Rheinische Notar-Zeitschrift

Kettenkaufverträge

(von Notarassessor Dr. Hagen Monath, Kreuzau)

A. Einführung
  I. Der „hintereinander geschaltete Vollzug“
  II. Der Wunsch der Beteiligten nach einer „verkürzten Abwicklung“
B. Absicherung des C durch originäre, von B bewilligte Auflassungsvormerkung?
  I. Keine originäre Vormerkung für C aufgrund eigener Rechtsmacht des B
  II. Originäre Auflassungsvormerkung für C aufgrund Ermächtigung des B?
    1. Keine ausdrückliche Ermächtigung des B
    2. Konkludente Ermächtigung des B aufgrund der Auflassung A – B?
      a) Auflassung A – B als konkludente Ermächtigung zur Weiterveräußerung
      b) Keine konkludente Ermächtigung zur Bewilligung einer Auflassungsvormerkung
    3. Notwendigkeit der Beachtung des Identitätsgebots
      a) Bedeutung und Inhalt des Identitätsgebotes
      b) Verstoß gegen das Identitätsgebot mangels Übereignungspflicht des A an C
  III. Kein Schutz des C durch Anwendung des § 878 BGB
C. Absicherung des C aus übertragenem Recht des B
  I. Gegenstand der Übertragung
    1. Eigentumsverschaffungsanspruch
      a) Grundsätzliches zur Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs
      b) Folgen der Abtretung
    2. Anwartschaftsrecht
      a) Grundsätzliches zur Übertragung des Anwartschaftsrechts
      b) Folgen der Übertragung des Anwartschaftsrechts
    3. Zum Verhältnis zwischen der Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs und der Übertragung des Anwartschaftsrechts
  II. Voraussetzungen und Gestaltung der Abtretung
    1. Voraussetzung: Kein Abtretungsausschluss (§ 399 BGB)
      a) Abtretungsausschluss aufgrund vorweg erklärter Löschungsbewilligung bzw. Löschungsvollmacht bezüglich der Auflassungsvormerkung für B
      b) Kein Abtretungsausschluss wegen unzumutbarer Beeinträchtigung des Abnahmeanspruchs des A im Falle des Vorliegens einer Einziehungsermächtigung
      c) Sonderfall: Teilabtretung
      d) „Umgehung“ eines bestehenden Abtretungsausschlusses durch Übertragung des Anwartschaftsrechts?
    2. Gestaltung der Abtretung
      a) Sicherungsabtretung
      b) Bedingte Abtretung
  III. Schwächen der Absicherung aus abgeleitetem Recht
    1. Abhängigkeit des abgeleiteten Rechts vom Bestand des Vertrages zwischen A und B
      a) Im Falle der Abtretung von Eigentumsverschaffungsanspruch nebst Auflassungsvormerkung
      b) Im Falle der Übertragung des Anwartschaftsrechts
    2. Risiko beeinträchtigender Verfügungen seitens A beziehungsweise B
      a) Erfüllungswirkung gemäß § 407 Abs. 1 BGB bei bereits erklärter Auflassung
      b) Erfüllungswirkung gemäß §§ 185 Abs. 1, 362 Abs. 2 BGB im Falle einer Einziehungsermächtigung
      c) Gefahr vertragswidrigen Verhaltens des B
    3. Gefahr der Pfändung von Eigentumsverschaffungsanspruch und/oder Anwartschaftsrecht
      a) Vor der Abtretung an C
      b) Nach der Abtretung an C
    4. Insolvenz eines Beteiligten
      a) Insolvenz des A
      b) Insolvenz des B
        (1) Kein Schutz des C gemäß § 106 InsO
        (2) Kein Schutz des C in analoger Anwendung des § 106 InsO
        (3) Anwendbarkeit des § 103 InsO
          aa) Bei Zahlung von C an B nach Verfahrenseröffnung
          bb) Bei Zahlung von C an A nach Verfahrenseröffnung
          cc) Im Fall der Übertragung (auch) des Anwartschaftsrechts
          dd) Rechtslage bei Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters
        (4) Rechtsstellung des C im Fall der Kaufpreiszahlung vor Verfahrenseröffnung

IV. Exkurs: Rechtsfolgen der Abtretung von Eigentumsverschaffungsanspruch nebst Vormerkung für den Bauträgervertrag
V. Formulierungsvorschlag
D. Weitergehende Absicherung bei Kaufpreisfinanzierung über Notaranderkonto?
E. Finanzierungbedarf des C als Gestaltungshindernis?
F. Weitere beurkundungs- und materiell-rechtliche Besonderheiten
I. Notarielle Hinweis- und Belehrungspflichten
II. Pflicht des Notars zur Kenntnisverschaffung vom Inhalt des Vertrags A – B
III. Beachtung des Beschaffungsrisikos des B
G. Mehrfache Abtretung
H. Gestaltungshinweise bei aufeinander abgestimmten Verträgen
I. Hinweise zur Abwicklung von Kettenkaufverträgen
I. Vorkaufsrechte/Genehmigungen
II. Grunderwerbsteuer
J. Zusammenfassung

A. Einführung

Ein wesentliches Betätigungsfeld der notariellen Praxis stellt die Gestaltung, Beurkundung und Abwicklung von Kaufverträgen dar. Im Rahmen seiner Verpflichtung zu einer sicheren, ausgewogenen und interessengerechten Vertragsgestaltung[1] hat der Notar hierbei zu beachten, dass der Verkäufer sein Eigentum am Grundstück in der Regel erst verlieren möchte, nachdem er den Kaufpreis erhalten hat. Umgekehrt erwartet der insoweit vorleistungspflichtige Käufer berechtigterweise Vorsorge dagegen, dass sein Eigentumserwerb nach der Kaufpreiszahlung noch durch nachfolgende rechtsgeschäftliche Verfügungen des Verkäufers, durch spätere Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen diesen oder durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Verkäufers gefährdet wird. Diesen Schutz des Käufers gewährleistet die Auflassungsvormerkung[2] gemäß § 883 Abs. 2 BGB, deren Eintragung in das Grundbuch – von wenigen, im Rahmen dieser Abhandlung nicht interessierenden Ausnahmefällen abgesehen[3] – mithin regelmäßig als Fälligkeitsvoraussetzung für die Zahlung des Kaufpreises durch den Käufer vereinbart werden soll[4]. Die Eintragung der Vormerkung bewirkt gemäß § 883 Abs. 2 und 3 BGB eine umfassende grundbuchmäßige Absicherung des bloß schuldrechtlichen Eigentumsverschaffungsanspruchs des Käufers und entfaltet in diesem Sinne „dingliche Wirkungen“[5].

Die notarielle Praxis hat sich aber nicht nur mit Problemen des „klassischen“ Kaufvertrages, sondern verschiedentlich auch mit dem Vertragstypus des „Kettenkaufvertrages“ auseinander zu setzen. Hierbei möchte der Käufer B, nachdem er das Grundstück vom Verkäufer A erworben hat, lediglich als Zwischenerwerber (= Erstkäufer = Zweitverkäufer) agieren und das Grundstück an den Enderwerber (= Zweitkäufer) C[6] veräußern[7].

I. Der „hintereinander geschaltete Vollzug“

Unproblematisch ist die vertragliche Gestaltung, wenn die Beteiligten mit einem „hintereinander geschalteten Vollzug“ einverstanden sind. In diesen Fällen wird zunächst für B eine Auflassungsvormerkung eingetragen. Nach Zahlung des Kaufpreises durch B wird die Auflassung an ihn vollzogen. Im Anschluss hieran wird aufgrund des zwischenzeitlich beurkundeten Kaufvertrages zwischen B und C eine Auflassungsvormerkung für den C eingetragen. C zahlt und wird sodann als Eigentümer im Grundbuch verzeichnet. Im Kaufvertrag zwischen B und C empfiehlt sich dabei die Belehrung darüber, dass der Eigentumserwerb des B Voraussetzung für den Vollzug des zweiten Kaufvertrages ist. Dem C (und zur Vermeidung möglicher Schadensersatzverpflichtungen gegebenenfalls auch dem B) sollte in diesem Zusammenhang zudem ein Rücktrittsrecht auf Kosten des B für den Fall eingeräumt werden, dass die Eigentumsumschreibung auf den B nicht innerhalb einer bestimmten Frist erfolgen sollte. Außerdem ist zu bedenken, dass Voraussetzung für die Kaufpreiszahlung des C neben der Eintragung einer Auflassungsvormerkung zu seinen Gunsten und der Löschung der derzeit im Grundbuch eingetragenen Belastungen auch die Sicherstellung der Löschung etwaiger Finanzierungsgrundpfandrechte des B sein muss[8].

II. Der Wunsch der Beteiligten nach einer „verkürzten Abwicklung“

Der vorbeschriebene Weg ist aber nicht gangbar, wenn die Beteiligten den mehraktigen, zeitlich gestreckten Eigen-

1 Vgl. hierzu aktuell OLG Karlsruhe RNotZ 2004, 43, 45, und i. Ü. Beck'sches Notarhandbuch/Bernhard, 3. Aufl. 2000, F I., Rn. 13 ff.

2 Auch wenn der Begriff der „Auflassungsvormerkung“ weniger allgemeinverständlich und insbesondere juristisch ungenauer ist als etwa die Bezeichnung „Eigentumsvormerkung“ (zutreffend weist Weirich, DNotZ 1982, 669, darauf hin, dass der Verkäufer nicht nur die Auflassung, sondern die Verschaffung des Eigentums schuldet), soll im Rahmen dieses Aufsatzes an der unter Juristen tradierten Bezeichnung als „Auflassungsvormerkung“ festgehalten werden.

3 Diese Ausnahmen betreffen etwa Vertragsschlüsse zwischen nahen Verwandten oder unter Beteiligung von Personen, an deren Solidität und Vertragstreue keinerlei Zweifel bestehen (z. B. Kirchengemeinden, öffentlich-rechtliche Körperschaften); bei diesen Konstellationen wird in der Praxis oftmals auf die Bewilligung einer Auflassungsvormerkung verzichtet.

4 Beck'sches Notarhandbuch/Amann/Brambring, a.a.O. (Fn. 1), A I., Rn. 54 ff.

5 In diesem Sinne auch die Definition der Rspr. und h. L., wonach es sich bei der Vormerkung um ein mit bestimmten dinglichen Wirkungen ausgestattetes Sicherungsmittel eigener Art für einen schuldrechtlichen Anspruch auf dingliche Rechtsänderung handelt (vgl. BGHZ 25, 16, 23; 60, 46, 49; BGH DNotZ 1975, 414, 416; Palandt/Bassenge, 63. Aufl. 2004, § 883 Rn. 2; Staudinger/Gursky (2002), § 892 Rn. 55 m. w. N.

6 Der Einfachheit halber werden im folgenden der Erstkäufer auch „A“, der Zwischenerwerber auch „B“ und der Zweitkäufer auch „C“ genannt.

7 Entsprechend dem Thema dieses Aufsatzes sollen ausschließlich Fallgestaltungen untersucht werden, in denen der B „echter“ Zwischenerwerber sein will; andere Gestaltungen, in denen der B etwa nur als Benennungsberechtigter o. ä. handelt, bleiben hingegen unberücksichtigt.

8 Vgl. DNotI-Gutachten, DNotI-Report 1998, 213; Brambring/Reibold/Sandkühler, DAI-Skript „Intensivkurs Grundstücksrecht“ (3.–7. September 2001), S. 664.

tumserwerb des Erstkäufers B nicht abwarten möchten. Zu bedenken ist, dass die Zeitspanne zwischen der Auflassungserklärung und der Eigentumsumschreibung im Grundbuch in der Tat erhebliche Ausmaße annehmen kann. Die Gründe hierfür können dabei unterschiedlicher Natur sein. Neben einer schlichten Arbeitsüberlastung des Grundbuchamtes ist auch denkbar, dass zum Vollzug des Vertrages erforderliche Genehmigungen[9] oder aber die grunderwerbsteuerliche Unbedenklichkeitsbescheinigung auf sich warten lassen. Hat der Zwischenerwerber gar eine noch zu vermessende Trennfläche erworben oder beabsichtigt der B seinerseits, das von ihm gekaufte Grundstück zu parzellieren und im Anschluss die neu entstehenden Flurstücke – gegebenenfalls im Rahmen einer Bauträgermaßnahme – einzeln zu veräußern, führt die Notwendigkeit der Durchführung des Vermessungsverfahrens regelmäßig zu einer weiteren zeitlichen Verzögerung.

Gerade in derartigen Fallkonstellationen ist nachvollziehbar, dass der Zwischenerwerber B, der das ihm aufgelassene Grundstück nicht zur dauernden Nutzung erwerben will, ein profundes Interesse daran hat, nicht erst seine eigene Eintragung im Grundbuch abwarten zu müssen, sondern das Grundstück – möglichst ohne eigene Zwischeneintragung – alsbald weiterzuveräußern, um den Kaufinteressenten vertraglich zu binden. Zudem geht es dem B aus wirtschaftlichen Erwägungen regelmäßig auch darum, sich eine eigene Kaufpreisfinanzierung zu ersparen und statt dessen eine möglichst frühzeitige Zahlung durch C, gegebenenfalls im Wege einer direkten Zahlung an den Erstverkäufer A in Erfüllung der eigenen Kaufpreisschuld, zu bewirken.

Für den Kautelarjuristen gipfeln sämtliche vorstehenden Fallgestaltungen im Ergebnis somit stets in der Frage, ob und wie C noch vor Eigentumserwerb des B den Schutz einer Auflassungsvormerkung erlangen kann, um den Kaufpreis an B (oder auf dessen Wunsch unmittelbar an A) im Interesse des B möglichst früh und im eigenen Interesse möglichst ungefährdet zahlen zu können[10].

B. Absicherung des C durch originäre, von B bewilligte Auflassungsvormerkung?

Der einfachste und insbesondere sicherste Weg würde zweifellos darin bestehen, dass der Zwischenerwerber B zur Absicherung des Eigentumsverschaffungsanspruchs des C eine Auflassungsvormerkung bewilligt, die dann mit Rang nach der zugunsten des B eingetragenen Vormerkung ebenfalls im Grundbuch eingetragen wird. Ob eine solche unmittelbar von B herrührende, mithin originär auf dem Kaufvertrag zwischen B und C basierende Auflassungsvormerkung rechtlich zulässig ist, erscheint jedoch nicht unzweifelhaft.

I. Keine originäre Vormerkung für C aufgrund eigener Rechtsmacht des B

Zunächst könnte man in Erwägung ziehen, dem Zwischenerwerber B, der das Grundstück immerhin bereits von A gekauft hat und für den in aller Regel bereits eine Auflassungsvormerkung eingetragen ist, die Rechtsmacht zuzubilligen, aufgrund der von ihm erworbenen Rechtsstellung eine originäre Vormerkung für C zur Eintragung bewilligen zu können.

Lohr[11] vertritt diese Auffassung und knüpft zur Begründung zunächst an das vom BGH in ständiger Rechtsprechung anerkannte Anwartschaftsrecht des Auflassungsempfängers an, zu dessen Gunsten eine Vormerkung eingetragen ist[12]. *Lohr* hält die sog. „vormerkungsverstärkte Anwartschaft" als Anknüpfungspunkt für eine Vormerkung für ausreichend und weist darauf hin, dass der die Vormerkung bewilligende Anwartschaftsberechtigte B allein über seine eigene Rechtsstellung, mithin über das Anwartschaftsrecht verfüge, wenn er mit dem C die Weiterveräußerung vereinbare[13]. Im Übrigen belaste die Eintragung nachfolgender Vormerkungen den tatsächlichen Eigentümer nicht weitergehend, als dies bereits durch die Bewilligung der ersten Vormerkung für B geschehen sei[14]. Die Rechtsmacht des B, für den C originär eine Vormerkung zu bewilligen, sei daher lediglich Folge der schon „geteilten Sachherrschaft" zwischen Eigentümer und Anwartschaftsberechtigtem[15]. Erforderlich, aber auch ausreichend sei lediglich, durch eine entsprechende Grundbucheintragung[16] sicherzustellen, dass die zweite Vormerkung sich gegen den Anwartschaftsberechtigten (B) richte[17].

Die vorgeschilderte, von *Lohr* vertretene Auffassung ist jedoch mit der ganz herrschenden Meinung[18] abzulehnen. Sie widerspricht zunächst bereits dem eindeutigen Wortlaut des § 885 Abs. 1 Satz 1, 2. Alt. BGB, wonach die Eintragung einer Auflassungsvormerkung der Bewilligung desjenigen bedarf, dessen Grundstück von der Vormerkung „betroffen" ist. Betroffen im Sinne dieser Norm ist aber nach allgemeiner Auffassung allein der gegenwärtige Inhaber des Rechts, über das durch die rechtsgeschäftliche Begründung der Vormerkung verfügt wird und über das zum Zwecke der Erfüllung des durch die Vormerkung zu sichernden Anspruchs erneut verfügt werden müsste[19]. Das Recht, über das im Verhältnis zwi-

9 Vgl. hierzu die zusammenfassenden Darstellungen in Beck'sches Notarhandbuch/Reibold, a.a.O. (Fn. 1), A I., Rn. 57 ff, sowie bei Roemer, in: Fassbender/Grauel/Kemp/Ohmen/Peter/Roemer, Notariatskunde, 14. Aufl. 2001, Rn. 570 ff.

10 Amann, DAI-Skript „Vollstreckungsfeste Vertragsgestaltung (5.–06. September 2003)", S. 38; ders., Vormerkungsschutz für den Zweitkäufer vor Eigentumserwerb des Erstkäufers, FS Schippel, 1996, S. 83.

11 Lohr, Das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung unter besonderer Berücksichtigung der Vormerkung zugunsten und zu Lasten des Auflassungsempfängers, Diss. Köln 1966, S. 96 ff. Dieser Auffassung nicht abgeneigt scheint auch Vollkommer, Rpfleger 1968, 337, 340 (Fn. 46), zu sein, wenn er ausführt, dass die Zweitvormerkung in der Praxis „noch nicht anerkannt" sei.

12 Hierzu ausführlich unten (C. I. 2.).

13 Lohr, a.a.O. (Fn. 11), S. 97.

14 Ebd., S. 98.

15 Ebd., S. 99.

16 Lohr, a.a.O. (Fn. 11), S. 102, schlägt folgende Formulierung vor: „Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf . . . unter Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung des Anwartschaftsberechtigten vom . . .".

17 Ebd., S. 101.

18 Staudinger/Gursky (2002), § 885 Rn. 13; Palandt/Bassenge, a.a.O. (Fn. 5), § 885 Rn. 10; Schreiber/Preuss, Handbuch Immobilienrecht, 1. Aufl. 2001, Kap. 14 Rn. 53; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl. 2004, Rn. 3147; Zeiß, BWNotZ 1980, 15; Ertl, DNotZ 1977, 81, 84, 88; Kersten/Bühling/Wolfsteiner, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 21. Aufl. 2001, § 36 Rn. 370.

19 Palandt/Bassenge, a.a.O. (Fn. 5), § 885 Rn. 10; Staudinger/Gursky (2002), § 885 Rn. 13; Schreiber/Preuss, a.a.O. (Fn. 18), Kap. 14 Rn. 53.

schen B und C verfügt werden soll, ist dabei das Eigentum an einem Grundstück. Wenn *Lohr* demgegenüber darauf verweist, dass Vertragsgegenstand allein das Anwartschaftsrecht des B sei, so verkürzt er den Inhalt der vertraglichen Vereinbarungen zwischen B und C und insbesondere die Schutzbedürftigkeit des Enderwerbers in unzulässiger Weise. Gegenstand des zweiten Kaufvertrages ist eben nicht allein das Anwartschaftsrecht des B gegenüber A. C will im Ergebnis ein Grundstück erwerben und nicht ein bloßes (Anwartschafts-)Recht; C ist nur bereit, für das Grundstück den vollen Kaufpreis zu zahlen[20].

Im Übrigen verkennt *Lohr* ein ganz wesentliches Prinzip im System des Rechts der Vormerkung: Der gemäß § 883 Abs. 1 BGB zu sichernde Anspruch kann sich nur auf Rechte beziehen, die ihrerseits eintragungsfähig sind[21]. Wenn *Lohr* aber – wie soeben gezeigt, ohnehin unzutreffend – als Anknüpfungspunkt für die Eintragung der zweiten Vormerkung das Anwartschaftsrecht des Zwischenerwerbers wählt, so entscheidet er sich für eine Rechtsposition, die nach allgemeiner Auffassung gerade nicht eintragungsfähig ist[22]. Es wäre aber systemwidrig, eine Vormerkung, deren Zweck alleine die Sicherung eines obligatorischen Anspruchs ist, für ein Recht in das Grundbuch einzutragen, welches seinerseits schlichtweg nicht eintragungsfähig ist. Würde man mit *Lohr* eine solche Vormerkung zulassen, führte dies über den Umweg eines vormerkungsbetroffenen Rechts wenigstens mittelbar zu einer Buchfähigkeit des Anwartschaftsrechts[23].

Letztlich darf auch nicht übersehen werden, dass entgegen der Behauptung von *Lohr* tatsächlich nicht allein das Anwartschaftsrecht des B durch die Eintragung der Vormerkung belastet würde. Denn infolge der Eintragung der Vormerkung im Grundbuch des Grundstücks des A würde auch zwangsläufig dessen Eigentum betroffen. Beispielsweise für den Fall einer Rückabwicklung des Vertrags zwischen A und B – gleich aus welchen Gründen – würde dies bedeuten, dass A wegen der nunmehr zwei eingetragenen Auflassungsvormerkungen gegebenenfalls Löschungsbewilligungen von zwei Beteiligten, eben von B und C benötigte, um etwa einen erneuten Verkauf des Grundstücks versuchen zu können. Die mit dem Lösungsansatz von *Lohr* einhergehende Möglichkeit einer Belastung des Grundstücks des A mit einer originär von B zugunsten des C bewilligten Vormerkung bedeutete mithin eine unzulässige Vereinbarung zu Lasten Dritter[24].

Es bleibt somit festzuhalten, dass der Zwischenerwerber B ohne Mitwirkung des von der Eintragung betroffenen A nicht originär eine Vormerkung für den Enderwerber C bewilligen kann.

II. Originäre Auflassungsvormerkung für C aufgrund Ermächtigung des B?

Damit schließt sich die Frage an, ob B möglicherweise berechtigt ist, wenn schon nicht aus eigener Rechtsmacht, so doch wenigstens mit Einwilligung des A seinem Abkäufer C gegenüber eine Auflassungsvormerkung zu verschaffen. Denn es erscheint durchaus denkbar, dass A den B im Rahmen des zwischen ihnen geschlossenen Kaufvertrages gem. § 185 Abs. 1 BGB – ausdrücklich oder zumindest konkludent – ermächtigt, zu Lasten des Grundstücks des A eine (zweite) Auflassungsvormerkung für C zur Eintragung zu bewilligen[25].

1. Keine ausdrückliche Ermächtigung des B

Eine ausdrückliche Ermächtigung kommt dabei in der Praxis so gut wie gar nicht vor. Eine solche explizite Ermächtigung würde nämlich erfordern, dass a) der B bereits bei Abschluss des Kaufvertrages mit A einen Weiterverkauf beabsichtigt, b) der B dem A seine Verkaufsabsicht offenbart und schließlich c) A mit der Eintragung einer zweiten Vormerkung zugunsten des Enderwerbers einverstanden ist.

Wenn auch die Veräußerungsabsicht des B häufig gegeben sein mag, wird B aber in aller Regel mit der Kundgabe dieses Vorsatzes gegenüber A sehr vorsichtig sein. Denn Ziel des B ist es ja stets, das Grundstück mit Gewinn weiter zu veräußern. Teilt er dem A seine Verkaufsabsicht mit, läuft er daher Gefahr, dass A den (erhofften) Gewinn des B beargwöhnt. Ist A im Übrigen geschäftlich nicht völlig unerfahren, geht B in dieser Situation darüber hinaus das Risiko ein, dass der A – erkennend, für sein Grundstück möglicherweise einen bedeutend höheren Preis erzielen zu können – entweder einen anderen Kaufinteressenten zu einem entsprechend höheren Kaufpreis suchen oder wenigstens gegenüber B eine höhere Gegenleistung erzielen möchte.

Damit dürfte eine ausdrückliche Ermächtigung praktisch nur in den Fällen vorkommen, in denen ohnehin eine Nähebeziehung zwischen A und B besteht. Denkbar mag etwa der Fall sein, dass die Eltern (A) ihrem Kind (B) ein Grundstück schenken, damit B dieses an C weiterverkaufen kann[26]. Die Eltern beabsichtigen auf diese Weise, dem Kind wirtschaftlich den Kaufpreis, steuerlich aber den deutlich geringeren Grundbesitzwert zuzuwenden. Wenn in dieser Situation das Eigentum nicht unverzüglich auf B umgeschrieben werden kann, weil zum Beispiel noch eine Vermessung durchgeführt werden muss, kann die Aufnahme einer expliziten Ermächtigung des Kindes, im Rahmen eines möglichen Weiterverkaufs eine Auflassungsvormerkung für den Enderwerber C zu bewilligen, in den Vertrag A – B empfehlenswert sein.

2. Konkludente Ermächtigung des B aufgrund der Auflassung A – B?

Lässt man die vorgeschilderten seltenen Ausnahmesituationen in der Folge außen vor, verbleibt allein die Prüfung der Frage, ob die rechtsgeschäftlichen Erklärungen, die der Verkäufer A im Rahmen des Vertragsschlusses mit B abgibt, eine konkludente Ermächtigung des B zur Bewilligung einer zweiten Auflassungsvormerkung zugunsten des C beinhalten. Zu denken ist in

20 Vgl. hierzu Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 3147; Kersten/Bühling/Wolfsteiner, a.a.O. (Fn. 18), § 36 Rn. 370; Ertl, DNotZ 1977, 81, 84, 88; Zeiß, BWNotZ 1980, 15.

21 Palandt/Bassenge, a.a.O. (Fn. 5), § 883 Rn. 8.

22 Vgl. hierzu näher unten (C. I. 2.).

23 Ebenso Kohler, Das Verfügungsverbot gemäß § 938 Abs. 2 ZPO im Liegenschaftsrecht, 1984, S. 261.

24 So auch Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 1493.

25 Vgl. allgemein zum Rechtsinstitut der Ermächtigung BGHZ 106, 1; Palandt/Heinrichs, a.a.O. (Fn. 5), § 185 Rn. 7.

26 Fallbeispiel nach Amann, a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 84.

diesem Zusammenhang insbesondere an die erklärte Auflassung gemäß § 925 Abs. 1 BGB, die mit ihrer notariellen Beurkundung gemäß § 873 Abs. 2 BGB für die Beteiligten bindend geworden ist.

a) Auflassung zwischen A und B als konkludente Ermächtigung zur Weiterveräußerung

Nach ständiger Rspr.[27] und einhelliger Meinung in der Literatur[28] kann der Auflassungsempfänger B bereits vor seiner Eintragung als Eigentümer das erworbene Grundstück an C weiter veräußern und auflassen. Die angesichts der Tatsache, dass B bezüglich des Eigentums am Grundstück Nichtberechtigter ist, hierzu erforderliche Einwilligung (§ 185 Abs. 1 BGB) des Berechtigten A ist danach regelmäßig in der Auflassung enthalten. Allerdings ist es nach der Rspr.[29] im Zweifel eine Frage der Auslegung, ob nicht im Einzelfall die Weiterveräußerung dem Willen und dem Interesse des Erstverkäufers widerspricht; sofern dies ausnahmsweise anzunehmen ist, ist das Vorliegen einer entsprechenden Ermächtigung zu verneinen[30]. Angenommen wurde das für den Fall, dass der Erwerb des Dritten einer zwischen A und B vereinbarten vertraglichen Zweckbestimmung (z B. Übernahme einer Bebauungspflicht durch B; Rückauflassungsanspruch des A bei Verstoß dagegen und bei unberechtigter Weiterveräußerung) zuwiderläuft[31].

Für den Regelfall ermöglicht die Annahme einer solchen Ermächtigung es aber, das Eigentum am Grundstück unmittelbar von A auf C ohne Zwischeneintragung des B umzuschreiben. Dies wird vom Zwischenerwerber oftmals gewünscht, um eigene Eintragungskosten zu sparen[32]. Der verfahrensrechtliche Grundsatz der Voreintragung (§ 39 GBO) steht dem Direkterwerb nicht entgegen, denn „betroffen" von der Eintragung des Zweiterwerbers C ist das Recht des eingetragenen Eigentümers A; dieser hat aber gemäß § 185 Abs. 1 BGB mittels der gegenüber B erklärten Auflassung der Eintragung des C zugestimmt (§ 19 GBO)[33].

Ergänzend sei an dieser Stelle auf einen auf den ersten Blick eher dogmatisch anmutenden, tatsächlich aber überaus praxisrelevanten Umstand hingewiesen: Die Kernaussage der zuvor geschilderten allgemeinen Auffassung[34], wonach die Auflassungserklärung des A in aller Regel die Ermächtigung des B zur Weiterauflassung beinhaltet, ist insofern etwas ungenau, als nahezu alle Autoren und auch die Rechtsprechung keine nähere Differenzierung zwischen der materiell-rechtlichen Auflassungserklärung gemäß §§ 873, 925 BGB und der nach heute ganz herrschender Meinung[35] auch im Geltungsbereich des § 20 GBO zusätzlich erforderlichen Eintragungsbewilligung gemäß § 19 GBO vornehmen. In aller Regel ist diese Ungenauigkeit auch durchaus verzeihlich, wird doch mit Recht angenommen, dass die Eintragungsbewilligung regelmäßig konkludent in der dinglichen Einigung enthalten ist[36]. Äußerst vorsichtig bei der Beurkundung von Kettenkaufverträgen sollten aber die Notare sein, die bei der Gestaltung der Kaufverträge nicht mit einer „allgemeinen Vorlagesperre", sondern mit der „Aussetzung der Bewilligung zur Eigentumsumschreibung" arbeiten[37]. Denn das wesentliche Argument für die Annahme, dass die Auflassung gewöhnlich die Ermächtigung zur Weiterauflassung enthalte, ist, dass, wenn der Veräußerer alles seinerseits materiell- und verfahrensrechtlich zur Übertragung des Eigentums Erforderliche getan hat, darin auch sein grundsätzliches Einverständnis zu Verfügungen zu sehen ist, die der Erwerber treffen kann, da und soweit dadurch seine Rechtstellung nicht betroffen ist[38]. Wenn aber der Eigentümer sich die Bewilligung der Eigentumsumschreibung bis zum Erhalt der Gegenleistung vorbehält, gibt er dem Erwerber das Grundstück gerade nicht in dieser uneingeschränkten Art und Weise an die Hand. Notare, die bei der Beurkundung des Kaufvertrages zwischen A und B die Aussetzung der Bewilligung gemäß § 19 GBO vereinbart haben, können mithin im Rahmen des Weiterverkaufs B – C nicht von einer Ermächtigung des B ausgehen[39].

b) Keine konkludente Ermächtigung zur Bewilligung einer Auflassungsvormerkung

Führt man sich die vorstehenden Ausführungen vor Augen, so überrascht es auf den ersten Blick nicht, dass diverse Stimmen in Rspr.[40] und Literatur[41] der Auffassung sind, dass die Auflassungserklärung des Eigentümers auch die (konkludente) Einwilligung in die Bewilligung einer Auflassungsvormerkung durch den Zwischenerwerber B beinhalte. Das scheinbar durchschlagende Argument liegt dabei auf der Hand: Wenn der A den B schon ermächtigt habe, das Grundstück weiter aufzulassen, sei darin gleichsam als minus auch die Einwilligung zur Bewilligung einer Auflassungsvormerkung für den Enderwerber C enthalten[42].

---

27 RGZ 129, 150, 153; 135, 378, 382; BHGZ 106, 1, 5 = DNotZ 1990, 289, 291; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1999, 244.

28 Staudinger/Pfeifer (1995), § 925 Rn. 126; Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 3317; MünchKomm/Kanzleiter, 4. Aufl. 1997, § 925 Rn. 41; Hager, JuS 1991, 1, 8; ders., EWiR 1997, 247; Medicus, DNotZ 1990, 275, 280; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 2. Aufl. 2003, Rn. 314; Albrecht, in: Reithmann/Albrecht, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 8. Aufl. 2001, Rn. 450; Vollkommer, Rpfleger 1968, 337, 341; mit nicht überzeugender Argumentation kritisch, i. E. aber unentschlossen und nicht ablehnend Schneider, MDR 1994, 1057.

29 BGH NJW 1997, 936 = DNotZ 1998, 281.

30 Kritisch zu dieser Rspr. allein Streuer, Rpfleger 1998, 314, der mit dem wenig überzeugenden Hinweis auf die Bedingungsfeindlichkeit der Auflassung gemäß § 925 Abs. 2 BGB annimmt, dass die Auflassung zwangsläufig eine unbedingte Einwilligung zur Weiterveräußerung beinhalten müsse.

31 BGH NJW 1997, 936 = DNotZ 1998, 281.

32 Krauß, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 314.

33 Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 3317; Vollkommer, Rpfleger 1968, 337, 339.

34 Vgl. die Nachweise in Fn. 27 und Fn. 28.

35 Demharter, GBO, 24. Aufl. 2002, § 20 Rn. 2; Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 97; KEHE/Munzig, Grundbuchrecht, 5. Aufl. 1999, § 20 Rn. 5 ff., jeweils m. w. N.

36 Vgl. neben den in Fn. 35 Genannten Nieder, NJW 1984, 329, 332; Ertl, Rpfleger 1980, 41, 49; grundlegend BayObLG DNotZ 1974, 685.

37 Vgl. zu dieser durchaus eleganten, wenn auch nicht sehr verbreiteten Methode Behner, Rpfleger 1984, 306; Weser, MittBayNot 1993, 253.

38 MünchKomm/Kanzleiter, a.a.O. (Fn. 28), § 925 Rn. 41; Staudinger/Pfeifer (1995), § 925 Rn. 135.

39 So auch Weser, MittBayNot 1993, 253, 257; Staudinger/Pfeifer (1995), § 925 Rn. 135.

40 LG Möchengladbach DNotZ 1971, 669.

41 MünchKomm/Wacke, a.a.O. (Fn. 28), § 883, Rn. 17; Bergermann, MittRhNotK 1969, 687, 695, 700; Kohler, a.a.O. (Fn. 23), S. 272.

42 Kohler, a.a.O. (Fn. 23), S. 272; MünchKomm/Wacke, a.a.O. (Fn. 28), § 883 Rn. 17.

Diese Auffassung verkennt aber, dass die Bewilligung einer Auflassungsvormerkung keinesfalls ein Weniger, sondern schlicht ein aliud im Vergleich zur Weiterveräußerung darstellt[43]. Entscheidend ist, dass im Falle der Weiterauflassung von B an C die Rechtsstellung des A nicht berührt wird. A übernimmt keinerlei schuldrechtliche Verpflichtungen gegenüber C und C erhält auch kein eigenes grundbuchlich abgesichertes Recht im Verhältnis zu A. Im Falle der Eintragung einer eigenen Auflassungsvormerkung für C stellt sich die Rechtslage demgegenüber völlig anders dar, da A in seiner Verfügungsfreiheit über das Grundstück erheblich beeinträchtigt wird. Selbst wenn der durch die Auflassungsvormerkung gesicherte Eigentumsverschaffungsanspruch vernichtet oder erloschen wäre, würde die tatsächlich eingetragene zweite Vormerkung bis zu deren Löschung dem Eigentümer anderweitige Verfügungen über sein Grundstück praktisch unmöglich machen[44]. Denn um die Vormerkungen im Grundbuch zu löschen, müsste der A gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachweisen. Dies gelänge ihm aber nur, wenn entweder *beide* Kaufverträge (A – B und B–C) in der Form des § 29 GBO einvernehmlich aufgehoben würden oder *beide* Käufer (B und C) bezüglich ihrer jeweiligen Auflassungsvormerkung die Löschung bewilligten (§§ 22 Abs. 1, 19 GBO)[45].

Da der A die vorstehend geschilderten Konsequenzen für den Fall des Scheiterns des Kaufvertrages mit B naturgemäß unter keinen Umständen tragen möchte, geht die herrschende Meinung zutreffend davon aus, dass der Auflassungserklärung des A nicht die Zustimmung zur Bewilligung einer (weiteren) Auflassungsvormerkung durch B zugunsten des C entnommen werden kann[46].

3. Notwendigkeit der Beachtung des dentitätsgebots

Im Übrigen ist man selbst, wenn man ausnahmsweise das Vorliegen einer ausdrücklichen Ermächtigung unterstellen kann oder – wenn auch nur für einen Augenblick – der vorstehend geschilderten Mindermeinung folgt, die in der Auflassungserklärung des A eine Ermächtigung des B zur Bewilligung einer weiteren Vormerkung erblickt, unvermittelt mit einem weiteren schwierigen Problem konfrontiert: Betrachtet man nämlich in dem Dreiecksverhältnis A – B – C einmal die Verteilung der schuldrechtlichen Verpflichtungen, so hat sich A lediglich gegenüber B zur Eigentumsverschaffung verpflichtet; C hingegen hat nur mit B einen Vertrag geschlossen, so dass er allein von diesem die Übertragung des Eigentums fordern kann. Bestehen somit zwischen A und C keine schuldrechtlichen Pflichten, wäre aber dennoch aufgrund der Bewilligung des entsprechend ermächtigten B eine Auflassungsvormerkung unmittelbar im Verhältnis zwischen A und C entstanden.

a) Bedeutung und Inhalt des Identitätsgebotes

Eine solche Fallkonstellation würde jedoch gegen das sowohl von der Rspr.[47] als auch von der nahezu einmütigen Literatur[48] propagierte Identitätsgebot verstoßen. Dieses besagt in erster Linie, dass der Anspruch, der durch die Vormerkung gesichert werden soll, sich zum Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung gegen denjenigen richten muss, dessen Grundstück oder Grundstücksrecht von der Vormerkung betroffen wird (Identitätsgebot auf der Passivseite)[49]. Daneben kann – schon wegen der Akzessorietät der Vormerkung – Vormerkungsberechtigter nur der Gläubiger der gesicherten Forderung sein (Identitätsgebot auf der Aktivseite)[50].

Das Erfordernis der Identität ergibt sich dabei nicht unmittelbar aus dem Gesetz, insbesondere lassen die §§ 883, 885 BGB nicht zwingend hierauf schließen[51]. Allerdings legt die Formulierung des § 886 BGB (Beseitigungsanspruch des Grundstücksinhabers gegenüber dem Vormerkungsberechtigten, falls der gesicherte Anspruch dauerhaft nicht durchsetzbar ist) die Vermutung nahe, dass der Gesetzgeber das Identitätsgebot vorausgesetzt hat[52]. Hierfür spricht im Übrigen auch die Aufnahme der Sondervorschrift des § 1179 BGB in das Gesetz, wonach der Eigentümer bereits hinsichtlich der künftigen Eigentümergrundschuld, also bezüglich eines Rechts, dessen Inhaber er noch gar nicht ist, eine Löschungsvormerkung bewilligen kann. Wäre der Gesetzgeber nicht vom Identitätsgebot ausgegangen, hätte es dieser Sondernorm nicht bedurft[53].

Gegen die Geltung des Identitätsgebots könnte lediglich sprechen, dass nach allgemeiner Auffassung[54] die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs einer Vormerkung vom Buchberechtigten anerkannt wird[55].

Indessen verbirgt sich hinter dem Identitätsgebot die zutreffende Wertung. Denn die Vormerkung soll entsprechend der Anordnung des § 883 Abs. 2 BGB den Gläubiger dagegen schützen, dass der Schuldner nachträglich die Rechtszuständigkeit verliert. Dieser Schutz ist aber begriffsnotwendig ausgeschlossen, wenn der Schuldner mangels Rechtsinhaberschaft gar nicht in der Lage ist, den Anspruch aus dem eigenen Vermögen zu erfüllen[56].

---

43 Ebenso BayObLG Rpfleger 1979, 134 = DNotZ 1979, 426.

44 BayObLG Rpfleger 1979, 134 = DNotZ 1979, 426; MünchKomm/Kanzleiter, a.a.O. (Fn. 28), § 925 Rn. 41.

45 Vgl. nur Beck'sches Notarhandbuch/Amann, a.a.O. (Fn. 1), A I., Rn. 172.

46 Vgl. neben den in Fn. 44 Genannten auch Staudinger/Pfeifer (1995), § 925 Rn. 126; Staudinger/Gursky (2002), § 885 Rn. 15; Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 1517, 3317; Schreiber/Preuss, a.a.O. (Fn. 18), Kap. 14 Rn. 21; Soergel/Stürner, 13. Aufl. 2002, § 885 Rn. 6.

47 BGHZ 12, 115, 120; 134, 182, 188 = MittRhNotK 1997, 82 = DNotZ 1997, 720; BayObLG DNotZ 1975, 36; BayObLG NJW 1983, 1567.

48 Amann, DNotZ 1995, 252, 253; ders., a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 85; Schreiber/Preuss, a.a.O. (Fn. 18), Kap. 14 Rn. 21 ff.; MünchKomm/Wacke, a.a.O. (Fn. 28), § 883 Rn. 17; Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 1493; Staudinger/Gursky (2002), § 883 Rn. 55 ff.; Kersten/Bühling/Wolfsteiner, a.a.O. (Fn. 18), § 36 Rn. 370; a. A. allein Kohler, a.a.O. (Fn. 23), S. 269 ff.

49 Staudinger/Gursky (2002), § 883 Rn. 55; Schreiber/Preuss, a.a.O. (Fn. 18), Kap. 14 Rn. 21.

50 Schreiber/Preuss, a.a.O. (Fn. 18), Kap. 14 Rn. 22; Staudinger/Gursky (2002), § 883 Rn. 69.

51 BGHZ 134, 182, 188 = MittRhNotK 1997, 82 = DNotZ 1997, 720; Amann, DNotZ 1995, 252, 253.

52 Staudinger/Gursky (2002), § 883 Rn. 55; Amann, DNotZ 1995, 252, 253.

53 Amann, DNotZ 1995, 252, 253; Staudinger/Gursky (2002), § 883 Rn. 59.

54 Vgl. hierzu nur Staudinger/Gursky (2002), § 883 Rn. 316 m. w. N.; Schreiber/Preuss, a.a.O. (Fn. 18), Kap. 14 Rn. 57 m. w. N.

55 Dieses Argument wird dann auch von Kohler, a.a.O. (Fn. 23), S. 272, angeführt, um die Existenz des Identitätsgebots zu leugnen.

56 BGHZ 134, 182, 188 = MittRhNotK 1997, 82 = DNotZ 1997, 720; Amann, DNotZ 1995, 252, 253; ders., a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 85; Staudinger/Gursky (2002), § 883 Rn. 55.

Im Übrigen ist mit jeder Vormerkung faktisch eine Beeinträchtigung der Verkehrsfähigkeit des betroffenen Grundstücks verbunden. Das Identitätsgebot verfolgt somit das Ziel, durch Vermeidung einer übermäßigen Vorverlagerung des Vormerkungsschutzes die Verkehrsfähigkeit des betroffenen Grundstücks zu erhalten[57].

Letztlich kann auch die Möglichkeit des gutgläubigen Vormerkungserwerbs vom Buchberechtigten das Identitätsgebot nicht in Zweifel ziehen. Denn die Anerkennung eines gutgläubigen Erwerbs stellt – wie regelmäßig in derartigen Fällen – eine ausnahmsweise Durchbrechung allgemeiner materiell-rechtlicher Normen alleine mit Rücksicht auf ein unabweisbares Bedürfnis des Rechtsverkehrs dar[58]. Es verbietet sich aber bereits aus rechtssystematischen Gründen, einen Ausnahmetatbestand als Ausgangsbasis für ein allgemeines Rechtsprinzip auszuwählen[59].

b) Verstoß gegen das Identitätsgebot mangels Übereignungspflicht des A gegenüber C

Verdient nach dem Vorgesagten das Identitätsgebot uneingeschränkte Beachtung, so ergibt sich daraus, dass die bloße Ermächtigung des B durch den Rechtsinhaber A für sich nicht ausreicht, um zugunsten des C wirksam eine Auflassungsvormerkung zur Eintragung bewilligen zu können. Hinzu kommen müsste jedenfalls eine Eigentumsverschaffungspflicht des A unmittelbar gegenüber C.

Denkbar wäre in diesem Zusammenhang, dass der A einen originären Eigentumsverschaffungsanspruch gegenüber C begründet. Hierzu könnten A und B etwa den zwischen ihnen zu schließenden Vertrag so ausgestalten, dass der A sich verpflichtet, die Auflassung entweder an B oder an einen von B zu benennenden Dritten zu erklären. Insoweit handelte es sich um einen echten Vertrag zugunsten Dritter im Sinne des § 328 BGB[60].

Eine solche vertragliche Gestaltung würde aber jedenfalls zwingend voraussetzen, dass B bereits bei Abschluss des Kaufvertrages mit A Weiterveräußerungsabsicht besitzt und diese dem A auch mitteilt. Fasst B seinen eigenen Verkaufsentschluss erst später oder offenbart er ihn nicht zu einem entsprechend frühen Zeitpunkt, bliebe alleine der Weg über einen Schuldbeitritt des A zu der Übereignungsverpflichtung, die B in seinem Kaufvertrag mit C eingegangen ist[61].

Die soeben aufgezeigten Wege scheitern in der Praxis aber in aller Regel jedenfalls daran, dass A keinerlei Veranlassung sehen wird, über die von ihm übernommene Eigentumsverschaffungsverpflichtung gegenüber B, für die allein er eine Gegenleistung erhält, hinausgehend weitere Verpflichtungen gegenüber dritten, ihm in der Regel unbekannten Personen zu übernehmen[62]. Ein Eigeninteresse des A ist insoweit nicht erkennbar[63].

Kommt somit die Begründung einer eigenen Eigentumsverschaffungspflicht des A gegenüber C in der Praxis nicht in Betracht[64], verbleibt alleine die Möglichkeit, dass B seinen Eigentumsverschaffungsanspruch gegenüber A an C abtritt und auf diese Weise den Anforderungen des Identitätsgebots genüge getan wird[65].

Für die notarielle Praxis ist nach dem Vorgesagten aber jedenfalls festzuhalten, dass – von den seltenen Ausnahmefällen des Vorliegens einer ausdrücklichen Ermächtigung abgesehen – der B aufgrund des zwischen ihm und A geschlossenen Kaufvertrages und der darin enthaltenen Auflassung nicht ermächtigt ist, zu Lasten des Grundstücks des A eine originäre Auflassungsvormerkung für C zur Eintragung zu bewilligen.

III. Kein Schutz des C durch Anwendung des § 878 BGB

Die letzte denkbare Möglichkeit, den C in den Genuss einer originären, von B bewilligten Auflassungsvormerkung kommen zu lassen, könnte in dem Versuch bestehen, sich die Norm des § 878 BGB nutzbar zu machen. § 878 BGB verlagert den Schutz des Erwerbers eines dinglichen Rechts in der Weise vor, dass eine nach Vornahme des auf dingliche Rechtsänderung gerichteten Rechtsgeschäfts in der Person des Verfügenden eintretende Verfügungsbeschränkung unschädlich ist, sofern die Erklärung für den Verfügenden bindend geworden (§ 873 Abs. 2 BGB) und der Eintragungsantrag beim Grundbuchamt gestellt ist. Die Norm will also den sich aus dem Eintragungsgrundsatz ergebenden Gefahren begegnen, sofern die Beteiligten ihrerseits alles zur Rechtsänderung Erforderliche getan haben[66]. Allgemein anerkannt ist dabei, dass § 878 BGB auf die Bestellung einer Vormerkung entsprechende Anwendung findet[67].

Vor diesem Hintergrund könnte man in Erwägung ziehen, dem C die Schutzwirkungen des § 878 BGB zukommen zu lassen, sobald B – vor Eigentumsumschreibung auf ihn – die Auflassungsvormerkung bewilligt und C den Antrag auf Eintragung gestellt hat, und zwar unabhängig davon, dass dieser Antrag erst nach der Umschreibung auf B vollziehbar ist.

---

57 BGHZ 134, 182, 188 = MittRhNotK 1997, 82 = DNotZ 1997, 720; Amann, a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 85; ders., DNotZ 1995, 252, 253.

58 Staudinger/Gursky (2002), § 883 Rn. 55.

59 Ebd.

60 BGH NJW 1983, 1543 = DNotZ 1983, 484; DNotI-Gutachten, DNotI-Report 1998, 213, 215; Amann, a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 86; Vollkommer, Rpfleger 1968, 337, 341.

61 Vollkommer, Rpfleger 1968, 337, 341; Amann, a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 86; DNotI-Gutachten, DNotI-Report 1998, 213, 215.

62 Amann, a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 86; DNotI-Gutachten, DNotI-Report 1998, 213, 215.

63 Allenfalls denkbar mag eine entsprechende Bereitschaft des A in den Fällen sein, in denen eine Nähebeziehung zwischen A und B besteht (vgl. hierzu das Bsp. oben, B. II. 1.). Aber auch in einer solchen Situation dürfte die Konstruktion über eine eigene Verpflichtung des A (Eltern des B) mit äußerster Vorsicht zu genießen sein, da die hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass der gewollte steuerliche Erfolg (Schenkung zum Grundbesitzwert) an § 42 AO scheitert.

64 Hingewiesen sei nur kurz auf ein weiteres Problem im Falle des Schuldbeitritts des A zur Eigentumsverschaffungspflicht des B gegenüber C: Fraglich ist in diesem Fall, ob A dem C alle Einwendungen und Einreden aus dem Vertrag mit B entgegenhalten kann; dann wäre der Wert des Schuldbeitritts für C erheblich eingeschränkt. Wollte man hingegen dem A die Geltendmachung solcher Einwendungen und Einreden verwehren, käme dies einer Garantieerklärung des A für den Vertrag B – C gleich, von der man dem A selbstredend abraten muss, vgl. auch Amann, a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 87.

65 Vgl. hierzu unten, C. I. 1.

66 Palandt/Bassenge, a.a.O. (Fn. 5), § 878 Rn. 1.

67 BGHZ 28, 182; 33, 123, 129; 138, 179, 186; Palandt/Bassenge, a.a.O. (Fn. 5), § 878 Rn. 4; Staudinger/Gursky (2000), § 878 Rn. 9.

Problematisch ist jedoch, dass § 878 BGB neben der Stellung des Eintragungsantrags erfordert, dass die Bewilligungserklärung von dem „Berechtigten" abgegeben wurde[68]. Wer dabei als Berechtigter anzusehen ist, ist nicht unumstritten. Eine ältere Auffassung[69] sieht alleine den wirklichen Rechtsinhaber als berechtigt im Sinne des § 878 BGB mit der Begründung an, dass derjenige, der ein dingliches Recht von einem bloß Ermächtigten zu erwerben versucht, nicht den gleichen Schutz verdiene wie derjenige, der das Recht vom Buchberechtigten erwerbe. Demgegenüber wendet die in der Literatur heute herrschende Meinung[70] unter Hinweis darauf, dass in unserer Rechtsordnung der mit Einwilligung des Berechtigten handelnde Nichtberechtigte nun einmal durchweg wie ein Berechtigter behandelt wird, den § 878 BGB auch auf Verfügungen eines gemäß § 185 Abs. 1 BGB ermächtigten Nichtberechtigten entsprechend an.

Indes kann der vorstehende Meinungsstreit unentschieden bleiben, da nach der oben[71] geschilderten zutreffenden Auffassung in der Auflassung A – B keine Ermächtigung zur Bestellung einer Vormerkung für C liegt. Der B ist somit erst im Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung auf ihn Berechtigter im Sinne des § 878 BGB. Bis dahin entfaltet diese Norm keinen Schutz für C. Mithin findet gerade in den Fällen, in denen es den C zu schützen gilt, nämlich bei nach Vertragsschluss zwischen B und C in der Person des B eintretenden Verfügungsbeschränkungen, nicht zugunsten des C gemäß § 878 BGB eine Vorverlagerung des Vormerkungsschutzes (§ 883 Abs. 2 BGB) statt.

Eine Absicherung des C durch die Eintragung einer von B bewilligten originären, mithin zweiten Auflassungsvormerkung ist somit nicht möglich.

C. Absicherung des C aus übertragenem Recht des B

Angesichts des Vorgesagten bleibt allein der Versuch, einen möglichst frühzeitigen und umfassenden Schutz des C dadurch zu erreichen, dass man den C an den Sicherungsmechanismen, die im Vertrag zwischen A und B zugunsten des B vereinbart wurden, teilhaben lässt. Hierzu wäre erforderlich, dass der B die ihm zustehenden Rechtspositionen, nämlich den vertraglich begründeten Eigentumsverschaffungsanspruch und/oder ein ihm gegebenenfalls zustehendes Anwartschaftsrecht überträgt.

I. Gegenstand der Übertragung

Bevor man sich mit den Voraussetzungen und der konkreten Ausgestaltung der Übertragung beschäftigt, empfiehlt es sich aber, die gerade erwähnten möglichen Rechtspositionen des B etwas näher zu beleuchten.

1. Eigentumsverschaffungsanspruch

a) Grundsätzliches zur Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs

An der prinzipiellen Abtretbarkeit des dem B gegenüber A zustehenden Eigentumsverschaffungsanspruchs an C bestehen keine Bedenken[72], es sei denn, die Abtretbarkeit des Anspruchs ist gemäß § 399 BGB rechtsgeschäftlich oder wegen Inhaltsänderung des Anspruchs ausgeschlossen[73]. Zur Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs genügt gemäß § 398 BGB ein Vertrag zwischen B und C, bei dem eine Beteiligung des A nicht erforderlich ist[74].

Nicht unumstritten ist allerdings die Frage der Formbedürftigkeit eines isolierten Abtretungsvertrags bezüglich des Eigentumsverschaffungsanspruchs im Hinblick auf § 311 b Abs. 1 BGB.

Die herrschende Meinung[75] weist zunächst zutreffend darauf hin, dass der Abtretungsvertrag als solcher als bloßes dingliches Erfüllungsgeschäft keinesfalls der Form des allein für Verpflichtungsgeschäfte geltenden § 311 b Abs. 1 BGB unterliegen könne[76]. Hinsichtlich der Frage der Formbedürftigkeit des Verpflichtungsvertrages zieht sich diese Auffassung auf eine rein formale Position zurück und behauptet, es handele sich bei dem schuldrechtlichen Vertrag um einen Rechtskauf und nicht um einen Sachkauf[77]; die Verpflichtung zum Erwerb des Eigentumsverschaffungsanspruchs führe nicht zugleich zur Verpflichtung des Erwerbers C, das Grundstück zu erwerben, weshalb auch der Verpflichtungsvertrag nicht formbedürftig sei[78].

Mit der wohl zutreffenden Argumentation geht die Gegenauffassung[79] demgegenüber davon aus, dass der Verpflichtungsvertrag zur Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs dem Formzwang des § 311 b Abs. 1 BGB unterfällt. Diese Meinung verweist zu Recht darauf, dass eine entsprechende Vereinbarung wenigstens die mittelbare Verpflichtung zum Grundstückserwerb enthält und somit dem Schutzbereich der Formvorschrift unterfällt. Oftmals dürfte sogar davon auszugehen sein, dass in der Übernahme des Eigentumsverschaffungsanspruchs konkludent die Übernahme[80] bzw. wenigstens der Beitritt zur Abnahmepflicht gem. § 433

---

68 RGZ 135, 378, 382; BGHZ 49, 197 = DNotZ 1968, 483.

69 RGZ 135, 378, 381 ff.; BayObLG NJW 1961, 783, 784; von Lübtow, NJW 1962, 275, 277.

70 Staudinger/Gursky (2000), § 878 Rn. 62; Palandt/Bassenge, a.a.O. (Fn. 5), § 878 Rn. 6; MünchKomm/Wacke, a.a.O. (Fn. 28), § 878 Rn. 14; Kohler, a.a.O. (Fn. 23), S. 274; Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 125.

71 Siehe oben, B. II. 2. b).

72 Deimann, Rpfleger 2001, 581; unveröffentl. DNotI-Gutachten vom 25. 5. 1999, S. 1.

73 Vgl. zu möglichen Abtretungsausschlüssen gem. § 399 BGB unten, C. II. 1.

74 KEHE/Munzig, a.a.O. (Fn. 35), § 20 Rn. 129; Amann, a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 87.

75 BGHZ 89, 41 = DNotZ 1984, 319, 320 f.; BayObLG DNotZ 1977, 107, 108 f.; Staudinger/Pfeifer (1995), § 925 Rn. 127; Staudinger/Busche (2001), § 398 Rn. 19; KEHE/Munzig, a.a.O. (Fn. 35), Einl. L 22; Meikel/Böttcher, Grundbuchrecht, 9. Aufl. 2004, § 20 Rn. 212; Bergermann, MittRhNotK 1969, 687, 694.

76 BGHZ 89, 41 = DNotZ 1984, 319, 320 f; BGH DNotZ 1977, 107, 108 f; Wolfsteiner, Rpfleger 1976, 120.

77 Wolfsteiner, Rpfleger 1976, 120.

78 BGHZ 89, 41 = DNotZ 1984, 319, 321.

79 Huhn, Rpfleger 1974, 2, 3; Ertl, DNotZ 1976, 68, 80 f.; ders., DNotZ 1977, 81 ff.; Köbl, DNotZ 1983, 207, 213; MünchKomm/Kanzleiter, a.a.O. (Fn. 28), § 311 b Rn. 16; auch Staudinger/Wufka (2001), § 313 Rn. 28 und Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 3106, neigen dieser Auffassung zu.

