

allem der Uniform Commercial Code (UCC), der in allen Staaten – einschließlich Louisiana, wo sonst (wie alle wissen, die die Schauspiele von Tennessee Williams kennen) der Code Napoleon in Kraft bleibt – angenommen worden ist. Dieses Gesetz gibt den Vereinigten Staaten ein einheitliches Handelsrecht, d. h. Kaufrecht, Wechselrecht und Pfandrecht. Insgesamt sind schon 22 Uniform Laws in mehr als 40 Staaten erlassen worden. Auf der anderen Seite gibt es auch viele dieser Gesetze, die in nur wenigen Staaten oder gar nicht angenommen worden sind – 77 davon sind in weniger als 5 Staaten in Kraft. Die Frage stellt sich von selbst: warum sind diese Vorschläge gescheitert?

Es ist offensichtlich, daß Rechtseinheitlichkeit nicht auf Gebieten zu erwarten ist, die politisch umstritten sind. Deshalb versuchen die Commissioners, in Bereichen wie „affirmative action“ (die Bevorzugung z. B. Schwarzer oder Frauen) und Diskriminierung aufgrund sexueller Identität keine Uniform Laws vorzuschlagen. Manchmal scheitert auch ein vorgeschlagenes Gesetz aus diesem Grund; Beispiele dafür sind vier Gesetze im Bereich der Ehescheidung, die um die Jahrhundertwende entworfen worden sind. Umgekehrt haben die Commissioners ihren größten Erfolg im Bereich des Handelsrechts gehabt, wo wie schon gesagt, die Vorteile der Rechtseinheitlichkeit am größten und politische Meinungsverschiedenheiten am geringsten sind⁴.

Der ursprüngliche Anlaß zu Uniform State Laws war die beschränkte Kompetenz des Kongresses: weil das Privatrecht grundsätzlich den Einzelstaaten vorbehalten war, war Rechtseinheitlichkeit nur über die Landesparlamente zu erzielen. Schon 1940 jedoch, als sich die Commissioners mit dem Uniform Commercial Code zuerst beschäftigten, bestand wegen der weiten Auslegung der Handelsklausel kein ernsthafter Zweifel mehr, daß der Kongreß die Kompetenz hatte, ein einheitliches Handelsgesetz zu erlassen. Warum ist man statt dessen den langwierigen, unsicheren Weg eines Uniform State Law trotzdem gegangen?

Ein Bundesgesetz läßt sich viel leichter erlassen. Statt Jahre

⁴ S. James J. White in 89 Mich L Rev 2096 (1989).

mit dem Versuch zu verbringen, 53 Parlamente zu überzeugen, das Gesetz ohne Änderung anzunehmen, genügt die Tätigkeit eines einzelnen Gesetzgebers, um ein Bundesgesetz in Kraft zu bringen. Darüber hinaus besteht bei einem Bundesgesetz kein Risiko, daß irgendein Landtag das einheitliche Recht einseitig abändern wird, oder daß einheitliche Vorschriften von Richtern in verschiedenen Staaten unterschiedlich ausgelegt werden. Warum haben – angesichts dieser erheblichen Vorteile – die Vereinigten Staaten noch keinen Federal Commercial Code?

Die Antwort hängt mit dem Föderalismus und dem damit verbundenen Grundsatz der demokratischen Selbstbestimmung zusammen. Föderalismus bedeutet nicht, daß das Recht überall unterschiedlich sein muß, aber daß jeder Staat für sich selbst entscheiden kann, was Recht sein soll. Aus dieser Sicht ist es überhaupt nicht gleichgültig, ob alle Staaten das gleiche Gesetz freiwillig erlassen oder ob es ihnen durch den Bund aufgezwungen wird. Wichtig ist, daß sie das Recht behalten, das Gesetz nicht anzunehmen oder später aufzuheben, wenn sie damit nicht zufrieden sind.

So verstanden sind Uniform State Laws ein Mittel, um den unnötigen Ausbau des Bundesrechts zu verhüten und das Selbstbestimmungsrecht der Einzelstaaten zu bewahren, während das Recht doch vereinheitlicht wird. Denn was das Subsidiaritätsprinzip betrifft, ist die Lage in den Vereinigten Staaten genau umgekehrt wie in Deutschland. In der Bundesrepublik steht dieses Prinzip ausdrücklich in der Verfassung (Art. 72 Abs. 2 GG) und wird nicht respektiert. In den USA steht es nirgendwo in der Verfassung, gilt aber als fundamentaler politischer Grundsatz: der Bund setzt sich erst dann und nur insoweit ein, als die Einzelstaaten sich als unfähig erweisen, das Gebiet genügend zu regeln.

Deshalb bin ich der Meinung, wir werden noch lange mit der Vereinheitlichung des Privatrechts in den Vereinigten Staaten ringen müssen. Das Problem werden wir nicht los, denn die Spannung zwischen den Vorteilen der demokratischen Selbstbestimmung und den Nachteilen eines uneinheitlichen Rechts ist unausweichlich in einem föderalistischen System.

Dr. Diederich Eckardt, Bonn

Die Aufhebung des Grundstückskaufvertrags

Die gerade bei Formvorschriften besonders wichtige Rechtssicherheit schien hinsichtlich der Beurkundungsbedürftigkeit von Verträgen, mit denen ein Grundstückskaufvertrag wieder aufgehoben wird, durch eine Grundsatzentscheidung des BGH aus dem Jahr 1982 gewährleistet. Zwei neue Urteile des BGH aus den Jahren 1993 und 1994 haben hier jedoch wieder für bedenkliche Unklarheit gesorgt. Der folgende Beitrag setzt sich kritisch mit diesen Entscheidungen auseinander. Zugleich gibt die Problematik Anlaß, auf einige Einzelfragen der Dogmatik des Aufhebungsvertrags einzugehen.

I. Die Problemstellung

Auch wenn das BGB keine Vorschriften über den Aufhebungsvertrag enthält¹, ist es, wie bereits die Motive zum 1. Entwurf formulierten, „gemäß dem Grundsatz der Ver-

tragsfreiheit . . . zweifellos, daß . . . den Parteien freisteht, einen . . . neuen Vertrag des Inhalts zu schließen, der frühere Vertrag solle dergestalt außer Kraft treten, als wäre das betr. Schuldverhältnis nie begründet . . . worden“². Konstruktiv sieht man in einer solchen Abrede heute nicht mehr nur einen Erlaß der einzelnen vertraglichen Verbindlichkeiten, sondern eine Aufhebung des Schuldverhältnisses als „Organismus“³, also des gesamten vertraglichen Schuldverhältnisses i. w. S.⁴.

¹ Allerdings setzt § 337 II BGB, der die Verpflichtung zur Rückerstattung einer Draufgabe bei Vertragsaufhebung regelt, diese Möglichkeit voraus.

² Motive, bei *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum BGB (1899), Bd. II, S. 43 f.

³ Zum Begriff vgl. *Planck/Siber*, BGB, 4. Aufl. (1914), Vorb. § 241 Anm. I 1b; *Siber*, Schuldrecht, 1931, S. 1; *ders.* JherJb 70 (1926), 227.

⁴ Vgl. *Gernhuber*, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Aufl. (1994), § 17, 2a; *Happek* ArchBürgR 35 (1910), 407 ff., 419 f.; *Larenz*, Schuldrecht, Allg. Teil, 14. Aufl. (1987), § 19, IIb; *Kress*, Lehrbuch des Allgemeinen

Während indes die Beendigung von Dauerschuldverhältnissen, insbesondere von Arbeitsverhältnissen, im Wege des Aufhebungsvertrags seit langem Gegenstand einer regen wissenschaftlichen Diskussion ist⁵, sind Voraussetzungen und Wirkungen der Aufhebung von *Austauschverträgen* in vielerlei Hinsicht noch immer ungeklärt. Die vorliegende Untersuchung gilt einem Teilproblem der Aufhebung von Austauschverträgen, dessen praktische Bedeutung durch eine Vielzahl obergerichtlicher Entscheidungen gerade aus neuerer Zeit belegt wird⁶: der Beurkundungsbedürftigkeit der Vereinbarung, mit der ein obligatorischer Veräußerungsvertrag über ein Grundstück oder über Gebäude- bzw. Wohnungseigentum (Art. 231 § 5 II EGBGB, § 4 III WEG) bzw. ein Vertrag über die Bestellung eines Erbbaurechts (§ 11 II ErbbauVO) aufgehoben werden soll.

Aus dem Umstand, daß keine besonderen Bestimmungen über die einzuhaltende Form existieren, läßt sich weder folgern, daß der Aufhebungsvertrag stets der Form des aufzuhebenden Geschäfts genügen müsse, noch, daß er umgekehrt stets formfrei sei; vielmehr ist diese Frage für jede Formvorschrift nach deren Sinn und Zweck gesondert zu beantworten⁷. Soweit eine Formvorschrift sich nach Wortlaut und Zweck nur auf die *Begründung* eines bestimmten Schuldverhältnisses bezieht, ist dessen Aufhebung jedoch grundsätzlich formlos möglich. Eine solche Vorschrift ist § 313 S. 1 BGB; sie unterwirft nur diejenigen Verträge dem Beurkundungszwang, die eine Verpflichtung zu Veräußerung oder Erwerb eines Grundstücks (bzw. von Gebäude- und Wohnungseigentum oder eines Erbbaurechts) begründen. Die Aufhebung eines Grundstückskaufvertrags, mit dessen Erfüllung noch nicht begonnen worden war, unterliegt deshalb grundsätzlich *nicht* dem Formzwang⁸. Auch ein notariell beurkundeter Grundstückskaufvertrag kann daher zunächst durch mündliche oder privatschriftliche Vereinbarung wieder aufgehoben werden, ja sogar durch schlüssiges Verhalten⁹.

