

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

14/1995 · Juli 1995

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GBO § 47; BGB §§ 883, 428 - Sicherung eines Rückübertragungsanspruchs mehrerer Berechtigter durch eine Vormerkung
GmbHG §§ 53, 55 - Umfang der Formpflicht

Rechtsprechung

BGB § 313 - Beurkundungsbedürftigkeit eines Fertighausvertrages
BGB §§ 328 Abs. 1, 332, 883 - Eintragung einer Auflassungsvormerkung bei einem Vertrag zugunsten eines Dritten mit Änderungsvorbehalt

BGB §§ 883, 1274; GBO §§ 22, 23, 24 - Löschung eines Verpfändungsvermerks im Wege der Grundbuchberichtigung

BGB § 463 - Vorliegen einer Zusicherung, arglistiges Verschweigen eines Fehlers

BNotO § 15 - Einseitiger Widerruf bei Hinterlegung

Aktuelles

Zurechnung von Kapitalerträgen aus Anderkonten

Literatur

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GBO § 47; BGB §§ 883, 428 Sicherung eines Rückübertragungsanspruchs mehrerer Berechtigter durch eine Vormerkung

I. Sachverhalt

In einem Übergabevertrag haben sich die Übergeber das Recht vorbehalten, den Vertragsgegenstand zurückfordern zu können, wenn der Erwerber diesen ohne schriftliche Zustimmung veräußert oder vor dem Längstlebenden der Übergeber stirbt. Dieses Rücktrittsrecht steht beiden Übergebern gemeinsam zu, und sie sind berechtigt, den Vertragsgegenstand zu Miteigentum zu je ½ zurückzuerwerben; dem Längerlebenden soll das Rücktrittsrecht alleine zustehen, und er soll berechtigt sein, den Vertragsgegenstand zu Alleineigentum zurückzuerwerben. Zur Sicherung dieser Ansprüche wurde in der Notarurkunde eine Auflassungsvormerkung zugunsten beider Übergeber als Berechtigter gemäß § 428 BGB bestellt.

Das Grundbuchamt weigert sich, die Auflassungsvormerkung einzutragen, mit der Begründung, daß das Berechtigungsverhältnis der Auflassungsvormerkung identisch sein muß mit dem Erwerbsverhältnis des gesicherten Anspruches; hier also letztlich eine Auflassungsvormerkung in Mitberechtigung zu je ½ sowie zwei aufschiebend bedingte Auflassungsvormerkungen zu Alleineigentum.

II. Frage

Ist eine der Vertragsgestaltung entsprechende Auflassungsvormerkung zur Sicherung der genannten Ansprüche möglich und ausreichend?

III. Rechtslage

Die vorbezeichnete Fragestellung war nach einem Urteil des BayObLG vom 15.02.1990 (MittBayNot 1990, 243) Gegenstand einer in Rechtsprechung und Literatur kontrovers geführten Diskussion. Die bis zu besagtem Urteil des BayObLG als eindeutig zu bezeichnende Rechtslage war daraufhin als ungeklärt anzusehen. Durch Urteil vom 06.04.1995 (DNotI-Report 1995, 89) ist das BayObLG nun zu seiner bisherigen Rechtsprechung zurückgekehrt und hat diese noch weitergeführt.

1. Die Sicherung **eines bedingten Rückübertragungsanspruchs durch eine Vormerkung auch bei mehreren Berechtigten** entspricht der gängigen notariellen Praxis. Danach wird bei mehreren Berechtigten das **Anteilsverhältnis nach § 47 GBO** angegeben, und es wird bei der sogenannten Sukzessivberechtigung hinsichtlich eines Anspruchs von mehreren Berechtigten die Eintragung nur einer Vormerkung bewilligt und beantragt (vgl. hierzu Langenfeld, Grundstückszuwendungen im Zivil- und Steuerrecht, 3. Aufl. 1992, Rz. 333 ff., 338). Das Beck'sche Notar-Handbuch (1992, A V Rz. 236) enthält folgenden Formulierungsvorschlag von *Jerschke*, der im vorliegenden Fall der Beurkundung zugrunde gelegt wurde:

„Zur Sicherung der Ansprüche der Veräußerer auf Rückwerb des Eigentums an dem Grundbesitz zu je 1/2-Miteigentum nach Ausübung des Rückforderungsrechts wird die Eintragung einer Vormerkung für die Veräußerer als Gesamtberechtigten gemäß § 428 BGB mit der Maßgabe bewilligt und beantragt, daß der Anspruch nach dem Tod eines der Berechtigten dem Überlebenden allein zusteht.“

Auch *Haegeler/Schöner/Stöber* (Grundbuchrecht, 10. Aufl. 1993, Rz. 261 g, 1498) halten eine derartige Vertragsgestaltung

für möglich. Der Eintragungsvorschlag von *Haegele/Schöner/Stöber* (a.a.O., Rz. 1498) lautet:

„Vormerkung zur Sicherung der Ansprüche der Eheleute A. und B. M. als Gesamtberechtigte gem. § 428 BGB auf Auflassung.“

Über den Begriff der „**Sukzessivberechtigung**“ besteht allerdings terminologische Unklarheit. Während *Jerschke* im Zusammenhang mit seinem Gestaltungsvorschlag der Gesamtberechtigung nach § 428 BGB von Sukzessivberechtigung spricht (Beck'sches Notar-Handbuch, a.a.O., A V Rz. 236), liegt nach Auffassung von *Haegele/Schöner/Stöber* (a.a.O., Rz. 261 a) hier gerade kein Anwendungsfall der Sukzessivberechtigung vor. Nach Auffassung von *Haegele/Schöner/Stöber* (a.a.O., Rz. 261 a) sind als Sukzessivberechtigung und/oder Alternativberechtigung nur die Fälle zu bezeichnen, in denen ein (im Grundbuch zu verlaubarbares) Recht mehreren Berechtigten in zeitlichem Nacheinander zustehen soll. In der grundbuchrechtlichen Kommentarliteratur bestehen ebenfalls nicht unerhebliche Unterschiede in der Darstellung des Anwendungsbereichs der sog. Sukzessivberechtigung (vgl. hierzu *Ertl*, in: *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann*, Grundbuchrecht, 4. Aufl. 1991, § 20 Rz. 60; *Demharter*, Grundbuchordnung, 21. Aufl. 1995, Anhang zu § 44 Rz. 108; *Böhringer*, in: *Meikel*, Grundbuchrecht, 7. Aufl. 1993, § 47 Rz. 203). Entwickelt wurde die Rechtsfigur der Sukzessivberechtigung von der Rechtsprechung des RG (RG 128, 246/249) und KG (DNotZ 1937, 330/331).

2. Durch Urteil vom 15.02.1990 hat das BayObLG (MittBayNot 1990, 243) entschieden, daß die Vereinbarung in einem Übergabevertrag, daß der Übernehmer verpflichtet sei, auf Verlangen der Übergeber (= Eltern) oder des Überlebenden von ihnen einen Teil des übertragenen Grundbesitzes zurückzuübertragen, so auszulegen sei, daß mit dem Tod eines Elternteils der diesen gemeinsam in Gütergemeinschaft zustehende Rückübertragungsanspruch erlösche und für den überlebenden Elternteil ein neuer, bisher aufschiebend bedingter Anspruch unabhängig von der Erbfolge nach dem Erstversterbenden entstehe. Es handele sich also um zwei Ansprüche, die auch durch zwei Vormerkungen gesichert werden müßten:

„Die Bestimmung ist so auszulegen, daß dem Überlebenden mit der Beendigung der Gütergemeinschaft durch den Tod des anderen Ehegatten ein eigener Rückübertragungsanspruch zustehen soll, während der beiden Ehegatten zustehende Anspruch mit der Beendigung der Gütergemeinschaft erlischt. Denn anderenfalls würde der Rückübertragungsanspruch dem überlebenden Ehegatten nur dann zustehen, wenn er den vorverstorbenen Ehegatten allein beerbt; nur in diesem Falle wäre die Auseinandersetzung des Gesamtguts entbehrlich (...). Zu Lebzeiten beider Ehegatten steht ihnen gemeinsam ein Rückübertragungsanspruch zu, der Bestandteil des Gesamtguts ist (§ 1416 Abs. 1, Abs. 2 BGB). Dieser Anspruch ist durch den Tod eines Ehegatten und die damit verbundene Beendigung der Gütergemeinschaft befristet. Gleichzeitig entsteht für den überlebenden Ehegatten allein ein bis dahin aufschiebend bedingter Rückübertragungsanspruch. Es handelt sich um einen Fall der „alternativen“ und „sukzessiven“ Berechtigung (...).“

Nach Auffassung des überwiegenden Teils der Literatur wurde durch diese Entscheidung des BayObLG die übliche Praxis der Sukzessivberechtigung bei mehreren Berechtigten, die nicht in Gütergemeinschaft leben, nicht berührt (so *Jerschke*, in: Beck'sches Notarhandbuch, a.a.O., A V Rz. 236: „Sonderfall bei Gütergemeinschaft“; *Ertl*, in: *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann*, a.a.O., Einl. Rz. G 36: „Sonderfall“; *Böhringer*, in: *Meikel*, a.a.O., § 49 Rz. 103 Fn 183a: „Der Meinung des BayObLG ... kann nicht zugestimmt werden“).

