



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

V ZR 211/06

Verkündet am:
19. Oktober 2007
Weschenfelder
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

WEG § 7 Abs. 3; BGB § 433 Abs. 1, 435, 437 Nr. 3, 280 Abs. 1,
281 Abs. 1 Satz 1

- a) Eine Änderung im Bestand der zum Sondereigentum gehörenden Räume muss auf dem Grundbuchblatt selbst vermerkt werden. Eine Eintragung nur durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung ist auch nach § 7 Abs. 3 WEG nicht zulässig.
- b) Für nach dem 1. Januar 2002 abgeschlossene Kaufverträge kann nicht mehr angenommen werden, dass dem Leistungsversprechen des Verkäufers auch eine Garantie für sein Leistungsvermögen immanent ist.
- c) Der Verkäufer hat aufgrund seiner Eigentumsverschaffungspflicht, alle Hindernisse zu beseitigen, die der Umschreibung des Eigentums entgegenstehen, soweit dies erforderlich und ihm zumutbar ist. Hierzu gehört es auch, einen Dritten zur Aufgabe einer Buchposition zu bewegen.

BGH, Urt. v. 19. Oktober 2007 - V ZR 211/06 - OLG Hamburg
LG Hamburg

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Juli 2007 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Krüger, den Richter Dr. Klein, die Richterin Dr. Stresemann und die Richter Dr. Czub und Dr. Roth für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 11. August 2006 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als über die Klage entschieden worden ist.

Die Anschlussrevision der Beklagten wird zurückgewiesen.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 22. Januar 2004 kaufte die Klägerin von der Beklagten die im Wohnungsgrundbuch des Amtsgerichts Hamburg-Blankenese von N. , Band 71, auf Blatt 2446 gebuchte Eigentumswohnung, zu der es in dem Kaufvertrag – entsprechend der Eintragung im Bestandsverzeichnis des Wohnungsgrundbuches zur Zeit des Vertragsabschlusses – heißt:

"... verbunden mit dem Sondereigentum an den Räumlichkeiten im Haus Nr. 19a – 1. Obergeschoß rechts ... und an den Bodenräumen Nr. 19 und Nr. 21 ...".

- 2 Eine von früheren Eigentümern abgeschlossene Vereinbarung vom 21. September 1992 zur Änderung der Teilungserklärung sah unter anderem vor, dass das Sondereigentum an dem Bodenraum Nr. 19 von der auf Blatt 2446 gebuchten Wohnung abgeschrieben und aufgehoben werden sollte. Zugleich sollte der auf Blatt 2444 gebuchten Wohnung im Erdgeschoss desselben Hauses das neu begründete Sondereigentum an einem Abstellraum Nr. 19 zugeschrieben werden. Dieser Abstellraum sollte sich auf einem Teil der Fläche des vorherigen Bodenraumes Nr. 19 befinden und etwa halb so groß sein wie dieser. Diese Änderungen wurden baulich nicht vollzogen. Die für den Abstellraum Nr. 19 vorgesehene Fläche blieb – ohne Zwischenwand – mit dem Wohnraum der auf Blatt 2446 gebuchten Wohnung verbunden.
- 3 Das Grundbuchamt nahm am 20. Juli 1993 Eintragungen auf den Blättern 2444 und 2446 vor. Auf beiden Blättern wies es auf die Einschränkung des Miteigentums durch das Sondereigentum an zwei neu begründeten Einheiten hin und nahm auf die Eintragungsbewilligung Bezug. Auf Blatt 2444 vermerkte es zudem, dass dem Sondereigentum nunmehr ein neuer Abstellraum Nr. 19 im Dachgeschoss zugeordnet sei.
- 4 Seit dem 16. Februar 2004 verlangte die Eigentümerin der auf Blatt 2444 gebuchten Wohnung, R. T. , von der Beklagten die Räumung des Abstellraumes Nr. 19. Bei dem Grundbuchamt beantragte R. T. , die Abschreibung des Abstellraumes Nr. 19 auf Blatt 2446 einzutragen. Das Grundbuchamt wies den Antrag mit der Begründung zurück, dass dies bereits 1993 durch die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung erfolgt sei, rötete jedoch am 29. April 2004 die Eintragung des Bodenraumes Nr. 19 auf Blatt 2446.