Die Aufhebung schuldrechtlicher Verträge ist indes unter der Herrschaft der Vertragsfreiheit nicht mehr auf den Fall beschränkt, daß der beiderseitige Leistungsaustausch noch nicht begonnen hatte („*res integra*“, „*res nondum secuta*“)¹⁰. Sie kommt vielmehr auch dann in Betracht, wenn bereits Leistun-

gen erbracht worden sind („*res secuta*“)¹¹. Im Hinblick auf die in diesem Fall im allgemeinen vorgesehene Verpflichtung, die erbrachten Leistungen zurückzugewähren, stellt sich aber auch die Formfrage neu; denn hierdurch wird womöglich ein entsprechendes Schuldverhältnis begründet. Speziell für die Aufhebung des Grundstückskaufvertrages ist zwar der Fall unproblematisch, daß lediglich der Grundstücks Käufer seine Gegenleistung bereits ganz oder teilweise erbracht hatte; unabhängig davon, auf welcher Rechtsgrundlage in diesem Fall die Rückgewährverpflichtung beruht¹², kann der Beurkundungszwang nach § 313 S. 1 BGB schon mangels einer grundstücksbezogenen Verpflichtung, die durch den Aufhebungsvertrag begründet würde, hier nicht in Betracht kommen. Zweifelhaft ist die Formpflicht jedoch, soweit der Veräußerer seine Übereignungspflicht hinsichtlich des Grundstücks bereits erfüllt hatte, und das Eigentum infolge der Aufhebung zurückübertragen werden sollte. Hier hatte der für das Grundstücksrecht zuständige V. Senat des BGH in einer Grundsatzentscheidung vom 30. 4. 1982¹³ für Klärung gesorgt. Er bestätigte zunächst die schon zuvor allgemein anerkannte Auffassung, § 313 S. 1 BGB sei seinem Zweck und Regelungsinhalt nach immer dann auf den Aufhebungsvertrag anwendbar, wenn die Übereignung des Grundstücks durch Einigung und Eintragung des Eigentümerwechsels im Grundbuch (§ 873 I BGB) bereits vollzogen war¹⁴. Darüber hinaus befand der V. Senat, die Formvorschrift beanspruche auch dann entsprechende Anwendung, wenn der Erwerber zwar noch nicht das Vollrecht Eigentum, aber bereits ein Anwartschaftsrecht erworben hatte, das er infolge der Vertragsaufhebung wieder verlieren sollte¹⁵. Diese Entscheidung schien des-

¹¹ Nach zutreffender Auffassung gilt dies sogar dann, wenn bereits die beiderseitigen Hauptleistungen in vollem Umfang erfüllt worden waren, vgl. *Enneccerus/Lehmann*, Schuldrecht, 15. Aufl. (1958), § 74 I 3; *Happek ArchBürgR* 35 (1910), 417 ff.; *Kress* (o. Fußn. 4), § 10, 1a; v. *Feldmann*, in: *MünchKomm-BGB*, § 397 Rdnr. 15; *Siber JherJb* 70 (1921), 285; *Staudinger/Kaduk*, BGB, 12. Aufl. (1978 ff.), § 397 Rdnr. 91. Die Gegenauffassung (*Gernhuber* (o. Fußn. 4), § 17, 1b; *E. Wolf*, Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, 1978, § 8 P II d) hält zu Unrecht für irrelevant, daß auch durch die Vollerfüllung das Schuldverhältnis nicht seine Erledigung findet, sondern als Grundlage für Gewährleistungs- und sonstige Sekundäransprüche sowie für sonstige nachwirkende Vertragspflichten fortwirkt; dieser Umstand begründet indes den „aufhebungsfähigen Restbestand“ der Vertragswirkungen.

¹² Die Ausführungen sogleich sub II. 3. b. zu dieser Frage gelten hierfür allerdings in gleicher Weise.

¹³ BGH, 30. 4. 1982 – V ZR 104/81 = BGHZ 83, 395 (397 f.) = JZ 1982, 600 (601 f.) = NJW 1982, 1639 = WM 1982, 715 = JR 1982, 459.

¹⁴ Vgl. RGZ 60, 398 (400); BGHZ 66, 270 (272) = JZ 1976, 714 (715) m. Anm. *M. Wolf*; *BayObLG RPfleg* 1977, 105; ebenso später BGHZ 85, 245 (249 f.); 127, 168 (172 f.); aus der neueren Literatur vgl. *Erman/Battes*, BGB, 9. Aufl. (1993), § 313 Rdnr. 38; *Flume* (o. Fußn. 4), § 33, 5; *Gernhuber* (o. Fußn. 4), § 17, 5; *Lehmann DNotZ* 1987, 145 f.; *Lindemann*, Wann unterliegt die Aufhebung bzw. Änderung von Verträgen der Form des § 313 S. 1 BGB?, 1988, S. 23 f.; *Heckschen*, Die Formbedürftigkeit mittelbarer Grundstücksgeschäfte, 1985, S. 64 f.; *Ludwig DNotZ* 1982, 622 f.; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 55. Aufl. (1996), § 313 Rdnr. 39; *Reinicke/Tiedtke* NJW 1982, 2281; *Soergel/Wolf*, § 313 Rdnr. 43; *Tiedtke* JZ 1994, 526; aus der älteren Literatur ebenso z. B. *Bett*, Formfragen bei Grundstücksveräußerungen (§ 313 BGB), Diss. Jena 1911, S. 40 (m.w.N. in Fußn. 2); *Gutbrod*, Der obligatorische Grundstücksveräußerungsvertrag, Diss. Tübingen 1904, S. 60; *Kress* (o. Fußn. 4), § 10, 3c; wohl auch *Siber JherJb* 70 (1921), 286 f.; a.A. zuletzt *Johae*, Der Formzwang für die Aufhebung, Teilaufhebung und Änderung formbedürftiger Schuldverträge, 1932, S. 42 f.

¹⁵ BGHZ 103, 175 (179); BGH NJW-RR 1988, 265; BGHZ 127, 168 (172 f.); ebenso *BayObLG DNotZ* 1989, 363; *OLG Düsseldorf DNotZ* 1990, 370; *OLG Hamm DNotZ* 1991, 149; *OLG Saarbrücken* NJW-RR 1995, 1105 (1106); aus der Literatur *Blum MittRhNotK* 1987, 217; *Brambring DNotZ* 1991, 150; *ders.*, in: *Hagen/Brambring*, Der Grundstückskauf, 5. Aufl. (1992), Rdnr. 63; *Dubischar*, in: *AK-BGB*, 1987 ff., § 313 Rdnr. 12; *Erman/Battes*, § 313 Rdnr. 48; *Hagen DNotZ* 1984, 270; *Heckschen* (o. Fußn. 14), S. 64 f.; *Kanzleiter*, in: *MünchKomm-BGB*, § 313 Rdnr. 16, 58; *Lindemann* (o. Fußn. 14), S. 38 ff.; *Ludwig DNotZ* 1982, 624; *Palandt/Heinrichs*, § 313 Rdnr. 40; *Müller MittRhNotK* 1988, 251; *Pohlmann DNotZ* 1993, 357; *Soergel/Wolf*, § 313 Rdnr. 43; *Soergel/Stürner*, § 225 Rdnr. 42; *Staudinger/Wufka*, § 313 Rdnr. 193; *Zeller*, Die Form-

Schuldrechts, 1929, § 10, 3a; *Siber JherJb* 70 (1921), 279 ff.; v. *Tuhr*, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II/1, 1914, S. 174 f.; einschränkend *Flume*, Allgemeiner Teil der Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 4. Aufl. (1992), § 33, 5. Die Motive aaO. (Fußn. 2) hatten dies noch verkannt und die einverständliche Aufhebung lediglich als kausale und in ein Gegenseitigkeitsverhältnis gebrachte Verfügung über die beiderseitigen Ansprüche angesehen.

⁵ Vgl. m. zahlr. Nachw. zuletzt *F. Ernst*, Aufhebungsverträge zur Beendigung von Arbeitsverhältnissen, 1993.

⁶ Etwa BGHZ 83, 395 ff. = JZ 1982, 600; BGHZ 103, 175 ff.; BGH NJW-RR 1988, 265; OLG Bremen DNotZ 1985, 769 f.; BayObLG DNotZ 1989, 363 f.; OLG Düsseldorf DNotZ 1990, 370 f.; OLG Hamm DNotZ 1991, 149 f.; OLG Saarbrücken NJW-RR 1995, 1105 ff.; OLG Köln NJW-RR 1995, 1107 ff.; vgl. auch VGH Mannheim NJW 1995, 2574.

⁷ Vgl. m.w.N. *Flume* (o. Fußn. 4), § 33, 5; *Gernhuber* (o. Fußn. 4), § 17, 3; *Thode*, in: *MünchKomm-BGB*, 3. Aufl. (1992 ff.), § 305 Rdnr. 20, 26; *Soergel/Wolf*, BGB, 12. Aufl. (1987 ff.), § 305 Rdnr. 54; *Staudinger/Löwisch*, BGB, 13. Bearb. (1993 ff.), § 305 Rdnr. 55, 70 f.; *Olzen*, ebd. Einl. §§ 362 ff. Rdnr. 47.

⁸ Dies ist unstreitig, vgl. aus der Rechtsprechung RG Recht 1914, Nr. 1806; LZ 1918, Sp. 835; RGZ 65, 390 (392); BGHZ 83, 395 (398) = JZ 1982, 600 (601); BGHZ 103, 175 (179); OLG Köln NJW-RR 1995, 1107 (1108).

⁹ Hierbei ist freilich Zurückhaltung geboten; daß die Parteien über einen längeren Zeitraum keine Anstalten machen, einen geschlossenen Vertrag durchzuführen, läßt jedenfalls bei Verträgen vom wirtschaftlichen Gewicht eines Grundstückskaufs keinesfalls mit hinreichender Konkludenz auf einen Aufhebungswillen schließen. Vgl. RG GruchBeitr 65 (1921), 595; *Gernhuber* (o. Fußn. 4), § 17, 5a.

