

# DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

7/1996 · April 1996

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 448 - Kosten der Gebäudeeinmessung beim Kauf vom Bauträger  
 BeurkG § 13 a; BGB § 433 Abs. 1 - Verweisung auf eine im Grundbuch noch nicht vollzogene Teilungserklärung zur Bestimmung des Kaufgegenstandes  
 BeurkG § 9 Abs. 1 S. 2, § 12 S. 1 - Vollmachten als Anlagen im Sinne von § 9 bzw. § 13 a BeurkG

### Rechtsprechung

BGB §§ 313, 705 - Beurkundungsbedürftigkeit eines Gesellschaftsvertrages  
 BGB §§ 468, 459 - Zusicherung einer bestimmten Grundstücksgröße  
 BGB §§ 516, 528; BGHG § 90 - Entgeltlichkeit einer Grundstücksübertragung  
 GrdstVG § 9 Abs. 5 - Begriff des landwirtschaftlichen Betriebes

### Hinweise für die Praxis

Anspruch auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung einer Grundschuldbestellungsurkunde

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

#### BGB § 448

#### Kosten der Gebäudeeinmessung beim Kauf vom Bauträger

##### I. Sachverhalt

Ein Bauträgervertrag enthält u. a. folgende Vertragsklausel:

*„Der Kaufpreis umfaßt die Kosten für Grund und Boden sowie die Kosten für die Herstellung des Vertragsgegenstandes (Errichtung einer Doppelhaushälfte und einer Garage) entsprechend der Baubeschreibung und den Bauplänen.*

*Enthalten sind insbesondere alle Baunebenkosten wie Architekten- und Statikerhonorar, Bauleitungskosten, Baugenehmigungsgebühren und Kosten der Vermessung und Vermarkung.“*

##### II. Frage

Wer hat die Kosten der Gebäudeeinmessung zur Katasterfortführung zu tragen?

##### III. Rechtslage

1. Zunächst stellt sich - unbeschadet der vertraglichen Regelung - die Frage, ob eine **gesetzliche Kostentragungspflicht** des Bauträgers oder des Käufers besteht.

a) Nach § 448 Abs. 1 S. 1 BGB hat die Kosten der Übergabe der verkauften Sache, insbesondere die Kosten des Messens und Wägens, der Verkäufer zu tragen. **Nach Wortlaut und Zweck dieser Vorschrift soll der Verkäufer Kosten für diejenigen Handlungen tragen, die er schuldet** (vgl. Erman/Grunewald, BGB, 9. Aufl. 1993, § 448 Rn. 1). Dem-

entsprechend sieht § 448 BGB die Kosten des Messens (bei einem Grundstück die Kosten der Vermessung) als Teil der Kosten der vom Verkäufer geschuldeten Übergabe. Nach allgemeiner Ansicht hat demzufolge der Verkäufer beim Verkauf einer Teilfläche die Vermessungskosten für das Grundstück zu tragen (Palandt/Putzo, BGB, 55. Aufl. 1996, § 448 Rn. 2; Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl. 1991, § 448 Rn. 26; Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 10. Aufl. 1993, Rn. 3187; LG Kassel MDR 1957, 228).

Fraglich ist, ob diese gesetzliche Regelung auch hinsichtlich der Kosten der Gebäudeeinmessung zum Tragen kommt, wenn bereits vertraglich vereinbart ist, daß der Veräußerer die Kosten der Grundstücksvermessung zu tragen hat. Es handelte sich hier um eine Fortführungsvermessung gem. Art. 8 BayVermessungs- und KatasterG, also um eine Vermessung zur Fortführung des Liegenschaftskatasters.

*Grziwotz* (Die Kostentragung der Gebäudeeinmessung beim Kauf vom Bauträger, MittBayNot 1988, 115, 116) sowie *Basty* (Der Bauträgervertrag, 2. Aufl. 1995, Rz. 43) vertreten die Auffassung, daß ein Bauträger, der ein schlüsselfertiges Eigenheim verkauft, gem. § 448 BGB auch die Kosten der Gebäudeeinmessung als „Kosten des Messens“ zu tragen hat. Nach Auffassung von *Brych/Pause* (Bauträgerkauf und Baumodelle, 2. Aufl. 1996, Rz. 319, 357) gehört die Gebäudevermessung genauso wie die Erschließung zu den Leistungen, die bei einer schlüsselfertigen Errichtung mit dem Gesamtpreis abgegolten sind. **Auch wenn dies nicht ausdrücklich erwähnt worden sei, umfasse die vom Bauträger geschuldete schlüsselfertige Errichtung des Objekts auch die Gebäudeeinmessung.**

b) Das *AG Beckum* hatte in einem Urteil (NJW-RR 1990, 1241) über einen Anspruch des Käufers gegen den Bauträger aus Geschäftsführung ohne Auftrag auf Erstattung von Gebäu-

deemessungskosten zu entscheiden, die erst mehrere Jahre nach der Übereignung des Grundstücks entstanden sind. Das AG Beckum vertrat unter Berufung auf § 10 Abs. 2 Vermessungs- und KatasterG NRW (diese Vorschrift entspricht inhaltlich weitgehend Art. 10 Abs. 2 BayVermessungs- und KatasterG) die Ansicht, daß **der Bauträger verpflichtet gewesen sei, sofort nach Errichtung des Gebäudes und noch zu der Zeit seines Eigentums die Gebäudeeinnmessung auf seine Kosten vornehmen zu lassen.** Dementsprechend habe im Verhältnis des Bauträgers zu den Käufern der Bauträger die Kosten der Gebäudeeinnmessung zu tragen.

c) U. E. kann durchaus angezweifelt werden, ob tatsächlich aus der in § 10 Abs. 2 Vermessungs- und KatasterG begründeten Pflicht, notwendige Angaben zu machen und, falls erforderlich, eine Vermessung durchführen zu lassen, Rückschlüsse auf das zwischen dem Bauträger und dem Käufer bestehende Rechtsverhältnis gezogen werden können. Die Vorschriften des Vermessungs- und KatasterG begründen rein öffentlich-rechtliche Pflichten. Sie regeln nicht das private Rechtsverhältnis zwischen dem Bauträger und dem Käufer. Deshalb kann u. E. aus § 10 Abs. 2 Vermessungs- und KatasterG nicht geschlossen werden, daß der Bauträger gegenüber dem Käufer zur unverzüglichen Gebäudeeinnmessung verpflichtet sei. Dieses Ergebnis dürfte sich auch dadurch nicht umgehen lassen, daß man - bei Prüfung eines Anspruchs aus Geschäftsführung ohne Auftrag - die Gebäudeeinnmessung als fremdes Geschäft, also als ein dem Geschäftskreis des Bauträgers zugehöriges Geschäft beurteilt. Schließlich geht es hier allein um die Kostentragung in dem privaten Rechtsverhältnis. Zum Zeitpunkt der Gebäudeeinnmessung war der Bauträger in dem vom AG Beckum (a.a.O.) entschiedenen Fall weder öffentlich-rechtlich noch privatrechtlich zu einer Gebäudeeinnmessung verpflichtet, weswegen diese auch nicht „sein Geschäft“ sein konnte.

