassenden Würdigung aller Umstände des konkreten Einzelfalls beruht. In einem Fall des preissubventionierten Verkaufs hat er eine Klausel

als unwirksam eingestuft, weil sie der Gemeinde zwar die Abschöpfung einer zwischenzeitlichen Bodenwertsteigerung ermöglichte, umgekehrt aber nicht zugunsten des Erwerbers auf ggf. stagnierende oder sogar sinkende Bodenwerte einging, um die Höhe der Nachzahlung auf den beim Erwerber tatsächlich eingetretenen Vorteil zu begrenzen (BGH *NJW* 2010, 3505 [3507]). In einer weiteren Entscheidung, der ein Verkauf zum Verkehrswert zugrunde lag, erklärte der BGH eine Nachzahlungsklausel, die den Erwerber für den Fall des Weiterverkaufs im unbebauten Zustand binnen fünf Jahren zur Abführung eines erzielten Mehrerlöses verpflichtete, für wirksam (BGH *BeckRS* 2018, 13731).

In dem nachstehend abgedruckten Urteil hatte der BGH nun darüber zu befinden, ob bei einem Verkauf zum Verkehrswert eine Klausel wirksam ist, die die Einhaltung auferlegter Einheimischenbindungen dadurch sanktioniert, dass der Erwerber bei Nichtbefolgung innerhalb eines Zeitraums von acht Jahren einen festgelegten Betrag pro qm erworbener Grundstücksfläche nachzahlen muss. Der Senat hält dies, nachdem er den konkreten Kaufvertrag wegen seines engen Zusammenhangs mit der gemeindlichen Bauleitplanung als städtebaulichen Vertrag iSv § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB qualifizieren konnte, für unangemessen nach § 11 Abs. 2 S. 1 BauGB. Ausschlaggebend hierfür war, dass die Klausel den Erwerbern eine pauschalierte Nachzahlungspflicht auferlegt und in keiner Weise darauf Rücksicht nimmt, ob bei den Erwerbern ein wirtschaftlicher Vorteil tatsächlich eingetreten ist. Wegen des zum Verkehrswert erfolgten Verkaufs ließ sich die Klausel auch nicht – wie es in anderen Fällen möglich ist – unter dem Gesichtspunkt der bloßen Rückforderung einer Subvention wegen Zweckverfehlung rechtfertigen. Da § 11 Abs. 2 BauGB bereits einschlägig war, konnte der BGH offen lassen, ob die Klausel einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle (§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB) standhalten würde.

Die Gestaltungspraxis gewinnt durch die Ausführungen des Senats weitere Anhaltspunkte zu den rechtlichen Wirksamkeitsgrenzen von Nachzahlungsklauseln in Einheimischenmodellen. Da es sich schon um die zweite im Jahr 2018 ergangene BGH-Entscheidung in diesem Bereich handelt, sollten Notare verstärkt wachsam sein, ob die ihnen von Gemeinden zur Beurkundung vorgelegten Vertragsentwürfe dem aktuellen Stand höchstrichterlicher Vorgaben entsprechen. Bei preissubventionierten Verkäufen gilt es aus kostenrechtlicher Perspektive zu beachten, dass dort gem. § 47 S. 3 GNotKG nicht der vereinbarte Kaufpreis, sondern der höhere Verkehrswert geschäftswertbestimmend ist. Im Hinblick auf das durch Einheimischenbindungen verfolgte politische Kalkül der Gemeinden sei noch darauf hingewiesen, dass eine unerwünschte Bodenwertspekulation anlässlich der Vergabe von Bauplätzen ebenso dadurch vermeidbar ist, dass sie von vornherein „nur“ ein Erbbaurecht ausgeben, anstatt mit bestimmten Bindungen und Sanktionen das Grundstückseigentum preiszugeben (vgl. *BGH NJW* 2015, 3436 zur Zulässigkeit eines auf Erbbaurechtsbasis ausgestalteten Einheimischenmodells).

Die Schriftleitung (JHB)

Zum Sachverhalt:

[1] Mit notariellem Vertrag vom 28. Juli 2009 kauften der Kläger und seine damalige Ehefrau, die beide in einer Nachbargemeinde wohnten, von der beklagten Gemeinde zwei Grundstücke mit einer Gesamtfläche von 857 qm zu einem Quadratmeterpreis von 106,75 € einschließlich Erschließungskosten. Insgesamt betrug der Kaufpreis 91.482,07 €, was – wie in dem Vertrag ausdrücklich festgehalten ist – dem Marktwert der Grundstücke entsprach. Die Grundstücke befinden sich in einem Baugebiet der beklagten Gemeinde.

[2] In Ziffer VII.5.e des notariellen Kaufvertrages verpflichteten sich die Käufer, innerhalb von acht Jahren nach Vertragsschluss auf den Grundstücken ein bezugsfertiges Wohnhaus zu errichten, dieses ab Bezugsfertigkeit acht Jahre lang selbst zu bewohnen und während dieser Zeit nicht zu veräußern. Für den Fall des Verstoßes gegen die Bauverpflichtung wurde der beklagten Gemeinde das Recht eingeräumt, die Grundstücke gegen Rückerstattung des Kaufpreises zurück zu erwerben. Für den Fall des Verstoßes gegen die Selbstnutzungspflicht verpflichteten sich die Käufer zu einer Zahlung von 5 € pro Quadratmeter und für den Fall der Veräußerung der Grundstücke vor Ablauf von acht Jahren ab Bezugsfertigkeit an Dritte, bei denen es sich nicht um seit mindestens drei Jahren auf dem Gebiet der beklagten Gemeinde wohnhafte näher bestimmte Verwandte oder den Ehegatten handelt, zu einer Zahlung von 25 € pro Quadratmeter. Entsprechende Klauseln wurden von der beklagten Gemeinde bei zahlreichen Verkäufen in dem Baugebiet verwendet.

[3] Der Kläger und seine damalige Ehefrau errichteten auf den erworbenen Grundstücken ein Wohnhaus, das sie bis zu ihrer Trennung im Jahr 2011 gemeinsam bewohnten. Nach der Scheidung ihrer Ehe veräußerten sie das Grundstück im September 2013. Daraufhin verlangte die beklagte Gemeinde vom Kläger und seiner früheren Ehefrau einen Betrag von insgesamt 21.425 €, den diese unter dem Vorbehalt der Rückforderung bezahlten. Der geforderte Betrag überstieg die Wertsteigerung der Grundstücke seit deren Erwerb im Juli 2009.

[4] Mit der Klage verlangt der Kläger von der beklagten Gemeinde die Rückzahlung des von ihm getragenen hälftigen Anteils von 10.712,50 € nebst Zinsen und die Erstattung außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat ihr – bis auf einen geringen Anteil an den geforderten Zinsen – stattgegeben. Mit der von dem Oberlandesgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, möchte die beklagte Gemeinde die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils erreichen.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht hat die Gemeinde zur Rückgewähr der vertraglich vorgesehenen Nachzahlung verpflichtet

[5] Nach Ansicht des Berufungsgerichts steht dem Kläger ein Rückzahlungsanspruch gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB zu. Die Regelung in Ziffer VII.5.e des Kaufvertrages über die Nachzahlungsverpflichtung sei unwirksam. Als Allgemeine Geschäftsbedingung müsse sich die Klausel an § 307 BGB und als Regelung, mit der die Beklagte

städtebauliche Ziele verfolge, auch an § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB messen lassen. Aus beiden Normen folge die Unwirksamkeit. Da den Käufern kein Preisvorteil eingeräumt worden sei, diene die Klausel nicht der Abschöpfung einer gewährten Subvention, sondern behindere eine Weiterveräußerung vor Ablauf der vereinbarten Frist durch eine von einer Verkehrswertsteigerung unabhängigen Nachzahlungspflicht. Diese Benachteiligung der Käufer könne nicht mit der von der Beklagten geltend gemachten Abwehr von Spekulationsgeschäften gerechtfertigt werden. Hierfür reiche eine Klausel aus, die der Gemeinde das Recht einräume, die tatsächlich eingetretene Bodenwertsteigerung abzuschöpfen, anstatt pauschal eine Nachzahlungspflicht in einer erheblichen Größenordnung zu regeln, die sich hier – je nach Berechnungsweise – auf knapp 29 % bzw. 23,4 % des Kaufpreises belaufe. Die Klausel berücksichtige ausschließlich das Interesse der Beklagten, die sich im Gegenzug lediglich bereit erklärt habe, überhaupt ein Grundstück an die Erwerber zu verkaufen. Zudem enthalte die Regelung keinerlei Abstufungen, um den Umständen des Einzelfalls gerecht zu werden und unzumutbare Härten für die Erwerber zu vermeiden. Selbst wenn die Klausel wirksam sei, habe die Beklagte ihr Ermessen hinsichtlich der Nachzahlungsforderung nicht ordnungsgemäß ausgeübt, weil der Verkauf keinen spekulativen Hintergrund gehabt, sondern auf der Scheidung der Eheleute und der damit verbundenen finanziellen Zwänge beruht habe.

II.

[6] Das hält revisionsrechtlicher Nachprüfung stand.

Dem Kläger steht in der Tat ein Rückzahlungsanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB zu

[7] Das Berufungsgericht kommt rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis, dass dem Kläger gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB ein Anspruch auf Rückzahlung des unter Vorbehalt an die beklagte Gemeinde gezahlten Betrages von 10.712,50 € nebst Zinsen und vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten zusteht.

Ein Rechtsgrund für die geleistete Kaufpreisnachzahlung fehlt, denn die vertraglich vereinbarte Nachzahlungsklausel ist gem. § 11 Abs. 2 S. 1 BauGB unwirksam

[8] 1. Die in Ziffer VII.5.e des notariellen Kaufvertrages vereinbarte Nachzahlungsverpflichtung verstößt gegen das Gebot angemessener Vertragsgestaltung im Sinne des § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB und ist unwirksam. Auf die Frage, ob die Klausel einer Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB standhielte, kommt es daher nicht an (bisher offengelassen, vgl. Senat, Urteil vom 16. April 2010 – V ZR 175/09, NJW 2010, 3505 Rn. 9 mwN).

Der hier abgeschlossene Grundstückskaufvertrag ist als städtebaulicher Vertrag iSd § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB zu qualifizieren

[9] a) Der notarielle Kaufvertrag vom 28. Juli 2009 ist ein städtebaulicher Vertrag im Sinne des § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BauGB. Der für einen städtebaulichen Vertrag erforderliche Zusammenhang mit der gemeindlichen Bauleitplanung ergibt sich daraus, dass die beklagte Gemeinde dem Kläger und seiner damaligen Ehefrau die Grundstücke als Bauplatz verkauft und ihnen in Ziffer VII.5.e des Vertrages eine binnen einer bestimmten Frist zu erfüllende Verpflichtung zum Bau eines Wohnhauses (vgl. § 176 BauGB) auferlegt hat (vgl. Senat, Urteil vom 26. Juni 2015 – V ZR 271/14, NJW 2015, 3169 Rn. 8 mwN), um das Bauland zeitnah einer durch die Bauleitplanung zugelasse-

nen Bebauung zuzuführen (vgl. Bank, in Brügelmann, BauGB, Stand Februar 2014, § 11 Rn. 53 f.).

Die zwischen Gemeinde und Käufer vereinbarte Nachzahlungspflicht ist gem. § 11 Abs. 2 S. 1 BauGB unangemessen

[10] b) Die Nachzahlungsverpflichtung verstößt gegen das Gebot angemessener Vertragsgestaltung im Sinne des § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB. Nach dieser Vorschrift müssen die in einem städtebaulichen Vertrag vereinbarten Leistungen den gesamten Umständen nach angemessen sein. Das Gebot angemessener Vertragsgestaltung verlangt, dass bei wirtschaftlicher Betrachtung des Gesamtvorgangs die Gegenleistung nicht außer Verhältnis zu der Bedeutung und dem Wert der von der Behörde erbrachten oder zu erbringenden Leistung steht und dass die vertragliche Übernahme von Pflichten auch ansonsten zu keiner unzumutbaren Belastung für den Vertragspartner der Behörde führt (Senat, Urteil vom 26. Juni 2015 – V ZR 144/14, BGHZ 206, 120 Rn. 19 mwN). Die vorliegende Vertragsgestaltung ist hiermit nicht vereinbart.

Im Einheimischenmodell können bedingte Nachzahlungspflichten des Käufers im Einzelfall wirksam sein

[11] aa) Für eine Vertragsgestaltung im so genannten „Einheimischenmodell“ (zu den dabei zu beachtenden europarechtlichen Vorgaben vgl. EuGH, Urteil vom 8. Mai 2013. Rs C-197/11 und Rs C-203/11, Libert u. a. und All Projects & Development NV, EU:C:2013:288 Rn. 39 ff., 49 ff. sowie Senat, Urteil vom 26. Juni 2015 – V ZR 144/14, BGHZ 206, 120 Rn. 33), bei dem der Verkauf – anders als im vorliegenden Fall – zu einem unter dem Verkehrswert liegenden Preis erfolgt war, hat der Senat entschieden, dass eine Nachforderung im Umfang des eingeräumten Preisvorteils grundsätzlich möglich ist. Sie stellt keine Vertragsstrafe dar, sondern bedeutet den Widerruf der in der Kaufpreisverbilligung liegenden, an bestimmte Bedingungen geknüpften Subvention. Auch etwaige Bodenwertsteigerungen müssen, wenn der Subventionszweck verfehlt wird, nicht stets dem Käufer verbleiben. Allerdings ist eine Nachzahlungsklausel, die neben der Kaufpreisverbilligung auch künftige Bodenwertsteigerungen einbezieht, nur angemessen, wenn sie die Möglichkeit stagnierender oder sinkender Bodenpreise berücksichtigt und die Nachzahlung auf den tatsächlich eingetretenen Vorteil begrenzt (Senat, Urteil vom 16. April 2010 – V ZR 175/09, NJW 2010, 3505 Rn. 21). In einem Fall eines nicht subventionierten Grundstücksverkaufs hat der Senat eine Klausel für angemessen erachtet, die dem Käufer, wenn er das Grundstück in unbebautem Zustand innerhalb von fünf Jahren ab Vertragsschluss weiterverkauft, die Verpflichtung zur Abführung des erzielten Mehrerlöses auferlegt (Senat, Urteil vom 16. März 2018 – V ZR 306/16, juris).

Vorliegend ist die Vertragsklausel jedoch unangemessen, weil sie dem Käufer eine pauschale, von zwischenzeitlich eingetretenen Wertveränderungen unabhängige Nachzahlungspflicht auferlegt

[12] bb) Die von der beklagten Gemeinde verwendete Zuzahlungsklausel ist hingegen unangemessen, weil sie dem Kläger und seiner Ehefrau eine Zuzahlungsverpflichtung auferlegt, die unabhängig von einer Verkehrswertsteigerung des Grundstücks und damit unabhängig von einem tatsächlichen Vorteil der Erwerber ist.

[13] (1) Eine vorteilsunabhängige Nachzahlungsklausel lässt sich nicht mit dem Zweck der Verhinderung von Bo-

denspekulationen rechtfertigen. Beschränkungen, die die öffentliche Hand dem Käufer auferlegt, entsprechen nur dann dem Gebot angemessener Vertragsgestaltung, wenn sie geeignet und erforderlich sind, um das Erreichen der zulässigerweise verfolgten Zwecke im Bereich der Wohnungsbau-, Siedlungs- oder Familienpolitik für einen angemessenen Zeitraum sicherzustellen (vgl. Senat, Urteil vom 16. April 2010 – V ZR 175/09, NJW 2010, 3505 Rn. 14). Die Abwehr von Grundstücksspekulationsgeschäften stellt zwar ein anerkennenswertes städtebauliches Ziel dar (Senat, Urteil vom 16. März 2018 – V ZR 306/16, juris). Um Bodenspekulationen zu verhindern, ist es aber nicht erforderlich, dem Käufer für den Fall des Weiterverkaufs des Grundstücks eine vorteilsunabhängige Zuzahlungspflicht aufzuerlegen. Das Ziel der Spekulationsbekämpfung kann erreicht werden, indem sich der Zuzahlungsbetrag nach der tatsächlichen Bodenwertsteigerung bemisst. Der Pflicht zur Zahlung eines hiervon unabhängigen Betrages kommt dagegen ein strafähnlicher Charakter zu (vgl. Krüger, ZNotP 2010, 450, 454) und geht damit über das verfolgte Ziel hinaus.

[14] (2) Ebenso wenig vermag ein Interesse der beklagten Gemeinde an einer Selbstnutzung der Immobilie durch den Käufer die Nachzahlungsklausel zu rechtfertigen. Da eine Selbstnutzungsverpflichtung nicht eine zwangsweise durchsetzbare Primärverpflichtung des Käufers, sondern lediglich eine Obliegenheit begründet (vgl. Senat, Urteil vom 16. April 2010 – V ZR 175/09, NJW 2010, 3505, Rn. 11), ist die Auferlegung einer – über die Abschöpfung einer gewährten Subvention hinausgehenden – Zuzahlungspflicht schon nicht geeignet, die angestrebte Selbstnutzung durch den Käufer zu erreichen. Will die Gemeinde langfristig Einfluss auf die Nutzerstruktur nehmen, könnte sie dies beispielsweise dadurch erreichen, dass sie mit ihrem Vertragspartner ein Wiederkaufsrecht für den Fall der vorzeitigen Veräußerung der Immobilie vereinbart.

[15] (3) Entgegen der Ansicht der Revision ergibt sich die Angemessenheit der Zuzahlungsklausel nicht daraus, dass nach Ziffer VII.5.e des Vertrages dann keine Zuzahlung zu leisten ist, wenn der Erwerber das Grundstück an seine mindestens seit drei Jahren in der Gemeinde wohnhaften Kinder, Geschwister, Verwandte in gerade Linie oder den Ehegatten verkauft. Eine Ausnahmeregelung, die angesichts ihres stark begrenzten Anwendungsbereiches in den überwiegenden Fällen gar nicht zum Tragen kommen kann, vermag an der Unangemessenheit der Nachzahlungsklausel nichts zu ändern. Das gilt auch dann, wenn eine solche Regelung – wie die Revision meint – den Zweck hat, der Versorgung der einheimischen Bevölkerung mit bezahlbarem Wohneigentum zu dienen.

Die durch die Nachzahlungsklausel für den Käufer entstehenden Nachteile werden nicht durch an anderer Stelle vorteilhafte Vertragsbedingungen kompensiert

[16] cc) Die für sich genommen unangemessene Klausel wird nicht durch für den Kläger und seine Ehefrau vorteilhafte Bestimmungen im übrigen Vertrag kompensiert (vgl. dazu Senat, Urteil vom 29. November 2002 – V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 102). Das Berufungsgericht weist zu Recht darauf hin, dass der einzige Vorteil der Erwerber darin liegt, dass die beklagte Gemeinde bereit war, ihnen die beiden gemeindlichen Grundstücke zum Marktwert zu verkaufen. Der Hinweis der Revision, dem Vertrag seien „erhebliche wirtschaftliche Vorteile immanent“ gewesen, führt zu keiner anderen Beurteilung. Maßgeblich ist, ob der Vertrag konkrete, für den Erwerber vorteilhafte Be-

stimmungen enthält, nicht dagegen ob sich der Grundstückskauf in ungewisser Zukunft möglicherweise als wirtschaftlich günstig erweisen könnte. Auch der von der Revision angeführte Nachlass bei den Kanalgebühren von 647,38 € stellt angesichts der Höhe des Nachzahlungsbetrages, der den gewährten Nachlass um ein Vielfaches überschreitet, keinen Ausgleich des gestörten Äquivalenzverhältnisses dar.

Die Nachzahlungsklausel ist insgesamt unwirksam – sie lässt sich nicht im Wege ergänzender Vertragsauslegung auf das rechtlich gerade noch zulässige Maß reduzieren

[17] c) Entgegen der Auffassung der Revision ist die unwirksame Regelung über die Nachzahlungsverpflichtung nicht im Wege ergänzender Vertragsauslegung dahingehend zu ersetzen, dass die beklagte Gemeinde berechtigt sein soll, jedenfalls eine etwaige Bodenpreissteigerung abzuschöpfen.

[18] Entsprechend dem der Vorschrift des § 306 Abs. 3 BGB zugrunde liegenden Rechtsgedanken setzt eine ergänzende Vertragsauslegung bei Unwirksamkeit einer Vertragsklausel in einem – wie hier – privatrechtlich ausgestalteten städtebaulichen Vertrag (vgl. dazu Senat, Urteil vom 29. November 2002 – V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 96 f.) wegen Verstoßes gegen § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB voraus, dass es für die Gemeinde unzumutbar ist, an dem lückenhaften Vertrag festgehalten zu werden (vgl. BGH, Urteil vom 22. Januar 1992 – IV ZR 59/91, BGHZ 117, 92, 99). Das ist hier zu verneinen. Anders als in den Fällen, in denen die Gemeinde dem Käufer eine Subvention in Form eines Preisvorteils gewährt hatte und die Regelung über deren Widerruf ein wesentliches Element des Vertragsgefüges bildete (vgl. Senat, Urteil vom 16. April 2010 – V ZR 175/09, NJW 2010, 3505 Rn. 24), stellt die Klausel über die Nachzahlungsverpflichtung in dem zwischen der beklagten Gemeinde und den Eheleuten geschlossenen Vertrag keine Regelung innerhalb der getroffenen Vereinbarungen dar, deren Wegfall unter Aufrechterhaltung des Vertrages für die Gemeinde zu einem unzumutbaren Ergebnis führt.

[19] 2. Hinsichtlich der Nebenforderungen sind Rechtsfehler nicht ersichtlich und werden von der Revision auch nicht geltend gemacht.

III.

[20] Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. ■

2. Liegenschaftsrecht – Zur Bedeutung von Ausstattungsmerkmalen in der Baugenehmigung für die ordnungsgemäße Errichtung einer WEG-Anlage

(BGH, Urteil vom 20.7.2018 – V ZR 56/17)

WEG §§ 14 Nr. 1, 15 Abs. 3, 22 Abs. 1 S. 1, Abs. 2
BGB §§ 242, 1004 Abs. 1

Zur nachträglichen Anbringung von Verschattungsanlagen durch Wohnungseigentümer.

(Amtlicher Leitsatz)

Zur ordnungsgemäßen Ersterstellung des Gemeinschaftseigentums gehört auch die Erfüllung öffentlich-rechtlicher Vorgaben, nicht jedoch die Durchführung aller

Maßnahmen, die in einer Beschreibung des Bauobjekts aufgeführt sind, die Bestandteil der Baugenehmigung ist.
(RNotZ-Leitsatz)

Zur Einordnung

Der BGH befasst sich in der nachfolgend abgedruckten Entscheidung mit der Frage, in welchem Maße sich aus der Baugenehmigung für eine zu errichtende WEG-Anlage Konsequenzen für die ordnungsgemäße Errichtung dieser Anlage ergeben.

Jedem Wohnungseigentümer steht aus § 21 Abs. 4 iVm Abs. 5 Nr. 2 WEG ein Anspruch auf erstmalige Herstellung des Gemeinschaftseigentums in mangelfreiem Zustand zu (vgl. nur BGH MittBayNot 2015, 305 [307]; BeckOGK WEG/Karkmann, Stand 1.7.2018, § 22 Rn. 12 mwN). Maßgeblich für die Beurteilung der ordnungsgemäßen Herstellung ist dabei grundsätzlich die Teilungserklärung iVm dem Aufteilungsplan (BGH NJW 2016, 2181 [2182]; Staudinger/Lehmann-Richter, BGB, 2018, § 21 WEG Rn. 121). Daneben wird vielfach vertreten, dass mangels Ausführungsdetails in der eigentlichen Teilungserklärung ergänzend Baupläne und Baubeschreibungen herangezogen werden können, auch wenn sie lediglich Bestandteil der Kaufverträge mit den einzelnen Erwerberrn sind (OLG Hamm BeckRS 2007, 14122; MüKo WEG/Engelhardt, 7. Aufl. 2017, § 21 Rn. 32; BeckOGK WEG/Karkmann, Stand 1.7.2018, § 21 Rn. 72; dagegen etwa Bärmann/Merle, WEG, 13. Aufl. 2015, § 21 Rn. 118 b; Staudinger/Lehmann-Richter, BGB, 2018, § 21 WEG Rn. 161). Nach differenzierender Ansicht ist das nur möglich, wenn auf diese Unterlagen in der Teilungserklärung selbst Bezug genommen wird (Bärmann/Merle, WEG, 13. Aufl. 2015, § 21 Rn. 118 b; Schmidt ZWE 2017, 238 [243]). Ein Teil der Literatur hält Baupläne und Baubeschreibungen schließlich nicht nur für beachtlich, wenn die Teilungserklärung auf sie Bezug nimmt, sondern auch dann, wenn sie lediglich Bestandteil der Baugenehmigung sind (Staudinger/Lehmann-Richter, BGB, 2018, § 21 WEG Rn. 160 mit dem Argument, dass diese Unterlagen für jeden Miteigentümer potentiell zugänglich sind; Andeutungen in Richtung dieses Ergebnisses auch bei BGH NJW 2016, 2181 [2182]; aA Schmidt ZWE 2017, 238 [244] mit der Begründung, dass aus dem Grundbuch selbst allein die Teilungserklärung ersichtlich ist). Erforderlich zur ordnungsgemäßen Ersterstellung ist nach ständiger Rechtsprechung jedenfalls die Erfüllung öffentlich-rechtlicher Anforderungen (BGH NJW 2002, 3629 [3632]; BGH NJW 2016, 2181; BGH DNotZ 2018, 48 [49]; ferner BeckOGK WEG/Karkmann, Stand 1.7.2018, § 21 Rn. 72; BeckOGK BGB/Hügel, Stand 1.5.2018, § 21 WEG Rn. 6).

In der vorliegenden Entscheidung hatte der BGH u. a. zu beurteilen, ob zur ordnungsgemäßen Ersterstellung auch die Erstellung solcher Elemente zu zählen ist, die in einer zur Baugenehmigung gehörenden Beschreibung des Bauobjekts enthalten sind, nicht jedoch in derjenigen Baubeschreibung, auf welche die Teilungserklärung Bezug nimmt. Der BGH verneint eine generelle Maßgeblichkeit der Baugenehmigung und hält nur die auf Grund öffentlich-rechtlicher Vorschriften erforderlichen Ausstattungsmerkmale für relevant. Die umstrittene Frage, ob für die ordnungsgemäße Ersterstellung auch die Kaufverträge mit den einzelnen Erwerberrn und eine dort enthaltene Baubeschreibung maßgeblich sind, klärt der BGH mangels Entscheidungserheblichkeit nicht.

Für die notarielle Praxis hat das Urteil über den unmittelbaren Entscheidungskontext (Anspruch eines Miteigentümers auf Beseitigung baulicher Veränderungen) hinausgehende Bedeutung für das Pflichtenprogramm des Bauträgers gegenüber dem jeweiligen Erwerber. Die Erwähnung der Baugenehmigung im Kaufvertrag führt nicht dazu, dass der Bauträger alle dort aufgeführten Ausstattungsleistungen erbringen muss (vgl. ausführlich zur Auslegung des Inhalts der Leistungsvereinbarung *Basty*, Bauträgerkaufvertrag, 9. Aufl. 2018, Rn. 815 ff.).

Die Schriftleitung (TH)

Zum Sachverhalt:

[1] Die Parteien sind Mitglieder einer Wohnungseigentümergeinschaft. Zu der in Brandenburg gelegenen Anlage gehört, soweit hier von Interesse, ein Mehrfamilienhaus. Die Kläger sind Sondereigentümer der Wohneinheit Nr. 2, die Beklagten sind Sondereigentümer der Einheiten Nr. 1, Nr. 3 und Nr. 4. Unter Nr. 5 der Teilungserklärung vom 24. Oktober 2003 wird auf die Baubeschreibung vom 16. Mai 2003 Bezug genommen, die der Teilungserklärung als Anlage 4 beigelegt ist. Hierin heißt es u. a.:

„5. Außenfassade Straßenseite: Auf die Außenfassade wird ein mineralisches Wärmedämmverbundsystem mit eingefärbtem Glattputz aufgebracht Hofseite: Pfosten Riegelkonstruktion aus BSH zur Aufnahme der beweglichen und feststehenden Verglasungen

...

7. Balkone, Terrassen

[2] Balkonfertigteile aus Stahlrahmenkonstruktion mit Holzauflage (nach Angaben des Architekten)“ Der Errichtung des Gebäudes durch den Bauträger im Jahr 2004 lag eine Baugenehmigung vom 16. Dezember 2003 zugrunde, deren Bestandteil eine „Allgemeine Baubeschreibung“ war. Dort heißt es unter Ziff. 1.2 „Entwurfsansatz“ u. a.:

„... Der großzügig nach Südosten geöffneten Fassade sind Terrassen und Wintergärten vorgelagert, so dass unterschiedlichste Räume in diesen Freibereichen entstehen können. Dazu gibt es im vorgelagerten Stahlrahmen noch Jalousien zur Verschattung. Im Gegensatz dazu ist die leicht gefaltete und mit einem mineralischen farbigen Putz versehene Straßenseite sehr geschlossen. Die Fenster liegen bündig in der Fassade und öffnen sich nach außen.“

[3] Ein Einbau von Jalousien in den vorgelagerten Stahlrahmen erfolgte nicht. Die Kläger erwarben ihre Wohneinheit mit Bauträgervertrag vom 17. September 2004. In dem Vertrag heißt es, dass für die zu errichtenden Gebäude die in der Teilungserklärung vom 24. Oktober 2003 enthaltenen Pläne und die Baubeschreibung gelten und sich die Bauverpflichtung hierauf und auf die der Teilungserklärung beigelegten Pläne bezieht. Eine Verschattungsanlage wird nicht erwähnt. Auf die Erteilung der Baugenehmigung und darauf, dass die Kläger eine Kopie verlangen können, wird hingewiesen.

[4] In der Eigentümerversammlung am 1. Juni 2012 wurde ein Mehrheitsbeschluss gefasst, wonach den Eigentümern gestattet wurde, an ihren Türen und Fenstern hofseitig fach- und sachgerechte Jalousien, Lamellen und feste Verschattungen zu installieren. Angebote zur technischen Lösung sollten von dem Verwalter eingeholt werden. Über

die Ausführung und Realisierung sollte nach Angebotsvorlage durch Beschluss entschieden werden. Im September 2013 ließen die Beklagten jeweils an der vorgelagerten Stahlbaukonstruktion der Hofseite ihrer Wohnungen Außenjalousien anbringen.

[5] Das Amtsgericht hat die auf Beseitigung der Jalousien und Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten gerichtete Klage abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung der Kläger ist ohne Erfolg geblieben. Mit der von dem Landgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagten beantragen, verfolgen die Kläger ihre Klageanträge weiter.

Aus den Gründen:

I.

[6] Nach Ansicht des Berufungsgerichts haben die Kläger gegen die Beklagten keinen Anspruch auf Beseitigung der Verschattungsanlage gemäß § 1004 BGB i. V. m. § 22 Abs. 1 WEG. Zwar seien sie als Wohnungseigentümer für den geltend gemachten Beseitigungsanspruch aktivlegitimiert und die Beklagten als Handlungsstörer passivlegitimiert. Die Anbringung einer Verschattungsanlage stelle dem Grunde nach auch eine auf Dauer angelegte, gegenständliche Veränderung des Gemeinschaftseigentums und deshalb eine bauliche Veränderung dar. Ein wirksamer Beschluss der Eigentümergeinschaft, der diese Veränderung gestatte, liege nicht vor. Der Beschluss vom 1. Juni 2012 habe nur eine Vorbereitungsmaßnahme zum Gegenstand.

[7] Ein Beseitigungsanspruch der Kläger scheidet jedoch deshalb aus, weil die Verschattungsanlage zur Herstellung eines ordnungsgemäßen Erstzustandes erforderlich gewesen sei. Dies ergebe sich aus der Allgemeinen Baubeschreibung als Bestandteil der Baugenehmigung. Dem stehe nicht entgegen, dass Teilungserklärung und Aufteilungsplan zu der Verschattungsanlage schwiegen; daraus ergebe sich noch nicht, dass eine nachträgliche Ausstattung des gemeinschaftlichen Eigentums als bauliche Veränderung i. S. d. § 22 Abs. 1 WEG anzusehen sei. Die bauliche Ausstattung von Gebäude und Grundstück lasse sich nämlich regelmäßig nicht abschließend der Teilungserklärung und dem Aufteilungsplan entnehmen. Deshalb müsse ein Wohnungseigentümer auch Ausstattungsmerkmale, die in einer Baubeschreibung dargestellt seien, als ordnungsgemäßen Zustand des gemeinschaftlichen Eigentums hinnehmen, jedenfalls dann, wenn sie nicht in Widerspruch zur Teilungserklärung stünden. So verhalte es sich hier. Die in der Teilungserklärung in Bezug genommene Baubeschreibung vom 19. Mai 2003 enthalte zwar einige Angaben zur baulichen Ausstattung des Gebäudes, jedoch keine zu einer Verschattungsanlage. Angesichts der großen Glasfenster habe aus Sicht eines objektiven Betrachters daher nicht von einem abschließenden Inhalt ausgegangen werden können. Auf die Baugenehmigung vom 16. Dezember 2003 seien die Kläger überdies in ihrem Bauträgervertrag hingewiesen worden.

II.

[8] Diese Beurteilung hält einer revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein Anspruch der Kläger auf Beseitigung der Jalousien gemäß § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB i. V. m. § 22 Abs. 1 WEG nicht verneint werden.

Gegen iSd § 22 Abs. 1 WEG unberechtigte Baumaßnahmen können sich dadurch benachteiligte Wohnungseigentümer mittels § 1004 Abs. 1 BGB zur Wehr setzen

[9] 1. Im Ansatz zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass bei einem Verstoß gegen die in § 22 Abs. 1 i. V. m. § 14 Nr. 1 WEG geregelten Pflichten ein nachteilig betroffener Wohnungseigentümer nach § 1004 Abs. 1 BGB – ebenso wie nach § 15 Abs. 3 WEG – die Unterlassung oder Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen kann (vgl. Senat, Urteil vom 16. März 2018 – V ZR 276/16, BauR 2018, 1110 Rn. 18; Urteil vom 7. Februar 2014 – V ZR 25/13, NJW 2014, 1090 Rn. 5; Urteil vom 21. Oktober 2011 – V ZR 265/10, NJW-RR 2012, 140 Rn. 5). Richtig ist auch, dass es sich bei der Anbringung der Außenjalousien um eine bauliche Maßnahme handelt, die das gemeinschaftliche Eigentum betrifft. Dies folgt jedenfalls aus der hiermit verbundenen Veränderung der äußeren Gestaltung des Gebäudes (vgl. § 5 Abs. 1 a. E. WEG; siehe auch KG, ZMR 1985, 344; Bärmann/Armbrüster, WEG, 13. Aufl., § 5 Rn. 55). Als Wohnungseigentümer sind die Kläger für den geltend gemachten Beseitigungsanspruch aktivlegitimiert und mangels entgegenstehenden Beschlusses der Eigentümergemeinschaft auch prozessführungsbefugt (vgl. Senat, Urteil vom 14. November 2014 – V ZR 118/13, NJW 2015, 2027 Rn. 7 mwN). Die Beklagten haben die Jalousien anbringen lassen und sind deshalb als Handlungsstörer passivlegitimiert (vgl. allgemein zur Störereigenschaft Senat, Urteil vom 14. November 2014 – V ZR 118/13, NJW 2015, 2027 Rn. 12 ff.). Da das Berufungsgericht zu dem Vorliegen eines Nachteils i. S. d. § 22 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 14 Nr. 1 WEG keine Feststellungen getroffen hat, ist zu Gunsten der Kläger revisionsrechtlich davon auszugehen, dass die von ihnen angeführten Auswirkungen (Verschattung ihrer Wohnung und Beeinträchtigung der freien Sicht in den Himmel) einen solchen Nachteil darstellen.

Unklar ist, ob die Jalousieanbringung zur Herstellung eines ordnungsgemäßen Erstzustandes erforderlich ist

[10] 2. Als rechtsfehlerhaft erweist sich dagegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Voraussetzungen des § 22 Abs. 1 WEG lägen deshalb nicht vor, weil die Anbringung der Verschattungsanlage eine Maßnahme darstelle, die zur Herstellung eines ordnungsgemäßen Erstzustandes erforderlich gewesen sei. Die bislang getroffenen Feststellungen tragen diese Annahme nicht.

Eine solche ordnungsgemäße Erstherstellung kann jeder Eigentümer aus § 21 Abs. 4 iVm Abs. 5 Nr. 2 WEG verlangen

[11] a) Gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 WEG können bauliche Veränderungen und Aufwendungen, die über die ordnungsmäßige Instandhaltung oder Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums hinausgehen, beschlossen oder verlangt werden, wenn jeder Wohnungseigentümer zustimmt, dessen Rechte durch die Maßnahmen über das in § 14 Nr. 1 WEG bestimmte Maß hinaus beeinträchtigt werden. Eine solche bauliche Veränderung liegt nach der ständigen Rechtsprechung des Senats, von der auch das Berufungsgericht ausgeht, nicht vor, wenn die Maßnahme der erstmaligen plangerechten Herrichtung des Gemeinschaftseigentums dient. Unter Instandsetzung ist nämlich auch die erstmalige Herstellung des Gemeinschaftseigentums zu verstehen, so dass jeder Wohnungseigentümer nach § 21 Abs. 4 i. V. m. Abs. 5 Nr. 2 WEG von den übrigen Mitgliedern der Wohnungseigentümergeinschaft

verlangen kann, dass das Gemeinschaftseigentum plangerecht hergestellt wird (vgl. Senat, Urteil vom 14. November 2014 – V ZR 118/13, NJW 2015, 2027 Rn. 20; Urteil vom 20. November 2015 – V ZR 284/14, BGHZ 208, 29 Rn. 7). Dies schließt einen Beseitigungsanspruch gemäß § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB aus.

Dabei ist in erster Linie auf die Teilungserklärung nebst Aufteilungsplan abzustellen

[12] b) Für die Bestimmung des ordnungsmäßigen Anfangszustands des Gemeinschaftseigentums im Sinne dieser Rechtsprechung ist in erster Linie der Teilungsvertrag (§ 3 WEG) bzw. die Teilungserklärung (§ 8 WEG) in Verbindung mit dem gemäß § 7 Abs. 4 Nr. 1 WEG in Bezug genommenen Aufteilungsplan maßgebend (vgl. Senat, Urteil vom 26. Februar 2016 – V ZR 250/14, NJW 2016, 523 Rn. 12). Der Aufteilungsplan soll sicherstellen, dass dem Bestimmtheitsgrundsatz des Sachen- und Grundbuchsrechts Rechnung getragen wird, indem er die Aufteilung des Gebäudes sowie die Lage und Größe des Sondereigentums und der im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Gebäudeteile ersichtlich macht. Insoweit hat der Aufteilungsplan dieselbe sachenrechtliche Abgrenzungsfunktion wie das Liegenschaftskataster bei Grundstücken (vgl. Senat, Urteil vom 20. November 2015 – V ZR 284/14, BGHZ 208, 29 Rn. 10). Wenn die tatsächliche Bauausführung von dem Aufteilungsplan abweicht, muss die eindeutige sachenrechtliche Abgrenzung des Sondereigentums hergestellt werden. Dies geschieht, indem – vorrangig – die Bauausführung an den Aufteilungsplan angeglichen wird oder – soweit dies nicht zumutbar ist – indem der Aufteilungsplan geändert wird. Auf die eine oder auf die andere Weise können und müssen Bauausführung und Aufteilungsplan zur Übereinstimmung gebracht werden (vgl. Senat, Urteil vom 4. Mai 2018 – V ZR 203/17, juris Rn. 19; Urteil vom 20. November 2015 – V ZR 284/14, BGHZ 208, 29 Rn. 10; Urteil vom 14. November 2014 – V ZR 118/13, NJW 2015, 2027 Rn. 20). Um die sachenrechtliche Abgrenzung des Sondereigentums von dem Gemeinschaftseigentum, für die die oben genannte Rechtsprechung entwickelt worden ist (vgl. auch Senat, Urteil vom 4. Mai 2018 – V ZR 203/17, juris Rn. 20 f. zu der gesonderten Beurteilung von gravierenden Baumängeln im Bereich des Gemeinschaftseigentums), geht es hier aber nicht.