- 5 Der beurkundende Notar, den die Parteien mit dem Vollzug des Vertrages beauftragt hatten, bemerkte nach der Bereitstellung des Kaufpreises auf seinem Anderkonto diese Rötung. Er sah die vertragsgemäße Eigentumsumschreibung als nicht mehr gesichert an und verweigerte die Auszahlung des Kaufpreises. Bei dem Grundbuchamt legte er Beschwerde ein und beantragte die Eintragung eines Amtswiderspruchs gegen die Rötung. Diese Anträge wurden zurückgewiesen und hatten auch vor der Beschwerdekammer des Landgerichts keinen Erfolg.
- 6 Die Klägerin setzte der Beklagten eine Frist zur Sicherstellung der vertragsgemäßen Eigentumsumschreibung und erklärte nach deren Ablauf am 3. Juni 2004 den Rücktritt von dem Kaufvertrag. Zur Abwendung weiterer Schäden einigten sich die Parteien darauf, die zu Gunsten der Klägerin eingetragene Auflassungsvormerkung zu löschen, die Wohnung zurückzugeben und den Kaufpreis von dem Notaranderkonto zurückzuzahlen. Die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen behielten sie sich vor.
- 7 Die von R. T. gegen die Beklagte erhobene Klage auf Herausgabe des Abstellraumes Nr. 19 wurde von dem Landgericht abgewiesen (ZMR 2006, 808); in einem im Juni 2006 vor dem Oberlandesgericht abgeschlossenen Vergleich verzichtete R. T. auf Ansprüche hinsichtlich des Abstellraumes Nr. 19. Im Gegenzug verpflichtete sich die Beklagte, deren Waschmaschine im Heizungsraum des Hauses zu dulden.
- 8 Mit der Klage hat die Klägerin 43.522,75 € als Ersatz unter anderem für Makler- und Finanzierungskosten geltend gemacht. Im Wege der Widerklage hat die Beklagte 63.377,52 € verlangt, unter anderem als Ersatz für den niedrigeren Erlös aus der anderweitigen Veräußerung der Wohnung. Das Landgericht hat von der Klageforderung 37.525,23 € zugesprochen, 271,95 € abgewiesen und die Klage im Übrigen dem Grunde nach für berechtigt erklärt. Die Wi-

derklage hat es abgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen und die Abweisung der Widerklage bestätigt.

9 Mit der von dem Senat zugelassenen Revision möchte die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils erreichen. Im Wege der Anschlussrevision verfolgt die Beklagte den Widerklageantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

10 Das Berufungsgericht verneint einen Schadensersatzanspruch der Klägerin. Die Beklagte habe sich verpflichtet, der Klägerin das Wohnungseigentum einschließlich des Bodenraumes Nr. 19 zu verschaffen. Sie habe diese Pflicht zwar verletzt, weil der geschuldete Erfolg ausgeblieben sei. Das habe sie jedoch nicht zu vertreten.

11 Die Beklagte sei stets leistungsbereit und zur Eigentumsverschaffung in der Lage gewesen. Die Abschreibung des Bodenraumes Nr. 19 von der auf Blatt 2446 gebuchten Wohnung und die Zuschreibung des Abstellraumes Nr. 19 zu der auf Blatt 2444 gebuchten Wohnung sei gescheitert, so dass die Beklagte Eigentümerin des Bodenraumes gewesen sei. Mit der Anweisung an den Notar, den Vertrag zu vollziehen, habe sie alles aus ihrer Sicht zur Vertragserfüllung Erforderliche getan. Sie habe nicht zu vertreten, dass die Grundbuchsituation unklar gewesen sei und R. T. sich zu Unrecht des Sondereigentums an dem Abstellraum Nr. 19 berühmt habe.

12 Auch den Notar treffe kein Verschulden, das die Beklagte sich zurechnen
lassen müsse. Er habe aufgrund der unklaren Grundbuchlage davon ausgehen
dürfen, dass die Umschreibung des Eigentums nicht sichergestellt gewesen sei.

13 Der mit der Widerklage geltend gemachte Schadensersatzanspruch sei
ebenfalls nicht gegeben. Die Klägerin habe zwar die Pflicht zur Kaufpreiszahlung
verletzt. Sie habe dies aber gleichfalls nicht zu vertreten. Zur Auszahlung
des von ihr auf das Notaranderkonto eingezahlten Betrages sei es – von ihr
nicht beeinflussbar – nur deshalb nicht gekommen, weil der Notar die Voraus-
setzungen für die Weiterleitung als nicht gegeben angesehen habe.

II.

A. Revision der Klägerin

14 Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

15 1. Die Klägerin kann von der Beklagten allerdings nicht nach § 311a
Abs. 2 BGB oder nach § 283 BGB Schadensersatz verlangen. Diese Ersatzan-
sprüche statt der Leistung setzen voraus, dass der Schuldner die versprochene
Leistung nach § 275 Abs. 1 bis 3 BGB nicht erbringen muss. Das ist nach § 275
Abs. 1 BGB der Fall, wenn die versprochene Leistung auf Grund eines schon
bei Vertragsschluss bestehenden (§ 311a Abs. 1 BGB) oder eines danach ein-
getretenen Hindernisses für jedermann oder den Schuldner dauernd unmöglich
ist. Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor.

16 a) Die Beklagte hatte sich in dem Kaufvertrag verpflichtet, der Klägerin
das Eigentum an der Wohnung einschließlich des Sondereigentums an dem

Bodenraum Nr. 19 zu verschaffen. Die Beklagte war zu der von ihr versprochenen Leistung imstande, weil sie Eigentümerin des Bodenraumes war.

17 aa) Das Sondereigentum an dem Bodenraum war nicht aus dem Bestand der Wohnung der Beklagten abgeschrieben. Das Grundbuchamt hat die Abschreibung des Sondereigentums an dem Bodenraum auf Blatt 2446 nicht ausdrücklich vermerkt. Die bloße Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung genügt nicht den Anforderungen an eine wirksame Eintragung. Zwar lässt § 7 Abs. 3 WEG eine Bezugnahme zur näheren Bezeichnung des Gegenstandes und des Inhalts des Sondereigentums zu, was bei der Begründung von Sondereigentum die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zur näheren Kennzeichnung der das Miteigentum beschränkenden Sondereigentumsrechte erlaubt (vgl. OLG Hamm OLGZ 1985, 19, 21).