Auch das LG Landshut hat sich in seinem Urteil vom 23.01.1992 (Rpflerger 1992, 338) dem BayObLG nicht angeschlossen.

Nach Auffassung von *Haegele/Schöner/Stöber* (a.a.O., Rz. 1499) konnte dagegen nach dem Urteil des BayObLG der Anspruch auf Grundstücksübergabe für Eheleute, die nicht in Gütergemeinschaft verheiratet sind, als Berechtigte nach Bruchteilen mit der Maßgabe, daß er beim Tod eines Ehegatten dem Überlebenden allein zustehen soll, sicher nur noch wie folgt erreicht werden: entweder durch Bewilligung und Eintragung von drei Vormerkungen (für Eheleute nach Bruchteilen, für M und für F je allein, bedingt), oder die Ehegatten treten bereits bei Begründung des Anspruchs diesen für den Fall ihres Vorversterbens an den jeweils anderen Ehegatten ab; dann gehe mit dem Tod der Anspruch des Verstorbenen auf den Überlebenden über und mit ihm die Vormerkung (§ 401 BGB), was berichtigend auf Antrag im Grundbuch zu vermerken sei. Die früher getroffene Unterscheidung zwischen Sukzessiv- und Alternativberechtigung stelle keinen sicheren Weg mehr dar. Die Vertragsgestaltung, die stets den sichersten Weg gehen müsse, solle in Zukunft Vorsicht walten lassen, auch wenn damit bisher „gängige“ Gestaltungen fraglich würden (*Haegele/Schöner/Stöber*, a.a.O., Rz. 261 b).

3. In der Literatur hat das Urteil des BayObLG unterschiedliche Reaktionen ausgelöst. Im wesentlichen haben sich *Amann* (Das gemeinschaftliche Recht, das dem überlebenden Berechtigten allein zusteht, MittBayNot 1990, 225 ff.), *Rastätter* (Alternativ- und Sukzessivberechtigung bei der Auflassungsvormerkung, BWNNotZ 1994, 27 ff.), *Streuer* (Sukzessivberechtigung bei dinglichen Rechten und Vormerkungen, Rpflerger 1994, 397 ff.) und *Liedel* (Dasselbe oder das gleiche: Sukzessivberechtigungen angesichts neuerer Entscheidungen des BayObLG, DNotZ 1991, 855 ff.) mit dem Inhalt und den Folgen des Urteils näher befaßt.

a) Nach Auffassung von *Amann* ist das Urteil des BayObLG nicht verallgemeinerungsfähig, da das Gericht über eine besondere Fallgestaltung zu befinden hatte und mit dem Blick auf diese nur einen Teil der Gestaltungsmöglichkeiten rechtlich gewürdigt habe (MittBayNot 1990, 229).

Richtig sei die Prämisse des Gerichts, daß verschiedene Ansprüche nicht unter dem Dach einer einzigen Vormerkung gesichert werden könnten (a.a.O., 225). Im Hinblick auf die strenge Akzessorietät der Vormerkung erlangten mehrere Ansprüche verschiedener Gläubiger Vormerkungsschutz nur durch ebenso viele, inhaltlich deckungsgleiche Vormerkungen. Ebenso stimmt *Amann* dem BayObLG insoweit zu, als das Gericht ein zentrales Anliegen der Beteiligten darin gesehen hat, daß der überlebende Elternteil ohne rechtliche Risiken

Alleininhaber eines Rücküberweisungsanspruchs wird. Dieses Ziel fordere aber nicht zwingend die Begründung mehrerer Ansprüche. **Es lasse sich auch unter Wahrung der Identität des ursprünglichen gemeinsamen Anspruchs und der für ihn eingetragenen Vormerkung auch durch Erbregelung, Vorausabtretung oder Gestaltung des Gemeinschaftsverhältnisses erreichen.**

Nach *Amann* (a.a.O., 226/227) ist für die Sukzessivberechtigung entscheidend, daß trotz Sukzession auf der Gläubigerseite die Identität des Anspruchs gewahrt bleibe. Trete ein eigener (wenn auch nur bedingter) Anspruch des späteren Berechtigten von Anfang an oder zu einem späteren Zeitpunkt neben den Anspruch des bzw. der Erstberechtigten, so handele es sich um zwei Ansprüche, deren beider Schutz nur durch zwei Vormerkungen erreicht werden könne. Kennzeichnend für die Sukzessivberechtigung sei also die trotz Änderung auf der Gläubigerseite fortdauernde Existenz nur eines Anspruchs (a.a.O., 227). Dies könne durch die gesetzlichen Bestimmungen über die Gläubigermehrheit (§§ 420, 428, 432 BGB) erreicht werden. Denn bloße Änderungen im Gemeinschaftsverhältnis zwischen denselben Berechtigten ließen die Identität des Rechts unangetastet (a.a.O., 228). **Werde also vereinbart, daß das Recht den Ehepartnern als Gesamtgläubigern nach § 428 BGB zustehe, nach dem Tod eines Berechtigten dem Überlebenden allein, bleibe die Identität des Rechts unangetastet, weil der überlebende Berechtigte dem Verpflichteten gegenüber vor und nach dem Tod des vorverstorbenen Berechtigten gleich viel Rechtsmacht habe, nämlich die Rechtsmacht, Leistung an sich allein zu verlangen.** Dies erlaube also, eine Sukzession auf der Gläubigerseite ohne Abtretung zu erreichen und gleichwohl die Identität des Anspruchs zu wahren.

Verlautbart werden müsse im Grundbuch neben der üblichen Angabe des Gemeinschaftsverhältnisses (§ 47 GBO) auch die Sukzessivberechtigung des überlebenden Berechtigten. Denn § 874 BGB erlaube es nicht, wegen der Person des (Sukzessiv-)Berechtigten auf die Eintragungsbewilligung Bezug zu nehmen (a.a.O., 229).

Abschließend empfiehlt *Amann* zur Vermeidung abweichender Auslegung, in die Vereinbarung selbst aufzunehmen, daß ein und dasselbe Recht zunächst beiden Berechtigten und nach dem Tod eines Berechtigten dem überlebenden Berechtigten allein zustehe (a.a.O., 230).