Hinzu kommt, daß nach Art. 8 Abs. 4 Vermessungs- und KatasterG Fortführungsvermessungen auch von Amts wegen ausgeführt werden können. Ist die Fortführungsvermessung von Amts wegen ausgeführt worden, kann man wohl schon deshalb in der Vermessung kein für den Bauträger geführtes Geschäft sehen.

2. Fraglich ist, ob der Bauträger **aufgrund des mit den Käufern geschlossenen Vertrages** verpflichtet ist, die Kosten der Gebäudeeinnmessung zu tragen. Unklar ist, ob unter „Kosten der Vermessung“ nur die Kosten der Grundstücksvermessung oder auch die Kosten der Gebäudeeinnmessung zu verstehen sind, so daß die fragliche Klausel auszulegen ist (vgl. hierzu Grziwotz MittBayNot 1988, 115 f.).

Ausgehend von der **Interessenlage der Vertragsbeteiligten** ist u. E. der Bauträgervertrag im Zweifel auch ohne ausdrückliche Regelung dahin gehend auszulegen, daß im Verhältnis zu den Käufern der Bauträger die Kosten einer Gebäudeeinnmessung zu tragen hat. Dies gilt u. E. insbesondere für den vorliegenden Bauträgervertrag. Danach trägt der Bauträger u. a. die „Kosten der Vermessung“, der Kaufpreis ist ein Festpreis und es sind im einzelnen diejenigen Positionen aufgeführt, die nicht im Kaufpreis enthalten sind. Diese vertraglichen Regelungen lassen auf einen Willen der Vertragsparteien schließen, alle Kostenpositionen vertraglich zu regeln, um den Käufern Gewißheit

darüber zu geben, daß über den Festpreis und die aufgezählten, im Kaufpreis nicht enthaltenen Kosten keine weiteren Kosten auf die Käufer im Zusammenhang mit dem Erwerb dieses Hausgrundstücks zukommen. Davon ausgehend, dürfte der Begriff der „Kosten der Vermessung“ in der Regel so auszulegen sein, daß darunter auch die Kosten der Gebäudeeinnmessung fallen.

3. **U. E. hat danach der Bauträger die Kosten der Gebäudeeinnmessung zu tragen, sei es aufgrund Gesetzes nach § 448 BGB oder aufgrund des entsprechend ausgelegten Bauträgersvertrages.** Dabei kommt es nicht darauf an, ob er zum Zeitpunkt der Gebäudeeinnmessung noch Eigentümer des Grundstücks war oder nicht. Es wurde in dem Vertrag nicht vereinbart, daß der Bauträger die Vermessungskosten nur dann zu tragen hat, wenn er zum Zeitpunkt der Gebäudeeinnmessung noch Eigentümer ist. Das Grundstückseigentum spielt insofern nur eine Rolle, als Gebührenschuldner nach § 14 Abs. 2 BayVermessungs- und KatasterG derjenige ist, der bei Fälligkeit der Gebühr Gebäudeeigentümer ist.

Abschließend sei angemerkt, daß wegen der Regelung in Art. 14 Abs. 2 BayVermessungs- und KatasterG, wonach der Gebäudeeigentümer Gebührenschuldner ist, ein Gesamtschuldnerausgleich (§ 426 BGB) nicht in Betracht kommt, weil mangels mehrerer Schuldner der Vermessungsgebühr keine Gesamtschuld entsteht.

## **BeurkG § 13 a; BGB § 433 Abs. 1 Verweisung auf eine im Grundbuch noch nicht vollzogene Teilungserklärung zur Bestimmung des Kaufgegenstandes**

### **I. Sachverhalt**

Es soll ein Wohnungsverkaufvertrag über eine erst noch zu errichtende Eigentumswohnung abgeschlossen werden. Die Teilungserklärung wurde bei einem anderen Notar beurkundet und ist im Grundbuch noch nicht vollzogen. Der die Teilungserklärung beurkundende Notar hat nur eine beglaubigte Ablichtung ohne die Aufteilungspläne gefertigt, weil nach seiner Angabe die Erstellung einer vollständigen Ablichtung zu aufwendig wäre.

### **II. Frage**

1. Kann auf eine notariell beurkundete, im Grundbuch noch nicht vollzogene Teilungserklärung auch dann nach § 13 a BeurkG verwiesen werden, wenn die Urkunde nur in beglaubigter Ablichtung im Auszug (ohne Aufteilungspläne) bei der Beurkundung vorliegt und der Wohnungskäufer die Urschrift nicht eingesehen hat?

2. Ist die Sachlage anders, wenn der Wohnungskäufer die Urschrift vor der Beurkundung des Wohnungsverkaufs eingesehen hat?

3. Würde es genügen, nach § 13 a BeurkG nur auf den Textteil der Teilungserklärung zu verweisen und einen Satz der Aufteilungspläne dem Wohnungsverkaufvertrag als Anlage beizufügen?

### **III. Rechtslage**

1. Wird ein Grundstück verkauft, so wird dieses durch Bezugnahme entweder auf die amtlichen Messungsverzeichnisse (Flurnummer) oder auf das Grundbuch (Band und Blatt) bezeichnet. Wird eine Eigentumswohnung verkauft, ist der Kaufgegenstand nach Band und Blatt des Wohnungsgrundbuchs oder nach der Nummer des in der Teilungserklärung enthaltenen Aufteilungsplanes bezeichnet. Sind die Wohnungsgrundbücher noch nicht angelegt, so kann nur die Nummer aus der Teilungserklärung angegeben werden (Albrecht, in: Reithmann/Albrecht/Basty, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 7. Aufl. 1995, Rz. 311). **Durch Teilungserklärung und Gemeinschaftsordnung wird der Vertragsgegenstand in seiner tatsächlichen Lage und Dimension sowie in seiner rechtlichen Ausgestaltung beschrieben.** Aus der Teilungserklärung und den dazu gehörigen Aufteilungsplänen ergibt sich die **Identifizierung der zu veräußernden Wohnung** nach Größe des Miteigentumsanteils, Lage und Wohnfläche (Rapp, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 1992, A III Rz. 150).

