

Rechtsprechung

Tatbestand und Gründe der Entscheidungen werden regelmäßig ungekürzt veröffentlicht. Ausnahmsweise gekürzte oder von der Redaktion zum besseren Verständnis umformulierte oder selbst verfasste Tatbestände werden durch die Überschrift „Zum Sachverhalt“ kenntlich gemacht. Die Gründe (Entscheidungsgründe) werden ebenfalls nur ausnahmsweise gekürzt. Geringfügige Auslassungen werden jeweils durch Punkte (...) gekennzeichnet. Bei umfangreicheren Kürzungen wird den Gründen statt der Überschrift „Gründe“ oder „Entscheidungsgründe“ die Überschrift „Aus den Gründen“ vorangestellt. Hinzufügungen der Redaktion, insbesondere von ZfR-, ZIP- und EWIR-Fundstellen, sind *kursiv* gesetzt. Entscheidungen der unteren und mittleren Instanzen werden als „nicht rechtskräftig“ gekennzeichnet, wenn nach Kenntnis der Redaktion ein Rechtsmittel eingelegt wurde oder die Berufungs- oder Revisionsfrist noch nicht abgelaufen ist. Dies gilt auch in den Fällen, in denen ein Rechtsmittel möglicherweise ausgeschlossen ist. Entscheidungen, bei denen nach Kenntnis der Redaktion innerhalb der Rechtsmittelfrist – einerlei, ob überhaupt zulässig – kein Rechtsmittel eingelegt wurde, werden als „rechtskräftig“ gekennzeichnet. Entscheidungen, die mit einem „+“ versehen sind, sind für die Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung des betreffenden Gerichts vorgesehen.

Rechtsprechung zum Vertragsrecht

BGB §§ 387, 631 Abs. 1, § 157

Keine Aufrechnung des Bestellers gegen Anspruch auf Auszahlung eines vereinbarten Sicherheitseinhalts mit Forderung aus anderem Bauvertrag

BGH, Urt. v. 14. 9. 2017 – VII ZR 3/17 (OLG Frankfurt/M.)

Leitsätze:

1. Vereinbaren die Parteien eines Bauvertrags, dass ein Betrag von 5 % der Netto-Schlussabrechnungssumme zur Sicherung einbehalten werden darf, der Unternehmer diesen Einbehalt durch eine Bankbürgschaft ablösen kann und weiter:

„Diese Sicherheit – gleich ob als Einbehalt oder als Bürgschaft – dient in dem Zeitraum von der Abnahme bis zum Eintritt der Verjährung der Mängelansprüche dazu, die Rechte des AG bei Mängeln (§ 634 BGB) (inklusive Aufwendungsersatz und Kostenvorschuss bei Selbstvornahme), jedwede Schadensersatzansprüche des Auftraggebers (insbesondere gem. der §§ 280 ff. BGB) und die Ansprüche des AG auf Erstattung von Überzahlungen aus diesem Vertrag (auch hinsichtlich geänderter und zusätzlicher Leistungen) abzusichern.“

ist der Besteller jedenfalls während des vereinbarten Sicherheitszeitraums nicht berechtigt, nachdem er den Betrag einbehalten hat, gegen diesen Restwerklohnanspruch mit einer Forderung aus einem anderen Vertrag aufzurechnen. (Leitsatz des Gerichts.)

2. Das Aufrechnungsverbot gilt auch für den Fall der Insolvenz des Unternehmers; der Zweck der Sicherheit wird durch die Insolvenz des Unternehmers nicht geändert. (Leitsatz der Redaktion.)

Tatbestand:

[1] Der Kläger ist Verwalter in dem im April 2009 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der W. (im Folgenden: Auftragnehmerin). Er begehrt Restwerklohn in Höhe von insgesamt 10.486,40 € nebst Rechtshängigkeitszinsen für drei – von insgesamt acht – in den Jahren 2006 und 2007 durchgeführte Bauvorhaben, in denen die Auftragnehmerin für das Gewerk Sanitär und Heizung als Nachunternehmerin für die Beklagte tätig wurde.

