

**BUNDESGERICHTSHOF**  
**IM NAMEN DES VOLKES**

V ZR 272/96

**URTEIL**

Verkündet am:  
23. Januar 1998  
K a n i k  
Justizamtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ:                   nein  
BGHR:                   ja  
-----

BGB §§ 183, 925

Die Einwilligung des Eigentümers in die Auflassung des Grundstücks durch einen Dritten bedarf nicht der Form des § 925 BGB, wenn ihre freie Widerruflichkeit (§ 183 BGB) keiner Einschränkung unterliegt.

BGH, Urt. v. 23. Januar 1998 - V ZR 272/96 - Brandenburgisches OLG  
LG Frankfurt (Oder)

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. Januar 1998 durch den Vizepräsidenten Prof. Dr. Hagen und die Richter Dr. Lambert-Lang, Tropf, Prof. Dr. Krüger und Dr. Klein

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 18. Juli 1996 aufgehoben. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt/Oder vom 7. Juni 1995 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß dessen Formel wie folgt gefaßt wird:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Kläger und H. G. sowie G. G. 1.562.750 DM zuzüglich 4 v.H. Zinsen hieraus seit 16. September 1993 zu zahlen, Zug um Zug gegen Übereignung des im Grundbuch von F. /O. Blatt eingetragenen Grundstücks Flur 120 Flurstücke 81/1, 81/2, 81/3 und 81/4.

Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Von Rechts wegen

- 3 -

### Tatbestand

Der Kläger war seit 1964 als Eigentümer mehrerer im Grundbuch von F. /O. verzeichneter Bodenreformgrundstücke eingetragen. Die Eintragung ging auf einen Besitzwechsel aus der Hand des früheren Inhabers der Bodenreformstelle zurück. Die Ehe des Klägers bestand bereits zum Zeitpunkt des Besitzwechsels.

Mit notariellem Vertrag vom 11. Juli 1991 übertrug der Kläger Eigentumsbruchteile von je 1/4 an den Grundstücken auf seine Tochter, die Klägerin, sowie auf seine beiden Söhne. Am 25. Mai 1992 wurden die Kläger und die Söhne als Miteigentümer zu je 1/4 in das Grundbuch eingetragen.

Bereits am 30. November 1991 hatten die Kläger sowie die beiden Söhne einen notariellen Kaufvertrag über die Grundstücke mit der Beklagten abgeschlossen. Über die Bezahlung des Kaufpreises von 3.125.500 DM enthielt der Vertrag folgende Bestimmung:

### "§ 3

Der Käufer zahlt den gesamten Kaufpreis innerhalb einer Woche nach Mitteilung des beurkundenden Notars, daß diesem alle zur vertragsgemäßen Eigentumsumschreibung erforderlichen Unterlagen – mit Ausnahme der steuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung – vorliegen, zu treuen Händen des beurkundenden Notars mit der Maßgabe, den Betrag an den Verkäufer auszusahlen, wenn die beantragte Auflassungsvormerkung rangrichtig eingetragen ist und die vertragsgemäße Umschreibung des Eigentums auf den Käufer



fer beim Grundbuchamt beantragt ist - jedoch nicht vor dem 31.3.1992."

Die Auflassungsvormerkung wurde am 25. Mai 1992 unter der damaligen Firma der Beklagten eingetragen. Am gleichen Tage machte der Notar der Beklagten die in § 3 des Vertrags vorgesehene Mitteilung und forderte sie zur Zahlung des Kaufpreises auf sein Anderkonto binnen einer Woche auf.

Am 18. April 1994 schlossen die Söhne mit der Beklagten einen notariellen Kaufvertrag über ihre Miteigentumsbruchteile zum Preis von je 781.375 DM, der im wesentlichen durch Übertragung von Geschäftsanteilen der Beklagten aufgebracht werden sollte. Zugunsten der Beklagten wurde am 7. März 1995 eine Auflassungsvormerkung bezüglich der Miteigentumsanteile der Söhne eingetragen.

Die Kläger haben beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an sie und die Söhne "aus dem Kaufvertrag vom 30. November 1991 ... den Restkaufpreis von 1.562.750 DM (nebst Zinsen) zu zahlen und zwar als Gesamtgläubiger Zug um Zug gegen Erklärung der Auflassung durch die Kläger zu je 1/4 an die Beklagte". Das Landgericht hat dem Antrag gemäß erkannt. Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen.