80 Hierzu bedürfte es allerdings gem. § 415 Abs. 1 BGB der Genehmigung des A.

Abs. 2 BGB enthalten ist[81]; dieser Umstand führt dann sogar zu einer unmittelbaren Erwerbsverpflichtung des C mit der Folge, dass das der Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs zugrunde liegende schuldrechtliche Rechtsgeschäft ohne weiteres gem. § 311 b Abs. 1 BGB formbedürftig ist.

Die vorstehend erwähnte Streitfrage kann indes im Zusammenhang mit dem Problemkreis der Kettenkaufverträge letztlich unentschieden bleiben, da es sich, wie bereits oben[82] ausgeführt, beim Kettenkaufvertrag nach der eindeutigen Absicht der Beteiligten um keinen Rechtskauf bezüglich des isolierten Eigentumsverschaffungsanspruchs, sondern um einen gewöhnlichen Grundstückskaufvertrag handelt. B geht gegenüber C die Verpflichtung zur Übertragung eines Grundstücks ein. Die Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs ist im Rahmen dieses Grundstückskaufvertrags lediglich eine flankierende Maßnahme, um den Schutz des Erwerbers C zu optimieren. Somit unterfällt der Kettenkaufvertrag ohne weiteres dem unmittelbaren Anwendungsbereich des § 311 b Abs. 1 BGB[83].

Im Übrigen ist die Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs auch noch nach der zwischen A und B erklärten Auflassung möglich, da der Eigentumsverschaffungsanspruch nicht schon mit der Vornahme sämtlicher Leistungshandlungen durch den Schuldner, sondern erst mit dem Eintritt des Leistungserfolges, mithin mit der Eigentumsumschreibung auf den Erwerber erlischt[84]. Nach erklärter Auflassung ist der Eigentumsverschaffungsanspruch darauf gerichtet, dass A den Eintritt des Leistungserfolges, etwa durch anderweitige Verfügungen, nicht gefährdet[85].

b) Folgen der Abtretung

Die entscheidende Folge der Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs an C ist, dass mit dem schuldrechtlichen Anspruch auch die für B eingetragene Auflassungsvormerkung gemäß § 401 Abs. 1 BGB automatisch auf C übergeht[86]. Als streng akzessorisches Nebenrecht folgt die Vormerkung dem Schicksal des Anspruchs, nicht umgekehrt. Daher ist die in notariellen Urkunden verschiedentlich enthaltene Vereinbarung, wonach „die Vormerkung abgetreten" wird, juristisch ungenau, glücklicherweise aber unschädlich: Denn die „Abtretung der Vormerkung" ist im Wege einer auch vom BGH praktizierten Auslegung als Abtretung des gesicherten Eigentumsverschaffungsanspruchs anzusehen[87]. Dem Zessionar C stehen damit nach der Abtretung sämtliche Rechte aus der Vormerkung zu. Zu seinen Gunsten treten insbesondere die Rangwirkung (§ 883 Abs. 3 BGB) und der Anspruch aus § 888 BGB gegen die Erwerber von vormerkungswidrigen Zwischenrechten ein[88].

Da infolge der Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs und des Übergangs der Auflassungsvormerkung von B auf C das Grundbuch unrichtig geworden ist, kann nach heute einhelliger Auffassung der Übergang des Rechts auf C im Wege der Berichtigung im Grundbuch vermerkt werden[89]. Hierzu ist verfahrensrechtlich eine Berichtigungsbewilligung des (Buch-)Betroffenen B oder der Unrichtigkeitsnachweis in der Form der §§ 19, 22 Abs. 1, 29 Abs. 1 GBO erforderlich[90], wobei der C gemäß § 403 BGB gegenüber B Anspruch auf eine der Form des § 29 GBO genügende Abtretungserklärung hat[91].

In bezug auf das wichtigste Ziel, nämlich die Eigentumsumschreibung auf C zu bewirken, ist anzumerken, dass die bloße Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs mit dem Übergang der Vormerkung für sich hierzu nicht ausreichend ist. Denn grundsätzlich erwirbt der Auflassungsempfänger B trotz Abtretung des Anspruchs an C das Eigentum durch Auflassung und Eintragung (§§ 873, 925 BGB), ohne dass es einer Zustimmung des Zessionars C bedarf. Das Grundbuchamt muss gemäß §§ 13, 19, 20, 29 GBO den B selbst dann als Eigentümer eintragen, wenn es die Abtretung von B an C kennt; denn das Grundbuch wird dadurch nicht unrichtig[92] Sofern allerdings die Auflassungsvormerkung auf C umgeschrieben ist, darf diese grundsätzlich[93] nicht gelöscht werden, bis C als Berechtigter die Löschung bewilligt[94].

Eine Eintragung des C als Eigentümer – gegebenenfalls ohne Zwischeneintragung des B – kommt demgegenüber nur in Betracht, wenn entweder eine Auflassung unmittelbar von A an C – dieser Fall kommt in der Praxis der Kettenkaufverträge nicht vor – oder eine (Weiter-)auflassung von B an C vorliegt; diese stellt in praxi kein Problem dar, da, wie oben erörtert[95], B in aller Regel aufgrund der Auflassungserklärung des A ermächtigt ist, das Grundstück weiterzulassen. Weitere Voraussetzung für die Eintragung des C ist – neben dem Vorliegen der in aller Regel in der Auflassung enthaltenen

---

81 MünchKomm/Kanzleiter, a.a.O. (Fn. 28), § 311 b Rn. 16; Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 3106; Staudinger/Wufka (2001), § 313 Rn. 28.

82 Siehe oben, B. I.

83 Staudinger/Wufka (2001), § 313 Rn. 26; Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 3106; Köbl, DNotZ 1983, 207, 214; Ertl, DNotZ 1976, 68, 84.

84 BGH DNotZ 1995, 47, 49 f.; Meikel/Böttcher, a.a.O. (Fn. 75), § 20 Rn. 204, 212; Bergermann, MittRhNotK 1969, 687, 694, 700; Staudinger/Gursky (2002), § 883 Rn. 319; MünchKomm/Kanzleiter, a.a.O. (Fn. 28), § 925 Rn. 40; Vollkommer, Rpfleger 1968, 337, 340.

85 BGH DNotZ 1995, 47, 49 f.; Amann, a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 88.

86 BayObLG DNotZ 1972, 233, 234; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1989, 252; Staudinger/Gursky (2002), § 883 Rn. 319; Krauß, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 312; Kersten/Bühling/Wolfsteiner, a.a.O. (Fn. 18), § 36 Rn. 370; Meikel/Böttcher, a.a.O. (Fn. 75), § 20 Rn. 212; Medicus, DNotZ 1990, 275, 280.

87 BGH DNotZ 1995, 47.

88 Staudinger/Gursky (2002), § 883 Rn. 219 ff.; unveröffentl. DNotI-Gutachten vom 25. 5. 1999, S. 2.

89 BGHZ 25, 16; BGH NJW 1994, 2947; BayObLG DNotZ 1986, 496; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1989, 252; Palandt/Bassenge, a.a.O. (Fn. 5), § 885 Rn. 20; Vollkommer, Rpfleger 1972, 18; Bergermann, MittRhNotK 1969, 687, 696.

90 Deimann, Rpfleger 2001, 583; Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 1516; KEHE/Munzig, a.a.O. (Fn. 35), § 20 Rn. 130.

91 Staudinger/Gursky (2002), § 883 Rn. 322. Wegen der Formbedürftigkeit des gesamten Grundstückskaufvertrages ist dieser Umstand im Zusammenhang mit Kettenkaufverträgen in der Praxis unproblematisch.

92 Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 3318; Meikel/Böttcher, a.a.O. (Fn. 75), § 20 Rn. 212; Staudinger/Pfeifer (1995), § 925 Rn. 127; KEHE/Munzig, a.a.O. (Fn. 35), § 20 Rn. 131.

93 Vgl. zum Problem der vollständigen Erfüllung durch A gem. § 407 I BGB mit der Folge des Erlöschens sämtlicher Ansprüche des C im Falle einer Einziehungsermächtigung unten, C. III. 1 a).

94 Staudinger/Pfeifer (1995), § 925 Rn. 127; KEHE/Munzig, a.a.O. (Fn. 35), § 20 Rn. 131.

95 Siehe oben, B. II. 2. a).

Bewilligung gemäß § 19 GBO[96] – ein Eintragungsantrag bezüglich C gemäß § 13 GBO. Antragsberechtigt sind A, B und C[97]. Hinzuweisen ist jedoch auch in diesem Zusammenhang darauf, dass, falls der Eintragungsantrag des C nach dem Eintragungsantrag des B gestellt wird, das Grundbuchamt zuerst den Antrag des B erledigen muss (§ 17 GBO), sofern dieser nicht zurückgenommen wird[98].

Im Falle der Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs von B an C ist für die vertragliche Gestaltung und Abwicklung somit bedeutsam, im Anschluss an die Beurkundung die Grundbuchberichtigung bei der Auflassungsvormerkung aufgrund einer im Kaufvertrag B – C enthaltenen Berichtigungsbewilligung des B bzw. durch Vorlage einer beglaubigten Abschrift des die Abtretung beinhaltenden Kaufvertrages (Unrichtigkeitsnachweis gemäß § 22 Abs. 1 GBO) zu beantragen. Auch ist zwingend darauf zu achten, dass der Vertrag B – C eine Auflassungserklärung enthält, um überhaupt eine – gegebenenfalls unmittelbare – Eigentumsumschreibung auf C erreichen zu können. Ob zunächst eine – rechtlich mögliche – Zwischeneintragung des B erfolgen soll, ist eine Frage des konkreten Einzelfalls. Ist eine solche Zwischeneintragung des B nicht gewollt beziehungsweise nicht erforderlich, muss zu einer unmittelbaren Eintragung des C ein bereits gestellter Umschreibungsantrag auf B zurückgenommen werden. Ist die Zwischeneintragung des B hingegen gewünscht oder notwendig, etwa weil zwar der Vertrag A – B, aber noch nicht der Vertrag B – C vollzugsreif ist, muss auf jeden Fall sichergestellt werden, dass zusammen mit der Umschreibung auf B eine originäre Auflassungsvormerkung für C eingetragen werden kann. Hierzu ist im Vertrag B – C neben der Auflassung auch die Bewilligung einer entsprechenden Vormerkung vorzusehen, um die bisherige, von B abgeleitete und vom Bestand des Vertrags zwischen A und B abhängige Auflassungsvormerkung um eine allein auf dem Vertragsverhältnis zwischen B und C basierende originäre Vormerkung zu ergänzen[99].

2. Anwartschaftsrecht

a) Grundsätzliches zur Übertragung des Anwartschaftsrechts

Neben der Abtretung des schuldrechtlichen Eigentumsverschaffungsanspruchs kommt die Abtretung eines gegebenenfalls dem B zustehenden Anwartschaftsrechts in Betracht.

Nach der Rechtsprechung des BGH[100] liegt ein Anwartschaftsrecht vor, wenn von einem mehraktigen Entstehungstatbestand eines Rechts schon so viele Erfordernisse erfüllt sind, dass von einer gesicherten Rechtsposition des Erwerbers gesprochen werden kann, die der andere an der Entstehung des Rechts Beteiligte nicht mehr einseitig zu zerstören vermag.

Sinn der Kreation eines positiv-rechtlich nicht normierten Anwartschaftsrechts durch die Rechtsprechung war es, dem Erwerber eines Rechts bereits vor der Vollendung des Rechtserwerbs eine übertragbare und damit auch verpfändbare bzw. pfändbare eigene Rechtsposition zuzubilligen[101].

Ob überhaupt und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen ein solches Anwartschaftsrecht des Auflassungsempfängers anzuerkennen ist, ist dabei bis heute heftig umstritten[102]. Im Grundstücksrecht werden von der herrschenden Meinung und hierbei insbesondere vom BGH zwei Formen von Anwartschaftsrechten gleichsam nebeneinander anerkannt: Zum einen handelt es sich um das sogenannte „antragsgestützte Anwartschaftsrecht", für dessen Entstehung die Auflassung, die Eintragungsbewilligung und der Antrag des Erwerbers auf Eigentumsumschreibung erforderlich, aber auch ausreichend sind[103].

Heftig umstritten ist demgegenüber das weitere, sogenannte „vormerkungsgestützte Anwartschaftsrecht", das bei Vorliegen der Auflassung und einer Auflassungsvormerkung auch ohne eigenen Umschreibungsantrag des Erwerbers entstehen soll[104]; unter Hinweis auf § 878 BGB lassen einige Vertreter der herrschenden Meinung sogar bereits die Stellung des Eintragungsantrags bezüglich der Auflassungsvormerkung neben der Auflassung genügen[105]. Auch wenn die Gegenmeinung[106] die Anerkennung eines durch Vormerkung gesicherten Anwartschaftsrechts mit stichhaltiger Argumentation, insbesondere unter Hinweis darauf ablehnt, dass es sich bei diesem Anwartschaftsrecht um ein von der Vormerkung und damit von dem zugrunde liegenden schuldrechtlichen Anspruch streng akzessorisches, dem abstrakten Eigentum gerade nicht wesensähnliches Rechtsgebilde handelt, ist dennoch für den praktischen Gebrauch insbesondere angesichts der gefestigten Rechtsprechung des BGH von der Existenz eines solchen gemischt dinglich – obligatorischen Anwartschaftsrechts auszugehen.

Steht dem B ein entsprechendes Anwartschaftsrecht zu, so kann er dieses im Rahmen einer Verfügung über ein eigenes Recht ohne Einwilligung des A übertragen. Die dazu erforderliche Einigung über die Übertragung der Rechte aus der Auflassung[107] von B an C ist dabei auch, wenn sie isoliert, also nicht im Rahmen eines ohnehin formbedürftigen Grundstückskaufvertrages erfolgt, wegen der Wesensnähe zum Volleigentum gemäß § 925 Abs. 1 BGB formbedürftig; das zugrundeliegende Ver-

96 Vgl. hierzu oben, B. II. 2. a).
97 KEHE/Munzig, a.a.O. (Fn. 35), § 20 Rn. 132.
98 Staudinger/Pfeifer (1995), § 925 Rn. 127; KEHE/Munzig, a.a.O. (Fn. 35), § 20 Rn. 132.
99 Krauß, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 315.
100 BGHZ 45, 186; 49, 197 = DNotZ 1968, 483, 485; BGH DNotZ 1984, 319, 320; BGHZ 106, 108 = DNotZ 1990, 289, 290.
101 Siehe nur BGHZ 106, 108 = DNotZ 1990, 289, 290.
102 Siehe hierzu die vorzüglichen zusammenfassenden Darstellungen bei Staudinger/Pfeifer (1995), § 925 Rn. 120 ff.; Hager, JuS 1991, 1 ff.; Medicus, DNotZ 1990, 275 ff.
103 Neben der Rspr. des BGH (vgl. Fn. 100) auch KEHE/Munzig, a.a.O. (Fn. 35), Einl L 7; Meikel/Böttcher, a.a.O. (Fn. 75), § 20 Rn. 209; Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 3318; Amann, DAI-Skript „Grundstückskauf" (22. 2. 1997), S. 69 f.
104 So BGHZ 83, 395, 399 = DNotZ 1982, 619, 621 mit zust. Anm. Ludwig; BGHZ 106, 108 = DNotZ 1990, 289, 290; KEHE/Munzig, a.a.O. (Fn. 35), Einl L 18 f.
105 OLG Düsseldorf DNotZ 1981, 130; Ludwig, DNotZ 1982, 625.
106 Staudinger/Pfeifer (1995), § 925 Rn. 140; Meikel/Böttcher, a.a.O. (Fn. 75), § 20 Rn. 210; Reinicke/Tiedtke, NJW 1982, 2281, 2285; Vollkommer, Rpfleger 1972, 18.
107 Die Übertragung des Anwartschaftsrechts unterliegt grds. denselben Voraussetzungen wie die Übertragung des Vollrechts, vgl. BGHZ 49, 197, 202 = DNotZ 1968, 483, 485 f.; BGHZ 83, 395 = DNotZ 1982, 619, 621.

pflichtungsgeschäft bedarf entsprechend § 311 b Abs. 1 BGB der Urkundsform[108].

b) Folgen der Übertragung des Anwartschaftsrechts

Die wesentliche Folge der Übertragung des Anwartschaftsrechts ist der vollständige Verlust der dinglichen und grundbuchmäßigen Stellung des B an C. Ein Durchgangserwerb des B ist nicht mehr zulässig möglich; trägt das Grundbuchamt den B in Unkenntnis der Übertragung dennoch ein, wird das Grundbuch unrichtig (§ 894 BGB), weil die Eintragung nicht durch eine wirksame Auflassung gedeckt ist[109]. Infolge der Übertragung der Rechte aus der Auflassung zwischen A und B und der entsprechenden Bewilligung des A kann fortan nur noch der C ins Grundbuch eingetragen werden, wobei allein A und C antragsberechtigt sind[110]. Ist bereits – seitens A oder B – ein Eintragungsantrag für B gestellt, hat dieser Antrag mit Übertragung des Anwartschaftsrechts die Wirkungen eines Antrags auf Eintragung des C; B verliert auch jegliche Rechtsposition in Bezug auf diesen Antrag, kann ihn mithin auch nicht mehr zurücknehmen[111].

Schließlich sei klarstellend angemerkt, dass das Anwartschaftsrecht als solches nach allgemeiner Auffassung nicht eintragungsfähig ist[112]. Ob im Falle der Übertragung des „vormerkungsgestützten Anwartschaftsrechts" eine Eintragung im Grundbuch bei der Vormerkung möglich ist, ist demgegenüber interessanterweise nicht unumstritten. Die Mindermeinung[113], die eine solche Eintragung für möglich hält, unterscheidet jedoch nicht hinreichend zwischen dem Anwartschaftsrecht als solchem und der Abtretung des dem durch Vormerkung gestützten Anwartschaftsrecht zugrunde liegenden Eigentumsverschaffungsanspruch; nur dessen Abtretung ist aber nach zutreffender herrschender Meinung eintragungsfähig[114].

3. Zum Verhältnis zwischen der Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs und der Übertragung des Anwartschaftsrechts

Vor dem Hintergrund der aufgeführten Übertragungsalternativen drängt sich für den Praktiker die Frage geradezu auf, welche Rechtsposition des B denn nun auf den C übertragen werden soll. Denn der vormerkungsgesicherte schuldrechtliche Eigentumsverschaffungsanspruch und das dingliche Anwartschaftsrecht sind grundsätzlich voneinander unabhängige, einzeln abtretbare Rechtsstellungen[115].

Dies gilt unzweifelhaft für den Eigentumsverschaffungsanspruch, der uneingeschränkt ohne das Anwartschaftsrecht abgetreten werden kann. Umgekehrt ergibt sich allerdings eine ganz wesentliche Einschränkung in Bezug auf das in der Praxis nahezu ausnahmslos zur Übertragung anstehende „vormerkungsgestützte Anwartschaftsrecht": Da dieses begriffsnotwendig von der Innehabung der Vormerkung abhängt, diese aber wiederum gegenüber dem schuldrechtlichen Eigentumsverschaffungsanspruch streng akzessorisch ist, kann der C das vormerkungsgestützte Anwartschaftsrecht des B nur erwerben, wenn der B zugleich seinen durch Vormerkung gesicherten Eigentumsverschaffungsanspruch überträgt[116].

Manche Autoren vertreten in diesem Zusammenhang die Auffassung, dass allein sinnvoll die Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs sei[117]. Andere Literaturstimmen sind demgegenüber bestrebt, den scheinbar sichersten Weg zu gehen und präferieren als Kombinationslösung die Doppelübertragung von Eigentumsverschaffungsanspruch und Anwartschaftsrecht[118].

Die Verfechter dieser Doppellösung übersehen dabei jedoch, dass sie mit der gleichzeitigen Übertragung des Anwartschaftsrechts den größten Vorteil der isolierten Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs zunichte machen, nämlich den der Flexibilität dieses Weges. Wie bereits zuvor ausgeführt, bietet die Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs in Kombination mit der zwingend in den Vertrag aufzunehmenden Auflassung von B an C die Möglichkeit, das Eigentum unmittelbar von A auf C umzuschreiben. Sollte dies aber, vornehmlich aus Gründen, die ihre Ursache in der Abwicklung des Vertrages zwischen B und C haben, nicht möglich sein, obwohl im Übrigen die Voraussetzungen für eine Eigentumsumschreibung von A auf B gegeben sind, ist im Falle der bloßen Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs ebenso unproblematisch eine Eigentumsumschreibung zunächst auf B denkbar. Wenn zudem, was, wie oben ausgeführt, im Rahmen einer sorgfältigen Vertragsgestaltung unumgänglich ist, im Vertrag zwischen B und C der B (vorsorglich) die Eintragung einer (originären) Auflassungsvormerkung bewilligt hat, erhält der C zusammen mit der Umschreibung auf B zu diesem frühen Zeitpunkt den optimalen Schutz einer originären Auflassungsvormerkung.

Diese flexible Handhabung ist nach erfolgter Abtretung des Anwartschaftsrechts nicht mehr möglich. Vollzugs-

---

108 BGHZ 49, 197, 202 = DNotZ 1968, 483, 485; BGHZ 83, 395 = DNotZ 1982, 619, 621; Hager, JuS 1991, 1, 4; Köbl, DNotZ 1983, 207, 213 f.; Bergermann, MittRhNotK 1969, 687, 695.

109 BGHZ 49, 197 = DNotZ 1968, 483, 487; BayObLG DNotZ 1972, 233; Reinicke/Tiedtke, NJW 1982, 2281, 2284; MünchKomm/Kanzleiter, a.a.O. (Fn. 28), § 925 Rn. 36.

110 KEHE/Munzig, a.a.O. (Fn. 35), § 20 Rn. 136.

111 So zutreffend KEHE/Munzig, a.a.O. (Fn. 35), § 20 Rn. 136; Reinicke/Tiedtke, NJW 1982, 2281, 2284; inkonsequent und unzutreffend fordert demgegenüber Bergermann, MittRhNotK 1969, 687, 696, die Rücknahme des Eintragungsantrags des B.

112 KEHE/Munzig, a.a.O. (Fn. 35), § 20 Rn. 136.

113 Bergermann, MittRhNotK 1969, 687, 696.

114 Meikel/Böttcher, a.a.O. (Fn. 75), § 20 Rn. 213; Staudinger/Pfeifer (1995), § 925 Rn. 129; Hager, JuS 1991, 1, 4; KEHE/Munzig, a.a.O. (Fn. 35), Einl L 29.

115 MünchKomm/Kanzleiter, a.a.O. (Fn. 28), § 925 Rn. 38; Staudinger/Gursky (2002), § 883 Rn. 319; Ertl, DNotZ 1977, 81, 90 f.; KEHE/Munzig, a.a.O. (Fn. 35), Einl L 22; Bergermann, MittRhNotK 1969, 687, 692. Dieses Prinzip wird von Deimann, Rpfleger 2001, 583, 584 f., grundlegend verkannt, wenn er ausführt, dass mit der Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs das Anwartschaftsrecht gem. §§ 413, 401 BGB auf den Erwerber übergehe.

116 Auch dieser Umstand zeigt plastisch die Problematik des „vormerkungsgestützten Anwartschaftsrechts", das in seinem Bestand zwingend vom Bestehen eines schuldrechtlichen Anspruchs abhängig ist und somit die „eigentlich" für ein dingliches Recht charakteristische Abstraktheit vermissen lässt.

117 Sehr pointiert Brambring/Reimbold/Sandkühler, a.a.O. (Fn. 8), S. 666: „Die Möglichkeit, . . .das Anwartschaftsrecht zu übertragen, bietet außer der Möglichkeit für den Notar, juristische Superintelligenz nachzuweisen, den Beteiligten nichts." Ähnlich, wenn auch weniger drastisch, Amann, a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 87 (Fn. 11).

118 Reithmann, DNotZ 1983, 716, 721; Münzberg, Rpfleger 1985, 306, 308.

hindernisse aus dem Vertrag zwischen B und C müssen in diesem Fall zunächst beseitigt werden, bevor die allein noch zulässige Umschreibung auf C realisiert werden kann. Durch die Übertragung des Anwartschaftsrechts wird mithin sowohl die Zeitspanne, in der der C nicht optimal gesichert ist, als auch der Zeitraum, in dem A als Eigentümer des Grundbesitzes eingetragen bleiben muss[119], unter Umständen verlängert.

Es wird daher im Folgenden davon ausgegangen, dass der C zu seiner Absicherung allein den Eigentumsverschaffungsanspruch nebst Auflassungsvormerkung von B abgetreten erhält. Soweit im Übrigen im Zusammenhang mit der Behandlung einzelner Rechtsprobleme durch die Übertragung des Anwartschaftsrechts eine andere, den C mitunter besser schützende Lösung möglich erscheint, wird hierauf an entsprechender Stelle eingegangen werden.

II. Voraussetzungen und Ausgestaltung der Abtretung

1. Voraussetzung: Kein Abtretungsausschluss (§ 399 BGB)

Grundvoraussetzung für die Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs ist naturgemäß, dass die Abtretbarkeit der Forderung nicht gemäß § 399 BGB ausgeschlossen ist. Neben dem – in der Praxis von vielen Notaren standardmäßig in die Kaufverträge aufgenommenen – ausdrücklichen Abtretungsausschluss ist die Abtretung nach § 399 BGB auch dann unzulässig, wenn sich durch die Abtretung der Inhalt der Leistung ändern würde. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Leistungsgegenstand unteilbar, der Leistungszweck gebunden oder der Anspruch höchstpersönlich ist; die Abtretung ist aber auch ausgeschlossen, wenn sie zu unzumutbaren Erschwernissen für den Schuldner (A) führt[120].

Bei der Beurkundung von Kettenkaufverträgen sind in diesem Zusammenhang die nachfolgenden Fallkonstellationen von besonderer Bedeutung:

a) Abtretungsausschluss aufgrund vorweg erklärter Löschungsbewilligung bzw. Löschungsvollmacht bezüglich der Auflassungsvormerkung für B

Eine sehr bedeutsame, in der Praxis häufig vorkommende, in der Literatur zu Kettenkaufverträgen jedoch erstaunlich wenig diskutierte Problematik ergibt sich bei den Kaufverträgen, bei denen der Zwischenerwerber B – sei es im Kaufvertrag selbst, sei es in gesonderter Urkunde in Form der sogenannten „Schubladenlöschungsbewilligung" – bereits anlässlich der Beurkundung des Kaufvertrages mit A hinsichtlich der zu seinen Gunsten bewilligten Auflassungsvormerkung deren Löschung bewilligt oder dem Notar beziehungsweise dessen Mitarbeitern eine Vollmacht zur Löschung der Vormerkung erteilt. Viele Notare verwenden standardmäßig in jedem Kaufvertrag und in mehr oder weniger ausführlicher Form derartige Gestaltungsmittel, um im Falle eines Scheiterns des Kaufvertrages infolge Nichtzahlung des Kaufpreises eine erleichterte Löschung der Vormerkung im Interesse des Verkäufers erreichen zu können[121]. Liegt eine entsprechende Regelung vor, ginge der mit ihr verfolgte Sicherungszweck zugunsten des A verloren, wenn man dem B die Rechtsmacht zubilligen würde, seinen Eigentumsverschaffungsanspruch und mit ihm die Auflassungsvormerkung abzutreten. Denn infolge der Abtretung würde C Inhaber des Eigentumsverschaffungsanspruchs und damit auch der Auflassungsvormerkung mit der Folge, dass C die Löschung der Vormerkung bewilligen müsste; die anlässlich der Beurkundung des Kaufvertrages A – B seitens B erteilte Löschungsbewilligung bzw. -vollmacht würde dem A nicht mehr weiterhelfen.

Mithin ist festzuhalten, dass im Falle einer vorweg erteilten Löschungsbewilligung bzw. -vollmacht des B eine nachfolgende Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs den Inhalt des zwischen A und B geschlossenen Kaufvertrages wesentlich ändern würde und daher gemäß § 399 BGB unzulässig ist[122].

b) Kein Abtretungsausschluss wegen unzumutbarer Beeinträchtigung des Abnahmeanspruchs des A im Falle des Vorliegens einer Einziehungsermächtigung

Weitere nicht unwesentliche Probleme könnte die Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs dem A bereiten, wenn er von ihr erfahren hat und im Übrigen alle Voraussetzungen vorliegen, um den Vertrag zwischen A und B durch Eigentumsumschreibung endgültig vollziehen zu können. A hat dann einen Anspruch darauf, dass ihm das Eigentum am verkauften Grundstück abgenommen wird (§ 433 Abs. 2 BGB). Hieran kann A ein erhebliches Interesse haben, etwa weil er sich der Verkehrssicherungspflicht, der Grundbesitzabgabenpflicht, der Vermieterhaftung oder der Haftung für Erschließungskosten entledigen möchte[123].

Dem Grunde nach ist dabei auch nach der Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs von B an C für den A nicht zweifelhaft, wer ihm gegenüber abnahmeverpflichtet ist: Wie bereits oben[124] ausgeführt, führt die Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs zwar zu einem Wechsel in der Forderungszuständigkeit, mithin zu einem Gläubigerwechsel von B zu C. Schon aus allgemeinen rechtlichen Erwägungen kann Rechtsfolge der Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs aber nicht sein, dass aus der Sicht des Gläubigers des Abnahmeanspruchs (A) der betreffende Schuldner (B) ohne Genehmigung des A wechselt (vgl. § 415 BGB). Eine solche Annahme würde zum Vorliegen eines unzulässigen „Vertrages zu Lasten Dritter" führen.

Somit bleibt auch nach der Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs an C jedenfalls[125] der B gegenüber A abnahmeverpflichtet.

---

119 Zu diesem Problemkreis ausführlich sogleich unter C. II. 1. b).

120 BGHZ 23, 53; BayObLG DNotZ 1972, 233; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1989, 252; Amann, a.a.O. (Fn. 10), DAI-Skript, S. 39.

121 Beck'sches Notarhandbuch/Amann, a.a.O. (Fn. 1), A I., Rn. 172 f. In der Praxis wird die vorstehende Regelung zumeist mit einem ausdrücklichen Abtretungsausschluss hinsichtlich des Erwerbsanspruchs kombiniert.

122 So auch Krauß, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 315; Brambring/Reimbold/Sandkühler, a.a.O. (Fn. 8), S. 665.

123 Amann, a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 90 f.; Krauß, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 314.

124 Siehe oben, C. I. 1. b).

125 Unerheblich für die Frage des Ausschlusses der Abtretbarkeit ist das Problem, ob in der Übernahme des Eigentumsverschaffungsanspruchs durch C auch regelmäßig ein konkludenter Schuldbeitritt zur Abnahmepflicht zu erblicken ist (vgl. hierzu bereits oben, C. I. 1. a).

Für den Regelfall in der Praxis, bei dem A im Rahmen des Vertragsschlusses mit B bereits sämtliche zur Eigentumsumschreibung erforderliche Leistungshandlungen einschließlich der Auflassung erbracht hat und B seinen Eigentumsverschaffungsanspruch anschließend an C abgetreten hat, bedeutet dies, dass A mit Eintritt der Vollzugsreife des mit B geschlossenen Vertrages risikolos die unverzügliche Umschreibung auf B verlangen kann[126]. Insbesondere läuft A nicht Gefahr, dass C seinerseits unter Berufung auf den ihm zustehenden Eigentumsverschaffungsanspruch gemäß § 407 Abs. 1 BGB den A erfolgreich in Anspruch nehmen kann, selbst wenn der Leistungserfolg, die Eigentumsumschreibung, erst nach der Anzeige der Abtretung eingetreten ist; denn nach allgemeiner Auffassung ist entscheidender Zeitpunkt für die Kenntnis des Schuldners von der Abtretung nicht der des Leistungserfolges, sondern der Zeitpunkt der Leistungshandlung[127].

Problematisch wird die Situation für A aber in den Fällen, in denen er bei Kenntniserlangung von der Abtretung noch nicht sämtliche Leistungshandlungen erbracht hat; zu denken ist in diesem Zusammenhang etwa an Teilflächenkaufverträge, bei denen die Auflassungserklärung bis zum Abschluss des Vermessungsverfahrens zurückgestellt wurde. Dann kann A die erforderliche Leistungshandlung mit schuldbefreiender Wirkung gemäß § 407 Abs. 1 BGB allein gegenüber C vornehmen, und zwar unabhängig vom Fortbestehen der Abnahmepflicht des B gegenüber A aufgrund des zwischen ihnen geschlossenen Kaufvertrages. C wäre daher, falls A nach Eintritt der Vollzugsreife des Kaufvertrages A – B die Auflassung gegenüber B erklären würde, weiterhin Inhaber des – nicht durch Erfüllung erloschenen – Eigentumsverschaffungsanspruchs und besäße jedenfalls im Falle der Nichterfüllung Schadensersatzansprüche gegenüber A[128]. Bei der vorstehenden Fallgestaltung kann die Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs somit in der Tat zu einer unzumutbaren Beeinträchtigung des Abnahmeanspruches des A führen: Obwohl der Vertrag zwischen A und B vollzugsreif ist und demgemäß der Abnahmeanspruch des A gemäß § 433 Abs. 2 BGB gegen B fällig und durchsetzbar ist, ist der A zur Vermeidung möglicher Schadenersatzansprüche im Verhältnis zu C gezwungen, sein Eigentum zu behalten und die damit verbundenen Kosten und Risiken zu tragen, bis der Vertrag B – C ebenfalls vollziehbar ist[129].

Zur Vermeidung einer möglichen Unwirksamkeit der Abtretung gemäß § 399 BGB wegen unzumutbarer Beeinträchtigung des Abnahmeanspruches ist es mithin notwendig, eine Gestaltung zu finden, die trotz der Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs an C die Abwicklung des Vertrages A – B von der Vollzugsreife des Vertrages B – C abkoppelt und dem A die Möglichkeit gibt, das Grundstück ohne Schadensersatzrisiko im Verhältnis zu C dem B zu übereignen.

Dieses Ziel ist ohne weiteres zu erreichen, indem die Abtretung in der Weise mit einer Einziehungsermächtigung kombiniert wird, dass B seinen Eigentumsverschaffungsanspruch an C abtritt und C wiederum den B ermächtigt, das Eigentum auf sich übertragen zu lassen[130]. Die Einziehungsermächtigung ist ein im BGB nicht vorgesehenes, aber aufgrund richterlicher Rechtsfortbildung entstandenes und heute allgemein anerkanntes Überlassungsgeschäft, durch das der Rechtsinhaber zwar seine Gläubigerstellung behält, der Einziehungsermächtigte aber ebenfalls zur Geltendmachung der (fremden) Forderung in eigenem Namen berechtigt wird[131].

Gerade im Zusammenhang mit der Auslegung eines Kettenkaufvertrages hat auch bereits der BGH ausgeführt, dass eine vertragliche Regelung, durch die zwar einerseits der Eigentumsverschaffungsanspruch vom Zwischenerwerber B an den Enderwerber C abgetreten wurde, andererseits aber die Parteien davon ausgingen, dass die Eigentumsumschreibung zunächst auf B erfolgen solle, so zu verstehen sei, dass die Abtretung mit einer Einziehungsermächtigung für B kombiniert worden sei[132].

Die im Zusammenhang mit dem Problemkreis der Kettenkaufverträge bedeutsamen rechtlichen Aspekte einer Einziehungsermächtigung lassen sich dabei wie folgt zusammenfassen:

- Die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung ist vom Gegenstand der Forderung unabhängig; sie kann mithin auch erteilt werden, wenn die Forderung sich auf den Erwerb von Immobilieneigentum richtet[133].
- Die Einziehungsermächtigung muss nicht unbedingt erfolgen, sondern kann auch an Bedingungen geknüpft werden[134].
- Der Gläubiger (C) kann die Einziehungsermächtigung grundsätzlich frei wiederrufen; das Widerrufsrecht kann aber durch Vertrag zwischen Gläubiger (C) und Ermächtigtem (B) abgedungen werden[135].
- Dem Schuldner (A), dem die Einziehungsermächtigung angezeigt wurde, wird das Risiko der Unwirksamkeit, ihres Widerrufs oder – wenn dieser ausgeschlossen ist – ihrer vertraglichen Aufhebung oder Einschränkung durch entsprechende Anwendung des § 409 Abs. 1 BGB abgenommen[136].

---

126 Auch dieser Umstand spricht für eine Abtretung alleine des Eigentumsverschaffungsanspruchs und nicht (auch) für eine Übertragung des Anwartschaftsrechts an C: Denn im Falle der Übertragung des Anwartschaftsrechts wäre B infolge des vollständigen Verlustes seiner dinglichen Rechtsposition rechtlich gar nicht mehr in der Lage, seiner Abnahmepflicht gem. § 433 Abs. 2 BGB nachzukommen, s. o., C. I. 2. b). Durch die Übertragung des Anwartschaftsrechts würde B sein eigenes Unvermögen zur Leistung herbeiführen und sich dem Grunde nach gegenüber A schadensersatzpflichtig machen.

127 Staudinger/Busche (1999), § 407 Rn. 12; Palandt/Heinrichs, a.a.O. (Fn. 5), § 407 Rn. 6.

128 Amann, a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 91.

129 Amann, a.a.O. (Fn. 10), DAI-Skript, S. 39 f.; ders., a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 90 ff.; Krauß, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 314.

130 Amann, a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 93.

131 MünchKomm/Roth, a.a.O. (Fn. 28), § 398Rn. 46 f.; Staudinger/Busche (1999), Einl. 119 f zu §§ 398 ff., jeweils m. w. N.

132 BGH DNotZ 1995, 47.

133 BGH DNotZ 1995, 47; Amann, a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 94.

134 MünchKomm/Roth, a.a.O. (Fn. 28), § 398 Rn. 47.

135 BGHZ 82, 283, 290; Staudinger/Busche (1999), Einl. 129 zu §§ 398 ff.

136 MünchKomm/Roth, a.a.O. (Fn. 28), § 398 Rn. 47; Amann, a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 94.

– Da die Einziehungsermächtigung die Gläubigerstellung des Rechtsinhabers (C) nicht beeinträchtigt, hindert sie den Schuldner (A) nicht daran, befreiend auch an den Gläubiger (C) zu leisten, wenn er dies bei Fehlen einer Einziehungsermächtigung könnte[137].

– Erbringt der Schuldner (A) die Leistung an den Ermächtigten (B), liegt eine Leistung an einen empfangsberechtigten Nichtberechtigten vor, die den Anspruch des Gläubigers (C) gemäß §§ 185 Abs. 1, 362 Abs. 2 BGB uneingeschränkt zum Erlöschen bringt[138].

Zum Erhalt einer nicht mit rechtlichen Unsicherheiten belasteten vertraglichen Gestaltung empfiehlt es sich mithin, die Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs an C ausdrücklich mit einer Einziehungsermächtigung für B zu kombinieren und deren einseitigen Widerruf auszuschließen, so dass A sich auf sie verlassen kann, sobald ihm die Einziehungsermächtigung entsprechend § 409 Abs. 1 BGB angezeigt worden ist[139].

c) Sonderfall: Teilabtretung

In mehrfacher Hinsicht einen Sonderfall stellt die in der Praxis immer wieder auftretende Konstellation dar, dass der Zwischenerwerber B ein größeres Grundstück erwirbt, um dieses sodann zu parzellieren und die neu entstehenden Einzelgrundstücke an verschiedene Enderwerber weiterzuveräußern.

In tatsächlicher Hinsicht wird es sich beim Zwischenerwerber in derartigen Fällen in aller Regel um ein Unternehmen der Baubranche handeln, dass oftmals nicht nur beabsichtigt, den Grundbesitz zu parzellieren und zu veräußern; vielmehr wird zugleich durch einen entsprechenden Vertrag mit der Kommune die Erschließung des entstehenden Baugebietes übernommen, und gegenüber den einzelnen Enderwerbern mag im Rahmen von Bauträgerverträgen neben der Grundstücksveräußerung auch die Verpflichtung zur Errichtung eines Wohngebäudes übernommen werden. Bevor der Zwischenerwerber B das Grundstück von A kauft, wird er in aller Regel zum Zwecke der Minimierung der wirtschaftlichen Risiken zunächst den Kontakt zur Kommune suchen, um die grundsätzlichen baurechtlichen Fragen abzuklären. Gegebenenfalls wird B auch schon vor Vertragsschluss mit A eine Marktanalyse durchführen, um das Nachfragepotenzial für Baugrundstücke zu erforschen. Insbesondere die umfassenden Vorbereitungsmaßnahmen im Vorfeld eines solchen wirtschaftlich bedeutsamen Vorhabens führen in aller Regel dazu, dass – anders als in den Fällen, in denen der B das gesamte von ihm erworbene Grundstück zu einem höheren Preis weiterveräußert – der A bereits vor Vertragsschluss mit B nahezu zwangsläufig von der Weiterveräußerungsabsicht erfährt. A wird selbstverständlich auch versuchen, sich diese Kenntnis bei der Kaufpreisfindung für sein Grundstück zunutze zu machen; so wird er beispielsweise in dem Fall, dass sein Grundstück gerade erst durch die Erschließungsmaßnahme des B Baulandqualität erhält, mit Blick auf die zukünftige Entwicklung versuchen, einen Preis zu erzielen, der dem für unerschlossenes Bauland und nicht nur dem für Landwirtschaftsflächen entspricht.

In rechtlicher Hinsicht wird die Frage kontrovers diskutiert, ob B nach Beurkundung des Kaufvertrages mit A seinen durch Auflassungsvormerkung gesicherten Eigentumsverschaffungsanspruch teilweise hinsichtlich der realen Teilflächen abtreten kann, oder ob dem § 399 BGB entgegensteht.

Eine Mindermeinung[140] vertritt die Auffassung, dass durch die Teilabtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs eine den A belastende, gemäß § 399 BGB unzulässige Inhaltsänderung der Forderung eintrete, da infolge der Teilung des Grundstücks eine zusätzliche Leistung des A erforderlich sei. Die Erfüllung der Teilansprüche setze nämlich die vorherige Vermessung der jeweiligen Parzellen im Rahmen eines katasteramtlichen Verfahrens voraus, in dem Kosten entstehen. Auch bedürfe es zur Teilung einer kostenpflichtigen Teilungsgenehmigung beziehungsweise eines Negativattests gemäß §§ 19, 20 BauGB. Da aber für sämtliche Verfahrenskosten der Eigentümer gegenüber der öffentlichen Hand hafte, würden hierdurch schutzwürdige Interessen des derzeitigen Eigentümers (A) betroffen. Daher sei der Eigentumsverschaffungsanspruch nicht einseitig durch den Erwerber B teilbar[141].

Demgegenüber hält die herrschende Meinung[142] jedenfalls bei einer entsprechenden vertraglichen Gestaltung die Teilbarkeit des Eigentumsverschaffungsanspruchs einseitig durch B für möglich. Erforderlich, aber auch ausreichend sei zum einen, dass der B sämtliche im Zusammenhang mit der Vermessung anfallenden Kosten unter Freistellung des A übernehme[143]. Zum anderen müsse der Grundsatz beachtet werden, dass die Teilabtretung dem A keine Mehrarbeit aufbürden darf, die über die bisher geschuldete Leistung erheblich hinausgehe und dem Schuldner A nicht mehr ohne weiteres zumutbar sei[144]. Daher müssten insbesondere die gerade bei Teilflächenverkäufen durchaus denkbaren (zweiten) Auflassungserklärungen auf einen Termin konzentriert werden; dies müsse notfalls dadurch geschehen, dass A bei den Auflassungen vollmachtlos vertreten werde, um dann später alle Auflassungen einheitlich genehmigen zu können[145].

Letztlich dürfte der vorstehende Meinungsstreit de lege lata jedenfalls, solange das Institut der Teilungsgenehmigung gemäß §§ 19 ff. BauGB existiert[146], müßig sein, denn damit die Vermessung der Parzellen nach

---

137 MünchKomm/Roth, a.a.O. (Fn. 28), § 398 Rn. 47.

138 BGH DNotZ 1995, 47; unveröffentl. DNotI-Gutachten vom 25. 5. 1999, S. 3.

139 Amann, a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 94.

140 Staudinger/Gursky (2002), § 883 Rn. 323; Vollkommer, Rpfleger 1968, 337.

141 Vollkommer, Rpfleger 1968, 337, 342.

142 BayObLG DNotZ 1972, 232, 235; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1989, 252; Albrecht, in: Reithmann/Albrecht, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 451; Röll, MittRhNotK 1974, 251, 252; Deimann, Rpfleger 2001, 583, 584; Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 3147; Amann, a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 100 ff.

143 BayObLG DNotZ 1972, 232, 235; Amann, a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 101 f.

144 Ebd.

145 Amann, a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 101.

146 Vgl. zum aktuellen Stand des Gesetzentwurfs zur Anpassung des Baugesetzbuches an EU-Richtlinien, in deren Zuge §§ 19 ff. BauGB ersatzlos gestrichen werden sollen, BNotK-Intern 1/2004, S. 6 (abgedruckt als Beilage zu DNotI-Report 3/2004).

Veräußerung der Teilflächen überhaupt eingeleitet werden kann, bedarf es, solange A noch Eigentümer des Grundstückes ist, ohnehin notwendigerweise seiner Mitwirkung. Nach der Legaldefinition des § 19 Abs. 2 BauGB ist Teilung die dem Grundbuchamt gegenüber abgegebene oder sonstwie erkennbar gemachte Erklärung des *Eigentümers*, dass ein Grundstücksteil grundbuchmäßig abgeschrieben und als selbstständiges Grundstück eingetragen werden soll. Antragsberechtigt ist allein der Eigentümer, der Käufer nur bei einer entsprechenden Bevollmächtigung[147]. Da somit die Teilung des Grundstücks zwingend von der Antragstellung des A abhängt, wird der B zur Vermeidung des Risikos, sich durch den Verkauf einer Teilfläche an C ohne entsprechende Erklärung des A zu einer ihm persönlich unmöglichen Leistung zu verpflichten, in diesen Fällen ein elementares Interesse haben, bereits in seinem Kaufvertrag mit A die Regelungen aufzunehmen, die zum anschließenden Verkauf von Teilflächen rechtlich erforderlich sind; hierzu gehört nach dem Vorgesagten in erster Linie die Bevollmächtigung des B zur Vertretung des Eigentümers A im Teilungsverfahren. Da bei dieser Fallkonstellation wie eingangs erwähnt der A im Übrigen ohnehin Kenntnis von den weiteren Absichten des B erhält, ist eine solche Vorgehensweise auch praktisch ohne weiteres umsetzbar.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass B bereits im Kaufvertrag mit A dessen Zustimmung zu einer Parzellierung des Grundbesitzes und zu einer teilweisen Abtretung seines Eigentumsverschaffungsanspruchs einholen sollte[148]. Weiter sollte A den B ausdrücklich bevollmächtigen, die Teilungsgenehmigung beziehungsweise das Negativattest gemäß §§ 19, 20 BauGB zu beantragen, wobei B den A selbstverständlich von sämtlichen mit der Teilung und Vermessung einhergehenden Kosten freizustellen hat. Aus Gründen notarieller Vorsicht empfiehlt sich in diesem Zusammenhang der Hinweis an die Beteiligten, dass gegebenenfalls der A trotz der Freistellung im Innenverhältnis gegenüber der öffentlichen Hand kostentragungspflichtig sein kann, wenn der B, etwa weil er zwischenzeitlich insolvent wird, nicht zahlt.

d) „Umgehung" eines bestehenden Abtretungsausschlusses durch Übertragung des Anwartschaftsrechts?

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass neben einem ausdrücklich vereinbarten Abtretungsausschluss ein (konkludenter) Abtretungsausschluss gemäß § 399 BGB insbesondere beim Vorliegen einer vorweg erteilten Löschungsbewilligung oder -vollmacht des Zwischenerwerbers B anzunehmen ist. Es fragt sich vor diesem Hintergrund, ob der mit der Beurkundung des Kaufvertrages B – C betraute Notar, nachdem er festgestellt hat, dass wegen des Inhalts des Vertrages A – B eine Abtretbarkeit des Eigentumsverschaffungsanspruches nicht gegeben ist, dem C eine Absicherung dadurch verschaffen kann, dass er den B im Wege der Verfügung über ein eigenes Recht sein Anwartschaftsrecht auf den C übertragen lässt.

Auch an dieser Stelle ist eine Differenzierung zwischen dem – praktisch seltenen, dogmatisch jedoch weitgehend anerkannten – antragsgestützten Anwartschaftsrecht und dem – praktisch häufigen, dogmatisch stark umstrittenen – vormerkungsgestützten Anwartschaftsrecht angezeigt.

Das vormerkungsgestützte Anwartschaftsrecht ist begriffsnotwendig von der Innehabung des der Vormerkung zu Grunde liegenden Eigentumsverschaffungsanspruchs abhängig. Wenn aber der Eigentumsverschaffungsanspruch aufgrund eines Abtretungsausschlusses gemäß § 399 BGB nicht übertragbar ist, kann mithin auch nicht das hierauf basierende Anwartschaftsrecht übertragen werden[149].

Ob Gleiches in den praktisch selteneren Fällen des Bestehens eines antragsgestützten Anwartschaftsrechts gelten muss, ist bislang, soweit ersichtlich, in Literatur und Rechtsprechung nicht behandelt worden[150]. Hiergegen dürften im Ergebnis aber dogmatische und teleologische Argumente sprechen. So übertragt B durch die Verfügung über sein antragsgestütztes Anwartschaftsrecht unstreitig eine eigene Rechtsposition, die von den schuldrechtlichen Beziehungen zwischen A und B unabhängig, mithin abstrakt ist. Auch ist der Grund, der in der in Rede stehenden Fallkonstellation zum Abtretungsausschluss führt (durch einen Übergang von Eigentumsverschaffungsanspruch und Auflassungsvormerkung auf C würde die vorher von B erteilte Löschungsbewilligung bzw. -vollmacht sinnentleert) bei der Abtretung allein des antragsgestützten Anwartschaftsrechts nicht von Relevanz: Die grundbuchliche Position des A verschlechtert sich durch die isolierte Übertragung des Anwartschaftsrechts nämlich in keiner Weise, da für C kein Recht ins Grundbuch eingetragen wird; auch behält B zusammen mit dem Eigentumsverschaffungsanspruch eine etwaig für ihn eingetragene Auflassungsvormerkung, so dass eine vorab von B erteilte Löschungsbewilligung bzw. -vollmacht weiterhin dem Sicherungsinteresse des A dient.

Im Falle des Bestehens eines Abtretungsausschlusses gemäß § 399 BGB kann somit zur Absicherung des C ein antragsgestütztes Anwartschaftsrecht des B „ersatzweise" auf C übertragen werden.

2. Gestaltung der Abtretung

a) Sicherungsabtretung

Die Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs gemäß § 398 BGB ist selbstredend ein abstraktes Verfügungsgeschäft und trägt daher ihren Rechtsgrund nicht in sich, sondern bedarf eines solchen in Form eines zu Grunde liegenden obligatorischen Rechtsgeschäftes. Grundlage für die Abtretung ist dabei der Weiterverkauf des von B erworbenen Grundstücks an C.

---

147 Beck'sches Notarhandbuch/Amann, a.a.O. (Fn. 1), A I., Rn. 58.

148 Albrecht, in: Reithmann/Albrecht, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 451; Röll, MittBayNot 1974, 251, 252, Vollkommer, Rpfleger 1968, 337, 343.

149 So auch Staudinger/Pfeifer (1995), § 925 Rn. 140; Hager, EWiR 1997, 247, 248. Auch hier zeigt sich die dogmatische Zweifelhaftigkeit des vom Bestand des schuldrechtlichen Anspruchs abhängigen und somit gerade nicht abstrakten vormerkungsgestützten Anwartschaftsrechts.

150 Lediglich Hager, EWiR 1997, 247, 248, plädiert – allerdings pauschal und knapp – dafür, „dass man die Verfügung über die Anwartschaft denselben Restriktionen unterwirft wie die Auflassung mit Einwilligung des Berechtigten nach § 185 I BGB".

Dieser Umstand erklärt zugleich, weshalb die Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs für sich keine Erfüllungswirkung haben soll. Denn Gegenstand des Kaufvertrages zwischen B und C ist das konkrete Grundstück. Wie bereits oben[151] ausgeführt, ist demgemäß Gegenleistung für die von C übernommene Kaufpreiszahlungspflicht die Verpflichtung des B zur Verschaffung des Eigentums am Grundstück; der Vertrag zwischen B und C erschöpft sich keinesfalls im bloßen Verkauf der dem B gegen A zustehenden Forderung.

Folge dieses Vertragsinhaltes ist, dass die Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs nicht an Erfüllungs statt (§ 364 Abs. 1 BGB) erfolgt, denn B soll gerade nicht allein mit der Abtretung seines Anspruchs gegen A die ihm obliegende Pflicht im Verhältnis zu C erfüllt haben[152]. Auch geschieht die Abtretung nicht erfüllungshalber, also nicht in der Absicht, dass C in erster Linie versuchen soll, sich das Grundstückseigentum von A unter Berufung auf den ihm abgetretenen Anspruch zu verschaffen[153].

Vielmehr soll es im Verhältnis zwischen B und C bei der primären Eigentumsverschaffungspflicht des B verbleiben. Lediglich wenn B diese Pflicht nicht erfüllt, soll die Abtretung dem C weiterhelfen; die Abtretung erfolgt nach heute einhelliger Auffassung somit sicherungshalber[154].

Aus der Qualität der Abtretung als Sicherungsabtretung resultiert zugleich, dass die Abtretung nicht zwingend bedeutet, dass dem C die Gläubigerstellung auf Kosten des B unwiederbringlich eingeräumt wird. Ob der C den abgetretenen Anspruch tatsächlich behalten darf, ergibt sich vielmehr daraus, wie die Sicherungsabrede und ihr folgend die Abtretung ausgestaltet sind. Deren beider Gestaltung muss sich dabei an den Zwecken orientieren, die B und C mit der Sicherungsabtretung verfolgen; wie auch die Systematik dieses Aufsatzes zeigt, dient die Abtretung dabei als Ersatz für eine nicht realisierbare originäre Auflassungsvormerkung zu Gunsten des C. Sie soll daher einerseits den im Vertrag B – C vereinbarten Eigentumserwerb des C möglichst weitgehend so sichern, wie dies sonst nur eine originäre Auflassungsvormerkung könnte. Sie soll andererseits die Rechtsstellung des B möglichst nicht weitergehend einschränken als eine originäre Auflassungsvormerkung für C[155].

b) Bedingte Abtretung

Um diese Vorgaben zu erreichen, darf die Abtretung nicht unbeschränkt erfolgen. Denn wenn B seinen Eigentumsverschaffungsanspruch gegen A ohne Einschränkungen an C abträte, könnte dieser von A die Übereignung des Grundstücks verlangen, sobald der Vertrag A – B vollzugsreif ist, ohne die im Kaufvertrag B – C für den Eigentumserwerb des C vereinbarten Kautelen erfüllt zu haben. Insbesondere wäre eine Eigentumsumschreibung auf C ohne vorherige Kaufpreiszahlung denkbar. Zwar mag im Innenverhältnis aufgrund der zwischen B und C getroffenen Sicherungsabrede der C vor Kaufpreiszahlung nicht befugt sein, den abgetretenen Eigentumsverschaffungsanspruch gegenüber A geltend zu machen; im Außenverhältnis zu A ändert dies aber nichts daran, dass C aufgrund der Abtretung zu einem entsprechenden Forderungseinzug rechtlich in der Lage wäre[156].

Um somit dem C nicht mehr zu geben, als zum Zwecke seiner Absicherung erforderlich ist, muss die Abtretung richtigerweise bedingt erfolgen. Denkbar ist dabei sowohl die Abtretung unter einer aufschiebenden Bedingung als auch eine solche unter einer auflösenden Bedingung.

Die durch die Zahlung des Kaufpreises durch C aufschiebend bedingte Abtretung[157] betont dabei das Interesse des B, seine Gläubigerstellung gegenüber A nicht zu verlieren, solange C seiner primären Vertragspflicht, der Kaufpreiszahlung, nicht nachgekommen ist.

Zwangsläufige Kehrseite dieser Lösung ist aber, dass der C bis zum Bedingungseintritt tatsächlich keinerlei Absicherung erfährt. So kann A bis zum Eintritt der Bedingung an den B, der nach wie vor Gläubiger des Eigentumsverschaffungsanspruches ist, schuldbefreiend leisten mit der Folge, dass C den Schutz der bedingten Abtretung verliert[158]. Auch dürfte die aufschiebende Bedingung gerade im wichtigsten Fall, nämlich dem der Insolvenz des B[159], ohne weiteres versagen. Tritt nämlich der Insolvenzverwalter nicht gemäß § 103 InsO in den Kaufvertrag ein, wird der Kaufpreis nie ganz bezahlt und die Bedingung tritt zu keinem Zeitpunkt ein mit der Folge, dass C in der Insolvenz des B noch nicht einmal Ansprüche aus abgetretenem Recht besäße[160].