¹⁰ Anders war dies nach klassischem römischem Recht, vgl. dazu *Knütel*, *Contrarius consensus*, 1968, S. 23 ff. und passim; ferner z. B. *Happek ArchBürgR* 35 (1910), 411 ff.

halb in dem für die Rechtssicherheit wichtigen Bereich der Formpflicht Klarheit geschaffen zu haben: Nur dann, aber zugleich immer dann, wenn der Käufer bereits zumindest ein Anwartschaftsrecht erworben hatte, sollte die Aufhebung des obligatorischen Grundstückskaufvertrags wiederum der notariellen Beurkundung bedürfen. Mit dieser Rechtssicherheit ist es jedoch vorbei, seit zwei Entscheidungen des V. und IX. Senats vom 30. 9. 1993 bzw. vom 7. 10. 1994 für beide Fallgruppen Konstellationen anerkannt haben, in denen die Aufhebung formfrei sein soll¹⁶. Dies gibt Anlaß, sich mit beiden Fragen erneut zu beschäftigen. Zunächst (sub II.) wird die Beurkundungsbedürftigkeit der Aufhebung nach vollzogener Übereignung behandelt. Sodann (sub III.) ist die Formbedürftigkeit der Aufhebung bei Bestehen eines Anwartschaftsrechts zu untersuchen.

II. Zur Formbedürftigkeit der Aufhebung nach vollzogener Übereignung

1. Die Entscheidung des V. Senats vom 7. 10. 1994

In seiner Begründung für die Formbedürftigkeit der Aufhebung nach vollzogener Übereignung hatte das Urteil des V. Senats des *BGH* vom 30. 4. 1982¹⁷ im Ergebnis nicht danach unterschieden, ob der Aufhebungsvertrag selbst die Verpflichtung zur Rückübereignung des Grundstücks enthalte oder nicht. Zwar sollte sich die Beurkundungspflicht nur im erstgenannten Fall unmittelbar aus § 313 S. 1 BGB ergeben. Falls sich die Rückübertragungspflicht dagegen nach Aufhebung des Kaufvertrags nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung richte, ergebe sich, so der V. Senat damals, der Zwang zur notariellen Beurkundung immerhin aus einer *entsprechenden* Anwendung des § 313 S. 1 BGB. Es sei kein sachlicher Grund ersichtlich, das Beurkundungserfordernis davon abhängig zu machen, ob die Vertragspartner die Rückübertragungspflicht in den Aufhebungsvertrag aufnehmen oder hiervon mit Rücksicht auf die nach der Aufhebung ohnehin bestehende gesetzliche Verpflichtung absähen.

In dem Bestreben, einen Widerspruch dieser Argumentation mit seiner ständigen Rechtsprechung zur Formfreiheit der Verpflichtung eines Auftragnehmers zur Beschaffung eines Grundstücks zu vermeiden – sie wird maßgeblich auf den Gedanken gestützt, eine *gesetzliche* Übereignungsverpflichtung wie die des Auftragnehmers aus § 667 BGB könne den Beurkundungszwang nicht auslösen¹⁸ –, hat der V. Senat in einem neuen Urteil vom 7. 10. 1994 diese Begründung nun in einem entscheidenden Punkt modifiziert¹⁹. Er meint, zwar wollten die Parteien den Ursprungsvertrag regelmäßig nach Vertragsrecht rückabwickeln, so daß dem Aufhebungsvertrag im Wege der Auslegung eine vertragliche Verpflichtung zur Rückgewähr des Erlangten zu entnehmen sei. Sofern die Parteien jedoch die Regelung der Rückgewähr den Vorschriften

bedürftigkeit nachträglicher Änderungen von Grundstückskaufverträgen, 1986, S. 127ff. Zur Gegenauffassung vgl. unten sub III.1.

¹⁶ *BGH*, 30. 9. 1993 – IX ZR 211/92 = JZ 1994, 524 m. Anm. *Tiedtke* S. 527 = NJW 1993, 3323 m. Anm. *Schäfer* = NJW 1994, 501 und *Müller-Michaels* NJW 1994, 2742 = EWIR 1994, 241 (*Tiedtke*) = LM § 675 BGB Nr. 194 m. Anm. *Lauda* = ZIP 1994, 634 m. Anm. *Ernst* S. 605; *BGH*, 7. 10. 1994 – V ZR 102/93 = *BGHZ* 127, 168 = NJW 1994, 3346 = LM H. 3/1995, § 313 BGB Nr. 137 (*Wolf*) = EWIR 1994, 1171 (*Limmer*).

¹⁷ *BGHZ* 83, 395 (397f.) = JZ 1982, 600f. – w.Nachw. o. Fußn. 14 –; zunächst bestätigt in *BGHZ* 85, 245 (249f.).

¹⁸ Vgl. insbes. *BGHZ* 85, 245 (248f.) m.w.N. aus der älteren Rspr.; zuletzt *BGH* WM 1994, 752 (754); *BGHZ* 127, 168, 170f.; zust. *Kanzleiter*, in: MünchKomm-BGB, § 313 Rdnr. 22; *Soergel/Wolf*, § 313 Rdnr. 42; *Staudinger/Wufka*, § 313 Rdnr. 90ff. Auch hiernach kann die Formpflicht freilich gleichfalls durch *zusätzlich* übernommene vertragliche Weiterveräußerungs- und/oder Erwerbsverpflichtungen der Vertragsparteien des Auftrags ausgelöst werden.

¹⁹ *BGHZ* 127, 168 (172f.) – w. Nachw. o. Fußn. 16 –.

des Bereicherungsrechts überlassen wollten, bestünde weder Anlaß noch Rechtfertigung, ihnen den Schutz des § 313 S. 1 BGB im Wege richterlicher Rechtsfortbildung von Rechts wegen aufzudrängen. In diesem Fall bedürfe der Aufhebungsvertrag deshalb nicht der notariellen Beurkundung.

2. Bewertung im Hinblick auf die Formzwecke

Indem diese neue Entscheidung des V. Senats den Vertragsparteien freistellt, die Rückabwicklung der ausgetauschten Leistungen ausdrücklich dem Bereicherungsrecht zu überlassen und hiervon das Nichteingreifen des § 313 S. 1 BGB abhängig macht, hebt sie nicht nur eine jahrzehntealte, im Ergebnis unangefochtene Rechtsprechung zur Beurkundungsbedürftigkeit des Aufhebungsvertrags aus den Angeln, sondern stellt eine zwingende Formvorschrift praktisch zur Disposition der Vertragsparteien. Denn da in vielen Fällen die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung den Interessen der Parteien dem ersten Anschein nach vollauf genügt, läßt sich bereits jetzt voraussagen, daß von dieser Möglichkeit, Notarkosten zu sparen, reichlich Gebrauch gemacht werden wird; nur, wer völlig arglos ist, wird noch Aufhebungsverträge schließen, in die eine konkludente Rückabwicklungsabrede hineininterpretiert werden kann. Die Ordnungsvorschrift des § 925a BGB, wonach der Notar die für den Übereignungsvollzug notwendige Rückauflassung nur dann beurkunden (§ 925 BGB) darf, wenn die nach § 313 S. 1 BGB erforderliche Urkunde über das Kausalgeschäft vorgelegt wird, hilft hier nicht; denn auf der Grundlage der Ansicht des *BGH* ist eine Beurkundung des Grundgeschäfts nach § 313 S. 1 BGB ja gerade *nicht* mehr erforderlich. Der Notar wird freilich auf diese Weise in die unerfreuliche Lage versetzt, anhand der Angaben der Parteien entscheiden zu müssen, ob der womöglich mündlich (und mit womöglich streitigem Wortlaut) abgeschlossene Aufhebungsvertrag mit hinreichender Deutlichkeit erkennen ließ, daß die Parteien erstrebten, die Rückabwicklung nicht selbst vertraglich zu regeln, sondern dem Bereicherungsrecht zu unterstellen; hierfür bedarf es ggf. ebenso schwieriger tatsächlicher wie subtiler rechtlicher Erwägungen. Verweigert der Käufer die Mitwirkung an der Rückabwicklung, so verlagern sich die gleichen Probleme auf das mit der Rückübereignungsklage des Verkäufers befaßte Gericht. Es liegt auf der Hand, daß dies der *Beweisfunktion* des Beurkundungserfordernisses widerspricht²⁰.

Nicht anders sieht es aus, was die Formzwecke der *Beratung* und des *Übereilungsschutzes* angeht. Der Käufer, der schon Eigentümer geworden war, bedarf des durch den Beurkundungszwang vermittelten Schutzes nicht weniger als der Veräußerer seiner bedurfte. Der Hinweis der V. Senats, „die Parteien“ seien nicht schutzwürdig, wenn sie die Rückabwicklung dem Bereicherungsrecht unterstellten, erscheint dabei recht blauäugig. Zu bedenken ist, daß der verhandlungsstärkeren oder besser beratenen Partei hier ein einfaches Mittel in die Hand gegeben wird, der schwächeren Partei die von ihr womöglich an sich nicht gewollten und sie unangemessen schlecht stellenden Bereicherungsrechtsfolgen aufzunötigen; die insoweit „paternalistische“ Grundtendenz des Formzwecks schließt dabei ein, daß der aktuelle Wille des Geschützten, diesen Schutz in Anspruch zu nehmen, nicht gefordert werden kann. Die für die Rückauflassung erforderliche Beurkundung nach § 925 BGB ist auch insoweit kein Äquivalent; denn der formlose Aufhebungsvertrag ist, folgt man dem

²⁰ Zu diesem und den übrigen Formzwecken des § 313 S. 1 BGB vgl. *Hagen* DNotZ 1984, 267f.; *Kanzleiter*, in: MünchKomm-BGB, § 313 Rdnr. 1f.; *Staudinger/Wufka*, § 313 Rdnr. 1f.; umfassend *Heckschen* (o. Fußn. 14), S. 31ff. m.w.N.