**Wird nach beurkundeter Teilungserklärung mit dem Verkauf begonnen, sind Teilungserklärung und Gemeinschaftsordnung aber noch nicht im Grundbuch vollzogen, so ist eine Verweisung nach Maßgabe des § 13 a BeurkG zulässig.** Nach § 13 a Abs. 1 S. 1 BeurkG kann auf eine andere notarielle Niederschrift verwiesen werden, die nicht vorgelesen werden muß, wenn die Beteiligten erklären, daß ihnen der Inhalt der anderen Niederschrift bekannt ist, und sie auf das Vorlesen verzichten. Nach § 13 a Abs. 1 S. 3 BeurkG soll der Notar jedoch nur beurkunden, wenn den Beteiligten die andere Niederschrift zumindest in beglaubigter Abschrift bei der Beurkundung vorliegt.

2. Liegt bei der Beurkundung eines Kaufvertrages nur eine beglaubigte Abschrift der Teilungserklärung im Auszug, nämlich ohne Aufteilungspläne vor, so stellt sich zum einen im Hinblick auf **§ 13 a Abs. 1 S. 3 BeurkG** die Frage, ob auch ohne Vorliegen einer vollständigen beglaubigten Abschrift auf die Teilungserklärung verwiesen werden kann. Zum anderen stellt sich die Frage, ob eine Teilverweisung möglich ist und ob eine Teilverweisung zur Bezeichnung des Kaufgegenstandes ausreichen würde.

a) Nach § 13 a Abs. 1 S. 3 BeurkG soll der Notar nur beurkunden, wenn den Beteiligten die „andere Niederschrift“, hier also die Teilungserklärung nebst den dazugehörigen Aufteilungsplänen, zumindest in beglaubigter Abschrift bei der Beurkundung vorliegt. Das gleiche „Gebot“ dürfte für den Notar auch dann gelten, wenn die „andere Niederschrift“ nur teilweise, sprich die Teilungserklärung ohne die dazugehörigen Aufteilungspläne vorliegt.

**Im Anwendungsbereich des § 13 a Abs. 1 S. 3 BeurkG ist umstritten, ob die Beteiligten auf das Vorliegen der Bezugsurkunde verzichten und auf die Beurkundung bestehen können** (vgl. hierzu Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, Teil B BeurkG, 12. Aufl. 1986, § 13 a Rz. 35). Eine an § 21 Abs. 1 S. 2 BeurkG angelehnte Ausnahmeregelung (Beurkundung ohne Grundbucheinsicht auf Verlangen der Beteiligten), wonach der Notar auch dann beurkunden kann, wenn die in Bezug genommene Niederschrift nicht vorliegt, sofern die Parteien darauf bestehen, wurde nicht in das Gesetz aufgenommen; eine solche

Ausnahme wäre, wie es in der Gesetzesbegründung heißt, mit dem Schutzcharakter des § 13 a BeurkG nicht vereinbar. Dar- aus wird von der wohl **herrschenden Meinung gefolgert, daß auf das Vorliegen der Bezugsurkunde nicht verzichtet werden kann** (so Keidel/Kuntze/Winkler, a.a.O., § 13 a Rz. 35, 36; Mecke/Lerch, Beurkundungsgesetz, 2. Aufl. 1991, § 13 a Rz. 13; Huhn/v. Schuckmann, Beurkundungsgesetz, 3. Aufl. 1995, § 13 a Rz. 19; a. A. Lichtenberger, Das Gesetz zur Änderung und Ergänzung beurkundungsrechtlicher Vorschriften, NJW 1980, 864/868). Einigkeit besteht allerdings insoweit, als der Notar - da es sich bei § 13 a Abs. 1 S. 3 BeurkG um eine Soll-Vorschrift handelt - in Eilfällen auch ohne Vorlage der in Bezug genommenen Niederschrift eine wirksame Beurkundung vornehmen kann (Keidel/Kuntze/Winkler, a.a.O., § 13 a Rz. 37; Huhn/v. Schuckmann, a.a.O., § 13 a Rz. 19). Ist der Inhalt der anderen Niederschrift den Beteiligten bekannt und besteht auch kein konkreter Anlaß, am Vorhandensein und der Rechtswirksamkeit dieser Niederschrift zu zweifeln, so dürfe der Notar beurkunden, wenn den Beteiligten aus der Ablehnung einer sofortigen Beurkundung rechtliche oder wirtschaftliche Nachteile erwachsen (Brambring, Das Gesetz zur Änderung und Ergänzung beurkundungsrechtlicher Vorschriften in der notariellen Praxis, DNotZ 1980, 281/300). Diese Voraussetzungen dürften im Fall des Verkaufs einer Eigentumswohnung in der Regel wohl nicht vorliegen.

b) Ist danach eine Verweisung auf die Teilungserklärung nebst Aufteilungsplänen nicht möglich, wenn nur die Teilungserklärung ohne die dazugehörigen Aufteilungspläne in beglaubigter Abschrift vorliegt, so stellt sich die Frage nach einer **Teilverweisung auf die Teilungserklärung ohne Aufteilungspläne.** Eine solche Teilverweisung ist zwar grundsätzlich möglich, da **Gegenstand der erleichterten Bezugnahme auch Teile einer anderen notariellen Urkunde sein können** (Keidel/Kuntze/Winkler, a.a.O., § 13 a BeurkG Rz. 22). Problem einer Teilverweisung nur auf die Teilungserklärung ohne die dazugehörigen Aufteilungspläne ist allerdings, daß **durch diese Verweisung der Kaufgegenstand nicht hinreichend bestimmt wird.** Denn aus dem reinen Textteil der Teilungserklärung ergibt sich der Vertragsgegenstand nicht in seiner tatsächlichen Lage und Dimension.