Hiergegen wendet sich die Revision der Kläger mit der sie die Anträge aus der Berufungsinstanz weiterverfolgen. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

#### Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der Zahlungsanspruch sei nicht fällig. Da § 3 des Kaufvertrags vom 30. November 1991 die Auszahlung von dem Antrag auf vertragsgemäße Umschreibung des Eigentums abhängig mache, sei die "Umschreibungsreife" Fälligkeitsvoraussetzung. Hieran fehle es, solange die Mitwirkung der Ehefrau des Klägers, sei es durch Genehmigung der im Vertrag vom 11. Juli 1991 getroffenen Verfügungen, sei es durch Mitauflassung, ausstehe. Die Ehefrau sei nämlich Mitberechtigte an dem Bodenreformgrundstück gewesen. Ohne ihre Mitwirkung hätten die Klägerin und die Söhne keine Eigentumsbruchteile erwerben können. Ein Erwerb kraft öffentlichen Glaubens sei nicht in Frage gekommen, da der Vertrag vom 11. Juli 1991 die gesetzliche Erbfolge vorweggenommen habe. Jedenfalls könne der Kläger über die verbliebenen Bruchteile von 1/4 nicht ohne Mitwirkung der Ehefrau zugunsten der Beklagten verfügen. Die Ehefrau habe, obwohl sie bei den Beurkundungen vom 11. Juli und 30. November 1991 zugegen gewesen sei, die dort getroffenen Verfügungen nicht genehmigt. Sie sei nämlich davon ausgegangen, daß die Veräußerer über eigene Rechte verfügten.

II.

Die Revision hat Erfolg.

1. Der Senat tritt aufgrund eigener Auslegung (Senatsurt. v. 16. März 1973, V ZR 38/71, WM 1973, 574, 575) der Auffassung des Berufungsgerichts bei, daß die Kläger auch im zweiten

Rechtszug Zahlung des Kaufpreises an sich selbst und die beiden Söhne zur Tilgung der Restforderung aus dem Vertrag vom 30. November 1991 verlangen. Dies haben sie mit dem in der Schlußverhandlung vom 13. Juni 1996 verlesenen Antrag auf Zurückweisung der Berufung der Gegenseite zum Ausdruck gebracht. Zwar haben sie in diesem Termin auch einen, aus dem Tatbestand des Berufungsurteils nicht ersichtlichen, wohl aber im Sitzungsprotokoll mit der Wirkung des § 314 Satz 2 ZPO wiedergegebenen, Antrag gestellt, die Beklagten zur Zahlung "auf das Konto des Notars ... (Urkundsnotars) bei der B. B. Nr. 33 " zu verurteilen. Die Revision macht geltend, dieser Antrag sei im Berufungsrechtszug nicht berücksichtigt worden, hält aber, wie sich aus den Revisionsanträgen und der Revisionsbegründung im übrigen ergibt, an dem Antrag auf Zahlung zur Tilgung des Restkaufpreises fest. Im Ergebnis hiermit übereinstimmend ist der Senat mit der Revisionserwiderung der Auffassung, daß die Kläger mit dem zusätzlichen Antrag lediglich eine Zahlstelle benannt, nicht dagegen unter Einschränkung des bisherigen Begehrens nur noch Zahlung auf Notaranderkonto zur treuhänderischen Abwicklung nach § 3 des Kaufvertrags begehrt haben. Dies kommt in der Begründung des weiteren Antrags selbst zum Ausdruck, wonach die Fassung "den Urteilstenor vollstreckungsfähig gestalten" soll. Der Antrag lehnt sich an die Regelung des § 432 Abs. 1 Satz 2 BGB an, wonach jeder unter mehreren Gläubigern einer unteilbaren Leistung verlangen kann, daß der Schuldner die geschuldete Sache für alle (im Sinne des § 372 BGB) hinterlegt oder, wenn sie sich zur Hinterlegung nicht eignet, an einen gerichtlich bestellten Verwahrer abgeliefert. Dieser Sinn des Antrags wird durch die Aufrechterhaltung des Zug-um-Zug-Vorbehalts der Auflassung (zweier Bruchteile an den Grundstücken) bestätigt, von der die Einzahlung auf das Notarander-

konto zur treuhänderischen Abwicklung nicht abhängig ist. Ob sich aus der zusätzlich angebrachten Wendung, die "Auflassung folge der Kaufpreisbelegung" mit der Revision der Schluß ziehen läßt, die Kläger forderten auch - in zweiter Linie - die Einzahlung zur treuhänderischen Abwicklung, kann dahinstehen. Denn der Hauptantrag ist begründet.