Den Ausführungen *Amanns* zur Sukzessivberechtigung bei Gläubigermehrheit hat sich *Liedel* (DNotZ 1991, 855) uneingeschränkt angeschlossen.

b) Nach Auffassung von *Streuer* (Rpfleger 1994, 397) liegen bei der Sukzessivberechtigung stets mehrere selbständige Rechte vor, da dieser Begriff ohne die Einbeziehung von Bedingungen und Befristungen nicht denkbar sei. Mit den Gestaltungsmöglichkeiten der Gesamtgläubigerschaft setzt sich *Streuer* in seinem Beitrag nicht auseinander. Im Ergebnis befürwortet er jedoch für die Fälle, in denen den Eheleuten zunächst gemeinschaftlich, sodann dem Überlebenden allein ein Auflassungsanspruch zusteht, trotz des Vorliegens dreier Ansprüche und der sich daraus ergebenden Notwendigkeit mehrerer Vormerkungen die Eintragung unter einer Nummer (a.a.O.,

402). Die Eintragung unter einer Nummer ändere jedoch nichts daran, daß eine Mehrheit von Ansprüchen gesichert werde und demzufolge auch eine Mehrheit von Vormerkungen vorliege.

c) *Rastätter* (BWNNotZ 1994, 27) versteht unter Sukzessivberechtigung - ebenso wie *Amann* - die Fälle, in denen bei Eintritt eines bestimmten Ereignisses ein Wechsel auf der Gläubigerseite eines Rechts kraft Vereinbarung eintritt, der jedoch die Identität des einen und einzigen Rechtsverhältnisses nicht beeinträchtigen soll. Entscheidend sei, daß trotz Sukzession auf der Gläubigerseite die Identität des Anspruchs gewahrt bleibe und nicht ein eigener Anspruch des späteren Berechtigten von Anfang an oder zu einem späteren Zeitpunkt neben den Anspruch des Erstberechtigten trete (a.a.O., 28). Ebenso wie *Amann* schlägt *Rastätter* als Lösung die Gesamtgläubigerschaft nach § 428 BGB vor. Behalten sich Ehegatten, die nicht in Gütergemeinschaft verheiratet sind, bei einem Übergabevertrag die Rückauflassung des Grundbesitzes vor, bestehe die Möglichkeit, daß der Rückauflassungsanspruch den Ehegatten als Gesamtgläubiger gem. § 428 BGB eingeräumt werde (a.a.O., 30). Da jedem der Gesamtgläubiger von Anfang an ein eigener Anspruch zustehe, bleibe dieser Anspruch auch beim Tod des anderen Gesamtgläubigers unberührt. Eines besonderen Sukzessivvermerks im Grundbuch bedürfe es daher nicht. Die Vereinbarung, daß zu Lebzeiten beider Übergeber der Rückübertragungsanspruch beiden zu gleichen Teilen zustehe, widerspreche nicht der Regelung des § 428 BGB (a.a.O., 30). Letztere Bestimmung regle nämlich das Außenverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner, die erstere hingegen das Innenverhältnis zwischen den Gläubigern und bestimme lediglich die gesetzliche Hilfsregel des § 430 BGB.

Als in der Literatur herrschende Auffassung kann - auch nach dem Urteil des BayObLG vom 15.02.1990 - festgehalten werden, daß in den Fällen, in denen der Rückübertragungsanspruch den Ehegatten zunächst als Gesamtgläubiger nach § 428 BGB gemeinsam und nach dem Tod des erstversterbenden Ehegatten dem Überlebenden allein zustehen soll, die Eintragung nur einer Auflassungsvormerkung möglich und ausreichend ist (strittig ist allerdings, ob die Sukzession im Grundbuch zu vermerken ist). In diesem Sinne hat auch das LG Landshut mit Urteil vom 23.01.1992 (Rpfleger 1992, 338) entschieden. Ob man hier im Anschluß an die Kommentarliteratur, *Amann* und *Rastätter* von Sukzessivberechtigung spricht oder mit *Haegele/Schöner/Stöber* den Fall der Gesamtberechtigung nicht als Anwendungsfall der Sukzessivberechtigung ansieht, spielt im Ergebnis wohl keine Rolle.

4. Mit Urteil vom 06.04.1995 (DNotI-Report 1995, 89) hat nun das BayObLG erneut zu der Frage der Sukzessivberechtigung Stellung genommen. Dem Urteil zugrunde lag ein Fall, in dem sich die Übergeber das Recht vorbehalten hatten, die Rückübertragung des Vertragsobjekts auf sich zu gleichen Anteilen zu verlangen, und dem Längerlebenden das Recht zustehen sollte, die Übertragung des gesamten Vertragsobjekts auf sich allein zu verlangen. Zu Lebzeiten beider Übergeber sollten diese nur gemeinsam berechtigt sein, die Rückübertragung zu verlangen. Zur Sicherung des Rückübertragungsanspruchs wurde die Eintragung einer Vormerkung für die Veräußerer zu gleichen Anteilen bewilligt und beantragt mit der

Maßgabe, daß der Anspruch nach dem Tod eines Veräußerers dem Längerlebenden allein zusteht.

Ausführlich stellt das BayObLG in den Urteilsgründen den aktuellen Meinungsstand zur sog. Sukzessivberechtigung und die Reaktionen, die das Urteil vom 15.02.1990 ausgelöst hat, dar. Im Anschluß an Amann (MittBayNot 1990, 229) führt das Gericht aus, daß es sich bei dem Urteil vom 15.02.1990 um eine nicht verallgemeinerungsfähige Einzelfallentscheidung gehandelt habe. Die damalige Entscheidung habe auf der Auslegung der dort im Zusammenhang mit dem Übereignungsanspruch getroffenen Vereinbarungen und der vorgenommenen Grundbucheintragung beruht. Zu dem Hinweis, es handle sich um einen Fall der „alternativen und sukzessiven Berechtigung“, führt das BayObLG aus, es habe eine sukzessive Berechtigung insoweit für gegeben angesehen, als der Anspruch zunächst beiden Eheleuten gemeinsam und sodann dem Überlebenden von ihnen allein zustehen sollte, während die alternative Berechtigung darin gesehen worden sei, daß je nachdem, welcher der beiden Ehegatten zuerst versterbe, der Anspruch entweder der Ehefrau oder dem Ehemann zustehen sollte.

Im weiteren hält das BayObLG dann, **wenn der Rückübereignungsanspruch zunächst zwei Berechtigten, insbesondere Eheleuten, gemeinsam und nach dem Tod eines von ihnen dem Überlebenden allein zustehen soll, einen einzigen Anspruch für gegeben, der durch eine einzige Vormerkung gesichert werden könne:**

„In der Person des Überlebenden entsteht nicht ein neuer selbständiger Anspruch. Vielmehr steht derselbe, ihm bereits von Anfang an, allerdings zunächst gemeinsam - sei es in Gütergemeinschaft, sei es in Bruchteilsgemeinschaft - mit dem anderen Berechtigten, zustehende Anspruch mit dem Tod des Erstversterbenden nunmehr ihm allein zu. Der Tod eines der beiden Ehegatten führt in der Form einer Befristung oder Bedingung zwar zu einer Änderung in der Berechtigung, jedoch nicht zu einem völligen Auswechseln der Berechtigten in Verbindung mit dem Entstehen eines neuen Anspruchs und dem Erlöschen des bisherigen gemeinschaftlichen Anspruchs.“

Als **Möglichkeiten der notariellen Vertragsgestaltung erörtert das BayObLG zum einen § 328 BGB und die Grundsätze über den Vertrag zugunsten Dritter** (allerdings ohne hierauf näher einzugehen; vgl. hierzu das Urteil des BayObLG v. 11.05.1995, in diesem Heft S. 128 f.), und zum anderen die **Abtretung des Hälfteanteils des vorversterbenden Ehegatten zugunsten des Überlebenden für den Fall des Vorversterbens**. Damit werde erreicht, daß dem überlebenden Ehegatten der Rückübertragungsanspruch allein zustehe (§ 398 BGB). Eine solche Abtretung könne - dem Willen der Parteien entsprechend - auch im Wege der Auslegung ermittelt werden; dem stünde der im übrigen vereinbarte Ausschluß der Übertragbarkeit und Vererblichkeit des Rückübertragungsanspruchs nicht entgegen.

Des weiteren führt das BayObLG als Möglichkeit, das von den Beteiligten angestrebte Ergebnis zu erreichen, die - im Wege der Auslegung anzunehmende - **Vereinbarung einer Gesamtberechtigung im Sinne des § 428 BGB an**, und zwar unabhängig von dem im Einzelfall gegebenen Gemeinschaftsver-

hältnis. **Die Gesamtberechtigung sei zunächst von dem in erster Linie, allerdings auflösend bedingt, maßgebenden Gemeinschaftsverhältnis überlagert und werde unter gewissen Voraussetzungen, nämlich dem Vorversterben eines Ehegatten vor Ausübung des Rückübertragungsverlangens, rückwirkend wirksam.**

Ausdrücklich offen läßt das BayObLG die Streitfrage, ob in einem Fall wie hier von einer Sukzessivberechtigung gesprochen werden kann.