3. **Um den Anforderungen der hinreichend genauen Bezeichnung des Kaufgegenstandes gerecht zu werden, können jedoch Kopien der gesamten Aufteilungspläne als Anlage zur Kaufvertragsurkunde genommen werden.** Durch diese Pläne wird der Kaufgegenstand in tatsächlicher Hinsicht ausreichend bestimmt, im Hinblick auf die rechtliche Ausgestaltung genügt u. E. die Teilverweisung auf die Teilungserklärung nebst Gemeinschaftsordnung und Baubeschreibung. Entscheidend ist, daß aus dem Zusammenspiel von Verweisung auf den Textteil der Teilungserklärung sowie der Bezugnahme auf die Aufteilungspläne in der Kaufvertragsurkunde der Kaufgegenstand hinreichend bestimmt wird. **Um den Käufer hinreichend gegen Austausch oder Veränderung der Pläne zu sichern, sollte der Bauträger in der Kaufvertragsurkunde versichern, daß die als Anlage zur Kaufvertragsurkunde genommenen Aufteilungspläne mit den der Teilungserklärung beigelegten Plänen übereinstimmen.**

## **BeurkG § 9 Abs. 1 S. 2, § 12 S. 1 Vollmachten als Anlagen im Sinne von § 9 bzw. § 13 a BeurkG**

### **I. Sachverhalt**

Aufgrund einer in einem Grundstückskaufvertrag enthaltenen Finanzierungsvollmacht zugunsten des Käufers bestellt dieser - unter Ausnutzung der Vollmacht - eine Grundschuld. Im Rahmen der Grundschuldbestellungsurkunde wird auf die Vollmachtsurkunde gemäß § 12 S. 1 BeurkG Bezug genommen.

Das Grundbuchamt ist der Auffassung, daß nach dem BeurkG die Vollmachtsurkunde der Grundschuldbestellungsurkunde hätte beigelegt und mitverlesen werden müssen, es sei denn, die Parteien hätten hierauf verzichtet; ein solcher Verzicht sei in der Urkunde zu vermerken. Dieser unnütze Zeit- und Papieraufwand lasse sich allerdings durch Beifügung eines weiteren Zusatzes vermeiden: „Auf Vorlesen und Beifügen wurde verzichtet. Die Vollmacht lag in Urschrift/Ausfertigung vor. Eine Ausfertigung befindet sich bereits bei den Grundakten.“

### **II. Frage**

Ist die Ansicht des Grundbuchbeamten, daß es sich bei einer Vollmacht um eine Anlage im Sinne von § 9 Abs. 1 Satz 2 bzw. § 13 a Abs. 1 BeurkG handelt, richtig?

### **III. Rechtslage**

1. Der Notar ist verpflichtet, Vollmachten daraufhin zu überprüfen, ob Vertretung überhaupt zulässig ist, ob die Vollmacht ihrem Umfang nach das vorzunehmende Rechtsgeschäft deckt, ob sie bei Vornahme eines Inlichgeschäftes eine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB enthält, kurz: ob sie zu dem zu beurkundenden Geschäft nach Form und Inhalt ausreicht. Dementsprechend hat sich der Notar Vollmachten vorlegen zu lassen, und zwar in Urschrift oder in Ausfertigung, da er nur so ihren Fortbestand prüfen kann (vgl. hierzu Keidel/Kuntze/Winkler, Freiwillige Gerichtsbarkeit, Teil B BeurkG, 12. Aufl. 1986, § 12 Rz. 7).

**Nach § 12 S. 1 BeurkG sind vorgelegte Vollmachten der Niederschrift in Urschrift oder, wenn die Beteiligten sie noch anderweitig benötigen, in beglaubigter Abschrift beizufügen.** Eine Verbindung mit der Niederschrift ist zwar nicht durch § 44 BeurkG, wohl aber durch § 19 Abs. 5 DOnot vorgeschrieben. Behält der Notar eine beglaubigte Abschrift zurück, so stellt er zweckmäßig in der Niederschrift etwa fest: „Die Vollmacht lag in Urschrift vor und ist in beglaubigter Abschrift beigelegt.“ Die Feststellung, daß der Beteiligte im Besitz der Urschrift oder Ausfertigung der Urkunde war, genießt öffentlichen Glauben; es genügt dann die Vorlage einer beglaubigten Abschrift in Verbindung mit dieser Bestätigung zum Nachweis der Vertretungsbefugnis gegenüber dem Grundbuchamt (Keidel/Kuntze/Winkler, a.a.O., § 12 Rz. 8).

2. Unbeschadet der Vorschrift des § 12 S. 1 BeurkG stellt sich die Frage, ob es sich bei der beizufügenden Ausfertigung bzw. beglaubigten Abschrift der Vollmachtsurkunde um eine Anlage im Sinne von § 9 Abs. 1 S. 2 BeurkG handelt, die nach § 13 Abs. 1 S. 1 BeurkG vorzulesen ist bzw. auf deren Vorlesen die Beteiligten nach § 13 a Abs. 1 S. 1 BeurkG verzichten können.

**Nach, soweit ersichtlich, ganz h. M. in Rechtsprechung und Literatur handelt es sich bei der gem. § 12 S. 1 BeurkG**

**beizufügenden Vollmacht nicht um eine Anlage im Sinne von § 9 Abs. 1 S. 2 BeurkG** (so BayObLGZ 1980, 180 ff., 182 = DNotZ 1981, 320 ff., 321; Keidel/Kuntze/Winkler, a.a.O., § 12 Rz. 8, § 9 Rz. 22; Mecke/Lerch, BeurkG, 2. Aufl. 1991, § 9 Rz. 10; Huhn/von Schuckmann, BeurkG, 3. Aufl. 1995, § 9 Rz. 35; Jansen, FGG, 2. Aufl. 1971, § 9 Rz. 14). Nach § 9 Abs. 1 Satz 2 BeurkG bilden den Inhalt einer Anlage „Erklärungen in einem Schriftstück“. **§ 9 BeurkG bezieht sich danach nur auf Schriftstücke, die den rechtsgeschäftlichen Inhalt der Beurkundung zum Gegenstand haben**, sei es, daß die Schrift das zu beurkundende Rechtsgeschäft selbst enthält, sei es, daß sie seinen Inhalt ergänzt (Keidel/Kuntze/Winkler, a.a.O., § 9 Rz. 21 m. w. Nachw.). **Für Schriftstücke, die zwar Erklärungen enthalten, auf die die Beteiligten in der zu beurkundenden Erklärung allerdings nur zur Erläuterung hinweisen, ohne sie selbst vor dem Notar abzugeben, gilt § 9 BeurkG dagegen nicht.** Anlagen der Niederschrift, die nur die Vollmacht des in Vertretung handelnden Beteiligten enthalten oder die Befugnis zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts erweisen (Erbscheine, Legitimationsurkunden, Registerzeugnisse), enthalten keine Erklärungen der Beteiligten und gehören daher nicht hierher. Durch das Beifügen solcher Urkunden oder Abschriften zur Niederschrift erlangen diese nicht die Qualität von Bestandteilen der Niederschrift (BayObLG, a.a.O.). Es handelt sich vielmehr nur um **Anfügungen zur Niederschrift**. Der Notar bezeugt in solchem Falle lediglich, daß ihm das angefügte Schriftstück vorgelegt worden ist. Solche angefügten Schriftstücke müssen nicht verlesen werden. Sie sind nicht Teil der beurkundeten Willenserklärung (so Huhn/von Schuckmann, a.a.O., § 9 Rz. 35).