2. Die Kläger sind befugt, abweichend von der ursprünglichen Treuhandvereinbarung, Zahlung zur Tilgung des Restkaufpreises zu fordern (§ 433 Abs. 2, § 362 Abs. 1 BGB). Hierüber haben sich die Parteien des Kaufvertrags stillschweigend geeinigt. Die Beklagte hat ihr mangelndes Interesse an der ursprünglich vorgesehenen, bei Schluß des Berufungsrechtszugs annähernd fünf Jahre zurückliegenden Abwicklungsregelung dadurch zum Ausdruck gebracht, daß sie im Vertrag mit den beiden Söhnen aus dem Jahre 1994 die Geldleistung durch eine teilweise Übertragung eigener Geschäftsanteile ersetzt hat. Dem Zahlungsverlangen der Kläger ist sie im Rechtsstreit auch nicht mit Hinweis auf die im Kauf vorgesehene notarielle Abwicklung, sondern mit anderen Gründen (s.unter 4. und 5.) entgegengetreten.

Die Abänderung des Kaufvertrags dahin, daß vom Zahlungsweg des § 3 abgesehen werden kann, bedurfte nicht der notariellen Beurkundung nach § 313 Satz 1 BGB. Zwar enthielt der Kaufvertrag vom 30. November 1991 keine Auflassung, welche unter dem Gesichtspunkt der vorangegangenen Erfüllung des beurkundungsbedürftigen Geschäftes dessen formlose Abänderung zugelassen hätte (BGH, Urt. v. 28. September 1984, V ZR 43/83, WM 1984, 1539), eine Ausnahme vom Formzwang war aber deshalb gegeben, weil die Abänderung nur der Behebung nachträglicher, so nicht vorhergesehener Schwierigkeiten bei der Vertragsabwicklung

diente (BGH, Urt. v. 6. Juni 1986, V ZR 264/84, WM 1986, 1191; vgl. auch Beschl. v. 9. November 1995, V ZR 36/95, WM 1996, 181).

3. Zahlung können die Kläger gemäß § 432 Abs. 1 Satz 1 BGB, wie sie es begehren, jeweils an alle Gläubiger des Kaufpreisrestanspruchs verlangen. Durch den Verkauf des gemeinsamen Grundstücks ist den Klägern und den beiden Söhnen eine gemeinschaftliche Kaufpreisforderung erwachsen, auf die die Vorschriften über die Gemeinschaft nach Bruchteilen (§ 741 ff BGB) anzuwenden sind. Die gemeinschaftliche Verwaltung des Rechts durch die Teilhaber (§ 744 Abs. 1 BGB) und die gemeinschaftliche Verfügungsbefugnis (vgl. § 747 BGB) verleihen der Kaufpreisforderung rechtlich den Charakter eines auf eine unteilbare Leistung im Sinne des § 432 BGB gerichteten Anspruchs (BGH, Urt. v. 13. Januar 1984, V ZR 55/83, NJW 1984, 1356, 1357).

4. Die Beklagte ist von der Pflicht, den Restkaufpreis zu entrichten, nicht, worüber die Parteien zunächst gestritten haben, deshalb frei geworden, weil den Verkäufern infolge einer Bruchteilsveräußerung durch die Söhne die Erfüllung des Vertrags vom 30. November 1991 unmöglich geworden wäre. Zwar kann die Unmöglichkeit nicht mit dem an sich zutreffenden Hinweis des Berufungsgerichts ausgeräumt werden, mit der Vereinigung aller Bruchteile in der Hand der Beklagten erwerbe diese das nach dem Kaufvertrag vom 30. November 1991 geschuldete Alleineigentum (vgl. MünchKomm-BGB/Schmidt, 3. Aufl., § 1008 Rdn. 14). Wenn die Beklagte infolge des Anteilsverkaufs durch die Söhne, der die dazu erforderlichen Auflassungserklärungen enthält, bereits Miteigentum zu halben Bruchteilen erworben hätte, wäre der Gemeinschaft die von ihr nach dem Vertrag vom