V. Senat, *bindend*, kann also durch nachträgliche Beratung nicht mehr „nachgebessert“ werden.

3. Bewertung im Hinblick auf die Wirkungen eines Aufhebungsvertrags

Der Umstand, daß die Formzwecke des § 313 S. 1 BGB die Anwendung der Vorschrift auch dann verlangen, wenn die Parteien die Vertragsrückabwicklung ausdrücklich dem Bereicherungsrecht unterstellen wollen, würde zwar, wie der V. Senat mit Recht feststellt, für sich genommen nicht für die Anwendung der Vorschrift genügen. Erforderlich ist vielmehr, daß sich die durch die Aufhebung begründete Rückübertragungsverpflichtung zugleich ihrer Rechtsnatur nach als *vertragliche* Verpflichtung darstellt. Wie im folgenden zu zeigen sein wird, ist das aber auch der Fall.

a) Beseitigung des Ursprungsschuldverhältnisses

Konstruktiv geht der V. Senat davon aus, daß der „Aufhebungsvertrag“ zunächst und notwendigerweise die vollständige Beseitigung des Ursprungsschuldverhältnisses enthalte; dies ist jedenfalls die Voraussetzung für ein Eingreifen des Bereicherungsrechts. Diese Anschauung entspricht allerdings auch der h.M.: Danach wird bei der Vertragsaufhebung das gesamte vertragliche Schuldverhältnis wieder aufgehoben; streitig ist unter den Vertretern dieser Auffassung lediglich, ob die Aufhebung eines bereits teilweise durchgeführten Vertrags bei entsprechendem Parteiwillen auch zurückwirken kann²¹. Die Rückabwicklung bereits erbrachter Leistungen richtet sich dieser Auffassung zufolge grundsätzlich nach Bereicherungsrecht; sie sieht durch die Aufhebung des Kaufvertrags den rechtlichen Grund für die erbrachten Leistungen – sei es rückwirkend, sei es *ex nunc* – entfallen²². Dies schließt zwar die zusätzliche Begründung vertraglicher Rückübertragungspflichten nicht aus; sie sollen aber, einen entsprechenden Parteiwillen vorausgesetzt, nur *neben* die (fortan subsidiären) Bereicherungsansprüche treten²³.

b) Umgestaltung des Ursprungsschuldverhältnisses in ein vertragliches Rückabwicklungsschuldverhältnis

Eine Kritik dieser konstruktiven Vorstellungen hat zunächst bei der Annahme anzusetzen, daß die Parteien ein Schuldverhältnis „mit Rückwirkung“ wieder aus der Welt schaffen könnten. Diese Möglichkeit ist ihnen von Rechts wegen versagt²⁴: Der Vertrag hat nun einmal in der Vergangenheit das Verhalten der Parteien bestimmt; jede Rückwirkung kann daher nur eine Fiktion sein. Eine solche Fiktion kann aber nur das Gesetz anordnen; anders als im Fall der Anfechtung vertragsbegründender Erklärungen wegen eines Willensmangels

²¹ Für diese Möglichkeit zumindest verbal *BGH NJW* 1978, 2198; *Enneccerus/Lehmann* (o. Fußn. 11), § 74 I 3; *Happek ArchBürgR* 35 (1910), 417; *Kress* (o. Fußn. 4), § 10, 3b; v. *Feldmann*, in: *MünchKomm-BGB*, § 397 Rdnr. 15; *Thode*, ebd. § 305 Rdnr. 37; *Ballhaus*, in: *BGB-RGRK*, § 305 Rdnr. 4; *Soergel/Wolf*, § 305 Rdnr. 55; *Soergel/Zeiss*, § 397 Rdnr. 7; *Stadler*, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, 1996, S. 204 ff.; *Staudinger/Wolf*, § 305 Rdnr. 68. Es ist freilich zu vermuten, daß hiermit zumeist nur die – außer Zweifel stehende – Möglichkeit gemeint sein soll, schuldrechtliche (Rückgewähr-)Pflichten zu vereinbaren, die die Parteien so stellen sollen, „als ob“ nie ein Vertrag zustande gekommen wäre.

²² *Erman/Westermann*, § 397 Rdnr. 3; *Enneccerus/Lehmann* (o. Fußn. 11), § 74 I 3; *Johae* (o. Fußn. 14), S. 37 ff., 43; *Kress* (o. Fußn. 4), § 10, 1c, 3b; v. *Feldmann*, in: *MünchKomm-BGB*, § 397 Rdnr. 15; *Reinicke/Tiedtke NJW* 1982, 2281; *Siber JherJb* 70 (1921), 285 f. Nach *Soergel/Wolf*, § 305 Rdnr. 55; *Soergel/Zeiss*, § 397 Rdnr. 7; *Staudinger/Olzen*, Einl. §§ 362 ff. Rdnrn. 50 ff., 52, stehen beide Möglichkeiten den Parteien alternativ zur Wahl („Auslegungsfrage“).

²³ Dies betonen *RG LZ* 1933, Sp. 1456; *Happek ArchBürgR* 35 (1910), 426 ff.; *Larenz* (o. Fußn. 4), § 19, IIb; *Staudinger/Kaduk*, § 397 Rdnr. 93.

²⁴ Gegen die Möglichkeit einer echten Rückwirkung namentlich *Gernhuber* (o. Fußn. 4), § 17, 4; v. *Tubr* (o. Fußn. 4), S. 281, 175; *Wolf* (o. Fußn. 11), S. 425; unklar *Larenz* (o. Fußn. 4), § 19 IIb.

(§ 142 I BGB) gibt es hier jedoch keine gesetzliche Norm, die es ermöglichen würde, eine Rückwirkung der Vertragsaufhebung immerhin zu fingieren. Die Parteien können deshalb lediglich die durch das Schuldverhältnis begründeten Verbindlichkeiten durch dessen Aufhebung für die Zukunft zum Erlöschen bringen und bestimmen, ob die in der Vergangenheit bereits erbrachten beiderseitigen Leistungen dem Empfänger verbleiben sollen oder ob sie rückabgewickelt werden sollen²⁵.

Eine vollständige „Aufhebung“ des Schuldverhältnisses i.w.S. geschieht freilich nicht einmal *ex nunc*, also mit Wirkung für die Zukunft: Die Einwirkung auf den bereits teilweise erfüllten Kaufvertrag besteht nicht in dessen vollständiger Beseitigung, sondern vielmehr in dessen Umwandlung in ein vertragliches Rückabwicklungsschuldverhältnis. Denn bei der einverständlichen Vertragsaufhebung muß zunächst die Frage geklärt werden, ob eine Rückabwicklung überhaupt stattfindet oder ob die in der Vergangenheit bereits erbrachten beiderseitigen Leistungen dem Empfänger verbleiben sollen. Dies ist, wovon auch der *BGH* und die h.M. ausgehen, durch Auslegung der Parteiabreden zu beantworten²⁶. Damit ist die Regelung der Rückabwicklung aber mit Notwendigkeit *vertraglicher* Natur; sie findet statt, wenn und soweit die Parteien dies *wollen*. Im allgemeinen macht diese Feststellung des Parteiwillens auch keine Probleme; der Fall, daß die Parteien hierüber keine Vorstellungen haben bzw. diese nicht im Wege einfacher oder ergänzender Vertragsauslegung zu ermitteln sind, ist kaum denkbar. Die Frage ist aber jedenfalls *allein* aus dem durch Auslegung zu ermittelnden Parteiwillen zu beantworten; eine Antwort mit begrifflicher Notwendigkeit aus der „Vertragsaufhebung“ als solcher zu folgern, ist nicht möglich²⁷. Eine durch Auslegung ermittelte Regelung zumindest des „Ob“ einer Rückabwicklung ist deshalb als *essentialium negotii* notwendiger Bestandteil des Aufhebungsvertrags²⁸. Eine Aufhebung des bereits teilweise erfüllten Vertrages geschieht also entgegen dem üblichen Sprachgebrauch niemals durch den bloßen *contrarius consensus*. Der „Aufhebungsvertrag“ enthält vielmehr notwendigerweise eine Abrede über das Schicksal der erbrachten Leistungen und damit, soweit die Parteien die Rückabwicklung wollen²⁹, zugleich den *contrarius actus*. Entscheiden die Parteien sich für die Rückabwicklung, so findet diese deshalb niemals kraft Gesetzes, sondern kraft übereinstimmenden Parteiwillens statt.

Damit ist für den Aufhebungsvertrag ein Wandel der Betrachtungsweise nachzuholen, der sich für die *einseitige* Vertragsaufhebung, also den Rücktritt, schon vor geraumer Zeit vollzogen hat. Auch die Rücktrittswirkungen sah man bekanntlich ursprünglich in einer rückwirkenden – später: einer *ex nunc* wirkenden – Aufhebung des Schuldverhältnisses als

²⁵ Im zuletzt genannten Fall kann man deshalb von „obligatorischer Rückwirkungsvereinbarung“ sprechen, vgl. *Bork*, *Der Vergleich*, 1988, S. 140 ff. m.w.N.

²⁶ Zwar wird bei Verträgen auf einmalige Leistung die Rückabwicklung die Regel sein; auch hier ist freilich eine Abrede denkbar, daß der Verkäufer eine bereits geleistete Anzahlung als Kompensation behalten darf, wenn der Vertrag auf Wunsch des Käufers aufgelöst wird. Auch bei Sukzessivlieferungsverträgen werden die Parteien bereits erbrachte Leistungen in aller Regel nicht schuldrechtlich rückabwickeln wollen.