18 Das gilt indes nicht, wenn bei einer späteren Veränderung wegen der Änderung selbst auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen wird. Der Kerngehalt der Änderung kann dann nicht dem Grundbuch entnommen, sondern nur durch Einsicht in die Unterlagen zu der in Bezug genommenen geänderten Teilungserklärung festgestellt werden (vgl. OLG Köln Rpfleger 1985, 110; Meikel/Ebeling, Grundbuchrecht, 9. Aufl., GBV, Vorbem. Rdn. 173). Eine solche Bezugnahme reicht zumindest dann nicht, wenn – wie hier – die ursprüngliche Eintragung im Bestandsverzeichnis des Grundbuches das Sondereigentum konkret bezeichnet. Enthält dann die ändernde Eintragung keinen Hinweis darauf, dass von der Änderung (auch) der Gegenstand des Sondereigentums betroffen ist, so entsteht für den unbefangenen Nutzer des Grundbuches der Eindruck, der Bestand des Sondereigentums sei unverändert. Besonders gravierend wirkt sich dies aus, wenn – wie hier – das Grundbuchamt überdies § 3 Abs. 6 WGV nicht beachtet, nach dem die Eintragung der Räume, die nicht mehr zu dem Sondereigentum gehören, zu röten ist.

19 bb) Die unzulässige Bezugnahme wirkt nicht als Eintragung (vgl. Demharter, GBO, 25. Aufl., § 44 Rdn. 45; Meikel/Ebeling, aaO; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rdn. 274 f.; Bamberger/Roth/Kössinger, BGB, § 874 Rdn. 20; Palandt/Bassenge, BGB, 66. Aufl., § 874 Rdn. 3; Staudinger/Gursky, BGB [2000], § 874 Rdn. 25). Das gilt auch, wenn die unzulässige Bezugnahme nur einen Teil der Buchung – wie hier die Abschreibung des Bodenraumes – betrifft, während die Eintragung im Übrigen die Änderungen der Teilungserklärung wirksam abbildet. Die Unwirksamkeit beschränkt sich dann auf den in der Eintragung nicht zum Ausdruck gekommenen Teilinhalt (Meikel/Ebeling, aaO, Rdn. 175). Die Änderung der Teilungserklärung und die 1993 vorgenommenen Eintragungen hatten mithin nicht zur Folge, dass das Sondereigentum an dem Bodenraum Nr. 19 nicht mehr der auf Blatt 2446 gebuchten Wohnung zugeordnet war.

20 cc) Zu einem Eigentumsverlust durch gutgläubigen Erwerb von R. T. konnte es nicht kommen. Die für den Abstellraum Nr. 19 vorgesehene Fläche war auf zwei Grundbuchblättern gebucht. Bei einer solchen Doppelbuchung fehlt es an der Grundlage für einen gutgläubigen Erwerb (vgl. RGZ 56, 58, 60; Senat, Urt. v. 14. Februar 1969, V ZR 130/65, LM BGB § 920 Nr. 2).

21 dd) Auch die Rötung der Eintragung des Sondereigentums führte nicht zu dessen Verlust. Diese Maßnahme dient allein der Verbesserung der Übersichtlichkeit des Grundbuches und kann nicht die Wirkung einer Löschung herbeiführen (Schöner/Stöber, aaO, Rdn. 281).

22 b) Die Erfüllung des Kaufvertrages war der Beklagten auch nicht aus einem anderen, objektiven Grund unmöglich. Allerdings stand der Umschreibung des Eigentums auf die Klägerin jedenfalls für einen längeren, damals nicht absehbaren Zeitraum ein Leistungshindernis aus der unklaren Grundbuchlage entgegen, nachdem sich R. T. auf Grund der Doppelbuchung des

Eigentums an dem Abstellraum berühmte, das Grundbuchamt deren Auffassung zur Eigentumslage teilte und die Eintragung des Bodenraumes auf dem Grundbuchblatt der Wohnung der Beklagten rötete.

23 Zwar bemerkt die Revision insofern zu Recht, dass die Beklagte nicht – wie von dem Berufungsgericht angenommen – jederzeit das Eigentum an dem Bodenraum auf die Klägerin übertragen konnte. Das ändert indes nichts daran, dass Schadensersatzansprüche wegen einer vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit nach § 283 und § 311 a Abs. 2 BGB nicht bestehen.

24 Die Erfüllung der Übereignungspflicht war der Beklagten wegen der Unklarheit der Grundbuchlage nicht unmöglich. Dieses Leistungshindernis war nämlich ein vorübergehendes, das spätestens mit dem Eintritt der Rechtskraft einer Entscheidung in dem Rechtsstreit über das Eigentumsrecht zwischen der Prätendentin und der Beklagten behoben gewesen wäre. Ein zeitweiliges Erfüllungshindernis ist einem dauernden nur dann gleichzuachten, wenn durch das Hindernis die Erreichung des Vertragszwecks in Frage gestellt ist und der einen oder anderen Partei bei billiger Abwägung der beiderseitigen Belange nicht mehr zugemutet werden könnte, die Leistung dann noch zu fordern oder zu erbringen (BGH, Urt. v. 27. Mai 1953, VI ZR 230/52, LM BGB § 275 Nr. 3; Urt. v. 9. Juli 1955, VI ZR 108/54, LM BGB § 275 Nr. 7; Senat BGHZ 47, 48, 50; BGHZ 83, 197, 200). Dabei ist die Frage, ob ein Leistungshindernis zu einer dauernden oder nur vorübergehenden Unmöglichkeit führt, nach dem Zeitpunkt des Eintritts des Hindernisses zu beurteilen (Senat, Urt. v. 30. Oktober 1953, V ZR 76/52, LM BGB § 275 Nr. 4; BGH, Urt. v. 9. Juli 1955, VI ZR 108/54, aaO; BGHZ 83, 197, 200).