[2] Bei allen drei Vorhaben hatten die Beklagte und die Auftragnehmerin in den Verträgen (jeweils Ziffer 13.3) vereinbart, dass ein Betrag

von 5 % der Netto-Schlussabrechnungssumme zur Sicherung etwaiger Mängelansprüche von der Beklagten einbehalten werden durfte. Zu einer nach den vertraglichen Vereinbarungen jeweils möglichen Ablösung des Einhalts durch eine Bankbürgschaft kam es nicht. In den Verträgen heißt es gleichlautend weiter:

„Diese Sicherheit gleich ob als Einbehalt oder als Bürgschaft dient in dem Zeitraum von der Abnahme bis zum Eintritt der Verjährung der Mängelansprüche dazu, die Rechte des AG bei Mängeln (§ 634 BGB) (inklusive Aufwendungsersatz und Kostenvorschuss bei Selbstvornahme), jedwede Schadensersatzansprüche des Auftraggebers (insbesondere gemäß der §§ 280 ff. BGB) und die Ansprüche des AG auf Erstattung von Überzahlungen aus diesem Vertrag (auch hinsichtlich geänderter und zusätzlicher Leistungen) abzusichern.“

[3] Die Beklagte behielt vereinbarungsgemäß insgesamt die Klagesumme ein. Im November 2007 erklärte sie die Aufrechnung mit angebliehen, die Klageforderung übersteigenden Schadensersatzansprüchen gegen die Auftragnehmerin aus einem anderen Bauvorhaben.

[4] Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Die Berufung der Beklagten hat keinen Erfolg gehabt. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt sie ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

[5] Die Revision der Beklagten hat keinen Erfolg.

[6] I. Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

[7] Der Auftragnehmerin stehe aus den drei Bauvorhaben noch restlicher Werklohn i. H. v. 10.486,40 € zu, nachdem die Voraussetzungen für die Auszahlung der vertragsgemäß einbehaltenen Sicherheiten eingetreten seien. Die im Jahr 2007 erklärte Aufrechnung der Beklagten ändere daran nichts.

[8] Die Sicherheitseinhalte seien jeweils bezogen auf das betreffende Bauvorhaben vereinbart worden. Dies stehe im Grundsatz einer Aufrechnung mit streitigen Ansprüchen aus einem anderen Bauvorhaben entgegen. Der (auf Ansprüche aus anderen Bauvorhaben beschränkte) Aufrechnungsausschluss folge auch ohne ausdrückliche Vereinbarung aus der Natur der Sicherungsabrede, mit deren besonderem Inhalt eine projektübergreifende Aufrechnung grundsätzlich nach Treu und Glauben nicht vereinbar wäre. Ein Auftragnehmer könne, sollte eine Aufrechnung des Auftraggebers auch mit Forderungen aus anderen Bauvorhaben zugelassen werden, insbesondere im Fall sich ausweitender Vertragsbeziehungen, nicht mehr überblicken, zu welchem Zeitpunkt ein Sicherheitseinbehalt tatsächlich zur Auszahlung gelangen werde. Der Sicherheitseinbehalt

würde so, anders als grundsätzlich vorgesehen, nicht mehr mit Ablauf der Gewährleistungsfrist zur Auszahlung fällig, sondern zu einem unbestimmten Zeitpunkt. Letztlich würde dadurch für den Auftraggeber eine Erhöhung der Sicherheit für weitere Projekte und Abrechnungen erreicht, wenn seine Ansprüche bei einem Vorhaben niedriger ausfallen als durch den jeweiligen Einbehalt abgesichert oder wenn solche Ansprüche wie vorliegend überhaupt nicht bestehen.

[9] Auch die regelmäßig eingeräumte Möglichkeit der Ablösung einer solchen Sicherheit durch eine Bürgschaft, die dann ebenfalls konkret auf das jeweilige Bauprojekt bezogen sei, spreche dafür, dass der Sicherheitseinbehalt regelmäßig nur der Sicherung von Ansprüchen aus dem konkreten Bauprojekt diene.