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist der Weg über die auflösend bedingte Abtretung vorzugswürdig[161]. Im Sicherungsinteresse des C wird dieser unmittelbar Inhaber des Eigentumsverschaffungsanspruchs, und im Interesse des B vereinbaren B und C Bedingungen, unter denen die Gläubigerstellung wieder an B zurückfällt. Zu berücksichtigen sind dabei konkret zwei (auflösende) Bedingungen: Zum einen liegt auf der Hand, dass der C nicht mehr Inhaber des Eigentumsverschaffungsanspruchs sein soll, wenn er seiner Kaufpreiszahlungspflicht gegenüber B nicht nachkommt. Ungenau wäre es aller-

151 Vgl. oben, B. I.

152 Amann, a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 88.

153 BGH DNotZ 1995, 47; Amann, a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 88; a. A. noch Zeiß, BWNotZ 1980, 15.

154 BGH DNotZ 1995, 47; Krauß, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 313; Reithmann/Meichssner/vHeymann, Kauf vom Bauträger, 7. Aufl. 1995, Rn. 167; Amann, a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 89; Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 3147.

155 Amann, a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 89.

156 MünchKomm/Roth, a.a.O. (Fn. 28), § 398 Rn. 108.

157 Diese wird empfohlen von Albrecht, in: Reithmann/Albrecht, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 449; Reithmann/Meichssner/ v. Heymann, a.a.O. (Fn. 154), Rn. 167.

158 Amann, a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 92.

159 Siehe hierzu ausführlich unten, C. III. 4. b).

160 Röll, MittBayNot 1974, 251, 252. Kein überzeugendes Argument gegen eine aufschiebend bedingte Abtretung ist die – unzutreffende – Annahme, vor Bedingungseintritt sei die Abtretung bei der Auflassungsvormerkung nicht eintragbar, so aber wohl Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 3147 Fn. 15. Da gemäß § 883 Abs. 1 Satz 1 BGB die Eintragung einer Vormerkung auch zur Sicherung eines künftigen oder bedingten Anspruchs zulässig ist, bestehen nach richtiger Auffassung gegen die Eintragungsfähigkeit auch der aufschiebend bedingten Abtretung keine Bedenken, vgl. BGHZ 134, 182 = MittRhNotK 1997, 82 = DNotZ 1997, 720; BayObLG Rpfleger 1986, 496; KEHE/Munzig, a.a.O. (Fn. 35), § 20 Rn. 313; Staudinger/Gursky (2002), § 883 Rn. 322.

161 Röll, MittBayNot 1974, 251, 252; Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 3147; Amann, a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 90.

dings, bei der Formulierung der Bedingungen ausschließlich auf einen Rücktritt wegen Zahlungsverzuges abzustellen[162], da B sich oftmals besser steht, wenn er statt des Rücktritts gemäß § 323 BGB Schadensersatz statt der Leistung gemäß § 281 BGB wählt[163]. Daher empfiehlt sich eine eher allgemeine Formulierung der Bedingung in der Weise, dass der Eigentumsverschaffungsanspruch des C gegen B infolge Zahlungsverzuges des C wegfällt[164].

Zum anderen ist bei der Formulierung der Bedingungen zu berücksichtigen, dass die Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs an C ja nur deshalb erfolgen soll, weil das eigentlich gewünschte primäre Sicherungsinstrument, nämlich die originäre Auflassungsvormerkung für C, mangels Eigentümerstellung des B nicht realisierbar ist. Daher ist es aber nur folgerichtig, die Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs an C entfallen zu lassen, sobald infolge eines Eigentumswechsels auf B die originäre, im Vertrag zwischen B und C seitens B bewilligte Auflassungsvormerkung für C an bedungener Rangstelle eingetragen ist[165].

III. Schwächen der Absicherung aus abgeleitetem Recht

Nach dem bisher Gesagten sind die Abtretung des dem B gegen A zustehenden Eigentumsverschaffungsanspruchs an den Enderwerber C beziehungsweise die Übertragung des Anwartschaftsrechts des B an den C Gestaltungsvarianten im Rahmen der Konstruktion von Kettenkaufverträgen. Ihre Bewährungsprobe steht diesen Lösungswegen aber noch bevor: Fraglich ist nämlich in der Folge, ob die von B abgeleitete Rechtsposition in der Lage ist, die rechtliche Stellung des C in wenigstens annähernd gleicher Weise wie eine originäre Auflassungsvormerkung abzusichern, so dass man dem C ohne Bedenken empfehlen kann, bereits in einer solchen Situation Zahlungen auf den Kaufpreis zu leisten.

1. Abhängigkeit des abgeleiteten Rechts vom Bestand des Vertrages zwischen A und B

a) Im Falle der Abtretung von Eigentumsverschaffungsanspruch nebst Auflassungsvormerkung

Schon an dieser Stelle ist aber auf einen wesentlichen Nachteil des abgetretenen Eigentumsverschaffungsanspruchs hinzuweisen: Die Schutzwirkungen für C aus der Abtretung hängen von der Rechtsbeständigkeit und Durchsetzbarkeit des abgetretenen, auf dem Vertrag zwischen A und B basierenden Anspruchs ab[166].

Ist etwa der Kaufvertrag A – B gemäß § 311 b BGB formunwirksam, wegen fehlender Genehmigungen oder Vollzugsvoraussetzungen unwirksam oder undurchführbar, leidet er an Mängeln der Geschäftsfähigkeit oder ist er anfechtbar, ist der Anspruch durch – vertragliche oder gesetzliche – Rücktrittsrechte entfallen oder wegen Einwendungen beziehungsweise Einreden undurchsetzbar, so ist der Eigentumsverschaffungsanspruch des B niemals entstanden beziehungsweise wieder erloschen oder nicht durchsetzbar[167]. Ein ähnliches Schicksal ereilt die Vormerkung: Ist sie zur Sicherung eines unwirksamen Anspruchs eingetragen worden oder ist der Anspruch zwischenzeitlich erloschen, ist die Vormerkung ebenfalls unwirksam[168].

Wird ein solcher unwirksamer oder nicht durchsetzbarer Eigentumsverschaffungsanspruch nebst Auflassungsvormerkung von B an C „abgetreten", führt dies in der Person des Zessionars zu keiner Änderung der Rechtslage. Die Abtretung vermag dem C keinerlei Rechtsposition zu verschaffen; insbesondere findet zu Gunsten des C auch kein gutgläubiger Erwerb statt, weil nach allgemeiner Auffassung[169] die im Grundbuch eingetragene Auflassungsvormerkung den gutgläubigen Erwerb eines nicht bestehenden beziehungsweise einredebehafteten Anspruchs nicht ermöglicht. Insoweit ist § 1138 BGB nicht analog anzuwenden[170].

Folglich ist der C im Falle der Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs seitens B nicht nur gezwungen, seinen eigenen, mit B geschlossenen Vertrag auf rechtliche Risiken hin abzuklopfen. Er muss vielmehr zusätzlich ein anderes Vertragsverhältnis (A – B) überprüfen, an dem er nicht beteiligt ist und in das er folglich zunächst keinen Einblick besitzt. C müsste also die für ihn notwendigen Informationen bei A oder B einholen. Hier befindet sich C aber tatsächlich und rechtlich in einem Dilemma: Denn von seinem Zedenten B kann C zwar die zur Geltendmachung der Forderung erforderlichen Auskünfte verlangen und auch eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des Kaufvertrages A – B beanspruchen (§ 402 BGB)[171]. Ob B aber den C tatsächlich über alle Umstände, insbesondere über für ihn nachteilige, da den Eigentumsverschaffungsanspruch gefährdende und nicht unmittelbar aus dem Kaufvertrag A – B zu ersehende Tatsachen, vollständig und wahrheitsgemäß aufklären wird, dürfte nach der allgemeinen Lebenserfahrung zweifelhaft sein[172].

Erschöpfende Auskunft wird C dagegen von A erwarten können; dieser ist aber unglücklicherweise nicht nach den §§ 398 ff. BGB gegenüber C auskunftspflichtig[173].

In der Literatur wird vor diesem Hintergrund verschiedentlich vorgeschlagen, in den Kaufvertrag zwischen B und C als weitere Fälligkeitsvoraussetzung eine Bestätigung des A aufzunehmen, wonach ihm keine Umstände bekannt sind, die eine Unwirksamkeit oder

---

162 So aber Krauß, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 313; Röll, MittBayNot 1974, 251, 252.
163 Amann, a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 90.
164 Ebd.
165 Krauß, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 313 f.; Amann, a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 90; Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 3147.
166 OLG Schleswig NotBZ 2002, 459, 460; Röll, MittBayNot 1974, 251, 252; Amann, a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 103; ders., a.a.O. (Fn. 10), DAI-Skript, S. 42.
167 Amann, a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 103; ders., a.a.O. (Fn. 10), DAI-Skript, S. 42; Krauß, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 313.
168 Schreiber/Preuss, a.a.O. (Fn. 18), Kap. 14 Rn. 6.
169 KEHE/Munzig, a.a.O. (Fn. 35), Einl L 33; Albrecht, in: Reithmann/Albrecht, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 448; Reithmann/ Meichssner/vHeymann, a.a.O. (Fn. 154), Rn. 166; Röll, MittBayNot 1974, 251, 252; Kersten/Bühling/Wolfsteiner, a.a.O. (Fn. 18), § 36 Rn. 370; Schreiber/Preuss, a.a.O. (Fn. 18), Kap. 14 Rn. 10.
170 Staudinger/Gursky (2002), § 892 Rn. 5; unveröffentl. DNotI-Gutachten vom 25. 5. 1999, S. 2.
171 Palandt/Heinrichs, a.a.O. (Fn. 5), § 402 Rn. 2; Amann, a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 103.
172 Ebenso Amann, a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 103.
173 Ebd.

mangelnde Durchsetzbarkeit des Kaufvertrages A – B nach sich ziehen könnten[174].

Diesem Lösungsansatz dürften aber nicht unerhebliche Bedenken entgegenstehen. So darf nicht verkannt werden, dass eine entsprechende Bestätigung des A den C zwar besserzustellen vermag, aber im Ergebnis nicht das Risiko der Unwirksamkeit oder mangelnden Durchsetzbarkeit des Vertrages A – B sicher ausschließen kann. Selbst wenn der A subjektiv erschöpfend Auskunft erteilt, können dennoch dem A entsprechende Hindernisse schlichtweg nicht bekannt sein oder zwischen Auskunftserteilung und Kaufpreiszahlung durch C noch eintreten[175]. Besonders unangenehm für den Notar kann dieser Weg im Übrigen werden, wenn der A sich letztlich weigert, eine entsprechende Auskunft zu erteilen, etwa weil er sich im Falle einer objektiv unrichtigen Bestätigung (fälschlich) Schadensersatzansprüchen ausgesetzt sieht oder sich (zutreffend) schlicht darauf beruft, zu einer solchen Mitteilung nicht verpflichtet zu sein. Wenn in einer solchen Situation die Fälligstellung des Kaufpreises allein am Fehlen der vom Notar initiierten Bestätigung des A scheitert und die Beteiligten, insbesondere der C aufgrund des in ihm seitens des Notars geweckten Sicherungsinteresses auf diese Voraussetzung nicht nachträglich verzichten, dürfte die Verärgerung gerade des B gegenüber dem Notar vorprogrammiert sein.

Dieser Lösungsansatz sollte daher nur in den Ausnahmefällen in die Tat umgesetzt werden, in denen der A sich bereits im Vertrag mit B zu einer solchen Bestätigung verpflichtet. Liegt eine derartige Verpflichtung nicht vor, dürfte dem Notar nichts anderes übrig bleiben, als im Rahmen des Kaufvertrags B – C insbesondere den C dezidiert darüber zu belehren, dass der abgetretene Eigentumsverschaffungsanspruch von der Rechtsbeständigkeit und Durchsetzbarkeit des Vertrages A – B abhängt[176].

b) Im Falle der Übertragung des Anwartschaftsrechts

Es drängt sich in der Folge die Frage auf, ob dem C dadurch eine stärkere Absicherung zu vermitteln ist, dass B statt des Eigentumsverschaffungsanspruchs ein ihm zustehendes Anwartschaftsrecht auf C überträgt.

Im Hinblick auf das vormerkungsgestützte Anwartschaftsrecht ist aber auch an dieser Stelle wiederum auf die Verquickung von schuldrechtlicher und dinglicher Ebene zu verweisen. Wie soeben bereits dargestellt, ist im Falle der Unwirksamkeit des Kaufvertrages A – B auch die für B eingetragene Auflassungsvormerkung nicht entstanden beziehungsweise erloschen. Dies hat zusammen mit der Tatsache, dass ein Vormerkungserwerb auch bei einem guten Glauben des C an den Bestand des Eigentumsverschaffungsanspruchs nicht möglich ist, zur Folge, dass C ein vormerkungsgestütztes Anwartschaftsrecht gar nicht erwerben könnte[177]. Würde er dennoch als Eigentümer ins Grundbuch eingetragen, weil die Unwirksamkeit des Vertrages zwischen A und B zunächst nicht bekannt war, würde er nicht rechtmäßiger Eigentümer, da die Rechtsstellung, die der B aufgrund der Auflassung hatte, nicht auf C übergegangen wäre; das Grundbuch würde unrichtig werden[178].

Bei Vorliegen eines antragsgestützten Anwartschaftsrechts stellt sich die Situation anders dar: Da es sich bei diesem Anwartschaftsrecht um eine uneingeschränkt abstrakte, dem Vollrecht wesensgleiche Rechtsposition handelt, die vom zugrunde liegenden Schuldverhältnis unabhängig ist, würde C im Falle der Übertragung dieses Anwartschaftsrechts auf ihn und einer späteren Grundbucheintragung Eigentümer des Grundstücks werden[179].

Aus diesem Umstand nun den Schluss zu ziehen, stets die Abtretung eines antragsgestützten Anwartschaftsrechts zu präferieren, dürfte aber das Regel-Ausnahme-Verhältnis auf den Kopf stellen. Denn glücklicherweise stellt die Unwirksamkeit beziehungsweise mangelnde Durchsetzbarkeit des Vertrages A – B in der Praxis den seltenen Ausnahmefall dar. Für den Regelfall der Wirksamkeit dieses Vertrages würde die Abtretung des Anwartschaftsrechts aber, wie erwähnt, den erheblichen Nachteil der fehlenden Flexibilität in der Weise nach sich ziehen, dass eine Eigentumsumschreibung auf den Zwischenerwerber B nicht mehr möglich wäre[180]; der Notar würde den B in letzter Konsequenz sogar der Möglichkeit berauben, die ihm gemäß § 433 Abs. 2 BGB gegenüber A obliegende Abnahmepflicht erfüllen zu können[181].

2. Risiko beeinträchtigender Verfügungen seitens A beziehungsweise B

Aber auch, wenn der zwischen A und B geschlossene Kaufvertrag dem Regelfall entsprechend wirksam und vollziehbar ist, drohen dem C trotz des an ihn abgetretenen Eigentumsverschaffungsanspruchs Gefahren aufgrund von Rechtshandlungen seitens A beziehungsweise B.

a) Erfüllungswirkung gemäß § 407 Abs. 1 BGB bei bereits erklärter Auflassung

In bezug auf A ist dabei zunächst der Blick auf den üblich gewordenen Fall der Mitbeurkundung der Auflassungserklärung bei Beurkundung des Kaufvertrages zu wenden: Hier hat A bereits anlässlich des Vertragsschlusses sämtliche zur Herbeiführung des Leistungserfolges „Eigentumsumschreibung“ notwendige Handlungen erbracht. Wird dann später trotz der zwischenzeitlich erfolgten Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs von B an C das Eigentum auf B umgeschrieben, fragt sich, ob der Übergang von Eigentumsverschaffungsanspruch und Auflassungsvormerkung dem C überhaupt etwas gebracht hat.

Entscheidende Bedeutung dürfte in diesem Zusammenhang § 407 Abs. 1 BGB zukommen, wonach sich der neue Gläubiger (C) eine Leistung (Eigentumsverschaffung), die der Schuldner (A) nach der Abtretung an den bishe-

174 Röll, MittBayNot 1974, 251, 252; Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 3147; Amann, a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 104.
175 Ähnlich Amann, a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 104.
176 Kersten/Bühling/Wolfsteiner, a.a.O. (Fn. 18), § 36 Rn. 370; Albrecht, in: Reithmann/Albrecht, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 448.
177 Weser, MittBayNot 1993, 253, 257; Staudinger/Pfeifer (1995), § 925 Rn. 129; Bergermann, MittRhNotK 1969, 687, 699; Reinicke/Tiedtke, NJW 1982, 2281, 2285.
178 Reinicke/Tiedtke, NJW 1982, 2281, 2285.
179 Ebd.
180 Siehe oben, C. I. 3.
181 Siehe oben, C. II. 1. b) (Fn. 126).

rigen Gläubiger (B) bewirkt, gegen sich gelten lassen muss, es sei denn, der Schuldner kannte die Abtretung bei der Leistung. Nach allgemeiner Meinung ist dabei der für die Kenntnis maßgebliche Zeitpunkt nicht der Eintritt des Leistungserfolges, sondern die Vornahme der Leistungshandlung durch den Schuldner[182]. Vorliegend kannte der A zum Zeitpunkt der Auflassungserklärung als Leistungshandlung die Abtretung nicht; sie war noch nicht einmal erfolgt. Wird in dieser – praktisch häufigsten – Fallkonstellation der B trotz der zwischenzeitlich erfolgten Abtretung an C als Eigentümer eingetragen, führt die Anwendung des § 407 Abs. 1 BGB zu einem vollständigen Erlöschen des Eigentumsverschaffungsanspruchs des C[183]. Nur diese Rechtsfolge entspricht dem Sinn und Zweck des § 407 BGB, der den Schuldner vor den Rechtsnachteilen schützen soll, die ihm dadurch entstehen können, dass die Forderung ohne sein Wissen abgetreten werden kann. Der Schuldner, der in Unkenntnis der Abtretung gegenüber dem alten Gläubiger eine Rechtshandlung vorgenommen hat, soll davor bewahrt werden, dass der neue Gläubiger diese Rechtshandlung nicht gegen sich gelten lassen will. Er soll mithin vor den Nachteilen der Abtretung geschützt werden, ihm sollen keine zusätzlichen Verpflichtungen auferlegt werden[184].

Zusammen mit dem infolge Erfüllung gemäß § 362 Abs. 1 BGB untergegangenen Anspruch erlischt zwangsläufig auch die auf C übergegangene Auflassungsvormerkung jedenfalls dann, wenn keine Zwischenrechte eingetragen worden sind, die sich gegen den Anspruchsverpflichteten A richten[185].

Die Anwendung des § 407 Abs. 1 BGB führt somit zu fatalen Rechtsfolgen für C in den Fällen, in denen die Übereignung an B nicht zugleich zur Eintragung einer originären Auflassungsvormerkung an rangrichtiger Stelle für C führt, etwa weil

- B den Eintragungsantrag nicht stellt und C seinerseits vom Eigentumswechsel auf B nichts erfährt und daher keinen eigenen Antrag stellt;
- B vor einer Auflassungsvormerkung für C vormerkungswidrige Rechte wie etwa Grundpfandrechte eintragen lässt;
- B nach Eigentumserwerb insolvent wird und der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrages zwischen B und C ablehnt, bevor die originäre Auflassungsvormerkung für C rangrichtig eingetragen ist[186].

In all diesen Fällen ist für C weder eine originäre rangrichtige Auflassungsvormerkung entstanden, noch ist er über den abgetretenen Eigentumsverschaffungsanspruch nebst übergegangener Auflassungsvormerkung geschützt. Die Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs nützt somit dem C gerade in den Fällen nichts, in welchen er Schutz benötigt, weil er keine originäre Auflassungsvormerkung erlangt hat[187].

Vertragliche Vorkehrungen gegen die vorgeschilderten gesetzlichen, sich aus § 407 Abs. 1 BGB ergebenden Rechtsfolgen sind dabei nicht ersichtlich, es sei denn, es würde bereits im Vertrag zwischen A und B hierauf Bedacht genommen. Denkbar wäre insoweit etwa, mit der bereits oben[188] dargestellten Aussetzung der Bewilligung zur Eigentumsumschreibung zu arbeiten und die Bewilligung des A gemäß §§ 19, 20 GBO an die grundbuchverfahrensrechtliche Bedingung zu knüpfen, dass für C eine originäre rangrichtige Auflassungsvormerkung eingetragen wird[189]. Angesichts des in aller Regel mangelnden Interesses des A an solcherlei Zugeständnissen dürfte eine solche Gestaltung aber kaum praktikabel sein.

Mit Nachdruck sei im Übrigen darauf verwiesen, dass auch ein verbundener Antrag gemäß § 16 Abs. 2 GBO, wonach der Eigentumswechsel auf B nur eingetragen werden darf, wenn zugleich eine originäre rangrichtige Auflassungsvormerkung für C eingetragen wird, nicht in Betracht kommt, da ein solches Vorgehen eklatant gegen die Vollzugsanweisungen aus dem Vertrag A – B verstieße.

b) Erfüllungswirkung gemäß §§ 185 Abs. 1, 362 Abs. 2 BGB bei Vorliegen einer Einziehungsermächtigung

In ähnlicher Weise wie vor dem Hintergrund des § 407 Abs. 1 BGB bei bereits erklärter Auflassung vor Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs erlöschen der abgetretene Anspruch nebst Auflassungsvormerkung gemäß §§ 185 Abs. 1, 362 Abs. 2 BGB mit der Umschreibung auf B, wenn die Auflassung zum Zeitpunkt der Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs zwar noch nicht erklärt ist, der C den B aber zur Einziehung des Anspruchs ermächtigt hat und anschließend A das Grundstück an B auflässt[190].

Anders als im Anwendungsbereich des § 407 Abs. 1 BGB besteht bei dieser Fallkonstellation aber dem Grunde nach die Möglichkeit, durch eine entsprechende Formulierung der Einziehungsermächtigung die Gefahr des Eintritts der Erfüllungswirkung zu minimieren. Ziel der Gestaltung muss dabei sein, der Eigentumsumschreibung auf den ermächtigten B nur dann uneingeschränkte Erfüllungswirkung zukommen zu lassen, wenn zugleich eine originäre Auflassungsvormerkung für C an rangbereiter Stelle eingetragen wird[191].

Um sich aber durch eine zu starke Modifizierung der Einziehungsermächtigung nicht der Gefahr der Unwirksamkeit der Abtretung gemäß § 399 BGB auszusetzen, muss auf der anderen Seite der rechtliche Grund für die Aufnahme der Einziehungsermächtigung in den Vertrag stets strikt beachtet werden: Dem A darf die Durch-

182 BGHZ 105, 358, 360; MünchKomm/Roth, a.a.O. (Fn. 28), § 398 Rn. 16; Staudinger/Busche (1999), § 407 Rn. 30.
183 Staudinger/Gursky (2002), § 886 Rn. 14; unveröffentl. DNotI-Gutachten vom 25. 5. 1999, S. 4 ff. Dieser Umstand wird vom OLG Düsseldorf MittRhNotK 1989, 252, vollständig übersehen.
184 BGHZ 105, 358, 360 f.
185 Staudinger/Gursky (2002), § 886 Rn. 14; unveröffentl. DNotI-Gutachten vom 25. 5. 1999, S. 4.
186 Vgl. hierzu und zu den Besonderheiten, falls C bereits gezahlt hat, unten, C. III. 4. b).
187 Vgl. zum Vorstehenden auch Amann, a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 95 f.
188 B. II. 2. a).
189 Amann, a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 96.
190 BGH DNotZ 1995, 47; Staudinger/Gursky (2002), § 883 Rn. 237; unveröffentl. DNotI-Gutachten vom 25. 5. 1999, S. 3.
191 Amann, a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 97 f.; ders., a.a.O. (Fn. 10), DAI-Skript, S. 40.

setzung des ihm zustehenden Abnahmeanspruchs gemäß § 433 Abs. 2 BGB durch die Abtretung nicht unzumutbar erschwert werden[192].

Mithin darf in den Situationen, in denen die Leistung an B trotz grundsätzlicher Einziehungsermächtigung keine Erfüllungswirkung zugunsten A entfalten soll, die rechtliche Stellung des A keinesfalls erheblich beeinträchtigt werden. Die Einschränkung der Einziehungsermächtigung muss daher auf jeden Fall als zwingenden Inhalt den Ausschluss sämtlicher Schadensersatzansprüche im Verhältnis C zu A aufweisen[193]. Auch muss sichergestellt sein, dass der A, der ja wegen der nicht eingetretenen Erfüllungswirkung gezwungen ist, gemäß §§ 883 Abs. 2, 888 BGB das Grundstück erneut, nämlich diesmal an C aufzulassen, für die im Zusammenhang mit der weiteren Auflassung und Eigentumsumschreibung einhergehenden Kosten nicht haftet[194]. Demgegenüber dürfte die Notwendigkeit eines zweiten Auflassungstermins für sich nicht zu einer unzumutbaren Erschwernis für A führen. Denn auch ohne Abtretung sind Störfälle denkbar, die dem A einen zweiten Beurkundungstermin abnötigen, etwa wenn der B zum zunächst vereinbarten Auflassungstermin wegen Krankheit, aus verkehrsbedingten Gründen oder schlicht aus Vergesslichkeit nicht erscheint[195].

Amann[196] schlägt zusammenfassend für die Fälle der nach Abtretung noch ausstehenden Auflassung im Anschluss an die Regelung bezüglich der bedingten Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs die nachfolgende Formulierung einer Einziehungsermächtigung vor, die die Vorgaben des § 399 BGB unter dem Gesichtspunkt der Vermeidung einer unzumutbaren Beeinträchtigung des Abnahmeanspruchs des A hinreichend beachtet:

> *„A und B bleibt die Befugnis vorbehalten, auch vor Eintritt der vorgenannten auflösenden Bedingungen den im Vertrag A – B veräußerten Grundbesitz an B zu übereignen. Macht A von dieser Befugnis Gebrauch, so tritt allerdings Erfüllungswirkung gegenüber C nur ein, wenn am Eigentum des B die von B bewilligte Eigentumsvormerkung für C an bedungener Rangstelle entsteht; andernfalls kann C kraft des abgetretenen Eigentumsverschaffungsanspruchs von A keinesfalls Schadensersatz verlangen, sondern ausschließlich die Erklärungen zum Eigentumsübergang auf C, wenn dem A für deren Kosten und für die Kosten der Eigentumsumschreibung zuvor Sicherheit geleistet ist. Der Notar wird bevollmächtigt, dem A eine Ausfertigung dieser Urkunde als Abtretungsanzeige zu übersenden."*

c) Gefahr vertragswidrigen Verhaltens des B

Aber nicht nur aufgrund einer Rechtshandlung des A, sondern auch infolge eines vertragswidrigen Verhaltens des B kann dem C Ungemach drohen.

So ist dem Grunde nach ohne weiteres denkbar, dass der B seine Rechte aus dem Kaufvertrag mit A bereits vor der Abtretung an C anderweitig abgetreten (oder verpfändet) hat. In diesem Fall würde der C faktisch nichts erhalten; auch ein gutgläubiger Erwerb scheidet aus, da der Erwerber eines schuldrechtlichen Anspruchs in seinem guten Glauben an dessen Bestand und Einredefreiheit nicht geschützt wird[197]. Auch die Vormerkung sichert den Erwerber nur darin, dass er das Eigentum erwerben wird, falls der ihm abgetretene Anspruch dem Zedenten einredefrei zustehen sollte[198]. Da der C somit nicht sicher sein kann, ob der Eigentumsverschaffungsanspruch beziehungsweise das Anwartschaftsrecht bereits anderweitig abgetreten sind – weder der A noch der Notar haben hiervon im Zweifel Kenntnis –, muss der Notar den C auch über dieses Risiko belehren[199].

Im Übrigen ist der C wenigstens theoretisch auch nicht ohne weiteres gegen ein Fehlverhalten des B noch nach der Abtretung von Eigentumsverschaffungsanspruch beziehungsweise Anwartschaftsrecht an ihn geschützt. Denn immerhin denkbar ist, dass insbesondere bei einer Unkenntnis des Grundbuchamtes von der Übertragung der Ansprüche an C der B in das Grundbuch eingetragen wird. Im Falle der Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs wäre die Eintragung des B sogar zweifellos rechtmäßig, während ein solcher Umstand nach der Übertragung des Anwartschaftsrechts zur Unrichtigkeit des Grundbuchs führen würde.

In beiden Fällen könnte B, gegebenenfalls unter Anwendung des § 892 BGB, im Anschluss hieran an einen (gutgläubigen) Dritten (D) das Eigentum am Grundstück übertragen, wenn B auch dadurch selbstredend gegenüber C schadensersatzpflichtig würde[200].

Um diese Risiken zu vermeiden, muss bei der Abwicklung des Vertrages B – C zunächst unverzüglich die Abtretungsanzeige an A erfolgen. Insbesondere ist die Abtretung aber dem Grundbuchamt zur Kenntnis zu bringen. Zudem muss für die Umschreibung der Auflassungsvormerkung auf C ebenso Sorge getragen werden wie für die Stellung eines alsbaldigen Eigentumsumschreibungsantrags auf C, gegebenenfalls kombiniert mit der Rücknahme eines bereits für B gestellten Eintragungsantrags.

3. Gefahr der Pfändung von Eigentumsverschaffungsanspruch und/oder Anwartschaftsrecht

b) Vor der Abtretung an C

Neben dem Risiko einer den C beeinträchtigenden Abtretung (beziehungsweise Verpfändung) von Eigentumsverschaffungsanspruch beziehungsweise Anwartschaftsrecht durch B besteht auch die Gefahr, dass ein Gläubiger des B dessen aus dem Vertrag mit A herrührende Ansprüche bereits vor einer Übertragung auf C gepfändet hat.

Der Eigentumsverschaffungsanspruch des B kann dabei ohne weiteres gemäß §§ 846, 848, 829 ZPO gepfändet

192 Siehe oben, C. II. 1. b).
193 Amann, a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 98.
194 Amann, a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 97 f.
195 Amann, a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 98, 101.
196 Amann, a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 99; Amann, a.a.O. (Fn. 10), DAI-Skript, S. 41.
197 Kohler, a.a.O. (Fn. 23), S. 264; Staudinger/Gursky (2002), § 883 Rn. 316; Kersten/Bühling/Wolfsteiner, a.a.O. (Fn. 18), § 36 Rn. 370.
198 Kersten/Bühling/Wolfsteiner, a.a.O. (Fn. 18), § 36 Rn. 370.
199 Ebd.
200 Bergermann, MittRhNotK 1969, 687, 695 f.

werden[201]. Die Pfändung wird wirksam mit Zustellung des Beschlusses an den Drittschuldner A (§§ 846, 829 Abs. 3 ZPO) und begründet für den Gläubiger ein Pfändungspfandrecht am Anspruch, § 804 Abs. 1 ZPO[202]. Nach der Pfändung hat eine zu erklärende Auflassung an den Sequester als Vertreter des Schuldners zu erfolgen (§ 848 Abs. 2 Satz 1 ZPO)[203]. Sofern die Auflassung bei Pfändung bereits erklärt ist, muss der Sequester die Auflassung lediglich genehmigen[204]. Eine zur Sicherung des Eigentumsverschaffungsanspruchs bereits eingetragene Auflassungsvormerkung wird als unselbstständiges Nebenrecht von der Pfändung erfasst[205]. Die Pfändung des Eigentumsverschaffungsanspruchs kann bei der Auflassungsvormerkung im Wege der Grundbuchberichtigung eingetragen werden[206].

Neben dem Eigentumsverschaffungsanspruch könnte ein Gläubiger des B auch gemäß § 857 ZPO dessen Anwartschaftsrecht pfänden, sofern dieses tatsächlich besteht; die Pfändung eines zukünftigen Anwartschaftsrechts ist nicht möglich[207]. Die Pfändung des Anwartschaftsrechts wird bereits bewirkt mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Schuldner (B). Einer Zustellung des Beschlusses auch an den Verkäufer (A) bedarf es nach heute allgemeiner Auffassung nicht, da der A bereits sämtliche Leistungshandlungen erbracht hat und somit nicht als „Drittschuldner" anzusehen ist[208]. Ein Sequester wirkt bei der Pfändung des Anwartschaftsrechts nicht mit. Ob auch die Pfändung des Anwartschaftsrechts bei einer für B eingetragenen Auflassungsvormerkung vermerkt werden kann, ist heftig umstritten, wird von der wohl überwiegenden Auffassung aber bejaht[209].

Rechtsfolge beider Pfändungsmaßnahmen, die unabhängig voneinander sind, aber miteinander kombiniert werden können[210], ist das Entstehen einer Sicherungshypothek für den Gläubiger mit dem Übergang des Eigentums auf den Schuldner (B), § 848 Abs. 2 Satz 2 ZPO[211]. Die Sicherungshypothek entsteht kraft Gesetzes, also ohne Grundbucheintragung; ihre Eintragung ist somit lediglich Grundbuchberichtigung[212].

Bedeutsam für den Enderwerber C ist somit zunächst, dass im Falle einer vorherigen Pfändung von Erwerbsanspruch beziehungsweise Anwartschaftsrecht der B wegen des zu Gunsten des Gläubigers bestehenden Pfändungspfandrechts diese Rechte nicht mehr ohne Mitwirkung des Gläubigers an den C übertragen kann[213]; C erlangt somit in diesem Falle mangels Genehmigung des Gläubigers tatsächlich keine ihn sichernde Rechtsposition. Im Übrigen hilft dem C auch nicht die im Kaufvertrag mit B erklärte Auflassung und die von B bewilligte originäre Auflassungsvormerkung. Denn wegen der von Gesetzes wegen im Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung auf B außerhalb des Grundbuchs entstehenden Sicherungshypothek hat diese Hypothek Rang vor einer Auflassungsvormerkung, die der B dem C bewilligt hat[214]. Ebenso ist auch vor einer Eigentumsumschreibung auf C zunächst die Sicherungshypothek zur Eintragung zu bringen, selbst wenn deren Bewilligung und Beantragung zeitlich nach Stellung des Umschreibungsantrags erfolgt[215].

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass der C sich der folgenschweren Gefahr bewusst sein muss, dass die an ihn seitens B abgetretene Rechtsposition bereits zuvor von einem Gläubiger des B gepfändet worden sein könnte. Dann kann der C letztlich allenfalls Grundstückseigentum erwerben, das mit einer entsprechenden Sicherungshypothek zugunsten des betreibenden Gläubigers belastet ist. Die zur Minimierung dieses Risikos in Parallele zum Problemkreis einer möglichen Unwirksamkeit des Vertrages A – B oder einer vorherigen Abtretung durch B verschiedentlich empfohlene Einholung einer Bestätigung des A als Fälligkeitsvoraussetzung im Kaufvertrag B – C, wonach dem A nichts von einer Pfändung bekannt sei[216], begegnet dabei zunächst den allgemeinen, bereits oben[217] geschilderten Bedenken. Hinzu kommt jedenfalls bei der Pfändung des Anwartschaftsrechts des B, dass der diesbezügliche Pfändungsbeschluss gar nicht dem A zugestellt wird, so dass A von einer solchen Pfändung regelmäßig nichts erfährt. Dem beurkundenden Notar dürfte somit keine andere Lösung verbleiben, als den C über das Risiko einer vorherigen Pfändung der an ihn abgetretenen Rechtsposition zu belehren[218].

b) Nach der Abtretung an C

Als Kehrseite der vorstehenden Ausführungen ergibt sich eine ganz wesentliche Bedeutung der sicherungsweisen Abtretung der Rechtsstellung des B gegenüber A an C. Denn so, wie C – auch nicht unter Berufung auf eine mögliche Gutgläubigkeit – gegen Verfügungen über die

---

201 OLG Jena DNotZ 1997, 158, 160; BayObLG DNotZ 1997, 337, 338; Meikel/Böttcher, a.a.O. (Fn. 75), § 20 Rn. 227; MünchKomm/Kanzleiter, a.a.O. (Fn. 28), § 925 Rn. 38; Amann, DNotZ 1997, 113, 114; Medicus, DNotZ 1990, 275, 283 ff.

202 Zöller, ZPO, 24. Aufl. 2004, § 848 Rn. 2; Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 1597; MünchKomm/Kanzleiter, a.a.O. (Fn. 28), § 925 Rn. 38.

203 Stöber, Forderungspfändung, 9. Aufl. 2002, Rn. 2043; Zöller, a.a.O. (Fn. 202), § 848 Rn. 6; Hintzen, Rpfleger 1989, 439.

204 OLG Jena DNotZ 1997, 158, 161; Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 1597; Zöller, a.a.O. (Fn. 202), § 848 Rn. 6; Stöber, a.a.O. (Fn. 203), Rn. 2045 a.

205 Stöber, a.a.O. (Fn. 203), Rn. 2048; Meikel/Böttcher, a.a.O. (Fn. 75), § 20 Rn. 227; Staudinger/Gursky (2002), § 883 Rn. 325; Hintzen, Rpfleger 1989, 439.

206 BayObLG DNotZ 1997, 337, 338; OLG Frankfurt DNotZ 1997, 731; Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 1598; KEHE/Munzig, a.a.O. (Fn. 35), Einl L 41.

207 Stöber, a.a.O. (Fn. 203), Rn. 2067.

208 BGHZ 49, 197, 203 = BGH DNotZ 1968, 483, 486; KEHE/Munzig, a.a.O. (Fn. 35), § 20 Rn. 153; Hager, JuS 1991, 1, 6; Hintzen, Rpfleger 1989, 439, 441; Weser, MittBayNot 1993, 253, 258.

209 Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 1594, 1602; Zöller, a.a.O. (Fn. 202), § 848 Rn. 13; MünchKomm/Damrau, a.a.O. (Fn. 28), § 1274 Rn. 25; Stöber, a.a.O. (Fn. 203), Rn. 2062; a. A. Staudinger/Pfeifer (1995), § 925 Rn. 131; KEHE/Munzig, a.a.O. (Fn. 35), Einl L 29; Meikel/Böttcher, a.a.O. (Fn. 75), § 20 Rn. 233.

210 Stöber, a.a.O. (Fn. 203), Rn. 2070, 2092; Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 1592, 1602.

211 BGHZ 49, 197, 203 = DNotZ 1968, 483, 487 f.; KEHE/Munzig, a.a.O. (Fn. 35), § 20 Rn. 152; Weser, MittBayNot 1993, 253, 257; Staudinger/Pfeifer (1995), § 925 Rn. 131; Meikel/Böttcher, a.a.O. (Fn. 75), § 20 Rn. 230, 235.

212 BGHZ 49, 197 = DNotZ 1968, 483, 488; Stöber, a.a.O. (Fn. 203), Rn. 2047, 2058; Meikel/Böttcher, a.a.O. (Fn. 75), § 20 Rn. 230, 235.

213 Stöber, a.a.O. (Fn. 203), Rn. 2043 a, 2056 a.

214 OLG Jena DNotZ 1997, 158, 161; Stöber, a.a.O. (Fn. 203), Rn. 2050 b.

215 Zöller, a.a.O. (Fn. 202), § 848 Rn. 10, 13.

216 Röll, MittBayNot 1974, 251, 252; Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 3147.

217 C. III. 1. a).

218 Kersten/Bühling/Wolfsteiner, a.a.O. (Fn. 18), § 36 Rn. 370.

Rechtsposition des B, gleich ob sie rechtsgeschäftlicher Natur (Abtretung, Verpfändung) sind oder im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgen, nicht geschützt ist, sofern diese *vor* der Übertragung auf C erfolgen, ist C andererseits gegen *spätere* Verfügungen des B geschützt; eine nachfolgende rechtsgeschäftliche Übertragung wäre ebenso wenig möglich wie eine Pfändung, die ins Leere ginge[219].

Mithin sollte im Rahmen von Kettenkaufverträgen alleine schon zur Vermeidung des Risikos solcher späterer Verfügungen des B die Abtretung des dem B zustehenden Eigentumsverschaffungsanspruchs an C vorgesehen werden[220].

Allerdings stellt sich in diesem Zusammenhang angesichts der hier präferierten Auffassung, dass B lediglich seinen Eigentumsverschaffungsanspruch und nicht auch ein ihm zustehendes Anwartschaftsrecht an C abtreten sollte, folgende Frage: Sichert der dem C allein abgetretene Eigentumsverschaffungsanspruch diesen auch dann genügend, wenn zeitlich nachfolgend ein Gläubiger des B dessen (angebliches) Anwartschaftsrecht pfändet?

Beim vormerkungsgestützten Anwartschaftsrecht liegt die Antwort auf der Hand: Da dieses von der Innehabung einer Auflassungsvormerkung und damit einhergehend des Eigentumsverschaffungsanspruchs abhängig ist, erlischt das vormerkungsgestützte Anwartschaftsrecht in dem Moment, in dem B den ihm zustehenden Eigentumsverschaffungsanspruch nebst Vormerkung an C abtritt. Eine zeitlich nachfolgende Pfändung des Anwartschaftsrechts kann den C nicht beeinträchtigen, da die Pfändung ins Leere ginge[221].

Bei der Pfändung eines abstrakten, von der Innehabung des schuldrechtlichen Anspruchs unabhängigen antragsgestützten Anwartschaftsrechts stellt sich die Situation hingegen anders dar: Trotz der Sicherungsabtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs an C kann der B – was ja dem Grunde nach gerade erstrebenswert ist – noch als Eigentümer ins Grundbuch eingetragen werden mit der Folge, dass der das Anwartschaftsrecht pfändende Gläubiger in diesem Moment eine Sicherungshypothek am Grundstück erwirbt. Wie oben gezeigt, hilft dem C auch nicht die ihm seitens B bewilligte originäre Auflassungsvormerkung, da diese erst nach der Sicherungshypothek entsteht.

Amann[222] vertritt in diesem Zusammenhang die Auffassung, dass die ursprünglich für B eingetragene und infolge der Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs auf C übergegangene Auflassungsvormerkung den C schütze; der Eigentumserwerb des B und der Erwerb der Sicherungshypothek durch den Gläubiger seien dem C gegenüber gemäß § 883 Abs. 2 BGB unwirksam, weshalb C vom Gläubiger gemäß § 888 Abs. 1 BGB die Zustimmung zur Löschung der Sicherungshypothek verlangen könne.

Diese Meinung verkennt aber die bereits geschilderte[223] Bedeutung des § 407 Abs. 1 BGB in dem auch hier in Rede stehenden Fall, in dem die Auflassung zwischen A und B bereits vor der Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs an C und der Pfändung des Anwartschaftsrechts durch den Gläubiger erklärt wurde[224]. Danach führt ein Eigentumserwerb durch B letztlich zu einem Erlöschen des Eigentumsverschaffungsanspruchs gemäß § 362 Abs. 1 BGB und damit auch zu einem Fortfall der Auflassungsvormerkung; diese kann mithin insoweit keine Schutzwirkungen für C entfalten.

Allerdings braucht sich der C glücklicherweise nicht kampflos zu ergeben, denn ihm hilft sowohl gegen B als auch gegen den Gläubiger die Norm des § 816 Abs. 2 BGB weiter. Fälle wie der vorliegende, in denen der Schuldner (A) an den falschen Gläubiger (B) leistet und hierbei den Schutz des § 407 BGB genießt, sind der klassische Anwendungsbereich des § 816 Abs. 2 BGB. Aufgrund dieser Norm ist aber nicht nur B – neben seiner bestehenden vertraglichen Verpflichtung – gehalten, dem C das erlangte Eigentum zu übertragen. Entsprechendes gilt auch für den Gläubiger und Inhaber der Sicherungshypothek, denn § 816 Abs. 2 BGB verpflichtet jeden Nichtberechtigten, mithin auch denjenigen, der kraft Pfändung beim Nichtberechtigten eine Leistung erhalten hat[225].

C braucht somit nicht zu befürchten, dass bei einer isolierten Abtretung allein des Eigentumsverschaffungsanspruchs durch eine spätere Pfändung des antragsgestützten Anwartschaftsrechts im Ergebnis ein von der Sicherungshypothek des pfändenden Gläubigers unbelasteter Eigentumserwerb verhindert wird. Allerdings ist die Sicherungshypothek zu Gunsten des Gläubigers zunächst wirksam entstanden, und der C ist jedenfalls in dem Fall, in dem der Gläubiger nicht freiwillig die Löschung der Sicherungshypothek bewilligt, gezwungen, auf deren Löschung zu klagen.

4. Insolvenz eines Beteiligten

Letztlich könnten sich Risiken für den Abtretungsempfänger C ergeben, wenn über das Vermögen einer an der Kaufvertragskette beteiligten Person das Insolvenzverfahren eröffnet wird.

a) Insolvenz des A

Im Falle der Insolvenzeröffnung über das Vermögen des Eigentümers A drohen dem C allerdings keinerlei Gefahren; die Abtretung von Eigentumsverschaffungsanspruch nebst Auflassungsvormerkung führt nämlich im Ergebnis zu einer den C hinreichend sichernden Rechtsstellung selbst dann, wenn weder B noch an dessen Stelle C die Kaufpreisschuld gegenüber A vor der Verfahrenseröffnung beglichen haben.

---

219 BGH NJW 1988, 495; BayObLG DNotZ 1997, 337, 339; OLG Frankfurt DNotZ 1997, 731, 732 f.

220 Amann, DNotZ 1997, 113, 115; Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 1599.

221 Amann, DNotZ 1997, 113, 118.

222 Ebd.

223 Siehe oben, C. III. 2. a).

224 Die Auflassung muss zwingend zu einem früheren Zeitpunkt erklärt worden sein, da ansonsten kein Anwartschaftsrecht hätte entstehen können, das der Gläubiger pfänden könnte.

225 BGH NJW 1985, 495; Amann, DNotZ 1997, 113, 119 f.

Dem Grunde nach sieht allerdings § 103 Abs. 1 InsO für den Insolvenzverwalter ein Wahlrecht in der Weise vor, dass er bezüglich eines zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch nicht von beiden Vertragsbeteiligten vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrages die Erfüllung des Vertrages verlangen kann. Die vollständige Erfüllung eines Vertrages ist dabei erst dann gegeben, wenn sowohl die Leistungshandlung vorgenommen wurde als auch der Leistungserfolg eingetreten ist[226]. Beim Grundstückskaufvertrag muss also der Käufer den Kaufpreis gezahlt haben und nach erklärter Auflassung als Eigentümer im Grundbuch eingetragen sein[227]. Verlangt der Insolvenzverwalter keine Erfüllung, so verblieb es nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH bei dem gleichsam „automatisch" mit der Insolvenzeröffnung eintretenden Erlöschen des Vertragsverhältnisses[228]. In neuester Zeit hat der BGH diese Rechtsprechung jedoch aufgegeben und vertritt nunmehr in Übereinstimmung mit führenden insolvenzrechtlichen Literaturstimmen[229] die Auffassung, dass die Eröffnung des Insolvenzverfahrens keine materiell – rechtliche Umgestaltung des Vertrages A – B im Sinne eines Erlöschens des Schuldverhältnisses bewirkt; die Verfahrenseröffnung hat aber wegen des Bestehens „beiderseitiger Nichterfüllungseinreden" (§ 320 BGB) zur Folge, dass die Vertragspartner ihre noch ausstehenden Erfüllungsansprüche nicht durchsetzen können[230].

Wäre mithin nach dem Vorgesagten zu befürchten, dass der Insolvenzverwalter des A dem „neuen" Inhaber des Eigentumsverschaffungsanspruchs (C) gemäß § 103 Abs. 1 InsO die Nichterfüllungseinrede nach § 320 BGB entgegenhalten könnte, so hilft dem C aber letztlich § 106 Abs. 1 Satz 1 InsO. Diese Norm verdrängt als Ausnahmeregelung zu § 103 InsO dessen Rechtswirkungen, falls zur Sicherung eines Anspruchs auf Einräumung eines Rechts an einem Grundstück des Schuldners eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen ist[231].

Unzutreffend wäre es in diesem Zusammenhang allerdings, zur Absicherung des C die bestehenden Vertragsverhältnisse A – B einerseits und B – C andererseits nachzuzeichnen und den Schutz des C in der Weise herzuleiten, dass man den B dem C gegenüber für verpflichtet hält, den Eigentumsverschaffungsanspruch gegenüber dem Insolvenzverwalter mit Hilfe von § 106 InsO durchzusetzen und an seinem so erlangten Eigentum dem C eine originäre rangrichtige Vormerkung zu verschaffen[232]. Denn infolge der Abtretung an C ist B schlichtweg nicht mehr Inhaber des Eigentumsverschaffungsanspruchs und der Auflassungsvormerkung, so dass er sich gegenüber dem Insolvenzverwalter des A auch nicht erfolgreich auf § 106 Abs. 1 InsO berufen kann.

§ 106 Abs. 1 Satz 1 InsO schützt vielmehr ohne weiteres den C im Verhältnis zum insolventen A, denn die erwähnten Tatbestandsvoraussetzungen des § 106 Abs. 1 Satz 1 InsO liegen unmittelbar im Verhältnis zwischen A und C vor. C ist infolge der Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs Inhaber eines wirksamen Anspruchs gegen den Schuldner A auf Einräumung eines Rechts an einem Grundstück (Eigentum). Dieser Anspruch braucht dabei in keiner Weise auf einem – hier tatsächlich auch nicht bestehenden – Vertragsverhältnis (zwischen A und C) zu beruhen; vorausgesetzt ist lediglich ein Anspruch gegen den Inhaber des dinglichen Rechts (A), auf das sich der zu sichernde Anspruch bezieht[233].

Einzige weitere, hier ebenfalls gegebene Voraussetzung ist, dass zur Sicherung dieses Anspruchs an dem Grundstück des Schuldners (A) eine Vormerkung eingetragen ist[234].

Rechtsfolge des § 106 Abs. 1 InsO ist, dass der Gläubiger (C) nicht die Nichterfüllungseinrede des § 103 Abs. 1 InsO fürchten muss, sondern für seinen Anspruch Befriedigung aus der Insolvenzmasse, mithin Erfüllung in Form der Eigentumsverschaffung durch den Insolvenzverwalter verlangen kann[235].

b) Insolvenz des B

Weitaus diffiziler gestalten sich die Probleme, wenn nicht der Grundstückseigentümer A insolvent wird, sondern über das Vermögen des Zwischenerwerbers B das Insolvenzverfahren eröffnet wird.

(1) Kein Schutz des C gemäß § 106 InsO (unmittelbar)

Keinen Schutz kann der C im Verhältnis zu B über eine unmittelbare Anwendung des § 106 Abs. 1 Satz 1 InsO erhoffen. Zwar verkauft der B dem C ein (ihm noch nicht gehörendes) Grundstück, so dass der C einen Anspruch auf dingliche Rechtsänderung im Sinne des § 106 Abs. 1 Satz 1 InsO, nämlich auf Eigentumsverschaffung gegen B besitzt. Es mangelt aber unzweifelhaft an der weiteren Voraussetzung des § 106 Abs. 1 Satz 1 InsO, da dem C zur Sicherung des Anspruchs keine Vormerkung an einem Grundstück des Schuldners, also des B zusteht[236]. Die Vormerkung ist vielmehr an dem Grundstück eines Drit-

226 BGHZ 87, 156, 162; Uhlenbruck/Berscheid, InsO, 12. Aufl. 2003, § 103 Rn. 58 f.; MünchKommInsO/Huber, InsO, 1. Aufl. 2002, § 103 Rn. 122; Huber, MittBayNot 1999, 113, 116.

227 MünchKommInsO/Huber, a.a.O. (Fn. 226), § 103 Rn. 132; Schmidt, KO, 17. Aufl. 1997, § 17 Anm. 3a; Hess, InsO, 1. Aufl. 1999, § 103 Rn. 66; Frankfurter Kommentar/Wegener, InsO, 2. Aufl. 1999, § 103 Rn. 41.

228 BGHZ 103, 250, 252; 106, 236, 241 ff.; 116, 156, 158; 129, 336, 338; 135, 25, 26; BGH ZIP 1997, 688, 689.

229 So insbesondere MünchKommInsO/Huber, a.a.O. (Fn. 226), § 103 Rn. 3 f, 13, 18, 25, 32, 38.

230 BGHZ 150, 353 = DNotZ 2002, 648; BGH NJW 2003, 2744, 2745.

231 So die h. M., vgl. BGHZ 79, 103, 107; Uhlenbruck/Berscheid, a.a.O. (Fn. 226), § 106 Rn. 2; Hess, a.a.O. (Fn. 227), § 106 Rn. 22; MünchKommInsO/Ott, a.a.O. (Fn. 226), § 106 Rn. 20. Nach a. A. stellt § 106 InsO keine Durchbrechung, sondern eine Ergänzung zu § 103 InsO dar; § 103 InsO regele, unter welchen Voraussetzungen der Insolvenzverwalter einen Anspruch vollständig erfüllen dürfe, während sich aus § 106 InsO ergebe, dass er ihn unter gewissen Voraussetzungen erfüllen müsse, vgl. Marotzke, JZ 1977, 552, 554. Auf diesen dogmatischen Streit soll jedoch nicht näher eingegangen werden.

232 So aber offenbar Amann, a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 105.

233 BGHZ 134, 182, 184; MünchKommInsO/Ott, a.a.O. (Fn. 226), § 106 Rn. 4.

234 Keinesfalls ist weitere Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 106 Abs. 1 Satz 1 InsO die Zahlung des Kaufpreises an A, da § 106 InsO nicht an die Erfüllung der vertraglichen Pflicht des Käufers anknüpft, sondern allein an das Vorliegen einer Vormerkung. Unzutreffend demgemäß Amann, a.a.O. (Fn. 10), DAI-Skript, S. 42, der dem C den Schutz des § 106 InsO erst zusprechen möchte, sobald der Kaufpreis aus dem Vertrag A – B gezahlt sei.

235 MünchKommInsO/Ott, a.a.O. (Fn. 226), § 106 Rn. 18; Hess, a.a.O. (Fn. 227), § 106 Rn. 19; Staudinger/Gursky (2002), § 883 Rn. 286.

236 Amann, a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 106.

ten, nämlich des A eingetragen; nur diesem gegenüber kann C, wie bereits erläutert, den unmittelbaren Schutz des § 106 Abs. 1 Satz 1 InsO in Anspruch nehmen.

(2) Kein Schutz des C in analoger Anwendung des § 106 InsO

Dieses Manko in der Rechtsstellung des C wäre aber hinnehmbar, wenn im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Zedenten (B) zu Gunsten des Zessionars (C) § 106 Abs. 1 Satz 1 InsO wenigstens analog auf die „abgetretene" Vormerkung anwendbar wäre. Interessanterweise wird dieses Problem in der insolvenzrechtlichen Literatur, soweit ersichtlich, nicht behandelt[237], so dass in der allgemeinen zivilrechtlichen Literatur insoweit erhebliche Unsicherheit besteht[238].

Bei der gebotenen Auslegung dürften letztlich ganz gewichtige, insbesondere teleologische und systematische Erwägungen gegen eine entsprechende Anwendbarkeit des § 106 InsO im Verhältnis zwischen B und C sprechen. Betrachtet man zunächst den Normzweck des § 106 InsO, so zielt dieser darauf ab, die bereits in § 883 Abs. 2 Satz 2 BGB statuierte Sicherungsfunktion der Vormerkung als quasi – dingliches Recht auch im Insolvenzverfahren zu wahren[239]. Dies geschieht in der Weise, dass die Vormerkung den durch sie gesicherten Anspruch schlechthin insolvenzfest macht[240].

Schaut man sich nunmehr die „Verteilung" der Rechte zwischen A, B und C einmal genauer an, muss mit Nachdruck darauf hingewiesen werden, dass der einzige durch eine Vormerkung gesicherte Anspruch der Eigentumsverschaffungsanspruch *gegen A* ist. Dieser ist daher, wie bereits erläutert, gemäß § 106 Abs. 1 Satz 1 InsO insolvenzfest. Ebenso wurde bereits festgestellt, dass der im Vertrag B – C zwischen diesen begründete weitere Eigentumsverschaffungsanspruch gerade nicht durch eine Auflassungsvormerkung gesichert werden kann, solange der B nicht als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist. Der zwischen B und C entstandene Erwerbsanspruch wird dabei tatsächlich auch nicht durch die an C abgetretene Vormerkung abgesichert. Die bestehende Vormerkung sichert nämlich auch nach ihrer Abtretung ganz alleine den gegen A gerichteten Eigentumsverschaffungsanspruch ab; jede andere Auslegung würde ohne weiteres gegen das Identitätsgebot verstoßen[241]. Es bleibt somit festzuhalten, dass der Eigentumsverschaffungsanspruch des C gegen B nicht, auch nicht durch eine abgetretene Vormerkung gesichert wird. Für eine analoge Anwendung des § 106 InsO zum Zwecke der Wahrung der Sicherungsfunktion einer Vormerkung besteht daher mangels Vorliegens einer Vormerkung kein Raum.

Im Übrigen sprechen auch systematische Überlegungen gegen eine analoge Anwendung des § 106 InsO. Denn die „Grundnorm" zu § 106 InsO, nämlich § 103 InsO, bezweckt neben dem Schutz des Vertragspartners des Schuldners davor, an die Insolvenzmasse leisten zu müssen, als Gegenleistung aber nur eine Insolvenzforderung zu erhalten, in erster Linie die Stärkung der zur gleichmäßigen Befriedigung aller Insolvenzgläubiger bestimmten Masse[242]. § 106 InsO durchbricht als Ausnahmevorschrift hierzu für bestimmte Fallkonstellationen diese gesetzgeberische Zielsetzung. Da aber gesetzliche Ausnahmeregelungen grundsätzlich eng auszulegen sind, spricht auch dieser Umstand gegen eine erweiternde analoge Anwendung der Norm[243].

