

# BWNotZ

## Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

### Herausgeber

Württembergischer Notarverein e.V.  
in Verbindung mit dem  
Badischen Notarverein e.V.

Kronenstraße 34  
70174 Stuttgart

### Schriftleitung

Notar Achim Falk,  
Stuttgart

Notar Dr. Jürgen Rastätter,  
Karlsruhe

[www.notare-wuerttemberg.de](http://www.notare-wuerttemberg.de)  
[www.badischer-notarverein.de](http://www.badischer-notarverein.de)

**3/2005**

Juli  
Seiten 49-72

## Inhalt

### Abhandlungen

*Heinzmann*

**Der fremdfinanzierte Immobilienverkauf  
von der öffentlichen Hand** ..... 50

**Rechtsprechung** ..... 69

**Buchbesprechungen** ..... 72

## Zum Tod von Generalbundesanwalt a.D. Professor Dr. Kurt Rebmann

(von Max Schneider, Bezirksnotar i.R., Sindelfingen)

Am 21. April 2005 starb der frühere Generalbundesanwalt Professor Dr. Kurt Rebmann. In allen mir zugänglichen Nachrufen wurden vor allem die hervorragenden Verdienste gewürdigt, die er sich als „oberster Ankläger der Republik“ bei der Bekämpfung des Terrorismus erwarb. In dieses Amt, das er von 1977 bis 1990 bekleidete, war der damalige Ministerialdirektor im Justizministerium Baden-Württemberg in schwieriger Zeit als Nachfolger des seinerzeit von RAF-Terroristen ermordeten Generalbundesanwalts Siegfried Buback berufen worden.

Wer erinnert sich nicht an die dramatischen Monate nach seinem Amtsantritt:

Am 30. Juli wurde der Bankier Jürgen Ponto erschossen. Am 5. September begann die Geiselnahme von Arbeitgeberpräsident Hanns-Martin Schleyer, der am 18. Oktober ermordet wurde. In der Nacht zuvor war die von Terroristen gekaperte Lufthansa-Maschine „Landslut“ in Mogadischu von deutschen Antiterror-Einheiten gestürmt worden. Die Terroristen Baader, Meinhof und Raspe begingen in ihren Zellen in Stuttgart-Stammheim Selbstmord!

Auch wenn sich Prof. Dr. Rebmann seinen Platz in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland in erster Linie wegen seines in schwieriger Zeit und überaus erfolgreich ausgeübten Amtes des Generalbundesanwalts - länger als jeder seiner Vorgänger - erworben hat, dürfen andere von ihm wahrgenommene Funktionen und Aufgaben nicht unerwähnt bleiben: So z.B. sein Engagement für die grundlegende Reform des Eherechts (insbesondere des Rechts der Ehescheidung). Als Vorsitzender der seinerzeit von Gustav Heinemann einberufenen Eherechtskommission setzte er sich nachdrücklich für die Ablösung des früheren Verschuldensprinzips durch das Zerrüttungsprinzip ein. Auch das Erscheinen eines neuen Großkommentars zum Bürgerlichen Gesetzbuch, des „Münchener Kommentars“, im Jahre 1981 ist untrennbar mit dem Namen Kurt Rebmann verbunden. Dessen Herausgabe stellte ein gewisses Wagnis dar; denn das neue Erläuterungswerk hatte seinerzeit den Wettbewerb mit einigen gut eingeführten, renommierten und bewährten anderen Kommentaren aufzunehmen und zu bestehen. Die Qualität und die Bedeutung, die sich dieses neue juristische Standardwerk zwischenzeitlich in der Fachwelt erwarb und als dessen Mitherausgeber sowie Redakteur des familienrechtlichen Teils der Einser-Jurist Prof. Dr. Rebmann verantwortlich zeichnete, hat dieses Wagnis in jeder Hinsicht gerechtfertigt. Insbesondere der familien- und der erbrechtliche Teil dieses ausgezeichneten Werks sind aus der Alltags-Praxis eines Notars nicht mehr weg zu denken.

Die älteren - beamteten und freiberuflichen - Notare im württ. Rechtsgebiet erinnern sich mit Freude und Dankbarkeit an die Tätigkeit von Herrn Prof. Dr. Rebmann als Ministerialdirektor im Stuttgarter Justizministerium von 1965 bis 1977. Unvergessen sind sein souveräner Umgang mit Problembereichen, seine Ansprachen bei unseren Mitgliederversammlungen und seine Teilnahme an unseren Familienabenden in der Stuttgarter Liederhalle; bei letzteren, die für ihn eine willkommene Abwechslung vom Alltags-Stress darstellten und denen er einmal sogar (sicher scherzhaft) „justizpolitische Bedeutung“ beimaß, durften wir ihn und seine Frau Gemahlin nahezu regelmäßig - auch noch lange nach seinem Ausscheiden als Ministerialdirektor beim Justizministerium - als gern gesehene Gäste begrüßen. Von Anfang an war er davon überzeugt, dass das württembergische Amtsnotariat auf Grund seiner personellen Besetzung, seiner Organisation, seinen Zuständigkeiten und seiner Leistungskraft einen wesentlichen Bestandteil der baden-württembergischen Justiz darstellt. Während seiner Amtszeit wurde deshalb folgerichtig - im Jahre 1975 durch das Landesgesetz über die - freiwillige Gerichtsbarkeit (LFGG) - das bis dahin auf zahlreichen Rechtsquellen verteilte Notariatsrecht der Vorgänger-Länder des Bundeslandes Baden-Württemberg - ohne Änderung der Notariatsverfassung - bereinigt und gleichzeitig verschiedene Angleichungen der Strukturen des Amtsnotariats in den früheren Ländern Baden und Württemberg unter Einbeziehung von Hohenzollern vorgenommen. Geradezu ein Anliegen war ihm die Schaffung einer Sonderlaufbahn für die württembergischen Notare im Landesdienst, für deren Dienstanfänger seinerzeit das bundesrechtlich fixierte Eingangsamt des gehobenen Dienstes maßgebend war. Richtungweisend für seine Einstellung gegenüber unserem Berufsstand ist der von ihm und Herrn Ministerialdirigent Dr. Ortwin Henssler im Jahre 1976 verfasste Beitrag zum 150-jährigen Bestehen des Amtsnotariats in Württemberg „Rückblick und Ausblick“, der in einem Sonderheft unserer BWNotZ veröffentlicht wurde. Zwar wurde die darin von ihm als „vorrangiges justizpolitisches Nahziel im Bereich des württembergischen Amtsnotariats“ bezeichnete Einführung der Sonderlaufbahn für Notarvertreter und Bezirksnotare erst am 21.3.1979 durch die Verabschiedung des Landesangepassungsgesetzes zum 2. BesVNG, im Landtag von Baden-Württemberg realisiert - zu einer Zeit, als Herr Prof. Dr. Rebmann längst das Amt des Generalbundesanwalts inne hatte -. Gleichwohl bleibt festzuhalten: Ohne sein nachhaltiges, ungemein engagiertes Eintreten für die Verwirklichung der von uns seit dem Jahre 1972 angestrebten und im Benehmen mit dem Justizministerium Baden-Württemberg unter seiner Federführung entwickelten Konzeption wäre dieses für unseren Berufsstand ungemein wichtige Ergebnis, das gegen den teilweise erbitterten Widerstand von den verschiedensten Seiten durchgesetzt werden musste und das heute vielfach als selbstverständlich betrachtet wird, nicht möglich gewesen.

Generalbundesanwalt a.D. Prof. Dr. Kurt Rebmann hat sich um das baden-württembergische Notariat, insbesondere aber um das württ. Amtsnotariat, hervorragende, bleibende Verdienste erworben. Dafür schulden wir ihm Dank und Anerkennung! Wir werden ihn in guter Erinnerung behalten.

# Der fremdfinanzierte Immobilienverkauf von der öffentlichen Hand

## – Privatrechtliche und grundbuchrechtliche Gestaltungen in Anbetracht des Grundpfandrechtsbestellungsverbots der öffentlichen Rechtsträger –

(von Dr. Friedrich Heinzmann, Tübingen\*)

### GLIEDERUNG

#### I. Einleitung und Aufriss des Themas

1. Sicherungsbedürfnisse der Beteiligten
2. Grundpfandrechtsbestellungsverbot der Rechtsträger nach öffentlichem Recht
3. Erkundigungen und Bestätigungen zur Bonität des Käufers
4. Aufriss des Themas

#### II. Eigentumsumschreibungsbewilligung unter Vorbehalt

1. Konzeption
  - a) Überblick
  - b) Ablauf im Einzelnen
  - c) Musterurkunden
    - (1) Schreiben der Bank an den Verkäufer
    - (2) Schreiben des Verkäufers an die Bank
    - (3) Besondere Bestimmungen in der Grundschuldbestellungsurkunde
    - (4) Besondere Bestimmungen in der Auflassungsurkunde
    - (5) Besondere Bestimmungen in der Kaufvertragsurkunde
2. Gesetzliche Grundlagen
  - a) Bewilligung unter Vorbehalt
  - b) Bewilligung neben der Auflassung
  - c) Bewilligung unter Vorbehalt und unbedingte Auflassung
  - d) „Gleichzeitige“ Eigentums- und Grundschuldeintragung
3. Störfälle Verpfändung und Pfändung des Auflassungsanspruchs oder des Anwartschaftsrechts
  - a) Verpfändung und Pfändung des (schuldrechtlichen) Auflassungsanspruchs
  - b) Verpfändung und Pfändung des Anwartschaftsrechts aus erklärter Auflassung
  - c) Vorbehalt muss sich auf Rang der Grundschuld erstrecken
4. Wirtschaftliches Interesse des Verkäufers an der Durchführung des eingegangenen Geschäfts
5. Ergebnis

#### III. Verpfändung des Auflassungsanspruchs an die Bank

1. Grundsätzliches
  - a) Die Vorteile bei der Verpfändung des Auflassungsanspruchs
  - b) Keine Verpfändung eines Anwartschaftsrechts in der Praxis
  - c) § 399 BGB – Voraussetzung für Verpfändbarkeit: Abtretbarkeit
  - d) Auflassung gemäß §§ 1281, 1282 BGB nach einer Verpfändung
  - e) Abweichende Vereinbarung nach § 1284 BGB
  - f) Unbeliebtheit der Sicherungshypothek bei den Banken
2. Verpfändung des Auflassungsanspruchs und Umwandlung der Sicherungshypothek in eine Grundschuld
  - a) Konzeption
    - (1) Überblick
    - (2) Muster für die Urkunde
  - b) Kritik und Anmerkungen
  - c) Gesamtbetrachtung zur Brauchbarkeit
3. Sicherungshypothek auflösend bedingt durch ranggerechte Eintragung der Grundschuld
  - a) Konzeption im Überblick
  - b) Muster der Urkunden

- (1) Ergänzung der Grundschuldbestellungsurkunde
- (2) Eigentumsumschreibungsbewilligung unter Vorbehalt in der Auflassungsurkunde
- (3) Zustimmungserklärung der Bank
  - c) Anmerkungen
  - d) Gesamtbetrachtung zur Brauchbarkeit
4. Gesamtbetrachtung der Lösungen über die Verpfändung des Auflassungsanspruchs

#### IV. Kaufvertrag mit sofortiger Auflassung, Grundschuld zur Kaufpreissicherung, Abtretung der Grundschuld vom Verkäufer an die Bank

1. Konzeption
2. Rechtliche Grundlagen
  - a) Auflassung und Erlöschen des Auflassungsanspruchs
  - b) Rang der Kaufpreishypothek gegenüber den Surrogatsicherungshypotheken
  - c) Vereinbarungsgefüge zwischen Verkäufer, Bank und Käufer
3. Formulierungsvorschläge
  - a) Abrede zwischen Bank und Verkäufer
  - b) Aus dem Grundstückskaufvertrag
  - c) Aus dem Kreditvertrag zwischen Bank und Käufer
4. Zeitliche Abfolge
5. Zum Beurkundungserfordernis
6. Zu den Kosten
7. Ergebnis

#### V. Verzicht des Käufers auf den Eigentumsumschreibungsantrag

1. Konzeption
2. Kritik und Anmerkungen
  - a) Zur Antragsstellung durch den Verkäufer
  - b) Zur Statthaftigkeit des Antragsverzichts
- c) Ergebnis

#### VI. Verdrängende Notarantragsvollmacht

1. Konzeption
2. Kritik und Ergebnis

#### VII. Auszugsweise Ausfertigung der Kaufvertragsurkunde

1. Konzeption
  - a) Überblick
  - b) Bestimmung im Kaufvertrag
2. Kritik
3. Ergebnis

#### VIII. Grundschuldurkunde und Auflassungsurkunde „zu treuen Händen des Notars“

1. Konzeption
2. Kritik und Ergebnis

#### IX. Bürgschaft des öffentlich-rechtlichen Verkäufers für den Finanzierungskredit

1. Konzeption
2. Die Bürgschaftsurkunde kann z.B. folgenden Wortlaut haben:
  2. Kritik
3. Ergebnis

#### X. Zusammenfassung der Ergebnisse

\* Der Autor ist als Rechtsassessor und Württ. Notariatsassessor stellv. Leiter der Rechtsabteilung der Universitätsstadt Tübingen.

## I. Einleitung und Aufriss des Themas

### 1. Sicherungsbedürfnisse der Beteiligten

Fremdfinanzierte Immobilienkäufe verlangen in ihrer Gestaltung Absicherung nach drei Seiten:

1. Der Verkäufer will nicht das Eigentum an seiner Immobilie verlieren, ohne dass er nicht auch den Kaufpreis erhält.
2. Der Käufer will nicht den Kaufpreis bezahlen, ohne dass er nicht auch das Eigentum bekommt.
3. Die finanzierende Bank<sup>1</sup> will nicht den Kredit ausbezahlen, wenn sie nicht an der Immobilie die von ihr verlangte Sicherheit, regelmäßig eine Grundschuld, erlangt.

Fremdfinanzierte Immobilienkäufe von privaten Verkäufern sind gängige Geschäfte sowohl bei den Notaren, die die Verkäufer und Käufer betreuen und den Verkehr mit dem Grundbuchamt abwickeln, als auch bei den finanzierenden Banken. In der Regel werden das Kaufgeschäft und das Kreditgeschäft so aufeinander abgestimmt, dass der Verkäufer im Interesse des Käufers die Grundschuld zu Gunsten der Bank in das Grundbuch eintragen lässt, die Bank den Kredit zum Zweck der Kaufpreiszahlung unmittelbar an den Verkäufer ausbezahlt und im letzten Schritt dann der Verkäufer das bereits zu Gunsten der Bank belastete Eigentum auf den Käufer überträgt.

### 2. Grundpfandrechtsbestellungsverbot der Rechtsträger nach öffentlichem Recht

Dieser Weg aus diesen drei Schritten kann zumeist nicht beschritten werden, wenn auf Verkäuferseite ein Rechtsträger nach öffentlichem Recht, z.B. der Bund, ein Land, eine Kommune oder aber auch z.B. eine Diözese, eine Kirchengemeinde oder eine Rundfunkanstalt auftritt. Denn das öffentliche Haushaltswirtschaftsrecht<sup>2</sup> verbietet den juristischen Personen des öffentlichen Rechts, ihr Grundeigentum mit Grundpfandrechten zu belasten. Zwar handelt es sich bei diesen Verboten um Verbote unter Erlaubnisvorbehalt, so dass Grundpfandrechtsbestellungen durch die öffentliche Hand möglich sind, wenn dazu die erforderliche aufsichtsrechtliche Mitwirkung erfolgt.<sup>3</sup> Auch haben einzelne Bundesländer für ihre Kommunen Freistellungsverordnungen von dem Belastungsverbot erlassen.<sup>4</sup> Die aufsichtsrechtliche Mitwirkung wird jedoch, soweit Freistellungsverordnungen nicht bestehen, regel-

mäßig unter Verweis auf andere Gestaltungsmöglichkeiten versagt.<sup>5</sup>

In der Praxis kommt es auch zu Zustimmungen der Aufsichtsbehörden, denen Nebenbestimmungen beigegeben sind, um der Intention des Belastungsverbots gleichwohl zu genügen. Die Zustimmung wird in einem solchen Fall davon abhängig gemacht, dass eine Zweckbestimmung dahin getroffen wird, dass das Grundpfandrecht bis zur Eigentumsumschreibung, mindestens aber bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung, nur zur Sicherung des finanzierten und tatsächlich an den Verkäufer ausbezahlten Kaufpreises dient und der Käufer bei Abschluss des Kaufvertrags seine Ansprüche auf Darlehensauszahlung an den Verkäufer abtritt und den Gläubiger unwiderruflich anweist, aus dem Darlehen den Kaufpreis zu zahlen.<sup>6</sup> Eine derartige mit Nebenbestimmungen versehene Zustimmung ist für das Grundbuchverfahren nicht praktikabel. Denn das Grundbuchamt hat aus Gründen der Rechtssicherheit und der Vermeidung unrichtiger Grundbuchverlautbarungen sowie in Anbetracht des von der Aufsichtsbehörde mit der Nebenbestimmung erkennbar verfolgten Ziels im Zweifel von einer Bedingung auszugehen und für die Eintragung der Grundschuld den Nachweis des Eintritts der Bedingung (Form § 29 GBO) zu fordern.<sup>7</sup> Darüber hinaus steht eine derartige Nebenbestimmung schon nicht mit den Geschäftsbedingungen der meisten Banken in Einklang, wo die Abtretbarkeit von Darlehensauszahlungsansprüchen nach § 399 BGB ausgeschlossen ist.

Die Grundpfandrechte für die finanzierenden Banken können also regelmäßig erst in das Grundbuch eingetragen werden, nachdem das Eigentum von dem öffentlich-rechtlichen Rechtsträger auf den Käufer umgeschrieben worden ist. Andererseits will der öffentlich-rechtliche Verkäufer, wie auch jeder private Verkäufer, das Eigentum erst dann aus der Hand geben, wenn er den Kaufpreis vollständig und endgültig erhalten hat, und drittens will die Bank auch in diesen Fällen den Kredit erst dann ohne jeglichen Vorbehalt gewährt haben, nachdem ihre Grundschuld an der von ihr gewünschten Rangstelle eingetragen worden ist oder aber ihre Rechtsposition derart gefestigt ist, dass das Grundpfandrecht ohne ihr Zutun nicht mehr vereitelt werden kann.

### 3. Erkundigungen und Bestätigungen zur Bonität des Käufers

Bei umfangreichen und großen Geschäften ist es üblich, dass die vorleistenden Geschäftspartner Auskünfte zur Bonität der anderen Seite, insbesondere Finanzierungszusagen von Banken, einholen. Derartige Auskünfte und Zusagen bringen eine gewisse Sicherheit für den Vorleis-

<sup>1</sup> Selbstverständlich auch Bausparkassen, Versicherungen und andere Geldgeber. Aus Gründen der Einfachheit und Anschaulichkeit wird in dieser Arbeit aber hinsichtlich dieser Seite des Geschäfts nur von der Bank gesprochen.

<sup>2</sup> Z. B.: § 64 Abs. 4, 5 Bundeshaushaltsordnung; Piduch, Kommentar zum Bundeshaushaltsrecht, Stand Aug. 2003, § 64 Anm. 9. § 64 Abs. 4 Landeshaushaltsordnung Bad.-Württ.; § 88 Abs. 1 Gemeindeordnung Bad.-Württ.; § 35 SWR-Staatsvertrag; § 50 Abs. 1 Ziff. 5 der Kirchengemeindeordnung der Evang. Landeskirche in Württemberg.

<sup>3</sup> Nach § 64 Abs. 1 und 4 Bundeshaushaltsordnung dürfen Grundstücke des Bundes (nur) mit Einwilligung des Bundesfinanzministeriums und des für das Bundesvermögen zuständigen Ministeriums belastet werden; die in § 64 Abs. 2 BHO vorgesehene Einwilligung von Bundestag und Bundesrat hat nur interne Bedeutung; sie ist dem Grundbuchamt nicht nachzuweisen (vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl., 2004, Rn. 4083). In den Ländern bestehen insoweit ähnliche oder gleiche Regelungen, z.B. § 64 Abs. 4 S. 2 LHO Bad.-Württ. Auch bei den sonstigen Verbotsnormen sind stets das Verbot überspielende Erlaubnismöglichkeiten vorgesehen.

<sup>4</sup> Brandenburg, Saarland sowie Schleswig-Holstein. Auch Sachsen und Sachsen-Anhalt. Näheres siehe Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl., 2004, Rn. 4079.

<sup>5</sup> Auf die Sinnhaftigkeit des grundsätzlichen Verbots von Grundpfandrechtsbestellungen durch die öffentliche Hand soll in der gegenwärtigen Arbeit, die privatrechtliche und grundbuchrechtliche Fragen aus der Kautelarjurisprudenz im Blick hat, nicht eingegangen werden. Angemerkt sei hier nur, dass der privatrechtliche Gehalt bei öffentlichen Sachen im Umfang ihrer öffentlich-rechtlichen Widmung verdrängt ist. Sie eignen sich demzufolge nicht für den Wirtschafts- und Rechtsverkehr, und weil ihre öffentlich-rechtliche Zweckbestimmung oft nur schwer erkennbar ist – z.B. gibt das Grundbuch darüber keine Auskunft –, ist es nur konsequent, dass die Rechtsordnung das gesamte Grundeigentum der öffentlich-rechtlichen Rechtsträger zunächst der Verpfändung entzieht und diese nur mit Einwilligung der Aufsichtsbehörde zulässt. Auf der Grundlage ähnlicher Erwägungen beschränkt auch § 882a ZPO die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen gegen öffentlich-rechtliche Rechtsträger.

<sup>6</sup> Vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl., 2004, Rn. 4079.

<sup>7</sup> Vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl., 2004, Rn. 3989, dort v.a. FN 95.

tenden. Zumindest riskiert die Auskunftsstelle, wenn sie leichtfertig eine falsche Auskunft erteilt, ihren Ruf.

Rechtlich sind die Auskünfte und Zusagen zumeist wertlos. Zum einen wird die die Auskunft oder Zusage erteilende Stelle, meist die Hausbank des Käufers, ihre Erklärung von sich aus unter Vorbehalt stellen. Vorbehaltlose und bindende Auskünfte werden oftmals schon deshalb nicht gegeben, weil z.B. ein bisher als wertvoll erachtetes Patent oder Geschäftsgeheimnis sich als wertlos erweisen kann, ein wichtiger Kunde wegfallen oder ein wichtiger und günstiger Zulieferer plötzlich die Produktion einstellen kann und die Auskunftsstelle deshalb gegenüber dem Verkäufer keinerlei Bindung eingehen will. Aber selbst wenn die Auskunft oder Finanzierungszusage nicht unter einen ausdrücklichen Vorbehalt gestellt ist, gibt sie dem (Grundstücks-)Verkäufer gleichwohl regelmäßig keinen Anspruch gegen die Auskunftsstelle, da es regelmäßig nach § 675 Abs. 2 (= § 676 alt) BGB zwischen Auskunftsstelle und Verkäufer nur zu einer unverbindlichen Gefälligkeitshandlung und nicht zu einem verbindlichen Vertrag kommt und auch eine Haftung aus culpa in contrahendo von der Rechtsprechung nur sehr zurückhaltend angenommen wird.<sup>8</sup>

Auskünfte oder Zusagen von Auskunftsstellen geben dem Verkäufer also regelmäßig keine Sicherheit dafür, dass der Käufer seine Verbindlichkeiten aus dem beabsichtigten Kaufgeschäft erfüllen wird. Sie sind mehr auf gesellschaftlicher als auf juristischer Ebene angesiedelt. Gewissenhafte Kaufleute und Beamte verlassen sich auf sie letztlich nicht. Auskünfte und Finanzierungszusagen vermögen weitgehend nur die Entscheidung zu stützen, ob der Verkäufer dem Geschäft überhaupt näher treten soll.