[10] Schließlich führe der Umstand, dass vorliegend der Werkunternehmer vor Eintritt der Fälligkeit der Auszahlungsansprüche insolvent geworden sei und sich dies bereits zum Zeitpunkt der Aufrechnung abgezeichnet habe, zu keinem anderen Ergebnis. Ob ein vertragliches Aufrechnungsverbot einschränkend dahingehend auszulegen sei, dass es im Falle der Insolvenz gerade nicht gelten solle, weil sich durch die Insolvenz die zuvor bestehende Interessenlage grundsätzlich gewandelt habe, hänge von dem Zweck des jeweiligen Aufrechnungsausschlusses ab. Dieser rechtfertige es hier, dem Auftraggeber auch im Fall der Insolvenz des Auftragnehmers zu verwehren, die einbehaltene Sicherheit anderweitig als im Rahmen der Abwicklung des konkret betroffenen Vertragsverhältnisses zu verwerten, also über ihren eigentlichen Zweck hinaus zu erweitern. Der Zweck der mit dem Einbehalt erzielten Sicherung des Auftraggebers und die ihm zugrunde liegende Interessenlage ändere sich durch den Eintritt des Insolvenzfalls nicht.

[11] II. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

[12] Die Restwerklohnansprüche der Auftragnehmerin gem. § 631 Abs. 1 BGB aus den drei Bauvorhaben sind nicht durch die von der Beklagten im Jahr 2007 erklärten Aufrechnungen gem. § 389 BGB erloschen. Diese Aufrechnungen sind aufgrund eines Aufrechnungsverbots, das rechtsgeschäftlich vereinbart werden kann (st. Rspr., vgl. BGH, Ur. v. 13. 7. 1970 – VII ZR 176/68, BGHZ 54, 244, 246 f., Rz. 24; v. 12. 10. 1983 – VIII ZR 19/82, ZIP 1983, 1473 = NJW 1984, 357, 358, Rz. 10), unwirksam. Die Vertragsparteien haben zwar den Ausschluss einer Aufrechnung mit Forderungen aus anderen Verträgen gegen die Restwerklohnforderungen nicht ausdrücklich vereinbart. Er ergibt sich jedoch stillschweigend aus der Sicherungsvereinbarung der jeweiligen Bauverträge.

[13] Das Berufungsgericht hat die Vereinbarungen in Ziffer 13.3 dahin ausgelegt, dass die Sicherheit jeweils ausschließlich Rechte und Ansprüche aus demselben Vertrag absichern sollte. Das wird von der Revision im Ansatz nicht in Frage gestellt und lässt Rechtsfehler nicht erkennen. Die Revision meint jedoch, die Möglichkeit der Aufrechnung gegen Werklohnansprüche bestehe unabhängig von einer Vereinbarung ohne weiteres; die zusätzliche Gewährung von Sicherheiten könne diese Position nicht verschlechtern. Damit dringt die Revision im Ergebnis nicht durch. Die gegenteilige Auslegung des Vertrags

durch das Berufungsgericht lässt revisionsrechtlich beachtliche Fehler nicht erkennen. Sofern es sich bei der Vertragsbestimmung um Allgemeine Geschäftsbedingungen handeln sollte, was das Berufungsgericht nicht festgestellt hat, führte dies nicht zu einem anderen Ergebnis.

[14] 1. Zu Recht geht die Revision davon aus, dass es sich bei den vom Kläger geltend gemachten Ansprüchen um Werklohnforderungen gem. § 631 Abs. 1 BGB handelt. Aus der Natur derartiger Ansprüche ergibt sich nicht, dass Gegenforderungen aus anderen Verträgen nicht aufgerechnet werden dürfen oder können. Ebenso wenig verstößt es grundsätzlich gegen Treu und Glauben, § 242 BGB, wenn gegen solche Werklohnforderungen die Aufrechnung mit Ansprüchen aus anderen Verträgen erklärt wird.

[15] 2. a) Die Vereinbarung eines Sicherheitseinhalts ändert an der Rechtsnatur der Ansprüche des Unternehmers nichts. Auch der Anspruch auf Zahlung dieses (zunächst einbehaltenen) Teils der Vergütung bleibt ein Werklohnanspruch gem. § 631 Abs. 1 BGB (vgl. BGH, Ur. v. 12. 7. 1979 – VII ZR 174/78, BauR 1979, 525, 526, Rz. 17 f.; v. 6. 12. 2007 – VII ZR 125/06, ZfR 2008, 515 (LS) = BauR 2008, 510, 511 = NZBau 2008, 174, Rz. 19; v. 25. 5. 2010 – VI ZR 205/09, BGHZ 185, 378, Rz. 14), der grundsätzlich mit der Abnahme fällig wird, § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Vereinbarung bedeutet eine Verschiebung des Fälligkeitszeitpunkts nach hinten, um dem Besteller während dieser Zeit eine Sicherheit für die durch den Sicherungszweck bestimmten Ansprüche (regelmäßig insbesondere Mängelansprüche) vor allem dadurch zu geben, dass er sich durch Aufrechnung befriedigen kann.