Letztlich bestünde infolge der entsprechenden Anwendung des § 106 Abs. 1 Satz 1 InsO die Gefahr, dass das vom Gesetzgeber dem Insolvenzverwalter zum Zwecke des Masseschutzes eingeräumte Wahlrecht gemäß § 103 InsO nicht hinnehmbar eingeschränkt würde: Wenn nämlich der Insolvenzverwalter des B wegen der „abgetretenen" Vormerkung trotz Vorliegens der Voraussetzungen des § 103 InsO gezwungen wäre, den Vertrag mit C zu erfüllen, wäre er gegebenenfalls auch im Rahmen des Vertragsverhältnisses zu A genötigt, die Erfüllung zu wählen, um nicht durch die Wahl der Nichterfüllung gegenüber A das eigene Leistungsunvermögen im Verhältnis zu C herbeizuführen. Ein solches Ergebnis dürfte aber gegen die grundsätzliche Anordnung des Wahlrechts zu Gunsten des Insolvenzverwalters im Interesse eines Masseschutzes nach § 103 InsO verstoßen.

Eine entsprechende Anwendung des § 106 Abs. 1 InsO auf die „abgetretene" Vormerkung im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Zedenten B kommt somit nicht in Betracht[244].

Die vorstehenden Ausführungen haben ein ganz wesentliches „Sicherungsdefizit" der bloß abgetretenen Auflassungsvormerkung im Vergleich zur originären Auflassungsvormerkung aufgezeigt: Während letztere den Schutzbereich des § 106 Abs. 1 Satz 1 InsO eröffnet, vermag die abgetretene Vormerkung dies nicht zu erreichen.

(3) Anwendbarkeit des § 103 InsO

Der Kaufvertrag B – C unterfällt somit im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des B trotz der an C abgetretenen Rechte dem Anwendungsbereich des § 103 InsO, sofern der Vertrag noch nicht von beiden Beteiligten erfüllt ist. Es treten dann die bereits im Rahmen der Insolvenz des A dargestellten

---

237 Lediglich Heidelberger Kommentar/Marotzke, InsO, 2. Aufl. 2001, § 106 Rn. 12,weist auf das Problem hin, ohne es jedoch einer Lösung zuzuführen.

238 Vgl. DNotI-Gutachten, DNotI-Report 1999, 65, 68; Amann, a.a.O. (Fn. 10), DAI-Skript, S. 43; ders., a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 106.

239 MünchKommInsO/Ott, a.a.O. (Fn. 226), § 106 Rn. 1; Staudinger/Gursky (2002), § 883 Rn. 286.

240 Staudinger/Gursky (2002), § 883 Rn. 286.

241 Amann, a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 106.

242 BGHZ 116, 156, 159; 129, 336, 340; BGH ZIP 1997, 688, 689.

243 Ebenso DNotI-Gutachten, DNotI-Report 1999, 65, 67.

244 Zu dieser Ansicht neigen auch Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 3147; Staudinger/Gursky (2002), § 883 Rn. 291; Schreiber/Preuss, a.a.O. (Fn. 18), Kap. 14 Rn. 11; DNotI-Gutachten, DNotI-Report 1999, 65, 67. Letzteres zeigt sich in bezug auf dieses Ergebnis allerdings im Hinblick auf die Fälle verunsichert, in denen ein Kaufvertrag zugunsten eines vom Vertragspartner noch zu benennenden Dritten mit eigenem Eintrittsrecht des Vertragspartners vorliegt. Hier nimmt die insolvenzrechtliche Literatur an, dass die für den Vertragspartner eingetragene Vormerkung nach ihrer Abtretung an den Dritten auch diesen in der Schuldnerinsolvenz schützt, vgl. etwa Kübler/Prütting/Tintelnot, InsO, Stand: 10/2003, § 106 Rn. 17; Denck, NJW 1984, 1009; Frankfurter Kommentar/Wimmer, a.a.O. (Fn. 227). Dieses Ergebnis ist aber uneingeschränkt stimmig, denn die abgetretene Vormerkung soll nach dieser Auffassung ja nur in der *Schuldnerinsolvenz des Eigentümers* (A) schützen, nicht auch in der Insolvenz des Zwischenerwerbers (B). Diese Rechtsfolge ist aber, wie oben gezeigt, zweifelsohne zutreffend.

Rechtsfolgen ein; der an C abgetretene Eigentumsverschaffungsanspruch ist nicht mehr durchsetzbar.

Aufgrund der Anwendbarkeit des § 103 InsO verdienen folgende rechtliche Aspekte besondere Beachtung:

aa) Bei Zahlung von C an B nach Verfahrenseröffnung

Entsprechend dem klaren Wortlaut des § 103 InsO kommt es für die Frage der beiderseitigen Erfüllung ausschließlich auf den Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens an. Eine spätere Zahlung durch den Vertragspartner (C) würde selbst dann nichts an der Anwendbarkeit des § 103 InsO ändern, wenn C von der Verfahrenseröffnung keine Kenntnis hätte[245].

bb) Bei Zahlung von C an A nach Verfahrenseröffnung

Angesichts des bestehenden Dreiecksverhältnisses A – B – C wäre aber auch denkbar, dass C nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des B unmittelbar an A auf die Schuld des B zahlt, um auf diese Weise – gleichsam am Insolvenzverwalter vorbei – zu erreichen, dass das Eigentum unmittelbar auf ihn umgeschrieben wird.

Allerdings ist zu beachten, dass auch eine solche Direktzahlung nichts an der Anwendbarkeit des § 103 InsO im Verhältnis zwischen B und C ändern würde. Denn selbst, wenn die Zahlung von C an A zum Zwecke der Erfüllung der Kaufpreisschuld des C gegenüber B im Vertrag B – C explizit vereinbart worden wäre, würde die entsprechende Zahlung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens das Eingreifen des § 103 InsO nicht verhindern können. Der Zahlung durch C unmittelbar an A würde somit keine Erfüllungswirkung zukommen, so dass sich an der mangelnden Durchsetzbarkeit des Eigentumsverschaffungsanspruchs gegenüber A gemäß § 320 BGB infolge der Insolvenzeröffnung über das Vermögen des B nichts ändern würde.

Auch aus einem anderen Grund dürfte es dem C im Ergebnis nicht erfolgreich gelingen, infolge der Zahlung trotz Anwendbarkeit des § 103 InsO im Verhältnis zu B das Eigentum unmittelbar von A zu erhalten: Zwar mag A, da sein Interesse (Erhalt des Kaufpreises) tatsächlich befriedigt ist, dem Grunde nach gegen eine Eigentumsumschreibung auf C keine Einwendungen haben. Allerdings wird eine solche Eigentumsumschreibung auf C daran scheitern, dass C dem Grundbuchamt keine zu ihm führende Auflassungskette nachweisen kann. Denn die Auflassung an ihn ist im Kaufvertrag mit B enthalten; dieser ist aber wenigstens, solange der Insolvenzverwalter nicht gemäß § 103 InsO die Erfüllung wählt, nicht vollziehbar. Damit C – am Insolvenzverwalter des B vorbei – Eigentümer werden könnte, wäre somit eine unmittelbare Auflassung von A an C und mithin unter Berücksichtigung des § 925 a BGB im Ergebnis der Abschluss eines neuen obligatorischen Rechtsgeschäftes zwischen A und C erforderlich.

C könnte mithin nach dem Vorgesagten auch nicht durch Direktzahlung an A die Eigentumsumschreibung auf sich alleine auf der Basis der abgeschlossenen Verträge A – B und B – C „erzwingen".

cc) Im Fall der Übertragung (auch) des Anwartschaftsrechts

Die rechtliche Bewertung würde im Übrigen nicht anders ausfallen, wenn B dem C nicht (nur) den Eigentumsverschaffungsanspruch nebst Auflassungsvormerkung, sondern auch (oder statt dessen) ein ihm zustehendes Anwartschaftsrecht übertragen hätte.

Zwar stellt die Diskussion um den Bestandsschutz des Anwartschaftsrechts des Käufers in der Insolvenz des Verkäufers eine klassische Streitfrage des Insolvenzrechts dar[246].

Der BGH[247] hat aber in ständiger Rechtsprechung an der Auffassung festgehalten, dass das Bestehen eines Anwartschaftsrechts den Insolvenzverwalter in den durch Treu und Glauben gezogenen Grenzen nicht an der Ausübung seines gesetzlichen Wahlrechts gemäß § 103 InsO hindere. Nach dem BGH ist das Anwartschaftsrecht von der schuldrechtlichen Grundlage des Kaufvertrages abhängig, so dass der Insolvenzverwalter dieses Recht durch die Wahl der Nichterfüllung zu Fall bringen kann.

Die vorstehende Rechtsprechung hat zwischenzeitlich auch Eingang in das Gesetz gefunden, denn § 107 Abs. 1 InsO ordnet als (weitere) Ausnahmevorschrift zu § 103 InsO an, dass das Anwartschaftsrecht des Eigentumsvorbehaltskäufers einer *beweglichen* Sache unter gewissen Voraussetzungen insolvenzfest ist. Dieser den Anwendungsbereich des § 103 InsO einschränkenden Norm hätte es aber nicht bedurft, wenn das Anwartschaftsrecht ohnehin die Ausübung des Verwalterwahlrechts ausschließen würde.

Da es aber bezüglich des Anwartschaftsrechts im Hinblick auf den Erwerb einer unbeweglichen Sache keine dem § 107 InsO entsprechende Ausnahmevorschrift gibt, ist dieses auch nicht insolvenzfest[248].

dd) Rechtslage bei Erfüllungswahl durch den Insolvenzverwalter

Ist bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens der Kaufpreis noch nicht vollständig gezahlt und mithin der Anwendungsbereich des § 103 InsO eröffnet, kann der Insolvenzverwalter selbstredend Erfüllung allein des Vertrags A – B wählen. Dadurch entsteht auch nach der geänderten Rechtsprechung des BGH ein originärer Eigentumsverschaffungsanspruch der Masse gegenüber A, der insbesondere durch die vorherige Sicherungsabtretung an C nicht beeinträchtigt wird. Mit der Erfüllungswahl erlangt der Eigentumsverschaffungsanspruch nämlich die Rechtsqualität einer originären Masseforderung; aufgrund einer vor der Verfahrenseröffnung erfolgten Sicherungszession kann der Zessionar (C) gegenüber der Masse in diesem Fall keine Rechte wirksam erwerben[249].

---

245 Vgl. MünchKommInsO/Huber, a.a.O. (Fn. 226), § 103 Rn. 128.

246 Vgl. nur die zusammenfassenden Darstellungen bei Schmidt, a.a.O. (Fn. 227), § 17 Anm. 3 b; MünchKommInsO/Ott, a.a.O. (Fn. 226), § 107 Rn. 3.

247 BGH NJW 1962, 2296; BGHZ 98, 160, 168 f.

248 DNotI-Gutachten, DNotI-Report 1999, 65, 67; Weser, MittBayNot 1993, 253, 258.

249 BGHZ 150, 353 = DNotZ 2002, 648; Amann, a.a.O. (Fn. 10), DAI-Skript, S. 44.

(4) Rechtsstellung des C im Falle des Kaufpreiszahlung vor Verfahrenseröffnung

Ist demgegenüber der aufgrund des Kaufvertrages A – B geschuldete Kaufpreis vor der Verfahrenseröffnung vollständig bezahlt worden, steht dem Insolvenzverwalter das Wahlrecht gemäß § 103 InsO nicht zu. Allein in dieser Situation vermag dem C die an ihn erfolgte Sicherungsabtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs, der wegen der uneingeschränkten Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit des Vertrages zwischen A und B seinerseits durchsetzbar ist, dem Grunde nach weiterzuhelfen, da die Insolvenzordnung gemäß § 51 Nr. 1, 2. Alt. InsO Sicherungsabtretungen ausdrücklich anerkennt[250].

Um dieses für C grundsätzlich erfreuliche Resultat nicht unnötig zu gefährden, ist allerdings bei der Formulierung der Sicherungsabrede zwischen B und C große Sorgfalt darauf zu verwenden, unter allen Umständen zu verhindern, dass diese gerade im Falle der Insolvenz des B hinfällig wird und der Insolvenzverwalter die hingebende Sicherheit zurückfordern kann. Aufbauend auf dem Sicherungszweck, den Eigentumserwerb des C zu sichern, darf die Sicherungsabtretung keinesfalls unter der Bedingung erfolgen, dass „der Eigentumsverschaffungsanspruch des C gegen B entfällt". Diese Bedingung würde auch nach neuer Rechtsprechung im Falle der Insolvenzeröffnung betreffend B im Verhältnis zu C eintreten, da, wie dargestellt, die Erfüllungswahl durch den Insolvenzverwalter den bisherigen vertraglichen Ansprüchen die Rechtsqualität originärer Masseforderungen beilegt[251]. Daher muss die Sicherungsabtretung an die Bedingung geknüpft werden, dass der Eigentumsverschaffungsanspruch wegen Zahlungsverzugs des C entfällt[252].

Darüber hinaus ist bei dieser Fallkonstellation zu beachten, dass § 166 Abs. 2 InsO dem Insolvenzverwalter das Recht zubilligt, die abgetretene Forderung, die dem C grundsätzlich das Recht zur abgesonderten Befriedigung gibt (§§ 51 Nr. 1, 50 InsO), selbst einzuziehen. Das Einziehungsrecht steht dem Insolvenzverwalter dabei – von den in § 166 Abs. 2 Satz 2 InsO explizit genannten, hier nicht interessierenden Ausnahmefällen abgesehen – hinsichtlich jeglicher sicherungshalber abgetretenen Forderung zu[253] und bezieht sich damit auch auf Forderungen, die auf Einräumung des Eigentums an Grundbesitz gerichtet sind[254].

Der Insolvenzverwalter wird dabei von der ihm in § 170 Abs. 2 InsO eingeräumten Möglichkeit, dem C die Einziehung der Forderung zu überlassen, Gebrauch machen, um nicht unnötig mit der weiteren Abwicklung belastet zu werden. Aber auch dann steht dem Insolvenzverwalter als Gegenleistung für seine Zustimmung zur Umschreibung des Eigentums an C gemäß §§ 166 Abs. 2, 171 Abs. 1, 170 Abs. 2 InsO ein Zahlungsanspruch gegen C in Höhe von 4 % des Wertes des Eigentumsverschaffungsanspruchs zu[255].

Festzuhalten ist somit, dass lediglich in den Fällen, in denen C aufgrund einer im Vertrag B – C enthaltenen Vereinbarung den Kaufpreis unmittelbar an A zum Zwecke der vollständigen Tilgung der Kaufpreisschuld des B gegenüber A zahlt und der B anschließend insolvent wird, der C aufgrund der an ihn erfolgten Sicherungsabtretung bezüglich der Durchsetzung seines Eigentumsverschaffungsanspruchs gegenüber A dem Grunde nach gesichert ist. C wird jedoch infolge der Insolvenzverfahrenseröffnung gemäß §§ 166 Abs. 2, 171 Abs. 1, 170 Abs. 2 InsO durch eine zusätzliche Zahlungspflicht in Höhe von 4 % des Wertes des Eigentumsverschaffungsanspruchs gegenüber der Insolvenzmasse belastet. Im Übrigen verbleibt dem Insolvenzverwalter gegebenenfalls die Möglichkeit, den abgetretenen Erwerbsanspruch im Wege der Insolvenzanfechtung gemäß §§ 129 ff. InsO zur Insolvenzmasse zurückzuholen. Im Vergleich zur Absicherung des C mittels einer originären Auflassungsvormerkung ist die Sicherungsabtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs dabei leichter anfechtbar, weil diese eine inkongruente Deckung im Sinne des § 131 InsO darstellt, während die originäre Auflassungsvormerkung als kongruentes Deckungsgeschäft im Sinne des § 130 InsO angesehen wird[256].

IV. Exkurs: Rechtfolgen der Abtretung von Eigentumsverschaffungsanspruch nebst Auflassungsvormerkung für den Bauträgervertrag

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass die Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs von B an C nebst Übergang der Auflassungsvormerkung auf C diesem nicht annähernd den Sicherungsstandard bieten kann, der im Falle der Eintragung einer originären Auflassungsvormerkung gewährleistet ist.

Es fragt sich vor diesem Hintergrund, ob für den Fall, dass es sich bei dem Vertragsverhältnis zwischen B und C um einen Bauträgervertrag handelt, die abgetretene Vormerkung dennoch als ausreichende Sicherheit im Sinne des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MaBV angesehen werden kann.

Verschiedene Literaturstimmen[257] vertreten diese Auffassung und verweisen zur Begründung primär auf pragmatische Gesichtspunkte; sofern der Bauträger noch nicht eingetragener Grundstückseigentümer sei, sei er nun einmal nicht in der Lage, eine originäre Auflassungsvormerkung zur Eintragung zu bewilligen[258]. Auch sehe der Text der MaBV nicht explizit vor, dass der Bauträger selbst eingetragener Grundstückseigentümer sein müsse[259].

Gegen diese Auslegung des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MaBV bestehen aber gewichtige Bedenken. So setzt die Norm letztlich zwingend, wenn vielleicht auch nicht positiv formuliert, sehr wohl die Stellung des Bauträgers als eingetragenem Eigentümer voraus; denn sonst könnte unmöglich zur Sicherung *des* Anspruchs des Auftraggebers gegen

---

250 Amann, a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 106; Amann, a.a.O. (Fn. 10), DAI-Skript, S. 43.

251 BGHZ 150, 353 = DNotZ 2002, 648; MünchKommInsO/Kreft, a.a.O. (Fn. 226), § 103 Rn. 39 ff.

252 Amann, a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 106 f.; vgl. auch den Formulierungsvorschlag unten, C. V.

253 BGH NJW 2002, 3475 f.; BGH NJW 2003, 2240, 2241.

254 Uhlenbruck/Uhlenbruck, a.a.O. (Fn. 226), § 173 Rn. 2; MünchKommInsO/Lwowski, a.a.O. (Fn. 226), § 166 Rn. 147.

255 BGH NJW 2002, 3475, 3477; 2003, 2240, 2241.

256 Staudinger/Gursky (2002), § 883 Rn. 291 Amann, a.a.O. (Fn. 10), FS Schippel, S. 108.

257 Schmidt, MittBayNot 1992, 114, 115; Reithmann/Meichssner/v. Heymann, a.a.O. (Fn. 154), Rn. 166.

258 Reithmann/Meichssner/vHeymann, a.a.O. (Fn. 154), Rn. 166.

259 Schmidt, MittBayNot 1992, 114, 115.

den Bauträger auf Eigentumsübertragung eine Vormerkung eingetragen werden. Die im ursprünglichen Verordnungsentwurf enthaltene Formulierung „zur Sicherung *eines* Anspruchs des Auftraggebers" ist nicht in den endgültigen Verordnungstext aufgenommen worden, um die Rechtslage in dem vorgenannten Sinne klarzustellen[260]. Es ist aber bereits oben[261] dargestellt worden, dass die Auflassungsvormerkung auch nach ihrer „Abtretung" an C nach wie vor allein den an C abgetretenen Eigentumsverschaffungsanspruch gegen A aus dem Vertrag A – B sichert; einer sichernden Wirkung hinsichtlich des hier in Rede stehenden Eigentumsverschaffungsanspruchs des C gegenüber B steht bereits das Identitätsgebot entgegen.

Weiterhin lässt die Auffassung, die die Abtretung des Erwerbsanspruchs ausreichen lässt, außer acht, dass der Bestand der an C abgetretenen Auflassungsvormerkung anders als eine originär von B bewilligte Vormerkung von der Wirksamkeit des Kaufvertrages A – B abhängt. Ist dieser Vertrag, aus welchen Gründen auch immer, unwirksam oder nicht durchführbar, bietet auch die abgetretene Vormerkung für den C keine Absicherung[262].

Letztlich verkennt die den § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MaBV bejahende Auffassung, dass es eine ganz entscheidende Intention des Gesetzgebers war, den Auftraggeber vor einer möglichen Insolvenz des Bauträgers hinreichend zu schützen. Wie gezeigt, ist die abgetretene Vormerkung zu einem solchen Schutz aber nicht in der Lage. Anders als bei Vorliegen einer originären Vormerkung wird der Erwerber nicht per se gemäß § 106 InsO vor den Risiken einer Insolvenz des Vertragspartners bewahrt. Der Vertrag unterfällt vielmehr dem Anwendungsbereich des § 103 InsO, sofern er noch nicht erfüllt war. Dies bedeutet, dass mit der Verfahrenseröffnung die Durchsetzbarkeit des abgetretenen Eigentumsverschaffungsanspruchs entfällt. Wählt der Insolvenzverwalter Erfüllung im Verhältnis A – B, entsteht ein neuer, nicht mit der Sicherungsabtretung belasteter Anspruch zu Gunsten der Masse. Und selbst, wenn der Vertrag A – B bereits vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfüllt war und die Sicherungsabtretung an C somit grundsätzlich Bestand hat, ist der C wegen der Verwertungsrechte des Insolvenzverwalters gemäß § 166 ff. InsO und der Gefahr einer Insolvenzanfechtung gemäß § 131 InsO beeinträchtigt. Die „abgetretene" Vormerkung kann daher keinen den Anforderungen der MaBV genügenden Insolvenzschutz gewährleisten[263].

Im Ergebnis ist daher nach richtiger Auffassung[264] davon auszugehen, dass die abgetretene Vormerkung keine Sicherheit im Sinne des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MaBV darstellt. In den Fällen, in denen der Bauträger noch nicht Eigentümer ist, müssen daher andere Vertragsgestaltungen, etwa die Gestellung einer Bürgschaft nach § 7 MaBV, gewählt werden[265].

V. Formulierungsvorschlag

Wünschen die Beteiligten B und C trotz Belehrung über die damit verbundenen Risiken die Beurkundung eines Kettenkaufvertrages unter Verzicht auf den hintereinander geschalteten Vollzug, könnte eine Formulierung über die Abtretung des dem B gegen A zustehenden Eigentumsverschaffungsanspruchs etwa wie folgt lauten:

„I. B tritt zur Sicherung des in dieser Urkunde begründeten Eigentumsverschaffungsanspruchs seinen ihm aufgrund des Kaufvertrages zwischen A und B zustehenden Anspruch auf Verschaffung des Eigentums an dem vorgenannten Grundbesitz an den dies annehmenden C ab. Die Beteiligten stellen klar, dass die Abtretung des Erwerbsanspruchs von B an C nur sicherungshalber erfolgt; Kaufgegenstand dieses Vertrages ist nicht der Eigentumsverschaffungsanspruch des B gegenüber A, sondern das vorgenannte Grundstück.

Der Sicherungsabtretung werden folgende besondere Vereinbarungen zugrunde gelegt:

1. Die Abtretung ist auflösend bedingt dadurch, dass

a) der Eigentumsverschaffungsanspruch des C gegen B wegen Zahlungsverzugs des C wegfällt oder

b) B als Eigentümer im Grundbuch eingetragen wird und an dem vorgenannten Grundstück die von B bewilligte Vormerkung für C mit Rang lediglich nach folgenden Rechten eingetragen wird:

Abteilung II: . . .

Abteilung III: . . .

2. A und B bleibt die Befugnis vorbehalten, auch vor Eintritt der vorgenannten auflösenden Bedingungen den im Vertrag A – B verkauften Grundbesitz an B zu übereignen[266].

Der Notar wird ersucht, dem A eine beglaubigte Abschrift dieser Urkunde als Abtretungsanzeige zu übersenden.

II. Gemäß § 401 BGB geht mit der vorstehenden Sicherungsabtretung die zu Gunsten des B am Grundstück des A eingetragene Auflassungsvormerkung auf C über. B bewilligt und C beantragt, im Wege der Grundbuchberichtigung bei der Auflassungsvormerkung zu vermerken, dass infolge der Abtretung fortan der C auflösend bedingt Berechtigter aus der Auflassungsvormerkung ist.

III. Die Eigentumsumschreibung soll auf den ausdrücklichen Wunsch der Beteiligten hin wenn möglich ohne Zwischeneintragung des B unmittelbar auf den C erfolgen. Der Notar hat eindringlich auf die damit verbundenen Risiken hingewiesen. Insbesondere hat er darüber belehrt,

1. dass die vorstehende Abtretung dem C keine Sicherung bietet, falls der Vertrag zwischen A und B – gleich

---

260 Marcks, DNotZ 1974, 524, 531; ders., MaBV, 7. Aufl. 2003, § 3 Rn. 10; Usinger, NJW 1987, 934.

261 C. III. 4. b) (2).

262 Brych/Pause, Bauträgerkauf und Bauherrenmodelle, 3. Aufl. 1999, Rn. 116; Usinger, NJW 1987, 934, 935.

263 Basty, Der Bauträgervertrag, 4. Aufl. 2002, Rn. 267.

264 Vgl. neben den in Fn. 260 ff. Genannten auch Landesnotarkammer Bayern, Bauträgermerkblatt vom 1. 8. 1997, Teil A. I. 2. b); Amann, a.a.O. (Fn. 10), DAI-Skript, S. 45.

265 Brych/Pause, Bauträgerkauf und Bauherrenmodelle, 3. Aufl. 1999, Rn. 116.

266 Falls die Auflassung zwischen A und B noch nicht erklärt ist, schließt sich an dieser Stelle die Modifizierung der Einziehungsermächtigung entsprechend dem Formulierungsvorschlag oben, C. III. 2. b), an.

aus welchem Grunde – unwirksam oder undurchführbar ist oder später rückabgewickelt wird, beziehungsweise wenn der Erwerbsanspruch des B gegen A bereits gepfändet, verpfändet oder anderweitig abgetreten wurde;

2. dass in dem Fall, in dem zwischen A und B die Auflassung bereits erklärt wurde, mit einer Umschreibung des Eigentums auf B der Eigentumsverschaffungsanspruch gegen A trotz seiner Abtretung an C wegen Erfüllung erlischt;

3. dass die Sicherungsabtretung dem C keinen umfassenden Schutz im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des B vermittelt, und

4. dass der auf C übergangenen Vormerkung jedenfalls die derzeit im Grundbuch eingetragenen Rechte vorgehen.

Der Notar hat den Beteiligten zur Vermeidung dieser Risiken empfohlen, die Verträge A – B und B – C hintereinander abzuwickeln und demgemäß den zwischen ihnen geschlossenen Vertrag erst zu vollziehen, nachdem zu Gunsten des C eine originäre Vormerkung im Grundbuch eingetragen wurde. Die Beteiligten wünschten jedoch den Vertragsschluss zu den in dieser Urkunde aufgeführten Bedingungen."

Abschließend sei nochmals mit Nachdruck hervorgehoben, dass, um überhaupt eine Eigentumsumschreibung auf C bewerkstelligen zu können, dem Grundbuchamt eine zu C führende Auflassungskette nachgewiesen werden muss. Daher muss der Kaufvertrag B – C zwingend eine auf der Ermächtigung des A an B zur Weiterauflassung (§ 185 Abs. 1 BGB) beruhende Auflassung enthalten. Außerdem ist die Bewilligung einer originären Auflassungvormerkung durch B für C vorzusehen, damit der C in den Fällen, in denen zunächst eine Eigentumsumschreibung auf den Zwischenerwerber B erfolgt, in den Genuss des Schutzes einer originären Auflassungsvormerkung gelangen kann.

D. Weitergehende Absicherung bei Kaufpreisabwicklung über Notaranderkonto?

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass die Abtretung des dem B gegen A zustehenden Eigentumsverschaffungsanspruchs nebst Auflassungsvormerkung an C diesem nicht annähernd den Schutz gewährleisten kann, der im Falle der Eintragung einer originären Auflassungsvormerkung zu Gunsten des C gegeben wäre. Es stellt sich nunmehr die Frage, ob eine weitergehende Absicherung des C durch eine Kaufpreisabwicklung des Kaufvertrages B – C über Notaranderkonto möglich ist.

Kaum etwas gewinnt man allerdings durch eine Gestaltung in der Weise, dass der Notar angewiesen wird, aus dem seitens C hinterlegten Betrag den zwischen A und B vereinbarten Kaufpreis unmittelbar an A auszuzahlen und sodann die Eigentumsumschreibung auf B und die Eintragung einer originären Auflassungsvormerkung für C zu beantragen. Zwar geht mit dieser Variante ein geringer zeitlicher Gewinn einher, weil der Notar keine Kaufpreisempfangsbestätigung des A abwarten muss; jedenfalls durch die Auszahlung vom Anderkonto ist dem Notar die Kaufpreiszahlung in sonstiger Weise nachgewiesen[267]. Dadurch wird die Sicherungslücke für C lediglich zeitlich etwas verkürzt, im Übrigen aber in keiner Weise minimiert. Denn nach wie vor bestehen – unabhängig von der Anderkontenhinterlegung – die oben dargestellten Gefahren zu Lasten des C, so insbesondere die Risiken einer vorherigen Abtretung, Pfändung oder Verpfändung des Eigentumsverschaffungsanspruchs gegen A, einer Rückabwicklung des Vertrages A – B oder einer Insolvenz des B[268].

Man könnte aber nunmehr eine Gestaltung derart in Erwägung ziehen, dass die Auszahlung vom Anderkonto an A nicht vor, sondern *nach* der Stellung des Eigentumsumschreibungsantrags auf B erfolgt und zudem der Umschreibungsantrag auf B mit dem Antrag auf Eintragung einer originären rangrichtigen Auflassungsvormerkung für C in der Weise gekoppelt wird, dass die Auszahlung an A nur erfolgen soll, wenn für den Notar keine Eintragungshindernisse bezüglich der Auflassungsvormerkung erkennbar sind; sind solche vorhanden, werden die Grundbucheinträge zurückgenommen, und es erfolgt keine Auszahlung an A.

Ein solcher Lösungsansatz dürfte aber gegebenenfalls nicht nur erhebliche Risiken für C, sondern auch Nachteile für A und Haftungsrisiken für den Notar bergen. So besteht für C nach wie vor die Gefahr, dass der Eigentumsverschaffungsanspruch gegen A vor Eintragung der Vormerkung anderweitig abgetreten, verpfändet und insbesondere gepfändet worden ist. Gerade im letztgenannten Fall erwirbt der Gläubiger des B außerhalb des Grundbuchs mit der Umschreibung auf B eine Sicherungshypothek, die der Vormerkung des C vorgeht[269]. Auch besteht, wie soeben bereits erwähnt, ein Eintragungshindernis bezüglich der Auflassungsvormerkung für C bis zur Umschreibung auf B alleine schon dadurch, dass B bis zu seiner Eintragung Nichtberechtigter ist und somit bezüglich der Auflassungsvormerkung die für die Vollziehbarkeit des Eintragungsantrags notwendige Bewilligung des Berechtigten zunächst nicht vorliegt[270].

Im Verhältnis zu A ergibt sich ein erhebliches Problem daraus, dass eine im Vertrag B – C vereinbarte Auszahlung erst nach Stellung der genannten Eintragungsanträge in aller Regel gegen die Vorlagesperre aus dem Vertrag A – B verstößt. Dort ist nämlich nahezu ausnahmslos vereinbart, dass die Umschreibung gerade erst *nach* der Zahlung an A betrieben werden darf. Es ist in diesem Zusammenhang zwar nicht unumstritten, ob bei der Anderkontenabwicklung die Erfüllungswirkung im Verhältnis zum Verkäufer (A) bereits mit Eintreten der Auszahlungsreife oder erst mit der tatsächlichen

267 DNotI-Gutachten, DNotI-Report 1998, 312, 316.

268 Die bloße Antragstellung reicht mangels Berechtigung des B bis zur Eigentumsumschreibung auf ihn nicht aus, § 878 BGB greift insoweit nicht ein, vgl. Rundschreiben der Landesnotarkammer Bayern vom 16. 2. 1998, S. 3, und bereits oben, B. III.

269 Vgl. hierzu ausführlich oben, C. III. 3. a).

270 Rundschreiben der Landesnotarkammer Bayern vom 16. 2. 1998, S. 3 f.

Auszahlung eintritt[271]. In der in Rede stehenden Fallgestaltung liegt jedoch noch nicht einmal der zeitlich frühere Anknüpfungspunkt der Auszahlungsreife vor, da, wie gezeigt, bis zur Umschreibung auf B noch ein Eintragungshindernis bezüglich der Vormerkung für C besteht.

Nur am Rande sei erwähnt, dass dadurch, dass die Umschreibung auf B von weiteren allein zwischen B und C vereinbarten, nicht aber im Verhältnis zwischen A und B abgesprochenen Bedingungen abhängig gemacht wird (Eintragung einer rangrichtigen originären Vormerkung für C), in materiell rechtlicher Hinsicht der Abnahmeanspruch des A gegen B gemäß § 433 Abs. 2 BGB wenigstens potenziell beeinträchtigt wird.

Für den eine solche vertragliche Gestaltung beurkundenden Notar bedeuten die vorstehenden rechtlichen Konsequenzen im Verhältnis zu C, dass er diesen nach den Grundsätzen über die Belehrungspflicht bei ungesicherten Vorleistungen zu belehren hat[272]. In Bezug auf den A kommt demgegenüber jegliche Belehrung zu spät, da der Vertrag A – B nun einmal bereits „in der Welt ist". Insoweit bestehen für den Notar nicht nur zivilrechtliche Haftungsrisiken. Es besteht sogar die Gefahr, dass der Notar sich wegen Untreue in Form des Treubruchstatbestandes gemäß § 266 Abs. 1, 2. Alt. StGB strafbar macht; den Notar kann nämlich nach allgemeiner Auffassung eine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne dieser Norm treffen, und für die Zufügung eines Nachteils im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB kann bereits eine Gefährdung des Vermögens ausreichend sein[273].

Nach allem bleibt festzuhalten, dass die Abwicklung des Vertrages B – C über Notaranderkonto für sich genommen kaum geeignet ist, eine sicherere Vertragsgestaltung zu erzielen. Die Anderkontenabwicklung ist allerdings bei aufeinander abgestimmten Verträgen zu empfehlen, wenn der B also vor Vertragsschluss mit A seine Weiterverkaufsabsicht offenlegt und der A zu „Zugeständnissen" bei der Vertragsabwicklung bereit ist. So wäre eine modifizierende Abstimmung der Verträge zwischen A und B sowie B und C in der Weise denkbar, dass der A für die Vorlage der Anträge auf Eigentumsumschreibung und rangrichtige Eintragung einer Vormerkung zu Gunsten des C genügen lässt, dass eine kurzfristige Zahlung an ihn aufgrund einer erfolgten Hinterlegung des Kaufpreises auf Notaranderkonto sichergestellt ist. Die „Sicherstellung" infolge Hinterlegung dürfte dabei bei einer sachgerechten Vertragsgestaltung nicht durch die theoretisch denkbaren Risiken einer Pfändung in das Notaranderkonto beziehungsweise einer einvernehmlichen Aufhebung der Auszahlungsanweisung an A durch B und C gefährdet sein.

Zum einen vertreten in Bezug auf Pfändungen in das Notaranderkonto Rechtsprechung[274] und Literatur[275] die Auffassung, dass dem Pfändungsgläubiger nicht mehr Rechte zustehen können als dem Schuldner. So wie der Gläubiger sich diesem Grundsatz entsprechend beispielsweise vertragliche Vereinbarungen bezüglich der Ablösung von Grundpfandrechtsgläubigern entgegen halten lassen muss[276], muss sinngemäß Gleiches für die Auszahlungsvereinbarung zu Gunsten des A gelten[277].

Zum anderen kann der Gefahr einer einvernehmlichen Aufhebung der Auszahlungsanweisung zugunsten A dadurch begegnet werden, dass diese in Form eines echten Vertrages zu Gunsten Dritter (§ 328 BGB) erfolgt; dann bedürfte es zu ihrer Aufhebung nämlich der Zustimmung des A[278].

Auch bei der vorstehend beschriebenen aufeinander abgestimmten Vertragsgestaltung bleibt es aber dabei, dass der C ausführlich belehrt werden muss, da zu seinen Lasten immer noch erhebliche Risiken, etwa die Gefahr einer vorherigen Pfändung des Eigentumsverschaffungsanspruchs gegen A bestehen[279]. Im Übrigen ist der A darauf hinzuweisen, dass durch das Erfordernis der Eintragung einer rangrichtigen Auflassungsvormerkung für C sich die Abwicklung seines mit B geschlossenen Vertrages in Bezug auf die Erfüllung seines Abnahmeanspruchs (433 Abs. 2 BGB) verzögern kann.

E. Finanzierungsbedarf des C als Gestaltungshindernis?

In der Praxis stellt es den Regelfall dar, dass der Käufer von Grundbesitz nicht über die Geldmittel verfügt, die zur Kaufpreiszahlung erforderlich sind. Der Käufer ist daher gezwungen, ein Darlehen in Anspruch zu nehmen, das die Bank ihm aber nur zur Verfügung stellt, wenn ihr zuvor eine hinreichende Sicherheit gegeben wurde. Die Sicherheit ist dabei nahezu ausnahmslos eine Finanzierungsgrundschuld, die der Käufer aufgrund einer ihm seitens des Verkäufers als derzeitigem Grundstückseigentümer erteilten Belastungsvollmacht zu Gunsten der Bank bestellt.

Im Rahmen von Kettenkaufverträgen liegt auf der Hand, dass diese dann Probleme aufwerfen, wenn der C den Kaufpreis an B beziehungsweise direkt an A zahlen soll, bevor B als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist. Eine Finanzierungsvollmacht des B hilft in diesen Fällen mangels dessen Eigentümerstellung ersichtlich nicht weiter.

Um dem Problemkreis der Finanzierungsgrundschulden zu entkommen, könnte man als alternative Finanzierungstechniken die Verpfändung des an C abgetretenen Eigentumsverschaffungsanspruchs des B gegen A und/oder die Verpfändung des originären Eigentumsverschaffungsanspruchs des C gegen B an die finanzierende Bank in Erwägung ziehen. Neben dem allgemeinen Umstand, dass verschiedene Banken eine Verpfändung des Eigentumsverschaffungsanspruchs als Sicherheit generell nicht akzeptieren, ist hinsichtlich des an C abge-

271 Vgl. zum Streitstand die Darstellungen bei Zimmermann, DNotZ 1983, 552, 555 f.; Rundschreiben der Landesnotarkammer Bayern vom 16. 2. 1998, S. 6.
272 DNotI-Gutachten, DNotI-Report 1998, 213, 216.
273 Rundschreiben der Landesnotarkammer Bayern vom 16. 2. 1998, S. 4.
274 BGH DNotZ 1985, 633, 634; DNotZ 1998, 626.
275 Stöber, a.a.O. (Fn. 203), Rn. 1781a; DNotI-Gutachten, DNotI-Report 1998, 213, 216 f m. w. N.
276 BGH DNotZ 1998, 626; Hansmeyer, MittBayNot 1989, 149, 156; DNotI-Gutachten, DNotI-Report 1998, 213, 216 f.
277 DNotI-Gutachten, DNotI-Report 1998, 213, 216 f.
278 DNotI-Gutachten, DNotI-Report 1998, 213, 217.
279 Vgl. hierzu den Formulierungsvorschlag unter C. V.

tretenen Erwerbsanspruchs zu bedenken, dass dieser, wie auch im Rahmen dieses Aufsatzes dargestellt, in besonderer Weise keine verlässliche Sicherheit darstellt. Nichts anderes gilt für den Eigentumsverschaffungsanspruch des C gegen B, der, anders als im Regelfall, nicht durch eine originäre Vormerkung abgesichert werden kann. Eine Bank wird sich daher mit einer Verpfändung der Erwerbsansprüche als Sicherheit in aller Regel nicht begnügen[280].

Kehrt man somit zur Absicherung über eine Finanzierungsgrundschuld zurück, so vertreten einige Autoren die Auffassung, dass ohne eine unmittelbare Finanzierungsvollmacht des A gegenüber C die Lösung des Finanzierungsproblems nicht möglich erscheine[281].

Zutreffend dürfte dabei sein, dass die seitens A dem B erteilte Finanzierungsvollmacht den C nicht berechtigt, eine Finanzierungsgrundschuld im eigenen Namen zu Lasten des Grundstücks des A zu bestellen. Insbesondere ermächtigt die dem B seitens A erteilte Finanzierungsvollmacht diesen nicht zu einer Unterbevollmächtigung des C, da infolge der dinglichen Belastung durch den Zweiterwerber die Rechtsstellung des Eigentümers A unmittelbar betroffen wird[282]. Aus demselben Grund kann auch nicht angenommen werden, dass die zwischen A und B erklärte Auflassung den Zwischenerwerber B berechtigt, namens des Verkäufers A einer vom Enderwerber C beantragten und bewilligten dinglichen Belastung des Grundstücks zuzustimmen[283].

Dem Grunde nach möglich ist eine Gestaltung der Finanzierung aber derart, dass der B aufgrund der ihm von A erteilten Vollmacht die Finanzierungsgrundschuld für die Bank des C bestellt; C gibt seinerseits das Schuldanerkenntnis ab und unterwirft sich persönlich der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein Vermögen[284]. Nun könnte man gegen diesen Lösungsweg ins Feld führen, dass die Bank des C sich wegen der mit der Vollmacht des A verbundenen eingeschränkten Sicherungsabrede, wonach die Bank des C die Grundschuld als Sicherheit nur verwerten und behalten darf, soweit sie Zahlungen mit Tilgungswirkung an A auf die Kaufpreisschuld des B geleistet hat, hierauf nicht einlassen wird. Wenn aber eine den üblichen Gepflogenheiten entsprechende Finanzierungsvollmacht seitens A vorliegt, dann fällt die eingeschränkte Zweckbestimmung weg, sobald der A den gesamten Kaufpreis erhalten hat[285]; B kann dann von der Finanzierungsvollmacht uneingeschränkt zu Gunsten der Bank des C Gebrauch machen[286].

Mit Blick auf die notarielle Praxis bleibt anzumerken, dass alleine schon zur Sicherstellung der Finanzierung des C eine Abwicklung des Kaufvertrages B – C über Notaranderkonto dringend zu empfehlen ist. Denn wohl nur, wenn die schnelle und vollständige Kaufpreiszahlung an A gemäß der im Vertrag B – C enthaltenen Zahlungsanweisung vom Notar überwacht wird, dürfte die Bank mit einer Finanzierung auf der Basis der Vollmacht des A einverstanden sein[287].

Im übrigen ist dem C noch dringender als dem „normalen" Käufer von Grundbesitz zu empfehlen, vor Abschluss des Kaufvertrages mit B den Kontakt zu seiner finanzierenden Bank zu suchen und diese über den Umstand des beabsichtigten Kaufs vom derzeit Nichtberechtigten B zu informieren. Denn weil der Kettenkaufvertrag anders als der übliche Kauf vom Eigentümer auch aus der Sicht der Banken keine alltägliche Gestaltungsform darstellt und somit nicht schematisch abgewickelt werden kann, besteht die Gefahr, dass das eigentlich vom Erwerber favorisierte Kreditinstitut ein entsprechendes Engagement ablehnt[288].

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass auch das vorstehende Finanzierungsmodell an seine Grenzen stößt, wenn – was regelmäßig der Fall sein dürfte – der C mit B einen deutlich höheren Kaufpreis ausgehandelt hat, als B an A zahlen muss, und die von A erteilte Finanzierungsvollmacht nicht der Höhe nach unbeschränkt ist, sondern (ausnahmsweise) auf den Betrag des Kaufpreises aus dem Vertrag A – B begrenzt ist. Dann kann C wenigstens bis zur Umschreibung auf B keine den Betrag des von B zu zahlenden Kaufpreises übersteigende Grundschuld bestellen. Ist C gezwungen, höher zu finanzieren, muss B ihm die über den an A zu zahlenden Kaufpreisteil übersteigende Schuld bis zur Umschreibung auf B stunden.

F. Weitere beurkundungs- und materiell-rechtliche Besonderheiten bei Kettenkaufverträgen

Die bisherigen Ausführungen hatten das im Zusammenhang mit der Beurkundung von Kettenkaufverträgen wesentliche Problem zum Gegenstand: Auf welche Weise kann der Enderwerber C bestmöglich abgesichert werden, wenn er vor der Eigentumsumschreibung auf den Zwischenerwerber B von diesem ein Grundstück erwirbt? Aus den erarbeiteten Ergebnissen resultieren für den Notar insbesondere die nachstehenden beurkundungsrechtlichen Folgen und materiell-rechtlichen Fragestellungen:

I. Notarielle Hinweis- und Belehrungspflichten

In beurkundungsrechtlicher Hinsicht ergibt sich aufgrund des festgestellten Umstandes, dass mangels Eintragbarkeit einer originären Auflassungsvormerkung für C zu dessen Gunsten kein lückenloser Schutz denkbar ist, die bereits dargestellte Verpflichtung des Notars, den C

280 Amann, DAI-Skript „Grundstücksrecht" (22. 2. 1997), S. 70 f.; Basty, a.a.O. (Fn. 263), Rn. 267.

281 DNotI-Gutachten, DNotI-Report 1998, 213, 217 f.; Krauß, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 316; Basty, a.a.O. (Fn. 263), Rn. 267; Rundschreiben der Landesnotarkammer Bayern vom 16. 2. 1998, S. 7.

282 OLG Düsseldorf MittRhNotK 1999, 244; Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 3147.

283 Ebd.

284 So auch Brambring/Reimbold/Sandkühler, a.a.O. (Fn. 8), S. 665; Amann, DAI-Skript „Grundstücksrecht" (22. 2. 1997), S. 71.

285 Vgl. etwa das Muster einer Finanzierungsvollmacht in Beck'sches Notarhandbuch/Amann, a.a.O. (Fn. 1), A I., Rn. 247.

286 Amann, DAI-Skript „Grundstücksrecht" (22. 2. 1997), S. 71.

287 Ähnlich Krauß, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 316.

288 Der Autor hat sich bei ihm persönlich bekannten leitenden Angestellten zweier Kreditinstitute exemplarisch nach der grundsätzlichen Finanzierungsbereitschaft erkundigt. Während ein Institut keine grundsätzlichen Bedenken gegenüber einem Kreditengagement im Rahmen eines Kettenkaufvertrages hat, steht das andere Bankhaus dieser Gestaltungsform prinzipiell ablehnend gegenüber.

jedenfalls dann nach den Grundsätzen über die Belehrungspflicht bei ungesicherten Vorleistungen zu belehren, wenn C vor Eigentumsumschreibung auf B und Eintragung einer originären rangrichtigen Auflassungsvormerkung zu seinen Gunsten Zahlungen an B oder direkt an A leisten soll[289].

Eine andere Frage ist hingegen, ob der den Zweitkaufvertrag B – C beurkundende Notar die Amtspflicht besitzt, den Vertragsbeteiligten zu raten, dass B dem C seinen Eigentumsverschaffungsanspruch gegen A sicherungshalber abtreten solle. Richtigerweise dürfte diese Frage zu verneinen sein[290]. Zu beachten ist nämlich, dass es im Zusammenhang mit der Vereinbarung der Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs nicht um Risiken von Vorleistungspflichten oder um Vorkehrungen dagegen geht, dass der Verkäufer seine bestehende Verfügungsmacht über den Vertragsgegenstand verliert, sondern um Vorsorgemaßnahmen dahingehend, dass B die uneingeschränkte Verfügungsmacht über den Vertragsgegenstand erst noch erlangt[291]. Insoweit ist die Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs im Ergebnis aber auch nicht in der Lage, einen wesentlich besseren, geschweige denn hinreichenden Schutz zu bewirken.

II. Pflicht des Notars zur Kenntnisverschaffung vom Inhalt des Vertrages A – B

In der Praxis ist ohne weiteres die Situation denkbar, dass der den Vertrag A – B und der den Vertrag B – C beurkundende Notar nicht identisch sind. Hier muss der für den Zweitvertrag verantwortliche Notar stets im Auge behalten, dass Belastungen, die der Zwischenerwerber B im Vertrag mit A für diesen oder für Dritte bewilligt hat, regelmäßig (§ 16 Abs. 2 GBO) vor oder gleichzeitig mit der Eigentumsumschreibung auf den Enderwerber C oder mit der Eintragung einer originären Auflassungsvormerkung für C zur Eintragung gelangen[292]. Entsprechendes gilt für bereits eingetragene Belastungen, die nach dem Vertrag A – B nicht gelöscht, sondern von B übernommen werden sollen. Der Notar muss sich also vor Beurkundung des Vertrages B – C ein genaues Bild vom Stand der Belastungen bezüglich des zum Weiterverkauf anstehenden Grundstücks machen. Schon aus diesem Grunde ist er verpflichtet, sich eine beglaubigte Abschrift von der zwischen A und B geschlossenen Kaufvertragsurkunde vorlegen zu lassen[293].

III. Beachtung des Beschaffungsrisikos des B

In materiell-rechtlicher Hinsicht sollte sich der den Vertrag B – C beurkundende Notar letztlich vergegenwärtigen, dass auch der B durch den Verkauf eines ihm noch nicht gehörenden Grundstücks an C ein erhebliches Risiko übernimmt. Bereits nach altem Schuldrecht haftete B nämlich gegenüber C für seinen eigenen Eigentumserwerb in Form einer verschuldensunabhängigen Garantiehaftung[294]. Auch nach der Schuldrechtsmodernisierung hat sich hieran im Ergebnis nichts geändert, da der B nunmehr dem C gegenüber gemäß § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB ein entsprechendes Beschaffungsrisiko übernimmt; nach wie vor haftet B mithin verschuldensunabhängig für die Eigentumsverschaffung[295].

Vor diesem Hintergrund kann es sich – sicherlich in Abhängigkeit vom jeweiligen Einzelfall – empfehlen, mit den Beteiligten zu erörtern, ob der Vorbehalt eines – unter Umständen befristeten – Rücktrittsrechts unter alleiniger Übernahme der Vertragskosten seitens B oder der Ausschluss beziehungsweise die Beschränkung von Schadensersatzansprüchen des C gegen B gewollt sind[296].

G. Mehrfache Abtretung

Sämtliche vorstehenden Ausführungen gelten dem Grunde nach sinngemäß, wenn C seinerseits den von B gekauften Grundbesitz vor Eigentumsumschreibung weiterverkauft. In der Auflassung A – B liegt ebenso die Ermächtigung zur Weiterauflassung wie in der Auflassung B – C; die Auflassungskette kann mithin, von A ausgehend, beliebig verlängert werden, so dass auch einer Direktumschreibung von A auf den Letzterwerber grundsätzlich nichts im Wege steht. Ebenso kann der C zur Sicherung seines Abkäufers D den an ihn abgetretenen Eigentumsverschaffungsanspruch A – B sowie den zwischen ihm und B begründeten Erwerbsanspruch ebenso abtreten wie ein möglicherweise an ihn übertragenes Anwartschaftsrecht.

Im Hinblick auf die oben ausführlich dargestellten Risiken der Sicherungsabtretung ist allerdings anzumerken, dass diese naturgemäß mit der Zahl der zwischen Eigentümer (A) und Enderwerber (D. . .) geschalteten Personen steigen. Denn entsprechend der größeren Anzahl bestehender Vertragsverhältnisse erhöht sich die Gefahr, dass ein Vertragsverhältnis unwirksam, undurchführbar oder anfechtbar ist. Auch besteht in bezug auf mehr Personen das Risiko, dass über die ihnen zustehenden Ansprüche im Wege der Abtretung, Verpfändung oder Pfändung verfügt wurde, oder dass über deren Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Die Kaufvertragskette wird mithin umso brüchiger, desto länger sie wird.

H. Gestaltungshinweise bei aufeinander abgestimmten Verträgen

Die bisherigen Ausführungen betrafen schwerpunktmäßig den „klassischen" Kettenkaufvertragsfall, in

289 DNotI-Gutachten, DNotI-Report 1998, 213, 216. Vgl. auch Krauß, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 318; Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 3147; Kersten/Bühling/Wolfsteiner, a.a.O. (Fn. 18), § 36 Rn. 370; Albrecht, in: Reithmann/Albrecht, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 448 und den Formulierungsvorschlag unter C. V.

290 Ebenso Amann, DNotZ 1997, 113, 121 f, und i. E. OLG Schleswig NotBZ 2002, 459, 460.

291 Amann, DNotZ 1997, 113, 121.

292 Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 3318, 3147.

293 Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 3147; Brambring/Reimbold/Sandkühler, a.a.O. (Fn. 8), S. 663.

294 BGH NJW 1994, 2947 = DNotZ 1995, 47; BGH NJW 2000, 2001.

295 Wälzholz/Bülow, MittBayNot 2001, 509, 520; Krauß, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 317; Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 3147.

296 Krauß, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 318; Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 3147; Wälzholz/Bülow, MittBayNot 2001, 509, 520.

dem B mit A einen gewöhnlichen Grundstückskaufvertrag ohne Besonderheiten geschlossen hat und in der Folge den Grundbesitz an C weiterveräußert. Wie gezeigt ergeben sich dabei naturgemäß besondere Risiken, wenn C noch vor Umschreibung auf B und Eintragung einer ranggerechten Auflassungsvormerkung zu seinen Gunsten Zahlungen leisten soll. In der Praxis seltener sind aus den bereits dargestellten Gründen[297] die Fälle, in denen der A vor Vertragsschluss mit B von dessen Weiterverkaufsabsicht erfährt und dann – insbesondere im Hinblick auf die Modalitäten der Kaufpreiszahlung – sogar noch zu Zugeständnissen im Rahmen des Vertrages A – B bereit ist.

Ohne auf die schier unendliche Zahl denkbarer Fallkonstellationen eingehen zu können, ist dennoch allgemein anzumerken, dass durch eine aufeinander abgestimmte Vertragsgestaltung vorzugsweise unter Vereinbarung der Anderkontenabwicklung[298] eine zügigere, sicherere[299] und widerspruchsfreie[300] Abwicklung beider Verträge bewirkt werden kann.

Entscheidend ist aber, dass auch abgestimmte Vertragsgestaltungen nichts an dem Umstand ändern können, dass eine uneingeschränkte Absicherung für C erst nach Eintragung einer originären Auflassungsvormerkung zu seinen Gunsten besteht. Bis dahin ist der C erhöhten Risiken ausgesetzt, da sein Vertragspartner B nun einmal nicht Eigentümer des verkauften Grundstückes, sondern lediglich Inhaber eines entsprechenden Erwerbsanspruchs und gegebenenfalls eines Anwartschaftsrechts ist. Diese Rechte können aber, wie gesehen, vor Erlangen eines endgültigen Schutzes seitens C aus verschiedenen Gründen beeinträchtigt werden. Auch eine abgestimmte Vertragsgestaltung ist nicht in der Lage, diese Risiken für C sicher auszuschließen, sofern A – was praktisch immer der Fall sein dürfte – nicht die Eintragung einer weiteren originären Auflassungsvormerkung für C bewilligt.

Um den C so bald wie möglich in den Genuss einer originären Auflassungsvormerkung kommen zu lassen, ist somit nach einer Alternative zu suchen, die den B möglichst frühzeitig Eigentümer werden lässt. In diesem Zusammenhang mag in seltenen Ausnahmefällen bei einer entsprechenden Bereitschaft des A[301] daran zu denken sein, dass das Grundstückseigentum sofort auf B umgeschrieben wird, während A dem B die Kaufpreiszahlung ganz oder teilweise stundet und als Sicherheit eine (Rest-) Kaufpreissicherungshypothek erhält. Die Ablösung der Forderung erfolgt dann später aus der (anteiligen) Weiterleitung des Weiterverkaufserlöses an A[302]. Im Übrigen sollte im Interesse des A zwischen A und B ein Termin vereinbart werden, bis zu dem der Kaufpreis seitens B spätestens zu zahlen ist.

Neben der Frage der generellen Bereitschaft des A zu einer solchen, ihn wirtschaftlich benachteiligenden Vereinbarung ergibt sich für A insbesondere bei vollständiger Stundung des Kaufpreises das Problem der Werthaltigkeit seiner Sicherung im Falle eines Versteigerungsverfahrens; dies gilt umso mehr, falls die Hypothek für A nicht an erster Rangstelle im Grundbuch eingetragen werden kann.

I. Hinweise zur Abwicklung von Kettenkaufverträgen

Abschließend mögen dem mit der Abwicklung von Kettenkaufverträgen betrauten Notar noch nachfolgende Hinweise dienlich sein:

I. Vorkaufsrechte/Genehmigungen

Da es sich bei Kettenkaufverträgen um zwei (oder mehr) hintereinander geschaltete Kaufverträge handelt, löst jeder Kaufvertrag für sich bei Bestehen eines Vorkaufsrechts den Vorkaufsfall aus[303]. Sämtliche relevanten öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Vorkaufsrechte knüpfen schlicht an das Vorliegen eines rechtswirksamen Kaufvertrages an[304]; mithin ist jeder einzelne Vertrag der Kette dem Vorkaufsberechtigten zur Kenntnis zu bringen und bei diesem eine Verzichtserklärung einzuholen.

Nichts anderes gilt im Falle der Notwendigkeit der Einholung von Genehmigungen[305]. Die Tatbestände, die das Erfordernis einer Genehmigung vorsehen, knüpfen ebenfalls allein an das betreffende obligatorische Rechtsgeschäft an[306]. Sowohl der Vertrag A – B als auch der Vertrag B – C bedürfen mithin, sofern ein entsprechender Tatbestand eingreift, jeweils der Genehmigung; ein möglicher dinglicher Vollzug unmittelbar zwischen A und C ändert hieran nichts.

II. Grunderwerbsteuer

In gleicher Weise führt der Umstand, dass sowohl der Vertrag A – B als auch der Vertrag B – C Kaufverträge über Grundbesitz darstellen, zwanglos zu der gesetzlichen Folge, dass beide Verträge gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG der Grunderwerbsteuer unterliegen.