Auch die Erfüllung öffentlich-rechtlicher Anforderungen an das gemeinschaftliche Eigentum ist zur ordnungsgemäßen Erstherstellung erforderlich

[13] c) Dies schließt allerdings einen Anspruch der Beklagten gegen die Kläger auf Duldung der Anbringung der Jalousien nicht aus. Nach der Rechtsprechung des Senats gehört zur erstmaligen Herstellung des Gemeinschaftseigentums auch die Erfüllung öffentlich-rechtlicher Anforderungen an das gemeinschaftliche Eigentum. So setzt der plangerechte Zustand einer Teileigentumseinheit voraus, dass die öffentlich-rechtlichen Anforderungen an einen Aufenthaltsraum erfüllt sind; dafür erforderliche Maßnahmen am gemeinschaftlichen Eigentum wie die bauordnungsrechtlich vorgeschriebene Herstellung eines zweiten Rettungswegs entsprechen regelmäßig ordnungsmäßiger Verwaltung und können von einzelnen Wohnungseigentümern gemäß § 21 Abs. 4 WEG beansprucht werden (vgl. Senat, Urteil vom 23. Juni 2017 – V ZR 102/16, NJWRR 2017, 1047 Rn. 8). Ebenso ist die Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Anforderungen an den Stellplatznachweis Aufgabe aller Wohnungseigentümer und wird von dem Anspruch auf erstmalige ordnungsmäßige Herstellung des

Gemeinschaftseigentums erfasst, wenn der Bauträger bei der Errichtung der Wohnanlage und der Teilung nach § 8 WEG von den der Baugenehmigung zugrundeliegenden Plänen abgewichen ist und dadurch die öffentlich-rechtliche Verpflichtung besteht, weitere Stellplätze zu schaffen (Senat, Urteil vom 26. Februar 2016 – V ZR 250/14, NJW 2016, 2181 Rn. 11 ff.). Ob die Anbringung der Jalousien hier öffentlich-rechtlich vorgeschrieben ist, lässt sich auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht abschließend beurteilen.

Entscheidend ist, ob ein Baumerkmal öffentlich-rechtlich nötig ist, nicht aber, ob es in einer zur Baugenehmigung gehörenden Baubeschreibung erwähnt wird

[14] aa) Hierfür genügt es nicht, dass Bestandteil der Baugenehmigung vom 16. Dezember 2003 eine „Allgemeine Baubeschreibung“ ist, wonach es „im vorgelagerten Stahlrahmen noch Jalousien zur Verschattung gibt“. Wird ein in dem Bauantrag nebst Anlagen näher beschriebenes Bauvorhaben genehmigt, ist ein auf dieser Grundlage errichteter Bau erlaubt. Solange die Baugenehmigung besteht, haben die Bauordnungsbehörden deshalb grundsätzlich keine Möglichkeit mehr, gegen die Baumaßnahme vorzugehen, auch wenn die Genehmigung möglicherweise unter Missachtung öffentlich-rechtlicher Vorschriften erteilt worden ist (vgl. zur Wirkung der Baugenehmigung allgemein Stürer, Bau- und Fachplanungsrecht, 5. Aufl., Rn. 2625 ff.; Beck-OK BauordnungsR BW/Gassner, Stand: 15.11.2016, § 58 Rn. 17 ff.). Umgekehrt widerspricht aber ein Bauvorhaben nicht bereits deshalb dem (materiellen) öffentlichen Baurecht, weil ein in den Anlagen zu dem Bauantrag aufgeführtes Ausstattungsmerkmal nicht ausgeführt worden ist. Entscheidend ist insoweit, ob das Ausstattungsmerkmal nach den öffentlich-rechtlichen Vorschriften erforderlich ist (vgl. § 64 Nr. 1 bis 3, § 72 Abs. 1 Satz 1 Brandenburgische Bauordnung). Dem steht es gleich, wenn bezogen auf ein bestimmtes Ausstattungsmerkmal in der Baugenehmigung eine entsprechende Auflage enthalten ist.

[15] bb) Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob die Anbringung der Jalousien nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften bzw. nach der Baugenehmigung erforderlich war. Da die – für das Vorliegen der Voraussetzungen des Ersterstellungsanspruchs darlegungs- und beweispflichtigen – Beklagten nur die der Baugenehmigung zugrundeliegende „Allgemeine Baubeschreibung“, nicht jedoch die Baugenehmigung selbst nebst allen relevanten weiteren Anlagen vorgelegt haben, lässt sich deren Inhalt nicht eindeutig bestimmen. Weiterer Vortrag der Beklagten war auch nicht wegen des ergänzenden Verweises des Berufungsgerichts auf die Gründe des Urteils des Amtsgerichts entbehrlich. Das Amtsgericht hat zwar in diesem Zusammenhang ausgeführt, es ergebe sich aus der zum Zeitpunkt der Baugenehmigung gültigen Vorschrift des § 3 Abs. 4 Energieeinsparverordnung (EnEV) 2001, dass große Glasfronten an Fassaden eine irgendwie geartete Möglichkeit zur Verschattung bieten müssten; die Anbringung einer Verschattung erweise sich deshalb nicht bloß als rein praktische und vernünftige Maßnahme, sondern auch als bauordnungsrechtliche Notwendigkeit. Nach der zitierten Vorschrift sind – um einen energiesparenden sommerlichen Wärmeschutz sicherzustellen – bei Gebäuden, deren Fensterflächen 30 von Hundert überschreiten, die Anforderungen an die Sonneneintragskennwerte oder die Kühlleistung nach Anhang 1 Nr. 2.9 einzuhalten. Ob diese Voraussetzungen hier vorliegen, haben aber weder das Amtsgericht noch das Berufungsgericht festgestellt.

Es bedarf keiner Entscheidung, ob auch auf Ausstattungsmerkmale abzustellen ist, die in den Baubeschreibungen der einzelnen Erwerbsverträge enthalten sind

[16] d) Der hier zu entscheidende Sachverhalt gibt keine Veranlassung, zu der höchstrichterlich noch nicht geklärten Frage Stellung zu nehmen, ob und unter welchen – auch zeitlichen – Voraussetzungen die Wohnungseigentümer untereinander über die der in der Teilungserklärung und dem Aufteilungsplan vorgesehenen Abgrenzung des Gemeinschaftseigentums von dem Sondereigentum und der Erfüllung öffentlich-rechtlicher Anforderungen an das gemeinschaftliche Eigentum hinausgehend die Herstellung bestimmter Ausstattungsmerkmale des gemeinschaftlichen Eigentums verlangen können.

[17] aa) In Rechtsprechung und Literatur wird insoweit teilweise die Auffassung vertreten, dass zu dem Bereich der erstmaligen Herstellung eines ordnungsgemäßen Zustands des Gemeinschaftseigentums auch diejenigen Ausstattungsmerkmale gehören, die in den Baubeschreibungen der schuldrechtlichen Erwerbsverträge zwischen den Wohnungseigentümerwerbenden und dem teilenden Eigentümer enthalten sind (vgl. OLG Hamm, ZWE 2007, 491; MüKoBGB/Engelhardt, 7. Aufl., WEG § 21 Rn. 32; Beck-OGK/Karkmann, Stand: 1.11.2017, WEG § 21 Rn. 72; Heinemann in Jennißen, WEG, 5. Aufl., § 21 Rn. 67; ähnlich auch BeckOK WEG/Elzer, Stand: 1. Januar 2018, WEG § 22 Rn. 33; a. A. Staudinger/Lehmann-Richter, BGB [2018], § 21 Rn. 161; siehe zum Meinungsstand auch Schmidt, ZWE 2017, 238, 241 ff.).

Denn nicht sämtliche Ausstattungsmerkmale, die in der Baubeschreibung der Baugenehmigung enthalten sind, zählen zum Bausoll des Bauträgers

[18] bb) Diese Frage ist hier nicht entscheidungserheblich. Nach den von dem Berufungsgericht getroffenen Feststellungen kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Bauträger unabhängig von öffentlich-rechtlichen Vorschriften zu der Anbringung von Außenjalousien verpflichtet war. In dem von den Klägern geschlossenen Bauträgervertrag – dass die mit den Beklagten geschlossenen Verträge einen anderen Inhalt haben, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt und wird von den Beklagten auch nicht geltend gemacht wird – wird hinsichtlich des Bausolls nur auf die der Teilungserklärung beigelegte Baubeschreibung vom 16. Mai 2003 Bezug genommen, in der die Anbringung von Außenjalousien nicht vorgesehen ist. Der zusätzliche Hinweis darauf, die Baugenehmigung sei erteilt und es werde auf Anforderung eine Kopie zur Verfügung gestellt, hat nicht zur Folge, dass nunmehr sämtliche Ausstattungsmerkmale, die in der der Baugenehmigung zugrunde liegenden „Allgemeinen Baubeschreibung“ erwähnt werden, von dem Bauträger über das konkret vereinbarte Bausoll hinaus ausgeführt werden müssen. Anders ist es allerdings, wenn diese Merkmale baurechtlich vorgeschrieben sind, weil es zum Pflichtenprogramm des Werkunternehmers gehört, die einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften einzuhalten (vgl. OLG Düsseldorf, BauR 1984, 294; NJW 2016, 168 Rn. 9; OLG Stuttgart, NJW-RR 2015, 1226, Rn. 65; MüKoBGB/Busche, 7. Aufl., § 633 Rn. 19). Ob der Bauträger zu der Anbringung der Außenjalousien aufgrund des Bauträgervertrags verpflichtet war, hängt deshalb davon ab, ob dies nach den Vorschriften der Energieeinsparverordnung bzw. aufgrund einer Auflage in der Baugenehmigung vorgeschrieben war. Ist dies aber zu bejahen, haben die Beklagten bereits aus den oben unter Rn. 13

bis 15 dargelegten Gründen einen entsprechenden Anspruch auf Einhaltung dieser Vorschriften.

[19] 3. Die Entscheidung stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

Es liegt ein die Anbringung der Jalousien gestattender Beschluss der Eigentümer vor

[20] a) Allerdings wäre die Klage unbegründet, wenn die Kläger aufgrund eines wirksamen Beschlusses der Wohnungseigentümer zu einer Duldung der Anbringung der Jalousien verpflichtet wären (§ 1004 Abs. 2 BGB). Dies kommt hier deshalb in Betracht, weil der Beschluss der Wohnungseigentümer vom 1. Juni 2012 entgegen der Auslegung des Berufungsgerichts, die von dem Senat in vollem Umfang überprüfbar ist (vgl. Senat, Beschluss vom 10. September 1998 – V ZB 11/98, BGHZ 139, 288, 291; Urteil vom 8. April 2016 – V ZR 104/15, NJW-RR 2016, 985 Rn. 13), kein bloßer Vorbereitungsbeschluss ist. Nach dem eindeutigen Wortlaut ist den Eigentümern gestattet worden, an ihren Türen und Fenstern hofseitig fach- und sachgerechte Jalousien, Lamellen und feste Verschattungen zu installieren. Lediglich über die konkrete Ausführung und Realisierung sollte nach Angebotsvorlage durch den Verwalter durch gesonderten Beschluss entschieden werden. Damit sollte aber hinsichtlich des „Ob“ des Anbringens einer Verschattungsanlage durch die Wohnungseigentümer eine verbindliche Regelung getroffen werden. Dass es an einem Ausführungsbeschluss zu dem „Wie“ fehlt, wirkt sich nicht zugunsten der Kläger aus, weil sie sich auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts ausschließlich gegen die Maßnahme als solche wenden, ohne die konkrete Ausführung zu beanstanden. Sie haben insoweit auch keine Hilfsanträge gestellt, sondern sich auf den Antrag auf Beseitigung der Jalousien beschränkt.

Es fehlen Feststellungen zur Wirksamkeit des Beschlusses

[21] b) Der Umstand, dass diesem Beschluss möglicherweise nicht alle Wohnungseigentümer zugestimmt haben, die von der Maßnahme nachteilig betroffen sind i. S. d. § 22 Abs. 1 i. V. m. § 14 Nr. 1 WEG, stünde einer Duldungspflicht der Kläger nicht entgegen. Die fehlende Zustimmung eines Wohnungseigentümers würde nämlich nicht zur Nichtigkeit, sondern lediglich zur Anfechtbarkeit des Beschlusses führen (vgl. Senat, Urteil vom 28. Oktober 2016 – V ZR 91/16, NJW 2017, 1167 Rn. 14).

[22] c) Diese Überlegungen rechtfertigen jedoch die Zurückweisung der Revision der Kläger nicht. Dazu, ob der Beschluss wirksam zustande gekommen und unanfechtbar geworden ist, hat das Berufungsgericht – von seinem Ausgangspunkt folgerichtig – keine Feststellungen getroffen. Auch das Amtsgericht, auf dessen Urteil das Berufungsgericht ergänzend Bezug genommen hat, hat die Frage, ob ein wirksamer Beschluss gemäß § 22 Abs. 1 WEG vorliegt, ausdrücklich offen gelassen. Zur Wahrung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) muss den Parteien deshalb Gelegenheit gegeben werden, hierzu Stellung zu nehmen.

Die Sache wird an das Berufungsgericht zurückverwiesen

III.

[23] Das Berufungsurteil kann hiernach keinen Bestand haben und ist gemäß § 562 Abs. 1 ZPO aufzuheben. Die

Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, da der Senat in der Sache nicht selbst entscheiden kann; vielmehr bedarf es weiterer Feststellungen durch das Berufungsgericht (§ 563 Abs. 1 und 3 ZPO). Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

[24] 1. Zunächst ist zu klären, ob die Kläger aufgrund des Beschlusses vom 1. Juli 2012 verpflichtet sind, den Einbau der Jalousien durch die Beklagten zu dulden.

[25] 2. Wird dies verneint, ist den Beklagten Gelegenheit zu geben, zu der öffentlich-rechtlichen Erforderlichkeit der Anbringung der Jalousien ergänzend vorzutragen. Bejaht das Berufungsgericht die – von ihm in eigener Verantwortung zu prüfende (vgl. Senat, Urteil vom 12. April 2013 – V ZR 266/11, NJW 2013, 2182 Rn. 10) – Erforderlichkeit, ist die Abweisung der Klage zu Recht erfolgt.

[26] 3. Fehlt es an der bauordnungsrechtlichen Erforderlichkeit, hat dies noch nicht den Erfolg der Berufung zur Folge. Die Kläger können nicht schon deswegen gemäß § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB die Beseitigung der Jalousien verlangen, weil es sich bei deren Anbringung um eine bauliche Veränderung gemäß § 22 Abs. 1 WEG handelt und diese von den Beklagten – was revisionsrechtlich zu unterstellen ist – ohne vorhergehende Beschlussfassung der Wohnungseigentümer vorgenommen wurde.

Ein Vorgehen aus § 1004 BGB wäre rechtsmissbräuchlich, wenn die Beklagten einen Anspruch auf einen die Maßnahme gestattenden Beschluss hätten

[27] a) Hierfür kommt es auf die umstrittene Frage, ob formelle Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Maßnahme nach § 22 Abs. 1 WEG ein entsprechender Wohnungseigentümerbeschluss ist oder eine formlose Zustimmung derjenigen Wohnungseigentümer ausreicht, deren Zustimmung gemäß § 22 Abs. 1 i. V. m. § 14 Nr. 1 WEG erforderlich ist, nicht an (vgl. zum Streitstand Senat, Urteil vom 7. Februar 2014 – V ZR 25/13, NJW 2014, 1090 Rn. 9). Auch wenn ein förmlicher Beschluss erforderlich wäre, wäre ein Beseitigungsverlangen rechtsmissbräuchlich (§ 242 BGB), wenn es auf eine Leistung zielt, die alsbald zurückzugewähren wäre, weil der Wohnungseigentümer Anspruch auf einen Gestattungsbeschluss nach § 22 Abs. 1 Satz 1 WEG zur Vornahme der Maßnahme hat. Ein solcher Anspruch besteht, wenn die von der Maßnahme nachteilig betroffenen Eigentümer zugestimmt haben oder es an einer Beeinträchtigung, die über das in § 14 Nr. 1 WEG bestimmte Maß hinausgeht, fehlt (vgl. Senat, Urteil vom 21. Oktober 2011 – V ZR 265/10, NJW-RR 2012, 140 Rn. 6; Urteil vom 7. Februar 2014 – V ZR 25/13, NJW 2014, 1090 Rn. 9 f.).

Ob den Klägern ein zum Widerspruch berechtigender Nachteil iSd § 14 Nr. 1 WEG durch die Jalousien erwächst, ist Tatfrage

[28] b) Feststellungen dazu, ob den Klägern durch die Jalousien über das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche Maß hinaus ein Nachteil im Sinne von § 14 Nr. 1 WEG erwächst, hat das Berufungsgericht – von seinem Ausgangspunkt folgerichtig – nicht getroffen. Dies wird ggfls. nachzuholen sein. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass nachteilig im Grundsatz jede nicht ganz unerhebliche Beeinträchtigung ist. Diese muss zwar konkret und objektiv sein. Eine erhebliche Beeinträchtigung ist aber nicht erforderlich; nur ganz geringfügige Beeinträchtigungen bleiben außer Betracht. Entscheidend ist, ob sich nach

der Verkehrsanschauung ein Wohnungseigentümer in der entsprechenden Lage verständlicherweise beeinträchtigt fühlen kann (st. Rspr., vgl. nur Senat, Urteil vom 13. Januar 2017 – V ZR 96/16, ZWE 2017, 224 Rn. 15). Dabei ist aber auch zu beachten, dass der entstehende Nachteil über das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche Maß hinausgehen muss; bei dieser Beurteilung können im Einzelfall auch bauliche Besonderheiten der Wohnanlage zu berücksichtigen sein. Insoweit ist hier in die Würdigung einzubeziehen, dass die Beklagten – auch unabhängig von öffentlich-rechtlichen Vorgaben – angesichts der großen, nach Südosten ausgerichteten Fenster ein besonderes Interesse an einem Wärmeschutz haben können.

Gegen einen etwaigen Modernisierungsbeschluss nach § 22 Abs. 2 WEG können sich die Beklagten nur bei unbilliger Benachteiligung wehren

[29] 4. Ist die Anbringung der Jalousien als Modernisierung im Sinne des § 22 Abs. 2 WEG zu qualifizieren und gelingt es den Beklagten, bis zum Schluss der neuen mündlichen Verhandlung eine Genehmigung der Wohnungseigentümer durch einen Beschluss mit der für eine Modernisierung erforderlichen Mehrheit herbeizuführen (vgl. Senat, Urteil vom 18. November 2016 – V ZR 49/16, NJW 2017, 2184 Rn. 26), stünde dies einem Erfolg der Klage nicht entgegen, wenn die Kläger durch die Maßnahme i. S. d. § 22 Abs. 2 WEG unbillig beeinträchtigt würden. Hierbei ist zu beachten, dass unbillig nur solche Nachteile sein können, die über einen Nachteil i. S. d. § 22 Abs. 1 i. V. m. § 14 Nr. 1 WEG hinausgehen und bei wertender Betrachtung und in Abwägung mit den mit der Modernisierung verfolgten Vorteilen einem verständigen Wohnungseigentümer zumutbarer Weise nicht abverlangt werden dürfen (vgl. Senat, Urteil vom 18. Februar 2011 – V ZR 82/10, NJW 2011, 1221 Rn. 12 f.). ■

3. Liegenschaftsrecht – Zum Eintritt des Erwerbers in das Mietverhältnis mit einem Miteigentümer

(BGH, Urteil vom 25.4.2018 – VIII ZR 176/17)

BGB §§ 535, 566 Abs. 1, 741, 1008, 1010 Abs. 1

1. Überlässt eine Miteigentümergeinschaft gemeinschaftliche Räume einem ihrer Mitglieder vertraglich gegen Entgelt zur alleinigen Nutzung, kommt hierdurch regelmäßig ein (Wohnraum-)Mietverhältnis zustande (Anschluss an BGH, Urteile vom 8. Januar 1969 – VIII ZR 184/66, WM 1969, 298 unter 2 b; vom 17. Dezember 1973 – II ZR 59/72, NJW 1974, 364 unter [A] II 2 b; vom 15. September 1997 – II ZR 94/96, NJW 1998, 372 unter I; vom 11. September 2000 – II ZR 324/98, NZM 2001, 45 unter II 1 b; vom 15. September 2010 – VIII ZR 16/10, NZM 2010, 898 Rn. 14). Auf ein derartiges Mietverhältnis sind die zum Schutz des Mieters vorgesehenen gesetzlichen Bestimmungen anzuwenden.
2. Dem wirksamen Zustandekommen eines solchen Mietvertrags steht nicht entgegen, dass der Miteigentümer hieran sowohl auf Mieterseite als auch – neben anderen Miteigentümern – auf Vermieterseite beteiligt ist (Bestätigung und Fortführung der Senatsurteile vom 27. April 2016 – VIII ZR 323/14, WuM 2016, 341 Rn. 18 mwN; vom 24. August 2016 – VIII ZR 100/15, BGHZ 211, 331 Rn. 21).

3. Der Erwerber eines Miteigentumsanteils tritt in ein zwischen der Miteigentümergeinschaft und einem oder einzelnen ihrer Mitglieder bestehendes Wohnraummietverhältnis gemäß § 566 Abs. 1 BGB ein (Bestätigung des Senatsurteils vom 23. November 2011 – VIII ZR 74/11, NZM 2012, 150 Rn. 23 mwN). Dies gilt auch, wenn die mietvertragliche Regelung nicht als Belastung des Miteigentumsanteils im Grundbuch eingetragen ist (§ 1010 Abs. 1 BGB).
4. Eine auf den Fortbestand eines (Wohnraum-)Mietverhältnisses zwischen einer Miteigentümergeinschaft und einem oder einzelnen ihrer Mitglieder gerichtete Feststellungsklage muss nicht gegen sämtliche Mitglieder der Miteigentümergeinschaft erhoben werden, wenn nur einzelne von ihnen das Bestehen eines Mietverhältnisses in Abrede stellen (Anschluss an BGH, Urteile vom 26. Oktober 1990 – V ZR 105/89, NJW-RR 1991, 333 unter II 2; vom 4. April 2014 – V ZR 110/13, NZM 2014, 522 Rn. 10).

Zum Sachverhalt:

[1] Die Parteien streiten über die Feststellung des Fortbestands eines Mietverhältnisses über die von den Klägern bewohnte Wohnung in einem Mehrfamilienhaus in Berlin sowie über das Recht der Kläger zur alleinigen Nutzung des hinteren Gartens des Hausgrundstücks.

[2] Das vorbezeichnete Anwesen stand seit mehr als 100 Jahren im Eigentum der Familie der Klägerin zu 1. Ende des Jahres 2006 wurden die Klägerin zu 1 und ihre Schwester im Grundbuch zu je einem Sechstel als Miteigentümer des Hausgrundstücks eingetragen. Unter dem 3. Mai 2009 schlossen sämtliche damaligen Miteigentümer, handelnd unter der Bezeichnung „Grundstücksgemeinschaft F.“ mit der Klägerin zu 1 und deren Ehemann, dem Kläger zu 2, einen als „Wohnungs-Einheitsmietvertrag“ überschriebenen (Formular-)Vertrag, wonach die Kläger die streitgegenständliche 214,47 qm große Sechszimmerwohnung in der ersten Etage und im Dachgeschoss links auf unbestimmte Zeit für eine monatliche Miete von 898,96 € einschließlich der Betriebskosten zusätzlich einer monatlichen Heizkostenvorauszahlung in Höhe von 361 €, insgesamt mithin 1.259,96 € monatlich, mieteten.

[3] § 20 des Mietvertrags enthält als Ziffer 2 unter der Überschrift „weitere Vereinbarungen“ die handschriftliche Bezugnahme auf eine Anlage des Mietvertrags, wonach die Kläger, da ihnen der Zustand des Hauses bekannt sei, als Mieter auf etwaige Minderungs- oder Instandhaltungsrechte sowie Ansprüche gegen die Vermieterin, die Grundstückseigentümergeinschaft, wegen sämtlicher bekannten und unbekanntem Mängeln verzichteten. Weiter enthält § 20 des Mietvertrags unter Ziffer 4 folgende (handschriftliche) Regelung hinsichtlich der Gartennutzung:

„Die Mieter haben den hinteren Gartenteil hergerichtet. Ihnen steht ein alleiniges Nutzungsrecht zu.“

[4] Im Jahre 2014 erhielt die Klägerin zu 1 als Alleinerbin der Miteigentümerin N. deren Miteigentumsanteil von einem Drittel, so dass sie fortan insgesamt die Hälfte der Miteigentumsanteile hielt.

[5] Nach dem Tod des weiteren Miteigentümers B. erwarb die Beklagte, eine aus den Gesellschaftern S. -A. H. und

Dr. J. R. bestehende Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, dessen Miteigentumsanteil von einem Drittel von dem Insolvenzverwalter aus dem Nachlass. Seit dem 4. April 2016 ist die Beklagte als Miteigentümerin im Grundbuch eingetragen. Die Beklagte war sodann bestrebt, auch die übrigen, von der Klägerin zu 1 und deren – inzwischen verstorbenen – Schwester gehaltenen Miteigentumsanteile von insgesamt zwei Dritteln zu erwerben, was diese jedoch ablehnten.

[6] Mit an die Klägerin zu 1 gerichtetem Schreiben vom 27. April 2016 vertrat die Beklagte die Auffassung, der oben genannte Vertrag vom 3. Mai 2009 sei ihr gegenüber gemäß § 1010 Abs. 1 BGB mangels Eintragung im Grundbuch unwirksam, forderte die Kläger auf, aus der Wohnung auszuziehen, und kündigte die Beantragung einer Teilungsversteigerung an. Zugleich verlangte die Beklagte für den Zeitraum ab ihrer Eintragung als Miteigentümerin im Grundbuch bis zur Räumung der Wohnung von den Klägern die Zahlung einer über die oben genannte monatliche Miete hinausgehenden Nutzungsentschädigung in Höhe von zusätzlich 571,92 € monatlich. Mit Schriftsatz vom 31. Mai 2016 erklärte die Beklagte schließlich die Kündigung des Mietverhältnisses zum nächstmöglichen Termin, spätestens zum 30. Oktober 2016.

[7] Mit der vorliegenden Klage begehren die Kläger die Feststellung, dass das Mietverhältnis gemäß dem oben genannten Mietvertrag bis auf weiteres fortbestehe und insbesondere nicht mit dem Erwerb des Miteigentumsanteils durch die Beklagte oder durch deren Schreiben vom 27. April 2016 beendet worden sei. Die Beklagte erstrebt im Wege der Widerklage die Feststellung, dass die Kläger mietvertraglich gegenüber der Beklagten nicht das Recht zum ausschließlichen Nutzen und Besitz an dem hinter dem Haus gelegenen Garten („Hintergarten“) des Anwesens haben.

[8] Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Die hiergegen gerichtete Berufung der Kläger hat das Landgericht zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgen die Kläger ihr Klagebegehren und die von ihnen erstrebte Abweisung der Widerklage weiter.

Aus den Gründen:

[9] Die Revision hat Erfolg.

I.

[10] Das Berufungsgericht (LG Berlin, Urteil vom 13. Juni 2017 – 63 S 278/16, juris) hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

[11] Das Feststellungsbegehren der Kläger sei nicht begründet, weil ein Mietverhältnis mit ihnen durch den Vertrag vom 3. Mai 2009 nicht zustande gekommen sei. Das Amtsgericht habe zutreffend unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Senatsurteil vom 27. April 2016 – VIII ZR 323/14) ausgeführt, dass der vorbezeichnete Vertrag trotz dessen Bezeichnung als Mietvertrag mietvertragliche Beziehungen der Parteien nicht begründet habe. Zwar stimme der Sachverhalt des genannten Senatsurteils mit dem vorliegenden Fall insoweit nicht überein, als dort bei Abschluss des Mietvertrags eine Identität zwischen Mieter und Vermieter noch nicht vorgelegen habe, sondern der Mietvertrag erst später durch ein Zusammenfallen von Mieter und Vermieter weggefallen sei.

Dies sei für den zugrunde liegenden Rechtsgedanken jedoch nicht maßgeblich. Denn ein Mietverhältnis könne, wie der Senat in dem vorbezeichneten Urteil ausgeführt habe, von vornherein nicht zustande kommen, wenn auf Gebrauchsnutzerseite eine Person beteiligt sei, die zugleich eine Vermieterstellung einnehme. Ein Schuldverhältnis setze voraus, dass Gläubiger und Schuldner verschiedene Personen seien.

[12] Hieraus folge auch, dass das Begehren der Beklagten auf Feststellung des Nichtbestehens eines Mietverhältnisses (gemeint offenbar: die mit der Widerklage geltend gemachte Feststellung des Nichtbestehens eines mietvertraglichen Rechts zur alleinigen Nutzung des hinter dem Haus gelegenen Gartens) begründet sei.

[13] Die Verhältnisse der Beteiligten seien danach trotz der als Mietvertrag gekennzeichneten Vereinbarung vom 3. Mai 2009 grundsätzlich nach dem Gemeinschaftsrecht zu beurteilen. Danach sei diese Vereinbarung als eine Verwaltungs- und Benutzungsregelung gemäß § 745 Abs. 2 BGB anzusehen. Dafür spreche im Übrigen auch der Inhalt der Vereinbarung. Denn unstreitig gehe die der Klägerin zu 1 eingeräumte Nutzungsmöglichkeit deutlich über den Umfang hinaus, der ihrem Miteigentumsanteil entsprochen habe, während die anderen damaligen Miteigentümer einen geringeren Nutzungsanteil gehabt und dafür keine Entschädigung an die anderen zu zahlen gehabt hätten. Danach sei letztlich die vereinbarte Vergütung bemessen worden, die nicht dem Wert der gesamten Nutzung entsprochen habe, sondern den Mehrwert der Nutzung über den Miteigentumsanteil hinaus habe ausgleichen sollen.

[14] Diese Vereinbarung binde die Beklagte als Nachfolgerin des Miteigentümers B. gemäß § 1010 Abs. 1 BGB nicht, weil sie nicht im Grundbuch eingetragen gewesen sei.

II.

[15] Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

Das Berufungsgericht ist zu Unrecht von einer bloßen Verwaltungs- und Benutzungsregelung nach § 745 BGB ausgegangen

[16] Das Berufungsgericht hat zu Unrecht einen Anspruch der Kläger auf Feststellung des Fortbestehens des Mietverhältnisses hinsichtlich der streitgegenständlichen Wohnung verneint, indem es den Vertrag vom 3. Mai 2009 trotz dessen eindeutigen Inhalts rechtsfehlerhaft nicht als Mietvertrag, sondern als eine bloße gemeinschaftsrechtliche Verwaltungs- und Benutzungsregelung nach § 745 BGB angesehen hat, welche die Beklagte mangels Eintragung im Grundbuch nicht binde (§ 1010 Abs. 1 BGB). Wie die Revision mit Recht rügt, kann ein Mietverhältnis über Wohnraum, anders als das Berufungsgericht aufgrund eines Fehlverständnisses des Senatsurteils vom 27. April 2016 (VIII ZR 323/14, WuM 2016, 341 Rn. 18 und Ls. 1) gemeint hat, auch zwischen den Mitgliedern einer Miteigentümergeinschaft und einem ihrer Mitglieder – hier der Klägerin zu 1 (neben dem an der Gemeinschaft nicht beteiligten Kläger zu 2) – begründet werden. Dem steht nicht entgegen, dass in einem solchen Fall das Mitglied der Miteigentümergeinschaft an dem Mietvertrag sowohl als Mieter als auch – neben anderen Miteigentümern – als Vermieter beteiligt ist. In die sich aus dem Mietvertrag vom 3. Mai 2009 ergebenden Rechte und

Pflichten ist die Beklagte nach § 566 Abs. 1 BGB mit dem Erwerb ihres Miteigentumsanteils eingetreten.

[17] Ebenfalls zu Unrecht hat das Berufungsgericht – infolge der rechtsfehlerhaften Verneinung des Vorliegens eines Mietverhältnisses – auf die Widerklage hin den Klägern die in § 20 Ziffer 4 des Mietvertrags vereinbarte alleinige Nutzung des hinter dem Haus gelegenen Gartens abkannt.

[18] 1. Das Berufungsgericht ist allerdings ohne Rechtsfehler und von den Parteien im Revisionsverfahren unbeanstandet davon ausgegangen, dass sowohl für die Feststellungsklage als auch für die ebenfalls auf Feststellung gerichtete Widerklage das erforderliche Feststellungsinteresse (§ 256 Abs. 1 ZPO) gegeben ist. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein rechtliches Interesse an einer alsbaldigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses gegeben, wenn dem Recht oder der Rechtsposition des Klägers eine gegenwärtige Gefahr oder Unsicherheit droht und das erstrebte Urteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen. Eine solche Gefährdung liegt im Fall der – hier von den Klägern erhobenen – positiven Feststellungsklage in der Regel schon darin, dass der Beklagte das Recht des Klägers ernstlich bestreitet (vgl. nur BGH, Urteile vom 19. November 2014 – VIII ZR 79/14, NJW 2015, 873 Rn. 29; vom 25. Juli 2017 – II ZR 235/15, WM 2017, 1940 Rn. 16; jeweils mwN). Bei einer negativen Feststellungsklage – wie hier der Widerklage – entsteht das erforderliche Feststellungsinteresse des Klägers regelmäßig aus einer vom Beklagten (nicht notwendig ausdrücklich) aufgestellten Bestandsbehauptung („Berühmung“) der vom Kläger verneinten Rechtslage (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteile vom 13. Januar 2010 – VIII ZR 351/08, NJW 2010, 1877 Rn. 19; vom 16. Mai 2017 – XI ZR 586/15, NJW 2017, 2340 Rn. 13; jeweils mwN).

[19] So liegt der Fall hier, da die Beklagte das Bestehen des von den Klägern geltend gemachten Mietverhältnisses nachdrücklich in Abrede stellt und die Kläger gegenüber der Beklagten aufgrund des Mietvertrages das Recht der alleinigen Nutzung des hinteren Gartens für sich beanspruchen. Zur Beseitigung der im Verhältnis zwischen den Klägern und der Beklagten jeweils bestehenden Gefahr ist grundsätzlich ein zwischen diesen Parteien wirkendes Urteil geeignet. Eine Einbeziehung Dritter, die an dem im Streit stehenden Rechtsverhältnis beteiligt sind – hier der weiteren Miteigentümer –, ist unter dem Gesichtspunkt des Feststellungsinteresses nicht geboten (vgl. BGH, Urteil vom 25. Juli 2017 – II ZR 235/15, aaO Rn. 17).

[20] 2. Ebenfalls rechtsfehlerfrei und von der Beklagten bereits im Berufungsverfahren und ebenso im Revisionsverfahren nicht angegriffen ist das Berufungsgericht – unausgesprochen – dem Amtsgericht darin gefolgt, dass die Kläger für die Zulässigkeit ihrer auf den Fortbestand des Mietverhältnisses gerichteten Feststellungsklage diese jedenfalls unter den hier gegebenen Umständen nicht gegen sämtliche Mitglieder der Miteigentümergeinschaft richten mussten, sondern die Klage – selbst bei Annahme einer notwendigen Streitgenossenschaft (vgl. hierzu BGH, Urteile vom 29. November 1961 – V ZR 181/60, BGHZ 36, 187, 188 f.; vom 4. Mai 1984 – V ZR 82/83, NJW 1984, 2210 unter 1; vom 12. Januar 1996 – V ZR 246/94, BGHZ 131, 376, 378 f.; vgl. auch Palandt/Sprau, BGB, 77. Aufl., § 747 Rn. 6) – allein gegen die Beklagte richten durften. Denn nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat unstreitig nur diese das Beste-

hen eines Mietverhältnisses in Abrede gestellt und besteht daher auch nur ihr gegenüber ein Rechtsschutzbedürfnis (vgl. BGH, Urteile vom 4. Mai 1984 – V ZR 82/83, aaO; vom 26. Oktober 1990 – V ZR 105/89, NJW-RR 1991, 333 unter II 2; vom 4. April 2014 – V ZR 110/13, NZM 2014, 522 Rn. 10; jeweils mwN; vgl. auch BGH, Urteil vom 14. April 2010 – IV ZR 135/08, FamRZ 2010, 1068 Rn. 19; Zöller/Althammer, ZPO, 32. Aufl., § 62 Rn. 21).

Ein Mietverhältnis kann auch zwischen den Mitgliedern einer Miteigentümergeinschaft und einem ihrer Mitglieder begründet werden

[21] 3. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht jedoch – wie die Revision mit Recht rügt – das Zustandekommen und den Fortbestand eines Mietverhältnisses zwischen den Klägern und den Mitgliedern der Miteigentümergeinschaft über die streitgegenständliche Wohnung verneint. Hierbei hat das Berufungsgericht – wie bereits das Amtsgericht – die personellen Anforderungen an das wirksame Entstehen eines vertraglichen Schuldverhältnisses grundlegend verkannt. Dementsprechend hat es die Ausführungen des Senats in dessen Urteil vom 27. April 2016 (VIII ZR 323/14, aaO), welches sich auf die – hier offensichtlich nicht gegebene – Fallgestaltung bezog, dass der Mieter zugleich alleiniger Vermieter der Wohnung (geworden) ist, falsch verstanden und deshalb zu Unrecht gemeint, der Annahme eines Mietverhältnisses stehe im Streitfall entgegen, dass die Klägerin zu 1 sowohl auf Seiten der Vermieter als auch auf Seiten der Mieter an dem Mietvertrag beteiligt sei. Dabei hat das Berufungsgericht zum einen rechtsfehlerhaft nicht berücksichtigt, dass die Klägerin zu 1 nicht alleinige Vermieterin war und ist, sondern neben ihr weitere Miteigentümer auf Vermieterseite beteiligt (gewesen) sind. Zum anderen hat das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang grundlegend verkannt, dass nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und nach einhelliger Auffassung der Literatur die Mitglieder einer Miteigentümergeinschaft Wohnräume, die sich auf dem gemeinschaftlichen Grundstück befinden, an ein Mitglied oder an einzelne Mitglieder der Miteigentümergeinschaft (§§ 741 ff., 1008 ff. BGB) vermieten können, ohne dass der Wirksamkeit eines solchen Mietvertrags – schon anfänglich oder später infolge einer Konfusion – entgegenstehe, dass einer der Miteigentümer oder einzelne Miteigentümer sowohl auf Vermieter- als auch auf Mieterseite an dem Vertrag beteiligt sind.

[22] a) Im Ansatz noch zutreffend ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass die Kläger und sämtliche damaligen Mitglieder der Miteigentümergeinschaft am 3. Mai 2009 den als „Wohnungs-Einheitsmietvertrag“ überschriebenen Vertrag über die Nutzung der streitgegenständlichen Wohnung unterzeichnet haben. Dies zieht auch die Beklagte nicht in Zweifel.

[23] b) Ebenfalls noch frei von Rechtsfehlern ist der – auch von der Revision nicht angegriffene – Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, dass ein Schuldverhältnis nach allgemeiner Auffassung voraussetzt, dass Gläubiger und Schuldner (mindestens zwei) verschiedene Personen sind (siehe nur Senatsurteile vom 27. April 2016 – VIII ZR 323/14, aaO Rn. 18; vom 24. August 2016 – VIII ZR 100/15, BGHZ 211, 331 Rn. 21). So verhält es sich hier. Sowohl auf Vermieterseite als auch auf Mieterseite sind – nach wie vor – neben der Klägerin zu 1 Personen beteiligt, die nicht identisch sind. Mieter sind die Klägerin zu 1 und der Klä-

ger zu 2, ihr Ehemann; demgegenüber sind Vermieter die Klägerin zu 1, die Beklagte sowie der Rechtsnachfolger der Schwester der Klägerin zu 1.

[24] c) Aus dem Senatsurteil vom 27. April 2016 (VIII ZR 323/14, aaO mwN) ergibt sich – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – nichts anderes. Insbesondere ist diesem Urteil des Senats nicht zu entnehmen, dass ein Mietverhältnis nicht wirksam zustande kommen kann, wenn auf Gebrauchsnutzerseite eine Person beteiligt ist, die zugleich Vermieterstellung neben anderen Personen einnimmt. Im Gegenteil ist der Senat (auch) in dieser Entscheidung, wie dort im Einzelnen ausgeführt worden ist, von der seit langem gefestigten Rechtsprechung ausgegangen, dass ein Schuldverhältnis (nur dann) erst gar nicht entstehen kann beziehungsweise in der Regel erlischt, wenn sich die Vertragsparteien und damit die Gläubiger- und Schuldnerstellung – mithin Forderung und Schuld – in einer Person vereinigen (Rn. 24) (vgl. bereits RGZ 49, 285, 286; Senatsurteile vom 9. Juni 2010 – VIII ZR 189/09, NZM 2010, 698 Rn. 18 f.; vom 27. April 2016 – VIII ZR 323/14, aaO mwN).