[16] b) aa) Hierin erschöpft sich die Bedeutung der Vereinbarung eines Sicherheitseinhalts jedoch nicht.

[17] Eine beiderseits interessengerechte Auslegung führt dazu, dass die zu Gunsten des Bestellers hinausgeschobene Fälligkeit eines Teils des Werklohnanspruchs damit verbunden ist, dass gegen diesen, wenn von dem Einbehalt Gebrauch gemacht worden ist, jedenfalls während des vereinbarten Sicherungszeitraums nicht mit Forderungen aus anderen Verträgen aufgerechnet werden kann (im Ergebnis ebenso *Schmitz*, Sicherheiten für die Bauvertragsparteien, *ibr-online*, Stand: 8/2015, Rz. 175; *Praun*, *jurisPR-PrivBauR* 4/2010 Anm. 3; *Ingenstau/Korbion/Joussen*, VOB Teile A und B, 20. Aufl., § 17 Abs. 1 VOB/B Rz. 22; vgl. auch *Beck'scher VOB/B-Kommentar/Rudolph/Koos*, 3. Aufl., § 17 Abs. 1 Rz. 18; *MünchKomm-Schlüter*, BGB, 7. Aufl., § 387 Rz. 60; *Erman/Wagner*, BGB, 14. Aufl., § 387 Rz. 34, 40; OLG Karlsruhe ZfR 2015, 610 (m. Anm. *Leidig/Semmrich*, S. 612); OLG Düsseldorf BauR 2007, 1587; OLG Dresden, Ur. v. 28. 9. 2000 – 19 U 888/00, *juris*; a. A. OLG Hamm, Ur. v. 27. 10. 2006 – 12 U 47/06, *juris*).

[18] Wäre anzunehmen, dass sich die Sicherungsabrede in einem bloßen Hinausschieben der Fälligkeit eines Teils der Werklohnforderung erschöpfte, hätte dies zur Folge, dass faktisch die länger vorhandene Möglichkeit der Aufrechnung auch als Sicherheit für weitere Ansprüche aus anderen Verträgen dienen könnte. Denn das ergäbe sich mangels anderweitiger Vereinbarung der Parteien ohne weiteres aus dem Gesetz (§ 387 BGB). Diese Wirkungen sind von dem Zweck der getroffenen Siche-

rungsvereinbarung nicht umfasst und zu ihrer Realisierung nicht notwendig.

[19] Da es kein berechtigtes Interesse des Bestellers gibt, den ausdrücklich nur zur Sicherheit für Ansprüche aus diesem Vertrag vereinbarten Einbehalt mit weiteren Vorteilen zu verknüpfen, können beide Parteien redlicherweise diese Vereinbarung nur so verstehen, dass weitere Aufrechnungsmöglichkeiten der genannten Art stillschweigend ausgeschlossen sind. Dem entsprechend ist auch die weitere, als Austauschrecht des Unternehmers vereinbarte Art der Sicherheitsleistung, die Beibringung einer Bürgschaft, wegen ihrer Akzessorietät auf die zu sichernden Ansprüche beschränkt und führt zu keiner über den Sicherungszweck hinausgehenden Besserstellung des Bestellers.

[20] **bb)** Entgegen der Auffassung der Revision bedeutet dieses Verständnis nicht, dass dem Besteller eine ihm zustehende Aufrechnungsmöglichkeit genommen wird, obwohl die Sicherungsvereinbarung nur zu seinen Gunsten wirken soll.

[21] Die Aufrechnungsmöglichkeit hat sich hinsichtlich des Teils des Werklohnanspruchs, für den der Einbehalt vereinbart wurde, durch die Vereinbarung des Einbezugs verlängert und vergrößert. Denn ohne diese Vereinbarung wären die gegen den Besteller gerichteten Werklohnforderungen mit ihrer Fälligkeit beglichen worden und damit erloschen. Sie hätten dann nicht mehr als Aufrechnungsmöglichkeit für Forderungen zur Verfügung gestanden, die erst nach diesem Zeitpunkt durchsetzbar entstanden oder bekannt wurden. An der Möglichkeit, bis zum Zeitpunkt des Einbezugs eines Teils des Werklohns gegen den gesamten Werklohnanspruch auch mit Forderungen aus anderen Verträgen aufzurechnen, ändert sich nichts.