25 Gemessen daran führt ein zeitweiliges Leistungshindernis auf Grund der Unklarheit der Grundbuchlage nicht zu einer dauernden Unmöglichkeit der Erfüllung des Kaufvertrages durch den materiell-rechtlich berechtigten Verkäufer,

da die für den Vertragsvollzug erforderliche Klarstellung nötigenfalls durch ein gerichtliches Verfahren herbeigeführt werden kann. Grundstückskaufverträge werden nicht schon dadurch hinfällig, dass solche Verfahren Zeit in Anspruch nehmen (vgl. OGHZ 2, 247, 252; Senat, Urt. v. 30. Oktober 1953, V ZR 76/52, aaO).

26 2. Im Ergebnis zutreffend hat das Berufungsgericht auch einen Schadensersatzanspruch der Klägerin nach §§ 433 Abs. 1 Satz 2, 435, 437 Nr. 3, 281 BGB verneint.

27 a) Bleibt der Vollzug des Kaufvertrages stecken, so führt das nicht zu einem Rechtsmangel, sondern dazu, dass der Verkäufer seine Pflicht zur Über-eignung der verkauften Sache nach § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht erfüllt hat (vgl. RG JW 1931, 2626, 2628). Die fehlende Verschaffung des Eigentums stellt daher grundsätzlich keinen Rechtsmangel nach § 435 BGB dar (Bam-berger/Roth/Faust, BGB, 2. Aufl., § 435 Rdn. 15; Erman/Grunewald, BGB, 11. Aufl., § 435 Rdn. 2; Hk-BGB/Saenger, BGB, 5. Aufl., § 435 Rdn. 3; jurisPK-BGB/Pammler, 3. Aufl., § 435 Rdn. 19; MünchKommBGB/Westermann, BGB, 4. Aufl., § 435 Rdn. 7; Palandt/Weidenkaff, aaO, § 435 Rdn. 8; PWW/D. Schmidt, BGB, 2. Aufl., § 435 Rdn. 2; Soergel/Huber, aaO, § 434 a.F. Rdn. 32; Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB [2004], § 435 Rdn. 13; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 7. Aufl., Rdn. 392).

28 Allerdings wollen einige Autoren (Jauernig/Berger, BGB, 12. Aufl., § 435 Rdn. 5; Canaris, JZ 2003, 831, 832; Meier JR 2003, 353, 355; Pahlow, JuS 2006, 289, 292) die Vorschriften über die Rechtsmängelhaftung auch anwen-den, wenn der Verkäufer dem Käufer nicht das Eigentum verschafft hat, um diesem die nur für die Gewährleistungsansprüche nach § 438 Abs. 1 Nr. 1 BGB auf dreißig Jahre verlängerte Verjährungsfrist zu erhalten und dadurch nicht denjenigen Käufer schlechter zu stellen, der aus dem Eigentum des Dritten und

nicht aus einem anderen dinglichen Recht in Anspruch genommen wird. Ob deswegen eine entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Rechtsmängelhaftung geboten ist, bedarf keiner Entscheidung, wenn – wie hier – der Vertrag wegen eines Leistungshindernisses nicht durchgeführt worden ist und daher Dritte keine Rechte gegenüber dem Käufer geltend machen können.

29 b) Aus dem Vorstehenden folgt, dass ein Schadensersatzanspruch des Käufers nach §§ 437 Nr. 3, 281 BGB hier auch nicht dadurch begründet sein kann, dass der streitige Abstellraum (auch) auf dem Grundbuchblatt der Wohnung von R. T. gebucht war. Zwar stellt § 435 Satz 2 BGB einem Mangel im Recht den Fall gleich, dass im Grundbuch ein nicht bestehendes Recht eingetragen ist. Damit ist indes keine unrichtige Eigentumseintragung gemeint. Vielmehr erweitert die Vorschrift die Rechtsmängelhaftung allein auf eingetragene Scheinbelastungen (MünchKommBGB/Westermann, aaO, § 435 Rdn. 12; PWW/D. Schmidt, aaO, § 435 Rdn. 20; Staudinger/Matusche-Beckmann, aaO, § 435 Rdn. 46; AnwK-BGB/Büdenbender, § 435 Rdn. 3; Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl., § 435 Rdn. 1 ff., zu dem bis zum 31.12.2001 geltenden, sachlich insoweit aber unveränderten [vgl. Staudinger/Matusche-Beckmann, aaO, Rdn. 1, 45] Recht). So wenig, wie einem Dritten zustehendes Eigentum einen Rechtsmangel begründet (siehe oben a), so wenig kann daher ein Rechtsmangel angenommen werden, wenn ein Dritter Bucheigentum hat. In beiden Fällen verletzt der Verkäufer eines Grundstücks (bereits) seine Pflicht aus § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB, wenn es wegen eines Leistungshindernisses nicht zur Umschreibung des Eigentums kommt.