Schließlich hält das BayObLG nicht zuletzt deshalb an seiner früheren rechtlichen Beurteilung fest, wonach in einem Fall wie dem vorliegenden sowohl der Anspruch der beiden Ehegatten als auch der des Überlebenden durch eine einzige Vormerkung gesichert werden könne, um bei bestehenden Eintragungen dieser Art die Sicherungswirkung der Vormerkung für den Anspruch des Überlebenden nicht zu gefährden. Im übrigen sei es für die Frage der grundbuchmäßigen Buchung nicht von ausschlaggebender Bedeutung, ob es sich nur um einen oder um mehrere Ansprüche handele. Auch wenn mehrere Ansprüche angenommen würden, sei eine Sicherung von mehreren Ansprüchen entweder durch eine einzige Vormerkung oder durch mehrere unter einer Nummer gebuchte Vormerkungen jedenfalls in einem Fall wie dem vorliegenden nicht völlig ausgeschlossen. Insoweit schließt sich das BayObLG *Streuer* (Rpfleger 1994, 402) und *Liedel* (DNotZ 1991, 873) an.

Unverzichtbar sei in jedem Fall, daß bei der Eintragung der Vormerkung im Grundbuch selbst die vom Tod des erstversterbenden Ehegatten abhängige Erweiterung der Berechtigung auf den Überlebenden zum Ausdruck komme. Dazu verweist das BayObLG auf den Fassungs-vorschlag von *Amann* (MittBayNot 1990, 229):

„Vormerkung zur Sicherung eines bedingten Rückübertragungsanspruchs für A und B in Gütergemeinschaft, bedingt für jeden allein, gemäß Bewilligung ...“,

der auch bei einer Bruchteilsgemeinschaft entsprechend angewendet werden könne. Dieser müßte dann u. E. lauten:

„Vormerkung zur Sicherung eines bedingten Rückübertragungsanspruchs für A und B in Bruchteilsgemeinschaft zu je 1/2, bedingt für jeden allein, gemäß Bewilligung ...“

Das Gemeinschaftsverhältnis nach § 428 BGB, das nach Auffassung des BayObLG zunächst - auflösend bedingt - von der Bruchteilsgemeinschaft überlagert wird und nur unter der Bedingung des Vorversterbens eines Ehegatten rückwirkend wirksam wird, wäre danach im Grundbuch nicht zu verlautbaren.

GmbHG §§ 53, 55 Umfang der Formpflicht

I. Sachverhalt

Eine bestehende GmbH soll das Stammkapital von 50.000,- DM um 950.000,- DM auf 1.000.000,- DM erhöhen. Der bisherige Alleingesellschafter wird eine weitere Einlage von 450.000,- DM übernehmen. Geplant ist, daß ein weiterer Gesellschafter eine Einlage von 500.000,- DM übernimmt. Dieser weitere Gesellschafter wird nach Übernahme der Einlage sodann an die GmbH eine Betriebsstätte verpachten. Weiterhin möchten beide Gesellschafter mit der GmbH Verträge über die Anlieferung von Rohstoffen und die Abnahme von Fertigprodukten zu bestimmten Konditionen abschließen. **Diese schuldrechtlichen Nebenabreden sollen nach dem übereinstimmenden Willen aller Beteiligten davon abhängig sein, daß es zu der geplanten Kapitalerhöhung kommt, und bei deren Scheitern gegebenenfalls hinfällig sein.** Die schuldrechtlichen Nebenverträge sollen bereits jetzt vor der Kapitalerhöhung abgeschlossen werden, verbunden jeweils mit dem Wirksamkeitsvorbehalt (aufschiebende Bedingung), daß diese Verträge erst wirksam werden, wenn es zu der Kapitalerhöhung und der Beteiligung des Drittunternehmens kommt.

II. Frage

Sind diese schuldrechtlichen Nebenabreden im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung formpflichtig?

III. Rechtslage

1. Grundsätzlich ist ein **Kapitalerhöhungsbeschluß gemäß § 55 GmbHG eine Satzungsänderung.** Der Erhöhungsbeschluß muß daher gemäß § 53 Abs. 2 GmbHG notariell beurkundet werden. Der Beschluß muß die Höhe der Kapitalveränderung und die neue Ziffer des Stammkapitals festlegen und den Wortlaut der bisherigen Satzung entsprechend korrigieren (vgl. nur Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, 14. Aufl. 1995, § 55 Rn. 4).

2.a) Schuldrechtliche Nebenabreden im Zusammenhang mit einer Kapitalerhöhung sind sowohl im Verhältnis zwischen Gesellschaftern - einschließlich neu beitretender - als auch zwischen Gesellschaft und Übernehmer zulässig; grundsätzlich binden sie nur die jeweiligen Vertragspartner, nicht auch spätere Anteilserwerber (Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl. 1991, § 55 Rn. 82). **Diese Nebenabreden zwischen Gesellschaftern sind grundsätzlich formlos wirksam, und für ihr Verhältnis zu den formbedürftigen Satzungsbestandteilen gelten die gleichen Grundsätze wie bei der Gesellschaftsgründung** (vgl. ebenda). Keiner Form bedürfen aber auch Nebenabreden zwischen Gesellschaft und Übernehmer. Dies gilt trotz der in § 55 Abs. 1 GmbHG für die Übernahmeerklärung vorgeschriebenen Form selbst dann, wenn die Nebenabreden eine wesentliche Grundlage für die Anteilsübernahme bilden und diese bei deren Scheitern ebenfalls hinfällig werden sollen (vgl. Scholz/Priester, GmbHG, 8. Aufl. 1995, § 55 Rn. 86; Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 55 Rn. 82).

b) **Der BGH hatte in seiner Entscheidung vom 20.01.1977 (NJW 1977, 1151) darüber zu befinden, ob sich die Formvorschrift des § 55 Abs. 1 GmbHG auch auf Nebenabreden erstreckt.** In dem von dem BGH zu beurteilenden Sachverhalt hatten die Beteiligten einen Kaufvertrag über einen Bagger abgeschlossen. Am gleichen Tag ließen die Parteien notariell beurkunden, daß einer der Beteiligten einen neuen GmbH-Geschäftsanteil übernimmt, wobei die Parteien beide Verträge

als einheitliches Geschäft ansahen. Der BGH wies darauf hin, daß für die Formvorschrift des § 313 BGB gelte, daß sie sich auch auf Nebengeschäfte miterstrecke, die nach dem Willen der Parteien mit dem Grundstückskauf so verbunden seien, daß sie beide zusammen bestehen sollten (BGH NJW 1977, 1151). Für § 55 GmbHG gelte demgegenüber folgendes:

"Einen so umfassenden Zweck hat die Formvorschrift des § 55 Abs. 1 GmbHG nicht. Soweit hier überhaupt der Gedanke eine Rolle spielt, den Übernehmer selbst, auch zu seinem eigenen Schutz, zu einer klaren und überlegten Erklärung anzuhalten ..., umfaßt er jedenfalls nicht die sachkundige Belehrung des Übernehmers über den Gesamthalt seiner Verpflichtungen, wie sich schon daraus ergibt, daß die notarielle Beglaubigung der Übernahmeerklärung ausreicht ... Im übrigen dient § 55 Abs. 1 GmbHG vor allem der Rechtssicherheit ... Diese Zwecke erfordern es nicht, schuldrechtliche Nebenabreden zugunsten der Gesellschaft, die anlässlich einer Kapitalerhöhung, aber außerhalb des Gesellschaftsverhältnisses lediglich mit Wirkung für und gegen die derzeitigen Vertragsschließenden getroffen werden, die also nach dem Willen der Vertragsschließenden keine "dauernde Grundlage des gesellschaftlichen Lebens" bilden sollen, ebenfalls dem Formzwang zu unterwerfen ..." (BGH NJW 1977, 1151).

c) Dieser Abweichung von den zu § 313 Satz 1 BGB anerkannten Grundsätzen ist nach Auffassung von Ulmer (Hachenburg, a.a.O., § 55 Rn. 82) zuzustimmen, da er von der Verkehrsschutzfunktion der in § 55 Abs. 1 GmbHG vorgeschriebenen Form unter Ablehnung einer damit etwa verbundenen Warn- oder Belehrungsfunktion für den Übernehmer ausgeht.