Finanzierungszusagen können z.B. die Gefahr minimieren, dass der Verkäufer später als Haftschuldner für Kosten und Steuern aufkommen muss oder seinerseits unnötige Kosten und sonstige Aufwendungen für Beratungen, Wertgutachten, Urkundenentwürfe und andere Ausarbeitungen verursacht.

#### 4. Aufriss des Themas

Da das beim Kauf von Privaten angewandte einfache und in sich stimmige Modell zumeist nicht brauchbar ist, wenn als Verkäufer eine öffentlich rechtliche Person handelt (oben Ziff. 1,2), und die im gesellschaftlich Unverbindlichen angesiedelten Finanzierungszusagen und sonstigen Auskünfte keine ausreichende Sicherheit bieten, sind andere Gestaltungen entwickelt worden. Die wichtigsten von ihnen gilt es vorzustellen und auf die von ihnen ausgehende Sicherheit zu untersuchen; darüber hinaus soll in dieser Abhandlung eine weitere Konzeption<sup>9</sup> erarbeitet und geprüft werden.

In den folgenden Überschriften sind die Gestaltungen schlagwortartig nach dem jeweils wichtigsten der angewandten Instrumente aus der Kautelarjurisprudenz bezeichnet. Die auch sonst erforderlichen Voraussetzungen für die grundbuchliche Eigentumseintragung wie Grunderwerbsteuerliche Unbedenklichkeitsbescheinigung, Vorkaufsrechtsbescheinigung nach Baugesetzbuch und Genehmigungserfordernisse werfen im allgemeinen keine Besonderheiten auf; sie sind deshalb nur in Ausnahmefällen angesprochen.

<sup>8</sup> Wittmann in Staudinger, BGB, 1995, § 676 Rn. 13 ff., 19 f.; Seiler in Münchener Kommentar zum BGB, 3. Aufl., 1997, § 676 Rn. 16. Auch Bastly in Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 21. Aufl., 2001, § 36 Rn. 56.

<sup>9</sup> Sofortige Auflassung auf den Käufer, Kaufpreisgrundschuld für den Verkäufer und Abtretung der Grundschuld an die Bank gegen Auszahlung des Kredits (= Kaufpreistilgung) (Abschn. IV).

## II.

### Eigentumsumschreibungsbewilligung unter Vorbehalt

#### 1. Konzeption

##### a) Überblick

Kernstück dieser Lösung ist, dass die zur Eigentumsumschreibung erforderliche Bewilligung unter einen Vorbehalt nach § 16 Abs. 2 GBO gestellt wird, so dass die Eigentumsumschreibung im Grundbuch nur erfolgen kann, wenn gleichzeitig an der ausbedungenen Rangstelle die Grundschuld für die Bank eingetragen wird. Als bald nach oder gleichzeitig mit der notariellen Beurkundung des Kaufvertrages wird die Grundschuldurkunde errichtet und zahlt sodann, und bereits vor Eintragung der Grundschuld im Grundbuch, die Bank den Kredit zur Kaufpreistilgung an den öffentlich-rechtlichen Verkäufer mit der Maßgabe aus, dass dieser den Kaufpreis nur behalten darf, wenn die Grundschuld mit der vereinbarten Rangstelle zur Eintragung kommt. Nachdem der Verkäufer den Kaufpreis erhalten hat, überträgt er das Eigentum auf den Käufer und bewilligt die Eigentumsumschreibung unter dem Vorbehalt. Der Notar reicht im nächsten Schritt die Auflassungsurkunde (mit der – unter Vorbehalt stehenden – Eigentumsumschreibungsbewilligung<sup>10</sup> und allen weiteren für die Eigentumsumschreibung erforderlichen Unterlagen) sowie die Grundschuldbestellungsurkunde zum Grundbuch ein.

##### b) Ablauf im Einzelnen

- (1) Abschluss der Kaufverhandlungen zwischen öffentlich-rechtlichem Verkäufer und privatem Käufer.
- (2) Abschluss der Kreditverhandlungen zwischen finanzierender Bank und Käufer.
- (3) Abstimmung der Geschäftsabwicklung zwischen Verkäufer, Käufer und Bank unter Einbeziehung des Notars. Eventuell bereits Steuerungsfunktion des Notars.
- (4) Notarieller (obligatorischer) Kaufvertrag zwischen Verkäufer und Käufer. Ausdrückliche Bestimmung, dass Verkäufer Schadensersatz und Rücktritt verlangen kann, falls die Grundschuld, wenn auch nur vorübergehend, nicht an rangrichtiger Stelle eingetragen werden kann, weil der Eigentumsanspruch oder das Anwartschaftsrecht des Käufers verpfändet oder gepfändet worden ist.<sup>11</sup>
- (5) Kreditvertrag zwischen Bank und Käufer. Darin auch Abrede, dass der Kredit zur Kaufpreistilgung an den öffentlich-rechtlichen Verkäufer ausbezahlt werden soll.
- (6) Bestellung der Grundschuld (Errichtung der Grundschuldurkunde) durch den Käufer (mit Bewilligung und Antrag des Käufers).
- (7) Abrede zwischen Bank und öffentlich-rechtlichem Verkäufer, wonach
  - (a) die Kreditauszahlung zum Zweck der Kaufpreistilgung an den Verkäufer erfolgt und der Verkäufer den Kaufpreis nur behalten darf, wenn an dem verkauften Grundstück an der ausbedungenen Rangstelle die Grundschuld für die Bank eingetragen wird, und
  - (b) die Bank gegenüber dem Verkäufer für die Bezahlung der Grunderwerbsteuer und aller Kosten bei Grundbuchamt und Notar einsteht.

<sup>10</sup> Die Eigentumsumschreibungsbewilligung des Verkäufers muss nicht in der Auflassungsurkunde enthalten sein, sie kann auch in einer besonderen Urkunde ihren Ausdruck finden. Möglich ist auch eine Eigenurkunde des Notars. Zur Eigenurkunde des Notars siehe Reithmann, DNotZ 1983, 438 ff.

<sup>11</sup> Zu diesen Störfällen grundlegend nachstehend Ziff. 3.

(8) Zahlung der Bank an den Verkäufer gemäß der Abrede (7) (a) und entsprechender Abrede im Kreditvertrag Bank/Käufer, bei (5).

(9) Auflassung vom Verkäufer auf den Käufer. In die Auflassungsurkunde werden (zusätzlich) aufgenommen:

(a) Klarstellung, dass in der Auflassungserklärung nicht die Bewilligung zur Umschreibung des Eigentums liegt.

(b) Bewilligung nach § 19 GBO des Verkäufers zur Eigentumsumschreibung unter dem Vorbehalt gem. § 16 Abs. 2 GBO, dass gleichzeitig an der ausbedungenen Rangstelle die Grundschuld eingetragen wird.

(c) Antrag auf Eigentumsumschreibung (§ 13 GBO).

(d) Vorbehalt des Verkäufers, dass in der Auflassung und Bewilligung der Eigentumsänderung nicht das Anerkenntnis vollständiger und ordnungsgemäßer Kaufpreiszahlung liegt. Ferner behält sich der Verkäufer ausdrücklich Rücktritt und Schadensersatz vor, falls der Kaufpreis nicht ordnungsgemäß bezahlt wird, wozu auch die Fälle zählen, dass die Grundschuld – vorübergehend oder dauernd – nicht an rangrichtiger Stelle eingetragen werden kann, weil der Eigentumsanspruch oder das Anwartschaftsrecht verpfändet oder gepfändet worden ist.<sup>12</sup>

(10) Einreichung der Grundschuldurkunde nach Ziff. (6) und der Auflassungsurkunde nach Ziff. (9) zum Grundbuch.

(11) Eintragung der Eigentumsänderung und der Grundschuld im Grundbuch.

#### c) Musterurkunden

(1) Schreiben der Bank an den Verkäufer<sup>12a</sup>

*Die Finanzierung des Kaufpreises werden wir durch einen von uns zu gewährenden Kredit vornehmen. Der Kredit ist durch eine Buchgrundschuld nach unserem Formular an dem Kaufgegenstand zu sichern, und zwar in Abteilung III des Grundbuchs an erster Rangstelle, in Abteilung II des Grundbuchs unmittelbar nach den bereits bestehenden Belastungen Nr. 1 betreffend ... und Nr. 2 betreffend ... sowie nach den gemäß dem Kaufvertrag zu bestellenden Belastungen zu Gunsten des Verkäufers und den Stadtwerken; die nach dem Kaufvertrag vorgesehene Vormerkung für ein Wiederkaufsrecht hat unserer Grundschuld jedoch im Rang nachzugehen.<sup>13</sup> Für die Zahlung der Grunderwerbsteuer und alle Kosten bei Notar und Grundbuchamt stehen wir ein; wir werden die entsprechenden Rechnungen und Bescheide auf erstes Anfordern begleichen; ein Zurückforderungsrecht unseres Kunden, des Käufers, für den Fall, dass die Steuer oder die Kosten zu Unrecht angefordert worden sind, behalten wir vor.<sup>14</sup>*

<sup>12</sup> Vgl. vorhergehende FN.

<sup>12a</sup> Banken geben diesem Schreiben gerne die Überschrift „Treuhandabrede“.

<sup>13</sup> Den Musterurkunden liegt der Fall zugrunde, dass ältere Dienstbarkeiten vom Käufer zu übernehmen sind sowie dass sich im Kaufvertrag der Verkäufer (eine Gemeinde) ein Leitungsrecht (Dienstbarkeit), ein durch Vormerkung zu sicherndes (zeitlich befristetes) Wiederkaufsrecht und für die Stadtwerke eine Reallast betreffend Wärmebezug (Fernwärme) sowie eine Dienstbarkeit betreffend Verbot eigener Heizungsanlagen (zur Sicherung des Fernwärmesystems) vorbehält. Die Vorranggewährung an die Grundschuld im Verhältnis zu der Vormerkung betr. Wiederkaufsrecht erfolgt in besonderer Urkunde (Antrag und Bewilligung der Gemeinde); die Gemeinde sollte diese Urkunde erst ausstellen, nachdem die Bank ihr schriftlich versichert hat, dass die Grundschuld während des Bestehens der Vormerkung nur der Kaufpreisfinanzierung dient. In der Auflassungsurkunde, mit der alle Anträge – mit Ausnahme der Anträge aus der Grundschuldbestellungsurkunde – zum Grundbuch kommen, ist darauf zu achten, dass die Vormerkung betr. Wiederkaufsrecht die letzte Rangposition erhält um relative Rangverhältnisse zu vermeiden.

<sup>14</sup> Mit ihrem Kunden vereinbart die Bank, dass sie berechtigt ist, für seine Rechnung die Steuer und die Kosten auf erstes Anfordern durch die Finanzbehörde bzw. den Notar bzw. das Grundbuchamt zu zahlen.

(2) Schreiben des Verkäufers an die Bank

*Wir werden die Abwicklung des Geschäfts entsprechend ihrem Schreiben vom ...<sup>15</sup> vornehmen. Insbesondere werden wir bei der Eigentumsübertragung dafür sorgen, dass Ihre Grundschuld, die der Käufer nach Abschluss des Kaufvertrages, aber vor Eigentumsumschreibung bestellen wird, die bedungene Rangstelle erhält. Sollte sich die Eintragung ihrer Grundschuld mit der vereinbarten Rangstelle nicht realisieren lassen, so werden wir das Kaufgeschäft rückgängig machen und den bereits bezahlten Kaufpreis, der Ihrerseits als Kredit geleistet worden ist, an Sie zurückzahlen.*

(3) Besondere Bestimmungen in der Grundschuldbestellungsurkunde

*Diese Grundschuld erhält nach der Abteilung III des Grundbuchs die erste Rangstelle. Gleichstehen dürfen dort keine Rechte und sonstigen Belastungen. Nach Abteilung II des Grundbuchs erhält die Grundschuld Rang nach den bereits bestehenden Rechten Nr. ... betreffend... und Nr. ... betreffend... sowie den nach der Kaufvertragsurkunde UR ... des amtierenden Notars vom ... zu bestellenden Rechten und Belastungen für den Verkäufer und die Stadtwerke ...<sup>16</sup> Auch in Abteilung II dürfen der Grundschuld keine Eintragungen im Rang gleichstehen.*

(4) Besondere Bestimmungen in der Auflassungsurkunde

*(a) Der Verkäufer und der Käufer sind sich einig, dass das Eigentum an dem Vertragsgegenstand auf den Käufer übergeht.*

*(b) In der Auflassung nach lit. (a), der erklärten Einigung über den Eigentumsübergang, liegt nicht auch die nach dem Grundbuchverfahrensrecht für die Eigentumsumschreibung im Grundbuch erforderliche Bewilligung.*

*(c) Der Verkäufer bewilligt, der Käufer beantragt,<sup>17</sup> die Eigentumsänderung in das Grundbuch einzutragen. Diese Bewilligung steht unter dem Vorbehalt, dass sie vom Grundbuchamt nur verwertet werden darf, wenn gleichzeitig mit der Eigentumsänderung die Grundschuld nach der Urkunde UR ... des amtierenden Notars mit der dort ausbedungenen Rangstelle in das Grundbuch eingetragen wird.*

*(d) In der Erklärung dieser Auflassung liegt nicht das Anerkenntnis, dass der Käufer seine Pflicht zur Kaufpreiszahlung vertragsgemäß und insbesondere vollständig erbracht hat. Für den Fall der nicht ordnungsgemäßen, insbesondere nicht vollständigen, Kaufpreiszahlung hat der Verkäufer alle Rechte und Befugnisse, vor allem kann der Verkäufer in diesem Fall Schadensersatz und Rücktritt geltend machen. Schadensersatz und Rücktritt kann der Verkäufer insbesondere auch geltend machen, wenn der Kaufpreis, der von der Bank finanziert wird, an diese zurückzahlen ist.*

(5) Besondere Bestimmungen in der Kaufvertragsurkunde<sup>18</sup>

*Der Käufer finanziert den Kaufpreis mittels eines Kredits*

<sup>15</sup> Schreiben Ziff. (1).

<sup>16</sup> Zu dem Sachverhalt, der den Musterurkunden zugrunde liegt, siehe FN 13 zu oben Ziff. (1).

<sup>17</sup> Der Antrag kann auch vom Verkäufer gestellt werden. Dies bietet sich an, wenn der öffentlich-rechtliche Verkäufer beim Grundbuchamt kostenbefreit ist (z.B. derzeit noch die Gemeinden nach § 7 Abs. 1 Ziff. 2, Abs. 4 Landesjustizkostengesetz Bad.-Württ.). Aber auch unter dem Gesichtspunkt, dass die Bank sich zur Übernahme der Kosten bereit erklärt hat, kann der Verkäufer den Antrag stellen.

<sup>18</sup> Die Bestimmung bezieht sich v.a. auf die praktischen Probleme bei Verpfändung oder Pfändung des Auflassungsanspruchs oder des Anwartschaftsrechts. Eingehende Erörterung der Verpfändung und Pfändung des Auflassungsanspruchs und des Anwartschaftsrechts unten Ziff. 3.

der Z-Bank. Der Kredit soll abgesichert werden durch eine Grundschuld am Vertragsgegenstand, der nur die folgenden Rechte im Rang vorgehen dürfen: ...<sup>19</sup> Die Z-Bank wird den Kredit zur Kaufpreiszahlung an den Verkäufer auf das Konto Nr. ... bei ... BLZ... mit der Maßgabe auszahlen, dass der Verkäufer den ausgezahlten Betrag nur behalten darf, wenn die Grundschuld an ausbedingener Rangstelle eingetragen wird. Für den Fall, dass die Z-Bank aufgrund dieses Vorbehalts den Kaufpreis zurückfordert, hat der Verkäufer die Rechte und Befugnisse wegen Nichtleistung der anderen Seite, insbesondere auf Schadensersatz und Rücktritt. Der Verkäufer hat diese Rechte und Befugnisse auch ohne dass die Bank die Rückforderung ausspricht, wenn es zu einer Verpfändung oder Pfändung des Auflassungsanspruchs oder des Anwartschaftsrechts kommt, auch wenn die Verpfändung oder die Pfändung wieder aufgehoben wird. Der Rücktritt nach dieser Bestimmung und auch der Schadensersatz nach dieser Bestimmung erfordern nicht das Vorliegen eventuell weiterer Voraussetzungen nach den §§ 323 ff. BGB. In der Erklärung der Auflassung liegt nicht das Anerkenntnis des Verkäufers, dass vollständig und ordnungsgemäß gezahlt worden ist.<sup>20</sup>

## 2. Gesetzliche Grundlagen

Gesetzliche Voraussetzungen dieser Gestaltung sind, dass

- eine Bewilligung überhaupt unter Vorbehalt zulässig ist, nachstehend lit. a),
- es für die Eigentumsumschreibung neben der Auflassung der Bewilligung bedarf, lit. b),
- eine Eigentumsumschreibungsbewilligung unter Vorbehalt nicht auch bei der Auflassung eine nach § 925 Abs. 2 BGB unzulässige Bedingung bewirkt, lit. c), und
- der Begriff der „Gleichzeitigkeit“ es zulässt, dass es zu der abgeschlossenen Eigentumseintragung mindestens eine „logische“ Sekunde vor der Grundschuldeintragung kommen kann, denn bevor nicht das Eigentum umgeschrieben ist, kann die Grundschuldbewilligung des Käufers im Grundbuchverfahren nicht verwertet werden, lit. d).

### a) Bewilligung unter Vorbehalt

Eine Bewilligung unter dem Vorbehalt, dass sie im Grundbuch nur verwertet werden darf, wenn auch eine andere Eintragung erfolgt, ist zulässig. Zwar lässt § 16 Abs. 2 GBO seinem Wortlaut nach nur einen Antrag mit dieser Einschränkung zu. Nach ganz einhelliger Meinung gilt diese Ausnahmeregelung aber auch für die Bewilligung.<sup>21</sup> Wie der Antrag ist auch die Bewilligung grundsätzlich nicht der Bedingung zugänglich, weil nicht zweifelhaft sein darf, ob das Grundbuchamt tätig zu werden hat. Wie bei der Verknüpfung eines Antrags mit einem anderen Antrag ist auch bei einer Bewilligung unter dem Vorbehalt, dass gleichzeitig oder vorher eine andere Eintragung erfolgt, sofort und allein aus den zum Grundbuch eingereichten Unterlagen erkennbar, ob die Bewilligung verwertet werden

kann. Vom Sinn und Zweck der Bedingungsfeindlichkeit der Grundbucherklärungen her, ist der Vorbehalt demgemäß möglich.

Der Umstand, dass bei dem Vorbehalt (für die Eigentumsumschreibung) auf eine andere Urkunde und einen völlig anderen Antrag (die Grundschuldbestellung des Käufers für die Bank) verwiesen wird, ist ohne Belang. Denn zwischen der unter Vorbehalt beantragten Eintragung und dem Umstand, auf den sich der Vorbehalt bezieht, muss kein innerer Zusammenhang bestehen.<sup>22</sup> Erforderlich und ausreichend ist, dass mehrere Eintragungen beantragt und diese von demselben Grundbuchamt zu bearbeiten sind.<sup>23</sup> Der Bewilligung unter Vorbehalt nach § 16 Abs. 2 GBO als kautelarjuristisches Instrument kann folglich näher getreten werden.

### b) Bewilligung neben der Auflassung

Voraussetzung dafür, dass es für die Eigentumsumschreibung neben der Vorlage der Auflassung auch einer Bewilligung bedarf, ist, dass das Verhältnis zwischen den Anforderungen nach § 19 und § 20 GBO derart gesehen wird, dass § 20 ein weiteres Erfordernis neben denen des § 19 aufstellt, und dass in § 20 nicht ein Ausnahmefall zu § 19 als Regelfall angenommen wird.<sup>24</sup>

Die ältere Rechtsprechung<sup>25</sup> hatte angenommen, die dingliche Einigung ersetze im Falle des § 20 die Eintragungsbewilligung. Das OLG Colmar<sup>26</sup> nahm sogar an, dass die Auflassung „unter allen Umständen“ die Eintragungsbewilligung enthalte. Diese Auffassung der älteren Rechtsprechung beruht auf der These von der rechtsgeschäftlichen Natur der Bewilligung.<sup>27</sup> Diese These ist zwischenzeitlich vollständig von der von Ertl zum Durchbruch gebrachten<sup>28</sup> und ausgebauten<sup>29</sup> Lehre von der rein verfahrensrechtlichen Natur der Eintragungsbewilligung abgelöst worden,<sup>30</sup> die sogar der gegenüber der älteren Rechtsprechung abgeschwächten Lehre von der Doppelnatur der Eintragungsbewilligung die Grundlage entzogen hat.<sup>31</sup> Die in der grundbuchlichen Literatur ganz herrschende Meinung hält inzwischen demgemäß auch im Bereich des § 20 GBO eine Bewilligung neben der vorgelegten Auflassung für erforderlich.<sup>32</sup>

Da die ältere Rechtsprechung in der Eintragungsbewilligung nach § 19 GBO wie in der Einigung nach § 873 BGB eine rechtsgeschäftliche Erklärung sah, konnte sie für das Verhältnis dieser beiden Institute zueinander ein Regel-

<sup>19</sup> Vgl. Oben Ziff. (1) und (3), auch FN 13.

<sup>20</sup> Die Aufnahme dieser Bestimmung in den Kaufvertrag empfiehlt sich schon deshalb, damit der Notar in dokumentierter Weise seiner Aufklärungs- und Belehrungspflicht nachgekommen ist. Darüber hinaus sollten die Rechtsfolgen bei Störungen völlig unzweifelhaft sein, was sich hier nur durch eine explizite Vereinbarung erreichen lässt. Aus der Erklärung der Auflassung sollten in diesem (Sonder-)Fall keinerlei, auch keine vorläufigen, Schlüsse auf die Ordnungsmäßigkeit der Kaufpreiszahlung möglich sein. Dem Käufer ist zumutbar, dass er noch nach längerer Zeit die Erbringung seiner Leistung nachweist.

<sup>21</sup> Demharter, Grundbuchordnung, 24. Aufl., 2002, § 16 Rn. 15.

<sup>22</sup> Demharter, Grundbuchordnung, 24. Aufl., 2002, § 16 Rn. 8.

<sup>23</sup> Demharter, Grundbuchordnung, 24. Aufl., 2002, § 16 Rn. 8.

<sup>24</sup> Mit der gängigen Rechtsauffassung, dass die dingliche Einigung (§ 873 BGB) regelmäßig die Eintragungsbewilligung beinhaltet, sofern nicht ein gegenteiliger Wille erklärt oder den Umständen nach erkennbar ist (BayObLG DNotZ 1975, 685 (= Rpfleger 1975, 26 f.)), lässt sich das Problem nicht umgehen. Denn bei der gewählten Gestaltung wird die Bewilligung gerade nicht erklärt, zweckmäßigerweise wird dies in der Auflassungsurkunde klargestellt.