[22] **3.** Zutreffend nimmt das Berufungsgericht an, dass dieses Aufrechnungsverbot auch für den Fall der Insolvenz des Unternehmers Geltung beanspruchen soll. Die Sicherungsabrede und der vereinbarte Einbehalt sollen wie dargelegt nur Ansprüche aus demselben Vertrag sichern. Die Vereinbarung des Aufrechnungsverbots schränkt die zum Vorteil des Bestellers eingeräumte Sicherheit durch Einbehalt nur auf das aufgrund des Zwecks der Sicherheit gewollte Maß ein. Der Zweck der Sicherheit wird durch die Insolvenz des Unternehmers nicht geändert.

[23] **III.** Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Anmerkung von Thomas Hildebrandt/Eva Bouchon

1. Der BGH hat mit dieser Entscheidung eine in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte umstrittene Rechtsfrage überzeugend geklärt.

2.1 Das OLG Hamm ging in seinem Urteil vom 27. 10. 2006 (12 U 47/06) davon aus, dass der Besteller gegen den Anspruch des Unternehmers auf Auszahlung eines Sicherheitseinbezugs mit Ansprüchen aus einem anderen Bauvorhaben aufrechnen kann, auch wenn er eine Mängelbürgschaft zum Austausch gegen den Sicherheitseinbehalt erhielt und dennoch den Sicherheitseinbehalt nicht auszahlte. Das OLG Düsseldorf entschied dagegen in seinem Urteil vom 23. 2. 2007 (22 U 115/06), dass sich bei mehreren Bauvorhaben, soweit keine

gesonderte Abrede getroffen wird, die Sicherungsabrede über einen Mängelbehalt regelmäßig nur auf das jeweilige konkrete Bauvorhaben erstreckt. Das bedeutet, dass die jeweils unstrittige, fällige Forderung des Unternehmers zur Auszahlung des Sicherheitseinbezugs nicht durch die vom Besteller erklärte Aufrechnung mit Ansprüchen aus anderen Bauvorhaben erlöschen kann. Die Sicherheitseinbehalte sind stets nur innerhalb des jeweiligen Bauvorhabens zu berücksichtigen. Das ergibt sich bei Vereinbarung der VOB/B bereits aus § 17 Abs. 8 VOB/B, weil die Pflicht zur Rückgabe der Sicherheit ausschließlich an die Verjährungsfrist des jeweiligen Bauvorhabens geknüpft ist. Anderenfalls könnte der Unternehmer, insbesondere im Fall sich ausweitender Vertragsbeziehungen nicht mehr überblicken, zu welchem Zeitpunkt ein Sicherheitseinbehalt tatsächlich zur Auszahlung gelangt. Abgesehen davon würde der Mängelbehalt nicht mehr mit Ablauf der Verjährungsfrist für Mängelansprüche bzw. nach VOB/B nach Ablauf von zwei Jahren zur Auszahlung fällig, sondern zu einem unbestimmten Zeitpunkt. Schließlich würde dadurch für den Besteller sogar eine Erhöhung des Sicherheitseinbezugs für die verbleibenden anderen Projekte erreicht, wenn er sich dort nicht nur aus der vereinbarten Sicherheit befriedigen könnte, sondern mit weiteren Ansprüchen aus diesem Bauvorhaben gegen die Auszahlung des Sicherheitseinbezugs aus einem anderen Bauvorhaben die Aufrechnung erklären würde.