3. Die für den Gesellschaftsvertrag bei **Errichtung der Gesellschaft** vorgeschriebene notarielle Form gemäß § 2 GmbHG schließt nicht aus, daß die Gesellschafter unter sich zusätzliche Abmachungen formlos treffen können (vgl. Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 2 Rn. 23; Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 3 Rn. 44; Baumann/Reiss, Satzungsergänzende Vereinbarungen - Nebenverträge im Gesellschaftsrecht, ZGR 1989, 157, 158 m.w.N.; Rowedder u. a./Rittner, GmbHG, 2. Aufl. 1990, § 3 Rn. 56). **Sollen die Nebenabreden auch für künftige Erwerber von Geschäftsanteilen bindend sein, so müssen sie in notarieller Form vereinbart und in den Gesellschaftsvertrag selbst aufgenommen werden, so beispielsweise bei Vereinbarung eines Vorzugsrechts auf Geschäftsführung** (Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 2 Rn. 23 m.w.N.). Da die meisten dieser schuldrechtlichen Abreden ihrem Inhalt nach auch mitgliederschaftliche Sonderrechte und Nebenpflichten sein können, kommt der Abgrenzung besondere Bedeutung zu (vgl. eingehend hierzu: Priester, Nicht-korporative Satzungsbestimmungen bei Kapitalgesellschaften, DB 1979, 681 ff.). **Mitgliederschaftliche Rechte und Pflichten können nur im Gesellschaftsvertrag begründet werden,**

unterliegen besonderen Auslegungsregeln, können nur durch förmliche Satzungsänderung geändert oder aufgehoben werden und gehen ipso iure auf den Erwerber des Gesellschaftsanteils über, während schuldrechtliche Rechte und Pflichten formlos zwischen den Parteien begründet, geändert und aufgehoben werden können (Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 3 Rn. 44 m.w.N.).

Auch der BGH hat in der vorbezeichneten Entscheidung (NJW 1977, 1151) darauf hingewiesen, daß für Vereinbarungen, die anlässlich einer Kapitalerhöhung unmittelbar zwischen der Gesellschaft und dem Übernehmer einer neuen Stammeinlage getroffen werden, diesen aber nicht gerade in seiner Eigenschaft als Gesellschafter, sondern nur individualrechtlich verpflichteten und deshalb keine Bindung für jeden späteren Gesellschafter begründen sollen, nichts anderes als bei der Gründung in bezug auf die (gegenüber § 55 Abs. 1 GmbHG schärfere) Formvorschrift des § 2 GmbHG zu gelten habe. Ergänzend sei darauf hingewiesen, daß die Vereinbarung schuldrechtlicher Nebenpflichten außerhalb des Gesellschaftsvertrags allerdings dann unzulässig ist, wenn die Nebenpflichten einen Teil der Stammeinlagen bilden oder hierauf angerechnet werden sollen. Zu denken ist in diesem Zusammenhang insbesondere an eine Umgehung der Vorschriften über die Aufnahme von Sacheinlageversprechen in den Gesellschaftsvertrag (§ 5 Abs. 4 GmbHG) bzw. in den Kapitalerhöhungsbeschluß (§ 56 GmbHG).

Rechtsprechung

BGB § 313

Beurkundungsbedürftigkeit eines Fertighausvertrages

Ein rechtlicher Zusammenhang zwischen einem Fertighausvertrag und einem Grundstückskaufvertrag ist gegeben, wenn der Fertighausvertrag nach dem Willen einer Partei mit dem Erwerb des Grundstücks „stehen und fallen“ soll. Dabei genügt es, daß nur eine Partei einen solchen Einheitswillen erkennen läßt und der andere Partner diesen anerkennt oder zumindest hinnimmt, unabhängig davon, ob an den beiden Rechtsgeschäften auch jeweils dieselben Vertragspartner beteiligt sind und ob die beiden Verträge in verschiedenen Urkunden niedergelegt werden.

OLG Hamm, Urt. v. 10.03.1995 - 25 U 73/94 (rkrq.)

Kz.: L I 1 - § 313 BGB (= BB 1995, 1210)

Problem

In der Praxis stellt sich häufig die Frage, ob ein Fertighausbauvertrag der Beurkundung bedarf, wenn er im Zusammenhang mit einem Grundstückskaufvertrag abgeschlossen wird. Der BGH hat in ständiger Rechtsprechung entschieden, daß eine für sich allein nicht formbedürftige Vereinbarung auch dann notariell zu beurkunden ist, wenn sie mit einem Grundstücksvertrag rechtlich zusammenhängt. Dies ist dann der Fall, **wenn die Vereinbarungen nach dem Willen der Parteien derart voneinander abhängig sind, daß sie miteinander „stehen und fallen“ sollen** (BGH DNotZ 1971, 410; DNotZ

1976, 683). Auch wenn nur einer der Vertragspartner einen solchen Einheitswillen erkennen läßt und der andere Partner ihn anerkennt oder zumindest hinnimmt, kann ein einheitlicher Vertrag vorliegen. Nicht erforderlich ist, daß an jedem der Rechtsgeschäfte jeweils dieselben Parteien beteiligt sind. Ob ein einheitliches Rechtsgeschäft in diesem Sinne vorliegt, kann sich auch aus einer Reihe von Indizien erschließen lassen. Im Urt. v. 06.12.1979 (NJW 1980, 829) hatte der BGH den rechtlichen Zusammenhang zwischen Bauwerkvertrag über ein Fertighaus und Grundstückskaufvertrag im konkreten Fall verneint. Das OLG Koblenz (NJW-RR 1994, 295) verneinte beim Fertighausvertrag ebenfalls einen solchen Zusammenhang.

Lösung

Das OLG Hamm war im vorliegenden Fall allerdings anderer Ansicht und ging **aufgrund einer Reihe von Indizien davon aus, daß zwischen dem Fertighausvertrag und dem Grundstückskaufvertrag eine rechtliche Einheit bestand**, so daß der Fertighausvertrag der Beurkundung bedürftig wäre. Der Verkäufer habe nämlich in einem Zeitungsinserat nicht nur das Fertighaus, sondern unter anderem auch das Grundstück angeboten. Auch in den nachfolgenden Verhandlungsgesprächen sei dem Verkäufer klar gewesen, daß die Käufer nicht nur wegen eines Hauses, sondern auch wegen eines Grundstückserwerbes zu ihm gekommen waren und beides erwerben wollten.

BGB §§ 328 Abs. 1, 332, 883

Eintragung einer Auflassungsvormerkung bei einem Vertrag zugunsten eines Dritten mit Änderungsvorbehalt

Hat in einem Grundstücksüberlassungsvertrag der Übergeber sich das Recht vorbehalten, von dem Erwerber unter bestimmten Voraussetzungen die Rückübereignung des Grundstücks zu verlangen, und ist in dem Übergabevertrag ferner vereinbart, daß im Fall des Versterbens des Übergebers vor Ausübung des Rückübereignungsrechts der Anspruch einem Dritten zustehen soll, so ist dieser Anspruch des Dritten auch dann vormerkungsfähig, wenn der Übergeber sich die Möglichkeit vorbehalten hat, zu seinen Lebzeiten das Recht des Dritten aufheben oder ändern zu können.

BayObLG, Beschl. v. 11.05.1995 - 2Z BR 28/95

Kz.: L I 1 - § 883

Problem

Nicht selten behält sich der Veräußerer bei Überlassungsverträgen im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge das Recht vor, in bestimmten Fällen vom Erwerber die Rückübereignung des Vertragsgegenstandes verlangen zu können. Insbesondere in den Fällen, in denen ein Ehegatte Alleineigentümer des zu überlassenden Grundbesitzes ist, äußern die Beteiligten häufig den Wunsch, dem nichtveräußernden Ehegatten ein Rückfallrecht zumindest nach dem Tod des vorversterbenden Veräußerers einzuräumen. **Dieser Anspruch kann dem überlebenden Ehegatten u. a. durch einen Vertrag zugunsten Dritter eingeräumt werden (§ 328 Abs. 1 BGB).** Da in diesem Zusammenhang aber immer auch zumindest der Fall der Scheidung der Ehegatten in die Überlegungen miteinzubeziehen ist,

ist insoweit an einen Änderungsvorbehalt (§ 332 BGB) zu denken. Im vorliegend vom BayObLG entschiedenen Fall hieß es zum Rückforderungsrecht im einzelnen: „Dieses Recht kann nur höchstpersönlich ausgeübt werden und ist bis zum Zeitpunkt seiner Ausübung weder vererblich noch übertragbar.“ Des weiteren war in der Urkunde bestimmt, daß für den Fall, daß der Veräußerer vor seinem Ehegatten versterben sollte, ohne das Rückübertragungsverlangen wirksam ausgeübt zu haben, der Ehegatte des Veräußerers Begünstigter eines bedingten Übereignungsversprechens gemäß § 328 Abs. 1 BGB sein solle mit dem Inhalt, daß der Veräußerer zu seinen Lebzeiten beliebig über diese Begünstigung verfügen könne. Zur Sicherung dieses dem Ehegatten zugewendeten bedingten Übereignungsanspruchs haben die Vertragsteile die Eintragung einer Auflassungsvormerkung bewilligt und beantragt. Grundbuchamt und Beschwerdegericht haben die Eintragung der Auflassungsvormerkung abgelehnt, da es sich bei dem durch den Vertrag zugunsten Dritter mit Änderungsvorbehalt begründeten Anspruch um ein künftiges und bedingtes Recht des Ehegatten handele, das jederzeit ohne dessen Zustimmung aufgehoben werden könne. Eine gesicherte Rechtsstellung, die die Eintragung einer Vormerkung rechtfertige, liege daher nicht vor.