<sup>25</sup> RGZ 54,378, 383 f.; RGZ 62, 375, 378; RGZ 141, 374, 376; KG JfG 15, 158; BayObLGZ 1948/51, 437.

<sup>26</sup> ElsLothNotZ 1916 (Band 36), 224, 225.

<sup>27</sup> Behmer, Rpfleger 1984, 306; Weser, MittBayNot 1993, 253 f.

<sup>28</sup> Ertl, DNotZ 1964, 260 ff.

<sup>29</sup> Ertl, DNotZ 1967, 339 ff.; DNotZ 1967, 406 ff.; Rpfleger 1980, 41 ff.

<sup>30</sup> Vgl. Munzig in Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, Grundbuchrecht, 5. Aufl., 1999, § 19 Rn. 17.

<sup>31</sup> Munzig in Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, Grundbuchrecht, 5. Aufl., 1999, § 19 Rn. 19; Schelter, MittBayNot 1992, 172.

<sup>32</sup> Vgl. Munzig in Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, Grundbuchrecht, 5. Aufl., 1999, § 20 Rn. 6 und Demharter, Grundbuchordnung, 24. Aufl., 2002, § 20 Rn. 2, jeweils mit zahlreichen Nachweisen.

Ausnahme-Verhältnis annehmen. Da nach der neueren Lehre von der rein verfahrensrechtlichen Erklärung der Bewilligung diese gleiche rechtliche Qualität der Erklärungen nicht mehr gegeben ist, kommt ein Regel-Ausnahme-Verhältnis nicht mehr in Betracht.<sup>33</sup> Die Frage lautet nicht mehr, ob die Auflassung die Verfahrenserklärung Bewilligung ersetzen kann.<sup>34</sup> Denn eine materiell-rechtliche Erklärung kann niemals an die Stelle einer von der Rechtsordnung geforderten Verfahrenserklärung treten.<sup>35</sup> Im Bereich des § 20 GBO ist also nicht etwa das Bewilligungsprinzip außer Kraft gesetzt. Zu dem Bewilligungsprinzip tritt vielmehr zusätzlich der Nachweis der rechtsgeschäftlichen Einigung als weitere Komponente des Eintragungsverfahrens hinzu.

Der Weg über die unter Vorbehalt stehende Eigentums-eintragungsbewilligung kommt also unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit einer Bewilligung nach der inzwischen ganz herrschenden Lehre von der Verfahrenserklärung in Betracht.

#### c) Bewilligung unter Vorbehalt und unbedingte Auflassung

Es stellt sich jedoch die Frage, ob eine Auflassung, die zusammen mit einer unter Vorbehalt stehenden Eintragungsbewilligung in eine einheitliche Urkunde aufgenommen ist, unbedingte ist im Sinne des § 925 Abs. 2 BGB. Der Vollzug des anderen, auf die Grundschuld gerichteten Antrags ist ein zukünftiges, ungewisses Ereignis und erfüllt damit die Voraussetzungen für eine Bedingung.<sup>36</sup> Nach dem Wortlaut des § 925 Abs. 2 erscheint also die Unwirksamkeit der Auflassung nahe liegend.

§ 925 Abs. 2 BGB ist jedoch nicht verletzt unter dem Gesichtspunkt seines Zwecks. Die Norm will hinsichtlich der Eigentümerstellung unklare und mehrdeutige Rechtsverhältnisse ausschließen.<sup>37</sup> Die Rechtslage ist im Grundbuch, nachdem, eine derartige Auflassung mit einer derartigen Bewilligung dort vollzogen worden ist, richtig, unzweideutig und ohne jeglichen Verweis auf Umstände außerhalb des Grundbuchs ausgewiesen. Dies gilt selbst dann, wenn das Grundbuchamt den Vorbehalt in der Bewilligung nicht beachtet und die Auflassung vollzogen haben sollte, obwohl die Voraussetzungen des Vorbehalts nicht gegeben waren.<sup>38</sup>

Der Vorbehalt betrifft nur die Verfahrenserklärung Bewilligung, nicht die materiellrechtliche Einigung. Würde man diesen Vorbehalt auf die Einigung durchwirken lassen, so würde das (neuere) System von der die Einigung begleitenden, rein verfahrensrechtlichen Bewilligung unterlaufen und zum früheren System zurückgekehrt, wonach die dem Grundbuchamt vorgelegte Einigung die verfahrensmäßige Bewilligung überflüssig mache. Wollte man den Vorbehalt nicht nur auf die Verfahrenserklärung beziehen und vielmehr die Einigung von ihm als mitumfasst betrachten, so dürfte konsequenterweise auch die Bewilligung in einer besonderen Urkunde nicht zulässig sein. In diesem Fall hätte das rein verfahrensrechtliche Bewilligungsprinzip neben der Auflassung keinerlei Bedeutung, die besondere Bewilli-

gungserklärung wäre neben der erklärten Auflassung eine inhaltsleere Floskel.

Nach dem inzwischen erreichten Stand der Dogmatik ist das Verfahren mit der unter Vorbehalt stehenden Eigentumsumschreibungsbewilligung folglich möglich. Zu klären ist noch der Begriff der „Gleichzeitigkeit“ in der Eintragungsbewilligung und im Vorgang des Eintragungsaktes.

#### d) „Gleichzeitige“ Eigentums- und Grundschuldeintragung

Nach den Strukturprinzipien des Sachenrechts können die Eigentumsumschreibung und die Grundschuldeintragung im strengen Wortsinn nicht „gleichzeitig“ erfolgen, weil die Grundschuldeintragung mittels der Bewilligung des Käufers die vorherige Eigentumsumschreibung auf diesen voraussetzt.

Für den Grundbuchbeamten ist unzweideutig erkennbar, was der Aussteller der Eigentumsumschreibungsbewilligung mit der Verwendung der Vokabel „gleichzeitig“ erreichen will. Unmissverständlich bringt der Bewilligende zum Ausdruck, dass die Bewilligung im Grundbuchverfahren nur dann soll Verwendung finden dürfen, wenn zwingend unmittelbar auf die Eigentumsumschreibung die Grundschuldeintragung erfolgt. Sobald der Grundbuchbeamte aber mit der Eintragung der Eigentumsänderung beginnt, kann er sicher absehen, ob es unmittelbar danach zu der Grundschuldeintragung kommt. Die Formulierung ist damit brauchbar und zulässig.<sup>39</sup>

Als Zwischenergebnis bleibt hier festzuhalten, dass mit einem Vorbehalt, der die Eintragung der Eigentumsänderung von der gleichzeitigen Eintragung der Grundschuld abhängig macht, gearbeitet werden kann. Eine derartige Verknüpfung wird auch mit den Worten „Zug um Zug“ bewirkt.<sup>40</sup>

### 3. Störfälle Verpfändung und Pfändung des Auflassungsanspruchs oder des Anwartschaftsrechts

In der Praxis brauchbar ist die Lösung mit der Eigentumsänderungsbewilligung unter Vorbehalt nur, wenn sie auch bei eintretenden Störfällen im Ablaufprogramm zu interessengerechten Ergebnissen führt. Als Störfälle sind denkbar, dass der Käufer seinen Auflassungsanspruch aus dem Kaufvertrag an einen außenstehenden Dritten verpfändet oder dass ein Gläubiger des Käufers den Auflassungsanspruch im Wege der Zwangsvollstreckung pfändet oder dass es zur entsprechenden Verpfändung oder Pfändung des Anwartschaftsrechts (aus der erklärten Auflassung und dem gestellten Eintragungsantrag bzw. der erklärten Auflassung und der eingetragenen Auflassungsvormerkung) kommt.

#### a) Verpfändung und Pfändung des (schuldrechtlichen) Auflassungsanspruchs

Bei rechtsgeschäftlicher Verpfändung (§ 1273 BGB) des Auflassungsanspruchs aus dem Kaufvertrag entsteht bei der Eigentumsumschreibung kraft Gesetzes für den Pfandgläubiger nach § 1287 S. 2 BGB eine Sicherungshypothek. Ebenfalls zu diesem Zeitpunkt entsteht eine Sicherungshypothek, wenn es vorher gegen den Käufer zu einer Pfändung des Auflassungsanspruches im Wege der

<sup>33</sup> Weser, MittBayNot 1993, 253, 255.

<sup>34</sup> Weser, MittBayNot 1993, 253, 255.

<sup>35</sup> Lichtenberger in Meikel, Grundbuchrecht, 8. Aufl., 1998, § 19 Rn. 18; Weser, MittBayNot 1993, 253, 255.

<sup>36</sup> Vgl. H. P. Westermann in Münchener Kommentar, BGB, 4. Aufl., 2001, § 158 Rn. 8.

<sup>37</sup> Kössinger in Bauer/v. Oefele, Grundbuchordnung, 1999, § 20 Rn. 46.

<sup>38</sup> Denn die nach § 925 Abs. 1, 873 Abs. 1 BGB für den Eigentumsübergang erforderliche Einigung und Eintragung sind erfolgt.

<sup>39</sup> Vgl. Demharter, Grundbuchordnung, 24. Aufl., 2002, § 19 Rn. 27.

<sup>40</sup> Diese Vokabel verwendet Basty in Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 21. Aufl., 2001, § 36 Rn. 228 M.

Zwangsvollstreckung gekommen ist (§ 848 Abs. 2 S. 2 ZPO). Diese Sicherungshypotheken gehen der der Bank bestellten Grundschuld, die erst mit ihrer Eintragung zur Entstehung gelangt, im Rang vor.<sup>41</sup>

Zwar kann es ohne Wissen des Verkäufers weder zur Verpfändung, noch zur Pfändung des schuldrechtlichen Eigentumsübertragungsanspruches kommen, da die Verpfändung zur ihrer Wirksamkeit dem Verkäufer anzuzeigen ist (§ 1280 BGB) und die Pfändungsverfügung der Zustellung an den Verkäufer als Drittschuldner bedarf (§§ 857, 829 Abs. 3 ZPO). Weiß der Verkäufer von einem Verpfändungs- oder Pfändungspfandrecht und damit vom unabdingbaren Entstehen einer Sicherungshypothek für einen Außenstehenden im Rang vor der Grundschuld der Bank, so darf er aufgrund der zwischen ihm und der Bank bestehenden Abrede<sup>42</sup> die Auflassung nicht mehr erklären und dem Käufer keine Eigentumsumschreibungsbewilligung mehr ausfolgen; und er muss – ebenfalls aufgrund der Abrede – den bereits erhaltenen Kaufpreis an die Bank zurückzahlen.<sup>43</sup> Solange die Auflassung noch nicht erklärt oder zumindest die Eigentumsumschreibungsbewilligung dem Käufer oder dem Grundbuchamt noch nicht ausgefolgt ist, kann bei einer Verpfändung oder Pfändung der Rechte des Käufers aus dem Kaufvertrag der Ablauf des Geschäfts noch unterbrochen werden, das Geschäft insgesamt zur Rückabwicklung kommen und können Bank und Verkäufer so vor Schaden<sup>44</sup> bewahrt werden.

Verpfändung und Pfändung des Auflassungsanspruchs sind aber nicht nur bis zur Auflassung, sondern bis zur Eigentumsumschreibung im Grundbuch möglich. Denn erst mit der Eigentumsumschreibung tritt der Leistungserfolg ein und erlischt der Anspruch nach § 362 BGB.<sup>45</sup> Geschieht die Verpfändung bzw. Pfändung erst kurze Zeit vor der Eigentumsumschreibung, so ist das beim Grundbuchamt laufende Eintragungsverfahren u.U. nicht mehr aufzuhalten – sei es dass der Käufer den Eigentumsantrag gestellt hat und diesen nicht zurücknimmt, sei es dass zwar der Verkäufer den Eigentumsantrag gestellt hat, aber mit seiner Antragsrücknahme vor dem Eintragungsakt das Grundbuchamt nicht mehr erreicht. Die Grundschuld der Bank erhält in diesem Fall Rang nach der Sicherungshypothek des Dritten<sup>46</sup> und der Verkäufer muss den erhaltenen Kaufpreis (= die Darlehensvaluta) an die Bank zurückzahlen.

#### b) Verpfändung und Pfändung des Anwartschaftsrechts aus erklärter Auflassung

Eine Rettung über die zwischen Bank und Verkäufer bestehende Abrede ist auch nicht mehr möglich, wenn (erst) das Anwartschaftsrecht des Käufers verpfändet oder gepfändet wird, nachdem die Auflassung mit der Eigentumsumschreibungsbewilligung und einem Antrag des Käufers

beim Grundbuchamt eingereicht ist bzw. wenn für den Käufer eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen und die Auflassung erklärt und die Eigentumsumschreibungsbewilligung ist. Auch hier geht die bei der Eigentumsumschreibung entstehende Sicherungshypothek der Grundschuld im Range vor.<sup>47</sup>

c) Vorbehalt muss sich auf Rang der Grundschuld erstrecken

Gegen diese Störungen aus Verpfändung und Pfändung des Auflassungsanspruchs und des Anwartschaftsrechts hilft nur, dass die Eigentumsumschreibungsbewilligung unter den (erweiterten) Vorbehalt dahin gestellt wird, dass die Grundschuld für die Bank auch an einer bestimmten Rangstelle eingetragen werden muss, wenn die Bewilligung vom Grundbuchamt verwertet werden soll. Bleibt diese Rangstelle für die Grundschuld nicht (mehr) frei, so hat das gesamte Geschäft zu Fall zu kommen.<sup>48</sup>

Unter dem Aspekt der Störung des Ablaufs des Vertragsprogramms durch Verpfändung und Pfändung des Auflassungsanspruchs bzw. des Anwartschaftsrechts ist das Instrument der Eigentumsumschreibungsbewilligung unter Vorbehalt nach rein sachenrechtlichen und grundbuchrechtlichen Gesichtspunkten also brauchbar, wenn im Vorbehalt auch festgelegt wird, welche Rangstelle die Grundschuld der Bank zu erhalten hat.

#### 4. Wirtschaftliches Interesse des Verkäufers an der Durchführung des eingegangenen Geschäfts

Nicht befriedigend ist diese Gestaltung für den öffentlich-rechtlichen Verkäufer aber, wenn sich die Kaufvertragsabwicklung – die Kreditauszahlung (= Kaufpreiszahlung), die Erteilung der Grunderwerbsteuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung, baurechtliche Vorkaufsrechtsbescheinigungen, behördliche Genehmigungen, Vollmachtsbestätigungen und sonstige Vertretungsnachweise, die Auflassung, das Eintragungsverfahren beim Grundbuchamt oder ein sonstiger Einzelakt des Geschäfts – über längere Zeit hinzieht. Denn bis zur Eintragung im Grundbuch ist er der Gefahr ausgesetzt, dass das Geschäft scheitert. Vor allem ist zu berücksichtigen, dass die Sicherungshypotheken aus der Verpfändung oder Pfändung des Anwartschaftsrechts auch dann Rang vor der Grundschuld der Bank erhalten, wenn der Eigentumsumschreibungsantrag und der Antrag auf die Grundschuld schon vorher, eventuell schon längere Zeit vorher, beim Grundbuchamt gestellt sind.

Zwar bricht bei diesem Störfall das gesamte Geschäft zusammen. Der Verkäufer zahlt den erhaltenen Kaufpreis (an die Bank aufgrund der zwischen Bank und Verkäufer bestehenden Abrede) zurück, und er erklärt aufgrund der Vereinbarung im Kaufvertrag (oben Ziff 1 c (5) bzw. nach den §§ 323 ff. BGB den Rücktritt und verlangt Schadensersatz, so dass im Ergebnis weder die Bank den Kaufpreis zahlt (d.h. den Kredit auszahlt), noch dass der Verkäufer das Eigentum verliert. Ein solches Scheitern ist für den Verkäufer aber unerträglich, wenn er nicht ohne weiteres

<sup>41</sup> Bassenge in Palandt, BGB, 63. Aufl., 2004, § 1287 Rn. 4. Hartmann in Baumbach/Lauterbach, ZPO, 62. Aufl., 2004, § 848 Rn. 9.

<sup>42</sup> „Den ausbezahlten Betrag dürfen Sie nur behalten, wenn unsere Grundschuld mit dem Rang nach der Bestellsurkunde zur Eintragung kommt.“

<sup>43</sup> Der Verkäufer löst sich jetzt aus der vertraglichen Bindung mit dem Käufer dadurch, dass er nach der Vereinbarung im Kaufvertrag (oben Ziff. 1 c (5) bzw. nach den §§ 323 ff. BGB den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt, weil er den Kaufpreis nicht erhalten hat.

<sup>44</sup> Genau: Die Bank vor Verlust der Darlehensvaluta ohne Erlangen der ranggerechten Grundschuld, der Verkäufer vor Verlust des bisher unbelasteten Eigentums ohne Erlangen des Kaufpreises.

<sup>45</sup> Damrau in Münchener Kommentar zum BGB, 3. Aufl., 1997, § 1274 Rn. 40.

<sup>46</sup> Es sei denn das Grundbuchamt trägt sofort die Grundschuld ein und die Sicherungshypothek zunächst nicht und die Bank erwirbt den Vorrang nach § 892 BGB.

<sup>47</sup> Baur/Stürner, Lehrbuch des Sachenrechts, 17. Aufl., 1999, § 19 Rn. 18.

<sup>48</sup> Aufgrund der zwischen Bank und Verkäufer bestehenden Abrede fordert jetzt die Bank den bezahlten Kaufpreis zurück und löst sich jetzt der Verkäufer aus seiner vertraglichen Bindung mit dem Käufer dadurch, dass er nach der Vereinbarung im Kaufvertrag (oben Ziff. 1 c (5) bzw. den §§ 323 ff. BGB den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt, weil er den Kaufpreis nicht erhalten hat.

einen Ersatzkäufer zu finden vermag oder wenn ein Ersatzkäufer allenfalls zu einem schlechteren Preis zum Kauf bereit ist. Handelt es sich beim Vertragsgegenstand um eine „Problemimmobilie“, z.B. eine Industriebrache oder ein sehr reparaturbedürftiges Gebäude, so können für den Käufer schon kürzere Zeiten der Ungewissheit erhebliche wirtschaftliche Gefahren bedeuten, deren Hinnahme ihm nur zumutbar wäre, wenn es keine ausgewogenere Lösung geben würde.<sup>49</sup>

In die Betrachtung einzubeziehen ist auch, dass in dieser Situation alle Beteiligte – der Verkäufer, der Käufer und die Bank – durch einen Gläubiger des Käufers, also einen außenstehenden Dritten, besonders verletzbar sind. Ein ungeduldiger Gläubiger kann diese Verletzbarkeit ausnützen, indem er die Pfändung betreibt und damit das Scheitern des angefangenen Geschäfts in Aussicht stellt. Für den außenstehenden Dritten ist es verlockend, für das Nichtbetreiben der Pfändung Vorteile zu fordern. V.a. kann eine Gemeinde in dieser Situation zu sachfremden Zugeständnissen bereit sein, denn sie will ihre „Problemimmobilie“ loswerden und möglicherweise auch Arbeitsplätze und neue Steuerkraft durch den Käufer schaffen.<sup>50</sup> Aber auch z.B. eine regionale Bank, die gleichzeitig Hausbank des Käufers und des Dritten ist, kann unter Druck kommen.

## 5. Ergebnis

Die Bestimmung in der Eigentumseintragungsbewilligung, dass diese vom Grundbuchamt nur verwertet werden darf, wenn gleichzeitig die Grundschuld an einer bestimmten Rangstelle eingetragen wird, ist beim derzeitigen Stand der Rechtsentwicklung möglich. Dieser Weg ist für den öffentlichrechtlichen Verkäufer auch interessengerecht, wenn es für ihn ohne Belang ist, wenn das Geschäft scheitert und er einen Ersatzkäufer suchen muss.

Für alle drei Geschäftsbeteiligte – Verkäufer, Käufer und finanzierende Bank – eröffnet die Gestaltung die Gefahr, dass ein ungeduldiger Gläubiger des Käufers die Pfändung betreibt und damit zur Gewährung von Vorteilen zwingt, wenn nicht das Scheitern des Geschäfts hingenommen werden soll. Vor allem eine Gemeinde, die mit dem Dritten anderweit in Geschäften steht oder in Geschäfte kommen will, kann bei einem solchen Manöver in eine heikle Situation kommen. Gleiches gilt für die Bank, wenn sie sowohl für den Käufer wie auch den Dritten tätig ist.

Auch der Käufer selbst kann den Geschäftsvorgang zum Zusammenbruch bringen, wenn er – aus welchen Motiven auch immer – seinen Auflassungsanspruch oder sein Anwartschaftsrecht verpfändet.

Die Gefahr derartiger Störungen wächst, je länger sich die Geschäftsabwicklung hinzieht. Da sich bei kaum einem Geschäft im Voraus mit Sicherheit sagen lässt, dass es bei der Abwicklung nicht zu Schwierigkeiten kommen kann, sollten weder die Bank noch der öffentlich-rechtliche Verkäufer die im eigenen Interesse gebotene Absicherung nur über die Eigentumsumschreibungsbewilligung unter Vorbehalt vornehmen, zumal, wie in den folgenden Abschnitten zu zeigen ist, sich die bei diesem Weg verbleibenden Gefahren durchaus umgehen lassen.

## III.

### Verpfändung des Auflassungsanspruchs an die Bank

#### 1. Grundsätzliches

a) Die Vorteile bei der Verpfändung des Auflassungsanspruchs

Die Störungen aus einer Verpfändung oder Pfändung des Auflassungsanspruchs oder des Anwartschaftsrechts zu Gunsten eines außenstehenden Dritten sind völlig abschließbar, wenn mit der Verpfändung des Auflassungsanspruchs an die Bank gearbeitet wird. Bei dieser Lösung erlangt die Bank schon vor den Grundbucheintragungen ihre dingliche Sicherheit, ein Pfandrecht am schuldrechtlichen Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer. Dieses Pfandrecht setzt sich bei der Eigentumsumschreibung in einem Recht an der Kaufsache, einer Sicherungshypothek, fort, und zwar mit dem Rang, den die Bank schon bisher am schuldrechtlichen Anspruch hatte.

b) Keine Verpfändung eines Anwartschaftsrechts in der Praxis

Zu einem Anwartschaftsrecht aus erklärter Auflassung kommt es in der Praxis nur selten für längere Zeit und oftmals überhaupt nicht. Dem gemäß scheidet in der Praxis die Verpfändung des Anwartschaftsrechts als Finanzierungssicherheit regelmäßig aus.

Zum ersten wird bei einem Kauf von einem dem öffentlichrechtlichen Haushaltswirtschaftsrecht unterliegenden Verkäufer nur selten eine Auflassungsvormerkung eingetragen, so dass das Anwartschaftsrecht aus der Konstellation Auflassungsvormerkung und erklärte Auflassung entsprechend selten ist. Zum zweiten kommt es bei einer sorgfältigen Geschäftsbearbeitung erst dann zur Einreichung des Eigentumsumschreibungsantrags und der Auflassung beim Grundbuchamt, wenn auch Vollzugsreife besteht, so dass auch ein Anwartschaftsrecht aus den Voraussetzungen Auflassung und Antragsstellung nur kurze Zeit gegeben sein kann. Und drittens wird aus Kostengründen der Eigentumsumschreibungsantrag bei einem öffentlich-rechtlichen Verkäufer oftmals durch diesen gestellt, so dass ein Anwartschaftsrecht aus Auflassung und Antrag des Käufers gänzlich ausscheidet.