3. Daraus ergibt sich, daß die einer Grundschuldbestellungsurkunde beigelegte Finanzierungsvollmacht nicht vorgelesen werden muß und somit auf deren Vorlesen auch nicht verzichtet werden kann.

## **Rechtsprechung**

### **BGB §§ 313, 705**

#### **Beurkundungsbedürftigkeit eines Gesellschaftsvertrages**

**Ein Gesellschaftsvertrag, der den Zweck einer Grundstücksgesellschaft mit „Verwaltung und Verwertung“ beschreibt, einen Verkauf der Gesellschaftsgrundstücke aber nicht bindend festlegt, bedarf nicht der notariellen Beurkundung.**

BGH, Urt. v. 13.02.1996 - XI ZR 239/94

Kz.: L I 1 - § 313 BGB

#### **Problem**

In der Praxis stellt sich regelmäßig das Problem, ob, wenn eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Käufer eines Grundstücks auftritt, auch der Gesellschaftsvertrag von § 313 BGB erfaßt wird. Insoweit besteht Einigkeit, daß der Gesellschaftsvertrag dann beurkundungsbedürftig ist, wenn sich ein Gesellschafter zum Erwerb eines Grundstücks oder zur Einbringung eines Grundstücks in die Gesellschaft oder die Gesellschaft zum

Erwerb eines bestimmten Grundstücks (von einem Gesellschafter oder von einem Dritten) verpflichtet. Die bloße Verpflichtung zur Gebrauchsüberlassung an die Gesellschaft oder auch die Einbringung eines Grundstücks ohne Eigentumsübergang auf die Gesellschaft ist dagegen nicht beurkundungspflichtig. Ebenso ist ein Gesellschaftsvertrag, der allgemein auf den Erwerb und die Weiterveräußerung von unbestimmten Grundstücken gerichtet ist, nicht formbedürftig. **Eine Formbedürftigkeit gem. § 313 BGB besteht nur dann, wenn der Gesellschaftsvertrag konkrete Erwerbs- und Veräußerungspflichten begründet** (vgl. hierzu u. a. MünchKommKanzleiter, BGB, 3. Aufl. 1994, § 313 Rz. 39; Soergel/Wolf, BGB, 12. Aufl. 1989, § 313 Rz. 49). Im vorliegenden Fall sollte ausschließlicher Zweck der Gesellschaft die einheitliche Wahrnehmung und Ausübung der Verwaltung und Verwertung der Objekte sowie die Durchführung sämtlicher mit diesem Zweck im Zusammenhang stehender Rechtshandlungen sein. Der Beklagte war dem so ausgestalteten Immobilienfonds durch notariell beglaubigte Beitrittserklärung beigetreten. Inhalt dieser Beitrittserklärung war u. a. eine umfassende Vollmacht für die Geschäftsführerin der GbR. Gegenstand des Verfahrens war u. a. die Frage der Formbedürftigkeit der im Zuge der Beitrittserklärung erteilten Vollmacht.

### Lösung

Der BGH geht davon aus, daß der Gesellschaftervertrag sowie die Beitrittserklärung mit Vollmachtserteilung eine rechtliche Einheit darstellen (hierzu BGHZ 101, 393 ff., 396; BGH WM 1990, 764 ff., 765), mithin die Vollmacht gem. § 313 S. 1 BGB notariell hätte beurkundet werden müssen, wenn sich aus dem Gesellschaftsvertrag die Pflicht des Beklagten ergeben hätte, ein Grundstück zu veräußern oder zu erwerben. Das sei jedoch nicht der Fall. Zum einen ergebe sich aus dem Gesellschaftsvertrag **keine Erwerbsverpflichtung**, da der Erwerb des Grundstücks durch Abgabe eines notariellen Kaufangebotes noch vor Abgabe der Beitrittserklärung bereits in die Wege geleitet war, so daß es weiterer Verpflichtungserklärungen später beitretender Gesellschafter nicht bedurfte. Eine dingliche Rechtsänderung des Gesellschaftseigentums war somit nicht Gegenstand des Beitritts. Die Mitberechtigung der Gesellschafter am Gesellschaftsgrundstück als bloße gesetzliche Folge des Gesellschaftsvertrages begründe noch keine Formbedürftigkeit des Gesellschaftsvertrages oder der späteren Beitrittsverpflichtung (BGHZ 86, 367 ff., 369 f.). Aber auch wenn das notarielle Kaufangebot noch nicht abgegeben gewesen wäre, hätte nach Auffassung des BGH der Gesellschaftsvertrag nicht der notariellen Beurkundung bedurft, da in dem zu beurteilenden Gesellschaftsvertrag sich die Gesellschafter weder unmittelbar noch auch nur mittelbar zum Erwerb eines bestimmten Grundstücks verpflichtet hatten (BGH NJW 1992, 237, 3228). Aus dem Gesellschaftsvertrag ergab sich auch nicht eine **Verpflichtung der Gesellschaft oder einzelner Gesellschafter zur Veräußerung bestimmter Grundstücke**, so daß der Vertrag auch deshalb nicht der notariellen Beurkundung bedurfte. **Allein die allgemeine, wenig konkrete Umschreibung des Gesellschaftszweckes, der eine „Verwaltung und Verwertung der Objekte“ vorsieht, ist nicht klar bestimmt, da die Art und Weise der in Aussicht genommenen „Verwertung“ - etwa durch Verkauf der Grundstücke an Dritte oder durch Bildung von Wohnungseigentum und dessen Übertragung auf Gesellschafter oder nur durch gewinnbringenden**

**de Vermietung - völlig offen sei.** Ein etwaiger Verkauf der Grundstücke sei nicht fest vereinbart, sondern solle nach dem Inhalt des Gesellschaftsvertrages davon abhängig sein, daß dies mit 75 % der Gesellschafterstimmen beschlossen wird. Den Gesellschaftern verbleibe damit ein erheblicher Entscheidungsspielraum, zumal sie - ebenfalls mit entsprechender Stimmenmehrheit - auch den Gesellschaftszweck ändern könnten. Sie bedurften deshalb nach Auffassung des BGH nicht des Schutzes vor übereilter Veräußerung von Grundstücken durch notarielle Beurkundung des Vertrages.