30 3. Einen Anspruch der Klägerin nach §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 BGB hat das Berufungsgericht dagegen rechtsfehlerhaft verneint.

31 a) Das Berufungsgericht hat den Umfang der Pflichten des Verkäufers einer Immobilie verkannt, der dem Käufer das Eigentum zu verschaffen hat, wozu es einer Umschreibung des Eigentums im Grundbuch bedarf.

32 Es zieht den Kreis der Verkäuferpflichten einerseits zu weit, wenn es davon ausgeht, dass die Beklagte ihre Pflicht zur Eigentumsübertragung schon deshalb verletzt hat, weil es nicht zur Umschreibung im Grundbuch gekommen ist. Das ist deshalb rechtsfehlerhaft, weil damit zwar die Nichterfüllung des Vertrages, jedoch nicht die Pflichtverletzung des Verkäufers festgestellt ist. Die Umschreibung des Eigentums im Grundbuch kann der Verkäufer eines Grundstücks nicht selbst herbeiführen. Die behördliche Tätigkeit ist daher auch nicht Gegenstand der rechtsgeschäftlichen Verpflichtung des Verkäufers (RGZ 118, 100, 102; JW 1931, 2626, 2628). Der Verkäufer eines Grundstücks schuldet vielmehr nur die Handlungen, die für die Umschreibung des Eigentums erforderlich sind, jedoch nicht den Erfolg selbst (RG JW 1931, 2626, 2628; Senat, Urt. v. 18. Juni 1971, V ZR 45/69, WM 1971, 1475, 1476).

33 Andererseits beschreibt es den Kreis der Pflichten des Verkäufers zu eng, wenn es – im Zusammenhang mit der Prüfung des Verschuldens – davon ausgeht, dass die Beklagte alles aus ihrer Sicht zur Umschreibung erforderliche getan habe, indem sie dem Notar die erforderlichen Anweisungen für die Herbeiführung der Eintragung erteilt habe. Der Grundstücksverkäufer erfüllt nämlich seine vertragliche Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung nicht stets bereits dadurch, dass er die Auflassung erklärt und die Eintragung des Käufers im Grundbuch bewilligt. Nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) hat er vielmehr an der Erreichung des Vertragszweckes und des Leistungserfolges soweit mitzuwirken, wie dies erforderlich und ihm zumutbar ist (vgl. Senat, Urt. v. 18. Juni 1971, V ZR 45/69, aaO). Zu den Pflichten des Verkäufers gehört es daher – falls nicht anderes vereinbart worden ist – auch, Hindernisse zu beseitigen,

die der Umschreibung des Eigentums im Grundbuch bereits bei Vertragsschluss im Wege sind oder erst nachträglich entstehen (RGZ 113, 403, 405; 118, 100, 102; vgl. Senat, Urt. v. 18. Juni 1971, V ZR 45/69, aaO).

34 b) Die Beklagte haftet nicht schon deshalb, weil das Hindernis auf einer Doppelbuchung beruhte, die bereits vor Vertragsschluss bestand. Die Beklagte hatte allerdings keine Vorsorge für die vertragsgemäße Umschreibung getroffen, wofür sie die Buchposition von R. T. entweder bereits vor Vertragsschluss hätte beseitigen oder die für die vertragsgemäße Umschreibung erforderlichen Erklärungen, wie sie später in dem zwischen ihr und R. T. vor dem Berufungsgericht abgeschlossenen Vergleich protokolliert wurden, hätte einholen müssen. Das hat sie aber nicht zu vertreten.

35 aa) Die Beklagte traf insoweit keine Garantiehafung.

36 (1) Zwar galt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu dem bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Kaufrecht, dass der Verkäufer durch sein Leistungsversprechen stillschweigend die Garantie für sein Leistungsvermögen übernahm. Ihn traf daher im Falle anfänglichen Unvermögens (subjektiver Unmöglichkeit) eine Garantiehafung (BGHZ 11, 16, 22; Senat, Urt. v. 24. Juni 1988, V ZR 49/87, NJW 1988, 2878; Urt. v. 20. Dezember 1996, V ZR 277/95, NJW 1997, 938, 939). Auf derselben Überlegung beruhte die gesetzliche Garantiehafung für Rechtsmängel (§ 434 BGB a. F.) und die Einstandspflicht beim Rechtskauf für den Bestand des Rechts (§ 437 BGB a. F.).

37 (2) Die gesetzlichen Grundlagen für die Begründung einer Garantiehafung haben sich indes mit der Schuldrechtsmodernisierung grundlegend verändert, weil die gesetzlichen Garantiehafungstatbestände beseitigt und die