Der schuldrechtliche Auflassungsanspruch des Käufers nach Abschluss des Kaufvertrags besteht dagegen immer, selbst wenn die Kaufvertragsurkunde auch die Auflassung enthalten sollte.<sup>51</sup> Nur auf diesen schuldrechtlichen Anspruch kann sich deshalb in der Praxis das Interesse fokussieren.

c) § 399 BGB – Voraussetzung für Verpfändbarkeit: Abtretbarkeit

Nach § 1274 Abs. 2 BGB ist Voraussetzung für eine Verpfändung eines Anspruchs, dass dieser seinem Inhalt nach nicht unabtretbar ist. Die Unabtretbarkeit eines Auflassungsanspruchs wird von einem öffentlich-rechtlichen Verkäufer oftmals gewünscht und nach § 399 BGB vereinbart, weil das Geschäft, z.B. weil dahin der Gemeinderatsbeschluss lautet, nur mit einem ganz bestimmten Käufer zustande kommen soll. Oftmals wird es dem öffentlich-rechtlichen Verkäufer schon nicht schwer fallen, auf das Abtretungsverbot gänzlich zu verzichten. Sollte die

<sup>49</sup> Was in den folgenden Abschnitten III und IV zu zeigen ist.

<sup>50</sup> Besonders leicht willfährig wird die Gemeinde, wenn sie noch anderweit mit dem Dritten in Verbindung steht.

<sup>51</sup> Vgl. Oben II 3 a letzter Absatz, mit Nachweis.

Nichtabtretbarkeit für ihn allerdings beträchtliche Bedeutung haben, so kommt in Betracht, dass die Abtretbarkeit ausgeschlossen und die Verpfändbarkeit dagegen als ausdrücklich zulässig vereinbart wird.<sup>52</sup> Zu denken ist auch an eine Bestimmung dahin, dass die Abtretung und die Verpfändung zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung durch den Verkäufer bedürfen.<sup>53</sup>

#### d) Auflassung gemäß §§ 1281, 1282 BGB nach einer Verpfändung

Das Gesetz unterscheidet die Leistung (= Leistung auf den verpfändeten Anspruch) vor ihrer Fälligkeit (§ 1281) und nach ihrer Fälligkeit (§ 1282). Im ersten Fall hat der Auflassungsschuldner (= Verkäufer) die Auflassung an den Käufer (Verpfänder) und den Pfandgläubiger gemeinsam zu erklären, im zweiten Fall hat die Auflassung nur an den Pfandgläubiger zu erfolgen. In beiden Fällen bedarf es nach dem Gesetz also der Anwesenheit des Pfandgläubigers (= der Bank) im Auflassungstermin (vor dem Notar bzw. der anderen zuständigen Stelle (§ 925 BGB)). Die Anwesenheit des Pfandgläubigers ist allerdings entbehrlich, wenn er der Entgegennahme der Auflassung durch den Käufer (= Verpfänder) zustimmt.<sup>54</sup> Kommt der Schuldner (= Verkäufer) seiner Pflicht aus § 1281 S. 1 bzw. § 1282 S. 1 nicht nach und leistet er an den Gläubiger (Käufer/Verpfänder), ohne dass der Pfandgläubiger mitwirkt, so wird der Gläubiger zwar Eigentümer; gegenüber dem Pfandgläubiger ist der Schuldner aber nicht frei geworden,<sup>55</sup> und Schadensersatzansprüche des Pfandgläubigers gegen den Schuldner (= den Verkäufer) stehen im Raum.<sup>56</sup>

Die Sicherungshypothek des Pfandgläubigers entsteht mit der Eintragung des Verpfänders als Eigentümer.<sup>57</sup> Der Pfandgläubiger kann die Berichtigung des Grundbuchs nach § 894 BGB verlangen. Ist das Pfandrecht im Grundbuch vermerkt, so bedarf es nur eines Antrags (§ 13 GBO); denn das Entstehen der Sicherungshypothek ist in diesem Fall im Grundbuch selbst nachgewiesen (§ 22 Abs. 1 S. 1, § 29 Abs. 1 GBO). Fehlt ein Vermerk über die Verpfändung im Grundbuch, so bedarf es der Bewilligung des neuen Eigentümers oder des Nachweises der Verpfändung des Auflassungsanspruchs und der Anzeige gemäß § 1280 in der Form des § 29 GBO.

Der Pfandgläubiger kann bei Gelegenheit der Auflassung – oder bei der Genehmigung der Auflassung, bei der auf Erwerberseite nur der Verpfänder (= Käufer) anwesend war – für die Eintragung seiner Sicherungshypothek Sorge tragen.<sup>58</sup> Wird die Auflassung vom Schuldner (= Verkäufer) an den Gläubiger (= Käufer/Verpfänder) vorgenommen und ist dem Grundbuchamt die Verpfändung bekannt, insbesondere durch den bei der Auflassungsvormerkung eingetragenen Verpfändungsvermerk, so hat das Grundbuchamt zu beachten, dass der Gläubiger nicht allein zur

Geltendmachung des verpfändeten Anspruchs berechtigt ist.<sup>59</sup> Es hat deshalb die Eintragung des Eigentums des Gläubigers so lange zu verweigern, bis die Zustimmung des Pfandgläubigers vorgelegt wird.<sup>60</sup> Denn das Grundbuchamt darf bewußtermaßen an der Verletzung von Rechten des Pfandgläubigers, die zur Folge hätte, dass das Grundbuch unrichtig wäre, nicht mitwirken.<sup>61</sup>

#### e) Abweichende Vereinbarung nach § 1284 BGB

Ist die Anwendung der §§ 1281, 1282 gemäß § 1284 abbedungen und wird dies dem Grundbuchamt in grundbuchmäßiger Form nachgewiesen, dann kann das Grundbuchamt die Eigentumsumschreibung ohne Nachweis der Zustimmung des Pfandgläubigers vornehmen.<sup>62</sup> Auch in diesem Fall entsteht nach § 1287 S. 1 bei der Eigentumsumschreibung die Sicherungshypothek.<sup>63</sup> Das Gesetz gewährt in § 1284 zwar die entsprechende Dispositionsbefugnis und der Wortlaut des § 1287 umfasst die Vorschrift des § 1284 nicht mit. Das Sicherungsbedürfnis des Pfandgläubigers erfordert aber auch in diesem Fall das Entstehen der Sicherungshypothek; das Recht des Pfandgläubigers kann bei der Erfüllung des verpfändeten Anspruchs nicht ohne Surrogat bleiben.<sup>64</sup> Allerdings hat sich bei einer Vereinbarung nach § 1284 der Pfandgläubiger der Kontrolle über die Antragstellung zur Eintragung der Sicherungshypothek begeben. Ein Verzicht auf seine Rechte nach §§ 1281, 1282 ist für ihn nicht ungefährlich.

#### f) Unbeliebtheit der Sicherungshypothek bei den Banken

Die Sicherungshypothek ist bei den Banken nicht beliebt. Als Sicherungsmittel für Bankkredite hat sich die Grundschuld durchgesetzt, die des weiteren zumeist in vollstreckbarer Form gefordert wird. Die Sicherungshypothek ist für die Bank nur als vorübergehende Sicherheit geeignet. Für die zumeist lange Laufzeit des Kredits verlangt die Bank alsbald ihre Ersetzung durch eine Grundschuld. Die Möglichkeiten, wie für die Bank gefahrlos die Sicherungshypothek in eine Grundschuld überführt werden kann, sind im folgenden zu prüfen.

### 2. Verpfändung des Auflassungsanspruchs und Umwandlung der Sicherungshypothek in eine Grundschuld

#### a) Konzeption

##### (1) Überblick

Unmittelbar nach dem Abschluss des Kaufvertrages verpfändet der Käufer seinen Eigentumsübertragungsanspruch an die Bank zur Sicherung des zur Kaufpreistilgung auszahlenden Darlehens. Fakultativ wird der Verpfändung vorgeschaltet ein abstraktes Schuldanerkenntnis des Käufers gegenüber der Bank.<sup>65</sup> Im Hinblick auf das erlangte Pfandrecht zahlt die Bank das Darlehen an den Verkäufer aus. Bei der Eigentumsumschreibung wandelt sich das Pfandrecht der Bank um in eine Sicherungshypothek am Grundstück, die Rechten, die der Käufer außenstehenden Dritten bestellen sollte, im Rang vorgeht<sup>66</sup> und die auch Rang erlangt vor den Sicherungshypotheken anderer Gläubiger, denen der Käufer den Auflassungsanspruch

<sup>52</sup> Vgl. Damrau in Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl., 2004, § 1274 Rn. 14.

<sup>53</sup> Eine derartige Klausel kommt einem generellen Abtretungsverbot gleich, weil auch dessen Rechtswirkung mit Zustimmung des Schuldners ausgeschaltet werden kann. Allerdings mag die Verweigerung der Zustimmung bei einem vereinbarten Zustimmungserfordernis leichter als rechtsmissbräuchlich beurteilt werden. Vgl. Roth in Münchener zum BGB, 4. Aufl., 2003, § 399 Rn. 33.

<sup>54</sup> Damrau in Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl., 2004, § 1274 Rn. 31; BayObLG NJW 1968, 705.

<sup>55</sup> Damrau in Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl., 2004, § 1281 Rn. 5; § 1282 Rn. 9.

<sup>56</sup> Damrau, aaO, § 1281 Rn. 5; § 1282 Rn. 9.

<sup>57</sup> Damrau, aaO, § 1274 Rn. 32.

<sup>58</sup> Damrau, aaO, § 1274 Rn. 32.

<sup>59</sup> Damrau, aaO, § 1274 Rn. 33.

<sup>60</sup> Damrau, aaO, § 1274 Rn. 33.

<sup>61</sup> Damrau, aaO, § 1274 Rn. 33.

<sup>62</sup> Damrau, aaO, § 1274 Rn. 33; a.A. BayObLG DNotZ 1987, 625.

<sup>63</sup> Damrau, aaO, § 1287 Rn. 10a; Ludwig, DNotZ 1992, 339.

<sup>64</sup> Damrau, aaO, § 1287 Rn. 10a.

<sup>65</sup> Das abstrakte Schuldanerkenntnis fordern viele Banken, schon um zu einer persönlichen Forderung mit Vollstreckungsunterwerfung zu kommen.

<sup>66</sup> Siehe oben Ziff. II 3 a.

(später) noch verpfänden sollte.<sup>67</sup> Die Sicherungshypothek der Bank wiederum wird gemäß §§ 1186, 1198 BGB umgewandelt in die von der Bank letztlich gewünschte Grundschuld.

## (2) Muster für die Urkunde

*Auflassungsanspruchsverpfändung mit Schuldanerkenntnis und Grundbucheintragungen zur Umwandlung der Sicherungshypothek in eine Grundschuld*

*In der Urkunde des Notars N Urkundenrolle Nr. ... von heute hat die Gemeinde X an den Kaufmann Y das Grundstück Grundbuch von X, Gemarkung X Flurstück ... Industriestraße, Bauplatz, ... m<sup>2</sup>, verkauft. Der Kaufpreis wird von der Z-Bank finanziert. Zur Sicherung der Rückzahlung des Finanzierungsdarlehens anerkennt der Kaufmann Y der Z-Bank abstrakt die Zahlung eines Geldbetrages. Dieses Schuldanerkenntnis soll durch ein Pfandrecht an dem Eigentumsübertragungsanspruch und durch Abtretung aller sonstigen Ansprüche auf der Grundlage des Kaufvertrages – v.a. allen Ansprüchen, die anstelle des Eigentumsübertragungsanspruchs treten sollten – gesichert werden. Die bei der Eigentumsumschreibung aus dem Pfandrecht an dem Eigentumsübertragungsanspruch entstehende Sicherungshypothek soll in eine Buchgrundschuld der Z-Bank umgewandelt werden.*

*Kaufmann Y verspricht hiermit der Z-Bank die Zahlung von ... Euro und verpflichtet sich, die Schuld vom ... ab mit ... % jährlich zu verzinsen. Das Kapital ist fällig. Die Zinsen sind, solange das Kapital nicht bezahlt ist, jährlich nachträglich fällig, sind aber spätestens mit dem Kapital zu zahlen.*

*Zur Sicherung aller Rechte und Ansprüche aus diesem Schuldanerkenntnis verpfändet hiermit Kaufmann Y alle seine Rechte und Ansprüche aus dem Kaufvertrag mit der Gemeinde X, insbesondere den Anspruch auf Eigentumsverschaffung, an die Z-Bank. Für den Fall der Aufhebung oder der Ungültigkeit des Kaufvertrages tritt Kaufmann Y hiermit alle seine Ansprüche gegen die Gemeinde X auf Rückgewähr des bereits gezahlten Kaufpreises an die Z-Bank ab.*

*Kaufmann Y bewilligt und beantragt, bei der Eigentums-eintragung in das Grundbuch die aus dem Pfandrecht entstehende Sicherungshypothek miteinzutragen.*

Kaufmann Y und die Z-Bank bewilligen, Kaufmann Y beantragt, die Umwandlung der Sicherungshypothek in eine Buchgrundschuld, mit gleichem Kapital, gleicher Verzinsung, gleicher Kapitalfälligkeit und gleicher Zinsfälligkeit, in das Grundbuch einzutragen.

Kaufmann Y und die mitunterzeichnende Gemeinde X, jeweils mit eigener daraus folgender Rechtspflicht, versichern gegenüber der Z-Bank, dass bisher der Eigentumsübertragungsanspruch weder verpfändet noch gepfändet noch abgetreten worden ist.

## b) Kritik und Anmerkungen

(1) Die Verpfändung des Auflassungsanspruchs ist formlos möglich. Wegen der in der Urkunde enthaltenen Erklärungen zum Grundbuch ist nach § 29 Grundbuchordnung aber Beglaubigung der Unterschrift des Kaufmanns Y wie auch Beglaubigung der Unterschrift der Z-Bank erforderlich. Die Urkunde ist von der Gemeinde X mitzuzeichnen.

(2) Die Verpfändung, wird, da die verkaufende Gemeinde X mitzeichnet und ihr somit die Pfändung sofort angezeigt ist, sofort wirksam (§ 1280 BGB).

(3) Voraussetzung für die Verpfändung ist, dass der Anspruch übertragbar ist, § 1273 Abs. 1 BGB. Die Ansprüche des Käufers aus dem Kaufvertrag dürfen also nicht unabtretbar gestellt sein.<sup>68</sup>

(4) Ausgespart ist die von den Banken inzwischen zumeist geforderte Zwangsvollstreckungsunterwerfung. Ausgespart sind auch die jeweils besonderen Bedingungen, die von Bank zu Bank wechseln. Erforderlichenfalls muss diesbezüglich das Formular ergänzt werden.

(5) Ein Rechtsscheinerwerb der Bank ist ausgeschlossen.<sup>69</sup>

(6) Beim Grundbuchamt entstehen zunächst Kosten für die Eintragung der Sicherungshypothek (1/1 Gebühr nach § 62 Abs. 1, § 39 Abs. 1 KostO aus dem Kapitalbetrag) und sodann Kosten für die Umwandlung der Sicherungshypothek in die Grundschuld (1/2 Gebühr nach § 64 Abs. 1, § 39 Abs. 1 KostO aus dem Kapitalbetrag).

(7) Schließlich entstehen bei der Bank besondere Mühen, für das Überprüfen der atypischen Urkunde und sonstigen atypischen Sicherungsvoraussetzungen.

## c) Gesamtbetrachtung zur Brauchbarkeit

Die Bank wird die zunächst atypischen Abläufe nicht mögen. Allerdings besteht diese Atypik nur zu Beginn der zumeist langen Geschäftsverbindung aus dem Kreditverhältnis. Zu dieser frühen Zeit haben die Kreditsachbearbeiter der Bank den Überblick über den umfangreichen Sachverhalt und die komplexe Rechtslage. In der späteren Zeit, wenn auch eine wirtschaftlich mehr realistische Gefahr für das Nottleidendenwerden des Kredits besteht, die Bank u.U. schnell handeln muss und das Wissen um die besonderen Umstände bei der Entstehung der Sicherheit nicht mehr vorhanden ist, ist das Geschäft in die bei der Bank üblichen Sicherungsstrukturen eingekleidet. Da das Geschäft recht schnell in die auch sonst bei der Bank üblichen Bahnen kommt, ist die Gestaltung für die Bank brauchbar.

Bei Käufer und Verkäufer steht der Notar prüfend und beratend zur Seite. Zumindest der öffentlich-rechtliche Verkäufer ist darüber hinaus mit rechtskundigem Personal ausgestattet, so dass bei ihm, wenn noch die aus der Amtspflicht des Notars zu erbringende Aufklärungs- und Belehrungspflicht berücksichtigt wird, es zum vollständigen Überblick über das Geschäft kommt. Aber auch beim Käufer, der u.U. keinerlei Vorkenntnisse zum Ablauf des Geschäfts hat, sollte nicht unterschätzt werden, mit welcher Effektivität und Schnelligkeit er regelmäßig die im konkreten Fall zur Anwendung kommenden rechtlichen Strukturen begreifen kann, wenn diese mit einfachen Worten und bildhaft – wie es die Aufgabe des Notars ist – erläutert werden.

Der Ausschluss des Rechtsscheinerwerbs ist für die Bank hinnehmbar. Denn bei vielen anderen Sicherheiten – z.B. Bürgschaften, Pfandrechten an Gesellschaftsanteilen, Sicherungsabtretungen – kann die Bank ihre Sicherheit auch nicht infolge Rechtsscheins erwerben. Der Erwerb

<sup>68</sup> Siehe oben Ziff. III 1 c.

<sup>69</sup> Das Pfandrecht entsteht zunächst am Auflassungsanspruch, einer Forderung, für die es keinen Rechtsscheinträger gibt, und schon deshalb Rechtsscheinerwerb ausscheidet. Das spätere Entstehen des Pfandrechts (der Sicherungshypothek) am Grundstück erfolgt kraft Gesetzes, so dass bei diesem Akt der Rechtsscheinerwerb deshalb nicht in Frage kommt, weil kein Rechtsgeschäft gegeben ist.

<sup>67</sup> Damrau, Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl., 2004, § 1274 Rn. 36.

bzw. Nichterwerb der Sicherheit durch Rechtsschein ist in dieser Untersuchung mehr unter akademischen Aspekten aus Gründen der Vollständigkeit zu besprechen als unter dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen und rechtlichen Interessen.

Die beim Grundbuchamt entstehenden (zusätzlichen) Kosten für die Umwandlung der Sicherheitshypothek in die Grundschild sind hinnehmbar und durch den Umstand, dass bei dieser Gestaltung keine Seite sich in eine ungesicherte Position begeben muss, wirtschaftlich gerechtfertigt.

### 3. Sicherheitshypothek auflösend bedingt durch ranggerechte Eintragung der Grundschild

#### a) Konzeption im Überblick

Bei dieser Lösung wird das Grundschildbestellungsformular der Bank verwendet und um einen Abschnitt „Verpfändung des Auflassungsanspruchs“ ergänzt. In dieser Urkunde wird auch festgelegt, dass die kraft Gesetzes entstehende Sicherheitshypothek im Grundbuch nicht eingetragen werden soll, wenn Zug um Zug<sup>70</sup> mit Umschreibung des Eigentums von dem öffentlich-rechtlichen Verkäufer auf den Käufer die bestellte Grundschild an der bedungenen Rangstelle eingetragen wird. Für den Vollzug dieser Erklärung (= Nichteintragung der Sicherheitshypothek) ist die Zustimmung des Pfandgläubigers in der Form des § 29 GBO erforderlich, denn dessen bei der Eigentumsumschreibung kraft Gesetzes entstehendes Recht kommt nicht zur Eintragung.<sup>71</sup> Darüber hinaus bewilligt der öffentlich rechtliche Verkäufer in der Auflassungsurkunde die Eigentumsumschreibung nur unter dem Vorbehalt, dass die Grundschild mit der ausbedungenen Rangstelle oder aber die kraft Gesetzes aus der Verpfändung des Eigentumsanspruchs entstehende Sicherheitshypothek, ebenfalls mit entsprechender Rangstelle, in das Grundbuch eingetragen werden.

#### b) Muster der Urkunden

##### (1) Ergänzung der Grundschildbestellungsurkunde<sup>72</sup>

*(a) Der unterzeichnende Kaufmann Y verpfändet hiermit seine sämtlichen Rechte und Ansprüche aus dem bereits benannten Kaufvertrag mit der Gemeinde X, insbesondere den Anspruch auf Eigentumsverschaffung, nicht jedoch das Anwartschaftsrecht, an den Gläubiger.<sup>73</sup> Diese Verpfändung dient als Sicherheit für alle Rechte und Ansprüche, die dem Gläubiger aus der persönlichen Haftungsübernahme nach Abschnitt ... dieser Urkunde zustehen.*

*(b) Für den Fall der Aufhebung oder der Ungültigkeit des Kaufvertrags tritt Kaufmann Y seine Ansprüche gegen die verkaufende Gemeinde X auf Rückgewähr des bereits gezahlten Kaufpreises an den Gläubiger ab.*

*(c) Der Käufer und Sicherungsgeber Kaufmann Y beantragt die Eintragung der Verpfändung bei seiner Auflassungsvormerkung im Grundbuch, sofern diese zur Eintragung kommt. Er beantragt ferner nach Übergang des Eigentums an dem gekauften Grundstück auf ihn die Eintragung der kraft Gesetzes entstehenden Sicherheitshypothek.*

<sup>70</sup> Zu der Vokabel siehe oben II 2 d.

<sup>71</sup> BayObLG DNotZ 1987, 625.

<sup>72</sup> Es wird eine vollstreckbare Grundschild zugrunde gelegt, wobei in einem früheren Abschnitt der Urkunde auch eine persönliche Haftungsübernahme (ebenfalls mit Vollstreckungsunterwerfung) vorgesehen ist.

<sup>73</sup> D.h. an die finanzierende Bank.

*(d) Die kraft Gesetzes entstehende Sicherheitshypothek ist jedoch im Grundbuch nicht einzutragen, wenn Zug um Zug mit Umschreibung des Eigentums auf den Käufer die in dieser Urkunde bestellte Grundschild an bedungener Rangstelle, nach Abteilung II und Abteilung III, eingetragen werden kann und eingetragen wird.*

(e) Die vorstehende Verpfändung des Auflassungsanspruchs ist nach § 1280 BGB nur rechtswirksam, wenn sie der verkaufenden Gemeinde X angezeigt wird. Der amtierende Notar, dessen Vertreter und Amtsnachfolger sowie der Gläubiger, und zwar jeder für sich allein, werden bevollmächtigt, die Anzeige der Verpfändung vorzunehmen.

##### (2) Eigentumsumschreibungsbewilligung unter Vorbehalt in der Auflassungsurkunde

... Die Gemeinde X bewilligt die Eintragung der Eigentumsänderung in das Grundbuch. Diese Bewilligung darf vom Grundbuchamt nur verwertet werden, wenn gleichzeitig die nach der Urkunde UR ... vom... des amtierenden Notars bewilligte Grundschild zu Gunsten der Z-Bank, mit der nach der Bestellungsurkunde ausbedungenen Rangstelle, oder aber die in jener Urkunde ebenfalls bewilligte Sicherheitshypothek (an Stelle des Pfandrechts am Auflassungsanspruch), im Rang ebenfalls unmittelbar nach ..., in das Grundbuch eingetragen wird.