30. November 1991 geschuldete Leistung, die Übertragung des Alleineigentums, unmöglich geworden. Die Auflassung der den Klägern verbliebenen Bruchteile würde nicht zur Ergänzung einer bereits teilweise, nämlich durch die Bruchteilsübertragungen der Söhne, bewirkten Leistung führen. Die Söhne haben ihre Anteile nicht in Erfüllung des Kaufvertrags vom 30. November 1991, sondern zur Tilgung der von ihnen allein am 18. April 1994 übernommenen Pflicht zur Bestandteilsübertragung aufgelassen. Indessen sind die Auflassungserklärungen vom 18. April 1994 im Grundbuch noch nicht vollzogen (§§ 873, 925 BGB), so daß das Unvermögen der Gemeinschaft, die nach dem Vertrag vom 30. November 1991 geschuldete Leistung zu erbringen, noch nicht eingetreten ist.

Die Beklagte ist allerdings in der Lage, dieses Unvermögen herbeizuführen, indem sie die Mitwirkung an der noch ausstehenden Auflassung der Grundstücke verweigert und den Vollzug des Anteilsverkaufs betreibt. Ob dies unter den hier gegebenen Umständen einer bereits bestehenden Leistungsunmöglichkeit der Gemeinschaft gleichgesetzt werden könnte, braucht jedoch nicht entschieden zu werden. Die Beklagte hätte bei einem solchen Vorgehen das Leistungsunvermögen der Gemeinschaft zu vertreten, deren Anspruch auf den Kaufpreis bliebe nach § 324 Abs. 1 Satz 1 BGB uneingeschränkt bestehen. Daran würde der Umstand nichts ändern, daß die Bruchteilsveräußerer selbst Mitglieder der Gemeinschaft sind, denn bei dem Vertrag vom 18. April 1994 haben sie nicht in Erfüllung einer von dieser eingegangenen Pflicht gehandelt (vgl. § 278 BGB). Eine Ersparnis der Gemeinschaft, die sie sich nach § 324 Abs. 1 Satz 2 BGB anrechnen lassen müßte, liegt nicht vor, denn die von der Beklagten auf-

grund des Vertrags mit den Söhnen bewirkten Leistungen sind diesen, nicht der Gemeinschaft, zugekommen.

5. a) Die das Berufungsurteil tragende Überlegung, die Klageforderung sei nicht fällig, da es an der "Umschreibungsreife" fehle, geht an dem Inhalt des Klagebegehrens, den das Berufungsgericht seiner Entscheidung mit Recht (oben zu 1) zugrunde legt, vorbei. Sie könnte eine Rolle spielen, wenn die Kläger Freigabe hinterlegter Gelder nach Maßgabe des § 3 des Kaufvertrags verlangten. Dies ist indessen, wie dargelegt, nicht der Fall. Mit dem Vorbehalt, daß die Restzahlung nur Zug um Zug gegen Auflassung erfolgen solle, tragen die Kläger dem Austauschverhältnis von Leistung und Gegenleistung Rechnung und nehmen die mögliche Einrede der Beklagten aus § 320 BGB vorweg. Der Vorbehalt hat allerdings, entgegen der Auffassung der Kläger, das Eigentum am Grundstück schlechthin, nicht nur an Eigentumsbruchteilen, zum Gegenstand (vgl. oben zu 4). Würde die Zustimmung der Ehefrau des Klägers zu den dazu erforderlichen Verfügungen, wovon das Berufungsurteil ausgeht, noch ausstehen, wäre dies kein Hindernis für das Zuerkennen des Zahlungsanspruchs unter Vorbehalt. Dieser fände in der Zwangsvollstreckung seine Berücksichtigung (§§ 726 Abs. 2, 756, 765 ZPO).

b) Im übrigen trifft die Auffassung des Berufungsgerichts nicht zu, die Ehefrau, die, wovon das Berufungsurteil zutreffend ausgeht, bei Abschluß des Vertrags vom 11. Juli 1991 Mitberechtigte an den Grundstücken war (§§ 13, 15 FGB-DDR; Art. 234 § 4 EGBGB), habe den dort erklärten Auflassungen nicht zugestimmt. Allerdings konnte das Berufungsgericht davon ausgehen, daß die bloße Anwesenheit der Mitberechtigten bei der notariellen Beurkundung nicht zureichte, denn die Zustimmung zur