[25] Ein solcher Fall liegt bei der im Streitfall zu beurteilenden Vermietung einer Wohnung durch die Mitglieder einer Miteigentümergeinschaft an eines oder einzelne ihrer Mitglieder nicht vor. Dementsprechend hat der Senat in seinem von den Vorinstanzen zur Begründung ihrer fehlerhaften Rechtsauffassung angeführten Urteil vom 27. April 2016 (VIII ZR 323/14, aaO) auch nicht etwa zu erkennen gegeben, die hierzu seit langem bestehende, von den Vorinstanzen jedoch nicht berücksichtigte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ändern zu wollen.

[26] d) In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist, wie die Revision zutreffend geltend macht, seit langem anerkannt, dass eine Miteigentümergeinschaft ihr Grundstück oder darauf befindliche gemeinschaftliche Räume einem ihrer Mitglieder durch vertragliche Vereinbarung mit diesem entgeltlich zur alleinigen Nutzung überlassen kann und in einem solchen Fall regelmäßig ein (Wohnraum-) Mietverhältnis zustande kommt (vgl. zuletzt Senatsurteil vom 15. September 2010 – VIII ZR 16/10, NZM 2010, 898 Rn. 14; so auch bereits BGH, Urteile vom 8. Januar 1969 – VIII ZR 184/66, WM 1969, 298 unter 2 b; vom 17. Dezember 1973 – II ZR 59/72, NJW 1974, 364 unter [A] II 2 b; vom 15. September 1997 – II ZR 94/96, NJW 1998, 372 unter I; vom 11. September 2000 – II ZR 324/98, NZM 2001, 45 unter II 1 b; ebenso Palandt/Sprau, aaO, § 744 Rn. 2; vgl. auch MünchKommBGB/Schmidt, 7. Aufl., § 743 Rn. 15; Staudinger/Emmerich, BGB, Neubearb. 2018, Vorbemerkung zu § 535 BGB, Rn. 73 a; Staudinger/von Proff, aaO, Neubearb. 2015, § 741 Rn. 75 f.).

Abgrenzung zwischen dem Abschluss eines Mietvertrags und einer Verwaltungs- und Benutzungsregelung nach § 745 BGB

[27] Die Revisionserwiderung macht demgegenüber geltend, die streitgegenständliche Vereinbarung der damaligen Miteigentümer und der Kläger vom 3. Mai 2009 stelle – zumindest dem Schwerpunkt nach – eine gemeinschaftsrechtliche Regelung über die Verwaltung und Benutzung des gemeinschaftlichen Grundstücks dar. Dies trifft nicht zu. Vielmehr handelt es sich bei dieser Vereinbarung unter Berücksichtigung aller für deren Beurteilung maßgeblichen Umstände um einen Mietvertrag.

Für das Vorhandensein eines Mietvertrags spricht, dass die vertraglich eingeräumte Nutzungsmöglichkeit über den Umfang hinausgeht, der seinem Miteigentumsanteil entspricht

[28] Anders als das Berufungsgericht und die Revisionserwiderung gemeint haben, spricht es auch nicht gegen, sondern sogar eher für die Annahme eines Mietvertrags, wenn – wie hier vom Berufungsgericht zwar festgestellt, von der Revision jedoch angegriffen – die dem Mieter (Miteigentümer) vertraglich eingeräumte Nutzungsmöglichkeit (deutlich) über den Umfang hinausgeht, der seinem Miteigentumsanteil entspricht, und durch die vereinbarte Vergütung der Mehrwert der Nutzung über den Miteigentumsanteil hinaus ausgeglichen werden soll. Entscheidend ist, dass Gegenstand eines solchen – hier zwischen den Klägern und den Mitgliedern der Miteigentümergeinschaft abgeschlossenen – Vertrags die Überlassung einer Wohnung gegen Entgelt ist (vgl. Senatsurteil vom 15. September 2010 – VIII ZR 16/10, aaO Rn. 13). Dies gilt auch, wenn das vereinbarte Entgelt niedrig ist. Denn die Miete braucht, anders als die Revisionserwiderung offenbar meint, nicht dem Mietwert der Sache zu entsprechen und kann daher, ohne dass dies der Annahme eines Mietvertrags entgegensteht, auch weit unter der Marktmiete liegen (vgl. Senatsurteil vom 20. September 2017 – VIII ZR 279/16, NJW-RR 2017, 1479 Rn. 17).

Die mieterschützenden Bestimmungen des Wohnraummietrechts sind anzuwenden

[29] Selbst wenn in einem solchen Fall in dem Abschluss des Mietvertrags zugleich eine – einvernehmliche – gemeinschaftsrechtliche Regelung nach § 745 BGB liegen und insoweit zusätzlich auch die Regelungen des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen sein sollten (vgl. hierzu BGH, Urteile vom 17. Dezember 1973 – II ZR 59/72, aaO; vom 15. September 1997 – II ZR 94/96, aaO; Staudinger/Emmerich, aaO; Staudinger/von Proff, aaO Rn. 76; MünchKommBGB/Schmidt, aaO), änderte dies nichts daran, dass beim Vorliegen der tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen eines (Wohnraum-)Mietvertrags die für einen solchen Vertrag geltenden gesetzlichen Vorschriften, insbesondere die vom Gesetzgeber zum Schutz des Mieters vorgesehenen Bestimmungen, grundsätzlich auch im Rahmen einer Miteigentümergeinschaft anzuwenden sind.

[30] aa) Nach diesen Grundsätzen hätte das Berufungsgericht unter den hier gegebenen Umständen die Begründung eines Mietverhältnisses zwischen den Klägern und den damaligen Mitgliedern der Miteigentümergeinschaft durch den Vertrag vom 3. Mai 2009 nicht verneinen dürfen. Zwar darf die Auslegung einer Individualerklärung – wie sie hier hinsichtlich der auf den Vertragsabschluss gerichteten Erklärungen der damaligen Vertragsparteien vorliegt – durch den Tatrichter vom Revisionsgericht nur eingeschränkt daraufhin überprüft werden, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt sind, wesentlicher Auslegungstoff außer Acht gelassen worden ist oder die Auslegung auf mit der Revision gerügten Verfahrensfehlern beruht (st. Rspr.; vgl. etwa Senatsurteil vom 12. Oktober 2016 – VIII ZR 55/15, BGHZ 212, 248 Rn. 35 mwN). Solche Rechtsfehler sind dem Berufungsgericht, wie die Revision mit Recht geltend macht, hier jedoch unterlaufen.

[31] bb) Dabei hat sich das Berufungsgericht aufgrund seines oben (unter II 3 c) im Einzelnen dargestellten rechtlich

unzutreffenden Ausgangspunktes bereits von vornherein den Blick für eine zutreffende Auslegung des Vertrags vom 3. Mai 2009 verstellt. Es hat hierdurch, wie die Revision mit Recht rügt, sowohl den Inhalt des Vertrags und den darin zum Ausdruck gebrachten Willen der Vertragsparteien – und damit wesentlichen Auslegungstoff – außer Betracht gelassen als auch den Grundsatz einer nach beiden Seiten hin interessengerechten Auslegung des Vertrags (vgl. hierzu Senatsurteil vom 22. November 2017 – VIII ZR 83/16, NJW 2018, 537 Rn. 30 mwN – zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen) verletzt.

[32] Damit ist der Senat an das Auslegungsergebnis des Berufungsgerichts nicht gebunden und kann, da weitere tatsächliche Feststellungen insoweit nicht zu erwarten sind, die Auslegung selbst vornehmen (vgl. Senatsurteile vom 20. September 2017 – VIII ZR 279/16, aaO Rn. 21; vom 6. Dezember 2017 – VIII ZR 219/16, BauR 2018, 671 Rn. 31; jeweils mwN). Danach hat die Miteigentümergeinschaft den Klägern die streitgegenständliche Wohnung zur entgeltlichen Nutzung überlassen. Ein solcher Vertrag ist nach der oben (unter II 3 d) dargestellten höchstrichterlichen Rechtsprechung regelmäßig als Mietvertrag anzusehen. So liegen die Dinge auch hier.

[33] Sowohl die Überschrift des Vertrages („Wohnungseinheitsmietvertrag“) als auch die Verwendung eines gängigen Mietvertragsformulars sprechen eindeutig dafür, dass die Kläger und die damaligen Mitglieder der Miteigentümergeinschaft einen Wohnraummietvertrag abschließen wollten (vgl. Senatsurteil vom 9. Juli 2014 – VIII ZR 376/13, BGHZ 202, 39 Rn. 37 mwN). Für einen solchen Willen der Vertragsschließenden sprechen ebenso unmissverständlich der auf die Vermietung der Wohnung gerichtete Inhalt des Vertrags (vgl. Senatsurteil vom 9. Juli 2014 – VIII ZR 376/13, aaO) sowie die hierin zum Ausdruck gebrachte Interessenlage der Vertragsparteien, den Klägern mit der entgeltlichen Überlassung der Nutzung der Wohnung auch den im Gesetz vorgesehenen Schutz für Wohnraummietler zukommen zu lassen. Das Vorliegen eines Mietvertrags wird schließlich auch deutlich durch den Umstand belegt, dass der nicht an der Miteigentümergeinschaft beteiligte Kläger zu 2 als weiterer Mieter in den Vertrag einbezogen worden ist.

§ 566 BGB findet Anwendung

[34] 4. In diesen zwischen den Klägern und den damaligen Mitgliedern der Miteigentümergeinschaft abgeschlossenen Mietvertrag vom 3. Mai 2009 ist die Beklagte durch den Erwerb des Miteigentumsanteils des verstorbenen Miteigentümers B. gemäß § 566 Abs. 1 BGB neben den verbleibenden Miteigentümern auf Vermieterseite eingetreten. Der Mietvertrag besteht daher, wie die Kläger mit ihrer Feststellungsklage zu Recht geltend machen, auch in Ansehung des Erwerbs des Miteigentumsanteils des verstorbenen Miteigentümers B. durch die Beklagte fort, entfaltet mithin auch ihr gegenüber Wirkung und ist dementsprechend auch nicht durch das oben genannte, die Wirksamkeit des Mietvertrags und die daraus folgende Nutzungsberechtigung der Kläger in Abrede stellende Schreiben der Beklagten vom 27. April 2016 beendet worden.

[35] a) Wird der vermietete Wohnraum nach der Überlassung an den Mieter von dem Vermieter an einen Dritten veräußert, so tritt gemäß § 566 Abs. 1 BGB der Erwerber anstelle des Vermieters in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein. Dies gilt auch für den – hier gegebenen –

Fall des Erwerbs eines Miteigentumsanteils durch eine Person, die – wie die Beklagte – nicht bereits Miteigentümer ist (vgl. Senatsurteil vom 23. November 2011 – VIII ZR 74/11, NZM 2012, 150 Rn. 23 mwN; Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, 13. Aufl., § 566 BGB Rn. 76; Blank in Blank/Börstinghaus, Miete, 5. Aufl., § 566 Rn. 53; Palandt/Weidenkaff, aaO, § 566 Rn. 7).

§ 1010 BGB steht der Anwendung des § 566 BGB nicht entgegen

[36] b) Dieser Rechtswirkung des Mietvertrags gegenüber der Beklagten steht, anders als das Berufungsgericht und die Revisionserwiderung meinen, die Bestimmung des § 1010 Abs. 1 BGB nicht entgegen.

[37] aa) Nach dieser Vorschrift wirkt eine von den Miteigentümern eines Grundstücks getroffene Regelung über die Verwaltung und Benutzung gegen den Sondernachfolger eines Miteigentümers nur, wenn sie als Belastung des Anteils im Grundbuch eingetragen ist.

[38] Eine solche Eintragung im Grundbuch war nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hinsichtlich der streitgegenständlichen vertraglichen Vereinbarung vom 3. Mai 2009 nicht erfolgt. Diese Vereinbarung wirkt gleichwohl (auch) gegen die Beklagte, da es sich hierbei aus den oben (unter II 3 d) im Einzelnen dargestellten Gründen jedenfalls nicht im Schwerpunkt um eine Verwaltungs- und Benutzungsregelung in dem vorbezeichneten Sinne (§§ 745, 1010 Abs. 1 BGB), sondern um einen Mietvertrag gemäß § 535 BGB handelt. Bei einem solchen richtet sich der Eintritt eines Rechtsnachfolgers nach der mietrechtlichen Vorschrift des § 566 Abs. 1 BGB.

[39] bb) Anders als die Revisionserwiderung meint, steht der Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB bei der hier gegebenen Fallgestaltung auch nicht etwa ein Vorrang des § 1010 Abs. 1 BGB entgegen. Vergeblich macht sie insoweit geltend, ein solcher Vorrang müsse schon deshalb bestehen, weil ansonsten ein klarer, dem Verkehrsschutz dienender sachenrechtlicher Normbefehl (§ 1010 Abs. 1 BGB) durch eine nur „quasi-dinglich“ wirkende Schuldrechtsnorm (§ 566 Abs. 1 BGB) unterlaufen würde. Zweck des § 1010 Abs. 1 BGB sei es, den Erwerber des Miteigentumsanteils verlässlich durch Grundbuchpublizität gegen ihm unbekanntere Vereinbarungen oder Ansprüche zu schützen.

[40] Dieser Einwand greift nicht durch. Nach dem in § 566 Abs. 1 BGB zum Ausdruck gebrachten Willen des Gesetzgebers ist der Eintritt des Erwerbers von vermietetem Wohnraum in den Mietvertrag nicht an ein Publizitätserfordernis geknüpft. Es obliegt vielmehr dem Erwerber, sich vor dem Erwerb der Mietsache über das Bestehen eines Mietvertrags zu informieren. Einen sachlichen Grund dafür, warum derjenige, der (nur) einen Miteigentumsanteil an dem vermieteten Wohnraum erwirbt, rechtlich stärker geschützt werden soll als derjenige, der den vermieteten Wohnraum insgesamt erwirbt, vermag weder die Revisionserwiderung aufzuzeigen noch ist ein solcher sonst zu erkennen.

[41] c) Das zwischen den Klägern und den Mitgliedern der Miteigentümergeinschaft – einschließlich der Beklagten – bestehende Mietverhältnis ist mithin, wie die Kläger mit ihrer Feststellungsklage zu Recht geltend machen, weder durch den Erwerb des Miteigentumsanteils durch die Beklagte noch aufgrund deren Schreibens vom 27. April 2016 beendet worden. Dies gilt in gleicher Weise für die mit Schriftsatz der Beklagten vom 31. Mai 2016 aus-

gesprochene (ordentliche) Kündigung des Mietverhältnisses. Denn diese ist – unabhängig von der Frage einer Kündigungsberechtigung der lediglich über ein Drittel der Miteigentumsanteile verfügenden Beklagten – schon mangels der Angabe eines Kündigungsgrundes (§ 573 Abs. 3 BGB) unwirksam.

[42] 5. Das Berufungsgericht hat schließlich die auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rechts der Kläger auf die in § 20 Ziffer 4 des Mietvertrags vorgesehene alleinige Nutzung des hinteren Gartens gerichtete Widerklage zu Unrecht – nach seinem Rechtsstandpunkt allerdings folgerichtig – als begründet angesehen. Da durch den Vertrag vom 3. Mai 2009, anders als das Berufungsgericht gemeint hat, ein Mietverhältnis zustande gekommen und die Beklagte in dieses Mietverhältnis gemäß § 566 Abs. 1 BGB eingetreten ist, dürfen sich die Kläger (auch) ihr gegenüber auf das im Mietvertrag vorgesehene Recht zur alleinigen Nutzung des hinteren Gartens berufen. Der von der Beklagten geltend gemachte Anspruch auf (negative) Feststellung besteht deshalb nicht.

[43] Die Beklagte hat zwar, wie dem Urteil des Amtsgerichts zu entnehmen ist, auf dessen tatsächliche Feststellungen das Berufungsgericht ergänzend Bezug genommen hat, erstinstanzlich geltend gemacht, es bestehe der Verdacht, dass die vorbezeichnete (handschriftliche) Regelung des Mietvertrags nachträglich zugesetzt worden sei. Diesen – nur in pauschaler Form erfolgten – Vortrag, hat die Beklagte indessen weder im weiteren Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens – nach entsprechendem Gegenvortrag der Kläger – vertieft noch im Berufungsverfahren aufgegriffen. Dementsprechend verfolgt auch die Revisionserwiderung diesen Einwand nicht weiter und hat eine entsprechende Gegenrüge nicht erhoben.

III.

[44] Nach alledem kann das Urteil des Berufungsgerichts keinen Bestand haben; es ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat entscheidet in der Sache selbst, da es weiterer Feststellungen nicht bedarf und die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Da zwischen den Klägern und den damaligen Mitgliedern der Miteigentümergeinschaft durch den Mietvertrag vom 3. Mai 2009 ein wirksames Mietverhältnis über die streitgegenständliche Wohnung zustande gekommen, die Beklagte gemäß § 566 Abs. 1 BGB in das Mietverhältnis eingetreten ist und dieses damit unter ihrer Beteiligung fortbesteht, steht den Klägern der hierauf gerichtete Feststellungsanspruch zu. Hingegen kann die Beklagte die mit der Widerklage geltend gemachte (negative) Feststellung nicht beanspruchen, da die Kläger gemäß § 20 Ziffer 4 des Mietvertrags ein alleiniges Nutzungsrecht hinsichtlich des hinteren Gartenteils haben. Auf die Berufung der Kläger ist daher das Urteil des Amtsgerichts abzuändern und der Klage stattzugeben sowie die Widerklage abzuweisen.

Anmerkung:

1. Der BGH hatte sich in seinem Urteil vom 25.4.2018 im Wesentlichen mit der Frage zu befassen, ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen zwischen einer Miteigentümergeinschaft und einem ihrer Mitglieder ein Mietverhältnis entstehen kann und des Weiteren mit der bei Bejahung dieser Frage verbundenen Folgefrage, ob bei Veräußerung eines Miteigentumsanteils an einen Dritten ein solches Mietverhältnis ebenfalls den Schutz des § 566 BGB genießt, der Erwerber des Miteigentumsanteils also

als neues Mitglied der Eigentümergeinschaft an dieses gebunden ist bzw. bleibt oder nicht.

Die Frage, ob zwischen einer Eigentümergeinschaft auf der einen und einem ihrer Mitglieder auf der anderen Seite ein Mietverhältnis entstehen kann, wurde von beiden Vorinstanzen unter Verweis auf das Urteil des BGH v. 27.4.2016 (Az. VIII ZR 323/14) verneint – und damit auch die Folgefrage eines Eintritts in ein solches Mietverhältnis durch den Erwerber eines Miteigentumsanteils. In der vorgenannten Entscheidung v. 27.4.2016 hatte der BGH unter Rn. 18 (=erster Leitsatz) wörtlich ausgeführt: „Dementsprechend kann ein Mietverhältnis nicht wirksam entstehen, wenn auf Gebrauchsnutzenseite eine Person beteiligt ist, die zugleich Vermieterstellung einnimmt und ein Mietverhältnis erlischt, wenn der Mieter (...) nachträglich das Eigentum mit dem daraus fließenden Gebrauchsrecht an der Mietsache erwirbt.“

Der BGH hat zutreffenderweise gegensätzlich zu den Vorinstanzen entschieden, also sowohl das Bestehen eines Mietverhältnisses zwischen der Eigentümergeinschaft und der Klägerin zu 1. (als Miteigentümerin) sowie deren Ehemann, dem Kläger zu 2. (der seinerseits zweifellos nicht Mitglied der Eigentümergeinschaft war) bejaht und in der logischen Konsequenz richtigerweise auch den Eintritt des Miteigentumsanteilerwerbers in dieses Mietverhältnis gem. § 566 BGB bejaht. Dabei hat der BGH in seinen Entscheidungsgründen die Vorinstanzen in bemerkenswerter Deutlichkeit „gerügt“ und ihnen ein grundsätzliches Fehlverständnis seiner Entscheidung vom 27.4.2016 und eine Missachtung seiner gefestigten Rechtsprechung vorgeworfen. Da das Berufungsgericht „aufgrund seines (...) rechtlich unzutreffenden Ausgangspunktes bereits von vornherein den Blick für eine zutreffende Auslegung des Vertrages vom 3. Mai 2009 verstellt“ habe, habe es „(...) sowohl den Inhalt des Vertrags und den darin zum Ausdruck gebrachten Willen der Vertragsparteien – und damit den wesentlichen Auslegungstoff – außer Betracht gelassen als auch den Grundsatz einer nach beiden Seiten hin interessengerechten Auslegung des Vertrags verletzt“, sodass der BGH sich an die Auslegung des streitgegenständlichen Vertrages durch die Vorinstanzen nicht gebunden sah, und, da es weiterer tatsächlicher Feststellungen nach Ansicht des BGH nicht mehr bedurfte, in der Sache selbst entschieden und das Berufungsurteil aufgehoben hat.

2. Der BGH wirft dem Berufungsgericht zu Recht ein Fehlverständnis seines Urteils vom 27.4.2016 vor. Der dort entschiedene Sachverhalt war nämlich insoweit gänzlich anders gelagert, als dort der Mieter die an ihn vermietete Eigentumswohnung (im Dachgeschoss) selbst zu Alleineigentum erwarb und das Mietverhältnis über diese Wohnung deshalb durch Konfusion erloschen war. Davon war ebenfalls das Mietverhältnis über eine Gartenteilfläche betroffen, die nach der Gemeinschaftsordnung durch Sondernutzungsrecht einer anderen Einheit, nämlich der Erdgeschosswohnung zugewiesen war, da der BGH zutreffenderweise von der Einheitlichkeit des Mietverhältnisses ausgegangen war und eine Aufspaltung in verschiedene Mietverhältnisse abgelehnt hatte (BGH Urt. v. 27.4.2016, Rn. 16; vgl. auch *Mach* RNotZ 2017, 621 [624]). Den vormaligen Mieter als nunmehriges Mitglied der Eigentümergeinschaft sah der BGH durch den Eigentumswechsel nunmehr an die Gemeinschaftsordnung gebunden, sodass das Sondernutzungsrecht an der Gartenfläche nunmehr ausschließlich der Erdgeschosswohnung zustand und nicht mehr durch ein Mietverhältnis mit einem Dritten

„belastet“ war. Zugunsten der Vorinstanzen ist insoweit zuzugeben, dass der BGH in seiner Entscheidung v. 27.4.2016 in seinem ersten Leitsatz bzw. in Rn. 18 wie oben zitiert in der Tat zu apodiktisch und verallgemeinernd formuliert, ein Mietverhältnis könne nicht wirksam entstehen, „wenn auf Gebrauchsnutzerseite eine Person beteiligt ist, die zugleich Vermieterstellung einnimmt“. Nimmt man den BGH also „beim Wort“ könnte auch in der vorliegend entschiedenen Konstellation kein Mietverhältnis entstehen, da ein Mitglied der Eigentümergemeinschaft auf Mieterseite natürlich regelmäßig zugleich auch eine (Mit-)Vermieterstellung einnimmt. Richtigerweise hätte der BGH formulieren müssen, dass ein Mietverhältnis nur dann nicht wirksam entstehen kann, wenn eine Identität zwischen den Vertragsparteien besteht bzw. später entsteht. So stellt er nunmehr in seiner Entscheidung auch klar, dass der Senat auch in der vorgenannten „Fehlverstandenen“ Entscheidung von der seit langem gefestigten Rechtsprechung ausgegangen sei, „dass ein Schuldverhältnis (nur dann) erst gar nicht entstehen kann beziehungsweise in der Regel erlischt, wenn sich die Vertragsparteien und damit die Gläubiger- und Schuldnerstellung – mithin Forderung und Schuld – in einer Person vereinigen (Rn. 24)“. Dies sind letztlich Grundsätze des allgemeinen Schuldrechts. So ist allgemein bekannt, dass ein Schuldverhältnis nur zwischen verschiedenen Personen entstehen kann, insoweit aber eine „Teilverschiedenheit“ ausreichend ist; es darf lediglich keine Identität auf Schuldner und Gläubigerseite bestehen. Des Weiteren ist offenkundig, dass Bruchteilsgemeinschaften gem. § 747 S. 2 BGB nur gemeinschaftlich über den gemeinschaftlichen Gegenstand verfügen und diesen gemäß § 744 Abs. 1 BGB nur gemeinschaftlich verwalten können (wozu auch die Vereinbarung eines Mietverhältnisses zählt). Somit hätten eigentlich auch die Vorinstanzen nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen (und trotz der nicht ganz exakten Formulierung des BGH in seiner Entscheidung v. 27.4.2016) zu dem Ergebnis gelangen müssen, dass mit der Eigentümergemeinschaft, die nur zusammen die gemeinschaftliche Sache (Wohnung auf dem Grundstück) „verwalten“ also vermieten konnte, auf der einen Seite und einem ihrer Mitglieder sowie dessen Ehegatten auf der anderen Seite, gerade keine die Entstehung eines Schuldverhältnisses ausschließende Identität auf Gläubiger- und Schuldnerseite bestand. In der Folge ihres Fehlverständnisses der BGH-Entscheidung v. 27.4.2016 haben die Vorinstanzen jedoch, wie der BGH ausführt, „die personellen Anforderungen an das wirksame Entstehen eines vertraglichen Schuldverhältnisses grundlegend verkannt“.

3. Der BGH führt in seiner Entscheidung sodann aus, dass und warum im vorliegenden Fall von einem Mietverhältnis auszugehen ist. Zunächst stellt der BGH klar, dass vorliegend – im Gegensatz zu dem der Entscheidung v. 27.4.2016 zugrundeliegenden Sachverhalt – gerade keine Personenidentität auf Vermieter- und Mieterseite besteht. Vorliegend waren sowohl auf Vermieter- wie auch Mieterseite Personen beteiligt, die nicht zugleich auf der anderen Seite standen: Vermieter war die „Grundstücksgemeinschaft F.“, bestehend aus der Klägerin zu 1. und weiteren Miteigentümern, Mieter waren (aus dem Kreise der Miteigentümergemeinschaft allein) die Klägerin zu 1. sowie deren Ehemann, der als Nicht-Mitglied der Eigentümergemeinschaft zweifellos nicht auf Vermieterseite stand. Wie der BGH zu Recht ausführt, ist sowohl in der Rechtsprechung wie in der Literatur unstrittig, dass auch zwischen einer Miteigentümergemeinschaft und einzelnen ih-

rer Mitglieder ein Mietverhältnis zustandekommen kann. Dies ist regelmäßig dann der Fall, wenn einem Miteigentümer die alleinige Benutzung einer Sache auf Zeit und gegen Entgelt überlassen wird (vgl. nur *Zehelein* in BeckOK BGB, 46. Ed., § 566 BGB, Rn. 36 mwN; dies entspricht i. Ü. auch der allgemeinen Definition eines Mietverhältnisses, vgl. nur *Mach* RNotZ 2017, 621 [622]). Diese Voraussetzungen für das Entstehen eines Mietverhältnisses lagen im Streitfall vor. Daher bejaht der BGH auch vollkommen zu Recht das Bestehen eines Mietverhältnisses. Dem stehe auch nicht entgegen, sondern spreche vielmehr gerade für das Vorliegen eines Mietverhältnisses, dass die vertraglich eingeräumte Nutzungsmöglichkeit über den aus dem Miteigentumsanteil folgenden Nutzungsumfang hinausgehe. Auch sei unerheblich, dass das vereinbarte Entgelt niedrig sei. Denn entscheidend ist richtigerweise allein die Entgeltlichkeit der Nutzungsüberlassung an sich, nicht hingegen, ob das Entgelt auch dem „Marktwert“ entspricht.

4. Zudem ist, ausgehend von der Annahme eines Mietverhältnisses, nach Auffassung des BGH auch unerheblich, ob in der Überlassung einer einzelnen Wohnung an einen Miteigentümer zugleich eine Benutzungsregelung iSd § 745 Abs. 1 BGB liegt. Denn für die Anwendbarkeit der mieterschützenden Vorschriften des BGB ist allein entscheidend, ob die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen für ein Mietverhältnis iSd § 535 Abs. 1 BGB vorliegen; nicht hingegen ob daneben noch eine Benutzungsregelung iSd Rechts der Gemeinschaften besteht.

5. Logische Folge des Vorliegens eines Mietverhältnisses ist sodann auch, dass der Erwerber der vermieteten Sache (bzw. eines ideellen Bruchteils daran) gem. § 566 BGB in dieses Mietverhältnis in seinem derzeitigen Bestand eintritt (detailliert zu den Voraussetzungen und Rechtsfolgen des § 566 s. *Mach* RNotZ 2017, 612). Insbesondere ist § 566 BGB auch dann anwendbar, wenn lediglich ein Miteigentumsanteil veräußert bzw. erworben wird (vgl. *Mach* RNotZ 2017, 621 [624]). Der Erwerber des Miteigentumsanteils bleibt also an das bestehende Mietverhältnis gebunden und kann dieses nicht bzw. nicht ohne Vorliegen eines berechtigten Interesses kündigen. Zudem kann auch ein Miteigentümer als Mitvermieter ein Mietverhältnis keinesfalls alleine kündigen, da eine Miteigentümergemeinschaft bzw. eine Vermietermehrheit das Mietverhältnis grundsätzlich nur gemeinschaftlich kündigen kann (vgl. *Mach* RNotZ 2017, 621 [624]).

6. Der Entscheidung des BGH ist vollumfänglich zuzustimmen. Für die notarielle Praxis folgt aus der Entscheidung, dass sich ein Notar nochmals klar vor Augen führen muss, dass auch der Erwerb eines Miteigentumsanteils an einem vermieteten Grundstück die Rechtsfolgen des § 566 BGB auslöst. Ferner sollte der Notar erkennen, dass auch die entgeltliche Überlassung einer im Miteigentum stehenden Sache an eines der Mitglieder der Eigentümergemeinschaft ein Mietverhältnis iSd § 535 Abs. 1 BGB darstellt, damit eine entsprechende Vertragsgestaltung und Belehrung der Vertragsparteien, insbesondere des Erwerbers, erfolgen kann. Zwar trifft den Notar keine Nachforschungspflicht hinsichtlich des Bestehens von Mietverhältnissen. Erlangt er aber von den tatsächlichen Voraussetzungen eines Mietverhältnisses Kenntnis, sollte ein entsprechender Hinweis darauf wie auf die damit verbundenen Rechtsfolgen – ggf. natürlich auch entsprechende Regelungen zum Eintritt des Erwerbers in dieses Mietverhältnis – in die Urkunde aufgenommen werden.

Notarassessor Christian Mach, Köln



4. Liegenschaftsrecht – Zum Erlöschen einer Grunddienstbarkeit und zur Grundbuchberichtigung bei Teilung des belasteten Grundstücks

(OLG Saarbrücken, Beschluss vom 20.2.2018 – 5 W 89/17)

BGB § 1026

1. Zu den Anforderungen an den Nachweis, dass der Berechtigte einer Grunddienstbarkeit – hier: Geh- und Fahrrecht sowie Giebel- und Abwasserrecht – an der Ausübung der Dienstbarkeit auf dem betreffenden Teil des belasteten Grundstücks gehindert ist.
(Amtlicher Leitsatz)
2. Das Erlöschen einer Grunddienstbarkeit nach § 1026 BGB setzt voraus, dass der Berechtigte rechtlich – nicht nur tatsächlich – an der Ausübung der Dienstbarkeit auf dem betreffenden Teil des belasteten Grundstücks gehindert ist. Das Bestehen einer Ausübungsbeschränkung im Sinne des § 1026 BGB kann sich unmittelbar aus der Art der Dienstbarkeit, aus einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung über die Ausübungsstelle oder auch aus einer endgültigen Festlegung des Ausübungsbereichs durch tatsächliches Handeln des Berechtigten ergeben.
3. Eine von der zuständigen Katasterbehörde erteilte Bescheinigung, dass nach dortiger Auffassung für eine real abgeteilte Grundstücksfläche ein Fall des § 1026 BGB gegeben sei („Nichtbetroffenheitsbescheinigung“), kann den Nachweis unterstützen, dass das Grundbuch nach dieser Vorschrift unrichtig geworden ist. Ihr kommt jedoch keine bindende Wirkung zu, so dass das Grundbuchamt stets in eigener Verantwortung die Erfüllung aller Voraussetzungen des § 1026 BGB prüft.
(RNotZ-Leitsätze)

Zur Einordnung

Im Rahmen von Grundstücksteilungen kann sich die Situation ergeben, dass eine auf dem Ausgangsgrundstück lastende Grunddienstbarkeit nicht alle aus der Teilung hervorgehenden Grundstücke berührt. Eine vom Dienstbarkeitsverpflichteten insoweit begehrte Aufhebung und Löschung des Rechts auf den unbetroffenen Flächen erweist sich bisweilen als problematisch, etwa wenn der Berechtigte die Erteilung einer Aufgabeerklärung nebst Löschungsbewilligung verweigert oder erst eine Vielzahl von Mitberechtigten „unter einen Hut“ gebracht werden müssen.

Im Ausgangspunkt gilt, dass eine Grunddienstbarkeit von Teilungen des dienenden Grundstücks unberührt bleibt, indem sie als Gesamtbelastung auf den neu entstandenen Grundstücken fortbesteht (BeckOK BGB/Wegmann, 46. Ed. Stand 1.5.2018, § 1026 Rn. 1). § 1026 BGB ordnet allerdings an, dass – wenn die Ausübung einer Grunddienstbarkeit auf einen bestimmten Teil des dienenden Grundstücks beschränkt ist – die außerhalb des Ausübungsbereichs liegenden verselbständigten Flächen kraft Gesetzes (vgl. OLG München RNotZ 2016, 236 m. Einordnung d. Schriftl.) von der Grunddienstbarkeit frei werden. Das entsprechende Teilstück muss dazu vollständig außerhalb des Bereichs liegen, auf den die Ausübung der Grunddienstbarkeit nicht nur tatsächlich, sondern

auch rechtlich beschränkt ist (OLG München BeckRS 2015, 02067; MüKoBGB/Mohr, 7. Aufl. 2017, § 1026 Rn. 3). Maßgeblich ist also nicht die gegenwärtige, sondern die nach Maßgabe von Grundbucheintragung und in Bezug genommener Eintragungsbewilligung sowie ggf. sonstigen Vereinbarungen der Beteiligten potenziell zugelassene Inanspruchnahme des dienenden Grundstücks, mag sie dort in bestimmten räumlichen Bereichen auch unwahrscheinlich bzw. unpraktikabel erscheinen oder mit Hindernissen verbunden sein (vgl. MüKoBGB/Mohr, 7. Aufl. 2017, § 1026 Rn. 3).

Im Anwendungsbereich des § 1026 BGB erfolgt die Löschung der Grunddienstbarkeit auf einer kraft Teilung verselbständigten Teilfläche im Wege der Berichtigung des Grundbuchs, die eine Berichtigungsbewilligung des Berechtigten (§ 19 GBO) oder den Unrichtigkeitsnachweis (§ 22 GBO) voraussetzt. Zur Unterstützung eines in der Praxis ansonsten ggf. nur schwer zu führenden Unrichtigkeitsnachweises kann der Löschungswillige dem Grundbuchamt eine zusammen mit dem Veränderungsnachweis ausgestellte „Nichtbetroffenheitsbescheinigung“ der Katasterbehörde vorlegen, aus der hervorgeht, dass nach dortiger Auffassung für eine real abgeteilte Fläche ein Fall des § 1026 BGB gegeben sei (vgl. etwa BayObLG DNotZ 1989, 164 [167]; Schaal RNotZ 2008, 569 [595]). Ihr kommt nach hM jedoch keine bindende Wirkung zu, so dass das Grundbuchamt stets in eigener Verantwortung die Erfüllung aller Voraussetzungen des § 1026 BGB prüft (OLG München RNotZ 2016, 236 [239]; OLG München BeckRS 2012, 17469; aA Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1189).

Dem folgt auch das OLG Saarbrücken in der nachstehend abgedruckten Entscheidung. Zwar lag dem Grundbuchamt zur Grundbuchberichtigung nach § 1026 BGB eine auf Basis der tatsächlichen Grundstücksnutzung ausgestellte katasterbehördliche Nichtbetroffenheitsbescheinigung vor, jedoch war aus den relevanten Akten und Urkunden nicht hinreichend ersichtlich, dass sich die Ausübung der betreffenden Grunddienstbarkeit auch rechtlich auf einen bestimmten Bereich des Ausgangsgrundstücks beschränkte.

Für die notarielle Praxis betont das OLG Saarbrücken die begrenzte Relevanz katasteramtlicher Nichtbetroffenheitsbescheinigungen im Grundbuchverfahren, wenn auf Grundlage von § 1026 BGB die Löschung von Grunddienstbarkeiten auf real abgeteilten Flächen begehrt wird. Möglicherweise kann einem sich in Beweisnot befindenden löschungswilligen Eigentümer aber durch Einholung eines Unschädlichkeitszeugnisses (Art. 120 Abs. 1 EGBGB iVm jeweiligem Landesrecht, Übersicht bei Bauer/Schaub/Schäfer, GBO, 4. Aufl. 2018, § 27 Rn. 47) geholfen werden. Die zuständige Behörde (in NRW ist dies der Kreis bzw. die kreisfreie Stadt als Katasterbehörde) bescheinigt damit, dass die Löschung eines Grundstücksrechts auf einer real abgeteilten Fläche für den Berechtigten mit keinen spürbaren Nachteilen verbunden ist. Indem es die ansonsten erforderliche (Löschungs-)Bewilligung des Berechtigten ersetzt, ist das Zeugnis – anders als die Nichtbetroffenheitsbescheinigung nach § 1026 BGB – für das Grundbuchamt bindend (OLG Hamm FGPrax 2004, 206 [207]; Schaal RNotZ 2008, 569 [595]).

Die Schriftleitung (JHB)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Die Antragsteller sind jeweils hälftige Eigentümer des im Grundbuch von Sch., Blatt ... eingetragenen Grundbesitzes. Sie begehren die Löschung von zwei in Abteilung ..., lfd. Nrn. ... und ... für den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks Flur ... Nr. .../... eingetragenen Grunddienstbarkeiten

– „Geh- und Fahrrecht für den jeweiligen Eigentümer von Flur ... Nr. .../... gemäß Bewilligung vom 22. Mai 1924“ sowie

– „Giebel- und Abwasserrecht für den jeweiligen Eigentümer von Flur ... Nr. .../... gemäß Bewilligung vom 26. Juli 1924“

(Grundbuchauszug Bl. 65 d. A.).

[2] Die Bewilligung betreffend das Geh- und Fahrrecht vom 22. Mai 1924 (Urkunde Nr. .../... des Notars C. P., Bl. 9 ff. der Grundakten von Sch. Nr. ... = Bl. 88 ff. d. A.) lautet dahin, dass dem Eigentümer des herrschenden Grundstücks das Recht eingeräumt wird, „über die Parzelle .../... zu gehen und zu fahren, um hinter das Wohnhaus, welches auf der Parzelle .../... steht, zu gelangen“ (Bl. 9 Rs. der Grundakten Nr. 2311). Die Bewilligung betreffend das Giebel- und Abwasserrecht vom 26. Juli 1924 (Urkunde Nr. .../... des Notars P. W., Bl. 13 der Grundakten Nr. 2311) lautet dahin, dass dem jeweiligen Eigentümer der Parzelle .../... das Recht eingeräumt wird, „den halben Giebel – gegen Parzelle .../... – von dem auf der Parzelle .../... zu errichtenden Wohnhause unentgeltlich zum anein- und aufzubauen zu benutzen“ und „die Gewässer aus Stall und Abort in die Dunggrube, welche sich auf der Parzelle .../... befindet, über die letztere Parzelle abzuleiten“.