### BGB §§ 468, 459

#### Zusicherung einer bestimmten Grundstücksgröße

**Zur Frage der Zusicherung der Grundstücksgröße bei fehlendem Interesse des Käufers, ein Grundstück von bestimmter Größe zu erhalten.**

OLG Düsseldorf, Urt. v. 08.11.1995 - 9 U 68/95

Kz.: L I 1 - § 468 BGB

### Problem

In dem der vorliegenden Entscheidung zugrundeliegenden Fall stritten die Parteien über das Vorliegen einer Zusicherung hinsichtlich der Grundstücksfläche, wobei hier die Besonderheit bestand, daß auf Seiten des Käufers ein im Grundstücksgeschäft gewerblich tätiges Unternehmen stand. Bei der Angabe der Größe eines Grundstücks in einem Notarvertrag neigt die Rechtsprechung grundsätzlich dazu, eine Zusicherung anzunehmen (vgl. nur BGH WM 1984, 941 ff.; BGH WM 1978, 1291 ff.). Jedenfalls dann, wenn auf der Seite des Verkäufers ein im Grundstücksgeschäft gewerblich tätiges Unternehmen (Bauträger o. ä.) steht, auf der anderen Seite der private Erwerber eines Wohnhauses, werden Größenangaben im Kaufvertrag als zugesichert angesehen. Es handelt sich hier um eine Sonderentwicklung des Zusicherungsbegriffs, die dazu dient, Mißbräuchen entgegenzuwirken und den Käufer davor zu schützen, daß er durch die Vertragsgestaltung rechtlos gestellt wird (vgl. hierzu Soergel/Huber, 12. Aufl. 1991, § 468 Rn. 7). Bei der Ablehnung einer Zusicherung bliebe der Käufer, der den Angaben des Verkäufers vertraut, sonst angesichts der üblichen Freizeichnungsklausel schutzlos. **Selbst die Angabe eines Circa-Maßes schließt das Vorliegen einer Zusicherung nach Auffassung des BGH nicht aus. Gleiches gilt für die richtige Darstellung der verkauften Fläche in einem dem Kaufvertrag beigefügten Lageplan und die Angabe eines Gesamtpreises ohne Anpassungsvorbehalt** (BGH WM 1978, 1291 f.).

### Lösung

Entsprechend der Rechtsprechung des BGH (NJW 1986, 920 f.) liegt nach Auffassung des OLG Düsseldorf im Hinblick auf das fehlende Interesse des Käufers, ein Grundstück von bestimmter Größe zu erhalten, eine Zusicherung durch Angabe der Grundstücksgröße im Kaufvertrag nicht vor. **Gegen das Vorliegen einer Zusicherung sprach nach Auffassung des OLG Düsseldorf der Umstand, daß die Erwerberin exakt die Grundstücksfläche erhalten hat, wie sie im Lageplan als Anlage zum notariellen Kaufvertrag gekennzeichnet war.** Im Zeitpunkt des Abschlusses des notariellen Kaufvertrages

wußten somit die Erwerberin wie auch die Veräußerin, daß die tatsächliche Grundstücksgröße von der angegebenen Fläche abweichen mußte. **Auch der Umstand, daß die Erwerberin den Vermessungsauftrag übernommen hat, ist nach Auffassung des OLG Düsseldorf Indiz dafür, daß die Erwerberin nach dem Willen der Vertragsparteien das Vermessungsrisiko tragen sollte.**

### **BGB §§ 516, 528; BGHG § 90 Entgeltlichkeit einer Grundstücksübertragung**

**Eine „mit Rücksicht auf“ in der Vergangenheit erbrachte Pflegeleistungen versprochene Zuwendung kann nach den Umständen des Einzelfalles auch dann eine Schenkung ausschließende Gegenleistung sein, wenn durch sie Vermögenswerte dem Zugriff des Sozialhilfeträgers entzogen werden sollen.**

OLG Düsseldorf, Urt. v. 22.1.1995 - 9 U 71/95  
Kz.: L VIII/1 - § 90 BSHG

#### **Problem**

Das Urteil setzt sich mit der Frage auseinander, inwieweit bei Leistungen unter nahen Verwandten eine Vermutung für den Schenkungscharakter angenommen werden kann. In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall hatte die Mutter kurz vor ihrem Tod der einzigen Tochter, die auch Alleinerbin war, ein Erbbaurecht übertragen im Hinblick auf die bereits dem verstorbenen Vater erbrachten Pflegeleistungen sowie im Hinblick auf künftige Pflegeleistungen gegenüber der Mutter.

#### **Lösung**

Nach Auffassung des OLG Düsseldorf ist zwar der Zweck der Grundstückszuwendung, das Erbbaurecht dem Zugriff des Sozialhilfeträgers zu entziehen, nicht zu verkennen; allein dieser Beweggrund läßt jedoch nicht darauf schließen, daß die Zuwendung nicht gleichwohl Ausgleich und damit Gegenleistung für Pflegeleistungen war, zu deren Erbringung eine gesetzliche Verpflichtung nicht bestand. Vielmehr **seien derartige Übertragungsverträge unter Verwandten für die Frage der Ent- oder Unentgeltlichkeit der Zuwendung ungeachtet des Motivs unter Berücksichtigung aller Umstände, einschließlich ihrer Vorgeschichte und der Interessenlage der Beteiligten auszulegen** (BGH WM 1995, 1076/1077). Eine Vermutung für den Schenkungscharakter von Leistungen unter nahen Verwandten kenne das Gesetz ausschließlich in den engen Grenzen der §§ 685 Abs. 2, 1620 BGB (vgl. BGHZ 82, 274 ff., 281 f.). Werden Pflegeleistungen erbracht, die zeit- und kostenintensiv sind sowie für den Pflegenden darüber hinaus durch Einschränkung der beruflichen Tätigkeit und die Notwendigkeit, für den eigenen Haushalt Hilfskräfte entgeltlich zu beschäftigen, weitere finanzielle Verluste zur Folge haben, spreche keine gesetzliche oder tatsächliche Vermutung dafür, daß dies allein des Verwandtschaftsverhältnisses wegen unentgeltlich erfolge.