²⁷ Insoweit zutreffend bereits die Motive, bei *Mugdan* (o. Fußn. 2), Bd. II, S. 44: „Für den Fall, daß der Vertrag diesfalls schweigt, kann eine subsidiäre Rechtsnorm nicht aufgestellt werden. . . . Wie es mit der Erstattungspflicht sich verhält, muß in jedem konkreten Fall der Inhalt des Vertrages ergeben, und, wenn dieser dunkel oder lückenhaft ist, im Wege der Auslegung unter Würdigung der besonderen Umstände ermittelt werden.“

²⁸ Zutr. *Lehmann DNotZ* 1987, 146.

²⁹ Soweit die Parteien die Rückabwicklung *nicht* wollen, bleibt das Schuldverhältnis als „Organismus“ gleichfalls bestehen (und werden nur die Leistungspflichten aufgehoben): das Schuldverhältnis wandelt seinen Inhalt in diesem Fall in eine Rechtsgrundabrede, kraft derer die Parteien das Geleistete auch in Zukunft mit Rechtsgrund behalten dürfen.

ganzen, an dessen Stelle für den Fall rückabzuwickelnder Leistungen ein Legalschuldverhältnis nach den §§ 346 ff. BGB treten und das (subsidiär anwendbar bleibende) Bereicherungsrecht verdrängen sollte³⁰. Heute dagegen hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, daß der Rücktritt das Vertragsverhältnis nur modifiziert und in ein Abwicklungsverhältnis umwandelt³¹. Diese Erkenntnis ist – jedenfalls soweit bereits Erfüllungsleistungen erbracht worden waren – für die vertragliche „Aufhebung“ des Schuldverhältnisses nicht minder gültig als für den einseitigen Rücktritt. Denn hier besteht in gleicher Weise das Bedürfnis nach einem Fortbestand der vertraglichen Schutz- und Treuepflichten während der Rückabwicklung, nach dem synallagmatischen Verhältnis der beiderseitigen Rückabwicklungspflichten³² und nach dem Bestehenbleiben gegebener Sicherheiten ebenso wie bereits entstandener vertraglicher Schadensersatzansprüche. Die Aufhebung betrifft deshalb auch dann, wenn eine Rückabwicklung bereits erbrachter Leistungen angestrebt wird, nicht den Bestand des Schuldverhältnisses, sondern nur seinen Inhalt: Die ursprünglich vereinbarten Leistungspflichten erlöschen, soweit sie noch nicht erfüllt waren; zugleich entstehen innerhalb des als Organismus fortbestehenden Schuldverhältnisses die neuen Rückgewährverpflichtungen³³.

Hier von zu unterscheiden ist die Frage des „Wie“ dieser vertraglichen Rückabwicklung, also das Problem, nach welchen Regeln sich die Rückabwicklung im einzelnen zu vollziehen hat, soweit der Vertrag hierzu schweigt (insbesondere, wie sich die Haftung für Schäden an den zurückzugewährenden Sachen bestimmt). Nach dem zuvor Ausgeführten wäre es eindeutig vorzugswürdig, sich hierfür – wenn auch mit Modifikationen – an den gesetzlichen Rücktrittsvorschriften zu orientieren³⁴. Für die Rechtsnatur des Rücküberweisungsanspruchs als eines *vertraglichen* Anspruchs, die an dieser Stelle allein von Interesse ist, ist dies freilich richtiger Auffassung nach irrelevant³⁵: Diese vertragliche Rechtsnatur ist in gleicher Weise gegeben, wenn man für den Fall fehlender verwertbarer Hinweise im Vertrag die Rechtsfolgen der Rückabwicklung im einzelnen dem Bereicherungsrecht entnehmen wollte, sei es, weil man dies generell für interessengerecht hielte, sei es, weil sich im Einzelfall feststellen ließe, die Parteien hätten – wie es der *BGH* nun formuliert – „die Regelung der Rückgewähr den Vorschriften des Bereicherungsrechts überlassen wollen“. Denn dies wäre dann lediglich eine vertragliche Verweisung auf die Rechtsfolgen des Bereicherungsrechts (§§ 818 ff. BGB), die dadurch ihre Eigenschaft, eine ihrer

Rechtsnatur nach vertragliche Verbindlichkeit zu sein, nicht verlieren würden: Eine Möglichkeit, einerseits kraft übereinstimmenden Parteiwillens bestimmte Rechtsfolgen festzulegen, zugleich aber zu bestimmen, diese seien „als gesetzliche“ und nicht als vertragliche gewollt, besteht schon logisch nicht; es ist aber auch die rechtliche Möglichkeit nicht anzuerkennen, sich den spezifisch vertraglichen Treue- und Rücksichtnahmeverpflichtungen auf diese Weise zu entziehen.

c) Folgerungen für die Formpflicht

Nach der hier befürworteten Auffassung von den konstruktiven Wirkungen der „Vertragsaufhebung“ stellt die Einwirkung auf das Ursprungsschuldverhältnis keine Beseitigung *in toto* dar, sondern nur eine Umgestaltung: Die in die Zukunft weisenden Leistungspflichten werden aufgehoben und, soweit von den Parteien erwünscht, ersetzt durch eine Verpflichtung zur Rückübertragung des bereits Geleisteten. § 313 S. 1 BGB findet deshalb auf diese Vereinbarung unmittelbar Anwendung. Daß die Vertragsänderung auf bereits entstandene Ansprüche der Vertragsparteien einwirkt und deshalb insoweit zugleich ein *Verfügungsgeschäft* des jeweiligen Rechtsinhabers darstellt³⁶, tut dem keinen Abbruch; denn entscheidend für das Eingreifen der Formvorschrift muß sein, daß sich die Umgestaltung des ursprünglichen Schuldverhältnisses *unmittelbar* in der Entstehung neuer vertraglicher, hinsichtlich des Grundstücks auf Rücküberweisung gerichteter *Verpflichtungen* auswirkt.

Selbst wenn man aber konstruktiv der Auffassung der h.M. und des *BGH* folgen wollte, so wäre doch im Ergebnis eine Beurkundungspflicht gleichwohl zu bejahen. Es ist auch von denjenigen, die den Rücküberweisungsanspruch allein bereicherungsrechtlich begründet sahen, geltend gemacht worden, die Formvorschrift müsse gleichwohl zur Vermeidung von Umgehungen *entsprechend* angewandt werden³⁷. Dem ist zu folgen. Zwar hätte auch die Aufhebung des Kaufvertrags als ganzen an sich den Charakter eines *Verfügungsgeschäfts* hinsichtlich der beiderseitigen Erfüllungsansprüche³⁸. Sie bewirkte jedoch, soweit eine der Parteien in Erfüllung des Kaufvertrags bereits etwas erlangt hatte, auch bei dieser Betrachtungsweise eine *Verpflichtung* zur Rückübertragung des Erlangten. Daß diese sich hiernach erst aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 I 2 1. Alt. BGB) ergäbe, würde nur insofern etwas ändern, als sie ggf. nurmehr *mittelbar* auf die Aufhebungsvereinbarung zurückginge. Auch vertragliche Vereinbarungen, die nur mittelbar eine Überweisungspflicht begründen, können aber als „mittelbare Grundstücksgeschäfte“ anerkanntermaßen dem Beurkundungszwang nach § 313 S. 1 BGB unterliegen³⁹. Im Hinblick auf das zuvor zu den Formzwecken Ausgeführte müßte deshalb die vorliegende Konstellation gleichfalls als formbedürftiges mittelbares Grund-

³⁰ St. Rspr. seit *RGZ* 54, 98 (100); 61, 128 (132); zuletzt *BGH* JZ 1952, 527 (529); weitere Nachweise bei *Leser*, Der Rücktritt vom Vertrag, 1975, S. 157 ff.; s. auch Protokolle, bei *Mugdan* (o. Fußn. 2), Bd. II, S. 673.

³¹ *BGHZ* 88, 46 (48 f.) = JZ 1984, 419 (dazu *Huber*, S. 409); *BGH* NJW 1990, 2068 (2069); *Larenz* (o. Fußn. 4), § 26a; *Leser* (o. Fußn. 30), S. 157 ff.; *Janßen*, in: MünchKomm-BGB, Vor § 346 Rdnr. 46; *Palandt/Heinrichs*, Vor § 346 Rdnr. 2; *Soergel/Hadding*, Vorb. § 346 Rdnr. 4; *Staudinger/Kaduk*, 12. Aufl. (1978 ff.), Vorb. § 346 Rdnrn. 14, 19; *Stoll* AcP 131 (1929), 141 ff., 183 f.

³² Richtiger, wenngleich stark bestrittener Auffassung nach sind die §§ 323 f. BGB bereits beim Rücktritt in modifizierter Form anwendbar (vgl. *Leser* [o. Fußn. 30], S. 213 ff.); für das Aufhebungsschuldverhältnis gilt dies erst recht.

³³ Im Ergebnis wohl übereinstimmend *RG* LZ 1933, Sp. 1456; *Flume* (o. Fußn. 4), § 33, 5; *Gernhuber* (o. Fußn. 4), § 17, 4; *Lehmann* DNotZ 1987, 145 f.; *Wolf* (o. Fußn. 11), S. 425; v. *Tuhr* (o. Fußn. 4), S. 28 f., 175.

³⁴ Vgl. *Gernhuber* (o. Fußn. 4), § 17, 4; ausführlich bereits *Happeke* ArchBürgR 35 (1910), 426 ff. (freilich unter seiner Prämisse, daß die Ansprüche aus § 346 und § 812 BGB *nebeneinander* stünden).

³⁵ Dies gilt freilich ebenso für die Begründung der h.M. zur Formlosigkeit des Erwerbssauftrags (o. Fußn. 18). Daß sich deren *Ergebnis* nicht halten ließe, ist damit nicht gesagt; jedoch muß man m.E. hierfür anerkennen, daß es sich nur um eine *teleologische Reduktion* des § 313 S. 1 BGB für die Fälle des „Durchgangserwerbs“ handeln kann, und deren methodische Voraussetzungen zu begründen versuchen.