Schadensersatzpflicht generell an ein Verschulden des Verkäufers geknüpft worden ist. Ein Ziel der Neuregelung war es, zu einer Vereinheitlichung der Haftungsfolgen wie des Haftungsmaßstabes zu kommen (BT-Drucks. 14/6040, S. 164 f.). Der Schuldner haftet nunmehr dem Gläubiger einheitlich auf das positive Interesse, und zwar (abweichend von §§ 306 bis 308 BGB a.F.) sowohl bei einer bereits bei Vertragschluss bestehenden anfänglichen Unmöglichkeit zur Leistung als auch (wie ehemals) für sein anfängliches Unvermögen. Durch § 311a Abs. 2 Satz 2 BGB ist es andererseits dem Schuldner ermöglicht worden, sich von der gesetzlichen Haftung auf das positive Interesse zu exkulpieren (MünchKomm-BGB/Ernst, 5. Aufl., § 311a Rdn. 15; Tropf, Festschrift Wenzel, 443, 452); das gilt auch für den Fall des anfänglichen Unvermögens, wenn der Schuldner darlegt, dass er das Leistungshindernis nicht kannte und seine Unkenntnis auch nicht zu vertreten hat. Damit wollte der Gesetzgeber die gesetzliche Garantiehafteung bei anfänglichem Unvermögen beseitigen und zugleich diese Fälle denjenigen gleichstellen, in denen das Leistungshindernis erst nach Vertragsschluss eintritt (BT-Drucks. 14/6040, S. 165). Dabei war er sich dessen bewusst, dass sich das Pflichtenprogramm des Schuldners vor und nach Vertragsschluss insofern anders gestaltet, als dieser vorher sich über sein Vermögen zur Leistung zu informieren und nachher für deren Bewirkung zu sorgen hat (BT-Drucks. 14/6040, S. 165).

38

(3) Diese Änderung des gesetzlichen Haftungssystems kann nicht ohne Folgen für die Voraussetzungen eines (stillschweigend vereinbarten) Garantieverprechens bleiben. Zwar ist die Abrede einer verschuldensunabhängigen Haftung nach wie vor möglich. Sie ist gem. § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB dann begründet, wenn ein solcher Haftungsmaßstab bestimmt worden oder aus den sonstigen Umständen zu entnehmen ist, was insbesondere bei der Übernahme einer (unselbständigen) Garantie der Fall ist. Anders als bisher kann jedoch der vertraglichen Verpflichtung des Schuldners allein nicht mehr eine seinem Ver-

sprechen immanente Garantie für sein Leistungsvermögen entnommen werden. Damit würde der Kerngehalt der vorbenannten Gesetzesänderungen durch die Schuldrechtsmodernisierung unterlaufen, nach denen der Schuldner grundsätzlich nur noch verschuldensabhängig haften soll (OLG Karlsruhe NJW 2005, 989, 990; Alpmann in jurisPK-BGB, 3. Aufl., § 311a Rdn 24; Emmerich, Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl., S. 61; Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, S. 215; MünchKomm-BGB/Ernst, 5. Aufl., § 311a, Rdn. 23; Palandt/Grüneberg, BGB, 66. Aufl., § 311a Rdn. 9; Staudinger/Löwisch, BGB [2005], § 311a Rdn 47; Wieser, MDR 2002, 858, 860; Windel, JR 2004, 263, 270; unklar Schwarze, JURA 2002, 73, 80; a.A. Sutschet, NJW 2005, 1401, 1406). Mit der Übernahme einer (unselbständigen) Garantie wird die Möglichkeit des Schuldners zur Exkulpation nach § 311 Abs. 2 Satz 2 BGB abbedungen (Huber/Faust, aaO, S. 214; Windel, aaO, 269); das muss vertraglich vereinbart werden.

39 (4) Entgegen einer vereinzelt vertretenen Auffassung (Bamberger-Roth/Gehrlein, BGB, 2. Aufl., § 311a Rdn. 2) muss die Garantie nicht ausdrücklich übernommen werden. Es genügt eine konkludente Vereinbarung (Emmerich aaO; Erman/Kindl, BGB 11. Aufl., § 311a Rdn. 7; MünchKomm-BGB/Ernst, aaO, Rdn. 54; Windel, aaO, 270). Voraussetzung ist aber, dass konkrete Anhaltspunkte für eine Garantieübernahme vorliegen. Fehlen diese, bleibt es bei der verschuldensabhängigen Haftung (Alpmann jurisPK-BGB, aaO; Palandt/Grüneberg, aaO; Wieser, aaO; Windel, aaO).

40 Hiernach kann von einer Garantieübernahme nicht ausgegangen werden. Das Berufungsgericht hat einen Garantiewillen der Beklagten in Bezug auf die Verschaffung des Eigentums an dem Bodenraum nicht festgestellt. Für eine Garantieübernahme ist von den Parteien weder etwas vorgetragen worden noch sonst etwas ersichtlich. Schließlich gibt auch die notarielle Kaufvertrags-

urkunde dafür nichts her. Die einschlägige Erklärung zur Eigentumsverschaffungspflicht der Verkäuferin in dem notariellen Kaufvertrag beschränkt sich auf das Leistungsversprechen des Verkäufers. Sie lautet, dass die Beklagte der Klägerin die im Verträge beschriebene Eigentumswohnung mit allen Bestandteilen und Zubehör verkauft. Die Regelung über die Verkäuferhaftung in § 5 des notariellen Kaufvertrages enthält den üblichen Haftungsausschluss wegen etwaiger Sachmängel und die Erklärung, dass die Verkäuferin keine Garantien übernehme und diese auch nicht außerhalb des Vertrages abgegeben worden seien.

41 bb) Die Beklagte trifft auch nicht deshalb ein Verschulden, weil sie das Leistungshindernis aus der doppelten Buchung des Bodenraumes auch auf einem anderen Grundbuchblatt nicht erkannt und daher auch keine Vorsorge für die vertragsgemäße Umschreibung getroffen hatte.