2.2 Rechtsgeschäftlich ist zu beachten, dass Aufrechnungen gegen den Anspruch auf Auszahlung eines vereinbarten Sicherheitseinbezugs aus einem Bauvorhaben mit Zahlungsansprüchen aus anderen Bauvorhaben einem vereinbarten Aufrechnungsverbot unterliegen. Auch wenn dieses Aufrechnungsverbot nicht ausdrücklich vereinbart wurde, ergibt es sich stillschweigend aus der Sicherungsvereinbarung der jeweiligen Bauverträge. Das gilt auch, wenn es sich bei der Sicherungsvereinbarung um eine Allgemeine Geschäftsbedingung handelt. Zwar handelt es sich bei dem Sicherheitseinbehalt auch um einen Werklohnanspruch gem. § 631 Abs. 1 BGB (BGH, Urte. v. 12. 7. 1979 – VII ZR 174/78, Urte. v. 6. 12. 2007 – VII ZR 125/06, ZfR 2008, 515 (LS), Urte. v. 25. 5. 2010 – VI ZR 205/09), dessen Fälligkeitszeitpunkt über die Abnahme hinaus nach hinten geschoben wird, gegen den eine Aufrechnung mit Ansprüchen, die vom Sicherungszweck erfasst sind, grundsätzlich zulässig ist. Aufgrund der Sicherungsvereinbarung ist es jedoch nicht möglich, mit Ansprüchen aus anderen Bauvorhaben aufzurechnen. Der BGH führt zutreffend aus, dass das zu einer erhöhten Sicherheit bei anderen Bauvorhaben führen könnte. Es gibt kein berechtigtes Interesse des Bestellers, den ausdrücklich nur zur Sicherheit für Ansprüche aus diesem Vertrag vereinbarten Einbehalt mit weiteren Vorteilen zu verknüpfen.

2.3 Der Besteller wird durch diese Auslegung auch nicht schlechter gestellt. Seine Aufrechnungsmöglichkeit hat sich durch die Vereinbarung eines Sicherheitseinbezugs verlängert und vergrößert. Ohne die Sicherungsvereinbarung hätte der Besteller gegen ihn gerichteten Werklohnanspruch mit seiner Fälligkeit beglichen. Werklohnansprüche hätten ihm dann nicht mehr als Aufrechnungsmöglichkeit für Ansprüche zur Verfügung gestanden, die erst nach diesem Zeitpunkt durchsetzbar entstanden oder bekannt wurden. Im Übrigen verbleibt dem

Besteller die Möglichkeit, bis zum Zeitpunkt des Einbehalts gegen den gesamten Werklohnanspruch aufzurechnen.

2.4 Schließlich klärt der BGH noch die Frage, dass dieses Aufrechnungsverbot richtigerweise auch für den Fall der Insolvenz des Unternehmers gilt. Der vereinbarte Einbehalt soll eben nur die Ansprüche des Bestellers aus dem jeweiligen Vertrag sichern. Die stillschweigende Vereinbarung des Aufrechnungsverbots schränkt damit die zum Vorteil des Bestellers eingeräumte Sicherheit durch Einbehalt nur auf das aufgrund des Zwecks der Sicherheit gewollte Maß ein. Der Sicherungszweck wird durch die Insolvenz des Unternehmers aber nicht geändert.

3. Der BGH hat mit dieser gut begründeten Entscheidung damit nicht nur eine umstrittene Rechtsfrage geklärt. Diese Entscheidung sorgt auch für Rechtssicherheit im Umgang mit Sicherungseinhalten und Aufrechnungen auch im Falle der Insolvenz des Unternehmers.

Dr. Thomas Hildebrandt, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Fachanwalt für Vergaberecht in Hamburg, Partner in der Sozietät Leinemann & Partner Rechtsanwälte mbB/ Eva Bouchon M.A., Rechtsanwältin und Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht in Berlin, Sozietät Leinemann & Partner Rechtsanwälte mbB

Rechtsprechung zum Sachen- und Grundbuchrecht

BGB §§ 183, 878; ErbbauRG § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 Unwiderruflichkeit der vom Grundstückseigentümer zur Veräußerung des Erbbaurechts erteilten Zustimmung nach Wirksamwerden des Verpflichtungsgeschäfts

BGH, Beschl. v. 29. 6. 2017 – V ZB 144/16 (OLG München)

Leitsatz des Gerichts:

Ist als Inhalt des Erbbaurechts vereinbart, dass der Erbbauberechtigte zur Veräußerung des Erbbaurechts der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf, wird die erteilte Zustimmung unwiderruflich, sobald die schuldrechtliche Vereinbarung über die Veräußerung wirksam geworden ist.