### **GrdstVG § 9 Abs. 5 Begriff des landwirtschaftlichen Betriebes**

**Werden auf einem 5.562 qm großen Anwesen, bebaut mit Wohnhaus, Halle und Garagen, Pferde gehalten und die Wiesenfläche als Pferdekoppeln benutzt, ist dies kein landwirtschaftlicher Betrieb im Sinne von § 9 Abs. 5 GrdstVG.**

BGH, Beschl. v. 08.12.1995 - BLw 34/95  
Kz.: L VII 14 - § 9 GrdstVG

#### **Problem**

Nach § 2 GrdstVG bedürfen die rechtsgeschäftliche Veräußerung landwirtschaftlicher Grundstücke und der schuldrechtliche Vertrag hierüber grundsätzlich der Genehmigung. Kernstück des GrdstVG ist § 9, der eine abschließende Aufzählung der Versagungsgründe enthält. Nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrdstVG ist die Genehmigung zu versagen, wenn Tatsachen vorliegen, aus denen sich ergibt, daß eine Veräußerung eine ungesunde Verteilung des Grund und Bodens bedeutet. Eingeschränkt wird der Anwendungsbereich dieses Versagungsgrundes allerdings durch § 9 Abs. 5 GrdstVG, aus dem sich ergibt, daß in diesem Fall die Genehmigung nur versagt werden darf, falls es sich um die Veräußerung eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes handelt.

#### **Lösung**

In dem vorliegenden Urteil hat der BGH den Rechtsbegriff des landwirtschaftlichen Betriebes im Sinne des GrdstVG nicht umfassend geklärt, insbesondere auch nicht zu der Frage Stellung genommen, ob und gegebenenfalls wie er zu ähnlichen Begriffen, etwa dem Hof im Sinne der HöfeO (§ 1 HöfeO) oder dem Landgut (vgl. etwa § 2049 BGB), abzugrenzen ist. Nach Auffassung des BGH besteht jedoch im Kern Einigkeit darüber, daß ein landwirtschaftlicher Betrieb mehr darstellt als eine Ansammlung landwirtschaftlicher Grundstücke. **Betrieb sei danach die Zusammenfassung gewisser statischer Betriebsmerkmale als notwendige sachliche und gegenständliche Grundlage** (etwa Wohn- und Wirtschaftsgebäude, Ländereien, Zubehör) **zu einer Organisationseinheit, die auch betrieben (geführt), mindestens aber betriebsbereit sein muß, dynamisches Betriebsmerkmal**. Betriebsführung oder Betriebsbereitschaft müssen danach auf eine landwirtschaftliche Nutzung im Sinne von § 1 Abs. 2 GrdstVG zielen. In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall war die ursprüngliche landwirtschaftliche Nutzung zum Erwerbsobstbau seit mehr als zwei Jahren dauerhaft aufgegeben und statt dessen erfolgte Pferdehaltung und Nutzung der vorhandenen Wiesenflächen als Pferdekoppeln. Dies reicht nach Ansicht des BGH nicht aus, um eine Landwirtschaft im Sinne von § 1 Abs. 2 GrdstVG anzunehmen. Zwar liege eine mit Bodennutzung verbundene Tierhaltung vor, sie diene aber nicht dazu, pflanzliche oder tierische Erzeugnisse zu gewinnen. Ob auf den als Pferdekoppel genutzten Wiesenflächen überhaupt eine Bodenbewirtschaftung stattfinde, um etwa pflanzliche Erzeugnisse als Futter für den Eigenverbrauch zu gewinnen, hatte das Beschwerdegericht nicht näher festgestellt. Finde eine merkbare Bodenbewirtschaftung zur Gewinnung pflanzlicher Erzeugnisse nicht statt, weil der bei weitem überwiegende Futteranteil für die Pferde hinzugekauft werde, liege kein landwirtschaftlicher Betrieb vor. **Tierhaltung stellt danach nur dann Landwirtschaft dar, wenn sie ganz oder jedenfalls überwiegend aus den Erzeugnissen des Betriebes ermöglicht wird** (vgl. hierzu u. a. Pikalo/Bendel, GrdstVG, 1963, § 1 Anm. E II. 1. b).

## Hinweise für die Praxis

### Anspruch auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung einer Grundschuldbestellungsurkunde

In der Praxis stellt sich immer wieder die Frage, ob der Schuldner Anspruch auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung einer Urkunde hat, wenn er die der vollstreckbaren Ausfertigung zugrundeliegende Forderung erfüllt hat. Die Rechtslage zu dieser Frage stellt sich wie folgt dar:

#### 1. Eine ausdrückliche gesetzliche Norm, aus der sich ein Anspruch auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung einer Urkunde im Falle der Erfüllung der der vollstreckbaren Ausfertigung zugrundeliegenden Forderung durch den Schuldner ergibt, existiert nicht.

a) In § 757 Abs. 1 ZPO ist lediglich geregelt, daß der Gerichtsvollzieher nach Empfang der Leistungen dem Schuldner die vollstreckbare Ausfertigung nebst einer Quittung auszuliefern hat. § 757 ZPO regelt damit die Erfüllung durch den Schuldner im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens. Es ist anerkannt, daß sich die Anweisungen des § 757 ZPO nur an den Gerichtsvollzieher richten; der Anwendungsbereich des § 757 ZPO kann nicht erweitert werden (BGH NJW 1994, 3225 m.w.N.).

b) Aus § 371 BGB ergibt sich ein Anspruch des Schuldners auf Rückgabe des Schuldscheins, wenn ein solcher ausgestellt worden ist, bei Erfüllung des Anspruchs durch den Schuldner. **Die Klage auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung eines unter § 794 ZPO fallenden Titels in analoger Anwendung des § 371 BGB wird überwiegend zugelassen** (vgl. BGH NJW 1994, 3225; BGH NJW 1994, 1161, 1162; OLG Düsseldorf MDR 1953, 557; Staudinger/Olzen, BGB, 13. Aufl. 1995, § 371 Rz. 7; MünchKomm-Heinrichs, BGB, 3. Aufl. 1994, § 371 Rz. 8; MünchKomm-Wolfsteiner, ZPO, 1992, § 724 Rz. 43; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 21. Aufl. 1995, § 724 Rz. 6; Brehm, Vollstreckungsgegenklage nach Beendigung der Zwangsvollstreckung, ZIP 1983, 1420; Lüke, Zur Klage auf Herausgabe des Vollstreckungstitels, JZ 1956, 475).