42 Der Senat lässt dahinstehen, ob der Grundstücksverkäufer verpflichtet ist, vor dem Vertragsabschluss das Grundbuch einzusehen (vgl. MünchKommBGB/Westermann, 4. Aufl., § 433 Rdn. 70, § 437 Rdn. 23; Bamberger/Roth/Faust, aaO, § 437 Rdn. 76; Jauernig/Berger, aaO, § 437 Rdn. 22) und bei einer schuldhaften Verletzung dieser Pflicht dem Käufer analog § 311a Abs. 2 BGB auf Schadensersatz haftet, wenn die Vertragsdurchführung daran scheitert, dass eine der vertragsgemäßen Umschreibung entgegenstehende Buchposition eines Dritten innerhalb einer von dem Käufer gem. § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB gesetzten Frist von ihm nicht beseitigt werden kann.

43 Die Verletzung einer solchen Pflicht hätte die Beklagte hier jedenfalls mangels Verschuldens nicht zu vertreten. Soweit die Revision meint, die Beklagte habe die doppelte Buchung im Grundbuch erkennen können und müssen, ist ihr nicht zu folgen. Aus dem Grundbuchblatt der zu veräußernden Wohnung ergaben sich – vor der Rötung durch das Grundbuchamt – keine Anhalts-

punkte für die Doppelbuchung des Bodenraumes, der im Bestandsverzeichnis ausdrücklich aufgeführt und auch tatsächlich nicht durch eine Zwischenwand abgetrennt war. Mangels solcher Anhaltspunkte war die Beklagte nicht zu einer weiteren Erkundigung durch Einsichtnahme in die Änderungsvereinbarung zu der Teilungserklärung verpflichtet, der – bei sorgfältiger Durchsicht – ein Fachkundiger Hinweise auf eine Doppelbuchung hätte entnehmen können. Von einem Verkäufer kann grundsätzlich keine größere Sorgfalt verlangt werden als von dem beurkundenden Notar, der vor Vertragsabschluss das Grundbuch eingesehen hat, ohne die später den Vertragsschluss hindernde Buchung des Bodenraumes auch auf einem anderen Blatt zu bemerken.

44 c) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass die Beklagte schuldhaft ihre Pflicht verletzt hat, die Hindernisse zu beseitigen, die nach dem Vertragsschluss bei dessen Durchführung auftraten, soweit das zur Erfüllung ihrer Verkäuferpflicht erforderlich und ihr nach den Umständen zumutbar war. Die Durchführung des Vertrages wurde hier dadurch behindert, dass sich R. T. des Eigentums an dem Abstellraum berühmte, das Grundbuchamt rechtsirrtümlich deren Auffassung teilte, die Eintragung des Bodenraumes auf dem Grundbuchblatt der Beklagten rötete, der Notar deshalb die vertragsgemäße Umschreibung des Eigentums als nicht gewährleistet ansah und den Vollzug des Vertrages einstellte.

45 aa) Allerdings hat sie alles ihr Mögliche unternommen, um dem der vertragsgemäßen Umschreibung der Wohnung entgegenstehenden Rechtsirrtum des Grundbuchamts entgegenzuwirken. Denn ihr kommt zugute, dass der Notar bei dem Grundbuchamt Beschwerde mit dem Ziel der Grundbuchberichtigung erhob. Dass das Grundbuchamt an seiner unrichtigen Rechtsauffassung festhielt, stellt keinen von der Verkäuferin zu vertretenden Umstand dar.

46 bb) Im Ergebnis zutreffend hat das Berufungsgericht auch ein Verschulden des Notars bei dem Vollzug des Kaufvertrages verneint, das der Beklagten zugerechnet werden könnte. Der Notar hat die vertragsgemäße Eigentumsumschreibung als nicht sichergestellt angesehen. Nachfolgend sind das Grundbuchamt und das Landgericht zu der Auffassung gelangt, der Bodenraum Nr. 19 gehöre nicht mehr zu dem Sondereigentum der auf Blatt 2446 gebuchten Wohnung. Wäre das richtig, hätte die Beklagte der Klägerin das Sondereigentum an diesem Raum nicht verschaffen können, die Eigentumsumschreibung wäre also nicht sichergestellt gewesen. Von dem Notar kann indes nicht verlangt werden, dass er über bessere Kenntnisse verfügt als die mit mehreren Rechtskundigen besetzte, für Beschwerden in Grundbuchsachen zuständige Kammer des Landgerichts (vgl. BGHZ 123, 1, 12; 117, 240, 250). Mangels Verschuldens kann dahinstehen, ob der Notar bei dem Vollzug des Vertrages als Erfüllungsgehilfe (§ 278 Satz 1 BGB) der Beklagten tätig wurde.

47 cc) Nach den bisher getroffenen Feststellungen ist es jedoch möglich, dass die Beklagte zum Schadensersatz verpflichtet ist, weil sie ihrer Pflicht zur Beseitigung von Hindernissen dadurch nicht nachgekommen ist, dass sie R.

T. nicht zur Aufgabe ihrer Buchposition bewogen hat.

48 (1) Der Verkäufer eines Grundstücks muss aufgrund seiner Eigentumsverschaffungspflicht auch solche Buchpositionen beseitigen, die darin bestehen, dass ein Dritter zu Unrecht im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist oder – wie hier – eine Parzelle oder ein Raum auch als Eigentum eines Dritten gebucht ist (Doppelbuchung).