Eine Besonderheit ergibt sich allerdings in bezug auf die Frage, welche Steuerzahlungen geleistet sein müssen, damit das Finanzamt die dem Grundbuchamt gemäß § 22 Abs. 1 GrEStG vorzulegende Unbedenklichkeitsbescheinigung bezüglich des Vertrages B – C erteilt. Nach

297 Siehe oben, B. II. 1.

298 Vgl. hierzu bereits oben, D.

299 Ein gewisses Mehr an Sicherheit kann dabei insbesondere eine Bestätigung des A bewirken, dass ihm nichts hinsichtlich Pfändungen, Abtretungen oder Verpfändungen in bezug auf den gegen ihn gerichteten Eigentumsverschaffungsanspruch bekannt ist.

300 Insbesondere in Bezug auf die Beachtung der Vorlagesperre aus dem Vertrag A – B, vgl. oben, D.

301 Die nachfolgende Gestaltung dürfte in der Praxis vor allem dann realisierbar sein, wenn eine Baugesellschaft (B) Grundbesitz erwirbt, der erst durch die nachfolgenden Erschließungsmaßnahmen seitens B Baulandqualität erhält. Hier wird der A in der Regel einen den Wert für landwirtschaftliche Grundstücke weit übersteigenden Kaufpreis aushandeln und wegen des eigenen wirtschaftlichen Interesses an den Erschließungsmaßnahmen durch B zu entsprechenden Zugeständnissen bereit sein.

302 Ist eine Parzellierung und teilweise Weiterveräußerung des von B erworbenen Grundbesitzes geplant, muss vereinbart werden, dass A gegen Weiterleitung eines näher zu bestimmten Anteils aus dem jeweiligen Weiterveräußerungserlös an ihn zur Freigabe der jeweils verkauften Teilfläche aus der Hypothek verpflichtet ist.

303 Bergermann, MittRhNotK 1969, 687, 703.

304 Vgl. die Übersicht zu den Vorkaufsrechten in Beck'sches Notarhandbuch/Reibold, a.a.O. (Fn. 1), A I., Rn. 78 ff.

305 Bergermann, MittRhNotK 1969, 687, 703 f.

306 S. zu den einzelnen Genehmigungstatbeständen Beck'sches Notarhandbuch/Reibold, a.a.O. (Fn. 1), A I., Rn. 57 ff.

heute allgemeiner Auffassung[307] ist seitens des Finanzamts die Unbedenklichkeitsbescheinigung schon zu erteilen, wenn für den konkreten Erwerbsvorgang die Grunderwerbsteuer entrichtet ist; dies gilt auch dann, wenn die für die Vorerwerbe fälligen Steuern nicht bezahlt wurden. Aus dem Gebrauch der Einzahl in § 22 Abs. 2 GrEStG („die Grunderwerbsteuer") ergibt sich demnach, dass diese Vorschriften allein auf den Erwerbsvorgang abstellen, für den die Grunderwerbsteuer festzusetzen ist.

Bei Kettengeschäften kann somit die direkte Umschreibung von A auf C vollzogen werden, wenn die Unbedenklichkeitsbescheinigung zum Verkauf B – C vorliegt. Die Unbedenklichkeitsbescheinigung für den Vertrag A – B darf nicht darüber hinaus verlangt werden.

Für den beurkundenden Notar kann dabei der Umstand, dass der A im Falle der Direktumschreibung auf C sein Eigentum verliert *und* wegen der Grunderwerbsteuer in Anspruch genommen werden kann, unter gewissen Voraussetzungen ein Haftungsrisiko begründen. Dies ist zum einen der Fall, wenn A bei der Beurkundung des Erstvertrages explizit zum Ausdruck gebracht hat, dass er keinesfalls das Grundeigentum verlieren möchte und dennoch der Grunderwerbsteuer ausgesetzt sein wolle[308]. Zum anderen kommt eine Haftung in Betracht, wenn der Notar bei Beurkundung des Erstvertrages von der Weiterverkaufsabsicht des B ebenso Kenntnis hat wie von den grunderwerbsteuerlichen Folgen einer Direktumschreibung und zugleich durch den – üblichen – Hinweis, dass zur Eigentumsumschreibung die Vorlage der Unbedenklichkeitsbescheinigung, mithin die Zahlung der Grunderwerbsteuer erforderlich sei, bei A den unrichtigen Eindruck erweckt, dieser könne sein Eigentum nicht verlieren, solange B die Grunderwerbsteuer nicht gezahlt hat; allerdings darf die Kenntnis der hier in Rede stehenden Steuerfrage von einem Notar in der Regel nicht erwartet werden[309].

J. Zusammenfassung

Die wesentlichen Ergebnisse der vorstehenden Untersuchung lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. Solange der Zwischenerwerber B nicht im Grundbuch eingetragen ist, kann er dem Zweitkäufer C keine originäre Auflassungsvormerkung verschaffen. Insbesondere beinhaltet die Auflassungserklärung zwischen A und B keine (konkludente) Ermächtigung an A zur Bewilligung einer Vormerkung.

2. Zur Absicherung des Eigentumsverschaffungsanspruchs des C gegen B kann der B die ihm aufgrund des Vertrages A – B zustehenden Rechte an C übertragen. Primär kommt dabei die Abtretung des schuldrechtlichen Eigentumsverschaffungsanspruchs in Betracht; gemäß § 401 BGB geht mit diesem eine zur Absicherung des Erwerbsanspruchs im Grundbuch eingetragene Auflassungsvormerkung auf C über. Die zusätzliche oder alternative Übertragung eines bestehenden „vormerkungsgestützten Anwartschaftsrechts" bringt keine weitergehenden Vorteile, da dieses Anwartschaftsrecht ohnehin vom Bestand des schuldrechtlichen Anspruchs abhängig ist. Ob dagegen die zusätzliche oder alternative Übertragung eines bestehenden „antragsgestützten Anwartschaftsrechts" sinnvoll ist, ist eine Frage des Einzelfalls; diese ist insbesondere dann in Erwägung zu ziehen, wenn die Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs wegen Vorliegens eines Abtretungsausschlusses gemäß § 399 BGB nicht in Betracht kommt.

In aller Regel wird die isolierte Abtretung des Erwerbsanspruchs vorzuziehen sein, da nur sie eine flexible Vertragsabwicklung in der Weise gewährleistet, dass noch eine Eigentumsumschreibung auf B möglich ist. Nur auf diese Weise ist bei möglichen Vollzugshindernissen im Rahmen des Vertrages B – C die Erfüllung des Abnahmeanspruchs des A gemäß § 433 Abs. 2 BGB gesichert.

3. Im Interesse aller Beteiligten ist die Abtretung mit einer Sicherungsabrede zu versehen, die den C auch im Falle einer Insolvenzeröffnung über das Vermögen des B bestmöglich schützt. Sie ist im Übrigen auflösend bedingt durch den Wegfall des Eigentumsverschaffungsanspruchs des C infolge Zahlungsverzuges des C oder durch Eintragung einer rangrichtigen originären Auflassungsvormerkung für C und mit einer Einziehungsermächtigung des B zu kombinieren.

4. Die Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs an C bietet diesem letztlich nicht annähernd denselben Schutz wie die Eintragung einer originären Auflassungsvormerkung. Der abgetretene Erwerbsanspruch ist von Bestand und Durchsetzbarkeit des Vertrages A – B abhängig. Er kann unter Umständen mit Eigentumsumschreibung auf B erlöschen (§ 407 Abs. 1 BGB). Die Abtretung geht ins Leere, wenn der Erwerbsanspruch bereits vorher gepfändet, verpfändet oder anderweitig abgetreten wurde. Anders als in der Insolvenz des A genießt C in der Insolvenz des B nicht den Schutz des § 106 InsO. Allerdings vermag die Sicherungsabtretung den C in der Insolvenz des B vorbehaltlich einer Insolvenzanfechtung gemäß § 131 InsO (inkongruente Deckung) bei Kaufpreiszahlung vor Verfahrenseröffnung weitgehend zu schützen.

5. Wegen der vorstehenden Risiken kann die abgeleitete Vormerkung nicht als ausreichende Sicherheit im Sinne des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MaBV angesehen werden.

6. Eine weitergehende Absicherung des C im Falle einer Kaufpreisabwicklung über Notaranderkonto erscheint nicht möglich. Ein Finanzierungsbedarf des C verbunden mit der Notwendigkeit, zugunsten der finanzierenden Bank ein Grundpfandrecht zu bestellen, stellt hingegen kein zwingendes Gestaltungshindernis dar.

7. Dem beurkundenden Notar obliegen insbesondere im Verhältnis zu C umfangreiche Hinweis- und Belehrungspflichten.

8. Bei der direkten Umschreibung von A auf C muss dem Grundbuchamt lediglich die Unbedenklichkeitsbescheinigung für den Zweiterwerb vorgelegt werden.

---

307 BFH BStBl III 1962, 314; Boruttau, GrEStG, 15. Aufl. 2002, § 22 Rn. 27; Schöner/Stöber, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 148.
308 BGH DNotZ 1992, 813, 815 f.
309 BGH DNotZ 1992, 813, 817.

9. Wegen der geschilderten, kaum beherrschbaren rechtlichen Risiken des Kettenkaufvertrages für die Beteiligten, insbesondere für den Enderwerber C, sollte in der Praxis diese Gestaltungsform so weit wie möglich vermieden und statt dessen ein hintereinander geschalteter Vollzug propagiert werden. Dies gilt umso mehr, als es als empirische Erkenntnis angesehen werden kann, dass die erörterten rechtlichen Unwägbarkeiten nicht bloß theoretischer Natur sind, sondern sich vergleichsweise häufig realisieren. Dem mit der Beurkundung betrauten Notar muss nämlich bewusst sein, dass der Zwischenerwerber B die von ihm in der Regel geforderte Direktzahlung von C an A oftmals nicht alleine wünscht, um die eigene Zwischenfinanzierung zu sparen und auf diese Weise den erhofften Gewinn zu maximieren; vielmehr gelingt es dem B häufig wegen eigener finanzieller Probleme und der damit einhergehenden Kreditunwürdigkeit schlichtweg nicht, eine eigene Finanzierung zu erhalten. In einem solchen Fall ist aber die Verwirklichung der vorstehend geschilderten Gefahren zum Nachteil des C vorprogrammiert.

Rechtsprechung

1. Schuldrecht – Beschränkung der Einzugsermächtigung eines Bauträgers auf bestimmtes Konto
(*OLG Brandenburg,* Urteil vom 30. 10. 2003 – 5 U 17/03)

BGB §§ 134; 185; 362 Abs. 2; 407; 409
MaBV §§ 2 – 4; 6 Abs. 2; 12

Ist in einem Bauträgervertrag bestimmt, dass der Bauträger trotz Abtretung seiner Ansprüche aus dem Vertrag an die das Bauvorhaben finanzierende Bank zur Einziehung im eigenen Namen ermächtigt ist, so kann diese Einzugsermächtigung auf ein bestimmtes Konto (Zielkonto) beschränkt sein.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

I. Die Parteien streiten darüber, ob die Bekl. aus dem Bauträgervertrag mit der K. GmbH (im Folgenden: Zedentin) verpflichtet ist, an die Kl., an die die Kaufpreisforderung abgetreten ist, den restlichen Kaufpreis in Höhe der Klageforderung zu zahlen oder ob die Kaufpreisforderung durch die Zahlungen der Bekl. an die Zedentin auf ein Konto bei der B. Bank erloschen und die Kl. verpflichtet ist, die Löschung der auf dem Grundstück der Bekl. eingetragenen Globalgrundschulden zu bewilligen.

Aus den Gründen:

Die Berufung der Kl. hat Erfolg.

Der Kl. steht gegen die Bekl. aus § 433 Abs. 1, 398 BGB – auf das Schuldverhältnis der Parteien findet das Bürgerliche Gesetzbuch in seiner bis zum 31. 12. 2001 geltenden Fassung Anwendung, Art. 229 § 5 EGBGB – ein restlicher Kaufpreisanspruch in Höhe von 66 534,41 € zu.

1. Zwischen den Parteien ist in der mündlichen Verhandlung unstreitig geworden, dass Gegenstand der Klageforderung die 3. und 4. Ratenzahlung gemäß des notariellen Bauträgervertrages sind. Diese bereits zuvor an die Kl. abgetretene Kaufpreisforderung ist nicht dadurch erloschen, dass die Bekl. insgesamt 66 534,41 € auf ein Konto der Zendentin bei der B. Bank eingezahlt hat.

2. (. . .)

3. Die Einzahlung der streitgegenständlichen Kaufpreisraten konnte aber die Forderung der Kl. nach §§ 362 Abs. 2, 185 BGB nicht zum Erlöschen bringen, weil die der Zedentin erteilte Einzugsermächtigung für die Bekl. erkennbar die Zedentin nicht berechtigte, Zahlungen auf ein anderes als das in dem Vertrag bezeichnete „Bausonderkonto“ zu verlangen.

a) Nur in den Grenzen der erteilten Ermächtigung wirken die Rechtshandlungen der Ermächtigten für und gegen den dahinter stehenden Rechtsinhaber. Der notwendige Schuldnerschutz wird bei der Forderungsabtretung mit Einzugsermächtigung für den Zedenten durch §§ 407, 409 BGB gewährleistet. Hat der Schuldner keine Kenntnis von der Abtretung, muss der Zessionar auch ein Erfüllungssurrogat hinnehmen, auf welches der Schuldner und der Zedent sich verständigt haben. Das gleiche gilt entsprechend § 409 BGB und den Grundsätzen der Anscheinsvollmacht, wenn der Gläubiger dem Schuldner eine Einzugsermächtigung mit unbeschränkter Verfügungsbefugnis angezeigt hat. Eine Beschränkung der Einzugsermächtigung kann u. a. auch darin bestehen, dass der Forderungseinzug sich auf ein bestimmtes Bankkonto des Ermächtigten (Zielkonto) konzentriert. Der Umfang der dem Einzugsermächtigten verliehenen Rechtsmacht bedarf, nicht anders als der Umfang einer Vollmacht, der Auslegung. In diesem Zusammenhang ist mit der Erteilung einer Einzugsermächtigung nicht zwangsläufig die Befugnis des Ermächtigten verbunden, eine Leistung außerhalb des Zielkontos an Erfüllung statt anzunehmen; sie kann zu verneinen sein, wenn sie dem Zweck der angeordneten Beschränkung zuwiderläuft (BGH NJW 2002, 1417, 1418; zur Bedeutung des Zwecks im Hinblick auf den Umfang einer Vollmacht vgl. BGH NJW 1991, 3141).

Eine solche der Bekl. erkennbare Beschränkung der Einzugsermächtigung der Zedentin auf deren im Vertrag bezeichnetes „Bausonderkonto“ bei der Kl. war im vorliegenden Fall gegeben.

b) Entgegen der Auffassung der Kl. war die Zedentin jedenfalls aus Sicht der Bekl. zur Einziehung der im Voraus abgetretenen Kaufpreisforderungen im eigenen Namen berechtigt. Dies ergibt sich – trotz der Offenlegung der Abtretung in dem notariell beurkundeten Bauträgervertrag – aus II. Ziffer 8 des Vertrages, wo es heißt: „Der Bauträger ist trotz der Abtretung seiner Ansprüche aus diesem Vertrag an die das Gesamtbauvorhaben finanzie-

rende Bank zur Einziehung im eigenen Namen berechtigt". Die Berechtigung zur Geltendmachung im eigenen Namen ergibt sich darüber hinaus aus Ziffer 4 c) des Vertrages, wonach die Zedentin berechtigt war, die Forderung auf ihr eigenes „Bausonderkonto" bei der Kl. einzuziehen.

c) Die Einzugsermächtigung der Zedentin beschränkte sich aber gleichzeitig auf die Befugnis, Zahlungen allein auf das in II. Ziffer 4 c) des Vertrages bezeichnete Bausonderkonto zu verlangen. Zahlungen auf ein anderes, nicht einmal bei der Kl. geführtes, Konto sollte eine Erfüllungswirkung nicht zukommen.

Für die Bekl. ergab sich das Interesse der Zedentin als Veräußerin an der Fixierung des „Bausonderkontos" als Zielkonto für die jeweiligen Erwerber aus deren Innenverhältnis zu der Zessionarin; die Ermächtigung zur Einziehung der abgetretenen Kaufpreisforderungen war aufgrund der erkennbaren Interessenlage auf dieses Zielkonto beschränkt (vgl. zu dieser Fallkonstellation BGH NJW 2002, 1417, 1418).

Die Erkennbarkeit des Interesses, dass Zahlungen allein auf das im Vertrag genannte Konto erfolgen sollten, folgt zunächst aus der im Vertrag offengelegten Abtretung der Kaufpreisforderung, auch wenn die Kl. in dem Vertrag nicht ausdrücklich als Zessionarin bezeichnet ist. Die Bekl. wusste damit, dass die Veräußerin nicht mehr Inhaberin der Kaufpreisforderung ist, weil die Forderung an die das Vorhaben finanzierende Bank abgetreten war (II. Ziffer 8 des Vertrages). Weiter heißt es in II. Ziffer 4 c) des Vertrages eindeutig, „die Kaufpreisteilbeträge sind auf das Bausonderkonto ... zu überweisen". Schon vor dem Hintergrund der offengelegten Abtretung an die das Gesamtbauvorhaben finanzierende Bank lässt diese Formulierung kaum einen Raum für eine abweichende Vereinbarung.

Es kommt hinzu, dass bereits in der Vorbemerkung zu dem Vertrag festgehalten ist, dass die Veräußerin zur Sicherung des Gesamtbauvorhabens am Kaufgegenstand Grundpfandrechte bis zu einem Betrag von 12 000 000,– DM nebst Zinsen und Nebenleistungen bestellen wird. Auch wenn diese Grundschulden zum Zeitpunkt des Abschlusses des notariellen Kaufvertrages noch nicht im Grundbuch eingetragen waren, so konnte doch aus Sicht der Bekl. kein vernünftiger Zweifel daran bestehen, dass es zur Sicherung der ihr bekannten Fremdfinanzierung des Gesamtprojekts zur Eintragung dieser Grundschulden kommen wird. Dies musste sich der Bekl. auch schon deswegen aufdrängen, weil unter II. Ziffer 4 b) bd) zweiter Absatz – unter Anlehnung an § 3 Abs. 1 S. 2 MaBV – geregelt ist, in welcher Weise die Lastenfreistellung insoweit erfolgen wird. Dort heißt es nämlich: „Für im Grundbuch eingetragene Globalbelastungen (objektbezogene Finanzierung des Veräußerers für das Gesamtbauvorhaben) hat der jeweilige Gläubiger die Lastenfreistellung des Kaufgegenstandes in einer Freigabeverpflichtung mit bindender Wirkung gegenüber dem Erwerber sicherzustellen. Diese Freigabeverpflichtung muss gewährleisten, dass die nicht zu übernehmenden Grundpfandrechte im Grundbuch gelöscht werden, und zwar, wenn das Bauvorhaben vollendet wird, unverzüglich nach Zahlung der geschuldeten Vertragssumme ...". In unmittelbarem Anschluss daran ist dann geregelt, in welcher Weise, insbesondere auf welches Konto die Zahlung des Kaufpreises zu erfolgen hat.

Bereits aus diesem Gesamtzusammenhang der vertraglichen Regelungen ergibt sich, dass auch aus Sicht der Bekl. eine unbeschränkte Verfügungsbefugnis der Zedentin über die abgetretene Forderung nicht vorlag, diese vielmehr nur zur Einziehung auf das im Vertrag genannte Bausonderkonto berechtigt war. Dem Umstand, dass sich aus dem Vertrag lediglich die Abtretung an die finanzierende Bank ergibt, die Kl. aber in dem Vertrag nicht ausdrücklich namentlich bezeichnet ist, kommt in diesem Zusammenhang für die Erkennbarkeit der Beschränkung der Einziehungsermächtigung keine entscheidende Bedeutung zu.

d) Dieses Ergebnis wird bestätigt durch die Tatsache, dass die Veräußerin auch dann nicht berechtigt gewesen wäre, Zahlungen auf ein anderes als das bezeichnete Bausonderkonto zu verlangen, wenn sie noch selbst Forderungsinhaberin gewesen wäre.

Bei dem Vertrag zwischen der Bekl. und der K. GmbH handelt es sich um einen Bauträgervertrag, auf den die MaBV Anwendung findet. Die §§ 2, 3 MaBV legen dem Bauträger Sicherungspflichten zum Schutz des Auftraggebers auf; § 12 MaBV verbietet es dem Bauträger, zu Lasten des Auftraggebers hiervon abweichende Vereinbarungen zu treffen (vgl. zum Schutzzweck und zum Verbotscharakter des § 12 MaBV BGH NJW 2001, 818, 819 f.). Nach § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 MaBV hat der Bauträger sicherzustellen, dass die Freistellung des Vertragsobjekts von allen Grundpfandrechten, die der Vormerkung im Range vorgehen und nicht übernommen werden sollen, gesichert ist. § 3 Abs. 1 S. 2 MaBV regelt, wann die Freistellung in diesem Sinne gesichert ist. Dies ist dann der Fall, wenn gewährleistet ist, dass im Falle der Vollendung des Bauwerks mit der Zahlung der geschuldeten Vertragssumme, andernfalls unverzüglich nach Zahlung des den erreichten Bautenstandes entsprechenden Teils der geschuldeten Vertragssumme durch den Auftraggeber die Grundpfandrechte im Grundbuch gelöscht werden. Deswegen hat der Bauträger nach § 6 Abs. 2 MaBV Zahlungen des Auftraggebers auf ein Sonderkonto einzuzahlen. Er muss in diesem Zusammenhang dem entsprechenden Kreditinstitut offen legen, dass die Gelder – unter Bezeichnung des Auftraggebers – für fremde Rechnung angelegt sind. Die Gelder müssen dort bis zu ihrer Verwendung gemäß § 4 MaBV verbleiben.

Der Bauträger kann daher über die im Rahmen eines Bauträgervertrages vom Auftraggeber vereinnahmten Gelder selbst dann nicht frei verfügen, wenn er selbst Forderungsinhaber ist; diese Gelder unterliegen auch in diesem Fall kraft Gesetzes einer treuhänderischen Bindung. Träfe der Bauträger in einer solchen Konstellation mit dem Auftraggeber eine Vereinbarung, wonach die nach dem Bauträgervertrag geschuldeten Raten abweichend von § 6 Abs. 2 MaBV auf ein anderes Konto einzuzahlen sind, so verstieße der Bauträger mit einer solchen Vereinbarung nach § 12 MaBV gegen ein gesetzliches Verbot und diese wäre nach § 134 BGB nichtig.

Ist es aber wegen der treuhänderischen Bindung dem Bauträger von vornherein untersagt, Zahlungen des

Auftraggebers auf ein anderes als das nach dem Gesetz vorgeschriebene Sonderkonto einzuziehen, so kann im Falle der Abtretung für den Umfang einer dem Bauträger erteilten Einzugsermächtigung im Zweifel nichts anderes gelten. Diese ist dann ebenfalls in der Weise beschränkt, dass Zahlungen nur auf das im Vertrag bezeichnete Sonderkonto erfolgen dürfen.

4. War danach die Einzugsermächtigung der Zedentin vertraglich beschränkt, so konnten diese und die Bekl. im Verhältnis zur Kl. nicht wirksam vereinbaren, dass die 3. und 4. Rate auf ein anderes Konto der Zedentin eingezahlt werden. Die entsprechenden Zahlungen der Bekl. in Höhe der Klageforderung konnten – die Zessionarin hat diese Zahlungen auch nicht nach §§ 362 Abs. 2, 185 Abs. 2 BGB genehmigt – die Kaufpreisforderung daher nicht zum Erlöschen bringen; die Bekl. hat ohne Rechtsgrund an einen nicht ermächtigten Dritten geleistet.

2. Schuldrecht – Auslegung von Gewährleistungsklausel hinsichtlich Zulässigkeit der vorhandenen Bebauung
(*OLG Düsseldorf,* Urteil vom 28. 7. 2003 – 9 U 41/03 – mitgeteilt von Richterin am OLG Martine Stein, Düsseldorf)

BGB a. F. §§ 459; 463

Wird den Kaufvertragsparteien durch notarielle Beratung und Aufklärung der Eindruck vermittelt, die Klausel, der Verkäufer leiste Gewähr für die Zulässigkeit der vorhandenen Bebauung, habe nur den Sinn, die Erwerber vor einem „Schwarzbau" zu schützen, so kann die mit der Klausel grundsätzlich erklärte umfassende Zusicherung auch hinsichtlich der Zulässigkeit der Nutzung der Gebäude eingeschränkt sein.

Zum Sachverhalt:

I. Mit notariellem Kaufvertrag des Notars Dr. Y. vom 12. 6. 2001 erwarben die Kl. von den Bekl. das mit einem Mehrparteienhaus bebaute Grundstück zu einem Kaufpreis von 591 000,– DM. Das Haus war 1897 errichtet und 1927, 1949 und 1974 an- bzw. umgebaut worden.

Der Kaufvertrag enthielt unter Ziffer IV.1 folgende Regelung:

„Das Kaufobjekt wird verkauft wie besichtigt, ohne Gewähr für eine bestimmte Größe und Beschaffenheit, in dem Zustand, in dem es sich zur Zeit befindet. Eine Haftung für Sachmängel ist ausgeschlossen.

Der Verkäufer leistet jedoch Gewähr für die Zulässigkeit der vorhandenen Bebauung. Er leistet außerdem dafür Gewähr, dass eine Wohnungsbindung nach dem Wohnungsbindungsgesetz nicht besteht."

Die Bekl. ließen sich im Rahmen der Verkaufsverhandlungen von ihrem Prozessbevollmächtigten anwaltlich beraten. Dieser hatte den Bekl. mit Schreiben vom 11. 4. 2001 vorgeschlagen, die bereits in dem Vertragsentwurf der Notare Dres. X. und Y. enthaltene Klausel zu Ziffer IV. 1 durch folgende Vereinbarung zu ersetzen:

„Der Käufer hat sich von dem Zustand des Grundbesitzes und des Gebäudes Kenntnis verschafft. Dem Verkäufer sind Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit der vorhandenen Bebauung nicht bekannt. Das Hausgrundstück unterliegt keiner Wohnungsbindung nach dem Wohnungsbindungsgesetz".

Der Prozessbevollmächtigte der Bekl. hatte sich auch mit dem Notar Dr. X. in Verbindung gesetzt und um Beachtung der geänderten Formulierung gebeten.

Nachdem in dem von dem Notar Dr. X. durchgeführten Beurkundungstermin vom 12. 4. 2001 festgestellt worden war, dass im Hinblick auf eine Belastung des Grundstücks mit einem Wegerecht weiterer Klärungsbedarf bestehe und der Termin darauf hin unterbrochen wurde, wurde der Kaufvertrag in dem sodann anberaumten Termin am 12. 6. 2001 vor dem Notar Dr. Y. beurkundet.

Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses war das Objekt komplett vermietet. Es bestanden Wohnraummietverträge über die Wohnungen im Erdgeschoss, 1. und 2. Obergeschoss sowie die Wohnungen im Dachgeschoss und im Anbau. Als die Kl. das Objekt übernahmen, waren die Mietverträge über die Wohnungen im Anbau und Dachgeschoss beendet und die Wohnungen standen leer. Die Kl. beauftragten einen Architekten mit der vor einer Weitervermietung erforderlichen Renovierung der Wohnungen. Dieser nahm Einsicht in die Bauakte und informierte die Kl. darüber, dass nach seinen Feststellungen die Nutzung des Dachgeschosses und des Anbaus als Wohnraum nicht genehmigt sei. Mit Schreiben ihres Prozessbevollmächtigten ließen die Kl. den Bekl. mitteilen, dass die Nutzung der Räumlichkeiten im Anbau und im Dachgeschoss als Wohnraum laut Auskunft des Bauamtes baurechtswidrig sei und für die Herstellung der Genehmigungsfähigkeit voraussichtlich Kosten in Höhe von 25 000,– bis 30 000,– € anfallen würden. Zugleich wurden die Bekl. unter Fristsetzung aufgefordert, die sich insoweit ergebenden, im einzelnen bezeichneten Ansprüche der Kl. anzuerkennen und auf die Einrede der Verjährung zu verzichten.

Durch das angefochtene Urteil hat das LG nach Beweisaufnahme der Klage vollumfänglich stattgegeben. Gegen dieses Urteil haben die Bekl. Berufung eingelegt.

Aus den Gründen:

II. Die zulässige Berufung ist begründet.

Die Bekl. sind nicht verpflichtet, den Kl. den Schaden zu ersetzen, der sich aus der fehlenden baurechtlichen Genehmigung, das Dachgeschoss und den Anbau als Wohnraum zu nutzen, ergibt.

Die Voraussetzungen des als Anspruchsgrundlage allein in Betracht kommenden § 463 BGB a. F. liegen nicht vor. Weder haben die Bekl. den Kl. einen Mangel des Objektes arglistig verschwiegen, noch fehlt es an einer zugesicherten Eigenschaft.

Zwar ist nach dem Ergebnis der erstinstanzlichen Beweisaufnahme aufgrund der Aussage der Zeugin T. davon auszugehen, dass für die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch erfolgte Nutzung des Dachgeschosses und des Anbaus als Wohnraum keine Genehmigungen vorliegen und ohne umfangreiche Umbaumaßnahmen von der zuständigen Baubehörde nicht erteilt werden. Diese Beschränkung der Nutzbarkeit ist auch als Sachmangel im Sinne des § 459 Abs. 1 BGB a. F. anzusehen (vgl. BGHZ 114, 260). Ein arglistiges Verschweigen der Bekl. ist aber insoweit nicht festzustellen. Arglistig handelt, wer einen Fehler mindestens für möglich hält, gleichzeitig weiß oder damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass der Vertragsgegner den Fehler nicht kennt und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte (BGH NJW 1990, 42; BGH NJW-RR 1997, 270). Es kann nicht

festgestellt werden, dass den Bekl. die fehlende Genehmigung der Nutzungsänderung der Räumlichkeiten im Dachgeschoss und Anbau in Wohnraum bekannt war. Soweit die Kl. vortragen, die Bekl. seien in dem Haus aufgewachsen und würden das Objekt und dessen Geschichte aus eigener Anschauung gut kennen, rechtfertigt das die Annahme einer entsprechenden Kenntnis nicht. Aus dem Umstand, dass die Bekl. das Haus von ihren Eltern geerbt haben, kann ebenfalls nicht geschlossen werden, dass sie von den Erblassern über die fehlenden Nutzungsänderungsgenehmigungen aufgeklärt worden sind. Es steht nicht einmal fest, wann die Nutzungsänderung der Räumlichkeiten im Dachgeschoss und dem Anbau vorgenommen wurde und ob den damaligen Eigentümern bekannt war, dass eine solche genehmigungspflichtig ist, so dass auch eine entsprechende Kenntnis der Erblasser nicht unterstellt werden kann.

Abweichend von der Rechtsansicht des LG haften die Bekl. den Kl. auch nicht aus §§ 463 S. 1, 459 Abs. 2 BGB a. F. auf Schadensersatz.

Die Bekl. haben mit der in Ziffer IV. 1 des notariellen Kaufvertrages aufgenommenen Regelung, „der Verkäufer leistet Gewähr für die Zulässigkeit der vorhandenen Bebauung“ nicht die Zulässigkeit der Nutzung nach dem im Zeitpunkt des Kaufs vorhandenen Ausbauzustand im Sinne des § 459 Abs. 2 BGB zugesichert. Eine solche Zusicherung liegt nur vor, wenn der Verkäufer in vertragsmäßig bindender Weise die Gewähr für das Vorhandensein einer Eigenschaft der Kaufsache übernimmt und damit die Bereitschaft zu erkennen gibt, für alle Folgen des Fehlens dieser Eigenschaft einzustehen (BGHZ 59, 158, 160; BGH NJW 1991, 912 = DNotZ 1991, 673 = MittRhNotK 1991, 81; BGH NJW 1991, 1880; BGH NJW 1996, 836, 837; Hagen/Brambring, Der Grundstückskauf, 7. Aufl., Rn. 194; Palandt/Putzo, 61. Aufl., § 459 BGB Rn. 15).

Die Regelung in Ziffer IV. 1 des notariellen Kaufvertrages ist hinsichtlich ihrer Reichweite nicht eindeutig und daher der Auslegung zugänglich. Der Wortlaut der Klausel lässt sowohl ein enges Verständnis zu, wonach nur die Zulässigkeit der Bebauung als solcher, d. h., dass kein Schwarzbau vorliegt, zugesichert wird, steht aber auch einer darüber hinausgehenden Interpretation nicht entgegen, nämlich dass die Gewähr für die Zulässigkeit der Nutzung des Objektes in seinem aktuellen Ausbauzustand übernommen wird. Bei der Ermittlung des objektiven Erklärungswerts der Regelung ist der mit der Absprache verfolgte Zweck sowie die Interessenlage der Parteien zu berücksichtigen (vgl. BGH WM 1998, 78 f.). Unter Berücksichtigung des im Regelfall anzunehmenden Interesses des Käufers, das von ihm in einem bestimmten Ausbauzustand besichtigte Objekt, das in dieser Gestalt Grundlage für seine Kaufentscheidung und die damit in Zusammenhang stehenden Kalkulationen ist, auch entsprechend zu nutzen, ist diese Klausel ebenso wie die Erklärung, „die aufstehenden Gebäude seien behördlicherseits genehmigt“ nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte grundsätzlich als Zusicherung, dass nicht nur das verkaufte Gebäude selbst, sondern auch dessen Nutzung nach dem konkreten Ausbauszustand baurechtlich genehmigt sei, zu verstehen (BGH WM 1998, 78 f.; MittRhNotK 2000, 249 f.) Bei Verwendung dieser Klausel scheidet eine Gewährsübernahme für die Zulässigkeit der Nutzung nur aus, wenn beide Parteien die abgegebene Erklärung übereinstimmend in einem anderen Sinn verstanden haben oder der Verkäufer seine Zusicherung entsprechend einschränkt (BGH a.a.O.).

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats fest, dass beide Kaufvertragsparteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses abweichend vom dargestellten allgemeinen Verständnis der Klausel dieser übereinstimmend eine andere Bedeutung beigemessen haben.

Die Würdigung der Aussagen sämtlicher vor dem Senat vernommener Zeugen ergibt, dass die Parteien infolge der notariellen Beratung und Aufklärung nicht davon ausgingen, dass die Bekl. die umfassende Gewähr für die Zulässigkeit der aktuellen Nutzung übernommen hatten, sondern die Vorstellung hatten, die Bekl. sicherten lediglich zu, dass es sich bei dem Verkaufsobjekt nicht um einen sogenannten Schwarzbau handele. Es steht zur Überzeugung des Senats fest, dass den Parteien durch die notarielle Beratung und Aufklärung der Eindruck vermittelt wurde, die in Rede stehende Klausel habe lediglich den Sinn, die Erwerber vor einem solchen „Schwarzbau“ zu schützen. Dass die höchstrichterliche Rechtsprechung den Inhalt der Vertragsklausel umfassend als Zusicherung der Nutzung gemäß dem Ausbauzustand versteht, der Verkäufer somit auch die Gewähr dafür übernimmt, dass in der Vergangenheit vorgenommene Ausbauten, Nutzungsänderungen und Erweiterungen formell und materiell baurechtsmäßig sind, war beiden Parteien bei Vertragsschluss infolge der unvollständigen Aufklärung dagegen nicht bewusst und prägte somit ihr Vorstellungsbild von dem Sinngehalt der Klausel nicht.

Der Zeuge Dr. X. hat glaubhaft bekundet, sich zwar nicht im einzelnen an den Ablauf des Termins erinnern zu können, aber im Regelfall den Inhalt dieser Klausel dahingehend zu erläutern, der Verkäufer hafte dafür, dass kein Schwarzbau vorliege, wobei eine weitergehende Erläuterung der Klausel im Normalfall nicht erfolge. Den Sachvortrag der Kl., die Bekl. seien darüber aufgeklärt worden, dass sie nicht nur für die Zulässigkeit der Bebauung, sondern auch für die Zulässigkeit der Nutzung haften würden, hat der Zeuge ausdrücklich nicht bestätigt. Seiner Äußerung, diese Klausel werde nicht wie in „einem Kolloquium durchleuchtet“, ist darüber hinaus zu entnehmen, dass der Zeuge aus grundsätzlichen Erwägungen den erklärenden Hinweis auf die Haftung für „Schwarzbauten“ für ausreichend und eine detaillierte Erläuterung der Bedeutung der Klausel für nicht erforderlich hielt.

Es sprechen keinerlei tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme, dass der Zeuge abweichend von seiner von ihm selbst geschilderten üblichen und langjährigen Praxis eine vollständige Erläuterung der Bedeutung der Klausel vorgenommen hat.

Auch der Aussage des Zeugen W. ist zu entnehmen, dass der Zeuge Dr. X. bei der Erläuterung der Klausel lediglich darauf abgestellt hat, dass damit für das Nichtvorliegen eines Schwarzbaus gehaftet werde. Der Zeuge hat

wiederholt bekundet, dass im Zusammenhang mit dem Änderungswunsch der Bekl., der sich auf den Austausch der in Rede stehenden Klausel bezog, von „Schwarzbauten“ die Rede gewesen sei, auch wenn er den Gesprächsablauf nicht mehr im einzelnen darstellen konnte. Aus der Aussage folgt des weiteren, dass eine Aufklärung darüber, dass die Bekl. mit der Klausel auch eine darüber hinausgehende Haftung für die Zulässigkeit der Nutzung übernehmen würden, nicht erfolgt ist. Der Zeuge hat bekundet, dass die Bekl. infolge des Verhaltens des Zeugen Dr. X. aus dem Termin in der Erwartung heraus gegangen seien, eine weitergehende Haftung als die für das Nichtvorhandensein eines Schwarzbaus nicht übernommen zu haben. Diese Erwartung wäre aber gänzlich unbegründet und unangebracht gewesen, wenn – wie die Kl. vortragen – der Zeuge Dr. X. darüber aufgeklärt hätte, dass die Bekl. auch für die Zulässigkeit der Nutzung haften würden. (. . .)

Schließlich hat auch der Zeuge Dr. Y. glaubhaft bekundet, dass er die in Rede stehende Klausel regelmäßig nur mit dem Hinweis erläutert habe, dass „kein Schwarzbau vorhanden sein dürfe“ und er insoweit weder Probleme noch Veranlassung gesehen habe, den Begriff „Schwarzbau“ zu erläutern. Danach kann nicht angenommen werden, dass in dem von ihm durchgeführten zweiten Beurkundungstermin eine – wie die Kl. behaupten – ausdrückliche Aufklärung dahingehend erfolgte, die Bekl. würden weitergehend auch für die Zulässigkeit der Nutzung haften.

Ist die Klausel aber lediglich in diesem von den Zeugen übereinstimmend geschilderten Sinn erläutert worden, liegt es nahe, dass die Parteien bei Vertragsschluss die Vorstellung hatten, dass die Bekl. lediglich die Gewähr für das Nichtvorliegen eines Schwarzbaus übernommen hatten. Es spricht nichts dafür, dass die Parteien das Bewusstsein oder die Erwartung hatten, dass die Bekl. für die Zulässigkeit der Nutzung gemäß dem vorhandenen Ausbauzustand haften würden. Unter „Schwarzbau“ wird häufig nicht die formelle und/oder materielle Rechtswidrigkeit der Nutzung einer Immobilie in ihrem aktuellen Ausbau- und Nutzungszustand verstanden, sondern typischerweise wird mit der Bezeichnung „Schwarzbau“, wie auch in der Aussage des Zeugen Dr. X. zum Ausdruck gekommen ist, ein unrechtmäßig errichtetes Gebäude oder Gebäudeteil beschrieben. Dem entspricht es, dass es auch keinen allgemeinen Satz der Lebenserfahrung gibt, wonach eine Kenntnis von Verkäufern eines Hausgrundstücks besteht, dass Nutzungsänderungen baugenehmigungspflichtig sind (BGH NJW 1991, 2138 f.).

Jedenfalls steht aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme fest, dass die Bekl. für die Kl. erkennbar keinesfalls eine weitergehende Haftung für ungenehmigte Nutzungszustände übernehmen wollten. Aus der auch insoweit glaubhaften Aussage des Zeugen W. ergibt sich zum einen, dass den Kl. – abweichend von ihrem eigenen diesbezüglichen Vorbringen – bekannt war, dass die Bekl. eine sich von dem jetzigen Vertragsinhalt deutlich unterscheidende Regelung zur Gewährsübernahme, wie sie von ihrem Prozessbevollmächtigten entworfen war, bevorzugen würden. Der Zeuge hat nämlich bekundet, dass der Zeuge Dr. X. sich in Anwesenheit der Kl. ausdrücklich über den die in Rede stehende Klausel betreffenden Änderungswunsch der Bekl. geäußert hat. Zum anderen folgt aus seiner Aussage, dass die Kl. erkannten, dass die Bekl. auf die Aufnahme der von ihrem Prozessbevollmächtigten entworfenen Klausel nur verzichteten, weil sie letztlich darauf vertrauten, dass sie für nichts anderes als die genehmigte Errichtung des Objektes, wofür sie die Gewähr übernehmen wollten, haften würden.

Der Zeuge W. hat den entsprechenden klägerischen Sachvortrag in seinem entscheidenden Kerngehalt bestätigt. Danach hat der Zeuge Dr. X., wie von den Bekl. geschildert, auf den Änderungswunsch ungehalten und mit dem sinngemäßen Hinweis, dass er schon wisse, was er tue, reagiert. Aus der Aussage des Zeugen ergibt sich des weiteren, dass die Bekl. nicht auf der Aufnahme der von ihrem Prozessbevollmächtigten entworfenen Regelung bestanden, weil in ihnen durch das Verhalten des Notars die Erwartung geweckt worden war, sie würden ohnehin nur für das Nichtvorhandensein eines Schwarzbaus und im Ergebnis nicht anders haften, als in der von ihrem Prozessbevollmächtigten formulierten Klausel vorgesehen. Der Zeuge hat in diesem Zusammenhang ausdrücklich und insoweit übereinstimmend mit der Aussage des Zeugen Dr. X. bekundet, dass dieser gerade nicht darauf hingewiesen habe, dass sich infolge der Aufnahme der Klausel in Ziff. IV. 1 eine Gewährsübernahme der Bekl. abweichend von dem Haftungsumfang gemäß der von ihnen gewünschten Klausel ergeben würde. Darüber hinaus hat er seinen persönlichen Eindruck geschildert, dass die Bekl. den Termin mit der Erwartung verließen, nicht haften zu müssen. Diese Erwartung der Bekl. konnte aber nur durch das Verhalten des Zeugen Dr. X. geweckt worden sein. Ferner macht der Verzicht der Bekl. auf die Aufnahme der Klausel auch nur dann Sinn, wenn sie glaubten, durch die jetzige Fassung der Regelung zur Gewährübernahme nicht schlechter gestellt zu sein als durch den von ihrem Prozessbevollmächtigten ausgearbeiteten Klauselentwurf. Es ist ansonsten kein vernünftiger Grund ersichtlich, warum die Bekl. erst anwaltliche Beratung in Anspruch nehmen und entgegen dessen Rat eine weitgehende Haftung akzeptieren sollten.

Angesichts des von dem Zeugen geschilderten Ablaufs, konnten die Kl. demnach nicht davon ausgehen, dass die Bekl., die gemäß der von ihrem Prozessbevollmächtigten ausgearbeiteten Formulierung keinerlei Gewähr im Zusammenhang mit der baurechtlichen Zulässigkeit der Bebauung übernommen hätten, nunmehr mit einer umfassenden Haftung nicht nur für die Genehmigung des Baukörpers, sondern auch für die Genehmigung der aktuellen Nutzung einverstanden sein würden. Vielmehr konnte auch aus der Sicht der Kl. das Einverständnis der Bekl. mit dem Verzicht auf die Aufnahme der Klausel nur darin begründet sein, dass die Bekl. die Vorstellung hatten, mit der von dem Zeugen Dr. X. vorgeschlagenen Vertragsfassung keine Schlechterstellung im Vergleich zu der von ihnen vorgeschlagenen Klausel zu übernehmen. Damit verstanden beide Parteien die Klausel übereinstimmend in dem Sinne, dass die Haftung der Bekl. auf die Zulässigkeit der Bebauung als solcher, d. h. auf die genehmigte Errichtung des Baukörpers beschränkt sein und die Klausel somit keine Zusicherung im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit der Nutzung enthalten sollte. (. . .)

3. Liegenschaftsrecht – Grunddienstbarkeit hinsichtlich Immissionsduldungsverpflichtung
(*BayObLG,* Beschluss vom 15. 4. 2004 – 2Z BR 221/03 – mitgeteilt von Richter am BayObLG a. D. Johann Demharter, München)

BGB § 1018
GBO § 53 Abs. 1 S. 2

Eine Grunddienstbarkeit, nach der der jeweilige Eigentümer des dienenden Grundstücks entschädigungslos alle Einwirkungen aus dem Betrieb der auf dem herrschenden Grundstück errichteten und betriebenen baulichen und sonstigen, insbesondere immissionsrechtlich genehmigungspflichtigen Anlagen duldet, auch wenn sich diese Einwirkungen künftig ihrem Umfang nach oder durch eine Änderung des Betriebs und der hierbei angewandten Verfahren ändern, kann zulässiger Inhalt einer Eintragung im Grundbuch sein. Ein umfassender Verzicht auf die Ausübung von Rechten wahrt den Bestimmtheitsgrundsatz.

Zum Sachverhalt:

I. Der Bet. zu 1) ist Eigentümer eines Grundstücks. In der zweiten Abteilung ist für den jeweiligen Eigentümer von Grundstücken, die der Bet. zu 2) gehören, die darauf ein Chemiewerk unterhält, eine Grunddienstbarkeit eingetragen. In den notariellen Bewilligungsurkunden, die durch Bezugnahme zum Inhalt des Grundbuchs wurden, wird der Inhalt des Rechts wie folgt beschrieben:

Der jeweilige Eigentümer des dienenden Grundstückes duldet entschädigungslos alle Einwirkungen aus dem Betrieb der auf den herrschenden Grundstücken errichteten und betriebenen baulichen und sonstigen, insbesondere immissionsrechtlich genehmigungspflichtigen Anlagen, insbesondere durch Lärm, Staub, Erschütterungen, auch wenn sich diese Einwirkungen künftig ihrem Umfang nach oder durch eine Änderung des Betriebs und der hierbei angewandten Verfahren ändern, umfassend auch den Verzicht auf Ersatzansprüche wegen der durch die Grunddienstbarkeit auferlegten Duldung.

Der Bet. zu 1) hat verlangt, die eingetragene Grunddienstbarkeit wegen nicht hinreichender Bestimmtheit von Amts wegen zu löschen. Das AG – GBA – hat dem nicht entsprochen. Auf die Beschwerde des Bet. zu 1) hat das LG das GBA angewiesen, die Grunddienstbarkeit im Grundbuch zu löschen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Bet. zu 2).

Aus den Gründen:

II. Das zulässige Rechtsmittel ist erfolgreich; es führt zur Aufhebung des Beschlusses des LG, weil sich die Eintragung des Rechts nach ihrem Inhalt nicht als unzulässig erweist und die Voraussetzungen einer Löschung von Amts wegen nach § 53 Abs. 1 S. 2 GBO somit nicht vorliegen.

1. Das LG hat ausgeführt: Die Beschwerde sei begründet, weil die Eintragung unzulässig sei. Grundsätzlich bildeten Immissionsdienstbarkeiten ein inhaltlich eintragungsfähiges Recht, weil die daraus bestehende Verpflichtung den Ausschluss bestimmter aus dem Eigentum fließender Rechte im Sinn von § 1118 BGB beinhalte. Die eingetragene Grunddienstbarkeit sei jedoch deswegen unzulässig, weil sie nicht genügend bestimmt sei und der Publizität des Grundbuchs nicht gerecht werde. Eintragungen müssten so klar und eindeutig sein, dass sich jedermann rasch und zuverlässig über den Inhaber, die Art, den Umfang und die Wirkungen eines eingetragenen Rechts unterrichten könne.

Nach der Eintragung sollten alle Einwirkungen zu dulden sein, die von den Anlagen auf den herrschenden Grundstücken ausgingen. Dies sei zwar hinreichend bestimmt. Darüber hinaus sei es aber auch notwendig, dass jedermann ein konkrete Vorstellung von Inhalt und Bedeutung des eingetragenen Rechts entwickeln könne. Hinsichtlich der Art der Einwirkungen bestehe keine Einschränkung, ebenso wenig sei die Art des emittierenden Objekts konkret beschrieben. Es seien auch zukünftig zu errichtende Anlagen beliebiger Art erfasst. Schließlich sei die Art der zu erwartenden Einwirkungen nicht näher umrissen. Der Umfang des Rechts lasse sich auch nicht durch eine Auslegung der Eintragungsbewilligung ermitteln. Offensichtliche Umstände für die Annahme, die Bet. wollten lediglich eine Duldungsverpflichtung hinsichtlich immissionsrechtlich genehmigter Anlagen vereinbaren, bestünden nicht. Ein Störfall, wie ihn die Bet. schuldrechtlich angenommen hätten, liege nicht schon dann vor, wenn die Anlage im Widerspruch zu öffentlichrechtlichen Vorschriften betrieben werde. Eine Beschränkung der Duldung auf genehmigte oder genehmigungsfähige Anlagen lasse sich der Regelung nicht hinreichend entnehmen. Schließlich sei die Regelung auch deswegen nicht ausreichend bestimmt, weil sie ohne weitere Konkretisierung eine Duldungsverpflichtung bei jeder Änderung des Betriebs und der hierbei angewandten Verfahren vorsehe. Schließlich komme auch eine Umdeutung auf einen noch zulässigen Inhalt entsprechend § 140 BGB nicht in Betracht.

2. Die Entscheidung des LG hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Inhaltlich unzulässige Eintragungen im Grundbuch sind unwirksam. Sie bringen weder das Recht zum Entstehen, noch wahren sie den Rang, noch genießen sie öffentlichen Glauben (Demharter, 24. Aufl., § 53 GBO Rn. 52 m. w. N.). Eine inhaltlich unzulässige Eintragung liegt auch dann vor, wenn der Inhalt des eingetragenen Rechts nicht ausreichend bestimmt ist (Demharter, § 53 GBO Rn. 49). Steht die inhaltliche Unzulässigkeit der Eintragung fest, ist die Löschung von Amts wegen gemäß § 53 Abs. 1 S. 2 GBO vorzunehmen. Ein entsprechender Antrag eines Bet. hat nur die Bedeutung einer Anregung.

Grundsätzlich kann eine so genannte Immissionsduldungsverpflichtung, auch verbunden mit einem Schadensverzicht wegen Industrieimmissionen (siehe Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 12. Aufl., Rn. 1136), zulässiger Inhalt einer Dienstbarkeit und somit einer Grundbucheintragung ein, wenn die vertraglichen Bindungen über die sich aus dem Gesetz nicht ohnehin ergebenden Verpflichtungen und Beschränkungen hinausgehen (OLG Köln Rpfleger 1982, 463; Schöner/Stöber, Rn. 1137). Es handelt sich dann um eine Grunddienstbarkeit des Inhalts, „dass die Ausübung eines Rechts ausgeschlossen ist, das sich aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstück dem anderen Grundstück gegenüber ergibt“ (§ 1018 BGB Fall 3). Damit sind nämlich in erster Linie Rechte und Ansprüche gemeint, die sich aus dem Nachbarrecht ergeben (BayObLG MittBayNot 1990, 107 m. w. N. = DNotZ 1991, 253).

Gegenstand und Inhalt der Grunddienstbarkeit sind aus der Eintragung im Grundbuch zu entnehmen, die nach § 874 BGB zulässigerweise auf die Bewilligungsurkunde Bezug nimmt. Dabei hat das Rechtsbeschwerdegericht den Inhalt des Grundbuchs selbständig und ohne Bindung an die Auffassung des Tatrichters auszulegen. Abzustellen ist grundsätzlich auf den Wortlaut und den Sinn der Bewilligung, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt. Umstände außerhalb des Grundbuchs dürfen zur Ermittlung von Inhalt und Umfang eines Grundstückrechts nur herangezogen werden, als sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalles für jedermann ohne weiteres erkennbar sind (st. Rspr.; vgl. BGHZ 113, 374, 378 = DNotZ 1991, 888, = MittRhNotK 1991, 151; BGH NJW-RR 2003, 1235 = DNotZ 2003, 704).

b) Die gegenständliche Grunddienstbarkeit umfasst neben Duldungsansprüchen im gleichen Ausmaß auch den Verzicht auf die Geltendmachung von Ersatzansprüchen, die zum Inhalt des Eigentums gehören (vgl. BayObLG Rpfleger 1990, 54). Dagegen bestehen keine Bedenken (Demharter, Anh. zu § 44 GBO Rn. 19).

c) Der aus dem Zweck des Grundbuchs, auf sicherer Grundlage bestimmte und sichere Rechtsverhältnisse an unbeweglichen Sachen zu schaffen und zu erhalten (BayObLGZ 1990, 191 = MittRhNotK 1999, 249), abgeleitete Bestimmtheitsgrundsatz (Demharter, Anh. zu § 13 GBO Rn. 5) ist durch die vorgenommene Eintragung nicht verletzt. Er verlangt, dass der Anspruch nach Inhalt oder Gegenstand genügend bestimmt oder bestimmbar ist (vgl. BGH NJW 2002, 2461; Demharter, Anh. zu § 44 GBO Rn. 87; Anh. zu § 13 GBO Rn. 5). Hierfür ist jedoch ausreichend, dass der Umfang des Rechts aufgrund objektiver Umstände bestimmbar ist, die auch außerhalb des Grundbuchs liegen können, sofern sie nachprüfbar und wenigstens in der Eintragungsbewilligung angedeutet sind (BGHZ 130, 342, 345 ff. = DNotZ 1996, 93; OLG Düsseldorf RNotZ 2004, 94, jeweils für Reallast; BGH NJW 2002, 2461 f., für durch Vormerkung zu sicherndes bedingtes Recht). Die Bestimmbarkeit des Rechtsinhalts wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass darüber möglicherweise erst ein Rechtsstreit geführt werden muss (BayObLGZ 1997, 246 f. = DNotZ 1998, 299 = MittRhNotK 1997, 391; BayObLG NJW-RR 1990, 1169 f. = MittRhNotK 1990, 108). Sofern die höchstmögliche Belastung für einen Dritten erkennbar ist, lässt es die Rechtsprechung im Allgemeinen genügen, dass der Umfang eines Rechts durch einen objektiv bestimmbaren Bedeutungsinhalt umrissen wird (BayObLGZ 1999, 198, 200 = DNotZ 2000, 62; 2000, 60, 62 = MittRhNotK 2000, 167). Unsicherheiten im Einzelfall stehen dem Bestimmtheitserfordernis nicht entgegen. Die Frage der Bestimmtheit stellt sich erst, nachdem der Inhalt des dinglichen Rechts durch Auslegung ermittelt ist. Erst wenn die Auslegung ergibt, dass der Inhalt der Grunddienstbarkeit mehrdeutig oder nicht vollständig geregelt ist, liegt eine Verletzung des Bestimmtheitsgrundsatzes vor (MünchKomm/Falckenberg, 3. Aufl., § 1018 BGB Rn. 11).

d) Die Grunddienstbarkeit erweist sich ihrem Inhalt nach als ausreichend bestimmt.

(1) Zu dulden sind Einwirkungen aus Anlagen. Anlagen sind nach dem Sprachgebrauch des Sachenrechts von Menschen geschaffene, der Grundstücksnutzung dienende Einrichtungen von gewisser Selbständigkeit und Dauer (BGH NJW 2002, 678). Die Klausel erwähnt zwar beispielhaft auch immissionsrechtlich genehmigungspflichtige Anlagen (siehe §§ 4 ff. BImSchG); damit wird aber kein umfassenderer Anlagenbegriff (vgl. etwa § 3 Abs. 5 Nr. 3 BImSchG) eingeführt; angeknüpft wird vielmehr an die vorhandene Fabrikationsanlage. Erfasst werden errichtete und bereits betriebene Anlagen, also solche, die ein Produkt menschlicher Tätigkeit sind.

(2) Unter dem im zivilen Nachbarrecht gebräuchlichen Begriff der Einwirkungen (vgl. § 906 BGB) fallen ohne Beschränkung auf unwägbare Stoffe alle grenzüberschreitenden Immissionen, die in ihrer Ausbreitung weitgehend unkontrollierbar und unbeherrschbar sind (BGHZ 117, 110) und denen gesundheits- oder sachschädigende Wirkung zukommen kann (Palandt/Bassenge, 63. Aufl., § 906 BGB Rn. 5; siehe auch § 3 Abs. 2 BImSchG). Durch die Rechtsprechung ist geklärt, dass dazu nicht Grobimmissionen (BGHZ 111, 158), negative Einwirkungen (Palandt/Bassenge, § 903 BGB Rn. 9 und § 906 BGB Rn. 4) und immaterielle Einwirkungen (Palandt/Bassenge, § 903 BGB Rn. 10 und § 906 BGB Rn. 4) zählen. Die Beschränkung des Ausschlusses auf Einwirkungen im Sinn von § 906 BGB ist nicht nur der Begriffswahl, sondern vor allem den aufgeführten Regelbeispielen („durch Lärm, Staub, Erschütterungen“) und dem Umstand zu entnehmen, dass er sich auf den Betrieb einer Anlage bezieht.