Lösung

Nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Meinung in der Literatur kann zur Sicherung künftiger Ansprüche eine Vormerkung nur eingetragen werden, wenn bereits der Rechtsboden für ihre Entstehung durch ein rechtsverbindliches Angebot oder Abkommen zwischen den künftigen Vertragsparteien soweit vorbereitet ist, daß ihre Entstehung nur noch vom Willen des künftigen Berechtigten, des Auflassungsberechtigten, abhängt (vgl. hierzu m. w. N. Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 10. Aufl. 1993, Rz. 1489). Diese für die Sicherung künftiger Ansprüche entwickelte Einschränkung ist - entgegen früher vertretener Auffassung (so noch BayObLG DNotZ 1977, 622) - auf die Sicherung bedingter Ansprüche nicht anwendbar. **Nach inzwischen herrschender Meinung in Rechtsprechung und Literatur wird die Eintragungsfähigkeit der Vormerkung zur Sicherung bedingter Ansprüche ohne die hinsichtlich künftiger Ansprüche bestehenden Einschränkungen bejaht** (BayObLGZ 77, 247/249; OLG Hamm Rpfleger 1978, 137; Haegele/Schöner/Stöber, a.a.O., Rz. 1489). Anders als künftige Ansprüche entsteht ein bedingter Anspruch bereits im Zeitpunkt der Vereinbarung, so daß eine gesicherte Grundlage für die Eintragung der Vormerkung gegeben ist. Bei dem durch die vertragliche Regelung zugunsten Dritter gemäß § 328 Abs. 1 BGB eingeräumten Anspruch handelt es sich nach Auffassung des BayObLG um einen mehrfach bedingten: Der Anspruch entsteht bereits durch die Vereinbarung, hängt jedoch von den aufschiebenden Bedingungen des Vorversterbens des Veräußerers und des Vorliegens eines Rückübereignungsgrundes sowie der sogenannten Potestativbedingung der Nichtausübung des Rückübereignungsrechtes durch den Veräußerer ab. Die Eintragung einer Vormerkung für derartige Fälle wird bejaht, da sie bedingte Ansprüche sichern soll (vgl. hierzu BayObLG 1977, 268 ff.). **Der Umstand, daß der Veräußerer über das dem Ehegatten eingeräumte Recht anderweitig verfügen könne, bedeute nicht, daß das Recht des Ehegatten erst in Zukunft begründet werden solle.** Vielmehr stehe es nur unter einer auflösenden Bedingung, denn die Einschränkung besage ledig-

lich, daß der Veräußerer das Recht des Ehegatten wieder rückgängig machen könne. Für den Ehegatten sei damit durch den Vertrag nicht nur - wie bei in Zukunft erwarteten Erb- oder Vermächtnisansprüchen - die Hoffnung begründet worden, den Anspruch zu erwerben, vielmehr sei hier der Anspruch in der Vereinbarung selbst bereits zugewendet. Die Vertragsparteien hätten auch durch die im Vertrag bewilligte und beantragte Eintragung des Rechts des Ehegatten im Grundbuch zum Ausdruck gebracht, daß dem Ehegatten sofort und nicht erst in Zukunft ein Übertragungsanspruch eingeräumt werden solle. Zwar sei dem Ehegatten nur eine Rechtsposition gewährt, die allein durch die Willenserklärung des Veräußerers rückgängig gemacht werden könne. **Eine solche Einschränkung (Änderungsvorbehalt) stelle als auflösende Bedingung eine echte Bedingung im Sinne des § 158 BGB dar.** Sie hindere die Vormerkbarkeit des Auflassungsanspruchs nicht, da der zur Übereignung Verpflichtete, der Erwerber, seine im Vertrag begründete Verpflichtung jedenfalls einseitig nicht aufheben könne. Das BayObLG hatte bei einem Vorvertrag zugunsten eines Dritten, in dem sich die Vertragsparteien die Befugnis vorbehalten, die zu Gunsten des Dritten getroffenen Vereinbarungen wieder aufzuheben oder zu ändern, die Eintragung einer Vormerkung mit der Begründung abgelehnt, das Entstehen des Auflassungsanspruchs hänge nicht allein vom Willen des Berechtigten ab (BayObLGZ 1976, 297 ff.; ebenso Haegele/Schöner/Stöber, a.a.O., Rz. 1489). Diese Entscheidung betreffe jedoch einen künftigen, nicht einen bedingten Anspruch, so daß sie im vorliegenden Fall nicht einschlägig sei. **Das BayObLG hat nunmehr wiederholt klargestellt, daß für die Vormerkbarkeit bedingter Auflassungsansprüche nicht gefordert werden könne, das Entstehen des Anspruchs dürfe nur noch vom Willen des Berechtigten abhängen.** Die Sicherung des bedingten Auflassungsanspruchs des Ehegatten stelle auch keine Umgehung der Vorschrift des § 137 Satz 1 BGB dar.

BGB §§ 883, 1274; GBO §§ 22, 23, 24

Löschung eines Verpfändungsvermerks im Wege der Grundbuchberichtigung

Ist ein Auflassungsanspruch unter der auflösenden Bedingung der Eintragung einer Grundschuld für den Pfandgläubiger verpfändet, kann der bei der Auflassungsvormerkung eingetragene Verpfändungsvermerk mit Eintragung der Grundschuld im Wege der Grundbuchberichtigung nur mit Bewilligung des Pfandgläubigers gelöscht werden (Bestätigung von BayObLGZ 1983, 301/303).

BayObLG, Beschl. v. 11.05.1995 - 2Z BR 37/95

Kz.: L I 1 - § 883 BGB

Problem

Beim **Verkauf einer Teilfläche wird anlässlich der Grundschuldbestellung häufig der Eigentumsverschaffungsanspruch des Käufers an seine Finanzierungsbank verpfändet**, damit diese bereits vor Abschreibung der veräußerten Teilfläche und der dann erst möglichen Eintragung der Grundschuld eine Sicherheit erwirbt und so zur Auskehrung des Kaufpreisfinanzierungsdarlehens schon vor Eintragung der Grundschuld im Grundbuch bereit ist. **Die Verpfändung er-**

folgt dabei **regelmäßig auflösend bedingt durch die Eintragung der Grundschuld**; das Pfandrecht soll mit Eintragung der Grundschuld erlöschen (ausführlich zur Löschung des Verpfändungs- sowie des Pfändungsvermerks DNotI-Report 1995, 81 ff.).