##### (3) Zustimmungserklärung der Bank

Der Nichteintragung der Sicherheitshypothek gemäß lit. (d) des Abschnitts ... der Grundschildbestellungsurkunde des Notars N. UR ... vom ... aus der Verpfändung des Auflassungsanspruchs des Kaufmanns Y stimmen wir zu, vorausgesetzt die Grundschild wird Zug um Zug mit der Eigentumsumschreibung von der Gemeinde X auf den Kaufmann Y mit der in der Grundschildbestellungsurkunde ausbedungenen Rangstelle in das Grundbuch eingetragen. Wir, die Bank, beantragen jedoch die Eintragung der Sicherheitshypothek gem. lit. (c), Satz 2 des Abschnitts ... der Grundschildbestellungsurkunde, falls die Grundschild nicht an der ausbedungenen Rangstelle sollte eingetragen werden können.

#### c) Anmerkungen

(1) Der Ablauf dieser Lösung aus auflösend bedingter Sicherheitshypothek baut auf dem Weg auf, bei dem nur das Instrument der bedingten Bewilligung eingesetzt wird.

(2) Der öffentlich-rechtliche Verkäufer nimmt aber keinerlei Erklärung der Bank entgegen – und gibt seinerseits auch keinesfalls gegenüber der Bank eine entsprechende Erklärung ab –, dass er den Kaufpreis (= die Darlehensvaluta) zurückzuzahlen hat, wenn die Grundschild der Bank an der ausbedungenen Rangstelle nicht eingetragen werden sollte. Denn die ausbedungene Rangstelle erlangt die Bank bereits mit ihrer Sicherheitshypothek; und diese, die Sicherheitshypothek muss zur Eintragung kommen, wenn die Bank nicht mit der Grundschild an die vereinbarte Rangstelle kommt – sei es dass der Verkäufer eine weitere Grundschild bestellt und diese gleichzeitig oder gar vor der Grundschild der Bank zur Eintragung beantragt, sei es dass der Käufer seinen Auflassungsanspruch oder sein Anwartschaftsrecht verpfändet oder sei es dass ein Dritter den Auflassungsanspruch oder das Anwartschaftsrecht durch Zwangsvollstreckung pfändet.

(3) Allerdings bestätigt der Verkäufer, sobald ihm die Urkunde über die Grundschildbestellung einschließlich der Verpfändung des Auflassungsanspruchs zugegangen ist,

dass ihm bisher weder eine Verpfändungsanzeige mitgeteilt, noch eine Pfändungsverfügung zugestellt worden ist.<sup>74</sup>

(4) Der Erwerb der Grundschuld durch die Bank kraft Rechtsscheins – einschließlich der im Grundbuch verlautbarten Rangstelle – ist möglich. In den seltenen Fällen, in denen auf die Sicherungshypothek zurückgegriffen werden muss, ist ein Rechtsscheinerwerb ausgeschlossen. Dieser Nachteil ist für die Bank, wie oben Ziff. 2 c) schon ausgeführt, hinnehmbar. Keinesfalls wäre es angemessen, dass auf Verkäuferseite ein Risiko eingegangen wird, nur um der Bank die Rechtswohlthat des § 892 BGB zu verschaffen.

(5) Dass sich das Risiko des Wertverfalls der Immobilie bereits spätestens mit der Auszahlung des Kredits – und damit mit der Kaufpreiszahlung – auf die Bank verlagert,<sup>75</sup> ist interessengerecht. Denn beim Kauf von Privaten, wo noch der Verkäufer die Grundschuld bestellt, geht dieses Risiko auch schon zu diesem frühen Zeitpunkt auf die Bank über.

(6) Für die Beglaubigung der Zustimmung des Pfandgläubigers (= Bank) fällt, außer bei öffentlich-rechtlichen Geldinstituten, eine Beglaubigungsgebühr nach §§ 141, 45 Abs. 1 Kostenordnung an, die allerdings wegen ihrer geringen Höhe nicht von Gewicht ist.

#### d) Gesamtbetrachtung zur Brauchbarkeit

Auch diese Lösung ist, wie sich aus den vorstehenden Anmerkungen ergibt, für alle Beteiligten interessengerecht. Gegenüber dem Weg mit der Umwandlung der kraft Gesetzes entstehenden Sicherungshypothek in die (letztlich) gewollte Grundschuld hat sie den Vorteil, dass das Formular der Bank verwendet werden kann und dieses nur Ergänzungen erfährt. Die Lösung bleibt damit v.a. für die Bank mehr in den bei ihr bekannten Gleisen und greift nur für den Störfall aus (gegenüber der Grundschuld) vorrangiger Verpfändung oder Pfändung des Auflassungsanspruchs und des Anwartschaftsrechts auf die bei der Bank unbeliebte Sicherungshypothek zurück. Der in der vorsorgenden Rechtspflege und im Liegenschaftsrecht versierte Jurist wird – unter Aspekten der Dogmatik – den Weg mit der Umwandlung der Sicherungshypothek in die Grundschuld möglicherweise als übersichtlicher empfinden.

#### 4. Gesamtbetrachtung der Lösungen über die Verpfändung des Auflassungsanspruchs

Die gefundenen Lösungen über das Instrument der Verpfändung des Auflassungsanspruchs – Umwandlung der kraft Gesetzes entstehenden Sicherungshypothek in die letztlich gewollte Grundschuld einerseits und Eintragung der Sicherungshypothek nur für den Fall, dass die Grundschuld nicht an der ausbedungenen Rangstelle zur Entstehung kommen sollte, andererseits – sind brauchbar. Die Sicherheit für die finanzierende Bank entsteht bei diesen Wegen nicht erst mit der Eintragung der Grundschuld in das Grundbuch, sondern bereits bei der außerhalb des Grundbuchs erfolgenden Verpfändung des Auflassungsanspruchs. Für den öffentlich-rechtlichen Verkäufer wie

<sup>74</sup> Sollte die Bank diese Erklärung des Verkäufers nicht verlangen, so wird der Verkäufer von sich aus der Bank Mitteilung machen, wenn ihm vor der Anzeige der Verpfändung des Auflassungsanspruchs in der Grundschuldbestellungsurkunde eine andere Verpfändung mitgeteilt oder eine Pfändung zugestellt worden sein sollte. Denn in einem derartigen Störfall muss das Geschäft, schon im Interesse des Verkäufers, so schnell wie möglich zum Abbruch kommen.

<sup>75</sup> Ein Risiko, das nur zum Tragen kommt, falls der Käufer und Kreditnehmer in Insolvenz gerät.

auch für die Bank bieten diese Wege den Vorteil gegenüber – der nur mit Einschränkungen brauchbaren – Lösung über die unter Vorbehalt gestellte Eigentumsumschreibungsbewilligung (Verkoppelung mit der ranggerechten Eintragung der Grundschuld), dass das Geschäft schon ab der Verpfändung des Auflassungsanspruchs durch einen außenstehenden Dritten oder durch eine abredewidrige Verpfändung des Käufers zugunsten eines Dritten nicht mehr zu Fall gebracht werden kann.

#### IV.

#### **Kaufvertrag mit sofortiger Auflassung, Grundschuld zur Kaufpreissicherung, Abtretung der Grundschuld vom Verkäufer an die Bank**

##### 1. Konzeption

In der Kaufvertragsurkunde wird auch die Auflassung erklärt. Da der Kaufpreis zur Zeit der Auflassung noch nicht bezahlt ist, bestellt der Käufer dem Verkäufer zur Kaufpreissicherung eine Grundschuld. Der Verkäufer tritt diese Grundschuld an die den Kaufpreis finanzierende Bank ab. Zwischen Bank und Käufer ist vereinbart, dass die Grundschuld künftig, d.h. nachdem die Bank den Kredit zur Tilgung des Kaufpreises an den Verkäufer ausbezahlt hat, die Kreditforderung der Bank sichert.

Vor Abschluss des Kaufvertrages hat die Bank dem Verkäufer bereits zugesagt, die Grundschuld gegen Auszahlung des Darlehens, und aus der Sicht des Verkäufers der Kaufpreiszahlung, zu übernehmen. Aus der Sicht des Verkäufers kann dieses Geschäft auch als ein Verkauf der Grundschuld an die Bank angesehen werden.

##### 2. Rechtliche Grundlagen

###### a) Auflassung und Erlöschen des Auflassungsanspruchs

Der Eigentumsverschaffungsanspruch des Käufers erlischt zwar erst mit dessen Eigentumseintragung im Grundbuch, so dass dieser Anspruch auch noch nach Erklärung der Auflassung verpfändbar und pfändbar ist.<sup>76</sup> Des Weiteren kommt die Verpfändung und Pfändung des Anwartschaftsrechts in Frage. Zwar können diese Schwierigkeiten hinsichtlich der Verpfändung des Auflassungsanspruchs dadurch eliminiert werden, dass der Eigentumsverschaffungsanspruch nach § 399 BGB unabtretbar gestellt wird. In Bezug auf die Pfändung lassen sich diese Störungen aber nicht durch vertragliche Vereinbarung ausschalten (§ 851 Abs. 2 ZPO). Ebenso wenig kann eine Vereinbarung nach § 399 BGB gegen eine Verpfändung des Anwartschaftsrechts Abhilfe verschaffen. Denn § 399 gilt nicht für das Anwartschaftsrecht; für das Anwartschaftsrecht sind vielmehr, dem allgemeinen Grundsatz entsprechend, die Vorschriften für das Vollrecht (Eigentum) maßgebend, dessen Verpfändbarkeit mit dinglicher Wirkung nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen werden kann.

###### b) Rang der Kaufpreishypothek gegenüber den Surrogatsicherungshypotheken

Die Grundschuld des Verkäufers für die Kaufpreisforderung erlangt nach ganz herrschender Meinung Rang vor den Sicherungshypotheken Dritter, die als Surrogate an die Stelle von vorangegangenen Vertrags- und Pfändungspfandrechten an dem Auflassungsanspruch und an dem

<sup>76</sup> Vgl. oben II 3 a.

Anwartschaftsrecht treten.<sup>77</sup> Diese (fast einhellige) Meinung<sup>78</sup> fußt auf der Überlegung, dass bei der Abfassung der die Surrogation anordnenden Gesetznormen an den Fall der Grundstücksveräußerung gegen Bestellung eines Rechts für den Verkäufer, z.B. einer Kaufpreishypothek, nicht gedacht worden ist. Daher drückt der Wortlaut des Gesetzes dessen Willen für den Fall, dass als Gegenleistung für die Eigentumsübertragung das Grundstück neu belastet werden soll, nicht richtig aus. Das Gesetz muss deshalb berichtend dahin ausgelegt werden, dass die Sicherungshypothek als Surrogat erst dann entsteht, nachdem der Grundstückserwerber die ihm aufgrund gegenseitiger Vertragserfüllung zukommende Rechtsstellung am Grundstück (durch Eintragung seines Eigentums einerseits, der als Gegenleistung anzusehenden Belastung andererseits) erlangt hat. Vorauszusetzen ist dabei, dass die Eintragungen (des Eigentumsübergangs zu Gunsten des Käufers und der Belastung zu Gunsten des Verkäufers) zugleich beantragt und im Sinne des § 16 Abs. 2 GBO von einander abhängig gemacht werden, was freilich auch ohne besondere Erklärung regelmäßig anzunehmen ist. Falls die Eigentumsübertragung und die Bestellung des Rechts für den Verkäufer Zug um Zug zu erfolgen haben, so erwirbt sonach gegen den Wortlaut des Gesetzes, aber im Sinne des Gesetzes, der Pfandgläubiger die Sicherungshypothek nicht schon mit der Eintragung des Rechts für den Käufer. Die Sicherungshypothek entsteht zwar zeitlich zugleich mit dem Recht des Käufers, logisch jedoch nach diesem. Das Recht des Verkäufers, das zusammen mit dem Eigentum für den Käufer eingetragen wird, hat daher Vorrang. Nur diese Auslegung des Gesetzes wird seinem Willen, die Surrogation des Rechts an der Forderung in ein Recht an der – inzwischen in das Eigentum des bisherigen Forderungsgläubigers übergangenen – Sache herbeizuführen, völlig gerecht.<sup>79</sup>

### c) Vereinbarungsgefüge zwischen Verkäufer, Bank und Käufer

Es gilt also die letztlich für die Bank bestimmte Grundschuld zunächst als Recht des Verkäufers und als Gegenleistung für die Eigentumsübertragung in das Geschäft einzubauen. Unübersehbar ist, dass es zu Rechtsbeziehungen zwischen dem Verkäufer und der Bank kommen muss: Die Bank hat sich gegenüber dem Verkäufer zu verpflichten, einen Geldbetrag, der dem des Kaufpreises entspricht, an den Verkäufer gegen Abtretung der Grundschuld zu zahlen. Mit dem Käufer wiederum muss die Bank vereinbaren, dass sie für dessen Rechnung die Grundschuld von dem Verkäufer erwirbt, dass die Forderung (der Bank gegen den Käufer) für diese Aufwendung in einer Darlehensforderung (gegen den Käufer) besteht und dass die Grundschuld, sobald sie von der Bank erworben worden ist, die Darlehensforderung (der Bank gegen den Käufer) sichert. Schließlich bietet sich bei diesem Vorgehen an, dass die Bank gegenüber dem Verkäufer für die Zahlung der Grunderwerbsteuer und aller Kosten bei Notar und Grundbuchamt einsteht.

<sup>77</sup> Damrau in Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl., 2004, § 1274 Rn. 35; Wiegand in Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2002, § 1287 Rn. 15; Bassenge in Palandt, BGB, 63. Aufl., 2004, § 1287 Rn. 4; BayObLGZ 72, 46 (= DNNotZ 1972, 536) – alle mit zahlreichen weiteren Nachweisen. A.A. Just, JZ 1998, 120, und Habersack in Soergel, BGB, 13. Aufl., 2001, § 1287 Rn. 8.

<sup>78</sup> Begründet von Hartung in seinem Beitrag: „Der Rang der durch Surrogation entstehenden Rechte an Grundstücken (§§ 1075, 1287 BGB; § 848 ZPO)“ in ZBIFG 11(1911), 637, 639.

<sup>79</sup> Hartung (vorherige FN), 639.

Soweit ersichtlich, wird diese Gestaltung hier erstmals entwickelt. Ihre gründliche Erörterung in den Fachkreisen steht noch aus. Gleichwohl sollen im folgenden Formulierungsvorschläge unterbreitet (Ziff. 3), die zeitliche Abfolge untersucht (Ziff. 4) und sonach auch die Frage des Umfangs der Beurkundungsbedürftigkeit (§ 311b Abs. 1 S. 1 BGB) (Ziff. 5) besprochen und zu den Kosten (Ziff. 6) Stellung genommen werden.

### 3. Formulierungsvorschläge

#### a) Abrede zwischen Bank und Verkäufer

*Die Gemeinde X beabsichtigt, ihr Grundstück Grundbuch von X, Grundbuch-Nr. ..., BV-Nr. ..., Gemarkung X, Flurstück Nr. ..., zum Preis von ... Euro und zu den im Entwurf beigefügten weiteren Bedingungen<sup>80</sup> an den Kaufmann Y zu verkaufen. Die nach dem Kaufvertrag vorgesehene Kaufpreisgrundschuld wird die verkaufende Gemeinde X an die Bank Y abtreten Zug um Zug gegen Zahlung eines Betrages, der dem des Kaufpreises aus dem Grundstückskaufvertrag nebst eventueller Zinsen entspricht. Die Gemeinde X wird diesen Betrag sowohl als Entgelt für die Abtretung der Grundschuld als auch als Zahlung des Kaufpreises aus dem Kaufvertrag entgegennehmen. Die Gemeinde X kann die Zahlung nicht vor der im Kaufvertrag vereinbarten Kaufpreisfälligkeit verlangen. Für die Abtretung der Grundschuld sind auch die eventuellen Zinsen auf den Kaufpreis zu zahlen. Für die Übertragung der Grundschuld von der Gemeinde X auf die Bank Z gelten im übrigen die Bestimmungen über den Rechtskauf, insbesondere steht die Gemeinde X der Bank Z dafür ein, dass ihr die Grundschuld zusteht; die Gemeinde X steht aber nicht für die Werthaltigkeit des Grundstücks ein.*

*Für die Zahlung der Grunderwerbsteuer und aller Kosten bei Notar und Grundbuchamt steht die Bank dem Verkäufer ein.*

*Diese Zusage der Bank Z erlischt, wenn der Grundstückskaufvertrag zwischen der Gemeinde X und dem Kaufmann Y nicht spätestens am ... in notarieller Form abgeschlossen wird.*

#### b) Aus dem Grundstückskaufvertrag

*... Der Kaufpreis beträgt... Er ist spätestens am ... auf das Konto ... zu zahlen. Für den Fall nicht rechtzeitiger Zahlung werden ab ... % Zinsen vereinbart, wobei für die Rechtzeitigkeit der Zahlung die Konto-Gutschrift maßgebend ist.*

*Für die Kaufpreisforderung bestellt der Käufer Kaufmann Y der verkaufenden Gemeinde X an dem Vertragsgegenstand eine Grundschuld mit folgenden Bedingungen: (Kapitalbetrag, Zins, Fälligkeit, Vollstreckbarkeit etc. – aufzunehmen sind die Grundschuldbedingungen der Bank Z).*

*Die verkaufende Gemeinde X wird diese Grundschuld an die Bank Z abtreten, die den Kaufpreis finanziert.*

#### c) Aus dem Kreditvertrag zwischen Bank und Käufer

*Die Bank Z wird dem Käufer Y den Kaufpreis aus dem beabsichtigten Kaufvertrag mit der Gemeinde X über das*

<sup>80</sup> Zweckmäßigerweise sind zu dieser Zeit alle Bedingungen zwischen Verkäufer und Käufer bereits ausgehandelt und ist der Vertragstext abgefasst. Es empfiehlt sich, den Entwurf des Kaufvertrags der Abrede Bank/Verkäufer beizufügen. Eine einheitliche Urkunde, die die Unterschriften von Bank und Verkäufer trägt, über die Abrede ist nicht erforderlich. Genügend, aber diese Form sollte aus Beweisgründen eingehalten werden, ist ein entsprechender Briefwechsel zwischen Bank und Verkäufer.

Grundstück ... finanzieren. Der Kaufvertrag wird zu den in der Anlage beigefügten Bedingungen abgeschlossen.<sup>81</sup> Der Kredit dient ferner der Bezahlung der Grunderwerbsteuer und aller Kosten bei Notar und Grundbuchamt, die die Bank für Rechnung des Käufers bezahlen darf, unbeschadet des Rechts des Käufers, gegen die Bescheide, die Kostenansätze, Kostenrechnungen und dergleichen Rechtsmittel und Rechtsbehelfe einzulegen.

Die Bank Z wird dem Käufer Y den Kredit zu folgenden Konditionen gewähren: ...

Der Kredit wird gesichert durch die Grundschuld, die der Käufer Kaufmann Y zunächst der verkaufenden Gemeinde X zur Kaufpreissicherung bestellt und die die verkaufende Gemeinde X an die Bank Z Zug um Zug gegen Auszahlung des Kredits, und gleichzeitige Kaufpreiszahlung, abtreten wird.

Diese Kreditzusage der Bank Z erlischt, wenn die verkaufende Gemeinde X und der Kreditnehmer und Käufer, der Kaufmann Y, nicht spätestens am ... den Grundstückskaufvertrag in notarieller Form abschließen.

#### 4. Zeitliche Abfolge

a) Das Aushandeln des Grundstückskaufvertrages zwischen Verkäufer und Käufer sowie das Aushandeln des Kreditvertrages zwischen Bank und Käufer werden zeitgleich oder zeitnahe zu Ende gebracht.

b) Der Text des Grundstückskaufvertrags wird zwischen Verkäufer und Käufer unter Einbeziehung der Bank abgestimmt.

c) Der Kreditvertrag Bank/Käufer wird abgeschlossen.

d) Abrede Bank/Verkäufer: Die Bank verspricht dem Verkäufer, einen Geldbetrag in Höhe des Kaufpreises nebst Zinsen zu zahlen Zug um Zug gegen Abtretung der im Grundstückskaufvertrag vereinbarten Kaufpreis Grundschuld.

e) Der Grundstückskaufvertrag zwischen Verkäufer und Käufer wird in notarieller Form abgeschlossen. Dieser enthält die Grundschuldbestellung für den Kaufpreis sowie die Auflassung. In der Eigentumsumschreibungsbewilligung wird festgelegt, dass diese vom Grundbuchamt nur verwertet werden darf, wenn gleichzeitig und erstrangig (bzw. an bestimmter Rangstelle) die Kaufpreisgrundschuld eingetragen wird.<sup>82</sup>

f) Grundbucheintragung von Eigentumsänderung und Grundschuld entsprechend der Kaufvertragsurkunde.<sup>83</sup>

g) Abtretung der Grundschuld von Verkäufer an Bank Zug um Zug gegen Zahlung gemäß der Abrede zwischen Bank und Verkäufer.

h) Bei Briefgrundschuld fakultativ und bei Buchgrundschuld zwingend: Eintragung der Bank als Gläubigerin der Grundschuld im Grundbuch.

<sup>81</sup> Der ausgehandelte und im Text abgestimmte Entwurf des Kaufvertrags wird beigefügt. Vergleiche vorhergehende FN.

<sup>82</sup> Zur Zulässigkeit dieser Gestaltung siehe oben II 2 d.

<sup>83</sup> Zu dieser Zeit kann auch die Übergabe vorgesehen sein. Die Übergabe spielt in dem System der Absicherungen von Verkäufer, Käufer und Bank an und für sich keine Rolle. Es dürfte sich jedoch empfehlen, die Übergabe für die Zeit zwischen notariellem Kaufvertrag mit Bestellung der Kaufpreisgrundschuld einerseits und Auszahlung der Bank an den Verkäufer andererseits vorzusehen. Durch eine solche Gestaltung wird betont, dass die Grundschuld wirklich zur Sicherung der Kaufpreisforderung gewollt ist und die gesamte Gestaltung nicht nur einen kautelarjuristischen „Trick“ zum Gegenstand hat.