³⁶ Vgl. *RGZ* 136, 395 (399); *Bork* (o. Fußn. 25), S. 71 ff.; *Thode*, in: MünchKomm-BGB, § 305 Rdnrn. 8, 28; *Siber* JherJb 70 (1921), 278 f.; v. *Tuhr* (o. Fußn. 4), S. 100 Fußn. 61, 257.

³⁷ So insbes. *Hagen* DNotZ 1984, 270; *Kress* (o. Fußn. 4), § 10, 3c; *Ludwig* DNotZ 1982, 623; *Pohlmann* DNotZ 1993, 355; *Reinicke/Tiedtke* NJW 1982, 2281; *Siber* JherJb 70 (1921), 286 f.; *Staudinger/Wufka*, § 313 Rdnr. 194; vgl. ferner noch *BGHZ* 83, 395 (397 f.) = JZ 1982, 600 f.; anders nur *Johae* (o. Fußn. 14), S. 43.

³⁸ *Gernhuber* (o. Fußn. 4), § 17, 2a; *Larenz* (o. Fußn. 4), § 19, IIb; *Thode*, in: MünchKomm-BGB, § 305 Rdnr. 28; *Wolf* (o. Fußn. 11), S. 245 m. Fußn. 183.

³⁹ Vgl. *Heckschen* (o. Fußn. 14), S. 79 ff. und passim; ferner *Kanzleiter*, in: MünchKomm-BGB, § 313 Rdnr. 35; *Staudinger/Wufka* § 313 Rdnrn. 111 ff. Es ist freilich schon häufig geltend gemacht worden, daß sich auch die Rechtsprechung zur Formlosigkeit des Erwerbssauftrags (Nachw. in Fußn. 18) unter diesem Gesichtspunkt nicht halten läßt, vgl. *Brüggemann*, Beurkundungszwang bei Durchgangseigentum im Rahmen einer Geschäftsbesorgung, 1987, S. 38 ff.; *Heckschen* (o. Fußn. 14), S. 60 ff.; *Linden* MittBayNot 1981, 169 ff.; *Schwanecke* NJW 1984, 1586.

stücksgeschäft anerkannt werden⁴⁰. Hierfür spricht nicht zuletzt, daß ohne diesen Gedanken auch die Formunwirksamkeit des Aufhebungsvertrags für den vom *BGH* hervorgehobenen Anwendungsfall, daß zusätzlich eine ausdrückliche vertragliche Rückgewährverpflichtung übernommen wurde, nicht folgerichtig durchzuführen wäre. Denn wenn es zuträfe, daß nur eine zusätzlich vereinbarte vertragliche Rückgewährverpflichtung der Beurkundungspflicht unterläge, so würde die Formunwirksamkeit dieser zusätzlichen Verpflichtung die selbständig daneben stehende verfügende Aufhebung des Kaufvertrags nicht betreffen können; diese müßte deshalb wirksam bleiben und dazu führen, daß die von den Parteien gewollte Rückabwicklung des Kaufvertrags gleichwohl stattfindet (wenn auch kraft Bereicherungsrechts und nicht mehr nach Maßgabe der vereinbarten Rückübertragungspflicht⁴¹).

4. Folgerungen aus der Existenz formfreier einseitiger Aufhebungsrechte

Zu berücksichtigen ist freilich noch, daß dem Abschluß eines Aufhebungsvertrags nicht selten Fallgestaltungen zugrunde liegen, in denen eine Vertragspartei – z. B. gemäß § 326 I BGB – alternativ auch den Rücktritt vom Vertrag hätte erklären oder eine Rückabwicklung im Rahmen des sog. „großen“ Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung hätte verlangen können (darüber hinaus kommen auch die Anfechtung wegen eines Willensmangels oder die Wandlung wegen eines Sachmangels in Betracht). Dieser Rücktritt hätte als einseitige rechtsgestaltende Willenserklärung nach ganz herrschender Ansicht nicht der Form des § 313 S. 1 BGB bedürft⁴²; für das Schadensersatzverlangen kann dann nichts anderes gelten⁴³. Hieraus wird bisher einhellig abgeleitet, ein Vertrag, in dem sich der Rücktrittsgegner vergleichsweise mit der Rückabwicklung einverstanden erkläre, sei ebenfalls nicht formbedürftig⁴⁴; auch dies müßte konsequent für den großen Schadensersatzanspruch in gleicher Weise gelten. In den neueren Entscheidungen zum Aufhebungsvertrag taucht dieser Gesichtspunkt allerdings nicht auf; m. E. im Ergebnis zu Recht.

⁴⁰ Vgl. *Lehmann* DNotZ 1987, 146f.; *Staudinger/Wufka*, § 313 Rdnrn. 190, 193f.

⁴¹ Zwar ist der „Aufhebungsvertrag“ trotz des Verfügungscharakters zumindest in aller Regel *kausal*, trägt also eine obligatorische Rechtsgrundabrede in sich, vgl. *Gernhuber* (o. Fußn. 4), § 17, 3; *Fikentscher*, Schuldrecht, 8. Aufl. (1992), Rdnr. 298; *Weber*, in: *BGB-RGRK* § 397 Rdnr. 3; *Staudinger/Olzen*, Einl. §§ 362ff. Rdnr. 45; *Staudinger/Kaduk*, 12. Aufl., § 397 Rdnr. 90; a. A. (stets *abstrakt*) *Thode*, in: *MünchKomm-BGB*, § 305 Rdnrn. 6, 8, 8a, 28. Sieht man den Inhalt des „Aufhebungsvertrags“, wie hier vertreten, in einer *Umgestaltung* des Schuldverhältnisses (Schuldänderungsvertrag), gilt insoweit nichts anderes; vgl. hierzu m. w. N. *Bork* (o. Fußn. 25), S. 86. An der Formfrage ändert dies nichts: Selbst wenn man diese Rechtsgrundabrede gleichfalls als mittelbares Grundstücksgeschäft entsprechend § 313 S. 1 BGB für formwirksam erklärte, würde infolge des Abstraktionsprinzips die verfügende Aufhebung des Kaufvertrags hierdurch nicht unwirksam, sondern nur kondizierbar.

⁴² *Ballhaus*, in: *BGB-RGRK*, § 313 Rdnr. 89; *Bett* (o. Fußn. 14), S. 25ff.; *Kanzleiter*, in: *MünchKomm-BGB*, § 313 Rdnr. 28; *Müller MittRhNotK* 1988, 252; *Palandt/Heinrichs*, § 313 Rdnr. 17; *Staudinger/Wufka*, § 313 Rdnr. 94; *Wufka* DNotZ 1990, 354f.; *Zeller* (o. Fußn. 15), S. 149; zweifelnd allerdings nun *Heckschen* (o. Fußn. 14), S. 65f. (zur Wandlung, m. w. N. in Fußn. 173); *Lehmann* DNotZ 1987, 144f.; *Ludwig* DNotZ 1982, 624.

⁴³ Ein Problem, auf das hier nicht weiter eingegangen werden kann, liegt freilich in der zunächst fehlenden *Bindung* an das „große“ Schadensersatzverlangen; der Gläubiger kann deshalb zunächst ohne weiteres zum „kleinen“ Schadensersatz – der den Vertrag bestehen läßt – übergehen. Indes ist dies richtigerweise (vgl. *Leser* [o. Fußn. 30], S. 218, 273ff.; a. A. insbes. die Rspr., etwa *BGH* WM 1982, 1384 [1386]; 1984, 1095 [1096]; *NJW* 1988, 2978) beim Rücktritt nicht anders zu beurteilen.

⁴⁴ *Ballhaus*, in: *BGB-RGRK*, § 313 Rdnr. 89; *Kanzleiter*, in: *MünchKomm-BGB*, § 313 Rdnr. 28; *Müller MittRhNotK* 1988, 252; *Palandt/Heinrichs*, § 313 Rdnr. 17. Die Frage ist in der Rechtsprechung bislang nicht entschieden; das Urteil *RGZ* 137, 294 (296), auf das in der Literatur Bezug genommen wird, betrifft mit dem *Wandelungsvertrag* einen Sonderfall; s. dazu gleich im Text.

Formfrei kann das „Einverständnis“ nur sein, wenn es im Hinblick auf die Rückabwicklung keinerlei konstitutive Bedeutung haben soll, sondern nur die Unterwerfung des Schuldners unter die ohnehin eingetretenen gesetzlichen Verpflichtungen zum Ausdruck bringt; hierunter fällt auch das Einverständnis des Verkäufers mit der Wandlung, da der Verkäufer unter den Voraussetzungen der §§ 459ff. BGB zur Zustimmung *verpflichtet* ist und der Käufer sein Wahlrecht, die Kaufsache zurückzugeben, auch gegen den Willen des Verkäufers durchsetzen kann⁴⁵. Soll dagegen die Rückabwicklungsvereinbarung nach der Vorstellung der Parteien selbständige Bedeutung haben, also etwa den Rücktrittsgrund außer Streit stellen oder andere als die gesetzlichen Rechtsfolgen ausbedingen, so ist die Vereinbarung als solche⁴⁶ selbst dann formnichtig, wenn der Gläubiger das Recht zur formlosen einseitigen Vertragsaufhebung gehabt hätte⁴⁷.

Festzuhalten ist mithin, daß die Aufhebung des Grundstückskaufvertrags nach erfolgtem Eigentumsübergang stets der Form des § 313 S. 1 BGB bedarf.