(3) Der im Sprachgebrauch in mehrfachem Sinn verwandte Begriff „Betrieb“ lässt sich nach seiner nächstliegenden Bedeutung, wie er in der Klausel zum Ausdruck kommt, als „Betriebsweise“ verstehen (siehe Landmann/Rohmer/Kutscheid, § 3 BImSchG Rn. 28 j), nämlich die Art und Weise der Produktion.

(4) Zudem enthält die Klausel eine vertragliche Regelung für zukünftige Änderungen in der Nutzung der herrschenden Grundstücke. Davon erfasst sind Einwirkungen, die von den gegenwärtigen in quantitativer wie in qualitativer Hinsicht abweichen. Ohne die Regelung lägen Inhalt und Umfang bei einer zeitlich unbegrenzten Dienstbarkeit zwar ebenfalls nicht in jeder Beziehung von vornherein fest, sondern wären Veränderungen unterworfen, die sich aus der wirtschaftlichen und technischen Entwicklung ergeben (BGH NJW-RR 2003, 1235 und 1237 = DNotZ 2003, 704). Den Bet. ist es jedoch unbenommen, im Rahmen der Zwecksetzung zum Inhalt der Dienstbarkeit auch Duldungspflichten für Einwirkungen zu bestimmen, die aus einer über den Rahmen vorhersehbarer wirtschaftlicher Entwicklung hinaus gehenden Grundstücksnutzung oder auch aus einer willkürlichen Betriebsänderung hervorgehen (siehe Ricken, WM 2001, 979, 984; Soergel/Stürner, 13. Aufl., § 1018 BGB Rn. 37). Ohne eine derartige Vereinbarung müsste sich der Eigentümer des herrschenden Grundstücks nämlich in den Grenzen einer der Art nach gleich bleibenden, nur im Rahmen vorhersehbarer wirtschaftlicher Entwicklung gesteigerten Benutzung des Grundstücks halten und dürfte insbesondere keine willkürliche Be-

nutzungsänderung oder -erweiterung vornehmen (BGH NJW-RR 2003, 1235 und 1237 = DNotZ 2003, 704).

Gegen die Zulässigkeit einer solchen Erweiterung der Duldungsverpflichtung bestehen auch unter dem Gesichtspunkt der Bestimmtheit keine Bedenken. Die Duldungspflicht erfasst alle Einwirkungen im Sinne von § 906 BGB, die von jedem beliebigen, im Rahmen der Rechtsordnung erlaubten oder erlaubnisfähigen Betrieb von Anlagen auf dem herrschenden Grundstück ausgehen. Ein Totalausschluss wahrt gerade die Bestimmtheit (Soergel/Stürner, § 1018 BGB Rn. 37). Daneben bleibt es den Bet. unbenommen, außerhalb des Grundbuchs schuldrechtliche Ausnahmen von der dinglich umfassenden Duldungspflicht, etwa für vom Regelbetrieb abweichende Störfälle, zu vereinbaren (BayObLG Rpfleger 1983, 391).

e) Der Senat kann über das Rechtsmittel selbst entscheiden. Eine Vorlage an den BGH nach § 28 Abs. 2 FGG im Hinblick auf die Entscheidung des OLG Hamm vom 27. 6. 1986 (DNotZ 1986, 626 = MittRhNotK 1986, 196) kommt nicht in Betracht.

Im Gegensatz zur erwähnten Entscheidung sieht sich der Senat durch eine Auslegung gemäß § 133 BGB in der Lage, den Inhalt des dinglichen Rechts zu ermitteln. Zudem ist durch die Rechtsprechung des BGH mittlerweile geklärt, dass die Verwendung unbestimmter, aber der Gesetzessprache entnommener Rechtsbegriffe in notariellen Urkunden, etwa zur Beschreibung von Anspruchsvoraussetzungen, im Allgemeinen dem Bestimmtheitsgrundsatz genügen (BGHZ 130, 345 = DNotZ 1996, 93; BGH NJW 2002, 2461). Insbesondere die letztgenannte Entscheidung, die auf Vorlage des Senats wegen Abweichung von der Rechtsprechung des OLG Hamm (FGPrax 2000, 176) ergangen ist, stellt klar, dass die Bestimmbarkeit des Rechts nicht in Frage steht, sofern dessen Inhalt und Grenzen sich im konkreten Streitfall erst durch eine richterliche Entscheidung feststellen lassen.

4. Liegenschaftsrecht – Vereinigung von Wohnungseigentumseinheiten

(*OLG Hamburg,* Beschluss vom 18. 3. 2004 – 2 Wx 2/03)

WEG §§ 3 Abs. 2; 6; 7 Abs. 4

Die dingliche Vereinigung von zwei Wohnungs- und Teileigentumseinheiten erfordert weder einen neuen Aufteilungsplan noch eine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

I. Die Bf. ist Eigentümerin des im Grundbuch von U. verzeichneten Wohnungseigentums, bestehend aus einem Miteigentumsanteil von 802/10 000stel, verbunden mit dem Sondereigentum an der im Aufteilungsplan mit Nr. 9 bezeichneten Wohnung, sowie des im Grundbuch von U. eingetragenen Wohnungseigentums, bestehend aus einem Miteigentumsanteil von 959/10 000stel, verbunden mit dem Sondereigentum an dem im Aufteilungsplan Nr. 10 bezeichneten Raum. Ursprünglich handelte es sich bei den vorgenannten Miteigentumsanteilen um einen einheitlichen Miteigentumsanteil, der vor Erwerb durch die Bf. wie beschrieben aufgeteilt wurde.

Im Zuge des Kaufs der vorbezeichneten Wohnungseigentumsrechte mit Kaufvertrag vom 10. 7. 1997 beantragte die Bf., Zug um Zug mit der Eigentumsumschreibung die Vereinigung der Wohnungen Nr. 9 und Nr. 10 im Grundbuch zu vollziehen. Dem Kaufvertrag zufolge war die räumliche Zusammenlegung bereits erfolgt.

Auf diesen Antrag wurde der Bf. mit Zwischenverfügung aufgegeben, eine Abgeschlossenheitsbescheinigung nebst Aufteilungsplan über den geänderten Zustand vorzulegen. Die hiergegen gerichtete Beschwerde hat das LG zurückgewiesen.

Nachdem die Bf. den auf Vereinigung der Eigentumsrechte gerichteten Antrag zurückgenommen hatte und jeweils als Eigentümerin in den oben bezeichneten Grundbüchern eingetragen worden war, bewilligte und beantragte sie erneut, die Rechte zu einem einhheitlichen Wohnungseigentum zu vereinigen.

Mit der angefochtenen Zwischenverfügung hat das GBA der Bf. erneut aufgegeben, eine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung nebst Aufteilungsplan für die neu gebildete Wohnung vorzulegen sowie diese durch formgerechte Nachtragserklärung zum Gegenstand des neu gebildeten Wohnungseigentums zu erklären. Hiergegen wendet sich die Beschwerde.

Das GBA hat der Beschwerde nicht abgeholfen. Das LG hat die Beschwerde der Ast. trotz der unangefochten gebliebenen Zurückweisung ihrer früheren Beschwerde durch Beschluss des LG mit der Begründung als zulässig behandelt, dass die Ast. nicht gehindert gewesen sei, einen neuen Antrag zu stellen. In der Sache hat das LG die Beschwerde gegen die neue Zwischenverfügung zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

II. Die gegen die Entscheidung des LG gerichtete gemäß § 78 GBO zulässige weitere Beschwerde ist begründet, denn die angefochtene Entscheidung beruht auf einer Verletzung des Rechts (§§ 78 GBO, 546 ZPO), weil das LG das Recht nicht richtig angewendet hat.

Die vom LG auf § 7 Abs. 4 WEG gestützte Anforderung, für die rechtliche Vereinigung von zwei Wohnungseigentumseinheiten, die baulich miteinander verbunden worden sind, sei die Beibringung einer neuen Abgeschlossenheitsbescheinigung nebst entsprechendem Aufteilungsplan beizubringen, die der vollzogenen baulichen Vereinigung der beiden Wohnungseigentumseinheiten zu einer vergrößerten Wohnungseinheit Rechnung trage und entspreche, teilt der Senat nicht. Die Gesetzesauslegung durch das LG übersieht, dass die genannte Norm die Eintragung von Miteigentumsanteilen der Wohnungseigentümer am Grundstück, das mit dem Miteigentum verbundene Sondereigentum an bestimmten Räumen und die Beschränkung des Miteigentums durch die Einräumung der zu den anderen Anteilen gehörenden Sondereigentumsrechte sowie die Veränderung dieser Rechte betrifft (Bärmann/Pick, 9. Aufl. 2003, § 7 WEG Rn. 5 und 9) und solchenfalls die Beibringung von Aufteilungsplan und Abgeschlossenheitsbescheinigung vorschreibt. Durch die rechtliche Vereinigung von bereits bestehenden Miteigentumsanteilen wird jedoch der Inhalt dieser Rechte nicht verändert oder berührt, so dass kein Anlass für die Beibringung einer neuen Abgeschlossenheitsbescheinigung besteht.

Die mangelnde Rechtsänderung durch rechtliche Vereinigung von Miteigentumsanteilen wird schon dadurch verdeutlicht, dass eine solche Vereinigung auch dann für zulässig gehalten wird, wenn die Wohneinheiten jeweils in sich abgeschlossen sind und sich nicht auf eine in sich abgeschlossene Gesamtwohnung beziehen, weil die einzelnen Wohneinheiten sich etwa in verschiedenen Stockwerken der Anlage befinden (BayObLGZ 1971, 102, 107 ff. = DNotZ 1971, 473; BGH NJW 2001, 1212, 1213, m. w. N. = DNotZ 2002, 127). Soweit der Senat im Beschluss vom 25. 6. 1965 (NJW 1965, 1765 ff.) eine andere Auffassung vertreten hat, hält er hieran unter Hinweis auf die überzeugenden Ausführungen des BGH (a.a.O.) und der von ihm angeführten Vertreter seiner Meinung in Literatur und Rechtsprechnung nicht fest.

Die beiden in Rede stehenden Wohneinheiten waren vor ihrer baulichen Vereinigung in sich abgeschlossen. Inzwischen ist die räumliche Zusammenlegung der beiden Wohnungen zu einer einzigen erfolgt, wie aus dem Kaufvertrag vom 10. 12. 1997 hervorgeht. Aber dem Vertrag lässt sich nicht entnehmen, dass im Zuge der räumlichen Vereinigung der beiden Wohneinheiten etwa das den Wohneinheiten zugeordnete Sondereigentum auf Kosten von Gemeinschaftseigentum oder Sondereigentum anderer Wohnungseigentümer ausgeweitet worden wäre; solchenfalls müsste eine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung gemäß Beschluss des BayObLG (NJW-RR 1998, 1237, 1238 = DNotZ 1999, 210) gemäß §§ 3 Abs. 2, 7 Abs. 4 WEG wegen Eingriffs in dingliche Rechte beigebracht werden. Mangels solcher Anhaltspunkte besteht jedoch kein Anlass, wegen der dinglichen Vereinigung der beiden inhaltlich unverändert gebliebenen Miteigentumsanteile an den inzwischen räumlich verbundenen Wohnungseinheiten eine Abgeschlossenheitsbescheinigung zu verlangen, da eine Veränderung der Miteigentumsanteile durch die bloße dingliche Vereinigung nicht erfolgt. Dies gilt umso mehr, als die vorliegende Abgeschlossenheitsbescheinigung über die noch nicht räumlich verbundenen Wohnungseinheiten keinen Hinweis darauf gibt, dass die Verbindung der beiden Einheiten notwendigerweise anders als durch einen Mauerdurchbruch zwischen den beiden nebeneinander auf gleicher Stockwerkebene liegenden Wohneinheiten erfolgt sein muss. Durch einen Mauerdurchbruch wird der mit § 3 Abs. 2 WEG als bloßer Soll-Vorschrift (BGH NJW 2001, 1212, 1213 = DNotZ 2002, 127; BayObLG NJW-RR 1998, 1237, 1238 = DNotZ 1999, 210) gesicherte Zweck der Abgeschlossenheit nicht berührt, nämlich eine eindeutige räumliche Abgrenzung der Sondereigentumsbereiche untereinander sowie zum gemeinschaftlichen Eigentum zu gewährleisten und damit Streitigkeiten zu vermeiden (BGH NJW 2001, 1212, 1213, m. w. N. = DNotZ 2002, 127). Die durch Zusammenlegung der früher jeweils abgeschlossenen Wohnungen vergrößerte Wohnungseinheit verfügt – theoretisch denkbar – über zwei Wohnungseingangstüren und ist gegen dritte Sondereigentümer sowie Teileigentümer der Wohnanlage und gegen das Gemeinschaftseigentum weiterhin abgegrenzt. Nicht anders ist die Situation, wenn eine der Wohnungseingangstüren baulich geschlossen worden sein sollte. Auch wenn die Zusammenlegung der beiden Wohnungen dadurch erfolgt sein sollte, dass der Mauerdurchbruch an einer tragenden Wand, die im Gemeinschaftseigentum steht (BayObLG NJW-RR 1994, 1169 und 82) erfolgt ist, gilt nichts anderes, denn ein solcher Mauerdurchbruch berührt weder die Abgrenzung zwischen Gemeinschaftseigentum und Sondereigentum, noch wird dadurch das Gemeinschaftseigentum in seiner rechtlichen Ausgestaltung inhaltlich geändert (BayObLG NJW-RR 1998, 1237, 1238 = DNotZ 1999, 210). Dementsprechend wäre eine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung nicht erforderlich, weil die dinglichen Rechte der anderen Wohnungseigentümer am Gemeinschaftseigentum durch die von der Ast. angestrebte dingliche Vereinigung der Miteigentumsanteile nicht betroffen werden; die anderen Wohnungseigentümer sind durch den Mauerdurchbruch nur tatsächlich wegen ihres Gemeinschaftseigentums berührt (BayObLG NJW-RR 1998, 1237, 1238 = DNotZ 1999, 210).

Hinzu kommt, dass die nachträgliche Aufhebung der Abgeschlossenheit der beiden einzelnen Wohneinheiten durch Zusammenlegung zu einer vergrößerten abgeschlossenen neuen Wohneinheit den Bestand und den Umfang des in der Teilungserklärung ausgestalteten Wohnungseigentums unberührt lässt und das Grundbuch nicht unrichtig wird (BGH NJW 2001, 1212, 1213 m. w. N. = DNotZ 2002, 127; BayObLG NJW-RR 1998, 1237, 1238 = DNotZ 1999, 210). Selbst wenn die anderen Wohnungseigentümer dem Durchbruch einer tragenden Wand zum Zweck der baulichen Zusammenlegung beider Wohneinheiten durch die Ast. nicht zugestimmt haben sollten (vgl. § 22 Abs. 1 WEG), ist das Grundbuchamt nicht gehindert, an der von der Ast. beantragten Grundbucheintragung im Sinne einer dinglichen Vereinigung der Miteigentumsanteile mitzuwirken, weil das Grundbuch durch die tatsächliche Vereinigung der beiden Einheiten nicht unrichtig geworden ist, denn die dingliche Rechtslage wird durch einen möglicherweise unzulässigen Eingriff der Ast. in das Gemeinschaftseigentum der Wohnungseigentümergemeinschaft nicht verändert. Sollte die durchgeführte bauliche Zusammenlegung der beiden Wohneinheiten rückgängig gemacht werden müssen, blieben die dinglich miteinander verbundenen, dann aber wieder räumlich getrennten Wohneinheiten weiterhin im Sondereigentum der Ast.

Der Senat verkennt nicht, dass er mit seiner Entscheidung, die dingliche Vereinigung von Miteigentumsanteilen eines Wohnungseigentümers an einer Wohnungseigentumsanlage auch dann ohne Abgeschlossenheitsbescheinigung für zulässig zu halten, wenn die beiden zuvor abgeschlossenen Wohneinheiten baulich zusammengelegt werden, die bisherige Rechtsprechung ausweitet, wonach eine solche dingliche Vereinigung ohne neue Abgeschlossenheitsbescheinigung bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung der baulichen Selbständigkeit der beiden Wohneinheiten zulässig ist (KG NJW 1989, 1360, 1361 m. w. N.). Der Senat in dieser Besetzung hält an seiner abweichenden Entscheidung (OLG Hamburg NJW 1965, 1765 = DNotZ 1965, 176 = Rpfleger 1966, 79), wonach eine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung Voraussetzung für die dingliche Vereinigung von Miteigentumsanteilen eines Sondereigentümers an einer Wohnungseigentumsanlage ist, nicht fest, zumal die da-

malige Entscheidung über die Zulässigkeit der dinglichen Vereinigung von Miteigentumsanteilen eines Sondereigentümers nicht auf der für notwendig erachteten Abgeschlossenheitsbescheinigung beruhte (vgl. KG NJW-RR 1989, 1360, 1361; BayObLGZ 1971, 246, 247). Den Senat trifft auch keine Vorlagepflicht an den BGH gem. § 79 Abs. 2 GBO, weil er etwa von der Entscheidung des OLG Stuttgart (OLGZ 1977, 430) abweicht, das den vom Hanseatischen OLG seinerzeit eingenommenen Rechtsstandpunkt geteilt hat. Auch jene Entscheidung beruhte nicht auf der dort vertretenen Auffassung, dass eine Abgeschlossenheitsbescheinigung von Miteigentumsanteilen eines Wohnungseigentümers erforderlich sei (vgl. KG NJW-RR 1989, 1360, 1361).

Der Senat hält eine Abgeschlossenheitsbescheinigung bei dinglicher Vereinigung von Miteigentumsanteilen und Zusammenlegung der entsprechenden Wohneinheiten nicht für geboten. Mit dem Argument, dass das Grundbuch über den baulichen Zustand der betroffenen Wohneinheiten im Fall einer baulichen Zusammenlegung der Einheiten bei Verzicht auf eine den veränderten Verhältnissen Rechnung tragende neue Abgeschlossenheitsbescheinigung nicht zutreffend unterrichte, kann das Erfordernis einer neuen Abgeschlossenheitsbescheinigung nicht stichhaltig begründet werden. Das Gesetz lässt Diskrepanzen zwischen beim GBA vorliegendem Aufteilungsplan und baulichem Ist-Zustand zu, wie etwa daran erkennbar ist, dass §§ 3 Abs. 1, 8 WEG gestattet, Wohnungseigentum vor Errichtung eines Gebäudes zu begründen, obwohl in der Praxis häufig abweichend von den Plänen gebaut wird. Diese Abweichung berührt aber grundsätzlich nicht die rechtliche Ausgestaltung durch Teilungsvertrag oder -erklärung samt Aufteilungsplan und führt nicht zur Unrichtigkeit des Grundbuchs und erfordert keine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung entsprechend der tatsächlichen Bauausführung (BayObLG NJW-RR 1998, 1237, 1238 = DNotZ 1999, 210). Das Gleiche gilt für das Versetzen von Wänden innerhalb eines Sondereigentums oder bei Deckendurchbrüchen zur tatsächlichen Vereinigung von zwei auf verschiedenen Ebenen liegenden Wohneinheiten. Das Grundbuchrecht fordert solchenfalls weder eine jeweilige Aktualisierung der Abgeschlossenheitsbescheinigung bei baulichen Veränderungen, noch müssen rechtliche Veränderungen – etwa bei der im Grundbuch einzutragenden Änderung der Verteilungsquoten bei Nebenkosten infolge baulicher Maßnahmen – mit der Beibringung einer neuen Abgeschlossenheitsbescheinigung verbunden werden. Angesichts des Zwecks des Grundbuchs, dingliche Rechte zu verlautbaren, besteht kein ersichtliches Bedürfnis, nur wegen der auch rechtlich beabsichtigten Vereinigung der tatsächlich vollzogenen baulichen Zusammenlegung eine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung zu verlangen. Mögliche Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche der anderen Wohnungseigentümer in Bezug auf einen Mauerdurchbruch zwischen zwei im Sondereigentum eines Wohnungseigentümers stehenden Wohneinheiten berühren die dingliche Rechtslage, wie oben ausgeführt, nicht. Die Grundbucheintragung betrifft und schützt ausschließlich rechtliche, nicht tatsächliche Verhältnisse, die allein Gegenstand solcher Ansprüche sein könnten (BayObLG NJW-RR 1998, 1237, 1238 = DNotZ 1999, 210).

5. Liegenschaftsrecht – Freiwillige Versteigerung von Wohnungseigentum durch Notar
(*LG Köln,* Beschluss vom 9. 1. 2004 – 29 T 243/02 – mitgeteilt von Notar Helmut Matthias Bardy, Bergisch Gladbach-Bensberg)

WEG §§ 18; 19; 53 ff.

Zur Festsetzung von Versteigerungsbedingungen durch den Notar bei einer freiwilligen Versteigerung von Wohnungseigentumsrechten nach §§ 53 ff. WEG.

Zum Sachverhalt:

I. Die Ast. und Ag. bilden die Wohnungseigentümergemeinschaft N-Straße in F.

Die Ast. haben gegen die Ag. hinsichtlich deren Miteigentumsanteils verbunden mit deren Sondereigentum ein Entziehungsurteil nach §§ 18, 19 WEG erstritten und betreiben nunmehr die „freiwillige" Versteigerung nach §§ 53 ff. WEG beim Notar X. in B. Mit Schreiben vom 13. 9. 2002 hat der Notar die den Bet. zuvor zur Stellungnahme im Entwurf bekanntgemachten Versteigerungsbedingungen festgesetzt.

Gegen diese Festsetzung haben die AG. sofortige Beschwerde eingelegt.

Aus den Gründen:

II. Die gemäß § 58 WEG statthafte Beschwerde der Ag. gegen die Festsetzung der Versteigerungsbedingungen vom 13. 9. 2002 ist zulässig, insbesondere statthaft und fristgerecht eingelegt. Sie hat jedoch in der Sache keinen Erfolg.

1. Bei der Beurteilung der Frage, ob die festgesetzten Versteigerungsbedingungen Bestand haben können, ist von § 54 Abs. 3 WEG auszugehen. Diese Vorschrift gibt allerdings nur einen Anhaltspunkt dahingehend, als dort bestimmt ist, dass der Notar die Versteigerungsbedingungen nach billigem Ermessen festzustellen hat.

Nach Ansicht der Kammer können für die Formulierung der Bedingungen die Grundsätze der §§ 44 f. ZVG nicht Vorbild sein. Das Versteigerungsverfahren nach den §§ 53 ff. WEG weist gegenüber dem Zwangsversteigerungsverfahren erhebliche Unterschiede auf. Es kennt insbesondere keine Beschlagnahmewirkung, keinen Eigentumsübergang und kein Erlöschen von Rechten aufgrund des Zuschlages. In dem Verfahren nach dem WEG wird vielmehr von den Bietern an den Wohnungseigentümer ein Vertragsangebot abgegeben, wovon dasjenige des Meistbietenden durch den Zuschlag als angenommen gilt (vgl. MünchKomm/Röll, § 53 WEG Rn. 4). Inhalt der Angebote sind daher die vom Notar vorformulierten Versteigerungsbedingungen, ihr Inhalt hat demnach im Wesentlichen dem eines angemessenen Kaufvertrages zu entsprechen (ü. A., vgl. u. a. Bärmann/Pick/Merle, 9. Aufl., § 54 WEG Rn. 18). Die Versteigerungsbedingungen sind daher im Grunde Verkaufsbedingungen. Dem von § 53 Abs. 3 WEG geforderten Ermessen entsprechen sie nur, wenn der Notar diese so festsetzt, als wenn es sich um die Formulierung eines Kaufvertrages handeln würde, dessen Beurkundung ihm übertragen wurde.

Er hat daher auch bei der Festsetzung nach § 53 Abs. 3 WEG, die ihm als Beurkundungsperson obliegende Ob-

jektivität und Neutralität gegenüber allen Bet. zu wahren und darauf zu achten, dass weder der verurteilte Wohnungseigentümer noch der Ersteigerer Schäden erleidet (LG Freiburg, Der Wohnungseigentümer 1990, 34, 34; MünchKomm/Röll, § 54 WEG Rn. 2). Er wird also alle Absicherungen der Bet. zu erwägen und erforderlichenfalls als Inhalt eines etwaigen späteren, durch den Zuschlag zustande kommenden Kaufvertrages in die Versteigerungsbedingungen aufzunehmen haben.

2. Unter Beachtung und Anwendung dieser Beurteilungskriterien und Grundsätze haben die angegriffenen Versteigerungsbedingungen nach Ansicht der Kammer in vollem Umfang Bestand.

a) Der festsetzende Notar ist entgegen der Ansicht der Ag. örtlich und sachlich zuständig. Insoweit kann dahinstehen, ob diese Rügen im vorliegenden Verfahren zu prüfen sind, da die Rüge von vornherein nicht durchgreift.

aa) Örtlich zuständig ist der Notar, in dessen Amtsbezirk gemäß § 53 Abs. 1 WEG das Grundstück liegt. Gemäß § 11 Abs. 1 BNotO ist der Amtsbezirk der jeweilige OLG-Bezirk. Nicht ausschlaggebend ist nach überwiegender Ansicht, der sich die Kammer anschließt, der Amtssitz i. S. von § 10 a Abs. 1 BNotO. Zwar soll der Notar bei Ausübung seiner Urkundstätigkeit sich grundsätzlich auf den engeren Amtsbereich (i. d. R. Amtsgerichtsbezirk seines Amtssitzes) beschränken, ein Verstoß gegen diese Sollvorschrift führt jedoch nach überwiegender Ansicht nicht zur örtlichen Unzuständigkeit (Bärmann/Pick/Merle, a.a.O., § 53 WEG Rn. 3, 4). Es lässt sich weiterhin auch kein gesetzlicher Anknüpfungspunkt dafür finden, dass dann, wenn ein Grundstück zwar im OLG-Bezirk, nicht aber im engeren Amtsbezirk des Notars liegt, wenigstens die Versteigerung an einem Ort durchgeführt werden muss, welcher zum engen Amtsbereich des Notars gehört (vgl. Bärmann, a.a.O., § 53 WEG Rn. 3, 4; a. A. MünchKomm/Röll, § 53 WEG Rn. 7).

Vorliegend bedarf es jedoch keiner Entscheidung hinsichtlich der unterschiedlichen Ansichten, da hier die Versteigerung am Sitz des Notars und damit seinem Amtssitz erfolgen soll. Daher besteht aus den gleichen Gründen auch kein Ermessensverstoß, wenn der Notar die Versteigerung an seinem engeren Amtsbereich vornimmt.

Eine parallele Heranziehung der Bestimmungen des ZVG kann, entgegen der Ansicht der Antragsgegner, aus den oben dargelegten Gründen nicht zu einem Ermessensverstoß führen.

Eine Unzulässigkeit der Versteigerungsbedingungen ergibt sich nach Ansicht der Kammer auch nicht aus einem etwaigen Ermessensfehlgebrauch des Notars bei der Bestimmung des Versteigerungsortes. Ein Ermessensfehlgebrauch liegt bei einer Versteigerung in B. nicht vor.

In die Ermessensausübung sollte nach Ansicht der Kammer die Überlegung einfließen, an welchem Ort die Versteigerung bessere Aussichten auf Erfolg hat. Entgegen der Ansicht der Ag. findet jedoch nicht grundsätzlich eine Reduzierung des Ermessens dahingehend statt, dass lediglich der Ort der Wohnung ermessensfehlerfrei als Versteigerungsort festgelegt werden kann. Die Versteigerung am Ort der Wohnung stellt vielmehr nur eine Möglichkeit dar (vgl. Staudinger/Kreuzer, § 55 WEG Rn. 4), falls so den berechtigten Interessen der Bet. besser gedient ist. Entgegen der Ansicht der Bf. vertritt auch Heil (vgl. Heil, Die Freiwillige Versteigerung von Wohnungseigentum nach §§ 53 ff. WEG, MittRhNotK 1999, 73 ff.) diese Ansicht nicht. Er ist lediglich der Ansicht, dass der Notar verpflichtet ist, die Versteigerung auch außerhalb seines Amtsbereiches durchzuführen, wenn die Durchführung im engeren Amtsbereich unbillig erscheint. Lediglich als Beispiel führt er den Ort der Wohnung an. Eine Unbilligkeit der Versteigerung allein aufgrund der Tatsache, dass der Ort der Versteigerung ca. 25 Km vom Ort der Wohnung entfernt liegt, kann die Kammer dagegen nicht feststellen. Eine derartige Entfernung ist in der heutigen Zeit leicht überbrückbar. Darüber hinaus bietet das Büro des Notars die notwendigen Räumlichkeiten und einen angemessenen Ort.

bb) Die sachliche Zuständigkeit des Notars ist gemäß § 53 Abs. 1 WEG gegeben. Entgegen der Ansicht der Ag., dass es bereits an der gesetzlichen Ermächtigung und damit der sachlichen Zuständigkeit des angerufenen Notars aufgrund des vorliegenden Urteils fehlt, ist diese aufgrund des Urteils gegeben. Die Ansicht, dass der Tenor des Entziehungsurteils des AG Köln zu einer freiwilligen Versteigerung nicht ermächtige, ist unzutreffend. Eine ausdrückliche Formulierung des Tenors ist unter Berücksichtigung der §§ 18, 19 WEG gerade nicht notwendig. In § 19 Abs. 1 WEG ist darüber hinaus der Tenor dahingehend vorgegeben, dass der Wohnungseigentümer zur Veräußerung seines Wohnungseigentums verurteilt wird.

b) Einen Ermessensverstoß sieht die Kammer auch nicht in der Wahl des Versteigerungsraumes im Notariat. Ein Ermessensverstoß lässt sich entgegen der Ansicht der Ag. nicht aus etwaigen Gewohnheitsrechten begründen, die dahingehend lauten sollen, dass die Versteigerung an öffentlich zugänglichen Orten stattzufinden hat. Zum einen haben die Ag. die Voraussetzungen von dahingehend bestehendem Gewohnheitsrecht nicht schlüssig dargelegt. Seine Entstehung fordert eine lang andauernde tatsächliche Übung. Hinzu kommen muss die Überzeugung der beteiligten Verkehrskreise, durch die Einhaltung der Übung bestehendes Recht zu verfolgen (vgl. Palandt/Heinrichs, 61. Aufl., Einl. Rn. 24).

Die zu den Akten gereichten Unterlagen können diese Voraussetzungen nicht begründen. Dagegen spricht zum einen die Tatsache, dass laut den von den Ag. selbst vorgelegten Quellen in den letzten Jahrzehnten gerade kein Gebrauch von freiwilligen Versteigerungen in öffentlich zugänglichen Orten gemacht wurde. Zum zweiten legen die Ag. nur Quellen der Vorgehensweise eines einzigen Notars vor. Entscheidend dürfte allerdings sein, dass es sich bei den angeführten Beispielen gerade nicht um freiwillige Versteigerungen im WEG-Verfahren handelt. Darüber hinaus ist auch aus anderen Ermessensgesichtspunkten eine Unzulässigkeit nicht zu begründen. Der Notar führt die Versteigerung in einem Raum durch, der ca. 40 Personen aufnehmen kann.

Weiterhin sind die Ag. entgegen ihrem Einwand, dass nur die Ast. von dem Termin Kenntnis erlangen könnten und allein erscheinen, auch durch die Vorschrift des § 55 WEG geschützt. Die Versteigerung wird sowohl beim

AG des belegenden Grundstücks als auch in der Gemeinde gemäß § 55 Abs. 3 WEG bekanntgemacht.

Ein Ermessensfehler liegt nach Ansicht der Kammer auch nicht darin, dass der Versteigerungsort rund 25 Km vom Grundstück entfernt ist. Diese Entfernung ist nach Auffassung der Kammer noch nicht geeignet, dass Interessenten eine Anreise aufgrund der Entfernung ausschlagen.

c) Sofern sich die Ag. gegen die gemeinsame Versteigerung beider Grundstücke wenden, lässt sich auch insoweit ein Ermessensfehlgebrauch des Notars nicht begründen.

Nach Auffassung der Kammer ist es nicht rechtsmissbräuchlich, beide Wohnungseigentumsanteile in einem Verfahren zu versteigern, da aufgrund eines Anspruchs gegen mehrere Schuldner die freiwillige Versteigerung betrieben wird. Bedenken bestehen aus Ermessensgesichtspunkten auch nicht in der Zusammenfassung zu einem Gesamtgebot. Zwar ist im Zwangsversteigerungsverfahren diese Möglichkeit nur mit Zustimmung der Bet. möglich. Dies allein begründet jedoch aufgrund der Nichtanwendbarkeit des ZVG keinen Ermessensfehlgebrauch. Darüber hinaus sind die Erwägungen des Notars hinsichtlich dieser Versteigerungsform nachvollziehbar.

Entgegen dem ZVG erlöschen die Rechte an den Eigentumsanteilen durch Zuschlag nicht. Insoweit ist der Notar zur Schadensvermeidung gehalten, die Übernahme der Belastungen dem Ersteher zur Pflicht zu machen. Diesen Besonderheiten muss vorliegend um so mehr Rechnung getragen werden, als eine Mitwirkung der Pfandgläubigerin der auf beiden Grundstücken lastenden Gesamtgrundschuld nicht gegeben ist. Eine sinnvolle Lösung zur Übernahme der Grundschulden kann daher nur durch eine Gesamtversteigerung erfolgen. Darüber hinaus ist wohl auch davon auszugehen, dass dadurch ein höheres Gebot erlangt werden kann. Eine andere einfachere Möglichkeit, das Grundstück im Wege der freiwilligen Versteigerung zu verwerten, ist nicht vorgetragen und auch nicht ersichtlich. Der Notar hat daher nach Ansicht der Kammer die Interessen aller Bet. beachtet. Darüber hinaus werden die Ag. auch nicht dadurch benachteiligt, wenn eine Versteigerung durch ein Gesamtgebot tatsächlich mangels Angebot nicht möglich sein sollte. In diesem Fall hätte der Notar die Versteigerung einzustellen. Die Ag. sind entgegen ihrer Auffassung daher geschützt.

d) Auch hinsichtlich der Bedingung über die Schätzung des Verkehrswertes liegt ein Ermessensmissbrauch nicht vor.

Grundsätzlich kann der Notar den Verkehrswert vorsichtig selber schätzen. Dabei muss er einen realitätsnahen Preis ansetzen (vgl. Heil, a.a.O., S. 86). Ausreichend ist insoweit die Anwendung einer subjektiven Sorgfalt, da es dem betroffenen Wohnungseigentümer unbenommen bleibt, sich selbst um einen für ihn günstigen Verkauf zu bemühen (vgl. Staudinger/Kreuzer, § 53 WEG Rn. 10). Im vorliegenden Fall bestehen gegen diese Bedingung schon deshalb keine Bedenken, da sich der Notar bezüglich des Verkehrswertes sogar auf ein Wertgutachten gestützt hat. Weiterhin teilt die Kammer auch nicht die Bedenken der Ag. hinsichtlich der einheitlichen Schätzung beider Grundstücksanteile, da vorliegend zulässigerweise ein Gesamtangebot abgegeben werden soll.

e) Hinsichtlich der Höhe der zu berücksichtigenden Lasten sind die Versteigerungsbedingungen ebenfalls ermessensfehlerfrei. Grundsätzlich ist es möglich, statt der Lastenfreistellung eine Übernahme der Belastungen gegen Anrechnung auf den Kaufpreis zu bestimmen (vgl. Heil, a.a.O., S. 88). Vorliegend ist dies auch notwendig, da der Gläubiger, die Sparkasse, hinsichtlich der bestehenden Grundschuldbestellung nicht mitwirkt. Insoweit bleibt nur die Übernahme der Belastungen durch den Ersteigerer.

Auch hinsichtlich der Höhe der mit zu berücksichtigenden Zinsen hat die Kammer gegen den Ansatz des Notars keine Bedenken. Entgegen der Ansicht der Ag. ist nicht der gesamte Zinsanspruch seit Eintragung des Rechtes zu berücksichtigen. Eine derartige Vorgehensweise würde den Besonderheiten des vorliegenden Versteigerungsverfahrens nicht gerecht. Es handelt sich gerade nicht um eine Zwangsversteigerung auf Betreiben des Grundschuldgläubigers, bei der auf die Grundsätze des Zwangsversteigerungsverfahrens abzustellen wäre. Zwar ist in diesem Verfahren anerkannt, dass der Gläubiger den gesamten Zinsanspruch geltend machen kann. Es ist aber auch anerkannt, dass sich der Grundstückseigentümer gemäß § 222 BGB i. V. mit §§ 902 S. 2, 197 BGB auf Verjährung berufen könnte und dies im Wege der Vollstreckungsgegenklage geltend machen könnte (vgl. Sostmann, MittRhNotK 1999, 274). Vorliegend handelt es sich dagegen aber gerade nicht um eine Zwangsversteigerung. Daher hat der Notar unter Berücksichtigung der Interessen aller Bet. die Versteigerungsbedingungen festzusetzen. Es ist daher sachgerecht, dass er lediglich die noch nicht verjährten Zinsen mit berücksichtigt. Insbesondere unter Berücksichtigung der Überlegung, dass der Ersteigerer hier die Grundschuld übernimmt und somit selber, falls die Gläubigerin – die Sparkasse – die Versteigerung betreiben sollte, selber die Einrede der Verjährung erheben kann. Daher ist es nicht ermessensfehlerhaft, wenn diesen Besonderheiten dadurch Rechnung getragen wird, dass der Ersteigerer von vornherein auch nur die nicht verjährten Zinsen im Gebot zu erbringen hat.

e) Die Kammer teilt ebenfalls nicht die Bedenken der Ag. gegen die Löschungsbewilligung in Ziffer III 1 der Versteigerungsbedingungen. Grundsätzlich ersetzt das rechtskräftige Urteil nach § 19 Abs. 1 WEG gem. § 894 ZPO die für die freiwillige Versteigerung des Wohnungseigentums nach §§ 53 ff. WEG erforderlichen Erklärungen des Störers in schuldrechtlicher, dinglicher und verfahrensrechtlicher Hinsicht (vgl. Bärmann/Pick/Merle, a.a.O., § 19 Rn. 13). Nicht ersetzt werden allerdings etwa erforderliche Erklärungen Dritter. Die Rechte, um deren Löschung es hier geht, sind jeweils Mitbenutzungsrechte nicht des Wohnungseigentümers des jeweiligen Wohnungseigentums, sondern dessen Ehegatten. Da aber auch das vorliegende Urteil nach § 19 WEG sich gegen den jeweils berechtigten Ehegatten wendet, wird daher auch diese Erklärung durch das Gesamturteil ersetzt.

f) Auch die Einwände der Ag. hinsichtlich der Bewilligung der Eigentumsvormerkung und des Rangvorbehalts für den Käufer haben keinen Erfolg. Eine Verpflichtung zur Eintragung einer Vormerkung kann grundsätzlich in die Versteigerungsbedingungen aufgenommen werden (vgl. MünchKomm/Röll, a.a.O., § 54 WEG Rn. 2).

Dem steht entgegen der Ansicht der Ag. auch nicht entgegen, dass bereits eine Vormerkung für die Ast. eingetragen ist.

Diese sichert nur den Anspruch der Ast. auf Übertragung des Grundstücks an den künftigen Ersteigerer (vgl. KG Rpfleger 1979, 198; Bärmann/Pick/Merle, a.a.O., Rn. 15 vor § 53 WEG). Die Vormerkung für die Ersteigerer soll allerdings den Anspruch auf Eigentumsübertragung aufgrund des durch den Zuschlag zustande gekommenen Kaufvertrages sichern. Insoweit würde eine Abtretung dieses Anspruchs, verbunden mit der Übertragung der Vormerkung, nicht möglich sein.

Darüber hinaus könnte der Notar weder durchsetzen, noch sich darauf verlassen, dass die Vormerkung nach § 895 ZPO eingetragen wird, denn Berechtigte sind die Titelgläubiger, also die Ast. Die ordnungsgemäße Durchführung wäre also in Frage gestellt, wenn der Ersteher keine eigene Vormerkung aus dem Kaufvertrag erhielte. Daher entspricht die Aufnahme einer Vormerkung für den Ersteher immer der Billigkeit, ihre Nichtaufnahme gefährdet dagegen unnötig die Vertragsdurchführung (vgl. Heil, a.a.O., S. 89).

Da darüber hinaus die Bewilligung der Eigentumsvormerkung nebst Rangvorbehalt für den Käufer regelmäßig im Zusammenhang mit Grundstückskaufverträgen vereinbart wird, spricht auch dies für die Ermessensfehlerfreiheit dieser Bedingungen.

g) Hinsichtlich der Beleihungsvollmacht bestehen keine Ermessensbedenken, da diese Standard in Grundstückskaufverträgen ist.

h) Auch die Zulassung nur mündlicher Gebote ist ermessensfehlerfrei. Die von den Ag. vorgetragenen Personen sind im Hinblick auf Ziffer V Nr. 6 der Bedingungen gerade nicht ausgeschlossen.

Darüber hinaus ist allgemein anerkannt, dass schriftliche Gebote unzulässig und unwirksam sind. Nicht nur, dass der Notar weder Existenz noch Identität des schriftlich Bietenden prüfen kann: Da das Gesetz die Einhaltung des Beurkundungsverfahrens verlangt, gilt die Unzulässigkeit schriftlicher Gebote ohne Auftreten zumindest eines Bevollmächtigten kraft Gesetzes (vgl. MünchKomm/Röll, zu § 56 WEG; Heil, a.a.O., S. 93).

i) Auch die Steigerungsspanne ist eine hinsichtlich des Verfahrens als ermessensfehlerfrei anzusehende Bedingung. Insbesondere ist es entgegen der Ansicht der Ag. nicht notwendig, dass die Spanne bereits in die Bedingungen fest aufgenommen wird. Grundsätzlich ist es möglich, dass sich der Notar in den Versteigerungsbedingungen eine Einführung des Mindestabstands im Versteigerungstermin vorbehält (vgl. Heil, a.a.O., S. 93). Dies wird den besonderen Anforderungen der Versteigerung, die sich erst im Termin herausstellen können, gerecht und ermöglicht eine sachgerechte und angemessene Führung der Versteigerung.

j) Auch die Feststellung, dass der Meistbietende keinen Anspruch auf den Zuschlag hat, ist eine Ausformung des zu tätigenden Ermessens des Notars und nicht fehlerhaft.

Darüber hinaus muss der Notar gerade nicht jeden Bieter notieren und identifizieren (vgl. Bernhard, Beck'sches Notarhandbuch, 2. Aufl., Kapitel F Rn. 287). Darüber hinaus ist auch die Ansicht der Ag. unzutreffend, dass sie ein Recht haben, den Zuschlag nach ihrer Wahl zu erteilen. Sie sind an dem Verfahren insoweit nicht beteiligt. Der Schutz besteht darin, dass es ihnen jederzeit freisteht, ihre Rechte im freihändigen Verkauf durchzusetzen und den Kaufpreis insoweit zu beeinflussen.

Anmerkung der Schriftleitung: Zur freiwilligen Grundstücksversteigerung durch den Notar siehe Rundschreiben Nr. 11/2004 der Bundesnotarkammer vom 2. 3. 2004.

6. Liegenschaftsrecht – Unzulässigkeit der Beschwerde nach § 15 BNotO gegen Festsetzung der Versteigerungsbedingungen

(*LG Köln,* Beschluss vom 9. 1. 2004 – 29 T 243/02 – mitgeteilt von Notar Helmut Matthias Bardy, Bergisch Gladbach-Bensberg)

BNotO § 15
WEG §§ 53 ff.

Eine Beschwerde nach § 15 BNotO gegen die Festsetzung der Versteigerungsbedingungen durch den Notar im Rahmen einer freiwilligen Versteigerung von Wohnungseigentumsrechten ist unzulässig.

(Leitsatz nicht amtlich)

Anmerkung der Schriftleitung: Der Sachverhalt ist identisch mit der vorstehend abgedruckten Entscheidung des LG Köln.

Aus den Gründen:

Die gemäß § 15 BNotO statthafte Beschwerde der Ag. gegen die Festsetzung der Versteigerungsbedingungen vom 13. 9. 2002 ist ohne Erfolg. Sie ist bereits unzulässig.

Die Beschwerde ist bereits nicht statthaft. Eine Beschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO kann nur gegen eine Versagung einer Urkundstätigkeit oder einer sonstigen notariellen Amtstätigkeit durch ausdrückliche oder stillschweigende Ablehnung erfolgen (vgl. Arndt/Lerch/Sandkühler, 5. Aufl., § 15 BNotO Rn. 87). Die Ag. wenden sich hier jedoch dagegen, dass der Notar Handlungen vornimmt, zu denen er nach ihrer Ansicht aus verschiedenen Gründen nicht berechtigt ist. Insoweit ist die Kammer der Auffassung, dass dies nicht vom Beschwerdegegenstand des § 15 Abs. 2 BNotO umfasst ist.

Weiterhin ist die Beschwerde auch mangels Rechtsschutzbedürfnis unzulässig. Die Beschwerdeführer wenden sich mit denselben Argumenten wie im Beschwerdeverfahren nach § 58 WEG gegen die Festsetzung der Versteigerungsbedingungen durch den Notar. Insoweit geht die Beschwerde nach dem WEG nach Ansicht der Kammer der Beschwerde gemäß § 15 Abs. 2 BNotO als speziellerer Rechtsbehelf vor.

7. Liegenschaftsrecht – Anwendung von § 878 BGB auf Verfügungen des Insolvenzverwalters
(*AG Rostock,* Beschluss vom 1. 4. 2004 – 60 IN 841/03)

BGB § 878

Auf Verfügungen des Insolvenzverwalters ist § 878 BGB sinngemäß anzuwenden.

(Leitsatz nicht amtlich)

Aus den Gründen:

Die Verpflichtung des Gerichts zur Abgabe einer schriftlichen „Anscheinsbestätigung" darüber, dass der Insolvenzverwalter zu einem bestimmten Stichtag noch verfügungsbefugt war, ist gesetzlich nicht normiert. (. . .)

Richtig ist, dass die Bestellungsurkunde keinen Gutglaubensschutz nach den §§ 170 ff. BGB vermittelt. Soll jedoch der Urkunde im Rechtsverkehr überhaupt eine Bedeutung zukommen, so muss sie dem Gutglaubensschutz zumindest in Bezug auf die Verfügungsbefugnis des Verwalters dienen. Würde man jeglichen Gutglaubensschutz ausschließen und bei Rechtsgeschäften mit dem durch Bestellungsurkunde legitimierten Insolvenzverwalter vom Geschäftspartner verlangen, dass er die Vertretungsmacht des Amtswalters nachprüft, könnte auf die Aushändigung der Bestellungsurkunde ganz verzichtet werden (Uhlenbruck, 12. Aufl., § 56 InsO Rn. 85).

Argumentativ ist auf die Verfügungen des Insolvenzverwalters § 878 BGB sinngemäß anzuwenden. Dieser ist danach „Berechtigter" mit der Folge, dass die Verfügungsbefugnis nur zum Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung und der Antragstellung beim Gericht vorzuliegen hat. Der Vertragspartner des Insolvenzverwalters ist mit seinem Vertrauen auf dessen bestehende Verfügungsbefugnis ebenso schützenswert wie der Vertragspartner eines Rechtsinhabers der aufgrund eigener Rechtsposition verfügt und über § 878 BGB bei späterem Wegfall geschützt ist. Würde man der Auffassung des Notars folgen, wären jedwede Verfügungen eines Vollmachtsinhabers, Nachlasspflegers, Zwangsverwalters, Betreuers usw. jedesmal zu hinterfragen bzw. anzuzweifeln. Vielmehr ist es jedoch zum Nachweis der Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters ausreichend, wenn dieser die Fortdauer seiner Bestallung durch die in Urschrift vorgelegte Bescheinigung des Insolvenzgerichts bzw. durch eine beglaubigte Abschrift derselben nachweist, wenn der Notar zugleich bescheinigt, dass die Hauptschrift bei – bzw. nach – Abgabe der betreffenden Grundbucherklärung oder jedenfalls zeitnah zu der beantragten Eintragung vorgelegen hat (LG Berlin Rpfleger 2004, 158).

Auch ist die Abgabe der geforderten Bestätigung aus haftungsrechtlichen Gründen des Gerichts abzulehnen.

Sofern hier eine gewisse totale Sicherheit für den Notar und die Vertragsparteien erlangt werden soll, wäre der Insolvenzverwalter zu bitten, seine Verfügungsbefugnis zum entsprechenden Zeitpunkt erneut bei dem Notar zu belegen bzw. der Notar könnte sich durch Einsichtnahme in die Insolvenzakte von der bestehenden Verfügungsbefugnis überzeugen.

Im Übrigen ist auf die jederzeit aktuellen Veröffentlichungen im Internet unter www.insolvenzbekanntmachungen.de hinzuweisen. Ein evtl. Verwalterwechsel wäre dort ebenfalls abprüfbar.

8. Familienrecht – Rechtsfolgen einer Adoption
(*OLG Köln,* Urteil vom 24. 7. 2003 – 8 U 25/03)

BGB §§ 133; 157; 1755; 1934 d

Zu den Rechtsfolgen einer Adoption auf eine vertragliche Vereinbarung von geschiedenen Ehegatten zu Gunsten des gemeinsamen Kindes, wenn das Kind später von dem neuen Ehepartner des einen Elternteils mit den Wirkungen einer Minderjährigenadoption angenommen wird.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

I. Die Parteien streiten über den Fortbestand einer vertraglichen Vereinbarung, die den Kl. zugunsten der ursprünglich gemeinsamen Tochter in der Verfügung über ein Grundstück beschränkt, nach deren Adoption durch den Ehemann der Bekl.

Die Parteien waren vom 22. 9. 1980 bis zum 16. 6. 1992 miteinander verheiratet. Am 18. 2. 1983 wurde die gemeinsame Tochter A. geboren. Im Zeitpunkt der Scheidung waren die Parteien zu je 1/2 Miteigentümer eines Hausgrundstücks.

Zur Abgeltung aller Ansprüche aus der Ehe verpflichtete sich die Bekl. im gerichtlichen Vergleich vom 16. 6. 1992, dem Kl. ihren Miteigentumsanteil zu übertragen. Dieser verpflichtete sich wiederum, das betreffende Grundstück nicht ohne Zustimmung der Bekl. zu veräußern oder mit mehr als 60 000,– DM zu belasten. Für den Fall der Zuwiderhandlung wurde die lastenfreie Rückübertragung des hälftigen Miteigentumsanteils und eine entsprechende Rückauflassungsvormerkung vereinbart. Diese Vereinbarung sollte das Grundstück der gemeinsamen Tochter erhalten. Für den Fall, dass dieser Zweck nicht mehr zu erreichen war, sollte der Kl. in seinen Verfügungen frei werden und die Bekl. in die Löschung der Vormerkung einwilligen.

Zur Umsetzung dieses Vergleichs schlossen die Parteien am 8. 7. 1992 vor einem Notar einen entsprechenden Übertragungsvertrag. Der Miteigentumsanteil der Bekl. wurde übertragen, der Kl. gab die vereinbarte Verpflichtungserklärung ab. Für den Fall eines Verstoßes wurde jedoch in Abweichung vom gerichtlichen Vergleich die Übereignung des gesamten Grundstücks an die Bekl. vereinbart, da nur so das (gesamte) Grundstück für die gemeinsame Tochter zu sichern sei. Der Kl. bewilligte eine entsprechende Vormerkung.

Die Übertragung des hälftigen Miteigentumanteils wurde am 28. 7. 1992 ins Grundbuch eingetragen, die Vormerkung am 29. 7. 1992.

Im weiteren Verlauf nahm der Kl. seinen Wohnsitz auf dem streitgegenständlichen Grundstück, und die Bekl. heiratete Herrn M. Dieser nahm A. als sein Kind an. Der entsprechende Adoptionsbeschluss wurde am 26. 7. 2002 wirksam. Obwohl die Angenommene zu diesem Zeitpunkt bereits volljährig war, wurde die Annahme gemäß § 1772 Abs. 1 S. 1 lit. c i. V. mit §§ 1754 bis 1756 BGB mit den Wirkungen einer Minderjährigenadoption ausgesprochen.

Das LG hat die auf Einwilligung in die Löschung der Vormerkung gerichtete Klage abgewiesen.

Aus den Gründen:

II. Die Berufung des Kl. hat in der Sache Erfolg. Die Klage ist begründet.

Der Kl. hat einen Anspruch gegen die Bekl. auf die begehrte Einwilligung in die Löschung der Auflassungsvormerkung aus dem notariellen Vertrag. Dort heißt es auf Seite 4:

„Die Beschränkung der Verfügungsbefugnis des W. wird vereinbart, um den Grundbesitz der gemeinsamen Tochter A. zu erhalten. Sollte dieses Ziel – gleich aus welchen Gründen – nicht mehr erreichbar sein, z. B. im Fall des Vorversterbens von A., entfällt die Verfügungsbeschränkung für die dann folgende Zeit.

S. ist in diesem Fall verpflichtet, dem W. unverzüglich auf ihre Kosten eine vollzugsfähige Löschungsbewilligung hinsichtlich der Vormerkung auszuhändigen."

Die im Vertrag aufgestellte Bedingung ist eingetreten, da das Vertragsziel infolge der Adoption nicht mehr erreicht werden kann.

1. Bereits aus dem Wortlaut ergibt sich, dass die Vertragsparteien eine Regelung auch für Konstellationen vorgenommen haben, an die sie bei Vertragsschluss noch nicht im einzelnen gedacht haben. Das Vorversterben von A. ist lediglich beispielhaft genannt und sollte nicht den einzigen Hinderungsgrund darstellen. Im Vertrag ist vielmehr ausdrücklich festgehalten, dass es auf die Gründe, die der Erreichung des Ziels entgegenstehen, nicht ankommen sollte.

Die Frage, ob eine der Parteien eine mögliche Adoption in ihre Vorstellung mit aufgenommen hatte oder nicht, kann offen bleiben. Auch für das Rechtsinstitut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (nunmehr § 313 BGB) ist wegen der im Vertrag getroffenen Regelung kein Raum.

2. Vertragliches Ziel war es, die Tochter abzusichern und – damit verbunden – den gemeinsamen Grundbesitz auf die nächste Generation zu übertragen. Dies ergibt die Auslegung des notariellen Vertrages gemäß §§ 133, 157 BGB:

Der Vertrag diente unstreitig der Umsetzung eines gerichtlichen Vergleichs, in dem die Folgen der Scheidung der Parteien geregelt wurden. Der Kl. erhielt das Alleineigentum am Grundstück als Ausgleich für seine Ansprüche aus Unterhalt, Hausrat und Zugewinn. Dabei ging es nicht lediglich darum, dem Kl. die Mieteinnahmen zukommen zu lassen, wie es das erstinstanzliche Urteil andeutet. Dieser sollte das Grundstück vielmehr als Eigentümer grundsätzlich frei nutzen können, wobei Verfügungen über die bereits vorhandene Belastung hinaus allerdings von der Zustimmung der Bekl. abhängig gemacht wurden. Die freie Nutzung findet zum Beispiel darin ihren Ausdruck, dass der Kl. das Grundstück selbst bewohnt.

Es bestand Einigkeit zwischen den Parteien darüber, dass das Grundstück später auf die gemeinsame Tochter A. übergehen sollte. Um es ihr weitgehend unbelastet zu übertragen, war die Verfügungsbeschränkung des Kl. vorgesehen.

Die Vertragsparteien waren sich also auch angesichts der Scheidung ihrer Elternverantwortung bewusst und wollten den gemeinsam erarbeiteten Grundbesitz ihrer Tochter zukommen lassen, um so deren Zukunft zu sichern. Es ging darum, die Tochter abzusichern und, damit verbunden, um eine Übertragung des gemeinsamen Grundbesitzes auf die nächste Generation. Dieser sollte gleichsam „in der Familie" bleiben.

Dieser Zweck findet Anklang im notariellen Vertrag im Rahmen der Formulierung „der gemeinsamen Tochter" in der Zweckbeschreibung. Zudem sollte der Rückübertragungsanspruch, der der Bekl. im Falle eines Verstoßes gegen die Verfügungsbeschränkung zusteht, nicht übertragbar, aber vererblich sein. Hierdurch wird grundsätzlich ausgeschlossen, dass sich Dritte in die Grundstücksangelegenheit einschalten können, aber für die Tochter der Parteien oder andere Erben der Bekl. wird eine Ausnahme zugelassen. Auch hierin kommt der Gedanke, den Grundbesitz in der Familie belassen zu wollen, zum Ausdruck.

3. Der Erreichung dieses Ziels steht aber die Adoption der Tochter entgegen. Dies ergibt sich aus den Wirkungen der hier vorgenommenen Annahme.

A. war bei ihrer Annahme als Kind bereits volljährig. Eine Volljährigenadoption ist gesetzlich als „schwache" Adoption ausgestaltet (§ 1770 Abs. 2 BGB). Hiervon sind auf Antrag Ausnahmen möglich, etwa wenn – wie hier – eine Stiefkindadoption vorliegt (§ 1722 Abs. 1 S. 1 lit. c BGB). Davon wurde Gebrauch gemacht.