49 Der Umfang der Pflichten des Verkäufers bestimmt sich, wenn – wie hier – zu Unrecht eingetragene Eigentumsrechte die vertragsgemäße Umschreibung des Eigentums hindern, nach den Grundsätzen, die in den gesetzlich geregelten Fällen gelten, in denen zu Unrecht eine Belastung des Grund-

stücks eingetragen ist. Die Wirkungen unrichtiger Eintragungen fremden Eigentums sind nämlich dem in § 435 Satz 2 BGB geregelten Fall ähnlich. Ein Dritter nimmt, gestützt auf eine unrichtige Grundbucheintragung, ein ihm nicht zustehendes Recht in Anspruch. § 435 Satz 2 BGB verpflichtet den Verkäufer, solche Scheinbelastungen zu beseitigen; er kann den Käufer nicht darauf verweisen, dass dieser in Wirklichkeit unbelastetes Eigentum erhält und selbst die Löschung des zu Unrecht eingetragenen Rechts herbeiführen kann (vgl. RGZ 149, 195, 198; Senat, Urt. v. 8. November 1985, V ZR 153/84, NJW-RR 1986, 310).

50 (2) Die Beklagte hat nicht vorgetragen, dass sie etwas unternommen hätte, um R. T. zu einer Aufgabe der Buchposition zu bewegen, die sie als Eigentümerin des Abstellraumes auswies. Das könnte sie nach §§ 280 Abs. 1 Satz 2, 281 Abs. 1 BGB nur entschuldigen, wenn sie das Hindernis mit ihr zumutbaren Anstrengungen nicht bis zum Ablauf der von der Klägerin gesetzten Frist hätte beseitigen können (vgl. RGZ 149, 195, 199 zu dem Umfang der Pflichten des Verkäufers, wenn nach Vertragsschluss zu Unrecht eine Vormerkung für einen Dritten eingetragen wird). Vortrag dazu und entsprechende Feststellungen fehlen.

51 4. Das Berufungsurteil ist danach aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§§ 562 Abs. 1, 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Dieses wird unter Berücksichtigung der in der Berufungsbegründung gegen das landgerichtliche Urteil erhobenen Angriffe festzustellen haben, ob die Beklagte in dem ihr zumutbaren Umfang ihrer Verkäuferpflicht nachgekommen ist, die Hindernisse zu beseitigen, die der Umschreibung im Grundbuch entgegenstanden, oder – soweit dies nicht der Fall sein sollte – dadurch entschuldigt sein könnte, dass ihr die Beseitigung der Doppelbuchung bis

zum Ablauf der von der Klägerin gesetzten Frist mit den ihr zuzumutenden Anstrengungen nicht möglich gewesen wäre.

B. Anschlussrevision der Beklagten

52 1. Die Anschlussrevision ist zulässig. Ihr steht – anders als die Revision meint – nicht entgegen, dass die Beklagte gegen die Nichtzulassung der Revision im Hinblick auf die Abweisung der Widerklage keine Beschwerde eingelegt hat.

53 Nach § 554 Abs. 2 Satz 1 ZPO kann sich der Revisionsbeklagte der Revision auch dann anschließen, wenn er auf eine eigene Revision verzichtet hat, die Revisionsfrist verstrichen oder die Revision nicht zugelassen worden ist. Allerdings ist streitig, ob die Anschließung nach der Neuregelung des Revisionsrechts durch das Zivilprozessreformgesetz vom 27. Juli 2001 (BGBl I, S. 1887) wie zuvor voraussetzt, dass die mit ihr verfolgten Ansprüche in einem rechtlichen oder wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem Streitgegenstand der Hauptrevision stehen (so MünchKommZPO/Wenzel, 3. Aufl., § 554 Rdn. 5 f.; Zöller/Gummer, ZPO, 26. Aufl., § 554 Rdn. 7a; a.A. Musielak/Ball, ZPO, 5. Aufl., § 554 Rdn. 4). Darauf kommt es hier indes nicht an, da ein zumindest wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen den wechselseitig verfolgten Schadensersatzansprüchen besteht. Sie gründen auf einen einheitlichen Lebenssachverhalt, und zwar das Scheitern desselben Kaufvertrages (vgl. BGH, Beschl. v. 23. Februar 2005, II ZR 147/03, NJW-RR 2005, 651).

54 2. Die Anschlussrevision ist nicht begründet. Der mit der Widerklage geltend gemachte Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 BGB besteht nicht. Wie zu A. dargelegt, hat die Beklagte ihre Pflicht zur Eigentumsverschaffung nicht erfüllt. Das erlaubte es der Klägerin nach Fristsetzung und nachdem die Beklagte erklärt hatte, gegen die in Bezug auf den Bodenraum unrichtige Eintragung im Grundbuch nichts Weiteres unternehmen zu wol-

len, von dem Vertrag zurückzutreten (§ 323 Abs. 1 BGB). Damit ist die Grundlage für einen Schadensersatzanspruch der Beklagten entfallen.

Krüger

Klein

Stresemann

Czub

Roth

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 31.05.2005 - 309 O 304/04 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 11.08.2006 - 11 U 155/05 -