#### 5. Zum Beurkundungserfordernis

a) Der Grundstückskaufvertrag bedarf der notariellen Beurkundung nach § 311b Abs. 1 S. 1 BGB. Da in diese Urkunde auch die Auflassung und die Bestellung der Grundschuld, die regelmäßig sofort vollstreckbar ausgestaltet sein wird, aufgenommen werden, sind auch das Formerfordernis des § 925 Abs. 1 S. 2 BGB und gegebenenfalls auch das des § 800 Abs. 1 S. 1 ZPO i.V.m. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO erfüllt. Sollte die Bank zu dem Kreditvertrag mit dem Käufer ein Schuldanerkenntnis mit Vollstreckungsunterwerfung verlangen, so bedarf auch dieses der notariellen Beurkundung (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO).

b) Fraglich ist, ob auch die Abrede Bank/Verkäufer (oben Ziff. 3 a und Ziff. 4 d) und der Kreditvertrag Bank/Käufer (oben Ziff. 3 c und Ziff. 4 c) dem Formerfordernis des § 311b Abs. 1 BGB unterliegen. Zur Beurkundungsbedürftigkeit würde es kommen, wenn in der Abrede Bank/Verkäufer bzw. in dem Kreditvertrag Bank/Käufer ein zusammengesetztes Geschäft mit dem Kaufvertrag zwischen Verkäufer und Käufer zu sehen sein sollte. Denn die einzelnen Geschäfte aus einem Gesamtgeschäft sind sämtliche beurkundungsbedürftig, wenn die mehreren Geschäfte von den Vertragsparteien als Einheit gewollt sind oder wenn die Rechtsgeschäfte nach dem Willen der Vertragsparteien nur zusammen gelten sollen.<sup>84</sup>

Eine solche Einheit und ein solcher Zusammenhang zwischen den einzelnen Geschäften besteht aber nicht. Die Abrede Bank/Verkäufer entfaltet keinerlei Druck auf den Verkäufer oder den Käufer, den Grundstückskaufvertrag abzuschließen. Kommt der Grundstückskaufvertrag nicht zustande, so gilt die Abrede gleichwohl, obschon sie aufgrund der ihr beigegebenen Bedingung ins Leere geht. Gleiches gilt für den Kreditvertrag. Auch dieser ist ein selbständiges und unabhängiges Geschäft gegenüber dem Grundstückskaufvertrag. Auch gegenüber dem Käufer nimmt die Bank unter rechtlichen Gesichtspunkten keinen Einfluss, dass dieser den Kaufvertrag mit dem Verkäufer abschließt.

Der notariellen Form unterliegt also nur der Grundstückskaufvertrag, nicht aber die Abrede zwischen Bank und Verkäufer und auch nicht der Kreditvertrag.

#### 6. Zu den Kosten

Unter Kostenaspekten kann sich diese Gestaltung als besonders günstig erweisen. Die Bestellung der Kaufpreisgrundschuld in der Kaufvertragsurkunde ist durch die Vertragsgebühr abgedeckt,<sup>85</sup> ebenso die Auflassung.<sup>86</sup> Für die Abtretung der Grundschuld von dem öffentlich-rechtlichen Verkäufer an die Bank fällt eine Beglaubigungsgebühr nicht an, da es keiner Beglaubigung bedarf, bei der Unterschrift des öffentlich-rechtlichen Verkäufers wird vielmehr dessen Siegel beigefügt (§ 29 Abs. 3 GBO). An besonderen Kosten fallen jedoch an die Gebühr für die Grundbuchberichtigung durch Eintragung der Bank als Grundschuldgläubigerin anstelle des zunächst als Gläubiger eingetragenen Verkäufers, und, falls die Bank die persönliche Vollstreckungsunterwerfung (aus einem Schuldanerkenntnis) ihres Kreditnehmers (= des Käufers) verlangt, die Kosten für die Errichtung dieser Urkunde.

<sup>84</sup> Kanzleiter in Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl., 2003, § 311b Rn. 53.

<sup>85</sup> Bengel/Tiedtke in Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, Kostenordnung, 15. Aufl., 2002, § 44 Rn. 75.

<sup>86</sup> Bengel/Tiedtke in Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, Kostenordnung, 15. Aufl., 2002, § 44 Rn. 71.

Gegenüber dem Käufer sollte die Bank ermächtigt sein, für dessen Rechnung die Grunderwerbsteuer und alle Kosten bei Notar und Grundbuchamt zu zahlen, so dass die Abwicklung des Geschäfts unter diesen Gesichtspunkten nicht erschwert oder gar scheitern kann (vgl. oben Ziff. 2 c, 3 a und 3 c).

## 7. Ergebnis

Das Kaufgeschäft mit sofortiger Auflassung und Bestellung einer Kaufpreisgrundschuld durch den Käufer an den Verkäufer sowie Abtretung der (Kaufpreis-)Grundschuld an die Bank Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises (bzw. Auszahlung des Kredits durch die Bank) ist ein gangbarer und interessengerechter Weg. Erforderlich ist, dass es vor Abschluss des Grundstückskaufvertrags (zwischen Verkäufer und Käufer) zu den hier dargestellten Abreden zwischen Bank und Verkäufer über die Zahlung Zug um Zug gegen Abtretung der Grundschuld und vorher bereits zu der speziellen Abrede in dem Kreditvertrag zwischen Bank und Käufer kommt. Der notariellen Beurkundung bedarf nur das Grundstücksgeschäft zwischen Verkäufer und Käufer, nicht aber die Abrede zwischen Bank und Verkäufer und auch nicht der Kreditvertrag mit der speziellen Abrede zwischen Bank und Käufer. Unter Kostengesichtspunkten kann sich diese Abfolge sogar als besonders günstig erweisen.

## V.

### Verzicht des Käufers auf den Eigentumsumschreibungsantrag

#### 1. Konzeption

Im Zentrum dieser Erwägungen steht, dass der Käufer darauf verzichtet, beim Grundbuchamt einen Antrag auf Eigentumsumschreibung zu stellen, vielmehr der Verkäufer die Eigentumsumschreibung beantragt und diesen Antrag mit dem weiteren Antrag auf Eintragung der Grundschuld nach § 16 Abs. 2 GBO derart verbindet, dass die Eigentumsänderung nur dann in das Grundbuch eingetragen werden darf, wenn gleichzeitig (erstrangig bzw. an ausbedingener Rangstelle) die Grundschuld eingetragen wird.

Hier laufen die Schritte (1) bis (8) wie aus der Lösung mit der Eigentumsumschreibungsbewilligung unter Vorbehalt, oben Ziff. II 1 b, – nebst Formulierungsvorschlägen Ziff. II 1 c –, also einschließlich notariellem Kaufvertrag (4), Kreditvertrag (5), Grundschuldbestellung (6), Zahlungsabrede zwischen Verkäufer und Bank (7) und Zahlung (8) ab. Anders gefasst ist hier nur die Auflassungsurkunde. Die Eigentumsumschreibungsbewilligung wird ohne jeglichen Vorbehalt erklärt. Stattdessen verzichtet der Käufer auf sein Recht, beim Grundbuchamt die Eigentumsänderung zu beantragen. Den Antrag auf Eigentumsänderung stellt der Verkäufer und verbindet diesen gemäß § 16 Abs. 2 GBO mit dem Antrag aus der Grundschuldurkunde derart, dass der Eigentumsantrag nur vollzogen werden darf, wenn gleichzeitig (erstrangig bzw. an ausbedingener Rangstelle) die Grundschuld eingetragen wird. Auch hier wird in der Auflassungsurkunde bestimmt, dass in der Erklärung der Auflassung nicht das Anerkenntnis vollständiger und ordnungsgemäßer Zahlung liegt und dass sich der Verkäufer für den Fall nicht rechtzeitiger und vollständiger Zahlung alle Rechte und Befugnisse, insbesondere auf Rücktritt und auf Schadensersatz, vorbehält.

## 2. Kritik und Anmerkungen

### a) Zur Antragsstellung durch den Verkäufer

Der Verzicht des Käufers auf die Stellung des Antrags auf Eigentumsumschreibung erscheint in aller Regel sachgerecht, da einerseits über das Vermögen der öffentlich-rechtlichen Rechtsträger ein Insolvenzverfahren zumeist nicht stattfindet<sup>87</sup> und andererseits der öffentlich-rechtliche Verkäufer einer Rechtsaufsicht unterliegt und deshalb ein abredewidriges Verhalten sowie eine zur Insolvenz führende Wirtschaft bei ihm sehr unwahrscheinlich sind.

### b) Zur Statthaftigkeit des Antragsverzichts

Zweifelhaft ist aber, ob ein solcher Verzicht überhaupt statthaft ist. Das OLG Hamm sah im Jahr 1975<sup>88</sup> die Statthaftigkeit als gegeben an. Das OLG geht in seiner Entscheidung zunächst davon aus, dass die Vertragsparteien sowohl den Notar anweisen können, den Antrag nicht beim Grundbuchamt einzureichen, was keine Wirkung gegenüber dem Grundbuchamt haben und vielmehr nur den Notar im Innenverhältnis zu den Beteiligten binden soll, als auch dass die Vertragsparteien mit Außenwirkung gegenüber dem Grundbuchamt auf ihr Antragsrecht sollen verzichten können. Freilich soll der Verzicht nicht von allen Antragsberechtigten möglich sein, da bei einem Verzicht aller Antragsberechtigten die Einleitung des Eintragungsverfahrens nicht mehr möglich wäre. Die Entscheidung setzt sich mit den Grundlagen der Zulässigkeit des Verzichts nicht näher auseinander, sondern unterstellt diese als unproblematisch und selbstverständlich. Als Argument für die Zulässigkeit kann der Entscheidung allenfalls ein Bedürfnis der Praxis entnommen werden.

Zwei jüngere, veröffentlichte Entscheidungen der Landgerichte Frankfurt<sup>89</sup> und Magdeburg<sup>90</sup> sprechen aus, dass der Antragsverzicht nicht möglich sein soll, und ein gleichwohl erklärter Verzicht, der zur Kenntnis des Grundbuchamts gelangt ist, von diesem allenfalls dahingehend beachtet werden dürfe, dass das Grundbuchamt dem Antragsgegner rechtliches Gehör gewährt.<sup>91</sup> Keine der beiden Entscheidungen setzt sich mit den Grundlagen der von ihnen behaupteten Unzulässigkeit auseinander.

Die neuere Literatur<sup>92</sup> verneint einhellig die Möglichkeit des Antragsverzichts. Mit Vorlagebeschluss nach § 79 Abs. 2 GBO vom 12.5.1993<sup>93</sup> wollte das OLG Karlsruhe eine Entscheidung des BGH herbeiführen und von der

<sup>87</sup> Über das Vermögen des Bundes und über die Vermögen der Länder findet nach § 12 InsO ein Insolvenzverfahren nicht statt. Ebenso nach § 45 AusföhrG GVG Bad.-Württ. über das Vermögen der Gemeinden. Insolvenzfähig sind z.B. auch als öffentlich-rechtliche Körperschaften organisierte Kirchen (BVerfGE 66, 1 (= NJW 1984, 2401)) und öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten (BVerfGE 89, 144, 151 ff.). Insolvenzfähig sind dagegen z.B. Handwerksinnungen, Ortskrankenkassen und sonstige Träger der Sozialversicherung (vgl. Hirte in Uhlenbruck, Insolvenzzordnung, 12. Aufl., 2003, § 12 Rn. 7 ff.).

<sup>88</sup> Entscheidung vom 26.3.1975, Az.: 15 Wx 197/74, DNotZ 1975, 686; MittBayNot 1975, 172, mit Anmerkung Herrmann.

<sup>89</sup> Beschluss vom 13.8.1991, Az.: 2/9 T 674/91, Rpfleger 1992, 58.

<sup>90</sup> Beschluss vom 20.11.1995, Az.: 3 T 610/95, Rpfleger 1996, 244.

<sup>91</sup> LG Frankfurt, Rpfleger, 1992, 58.

<sup>92</sup> Demharter, Grundbuchordnung, 24. Aufl., 2002, § 13 Rn. 57; Kössinger in Bauer/v. Oefele, Grundbuchordnung, 1999, § 13 Rn. 59, § 19 Rn. 40; Herrmann in Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, 5. Aufl., 1999, § 13 Rn. 54; Böttcher in Meikel, Grundbuchrecht, 8. Aufl., 1997, Rn. 100; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 12. Aufl., 2001, Rn. 88; Nieder NJW 1984, 329 f. Grundlegend: Ertl, DNotZ 1975, 644; Ertl, Rpfleger, 1980, 41, 42 f.; Herrmann, MittBayNot 1975, 173.

<sup>93</sup> Az.: 11 W 186/92, BWNtZ 1994, 69.

Rechtsprechung des OLG Hamm wegkommen.<sup>94</sup> Zu einer Klärung durch den BGH kam es jedoch nicht.<sup>95</sup> Das OLG Karlsruhe stützt sich auf die Dogmatik und hält einen Verzicht mit dem verfahrensrechtlichen Charakter des Antrags nicht vereinbar. Einer entsprechenden Bestimmung in der Urkunde solle allenfalls schuldrechtliche Wirkung zukommen, und habe keine Wirkung gegenüber dem Grundbuchamt. In den §§ 13 ff. GBO sei detailliert geregelt, wem ein Antragsrecht zustehe.<sup>96</sup> Es sei nicht ins Belieben der Beteiligten gestellt, zu bestimmen, wer wann und unter welchen Bedingungen antragsberechtigt ist.<sup>97</sup> Antragsverzicht mit Wirkung gegenüber dem Grundbuchamt würden dem Grundbuchamt u.U. umfangreiche Beweisaufnahmen aufgeben, um strittige Sachverhalte und die Eintragungsvoraussetzungen zu klären. Dies würde zu unerträglichen Verzögerungen im Rechtsverkehr und zu einer Überbürdung von Aufgaben auf das Grundbuchamt führen, die der streitigen Gerichtsbarkeit vorbehalten seien.<sup>98</sup>

#### c) Ergebnis

Bei dieser inzwischen völlig verfestigten Meinung in der Wissenschaft und der vom OLG Karlsruhe vorgenommenen argumentativen Durchdringung der Problematik kann der beratende Jurist von einer Gestaltung mittels Antragsverzicht nur abraten.

### VI.

#### Verdrängende Notarantragsvollmacht

##### 1. Konzeption

Diese Gestaltung ist ähnlich der vorhergehenden. Allerdings wird hier kein einseitiger Verzicht des Käufers auf sein Eigentumseintragsrecht erklärt. In der Auflassungsurkunde wird vielmehr der Antrag des Verkäufers vollständig ausformuliert. Sodann wird weiter bestimmt, dass dieser Antrag des Verkäufers dem Grundbuchamt nicht zugehen soll. Den Antrag zum Grundbuch soll vielmehr der Notar, und nur dieser, stellen und diesen nach § 16 Abs. 2 GBO mit dem Antrag aus der Grundschuldurkunde verbinden. Vorbehalten werden auch hier die Rechte und Befugnisse des Käufers für den Fall nicht rechtzeitiger und/oder nicht vollständiger Kaufpreiszahlung.

##### 2. Kritik und Ergebnis

Bei genauerer Betrachtung ergibt sich, dass auch diese Gestaltung einen Antragsverzicht enthalten soll. Gewollt ist, dass das Grundbuchamt nur Anträge des Urkundsnotars beachtet. Damit ist zwangsläufig auch gewollt, dass beim Grundbuchamt Anträge, die die Beteiligten ohne Mitwirken

des Urkundsnotars stellen, das Eintragungsverfahren nicht auslösen sollen. Eine derartige Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt kann deshalb nur einen Antragsverzicht zum Gegenstand haben. Und ein solcher ist, wie im vorhergehenden Abschnitt ausgeführt, nicht statthaft.

Wollte man in dem Text der Urkunde keinen Antragsverzicht der Beteiligten annehmen, so wäre anstatt einer Gestaltung nur eine zwar umfangreiche, aber belanglose Floskel gegeben. Bei einer solchen „Gestaltung“ darf der Notar nicht mitwirken.

### VII.

#### Auszugsweise Ausfertigung der Kaufvertragsurkunde

##### 1. Konzeption

###### a) Überblick

Bei dieser Gestaltung wird die Auflassung nebst der Eigentumsumschreibungsbewilligung bereits in der Kaufvertragsurkunde erklärt. Zeitgleich mit der Kaufvertragsurkunde wird die Urkunde zur Grundschuld errichtet. Die Eigentumsumschreibungsbewilligung steht unter dem Vorbehalt, dass sie vom Grundbuchamt nur verwertet werden darf, wenn gleichzeitig die Grundschuld an der ausbedungenen Rangstelle eingetragen wird. Die Bank sagt gegenüber dem Verkäufer zu, dass sie alle Kosten des Notars und des Grundbuchamts sowie die Grunderwerbsteuer bezahlt, wenn die Zahlung nicht auf erstes Anfordern beim Käufer durch diesen erfolgt, und Notar, Grundbuchamt und Finanzamt werden gebeten, die Kosten bzw. die Grunderwerbsteuer unmittelbar bei der Bank anzufordern. Der Käufer verzichtet auf die Auflassungsvormerkung. Der Käufer erhält zunächst keine Ausfertigungen und Abschriften, die die Auflassung und die Eigentumsumschreibungsbewilligung enthalten.

###### b) Bestimmung im Kaufvertrag

In der Kaufvertragsurkunde wird bestimmt:

*Kaufpreisfinanzierung, Vollzug im Grundbuch, Recht des Käufers auf Ausfertigungen und Abschriften,*

###### (1) Kaufpreisfinanzierung

*Der Käufer finanziert den Kaufpreis mittels eines Darlehens der Z-Bank, das durch Grundschuld am Vertragsgegenstand zu sichern ist. Zu diesem Zweck hat der Käufer heute in der Urkunde Nr. ... des amtierenden Notars für die Z-Bank eine Grundschuld über ... Euro nebst Nebenleistungen bestellt. Diese Grundschuld kann im Grundbuch erst eingetragen werden, nachdem der Käufer dort als Eigentümer eingetragen worden ist. Den Beteiligten ist bekannt, dass die Eigentumsumschreibung beim Grundbuchamt neben der Vorlage der Auflassung und der Eigentumsumschreibungsbewilligung auch der Vorlage der Grunderwerbsteuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung<sup>99</sup> bedarf. Gegenüber dem Verkäufer hat die Z-Bank sich verpflichtet, die Kosten des Notars und des Grundbuchamts sowie die Grunderwerbsteuer zu zahlen, wenn die Kosten bzw. die Steuer nicht auf erstes Anfordern beim Käufer von diesem bezahlt werden. Der Notar, das Grundbuchamt und das Finanzamt sind gebeten, die Kosten und die Steuer unmittelbar bei der Z-Bank anzufordern. Die Z-Bank wird*

<sup>94</sup> In der schon früheren Entscheidung des OLG Frankfurt, Beschl. v. 26.6.1991, Az.: 20 W 146/91, DNotZ 1992, 389, wurde die Frage der Zulässigkeit des Antragsverzichts zwar aufgeworfen, die Beantwortung konnte dort jedoch dahingestellt bleiben.

<sup>95</sup> BGH Beschl. v. 7.7.1994, Az.: V ZB 27/93. Der BGH hatte darüber zu befinden, ob gegen das Eigentum der als Eigentümerin eingetragenen Käuferin und gegen eine von ihr bestellte Grundschuld ein Amtswiderspruch nach § 53 Abs. 1 GBO einzutragen war. An die Käuferin war vom Verkäufer und früheren Eigentümer die Auflassung erklärt worden. Die Käuferin hatte die Eigentumsumschreibung im Grundbuch beantragt, obwohl sie „unwiderprüflich“ auf „ihr eigenes Antragsrecht“ „verzichtet“ hatte. Der BGH stellte fest, dass das im Grundbuch ausgewiesene Eigentum und die eingetragene Grundschuld der materiellen Rechtslage entsprachen. Ob die Eintragungen unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften, d.h. entgegen einer aus einem „Antragsverzicht“ eventuell herrührenden Sperrwirkung, vorgenommen worden waren, konnte damit offen bleiben. Die Frage der Statthaftigkeit des Antragsverzichts stellte sich für den BGH nicht.

<sup>96</sup> BWNNotZ 1994, 70.

<sup>97</sup> BWNNotZ 1994, 70.

<sup>98</sup> BWNNotZ 1994, 70.

<sup>99</sup> Genannt werden sollten hier auch die eventuellen weiteren Voraussetzungen, wie z.B. Vorkaufsrechtsbescheinigung nach BauGB, vormundschaftsgerichtliche Genehmigung, Vollmachtsbestätigungen etc.

den Kaufpreis (und damit das Darlehen) bereits vor Eintragung ihrer Grundschuld im Grundbuch an den Verkäufer bezahlen, mit der Maßgabe, dass der Verkäufer den Kaufpreis (und damit auch die Darlehensvaluta) nur behalten darf, wenn die Grundschuld mit der in der Bestellsurkunde vorgesehenen Rangstelle im Grundbuch eingetragen wird.

(2) *Vollzug im Grundbuch. Ausfertigungen und Abschriften an die Beteiligten*

Der Notar soll die gegenwärtige Kaufvertragsurkunde mit der Auflassung und der Eigentumsumschreibungsbewilligung zum Grundbuchamt einreichen, sobald ihm der Verkäufer schriftlich bestätigt hat, dass der Kaufpreis vollständig, einschließlich eventueller Zinsen, bezahlt worden ist und wenn alle weiteren für die Eigentumsumschreibung erforderlichen Bescheinigungen und Genehmigungen erteilt sind. Die Bezahlung des Kaufpreises darf unter keine andere Bedingung gestellt sein, als dass er zurückgefordert werden kann, wenn die Grundschuld nicht an erster (bzw. sonst ausbedingener) Rangstelle in das Grundbuch eingetragen wird.

Vor Eintragung der Grundschuld an ranggerechter Stelle im Grundbuch darf nach § 51 Abs. 2 Beurkundungsgesetz dem Käufer keine Ausfertigung oder Abschrift dieser Urkunde, die die Auflassung und/oder die Eigentumsumschreibungsbewilligung enthält, erteilt werden. Das Recht des Verkäufers nach § 51 Abs. 1 Beurkundungsgesetz auf Ausfertigungen und Abschriften bleibt unberührt; gleichwohl soll der Notar auch dem Verkäufer Ausfertigungen und Abschriften, die die Auflassung und die Eigentumsumschreibungsbewilligung enthalten, vor Eintragung der Grundschuld und der Eigentumsänderung im Grundbuch nur auf besonderes, ausdrückliches und schriftliches Verlangen erteilen. Auch an die Stellen, an die der Notar kraft Gesetzes Abschriften dieser Kaufurkunde zu erteilen hat, sollen vor Eintragung der Eigentumsänderung und der Grundschuld im Grundbuch nur Abschriften ergehen, die die Auflassung und die Eigentumsumschreibungsbewilligung nicht enthalten.

## 2. Kritik

Der Kreis der Personen, die Ausfertigungen und Abschriften verlangen können, kann nach § 51 Abs. 2 Beurkundungsgesetz eingeschränkt werden. Ebenso sind Einschränkungen in Bezug auf den Umfang der Niederschrift möglich, d.h. Einschränkungen dahin, dass bestimmten Personen nur auszugsweise Ausfertigungen und auszugsweise Abschriften erteilt werden dürfen. Ferner können die Einschränkungen des Rechts auf Ausfertigungen und Abschriften zeitlich begrenzt werden.<sup>100</sup> Dieses Instrument wird allerdings nicht für die Besonderheiten eingesetzt, die sich ergeben, weil auf der Verkäuferseite eine juristische Person auftritt, die dem öffentlich-rechtlichen Haushaltswirtschaftsrecht unterliegt. Mit dem Instrument der auszugsweisen Ausfertigung wird vielmehr dem Umstand Rechnung getragen, dass die Auflassung mit der Umschreibungsbewilligung bereits in der Kaufvertragsurkunde erklärt wird. Auf die Besonderheiten des öffentlich-rechtlichen Haushaltswirtschaftsrechts geht vielmehr das zweite Instrument ein, das hier verwendet wird: die

Eigentumsumschreibungsbewilligung unter dem Vorbehalt, dass gleichzeitig mit der Eigentumseintragung auch die Eintragung der Grundschuld erfolgen muss. Damit liegt mit Blick auf die Besonderheiten des öffentlich-rechtlichen Haushaltswirtschaftsrechts dieselbe Gestaltung vor, die schon in Abschn. II abgehandelt ist. Der unter Abschn. II abgehandelte Ablauf ist nur dahingehend abgewandelt, dass die Auflassung nicht erst nach vollständiger Kaufpreiszahlung erklärt wird, sondern dass eben die Auflassung bereits im Kaufvertrag erfolgt, von der der Käufer aber zunächst keinen Gebrauch machen kann. Die Unzulänglichkeiten für den öffentlich-rechtlichen Verkäufer, die sich aus einer Verpfändung oder Pfändung der Ansprüche des Käufers aus dem Kaufvertrag<sup>101</sup> wie auch einer Verpfändung oder Pfändung des Anwartschaftsrechts (bei Eintragung einer Auflassungsvormerkung bzw. nach Stellung des Eigentumsumschreibungsantrags beim Grundbuchamt) ergeben können, liegen hier in gleicher Weise vor.