[3] Das herrschende Grundstück Nr. .../..., das in seiner Fläche in etwa den gegenwärtigen Parzellen Nr. ... und ... (Grundbuch Blatt ...) entspricht, war nach den vorliegenden Unterlagen, insbesondere den vorstehend wiedergegebenen Bewilligungen und der Reinkarte betreffend die Flursituation im Jahre 1924 (Bl. 67 f. d. A.) bis an die gemeinsame Grundstücksgrenze bebaut. Auf dem dienenden Grundstück befindet sich ein an den vorstehenden Grundbesitz angebautes Hauswesen. Das dienende Grundstück wurde mittlerweile in die Parzellen Nr. ... und ... (Grundbuch Blatt ...), die an das herrschende Grundstück unmittelbar angrenzen, sowie die auf der gegenüberliegenden Seite angrenzenden Parzellen ... und ... (Grundbuch Blatt ...) geteilt. Die Antragsteller, die mit notariellem Kaufvertrag vom 3. November 2016 (UR Nr. .../... des Notars Dr. L.) die Parzellen Nr. ... und ... erworben haben, haben mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 6. März 2017 unter Vorlage einer „Bescheinigung gemäß § 1026 BGB“ des Landesamtes für Kataster-, Vermessungs- und Kartenwesen vom 23. Februar 2017 die Löschung der beiden vorgenannten Grunddienstbarkeiten beantragt. In der Bescheinigung heißt es, dass „die vorgenannten Grundstücke Abt. ..., lfd. Nr. ... und ... außerhalb des Ausübungsbereiches der Grunddienstbarkeit Abt. ..., lfd. Nr. ... und ..., liegen“.

[4] Das Amtsgericht – Grundbuchamt – hat die Antragsteller mit Schreiben vom 30. März 2017 aufgefordert, überlagernde Flurkarten sowie eine Begründung vorzulegen, warum die Berechtigten nicht nur tatsächlich, son-

dern auch rechtlich dauerhaft von der Dienstbarkeit ausgeschlossen seien, hilfsweise hat es um Nachreichung der Löschungsbewilligung oder eines Unschädlichkeitszeugnisses gebeten. Nach Vorlage – nur – eines Ausschnittes aus der Reinkarte über die Flursituation im Jahre 1924 und Anhörung der von der Änderung Betroffenen hat es mit dem angefochtenen Beschluss den Antrag auf Löschung der Rechte zurückgewiesen, weil nicht zweifelsfrei feststehe, dass die Berechtigten an der Ausübung der Grunddienstbarkeiten nunmehr auf Dauer rechtlich gehindert seien.

[5] Hiergegen richtet sich die mit Schreiben vom 8. November 2017 eingelegte und mit weiterem Schreiben vom selben Tage begründete Beschwerde der Antragsteller (Bl. 117, 118 ff. d. A.), der das Amtsgericht mit Verfügung vom 21. November 2017 (Bl. 124 d. A.) nicht abgeholfen hat.

Aus den Gründen:

II.

Weil das Erlöschen der Grunddienstbarkeit dem Grundbuchamt nicht hinreichend nachgewiesen wurde, hat es den Grundbuchberichtigungsantrag zu Recht abgelehnt

[6] Die gemäß § 72 ff. GBO zulässige, insbesondere formgerecht gemäß § 73 GBO eingelegte Beschwerde der Antragsteller ist unbegründet. Das Amtsgericht hat den Antrag auf Berichtigung des Grundbuches durch Löschung der in Abteilung II eingetragenen beiden Grunddienstbarkeiten zu Recht abgelehnt, weil sich deren Erlöschen mit den im Grundbuchverfahren zugelassenen Beweismitteln (§ 29 GBO) nicht mit der gebotenen Sicherheit feststellen lässt.

Das Grundbuch wird unrichtig, wenn bei realer Teilung des belasteten Grundstücks einzelne Teilflächen außerhalb des Ausübungsbereichs einer Grunddienstbarkeit liegen

[7] 1. Nach § 1026 BGB werden bei realer Teilung des belasteten Grundstücks in mehrere selbständige Grundstücke solche Teilflächen von der Dienstbarkeit frei, die außerhalb des Ausübungsbereichs liegen. Die Dienstbarkeit erlischt dort kraft Gesetzes (Senat, Beschluss vom 27. August 2013 – 5 W 81/13; vgl. OLG München, RNotZ 2016, 236; BayObLG, MittBayNot 1994, 318; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rn. 1189). Hieraus folgt die Unrichtigkeit des Grundbuches, so dass eine Löschung entweder aufgrund einer Berichtigungsbewilligung durch den jeweils Berechtigten nach § 19 GBO oder – nach Anhörung des betroffenen Rechtsinhabers – aufgrund eines Unrichtigkeitsnachweises nach § 22 GBO stattfinden kann, welcher gemäß § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO durch öffentliche Urkunden zu führen ist.

Das Erlöschen einer Grunddienstbarkeit nach § 1026 BGB setzt voraus, dass der Berechtigte rechtlich und nicht nur tatsächlich an der Ausübung der Dienstbarkeit auf einzelnen Teilflächen gehindert ist

[8] a) Das Erlöschen einer Grunddienstbarkeit nach § 1026 BGB setzt allerdings voraus, dass der Berechtigte rechtlich – nicht nur tatsächlich – an der Ausübung der Dienstbarkeit auf dem betreffenden Teil des belasteten Grundstücks gehindert ist (BGH, Urteil vom 3. Mai 2002 – V ZR 17/01, NJW 2002, 3021; Senat, Beschluss vom 27. August 2013 – 5 W 81/13). Der Berechtigte muss also mit anderen Worten bei der Ausübung der Dienstbarkeit

rechtlich und nicht nur tatsächlich dauernd gehindert sein, den betreffenden Teil des Stammgrundstücks zu benutzen (BayObLGZ 1985, 31; Staudinger/Weber (2017) BGB § 1026, Rn. 6). Eine solche Ausübungsbeschränkung im Sinne des § 1026 BGB kann sich unmittelbar aus der Art der Dienstbarkeit, aus einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung über die Ausübungsstelle oder auch aus einer endgültigen Festlegung des Ausübungsbereichs durch tatsächliches Handeln des Berechtigten ergeben (vgl. BGH, Urteil vom 3. Mai 2002 – V ZR 17/01, NJW 2002, 3021; Urteil vom 7. Oktober 2005 – V ZR 140/04, NJW-RR 2006, 237; Staudinger/Weber (2017) BGB § 1026, Rn. 6). Im ersteren Fall sind für die notwendige Bestimmtheit der in das Grundbuch aufgenommene Eintragungsvermerk und die in Bezug genommene Eintragungsbewilligung (§ 874 BGB) entscheidend; außerhalb der Eintragung liegende Umstände dürfen zur Auslegung nur insoweit herangezogen werden, als sie für jedermann ohne weiteres erkennbar sind (OLG München, NotBZ 2014, 346; vgl. BGH, Beschluss vom 21. Februar 1991 – V ZB 13/90, BGHZ 113, 374). Im zweiten Fall wird eine Grundbuchberichtigung ohne Bewilligung des Betroffenen nur in Betracht kommen, wenn die äußeren Umstände für jedermann offen zutage liegen; ansonsten wird ein Unrichtigkeitsnachweis in der Regel nicht zu erbringen sein, denn das Grundbuchamt darf von sich aus keine Ermittlungen anstellen und im Übrigen nur urkundliche Nachweise berücksichtigen (OLG München, NotBZ 2014, 346).

An den vom Eigentümer des belasteten Grundstücks zu führenden Unrichtigkeitsnachweis sind strenge Anforderungen zu stellen

[9] b) Die Beweislast für das Freiwerden eines Grundstücks(-teils) und das Erlöschen der Grunddienstbarkeit an diesem liegt beim Eigentümer des belasteten Grundstücks (OLG München, RNotZ 2016, 236; BayObLGZ 1988, 102; Demharter, Grundbuchordnung 28. Aufl., § 22 Rn. 36), hier also den Antragstellern. An den Nachweis sind strenge Anforderungen zu stellen, da die Löschung ohne Mitwirkung des Dienstbarkeitsberechtigten erfolgt und ansonsten am Verfahren nicht beteiligte Personen geschädigt werden könnten (OLG München, RNotZ 2016, 236; BayObLGZ 1988, 225; Mohr, in: MünchKomm-BGB 7. Aufl., § 1026 Rn. 4). Der Antragsteller hat deshalb alle Möglichkeiten auszüräumen, die der Richtigkeit der begehrten Eintragung bzw. Löschung entgegenstehen könnten; ein gewisser Grad von Wahrscheinlichkeit genügt dafür nicht (BayObLGZ 1994, 413; Demharter, a. a. O., § 22 Rn. 37). Allein ganz entfernt liegende, theoretische Möglichkeiten, die der begehrten Eintragung oder Löschung entgegenstehen, brauchen nicht ausgeräumt zu werden (OLG München, RNotZ 2016, 236; BayObLGZ 1995, 413; Demharter, a. a. O., § 22 Rn. 37).

Vorliegend hat das Grundbuchamt den Nachweis der Voraussetzungen des § 1026 BGB zu Recht als nicht geführt erachtet

[10] 2. Vorliegend hat das Grundbuchamt den Nachweis der Voraussetzungen des § 1026 BGB in Bezug auf die beiden gegenständlichen Dienstbarkeiten zu Recht als nicht geführt erachtet. Die im Grundbuchverfahren vorhandenen Beweismittel (vgl. § 29 GBO) ermöglichen keine hinreichend gesicherten Rückschlüsse darauf, dass die eingetragenen Belastungen, deren Löschung insgesamt beantragt wurde, nunmehr der materiellen Rechtslage widersprechen:

Die dem Grundbuchamt vorgelegte katasteramtliche Nichtbetroffenheitsbescheinigung ist kein ausreichendes Mittel für den Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit

[11] a) Die von den Antragstellern vorgelegte Bescheinigung des Vermessungsamtes vom 23. Februar 2017 (Bl. 59 d. A.), aus der sich ergibt, dass die abzuschreibende Fläche von den beiden Dienstbarkeiten nicht betroffen sei, ist vorliegend als Nachweis nicht ausreichend. Zwar erfüllt diese als öffentliche Urkunde die nach § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO geforderte grundbuchtaugliche Form und bescheinigt, dass die von den Antragstellern erworbenen Parzellen in tatsächlicher Hinsicht nicht von der Grunddienstbarkeit betroffen ist, wie sie derzeit ausgeübt wird (vgl. Senat, Beschluss vom 27. August 2013 – 5 W 81/13). Eine solche Erklärung ersetzt aber nicht die eigenständige Prüfung des Grundbuchamts zum Inhalt der Dienstbarkeit (OLG München, RNotZ 2016, 236; vgl. OLG München, Beschluss vom 7. August 2012 – 34 Wx 76/12, juris; Beschluss vom 3. September 2014 – 34 Wx 90/14, juris; Knothe in Bauer/von Oefele GBO 3. Aufl. § 29 Rn. 73). Wie das Amtsgericht deshalb zu Recht angenommen hat, macht die Vorlage einer solchen Bescheinigung nicht die Prüfung der Frage entbehrlich, ob die Antragsteller eine Ausübung des Rechts an der von ihnen erworbenen Parzelle nicht zu dulden brauchen, weil der Berechtigte dauernd rechtlich – und nicht nur tatsächlich – gehindert ist, den streitgegenständlichen Teil des belasteten Grundstücks zu benutzen (Senat, Beschluss vom 27. August 2013 – 5 W 81/13; vgl. BGH, Urteil vom 3. Mai 2002 – V ZR 17/01, NJW 2002, 3021).

Auch im Übrigen ist der erforderliche Unrichtigkeitsnachweis hier nicht geführt worden

[12] b) Dieser Nachweis kann mit den im Grundbuchverfahren zulässigen Beweismitteln hier nicht geführt werden. Weder aus den Eintragungen oder den zugrunde liegenden Bewilligungen, noch aus anderen offenkundigen Umständen ergeben sich hinreichende Anhaltspunkte, die den Schluss zulassen, dass die Ausübung der in Rede stehenden Grunddienstbarkeiten auf solche Teile des Stammgrundstücks beschränkt wäre, die nicht in die Parzellen der Antragsteller gefallen sind:

Zum Geh- und Fahrrecht

[13] aa) Das Geh- und Fahrrecht, dessen Löschung die Antragsteller zunächst begehren, unterliegt nach der grundbuchmäßigen Eintragung keiner räumlichen Beschränkung. Auch aus der zugrunde liegenden Eintragungsbewilligung – als Inhalt der Grunddienstbarkeit, vgl. OLG München, RNotZ 2016, 236; Staudinger/Johannes Weber (2017) BGB § 1026 Rn. 12 – folgt insoweit keine nähere Konkretisierung. Ausweislich der notariellen Urkunde vom 22. Mai 1924 besteht diese nur aus einer wörtlichen Umschreibung des Geh- und Fahrrechts, wobei maßgeblich auf den Zweck, hinter das auf dem herrschenden Grundstück befindliche Wohnhaus zu gelangen, abgestellt wird. Konkrete Vorgaben zur Ausübung, insbesondere mit Blick auf die davon betroffene Grundstücksfläche, werden nicht gemacht und lassen sich auch dem genannten Zweck nicht mit hinreichender Sicherheit entnehmen. Karten oder Lagepläne, die bei genauer Einzeichnung eine solche Beschränkung ergeben könnten (vgl. OLG München, RNotZ 2016, 236), werden ebenfalls nicht in Bezug genommen.

[14] Eine Ausübungsbeschränkung des Geh- und Fahrrechts durch endgültige Festlegung des Ausübungsbereichs aufgrund tatsächlichen Handelns ist ebenfalls nicht er-

kennbar. Dass sich das Geh- und Fahrrecht möglicherweise dergestalt ausüben ließe, dass dafür ausschließlich eine bestehende Zufahrt um das auf dem dienenden Grundstück aufstehende Nachbarhaus herum in Anspruch genommen werden müsste, wie die Antragsteller mit ihrer Beschwerde einwenden (Bl. 119 d. A.), ist nicht entscheidend. Denn ein Recht erlischt nur auf dem Teil des Grundstücks, der völlig außerhalb des Bereiches liegt, auf den seine Ausübung rechtlich und nicht nur tatsächlich dauerhaft beschränkt ist (vgl. OLG München, ZfIR 2015, 165; Mohr, in: MünchKomm-BGB, a. a. O., § 1026 Rn. 3). Dass eine solche rechtliche Beschränkung der Grunddienstbarkeit auf die Teilfläche der aktuellen Parzelle .../... stattgefunden hätte, ist jedoch weder urkundlich belegt noch offenkundig. Soweit die Grunddienstbarkeit vielmehr weiterhin auf dem gesamten Stammgrundstück lastet, ohne dass deren Ausübungsbereich in rechtlicher Hinsicht auf eine bestimmte Teilfläche begrenzt worden ist, führt dies dazu dass der Berechtigte das Grundstück im Zweifel seinem ganzen Umfange nach benutzen darf (vgl. BGH, Urteil vom 30. April 1965 – V ZR 17/63, BB 1965, 1125; Mohr, in: MünchKomm-BGB, a. a. O., § 1018 Rn. 16). Eine Löschung kommt daher nicht in Betracht.

Zum Giebel- und Abwasserrecht

[16] bb) Der beantragten Löschung des Giebel- und Abwasserrechts, bei dem es sich nach dem – allein maßgeblichen – Eintragungsvermerk um ein einheitliches, mehrere Nutzungen gewährendes Recht handelt (Staudinger/Weber (2017) BGB § 1018 Rn. 133; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht 15. Aufl., Rn. 1138; vgl. auch BGH, Beschluss vom 6. November 2014 – V ZB 131/13, NJW-RR 2015, 208), hat das Amtsgericht ebenfalls zu Recht nicht entsprochen. Auch dessen Ausübung ist in ihrer Gesamtheit nicht nachweislich auf einen bestimmten Teil des belasteten Grundstücks beschränkt. Zwar betrifft die am 26. Juli 1924 eingeräumte Befugnis, den „halben Giebel gegen Parzelle .../... von dem auf der Parzelle .../... zu errichtenden Wohnhause unentgeltlich zum anein- und aufzubauen zu benutzen“, nur die Grundstücksgrenze zwischen dem herrschenden Grundstück und den gegenwärtigen Parzellen ... und ... und liegt damit außerhalb des Teils des Stammgrundstücks, den die Antragsteller zu Eigentum erworben haben (vgl. auch OLG München, NotBZ 2013, 195). In Ansehung des weiteren Inhaltes der Grunddienstbarkeit, „die Gewässer aus Stall und Abort in die Dunggrube, welche sich auf der Parzelle .../... befindet, über die letztere Parzelle abzuleiten“, kann eine Beschränkung des Ausübungsbereichs jedoch nicht festgestellt werden. Nach der Bewilligung dürfen die Abwässer über das Stammgrundstück abgeleitet werden, ohne dass der Ausübungsbereich des Rechts auf bestimmte, insbesondere andere als die im Eigentum der Antragsteller stehende Teilflächen dieses Grundstücks begrenzt wäre. Pläne oder Vorgaben zur Leitungsführung, aus denen sich eine solche Begrenzung ergeben könnte, existieren auch insoweit nicht. Jedenfalls mit Blick auf dieses Recht betrifft die Grunddienstbarkeit nach der zugrunde liegenden Bewilligung das gesamte Stammgrundstück (vgl. OLG München, NJW-RR 2010, 1025).

[16] Eine Beschränkung des Giebel- und Abwasserrechts durch tatsächliche Übung ist hier ebenfalls nicht nachgewiesen; insbesondere steht nicht fest, dass in rechtlicher Hinsicht eine Wahrnehmung insbesondere des darin enthaltenen Wasserableitungsrechts dauerhaft ausgeschlossen wäre. Der Hinweis der Antragsteller auf den An-

schluss- und Benutzungszwang erfüllt nicht die Anforderungen des § 29 GBO an den von ihnen zu führenden Nachweis, weil dieser – ausweislich der maßgeblichen Ortssatzung der Gemeinde Sch. (Neufassung vom 27. Januar 1993, zuletzt geändert durch 4. Änderungssatzung vom 28. November 2001) nicht ausnahmslos besteht und die in der Satzung vorgesehene Möglichkeit der Befreiung einer Beschränkung der Benutzungspflicht entgegen steht (vgl. BayObLG, NJW-RR 1989, 1495; Meikel/Böttcher, GBO 11. Aufl., § 22 Rn. 62). Ein Fall des § 1026 BGB liegt indes nicht vor, wenn der Berechtigte zwar nach den derzeitigen Verhältnissen die Dienstbarkeit nur auf einem bestimmten Grundstücksteil ausübt oder ausüben darf, aber berechtigt bleibt, im Falle einer späteren Veränderung der Verhältnisse auch auf anderen Teilen des belasteten Grundstückes die Dienstbarkeit auszuüben, mag eine solche Veränderung auch unwahrscheinlich sein (vgl. KG, NJW 1969, 470; Staudinger/Weber (2017) BGB § 1026, Rn. 7; Mohr, in: MünchKomm-BGB 7. Aufl., § 1026 Rn. 3).

[17] Ob das Grundbuchamt im Hinblick auf diese Umstände und die Anregung in der Beschwerdeschrift ein Amtslöschungsverfahren nach § 84 ff. GBO einleitet, liegt allein in seinem Ermessen (§ 85 Abs. 2 GBO; vgl. BayObLGZ 1990, 6) und ist hier nicht zu entscheiden. Der Senat macht aber vorsorglich darauf aufmerksam, dass eine solche regelmäßig nur bei vollständigem Wegfall eines Rechts in Betracht kommt (vgl. Meikel/Schneider, a. a. O., § 84 Rn. 6).

Prozessuale Nebenentscheidungen

[18] 3. Einer ausdrücklichen Kostenentscheidung bedurfte es im Hinblick auf die gesetzlich geregelte Kostenfolge (§ 22 Abs. 1 GNotKG) nicht. Die Entscheidung über die Festsetzung des Geschäftswertes beruht auf § 36 Abs. 3 GNotKG.

[19] Die Rechtsbeschwerde war mangels Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen (§ 78 Abs. 2 Satz 1 GBO) nicht zuzulassen. ■

5. Liegenschaftsrecht – Zur Löschung einer Reallast bei Tod des Berechtigten

(*OLG Köln*, Beschluss vom 16.4.2018 – 2 Wx 168/18)

GBO §§ 19, 22 Abs. 1, 23 Abs. 1

Die Auslegung einer Reallastbewilligung kann ergeben, dass die Reallast inhaltlich auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt ist, wenn diese Beschränkung Bestandteil der zu Grunde liegenden und in derselben Urkunde begründeten schuldrechtlichen Verpflichtung ist (Anschluss an OLG Köln, 2 Wx 44/93, MittRhNotK 1994, 149).

(RNotZ-Leitsatz)

Zur Einordnung

Das OLG Köln befasst sich in der nachfolgend abgedruckten Entscheidung mit der Löschung einer Reallast, bei der die zu Grunde liegende schuldrechtliche Leistungsvereinbarung auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt war.

In der notariellen Praxis kann die Reallast (§§ 1105 ff. BGB) insbesondere bei Übertragungsverträgen eine Rolle spielen. Verpflichtet sich darin der Erwerber gegenüber dem Veräußerer oder einem Dritten zur Erbringung wie-

derkehrender Leistungen, zB einer Rentenzahlung oder Pflegeverpflichtung (vgl. zum zulässigen Inhalt von Real-lasten *Lange-Parpart* RNotZ 2008, 377 [382 ff.]), kann diese Verpflichtung durch Bestellung einer Reallast flankiert werden. Bei dieser sog. Sicherungsreallast bestehen verschiedene Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten (vgl. ausführlich *Staudinger/Reymann*, BGB, 2017, Einl. § 1105 Rn. 61 ff.): Neben die schuldrechtliche Verpflichtung zur Leistungsgewährung tritt die Reallast als grundstückbezogenes, dingliches (vgl. § 1105 Abs. 1 S. 1 BGB) und persönliches (§ 1108 Abs. 1 BGB) Sicherungsmittel. Es besteht keine Akzessorietät zwischen Reallast und zu Grunde liegender Verpflichtung (OLG Hamm DNotl-Rep. 1998, 26; BeckOGK BGB/*Sikora*, Stand 15.4.2018, § 1105 Rn. 15). Verknüpft sind die beiden Rechtsgeschäfte jedoch über eine Sicherungsabrede, die im Falle der Erfüllung der schuldrechtlichen Verpflichtung einen Anspruch auf Rückgewähr der Reallast vermittelt (*Staudinger/Reymann*, BGB, 2017, Einl. § 1105 Rn. 63; *Lange-Parpart* RNotZ 2008, 377 [381]). Insoweit bestehen Ähnlichkeiten zur Sicherungsgrundschuld (vgl. BeckOGK BGB/*Sikora*, Stand 15.4.2018, § 1105 Rn. 15). Nach hM kann die Sicherungsabrede bei der Reallast dadurch verdinglicht werden, dass die Einrede der (teil-)erfüllten schuldrechtlichen Verpflichtung als Inhalt der Reallast in das Grundbuch eingetragen wird (OLG Hamm DNotl-Report 1998, 26; *Lange-Parpart* RNotZ 2008, 377 [382]; *Krauß*, Vermögensnachfolge idP, 5. Aufl. 2018, Rn. 1799 f.; einschränkend juris-PK BGB/*Otto*, Stand 17.7.2017, § 1105 Rn. 58: Einrede nur gegen die persönliche Haftung aus § 1108 Abs. 2 BGB eintragungsfähig; unklar *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1310 f.). Zum Teil wird eine solche Vereinbarung für entbehrlich gehalten, weil § 1192 Abs. 1 a BGB auf die Sicherungsreallast analog anzuwenden sei (*Staudinger/Reymann*, BGB, 2017, Einl. § 1105 Rn. 63 a; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1310; *Böttcher* ZNotP 2011, 122 [125]; gegen die analoge Anwendung: MüKo BGB/*Mohr*, 7. Aufl. 2017, § 1105 Rn. 66 Fn. 371; BeckOGK BGB/*Sikora*, Stand 15.4.2018, § 1105 Rn. 17; zweifelnd auch *Grziwotz* MittBayNot 2010, 341).

Zu weitergehenden Fragen des Zusammenhangs zwischen schuldrechtlicher Vereinbarung und dinglicher Reallast hatte das OLG Köln bereits in einer Entscheidung aus dem Jahr 1993 Stellung genommen (MittRhNotK 1994, 149). Demnach muss der Inhalt der schuldrechtlichen Abrede auch für die Auslegung des Inhalts der Reallast herangezogen werden. Wird daher festgelegt, dass die Erben des Berechtigten keinen Anspruch auf Weiterzahlung einer Rente haben, kann auch die Reallast als dingliches Recht in dieser Weise beschränkt sein, ohne dass dies in der Bewilligung wörtlich zum Ausdruck käme. Nach Maßgabe des § 23 Abs. 1 GBO kann die Reallast dann nach dem Tod des Berechtigten ohne Bewilligung der Erben gelöscht werden.

Diese Grundsätze greift das OLG in der vorliegenden Entscheidung auf. Ist schuldrechtlich bestimmt, dass an die Erben des Berechtigten keine Leistungen zu erbringen sind, ist diese Beschränkung in der Regel auch Inhalt der Reallast geworden. Allerdings lehnt das Gericht die Übertragung dieser Erwägungen auf eine weiterhin zur Sicherung eines Rückübertragungsanspruchs eingetragene Eigentumsvormerkung schon deshalb ab, weil für einen Ausschluss der Vererblichkeit des Anspruchs keine Anhaltspunkte bestanden.

Für die notarielle Praxis ist einerseits relevant, dass der vom Gericht angenommene Konnex zur schuldrechtlichen Verpflichtung nur bei Begründung der Reallast Rückschlüsse auf deren Inhalt zulässt. Sollten die Beteiligten später die schuldrechtliche Verpflichtung formfrei abändern, kann dies jedenfalls ohne Eintragung im Grundbuch keinen Einfluss auf den Inhalt des dinglichen Rechts haben (§§ 877, 873 Abs. 1 BGB). Für die Gestaltungspraxis ist ferner zu bedenken, dass das OLG nur durch Auslegung der rechtsgeschäftlichen Erklärungen dazu kommt, eine Löschung der Reallast mittels Sterbeurkunde zuzulassen. Eindeutiger und sicherer ist es, in der Bewilligung das dingliche Recht an sich ausdrücklich zu befristen oder einen Löschungserleichterungsvermerk eintragen zu lassen (vgl. WürzNotHB/*Holland*, 5. Aufl. 2018, S. 1186).

Die Schriftleitung (TH)

Zum Sachverhalt:

1.

[1] Im Grundbuch von Bonn, Blatt 2xx44, sind in Abteilung II unter lfd. Nr. 1 eine Reallast (monatliche Rente) und unter lfd. Nr. 2 eine Auflassungsvormerkung jeweils zugunsten von Frau K – genannt I – D mit Bezug auf die Bewilligung vom 12.5.1967 eingetragen. In der genannten Bewilligungsurkunde (UR Nr. .../1967 des Notars O in C) hatten die Käufer zugunsten der verkaufenden Frau D die Verpflichtung zur Zahlung einer monatlich zu entrichten- den lebenslänglichen Rente übernommen. Insoweit hieß es: „An die bzw. von den Erben der Verkäuferin sind keine Leistungen zu erbringen“. Zur Sicherung dieser Verpflichtung wurde eine Reallast bestellt. Der Verkäuferin war ferner ein Recht zum Rücktritt vom Vertrag eingeräumt worden, wenn und solange die Käufer mit mehr als einer Monatsrate der Rente in Zahlungsrückstand sind oder wenn die Verkäuferin von der Gläubigerin einer durch die Käufer nebst Hypothek übernommenen Darlehensforderung in Anspruch genommen wird. Zur Sicherung des bedingten Rückübertragungsanspruchs war die Eintragung der Rückauflassungsvormerkung bewilligt worden.

[2] Frau K D ist am 30.4.1976 verstorben.

[3] Der als Miteigentümer zu 18,5/26 Anteil im Grundbuch eingetragene Beteiligte hat am 13.2.2018 bei dem Grundbuchamt die Löschung unter anderem der beiden vorgenannten beiden Rechte beantragt.

[4] Mit Zwischenverfügung vom 5.3.2018 hat der Grundbuchrechtspfleger den Antrag beanstandet und ausgeführt, zur Löschung dieser beiden Rechte seien Bewilligungen der Erben der eingetragenen Berechtigten sowie die Vorlage formgerechter Erbnachweise (Erbschein in Ausfertigung oder beglaubigte Ablichtung des Erbvertrages/notariellen Testaments nebst Eröffnungsprotokoll) erforderlich, sowie zur Behebung eine Frist bis zum 5.6.2018 gesetzt. Weder aus dem Eintragungseintrag noch aus der Bewilligung ergebe sich, dass die Eintragungen dinglich auf die Lebenszeit der Berechtigten befristet seien. Dass die Voraussetzungen der Rückübertragung nicht eingetreten sind, könne nicht in grundbuchmäßiger Form festgestellt werden.

[5] Hiergegen wendet sich die mit Schriftsatz seiner Verfahrensbevollmächtigten vom 28.3.2018 eingelegte Beschwerde des Beteiligten. Er macht im Wesentlichen unter

Bezugnahme auf den Beschluss des Senats vom 6.12.1993 – 2 Wx 44/93 – geltend, entgegen der Ansicht des Amtsgerichts sei die Löschung nach § 23 Abs. 1 GBO möglich, weil die Reallast auf die Lebenszeit der Berechtigten beschränkt sei, weil dies auf die gesicherte Rentenverpflichtung zutreffe. Nichts anderes als für die Reallast gelte auch für die Vormerkung. Der Beschwerde hat das Grundbuchamt nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

2.

[6] Die zulässige Beschwerde ist begründet.

[7] Die Zwischenverfügung ist aus formellen Gründen aufzuheben.

Das Grundbuchamt durfte keine Zwischenverfügung erlassen, weil der behauptete Antragsmangel nicht mit rückwirkender Kraft geheilt werden konnte

[8] Durch den Erlass einer Zwischenverfügung sollen dem Antragsteller der Rang und die sonstigen Rechtswirkungen, die sich nach dem Eingang des Antrags richten (§ 879 BGB i. V. m. §§ 17, 45 GBO, §§ 878, 892 Abs. 2 BGB) und die bei sofortiger Zurückweisung verloren gingen, erhalten bleiben. Dies ist nur gerechtfertigt, wenn der Mangel des Antrags mit rückwirkender Kraft geheilt werden kann. Denn andernfalls könnte der Antragsteller einen ihm nicht gebührenden Rechtsvorteil erlangen. Der Erlass einer Zwischenverfügung ist daher ausgeschlossen, wenn der Mangel nicht mit rückwirkender Kraft geheilt werden kann (BGHZ 27, 310/313; BayObLGZ 1984, 126/128; 1988, 229/231). Ein solcher Fall liegt hier vor. Wird die Löschung einer Auffassungsvormerkung beantragt, ohne dass zugleich die Löschungsbewilligung der Vormerkungsberechtigten vorgelegt wird, so leidet der Lösungsantrag an einem wesentlichen Mangel. Dieser kann mit rückwirkender Kraft nur dann geheilt werden, wenn alle erforderlichen Löschungsbewilligungen bei Antragseingang bereits erklärt waren. Eine erst später erklärte Bewilligung kann nicht zurückwirken (BayObLGZ 1988, 229/231; BayObLG DNotZ 1990, 295). Hier waren – die Auffassung des Grundbuchamtes zur Auslegung des Vertrags als richtig unterstellt – Löschungsbewilligungen der derzeit nicht bekannten Erben der eingetragenen Berechtigten notwendig. Deren Vorlage konnte nicht durch rangwahrende Zwischenverfügung aufgegeben werden.

[9] 3. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

Die Reallast ist gem. § 23 GBO auf die Lebenszeit der Berechtigten beschränkt

[10] a) Hinsichtlich der Reallast bedarf es keiner Bewilligung der Erben nebst Erbnachweises, weil das Grundbuch hier wegen Unrichtigkeit nach § 22 Abs. 1 GBO zu berichtigen ist.

[11] Bei der vorliegenden Reallast handelt es sich um ein auf die Lebenszeit der Berechtigten beschränktes Recht im Sinne des § 23 GBO.

Die Reallast ist wegen der ihr zu Grunde liegenden und auf Lebenszeit beschränkten schuldrechtlichen Verpflichtung in gleicher Weise eingeschränkt

[12] Die Reallast ist aufgrund der Vereinbarung der an ihrer Bestellung Beteiligten inhaltlich dahin gehend aus-

gestaltet worden, dass die durch die Reallast gesicherten Rentenleistungen nur bis zu dem Zeitpunkt des Todes der Berechtigten anfielen, das Recht auf fortlaufende Leistungen aus dem Grundstück also unvererblich sein sollte. Der Inhalt einer Grundstücksbelastung ist durch Auslegung zu ermitteln, wobei zumindest auf Wortlaut und Sinn der Grundbucheintragung abzustellen ist, wie sie sich aus dem Grundbuch selbst und einer in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung für den unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt. Die Auslegung ergibt, dass die Reallast auf die Lebenszeit der Berechtigten beschränkt worden ist. Die notarielle Urkunde enthält erkennbar abschließend sowohl die schuldrechtlichen wie die dinglichen Vereinbarungen der damals Beteiligten. Die Eintragungsbewilligung betreffend die hier in Frage stehende Reallast enthält zugleich die dingliche Einigung. Sie nimmt zudem unmissverständlich auf die in derselben Urkunde enthaltene Vereinbarung über die mit dem Tod der Berechtigten endende („lebenslänglich“) Rentenzahlungsverpflichtung Bezug, zu deren Sicherung die Reallast bestellt werden sollte. Die nächstliegende Bedeutung der abgegebenen Erklärungen kann bei objektiver Betrachtung nur darin gesehen werden, dass schuldrechtliche Verpflichtung und dingliche Belastung aufeinander bezogen und in gleicher Weise durch die Lebenszeit der Berechtigten beschränkt sein sollten (vgl. Senat, Beschluss vom 6.12.1993 – 2 Wx 44/93 – Rpfleger 1994, 292). In dem vorstehend zitierten Fall hatte die Auslegung durch den Senat ergeben, dass die Erben einen Anspruch auf Zahlung von zu Lebzeiten der Berechtigten fällig gewordenen, aber noch nicht ausgezahlten Rentenleistungen haben sollten. Ob den Erben überhaupt ein Anspruch auf derartige Rückstände zukommen sollte, ist im vorliegenden Fall bereits fraglich. Denn während es in jenem Fall im Vertrag hieß: „Die Erben der Berechtigten haben keinen Anspruch auf Weiterzahlung der Rente.“, haben die Vertragsparteien hier geregelt: „An die bzw. von den Erben der Verkäuferin sind keine Leistungen zu erbringen“. Der Verwendung des – umfassenden – Wortes „Leistungen“ anstelle von „Weiterzahlung“ mag dafür sprechen, dass die Erben auch keinen – der Sicherung durch die Reallast unterfallenden – Anspruch auf zu Lebzeiten angefallene Rückstände haben sollten. Bei einem solchen Verständnis wäre der Unrichtigkeitsnachweis bereits unabhängig von § 23 GBO geführt: Kommen nämlich Rückstände nicht in Betracht, ermöglicht bereits allein der Todesnachweis die Löschung (BGHZ 117, 390). Dies bedarf aber keiner weiteren Vertiefung. Denn auch wenn den Erben ein solcher Anspruch hätte zukommen sollen, wäre ihre Löschungsbewilligung nach § 23 Abs. 1 GBO entbehrlich.

Diese Beschränkung bedurfte als inhaltliche Ausgestaltung des Rechts keiner ausdrücklichen Eintragung im Grundbuch

[13] Die vereinbarte Beschränkung der Reallast auf die Lebenszeit der Berechtigten war rechtlich möglich. Die Reallast ist auch mit diesem Inhalt im Grundbuch eingetragen worden. Insoweit nimmt der Senat auf seine fortgeltenden Ausführungen im genannten Beschluss Bezug:

„Eine subjektiv-persönliche Reallast (...), wie sie hier vorliegt, ist nicht von Gesetzes wegen auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt; eine solche Reallast ist vielmehr vererblich, kann aber durch Rechtsgeschäft oder, weil sich eine solche Beschränkung aus der Natur der zu erbringenden Leistungen ergibt, auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt sein... Die Beschränkung so, wie sie hier vor-

genommen worden ist, betrifft die inhaltliche Ausgestaltung des Rechts als ein auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränktes Recht i. S. d. ...

Sie bedeutet keine Bestellung der Reallast unter einer auflösenden Bedingung ... Eine auflösende Bedingung bewirkt nach ..., daß die Wirkung des bedingten Rechtsgeschäfts mit dem Eintritt der Bedingung endet. Die Wirkungen einer Reallast, die auf die Lebenszeit des Berechtigten in der Weise beschränkt ist, daß nach dem Tode des Berechtigten Rückstände von bereits fällig gewordenen Leistungen bestehen können, die an die Erben des Berechtigten zu erbringen sind, enden nicht mit dem Tod des Berechtigten. In diesen Fällen besteht das dingliche Recht auch wegen der Rückstände, es erlischt erst, wenn die Rückstände beglichen sind (so schon Motive zum BGB, Bd. III, S. 206, 207).

Darin liegt der Sinn der Regelung des ... Gerade weil das Recht im Hinblick auf die möglichen Rückstände weiterbestehen kann, reicht der Nachweis des Todes des Berechtigten für eine Löschung ohne Bewilligung (...) nicht aus. Vielmehr ist nach ... grundsätzlich eine Löschungsbewilligung des Rechtsnachfolgers erforderlich. Das Gesetz trägt allerdings – sofern keine Vorlöschungsklausel nach ... eingetragen ist – dem Interesse des Eigentümers an einer baldigen Löschung des Rechts und dem entgegenstehenden Interesse des Rechtsnachfolgers des Berechtigten daran, daß eine Löschung nicht erfolge, ohne daß sein etwaiger Anspruch auf rückständige Leistungen befriedigt ist, in der Weise Rechnung, daß es dem Rechtsnachfolger eine Frist von einem Jahr zur Geltendmachung seiner Rechte und zur Erhebung des Widerspruchs gegen die Löschung einräumt (vgl. schon Motive a. a. O., S. 207). Das Gesetz nimmt damit in Kauf, dass u. U. eine wegen vorhandener Rückstände fortbestehende Reallast nach Fristablauf – oder im Fall des ... wegen eingetragener Vorlöschungsklausel – alleine aufgrund des Nachweises des Todes des Berechtigten gelöscht wird.

Da eine Bedingung oder Befristung der Reallast hier demnach nicht vereinbart war, musste die zeitliche Beschränkung des Rechts ... nicht nach Maßgabe der bereits zitierten Auffassung in Rspr. und Lit. im Grundbuch eingetragen werden. Für die inhaltliche Ausgestaltung des Rechts genügte die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung. Die Reallast ist deshalb mit ihrer Eintragung mit den genannten inhaltlichen Beschränkungen entstanden.“

[14] Da die Jahresfrist des ... abgelaufen ist, ohne dass die Rechtsnachfolger der Berechtigten der Löschung der Reallast beim Grundbuchamt widersprochen haben, und da der Tod der Berechtigten durch Vorlage der beglaubigten Abschrift der Sterbeurkunde nachgewiesen ist, darf die Löschung mit der in der Zwischenverfügung gegebenen Begründung nicht abgelehnt werden.

Die für die Reallast geltenden Grundsätze sind auf die ebenfalls eingetragene Rückauflassungsvormerkung nicht übertragbar

[15] b) Im Zusammenhang mit der beantragten Löschung der Auflassungsvormerkung scheidet der Unrichtigkeitsnachweis nach § 22 Abs. 1 GBO aus, so dass es der Bewilligung nach § 19 GBO bedarf. Fehl geht die Auffassung der Beschwerde, die rechtlichen Bewertungen (verglichen mit denjenigen zur Reallast) würden sich nicht unterscheiden. Denn auf die vorliegende Vormerkung findet § 23 Abs. 1 GBO keine Anwendung. An einer Beschränkung auf die Lebenszeit des Begünstigten im Sinne der Vor-

schrift fehlt es, wenn die Vormerkung fortbestehen und einen auf die Erben übergegangenen Rückauflassungsanspruch sichern soll. Bei dem Rückauflassungsanspruch handelt es sich nicht um mögliche Rückstände, sondern um das Recht selbst, mag auch sein Fortbestand nach Fristablauf wegen der vereinbarten Bedingungen die Ausnahme bilden; hier müssen die Interessen der Berechtigten im Vordergrund stehen (BGHZ 130, 385). Ein Ausschluss der Vererblichkeit des Rückauflassungsanspruchs und/oder der Vormerkung und damit ein Erlöschen mit dem Tode der Berechtigten ist den vertraglichen Vereinbarungen nicht zu entnehmen. Ein Unrichtigkeitsnachweis in Bezug auf die akzessorische Vormerkung würde daher, wie das Grundbuchamt zutreffend angenommen hat, den Nachweis voraussetzen, dass die Bedingungen des Rückauflassungsanspruchs nicht eingetreten sind. Als Bedingungen waren hier ein Zahlungsrückstand der Käufer mit der Rentenverpflichtung und eine Inanspruchnahme der Berechtigten durch die Darlehensgläubigerin vorgesehen. Es ist nicht ersichtlich, wie der Nichteintritt dieser Bedingungen in grundbuchmäßiger Form nachzuweisen sein sollte, sodass es bei dem Erfordernis der Bewilligung durch die Erben der Berechtigten verbleibt. ■

6. Familienrecht – Zum Ausgleich von alleiniger Nutzung und Lastentragung einer gemeinsamen Immobilie durch einen Partner nach Scheitern nichtehelicher Lebensgemeinschaft

(BGH, Urteil vom 11.7.2018 – XII ZR 108/17)

BGB §§ 242, 291, 426 Abs. 1, 743 Abs. 2, 745 Abs. 2, 748, 755, 812 Abs. 1 S. 2

Nutzt ein Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft mit Duldung des anderen das im hälftigen Miteigentum beider stehende Haus nach der Trennung weiterhin und trägt wie bisher die Lasten, ohne zu erkennen zu geben, einen hälftigen Ausgleich geltend machen zu wollen, und ohne dass der andere Partner ihm ein Nutzungsentgelt abverlangt, so ist sein Ausgleichsanspruch in Höhe des hälftigen Nutzungswerts des Anwesens beschränkt (Fortführung von Senatsurteil vom 13. Januar 1993 – XII ZR 212/90 – FamRZ 1993, 676 und Senatsbeschluss vom 20. Mai 2015 – XII ZB 314/14 – FamRZ 2015, 1272).