Es wurde eine „Volladoption" mit den Wirkungen der §§ 1754 ff. BGB vollzogen. Nach § 1755 Abs. 1 BGB erlöschen die bisherigen Verwandtschaftsverhältnisse des Anzunehmenden sowie alle darauf beruhenden Rechte und Pflichten. Ausgenommen sind Ansprüche, die bei der Annahme bereits entstanden sind, nicht aber Unterhaltsansprüche (§ 1755 Abs. 1 S. 2 BGB). Diese Wirkungen gelten bei der Stiefkindadoption nur für den Elternteil, der nicht mit dem Annehmenden verheiratet ist (§ 1755 Abs. 2 BGB), hier also für den Kl.

Es ist einer Volladoption wesenseigen, die familiären Bindungen zur bisherigen Familie in rechtlicher wie tatsächlicher Hinsicht zu beenden. Dies gilt im Hinblick auf die elterliche Sorge und den persönlichen Umgang, die bereits vor Vollzug der Adoption suspendiert werden (vgl. § 1751 Abs. 1 S. 1 BGB), wie auch für die rechtlichen Beziehungen (MünchKomm/Maurer, 4. Aufl. 2002, § 1755 BGB Rn. 10 f.).

Dieses vollständige Erlöschen findet seinen Ausdruck auch im Schutz des Adoptionsgeheimnisses nach § 1758 BGB. Den Adoptiveltern steht nach dieser Vorschrift ein Recht auf Anonymität zu. In dieser Regelung kommt der gesetzgeberische Wille zum Ausdruck, dem Adoptierten einen ungestörten Neuanfang in einer neuen Familie zu gewähren.

Mit diesem gesetzgeberischen Ziel erklärt sich auch die umfassende Wirkung einer Volladoption. Sämtliche Rechte des Angenommenen und seiner bisherigen Familie gehen grundsätzlich wechselseitig unter (§ 1755 BGB). Dies gilt auch für das gesetzliche Erb- und

Pflichtteilsrecht (MünchKomm/Maurer, § 1755 BGB Rn. 12).

Es gibt zahlreiche Konstellationen, in denen die Parteien – wie hier – bei einer in die Zukunft gerichteten Regelung eine Adoption nicht in ihre Betrachtungen einbezogen haben. Sie werden einheitlich dahingehend behandelt, dass eine erst in der Zukunft fällig werdende Leistungspflicht entfällt. Dieser rechtliche Ansatz lässt sich auf die hier zu entscheidende Konstellation übertragen.

Nach der gesetzlichen Regelung sollen etwa Unterhaltsansprüche mit Wirksamwerden der Annahme entfallen (§ 1755 Abs. 1 S. 2, 2. HS. BGB). Dies wird übereinstimmend auf in die Zukunft gerichtete Unterhaltsansprüche bezogen, nicht dagegen auf aufgelaufene Unterhaltsrückstände (Palandt/Diederichsen, 62. Aufl. 2003, § 1755 BGB Rn. 5; Soergel/Liermann, 13. Aufl. 2000, § 1755 BGB Rn. 6; Staudinger/Frank, 13. Bearb. 2001, § 1755 BGB Rn. 7, 8, 12; RGRK/Dickescheid, 12. Aufl. 1999, § 1755 BGB Rn. 6; Erman/Holzhauer, 10. Aufl. 2000, § 1755 BGB Rn. 9; MünchKomm/Maurer, § 1755 BGB Rn. 12).

Früher war es auch möglich, den Unterhalt des nichtehelichen Kindes vergleichsweise endgültig zu regeln (§ 1615 e BGB a. F.). Selbst in diesen Fällen wurden von der herrschenden Meinung bereits geleistete Zahlungen – auch einmalige Beträge – beim Angenommenen belassen, während die für die Zukunft fälligen Raten entfielen (RGRK/Dickescheid, § 1755 BGB Rn. 5; Palandt/Diederichsen, § 1755 BGB Rn. 5; Soergel/Liermann, § 1755 BGB § 6).

Für das Erbrecht des Angenommen gilt gundsätzlich die allgemeine Regel, dass bereits entstandene Ansprüche ihre Gültigkeit behalten, während die erloschene Verwandtschaftsbeziehung sich in der Zukunft nicht auswirken soll. Es kommt also darauf an, ob der Erb- (oder Pflichtteils-)Anspruch bereits vor der Annahme entstanden war; entscheidend ist der Zeitpunkt des Erbfalls (Soergel/Liermann, § 1755 BGB Rn. 7; Palandt/Diederichsen, § 1755 BGB Rn. 5; Erman/Holzhauer, § 1755 BGB Rn. 5; RGRK/Dickescheid, § 1755 BGB Rn. 3; Staudinger/Frank, § 1755 BGB Rn. 8).

Problematisch war allein die Behandlung des nach altem Recht möglichen vorzeitigen Erbausgleichs des nichtehelichen Kindes (§ 1934 d BGB a. F.) und ist nach wie vor die vorgezogene Erbauseinandersetzung i. S. des § 311 b Abs. 5 BGB. In diesen Fällen entfällt ebenfalls eine erst in der Zukunft fällige Leistung, während die Behandlung bereits geleisteter Zahlungen umstritten war und ist. Eine Ansicht will sie bei dem Angenommenen belassen (Erman/Holzhauer, § 1755 BGB Rn. 5), die andere gesteht dem künftigen Erblasser eine Rückforderung nach § 812 Abs. 1 S. 2 1. Var. BGB zu, da der Fortbestand der Erbenstellung Rechtsgrund für die Leistung gewesen sei (Soergel/Liermann, § 1755 BGB Rn. 7; RGRK/Dickescheid, § 1755 BGB Rn. 5; Staudinger/Frank, § 1755 BGB Rn. 9). Auf den Meinungsstreit kommt es hier indessen nicht an, da es um die erst in der Zukunft liegende Übertragung des Grundstücks auf die Tochter der Parteien geht, die durch die Verfügungsbeschränkung lediglich gesichert ist. Es ist nicht die Frage einer Rückerstattung bereits vorgenommener Leistungen zu behandeln. Das Entfallen von noch nicht fälligen Ansprüchen ist jedenfalls unstrittig.

Wird der Angenommene schließlich von seinen leiblichen Verwandten testamentarisch bedacht, ist diese Regelung zunächst wirksam, es kommt aber eine Anfechtung gemäß § 2078 Abs. 2 BGB in Betracht (RGRK/Dickescheid, § 1755 BGB Rn. 3 a. E.; Soergel/Liermann, § 1755 BGB Rn. 7). Hierfür ist maßgebend, ob der Erblasser mehr die Person oder mehr den Verwandten bedenken wollte (Erman/Holzhauer, § 1755 BGB Rn. 5). Nach den Auslegungsregeln der §§ 2067 ff. BGB wird der Angenommene im Zweifel nicht berücksichtigt. Umgekehrt werden Testamente der Annehmenden dahingehend ausgelegt, dass in ihnen erwähnte „Kinder" im Zweifel auch adoptierte Kinder sind. So wird dem Gedanken Rechnung getragen, dass die gesetzliche Regelung das Rechtsdenken der Bürger widerspiegelt oder zumindest prägt (MünchKomm/Maurer, § 1755 BGB Rn. 7).

Aus den genannten Konstellationen ergibt sich die allgemeine Regel, dass jedenfalls diejenigen Ansprüche, die erst in der Zukunft fällig werden, dem Angenommenen vorenthalten bleiben sollen. Dies rechtfertigt sich im Hinblick darauf, dass der Angenommene durch die Adoption eine neue Familie erhält, in der ihm die entsprechenden Ansprüche – etwa Erbrecht, Unterhalt – zustehen (MünchKomm/Maurer, § 1755 BGB Rn. 1; RGRK/Dickescheid, § 1755 BGB Rn. 4).

Dieser Wertung steht nicht entgegen, dass einige Rechtsvorschriften trotz Adoption unverändert anwendbar bleiben. Dies sind insbesondere Zeugnisverweigerungsrechte und Eheverbote sowie der Tatbestand des § 173 StGB. Diese Vorschriften stellen nach ihrem spezifischen Normzweck die Blutsverwandtschaft in den Vordergrund. Die Zeugnisverweigerungsrechte stellen auf das in der Vergangenheit bestehende Näheverhältnis ab; dies kommt etwa darin zum Ausdruck, dass auch geschiedene Eheleute das Zeugnis verweigern dürfen (z. B. § 383 Abs. 1 Nr. 2 ZPO). Soweit das Näheverhältnis im Einzelfall nicht mehr besteht, bleibt es dem Zeugen unbenommen, trotz des Weigerungsrechts auszusagen. Für die hier zu beurteilende ausschließlich zivilrechtliche Frage, ob die Verfügungsbeschränkung des Klägers fortbesteht, ist nicht jener spezifische Normzweck, sondern die allgemeine zivilrechtliche Wertung ausschlaggebend, die in § 1755 BGB zum Ausdruck kommt.

In Anbetracht der umfassenden Wirkungen der (Voll-) Adoption gehört die Angenommene nicht mehr zur Familie des Klägers, das Grundstück kann nicht mehr an die nächste Generation weitergegeben werden.

Auch der weitere Vertragszweck, der Tochter die Zukunft zu sichern, zwingt nicht zu einer anderen Auslegung. Durch die Adoption erhält die Angenommene eine neue Familie, die ihr Unterhalt schuldet und eine neue Zukunft bieten kann. Hier kommt hinzu, dass die Tochter der Parteien sich bewusst für eine Volladoption entschieden hat, als sie den nach § 1772 Abs. 1 S. 1 BGB erforderlichen Antrag stellte. Damit hat sie sich in freier Entscheidung ihrer Bindungen zum Kläger in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht begeben.

Auch das im Vertragstext genannte Beispiel führt nicht zu einem anderen Ergebnis. Der Hinderungsgrund muss nicht dem Versterben von A. gleichstehen, vielmehr sollte lediglich einer von vielen denkbaren Fällen zur Veranschaulichung dargestellt werden. Es ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte des Vertrags, dass dem Beispiel keine maßgebliche Bedeutung zukommen sollte. Der Vertrag diente der Umsetzung des gerichtlichen Scheidungsfolgenvergleichs vom 16. 6. 1992. In diesem Vergleich waren der Zweck der Vereinbarung bereits bestimmt und die Folgen eines Verstoßes geregelt. Auch die auszulegende Vereinbarung über eine zukünftige Zweckverfehlung war bereits enthalten. Diese Regelung enthielt aber noch nicht das in den notariellen Vertrag aufgenommene Beispiel. Da der Vertrag lediglich der Umsetzung des Vergleichs dienen sollte, kann der Aufnahme eines Beispiels keine einschränkende Wirkung beigemessen werden.

9. Handels-/Gesellschaftsrecht – Sitzverlegung einer GmbH ins Ausland
(*BayObLG,* Beschluss vom 11. 2. 2004 – 3Z BR 175/03 – mit Anmerkung Wälzholz, Füssen)

EGV Art. 43; 48
GmbHG § 4 a

Die Verlegung des satzungsmäßigen Sitzes einer in Deutschland gegründeten GmbH ins Ausland (hier: Portugal) kann nicht in das deutsche Handelsregister eingetragen werden (vgl. BayObLGZ 1992, 113 = NJW-RR 1993, 43 = DNotZ 1993, 187 = MittRhNotK 1992, 195). Die neuere Rechtsprechung des EuGH über den Verstoß von nationalen Zuzugsbeschränkungen für EU-ausländische Kapitalgesellschaften gegen die Niederlassungsfreiheit (vgl. zuletzt „Überseering" und „Inspire Art") hat hieran nichts geändert.

Zum Sachverhalt:

I. Die im Jahr 1992 im Inland gegründete GmbH hatte 1999 ihren satzungsmäßigen Sitz innerhalb Bayerns verlegt.

Mit notariell beurkundetem Beschluss vom 17. 2. 2003 beschloss die Gesellschafterversammlung die Verlegung des Sitzes nach Portugal. Der beurkundende Notar meldete den Beschluss zur Eintragung ins Handelsregister an.

Am 8. 4. 2003 wies das Registergericht die Anmeldung mit der Begründung zurück, die Sitzverlegung ins Ausland sei auch unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung des EuGH nicht eintragungsfähig. Bei tatsächlicher Verlegung des Sitzes nach Portugal sei die Auflösung der Gesellschaft anzumelden.

Der hiergegen eingelegten Beschwerde der Betroffenen half das Registergericht nicht ab. Das LG hat die Beschwerde zurückgewiesen.

Die Gesellschaft wurde inzwischen in das nationale portugiesische Handelsregister eingetragen.

Aus den Gründen:

II. Die weitere Beschwerde ist zulässig. Sie ist jedoch nicht begründet.

1. Das LG hat in seiner Entscheidung ausgeführt:

Gegenstand des Beschwerdeverfahrens sei nur die Frage, ob das deutsche Registergericht die Sitzverlegung nach Portugal einzutragen habe. Ob die Gesellschaft bei einer Sitzverlegung ins Ausland aufgelöst werde, bedürfe hier keiner Erörterung.

Eine dem deutschen Gesellschaftsrecht unterliegende GmbH müsse gemäß §§ 4 a, 7 GmbHG ihren im Gesellschaftsvertrag bestimmten Sitz im Inland haben. Andernfalls könne sie nicht zum Handelsregister angemeldet werden. Sonderregelungen bestünden nur für Zweigniederlassungen von Gesellschaften mit ausländischem Hauptsitz (vgl. §§ 13 d ff. HGB).

Folgerichtig könne eine in Deutschland gegründete Gesellschaft ihren satzungsmäßigen Sitz nicht ins Ausland verlegen, ohne ihre Rechtspersönlichkeit zu verlieren. Nach diesem Sitz bestimme sich – wie der EuGH in der „Überseering"-Entscheidung (BB 2002, 2402) betont habe – ihre Zugehörigkeit zur Rechtsordnung eines europäischen Mitgliedsstaates.

Hierin liege auch kein Verstoß gegen Art. 43 und 48 EGV. Diese Bestimmungen regelten nur die tatsächliche Niederlassungsfreiheit, welche aber der Gesellschaft gewährleistet sei, weil sie – unter Beibehaltung ihres satzungsmäßigen Sitzes in Deutschland – z. B. ihre tatsächliche Geschäftstätigkeit nach Portugal verlegen könne.

Für die Frage, ob die Sitzverlegung ins Ausland in das deutsche Handelsregister einzutragen sei, komme es nicht auf das portugiesische IPR an, da insoweit noch kein Auslandsbezug vorhanden sei.

2. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO) stand.

Der Beschluss der Gesellschaft, ihren Sitz nach Portugal zu verlegen, bezieht sich ersichtlich auf die Verlegung sowohl des Verwaltungssitzes als auch des satzungsmäßigen Sitzes. Eine Verlegung des Satzungssitzes einer nach deutschem Recht gegründeten GmbH ins Ausland kann nach geltendem Recht nicht in das deutsche Handelsregister eingetragen werden. Der Veränderung des Verwaltungssitzes kommt jedenfalls dann keine eigenständige rechtliche Bedeutung zu, wenn sie – wie häufig und auch hier – mit der Verlegung des Satzungssitzes zusammenfällt (zur Notwendigkeit der, gelegentlich nicht streng beachteten, Unterscheidung von Beschlüssen über die Verlegung des Satzungssitzes und des effektiven Sitzes vgl. Staudinger/Großfeld, IntGesR, Neubearb. 1998, Rn. 651; Triebel/von Hase, BB 2003, 2409, 2411 ff.)

a) Nach einhelliger Rechtsprechung und ganz überwiegender Auffassung im Schrifttum bedarf eine dem deutschem Recht unterliegende Kapitalgesellschaft zwingend eines in ihrer Satzung bestimmten inländischen Gesellschaftssitzes; das gilt auch für den Sitz einer GmbH im Sinne von § 4 a GmbHG (vgl. RGZ 7, 68, 69, und 107, 94, 97; BGHZ 19, 102, 105 f.; BGHZ 25, 134, 144; BGHZ 29, 320, 328; KGJ 39 A 117, 118; Rowedder/Schmidt-Leithoff, 4. Aufl., § 4 a GmbHG Rn. 4; Staudinger/Großfeld, IntGesR Rn. 94 und 243; Baumbach/Hueck/Fastrich, 17. Aufl., § 4 a GmbHG Rn. 3; Triebel/von

Hase, BB 2003, 2409, 2414; a. A. Lutter/Hommelhoff, 15. Aufl., § 4 a GmbHG Rn. 13 m. w. N.).

Diese Anforderung ist nicht zu verwechseln mit der sog. Sitztheorie zur kollisionsrechtlichen Bestimmung des Gesellschaftsstatuts nach dem tatsächlichen Verwaltungssitz (vgl. zur Sitztheorie in Abgrenzung zur Gründungstheorie und weiteren vermittelnden Auffassungen eingehend Staudinger/Großfeld, Rn. 26 ff.; Jasper, MünchHandbGesR, Bd. 3, § 78 Rn. 6 ff.). Das Gebot eines inländischen Satzungssitzes ist vielmehr eine Anforderung des deutschen Sachrechts (insoweit zutreffend Lutter/Hommelhoff, a.a.O.). Es beruht auf der Erwägung, dass ohne Satzungssitz im Inland die Gesellschaft praktisch „in der Luft" hinge (Triebel/von Hase, a.a.O.).

Ein ausländischer Satzungssitz würde die Durchsetzung des deutschen Gesellschaftsrechts durch deutsche Gerichte und Behörden erschweren oder gar verhindern. So bestimmt z. B. nach deutschem Gesellschaftsrecht der Sitz die Zuständigkeit des Registergerichts (vgl. § 7 GmbHG) und somit auch des „Gerichts der Hauptniederlassung" (§ 13 Abs. 1 HGB). Deutschen Behörden und Gerichten wäre durch die Zulässigkeit eines ausländischen Satzungssitzes in weitem Umfang die internationale Zuständigkeit für deutschem Recht unterliegende Gesellschaften entzogen (Staudinger/Großfeld, Rn. 652). Das deutsche Recht einschließlich des Prozessrechts ist aber gerade die Existenzgrundlage für die Gesellschaft. Mit einer Verlegung des Satzungssitzes in das Ausland würde sich die Gesellschaft von diesem Teil ihrer Existenzgrundlage lösen, die Vertrauensbasis auch für das Ausland ist (Staudinger/Großfeld, a.a.O. m. w. N.).

Zwar wird dieser bisher in Deutschland ganz herrschenden Anschauung möglicherweise künftig durch europäische Rechtssetzung der Boden entzogen. Der Vorentwurf für eine 14. EG-Richtlinie über die Verlegung des Gesellschaftssitzes in der EU sieht eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten vor, eine identitätswahrende Verlegung des Satzungssitzes zu ermöglichen, allerdings unter Wechsel des auf die Gesellschaft anwendbaren Rechts (vgl. Art. 3 des Vorentwurfs, ZGR 1999, 157; hierzu Triebel/von Hase, a.a.O., S. 2415; zum aktuellen Stand der Diskussion auch Bayer, BB 2004, 1, 9 f.; Eidenmüller, JZ 2004, 24, 31). Jedoch zwingt diese noch ungewisse Perspektive künftiger Rechtsentwicklung nicht dazu, bereits gegenwärtig von der nahezu einhelligen Auffassung über das Erfordernis eines inländischen Satzungssitzes einer GmbH abzuweichen.

b) Es kann dahinstehen, ob der Beschluss über die Verlegung des Satzungssitzes mit der herrschenden Meinung als Auflösungsbeschluss zu werten (vgl. OLG Düsseldorf DB 2001, 901 m. Anm. Emde; OLG Hamm NJW-RR 1998, 615 = MittRhNotK 1997, 365; BayObLGZ 1992, 113, 116 = NJW-RR 1993, 43 = DNotZ 1993, 187 = MittRhNotK 1992, 195; Staudinger/Großfeld, Rn. 655 f.) oder lediglich entsprechend § 241 Nr. 3 AktG als nichtig anzusehen ist (so Michalski/Leible, Bd. 1, Syst. Darst. 2 Rn. 133; Triebel/von Hase, S. 2415 m. w. N. in Fn. 74). In beiden Fällen ist jedenfalls die von der Gesellschaft begehrte Eintragung der Sitzverlegung in das Handelsregister in Übereinstimmung mit dem Landgericht zu versagen.

c) Wie das portugiesische Recht die Sitzverlegung beurteilt, kann hier ebenfalls dahinstehen. Wenn bereits das Recht des Gründungstaates, hier also das deutsche Gesellschaftsrecht als Sachrecht, eine identitätswahrende Sitzverlegung nicht zulässt, kommt es weder auf das Kollisionsrecht noch gar auf das Sachrecht desjenigen Staates an, in welchen die Gesellschaft ihren Sitz verlegen will (Jasper, MünchHandbGesR, Bd. 3, § 78 Rn. 120; Michalski/Leible, a.a.O. Rn. 134). Auch wenn Portugal insoweit der Sitztheorie folgen sollte (vgl. Leible/Hoffmann, DB 2003, 2203, 2205), ist dies ohne Bedeutung. Ebenso ändert der Umstand, dass es sich um ein EU-Mitgliedsland handelt, unmittelbar nichts an dem rechtlichen Ergebnis (vgl. Großfeld, Rn. 657; Triebel/von Hase, S. 2412).

Der Senat hat nicht darüber zu befinden, ob die zwischenzeitliche Eintragung in das portugiesische Handelsregister als Neugründung nach portugiesischem Recht zu werten ist. Jedenfalls handelt es sich hierbei nicht um eine identitätswahrende Sitzverlegung der deutschen GmbH.

d) Eine hiervon abweichende Beurteilung ist nicht etwa im Hinblick auf die neuere Rechtsprechung des EuGH veranlasst.

Zwar hat der EuGH mit den Urteilen in den Rechtssachen „Centros" vom 9. 3. 1999 (NJW 1999, 2027), „Überseering" vom 5. 11. 2002 (BB 2002, 2402) und „Inspire Art" vom 30. 9. 2003 (BB 2003, 2195 = DNotZ 2004, 55) im jeweiligen Fall Zuzugsbeschränkungen gegenüber einer nach ausländischem Recht gegründeten Gesellschaft, die ihre Tätigkeit in einem anderen EU-Staat ausüben wollte, für unvereinbar mit der in Art. 43 und 48 EGV gewährleisteten Niederlassungsfreiheit erklärt. Daraus sind aber keine unmittelbaren Folgerungen für die hier zu entscheidende Fallgestaltung einer Wegzugsbeschränkung abzuleiten. Vielmehr hat der EuGH sich bereits im „Überseering"-Urteil (dort Rn. 62) und zuletzt im „Inspire Art"-Urteil (vgl. Nr. C II) ausdrücklich auf seine frühere „Daily-Mail"-Entscheidung vom 27. 9. 1988 (NJW 1989, 2186) bezogen und diese damit zumindest indirekt bestätigt (Drygala, EWiR 2003, 1029, 1030; Zimmer, NJW 2003, 3585, 3592; Eidenmüller, JZ 2004, 24, 29; Triebel/von Hase, S. 2410). In jenem Urteil hatte der EuGH in einer Beschränkung der Sitzverlegung durch die Rechtsordnung, in welcher die Gesellschaft gegründet wurde, keinen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit gesehen. Diese werde im Allgemeinen durch die Errichtung von Agenturen, Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften verwirklicht, weiterhin durch die Möglichkeit der Teilnahme an einer Neugründung in einem anderen Mitgliedstaat. Im Übrigen sei jedoch für die Existenz einer Gesellschaft nur die Rechtsordnung maßgebend, nach der diese gegründet wurde. Inwieweit nachträgliche Veränderungen zulässig seien, werde in den Mitgliedsstaaten unterschiedlich geregelt. Diesen Unterschieden werde in den Art. 58 und 220 EWGV Rechnung getragen. Die Verlegung des satzungsmäßigen oder auch des tatsächlichen Sitzes werde nicht durch die Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit gelöst, sondern bedürfe einer Lösung im Wege der Rechtssetzung oder des Vertragsschlusses (vgl. hierzu Bayer, BB 2003, 2357, 2359).

Zwar wird im Schrifttum verschiedentlich bezweifelt, ob der EuGH bei einer Entscheidung über die Rechtsfolgen der Verlegung allein des tatsächlichen Verwaltungssitzes einer Gesellschaft ins Ausland, die nach der in Deutschland insoweit noch vorherrschenden Sitztheorie je nach dem Kollisionsrecht des aufnehmenden Staates zur Rückverweisung und damit zur Auflösung der Gesellschaft gemäß dem deutschen Sachrecht führen kann (vgl. OLG Hamm NJW 2001, 2183; eingehend Triebel/von Hase, S. 2411 f.), an den Rechtsgrundsätzen der „Daily-Mail"-Entscheidung unverändert festhalten würde (insoweit kritisch zur „Einmauerung durch den Gründungsstaat im Fall der Verlegung des Verwaltungssitzes bis zum Entzug der Rechtsfähigkeit" Bayer, BB 2004, 2357, 2364; vgl. auch Wertenbruch, NZG 2003, 618, 620, wonach insoweit ein „krasser Widerspruch" zu den Kernaussagen der „Überseering"-Entscheidung bestehe und deren Aussagen zur Abgrenzung gegenüber dem „Daily-Mail"-Urteil den Entzug der Rechtsfähigkeit im Falle des Wegzugs nicht tragen würden; zweifelnd ebenfalls Triebel/von Hase, S. 2411; Eidenmüller, JZ 2004, 24, 29).

Ob diese Zweifel berechtigt sind und damit auch der verbreitete Wunsch nach erneuter Befassung des EuGH mit der Wegzugsproblematik (vgl. z. B. Bayer, a.a.O.; Maul/Schmidt, BB 2003, 2297, 2230), kann jedoch dahinstehen. Im vorliegenden Fall geht es nicht um die Rechtsfolgen einer bloßen Verlegung des effektiven Sitzes, sondern auch um die Verlegung des Satzungssitzes. Das Niederlassungsrecht aus Art. 43, 48 EGV gebietet aber nicht, dass EU-Staaten ihren Gesellschaften die Verlegung des Satzungssitzes in das EU-Ausland bei Beibehaltung der Rechtsform ermöglichen (Staudinger/Großfeld, Rn. 680; Triebel/von Hase, S. 2413 f., unter kritischer Würdigung der aus formellen Gründen unzulässigen Vorlage des AG Heidelberg an den EuGH, NZG 2000, 927). Selbst wenn man für eine derartige Beschränkung durch den Gründungsstaat ein legitimes Interesse fordert (vgl. z. B. Eidenmüller, ZIP 2002, 2233, 2243), ist dieses hier aus den unter 2 a) a. E. genannten Gründen gegeben. Deshalb sieht der Senat auch keinen Anlass, eine Vorabentscheidung des EuGH einzuholen (vgl. im Übrigen zu den Voraussetzungen einer Vorlage bei bereits entschiedenen Rechtsfragen BayObLGZ 1992, 113, 116 ff. = NJW-RR 1993, 43 = DNotZ 1993, 187 = MittRhNotK 1992, 195).

Anmerkung:

Das BayObLG bestätigt mit seiner neuen Entscheidung seine bereits bisher vertretene Ansicht (BayObLG NJW-RR 1993, 43 = GmbHR 1992, 529), die auch andere Gerichte in der Vergangenheit vertreten haben (vgl. OLG Düsseldorf NZG 2001, 506 mit abl. Anm. Kieninger, S. 610; OLG Hamm NZG 2001, 562, mit Anm. G.C. Schwarz, S. 613). Der Beschluss des BayObLG gibt damit die bisher h. M. in der deutschen Rechtsprechung wieder. Dennoch verdient die Entscheidung Kritik (kritisch auch Wachter, EWIR 2004, 375; zustimmend hingegen Weller, DStR 2004, 1193).

Der Beschluss des BayObLG unterscheidet zunächst überzeugend scharf zwischen der Verlegung des Satzungssitzes und der Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes einer Gesellschaft und erkennt auch, dass die Entscheidung über die Auflösung der Gesellschaft bei Wegzug keine Frage des Kollisionsrechts, sondern des anwendbaren Sachrechts ist. Während die Verlegung des Verwaltungssitzes unter *Beibehaltung* des Satzungssitzes im Wege des Zuzugs Gegenstand der Verfahren „Inspire Art" und „Überseering" war (a.a.O.), liegen EuGH-Entscheidungen zu der Frage des Wegzugs einer Kapitalgesellschaft unter *gleichzeitiger* Verlegung des Satzungs- und des Verwaltungssitzes nicht vor. Das Urteil „Daily Mail" hat lediglich den Fall der isolierten Verlegung des Verwaltungssitzes behandelt. Man konnte daher angesichts der aktuellen Bewegung in diesen Fragen gründliche Ausführungen erwarten. Der Leser wird jedoch enttäuscht.

Das wichtigste Argument des BayObLG erweist sich bei näherem Hinsehen als fehlerhaft. Das Gericht begründet seine Entscheidung vor allem mit der Erwägung, durch die Verlegung beider Sitze entstehe eine deutsche Gesellschaft, die dem deutschen Recht unterliege, ohne Bezug zum deutschen Recht – sie hinge „in der Luft". Nach h. M. führt jedoch die Verlegung von Verwaltungs- und Satzungssitz zum Statutenwechsel (Michalski/Leible, Syst. Darst. 2 GmbHG, Rn. 134 m. w. N.; Rowedder/Schmidt-Leithoff, Einl. GmbHG Rn. 336), so dass die Gesellschaft keine deutsche mehr ist, sondern dem Recht des Aufnahmestaates unterliegt. Es bedarf daher keiner Durchsetzung deutschen Rechts im Ausland mehr, wie das BayObLG annimmt! Eine ganz andere Frage ist, ob der ausländische Staat die deutsche Gesellschaftsgründung bei sich anerkennt, was das BayObLG jedoch nicht zu entscheiden hatte. Der Entscheidung fehlt damit bereits aus diesem Grund die argumentative Grundlage. Im Übrigen bleibt das BayObLG eine Erklärung schuldig, welcher Grund aus Sicht des Wegzugsstaates überhaupt für eine Auflösung der GmbH bei Verlegung von Satzungs- und Verwaltungssitz spricht (vgl. überzeugend Lutter/Hommelhoff, 15. Aufl. 2000, § 4 a GmbHG Rn. 13; abweichend ebendort (Bearb.: Lutter/Bayer), 16. Aufl., § 4 a GmbHG Rn. 22). Dass im vorliegenden Fall Gründe des Minderheitenschutzes von überstimmten Gesellschaftern gegen die Anerkennung der Sitzverlegung gesprochen hätten, ist aus dem Sachverhalt nicht ersichtlich (vgl. auch Weller, DStR 2004, 1193, 1195). In jedem Fall lässt sich ein ausreichender Minderheitenschutz auch auf andere Weise als Auflösung oder Verbot erreichen. Die Auflösung ist im Regelfall sogar der gravierendere Eingriff gegenüber der Sitzverlegung. Nachdem mit der Verlegung von Satzungs- und Geschäftsleitungssitz die Anwendbarkeit deutschen Rechts auf die Gesellschaft endet, ist m. E. allein ausschlaggebend, ob der Zuzugsstaat die identitätswahrende Sitzverlegung annimmt, also auf seine staatlichen Gründungserfordernisse einer Gesellschaft portugiesischen Rechts verzichtet. Damit hat das BayObLG sich jedoch in keiner Weise auseinandergesetzt.

Der Beschluss des BayObLG vermag auch nicht zu überzeugen, soweit die Vorlage an den EuGH nach Art. 234 EG abgelehnt wurde. Das BayObLG erkennt genau, dass der Fall „Daily Mail" einen anderen Sachverhalt betroffen hat. Da die Frage noch nicht entschieden ist, muss das BayObLG sich seiner Sache sehr gewiss gewesen sein – zu Unrecht. Das BayObLG dürfte bereits durch das EuGH-Urteil vom 11. 3. 2004 (DStR 2004, 551, „Hughes de Lasteyrie du Saillant") zum Schutz vor Steuerbelastungen durch die Niederlassungsfreiheit

beim Wegzug natürlicher Personen ins Ausland überrascht worden sein. Hier hat der EuGH – gewiss zum Entsetzen zahlreicher Finanzminister der Mitgliedstaaten – deutlich gemacht, wie ernst er es auch mit dem Schutz der Niederlassungsfreiheit im Steuerrecht und speziell bei Behinderung des Wegzugs meint. Teilweise wurde bereits im Vorfeld dieser Entscheidung die Ansicht vertreten, das Ergebnis dieses Urteils sei auf die Wegzugsfälle von Gesellschaften übertragbar (Kleinert/Probst, DB 2003, 2217, 2218; andeutungsweise auch Zimmer, NJW 2003, 3585, 3592). Zwar ist der Wegzug natürlicher Personen grundsätzlich nicht mit dem Wegzug von Kapitalgesellschaften gleichzusetzen; dennoch ist die immer konsequentere Bekämpfung von Wegzugsbeschränkungen ein ausreichender Grund zur Annahme, dass der EuGH den Fall möglicherweise anders entschieden hätte als das BayObLG. Es lässt sich auch nicht argumentieren (so aber G.C. Schwarz, NZG 2001, 613 ff.), bei Zulässigkeit der Behinderung der bloßen Verlegung des Verwaltungssitzes, müsse dies erst Recht für die Verlegung von Satzungs- *und* Verwaltungssitz gelten. Beides ist in den rechtlichen Wirkungen ein *aliud*; die Rechtsfolgen unterscheiden sich zum Teil wesentlich, insbesondere hinsichtlich des auf die Gesellschaft anwendbaren Rechts. Der Leitsatz von „Daily Mail" (a.a.O.) stellt ausdrücklich auf die Verlegung der Geschäftsleitung, also des Verwaltungssitzes unter *Aufrechterhaltung* des satzungsmäßigen Sitzes ab. Dies bekräftigt der EuGH in der Rechtssache „Überseering" (a.a.O.) in Tz. 62 und in der Sache „Inspire Art" (a.a.O.) in Tz. 103 erneut. Der EuGH hat – soweit ersichtlich – über die Zulässigkeit von Beschränkungen für die Verlegung von Verwaltungs- und Satzungssitz noch nie entschieden. Der EuGH ist bereits in anderen Verfahren einer erweiternden Auslegung seines Urteils „Daily Mail" entgegengetreten (so ausdrücklich in der Sache Überseering, a.a.O. Tz. 72, wo allerdings in Tz. 70 unpräzise beiläufig die Verlegung von Verwaltungs- und Satzungssitz gleichgestellt werden, ohne dies allerdings zu entscheiden). Das BayObLG hätte nach alledem die Vorabentscheidung des EuGH nach Art. 234 Abs. 3 EG einholen müssen, zumal zwischenzeitlich zahlreiche Stimmen laut geworden sind, die davon ausgehen, dass „Daily Mail" möglicherweise überholt sei (str., vgl. nur Maul/Schmidt, BB 2003, 2297, 2300; Bayer, BB 2003, 2357, 2363; vgl. auch Triebel/von Hase, BB 2003, 2409, 2410; Lutter/Hommelhoff, 15. Aufl. 2000, § 4a GmbHG Rn. 13, Zimmer, NJW 2003, 3585, 3592; offen Geyrhalter/Gänßler, DStR 2003, 2167, 2170; i. E. wie hier auch Kieninger, NZG 2001, 611). Damit konnte das BayObLG nicht mehr davon ausgehen, der von ihm zu entscheidende Fall, sei bereits vom EuGH abschließend geklärt (vgl. dazu EuGH NJW 1983, 1257, „CILFIT"). Der Verstoß gegen die Vorlagepflicht begründet einen Verstoß gegen das Gebot des gesetzlichen Richters, Art. 101 GG, und eröffnet damit den Weg zur Verfassungsbeschwerde (vgl. Cordewener, DStR 2004, 6, 11).

Es ist zu hoffen, dass das Rechtssetzungsverfahren für die 14. gesellschaftsrechtliche Richtlinie zur Sitzverlegung (vgl. den Ursprungsentwurf ZGR 1999, 157), das nun schon seit rund sieben Jahren schwebt, bald zum Abschluss kommt und Rechtssicherheit bringt.

Notar Dr. Eckhard Wälzholz, Füssen

10. Handels-/Gesellschaftsrecht – Handelsregistereintragung der abstrakten Vertretungsregelung bei einer GmbH & Co. KG

(*OLG Köln,* Beschluss vom 24. 5. 2004 – 2 Wx 16/04 – mitgeteilt von Richter am OLG Werner Sternal, Brauweiler)

FGG §§ 19; 27
HGB §§ 106 Abs. 2 Nr. 4; 125 Abs. 1; 161 Abs. 1; 162 Abs. 1

Bei einer GmbH & Co. KG reicht zur Eintragung der abstrakten Vertretungsbefugnis in das Register der Hinweis auf die Einzelvertretungsmacht jedes persönlich haftenden Gesellschafters aus. Eine Verweisung auf die grundsätzlich bestehende gesetzliche Möglichkeit einer abweichenden gesellschaftsvertraglichen Regelung ist nicht erforderlich.

Zum Sachverhalt:

I. Mit notarieller Urkunde wurde von den Bet. u. a. Folgendes zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet:

„Die Gesellschaft hat einen oder mehrere persönlich haftende Gesellschafter. Zur Vertretung ist jeder persönlich haftende Gesellschafter ermächtigt, wenn er nicht durch den Gesellschaftsvertrag von der Vertretung ausgeschlossen ist."

Auf diesen Antrag hin hat das AG folgende Eintragung in Spalte 3 des Handelsregisters vorgenommen:

„Jeder persönlich haftende Gesellschafter vertritt einzeln."

Der antragstellende Notar hat gegenüber der vorgenommenen Eintragung Bedenken geäußert. Durch Verfügung hat die Rechtspflegerin die beantragte „Anmeldung zur Vertretungsregelung zurückgewiesen, soweit sie über die vorgenommene Eintragung hinausgehe". Die hiergegen gerichtete Beschwerde hat das LG nach Nichtabhilfe durch die Rechtspflegerin als unbegründet zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

II. Die in formeller Hinsicht bedenkenfreie weitere Beschwerde (§ 27 FGG) führt zur Abänderung des angefochtenen Beschlusses. Die Entscheidung des LG beruht auf einer Verletzung des Gesetzes (§§ 27 FGG, 545 ZPO).

1. Die vom Senat von Amts wegen zu prüfende Zulässigkeit der Erstbeschwerde (vgl. BayObLG NJW-RR 1986, 1161; BayObLGZ 1993, 73, 74; Keidel/Kuntze/Winkler/Meyer-Holz, 15. Aufl. 2003, § 27 FGG Rn. 2) ergibt, dass diese nicht statthaft war. Gegen eine Eintragung im Handelsregister ist nach jahrzehntelang gefestigter Rechtsprechung eine Beschwerde nicht statthaft (zuletzt Senat FGPrax 2004, 88 = RNotZ 2004, 169 = ZIP 2004, 505, mit umfangreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung und Literatur). Maßgebend hierfür sind Publizitätsgründe. Die Wirkungen der Eintragung sind endgültig eingetreten. Sie können durch Aufhebung oder Abänderung im Rechtszug nicht mehr rückgängig gemacht werden.

Hier bekämpfen die Bet. zwar nicht unmittelbar die Eintragung der Vertretungsregelung im Handelsregister. Sie wollen vielmehr eine Ergänzung dieser Eintragung dahin erreichen, dass die Vertretungsregelung entsprechend der Formulierung der Anmeldung, die dem Gesetzes-

wortlaut des § 125 Abs. 1 HGB entspricht, eingetragen wird. Auch insoweit ist ein Rechtsmittel gegen die Ablehnung des Registergerichts, eine Eintragung zu ändern oder zu ergänzen, nicht statthaft (vgl. Senat, a.a.O., m. w. N.). Die Bf. wenden sich nur formell gegen den die Ergänzung ablehnenden Beschluss der Rechtspflegerin. Sachlich greifen sie die nach ihrer Auffassung von Anfang an unrichtige, weil unvollständige Eintragung an. Sie halten die vom Registergericht vorgenommene Eintragung für unvollständig und damit unzutreffend.

2. Soweit in einem unzulässigen Rechtsmittel gegen eine im Handelsregister erfolgte Eintragung eine Anregung auf Einleitung eines Amtslöschungsverfahrens mit dem Ziel der Löschung der bisherigen Eintragung und der Neueintragung entsprechend der Anmeldung gesehen werden kann (vgl. Senat, a.a.O., m. w. N.; vgl. auch MünchKomm/Langhein, 2004, § 106 HGB Rn. 44), über die indes der Senat als Rechtsbeschwerdegericht nicht zu befinden hat, wird auf Folgendes hingewiesen:

Die vom Registergericht vorgenommene Eintragung ist nicht schon deswegen rechtlich zu beanstanden, weil sie nicht dem Wortlaut der notariellen Anmeldung entspricht. Das Registergericht ist weder an den in Form eines Antrages oder einer Anregung herangetragenen Vorschlag der Fassung eines Registereintrages in der Anmeldung der Bet. noch an die in der Literatur vorgeschlagenen Formulierungen gebunden. Es kann nach pflichtgemäßem Ermessen die Art und Weise der Eintragung bestimmen. Das Registergericht muss hierbei die ihm mitgeteilten Tatsachen in eine inhaltlich mit diesen korrespondierende, rechtlich einwandfreie Registereintragung umsetzen (Senat, a.a.O.). Insoweit ist die von dem Registergericht vorgenommene Eintragung der Vertretungsregelung der KG keinen Bedenken ausgesetzt.

Die Eintragung ist aus sich heraus verständlich und gibt die Vertretungsverhältnisse in rechtlich korrekter Weise wieder. Seit der Neufassung der §§ 106, 162 HGB durch das Gesetz über elektronische Register und Justizkosten für Telekommunikation (ERJuKoG) vom 10. 12. 2001 (BGBl. I, 3422) muss sich die organschaftliche Vertretungsmacht der persönlich haftenden Gesellschafter aus dem Handelsregister ergeben (Baumbach/Hopt, 31. Aufl. 2003, § 106 HGB Rn. 12; MünchKomm/Langhein, a.a.O., § 106 HGB Rn. 32). Die von dem Registergericht hier gewählte Formulierung „Jeder persönlich haftende Gesellschafter vertritt einzeln“ wird diesen Anforderungen gerecht. Sie entspricht der gesetzlich vorgesehenen, abstrakten Vertretungsregelung der „GmbH & Co. KG“. Bei ihr besitzt jeder persönlich haftende Gesellschafter grundsätzlich Einzelvertretungsmacht (§ 161 Abs. 2 i. V. mit § 125 HGB), es sei denn, der Gesellschaftervertrag sieht konkret eine abweichende Bestimmung vor. Entgegen der von Schmidt in der Zeitschrift für notarielle Praxis (ZNotP 2002, 306, 309) vertretenen Auffassung bedarf es keines Hinweises auf die nach dem Gesetz grundsätzlich bestehende Möglichkeit des Ausschlusses der Einzelvertretungsmacht durch abweichende Vertragsgestaltung (so auch der Formulierungsvorschlag bei Keidel/Krafka/Willer, a.a.O., Rn. 813 f.; unklar Melchior/Schulte, HandelsregisterVO, 2003, § 13 Rn. 3). Die Mitteilung dieser Tatsache ist überflüssig. Der den Inhalt des Handelsregisters wahrnehmende Rechtsverkehr bedarf eines entsprechenden Hinweises nicht. Sieht der Gesellschaftsvertrag eine vom Grundsatz der Einzelvertretung abweichende Vertretungsgestaltung vor, so muss diese als konkrete Vertretungsregelung zum Register zwingend angemeldet und entsprechend eingetragen werden (Keidel/Krafka/Willer, a.a.O., Rn. 808; Schmidt, ZNotP 2002, 306, 309).

11. Handels-/Gesellschaftsrecht – Eintragung des Zeichens „@“ im Handelsregister

(*LG Berlin,* Beschluss vom 13. 1. 2004 – 102 T 122/03)

HGB § 17 Abs. 1

Das @-Zeichen kann als Firmenbestandteil in das Handelsregister eingetragen werden.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

I. Am 23. 5. 2003 beschloss die Gesellschafterversammlung, § 1 der Satzung der Gesellschaft dahingehend zu ändern, dass die Firma der Gesellschaft künftig „T@S GmbH“ lauten soll.

Das AG hat die Anmeldung zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

II. Die gemäß den §§ 19, 20 FGG zulässige Beschwerde ist begründet.

Das AG ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Firma eines Kaufmannes nach § 17 Abs. 1 HGB Namensfunktion hat und dass Letztere voraussetzt, dass dieses Kennzeichen wörtlich aussprechbar ist; eine Voraussetzung, die ein Bildzeichen nicht erfüllt (BGHZ 14, 155, 160 – Farina). Unter Berufung hierauf ist die Eintragung einer Firma mit @-Zeichen in das Handelsregister abgelehnt worden (BayObLG ZIP 2001, 960, dabei LG München BB 2000, 854 bestätigend).

Hierbei kann es aber nicht sein Bewenden haben. Das @-Zeichen wird bei Domain-Bezeichnungen verwendet. Die Funktion von Domain-Bezeichnungen erschöpft sich häufig nicht in der technischen Adressfunktion (vgl. dazu Bettinger, GRUR Int. 1997, 403 ff.), sondern hat bei entsprechender Verkehrsgeltung und Kennzeichnungskraft auch Namensfunktion (vgl. Fezer, WRP 2000, 669). Selbst wenn man davon ausgeht, dass gerade das @-Zeichen als in Internet-Adressen stets wiederkehrendes Zeichen keine Kennzeichnungskraft hat und deshalb auch nicht dem Namensschutz unterfallen kann, führt die zunehmende Verbreitung des Zugriffs auf das Internet als Informations- und Kommunikationsmedium dazu, dass das @-Zeichen inzwischen bei einem beachtlichen und weiter zunehmenden Teil der angesprochenen Verkehrskreise nicht mehr als Bildzeichen, sondern als Wortzeichen mit spezifischer Bedeutung, vergleichbar den schon lange firmenüblichen Zeichen „&“ sowie „+“ aufgenommen wird (so bereits Odersky, MittBayNot 2000, 533). Dies entspricht der allgemeinen Gegebenheit,

dass die Bedeutung von Kennzeichen nicht statisch festgeschrieben ist, sondern einem Verständniswandel unterzogen sein kann (z. B. „Rügenwalder Teewurst“ von einer Herkunfts- zu einer Gattungsbezeichnung).

Unschädlich erscheint der Kammer, dass das @-Zeichen möglicherweise von einigen Verkehrsteilnehmern nicht entsprechend den Regeln der englischen Sprache, sondern als „a“, wie in der deutschen Sprache üblich, ausgesprochen werden wird. Odersky (a.a.O.) hat zu Recht darauf hingewiesen, dass die oben angesprochenen firmenüblichen Verbindungszeichen „&“ sowie „+“ ebenfalls nicht einheitlich, sondern teils als „plus“ und teils als „und“ gelesen werden. Entscheidend ist, dass das Zeichen in beiden Fällen mit dem gleichen Bedeutungsinhalt verbunden wird, so dass unabhängig davon, wie es jeweils ausgesprochen wird, der Unterschied in der Aussprache nicht die Gefahr einer negativen Verwechselung im Sinne eines Nichtwiedererkennens des so gekennzeichneten Unternehmens mit sich bringt. Auch das @-Zeichen wird jedenfalls in seiner Funktion als zuordnender Zeichenbestandteil entsprechend dem deutschen Wort „bei“ erkannt werden, und zwar unabhängig davon, wie es ausgesprochen wird.

12. Handels-/Gesellschaftsrecht – Bestellung eines Ausländers zum Geschäftsführer
(*LG Rostock,* Beschluss vom 22. 12. 2003 – 5 T 9/03)

GmbHG § 6

Ausländer können ohne Beschränkungen zu Geschäftsführern einer GmbH bestellt werden. Für den Geschäftsführer wird grundsätzlich keine bestehende Aufenthaltsgenehmigung, Arbeits- oder Gewerbeerlaubnis benötigt. Der Geschäftsführer muss allerdings sicherstellen, dass er sein Geschäftsführeramt zukünftig tatsächlich ausüben und erfüllen kann.

(Leitsatz nicht amtlich)

Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist begründet.

Die Gesellschafterversammlung hat durch körperschaftlichen Akt Herrn X. zum Geschäftsführer der zur Eintragung angemeldeten Gesellschaft bestellt. Als Geschäftsführer hat er seine Organstellung aufgrund seiner und der Entscheidung der Gesellschafterversammlung erhalten.

Herr X. ist chinesischer Staatsbürger – ausgewiesen durch einen Reisepass der Volksrepublik China.

Ausländer können vom Gesellschaftsrecht der GmbH her ohne Beschränkungen zu Geschäftsführern bestellt werden, denn das Gesetz stellt weder an die Staatsangehörigkeit, an deutsche Sprachkenntnisse, zum Wohnsitz bzw. zum gewöhnlichen Aufenthaltsort Anforderungen (u. a. Michalski/Heyder, § 6 GmbHG Rn. 29; Rowedder/Schmidt-Leithoff, 4. Aufl., § 6 GmbHG Rn. 10; Lutter/Hommelhoff, 15. Aufl., § 6 GmbHG Rn. 14; Roth/Altmeppen, 4. Aufl., § 6 GmbHG Rn. 14, jeweils m. w. N.).

Gesetzliche Ausschlussgründe stehen der Bestellung von Herrn X. als Geschäftsführer nicht entgegen; jedenfalls sind solche nicht dargetan oder bekannt.

In Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, ob im registerrechtlichen Eintragungsverfahren weitere Anforderungen in ausländerrechtlicher Beziehung zu stellen sind, bei einem Nicht-EU-Bürger ohne Aufenthaltserlaubnis ein Bestellungshindernis analog § 6 Abs. 2 GmbHG anzunehmen ist und ob die Ausnahmeregelung des § 6 Abs. 2 GmbHG bei wertender Betrachtung eine entsprechende Anwendung erlaubt (Roth/Altmeppen, 4. Aufl., § 6 GmbHG Rn. 15 m. w. N.).

Vorliegend und ausweislich der Beurkundung des Notars ist hier jedoch Herr X. persönlich anwesend zur GmbH-Gründung und Unterzeichnung der Anmeldung erschienen.

Aufgrund dieser beurkundeten Tatsache und wegen der gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen besteht für das Registergericht grundsätzlich kein Anlass, die Eintragung derzeit von entsprechenden weiteren Nachweisen abhängig zu machen (Michalski/Heyder, a.a.O., § 6 GmbHG Rn. 31 m. w. N.). Angesichts der tatsächlichen Erfüllung der hierbei gegebenen höchstpersönlichen Geschäftsführerpflichten kann insbesondere der Nachweis, ob und wie der Geschäftsführer zukünftig ggfs. Einreisehindernisse überwindet, derzeit nicht Gegenstand registergerichtlicher Prüfung sein. Dem Registergericht wird die Person des Geschäftsführers und dessen Bestellung im Zuge der Anmeldung lediglich mitgeteilt (§ 10 Abs. 1 GmbHG). Seine Eintragung in das Handelsregister ist nur deklaratorisch (Roth/Altmeppen, a.a.O., § 6 GmbHG Rn. 18, m. w. N.).

Da der bestellte Geschäftsführer grundsätzlich auch sein Amt vom Ausland her ausüben kann, solange dadurch nicht der Verwaltungssitz der Gesellschaft im Ausland liegt oder sich die Annahme einer Sitzverlegung in das Ausland bei fehlender nennenswerter Geschäftstätigkeit am inländischen Verwaltungssitz aufdrängt, wird für den Geschäftsführer grundsätzlich keine bestehende Aufenthaltsgenehmigung, Arbeits- oder Gewerbeerlaubnis benötigt (Michalski/Heyder, ebenda; Rowedder/Schmidt-Leithoff, a.a.O., § 6 GmbHG Rn. 14 jew. m. w. N.).

Übernimmt der Ausländer, hier Herr X., Organpflichten einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Deutschland, muss er allerdings sicherstellen, dass er sein Geschäftsführeramt zukünftig tatsächlich ausüben und erfüllen kann; insbesondere die höchstpersönlichen Geschäftsführerpflichten am Sitz der Gesellschaft. Anderenfalls erlischt sein Amt von selbst.

Tatsachen dafür, dass Herrn X. die Wahrnehmung seiner Geschäftsführeraufgaben zukünftig nicht möglich ist, weil er dauerhaft nicht mehr in die Bundesrepublik Deutschland einreisen darf oder er aus der Bundesrepublik Deutschland ausgewiesen worden ist und deshalb eine Eintragung in das Handelsregister nicht mehr erfolgen darf, sind derzeit weder bekannt noch festgestellt.

Anderenfalls hat dann das Registergericht die Eintragung doch noch zu versagen oder später eine Amtslöschung gem. § 142 FGG zu prüfen und ggfs. einzuleiten.

13. Handels-/Gesellschaftsrecht – Nachträgliche Umwandlung einer Geldeinlage in eine Sacheinlage
(*LG Stuttgart,* Beschluss vom 4. 3. 2004 – 32 T 1/04 KfH)

GmbHG § 5

Die nachträgliche Umwandlung einer Geldeinlage in eine Sacheinlage durch Gesellschafterbeschluss ist nach Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister nicht nur zur Heilung einer verdeckten Sacheinlage, sondern auch aus anderen Gründen zulässig.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

I. Die Bf. 2) ist die einzige Gesellschafterin der Bf. 1). Die Bf. 1) ist durch Formwechsel der früheren X. entstanden. Drei Jahre zuvor hatte die Hauptversammlung der X. beschlossen, das Grundkapital von 43 auf 83 Mio. DM zu erhöhen durch Ausgabe neuer Aktien, die sämtliche von der Bf. 2) gezeichnet und übernommen wurden. Nach Einzahlung von 25 % des Nennbetrags der neuen Aktien und 100 % des Aufgeldes blieben noch 75 % des Nennbetrags der neuen Aktien, somit 30 Mio. DM, auf Abruf des Vorstands der X. zu zahlen. Die Durchführung der Kapitalerhöhung bei der X. wurde im Handelsregister eingetragen.

Mit der Umwandlung waren von der Bf. 2) daher noch 30 Mio. DM = 15 338 756,44 € als Bareinzahlung auf das Stammkapital der Bf. 1) einzuzahlen.

Am 21. 10. 2003 hat die Bf. 2) der Bf. 1) ein bisher noch nicht zurückgezahltes Darlehen über 35 Mio. € gewährt.

Mit Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 19. 11. 2003 wurde die Bareinzahlungsverpflichtung hinsichtlich der restlichen 15 338 756,44 € in eine Sacheinlage (Darlehens-Teil-Rückzahlungsanspruch der Bf. 2) gegen die Bf. 1) umgewandelt.

Die Bf. haben die Eintragung dieser Abänderung der Bareinzahlungsverpflichtung beantragt, das Registergericht hat sie abgelehnt, wogegen die Bf. Beschwerde eingelegt haben.

Aus den Gründen:

II. Die Beschwerde ist zulässig und begründet.

Bis zum Beschluss des BGH vom 4. 3. 1996, BGHZ 132, 141 ff. = DNotZ 1997, 485 = MittRhNotK 1996, 178, war es überwiegende Meinung, dass eine nachträgliche Änderung der Einlageform von einer Geldeinlage in eine Sacheinlage nur bis zur Eintragung der Gesellschaft bzw. der Kapitalerhöhung im Handelsregister möglich sei. Mit der erwähnten Entscheidung hat der BGH eine nachträgliche Abänderung zur Heilung einer verdeckten Sacheinlage zugelassen. Nach heute weit überwiegender Meinung in der Literatur ist eine solche Abänderung durch Gesellschafterbeschluss – ob mit qualifizierter Mehrheit oder einstimmig, ist vorliegend bedeutungslos – auch aus anderen Motiven möglich, setzt allerdings die strengen Überprüfungen von Sacheinlagen voraus (Baumbach/Hueck/Fastrich, 17. Aufl. 2000, § 5 GmbHG Rn. 51 b; Michalski, 2002, § 5 GmbHG Rn. 173; Roth/Altmeppen, 4. Aufl. 2003, § 5 GmbHG Rn. 64 und Scholz/Winter, 9. Aufl. 2000, § 5 GmbHG Rn. 106).

Soweit ersichtlich, ist die Frage, ob die nachträgliche Umwandlung einer Geldeinlage in eine Sacheinlage möglich ist, von der Rechtsprechung noch nicht entschieden. Die von den Bf. zitierte Beschwerde des LG Frankfurt am Main vom 23. 2. 2001 – 3/7 T 66/00 – betraf einen Fall mit verdeckter Sacheinlage.

Die Kammer vermag keinen Grund zu erkennen, der es rechtfertigen könnte, die Umwandlung zur Heilung einer verdeckten Sacheinlage anders zu behandeln als die Umwandlung aus irgend einem anderen Motiv.

Durch eine solche Umwandlung können theoretisch Dritte, die nach der Eintragung der Bareinzahlungsverpflichtung und vor Eintragung der Abänderung in eine Sacheinlageverpflichtung Gläubiger der Gesellschaft geworden sind, dadurch geschädigt werden, dass die Bewertung der Sacheinlage zu niedrig vorgenommen wird. Dieses Risiko ist durch die strengen Prüfungsvorschriften bei einer Sacheinlage und die Regeln der Differenzhaftung nach § 9 GmbHG minimiert.

So wird bei der Prüfung der Sacheinlage zu untersuchen sein, ob die Darlehensforderung, die eingebracht wurde, werthaltig war.