## 3. Ergebnis

Im Ergebnis ist die Gestaltung mittels des Instruments der auszugsweisen Ausfertigung für die speziellen Probleme aus dem öffentlich-rechtlichen Haushaltswirtschaftsrecht nicht weniger, aber auch nicht mehr brauchbar als das bereits unter Abschn. II abgehandelte Instrument der Eigentumsumschreibungsbewilligung unter Vorbehalt. Mit der Verwendung des Instruments der auszugsweisen Ausfertigung wird vielmehr einem ganz anderen Umstand Rechnung getragen: der Besonderheit, dass die Auflassung bereits vor der Kaufpreiszahlung und in der Kaufurkunde erfolgt.

## VIII.

### Grundschuldurkunde und Auflassungsurkunde „zu treuen Händen des Notars“

#### 1. Konzeption

Bei dieser Lösung werden alle Bewilligungen und Anträge in die Auflassungsurkunde und die Grundschuldurkunde aufgenommen. In beiden Urkunden wird bestimmt, dass Verkäufer und Käufer erst, nachdem die Grundbucheintragungen erfolgt sind, Ausfertigungen und beglaubigte Abschriften erhalten sollen. Ferner wird in beiden Urkunden bestimmt, dass sofort nach der jeweiligen Beurkundung jeweils eine Ausfertigung an den Notar zu dessen „treuen Händen“ geht. Der Notar soll beide, Auflassungs- und Grundschuldurkunde, baldmöglichst mit der Maßgabe zum Grundbuch einreichen, dass der Antrag auf Eigentumsänderung nur vollzogen werden darf, wenn gleichzeitig auch die Grundschuld (erstrangig bzw. an sonst ausbedingener Rangstelle) eingetragen wird.

Wird diese Gestaltung gewählt, so erfolgen im Vorfeld, unter Einschaltung des Notars regelmäßig eingehende Erkundigungen und Bestätigungen über die Bonität des Käufers und eine Finanzierungszusage der Bank. Zwischen Bank, öffentlich rechtlichem Verkäufer und Notar kommt es geradezu zu einem besonderen persönlichen Vertrauensverhältnis, in das der Käufer einbezogen wird.

<sup>100</sup> Einhellige Meinung. Vgl. Limmer in Eylmann/Vaasen, Bundesnotarordnung, Beurkundungsgesetz, 2000, § 51 Rn. 12; Mecke/Lerch, Beurkundungsgesetz, 2. Aufl., 1991, § 51 Rn. 8; Huhn-v.Schuckmann, Beurkundungsgesetz, 3. Aufl., 1995, § 51 Rn. 21.

<sup>101</sup> Der Eigentumsübertragungsanspruch des Käufers aus dem Kaufvertrag ist, obwohl bereits die Auflassung erklärt ist, noch verpfändbar und pfändbar. Ein solches Vertragspfandrecht bzw. Pfändungspfandrecht wandelt sich bei der Eigentumsumschreibung um in eine Sicherungshypothek, die Rang vor der Grundschuld der Bank hat. Vergleiche Ertl, MittBayNot 1989, 53, 58, unter Verweis auf BGH Beschl. v. 1.12.1988, V ZB 10/88, MittBayNot 1989, 87.

## 2. Kritik und Ergebnis

Diese „Gestaltung“ hat keine juristische Lösung zum Gegenstand. Sie entfaltet allenfalls auf psychologischer Ebene Wirkung, begrenzt auf Verkäufer und Käufer. Außenstehende Gläubiger des Käufers können so nicht abgehalten werden. Diesen bleibt die Möglichkeit, mit Rang vor der Bank auf das Grundstück zuzugreifen, indem sie den Auflassungsanspruch oder das Anwartschaftsrecht pfänden, woraus für sie dann bei der Eigentumsumschreibung unabwendbar (mit Rang vor der Grundschuld der Bank) eine Sicherungshypothek entsteht.

Aber nicht nur die Beteiligten sind ungenügend abgesichert. Unklar ist auch die Position des Notars, wenn es zu solchen Pfändungen kommt. Kann er den Eintragungsantrag zurücknehmen, vorausgesetzt er erfährt von der Pfändung rechtzeitig? Das Grundbuchamt ist sicher nicht verpflichtet, dem Notar Nachricht über die eingetretenen Störungen zu geben. Wie lösen sich das gestörte Kaufvertragsverhältnis und das gestörte Kreditverhältnis für Verkäufer und Bank auf? Dass die Ausfertigungen der Urkunden, wenn es zur Rücknahme der Anträge beim Grundbuchamt kommt, endgültig beim Notar verbleiben, ist unproblematisch; und ohne Belang ist auch, dass keiner der Beteiligten jemals eine Ausfertigung und/oder beglaubigte Abschrift der Urkunden erhält. Aber kann der Pfändungsgläubiger nach § 792 eine Ausfertigung verlangen? Wirkt ihm gegenüber die Weisung an den Notar nach § 51 Abs. 2 BeurkG?<sup>102</sup> Diese „Gestaltung“ sollte nicht gewählt werden.

## IX.

### Bürgschaft des öffentlich-rechtlichen Verkäufers für den Finanzierungskredit

#### 1. Konzeption

Bei diesem Vorgehen stellt der verkaufende öffentlich-rechtliche Rechtsträger der Bank vorübergehend eine Bürgschaft zur Sicherung des Finanzierungsdarlehens des Käufers. Die Bestellungsurkunde für die Grundschuld, die das Darlehen des Käufers letztlich sichern soll, wird unmittelbar nach der notariellen Beurkundung des Kaufvertrages aufgenommen. Sodann wird die Bürgschaftsurkunde an die Bank übermittelt. Die Bank zahlt das Darlehen an den öffentlich-rechtlichen Verkäufer zur Kaufpreistilgung aus. Sobald der Kaufpreis (= Darlehensauszahlung) beim Verkäufer eingegangen ist, wird die Auflassung erklärt und die Eigentumsänderung im Grundbuch vollzogen.

2. Die Bürgschaftsurkunde kann z.B. folgenden Wortlaut haben:<sup>103</sup>

*Herr Kaufmann Y hat von der Gemeinde X mit Kaufvertrag vom ... (Notariat X., UR-Nr. ...) das Grundstück Grundbuch von X, Grundbuch-Nr. ..., BV-Nr. ..., Flurstück Nr. ... der Gemarkung X gekauft. Zur Finanzierung des Kaufpreises gewährt die Kreissparkasse X ein Darlehen in Höhe von ... Euro (i. W. ...). Die Gemeinde X. übernimmt für dieses Darlehen bzw. diese Kontokorrentlinie einschließlich Zinsen die Ausfallbürgschaft gemäß §§ 765 ff. BGB.*

<sup>102</sup> Die Weisung an den Notar dürfte auch Wirkung haben für den Pfändungsgläubiger; denn der Pfändungsgläubiger leitet seine Rechtsposition gegenüber dem Notar vom Käufer her und folglich kann der Pfändungsgläubiger keine weiterreichenden Rechte als sein Schuldner (= der Käufer) haben.

<sup>103</sup> Entnommen aus dem Formular einer Kommune.

*Die Bürgschaft erlischt, sobald das Darlehen auf dem gekauften Grundstück vertragsgemäß sichergestellt ist. Nach dinglicher Sicherung des Darlehens ist die Bürgschaftserklärung unverzüglich von der Finanzierungsgläubigerin der Gemeinde X zurückzugeben.*

*Die Bürgschaftserklärung gilt ab Eingang des Kaufpreises auf dem Konto der Gemeinde X und nur insoweit, als das Darlehen für die Kaufpreisfinanzierung verwendet wird.*

*Für die Bürgschaftsübernahme gelten die nachstehenden Bedingungen:*

*Das Kreditinstitut hat bei der Gewährung, Verwaltung und Abwicklung des verbürgten Darlehens die bankübliche Sorgfalt zu verwenden.*

*Darlehensgeber und Darlehensnehmer sind zur unverzüglichen vertragsgemäßen dinglichen Sicherstellung des Darlehens verpflichtet. Das Kreditinstitut hat die Gemeinde X von der Eintragung der Hypothek oder Grundschuld zu unterrichten.*

*Das Kreditinstitut ist verpflichtet, der Gemeinde X die für die Verwaltung der Bürgschaft notwendigen Auskünfte zu erteilen und sie von Kündigungsgründen unverzüglich zu unterrichten.*

*Das Kreditinstitut ist verpflichtet, auf Verlangen der Gemeinde X das Darlehen zu kündigen, wenn nach dem Darlehensvertrag ein Kündigungsrecht besteht und die Gemeinde X eine Gefährdung des verbürgten Darlehens befürchtet.*

*Die Genehmigung für diese Bürgschaft gilt aufgrund der Verwaltungsvorschrift „Freigrenzen“ des Innenministeriums Baden-Württemberg vom 10.11.2000 als allgemein erteilt.*

Den Gemeinde X  
Bürgermeister

#### 2. Kritik

Sicher ist diese Gestaltung für die Bank; denn solange sie nicht das ausbedungene Grundpfandrecht an der ausbedungen Rangstelle („vertragsgemäß“) erlangt hat, ist sie durch die Bürgschaft des öffentlich-rechtlichen Rechtsträgers gesichert. Sicher ist diese Gestaltung auch für den Käufer; denn sein Übereignungsanspruch und sein Übergabeanspruch können gegenüber dem öffentlich-rechtlichen Verkäufer, über dessen Vermögen ein Insolvenzverfahren regelmäßig nicht stattfindet, nicht gefährdet werden.

Nicht gesichert ist aber der öffentlich-rechtliche Verkäufer. Wird der Auflassungsanspruch von einem Dritten gepfändet oder von dem Käufer an einen Dritten verpfändet oder aber bestellt der Käufer – zwar abredewidrig, aber gleichwohl voll wirksam – einem Dritten ein Grundpfandrecht mit Rang vor dem der Bank, so erlangt die Bank nicht die abgesprochene dingliche Sicherheit mit dem abgesprochenen Rang. In der Folge kommt der Verkäufer aus der Bürgschaft nicht frei. Die Bank kann den öffentlich-rechtlichen Verkäufer aus der Bürgschaft – mit vollem Recht – in Anspruch nehmen, obwohl dieser das Eigentum an dem Grundstück verliert.<sup>104</sup>

<sup>104</sup> Dem Verfasser wurde von dem Versuch einer Gemeinde berichtet, die Bürgschaft dahin zu bedingen, dass sie nur gelten sollte, wenn die Bank die Grundschuld an der ausbedungenen Rangstelle erlangte. Die Bank wies das Ansinnen zurück.

### 3. Ergebnis

Die Konzeption mit der Bürgschaft ist für den öffentlich-rechtlichen Verkäufer unbrauchbar. Die letztlich unbedeutenden Pflichten der Bank und die letztlich zu spät wirkenden Pflichten des Käufers (auf dingliche Sicherstellung des Darlehens) aus der Bürgschaftsurkunde sind in hehre Worte gefasst und mögen vielleicht sogar Sicherheit vortäuschen. Vor Schaden bewahrt werden kann so der öffentlich-rechtliche Verkäufer nicht.

### X. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. a) Eingeschränkt brauchbar ist der in Abschnitt II dargestellte Weg mit der unter Vorbehalt stehenden Eigentumsumschreibungsbewilligung. Diese Gestaltung ist für den öffentlich-rechtlichen Verkäufer immer, aber auch nur dann, interessengerecht, wenn er problemlos einen Ersatzkäufer finden kann.

b) Der der Eigentumsumschreibungsbewilligung beigegebene Vorbehalt hat dahin zu gehen, dass das Grundbuchamt nur dann die Eigentumsänderung eintragen darf, wenn gleichzeitig die Grundschild der finanzierenden Bank an der ersten bzw. sonst ausbedungen Rangstelle eingetragen wird.

c) Die Schwäche der Gestaltung liegt darin, dass bis zur Eigentumsumschreibung im Grundbuch der Käufer seinen Eigentumsverschaffungsanspruch (zwar vertragswidrig, aber wirksam) verpfänden kann und dass ferner für einen Gläubiger des Käufers dieser Anspruch bis zu diesem Zeitpunkt pfändbar ist, so dass bei Umschreibung des Eigentums eine Surrogatssicherungshypothek (anstelle des Vertrags- bzw. Pfändungspfandrechts) entsteht.

d) Im Interesse der Bank muss bei einem durch Verpfändung oder Pfändung gegebenen Störfall das gesamte Geschäft zu Fall kommen. Die Folge ist, dass der Verkäufer sich einen neuen Käufer suchen muss.

e) Verpfändung und Pfändung des Anwartschaftsrechts des Käufers aus erklärter Auflassung und eingetragener Auflassungsvormerkung bzw. gestelltem Eintragungsantrag spielen beim Kauf von einem öffentlich-rechtlichen Verkäufer in der Praxis nahezu keine Rolle. (Abschn. II).

2. Uneingeschränkt brauchbar ist eine Gestaltung, bei der die Verpfändung des Auflassungsanspruchs an die finanzierende Bank im Zentrum steht. Um die von der Bank gewünschte Grundschild zu erlangen, kann der Weg in zwei Richtungen weiter gegangen werden: zum einen kommt in Betracht, dass die bei der Eigentumsumschreibung aus der Verpfändung entstehende Sicherungshypothek in die Grundschild umgewandelt wird; zum anderen kann die Surrogatssicherungshypothek auflösend bedingt werden dahin, dass sie nur dann zur Eintragung im Grundbuch kommen soll, wenn bei der Eigentumsumschreibung nicht die vom Käufer bestellte Grundschild ranggerecht zur Eintragung kommen sollte. (Abschn. III).

3. Nach hier vertretener Auffassung uneingeschränkt brauchbar ist auch die Konzeption, bei der im Kaufvertrag sofort die Auflassung erfolgt und dem Verkäufer zur Sicherheit für seine Kaufpreisforderung eine Grundschild

bestellt wird, die der Verkäufer später an die finanzierende Bank Zug um Zug gegen Zahlung eines Betrages in Höhe der vollen Kaufpreisforderung abtritt, wodurch sowohl die Kaufpreisforderung getilgt als auch der Kredit ausbezahlt werden. Soweit ersichtlich, ist dieser Weg in dieser Untersuchung erstmals entwickelt worden. (Abschn. IV).

4. Ein Verzicht des Käufers auf Stellung des Eigentumsumschreibungsantrags im Grundbuchverfahren ist nach neuerer Rechtsprechung nicht mehr statthaft. Die früher in Südwestdeutschland beliebt gewesene Lösung, bei der der Käufer auf sein Antragsrecht verzichtete, vielmehr der öffentlich-rechtliche (und kostenbefreite) Verkäufer den Eigentumsumschreibungsantrag stellte und diesen mit dem Antrag auf Eintragung der Grundschild verband, hat keine Grundlage mehr. (Abschn. V).

5. a) Der Gedanke mit der verdrängenden Notarantragsvollmacht (Abschn. VI) läuft auf einen Antragsverzicht hinaus. Sollte die Konzeption nicht dahin gehen, so ist mit ihr sogar nicht einmal ein Verfahrensmechanismus intendiert; sie hätte eine bloße Floskel zum Gegenstand (Abschn. VI).

b) Mit dem Instrument der auszugsweisen Ausfertigung (Abschn. VII) können die speziellen Probleme aus dem öffentlichen Haushaltswirtschaftsrecht nicht gelöst werden. Das Verfahren mit der auszugsweisen Ausfertigung wird vielmehr einer anderen Besonderheit gerecht: dem Umstand, dass die Auflassung bereits in der Kaufvertragsurkunde (mit-)erklärt wird, aber erst zum Tragen kommen soll, wenn der Kaufpreis bezahlt ist.

c) Die Abfolge unter dem Stichwort „Grundschildurkunde und Auflassungsurkunde zu treuen Händen des Notars“ (Abschn. VIII) hat keine juristische Lösung zum Gegenstand. Der Notar sollte bei einer solchen Scheinlösung nicht mitwirken.

d) Die nicht völlig selten anzutreffende Gestaltung, bei der sich der öffentlich-rechtliche Verkäufer für den Finanzierungskredit vorübergehend gegenüber der Bank verbürgt (Abschn. IX), ist für den öffentlich-rechtlichen Verkäufer unbrauchbar. Sie kann den öffentlich-rechtlichen Verkäufer nicht vor Schaden bewahren.

### 6. Kurzfassung der Ergebnisse

a) Die Gestaltung mit der unter Vorbehalt erklärten Eigentumsumschreibungsbewilligung ist eingeschränkt brauchbar. Sie ist stets brauchbar, wenn der Verkäufer problemlos einen Ersatzkäufer finden kann.

b) Uneingeschränkt brauchbar sind die Wege über die Verpfändung des Auflassungsanspruchs zu Gunsten der Bank.

c) Uneingeschränkt brauchbar ist auch der Weg mit der Bestellung einer Grundschild, die zunächst die Kaufpreisforderung des Verkäufers sichert, und vom Verkäufer Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises (= Auszahlung des Kredits) an die Bank abgetreten wird.

d) Alle übrigen Gestaltungen (Verzicht des Käufers auf sein Antragsrecht, verdrängende Notarantragsvollmacht, „Grundschild- und Auflassungsurkunde zu treuen Händen des Notars“ und Bürgschaft des öffentlich-rechtlichen Verkäufers) sind (inzwischen) unbrauchbar.

## Rechtsprechung

**Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17. Juli 1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital in der Fassung der Richtlinien 73/79/EWG des Rates vom 9. April 1973**

**1. Ist die Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17. Juli 1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital in der Fassung der Richtlinien 73/79/EWG des Rates vom 9. April 1973 zur Änderung des Anwendungsbereichs des ermäßigten Satzes der Gesellschaftsteuer, der zugunsten bestimmter Umstrukturierungen von Gesellschaften in Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b) der Richtlinie betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital vorgesehen ist, 73/80/EWG des Rates vom 9. April 1973 betreffend die Festsetzung gemeinsamer Sätze der Gesellschaftsteuer, 74/553/EWG des Rates vom 7. November 1974 zur Änderung von Artikel 5 Absatz 2 der Richtlinie 69/335/EWG betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital und 85/303/EWG des Rates vom 10. Juni 1985 zur Änderung der Richtlinie 69/335/EWG betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital (im Folgenden „Richtlinie“ genannt) dahingehend auszulegen, dass unter das Verbot des Artikel 10 Buchstabe c) der Richtlinie unabhängig von den Voraussetzungen des Artikels 4 der Richtlinie sämtliche Vorgänge fallen, die in Artikel 10 Buchstabe c) der Richtlinie genannt sind?**

**2. Ist zwischen Gebühren für eine staatliche Dienstleistung und Steuern bei der Anwendung der Richtlinie keine Unterscheidung zu treffen, so dass „Gebühren“ nach der Kostenordnung Besitzwechselsteuern gleichgesetzt werden können?**

**3. Sollte der Gerichtshof die Frage zu Ziffer 2 bejahen, so schließt sich hieran die folgende Frage an: Ist Artikel 12 Absatz 2 letzter Satz der Richtlinie so auszulegen, dass ein Ausnahmetatbestand dadurch geschaffen ist, wenn in § 60 der deutschen Kostenordnung (Gesetz über die Kosten in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit in der Fassung vom 26. Juli 1957, Bundesgesetzblatt I S. 960) zum Beispiel für die Berichtigung des Grundbuchs bei Erbfällen keine Gebühren erhoben werden, wenn der Berichtigungsantrag innerhalb von zwei Jahren nach dem Erbfall gestellt wird?**

AG Breisach, Beschl. v. 7.6.2004 – UR II 7/01  
-Vorlagebeschluß zum EUGH-

### I. Sachverhalt

Am 3. August 1995 wurde im Genossenschaftsregister des Amtsgerichts F eingetragen, dass aufgrund des Verschmelzungsvertrages vom 14. Juni 1995 und der Verschmelzungsbeschlüsse der Generalversammlungen vom 27. April 1995 die W.- und V. B. eG in B. mit der Genossenschaft B. W. eG in B. durch Aufnahme verschmolzen ist (§§ 2, 79 ff Umwandlungsgesetz (UmwG) vom 28. Oktober 1994, Bundesgesetzblatt I S. 3210, ber. 1995 I S. 428).

Die W.- und V. B. eG in B war im Grundbuch von Breisach als Eigentümerin mehrerer Grundstücke eingetragen. Im Hinblick auf die oben genannte Verschmelzung beantragte sie die Berichtigung des Grundbuchs.

Das Grundbuchamt berichtigte durch Eintragung in Abteilung I am 10. Juni 1997 den Namen der Eigentümerin in „B. W. eG in B.“. Für diese Grundbuchberichtigung stellte das Grundbuchamt gemäß §§ 60, I; 19-20 Kostenordnung (KostO) aus einem Grundstückswert von 6.608.554,00 DM (= 3.378.900,00 €) einen Betrag von 10.040,00 DM (= 5.133,37 €) in Rechnung.

Mit Schreiben vom 19.03.2001 legte die B. W. eG in Br. gegen den Kostenansatz Erinnerung ein. Zur Begründung beruft sich die Genossenschaft im Wesentlichen auf die Richtlinie 69/335/EWG und die hierzu vom Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften ergangene Rechtsprechung.

Die Bezirksrevisorin am Landgericht Freiburg, die für die Wahrnehmung der fiskalischen Interessen des Landes Baden-Württemberg zuständig ist, hat namens der Staatskasse beantragt, die Erinnerung als unbegründet zurückzuweisen. Sie trägt vor, Artikel 10 c der Richtlinie komme nicht zur Anwendung, da die erhobene Gebühr aus der Teilnahme der Genossenschaft am Rechtsverkehr unabhängig von ihrer Rechtsform resultiere. Außerdem beruft sich die Bezirksrevisorin auf das Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache „Societa Immobiliare SIF SpA gegen Amministrazione delle Finanze dello Stato“ (C-42/96). Sie meint, dass sich aus dieser Entscheidung die Berechtigung des Landes Baden-Württemberg ergebe, Grundbuchgebühren zu erheben, die sich nach dem Wert des Objektes und nicht nach dem Aufwand der Dienstleistung berechnen.