Zur Einordnung

Auf die Trennung einer Lebensgemeinschaft, ob ehelich oder nicht, folgt regelmäßig die Auseinandersetzung etwaigen gemeinsamen Vermögens, mit der der Notar zumindest bei der Veräußerung einer gemeinsamen Immobilie in Berührung kommt. In diesem Zusammenhang können Fragen der Nutzungsentschädigung und des Lastenausgleichs zum Beratungsthema werden, wenn die Veräußerer bei der Erlösverteilung dem Umstand Rechnung tragen wollen, dass ein Partner zwischen der Trennung und der Veräußerung die zuvor gemeinsam bewohnte Immobilie allein weiter benutzt und die zunächst gemeinsam getragenen grundbesitzbezogenen Lasten und Kosten alleine weiter getragen hat.

Wenn einer von mehreren Miteigentümern seine eigene Nutzungsbefugnis nicht mehr ausübt, begründet dies für ihn nicht ohne Weiteres Entschädigungsansprüche gegen den Miteigentümer, der alleine in der zuvor gemein-

sam genutzten Immobilie verbleibt. Zuvor muss grundsätzlich mit hinreichender Deutlichkeit eine Anpassung der Nutzungsregelung gem. § 745 Abs. 2 BGB verlangt werden, die auf Geldentschädigung oder darauf gerichtet sein kann, dass der alleinnutzende Teilhaber auch die bislang gemeinsam getragenen Kosten und Lasten des Grundbesitzes künftig alleine zu tragen hat (vgl. BGH NJW 1983, 1845 [1846]; NJW 1986, 1339 [1340]). Allein durch freiwilligen Nichtgebrauch der gemeinsamen Immobilie kann der weichende Miteigentümer sich auch einer Pflicht zur anteiligen Lastentragung nicht entziehen. Der verbleibende Miteigentümer kann daher von ihm wegen der alleinigen Tragung von Kosten und Lasten, insbesondere Zins- und Tilgungsleistungen auf gesamtschuldnerisch abgeschlossene Immobiliendarlehen, bereits von dem Zeitpunkt an einen Ausgleich verlangen, ab dem der verbleibende Miteigentümer die Lasten/Kosten tatsächlich alleine getragen hat, ohne hierzu im Innenverhältnis verpflichtet zu sein. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Grund für eine häufig zwischen gesamtschuldnerisch haftenden Ehegatten während intakter ehelicher Lebensgemeinschaft vereinbarte Abweichung von dem Grundsatz der hälftigen Kosten-/Lastenverteilung im Innenverhältnis regelmäßig mit der Trennung/Beendigung des gemeinsamen Haushalts entfällt (MAH-FamR/Krebs, 4. Aufl. 2014, § 20 Rn. 17 ff.; BGH NJW 1983, 1845 [1846]; vgl. DNotZ 2010, 864 [865 f.]).

Aufgrund dieser unterschiedlichen Voraussetzungen der Ansprüche auf Nutzungsentschädigung und Lasten-/Kostenausgleich kann im Allgemeinen ein Miteigentümer, der die Immobilie alleine weiter nutzt und die Lasten alleine weiter trägt, wegen der Kosten-/Lastentragung (auch) rückwirkend einen hälftigen Ausgleichsanspruch gegen den weichenden Miteigentümer haben, den letzterer nicht abwehren kann, weil ihm ein Anspruch auf Neuregelung bzw. Nutzungsentgelt gegen den bleibenden Miteigentümer lediglich für die Zukunft zusteht. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass dies im Falle der Trennung von Ehegatten unbillig ist. Denn dem trennungswilligen Ehegatten ist nach Scheitern der ehelichen Lebensgemeinschaft ein weiteres Zusammenleben unter einem Dach idR nicht mehr zumutbar, und die alleinige Nutzung des Grundbesitzes durch den anderen Ehegatte wird er typischerweise nur deshalb zunächst hinnehmen, ohne sogleich ein Nutzungsentgelt zu verlangen, weil er darauf vertraut, dass der andere Ehegatte dafür von ihm auch keinen Ausgleich für die Kosten und Lasten, die er während der alleinigen Nutzung alleine trägt, verlangen werde. Deshalb ist in einer solchen Fallgestaltung der Ausgleichsanspruch des die Lasten allein tragenden und allein in der Immobilie verbliebenen Ehegatten von vornherein gem. § 242 BGB um den hälftigen Nutzungswerts der Immobilie gemindert, ohne dass es einer Aufrechnungserklärung des weichenden Ehegatten bedürfte (zum Ganzen: BGH NJW-RR 1993, 386 [387]; vgl. auch DNotZ 2015, 681 [684, Rn. 23]).

In dem nachfolgend abgedruckten Urteil hat der BGH entschieden, dass die vorstehend geschilderten besonderen Grundsätze nicht nur für Eheleute-Bruchteileigentümer gelten. Denn ihre Begründung beruht nicht auf dem vom Grundgesetz gebotenen Schutz der Ehe, sondern auf der gegenüber dem Normalfall der Bruchteileigentümer besonderen Situation zweier Partner einer emotional verbundenen Lebensgemeinschaft, die hälftige Miteigentümer des vormals gemeinsam bewohnten

Hausanwesens sind und denen nach einer Trennung die gemeinschaftliche Nutzung nicht mehr zuzumuten ist. Diese Situation ist auch bei Miteigentümern, die in nicht-ehelicher Lebensgemeinschaft zusammengelebt haben, gegeben.

Wünschen die Veräußerer, beim Verkauf der gemeinsamen Immobilie zum Ausgleich einer alleinigen Nutzung und Lastentragung durch einen von ihnen den Kaufvertrag so zu gestalten, dass der Käufer von vornherein zu einer von der hälftigen Teilhabe am veräußerten Grundbesitz abweichenden Zahlung des Kaufpreises angewiesen wird, werden die betreffenden „internen“ Absprachen zwischen den Verkäufern idR nur das Motiv für die asymmetrische Verteilung des Veräußerungserlöses sein. Gleichwohl könnte es sich insbesondere zur Vermeidung unerwünschter Kostenfolgen (verschiedene Beurkundungsgegenstände) empfehlen, klarzustellen, dass der entsprechenden Zahlungsanweisung (formfrei wirksame) Ausgleichsvereinbarungen zugrunde liegen, die die Veräußerer außerhalb der Urkunde getroffen haben oder noch treffen werden. Immerhin ist in der Rechtsprechung beim Verkauf nachlasszugehörigen Grundbesitzes durch eine Erbengemeinschaft schon allein aus einer Anweisung zur anteiligen Kaufpreiszahlung entsprechend den Erbquoten auf die gewissermaßen „stillschweigende Mitbeurkundung“ einer (Teil-) Erbaueinandersetzung geschlossen worden (vgl. LG Mönchengladbach RNotZ 2017, 331 mAnm Gehse).

Die Schriftleitung (TK)

Zum Sachverhalt:

[1] Die Parteien streiten sich nach dem Ende ihrer nicht als Lebenspartnerschaft eingetragenen gleichgeschlechtlichen Beziehung um wechselseitige finanzielle Ansprüche.

[2] Sie lebten seit 2002 in einem Hausanwesen, das ursprünglich im hälftigen Miteigentum der Klägerin und einer anderen Person stand, zusammen. Mitte November 2004 erwarb die Klägerin auch den weiteren Miteigentumsanteil und übertrug diesen mit notariellem Vertrag vom 9. Dezember 2004 auf die Beklagte. Diese übernahm im Außenverhältnis die gesamtschuldnerische Mithaftung für die in Höhe von 290.000 DM bestehenden Grundpfandrechte und die durch diese gesicherten Darlehensverbindlichkeiten sowie im Innenverhältnis die Hälfte dieser Darlehensverbindlichkeiten.

[3] Am 10. Februar 2011 zog die Beklagte aus dem Anwesen aus. Die Klägerin, die das Anwesen bis November 2013 allein weiter bewohnte und anschließend auszog, zahlte in den Jahren 2011 bis 2014 an Grundstückslasten insgesamt 31.825,89 €; die Beklagte beteiligte sich hieran im Januar und Februar 2011 mit jeweils 200 € und von März bis Mai 2011 mit jeweils 300 €. Im Sommer 2014 veräußerten die Parteien das Anwesen für 162.500 €. Von dem nach Abzug der noch bestehenden Bankverbindlichkeiten verbleibenden Resterlös von 53.554,26 € erhielt jede Partei die Hälfte ausgezahlt.

[4] Mit ihrer im November 2015 erhobenen Klage hat die Klägerin – neben weiteren Beträgen – von der Beklagten 14.612,93 € als Beteiligung an den in den Jahren 2011 bis 2014 erbrachten Zahlungen auf das Anwesen nebst Zinsen und vorgerichtlichen Rechtsanwaltsgebühren gefordert. Hiergegen hat sich die Beklagte – unter anderem –

mit einem Nutzungsentschädigungsanspruch verteidigt, den sie erstmals im August 2015 geltend gemacht hat.

[5] Das Landgericht hat der Klägerin den von ihr für die in den Jahren 2011 bis 2014 erbrachten Zahlungen geforderten Ausgleich zwar dem Grunde nach zugesprochen, ihn aber um eine Nutzungsentschädigung für den Zeitraum von März 2011 bis November 2013 von insgesamt 12.680 € gekürzt und daher lediglich 1.932,93 € nebst den sich hieraus ergebenden vorgerichtlichen Rechtsanwaltsgebühren von 255,85 € und Zinsen zugesprochen. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen.

[6] Das Oberlandesgericht hat der Klägerin auf ihre Berufung weitere Zinsen zuerkannt. Im Übrigen hat es die Berufung zurückgewiesen und die Revision „hinsichtlich des Klageanspruches zu Ziffer II Nr. 1“ zugelassen. Unter diesem Gliederungspunkt ist im Berufungsurteil der „Anspruch auf Aufwendungsersatz für die Zeit von 2011 bis 2014“ abgehandelt.

[7] Mit ihrer Revision macht die Klägerin den restlichen Aufwendungsersatzanspruch in Höhe von 12.680 € nebst weiteren vorgerichtlichen Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 157,79 € sowie Zinsen geltend.

Aus den Gründen:

Begründung der Entscheidung der Vorinstanz (OLG Celle)

[8] Die Revision hat teilweise Erfolg.

I.

[9] Das Oberlandesgericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

[10] Die Beklagte sei als hälftige Miteigentümerin gemäß §§ 426 Abs. 1, 748, 755 BGB verpflichtet, der Klägerin die Hälfte der von ihr verauslagten Kosten für das Hausgrundstück für die Zeit von Januar 2011 bis Oktober 2014 zu erstatten, weil die Parteien als Miteigentümer des Grundstücks Gesamtschuldner der von der Klägerin erfüllten Grundstückslasten gewesen seien. Diese Ausgleichsforderung sei aber in Höhe der von der Beklagten zur Aufrechnung gestellten Nutzungsersatzansprüche untergegangen. Zwar könne ein solcher Anspruch grundsätzlich erst ab dem Zeitpunkt gefordert werden, zu dem der weichende Miteigentümer eine solche Entschädigung ausdrücklich verlange. Etwas anderes gelte aber ausnahmsweise, wenn ein Grundstückseigentümer vom anderen die Erstattung von verauslagten Aufwendungen begehre und die Beteiligten das Grundstück zuvor als gemeinsame Wohnung für ihre Lebensgemeinschaft genutzt hätten. Dann könne der Weichende dem Anspruch auf Ausgleich der Grundstückskosten einen anteiligen Anspruch auf Nutzungsentschädigung entgegenhalten, ohne dass er zuvor ausdrücklich eine Neuregelung der Verwaltung und die Zahlung einer Nutzungsentschädigung begehrt haben müsse. Diese von der Rechtsprechung auf das Verhältnis von Ehegatten entwickelten Grundsätze seien auch auf nichteheliche Partnerschaften oder andere emotional verbundene Lebensgemeinschaften anzuwenden. Eine andere Betrachtungsweise würde zu unerträglich unbilligen Ergebnissen führen. Es sei mit Treu und Glauben unvereinbar, wenn beide Partner nach dem Scheitern der Beziehung zunächst untätig blieben, der eine jedoch später rückwirkend Zahlung wegen der Grundstückslasten verlangen

könnte, während eine Neuregelung und damit ein Nutzungsentgelt nur die Zukunft beträfe.

[11] Die Parteien hätten bis zur Trennung jahrelang auf einem Hausgrundstück gelebt und einen gemeinsamen Haushalt geführt. Nach der Trennung hätten sie zunächst Verhandlungen über ihre wirtschaftliche Auseinandersetzung geführt und seien sich dem Grunde nach sogar zeitweise einig gewesen, dass die Klägerin das Objekt übernehme und die Beklagte von den Verbindlichkeiten freigestellt werde. Nur wegen eines Streits um Nebenabreden und Kosten sei es nicht zum Abschluss der entsprechenden notariellen Vereinbarung gekommen. Nachdem die Verhandlungen im Frühjahr 2012 ergebnislos „eingeschlafen“ seien, hätten die Parteien den bisherigen Zustand unverändert aufrechterhalten. Die Klägerin habe das Hausgrundstück allein bewohnt und alle Lasten für das Objekt allein getragen. Da sie einen Ausgleichsanspruch nicht angekündigt habe, habe die Beklagte auch keine Veranlassung gehabt, einen Anspruch auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung zu aktivieren. Dies gelte insbesondere unter Beachtung des Umstands, dass die Kosten für das Grundstück und die Nutzungsentschädigung in etwa gleich hoch gewesen seien.

[12] Der Höhe nach sei der Anspruch auf Nutzungsentschädigung entsprechend dem gutachterlich ermittelten objektiven Nutzungswert zu bemessen. Geschuldet werde eine Entschädigung für die entgangene Nutzung. Diese habe einen objektiven Wert, der der erzielbaren Marktmiete entspreche. Soweit das Landgericht den der Klägerin nach Verrechnung mit der Nutzungsentschädigung verbleibenden Ausgleichsanspruch auf 1.932,93 € festgestellt habe, seien Einwendungen zur Höhe nicht erhoben worden.

II.

Die Revision ist zum Teil begründet

[13] Das hält der rechtlichen Nachprüfung zum überwiegenden Teil stand.

[14] 1. Die Klägerin hat die Revision – entsprechend der vom Oberlandesgericht im Urteilsausspruch und in den Entscheidungsgründen eindeutig vorgenommenen Beschränkung der Revisionszulassung – auf den Ausgleichsanspruch hinsichtlich der für die Jahre 2011 bis 2014 gezahlten Hauslasten beschränkt. Diese Beschränkung ist wirksam. Sie betrifft einen prozessual selbständigen Anspruch, mithin einen Teil des zweitinstanzlichen Streitstoffs, der in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht unabhängig vom übrigen Streitstoff beurteilt werden und bei dem auch im Falle einer Zurückverweisung kein Widerspruch zum nicht anfechtbaren Teil des Streitstoffs auftreten kann (vgl. Senatsurteil BGHZ 209, 105 = NJW 2016, 1441 Rn. 16 mwN; BGH Beschluss vom 10. April 2018 – VIII ZR 247/17 – NJW 2018, 1880 Rn. 21 mwN).

[15] Die vom Oberlandesgericht vorgenommene beschränkte Revisionszulassung bezieht sich ohne weiteres auch auf die Nebenforderungen zu dem von der Zulassung erfassten prozessualen Anspruch.

[16] 2. Die Revision ist nur in geringem Umfang begründet. Das Oberlandesgericht hat im Ergebnis zutreffend für den Zeitraum 2011 bis einschließlich November 2013 einen Anspruch der Klägerin auf Gesamtschuldnerausgleich gemäß § 426 Abs. 1 BGB bzw. auf anteiligen Ausgleich der für die Bruchteilsgemeinschaft erbrachten Aufwendungen mit Blick auf die alleinige Nutzung des Anwesens durch die Klägerin verneint. Wegen der für die Zeit ab De-

zember 2013 von der Klägerin gezahlten Hauslasten kann ein über den bereits zuerkannten Betrag hinausgehender Anspruch der Klägerin hingegen auf der Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen nicht ausgeschlossen werden.

Einem Miteigentümer, der nach dem Ende der gemeinsamen Lebensgemeinschaft und Haushaltsführung Immobiliendarlehen und Hauskosten alleine getragen hat, können deswegen gegen den anderen Ausgleichsansprüche zustehen

[17] a) Im Ausgangspunkt hat das Oberlandesgericht richtig erkannt, dass der Klägerin gegen die Beklagte ab dem Ende der Lebensgemeinschaft und damit der gemeinsamen Haushaltsführung Ausgleichsansprüche wegen der ab diesem Zeitpunkt fällig werdenden und von ihr getragenen Zins- und Tilgungsraten auf die Darlehen und wegen der Hausunterhaltungskosten zustehen können, wenn ihre Leistung an die Gläubiger ihre Haftungsquote im Innenverhältnis zur mithaftenden Beklagten übersteigt. Diese Ansprüche folgen, soweit die Parteien für die Darlehen als Gesamtschuldner haften, aus § 426 Abs. 1 BGB. Daneben können sie sich unabhängig vom Bestehen einer Gesamtschuld auch aus den Vorschriften der Bruchteilsgemeinschaft (§§ 748, 755 BGB) ergeben, da die Parteien hälftige Miteigentümerinnen des Hausanwesens waren. Denn es entspricht im Zweifel dem Willen der Bruchteilseigentümer, dass derjenige Teilhaber einen entsprechenden Erstattungsanspruch hat, der im Einverständnis mit den übrigen Teilhabern Aufwendungen zugunsten der Gemeinschaft macht (vgl. Senatsurteile vom 25. März 2015 – XII ZR 160/12 – FamRZ 2015, 993 Rn. 26 mwN und vom 13. Januar 1993 – XII ZR 212/90 – FamRZ 1993, 676, 677 mwN). Um derartige Aufwendungen geht es hier.)

Aus den Bestimmungen zur Gesamtschuld und den Regelungen zur Bruchteilsgemeinschaft folgt grundsätzlich eine „Innenhaftung“ zu gleichen Teilen

[18] Gemäß § 426 Abs. 1 BGB haften Gesamtschuldner im Innenverhältnis zu gleichen Anteilen, wenn sich nicht aus Gesetz, einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung, Inhalt und Zweck des Rechtsverhältnisses oder aus der besonderen Gestaltung des tatsächlichen Geschehens etwas anderes ergibt. In ähnlicher Weise lässt sich aus den Bestimmungen über die Bruchteilsgemeinschaft (§§ 748, 755 BGB) ableiten, dass die Teilhaber für Verbindlichkeiten in Bezug auf den gemeinschaftlichen Gegenstand nach dem Verhältnis ihrer Anteile haften, wenn sich nicht aus einer Vereinbarung oder aus den besonderen Umständen des Falles etwas anderes ergibt (vgl. Senatsurteile vom 25. März 2015 – XII ZR 160/12 – FamRZ 2015, 993 Rn. 27 mwN und vom 13. Januar 1993 – XII ZR 212/90 – FamRZ 1993, 676, 677 f. mwN).

Aus Vereinbarung oder besonderen Umständen kann sich etwas anderes ergeben, insbesondere während bestehender ehelicher Lebensgemeinschaft

[19] b) Während einer Ehe kann die grundsätzliche Haftung von Gesamtschuldner zu gleichen Teilen von der ehelichen Lebensgemeinschaft der Partner in der Weise überlagert werden, dass sich im Innenverhältnis eine andere Aufteilung ergibt, etwa dergestalt, dass der alleinverdienende Teil zugunsten des haushaltführenden Teils die gemeinsamen Verpflichtungen allein trägt und daher ein Ausgleichsanspruch ausscheidet. Daraus kann sich bis

zum Scheitern der Ehe eine anderweitige Bestimmung ohne besondere Vereinbarung ergeben (Senatsurteile vom 25. März 2015 – XII ZR 160/12 – FamRZ 2015, 993 Rn. 28 mwN und vom 3. Februar 2010 – XII ZR 53/08 – FamRZ 2010, 542 Rn. 10 mwN).

Auch bei bestehender nichtehelicher Lebensgemeinschaft liegt es nahe, dass persönliche und wirtschaftliche Leistungen grundsätzlich nicht gegeneinander aufgerechnet werden sollen

[20] Auch bei bestehender nichtehelicher Lebensgemeinschaft kann „aus der Natur der Sache“, also der besonderen Gestaltung des tatsächlichen Geschehens, zu folgern sein, dass – wenn die Partner nicht etwas Besonderes unter sich geregelt haben – persönliche und wirtschaftliche Leistungen nicht gegeneinander aufgerechnet werden. Insofern werden etwa Beiträge geleistet, sofern Bedürfnisse auftreten und, wenn nicht von beiden, so von demjenigen erbracht, der dazu in der Lage ist. Nach der Rechtsprechung des Senats kommen zwar nach Beendigung einer solchen Lebensgemeinschaft wegen wesentlicher Beiträge eines Partners, mit denen ein Vermögenswert von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung geschaffen wurde, Ausgleichsansprüche nach Gesellschaftsrecht, ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB) oder nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage in Betracht. Ausgleichsansprüche scheiden jedoch grundsätzlich hinsichtlich solcher Leistungen aus, die das Zusammenleben in der gewollten Art erst ermöglicht haben, die also auf das gerichtet sind, was die Gemeinschaft Tag für Tag benötigt. Wegen solcher Leistungen kann auch die grundsätzliche Haftung der Gesamtschuldner zu gleichen Teilen im Innenverhältnis im Rahmen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft durch anderweitige Bestimmung in dem Sinne überlagert sein, dass nur einer der Partner bestimmte Leistungen zu erbringen hat (Senatsurteil vom 3. Februar 2010 – XII ZR 53/08 – FamRZ 2010, 542 Rn. 11 mwN). Eine derartige abweichende Regelung der Parteien hat das Oberlandesgericht festgestellt: Die Klägerin beglich die Grundstückskosten und die Beklagte zahlte hierauf monatlich 200 €.

Mit dem Scheitern der Lebensgemeinschaft entfällt regelmäßig der vorher vorhandene Grund für eine von der hälftigen Ausgleichsregel abweichende Gestaltung

[21] c) Mit dem Scheitern der Beziehung entfällt jedoch regelmäßig der Grund für eine von der hälftigen Ausgleichsregel abweichende Gestaltung. Denn nach Aufhebung der Lebensgemeinschaft besteht für einen Partner im Zweifel kein Anlass mehr, dem anderen eine weitere Vermögensmehrung zukommen zu lassen. Das bedeutet indessen noch nicht, dass damit die hälftige Ausgleichsregel ohne weiteres wieder zum Tragen kommt. Es ist vielmehr danach zu fragen, ob an die Stelle derjenigen Rechtsbeziehungen, die durch die Besonderheiten der Lebensgemeinschaft geprägt waren, eine andere rechtliche oder tatsächliche Ausgestaltung der Verhältnisse tritt, die in ähnlicher Weise wie zuvor Einfluss auf das Ausgleichsverhältnis nehmen kann. Denkbar sind nämlich auch andere Umstände, die – als anderweitige Bestimmung – einem hälftigen Ausgleichsanspruch eines Partners nach Scheitern der Beziehung entgegenstehen können (vgl. Senatsurteile vom 25. März 2015 – XII ZR 160/12 – FamRZ 2015, 993 Rn. 28 und vom 13. Januar 1993 – XII ZR 212/90 – FamRZ 1993, 676, 678 mwN).

Ein alternativer Grund für eine Verpflichtung zur alleinigen Lastentragung kann nach der Trennung in der alleinigen Nutzung der Immobilie durch einen Miteigentümer liegen

[22] aa) Nutzt ein Ehegatte mit Duldung des anderen das Haus nach der Trennung weiterhin und trägt wie bisher die Lasten, ohne zu erkennen zu geben, einen hälftigen Ausgleich geltend machen zu wollen, und ohne dass der andere Ehegatte ihm ein Nutzungsentgelt abverlangt, so kann darin nach gefestigter Rechtsprechung ein solcher Umstand zu sehen sein (Senatsurteil vom 13. Januar 1993 – XII ZR 212/90 – FamRZ 1993, 676, 678 mwN; Senatsbeschluss vom 20. Mai 2015 – XII ZB 314/14 – FamRZ 2015, 1272 Rn. 23).

Dies gilt aber frühestens ab dem Zeitpunkt, ab dem der weichende von dem bleibenden Miteigentümer gem. § 745 Abs. 2 BGB eine Neuregelung der Verwaltung und Benutzung verlangen kann und tatsächlich verlangt

[23] Zwar löst die alleinige Nutzung durch einen Teilhaber normalerweise noch keine Entschädigungsrechte des anderen Teilhabers aus. Dass dieser seine Befugnis zum Mitgebrauch aus § 743 Abs. 2 BGB nicht wahrnimmt, ist für sich genommen kein Grund für eine von der hälftigen Ausgleichsregel abweichende Lastenverteilung. Eine Nutzungsentanschädigung steht dem weichenden Teilhaber frühestens ab dem Zeitpunkt zu, ab dem er gemäß § 745 Abs. 2 BGB eine Neuregelung der Verwaltung und Benutzung verlangen kann und auch tatsächlich mit hinreichender Deutlichkeit verlangt. Gleichgültig, ob der Anspruch auf Neuregelung auf eine Geldentschädigung oder darauf gerichtet ist, dass der nutzende Teilhaber die Lasten allein übernimmt, wirkt er jedenfalls nur ex nunc. Das bedeutet andererseits aber nicht, dass die alleinige Nutzung des im Haus verbleibenden Ehegatten bei der Beurteilung seines Ausgleichsanspruchs und der Frage, ob eine anderweitige Bestimmung im Sinne der Ausgleichsregeln des § 426 BGB und der Vorschriften über die Bruchteilsgemeinschaft vorliegt, nicht berücksichtigt werden dürfte (Senatsurteil vom 13. Januar 1993 – XII ZR 212/90 – FamRZ 1993, 676, 678 mwN; vgl. auch Senatsbeschluss vom 20. Mai 2015 – XII ZB 314/14 – FamRZ 2015, 1272 Rn. 23).

Allein durch freiwilligen Nichtgebrauch soll sich ein Miteigentümer seiner Pflicht zur anteiligen Lastentragung nicht entziehen können

[24] Insoweit spielt zum einen eine Rolle, dass eine gemeinschaftliche Berechtigung von Ehegatten auch nach dem Scheitern ihrer Ehe mit anderen Maßstäben zu messen ist als eine übliche Bruchteilsgemeinschaft. Bei letzterer ist es einem Teilhaber in der Regel zuzumuten, von seinem Nutzungsrecht Gebrauch zu machen. Er kann sich durch freiwilligen Nichtgebrauch nicht seiner Pflicht zur anteiligen Lastentragung entziehen, sondern wird davon allenfalls frei, wenn ihm der Mitgebrauch durch den anderen Teilhaber absichtlich entzogen oder sonst verweigert wird.

Einem trennungswilligen Ehegatten ist ein Verbleib in der gemeinsamen Immobilie aber idR nicht zuzumuten

Haben dagegen Ehegatten ein in ihrem Miteigentum stehendes Haus gemeinsam als Ehwohnung genutzt und scheitert ihre Lebensgemeinschaft, ist dem trennungswilligen Ehegatten ein weiteres Zusammenleben unter einem Dach in aller Regel nicht mehr zumutbar, auch wenn ihm der andere Ehegatte die Mitbenutzung in Gestalt einer Aufteilung der Räumlichkeiten anbietet.

Deshalb wäre es unbillig, wenn der bleibende, die Lasten allein tragende Ehegatte rückwirkend einen hälftigen Ausgleichsanspruch hätte, während dem weichenden Ehegatten nur ein in die Zukunft wirkender Anspruch auf Neuregelung bzw. Nutzungsentgelt zustünde

Daher ergäbe sich die unbillige Konsequenz, dass der weiter nutzende und die Lasten tragende Ehegatte rückwirkend einen hälftigen Ausgleichsanspruch hätte, während dem weichenden Ehegatten nur ein in die Zukunft wirkender Anspruch auf Neuregelung bzw. Nutzungsentgelt zustünde, mit dem er die bisher aufgelaufenen Ausgleichsansprüche nicht abwehren könnte. Dies wäre insbesondere dann unbillig, wenn die Ehegatten nach der Trennung zunächst stillschweigend von der bisherigen Handhabung ausgegangen sind und der weichende Ehegatte nicht so gleich ein Nutzungsentgelt verlangt hat, sondern die alleinige Nutzung des Hauses durch den anderen hinnimmt und darauf vertraut, dass dieser dafür auch die Lasten trägt (Senatsurteil vom 13. Januar 1993 – XII ZR 212/90 – FamRZ 1993, 676, 678; vgl. auch Senatsbeschluss vom 20. Mai 2015 – XII ZB 314/14 – FamRZ 2015, 1272 Rn. 23).

Zur Vermeidung dieser Unbilligkeit kann der Ausgleichsanspruch des die Lasten allein tragenden Ehegatten von vornherein gem. § 242 BGB durch Abzug einer Nutzungsentanschädigung beschränkt sein

[25] Deshalb ist in einer solchen Fallgestaltung der Ausgleichsanspruch des die Lasten tragenden Ehegatten von vornherein gemäß § 242 BGB beschränkt, ohne dass es – wie hier das Oberlandesgericht meint – einer Aufrechnungserklärung des weichenden Ehegatten bedürfte. Je nachdem, in welchem Verhältnis der Nutzungswert einerseits und die Lasten und Kosten andererseits stehen, kann sich ein Restausgleich ergeben oder ein Ausgleich ganz ausscheiden. Dadurch wird der Ehegatte, der das gemeinschaftliche Haus nicht nutzt, ebenso gestellt, als wenn er einen rückwirkenden Nutzungsentgeltanspruch dem anderen Ehegatten im Wege der Einwendung entgegenhalten würde (vgl. Senatsurteil vom 13. Januar 1993 – XII ZR 212/90 – FamRZ 1993, 676, 678 mwN und Senatsbeschluss vom 20. Mai 2015 – XII ZB 314/14 – FamRZ 2015, 1272 Rn. 23; vgl. auch Senatsurteil vom 6. Oktober 2010 – XII ZR 10/09 – FamRZ 2011, 25 Rn. 22).

Hiergegen spricht nicht, dass dem bleibenden Ehegatten die Nutzung aufgedrängt werde

[26] Hieran hält der Senat auch unter Berücksichtigung der von der Revision zitierten vereinzelt Kritik (vgl. MünchKommBGB/Bydlinski 7. Aufl. § 426 Rn. 18) fest. Das insoweit angeführte Argument, dem Bleibenden werde die Nutzung in aller Regel „aufgedrängt“ (vgl. OLG Koblenz FamRZ 2010, 1176, 1177 unter Bezugnahme auf OLG Hamburg OLGR 2006, 512, 513, wo es jedoch um eine Miterbengemeinschaft ging), ist als Abgrenzungskriterium ungeeignet. Billigt man dem trennungswilligen Ehegatten das Recht zu, auszuziehen, dann verbleibt notwendiger Weise (erst einmal) der andere Ehegatte im gemeinsamen Anwesen. Es ist ihm dann jedoch rechtlich unbenommen, seinerseits sofort auf eine andere Benutzungsregelung zu dringen und insbesondere die hälftige Beteiligung des anderen Ehegatten an den Hauslasten zu verlangen, oder ggf. auch selbst die Nutzung aufzugeben.

Die vorstehenden Grundsätze gelten für alle Bruchteilsgemeinschaften, denen eine emotional verbundene Lebensgemeinschaft zugrunde liegt

[27] bb) Diese Rechtsprechung ist entgegen der von der Revision vertretenen Auffassung auch auf nichteheliche Lebensgemeinschaften zu übertragen (aA offensichtlich – ohne nähere Begründung – OLG Koblenz FamRZ 2010, 1176, 1177). Ausgangspunkt der Senatsrechtsprechung ist nicht der von der Verfassung gebotene Schutz der Ehe, sondern die gegenüber dem Normalfall der Bruchteilsgemeinschaft besondere Situation zweier Partner einer Lebensgemeinschaft, die hälftige Miteigentümer des vormals gemeinsam bewohnten Hausanwesens sind und denen trennungsbedingt die gemeinschaftliche Nutzung nicht mehr zuzumuten ist. Für die sich daraus ergebenden Folgerungen macht es keinen Unterschied, ob es sich um eine eheliche oder um eine nichteheliche Lebensgemeinschaft handelt, was das Oberlandesgericht – der Sache nach zutreffend – mit dem Begriff der emotional verbundenen Lebensgemeinschaft zum Ausdruck gebracht hat. Hier wie dort ist dem weichenden Partner eine Weiternutzung seines Miteigentums nicht zumutbar, woraus sich die Treu und Glauben widersprechende Diskrepanz zwischen dem ohne weiteres bestehenden Ausgleichsanspruch des das Haus weiter nutzenden und die Hauslasten tragenden Partners und dem von dem eindeutigen Verlangen abhängigen Nutzungsentschädigungsanspruch des weichenden Partners ergibt. Mithin geht es insoweit nicht um die – der Rechtsordnung auch in bestimmten vermögensrechtlichen Zusammenhängen nicht fremde (vgl. Senatsurteil vom 3. Februar 2010 – XII ZR 53/08 – FamRZ 2010, 542 Rn. 10 f.) – Gleichbehandlung nichtehelicher Lebensgemeinschaften mit Ehen, sondern um die gleiche Beurteilung vergleichbarer Bruchteilsgemeinschaften.

[28] cc) Es ist dem Grunde nach nicht zu beanstanden, dass das Oberlandesgericht im vorliegenden Fall den Ausgleichsanspruch der Klägerin als nach den vorstehenden Maßstäben beschränkt angesehen hat. Die Klägerin hat das gemeinschaftliche Hausanwesen nach dem Auszug der Beklagten allein genutzt und die Hauslasten ab diesem Zeitpunkt – von den ersten drei Monaten abgesehen, in denen die Beklagte jeweils 300 € beigesteuert hat – auch allein getragen.

[29] Ohne Erfolg macht die Revision geltend, das Oberlandesgericht habe bei seiner Beurteilung klägerischen Vortrag übergegangen, wonach die Klägerin noch vor dem Auszug der Beklagten von dieser verlangt habe, sich sofort mit der Hälfte an den gemeinsamen Grundstücksbelastungen zu beteiligen, so dass sich ein Vertrauen der Beklagten, nicht auf Ausgleich in Anspruch genommen zu werden, nicht habe bilden können. Denn das Oberlandesgericht hat die von den Parteien im zeitlichen Zusammenhang mit dem Auszug der Beklagten geführten Verhandlungen über ihre wirtschaftliche Auseinandersetzung insgesamt gewürdigt. Dabei ist es zu dem auch von der Revision nicht in Zweifel gezogenen Ergebnis gelangt, dass diese Verhandlungen ergebnislos „eingeschlafen“ sind, ohne dass die Klägerin einen Ausgleich für die Hauslasten gefordert hätte. Vielmehr haben die Parteien den bisherigen Zustand, dass die Beklagte ab Mai 2011 insoweit keinerlei Beitrag mehr geleistet hat, beibehalten. Der vom Oberlandesgericht gezogene Schluss, dass für die Beklagte in dieser Situation keine Veranlassung bestand, eine neue Nutzungsvereinbarung und die Zahlung einer Nutzungsentschädigung zu verlangen, ist rechtlich nicht zu beanstanden.

[30] d) Allerdings trifft die Berechnung des der Klägerin zustehenden Anspruchs durch die Vorinstanzen teilweise auf durchgreifende rechtliche Bedenken.

Solange der Nutzungswert während der Alleinnutzung nach der Trennung die Lasten und Kosten des Grundbesitzes übersteigt, scheidet ein Ausgleichsanspruch des bleibenden Ehegatten aus

[31] aa) Soweit es den Zeitraum vom Auszug der Beklagten und damit dem Scheitern der von den Parteien geführten Beziehung im Februar 2011 bis zur Aufgabe der Nutzung des Hausanwesens durch die Klägerin im November 2013 anbelangt, stehen der Klägerin keine Ausgleichsansprüche gegen die Beklagte zu.

[32] Der Tatrichter hat zur Bestimmung des Nutzungswerts mit sachverständiger Hilfe die für das Hausanwesen erzielbare monatliche Marktmiete mit 730 € für das Jahr 2011, 790 € für das Jahr 2012 und 780 € für das Jahr 2013 ermittelt und hiervon die Hälfte angesetzt. Gegen diesen im rechtlichen Ausgangspunkt nicht zu beanstandenden Weg (vgl. Senatsurteil vom 13. April 1994 – XII ZR 3/93 – FamRZ 1994, 822 f.) erinnert die Revision ebenso wenig etwas wie gegen den auf dieser Grundlage gefundenen Nutzungswert. Für den Zeitraum der Alleinnutzung durch die Klägerin übersteigt der Nutzungswert die Lasten und Kosten des Hauses, so dass für einen Ausgleichsanspruch der Klägerin kein Raum ist. Dies gilt, obwohl die Vorinstanzen für das Jahr 2011 nicht beachtet haben, dass die von der Klägerin für Januar und Februar erbrachten Leistungen ebenso unberücksichtigt bleiben müssen wie die beiden Beitragszahlungen der Beklagten hierfür, da insoweit noch eine gemeinsame Nutzung auf der Grundlage der während intakter Beziehung getroffenen Abreden stattfand. Denn selbst bei Berücksichtigung der gesamten von der Klägerin für 2011 angesetzten Zahlungen (8.104,91 €) bleibt die Hälfte hiervon hinter der Summe aus dem hälftigen Nutzungswert für den Zeitraum März bis Dezember 2011 (3.650 €) und den von der Beklagten für März bis Mai 2011 schon erbrachten Beiträgen (900 €) zurück.

Mit dem Ende der (Allein-)Nutzung durch den zunächst in der Immobilie verbliebenen Partner entfällt die Rechtfertigung für die Beschränkung seines Ausgleichsanspruchs durch den Nutzungswert

[33] bb) Anders liegt es dagegen für den Zeitraum ab dem Auszug der Klägerin. Denn mit dem Ende der (Allein-)Nutzung durch die Klägerin entfiel auch die Rechtfertigung für die Beschränkung ihres Ausgleichsanspruchs durch den Nutzungswert, so dass sie für die ab Dezember 2013 getragenen Hauslasten mit Erfolg hälftigen Ausgleich von der Beklagten verlangen kann. Maßgeblich ist insoweit, wann die entsprechenden Zahlungen fällig geworden sind (vgl. Senatsurteil vom 3. Februar 2010 – XII ZR 53/08 – FamRZ 2010, 542 Rn. 13), weil für die vor Dezember 2013 fälligen Hauslasten ein Ausgleichsanspruch durch den diese übersteigenden Nutzungswert ganz ausschied.