Gründe:

[1] I. Die Beteiligte zu 2) ist Inhaberin eines Erbbaurechts an einem im Eigentum der Beteiligten zu 3) stehenden Grundstück. Zur Veräußerung des Erbbaurechts ist gemäß Grundbucheintrag die Zustimmung des Eigentümers erforderlich. Die Beteiligten zu 1) und 2) einigten sich notariell über die Übertragung des Erbbaurechts auf den Beteiligten zu 1) und beauftragten den Notar mit dem Vollzug der Urkunde sowie mit der Einholung der Genehmigung der Eigentümerin. Zudem vereinbarten sie, dass die Genehmigung mit deren Eingang bei dem Notar allen Beteiligten als zugegangen gelten solle. Die Beteiligte zu 3) erklärte mit unterschriebenem und mit Farbdrucksigel der Stadt M. versehenem Schreiben vom 19. 2. 2016 gegenüber dem Notar die Zustimmung zu „der Veräußerung des Grundstücks“ an den Beteiligten zu 1). Mit ebenfalls gesiegeltem Schreiben vom 4. 4. 2016 widerrief sie ihre Zustimmung zu dem „genannten Kaufvertrag“. Der Notar bewilligte aufgrund ihm erteilter Vollmacht am 15. 4. 2016 die Auflassung und stellte Eintragungsantrag, dem die Erklärung der Zustimmung und des Widerrufs der Beteiligten zu 3) beigefügt waren.

[2] Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 4. 5. 2016 das Fehlen der Eigentümerzustimmung beanstandet. Die hiergegen gerichtete Beschwerde des Beteiligten zu 1) hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde wendet sich der Beteiligte zu 1) weiter gegen die Zwischenverfügung des

Grundbuchamtes. Die Beteiligte zu 3) beantragt die Zurückweisung der Rechtsbeschwerde.

[3] II. Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung u. a. in FGPrax 2016, 256 veröffentlicht ist, meint, das von dem Grundbuchamt aufgezeigte Eintragungshindernis bestehe, da die Beteiligte zu 3) ihre als Zustimmung zu der Übertragung des Erbbaurechts auszulegende Erklärung wirksam widerrufen habe. Zwar sei umstritten, ob eine nach § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 ErbbauRG erforderliche Zustimmung des Eigentümers zu der Übertragung des Erbbaurechts noch widerrufen werden könne, nachdem sie durch Zugang bei dem Erbbauberechtigten oder dem Erwerber wirksam geworden sei. Jedenfalls bis zu der Stellung des Eintragungsantrags bei dem Grundbuchamt müsse die Zustimmungserklärung aber gem. § 183 Satz 1 Halbs. 1 BGB als unwiderruflich angesehen werden.

[4] III. Die nach § 78 Abs. 1 GBO statthafte und auch im Übrigen gemäß § 78 Abs. 3 GBO i. V. m. § 71 FamFG zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet. Die Annahme des Beschwerdegerichts, die Zwischenverfügung des Grundbuchamts sei zu Recht ergangen, hält einer rechtlichen Prüfung nicht stand.

[5] 1. Die Zwischenverfügung weist zwar einen zulässigen Inhalt i. S. d. § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO auf. Sie zielt auf die Behebung eines Mangels des Antrags, der mit rückwirkender Kraft geheilt werden kann (vgl. zu diesem Erfordernis Senat, Beschl. v. 12. 10. 2016 – V ZB 198/15, ZfR 2017, 113 (m. Anm. Armbrüster/Rothen, S. 117) = WuM 2017, 54, Rz. 6; Beschl. v. 26. 6. 2014 – V ZB 1/12, FGPrax 2014, 192, Rz. 6). Eine erneute Zustimmung der Beteiligten zu 3) zu der Veräußerung des Erbbaurechts würde nach § 184 Abs. 1 BGB auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurückwirken.

[6] 2. Im Ansatz zutreffend geht das Beschwerdegericht auch davon aus, dass die Eintragung des Übergangs des Erbbaurechts auf den Beteiligten zu 1) gem. § 15 ErbbauRG verfahrensrechtlich den Nachweis der nach § 5 Abs. 1 ErbbauRG erforderlichen Zustimmung der Beteiligten zu 3) in der Form des § 29 GBO voraussetzt und dass das Grundbuchamt das Vorliegen dieser Voraussetzung von Amts wegen zu prüfen hat (vgl. BayObLG FGPrax 2001, 174, 176; MünchKomm-Heinemann, BGB, 7. Aufl., § 15 ErbbauRG Rz. 1; vgl. zu § 12