### II. Die Firma „B. W. e. G.“ ist eine Kapitalgesellschaft im Sinne der Richtlinie 69/335/EWG

Bei der Firma „B. W. e. G.“ handelt es sich um eine im Genossenschaftsregister eingetragene Genossenschaft. Fraglich könnte sein, ob es sich bei der „B. W. e. G.“ um eine Kapitalgesellschaft im Sinne der Richtlinie 69/335/EWG handelt.

Die Mitglieder einer Genossenschaft haften nur bis zur Höhe ihrer Beteiligung (§ 23 Abs. 1 des Gesetzes, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften). Sie können ihre Anteile jedoch ohne vorherige Genehmigung an Dritte nicht ohne weiteres veräußern, was nach der Definition des Artikel 3 Absatz 1 Lit. c der Richtlinie 69/335/EWG für den Charakter einer Kapitalgesellschaft erforderlich wäre. Das Geschäftsguthaben eines Genossen darf, solange er nicht ausgeschieden ist, von der Genossenschaft nicht ausgezahlt werden (§ 22 Abs. 4 des Gesetzes, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. August 1994, Bundesgesetzblatt I S. 2202). Die Geschäftsguthaben können unter Genossen unbeschränkt übertragen werden, und durch Austritt eines Genossen und Eintritt eines neuen Genossen unter Übertragung des Geschäftsguthabens des austretenden Genossen ist auch eine Anteilsübertragung möglich. Die neue Mitgliedschaft wird jedoch nur durch Zulassung des Beitretenden durch den Vorstand der Genossenschaft erworben (§ 15 Abs. 2 des Gesetzes, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. August 1994, Bundesgesetzblatt I S. 2202).

Diese Kriterien sind indessen nicht ausschlaggebend, da die Genossenschaft einen Erwerbzzweck verfolgt, nämlich die Vermarktung von Wein. Sie ist eine juristische Person,

die als Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches gilt (§ 17 Abs. 2 des Gesetzes, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. August 1994, Bundesgesetzblatt I S. 2202), so dass gemäß Artikel 3 Absatz 2 der Richtlinie 69/335/EWG die Genossenschaft zur Anwendung der Richtlinie den Kapitalgesellschaften gleichgestellt ist.

### III. Anwendung des Artikels 10 Lit. c der Richtlinie 69/335/EWG

Das Amtsgericht geht davon aus, dass es sich bei der gemäß § 60 der Kostenordnung erhobenen „Gebühr“ um eine Abgabe handelt, die keine Gesellschaftsteuer darstellt. Denn die fragliche Abgabe wird erhoben, um eine staatliche Dienstleistung, nämlich die Eintragung im Grundbuch abzugelten. Hinzu kommt, dass nach der innerstaatlichen Finanzverfassung eine Gesellschaftsteuer nicht dem Land Baden-Württemberg, sondern der Bundesrepublik Deutschland zufließen würde.

Es kommt daher nach Meinung des Amtsgerichts nicht darauf an, ob die Voraussetzungen für die Erhebung einer Gesellschaftsteuer dem Grunde und der Höhe nach gegeben sind.

Das Amtsgericht sieht den rechtlichen Rahmen für seine Entscheidung über die Höhe der Abgabe daher allein in folgenden Vorschriften der Richtlinie 69/335/EWG:

#### Artikel 10

Abgesehen von der Gesellschaftsteuer erheben die Mitgliedstaaten von Gesellschaften, Personenvereinigungen oder juristischen Personen mit Erwerbzzweck keinerlei andere Steuern oder Abgaben auf:

- a) ...
- b) ...
- c) die der Ausübung einer Tätigkeit vorangehende Eintragung oder sonstige Formalität, der eine Gesellschaft, Personenvereinigung oder juristische Person mit Erwerbzzweck auf Grund ihrer Rechtsform unterworfen werden kann.

#### Artikel 12

In Abweichung von den Artikeln 10 und 11 können die Mitgliedstaaten folgendes erheben:

- a) ...
- b) ...
- c) ...
- d) ...
- e) Abgaben mit Gebührencharakter;

Alle weiteren Bestimmungen der Richtlinie treffen nach deren Systematik auf den vorliegenden Sachverhalt nicht zu.

Am 24. September 2002 hat das Oberlandesgericht Karlsruhe – Zivilsenate in Freiburg – unter Az. 14 Wx 133/00 jedoch einen Beschluss gefasst, durch den die Anwendung der Richtlinie 69/335/EWG erheblich eingeschränkt werden soll. In diesem Beschluss, auf den sich die Bezirksrevisorin beruft, vertritt das OLG Karlsruhe die Meinung, dass das Verbot aus Art. 10 Lit. c der Richtlinie nur dann eingreife, wenn auch die Voraussetzungen des Art. 4 der Richtlinie gegeben seien.

Diese Rechtsprechung hat zur Konsequenz, dass z.B. Hauptversammlungen, Abtretungen von GmbH-Geschäfts-

anteilen, Fusionen ohne Kapitalerhöhung, Umwandlungen von Kapitalgesellschaften in Kapitalgesellschaften, Sitzverlegungen im Inland und vieles mehr nicht von der Richtlinie 69/335/EWG erfasst werden. Sollte die Meinung des Oberlandesgerichts zutreffen, müsste im vorliegenden Fall zunächst auch geprüft werden, ob ein Tatbestand gegeben ist, der in Artikel 4 ausdrücklich benannt ist.

Gegen diese Auslegung der Richtlinie wendet sich Sandweg in einem Aufsatz (BWNotZ 2003, 25 ff), der zu dem Ergebnis kommt, dass unter das Verbot des Artikels 10 Lit. c der Richtlinie unabhängig von Artikel 4 der Richtlinie sämtliche Vorgänge fallen, die in Artikel 10 Lit. c der Richtlinie genannt sind. Das Amtsgericht möchte der Meinung von Sandweg folgen und stellt daher die Frage, ob generell und unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen des Artikels 4 der Richtlinie nach Artikel 10 Lit. c der Richtlinie 69/335/EWG Abgaben verboten sind, die für eine Formalität erhoben werden, der eine Gesellschaft auf Grund ihrer Rechtsform unterworfen werden kann.

Die Eintragung in das Grundbuch ist eine Formalität. Die ursprüngliche Eigentümerin der Grundstücke, nämlich die Firma „W.- und V. B. eG in Br. a. Rh.“ war mit der Genossenschaft „B. W. e. G.“ verschmolzen worden. Hierdurch ist das Eigentum an den Grundstücken der „W.- und V. B. eG in Br. a. Rh.“ auf die Genossenschaft „B. W. e. G.“ übergegangen, ohne dass dies einer Grundbucheintragung bedurfte. Die Grundbucheintragung war jedoch als Berichtigung des Grundbuchs erforderlich, damit die neue Eigentümerin im Geschäftsverkehr ihre Eigentümerstellung einwandfrei nachweisen kann. Außerdem besteht ein allgemeines Interesse an der fortwährenden Übereinstimmung der Eigentümerintragung im Grundbuch, insbesondere im Hinblick auf die den Eigentümer treffenden Pflichten des öffentlichen Rechts. Dem trägt der Grundbuchberichtigungszwang des § 82 der Grundbuchordnung Rechnung (Schöner/Stöber Grundbuchrecht, 12. Auflage, Randnummer 377). In § 82 der Grundbuchordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Mai 1994 (Bundesgesetzblatt I S. 1114) heißt es:

„Ist das Grundbuch hinsichtlich der Eintragung des Eigentümers durch Rechtsübergang außerhalb des Grundbuchs unrichtig geworden, so soll das Grundbuchamt dem Eigentümer oder dem Testamentsvollstrecker, dem die Verwaltung des Grundstücks zusteht, die Verpflichtung auferlegen, den Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs zu stellen und die zur Berichtigung des Grundbuchs notwendigen Unterlagen zu beschaffen.“

Es handelt sich also im vorliegenden Fall um eine Formalität, der die Firma „B. W. e. G.“ durch nationales Recht unterworfen war.

Die Unterwerfung unter den Grundbuchberichtigungszwang war auch durch die Rechtsform der Genossenschaft bedingt, denn nur in gesellschaftsrechtlichen Verhältnissen gibt es Verschmelzungen nach den Bestimmungen der §§ 2, 79 ff des Umwandlungsgesetzes (UmwG) vom 28. Oktober 1994 (Bundesgesetzblatt I S. 3210, ber. 1995 I S. 428). Die verschmelzungsfähigen Rechtsträger sind in § 3 des Umwandlungsgesetzes genannt. Hierzu gehören natürliche Personen nur dann, wenn sie als Alleingesellschafter einer Kapitalgesellschaft deren Vermögen übernehmen (§ Absatz 2 Ziffer 2 UmwG).

Das Amtsgericht geht daher davon aus, dass grundsätzlich das Verbot des Artikels 10 Lit. c der Richtlinie im vorliegenden Fall eingreift, ohne dass es auf das Vorliegen von Voraussetzungen aus Artikel 4 der Richtlinie ankommt.

#### **IV. Anwendung des Artikels 12 Absatz 1 Lit. e) der Richtlinie 69/335/EWG**

Eine Ausnahme von dem Verbot des Artikel 10 Lit. c) der Richtlinie enthält Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe e), nämlich für Abgaben mit Gebührencharakter.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs (Ponente Carni – C-71/91 und C-178/91 Slg. 1993 I 1915) ist eine Abgabe, deren Höhe keinen Zusammenhang mit den Kosten des besonderen Dienstes aufweist oder sich nach den tatsächlichen Kosten des Vorgangs richten, nicht als Abgabe mit Gebührencharakter im Sinne von Artikel 12 Lit. e) anzusehen. In dem Verfahren „Fantask“ (C-188/95 Slg. 1997 I 6783) wurden die Ausführungen präzisiert und im Urteil „SONAE“ (C-206/99 Slg. 2001 I 4679 Randnummer 36) wurde klargestellt, dass zwar das Fehlen einer Obergrenze ein Indiz dafür ist, dass einer Abgabe, die nach dem Wert des eingetragenen Vorgangs berechnet wird, kein Gebührencharakter im Sinne der Richtlinie 69/335/ zukommt, dass ihr aber allein das Bestehen einer solchen Obergrenze keinen Gebührencharakter verleihen kann. Der Gerichtshof hat in Randnummer 37 dieses Urteils hinzugefügt, dass eine Obergrenze, die nicht als diesen Kosten angemessen anzusehen ist, der betreffenden Abgabe nicht den ihr möglicherweise fehlenden Gebührencharakter verleihen kann.

Die Abgaben für die Grundbuchberichtigung, die sich aus den Bestimmungen der Kostenordnung ergeben, richten sich in ihrer Höhe ohne Obergrenze ausschließlich nach dem Wert der Grundstücke, nicht jedoch nach dem Aufwand der Dienststelle. In § 18 Absatz 1 der Kostenordnung heißt es:

„Die Gebühren werden nach dem Wert berechnet, den der Gegenstand des Geschäfts zur Zeit der Fälligkeit hat (Geschäftswert).“

Nach diesen Kriterien ist die vom Grundbuchamt für die Eintragung des Eigentumswechsels nach der Kostenordnung erhobene „Gebühr“ keine Abgabe mit Gebührencharakter im Sinne des Artikels 12 Absatz 1 Lit. c) der Richtlinie, so dass nach Meinung des Amtsgerichts das Verbot des Artikels 10 Lit. c) der Richtlinie eingreift.

Das Amtsgericht sieht sich allerdings im Interesse einer geordneten Rechtspflege daran gehindert, seiner Meinung folgend ohne Anrufung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften im vorliegenden Rechtsstreit zu entscheiden, da höherrangige Gerichte, nämlich das Oberlandesgericht Karlsruhe (siehe hierzu oben die Frage zu Ziffer 1) und das Landgericht Freiburg abweichende Meinungen vertreten.

Diese oberen Gerichte haben ihre Entscheidungen getroffen, ohne zuvor den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften entsprechend ihrer Verpflichtung aus Artikel 177 EGV anzurufen. Es ist daher anzunehmen, dass sie wiederum auch in diesem Verfahren die Verpflichtung aus Artikel 177 EGV nicht beachten würden.

#### **V. Anwendung des Artikels 12 Absatz 1 Lit. b) der Richtlinie 69/335/EWG**

Das Landgericht Freiburg, auf das sich die Bezirksrevisorin ebenfalls bezieht, hat in einem Beschluss vom 30.01.2003 (Geschäftsnummer 4 T 275/02) unter Berufung auf das Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache „Societa Immobiliare SIF SpA gegen Amministrazione delle Finanze dello Stato“ (C-42/96) angenommen, dass es sich bei den Abgaben für die Eintragung eines Eigentumswechsels im

Grundbuch um eine „Besitzwechselsteuer“ handle, die gemäß Artikel 12 zulässig sei.

Es stellt sich daher die Frage, ob eine Ausnahme von dem Verbot des Artikel 10 Lit. c) der Richtlinie aus Artikel 12 Absatz 1 zu folgern ist, der Besitzwechselsteuern, einschließlich der Katastersteuern, auf die Einbringung von Liegenschaften in eine Gesellschaft, sowie Besitzwechselsteuern auf Einlagen jeder Art erlaubt, sofern diese Steuern und sonstigen Abgaben nicht höher sind als diejenigen, die in dem erhebenden Mitgliedstaat für gleichartige Vorgänge erhoben werden (Absatz 2).

Das Oberlandesgericht Karlsruhe vertritt in seinem Beschluss vom 24. September 2002 – Zivilsenate in Freiburg – Az. 14 Wx 133/00 die Meinung, dass zwischen Gebühren für eine staatliche Dienstleistung und Steuern keine Unterscheidung zu treffen sei. Daher wären nach der Auffassung des Oberlandesgerichts Karlsruhe wohl die Bestimmungen des Artikels 12 Absatz 1 Lit. b und c der Richtlinie auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbar.

Auch das Landgericht Freiburg folgt in seinem genannten Beschluss dieser Ansicht, indem es die „Gebühren“ nach der Kostenordnung Steuern gleichsetzt. Es ist daher die Frage an den Gerichtshof zu stellen, ob diese Rechtsmeinung des Landgerichts Freiburg zutrifft.

Das Amtsgericht ist demgegenüber der Auffassung, dass das Urteil des Gerichtshofs in dem Verfahren „Societa Immobiliare SIF SpA gegen Amministrazione delle Finanze dello Stato“ (C-42/96) für den vorliegenden Fall nicht einschlägig ist, da es sich dort um eine italienische Wertzuwachssteuer und um eine Registerabgabe mit dem Charakter einer indirekten Steuer gehandelt hat, während bei den „Gebühren“ der deutschen Kostenordnung an die staatliche Dienstleistung für einen Einzelfall angeknüpft wird.

Dieser jeweilige Einzelfall, an den die Abgabeschuld geknüpft ist, muss sich gemäß Artikel 10 Lit. c) aus einem spezifisch gesellschaftsrechtlichen Vorgang ergeben, nämlich auf eine Formalität, der die juristische Person mit Erwerbzweck „auf Grund ihrer Rechtsform“ unterworfen werden kann. Durch diese Einschränkung entfällt nach Meinung des Amtsgerichts von vornherein eine Anwendung von Artikel 12 Absatz 2 der Richtlinie, denn begriffsnotwendig kann es keine „gleichartigen Vorgänge“ in diesem Sinn außerhalb des Gesellschaftsrechts geben.

#### **VI. Anwendung des Artikels 12 Absatz 2 der Richtlinie 69/335/EWG**

Sollte der Gerichtshof jedoch der Meinung des Landgerichts Freiburg folgen und die Meinung des Amtsgerichts verwerfen, dass für die vorliegende Abgabe ausschließlich die Ausnahme des Artikels 12 Absatz 1 Lit. c) in Betracht kommen kann, nicht jedoch die Bestimmungen des Artikels 12 Absatz 1 Lit. b und c der Richtlinie, da es sich nicht um eine Steuer handelt, sondern um eine „Abgabe auf eine sonstige Formalität“ im Sinne des Artikels 10 der Richtlinie, für die ausschließlich die Ausnahme nach Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe e) in Betracht kommt, so muss sich hieran die Frage anschließen, ob ein Ausnahmetatbestand dadurch geschaffen ist, dass in § 60 der Kostenordnung zum Beispiel für die Berichtigung des Grundbuchs bei Erbfällen Gebühren erhoben werden, wenn der Berichtigungsantrag innerhalb von zwei Jahren nach dem Erbfall gestellt wird.

§ 60 des Gesetzes über die Kosten in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Kostenordnung) in der Fassung vom 26. Juli 1957 (BGBl I 960) lautet:

(1) Für die Eintragung eines Eigentümers oder von Miteigentümern wird die volle Gebühr erhoben.

(2) Die Gebühr ermäßigt sich auf die Hälfte bei Eintragung des Ehegatten, des Lebenspartners oder von Abkömmlingen des eingetragenen Eigentümers, auch wenn die Genannten infolge der Auseinandersetzung des Gesamtguts einer Gütergemeinschaft oder des Nachlasses oder wenn sie nachträglich als Miteigentümer von Grundstücken eingetragen werden, die zu einer Gütergemeinschaft gehören; bei der Eintragung infolge einer Erbauseinandersetzung oder der Auseinandersetzung einer Gütergemeinschaft macht es keinen Unterschied, ob inzwischen die Erben oder diejenigen, die die Gütergemeinschaft fortgesetzt haben, im Grundbuch eingetragen worden sind oder nicht.

(3) Werden Gebühren auf Grund der Absätze 1 und 2 nebeneinander erhoben, so wird zunächst die volle Gebühr nach dem Gesamtwert berechnet; die so berechnete

Gebühr mindert sich um die Hälfte des Anteils der Personen, deren Eintragung nach Absatz 2 nur die halbe Gebühr erfordert.

(4) Die Gebühren nach den Absätzen 1 bis 3 werden nicht erhoben bei Eintragung von Erben des eingetragenen Eigentümers, wenn der Eintragungsantrag binnen zwei Jahren seit dem Erbfall bei dem Grundbuchamt eingereicht wird.

(5) Für dieses Verfahren ohne Belang.

(6) Für dieses Verfahren ohne Belang.

Als ein gleichartiger Vorgang könnte es angesehen werden, dass eine Grundbuchberichtigung in Erbfällen nach § 60 Absatz 4 der Kostenordnung keine „Gebühren“ auslöst.

Auf diesen Rechtsgedanken beruft sich hilfsweise die Firma „B. W. eG“ in ihrem Schriftsatz vom 19.03.2001.

Mitgeteilt von Notar a. D. Dr. Sandweg, Müllheim

## Buchbesprechungen

**Die gesetzlichen Formen des Rechtsgeschäfts.** Eine Bestandsaufnahme zu Beginn des 21. Jahrhunderts. Von Lutz-Ingo Plewe, Wolfsburg. Inaugural-Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Shaker-Verlag Aachen, 2003, 634 Seiten, 39,80 €.

Das BGB sieht vom Grundsatz der Formfreiheit mehrere Ausnahmen vor. Der Autor geht der Frage nach, welche Funktionen die einzelnen Formvorschriften haben. Die Warn-, Beweis- und Kontrollfunktion, die Abschluss- und Inhaltlichkeit werden genau untersucht, der Formzwang bei zusammengesetzten Rechtsgeschäften erläutert, Vorverträge beleuchtet und Vollmachten auf ihre Formpflichtigkeit geprüft. Bejaht wird zu Recht die Formfreiheit der Zustimmung nach § 182 Abs. 2 BGB. Der Autor setzt sich auch mit dem Zweck öffentlicher Beglaubigungen auseinander. Bei notariellen Beurkundungsgeschäften im Bereich von Rechtsgeschäften der Kapitalgesellschaften wird je nach Einzelfall die Gleichwertigkeit mit dem deutschen Notariat bejaht (z.B. beim schweizerischen Notar), grundsätzlich sei aber eine generelle Feststellung der Gleichwertigkeit innerhalb der Europäischen Union unangebracht. Auch auf die verschiedenen Heilungsvorschriften zu Formmängeln wird eingegangen, ebenso auf elektronische Formen von Erklärungen. Dem Autor ist es gelungen, die zu Beginn des 21. Jahrhunderts in Bewegung gekommenen Formvorschriften des BGB dargestellt und kritisch hinterfragt zu haben.

Professor Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz

**Anwalts-Handbuch Wohnungseigentumsrecht.** Herausgegeben von RA Wilfried J. Köhler und VorsRiaLG a.d. Dr. Peter Bassenge. Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln. 2004, 1605 S., 139,00 € incl. CD.

Das Buch bietet eine Kombination aus der Vermittlung von wohnungseigentumsrechtlichem Wissen und praktischer Erfahrung. Umfassend kommentierte Checklisten verhindern, dass wichtige Aspekte in der Rechtspraxis übersehen werden. Musterformulierungen helfen bei den Vertragsgestaltungen. Die Probleme im Wohnungseigentumsrecht werden umfassend dargestellt und praxisnahe Lösungen angeboten. Das Werk wendet sich schon von seinem Namen her vor allem an die Anwaltschaft, aber im Blick auf die ausgewogene Gestaltung der Rechtsverhältnisse mit einigen wenigen Abschnitten auch an den Notar. So sind für die notarielle Praxis besonders die Abschnitte zum Sondernutzungsrecht, zur Entziehung des Wohnungseigentums, zu Gewährleistungsproblemen und zur Veräußerung von Wohnungseigentum von Bedeutung. Aufgezeigt wird z.B. bei einem materiell-rechtlich nichtbestehenden, aber im Grundbuch eingetragenen Sondernutzungsrecht die Fragen des gutgläubigen Erst- und Zweiterwerbs anlässlich des Erwerbs einer Wohnung; auch die verschiedenen Verfügungsmöglichkeiten über Sondernutzungsrechte werden erläutert und umfassend zur Aufhebung/Löschung des Sondernutzungsrecht Stellung genommen. Zur verfahrensleitenden Stellung des Notars bei der Entziehung von Wohnungseigentum werden wertvolle Ratschläge gegeben, die dem Notar besonders wegen der selten vorkommenden Materie hilfreich sind. Interessant sind auch die Ausführungen zu den verschiedenen Krisenlagen beim Wohnungseigentum, zur Rechtssituation beim Verkauf des Objekts, der Veräußerungsbeschränkung nach § 12 WEG, zum Tod des Eigentümers bzw. des Mieters.

Professor Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz

### Impressum

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e.V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e.V., Karlsruhe.

Schriftleiter: Achim Falk, Notar, Kronenstraße 34, 70174 Stuttgart (Tel. 0711/2258650), verantwortlich für Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Dr. Jürgen Rastätter, Notar, Kaiserstraße 184, Notariat 1 Karlsruhe, 76133 Karlsruhe (Tel. 0721/926-0), verantwortlich für Sparte Rechtsprechung.

Die BWNotZ erscheint vierteljährlich zweimal. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e.V. in 70174 Stuttgart, Kronenstraße 34 (Tel. 0711/2237951,

Fax 0711/2237956, E-mail: wuertt.NotV@t-online.de) zu richten. Der Bezugspreis beträgt jährlich € 45,- einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31.5. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt; Einzelhefte € 6,- einschließlich USt zuzüglich Versandkosten. Einzelhefte können nur von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden.

Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.

Gesamtherstellung: SCHNITZER DRUCK GmbH, Fritz-Klett-Straße 61-63, 71404 Korb (Tel. 07151-303-0, Fax 07151-35968).