Es wird durch die vorstehenden Grundsätze kein Nutzungsentschädigungsanspruch des weichenden Partners „geschaffen“

Entgegen der von den Vorinstanzen vorgenommenen Berechnung kann hingegen der den Ausgleichsanspruch übersteigende hälftige Nutzungswert nicht mit Ausgleichsansprüchen für Zeiträume nach der Nutzungsaufgabe

durch die Klägerin saldiert werden. Denn über die Grundsätze von Treu und Glauben wird nicht ein Nutzungsentschädigungsanspruch des weichenden Partners „geschaffen“, sondern allein der Ausgleichsanspruch des verbleibenden Partners beschränkt. Mithin steht der Beklagten, die eine Neuregelung der Nutzung nach § 745 Abs. 2 BGB und damit eine Nutzungsvergütung nicht verlangt hatte, kein überschießender Anspruch auf Nutzungsvergütung zu, mit dem sie gegen die Ausgleichsansprüche der Klägerin für die auf den Zeitraum ab Dezember 2013 fälligen und gezahlten Hauslasten aufrechnen könnte.

[34] Für das Jahr 2014 hat die Klägerin 6.103,58 € gezahlt, so dass ihr insoweit ein Ausgleichsanspruch in Höhe von 3.051,79 € gegen die Beklagten zusteht. Bereits dieser liegt über dem der Klägerin zugesprochenen Betrag von 1.932,93 €. Hinzu kommen die von der Klägerin im Dezember 2013 erbrachten Zahlungen, die sich aus der vom Oberlandesgericht in Bezug genommenen Aufstellung mit insgesamt 1.128,50 € ergeben und für die der Klägerin ein hälftiger Ausgleichsanspruch in Höhe von 564,25 € zustehen kann. Für den Zeitraum ab Dezember 2013 kann sich der Ausgleichsanspruch der Klägerin mithin auf 3.616,04 € belaufen und damit 1.683,11 € höher sein als der bislang zuerkannte Betrag.

[35] 3. Soweit es daher diesen weitergehenden Ausgleichsanspruch betrifft, ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen. Dieses wird zu klären haben, ob die von der Klägerin für die Zeit ab Dezember 2013 geltend gemachten Zahlungen auf Hauslasten erfolgt sind, die auch erst nach der Nutzungsaufgabe der Klägerin fällig geworden sind. Hinsichtlich der vorgerichtlichen Rechtsanwaltsgebühren stellt der insoweit auf 413,64 € lautende Antrag der Klägerin, der sich aus einer vorgerichtlichen Geltendmachung nur eines Teilbetrags ergibt, die Obergrenze dar. Die unterschiedlichen, vom für § 291 BGB maßgeblichen Zeitpunkt geringfügig abweichenden Zinszeitpunkte entsprechen dem Antrag der Klägerin, dem das Landgericht insoweit unter Hinweis auf einen Verzug der Beklagten gefolgt ist. ■

7. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur Fortführung des Dokortitels im Namen einer Partnerschaft

(BGH, Beschluss vom 8.5.2018 – II ZB 27/17)

HGB §§ 18 Abs. 2, 21, 22 Abs. 1, 24 Abs. 2
PartGG § 2 Abs. 2

Bei Ausscheiden des promovierten Namensgebers einer Steuerberatungsgesellschaft anerkannter Partnerschaft sind die verbleibenden Partner bei Einwilligung des Ausgeschiedenen oder seiner Erben auch dann zur Fortführung des bisherigen Namens der Partnerschaft mit dem Dokortitel des Ausgeschiedenen befugt, wenn keiner von ihnen promoviert hat.

Zur Einordnung

Bei Ausscheiden eines namensgebenden Partners einer Partnerschaftsgesellschaft stellt sich in der notariellen Praxis regelmäßig die Frage, ob die Partnerschaft ihren Namen beibehalten darf und die Fortführung des Namens den Vorgaben des Handels- und Partnerschaftsgesellschaftsrechts entspricht. Der BGH befasst sich in der nachstehend abgedruckten Entscheidung mit der Zuläs-

sigkeit der Fortführung des Dokortitels eines ausgeschiedenen Partners im Namen einer Partnerschaft.

§ 2 Abs. 1 S. 1 PartGG gibt u.a. vor, dass der Name einer Partnerschaft den Namen mindestens eines Partners enthalten muss. Die Verwendung des Namens anderer Personen als der Partner ist gem. § 2 Abs. 1 S. 3 PartGG nicht zulässig. § 2 Abs. 2 PartGG verweist zudem auf die handelsrechtlichen Firmengrundsätze (vgl. zur Anwendbarkeit der handelsrechtlichen Grundsätze BT Drs. 12/6152, 11 f.): Gem. § 18 Abs. 2 S. 1 HGB darf eine Firma keine Angaben enthalten, die geeignet sind, über geschäftliche Verhältnisse, die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich sind, irrezuführen. Im Hinblick auf das Interesse der Namensbeständigkeit gestattet § 2 Abs. 2 PartGG iVm § 24 Abs. 2 HGB zudem die Fortführung des Namens der Partnerschaft unter Verwendung des Namens eines ausgeschiedenen Partners, sofern der ausgeschiedene Partner oder seine Erben in die Fortführung des Namens ausdrücklich einwilligen.

Zulässig ist ferner die Verwendung von Namenszusätzen wie Vornamen, akademischen Graden und Titeln oder Künstlernamen, die nicht zu den Mindestanforderungen des § 2 Abs. 1 PartGG gehören (MüKo-BGB/Schäfer 7. Aufl. 2017, § 2 PartGG Rn. 15; BeckOK BGB/Schöne 46. Ed. Stand 1.5.2018, § 2 PartGG Rn. 3). Die Verwendung solcher Namenszusätze darf aber ebenfalls nicht zu einer Irreführung der angesprochenen Verkehrskreise führen (MünchHBGesR/Salger, I, 4. Aufl. 2014 § 38 Rn. 23; MüKoBGB/Schäfer, 7. Aufl. 2017, § 2 PartGG Rn. 15). Eine Täuschung kann nach Rechtsprechung des BGH vorliegen, wenn nicht unerhebliche Teile der angesprochenen Verkehrskreise aufgrund der Verwendung des Dokortitels im Namen annehmen, dass ein promovierter Akademiker ein die Gesellschaftsbelange maßgeblich mitbestimmender Gesellschafter ist (BGH NJW 1991, 752 zu § 3 UWG; OLG Köln RNotZ 2008, 551 [552]). Denn aus der Verwendung des Dokortitels werde abgeleitet, dass besondere wissenschaftliche Kenntnisse und Fähigkeiten des Trägers auf dem Fachgebiet des betreffenden Geschäftsbetriebs die Güte der Geschäfte beeinflussen (BGH NJW 1991, 752 [753]; OLG Köln RNotZ 2008, 551 [552]). Hieraus lässt sich schließen, dass bei Verwendung eines Dokortitels im Namen einer Partnerschaft oder in der Firma einer Gesellschaft die Promotion in dem Fach abgelegt worden sein muss, in dem die Gesellschaft oder Partnerschaft tätig ist (MünchHBGesR/Salger, I., 4. Aufl. 2014 § 38 Rn. 23). Ferner darf der Dokortitel im Rechtsverkehr bei seiner Fortführung keine unzutreffenden Vorstellungen über Umfang und Art des Unternehmens sowie geschäftlich bedeutsame persönliche Verhältnisse und Eigenschaften des neuen Unternehmensträgers hervorrufen (BGH NJW 1970, 704). Teilweise wird vertreten, dass eine derartige Irreführung durch Fortführung des Namens oder der Firma mit Dokortitel vorliegen kann, wenn kein aktiver Partner oder Gesellschafter einen Dokortitel hat (OLG Köln RNotZ 2008, 551 [552]; Römermann NZG 2017, 736 [737]; MünchHBGesR/Salger, I., 4. Aufl. 2014 § 38 Rn. 23). Auch der BGH hatte bereits 1969 bei Fortführung der Firma eines Einzelkaufmännischen Maklergeschäfts mit dem Dokortitel des früheren Inhabers durch einen nicht promovierten Nachfolger einen entsprechenden Nachfolgezusatz verlangt (BGH NJW 1970, 704 f.). Für eine aus einem Rechtsanwalt und einem Steuerberater bestehende Partnerschaft hat der BGH nunmehr aber entschieden, dass eine Irreführung

des Rechtsverkehrs bei Fortführung des Dokortitels im Namen der Partnerschaft nicht zu befürchten ist, da Voraussetzung für die Anwaltszulassung und die Zulassung zu steuerberatenden Berufen eine akademische oder vergleichbare Ausbildung ist.

Für die notarielle Praxis sei darauf hingewiesen, dass die Behandlung des Dokortitels im Partnerschaftsregister zudem bereits 2017 Gegenstand einer BGH-Entscheidung war. In dieser Entscheidung klärte der BGH, dass bei Nennung der Partner im Partnerschaftsregister deren Dokortitel zwar nicht aufgrund gesetzlicher Vorschrift oder eines Bedürfnisses des Rechtsverkehrs eintragungsfähig, die Eintragung aber gewohnheitsrechtlich anerkannt ist (BGH NZG 2017, 734). In der Praxis kann sich zudem der Hinweis empfehlen, zur Wahrung der Namensbeständigkeit die Zustimmung zur Namensfortführung bereits in den Partnerschaftsvertrag aufzunehmen (vgl. Meilicke/Meilicke, PartGG 3. Aufl. 2015 § 2 Rn. 30). Das Erfordernis einer ausdrücklichen Zustimmung zur Fortführung des Namens gilt ferner auch für den Fall, dass die Partnerschaftsgesellschaft durch Umwandlung einer GbR entsteht (§ 2 Abs. 2 Hs. 2 PartGG, § 24 Abs. 2 HGB).

Die Schriftleitung (IK)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Die Beteiligten zu 1 und 2 sind die Partner der seit Januar 2006 mit dem Namen „Dr. J. & Partner Steuerberatungsgesellschaft“ im Register eingetragenen Partnerschaft, der bis zu seinem Tod im Mai 2015 der weitere Partner Dr. H. J. angehörte. Nach dessen Tod führten die nicht promovierten Beteiligten zu 1 und 2 den bisherigen Namen der Partnerschaft mit Einwilligung der Erben unverändert fort.

[2] Mit Schreiben vom 8. September 2016 hat das Registergericht den Beteiligten unter Androhung eines Ordnungsgelds aufgegeben, den weiteren Gebrauch des bisherigen Namens der Partnerschaft zu unterlassen, da die Fortführung des Doktor-Titels nach Ausscheiden des einzigen promovierten Partners zur Irreführung geeignet und daher unzulässig sei. Den hiergegen gerichteten Einspruch der Beteiligten hat es mit Beschluss vom 12. Juni 2017 verworfen und ein Ordnungsgeld in Höhe von 750 € festgesetzt. Das Beschwerdegericht hat die dagegen erhobene Beschwerde der Beteiligten zu 1 und 2 zurückgewiesen und die Rechtsbeschwerde zugelassen.

Aus den Gründen:

II.

Die Rechtsbeschwerde ist zulässig und begründet

[3] Die aufgrund der Zulassung durch das Beschwerdegericht statthafte und auch im Übrigen gemäß § 70 Abs. 1, § 71 FamFG zulässige Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 1 und 2 ist begründet.

Begründung des Beschwerdegerichts

[4] 1. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

[5] Die Festsetzung des Ordnungsgelds sei weder dem Grunde noch der Höhe nach zu beanstanden. Das Regi-

tergericht sei zu Recht davon ausgegangen, dass die weitere Verwendung des bisherigen Namens der Partnerschaft mit dem Dokortitel des verstorbenen Partners Dr. H. J. wegen Verstoßes gegen § 2 Abs. 2 PartGG i. V. m. § 18 Abs. 2 Satz 1 HGB unzulässig sei. Um eine Irreführung der maßgeblichen Verkehrskreise zu vermeiden, dürfe ein Dokortitel im Namen einer Partnerschaft nur geführt werden, wenn einer der Partner über diesen Titel verfüge. Anderes ergebe sich auch nicht aus dem in § 2 Abs. 2 PartGG i. V. m. § 24 HGB zum Ausdruck kommenden Grundsatz der Firmenbeständigkeit.

Die Fortführung des bisherigen Namens der Partnerschaft mit Dokortitel verstößt nicht gegen das Irreführungsverbot

[6] 2. Die Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Annahme des Beschwerdegerichts, die Fortführung des bisherigen Namens der Partnerschaft mit Dokortitel sei nach dem Ausscheiden des einzigen promovierten namensgebenden Partners wegen Verstoßes gegen das Irreführungsverbot gemäß § 2 Abs. 2 PartGG i. V. m. § 18 Abs. 2 HGB unzulässig, trifft im vorliegenden Fall nicht zu.

[7] a) Grundsätzlich muss der Name der Partnerschaft nach § 2 Abs. 1 Satz 1 und 3 PartGG den Namen mindestens eines Partners enthalten und dürfen die Namen anderer Personen als der Partner nicht in den Namen der Partnerschaft aufgenommen werden. Dieser „wahrheitsgemäßen“ Angabe der tatsächlich in der Gesellschaft aktiven Partner kommt nach den Gesetzesmaterialien aufgrund der auf persönliche Leistungserbringung ausgerichteten Tätigkeit der Partnerschaft besonderes Gewicht zu (Regierungsentwurf zum Partnerschaftsgesellschaftsgesetz vom 25. Juli 1994 [BGBl I 1994, 1744], BT-Drucks. 12/6152, S. 11). Dementsprechend wurde dieser Grundsatz der Namensangabe mindestens eines aktiven Partners auch bei der Liberalisierung des Firmenrechts im Rahmen der Handelsrechtsreform für die Partnerschaftsgesellschaft bewusst beibehalten (Regierungsentwurf zum Handelsrechtsreformgesetz vom 22. Juni 1998 [BGBl I 1998, 1474], BT-Drucks. 13/8444, S. 81).

Die Fortführung des Namens in der Firma nach Ausscheiden des namensgebenden Partners ist mit seiner Einwilligung oder der Einwilligung seiner Erben zulässig

[8] Eine Ausnahme gilt gemäß § 2 Abs. 2 PartGG i. V. m. § 24 Abs. 2 HGB jedoch dann, wenn der namensgebende Partner ausscheidet und er selbst oder – wie hier – seine Erben in die Fortführung seines Namens eingewilligt hat bzw. haben. In diesem Fall gestattet § 24 Abs. 2 HGB die Fortführung der bisherigen Firma bzw. des bisherigen Namens der Partnerschaft und durchbricht damit in seinem Geltungsbereich (ebenso wie § 22 HGB) den in § 18 Abs. 2 Satz 1 HGB enthaltenen Grundsatz der Firmenwahrheit, um den ideellen und materiellen Wert der bisherigen Firma zu erhalten (vgl. BGH, Urteil vom 10. November 1969 – II ZR 273/67, BGHZ 53, 65, 66 f. zu § 22 HGB). Mit der Anordnung der entsprechenden Anwendung der §§ 21, 22 Abs. 1 und § 24 HGB auf Partnerschaften in § 2 Abs. 2 PartGG sollte nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Partnerschaftsgesellschaftsgesetz der erheblichen praktischen Bedeutung der Fortführung des Namens ausgeschiedener Partner gerade auch bei Sozietäten von Freiberuflern Rechnung getragen werden, zumal der Verkehr sich darauf eingestellt habe, dass der im Sozietätsnamen enthaltene Familienname eines

Sozius nicht darauf hindeute, dass dieser auch heute noch seine Dienste anbiete (Regierungsentwurf zum Partnerschaftsgesellschaftsgesetz vom 25. Juli 1994 [BGBl I 1994, 1744], BT-Drucks. 12/6152, S. 11).

Diese Fortführungsbefugnis gilt auch für den im bisherigen Namen angegebenen Dokortitel des ausscheidenden Partners

[9] Diese Fortführungsbefugnis gilt nach dem Wortlaut des § 24 Abs. 2 HGB für die gesamte bisherige Firma und damit auch für den in der bisherigen Firma bzw. im bisherigen Namen der Partnerschaft angegebenen Dokortitel des ausscheidenden Namensgebers. Der Dokortitel ist zwar nicht Bestandteil des bürgerlichen Namens des Ausscheidenden (vgl. BGH, Beschluss vom 4. April 2017 – II ZB 10/16, ZIP 2017, 1067 Rn. 16), wohl aber als Namenszusatz Bestandteil des Namens der Gesellschaft (vgl. BGH, Urteil vom 10. November 1969 – II ZR 273/67, BGHZ 53, 65, 67; Beschluss vom 27. September 1965 – II ZB 5/65, BGHZ 44, 286, 287; Beschluss vom 9. Dezember 1976 – II ZB 6/76, BGHZ 68, 12, 13 f.).

Die Fortführung darf aber nicht gegen das Irreführungsverbot des § 18 Abs. 2 S. 1 HGB verstoßen

[10] b) Allerdings steht auch die Fortführungsbefugnis nach § 24 HGB – wie das Beschwerdegericht im Ausgangspunkt zutreffend angenommen hat – ihrerseits unter dem Vorbehalt des Irreführungsverbots des § 18 Abs. 2 Satz 1 HGB (vgl. BGH, Beschluss vom 27. September 1965 – II ZB 5/65, BGHZ 44, 286, 287 f.; Urteil vom 10. November 1969 – II ZR 273/67, BGHZ 53, 65, 67; Beschluss vom 9. Dezember 1976 – II ZB 6/76, BGHZ 68, 12, 14; Beschluss vom 28. März 1977 – II ZB 8/76, BGHZ 68, 271, 273).

[11] Auch bei Fortführung einer Firma nach § 24 HGB sind daher Zusätze, die im Rechtsverkehr unzutreffende Vorstellungen über Umfang und Art des Unternehmens sowie über geschäftlich bedeutsame persönliche Verhältnisse und Eigenschaften des neuen Unternehmensträgers hervorrufen, nach § 18 Abs. 2 Satz 1 HGB unzulässig (vgl. BGH, Urteil vom 10. November 1969 – II ZR 273/67, BGHZ 53, 65, 67; Beschluss vom 9. Dezember 1976 – II ZB 6/76, BGHZ 68, 12, 14 mwN). § 24 HGB setzt sich nur mit Blick auf Änderungen im Gesellschafterbestand gegen den Grundsatz der Firmenwahrheit durch. Täuschende Zusätze können hingegen grundsätzlich auch bei der abgeleiteten Firma nicht hingenommen werden.

[12] Dieser Vorbehalt des Irreführungsverbots gilt entsprechend auch für die Namensfortführung einer Partnerschaft gemäß § 2 Abs. 2 PartGG i. V. m. § 24 Abs. 2, 18 Abs. 2 HGB (siehe Regierungsentwurf zum Partnerschaftsgesellschaftsgesetz vom 25. Juli 1994 [BGBl I 1994, 1744], BT-Drucks. 12/6152, S. 12) und wurde im Zuge der Liberalisierung des Firmenrechts durch das Handelsrechtsreformgesetz im Jahr 1998 im Interesse des Verkehrsschutzes beibehalten (siehe Regierungsentwurf zum Handelsrechtsreformgesetz vom 22. Juni 1998 [BGBl I 1998, 1474], BT-Drucks. 13/8444, S. 38, 52 ff.). Soweit in der Literatur vereinzelt vertreten wird, die Vorschriften der §§ 22, 24 HGB seien auch hinsichtlich Namenszusätzen als *lex specialis* zu § 18 Abs. 2 HGB anzusehen (so Meilicke in Meilicke/v. Westphalen/Hoffmann/Lenz/Wolff, PartGG, 3. Aufl., § 2 Rn. 15), steht dies in Widerspruch zu dem erklärten Willen des Gesetzgebers.

Die Fortführung des Dokortitels ist nicht zur Irreführung gem. § 18 Abs. 2 HGB geeignet

[13] c) Unzutreffend ist jedoch die weitere Annahme des Beschwerdegerichts, danach sei die Fortführung des bisherigen Namens der Partnerschaft mit dem Dokortitel des ausgeschiedenen namensgebenden Partners auch im vorliegenden Fall zur Irreführung gemäß § 18 Abs. 2 HGB geeignet und daher unzulässig.

Dem Dokortitel kann nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH als Beweis für eine abgeschlossene Hochschulausbildung je nach Art des Geschäftsbetriebs besondere Wertschätzung beigemessen werden

[14] aa) Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Irreführung durch Titelfortführung gemäß § 18 Abs. 2 HGB in der bis zum 30. Juni 1998 geltenden Fassung (im Folgenden: aF) kann eine für die Aufnahme von Geschäftsbeziehungen oder für einen Kaufentschluss erhebliche Täuschung vorliegen, wenn nicht unerhebliche Teile des angesprochenen Verkehrs einem in der Firma enthaltenen Dokortitel entnehmen, dass ein promovierter Akademiker Geschäftsinhaber oder ein die Gesellschaftsbelange maßgeblich mitbestimmender Gesellschafter sei oder gewesen sei, und daraus herleiten, dass besondere wissenschaftliche Kenntnisse und Fähigkeiten des Genannten auf dem Fachgebiet des in Frage stehenden Geschäftsbetriebs die Güte der angebotenen Waren mitbestimmen. Der akademische Titel bewiese unabhängig von Fakultätszusätzen und sich daraus ergebenden Spezialkenntnissen eine abgeschlossene Hochschulausbildung. Seinem Träger werde in der breiten Öffentlichkeit – gleich ob zu Recht oder zu Unrecht – ein besonderes Vertrauen in seine intellektuellen Fähigkeiten, seinen guten Ruf und seine Zuverlässigkeit entgegengebracht (vgl. BGH, Urteil vom 10. November 1969 – II ZR 273/67, BGHZ 53, 65, 67 f.; Urteil vom 5. April 1990 – I ZR 19/88, NJW 1991, 752, 753; Urteil vom 24. Oktober 1991 – I ZR 271/89, WM 1992, 504, 505).

[15] Ob sich diese generelle Wertschätzung in einer für den Geschäftsverkehr erheblichen Weise auswirke, hänge von der Art des Geschäftsbetriebs ab, sei aber jedenfalls bei einer Maklerfirma zu bejahen (vgl. BGH, Urteil vom 10. November 1969 – II ZR 273/67, BGHZ 53, 65, 68; Urteil vom 24. Oktober 1991 – I ZR 271/89, WM 1992, 504, 505). Der selbst nicht promovierte Erwerber eines Grundstücksmaklergeschäfts nehme daher mit der Weiterverwendung des Dokortitels einen ihm persönlich nicht zukommenden und über den in zulässiger Weise geschaffenen Wert der Firma hinausgehenden Vorteil in Anspruch. Das verstoße gegen den Grundsatz der Firmenwahrheit und werde auch von dem Firmenfortführungsrecht des § 22 Abs. 1 HGB nicht gedeckt, wenn nicht durch einen Nachfolgezusatz im Firmennamen klargelegt werde, dass das Publikum mit einer akademischen Vorbildung des jetzigen Geschäftsinhabers nicht mehr rechnen könne (vgl. BGH, Urteil vom 10. November 1969 – II ZR 273/67, BGHZ 53, 65, 68; Urteil vom 2. Oktober 1997 – I ZR 105/95, WM 1998, 1094, 1096).

[16] Ob an dieser Beurteilung auch nach der Liberalisierung des Firmenbildungsrechts und der Entschärfung des Irreführungsverbots durch die Neufassung von § 18 Abs. 2, § 19 HGB im Rahmen der Handelsrechtsreform im Jahr 1998 noch uneingeschränkt festzuhalten ist, bedarf hier keiner Entscheidung.

[17] bb) Die Fortführung des Dokortitels nach Ausscheiden des einzigen promovierten Partners ist im hier vorlie-

genden Fall auch nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht als unzulässige Irreführung anzusehen.

[18] (1) Ob sich die generelle Wertschätzung gegenüber einem Dokortitel zugunsten des jeweiligen Firmen- bzw. Namensinhabers auswirkt, hängt von der Art des jeweiligen Unternehmens ab (vgl. BGH, Urteil vom 10. November 1969 – II ZR 273/67, BGHZ 53, 65, 68).

Maßgeblich ist neben dem Geschäftsbereich des Unternehmens, ob der Grund der Wertschätzung des Dokortitels – die abgeschlossene Hochschulausbildung – auch bei einem nicht promovierten Partner eingreift

[19] Abzustellen ist dabei zum Einen auf den Geschäftsbereich, in dem das jeweilige Unternehmen tätig ist. Zu berücksichtigen ist aber auch, ob der Grund der besonderen Wertschätzung des Dokortitels, der nach der Rechtsprechung in dem Beleg für eine abgeschlossene Hochschulausbildung liegt (vgl. BGH, Urteil vom 10. November 1969 – II ZR 273/67, BGHZ 53, 65, 67), nicht auch bei einem nicht promovierten, die Geschicke des Unternehmens maßgeblich mitbestimmenden Partner des jeweiligen Unternehmens eingreift, weil dieser bereits für die Ausübung seiner Tätigkeit als solche – ob mit oder ohne Promotion – eine akademische oder eine dem gleichzusetzende Ausbildung durchlaufen haben muss. In einem solchen Fall vermag der Dokortitel keine Irreführung über die Vorbildung der Partner zu begründen und wird das durch die Titelführung begründete besondere Vertrauen in die intellektuellen Fähigkeiten, den guten Ruf und die Zuverlässigkeit in der Sache nicht enttäuscht. Eine unberechtigte Inanspruchnahme einer besonderen Wertschätzung hinsichtlich der persönlichen Qualitäten der Partner und der Güte der von ihnen angebotenen Dienstleistungen im Sinne der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH, Urteil vom 10. November 1969 – II ZR 273/67, BGHZ 53, 65, 68; Urteil vom 2. Oktober 1997 – I ZR 105/95, WM 1998, 1094, 1096) liegt dann nicht vor.

Eine Irreführung scheidet aus, da die Partner der Partnerschaft als Steuerberater und Rechtsanwalt eine akademische oder eine dieser gleichzusetzende Ausbildung abgeschlossen haben

[20] (2) Hier ist danach keine Irreführung gegeben.

[21] (a) Der Beteiligte zu 1 ist nach dem vorliegenden Auszug der Eintragung der Partnerschaft im Partnerschaftsregister vereidigter Buchprüfer und Steuerberater, der Beteiligte zu 2 ist Rechtsanwalt. Des Weiteren ist die Partnerschaft der Beteiligten als Steuerberatungsgesellschaft anerkannt. Diese Anerkennung setzt gemäß § 32 Abs. 3 StBerG den Nachweis voraus, dass die Gesellschaft von Steuerberatern verantwortlich geführt und damit maßgeblich mitbestimmt wird (siehe § 50 StBerG).

[22] (b) Die Bestellung zum Steuerberater erfolgt gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1, § 35 Abs. 1 Satz 1 StBerG bei bestandener Steuerberaterprüfung oder Befreiung von dieser Prüfung gemäß § 38 StBerG. Voraussetzung für die Zulassung zur Steuerberaterprüfung ist gemäß § 36 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StBerG u. a. ein abgeschlossenes wirtschafts- oder rechtswissenschaftliches Hochschulstudium oder ein anderes Hochschulstudium mit wirtschaftswissenschaftlicher Fachrichtung. Zwar können nach § 36 Abs. 2 StBerG auch Bewerber ohne abgeschlossenes Hochschulstudium zur Steuerberaterprüfung zugelassen werden, wenn sie mindestens zehn bzw. mindestens sieben Jahre nach Ab-

schluss einer kaufmännischen Ausbildung oder einer gleichwertigen Vorbildung in den in dieser Vorschrift genannten Bereichen praktisch tätig waren. Aus der Gleichsetzung dieser praktischen Tätigkeit mit dem Nachweis einer abgeschlossenen akademischen Hochschulausbildung ergibt sich aber, dass der Gesetzgeber diese Qualifikation einer akademischen Ausbildung gleichwertig erachtet und den Bewerbern die gleiche Befähigung und Eignung für den Bereich der Steuerberatung beimisst. Gleiches gilt für die in § 38 StBerG genannten Fälle, in denen eine Befreiung von der Steuerberaterprüfung möglich ist.

[23] (c) Auch die Zulassung des Beteiligten zu 2 als Rechtsanwalt setzt gemäß § 4 Satz 1 Nr. 1 BRAO grundsätzlich die Befähigung zum Richteramt nach dem Deutschen Richtergesetz und damit gemäß § 5 Abs. 1 DRiG den Abschluss eines rechtswissenschaftlichen Universitätsstudiums voraus.

[24] (d) Entsprechendes gilt schließlich für die Bestellung des Beteiligten zu 1 als vereidigter Buchprüfer. Eine solche Bestellung bedurfte nach § 128 Abs. 1, § 131 b des Gesetzes über eine Berufsordnung der Wirtschaftsprüfer (Gesetz vom 5. November 1975 [BGBl I 1975, 2803] – Wirtschaftsprüferordnung in der bis zum 31. Dezember 2003 geltenden Fassung (im Folgenden: WiPrO aF) einer bestandenen Prüfung nach § 131 a WiPrO aF. Die Zulassung zu dieser Prüfung setzte gemäß § 131 WiPrO aF u. a. voraus, dass der Bewerber im Zeitpunkt der Antragstellung Steuerberater oder Rechtsanwalt war und damit wiederum grundsätzlich den Abschluss einer akademischen oder einer dem gleichzusetzenden Ausbildung.

[25] (e) Die besondere Wertschätzung, die dem Dokortitel aufgrund der darin zum Ausdruck kommenden abgeschlossenen Hochschulausbildung von der breiten Öffentlichkeit entgegengebracht wird, ist daher in der Sache auch bei der hier zu beurteilenden Partnerschaft und ihren Partnern begründet. Eine Eignung zur Irreführung über wesentliche Umstände, die der Fortführungsberechtigung nach § 24 Abs. 2 HGB entgegenstehen könnte, liegt damit nicht vor.

Die Entscheidung des Senats vom 4.4.2017 steht dem nicht entgegen, da es in der damaligen Entscheidung um die Eintragungsfähigkeit des Dokortitels beim Namen des Partners im Partnerschaftsregister ging

[26] (3) Die Entscheidung des Senats vom 4. April 2017 (II ZB 10/16, ZIP 2017, 1067) steht dem nicht entgegen. Gegenstand der Entscheidung war nicht die Frage der Zulässigkeit der Titelfortführung im Namen der dortigen Partnerschaft, sondern allein die Eintragungsfähigkeit der Dokortitel bei den Namen der einzelnen Partner in das Partnerschaftsregister. Soweit der Senat in diesem Zusammenhang unter Bezugnahme auf die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ausgeführt hat, dass ein Dokortitel im Namen einer Partnerschaftsgesellschaft nach § 2 Abs. 2 PartGG i. V. m. § 18 Abs. 2 Satz 1 HGB nur geführt werden dürfe, wenn einer der Partner über diesen Titel verfügt, um eine Irreführung der maßgeblichen Verkehrskreise zu vermeiden, bezog sich das nur auf die Maßgeblichkeit der Firmenwahrheit für die Führung von Dokortiteln bei Partnerschaftsgesellschaften im Allgemeinen. Die hier vorliegende besondere Konstellation der Namensfortführung mit Titel nach § 24 Abs. 2 HGB durch eine Partnerschaft, in der sämtliche Partner auch ohne Promotion eine akademische oder eine dem gleichzusetzende Ausbildung absolviert haben müssen, stand dort nicht zur Entscheidung.

III.

[27] Da die Sache zur Endentscheidung reif ist, konnte der Senat selbst entscheiden und die angefochtenen Beschlüsse aufheben (§ 74 Abs. 6 Satz 1 FamFG). ■

8. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur Zulässigkeit der Verlegung des Sitzes einer GmbH i. L.

(KG, Beschluss vom 24.4.2018 – 22 W 63/17, mitgeteilt durch VRiKG Dr. Peter-Hendrik Mütter)

GmbHG §§ 4 a, 53, 69 Abs. 1, 70
FamFG §§ 58 Abs. 1, 59 Abs. 1 u. 2

Die eine Satzungsänderung erfordernde Sitzverlegung einer aufgelösten GmbH kommt nur dann in Betracht, wenn sie nicht dem Wesen der auf Abwicklung gerichteten Liquidation widerspricht. Davon ist in der Regel auszugehen, weil sie ein Auffinden der Gesellschaft für die Gesellschaftsgläubiger erschwert.

Zur Einordnung

In der notariellen Praxis kann sich bei einer in Liquidation befindlichen GmbH die Frage stellen, zu welchen Maßnahmen die Gesellschafter und der Liquidator aufgrund der Besonderheiten der Liquidation befugt sind. Gegenstand der nachstehend abgedruckten Entscheidung des KG ist die Zulässigkeit der Sitzverlegung in diesem Stadium.

Während der Liquidation einer GmbH gelten vorrangig die Vorschriften des 5. Abschnitts über die Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft (§§ 60 ff. GmbHG). Daneben kommen gem. § 69 GmbHG die Vorschriften des zweiten und dritten Abschnitts des GmbHG zur Anwendung (§§ 13-34 GmbHG – „Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter“ sowie §§ 35-52 GmbHG – „Vertretung und Geschäftsführung“). § 69 Abs. 1 GmbHG schränkt die Anwendbarkeit dieser Vorschriften allerdings dahingehend ein, dass sie nur gelten, „soweit sich aus den Bestimmungen des gegenwärtigen Abschnitts und aus dem Wesen der Liquidation nicht ein anderes ergibt“. Änderungen des Gesellschaftsvertrags sind zwar in § 69 GmbHG nicht ausdrücklich erwähnt, im Liquidationsstadium aber grundsätzlich zulässig (Scholz/K. Schmidt, GmbHG, III, 11. Aufl. 2015, § 69 Rn. 41; Michalski/Nerlich, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 69 Rn. 54). Die Satzungsänderung hat in der in § 53 GmbHG vorgeschriebenen Form zu erfolgen und ist zum Handelsregister anzumelden (Michalski/Nerlich, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 69 Rn. 54). Auch Abänderungen des Gesellschaftsvertrags sind im Liquidationsstadium jedoch nur gestattet, soweit sich aus den Vorschriften zur Liquidation im GmbHG und dem Liquidationszweck nicht ein anderes ergibt (vgl. § 69 Abs. 1 GmbHG aE; Roth/Altmeppen/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 69 Rn. 9). Aufgrund dessen können Satzungsänderungen beschlossen werden, die in der Abwicklung die rechtlichen Strukturen vereinfachen und damit die Liquidation erleichtern sollen (Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 69 Rn. 23; Michalski/Nerlich, GmbHG, 3. Aufl. 2017 § 69 Rn. 56). Eine Kapitalerhöhung ist gestattet, wenn sie der Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern dient oder gleichzeitig eine Umwandlung der GmbH i. L. in eine werbende Gesellschaft stattfindet (Roth/Altmeppen/Alt-

meppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 69 Rn. 10). Bei einer Kapitalherabsetzung ist ein Nachweis erforderlich, dass die Gläubigerschutzbestimmungen der §§ 65 Abs. 2, 73 GmbHG beachtet werden (Michalski/Nerlich, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 69 Rn. 58; Roth/Altmeppen/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 69 Rn. 11).

Sitzverlegungen sind in diesem Stadium nach hM ebenfalls zulässig (OLG Jena BeckRS 2005, 30364926; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, III, 11. Aufl. 2015 § 69 Rn. 41; Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 69 Rn. 23; Roth/Altmeppen/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 69 Rn. 12; Michalski/Nerlich, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 69 Rn. 56). § 4 a GmbHG, der die Bestimmung des Sitzes im Gesellschaftsvertrags vorschreibt, findet auch in der Liquidation Anwendung (KG RNotZ 2011, 562 [563] mEinordn. d. Schriftl.; OLG Jena BeckRS 2005, 30364926; Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 69 Rn. 2). Voraussetzung für eine Sitzverlegung durch Änderung des Gesellschaftsvertrags ist allerdings, dass sie der Liquidation zugute kommt (Michalski/Nerlich, GmbHG 3. Aufl. 2017 § 69 Rn. 56 mwN; MüKoGmbHG/H.-F. Müller, 2. Aufl. 2016, § 69 Rn. 8). Nicht zulässig ist eine Sitzverlegung zur Zuständigkeitserschleichung vor Insolvenzeröffnung im Zusammenhang mit einer „Firmenbestattung“ (KG RNotZ 2011, 562 [563] mEinordn. d. Schriftl.). Das KG unterstreicht in der vorliegenden Entscheidung, dass eine Sitzverlegung im Liquidationsstadium die Erreichbarkeit aufgrund Änderung des Registergerichts und der Registernummer erschwert und es daher eines Grundes bedarf, der die Sitzverlegung rechtfertigt. Nicht ausreichend ist, dass keine Gründe gegen die Sitzverlegung sprechen.

Für die notarielle Praxis ruft die Entscheidung in Erinnerung, dass bei Änderungen des Gesellschaftsvertrags einer GmbH i. L. die Vereinbarkeit der Änderung mit dem Zweck der Liquidation zu prüfen ist. Die Erreichbarkeit der Gesellschaft auch nach einer Sitzverlegung, insbesondere für Gesellschaftsgläubiger, ist seit MoMiG durch die zwingende Angabe der inländischen Geschäftsanschrift gesichert (§§ 8 Abs. 4 Nr. 1, 10 Abs. 1 S. 1, 35 Abs. 2 S. 3 GmbHG; vgl. Roth/Altmeppen/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 69 Rn. 12 und § 35 Rn. 66 ff.). Die Regelung über die Zustellung an die Gesellschaft an deren inländische Geschäftsanschrift gem. § 35 Abs. 2 S. 3 GmbHG gilt auch im Liquidationsstadium (Wicke, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 68 Rn. 1; MüKoGmbHG/H.-F. Müller, 2. Aufl. 2016, § 68 Rn. 1, 16; Roth/Altmeppen/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 68 Rn. 2). Die Frage, ob auch eine Änderung der inländischen Geschäftsanschrift unter dem Vorbehalt der Zweckmäßigkeit steht, war nicht entscheidungserheblich; das KG tendiert aber aufgrund der Eintragung der inländischen Geschäftsanschrift im Handelsregister wohl gegen ein solches Erfordernis.

Die Schriftleitung (IK)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Die am 12. Juli 2006 gegründete Gesellschaft ist seit dem 5. Oktober 2016 im Handelsregister des Amtsgerichts Frankfurt am Main eingetragen, eine am 17. Februar 2017

beschlossene Auflösung der Gesellschaft ist am 13. März 2017 in das Register eingetragen worden.

[2] Mit einer elektronischen und notariell beglaubigten Anmeldung vom 10. April 2017 hat der Liquidator die Änderung des Gesellschaftsvertrages in § 1 Ziffer 2 durch Beschluss vom gleichen Tag mit dem Hinweis angemeldet, der Sitz sei von Frankfurt am Main nach Berlin verlegt. Zugleich hat er eine neue inländische Geschäftsanschrift in Berlin angegeben.

[3] Diese Anmeldung hat das Amtsgericht Charlottenburg mit einem Beschluss vom 30. Mai 2017 zurückgewiesen, der am 8. Juni 2017 zugestellt worden ist. Hiergegen hat die Beteiligte durch ihren Verfahrensbevollmächtigten mit Schreiben vom 3. Juli 2017 Beschwerde eingelegt, die am gleichen Tag eingegangen ist. Dieser hat das Amtsgericht nicht abgeholfen und die Sache dem Senat mit einem Beschluss vom 5. Juli 2017 zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde ist zulässig, aber unbegründet

[4] 1. Die Beschwerde der Beteiligten vom 3. Juli 2017 ist nach § 58 Abs. 1 FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig. Die Beschwerdefrist ist gewahrt, die Beteiligte ist beschwert im Sinne des § 59 Abs. 1 und 2 FamFG und der Beschwerdewert wird erreicht.

[5] 2. Die Beschwerde hat aber keinen Erfolg.

Die für werbende Gesellschaften gedachten Vorschriften des GmbHG finden auch auf die GmbH i. L. Anwendung, sofern die Anwendung dem Wesen der Liquidation nicht zuwiderlaufen würde

[6] a) Nach § 69 Abs. 1 GmbHG finden bestimmte für werbende Gesellschaft gedachte Vorschriften des GmbH-Gesetzes nach dem Eintritt der Auflösung entsprechende Anwendung. Dies gilt allerdings mit der Einschränkung, dass die Anwendung dem Wesen der Liquidation nicht zuwiderlaufen dürfe. Zu den Vorschriften die insoweit überhaupt nur Anwendung finden können, gehören die Vorschriften über die Änderung des Gesellschaftsvertrages gerade nicht. Soweit sie gleichwohl entsprechend angewandt werden (vgl. RGZ 107, 31, 33; BayObLG, Beschluss vom 12. Januar 1995, 3Z BR 314/14, juris Rn. 18; OLG Frankfurt, Beschluss vom 14. September 1973, 20 W 639/73, juris (LS)), muss die Einschränkung, dass die Anwendung dem Wesen der Liquidation nicht zuwiderlaufen dürfe, ebenso bestehen.