III. Zur Formbedürftigkeit der Aufhebung bei Bestehen eines Anwartschaftsrechts

Nach ständiger Rechtsprechung erstarkt eine konkrete Erwerbsaussicht („Anwartschaft“) bekanntlich dann zum selbständig verkehrsfähigen, dem Vollrecht wesensgleichen „Anwartschaftsrecht“, wenn von dem mehraktigen Entstehungstatbestand eines Rechts so viele Erfordernisse erfüllt sind, daß der Erwerber eine gesicherte Rechtsstellung erlangt hat, der Veräußerer also den Vollrechtserwerb nicht mehr einseitig verhindern kann⁴⁸. Eine solche gesicherte Rechtsposition wird dem Grundstückserwerber immer dann zugebilligt, wenn die Auflassung erklärt war⁴⁹ und er entweder selbst den Eintragungsantrag gestellt hat⁵⁰ oder zu seinen Gunsten eine Übereignungsvormerkung eingetragen⁵¹ bzw. – in Kombina-

⁴⁵ Zutreffend *Westermann*, in: *MünchKomm-BGB*, § 465 Rdnr. 5; *Soergel/Huber*, § 462 Rdnr. 46.

⁴⁶ In Betracht kommt freilich, den formunwirksamen Aufhebungsvertrag in eine nicht formbedürftige Rücktrittserklärung *umzudeuten* (§ 140 BGB). Indes hat der Rücktrittsberechtigte von dieser Alternativmöglichkeit ausdrücklich keinen Gebrauch gemacht, z. B. deshalb, weil er sich in dem Aufhebungsvertrag ausbedingen wollte, einen Teil der auf den Kaufpreis geleisteten Anzahlung als Schadensersatz einbehalten zu dürfen. Ein entsprechender Wille des Verkäufers, die Rückabwicklung des Vertrags auch ohne dieses Kompensationselement herbeizuführen, kann deshalb in solchen Fällen im Zweifel nicht angenommen werden (a. A. *Ernst* ZIP 1994, 608).

⁴⁷ Vgl. auch *BGH* LM § 313 BGB Nr. 5 (Vergleich); *RGZ* 94, 147 (152); 109, 22 (26f.); *BGH* WM 1966, 656f. (Neuübernahme einer bereits bestehenden Verpflichtung); *RGZ* 127, 298 (Anerkenntnis bestehender Verpflichtung).

⁴⁸ Vgl. *BGHZ* 18, 16 (21); 37, 319 (321); 45, 186 (188f.); 49, 197 (201); 83, 41 (44); 83, 395 (399) = *JZ* 1982, 600 (601).

⁴⁹ Daß die Auflassung bereits stattgefunden hatte, ist nach der Rspr. Mindestvoraussetzung, vgl. *BGHZ* 89, 41 (45); 103, 175 (179); *BGH* WM 1989, 220 (221). Für *ausreichend* halten die Auflassung zuletzt *Reinicke/Tiedtke* NJW 1982, 2282ff.

⁵⁰ *BGHZ* 45, 186 (190f.); 49, 197 (200); *BGH* WM 1975, 255 (256); ebenso aus neuerer Zeit *BGHZ* 89, 41 (45); 103, 175 (179); 106, 108 (111f.); *BGH* NJW-RR 1988, 265; *BGH* JZ 1991, 1086; v. *Schweinitz*, in: *AK-BGB*, 1987, § 925 Rdnr. 54; *Baur/Stürmer*, Sachenrecht, 16. Aufl. (1992), § 19 B I 2; *Kanzleiter*, in: *MünchKomm-BGB*, 2. Aufl. (1984ff.), § 925 Rdnr. 34; *Hager* JuS 1991, 3f.; *Schwab/Prütting*, Sachenrecht, 15. Aufl. (1994), § 29 VI 1b. Ohne daß dies ausdrücklich ausgesprochen wird, dürfte allerdings zusätzlich die verfahrensrechtliche Eintragungsbewilligung des Verfügenden zu fordern sein (*Staudinger/Pfeifer*, § 925 Rdnrn. 134ff.); jedoch führt dies zu keinem abweichenden Ergebnis, da die Bewilligung in aller Regel im Wege der Auslegung der materiell-rechtlichen Einigung entnommen werden kann.

⁵¹ *BGHZ* 83, 395 (399) = *JZ* 1982, 600 (601); *BGHZ* 89, 41 (44f.); 106, 108 (111); *Baur/Stürmer* (o. Fußn. 50), § 19 B I 2; *Kanzleiter*, in: *MünchKomm-BGB*, § 925 Rdnr. 34; *Schwab/Prütting* (o. Fußn. 50), § 29 VI 1c; *Schwerdtner* Jura 1980, 612; *Soergel/Stürmer*, § 873 Rdnr. 14; insoweit wohl auch *Medicus* DNotZ 1991, 281f.

tion beider Möglichkeiten – von ihm beantragt worden war⁵². Für diesen Fall war nun, wie gesehen, im Anschluß an das Urteil des V. Senats vom 30. April 1982 bisher die Auffassung herrschend, § 313 S. 1 BGB sei auf den Aufhebungsvertrag entsprechend anzuwenden (s. oben sub I. a.E.).

1. Die Entscheidung des IX. Senats vom 30. 10. 1993

Die Gegner dieser Auffassung⁵³ machten demgegenüber geltend, es fehle bereits an der für eine Analogie erforderlichen übereinstimmenden Interessenlage: Das Anwartschaftsrecht solle den Käufer vor allem gegen den Erwerb beeinträchtigende Handlungen des Veräußerers sichern; ein Bedürfnis nach Übereilungsschutz, der sich letztlich gegen den Erwerber selbst richte, sei daraus nicht abzuleiten. Eingewandt wurde ferner, der Beurkundungszwang für den Aufhebungsvertrag sei jedenfalls sinnlos, da er leicht zu umgehen sei: Sofern die Parteien *erst* das Anwartschaftsrecht aufheben und *danach* einen Aufhebungsvertrag schließen, sei dieser notwendig formfrei⁵⁴. Selbst wenn man aber § 313 S. 1 BGB hier grundsätzlich entsprechend anwenden wolle, wirke sich dies im allgemeinen nicht aus, da durch einen solchen Vertrag das Anwartschaftsrecht bereits ohne weiteres erlösche. So komme in der Aufhebung des Kaufvertrags zum Ausdruck, daß die Parteien nicht mehr die Übereignung des Grundstücks erstrebten. Damit sei aber auch die Auflassung aufgehoben worden – dies ist für sich genommen nach h.M. formlos möglich⁵⁵ –; folglich sei auch das Anwartschaftsrecht untergegangen und der gleichzeitige Aufhebungsvertrag deshalb formfrei⁵⁶. Sofern der Erwerb des Anwartschaftsrechts auf der Eintragung einer Vormerkung beruhe, werde es gleichfalls unmittelbar durch die Aufhebung des Kaufvertrags zum Erlöschen gebracht, da die Vormerkung sofort untergehe⁵⁷. In beiden Fällen müsse der Aufhebungsvertrag nach den Formzwecken des § 313 S. 1 BGB formfrei sein, da keine Übereilungsgefahr wie im Falle des Eingehens einer erst später zu erfüllenden Verpflichtung mehr bestehe⁵⁸.

Bemerkenswerterweise erkennt nun auch der IX. Senat des BGH in seiner Entscheidung vom 30. 9. 1993⁵⁹ diese Möglichkeit an. Da „kein ersichtlicher Grund (bestanden habe), die Auflassung von dieser Rückgängigmachung auszunehmen“,

⁵² Vgl. *OLG Düsseldorf* Rpfleger 1981, 199 (200); *Erman/Hagen*, § 925 Rdnr. 41; *Lehmann* DNotZ 1987, 143; *Ludwig* DNotZ 1982, 625; *Kanzleiter*, in: MünchKomm-BGB, § 925 Rdnr. 34; *Palandt/Bassenge*, § 925 Rdnr. 20.

⁵³ *Brox*, Allgemeines Schuldrecht, 23. Aufl. (1996), Rdnr. 43; *Medicus*, Bürgerliches Recht, 17. Aufl. (1996), Rn. 469a; *Müller-Michaels* NJW 1994, 2743; *Reinicke/Tiedtke* NJW 1982, 2281; *Augustin*, in: BGB-RGRK, 12. Aufl. (1974ff.), § 873 Rdnr. 120; *Ballhaus*, ebd., § 313 Rdnr. 83; *Tiedtke* DB 1991, 2273; *ders.* JZ 1994, 527f.; *Walter*, Kaufrecht, 1987, § 2 IV 2a dd.

⁵⁴ Vgl. insbes. *Tiedtke* DB 1991, 2274; vom Standpunkt der h.M. für diese Möglichkeit auch *Gernhuber* (o. Fußn. 4), § 17, 5; *Kanzleiter*, in: MünchKomm-BGB, § 313 Rdnr. 58; *Pohlmann*, Die Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte durch Erfüllung, 1992, S. 135f.; *dies.* DNotZ 1993, 358f.; *Staudinger/Wufka*, § 313 Rdnr. 193.

⁵⁵ So ohne Differenzierung danach, ob bereits ein Anwartschaftsrecht bestand, *RG* SeuffArch 80 (1926), Nr. 42; *KG* HRR 1930, Nr. 42; *BayObLGZ* 1954, 141 (146f.); 1967, 13 (18); 1972, 397 (401); *OLG Bremen* OLGZ 1976, 92 (93); *Flume* (o. Fußn. 4), § 33, 5; *Hager* JuS 1991, 4; *Kanzleiter*, in: MünchKomm-BGB, § 925 Rdnr. 30; *Palandt/Bassenge*, § 925 Rdnr. 23; *Pohlmann* DNotZ 1993, 356; *Reinicke/Tiedtke* NJW 1982, 2286; *Tiedtke* DB 1991, 2274; *ders.* JZ 1994, 529; zust. Tendenz, aber letztlich offengelassen in *BGH* NJW 1993, 3323 (3326). Hiergegen bestehen freilich Bedenken, s. unten Fußn. 69.