Lösung

Nach ständiger Rechtsprechung des BayObLG und nach einheitlicher Auffassung in der Literatur **bedarf es zur Löschung der Auflassungsvormerkung samt Verpfändungsvermerk grundsätzlich der Bewilligung (auch) des Gläubigers** (s. hierzu m. w. N. DNotI-Report 1995, 82). In seinem Urteil vom 08.12.1983 (BayObLGZ 83, 301 ff., vgl. auch hierzu DNotI-Report 1995, 84) hat das BayObLG allerdings ausgeführt, daß der Verpfändungsvermerk anlässlich der Eigentumsumschreibung und der damit verbundenen Löschung der Auflassungsvormerkung **nach § 22 GBO durch Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs ohne entspr. Bewilligung bzw. Zustimmung des Pfandgläubigers gelöscht werden könne**. Mit Eintragung der Auflassung gehe der Pfandgegenstand (Eigentumsverschaffungsanspruch) und damit auch das Pfandrecht hieran unter; §§ 23, 24 GBO seien in diesem Fall nicht anwendbar, da es nach Untergang des Pfandgegenstandes eine Haftung eben dieses Pfandgegenstandes für Rückstände von Leistungen nicht mehr geben könne (BayObLGZ 1983, 304). Anders als in dem 1983 vom BayObLG zu entscheidenden Fall stand diesmal die Löschung des Verpfändungsvermerks offensichtlich nicht im Zusammenhang mit der Eigentumsumschreibung (der Sachverhalt enthält hierzu leider keine näheren Angaben). Bereits in dem Urteil von 1983 hat das BayObLG im Wege eines obiter dictum ausgeführt, daß bei Eintritt der auflösenden Bedingung für die Verpfändung in Form der Eintragung der Grundschuld der Verpfändungsvermerk nur unter den erschwerenden Voraussetzungen der §§ 23, 24 GBO gelöscht werden könne. Dieses obiter dictum hat das BayObLG nun ausdrücklich bestätigt. Zwar handele es sich bei dem Pfandrecht an einem im Grundbuch vorgemerkten Auflassungsanspruch nicht um ein Pfandrecht an einem Grundstücksrecht im eigentlichen Sinne; **§ 23 Abs. 1 GBO sei jedoch entsprechend anwendbar**. Würde bei der Löschung des Verpfändungsvermerks allein auf den Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit abgestellt werden, dann könnte der Pfandgläubiger die auch ihm zugute kommende Sicherungswirkung der Vormerkung gemäß §§ 883 Abs. 2, 888 BGB hinsichtlich der Rückstände verlieren, z. B. dadurch, daß der Vormerkungsberechtigte vormerkungswidrigen Verfügungen zustimme (vgl. hierzu auch Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 10. Aufl. 1993, Rz. 1574). Als Rückstände kämen im vorliegenden Fall z. B. fällig gewordene Zinsen aus dem zur Kaufpreisfinanzierung gegebenen und durch die Verpfändung sowie die bewilligte Grundschuld gesicherten Darlehen in Betracht. Voraussetzung für eine Anwendung des § 23 Abs. 1 GBO sei nicht, daß es sich um ein Recht handele, das zu seiner Entstehung der Eintragung in das Grundbuch bedürfe. Entscheidend sei vielmehr, daß das außerhalb des Grundbuchs entstandene Pfandrecht am Auflassungsanspruch im Grundbuch eingetragen werden könne, weil mit der Eintragung Rechtswirkungen zugunsten des Pfandgläubigers verbunden seien. Diesem kämen die Sicherungswirkungen des gepfändeten Auflassungsanspruchs durch die Vormerkung (vgl. §§ 883 Abs. 2, 888 BGB) zugute; diese Sicherungswirkungen könnten im Fall der Eintragung der

Verpfändung bei der Auflassungsvormerkung dem Pfandgläubiger nicht ohne seine Mitwirkung verlorengehen.

BGB § 463

Vorliegen einer Zusicherung, arglistiges Verschweigen eines Fehlers

Wird ein Grundstück verkauft, auf dem früher eine Werksdeponie unterhalten worden ist, so hat der Verkäufer den Käufer hierüber aufzuklären.

Verschweigt der Verkäufer arglistig, daß das verkaufte Grundstück als Werksdeponie genutzt worden ist, so kann der Käufer nach § 463 S. 2 BGB nur Ersatz der erforderlichen Aufwendungen für die Beseitigung der Schadstoffe verlangen, die in ursächlichem Zusammenhang mit der Nutzung der Werksdeponie stehen (Ergänzung zum Senatsurteil vom 12. Juli 1991, V ZR 121/90, NJW 1991, 2900).

BGH, Ur. v. 3. März 1995 - V ZR 43/94

Kz.: L I 1 - § 463 BGB

Problem

Nach § 463 BGB kann der Käufer statt der Wandelung oder der Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn der verkauften Sache zur Zeit des Kaufes eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder wenn der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat. Eine Zusicherung im Sinne von §§ 459 Abs. 2, 463 S. 1 BGB liegt nach ständiger Rechtsprechung des BGH vor, wenn der Verkäufer vertraglich die Gewähr für den Bestand einer Eigenschaft der Kaufsache übernimmt und somit für alle Folgen ihres Fehlens einstehen will. **In diesem Zusammenhang stellt sich regelmäßig die Frage, welche Bedeutung der in notariellen Kaufverträgen regelmäßig enthaltene Formulierung zukommt, durch welche der Verkäufer versichert, daß ihm „verborgene Mängel“ nicht bekannt sind.**

Lösung

Der BGH hat mit diesem Urteil zum wiederholten Male entschieden, daß die in einem notariellen Vertrag enthaltene **Versicherung des Verkäufers, daß ihm verborgene Mängel nicht bekannt seien, keine Zusicherung der Mangelfreiheit darstelle** (BGH NJW 1991, 1181/1182; BGH NJW-RR 1992, 333). Im weiteren hat der BGH ausgeführt, daß der Umstand, daß ein Teil des verkauften Grundstücks früher als Werksdeponie genutzt worden sei, einen **offenbarungspflichtigen Mangel** im Sinne von § 463 S. 2 BGB darstelle. Aufgrund der früheren Nutzung ohne anschließend durchgeführte Entsorgung sei ein Grundstück mit einem Fehler behaftet, der den Wert und die Tauglichkeit zu dem nach dem Kaufvertrag vorausgesetzten Gebrauch - das Grundstück sollte bebaut werden - nicht unerheblich mindere. Dabei handele es sich um einen offenbarungspflichtigen Umstand. Bei einer Deponie müsse immer die Möglichkeit in Rechnung gestellt werden, daß auf ihr auch Abfälle gelagert worden seien, die wegen ihrer chemischen Zusammensetzung eine besondere Gefahr darstellten. Dies gelte nicht nur für eine „wilde“ Müllkippe (BGH NJW 1991, 2900 f.). Diese Gefahr bestehe vielmehr auch bei einer Werksdeponie.

Bei einer **Täuschung** durch Verschweigen eines offenbarungspflichtigen Mangels handele derjenige arglistig, der einen Fehler mindestens für möglich halte und gleichzeitig wisse oder damit rechne und billigend in Kauf nehme, daß der Vertragsgegner den Fehler nicht kenne und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte. Das Tatbestandsmerkmal der **Arglist** erfasse damit nicht nur ein Handeln des Veräußerers, das von betrügerischer Absicht getragen sei, sondern auch solche Verhaltensweisen, die auf **bedingten Vorsatz im Sinne eines „Fürmöglichhaltens und Inkaufnehmens“** reduziert seien und mit **denen kein moralisches Unwerturteil** verbunden sein müsse. Im übrigen sei Anknüpfungspunkt für die Haftung des Verkäufers der Fehler der Kaufsache, was hier **allein die frühere Nutzung des Grundstückes als Deponie** sei. Allein das Verschweigen dieses Umstandes trotz Kenntnis begründe die Schadensersatzpflicht nach § 463 S. 2 BGB, **ohne daß es auf eine Kenntnis der auf die Deponie gelangten Materialien und Schadstoffe ankomme** (BGH NJW 1991, 2900; BGH NJW 1994, 253 f.).

BNotO § 15

Einseitiger Widerruf bei Hinterlegung

1. Der Beschwerdeweg nach § 15 Abs. 1 S. 2 BNotO ist auch gegen den Bescheid eines Notars eröffnet, in bestimmter Weise über Geld zu verfügen, das auf einem von ihm geführten Anderkonto hinterlegt bzw. noch zu hinterlegen ist.

2. Zur grundsätzlichen Unbeachtlichkeit eines einseitigen Widerrufs bei der Verwaltung eines Notaranderkontos nach Abtretung der über das Anderkonto abzuwickelnden Kaufpreisansprüche.