Das Wesen der Liquidation wird durch ihren Zweck, das Gesellschaftsvermögen in Geld umzusetzen, und die Art und Weise der Zweckerreichung nach dem Gesetz bestimmt

[7] b) Das Wesen der Liquidation wird dabei durch ihren Zweck bestimmt und die Art und Weise wie dieser Zweck nach dem Gesetz erreicht werden soll. Zweck der Liquidation ist dabei, das Gesellschaftsvermögen in Geld umzusetzen, um eine Schlussverteilung vornehmen zu können, nach der weitere Maßnahmen nicht mehr erforderlich sind. Hierzu sollen nach § 70 GmbHG die laufenden Geschäfte beendet werden, die Forderungen eingetrieben und die Verbindlichkeiten beglichen werden. Um die offenen Verbindlichkeiten zu begleichen, sind die Gläubiger durch entsprechende Bekanntmachungen nach § 65 Abs. 1

GmbHG auf die Auflösung der Gesellschaft aufmerksam zu machen, damit diese dort ihrer Ansprüche geltend machen können.

Es bedarf eines Grundes, der die Sitzverlegung unter Berücksichtigung des Wesens der Liquidation rechtfertigt, nicht eines Grundes, der gegen die Sitzverlegung spricht

[8] Dass damit Änderungen des Gesellschaftsvertrages grundsätzlich dem Wesen der Liquidation widersprechen, lässt sich daraus nicht ableiten. So käme etwa eine Kapitalerhöhung in Betracht, um alle Gläubiger ausreichend zu befriedigen, eine Veräußerung der Firma zur Erlangung weiterer verteilter Vermögenswerte mit der Folge der Notwendigkeit einer Firmenänderung oder eine Änderung der Vertretungsbefugnisse der Geschäftsführer zur Beschleunigung der Abwicklung. Da aber eine Schlussverteilung angestrebt wird und dies das Auffinden aller Schuldner und Gläubiger voraussetzt, sind jedenfalls die Maßnahmen, die zu einer – wenn auch nur zeitweisen – Erschwerung der Erreichbarkeit im Hinblick auf die mit ihr für die Liquidation verbundenen Vorteile kritisch zu prüfen. Dies gilt gerade für eine Sitzverlegung. Denn mit dieser geht ein Wechsel des Registergerichts und damit auch der Registernummer einher. Daran haben auch die Änderungen durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2026) nichts geändert. Aufgrund der eingeführten Vorschriften ist zwar nunmehr die inländische Geschäftsanschrift in das Register einzutragen. Bei der Sitzverlegung verbleibt es aber bei einer Änderung des Registergerichts und der Registernummer. Soweit die Beteiligte darauf hinweist, dass der statutarische und der tatsächliche Sitz nicht mehr identisch sein müssten, rechtfertigt dies die mit der Sitzverlegung verbundenen Erschwerungen nicht. Denn nach dem Vorstehenden bedarf es keines weiteren Grundes, der gegen die Sitzverlegung spricht, sondern eines Grundes, der die Sitzverlegung unter Berücksichtigung des Wesens der Liquidation rechtfertigt. Der Hinweis der Beteiligten, die entsprechende GmbH sei ohne Probleme über das Internet zu finden, trifft nicht zu. Denn die Regelungen über die Firmenbildung schließen es lediglich aus, dass gleichnamige Firmen am selben Ort und in derselben Gemeinde bestehen (vgl. § 30 HGB). Im Übrigen gilt diese nicht, so dass Unklarheiten auftreten, die nur durch einen Blick in das Registerblatt geklärt werden können. Dies gilt angesichts einer gleichnamigen und in Nordrhein-Westfalen eingetragenen Gesellschaft auch für die vorliegende Gesellschaft. Auf die Frage, ob die Verlegung des tatsächlichen Sitzes, die durch Änderung der inländischen Geschäftsanschrift deutlich wird, in gleicher Weise unter dem Vorbehalt der Zweckmäßigkeit steht – was der Senat wegen der Wiedergabe im Handelsregister eher bezweifelt – kann dahin stehen.

[9] Nach alledem kann auch offen bleiben, ob der Eintragung der Satzungsänderung nicht jedenfalls jetzt die Tatsache entgegen steht, dass die Beteiligte durch ihren Liquidator mit einer Anmeldung vom 6. April 2018 bereits das Erlöschen ihrer Firma und damit eine vollständige Abwicklung und Vollbeendigung angemeldet hat.

[10] 3. Eine Kostenentscheidung ist nicht zu treffen. Die Verpflichtung der Beteiligten, die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen, ergibt sich aus dem Gesetz, eine Kostenersatzung kommt nicht in Betracht. Die Zulassung der Rechtsbeschwerde scheidet aus. Es fehlt an den Voraussetzungen des § 70 Abs. 2 FamFG. ■

9. Kostenrecht – Zur Reichweite der Übernahmehaftung gem. § 30 Abs. 3 GNotKG

(OLG Hamm, Beschluss vom 25.7.2018 – 15 W 427/17)

GNotKG §§ 29 Nr. 1, 30 Abs. 3, 128, 129 Abs. 1, 130 Abs. 2

WEG § 12

FamFG §§ 70 Abs. 2, 81

§ 30 Abs. 3 GNotKG begrenzt nach seinem klaren Wortlaut die Übernahmehaftung auf die Kosten des Beurkundungsverfahrens und die mit diesem Beurkundungsverfahren im Zusammenhang stehenden Kosten des Vollzugs oder der Betreuungstätigkeiten. Ohne weiteres haftet der Übernahmeschuldner mithin nicht für die Kosten anderer Urkunden, etwa die Kosten für die Beglaubigung der Zustimmung des Verwalters nach § 12 WEG oder die Beglaubigung der Löschungsbewilligung eines Grundpfandrechtsgläubigers.

Zur Einordnung

Zur Abwicklung beurkundeter Verträge über die Veräußerung von Grundbesitz sind idR Erklärungen Dritter einzuholen, die gem. § 29 GBO notarieller Beglaubigung bedürfen. Dies gilt insbesondere für Löschungsbewilligungen von Grundpfandrechtsgläubigern (unter treuhänderischen Zahlungsauflagen) und, bei der Veräußerung von Wohnungs-/Teileigentum, ggf. für eine nach § 12 WEG erforderliche Verwalterzustimmung (nebst Nachweis der Verwaltereigenschaft).

Holt der Notar, der den Veräußerungsvertrag beurkundet hat, auftragsgemäß eine privatrechtliche Zustimmung- (KV Vorbem. 2.2.1.1. Abs. 1 S. 2 Nr. 5) und/oder Lastenfreistellungserklärung (... Nr. 9) ein, fällt bei ihm hierfür eine (einzige, vgl. § 93 Abs. 1 GNotKG) Vollzugsgebühr (KV-Nr. 22110) an. Mit dieser ist ggf. auch die Fertigung des Entwurfs der jeweiligen Erklärung durch den vollziehenden Notar abgegolten (KV Vorbem. 2.2. Abs. 2). Hiervon zu trennen ist die Beglaubigung der Unterschrift des Verwalters oder Grundpfandrechtsgläubigers durch den vollziehenden oder einen anderen Notar. Diese ist ein separates Geschäft, für das bei dem beglaubigenden Notar grundsätzlich eine gesonderte (Beglaubigungs-)Gebühr (KV-Nr. 25100) entsteht (zur Ausnahme: Streifzug GNotKG, 12. Aufl. 2017, Rn. 3748 aE). Ebenfalls ein separates Geschäft stellt die Beachtung treuhänderischer Zahlungsauflagen abzulösender Grundpfandrechtsgläubiger durch den vollziehenden Notar dar. Deshalb fällt hierfür ebenfalls eine gesonderte (Treuhandgebühr-)Gebühr (KV-Nr. 22201) an.

Wer Schuldner der vorbeschriebenen Notarkosten ist, richtet sich – wie auch sonst – nach den §§ 29, 30 GNotKG, deren Regelungen sich zT überschneiden und ergänzen. § 29 Nr. 1 und § 30 Abs. 1, 2 regeln die sog. Veranlasserhaftung in der Weise, dass gem. § 29 Nr. 1 (im Allgemeinen) „die Notarkosten“ schuldet, wer den Auftrag erteilt oder den Antrag gestellt hat, und dass gem. § 30 Abs. 1 (im Speziellen) „die Kosten des Beurkundungsverfahrens und die im Zusammenhang mit dem Beurkundungsverfahren anfallenden Kosten des Vollzugs und der Betreuungstätigkeiten“ (ggf. begrenzt durch § 30 Abs. 2) jeder schuldet, dessen Erklärung beurkundet worden ist. Ergänzend besteht gem. §§ 29 Nr. 2, 30 Abs. 3 die sog. Übernahmehaftung. Danach schuldet (im Allgemeinen) „die Notarkosten“ auch (dh neben dem Veranlasser) der-

jenige, der sie durch Erklärung gegenüber dem Notar übernommen hat (§ 29 Nr. 2). Ferner haftet derjenige, der in einer notariellen Urkunde gegenüber dem oder den anderen Urkundsbeteiligten erklärt hat, „die Kosten dieses Beurkundungsverfahrens, die im Zusammenhang mit ihm anfallenden Kosten des Vollzugs und der Betreuungstätigkeiten oder sämtliche genannte Kosten“ zu übernehmen, insoweit auch direkt gegenüber dem Notar, selbst wenn er sonst keine Erklärungen zur Urkunde abgegeben (§ 30 Abs. 1) oder Veranlassung zur Entstehung dieser Kosten gegeben (§ 29 Nr. 1) hat.

Vor diesem Hintergrund ist fraglich, ob die Notarkosten, die für Unterschriftsbeglaubigungen und die Beachtung von Treuhandauflagen entstehen, von dem betreffenden Notar direkt bei den Parteien des Veräußerungsvertrages erhoben werden können, wenn diese zur Urkunde des Veräußerungsvertrages den Auftrag zur Einholung der Lösungsunterlagen (ggf. unter Treuhandauflagen) und der Verwalterzustimmung (nebst Nachweis der Verwaltereigenschaft) erteilt und die jeweiligen Kosten durch Vereinbarung untereinander verteilt haben. Diese Frage hat das LG Düsseldorf kürzlich für den Urkundennotar bejaht, sofern die Kosten der Verwalterzustimmung in der Übernahmehaftung nach § 30 Abs. 3 ausdrücklich genannt sind (BeckRS 2018, 14826 [Rn. 11] = RNotZ 2018, 584). Die LG-Rechtsprechung ist sich aber weitgehend darüber einig, dass die in einer Kaufvertragsurkunde enthaltene Abrede, wonach im Verhältnis zum Verkäufer der Käufer sämtliche mit dieser Urkunde und ihrer Durchführung verbundenen Kosten zu tragen hat, keine öffentlich-rechtliche Haftung für die Kosten der Beglaubigung bzw. Entwurfserstellung der Verwalterzustimmung gegenüber einem „Drittnotar“ begründet (etwa LG Düsseldorf RNotZ 2015, 596 [598] m. Einordn. d. Schriftltg.; s.a. *Wudy* notar 2018, 271 [276] mwN). Hiervon abweichend hat das OLG Celle kürzlich entschieden, dass ein „Drittnotar“ aufgrund einer solchen Abrede zwischen den Parteien seine Kosten der Beurkundung der Zustimmung- und Vorkaufsrechtsverzichtserklärung des Grundstückseigentümers bei Veräußerung eines Erbbaurechts unmittelbar beim Erwerber erheben kann (MittBayNot 2015, 516 [519]), was dann erst recht für den Notar, der den Veräußerungsvertrag beurkundet hat und vollzieht, gelten muss.

In der nachfolgend abgedruckten Entscheidung vertritt das OLG Hamm hingegen die Auffassung, dass die Notarkosten wegen der Beglaubigung von Löschungsbewilligung und Verwalterzustimmung sogar von dem Notar, der einen Kaufvertrag über Wohnungseigentum selbst beurkundet hat und vollzieht, trotz in der Urkunde enthaltener entsprechender Kostenverteilungsabrede zwischen ihnen nicht bei den Vertragsparteien erhoben werden dürften. Eine Veranlasserhaftung der Vertragsparteien lehnte das Gericht ab, weil es keinen konkreten Auftrag der Urkundsbeteiligten zur Durchführung der jeweiligen Beglaubigung erkennen konnte. Auch eine Übernahmehaftung sah es insoweit nicht als begründet an, weil es an einer gerade an den Notar gerichteten Übernahmehaftung gem. § 29 Nr. 2 GNotKG fehle. Die in der Urkunde des Veräußerungsvertrages zwischen den Urkundsbeteiligten getroffene Kostenverteilungsregelung sei für die Haftung gegenüber dem Notar gem. § 30 Abs. 3 GNotKG nur mit Blick auf die Kosten für die Errichtung dieser Urkunde sowie des Vollzugs oder der Betreuungstätigkeiten im Zusammenhang mit ihr maßgeblich.

Die Gebühren für die Unterschriftsbeglaubigung sind demnach als Kosten einer *anderen* Urkunde anzusehen (vgl. *Wudy* notar 2018, 271 [276]: *mittelbare* Gebühren, die durch *weitere* notarielle Tätigkeit entstehen).

Die Entscheidung des OLG Hamm widerspricht der verbreiteten notariellen Praxis, auch die Kosten notarieller Folgetätigkeiten des Urkundsnotars zum Vollzug einer Urkunde bei den Beteiligten des beurkundeten Vertrages öffentlich-rechtlich unmittelbar so zu erheben, wie die Beteiligten die Kostenverteilung schuldrechtlich miteinander vereinbart haben. Dies kommt mit Blick auf Kosten für die Beglaubigung einzuholender privatrechtlicher Genehmigungen und Lastenfreistellungserklärungen nach Ansicht des OLG Hamm wohl nur in Frage, wenn die in der Urkunde des Veräußerungsvertrages enthaltene Kostentragungsvereinbarung der Vertragsparteien um eine ausdrücklich an den Notar gerichtete Übernahmeerklärung (Muster bei *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 4421) ergänzt wird. Andernfalls kann der Notar demnach für diese Kosten ausschließlich den Grundpfandrechtsgläubiger, Verwalter etc. in Anspruch nehmen. Letztere haben möglicherweise Erstattungsansprüche gegen die Vertragsparteien. Dass der Käufer materiell-rechtlich wirksam zur Tragung der Kosten, die für die Beglaubigung der Verwaltergenehmigung anfallen, verpflichtet ist, dürfte in der Praxis allerdings der Ausnahmefall sein, so dass es nicht unproblematisch ist, den Käufer durch die Verwendung notarieller Treuhandauflagen zu einer entsprechenden Zahlung zu bewegen (DNotI-Gutachten Nr. 11017# vom 18.11.1998 sowie DNotI-Report 20/1997, 209 ff.; *Schneider/Karsten* RNotZ 2011, 238 [240]; *Hügel* MittBayNot 2016, 109 [115]). Es bleibt abzuwarten, wie der BGH in der Angelegenheit entscheiden wird; die Rechtsbeschwerde, die das OLG Hamm wegen des Widerspruchs zu der Entscheidung des OLG Celle zugelassen hat, wurde nämlich eingelegt und wird unter dem Az. V ZB 141/18 geführt. Abschließend ist für die notarielle Praxis festzuhalten, dass in der Kostenbeschwerde, die das OLG Hamm beschäftigt hat, nicht beanstandet wurde, dass der Urkundsnotar die Kosten für die Beachtung der Treuhandauflagen der abzulösenden Grundschuldgläubigern direkt beim Verkäufer eingefordert hatte (vgl. zur entsprechenden Kostenschuldnerschaft LG Düsseldorf RNotZ 2016, 197 [198] mit Einordn. d. Schriftltg. sowie zuvor schon OLG Düsseldorf MittBayNot 2007, 430). Hierbei handelt es sich um die Kosten einer speziellen Betreuungstätigkeit im Zusammenhang mit dem Beurkundungsverfahren iSv § 30 Abs. 3 GNotKG.

Die Schriftleitung (TK)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Am 13. Mai 2015 beurkundete der Beteiligte zu 1) einen notariellen Wohnungs- und Teileigentumsübertragungsvertrag (UR-Nr. ...#), in dem die Beteiligten zu 2) und 3) eine in W gelegene Eigentumswohnung an die Beteiligte zu 4) verkauften und das Eigentum übertrugen. Die Wirksamkeit dieser Veräußerung setzte die Zustimmung des Verwalters der Wohnungseigentumsgemeinschaft voraus.

[2] In Abteilung III des Grundbuchs war eine Grundschuld in Höhe eines Betrages von 125.266,51 EUR eingetragen, die nach den vertraglichen Regelungen zu löschen war.

[3] Ziffer XI des notariellen Vertrages enthält folgende Regelung:

„Kosten, Grunderwerbssteuer

Die Kosten dieser Urkunde, der öffentlich rechtlichen Genehmigungen und Zeugnisse, der rechtsgeschäftlichen Genehmigungen sowie des grundbuchamtlichen Vollzugs trägt der Käufer.“

...

Die Kosten der Lastenfreistellung trägt der Käufer.

Die anfallenden Notarkosten und etwaige Bearbeitungsgebühren für die Erteilung der Verwalterzustimmung gemäß § 12 WEG sowie für den Nachweis der Verwaltereigenschaft trägt im Verhältnis zum Verkäufer der Käufer. Etwaige Ansprüche des Käufers gegen die WEG-Gemeinschaft auf Erstattung dieser Kosten bleiben unberührt.

Zur Vollzugsgebühr wird, unbeschadet der gesamtschuldnerischen Haftung gegenüber dem Notar, vereinbart, dass der Verkäufer die durch die Lastenfreistellung entstehenden Mehrkosten trägt.“

[4] Mit Schreiben vom 18. Januar 2016 wandte sich der Beteiligte zu 1) an den Verwalter der Wohnungseigentumsanlage, den Beteiligten zu 5), und bat – unter Beifügung eines entsprechenden Entwurfes – um Übersendung der Verwalterzustimmung. Der Verwalter beauftragte den Beteiligten zu 1) daraufhin, seine Unterschrift unter der Zustimmungserklärung zu beglaubigen.

[5] Für die unter der Urkundenummer ... vorgenommene Unterschriftenbeglaubigung hat der Beteiligte zu 1) mit seiner Kostenberechnung vom 23. Juli 2015 der Beteiligten zu 4) Gebühren und Auslagen in Höhe von insgesamt 73,85 EUR inkl. 19 % Umsatzsteuer in Rechnung gestellt. Die Rechnung setzt sich zusammen aus einer 0,2 fachen Gebühr nach Ziffer 25100 KV GNotKG und Auslagen. Die Beteiligte zu 4) hat diese Rechnung bezahlt.

[6] Im Rahmen der weiteren Abwicklung des Übertragungsvertrages holte der Beteiligte zu 1) bei der Grundschuldgläubigerin, der Beteiligten zu 6), die Lösungsunterlagen ein. Diese beauftragte den Beteiligten zu 1), die Unterschriften ihrer beiden vertretungsberechtigten Vorstandsmitglieder auf der Lösungsbeurkundung notariell zu beglaubigen. Zudem erteilte sie dem Beteiligten zu 1) den Treuhandauftrag, von den Lösungsunterlagen erst Gebrauch zu machen, wenn der Eingang des gesamten Kaufpreises auf einem bestimmten Konto bei der Grundschuldgläubigerin sichergestellt war.

[7] Für die unter der Urkundenummer ... vorgenommene Unterschriftenbeglaubigung der beiden Vorstandsmitglieder der Grundschuldgläubigerin und die Treuhandtätigkeit hat der Beteiligte zu 1) mit seiner Kostenberechnung vom 4. Mai 2017 den Beteiligten zu 2) und 3) Gebühren und Auslagen in Höhe von insgesamt 302,14 EUR in Rechnung gestellt. Die Rechnung setzt sich zusammen aus einer 0,2 fachen Gebühr nach Ziffer 25100 KV GNotKG in Höhe von 65,40 EUR, einer 0,5fachen Betreuungsgebühr in Höhe von 163,50 EUR nach Ziffer 22201 KV GNotKG für die Beachtung der Treuhandauflagen der Grundschuldgläubigerin im Zusammenhang mit der Löschung der Grundschuld, einer anteiligen Zusatzgebühr in Höhe von 25,- EUR nach Ziffer 26002 KV GNotKG für die auswärtige Tätigkeit sowie 19 % Umsatzsteuer. Die Beteiligten zu 2) und 3) haben diese Rechnung bezahlt.

[8] Anlässlich einer Notarprüfung hat der Präsident des Landgerichts Bielefeld die beiden Kostenberechnungen beanstandet. Er hat die Auffassung vertreten, dass für die Unterschriftenbeglaubigungen sowohl des Verwalters als auch der Grundschuldgläubigerin diese gemäß § 29 Nr. 1 GNotKG Kostenschuldner des Notars seien und nicht (auch) die Beteiligten zu 2) und 3) bzw. die Beteiligte zu 4). Maßgeblich sei, dass die Aufträge zur Beglaubigung jeweils von dem Beteiligten zu 5) und der Beteiligten zu 6) erteilt worden seien. Eine Inanspruchnahme der Veräußerer bzw. Erwerberin käme nur in Frage, wenn diese gegenüber dem Notar eine schriftliche Übernahmeerklärung abgegeben hätten, was hier nicht der Fall sei. Eine Haftung nach § 30 Abs. 3 GNotKG scheidet aus, da diese eine Übernahmeerklärung in der zugrundeliegenden Urkunde – hier in der Urkunde zur Verwalterzustimmung und der Löschungsbewilligung der Grundschuldgläubigerin – erfordere. Die Erklärung in dem Übertragungsvertrag genüge nicht.

[9] Mit seiner Eingabe vom 4. Mai 2017 hat der Beteiligte zu 1) auf Anweisung des Landgerichtspräsidenten eine Entscheidung des Landgerichts beantragt. Er hat die Auffassung vertreten, die Kostenverteilungsabrede in dem Übertragungsvertrag begründe nicht nur eine Innenhaftung der Käuferin bzw. der Verkäufer, sondern nach § 30 Abs. 3 GNotKG auch eine Außenhaftung gegenüber dem Urkundsnotar.

1

[10] Die Kammer hat gemäß § 128 GNotKG eine Stellungnahme des Präsidenten des Landgerichts Bielefeld eingeholt.

[11] Mit der angefochtenen Entscheidung hat die Kammer die Kostenberechnung vom 23. Juni 2015 zu Nr. ... bestätigt und die Kostenberechnung vom 4. Mai 2017 zu Nr. ... insoweit aufgehoben, soweit sie eine Auswärtsgebühr in Ansatz bringt; im Übrigen hat die Kammer auch die Kostenberechnung bestätigt. Wegen der Begründung wird auf die Gründe des Beschlusses Bezug genommen.

[12] Gegen diesen Beschluss hat der Beteiligte zu 1) mit Schriftsatz vom 5. Oktober 2017 Beschwerde eingelegt, zunächst mit dem Antrag, den angefochtenen Beschluss teilweise abzuändern und die Notarkostenrechnung vom 4. Mai 2017 zu Nr. ... auch insoweit zu bestätigen, soweit sie eine Auswärtsgebühr in Ansatz bringt.

[13] Das Landgericht hat der Beschwerde mit Beschluss vom 10. Oktober 2017 nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt.

[14] Auf Anweisung des Landgerichtspräsidenten hat der Beteiligte zu 1) die Beschwerde mit Schriftsatz vom 8. Februar 2018 auf die Frage der Kostenschuldnerschaft nach § 30 GNotKG erweitert.

Aus den Gründen:

II.

[15] Die von Beteiligten zu 1) eingelegte und auf Anweisung des Präsidenten des Landgerichts als dessen vorgesetzte Dienstbehörde erweiterte Beschwerde ist gemäß §§ 129 Abs. 1, 130 Abs. 2 GNotKG statthaft und gemäß §§ 130 Abs. 3 S. 1 GNotKG, 63, 64 FamFG auch im Übrigen zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt worden.

[16] In der Sache ist die Beschwerde begründet, soweit sie auf Anweisung der vorgesetzten Dienstbehörde eingelegt

worden ist; im Übrigen ist die Beschwerde unbegründet. Die Kostenrechnungen des Beteiligten zu 1) sind insgesamt aufzuheben. Der Notar hat die Beteiligten zu 2) bis 4) in den in Rede stehenden Kostenberechnungen zu Unrecht als Kostenschuldner in Anspruch genommen.

Eine Haftung der Vertragsbeteiligten gegenüber dem Notar für die Kosten der Beglaubigung der Verwalterzustimmung und Löschungsbewilligung setzt deren Auftrag oder Kostenübernahme voraus

[17] Die Inanspruchnahme der Beteiligten zu 4) für die durch die Unterschriftenbeglaubigung des Verwalters angefallenen Gebühren und Auslagen setzt ebenso wie die Inanspruchnahme der Beteiligten zu 2) und 3) für die durch die Unterschriftenbeglaubigung der Vorstandsmitglieder der Grundschuldgläubigerin und die Treuhandltätigkeiten angefallenen Gebühren und Auslagen voraus, dass die Inanspruchgenommenen jeweils die notariellen Tätigkeiten beauftragt oder anderweitig die Kostentragungspflicht übernommen haben. Beides ist im vorliegenden Fall zu verneinen.

Eine Beauftragung zur Vornahme der Beglaubigungen durch die Vertragsbeteiligten nach § 29 Nr. 1 GNotKG erfolgte unstreitig nicht

[18] Die Beteiligten zu 2) bis 4) haften nicht nach § 29 Nr. 1 GNotKG.

[19] Der Auftrag zur Beglaubigung der Unterschrift des Verwalters auf der Zustimmungserklärung wurde dem Notar durch den Verwalter selbst erteilt. Der Auftrag zur Beglaubigung der Unterschriften der Vorstandsmitglieder der Grundschuldgläubigerin auf der Löschungsbewilligung sowie der Treuhandauftrag wurden dem Notar von der Grundschuldgläubigerin erteilt. Eine Beauftragung durch die Beteiligten zu 2) bis 4) selbst oder in ihrem Namen erfolgte unstreitig nicht.

Auch an einer gesonderten Kostenübernahme der Vertragsbeteiligten gegenüber dem Notar nach § 29 Nr. 2 GNotKG fehlt es

[20] Die Beteiligten zu 2) bis 4) haften auch nicht nach § 29 Nr. 2 GNotKG. Eine Kostenübernahme gegenüber dem Notar haben die Beteiligten weder in dem Übertragungsvertrag noch an anderer Stelle erklärt, insbesondere Ziffer XI. des notariellen Vertrages enthält keine Erklärung dahingehend, dass die Beteiligten zu 2) bis 4) die dort erwähnten Kosten (auch) im Verhältnis zum Notar übernehmen wollen. Die in Rede stehenden Vertragsregelungen betreffen nach ihrem eindeutigen Wortlaut ausschließlich das Innenverhältnis zwischen den Vertragsparteien.

Soweit die im Übertragungsvertrag enthaltene Kostenabrede der Vertragsparteien gem. § 30 Abs. 3 GNotKG auch gegenüber dem Notar wirkt, beschränkt sie sich auf die Kosten der Errichtung und des Vollzugs dieser Urkunde

[21] Entgegen der Auffassung des Beteiligten zu 1) und der Kammer des Landgerichts scheidet auch eine Haftung nach § 30 Abs. 3 GNotKG aus.

[22] Gem. § 30 Abs. 3 GNotKG haftet derjenige, der in einer notariellen Urkunde die Kosten dieses Beurkundungsverfahrens, die im Zusammenhang mit dem Beurkundungsverfahren anfallenden Kosten des Vollzugs und der Betreuungstätigkeiten oder sämtliche genannten Kosten übernommen hat, insoweit auch gegenüber dem Notar. § 30 Abs. 3 GNotKG erfasst nach dem klaren Wort-

laut somit nur die Haftung für die Kosten dieses Beurkundungsverfahrens, also die Kosten des gegenständlichen Beurkundungsverfahrens und des Vollzugs der Urkunde, in dem die die Kostenübernahme gegenüber dem Vertragspartner erklärt worden ist. Auch wenn – wie vorliegend – die Kostenübernahme gegenüber dem Vertragspartner weiter reicht, als die Kosten des Beurkundungsverfahrens, ist die Haftung gegenüber dem Notar begrenzt auf die Kosten derjenigen Urkunde, die die Übernahmeerklärung im Sinne des Abs. 3 enthält (Rohs/Redewer, GNotKG, Stand November 2017, § 30, Rn. 104; Neie in Bormann/Diehn/Sommerfeld, GNotKG, 2. Auflage, 2016, § 30, Rn. 15; aA offenbar Celle, Beschluss vom 27. Januar 2015, 2 W 20/15, juris, ohne nähere Begründung zu § 30 Abs. 3 GNotKG).

Nicht erfasst sind dadurch die Kosten weiterer notarieller Tätigkeit eines anderen Notars ebenso wie des Urkundsnotars, insbesondere Beglaubigungen von Unterschriften Dritter, auch wenn sie für den Vollzug notwendig sind

Daraus folgt nicht nur, dass die Haftungsübernahme nicht die Kosten der weiteren notariellen Tätigkeiten eines anderen Notars erfasst (vgl. hierzu auch LG Düsseldorf, NotBZ 2015, 399 f; LG Arnsberg, Beschluss vom 5. Oktober 2015, 4 OH 25/14, juris). Die Beschränkung der Haftung gegenüber dem Notar betrifft vielmehr nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut auch weitere notarielle Tätigkeiten des Urkundsnotars selbst, soweit sie nicht der Errichtung der Urkunde mit der Übernahmeerklärung und des Vollzugs dieses Beurkundungsverfahrens dienen (Rohs/Redewer, aaO., § 30, Rn. 104; Neie aaO., § 30, Rn. 15). Allein bei diesem Verständnis wird die Vorschrift dem Bestimmtheitsgebot gerecht, da mit der Kostenübernahmeerklärung klar erkennbar ist, für welche Kosten und gegenüber wem gehaftet wird. Dies gilt unabhängig davon, ob bei einer rein wirtschaftlichen Betrachtungsweise aufgrund vertraglicher Abreden zwischen Erwerber und Veräußerer die Kosten letztlich von einem der beiden zu tragen sind.

Innen- und Außenhaftung fallen im Regelungsbereich von § 30 Abs. 3 GNotKG daher nicht in vollem Umfang zusammen

[23] Die am Wortlaut orientierte Auslegung steht nicht im Widerspruch zu dem Gesetzeszweck. Mit der Neuregelung des § 30 Abs. 3 GNotKG wollte der Gesetzgeber dem Umstand Rechnung tragen, dass es widersprüchlich wäre, wenn eine Vertragspartei als Teilnehmer einerseits die Zahlungsverpflichtung gegenüber dem anderen Vertragspartner begründet, andererseits gegenüber dem Notar die Übernahme ablehnt. § 30 Abs. 3 GNotKG stellt daher nunmehr klar, dass eine in der Urkunde enthaltene (vertragliche) Kostenübernahmeerklärung ohne weiteres, d. h. ohne zusätzliche Übernahmeerklärung nach § 29 Nr. 2 GNotKG, auch gegenüber dem Urkundsnotar wirkt, in diesem Umfang also Innen- und Außenhaftung zusammenfallen. Damit dient die Vorschrift der Vermeidung von Abgrenzungsfragen im Einzelfall (Korintenberg, GNotKG, 20. Auflage, 2017, § 30, Rn. 17). Für den Regelfall der Kosten des jeweiligen Beurkundungsverfahrens wird dieser Zweck auch durch die am Wortlaut ausgerichtete Auslegung erreicht. Dass ein Auseinanderfallen von Innen- und Außenhaftung durch die Gesetzesänderung generell verhindert werden wollte, ist nicht erkennbar.

Auch bei dieser Auslegung verbleibt § 30 Abs. 3 GNotKG ein eigener Anwendungsbereich neben § 30 Abs. 1 GNotKG

[24] Entgegen der Auffassung des Notars ist die Vorschrift nach diesem Verständnis auch nicht überflüssig. Richtig ist zwar, dass in den meisten Fällen die Übernahmehaftung nach § 30 Abs. 3 GNotKG mit der Erklärungs haftung nach § 30 Abs. 1 GNotKG zusammenfallen wird. Dennoch bleibt ein eigener Anwendungsbereich des § 30 Abs. 3 GNotKG, insbesondere wenn ein Teilnehmer in der Urkunde nur rechtsgeschäftliche Kostenerklärungen abgibt, wie z. B. der Angebotsempfänger in der Angebotsurkunde (vgl. dazu eingehend Rohs/Redewer, aaO., § 30, Rn. 108).

[25] Im gegebenen Fall bedeutet dies, dass die in dem Übertragungsvertrag vom 13. Mai 2015 von den Verkäufern und der Erwerberin erklärte Kostenübernahme jeweils nur Kosten erfasst, die durch die Beurkundung des Übertragungsvertrages und dessen Vollzug entstanden sind. Hierzu gehören die durch die Beglaubigung der Verwalterzustimmung entstandenen Gebühren nicht. Zwar zählt die Einholung nebst Entwurfsfertigung der Verwalterzustimmung noch zu den Kosten des Vollzugs des Übertragungsvertrages (vgl. Vorbem. 2.2.1.1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 KV GNotKG). Die durch die Unterschriftsbeglaubigung des Verwalters erwachsene Beglaubigungsgebühr nach Nr. 25100 KV GNotKG zählt jedoch nicht mehr zum Vollzug. Gleiches gilt für die Beglaubigungsgebühr für die Unterschriftsbeglaubigung der Löschungsbewilligung der Grundpfandrechtsgläubigerin.

[26] Da mithin unter keinem Gesichtspunkt eine Kostenhaftung der Beteiligten zu 2), 3) und 4) für die in Rede stehenden Kostenberechnungen gegeben ist, waren diese vollumfänglich aufzuheben.

III.

[27] Die Gerichtsgebührenfreiheit ergibt sich aus § 130 Abs. 2 Satz 3 GNotKG.

[28] Die Entscheidung über die außergerichtlichen Kosten beruht auf den §§ 130 Abs. 3 Satz 1 GNotKG i. V. m. § 91 FamFG.

IV.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen

[29] Der Senat hat im Hinblick auf die Entscheidung des Oberlandesgericht Celle, Beschluss vom 27. Januar 2015, 2 W 20/15 und die grundsätzliche Bedeutung der zu beurteilende Rechtsfrage die Rechtsbeschwerde zugelassen, §§ 129 Abs. 2, 130 Abs. 3 GNotKG, § 70 Abs. 2 FamFG. ■

10. Berufsrecht – Zum Anspruch gegen den Notar auf Einreichung einer korrigierten Gesellschafterliste

(LG Düsseldorf, Beschluss vom 17.5.2018 – 19 T 50/18)

BNotO § 15

GmbHG §§ 16 Abs. 3 S. 4, 40 Abs. 1, Abs. 2

Aus § 15 BNotO lässt sich nach erfolgter Beurkundung kein Anspruch gegen den Notar auf Einreichung einer berichtigten Gesellschafterliste zum Handelsregister herleiten.

(RNotZ-Leitsatz)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Die Beteiligte zu 1. hielt 30.706 Geschäftsanteile an der travel-IT C2 mbH (nachfolgend: Travel-IT). Ob diese Anteile auf die Beteiligte zu 2., die Travelport international Limited, übergegangen sind oder weiter von der Antragstellerin gehalten werden, steht zwischen diesen Unternehmen im Streit.

[2] Unter dem 10.12.2014 (in der Antragsschrift genanntes Datum) oder dem 16.12.2014 (in der Urkunde selbst genanntes Datum) wurde unter Beteiligung u. a. der Beteiligten zu 1. und 2. die als Anlage 1 (Bl. 14 ff.) zur Akte gereichte „Gesellschaftervereinbarung“ geschlossen, auf deren Inhalt Bezug genommen wird. Durch diese Gesellschaftervereinbarung räumte die Beteiligte zu 1. der Beteiligten zu 2. eine Option zur Übertragung ihrer 30.706 Geschäftsanteile an der Travel-IT ein. Die Option enthielt das Angebot auf Übertragung der Geschäftsanteile „aufschiebend bedingt durch die Zahlung des Kaufpreises“. Für die Annahmeerklärung sieht die Gesellschaftervereinbarung die notarielle Form vor. Der Vertrag enthält zudem eine Regelung zur Ermittlung des Kaufpreises nach dem „Verkehrswert im Zeitpunkt der Ausübung der ... Option.“

[3] Der Notar bzw. die für diesen tätige Notarvertreterin beurkundete unter dem 8. März 2018 die als Anlage 2 zur Antragsschrift überreichte „Annahmeerklärung“ der Beteiligten zu 2., mit der sie die Option ausübt. Die Annahmeerklärung geht davon aus, ein Kaufpreis sei nicht zu zahlen, da der Verkehrswert negativ sei (minus 2.993.000,00 €); die Anteile gingen daher sofort über. Auf den Inhalt der als Anlage 2 zur Antragsschrift überreichten Annahmeerklärung wird Bezug genommen.

[4] Nach vermeintlicher oder tatsächlicher Zustellung der Annahmeerklärung – die Beteiligte zu 1. bestreitet den Zugang – meldete der Notar eine geänderte Gesellschafterliste zum Handelsregister an, in der als Gesellschafterin der 30.706 Geschäftsanteile der Antragstellerin nunmehr die Beteiligte zu 2. aufgeführt ist.

[5] Die Beteiligte zu 1. hält die Gesellschafterliste für falsch, da sie Gesellschafterin geblieben sei. Hierzu behauptet sie, die Annahmeerklärung sei ihr nicht zugegangen. Weiter sei die Übertragung mangels Zahlung eines Kaufpreises unwirksam. Überdies sei die Höhe des Kaufpreises bzw. Verkehrswertes nicht nach den vertraglichen Regelungen festgestellt worden, weil die Gesellschaftervereinbarung die Beteiligung der Gesellschafterversammlung vorsehe, die nicht stattgefunden habe. Daher sei die Auswahl der Bewertungsfirma nicht vertragsgerecht, insbesondere nicht unter ihrer Beteiligung erfolgt. Ferner stelle das Wertgutachten auf den 1.9.2017 als Bewertungszeitpunkt ab, ermittle somit nicht den Verkehrswert im Zeitpunkt der Ausübung der Option. Die Beteiligte zu 1. geht von einem „deutlich positiven Wert“ der Anteile aus, zumal der „strategische Wert“ der Minderheitsbeteiligung verkannt worden sei. Sie stellt den im Tenor zurückgewiesenen Antrag.

Aus den Gründen:

II.

[6] Zwecks Gewährung effektiven Rechtsschutz und im Sinne der Verfahrensbeschleunigung entscheidet die Kammer bereits jetzt, ohne weitere Stellungnahmen der Betei-

ligten zu 1. abzuwarten. Dies geschieht in deren Sinne, da die Antragstellerin zum Ausdruck gebracht hat, dass das Verfahren eilt und eine Entscheidung durch vorläufigen Rechtsschutz (§ 64 FamFG) beantragt hat. Nach der Auffassung der Kammer kann dem Antrag indes aus den nachfolgenden Rechtsgründen weder vorläufig, noch endgültig stattgegeben werden, was auch nach weiterem Vorbringen in der Sache nicht anders zu beurteilen wäre.

III.

Der Antrag ist unzulässig, da er auf eine rechtlich unmögliche Handlung gerichtet ist

[7] Der Antrag gemäß § 15 BNotO ist unzulässig. Der Beteiligten zu 1. steht gegen den Notar kein Anspruch auf Einreichung einer geänderten Gesellschafterliste zu. Der Antrag ist auf eine dem Notar rechtlich nicht mögliche Handlung gerichtet.

[8] Gemäß § 15 BNotO kann bei Verweigerung seiner Tätigkeit gegen den Notar vorgegangen werden. Der BGH (Urt. v. 20.11.1979, VI ZR 248/77, Rz. 18) befand, dies müsse für alle Arten notarieller Amtsverweigerung gelten, für die nicht besondere Rechtsschutzmöglichkeiten gesetzlich geschaffen seien. Der Anspruch beziehe sich mithin nicht nur auf die Verweigerung der „Urkundstätigkeit“ (so der Wortlaut des § 15 BNotO in der damals geltenden Fassung), sondern auf alle Fälle, in denen dem Betroffenen ein „Urkundsgewährungsanspruch“ zustehe. Der Wortlaut der Norm wurde daraufhin auf die „Urkunds- oder sonstige Tätigkeit“ des Notars erstreckt.