Verfügung eines Nichtberechtigten (§ 185 BGB) setzt voraus, daß der Berechtigte von der Zustimmungsbedürftigkeit des Geschäfts wußte oder mit ihr rechnete. Das Berufungsurteil trägt indessen dem Umstand nicht Rechnung, daß die Ehefrau während des Rechtsstreits, nämlich am 4. Dezember 1995, schriftlich bestätigt hat, daß sie "sowohl bei der Beurkundung der Verträge von der Notarin F. vom 11. Juli 1991 als auch beim Notar N. am 30. November 1991 persönlich anwesend war und die Verträge gebilligt" hat. Diese Erklärung wurde, nachdem die Beklagte auf die fehlende Alleinverfügungsbefugnis des Klägers hingewiesen hatte, von den Klägern vorgelegt. Die Beklagte hat sich dazu, was die Kläger unstreitig stellen, dahin eingelassen, der Ehefrau sei dargestellt worden, "ihre Bestätigung (Genehmigung) sei für den Ausgang des Rechtsstreits von grundlegender Bedeutung, andernfalls liefen die Klägerin und der Kläger Gefahr, im Rechtsstreit zu unterliegen und hohen Prozeßkosten ausgesetzt zu sein, wofür letztlich die Ehefrau verantwortlich wäre". Jedenfalls bei der Bestätigung vom 4. Dezember 1995 war das für die Genehmigung erforderliche Vorstellungsbild der Berechtigten vorhanden. Allerdings blieb die Ehefrau weiterhin Mitberechtigte des Klägers an dem diesem verbliebenen Eigentumsbruchteil. Zwischenzeitlich war insoweit eine Bruchteilsgemeinschaft entstanden (Art. 233 § 11 Abs. 5 EGBGB, eingefügt durch das Zweite Vermögensrechtsänderungsgesetz vom 14. Juli 1992, BGBI I 1257; vgl. auch Art. 234 § 4 a EGBGB, eingefügt durch das Registerverfahrenbeschleunigungsgesetz vom 20. November 1993, BGBI I 2182). Zum Vollzug des Kaufvertrags vom 30. November 1991, der noch aussteht, bedarf es mithin ebenfalls der Zustimmung der Ehefrau, die in der Erklärung vom 4. Dezember 1995 vorweg erteilt ist (Einwilligung).

Die Zustimmungen bedürfen nicht der für die Auflassung vorgesehenen Form des § 925 BGB. Soweit sie die Genehmigung (§ 184 Abs. 1 BGB) der in dem Vertrag vom 11. Juli 1991 erklärten Auflassungen zum Gegenstand haben, besteht kein Anlaß, von der Regel des § 182 Abs. 2 BGB, nach der die Zustimmung nicht der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form bedarf, eine Ausnahme zu machen (vgl. BGH, Urt. v. 25. Februar 1994, V ZR 63/93, BGHZ 125, 218 für die Genehmigung des Vertretenen nach § 177 Abs. 1 BGB). Die Einwilligung zu der zum Vollzug des Kaufvertrags vom 30. November 1991 noch ausstehenden Auflassung des Grundstücks stünde allerdings, wenn sie das formbedürftige Geschäft vorwegnähme, unter dem für dieses selbst geltenden Formgebot (vgl. die Rechtsprechung des Senats zur Beurkundungsbedürftigkeit der unwiderruflichen oder aus sonstigen Gründen bindenden Vollmacht, Urt. v. 22. April 1966, V ZR 164/63, WM 1966, 761 und v. 11. Oktober 1974, V ZR 25/73, NJW 1975, 39). Im Streitfalle liegen indessen keine Anhaltspunkte für eine Bindung der Ehefrau des Klägers an die von ihr erteilte Einwilligung vor. Diese ist bis zu dem Zeitpunkt, in dem die noch ausstehenden Auflassungserklärungen nach § 873 Abs. 2 BGB binden werden, frei widerruflich, § 183 BGB.

Dieselben Überlegungen gelten, soweit der Kläger, was die Beklagte behauptet, in dem Vertrag vom 30. November 1991 über

sein gesamtes Vermögen verfügt haben sollte (Art. 234 § 4 EGBGB i.V.m. §§ 1365, 1366 BGB).

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

Hagen

Lambert-Lang

Tropf

Krüger

Klein