BayObLGZ, Beschl. v. 01.06.1995 - 3Z BR 49/94
Kz.: L III 1 - § 23 BNotO

Problem

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens waren zwei hintereinandergeschaltete Kaufverträge. Die Firma A hatte von der Firma B elf Eigentumswohnungen gekauft und diese anschließend an Drittkäufer weiterveräußert. Nach dem zwischen den beiden Firmen abgeschlossenen Bauträgervertrag sollte der von der Firma A zu entrichtende Gesamtkaufpreis innerhalb einer bestimmten Frist auf Notaranderkonto hinterlegt werden, **wobei der beurkundende Notar unwiderruflich angewiesen wurde, den hinterlegten Kaufpreis unter bestimmten Voraussetzungen in Teilbeträgen an die Firma B auszuzahlen.** Die Firma A schließlich schloß wiederum Bauträgerverträge mit den Drittkäufern ab, die eine entsprechende Hinterlegungsanordnung enthielten. In einer Vereinbarung mit der Firma B trat die Firma A sämtliche ihr aus der Weiterveräußerung der Eigentumswohnung zustehenden Rechte und Ansprüche, insbesondere den Anspruch auf vollständige Kaufpreiszahlung, an die Firma B ab, allerdings mit der Einschränkung, daß, soweit die Firma B aus den einzelnen Kaufverträgen mit den Dritten insgesamt mehr als 3,4 Mio. DM vereinnahmen sollte, die Firma B verpflichtet sein sollte, den übersteigenden Betrag an die Firma A auszuzahlen. Die Abtretung wurde dem Hinterle-

gungsnotar von der Firma A angezeigt. Die Firma A war der Auffassung, die auf dem Notaranderkonto künftig eingehenden Gelder seien, soweit sie den Betrag von 3,4 Mio. DM überstiegen, direkt an sie auszuzahlen. Dieser Auffassung folgte der Notar nicht.

Lösung

Das BayObLG ist der Auffassung, daß der Notar nicht verpflichtet sei, den überschießenden Betrag an die Firma A auszuzahlen. Infolge der ihm angezeigten Abtretung der von der Firma A gegen die Endkäufer erworbenen Kaufpreisansprüche sei die Firma B insoweit in vollem Umfang an die Stelle der Firma A getreten. Mit dieser Anzeige wurde der Notar angewiesen, die von seiten der Endkäufer eingehenden Kaufpreiszahlungen unter Beachtung der in den Kaufverträgen getroffenen Vereinbarungen nunmehr statt an die Firma A an die Firma B auszuzahlen. Die Auszahlungsanweisung bezog sich auf sämtliche Kaufpreisansprüche in voller Höhe und war nicht lediglich einseitig. Obgleich die Abtretung dem Notar nur von der Firma A angezeigt wurde, hatte die Anzeige eine gemeinsame Weisung beider Vertragsparteien zum Inhalt. **Der Notar, der es übernommen habe, im Rahmen der Abwicklung eines Grundstückskaufvertrages Geld für andere zu verwahren, sei an die ihm gemeinsam erteilte Treuhandweisung grundsätzlich gebunden, auch wenn ihr ein Vertragsteil nachträglich widerspreche** (vgl. Schleswig-Holsteinisches OLG DNotZ 1993, 67; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1988, 48; OLG Hamm DNotZ 1983, 702; KG DNotZ 1987, 577). Ein den Grundsatz der Unbeachtlichkeit eines einseitigen Widerrufs durchbrechender Ausnahmefall liege nicht vor. Außer im Fall der **Unwirksamkeit des Kausalgeschäftes** sei ein einseitiger Widerruf vom Notar ferner zu beachten, wenn er andernfalls an **unerlaubten oder unredlichen Zwecken** mitwirken würde bzw. dem Widerrufenden aufgrund zwischenzeitlich ersichtlich gewordener **Umstände ein nicht wieder gutzumachender Schaden drohe. Diese Voraussetzungen müßten für den Notar allerdings klar erkennbar sein, da er keine Ermittlungsbefugnisse besitze und es nicht seine Aufgabe sei, wie ein Richter zu entscheiden. Eine solche Fallgestaltung liege ersichtlich nicht vor.**

Das BayObLG ist schließlich auch der Auffassung, daß der Notar sich nicht dadurch pflichtwidrig verhalte, daß er die streitigen Beträge nicht hinterlege. Zwar gelte der Grundgedanke des § 372 BGB sinngemäß auch für einen Notar. Sind die vertraglich vereinbarten Voraussetzungen für die Auszahlung erfüllt, habe er bei Streit über die Empfangsberechtigung jedoch in eigener Verantwortung zu entscheiden, ob und an wen er das Guthaben auszahle (OLG Hamm DNotZ 1983, 61). **Zum Mittel der Hinterlegung dürfe er allenfalls nur dann greifen, wenn er ohne Fahrlässigkeit nicht zu klären vermöge, wer berechtigter Gläubiger sei.**

Aktuelles

Zurechnung von Kapitalerträgen aus Anderkonten (BMF-Schreiben vom 06.06.1995 - IV B 4 - S 2252 - 186/95)

Zur Zurechnung von Kapitalerträgen aus noch nicht abgeschlossenen Anderkonten wird im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der Länder wie folgt Stellung genommen:

Auf dem Anderkonto eines Notars anfallende Guthabenzinsen sind dem Treugeber zuzurechnen. Wer Treugeber ist, ergibt sich grds. aus der Hinterlegungsvereinbarung der Vertragsparteien. Nach dem BFH-Urt. v. 30.01.1986 (BStBl II 1986, S. 404 = DB 1986, S. 1053) fließen auf dem Anderkonto anfallende Zinsen dem Treugeber im Zeitpunkt der Gutschrift zu. Dies gilt auch dann, wenn der Vollzug des Kaufvertrags (noch) nicht garantiert ist. Eine Vereinbarung der Vertragsparteien, daß neben dem Kaufpreis auch die Zinsen gesperrt bleiben sollen, steht dem Zufluß nicht entgegen (BFH vom 23.04.1980, BStBl II 1980, S. 643 (644/645) = DB 1971, S. 455). Kommt der Kaufvertrag endgültig nicht zustande und wird der hinterlegte Kaufpreis einschließlich der Hinterlegungszinsen an den Käufer zurückgezahlt, erzielt dieser Ein-

nahmen aus Kapitalvermögen. Bei dem Veräußerer entstehen im gleichen Zeitpunkt in Höhe der ausgekehrten Hinterlegungszinsen negative Einnahmen (BFH-Urt. v. 13.12.1963, BStBl III 1964, S. 184 = DB 1964, S. 500).

Literaturhinweise

Weitnauer, WEG, 8. Aufl. 1995, Verlag Franz Vahlen, München, 886 Seiten, 128,- DM

Nach sechs Jahren liegt nun die 8. Auflage dieses Standardkommentars zum Wohnungseigentumsrecht vor. Er ist eine Fundgrube einschlägiger aktueller Entscheidungen zu allen Fragen des Wohnungseigentumsrechts in der notariellen Praxis. Besonders erfreulich ist, daß dogmatische Grundprobleme in Anhängen behandelt werden, z. B. die faktische Wohnungseigentümergeinschaft im Anhang zu § 10 oder auch der Vertrag über den Erwerb einer Eigentumswohnung im Anhang zu § 8. Hier werden auch Fragen der MaBV behandelt. Ebenfalls zu begrüßen ist, daß im Anhang Musterbeispiele zur Begründung von Wohnungseigentum nach §§ 3 und 8 WEG und ein ausführliches Entscheidungsverzeichnis enthalten sind. Der „Weitnauer“ ist in seiner aktuellen Fassung ein unentbehrliches Hilfsmittel für den Praktiker im Wohnungseigentumsrecht.

Notar a. D. Dr. Peter Limmer

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Köln -
97070 Würzburg, Kaiserstraße 23
Telefon: 09 31/3 55 76-0 - Telefax: 09 31/3 55 76-225

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter:

Notar a.D. Dr. Peter Limmer, Kaiserstraße 23, 97070 Würzburg

Bezugsbedingungen:

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

Bezugspreis:

Jährlich 300,- DM, Einzelheft 13,- DM, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle
Deutsches Notarinstitut, Kaiserstraße 23, 97070 Würzburg

Druck:

Max Schimmel Verlag GmbH + Co KG, Postfach 6560, 97015 Würzburg,
Tel.: 09 31/27 91 300, Fax.: 09 31/27 91 333