#### 2. Umstritten ist jedoch das Verhältnis zwischen der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO und der Herausgabeklage analog § 371 BGB.

a) Das *OLG Düsseldorf* (MDR 1953, 557) und das *OLG Nürnberg* (NJW 1965, 1867 f.) bejahen den Anspruch auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung unabhängig von der Möglichkeit des Schuldners, Vollstreckungsgegenklage zu erheben. Die Vollstreckungsgegenklage führe nur zum Anspruch der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung. Darin liege nicht immer eine genügende Sicherung des Schuldners gegen eine mißbräuchliche Weiterverwendung des Titels durch den Gläubiger. Abgesehen von der Gefahr weiterer Zwangsvollstreckungsmaßnahmen drohten dem Schuldner von dem in Besitz des Schuldtitels bleibenden Gläubiger dadurch Nachteile

le, daß dieser in der Lage sei, den Titel dritten Personen gegenüber in einer den Kredit des Schuldners gefährdenden oder ihm sonst Schaden bringenden Weise zu verwenden (OLG Düsseldorf, a.a.O.). Andererseits seien bei vollständiger Befriedigung des Vollstreckungsgläubigers keine schutzwürdigen Interessen zu erkennen, aus denen dieser ein Recht zum weiteren Besitz des Vollstreckungstitels abzuleiten in der Lage sein könne (OLG Nürnberg, 1867, 1868).

b) In der Literatur wird überwiegend die Erhebung der Herausgabeklage analog § 371 BGB nicht unabhängig von der Möglichkeit des Schuldners zugelassen, Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO zu erheben. Zwar herrscht auch hier die Ansicht vor, der Schuldner könne nach vollständiger Tilgung vom Gläubiger entsprechend § 371 BGB die vollstreckbare Ausfertigung herausverlangen, wenn die Erfüllung unstreitig sei (Stein/Jonas/Münzberg, a.a.O.; Staudinger/Olzen, a.a.O.; MünchKomm-Heinrichs, a.a.O.). Zum Teil wird hier jedoch die **Einschränkung** gemacht, das Bedürfnis für eine selbständige Klage aufgrund dieser Analogie sei zweifelhaft, solange die Klage nach § 767 ZPO noch erhoben werden könne. Zumindest dürfe § 767 Abs. 2, 3 ZPO nicht umgangen werden, d. h. der Ausschluß von Einwendungen sei auch im Herausgabeprozess zu beachten (Stein/Jonas/Münzberg, a.a.O.). Zum Teil wird sogar vorgebracht, ein unmittelbarer Herausgabeanspruch bestehe dann nicht, wenn der Schuldner selbst, d. h. außerhalb des Vollstreckungsverfahrens, an den Gläubiger geleistet habe, weil dann selbst bei Quittung zu öffentlicher Urkunde gem. § 775 Nr. 4 ZPO die Vollstreckung nicht endgültig eingestellt werde. In diesem Fall könne aber die Vollstreckungsgegenklage mit der Klage auf Herausgabe des Titels verbunden werden (MünchKomm-Wolfsteiner, a.a.O.). *Liike* (a.a.O., 477) geht - noch weitergehend - davon aus, daß der Schuldner erst dann analog § 371 BGB die Herausgabe des Titels vom Gläubiger verlangen könne, wenn durch das auf die Klage aus § 767 ZPO ergangene Gestaltungsurteil die Zwangsvollstreckung unzulässig geworden sei und etwaige Vollstreckungsmaßnahmen aufgehoben worden seien; allerdings dürfe der Schuldner den prozeßrechtlichen Anspruch aus § 767 ZPO mit dem Herausgabeanspruch aus entsprechender Anwendung des § 371 BGB in einer Klage verbinden. Zum Teil wird vorgebracht, daß zumindest dann, wenn die Erfüllung nicht unstreitig ist, Voraussetzung für das Bestehen des Anspruchs auf Herausgabe analog § 371 BGB ist, daß die Unzulässigkeit der Voll-

streckung gem. § 767 BGB rechtskräftig feststeht oder die Vollstreckungsgegenklage mit der Herausgabeklage verbunden wird (Staudinger/Olzen, a.a.O.; MünchKomm-Heinrichs, a.a.O.).

c) Der *BGH* hat in zwei neueren Entscheidungen (NJW 1994, 3225; NJW 1994, 1161) zum Anspruch auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung analog § 371 BGB Stellung genommen. In der Entscheidung vom 21.01.1994 (NJW 1994, 1161, 1162) hat er offengelassen, ob der Ansicht, der Schuldner könne die Herausgabe eines Titels nur dann beanspruchen, wenn er zugleich Vollstreckungsgegenklage erhebe, zu folgen ist, und die Ansicht vertreten, daß **jedenfalls dann keine Notwendigkeit bestehe, die Zulässigkeit der Herausgabeklage von der gleichzeitigen Erhebung einer Vollstreckungsabwehrklage abhängig sein zu lassen, wenn** - wie in dem von ihm zu entscheidenden Fall - **das Erlöschen der Titelschuld und die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung unstreitig seien**. In der Entscheidung vom 22.09.1994 (NJW 1994, 3225) hat der *BGH* der h. M. beigepflichtet, nach

der die Klage auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung eines unter § 794 ZPO fallenden Titels in analoger Anwendung des § 371 BGB zugelassen wird, und entschieden, **das Verlangen auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung sei jedenfalls statthaft, wenn** - wie in dem hier von ihm zu entscheidenden Sachverhalt - **auf eine Vollstreckungsgegenklage hin ein die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärendes Gestaltungsurteil ergangen sei, eine Umgehung der Bestimmungen für die Vollstreckungsgegenklage somit nicht mehr zu befürchten sei**.

3. Im Ergebnis läßt sich u. E. daher wohl eine h. M. feststellen, nach der Voraussetzung einer selbständigen Klage auf Herausgabe einer vollstreckbaren Ausfertigung analog § 371 BGB ist, daß entweder die Erfüllung unstreitig ist oder die Unzulässigkeit der Vollstreckung gem. § 767 ZPO rechtskräftig feststeht bzw. die Vollstreckungsgegenklage mit der Herausgabeklage verbunden wird.

#### **Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

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

#### **Hinweis:**

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

#### **Verantwortlicher Schriftleiter:**

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

#### **Bezugsbedingungen:**

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

#### **Bezugspreis:**

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

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

#### **Verlag:**

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

#### **Druck:**

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