§ 15 BNotO ist nicht einschlägig, da mit der Beschwerde kein „Urkundsgewährungsanspruch“ geltend gemacht wird, sondern die Vollzugsfolgen nach Erledigung des Beurkundungsverfahrens beseitigt werden sollen

[9] Gleichwohl besteht kein Anspruch der Beteiligten zu 1. auf ein Tätigwerden des Notars, denn sie macht keinen „Urkundsgewährungsanspruch“ geltend, sondern gebraucht die Beschwerde gemäß § 15 BNotO zur Durchsetzung eines Anspruchs auf Beseitigung der Vollzugsfolgen nach abgeschlossener Beurkundung und Erledigung des Verfahrens vor dem Notar. Hierzu ist das Verfahren gemäß § 15 BNotO nicht vorgesehen.

[10] Die vom Notar vorgenommene Urkundstätigkeit ist mit Beurkundung der Annahmeerklärung abgeschlossen; an dieser musste die Antragstellerin nicht beteiligt werden. Diese Urkundstätigkeit ist nicht „revisibel“; insbesondere zielt der mit dem Verfahren verfolgte Antrag auch nicht darauf ab, in Bezug auf die beurkundete Annahmeerklärung tätig zu werden. Dass die Beteiligte zu 1. davon ausgeht, die Annahmeerklärung habe keine Wirkung entfaltet, löst Handlungspflichten des Notars nicht aus.

Richtiger Rechtsbehelf wäre die Eintragung eines Widerspruchs gem. § 16 Abs. 3 S. 3 GmbHG gewesen, mit dem ein gutgläubiger Erwerb der Geschäftsanteile durch Dritte verhindert werden kann

[11] Allerdings hat der Notar als Vollzugshandlung im Nachgang zu der Beurkundung gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG eine geänderte Gesellschafterliste zum Handelsregister eingereicht. Auch dieser Vorgang ist indes nicht „revisibel“. Ebenso wenig wie das Handelsregistergericht selbst (KG, Beschluss vom 5.7.2016, 22 W 114/15, Rn. 14, 17, zitiert nach juris) vermag der Notar eine vom Handelsregister entgegengenommene Gesellschafterliste zu löschen. Maßgeblich hierfür sind Publizitätsgründe. So

wie echte Eintragungen können auch sonstige Feststellungen im Handelsregister grundsätzlich nicht aufgehoben, abgeändert oder rückgängig gemacht werden. § 395 FamFG, der eine ausnahmsweise Löschung erlaubt, ist nicht – auch nicht analog – anwendbar, da die Gesellschafterliste nicht im Sinne der Norm in das Handelsregister „eingetragen“ wird (KG a. a. O. Rz. 16). Dem Betroffenen steht daher nur die Möglichkeit offen, einen Widerspruch i. S. d. § 16 Abs. 3 S. 3 GmbHG eintragen zu lassen, um einen gutgläubigen Erwerb zu verhindern (KG a. a. O. Rn. 17). In diesem Verfahren ist auch die Beteiligung des Berechtigten vorgesehen, gegen den sich der Widerspruch richtet (vgl. § 16 Abs. 3 S. 4 GmbHG). Flankierend müsste unter den betroffenen Gesellschaftern im Rechtswege geklärt werden, ob die Übertragung wirksam erfolgt ist. Das Beschwerdeverfahren gem. § 15 BNotO hingegen ist erkennbar nicht darauf ausgerichtet, dass alle durch Vollzuständigkeiten des Notars Betroffenen (dies könnten neben den Beteiligten zu 1. und zu 2. auch alle übrigen Gesellschafter der Travel-IT sein) ihre Rechtsverhältnisse untereinander klären. Die Kammer hat sich zwar verpflichtet gesehen, der Beteiligten zu 2. durch Zustellung der Antragschrift rechtliches Gehör zu geben. Letztlich werden die Gesellschafter jedoch bzgl. ihrer Gesellschafterstellung ein gesondertes Verfahren führen müssen, zumal ein etwaiger Beschluss der Kammer gegenüber dem Notar keinerlei Rechtskraftwirkung der Travelport gegenüber entfalten würde.

[12] Dabei wird nicht verkannt, dass der Antrag nicht auf die rechtlich unmögliche Löschung der zum Handelsregister gemeldeten Gesellschafterliste gerichtet ist, sondern auf das Einreichen einer neuen Liste, die der ursprünglichen Gesellschafterliste vor Eintragung der Travelport entspricht. Für eine solche Eintragung durch den Notar fehlt indes eine gesetzliche Grundlage. Gesellschafterlisten sind von den Geschäftsführern einzureichen, § 40 Abs. 1 GmbHG. Der Notar ist gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG ausschließlich zwecks Vollzug von ihm beurkundeter Veränderungen befugt, Gesellschafterlisten zum Handelsregister einzureichen. Eine solche Veränderung liegt selbst dann nicht vor, wenn sich der Notar der Ansicht der Antragstellerin anschließen würde, dass die Übertragung unwirksam sei. Der Notar hat an keiner verändernden Beurkundung mitgewirkt, als deren Ergebnis die Klägerin als Gesellschafterin einzutragen wäre. Da aus Publizitätsgründen Eintragungen nicht rückgängig gemacht werden können, böte die Vorschrift des § 40 Abs. 2 GmbHG selbst dann keine Grundlage für die von der Klägerin gewünschte Eintragung, wenn die Annahmeerklärung unwirksam wäre. Die von der Klägerin gewünschte Eintragung ist von § 40 Abs. 2 GmbHG nicht umfasst. § 15 BNotO erweitert den Anwendungsbereich des § 40 Abs. 2 GmbHG nicht.

[13] Aus den vorgenannten Gründen war der Antrag insgesamt zurückzuweisen. Die gilt erst Recht bzgl. der beantragten Regelung im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes, denn vorläufige Regelungen sind mit der Publizität des Handelsregisters (welche nicht nach Rechtskraft umgeschrieben werden kann) unvereinbar (vgl. KG, Urt. v. 10.12.2015, 23 U 99/15 Rz. 18, zitiert nach juris). Endgültige Regelungen verbieten sich im vorläufigen Rechtsschutz ohnehin wegen der damit bewirkten Vorwegnahme der Hauptsache.

Die Rechtsbeschwerde zum BGH wird zugelassen

[14] Im Hinblick auf das Fehlen ober- und höchstgerichtlicher Rechtsprechung zum Anwendungsbereich des § 15

BNotO in Fällen der vorliegenden Art wird die Rechtsbeschwerde zum BGH zugelassen.

[15] Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst.

Anmerkung:

1. Bei dem Beschluss des LG Düsseldorf handelt es sich um eine weitere Entscheidung, die sich mit der Einreichung einer berechtigten Gesellschafterliste auseinandersetzt (vgl. zuletzt OLG Nürnberg, RNotZ 2018, 273; davor schon OLG München RNotZ 2016, 51 mAnm *Winnen*, OLG Rostock RNotZ 2017, 480).

Gem. § 40 Abs. 2 GmbHG ist ein Notar, der an Veränderungen in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung mitgewirkt hat, verpflichtet, unverzüglich nach Wirksamwerden der Veränderungen eine neue, von ihm unterschriebene Liste zum Handelsregister einzureichen. Nach dem Wortlaut des § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG trifft diese Pflicht den Notar in Fällen seiner Mitwirkung *anstelle der Geschäftsführer*, die in allen übrigen Fällen auf Mitteilung und Nachweis zur Einreichung neuer Gesellschafterlisten verpflichtet sind (vgl. zur im Einzelnen schwierigen Abgrenzung der Einreichungskompetenzen von Geschäftsführer und Notar MüKoGmbHG/*Heidinger*, 2. Aufl. 2016, § 40 Rn. 187 ff.). Soweit es um die Korrektur einer bereits beim Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste geht, hat der BGH allerdings entschieden, dass auch der Geschäftsführer zur Berichtigung der vom Notar eingereichten fehlerhaften Gesellschafterliste befugt sein soll (BGH DNotZ 2014, 463 [465 ff.]).

In dem vom LG Düsseldorf entschiedenen Fall bestand zwischen den Beteiligten Streit darüber, ob die Antragsgegnerin eine Option, die in einer zwischen den Gesellschaftern der GmbH geschlossenen, notariell beurkundeten Gesellschaftervereinbarung enthalten war, wirksam ausgeübt hatte, dh ob die Abtretung der Geschäftsanteile wirksam erfolgt ist. Der Notar hatte nach Beurkundung der Annahmeerklärung eine die Antragsgegnerin als neue Gesellschafterin (der im Wege der Optionsausübung vermeintlich übertragenen Geschäftsanteile) ausweisende Gesellschafterliste zum Handelsregister eingereicht. Hiergegen wandte sich die bisherige Gesellschafterin und verlangte im Wege der Beschwerde gem. § 15 Abs. 2 BNotO den Notar anzuweisen, die beim Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste durch Einreichung einer neuen Liste dahin zu korrigieren, dass sie, die Beschwerdeführerin, als Gesellschafterin der nach ihrer Auffassung nicht wirksam übertragenen Geschäftsanteile ausgewiesen wird.

2. Das LG Düsseldorf weist die Beschwerde – im Ergebnis zutreffend – als unzulässig ab, da die Beschwerdeführerin keinen „Urkundsgewährungsanspruch“ geltend mache, sondern die Beschwerde gem. § 15 BNotO „zur Durchsetzung eines Anspruchs auf Beseitigung der Vollzugsfolgen nach abgeschlossener Beurkundung und Erledigung des Verfahrens“ gebrauche. Hierzu sei das Verfahren gem. § 15 BNotO nicht vorgesehen (Rz. 9). Mit anderen Worten war die Beschwerde also unstatthaft. Mit dieser Einordnung bewegte sich das Gericht in Einklang mit gewichtigen Stimmen der berufsrechtlichen Kommentarliteratur, nach denen bereits beendete Amtshandlungen nicht beschwerdefähig sind (vgl. insbesondere Arndt/Lerch/*Sandkühler*, BNotO, 8. Aufl. 2016, § 15 Rn. 96, mit dem Beispiel eines beim Grundbuchamt gestellten Eintragungsantrags, bei dem der Notar nicht im Beschwerdewege zur Antragsrücknahme verpflichtet werden könne – ein der

vorliegenden Konstellation nicht unähnlicher Fall). Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass in anderen Kommentierungen die Beschwerdefähigkeit bereits beendeter Amtshandlungen nur dort verneint wird, wo die Rechtswirkungen der Amtshandlung bereits eingetreten sind (so Eylmann/Vaasen/Frenz, 4. Aufl. 2016, Rn. 34 zu § 15 BNotO, der in dem dargestellten Beispiel von Sandkühler die Beschwerde ausdrücklich für möglich hält). Auch das LG Berlin (Beschl. v. 13.8.2015 – 84 T 132/14, notar 2016, 125 mAnm *Heckschen*, im Volltext auf der DNotI-Website abrufbar) sowie einzelne Beiträge im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum (vgl. Heckschen/Heidinger/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl. 2018, Kap. 13 Rn. 502, 503 jeweils a. E.) halten eine auf § 15 Abs. 2 BNotO gestützte Beschwerde nach erfolgter Einreichung einer ersten, als unrichtig behaupteten Gesellschafterliste grundsätzlich für statthaft.

Im Ergebnis kann die Frage der Beschwerdefähigkeit beendeter Amtshandlungen vorliegend jedoch offenbleiben, da die Beschwerde auch aus anderen Gründen abzuweisen gewesen wäre. Denn die Beteiligten des Beschwerdeverfahrens stritten in dem Verfahren um die Wirksamkeit der Abtretung der Geschäftsanteile, also um eine materiellrechtliche Frage. Solche materiell-rechtlichen Fragen können nach ständiger Rechtsprechung des BGH aber nicht Gegenstand einer Notarbeschwerde gem. § 15 Abs. 2 BNotO sein, sondern sind zwischen den Beteiligten im Zivilprozess zu klären (BGH BeckRS 2010, 29183; BGH DNotZ 2016, 151 [155]). Anders verhielte es sich nur, wenn für den Notar die Unwirksamkeit der Geschäftsanteilsabtretung ohne jeden vernünftigen Zweifel erkennbar gewesen wäre, da es dem Notar weder erlaubt ist, evident unwirksame Vertragsbestimmungen zu beurkunden noch sie zu vollziehen (vgl. BGH DNotZ 2016, 151 [155]). Für eine solche offensichtliche Unwirksamkeit der notariell beurkundeten Annahmeerklärung zur Übertragung der Geschäftsanteile sind im vorliegenden Fall jedoch keine Anhaltspunkte ersichtlich. Im Ergebnis hat das LG Düsseldorf die Beschwerde daher zu Recht abgewiesen.

3. Zu kritisieren ist der Beschluss des LG Düsseldorf jedoch dort, wo man das Gericht dahin verstehen kann, dass der Notar nach erfolgter Einreichung einer Gesellschafterliste nicht berechtigt sei, eine korrigierende Gesellschafterliste einzureichen, wenn er erkannt hat, dass die ursprünglich zum Handelsregister eingereichte Gesellschafterliste unrichtig gewesen ist. So schreibt das Gericht etwa, dass der Antrag der Beschwerdeführerin auf eine „dem Notar rechtlich nicht mögliche Handlung gerichtet“ sei (Rz. 7) und dass „für eine solche Eintragung durch den Notar [gemeint ist die Einreichung einer neuen Liste] es an einer gesetzlichen Grundlage fehle“ (Rz. 12). Mit diesen Erwägungen, bei denen nicht eindeutig ist, ob sie die Entscheidung (mit-)tragen sollen oder lediglich *obiter* erfolgen, stellt sich das Gericht gegen die – auch nach dem Urteil des BGH zur Korrekturliste (BGH DNotZ 2014, 463) – ganz herrschende Meinung, die von einer parallelen Befugnis des Notars (neben derjenigen des Geschäftsführers) zur Einreichung einer korrigierten Gesellschafterliste ausgeht (LG Berlin, notar 2016, 125; *Heckschen*, DNotI-Report 2014, 22 [24]; *Leitzen*, ZNotP 2014, 42 [44]; zuvor schon *Tebben* RNotZ 2008, 441 [453]; *Hasselmann* NZG 2009, 486 [492]; *Herrler* NZG 2011, 536 [538]).

Zuletzt hatte in diesem Zusammenhang das OLG Nürnberg (RNotZ 2018, 273) entschieden, dass eine notarielle Gesellschafterliste auch noch nach Einreichung beim Han-

delsregister und Aufnahme in den Registerordner durch den Notar berichtigt werden kann. Es bedarf keiner Entscheidung, ob die vom OLG Nürnberg gegebene Begründung, wonach die Korrektur der Liste wegen offener Unrichtigkeit im Wege eines Nachtragsvermerks gem. § 44 a Abs. 2 BeurkG zu erfolgen habe, der Besonderheit geschuldet ist, dass die Gesellschafterliste im entschiedenen Fall in einer notariellen Urkunde errichtet worden war (die Kompetenz des Notars zur Einreichung einer Berichtigungsliste auch auf § 44 a BeurkG stützend Heckschen/Heidinger/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl. 2018, Kap. 13 Rn. 504). Der Beschluss des OLG Nürnberg enthält nämlich keinerlei Einschränkung dahin, dass eine Korrektur der Liste ausschließlich bei einer – eher unüblichen – Beurkundung der Gesellschafterliste erfolgen könne.

Für die notarielle Praxis ist entgegen den Äußerungen des LG Düsseldorf daher weiterhin davon auszugehen, dass ein Notar, der gem. § 40 Abs. 2 GmbHG eine Gesellschafterliste zum Handelsregister eingereicht hat, bei der sich im Nachhinein eine Unrichtigkeit herausstellt, berechtigt ist, eine Korrekturliste zum Handelsregister einzureichen. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob es sich um offensichtliche Unrichtigkeiten (zB Schreibfehler, falsche Ergebnisse bei der Berechnung der Prozentangaben, überholte Übernahmen aus der vorherigen Liste) oder um falsche Angaben infolge von Fehlern handelt, die bei der Urkundsabwicklung passiert sind. Zu denken ist insoweit etwa an die (voreilige) Listeneinreichung des Notars, der bei Vollzug der Urkunde eine sofort wirksame Anteilsübertragung in Erinnerung hatte, obwohl die Abtretung unter einer aufschiebenden Bedingung vereinbart worden war, deren Eintritt bei Einreichung der neuen Liste noch nicht (nachweislich) stattgefunden hatte. Erkennt der Notar in diesem Fall seinen Fehler, muss es ihm möglich sein, ihn durch Einreichung einer korrigierten Liste zu beseitigen, schon allein deshalb, um die Rechtswirkungen des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG auszuschließen.

In allen Fällen der Einreichung einer berichtigten Gesellschafterliste hat der Notar nach den insoweit überzeugenden Ausführungen des OLG Nürnberg (RNotZ 2018, 273 [277]) der neuen Liste einen Vermerk beizufügen, aus dem der Umstand der Berichtigung hervorgeht. Dieser Vermerk kann bspw. als zusätzlicher Absatz über oder unter der Notarbescheinigung nach § 40 Abs. 2 S. 2 GmbHG oder im Rahmen der seit Inkrafttreten der Gesellschafterlistenverordnung vorgesehenen Veränderungsspalte (vgl. § 2 GesLV) erfolgen. Im Übrigen gilt, dass die Notarbescheinigung sich nicht auf die zuletzt in das Handelsregister aufgenommene unrichtige Gesellschafterliste, sondern auf deren Vorgängerliste zu beziehen hat (*Heckschen/Heidinger/Heidinger*, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl. 2018, Kap. 13 Rn. 504). Bezüglich der durch den Geschäftsführer einzureichenden Korrekturliste hatte der BGH entschieden, dass der Geschäftsführer verpflichtet ist, dem Betroffenen vor Einreichung der korrigierten Gesellschafterliste analog § 67 Abs. 5 AktG Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben (BGH DNotZ 2014, 463 [467]). Ob dies gleichermaßen für eine durch den Notar einzureichende Berichtigungsliste gilt, ist ungewiss; bis zu einer klärenden Entscheidung des BGH ist die Durchführung einer entsprechenden Anhörung seitens des Notars – sofern es nicht um die Korrektur bloßer Schreib- oder Rechenfehler geht – daher empfehlenswert.

Notarassessor Dr. Christian Kutschmann, Köln

Rechtsprechung in Leitsätzen

1. Liegenschaftsrecht – Zur Belastung eines Erbbaurechts mit einer Zwangssicherungshypothek zur Sicherung einer Pflichtteilsforderung

(*OLG München*, Beschluss vom 6.4.2018 – 34 Wx 19/17)

ErbbauRG §§ 5 Abs. 2 S. 1, 7 Abs. 2, 3
ZPO § 851 Abs. 2, 857 Abs. 3
GNotKG § 60 Abs. 1

1. Zur Belastung eines Erbbaurechts mit einer Zwangssicherungshypothek zur Sicherung einer Pflichtteilsforderung.
(Amtlicher Leitsatz)
2. Das Erfordernis der Zustimmung des Grundstückseigentümers zu Belastungen des Erbbaurechts gilt gem. §§ 8, 5 Abs. 2 S. 1 ErbbauRG auch für die Eintragung einer Sicherungshypothek im Wege der Zwangsvollstreckung.
3. Der Belastung des Erbbaurechts mit einer Zwangshypothek zur Sicherung von Pflichtteilsansprüchen muss der Grundstückseigentümer nicht gem. § 7 Abs. 2 ErbbauRG zustimmen, weil sie mangels jeglichen Wertzuwachses beim Erbbauberechtigten nicht im Rahmen ordnungsgemäßen Wirtschaftens liegt.
(RNotZ-Leitsätze)

(*Fundstellen: beck-online, Bayern.Recht, Jurion, juris*) ■

2. Liegenschaftsrecht – Zur Nichtausübung eines gesetzlichen Vorkaufsrechts

(*VG Ansbach*, Urteil vom 31.1.2018 – AN 9 K 16.2001)

BauGB § 24 Abs. 1

1. Bei der Ausübung eines Vorkaufsrechts gem. 24 Abs. 1 BauGB handelt es sich um einen eigentlich an den Verkäufer gerichteten Verwaltungsakt, der für den oder die Käufer Drittwirkung entfaltet. Diese Drittwirkung entfällt, wenn der Verwaltungsakt im Zuge einer Anfechtungsklage durch den Verkäufer oder einen mehreren Käufer aufgehoben wird, unabhängig davon, ob alle oder nur einzelne von der Ausübung des Vorkaufsrechts Betroffene Klage erhoben haben. Gegenüber einem Käufer, der untätig geblieben ist, wird der Verwaltungsakt daher nicht bestandskräftig.
2. Ein Informationsschreiben, das den Käufer lediglich über die gegenüber dem Verkäufer erfolgte Ausübung des Vorkaufsrechts in Kenntnis setzt, kann auch nicht als gesonderter feststellender Verwaltungsakt gegenüber dem Käufer qualifiziert werden.
(RNotZ-Leitsätze)

(*Fundstellen: beck-online*) ■

3. Liegenschaftsrecht – Zur Unbilligkeit des Anspruchs auf Erhöhung des Erbbauzinses gem. § 9 Abs. 1 S. 2 ErbbauRG

(*OLG München*, Endurteil vom 11.4.2018 – 7 U 2300/17)

ErbbauRG § 9 a Abs. 1

1. Darf die Erhöhung des Erbbauzinses nicht über die „seit Vertragsabschluss eingetretene Änderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse“ hinausgehen, ist Bezugspunkt jeder Änderung nicht der Zeitpunkt der jeweils letzten Erhöhung, sondern stets der Zeitpunkt des Abschlusses des Erbbaurechtsvertrages.
2. Die bloße Vereinbarung über die Erhöhung des Erbbauzinses ohne gleichzeitige Änderung der Anpassungsklausel führt nicht zu einer Veränderung dieses Bezugszeitpunkts.
3. Dass eine frühere Änderung des Erbbauzinses über die Steigerungsrate der maßgeblichen Verbraucherpreis- und Verdienstindices hinausgegangen war, kann deshalb die Unbilligkeit eines späteren Erhöhungsverlangens zur Folge haben, auch wenn dieses der Steigerungsrate seit dem letzten Erhöhungsverlangen entspricht.

(RNotZ-Leitsätze)

(*Fundstellen: beck-online, Bayern.Recht, Jurion, juris*) ■

4. Liegenschaftsrecht – Zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch den Verwalter

(*OLG München*, Hinweisbeschluss vom 9.4.2018 – 13 U 4710/16)

BGB §§ 212, 307 Abs. 1 S. 1, 634 a Abs. 2, Abs. 3, 637 Abs. 3
WEG § 26

Eine Regelung im Bauträgerkaufvertrag, der zufolge der WEG-Verwalter das Gemeinschaftseigentum abnimmt, ist auch dann unwirksam, wenn zur Abnahme ein öffentlich vereidigter Sachverständiger beizuziehen ist.

(RNotZ-Leitsatz)

(*Fundstellen: beck-online, Bayern.Recht, juris*) ■

5. Liegenschaftsrecht – Zum vormerkungsrechtlichen Identitätsgebot auf Schuldner-/Eigentümerseite

(*OLG Stuttgart*, Beschluss vom 18.6.2018 – 8 W 158/18)

BGB §§ 883, 889

Die Eintragung einer Vormerkung setzt voraus, dass der Schuldner des zu sichernden Anspruchs als Inhaber des von der Vormerkung betroffenen Rechts im Grundbuch eingetragen ist (Identitätsgebot). Der Anspruch des Eigentümers auf Bestellung einer Dienstbarkeit zugunsten von ihm später zu benennender Dritter ist daher nicht vormerkungsfähig, solange er noch im Grundbuch als Eigentümer

eingetragen ist. Auch ein Erwerbsanspruch des zukünftigen Schuldners/Eigentümers vermag die Vorverlagerung des Vormerkungsschutzes selbst dann nicht zu rechtfertigen, wenn eine sachen- und grundbuchrechtlich durch Erwerbsvormerkung gesicherte Erwerbsaussicht besteht.

(Fundstellen: *beck-online, juris*) ■

6. Liegenschaftsrecht – Zur Eintragung eines bislang nur schuldrechtlichen Sondernutzungsrechtes in das Grundbuch

(*OLG Saarbrücken*, Beschluss vom 6.3.2018 – 5 W 17/18)

GBO §§ 19, 29

WEG §§ 5 Abs. 4, 10 Abs. 2 S. 2, Abs. 3, 13 Abs. 2 S. 1, 15 Abs. 1

BGB §§ 878, 891

Die Eintragung eines durch Zuweisung des teilenden Eigentümers im Jahre 1975 entstandenen, bislang aber nicht „gebuchten“ und daher formfrei übertragbaren schuldrechtlichen Sondernutzungsrechts (hier: Pkw-Stellplatz) erfordert die Bewilligung sämtlicher Wohnungseigentümer, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass neben dem Antragsteller auch die anderen Wohnungseigentümer als Berechtigte in Betracht kommen.

(Fundstellen: *beck-online, juris, Saarländisches Oberlandesgericht*) ■

7. Erbrecht – Zu den Voraussetzungen der Entlassung eines Testamentsvollstreckers gem. § 2227 BGB

(*OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 8.5.2018 – I-3 Wx 10/18)

BGB §§ 2210 Abs. 1 S. 2, S. 3, 2218, 2200 Abs. 1 S. 2, 2227

PartGG § 8 Abs. 4 S. 3

FamFG §§ 81 Abs. 1 S. 1, 84

1. Bei der Entscheidung über die Entlassung eines Testamentsvollstreckers gem. § 2227 BGB hat das Nachlassgericht nicht nur das Vorliegen eines wichtigen Grundes (insb. grobe Pflichtverletzung) für die Abberufung zu prüfen, sondern auch abzuwägen, ob überwiegende Gründe dafür bestehen, den Testamentsvollstrecker trotzdem im Amt zu belassen.
2. Im Einzelnen ist auf der einen Seite zu berücksichtigen, dass es sich bei dem Testamentsvollstrecker um die nach dem Willen des Erblassers amtierende Vertrauensperson handelt, so dass es darauf ankommt, ob die fraglichen Umstände den Erblasser, wenn er noch lebte, mutmaßlich zum Widerruf der Ernennung des von ihm ausgewählten Testamentsvollstreckers veranlasst hätten. Auf der anderen Seite ist zu berücksichtigen, dass die Abberufung gem. § 2227 BGB die einzige effektive Möglichkeit ist, eine – ernstliche – Gefährdung der Rechte oder Interessen der Erben, die diese nach ihrer eigenen Entschließung wahrnehmen bzw. verfolgen wollen, zu schützen.
3. Ein Ersuchen des Erblassers gem. § 2200 Abs. 1 BGB, eine (andere) Person zum Testamentsvollstrecker zu ernennen, kann der letztwilligen Verfügung auch im We-

ge der (auch ergänzenden) Auslegung entnommen werden.

4. Auch eine Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung kann Testamentsvollstrecker sein.

(RNotZ-Leitsätze)

(Fundstellen: *beck-online, Jurion, Rechtsprechungsdatenbank NRW*) ■

8. Erbrecht – Zum Nachweis der Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen (als auflösende Bedingung der Einsetzung eines Nacherben) im Grundbuchverfahren

(*OLG München*, Beschluss vom 23.5.2018 – 34 Wx 385/17)

GBO §§ 22, 29 Abs. 1

Im Grundbuchberichtigungsverfahren kann der Nachweis, dass ein Pflichtteilsberechtigter seinen Pflichtteilsanspruch tatsächlich geltend gemacht hat, durch Vorlage der Klageschrift mit Eingangsstempel des Gerichts und des Urteils jeweils in notariell beglaubigter Abschrift hinreichend geführt sein.

(Fundstellen: *beck-online, Bayern.Recht, Jurion, juris*) ■

9. Erbrecht – Zur güterrechtlichen Erhöhung des Erbteils der chinesischen Ehefrau eines deutschen Erblassers ohne gewöhnlichen Aufenthaltsort wegen engster gemeinsamer Verbindung zu Deutschland (Art. 15 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB)

(*OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 26.6.2018 – I-3 Wx 214/16)

EGBGB Art. 14 Abs. 1 Nr. 2, Art. 14 Abs. 1 Nr. 3,

Art. 15 Abs. 1, Art. 25 a. F.

BGB §§ 1371, 1925 Abs. 1, 1931 Abs. 1, 1931 Abs. 3

1. Gegen die Begründung des gewöhnlichen Aufenthalts gem. Art. 15 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB im Ausland sprechen – auch bei längerer Verweildauer, Mietwohnung und selbstständiger Berufstätigkeit im Ausland – die Beibehaltung der deutschen Staatsangehörigkeit und Meldeadresse im Inland, das Unterlassen der Beantragung einer dauerhaften Aufenthaltsgenehmigung für den anderen Staat (trotz Vorliegen der notwendigen Voraussetzungen), der Erwerb und das Halten von Grundbesitz im Inland und die erklärte Absicht, künftig einmal wieder dauerhaft in Deutschland zu leben.
2. Ob die betreffende Person stattdessen ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hatte, bedarf nicht unbedingt einer Entscheidung. Denn eine Person muss nicht stets einen gewöhnlichen Aufenthalt haben, sondern kann den bisherigen gewöhnlichen Aufenthalt auch aufgeben, ohne einen neuen zu begründen, bzw. hiernach „in der ganzen Welt zu Hause“ sein. Dann kommt es gem. Art. 15 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB darauf an, zu welchem Staat auf andere Weise die engste Verbindung bestand, etwa durch den Ort der Eheschließung, die sozialen Bindungen und die berufli-

che Tätigkeit oder die Absicht der Begründung eines gewöhnlichen Aufenthalts in einem bestimmten Staat.
(RNotZ-Leitsätze)

(Fundstellen: beck-online, Rechtsprechungsdatenbank NRW) ■

10. Erbrecht – Zur subsidiären Haftung des Beschenkten für Pflichtteilergänzungsansprüche

(LG Stuttgart, Urteil vom 15.6.2018 – 3 O 42/15)

BGB §§ 1967, 1975, 1990, 2303, 2325, 2328, 2329 Abs. 1
InsO § 327

1. Allein die Überschuldung des Nachlasses ohne Erhebung der Dürftigkeitseinrede gem. § 1990 BGB führt nicht zur subsidiären Haftung des Beschenkten gem. § 2329 Abs. 1 BGB. Erhebt der Erbe keine Dürftigkeitseinrede, haftet er gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten auch bei Überschuldung des Nachlasses.
2. Lässt der Pflichtteilsberechtigte bestehende Ansprüche gegen den Erben aus § 2325 BGB verjähren, so kann er nicht aus § 2329 Abs. 1 BGB gegen den Beschenkten vorgehen, auch wenn diesem gegenüber noch keine Verjährung eingetreten ist. Die Verjährung von Ansprüchen gegen den Erben ist kein Fall der "Nichtverpflichtung" des Erben i. S. d. § 2329 Abs. 1 BGB.
3. Die Einrede der Verjährung des Erben kann nicht in eine Dürftigkeitseinrede i. S. d. § 1975 BGB umgedeutet werden.

(Fundstellen: beck-online, juris) ■

11. Familienrecht – Zur Auswechslung von Versicherungsnehmer und Bezugsberechtigtem einer Lebensversicherung

(BGH, Urteil vom 27.6.2018 – IV ZR 222/16)

VVG § 150 Abs. 2 S. 1
BGB §§ 125 S. 1, 518 Abs. 1 S. 1, 1624, 2050
ZPO § 256 Abs. 1

Bei einer Lebensversicherung auf den Tod eines anderen erfordert die Übertragung der Versicherungsnehmerstellung oder der Bezugsberechtigung im Erlebensfall – anders als eine Änderung des im Todesfall Begünstigten – keine Einwilligung der versicherten Person in entsprechender Anwendung von § 150 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 VVG.

(Fundstellen: beck-online, Bundesgerichtshof, juris) ■

12. Familienrecht – Zur Ausübungskontrolle von Eheverträgen

(BGH, Beschluss vom 20.6.2018 – XII ZB 84/17)

BGB §§ 138, 242, 1381

1. Mit der Anpassung von Eheverträgen unter dem Gesichtspunkt der Rechtsmissbrauchskontrolle (§ 242

BGB) sollen ehebedingte Nachteile ausgeglichen werden; sind solche Nachteile nicht vorhanden oder bereits vollständig kompensiert, dient die richterliche Ausübungskontrolle nicht dazu, dem durch den Ehevertrag belasteten Ehegatten zusätzlich entgangene ehebedingte Vorteile zu gewähren und ihn dadurch besser zu stellen, als hätte es die Ehe und die mit der ehelichen Rollenverteilung einhergehenden Dispositionen über Art und Umfang seiner Erwerbstätigkeit nicht gegeben (Fortführung von Senatsbeschlüssen vom 8. Oktober 2014 – XII ZB 318/11 – FamRZ 2014, 1978 und vom 27. Februar 2013 – XII ZB 90/11 – FamRZ 2013, 770).

2. Zur Anwendung von § 1381 Abs. 1 BGB bei Unterhaltsüberzahlungen.

(Fundstellen: beck-online, Bundesgerichtshof, juris) ■

13. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur Unzulässigkeit eines Eilantrags auf Einreichung einer geänderten Gesellschafterliste gegen den Notar

(LG Düsseldorf, Beschluss vom 17.5.2018 – 19 T 50/18)

BNotO § 15
GmbHG §§ 16 Abs. 3 S. 4, 40 Abs. 1, Abs. 2

1. Die Durchsetzung eines Anspruchs auf Beseitigung von Vollzugsfolgen (nach abgeschlossener Beurkundung und Erledigung des notariellen Vollzugs) ist nicht Gegenstand der „Untätigkeitsbeschwerde“ gem. § 15 BNotO.
2. Aus Publizitätsgründen kann weder der Notar noch das Registergericht eine einmal eingestellte Gesellschafterliste löschen. § 395 FamFG ist auf Gesellschafterlisten weder direkt noch analog anwendbar; es kommt lediglich die Eintragung eines Widerspruchs gem. § 16 Abs. 3 S. 3 GmbHG in Betracht.
3. An einer gesetzlichen Grundlage zur Verpflichtung des Notars, nach Einreichung einer geänderten (evtl. unrichtigen) Gesellschafterliste gem. § 40 Abs. 2 GmbHG eine weitere Liste einzureichen, die der vorletzten Gesellschafterliste entspricht, fehlt es. Denn an einer verändernden Beurkundung, die die Einreichung einer solchen Liste erfordert, hat der Notar keinesfalls mitgewirkt.

(RNotZ-Leitsätze)

(Fundstellen: beck-online, Rechtsprechungsdatenbank NRW) ■

14. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zum zeitlichen Anwendungsbereich von § 40 Abs. 1 GmbHG nF

(BGH, Beschluss vom 26.6.2018 – II ZB 12/16)

EGGmbHG § 8
GmbHG aF § 40 Abs. 1 S. 1
HGB § 162 Abs. 1 S. 2

Die wegen einer Veränderung im Sinne von § 8 EGGmbHG in Verbindung mit § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG

aF einzureichende Gesellschafterliste hat den Anforderungen des § 40 Abs. 1 GmbHG in der Fassung vom 23.6.2017 zu genügen, wenn sie vor dem 26.6.2017 dem Handelsregister zwar vorgelegt, dort aber noch nicht aufgenommen wurde.

(Fundstellen: beck-online, Bundesgerichtshof, juris) ■

15. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur Einziehung von GmbH-Anteilen bei nicht ausreichendem Gesellschaftsvermögen

(BGH, Urteil vom 26.6.2018 – II ZR 65/16)

GmbHG §§ 30 Abs. 1, 34 Abs. 3
AktG § 241 Nr. 3

Steht im Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Einziehung eines Geschäftsanteils fest, dass das freie Vermögen der Gesellschaft zur Bezahlung des Einziehungsentgeltes nicht ausreicht, ist der Einziehungsbeschluss auch dann nichtig, wenn die Gesellschaft über stille Reserven verfügt, deren Auflösung ihr die Bezahlung des Einziehungsentgeltes ermöglichen würde (Fortführung von BGH, Urteil vom 24. Januar 2012 – II ZR 109/11, BGHZ 192, 236).

(Fundstellen: beck-online, Bundesgerichtshof, juris) ■

16. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur handelsregisterlichen Prüfung der Zuständigkeit zur Einreichung der Gesellschafterliste

(KG, Beschluss vom 12.6.2018 – 22 W 15/18, mitgeteilt durch VRiKG Dr. Peter-Hendrik Mütter)

GmbHG §§ 16 Abs. 1 S. 1, 40 Abs. 1 u Abs. 3
FamFG § 58 Abs. 1
AktG § 67 Abs. 5 S. 1
BeurkG § 44 a Abs. 2

Die Prüfungspflicht des Registergerichts in Bezug auf eine GmbH-Gesellschafterliste schließt jedenfalls die Prüfung ein, ob die Liste von einem Einreichungsberechtigten erstellt und unterschrieben worden ist. Einreichungsberechtigt ist der im Register eingetragene Geschäftsführer.

(Fundstellen: beck-online, Entscheidungsdatenbank Berlin-Brandenburg, juris) ■

17. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur Zusammensetzung des Aufsichtsrates einer AG nach Umwandlung in eine SE

(LG Frankfurt am Main, Beschluss vom 23.11.2017 – 3-05 O 63/17)

MitbestG § 1
AktG § 98
SEBG § 2 Abs. 1 Nr. 2
DrittelbG § 1 Abs. 1 Nr. 3

Der Aufsichtsrat einer Gesellschaft nach Umwandlung in eine SE setzt sich nach den zuletzt angewandten gesetzlichen Vorschriften zusammen, d. h. es kommt nicht auf die

abstrakte Rechtslage an, sondern auf die tatsächliche Handhabung an.

(Fundstellen: beck-online, juris, Justiz Hessen) ■

18. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur Baraufbringung des Stammkapitals einer GmbH bei vorgesehener Sacheinlage

(OLG Naumburg, Beschluss vom 17.1.2018 – 5 Wx 12/17)

GmbHG §§ 7 Abs. 3, 8 Abs. 2, 9 c Abs. 1, Abs. 2
BGB §§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1
EGBGB Art. 229 § 34 S. 1

1. Sieht die Satzung einer neu gegründeten GmbH eine Belegung des Stammkapitals durch Sacheinlage vor, kann das Handelsregister die Eintragung wegen Zweifeln an der Werthaltigkeit nicht ablehnen, wenn das gesamte Stammkapital in bar aufgebracht wird.
2. Einer Satzungsänderung bedarf es insoweit nicht.
(RNotZ-Leitsätze)

(Fundstellen: beck-online) ■

19. Steuerrecht – Zum Anspruch des Bauunternehmers gegen den Bauträger auf Zahlung beantragter Umsatzsteuererstattung aufgrund ergänzender Vertragsauslegung

(BGH, Urteil vom 17.5.2018 – VII ZR 157/17)

UStG § 27 Abs. 19
BGB §§ 195, 199 Abs. 1, 313 Abs. 1
UStG 2005 § 13 b Abs. 2 S. 2
RsprEinhG § 2 Abs. 1
EGBGB Art. 229 § 34 S. 1

1. Sind ein Bauunternehmer und ein Bauträger bei einem zwischen ihnen vor Erlass des Urteils des Bundesfinanzhofs vom 22. August 2013 (V R 37/10, BFHE 243, 20) abgeschlossenen und durchgeführten Bauvertrag übereinstimmend von der Steuerschuldnerschaft des Bauträgers gemäß § 13 b Abs. 5 Satz 2 Halbsatz 1 UStG 2011 ausgegangen und hat der Bauträger die auf die erbrachten Leistungen des Bauunternehmers entfallende Umsatzsteuer an das Finanzamt abgeführt, steht dem Bauunternehmer aufgrund einer ergänzenden Vertragsauslegung ein Anspruch auf Zahlung des Umsatzsteuerbetrags zu, wenn der Bauträger Erstattung der Steuer verlangt und deshalb für den Bauunternehmer die Gefahr entsteht, wegen der Heranziehung als Steuerschuldner gemäß § 27 Abs. 19 UStG die Umsatzsteuer abführen zu müssen.
2. Die Verjährung dieses Anspruchs beginnt in einem solchen Fall gemäß § 199 Abs. 1 BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem der Erstattungsantrag gestellt ist und der Bauunternehmer davon Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen musste.

(Fundstellen: beck-online, Bundesgerichtshof, juris) ■