Es ist deswegen von Dritten nicht nur bei der Umwandlung einer Barzahlungs- in eine Sacheinlage zur Heilung einer verdeckten Sacheinlage, sondern in jedem Fall zu dulden. Eine Sonderbehandlung zur Heilung einer verdeckten Sacheinlage ist nicht gerechtfertigt.

14. Notarrecht – Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung
(*BayObLG*, Beschluss vom 10. 5. 2004 – IZ BR 023/04 – mitgeteilt von Richter am BayObLG a. D. Johann Demharter, München)

BNotO § 15
ZPO §§ 767; 797

Bei Vorliegen der formellen Voraussetzungen darf der Notar die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung eines Grundstückskaufvertrags mit Zwangsvollstreckungsunterwerfungsklausel nur verweigern, wenn zweifelsfrei feststeht, dass der titulierte Anspruch nicht besteht.

Zum Sachverhalt:

I. Mit notarieller Urkunde vom 7. 1. 2003 verkauften die Bet. zu 1) und 2) an den Bet. zu 3) mehrere Tiefgaragenstellplätze zu einem Gesamtkaufpreis von 69 600,– €. In einem notariellen Nachtrag vom 25. 2. 2003 zur Urkunde vom 7. 1. 2003 vereinbarten die Bet. unter Verringerung der Anzahl der verkauften Tiefgaragenstellplätze einen Gesamtkaufpreis von 47 200,– €. Der Bet. zu 3) unterwarf sich wegen des Kaufpreisanspruchs der sofortigen Zwangsvollstreckung. Die Kaufvertragsurkunde enthält die Bestimmung, dass dem Verkäufer nach Absendung der Fälligkeitsmitteilung des Notars ohne Nachweis der übrigen Fälligkeitsvoraussetzungen jederzeit eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde erteilt werden kann.

Mit Schreiben vom 29. 8. 2003 bestätigte die Urkundsnotarin das Vorliegen der Fälligkeitsvoraussetzungen.

Der Bet. zu 3) trat mit Schreiben vom 1. 9. 2003 vom Kaufvertrag zurück. Er verwies darauf, dass der Kaufvertrag folgende Klausel enthalte:

„Der Käufer behält sich das Recht vor, vom schuldrechtlichen Teil des heutigen Kaufvertrages zurückzutreten, wenn die

Kaufpreisfälligkeit nach der heutigen Urkunde nicht bis zum 31. 8. 2003 eingetreten ist."

Der Bet. zu 3) ist der Auffassung, die zwischen den Parteien in dem Kaufvertrag getroffene Vereinbarung, dass der Kaufpreis innerhalb von 14 Tagen nach Abgang der Fälligkeitsmitteilung des beurkundenden Notars an den Käufer fällig werde, führe dazu, dass angesichts der am 29. 8. 2003 erfolgten Fälligkeitsmitteilung der Urkundsnotarin die Fälligkeit des Kaufpreises erst am 12. 9. 2003 eingetreten und er daher zum Rücktritt vom Kaufvertrag berechtigt sei.

Die Bet. zu 1) und 2) sind der Rücktrittserklärung entgegengetreten und haben vorgetragen, durch die vertragliche Festlegung einer Zahlungsverpflichtung innerhalb von 14 Tagen sei nicht eine Fälligkeit des Kaufpreises erst zwei Wochen nach Absendung der Fälligkeitsmitteilung der Notarin vereinbart, sondern nach Art eines Zahlungsziels ein angemessener Zeitraum für die Zahlung festgelegt worden, vor dessen Ablauf der Eintritt eines Verzuges des Zahlungsschuldners habe ausgeschlossen werden sollen.

Die Bet. zu 1) und 2) beantragten mit Schreiben vom 11. 12. 2003 die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des notariellen Kaufvertrags. Mit Bescheid vom 29. 12. 2003 lehnte die Urkundsnotarin diesen Antrag ab. Zur Begründung berief sie sich darauf, dass der Bet. zu 3) den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt habe.

Gegen die ablehnende Entscheidung der Notarin legten die Bet. zu 1) und 2) Beschwerde ein. Das LG hat die Beschwerde zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

II. Das zulässige Rechtsmittel (§ 15 Abs. 2 BNotO, §§ 27, 29 FGG) ist begründet.

1. Das LG hat ausgeführt, grundsätzlich erstrecke sich die materielle Prüfungspflicht des Notars bei Erteilung der Vollstreckungsklausel nur auf das Vorliegen der formellen Voraussetzungen wie Bestehen eines wirksamen Vollstreckungstitels, Vollstreckungsreife und formelle Berechtigung des Ast. Ausnahmsweise müsse der Notar die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung aber trotz Vorliegens der formellen Voraussetzungen dann ablehnen, wenn es offenkundig sei, dass der materielle Anspruch nicht mehr bestehe oder das Rechtsgeschäft über den vollstreckbaren Anspruch unwirksam sei. Ein derartiger Fall liege hier vor. Der Rücktritt des Bet. zu 3) vom Kaufvertrag sei offenkundig berechtigt gewesen, da die Fälligkeit des Kaufpreises bis zum 31. 8. 2003 nicht eingetreten sei.

2. Die Entscheidung des LG hält der rechtlichen Nachprüfung (§ 15 Abs. 2 S. 2 BNotO, § 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO) im Ergebnis nicht stand.

a) Gerichtliche Entscheidungen nach § 15 BNotO haben ausschließlich darüber zu befinden, ob der Notar seine Urkundstätigkeit, wozu auch das anschließende Vollzugsverfahren gehört, pflichtwidrig verweigert.

b) Keinen Anlass zu Beanstandungen ergibt der Ausgangspunkt der Erwägungen des LG, dass sich die Prüfungspflicht des Notars bei der Entscheidung über die Erteilung einer Vollstreckungsklausel auf das Vorliegen der formellen Voraussetzungen beschränkt. Es ist grundsätzlich nicht Sache des Notars, einseitig geltend gemachte Rücktritts-, Widerrufs-, Anfechtungs- oder Unwirksamkeitsgründe zu prüfen. Ausnahmen von diesen Grundsätzen gelten nur dann, wenn zweifelsfrei feststeht, dass der titulierte Anspruch nicht besteht (vgl. BayObLG NJW-RR 2000, 1663, 1664 m. w. N. = DNotZ 2000, 368 = MittRhNotK 1999, 368).

c) Ein solcher Ausnahmefall liegt hier entgegen der Auffassung des LG nicht vor. Bei der von den Bet. gegensätzlich beantworteten Frage, ob der Bet. zu 3) nach den Vereinbarungen der Parteien und dem zeitlichen Ablauf der Angelegenheit zum Rücktritt vom Kaufvertrag berechtigt war, handelt es sich um eine Rechtsfrage, über die nicht im Klauselerteilungsverfahren zu entscheiden ist (vgl. Zöller/Stöber, 24. Aufl., § 797 ZPO Rn. 5 b). Die Entscheidung, ob der titulierte Anspruch noch besteht, ist ausschließlich Sache des Prozessgerichts im Rahmen der Vollstreckungsabwehrklage (§ 767 ZPO); ansonsten würde gesetzwidrig die Last zur Klage vom Schuldner (§ 767 ZPO) auf den Gläubiger (§ 731 ZPO) verlagert (vgl. BayObLG NJW-RR 2000, 1663, 1664 m. w. N. = DNotZ 2000, 368 = MittRhNotK 1999, 368). Insoweit steht es den Bet. frei, eine der Kaufvertragsurkunde entgegenstehende Rechtslage im Prozesswege vor den Gerichten der streitigen Zivilgerichtsbarkeit geltend zu machen.

Im Ergebnis ist den Bet. zu 1) und 2) daher eine vollstreckbare Ausfertigung des Nachtrags vom 25. 2. 2003 zur Kaufvertragsurkunde vom 7. 1. 2003 zu erteilen.

15. Notarrecht – Umfang der Ermittlungspflicht des Notars bei Rangbescheinigungen

(*OLG Köln,* Urteil vom 17. 6. 2004 – 7 U 13/04 – mitgeteilt von Notar Andreas Cüppers, Erftstadt)

BNotO § 19

Es ist nicht Aufgabe von Notariatsangestellten, im Grundbuchamt nach Grundakten bzw. der zuständigen Rechtspflegerin zu suchen oder Bediensteten des AG dabei Hilfe zu leisten.

(Leitsatz nicht amtlich)

Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung hat in der Sache Erfolg. Das LG hat der Klage zu Unrecht stattgegeben. Eine Haftung des Bekl. aus § 19 BNotO scheitert jedenfalls daran, dass die Kl. die Ursächlichkeit einer etwaigen Pflichtverletzung des Bekl. für den geltend gemachten Schaden nicht bewiesen haben.

1. Bedenken bestehen bereits gegen die Annahme des LG, der Bekl. habe im Zusammenhang mit der Erteilung der Rangbescheinigung und der hierfür erforderlichen Einsichtnahme in die Grundakten seine Amtspflichten gegenüber den Kl. verletzt. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht fest – und wird auch vom LG zugrundegelegt –, dass Mitarbeiter des Bekl. am 27. 12. 2002, 3. 1., 10. 1., 15. 1. und 17. 1. 2003 versucht haben, beim AG Einsicht in die Grundakten zu nehmen. Wie sich aus den Aussagen der Zeugen sowie den Eintragungen der Zeugen im sog. Ermittlungsbericht des Bekl. ergibt, war an keinem dieser Tage eine Einsichtnahme möglich, weil entweder die Grundakte (so am

27. 12., 3. 1., 15. 1. und 17. 1.) oder die Rechtspflegerin (so am 10. 1.) nicht auffindbar war. Dass die Zeugen an den genannten Tagen keine weiteren Nachforschungen angestellt haben, insbesondere der Zeuge N. davon abgesehen hat, Mitarbeiter der Grundbuchgeschäftsstelle zur Durchsuchung des verschlossenen Zimmers der Rechtspflegerin zu veranlassen, ist nicht zu beanstanden. Es ist nicht Aufgabe von Notariatsangestellten, im Grundbuchamt nach Grundakten bzw. der zuständigen Rechtspflegerin zu suchen oder Bediensteten des AG dabei Hilfe zu leisten. Auch der Bekl. selbst war ungeachtet der erfolglosen Einsichtsversuche seiner Mitarbeiter nicht verpflichtet, persönlich beim Direktor des AG vorstellig zu werden.

2. Ob ein Verschulden der Notariatsangestellten – welches sich der Bekl. gem. § 278 BGB zurechnen lassen müsste (vgl. BGH NJW 1996, 464 = DNotZ 1996, 581 = MittRhNotK 1996, 64) – daraus herzuleiten ist, dass sie gegenüber den Bediensteten des AG offenbar nicht auf die besondere Eilbedürftigkeit der Einsichtnahme hingewiesen oder zwischen dem 3. 1. und 10. 1. 2003 eine zusätzliche Einsichtnahme versucht haben, erscheint zweifelhaft, bedarf aber keiner abschließenden Entscheidung. Selbst wenn dem Bekl. insoweit eine Pflichtverletzung vorzuwerfen wäre, würde es an der – auch im angefochtenen Urteil nicht dargelegten – Kausalität für den geltend gemachten Schaden fehlen:

a) Dass eine Einsichtnahme in die Grundakte rechtzeitig vor dem 12. 1. 2003 – jedenfalls aber vor dem 20. 1. 2003 – möglich gewesen wäre, wenn die Zeugen nachdrücklich auf die Eilbedürftigkeit der Angelegenheit hingewiesen hätten oder an weiteren Tagen beim Grundbuchamt vorstellig geworden wären, ist weder bewiesen noch beweisbar. Gleiches gilt für eine Einschaltung des Direktors des AG durch den Bekl. Vor dem 3. 1. 2003 bestand ohnehin kein Anlass, die Grundakten einzusehen, denn der Bekl. hatte die Mitteilung über die Kaufpreisfälligkeit erst unter dem 30. 12. 2002 abgesandt. Dass die Grundakten in dem relativ kurzen Zeitraum vom 4. 1. bis 20. 1. 2003 bei pflichtgemäßem Verhalten des Bekl. oder seiner Mitarbeiter hätten eingesehen werden können, vermag der Senat nicht festzustellen. Die Grundakten selbst geben keinen zuverlässigen Aufschluss darüber, wo genau sie sich im fraglichen Zeitraum befanden, und ob sie von den Zeugen hätten eingesehen werden können. Nach Eingang des Eintragungsantrages des Bekl. am 27. 12. erfolgte eine Bearbeitung erst wieder am 20. 1. 2003. Das Schreiben des AG vom 20. 5. 2003, wonach sich die Grundakten am 27. 12. 2002 auf der Geschäftsstelle im sog. Kostenfach befunden hätten, diese noch am gleichen Tage der Rechtspflegerin vorgelegt worden seien und Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Einsichtnahme durch Mitarbeiter des Bekl. nicht bekannt geworden seien, ist in diesem Zusammenhang unergiebig.

b) Den Kl. kommt auch keine Beweiserleichterung i. S. einer tatsächlichen Vermutung oder eines Anscheinsbeweises zugute. Nach der Lebenserfahrung ist zwar davon auszugehen, dass eine im Geschäftsgang befindliche Grundakte, wenn von einem Notar unter Hinweis auf besondere Eilbedürftigkeit nach ihr gefragt oder gar der Dienstvorgesetzte eingeschaltet wird, nicht erst nach zwei Wochen aufgefunden wird. Hier ist aber zu berücksichtigen, dass die Akten – bzw. in einem Fall die zuständige Rechtspflegerin – an fünf verschiedenen Terminen nicht auffindbar bzw. anzutreffen waren. Angesichts dessen vermag der Senat auch im Hinblick auf § 287 ZPO nicht mit der für eine Verurteilung erforderlichen Wahrscheinlichkeit festzustellen, dass die Grundakten – hätten die Zeugen zwischen dem 3. 1. und 10. 1. 2003 unter Hinweis auf die besondere Dringlichkeit um Akteneinsicht gebeten oder der Bekl. nach dem 3. 1. 2003 den Direktor des AG eingeschaltet – an einem bestimmten Termin vor dem 20. 1. 2003 hätten eingesehen werden können.

Dies geht zu Lasten der Kl., denn ob bei pflichtgemäßem Verhalten des Bekl. bzw. seiner Mitarbeiter die Rangbescheinigung rechtzeitig hätte erteilt werden können, betrifft nicht den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens, für den der Bekl. die Beweislast trüge. Der – möglicherweise – haftungsbegründende Vorgang liegt hier nicht in einer Handlung, bei der zur Feststellung des Ursachenzusammenhangs keine weiteren Umstände hinzugedacht werden dürfen (vgl. BGH NJW 1986, 576, 579 = DNotZ 1986, 406). Es geht vielmehr um ein bloßes Unterlassen, das nur dann schadensursächlich sein kann, wenn eine Pflicht zum Handeln bestand und die Vornahme der gebotenen Handlung den Schaden verhindert hätte (vgl. BGH NJW 2003, 295).

3. Entgegen der Auffassung der Kl. haftet der Bekl. auch nicht wegen fehlender Koordinierung der zeitlichen Abwicklung des Grundstückskaufvertrags einerseits und der Finanzierung andererseits. Die in Ziffer II. 2 des Kaufvertrages für die Fälligkeit des Kaufpreises vereinbarte Frist von 10 Tagen nach Zugang der Fälligkeitsmitteilung war auch im Hinblick auf die noch zu beschaffende Rangbescheinigung ausreichend bemessen. Der Bekl. durfte, selbst wenn es beim AG damals generell Schwierigkeiten mit der Einsichtnahme in Grundakten gab, ohne Verschulden davon ausgehen, dass eine Einsichtnahme jedenfalls innerhalb von 10 Tagen möglich war. (. . .)

16. Kostenrecht – Bewertung einer Bauverpflichtung des Käufers

(*OLG Hamm,* Beschluss vom 17. 2. 2004 – 15 W 315/03 – mitgeteilt von Richter am OLG Helmut Engelhardt, Emsdetten)

KostO § 20 Abs. 1 S. 1 Hs. 2

Eine Bauverpflichtung, die bei der privaten Vermarktung von Baugrundstücken von dem Käufer unmittelbar gegenüber der Gemeinde übernommen wird, kann nicht lediglich mit dem Regelwert des § 30 Abs. 2 KostO bewertet werden, wenn auf diese Weise der Verkäufer eine von ihm inhaltsgleich in einem anderen Vertrag gegenüber der Gemeinde übernommene Bauverpflichtung an den Käufer weitergibt.

Zum Sachverhalt:

I. Der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der Bet. zu 1) war Eigentümer umfangreichen landwirtschaftlichen Grund-

besitzes im Plangebiet der Bebauungspläne L I und II der Gemeinde S, die eine Wohnhausbebauung vorsehen. Mit notariellem Vertrag vom 16. 6. 1998 veräußerte er mehrere näher bezeichnete Teilflächen dieses Grundbesitzes an die Gemeinde S, behielt jedoch Grundstücksflächen im Umfang von etwa 15 künftigen Baugrundstücken zur privaten Vermarktung zurück. Im Hinblick darauf ist in Ziffer III. des notariellen Vertrages u. a. folgende Regelung getroffen:

„Im Interesse einer geordneten Entwicklung übernimmt der Verkäufer gegenüber der Gemeinde weiter die nachfolgenden Verpflichtungen für diejenigen Grundflächen der Bebauungsplangebiete I und II, die in seinem Eigentum verbleiben:

Der Verkäufer verpflichtet sich, die gemäß Bebauungsplan entstehenden Bauplätze mit Wohnhäusern entsprechend diesem Bebauungsplan zu bebauen, wofür eine Frist von fünf Jahren vereinbart wird, die mit Fertigstellung der Baustraßen beginnt.

Sofern der Verkäufer solche Bauplätze an Dritte veräußert oder ein Erbbaurecht daran bestellt, hat er die Erwerber zu verpflichten, die Grundstücke innerhalb einer Frist von zwei Jahren mit einem Wohnhaus entsprechend dem Bebauungsplan zu bebauen, die mit dem jeweiligen Vertragsabschluss beginnt.

(Es folgen weitere Einzelheiten über die von den Erwerbern mit der Gemeinde zu treffenden Regelungen)“

Mit notariellem Vertrag vom 12. 4. 2000 hat die zwischenzeitlich als Eigentümerin eingetragene Bet. zu 1) das im Grundbuch von S verzeichnete Grundstück an die Bet. zu 2) zum Preis von 49 870,– DM zuzüglich übernommener Vermessungskosten in Höhe von 1 930,– DM verkauft und aufgelassen. In § 4 des Vertrages haben die Parteien Vereinbarungen getroffen, aus denen die Gemeinde S unmittelbare Ansprüche erwerben soll. Darin haben die Bet. zu 2) die Verpflichtung übernommen, innerhalb von zwei Jahren auf dem Grundstück ein Wohnhaus entsprechend den Festsetzungen des Bebauungsplans zu errichten und die Veräußerung des unbebauten Grundstücks zu unterlassen. Für den Fall des Verstoßes gegen diese Verpflichtungen haben sie sich zur Übereignung des Grundstücks an die Gemeinde S verpflichtet und zur Sicherung dieses bedingten Auflassungsanspruchs die Eintragung einer Vormerkung bewilligt.

Der Notar hat den Bet. zu 2) eine notarielle Kostenberechnung erteilt, in der er den Geschäftswert wie folgt ermittelt hat:

a) Kaufpreis 49 870,– DM

b) Vermessungskosten 1 930,– DM

c) Bebauungsverpflichtung (gem. § 30 Abs. 1 KostO; 10 % der voraussichtlichen Baukosten, geschätzt 300 000,– DM) 30 000 DM

Summe 81 800,– DM

Der Präsident des LG hat aus Anlass einer Geschäftsprüfung den Ansatz des Geschäftswertes in der vorgenannten Kostenberechnung beanstandet und den Notar angewiesen, insoweit die Entscheidung des LG herbeizuführen.

Das LG hat die angefochtene Kostenberechnung aufgehoben.

Aus den Gründen:

II. Die weitere Beschwerde ist begründet.

Die Sachentscheidung hängt ausschließlich davon ab, ob und in welcher Höhe bei der Berechnung des Geschäftswertes über die unbeanstandet gebliebenen Ansätze für den Kaufpreis und die Vermessungskosten hinaus ein Betrag für die von den Bet. zu 2) übernommene Bauverpflichtung zu berücksichtigen ist. Eine vom Käufer übernommene Bauverpflichtung ist regelmäßig als zusätzliche Leistung für die Überlassung des Grundstücks i. S. des § 20 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 KostO anzusehen und daher wertmäßig dem Kaufpreis hinzuzurechnen, sofern sie von eigenem wirtschaftlichen oder ideellen Wert ist (vgl. OLG Düsseldorf DNotZ 1994, 723 = Rpfleger 1994, 520 m. w. N.). Nach allgemein anerkannter Auffassung ist für die Bewertung einer solchen Bauverpflichtung allein das Interesse des Berechtigten, dem gegenüber die Verpflichtung übernommen worden ist, an der Errichtung des Gebäudes maßgebend (Senat JurBüro 1979, 420; Rohs/Wedewer, § 30 KostO Rn. 14; Göttlich/Mümmler, KostO, 14. Aufl., „Bauverpflichtung“ Anm. 2). Das Interesse des Verkäufers kann wirtschaftlicher oder ideeller Art oder aus beiden Gesichtspunkten zusammengesetzt sein. Im ersteren Fall ist der Wert nach freiem Ermessen gemäß § 30 Abs. 1 KostO, im zweiten Fall gemäß § 30 Abs. 2, Abs. 3 KostO und im dritten Fall durch Zusammenrechnen der Werte beider Interessen zu bestimmen (Senat JurBüro 1979, 420 = JMBl. NW 2003, 183 = MittBayNot 2004, 65; Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, 15. Aufl., § 30 KostO Rn. 17). Von diesen Grundsätzen ist das LG ausgegangen.

Die Kammer hat weiter ausgeführt, für die Bewertung der Bauverpflichtung sei maßgebend der Regelwert des § 30 Abs. 2 KostO heranzuziehen, und zwar unabhängig davon, ob in diesem Zusammenhang auf die Interessen der Bet. zu 1) als Verkäuferin oder diejenigen der Gemeinde S abzustellen sei. Die Bet. zu 1) als Verkäuferin habe im Hinblick auf die von den Bet. zu 2) übernommene Bauverpflichtung keine eigenen wirtschaftlichen Interessen verfolgt. Denn ihr sei es lediglich darum gegangen, die von ihr selbst in dem Kaufvertrag mit der Gemeinde S eingegangene Bauverpflichtung an die Käufer weiterzugeben. Ein eigenes wirtschaftliches Interesse der Bet. zu 1) ergebe sich auch nicht aus einer Verbesserung der Vermarktungsaussichten, die sich für die von ihr selbst zum Verkauf angebotenen Grundstücke des Bebauungsplangebiets aus einer von den Erwerbern übernommenen Bauverpflichtung ergeben könne. Das Interesse der Gemeinde S an einer zügigen Bebauung der Grundstücke des Bebauungsplangebiets sei ausschließlich ideeller Art und könne deshalb ebenfalls nicht mit einem den Regelwert übersteigenden Betrag bewertet werden.

Die Ausführungen des LG enthalten Erwägungen zur Ausübung des Ermessens bei der Festsetzung des Geschäftswertes gemäß § 30 KostO. Die Entscheidung unterliegt insoweit im Rechtsbeschwerdeverfahren nur einer eingeschränkten Nachprüfung dahin, ob das Beschwerdegericht von seinem Ermessen einen rechtlich fehlerhaften, Sinn und Zweck des Gesetzes zuwiderlaufenden Gebrauch gemacht hat, von ungenügenden oder verfahrenswidrig zustande gekommenen Feststellungen ausgegangen ist oder wesentliche Umstände nicht berücksichtigt hat (vgl. Keidel/Meyer-Holz, 15. Aufl., § 27 FGG Rn. 27; Rohs/Wedewer, § 30 Rn. 3). Dieser rechtlichen Nachprüfung hält die Entscheidung des LG in einem für die Entscheidung maßgebenden Punkt nicht stand.

Der Bewertung im Rahmen des § 30 KostO unterliegen nur die Interessen der unmittelbar an dem Vertrag beteiligten Personen, deren Ausgleich die geschlossenen vertraglichen Regelungen dienen. Das Interesse der Ge-

meinde S an einer geordneten städtebaulichen Entwicklung im Rahmen der Erschließung und Bebauung eines neuen Bebauungsplangebiets ist berücksichtigt in dem zwischen dieser Gemeinde und dem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der Bet. zu 1) geschlossenen Grundstückskaufvertrag, in dem dieser hinsichtlich der zurückbehaltenen Bauplätze eine eigene Verpflichtung zu einer Bebauung entsprechend den Festsetzungen des Bebauungsplans innerhalb eines Zeitraumes von fünf Jahren übernommen hat. Erkennbar sollten also die zurückbehaltenen Grundstücke ebenso wie die von der Gemeinde verkauften Bauplätze zügig einer geordneten Bebauung zugeführt und zugleich eine spekulative Grundstücksverwertung ausgeschlossen werden. Hinsichtlich der von dem damaligen Grundstückseigentümer übernommenen Bebauungsverpflichtung ist die mit der Gemeinde S getroffene vertragliche Regelung zwar erkennbar darauf zugeschnitten, dass die Bebauungsverpflichtung von den jeweiligen Erwerbern in den mit diesen noch zu schließenden Grundstückskaufverträgen übernommen werden sollte. Damit war den städtebaulichen Interessen der Gemeinde Rechnung getragen. Der Gesichtspunkt, dass sich der damalige Grundstückseigentümer zur Erfüllung der von ihm selbst übernommenen Bebauungsverpflichtung der einzelnen Grundstückserwerber bedienen konnte und sollte (§ 278 BGB), ändert jedoch nichts daran, dass die Verpflichtung gegenüber der Gemeinde S einen liquiden und einklagbaren Anspruch begründet, den jener ggf. selbst zu erfüllen hatte. Deshalb kann der Senat nicht der Beurteilung des Landgerichts folgen, die Weitergabe der Bauverpflichtung an die Erwerber in den einzelnen Kaufverträgen begründe kein eigenes wirtschaftliches Interesse der Bet. zu 1). Das Gegenteil ist vielmehr der Fall. Die Möglichkeit, die wirtschaftliche Belastung durch eine selbst eingegangene Bauverpflichtung an einen Grundstückserwerber abwälzen zu können, begründet vielmehr ein fassbares und nahe liegendes eigenes wirtschaftliches Interesse, das im Rahmen des § 30 Abs. 1 KostO im Wege der Schätzung bewertet werden kann und muss. Dies ist in der Rechtsprechung bereits anerkannt (OLG Frankfurt DNotZ 1965, 366 f.; Senat JurBüro 1979, 419, 420). Der vorliegende Fall gibt keinen Anlass zu einer abweichenden Bewertung. Diese verbietet sich insbesondere nicht deshalb, weil die vertragliche Regelung im Ergebnis der Erfüllung ideeller Interessen der Gemeinde S an einer geordneten städtebaulichen Entwicklung dient. Denn dem vertraglichen Leistungsaustausch zwischen Privatpersonen wird nicht dadurch der Charakter wirtschaftlicher Interessenverfolgung genommen, dass er mittelbar auch der Umsetzung öffentlicher Ziele dient. Deshalb kann für die Bewertung der Vereinbarung auch nicht entscheidend sein, dass die Bet. zu 2) die Bauverpflichtung nicht lediglich im Innenverhältnis gegenüber der Bet. zu 1), sondern in der Weise übernommen haben, dass durch die vertragliche Regelung unmittelbar im Sinne des § 328 BGB Rechte der Gemeinde S begründet worden sind.

Bereits unter diesem Gesichtspunkt ergeben sich Anhaltspunkte für eine konkrete Wertschätzung nach § 30 Abs. 1 KostO, die zu einer Abweichung von dem Regelwert des § 30 Abs. 2 KostO führen. Vom abweichenden Standpunkt des Senats ist die Geschäftswertberechnung des Notars jedenfalls im Ergebnis nicht zu beanstanden. Im Hinblick darauf, dass das wirtschaftliche Interesse der Bet. zu 1) in der Freistellung von ihrer eigenen Bauverpflichtung besteht, erscheint es hier zumindest vertretbar, dass der Notar als Orientierungspunkt für die Bewertung die mit 300 000,– DM grob geschätzten Baukosten für das zu errichtende Wohnhaus herangezogen und davon einen maßvollen Anteil von 10 % als Geschäftswert angesetzt hat.

Aus dieser Sicht kommt es nicht darauf an, ob ein eigenes wirtschaftliches Interesse der Bet. zu 1) auch darin bestehen kann, durch die Vereinbarung von Bauverpflichtungen in den Kaufverträgen mit allen Erwerbern die Vermarktungsaussichten für die in ihrem Eigentum verbliebenen Bauplätze insgesamt zu erhöhen. Es kann deshalb offen bleiben, ob für eine entsprechende Bewertung hinreichende Anhaltspunkte bestehen, wenn im Gegensatz zur Durchführung eines Gesamtvorhabens durch einen privaten Vorhabenträger, wie es Gegenstand der bereits herangezogenen Entscheidung des Senats vom 27. 2. 2003 war, der ursprüngliche Grundstückseigentümer sich auf die Vermarktung einiger ihm verbliebener Bauplätze im Rahmen des von der Gemeinde durchgeführten Gesamtvorhabens beschränkt. Der Senat hat deshalb auch keinen Anlass, näher auf die von dem LG ausgeführten Bedenken gegen die soeben genannte Entscheidung des Senats einzugehen.

17. Kostenrecht – Aufhebung eines früheren Ehe- und Erbvertrages im Rahmen einer Scheidungsfolgenvereinbarung

(*LG Krefeld,* Beschluss vom 13. 5. 2004 – 6 T 108/04 – mitgeteilt von Notar Dr. Friedrich Giepner, Willich)

KostO § 46 Abs. 2 S. 1, Abs. 3

Auf eine Scheidungsfolgenvereinbarung, in der unter Aufhebung eines früheren Ehe- und Erbvertrages lediglich wechselseitige Erb- und Pflichtteilsverzichte getroffen werden, findet § 46 Abs. 3 KostO keine Anwendung.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

I. Der Kostengläubiger beurkundete anlässlich der bevorstehenden Scheidung des Kostenschuldners und seiner Ehefrau einen Ehevertrag. Darin haben die Vertragsparteien den früheren Ehe- und Erbvertrag aufgehoben. Der neu abgeschlossene Ehevertrag enthält Erb- und Pflichtteilsverzichte beider Vertragsparteien, aber keine Erbeinsetzung.

Mit Kostenrechnung hat der Kostengläubiger seine Gebühren berechnet. Er hat für den Ehevertrag Gebühren gemäß § 36 Abs. 2, 39 Abs. 2, 20 KostO berechnet und für die Aufhebung des Erbvertrages eine Gebühr gemäß § 46 Abs. 2 KostO in Höhe von 5 882,50 € in Ansatz gebracht. Die Gesamtgebührenrechnung ist zwischen den Vertragsparteien geteilt worden, so dass der Anteil des Kostenschuldners 1/2 beträgt.

Aus den Gründen:

II. Die Beschwerde des Kostenschuldners ist nach § 156 Abs. 1 KostO zulässig. Sie ist nicht begründet.

Der Kostengläubiger hat zu Recht gemäß § 46 Abs. 2 S. 1 KostO eine Gebühr von 5/10 für die Aufhebung des Erbvertrages angesetzt. Soweit § 46 Abs. 3 KostO bestimmt, dass die Gebühr nur einmal berechnet werden kann, ist dies für den Fall geregelt, dass Erbvertrag und Ehevertrag gleichzeitig beurkundet werden. Dies trifft im vorliegenden Fall nicht zu, weil nur der Ehevertrag neu beurkundet worden ist, aber nicht der Erbvertrag. Der Ehevertrag enthält auch keine Verfügungen von Todes wegen, sondern lediglich gegenseitige Erb- und Pflichtteilsverzichte. In einem Erbvertrag können nach § 2278 BGB nur Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen vertragsgemäß getroffen werden. Nach seinem ausdrücklichen Wortlaut ist § 46 Abs. 3 KostO deshalb nicht anwendbar.

§ 46 Abs. 3 KostO kann auf den vorliegenden Fall auch nicht entsprechend angewandt werden. Abs. 3 dieser Vorschrift ist eine Sonderregelung, ohne die für jeden Vertrag eine gesonderte Gebühr anfallen würde. Als Sonderregelung ist sie eng auszulegen (vgl. Hartmann, 32. Aufl., § 46 KostO Rn. 8). Die Aufhebung eines Erbvertrages ist ausdrücklich nur in § 46 Abs. 2 S. 1 KostO erwähnt, aber nicht in Abs. 3. Der Umstand, dass an die Stelle des Erbvertrages ein Erbverzicht im Ehevertrag getreten ist, ändert daran nichts, denn der Erbverzicht ist ein Vertrag unter Lebenden, der Erbvertrag enthält dagegen Verfügungen von Todes wegen. Privilegiert werden sollte durch § 46 Abs. 3 KostO die umfassenden Vermögensverfügungen durch Ehevertrag und Erbvertrag. Dies wird in der Vorschrift auch noch dadurch betont, dass es sich um eine gleichzeitige Beurkundung beider Verträge handeln muss. Auf den Fall, dass ein Vertrag aufgehoben wird und nur einer neu beurkundet wird, ist § 46 Abs. 3 KostO deshalb nicht entsprechend anwendbar. Der gegenteiligen Auffassung von Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann (15. Aufl., § 46 KostO Rn. 45) kann deshalb nicht gefolgt werden, weil sich die Gegenstände im Erbvertrag und der Erbverzicht nicht decken.

18. Steuerrecht – Gestaltungsmissbrauch bei Eigenheimzulage

(*FG Hannover,* Urteil vom 5. 9. 2003 – 13 K 288/99)

AO § 42 Abs. 1
EigZulG § 2 Abs. 1

Es liegt kein Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten vor, wenn der Verkäufer einer Wohnung dem Käufer den gezahlten Kaufpreis als Darlehen zur Verfügung stellt, das Darlehen innerhalb der statistischen Lebenserwartung des Verkäufers nur anteilig getilgt wird und der Käufer gleichzeitig Erbe des Verkäufers ist.

Zum Sachverhalt:

I. Der Kl. begehrt Eigenheimzulage.

Der Kl. bewohnte mit seiner Familie und seiner Mutter (geb. am 20. 6. 1928) ein seiner Mutter gehörendes Wohngebäude in W. Mit Kaufvertrag veräußerte die Mutter das Grundstück an den Kl. Der Kaufpreis wurde mit DM 200 000,– vereinbart. Der Kl. räumte der Mutter ein lebenslängliches und unentgeltliches Wohnungsrecht an dem Wohnbereich im Erdgeschoss ein. Bewertungsrechtlich handelt es sich bei dem Gebäude um ein Einfamilienhaus. Im Juli 1998 überwies der Kl. den Kaufpreis an die Mutter. Die Mutter legte den Kaufpreis als Termingeld zu einem Zinssatz von 2,8 % p. a. an. Fällig war das Termingeld am 26. 10. 1998.

Der Kl. finanzierte den Kaufpreis durch einen bis zum 26. 10. 1998 gewährten Zwischenkredit der Kreissparkasse N über DM 200 000,–. Als Sicherheit wurde die Termingeldeinlage der Mutter verpfändet.

Am 26. 10. 1998 schlossen der Kl. als Darlehensnehmer und die Mutter als Darlehensgeberin einen Darlehensvertrag über DM 200 000,–. Das Darlehen war mit 4 % p. a. zu verzinsen. Zins und Tilgung waren monatlich entsprechend einem anliegenden Zins- und Tilgungsplan zu leisten. Die monatliche Rate betrug DM 1 000,–. Die Laufzeit endete am 26. 5. 2026. Der Darlehensgeber war nach dem Vertrag berechtigt, eine angemessene Sicherheitsleistung zu verlangen, wenn die wirtschaftlichen Verhältnisse Sicherheit erforderlich erscheinen lassen würden. Die Mutter des Kl. überwies am 26. 10. 1998 die DM 200 000,– auf das Zwischenfinanzierungskonto des Kl. Damit wurde der Bankkredit abgelöst. Der Kl. richtete einen Dauerauftrag über monatlich DM 1 000,– ein.

Nach einem Erbvertrag aus dem Jahr 1990 ist der Kl. Alleinerbe der Mutter. Die Mutter hat das Recht aus wichtigem Grund (z. B. Auszug oder Tod des Kl.) die Schlusserbeneinsetzung zu ändern.

Der Kl. beantragte Eigenheimzulage ab 1998. Mit Bescheid lehnte der Bekl. die Festsetzung der Eigenheimzulage ab. Der Kl. legte Einspruch ein.

Mit Einspruchsbescheid wurde der Einspruch als unbegründet zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

II. Die Klage ist begründet.

Der Bekl. hat zu Unrecht die Eigenheimzulage versagt. Der Kl. hat einen Anspruch auf Eigenheimzulage in Höhe von jährlich DM 7 000,–. Gemäß § 2 Abs. 1 S. 1 EigZulG ist nur die Herstellung oder Anschaffung einer Wohnung in einem im Inland belegenen eigenen Haus oder einer im Inland belegenen eigenen Eigentumswohnung begünstigt. Ebenso wie bei der früheren Regelung des § 10 e EStG wird nur der entgeltliche Erwerb gefördert (BFH BStBl II 1993, 346 – zu § 10 e EStG; FG Schleswig-Holstein EFG 2002, 1500).

Wird ein Wohnhaus von nahen Angehörigen erworben, liegen Anschaffungskosten nur vor, wenn es sich weder um eine verschleierte Schenkung noch um einen Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten handelt und auch die Grundsätze der Verträge zwischen nahen Angehörigen eingehalten sind (BFH/NV 1999, 780; FG Rheinland-Pfalz vom 9. 12. 1999 – 6 K 1200/98).

1. Die Grundsätze der Verträge zwischen nahen Angehörigen stehen weder einer steuerlichen Anerkennung des Kaufvertrages noch des Darlehensvertrages entgegen. Verträge unter Angehörigen sind nach der ständigen Rechtsprechung des BFH nur dann zugrunde zu legen, wenn sie zum einen bürgerlich-rechtlich wirksam geschlossen sind und darüber hinaus sowohl die Gestaltung als auch die Durchführung des Vereinbarten dem zwischen Fremden Üblichen entspricht (sog. Fremdvergleich) (BFH BStBl II 2000, 224; BFH BStBl II 1998, 106; BFH BStBl II 1997, 196; BFH BStBl II 1996, 69). Maß-

geblich für die Beurteilung ist die Gesamtheit der objektiven Gegebenheiten. Dabei kann einzelnen Beweisanzeichen je nach Lage des Falles im Rahmen der Gesamtbetrachtung eine unterschiedliche Bedeutung zukommen. Dementsprechend schließt nicht jede Abweichung vom Üblichen notwendigerweise die steuerliche Anerkennung des Vertragsverhältnisses aus. Allerdings sind an den Nachweis, dass es sich um ein ernsthaftes Vertragsverhältnis handelt, um so strengere Anforderungen zu stellen, je mehr die Umstände auf eine private Veranlassung hindeuten (BFH BStBl II 1998, 106; BFH BStBl II 1997, 196).

a) Hinsichtlich des Kaufvertrages zwischen dem Kl. und seiner Mutter hat der Bekl. keine Einwendungen vorgebracht. Auch aus den Akten sind keine Anhaltspunkte für eine fehlende Fremdüblichkeit des Vertrages zu erkennen.

b) Auch der Darlehensvertrag hält hinsichtlich der Gestaltung und Durchführung einem Fremdvergleich stand. Grundsätzlich müssen Darlehensverträge unter nahen Angehörigen Vereinbarungen über Laufzeit, Art und Weise der Rückzahlung sowie Höhe und Zahlungszeitpunkt der Zinsen enthalten; bei langfristigen Darlehen muss der Rückzahlungsanspruch ausreichend gesichert sein (BFH/NV 1999, 780). Wird das Darlehen zwischen volljährigen, voneinander wirtschaftlich unabhängigen Verwandten vereinbart und „dem Anlass nach wie von einem Fremden“ gewährt, ist es unschädlich, wenn es unter im einzelnen anderen Bedingungen als unter Fremden überlassen wird, soweit es sich nicht um eine verschleierte Schenkung oder um einen Missbrauch von steuerlichen Gestaltungsmöglichkeiten handelt (BFH BStBl II 1991, 838; BFH/NV 1994, 460).

aa) Der Darlehensvertrag enthält hinsichtlich der Sicherheiten anstelle einer vereinbarten Sicherheit nur einen Anspruch des Darlehensgebers auf Einräumung angemessener Sicherheiten, wenn die wirtschaftlichen Verhältnisse des Darlehensnehmers dies als erforderlich erscheinen lassen. Insoweit bestehen Zweifel, ob ein fremder Dritter eine solche Vereinbarung abgeschlossen hätte. Die Rechtsprechung hat stets betont, dass langfristige Ausleihungen, zu denen Kredite mit einer Laufzeit von über 4 Jahren gehören, auch bei günstigen Vermögensverhältnissen des Darlehensnehmers im Zeitpunkt der Kreditgewährung grundsätzlich eine werthaltige und verkehrsübliche Besicherung benötigen (BFH BStBl II 2000, 393; BFH/NV 1994, 460; BFH BStBl II 1991, 882). Indes wurde das Darlehen zwischen volljährigen und wirtschaftlich voneinander unabhängigen Personen abgeschlossen. Der Anlass für die Darlehensgewährung bestand in der Anschaffung des Wohnhauses. In einem solchen Fall ist die Bestellung von Sicherheiten von geringerer Bedeutung. Entscheidender ist, ob die vereinbarten Zinsen und Tilgungsleistungen vertragsgemäß gezahlt werden (BFH BStBl II 1991, 838). Hinzu kommt, dass der Mutter ein schuldrechtlicher Anspruch auf Sicherheitenbestellung eingeräumt worden war, der zwar nicht als hinreichend fremdüblich beurteilt werden kann, der aber einen zumindest eingeschränkten Schutz bei einer Verschlechterung der Vermögenslage des Kl. bot (vgl. BFH BStBl II 1991, 882).

bb) Die übrigen Vereinbarungen über die Laufzeit, über die Art und Weise der Tilgung sowie über die Höhe und die Zahlungszeitpunkte für die Zinsen sind fremdüblich. Die Vereinbarung einer Zinshöhe von 4 % p. a. liegt zwar unterhalb des durchschnittlichen Zinsniveaus im Oktober 1998, das bei 5,49 % p. a. für Hypothekenkredite für Wohngrundstücke auf 10 Jahre lang (bei einer Streubreite von 5,22 % bis 6,12 % p. a., vgl. NJW 2000, 1395). Die Zinshöhe wurde aber von dem Kl. nachvollziehbar mit den gegenläufigen wirtschaftlichen Interessen beider Parteien erklärt. Die Vereinbarungen sind auch tatsächlich durchgeführt worden, insbesondere hat der Kl. nachgewiesen, dass er die vereinbarten monatlichen Zins- und Tilgungsleistungen erbringt.

cc) Im Rahmen der Gesamtbetrachtung reicht die unzureichende Bestellung von Sicherheiten nicht aus, um den Rückschluss auf eine nicht ernstliche schuldrechtliche Vereinbarung zuzulassen. Ausschlaggebend für diese Beurteilung ist, dass sämtliche übrigen Kriterien, die für den Fremdvergleich von Bedeutung sind (Vereinbarungen über Laufzeit, Tilgung, Zinsen) hinsichtlich Gestaltung und tatsächlicher Durchführung nicht zu beanstanden sind. Nicht jede Abweichung vom Üblichen schließt die steuerliche Anerkennung notwendigerweise aus. Eine unzureichende Detailregelung führt für sich alleine genommen nicht dazu, dass das Vertragsverhältnis insgesamt steuerlich nicht anerkannt wird, wenn sich aus den übrigen Umständen ergibt, dass das Schuldverhältnis eine ernstliche Vereinbarung darstellt (vgl. BFH BStBl II 1998, 573).

2. Anhaltspunkte für ein Scheingeschäft gemäß § 41 Abs. 2 AO sind nicht gegeben. Die Parteien wollten sowohl die rechtlichen Konsequenzen des Kaufvertrages als auch die des Darlehensvertrages.

3. Es liegt auch weder eine verschleierte Schenkung noch ein Gestaltungsmissbrauch gemäß § 42 AO vor.

a) Gemäß § 42 Abs. 1 S. 1 AO i. d. F. des Steueränderungsgesetzes 2001 vom 20. 12. 2001 (BGBl. I, 3794, BStBl I 2002, 4, 13) kann durch Missbrauch der Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts das Steuergesetz nicht umgangen werden. Rechtsfolge des Missbrauchs ist nach § 42 Abs. 1 S. 2 AO, dass der Steueranspruch bzw. hier der Zulagenanspruch so entsteht, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen rechtlichen Gestaltung entstanden wäre. Nach der Rechtsprechung ist ein Gestaltungsmissbrauch gegeben, wenn eine Gestaltung gewählt wird, die – gemessen an dem erstrebten Ziel – unangemessen ist, der Steuerminderung dienen soll und durch wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe nichtsteuerlicher Art nicht zu rechtfertigen ist (BFH BStBl II 1996, 214; BFH BStBl II 2000, 224; BFH BStbl II 2002, 674). Das Bestreben, Steuern zu sparen, führt für sich genommen nicht zu einer unangemessenen Gestaltung (Beschluss des Großen Senats des BFH BStBl II 1983, 272). Auch Angehörigen steht es grundsätzlich frei, ihre Rechtsverhältnisse steuerlich möglichst günstig zu gestalten. Eine rechtliche Gestaltung ist erst dann unangemessen, wenn der Steuerpflichtige die vom Gesetzgeber vorausgesetzte Gestaltung zum Erreichen bestimmter wirtschaftlicher Ziele nicht gebraucht, obwohl hierfür keine beachtlichen außersteuerlichen Gründe vorliegen, sondern dafür einen ungewöhnlichen

Weg wählt, auf dem nach den Wertungen des Gesetzgebers das Ziel, Steuern zu sparen, nicht erreichbar sein soll (BFH BStBl II 1992, 541; BFH BStBl II 1996, 443; BFH BStBl II 2003, 627).

b) Für die Beurteilung der Angemessenheit der rechtlichen Gestaltung ist zunächst die Ermittlung des wirtschaftlich erstrebten Ziels erforderlich (vgl. Clausen, DB 2003, 1589, 1590 f.). Im wirtschaftlichen Ergebnis zahlt der Kl. den Kaufpreis für das Wohnhaus in monatlichen Raten. Entgegen der Auffassung des Bekl. kann aus den Gesamtumständen nicht hergeleitet werden, dass das wirtschaftlich erstrebte Ziel eine unentgeltliche Übertragung des Wohnhauses war. Insbesondere liegt keine verschleierte Schenkung oder eine verdeckte Unterhaltsgewährung vor (vgl. BFH BStBl II 1992, 397; BFH BStBl II 1991, 838).

aa) Der Darlehensvertrag lässt sich hinreichend von einer verschleierten Schenkung abgrenzen. In den Fällen der verschleierten Schenkungen ist es ungewiss, ob die eigentlich vereinbarte Rückzahlung des Darlehensbetrags tatsächlich in der Zukunft stattfinden wird, oder ob die Vertragsparteien auf eine Rückzahlung verzichten werden. Dagegen ist im vorliegenden Fall nicht ungewiss, dass eine Rückzahlung nach Maßgabe der Darlehensvereinbarungen erfolgt, da die Tilgungen unstreitig monatlich gezahlt werden. Ungewiss ist die Lebenszeit des Darlehensgebers und ob und in welchem Ausmaß die Tilgung des Darlehens innerhalb der Lebenszeit erfolgen wird. Der BFH hat entschieden, dass eine verschleierte Schenkung vorliegen kann, wenn die Rückzahlung des Darlehens erst nach Ablauf der statistischen Lebenserwartung der Darlehensgeberin erfolgen soll (BFH BStBl II 1992, 297; BFH/NV 1994, 460). Der BFH hat aber auch entschieden, dass von einer fehlenden wirtschaftlichen Belastung nicht ausgegangen werden könne, wenn eine 64 Jahre alte Mutter ihrem Sohn den Kaufpreis für ein Haus ohne Bestimmung eines Tilgungszeitpunktes stundet und der Sohn gesetzlicher Erbe ist (BFH/NV 1997, 404). In dem von dem BFH entschiedenen Fall war zwar nicht gewiss, ob die Rückzahlung des Darlehens tatsächlich jemals innerhalb der Lebenszeit der Mutter erfolgen würde. Entscheidend war aber, dass es nicht allein in der Macht des Darlehensschuldners stand, eine wirtschaftliche Belastung auszuschließen. So liegt es auch im vorliegenden Fall. Die Parteien des Darlehensvertrages haben es nicht in der Hand, welcher Anteil des Darlehens während der Lebenszeit der Mutter getilgt werden wird. Bis zum 80. Lebensjahr der Mutter im Jahr 2008 werden DM 47 112,– getilgt sein. Der Förderhöchstbetrag für die Eigenheimzulage wird im Jahr 2016 im 87. Lebensjahr der Mutter erreicht sein.

Zwar ist der Kl. ausweislich des in der mündlichen Verhandlung vorgelegten Erbvertrags der Alleinerbe, so dass im Todeszeitpunkt die Darlehensforderung und -verbindlichkeit durch Konfusion erlöschen wird (Palandt/Heinrichs, 62. Aufl. § 362 BGB Rn. 4). Dies rechtfertigt es nach Ansicht des Senats aber nicht, den Darlehensvertrag ganz oder teilweise als verschleierte Schenkung anzusehen. Dies würde die tatsächlich vorhandene wirtschaftliche Belastung durch die monatlichen Tilgungsleistungen außer Betracht lassen und Eigenheimzulage verwehren, obwohl eine wirtschaftliche Belastung des Kl. nach der Vertragsgestaltung gewollt ist und auch monatlich eintritt. Mit dem Tod der Mutter verwirklicht sich vielmehr das allgemeine Lebensrisiko, das grundsätzlich bei allen langfristigen Dauerschuldverhältnissen gegeben ist. Auch bei Verträgen zwischen jüngeren nahen Angehörigen kann durch den plötzlichen Tod des Darlehensgebers Konfusion eintreten, ohne dass dieses Risiko bei der Beurteilung der steuerlichen Anerkennung eine Rolle spielt. Es kann daher erst dann von einer verschleierten Schenkung und damit von einer erstrebten Unentgeltlichkeit der Grundstücksübertragung ausgegangen werden, wenn nach der Lebenswahrscheinlichkeit eine nennenswerte wirtschaftliche Belastung des „Darlehensnehmers“ durch die zeitliche Streckung der Rückzahlung ausgeschlossen werden kann. Dies ist angesichts der erheblichen Beträge, die nach dem Tilgungsplan innerhalb der statistischen Lebenserwartung der Mutter zu leisten sind, hier nicht gegeben.

Hinzu kommt, dass die Mutter nach dem Erbvertrag berechtigt ist, bei Vorliegen eines wichtigen Grundes, z. B. Auszug des Kl., die Schlusserbeneinsetzung zu ändern. In einem solchen Fall würde sich im Zeitpunkt des Todes der Mutter für den Kl. überhaupt nichts ändern, weil er die Tilgungsleistungen an den Erben erbringen müsste.

bb) Entgegen der Auffassung des Bekl. stellt der monatlich gezahlte Betrag von DM 1 000,– keine verdeckten Unterhaltsleistungen des Kl. an seine Mutter dar. Hiergegen spricht bereits, dass die Mutter nach den Angaben des Kl. in der mündlichen Verhandlung eine Altersrente von 750,– € erhält. Zudem ergibt sich aus dem Zeitablauf, dass der Grund für die Überweisung des monatlichen Betrags der steuerlich anzuerkennende Darlehensvertrag war. Den Steuerpflichtigen steht es frei, ihre Beziehungen auf eine vertragliche Grundlage zu stellen. Eine Vertragliche Regelung ist nicht schon deshalb unangemessen, weil der Betrag auch auf einer familienrechtlichen Grundlage gezahlt werden könnte (BFH BStBl II 2003, 627).

cc) Gemessen an dem erstrebten wirtschaftlichen Ziel des Kaufs des Wohnhauses mittels monatlicher Ratenzahlung ist die gewählte zivilrechtliche Gestaltung angemessen im Sinne des § 42 AO. Nach der Rechtsprechung ist eine zivilrechtliche Gestaltung insbesondere dann unangemessen, wenn sie verständige Parteien in Anbetracht des wirtschaftlichen Sachverhalts, insbesondere des erstrebten wirtschaftlichen Ziels als unpassend nicht wählen würde. Da es im Bestreben der Rechtsordnung liegt, für alle wirtschaftlichen Vorgänge möglichst einfache Rechtsgestaltungen zur Verfügung zu stellen, ist in der Regel der einfachste rechtliche Weg der angemessene. Unangemessene Gestaltungen sind hingegen umständlich, kompliziert, schwerfällig oder gekünstelt (BFH BStBl II 2001, 520; vgl. auch BFH/NV 2001, 1636).

Um das wirtschaftliche Ziel der Partei zu erreichen, waren die zwischen den Parteien abgeschlossenen Verträge zwar nicht der rechtlich einfachste Weg, aber noch angemessen. Der rechtlich einfachste Weg wäre die Vereinbarung einer Stundung des Kaufpreises und die Vereinbarung von monatlichen Zins- und Tilgungsleistungen im Kaufvertrag gewesen. Der Kl. hat demgegenüber den

Kaufpreis zunächst zwischenfinanziert und erst nach drei Monaten den Darlehensvertrag mit seiner Mutter abgeschlossen. Dies hat aber keinen Einfluss darauf, dass die gewollte Ratenzahlung mit den zivilrechtlich dafür vorgesehenen Kauf- und Darlehensverträgen verwirklicht worden ist. Die zivilrechtliche Gestaltung führt insbesondere nicht zur wirtschaftlichen Neutralisierung gegenläufiger Rechtsgeschäfte. Sie stellt kein „vorprogrammiertes Rückholverfahren", kein bloßes „Hin und Her" dar (BFH DB 2003, 1716).

4. Dem Kl. sind danach Anschaffungskosten in Höhe von DM 200 000,– entstanden (§ 8 S. 1 EigZulG). Die übrigen Voraussetzungen der Eigenheimzulage sind gegeben. Insbesondere hat der Kl. kein Zweifamilienhaus erworben, da die beiden Wohnbereiche baulich nicht voneinander getrennt sind. Dementsprechend ist das Haus als Einfamilienhaus bewertet worden. Die unentgeltliche Überlassung des unteren Wohnbereichs an die Mutter führt nicht zur Kürzung der Bemessungsgrundlage, da § 4 S. 2 EigZulG die inhaltliche Aussage des früheren § 10 e Abs. 1 S. 3 EStG in das Eigenheimzulagengesetz übernommen hat (Wacker, § 4 EigZulG Rn. 21). Der Fördergrundbetrag beträgt nach § 9 Abs. 2 S. 2 EigZulG DM 2 500,–. Die Kinderzulage für drei Kinder beträgt nach § 9 Abs. 5 S. 1 EigZulG DM 4 500,–.

Rheinische Notar-Zeitschrift (RNotZ)
ISSN 1431–1844

Herausgeber: Rheinische Notarkammer, Burgmauer 53, 50667 Köln

Herausgeberbeirat: Notar Dr. Wolfgang Baumann, Wuppertal; RA und Notar Wolfgang Heinser, Mülheim a. d. Ruhr; Notar Dr. Thomas Knoche, LL. M., Ratingen; Notar Dr. Klaus Piehler, LL. M., Köln; Notar Dr. Karl-Oskar Schmittat, Siegburg; Notar Dr. Ulrich Sostmann, Velbert

Schriftleitung: Notarassessor Dr. Ulrich Becker
Notarassessor Dr. Ulrich Bous, Burgmauer 53, 50667 Köln
(Telefon: 02 21/2 57 52 92 – Telefax: 02 21/2 57 52 93)
E-Mail: rnotz@rhnotk.de – Homepage: http:// www.notare.nrw.de

Gesamtherstellung: Medienhaus Froitzheim AG, Heilsbachstraße 20, 53123 Bonn

Anzeigenvermittlung: Carl Heymanns Verlag KG, Anzeigenabteilung, Luxemburger Straße 449, 50939 Köln
Telefon: 02 21/9 43 73-309/305, Telefax: 02 21/9 43 73-310,
E-Mail: anzeigen@heymanns.com

Die in der RNotZ veröffentlichten Beiträge und Entscheidungen entsprechen nicht in jedem Fall der Auffassung der Rheinischen Notarkammer.

Die RNotZ erscheint jährlich in 12 Heften (10 Ausgaben) und kann nur über die Geschäftsstelle der Rheinischen Notarkammer, Burgmauer 53, 50667 Köln, bezogen werden.

Der Bezugspreis (einschließlich Versand) beträgt jährlich 60,– € zuzüglich 7 % USt. und wird in einem Betrag am 1. Juli des Bezugsjahres in Rechnung gestellt. Preis der Einzelausgabe: 7,– € zuzüglich Versand und 7 % USt.

Abbestellungen nur zum Ende eines Kalenderjahres bei Eingang bis zum 1. Oktober.

Zitiervorschlag:
bis 31. 12. 2000 MittRhNotK
ab 1. 1. 2001 RNotZ