⁵⁶ *Medicus* (o. Fußn. 53), Rdnr. 469a; *Müller-Michaels* NJW 1994, 2743; *Reinicke/Tiedtke* NJW 1992, 2286; *Tiedtke* DB 1991, 2274; *ders.* JZ 1994, 527f.; vom Standpunkt der h.M. für diese Möglichkeit auch *Gernhuber* (o. Fußn. 4), § 17, 5; *Lehmann* DNotZ 1987, 146f.; *Kanzleiter*, in: MünchKomm-BGB, § 313 Rdnr. 58 Fußn. 221; *Pohlmann* DNotZ 1993, 358.

⁵⁷ Vgl. insbes. *Reinicke/Tiedtke* NJW 1982, 2286; *Tiedtke* DB 1991, 2273; *ders.* JZ 1994, 528; vom Standpunkt der h.M. für diese Möglichkeit auch *Brambring* DNotZ 1991, 151; *Pohlmann* DNotZ 1993, 358.

⁵⁸ *Tiedtke* JZ 1994, 528.

⁵⁹ *BGH* NJW 1993, 3323 (3324f.) – w.Nachw. o. Fußn. 16 –.

ergebe sich im Wege der Auslegung aus dem Aufhebungsvertrag, daß die Parteien außer dem Kaufvertrag auch bereits die Auflassung sogleich hätten rückgängig machen wollen. Habe aber der Berechtigte sein Anwartschaftsrecht vor Abschluß des Aufhebungsvertrags oder zeitgleich mit diesem aufgegeben, so habe ein Zwang zur Aufgabe des (bereits erloschenen) Anwartschaftsrechts nicht mehr bestanden; ein Übereilungsschutz sei deshalb nicht notwendig gewesen. Bemerkenswert ist dies deshalb, weil sich der IX. Senat dadurch in unübersehbaren Gegensatz zur Rechtsprechung des V. Senats begibt, ohne dies jedoch ausdrücklich auszusprechen und ohne die gerichtsverfassungsrechtlich für diesen Fall vorgesehene Vorlage an den Großen Zivilsenat auch nur zu erwägen. Denn der IX. Senat nimmt mit einer solchen Selbstverständlichkeit eine in der Kaufvertragsaufhebung konkludent enthaltene Aufhebung der Auflassung an, daß dies unter Anlegung gleicher Maßstäbe wohl immer möglich wäre. Für die in der bisherigen Rechtsprechung ausgesprochene Formpflicht bliebe daher nur die eher seltene Fallkonstellation übrig, daß die Parteien des Aufhebungsvertrags ausdrücklich erklären, die Auflassung zunächst aufrechterhalten zu wollen⁶⁰; daß dies in den Entscheidungen des V. Senats so nicht gemeint war, kann nicht zweifelhaft sein.

2. Bewertung im Hinblick auf die Formzwecke

Eine Bewertung dieser Auffassung im Hinblick auf die Formzwecke hat zunächst zu berücksichtigen, daß ein Anwartschaftsrecht definitionsgemäß eine in besonderer Weise gesicherte Rechtsstellung des Erwerbers voraussetzt. Im Vertrauen auf das Vorhandensein dieser gesicherten Rechtsstellung werden nicht selten Dispositionen von großer wirtschaftlicher Bedeutung getroffen, insbesondere ganz oder teilweise Vorleistungen auf den Kaufpreis erbracht. Erlischt das Anwartschaftsrecht vorzeitig, so steht der Käufer hinsichtlich seiner Rückabwicklungsansprüche ungesichert da; ihm ist die Möglichkeit genommen, nach sachkundiger Beratung einen Weg zu beschreiten, bei dem die Sicherungen nur Zug um Zug gegen Rückzahlung des Kaufpreises (oder Ausgleich eines etwa bei dem Käufer entstandenen Schadens) aufgegeben werden. Es besteht also ein schutzwürdiges Interesse des Käufers daran, die mit der Beurkundungspflicht bezweckten Gewährleistungen – also insbesondere Übereilungsschutz und Beratung⁶¹ – auch auf Anwartschaftsrechte auszudehnen: Beratung und Belehrung durch den Notar haben nicht deshalb einen geringeren Stellenwert, weil es – worauf die Parteien keinen Einfluß haben, was sie u.U. nicht einmal wissen – zur Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch noch nicht gekommen ist. Der Schutzzweck des § 313 S. 1 BGB wird mithin in gleicher Weise berührt, wenn der Käufer immerhin sein Anwartschaftsrecht aufgibt. Insoweit besteht auch eine Gesetzeslücke, da das Anwartschaftsrecht zum Zeitpunkt der Entstehung des BGB dogmatisch noch nicht hinreichend ausgebildet gewesen ist⁶². Daß das Anwartschaftsrecht als „wesensgleiches minus“ des Eigentums grundsätzlich ebenso zu behandeln ist wie jenes, spricht deshalb dafür, die Gesetzeslücke durch entsprechende Anwendung des § 313 S. 1 BGB zu schließen.

Nicht angängig wäre es, sich bei der Entscheidung von dem unterschwelligen Gefühl beeinflussen zu lassen, ohne grundbuchmäßigen Vollzug fehle der Rechtsstellung des Käufers noch ein für Grundstücksrechte konstitutives Element; diese

⁶⁰ So auch *Ernst* ZIP 1994, 608; *Müller-Michaels* NJW 1994, 2743; *Reinicke/Tiedtke* NJW 1982, 2286; *Tiedtke* JZ 1994, 529f.

⁶¹ Nachweise oben Fußn. 20.

⁶² Vgl. hierzu *Raiser*, Dingliche Anwartschaften, 1961, S. 2ff.

Rechtsstellung sei daher nicht in gleichem Maße schutzbedürftig wie das Volleigentum. Dies ist zwar in der Tat einer der Gründe, warum man von der Anerkennung eines Anwartschaftsrechts des Auflassungsempfängers besser abgesehen hätte⁶³: Soweit das Anwartschaftsrecht auf den Eintragungsantrag des Käufers gestützt wird, erscheint die Rechtsstellung des Auflassungsempfängers bereits als nicht hinreichend gesichert; immerhin kann der Antrag fehlerhaft verspätet erledigt oder zurückgewiesen werden. Im Falle der Vormerkung wiederum, in dem diese Sicherheit gegeben ist, ist die Anerkennung eines Anwartschaftsrechts kaum mit der strengen Akzessorietät der Vormerkung vereinbar; die Vorteile, die das selbständige Anwartschaftsrecht im Hinblick auf Übertragbarkeit und Pfändbarkeit gegenüber dem kaufvertraglichen Erfüllungsanspruch bieten soll, gehen verloren, wenn der gesicherte Anspruch sicherheitshalber immer mitabgetreten bzw. -gepfändet werden muß. Indes handelt es sich bei dem Anwartschaftsrecht des Auflassungsempfängers angesichts einer durch zahlreiche Entscheidungen gefestigten Rechtsprechung um ein gesichertes Ergebnis richterlicher Rechtsfortbildung. Es ist nicht zu erwarten, daß die Rechtsprechung hiervon noch einmal abrücken wird; im Hinblick auf die wichtigen rechtsstaatlichen Güter der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes wäre dies vielleicht auch gar nicht wünschenswert⁶⁴. Geht man deshalb vom Bestehen eines selbständig verkehrsfähigen, dem Volleigentum wesensgleichen Anwartschaftsrechts mit dinglichem Charakter aus, so muß man dies auch mit einer gewissen Konsequenz durchführen, also die für das Vollrecht anwendbaren Normen, soweit sie sich ihrem Zweck nach nicht auf jenes beschränken, entsprechend auf das Anwartschaftsrecht anwenden.

Ebenso wenig darf man sich von der Erwägung beeinflussen lassen, es fehle an einem die Anwendung des § 313 S. 1 BGB rechtfertigenden Schutzbedürfnis, wenn die betroffene Vereinbarung lediglich darauf abziele, den *status quo ante* wieder herzustellen. Eine solche Beschränkung des Anwendungsbereichs der Vorschrift – eine „teleologische Reduktion“ – ist nach deren Normzweck nicht möglich und zu Recht in Rechtsprechung und Literatur immer einhellig abgelehnt worden, soweit es um die Verpflichtung des Käufers ging, das bereits übergegangene Eigentum zurückzuübertragen; unter dem Gesichtspunkt des Anwartschaftsrechts kann auch dies nicht anders beurteilt werden. Schließlich leuchtet es auch nicht ein, zwar ein Schutzbedürfnis des Käufers zu bejahen, wenn er sein Anwartschaftsrecht an einen Dritten weiterübertragen will, es aber zu verneinen, wenn er es zugunsten des Verkäufers wieder aufgeben will⁶⁵. Zwar ist im zweiten, hier zu behandelnden Fall eine „Rückübertragung“ des Anwartschaftsrechts weder erforderlich noch konstruktiv möglich. Dies

⁶³ Ein Anwartschaftsrecht lehnen für beide o.a. Fallgruppen ab: Dieckmann, Festschrift für Schiedermaier (1976), S. 93ff.; Wacke, in: MünchKomm-BGB, § 873 Rdnr. 43; Staudinger/Gursky, § 873 Rdnr. 174. Speziell zum Eintragungsantrag vgl. Medicus DNotZ 1990, 275ff.; Westermann/Eickmann, Sachenrecht, 6. Aufl. (1988/90), § 92 I 6. Speziell zur Vormerkung vgl. v. Schweinitz, in: AK-BGB, § 925 Rdnrn. 65ff.; Staudinger/Pfeifer, § 925 Rdnr. 140. Eine ausführliche Darstellung des Meinungsstandes findet sich bei Hager JuS 1991, 2ff.

⁶⁴ Vgl. BGHZ 85, 64 (66) = JZ 1983, 397 (398); BGHZ 87, 150 (155f.) = JZ 1983, 759 (760) m. Anm. Wieling/Ludwig; BGHZ 125, 218 (222) = JZ 1995, 97 (98) m. Anm. Dülcher: Bei einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung rückten die Rechtswerte der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes in den Vordergrund und verlangten ein Festhalten an der einmal eingeschlagenen Rechtsentwicklung; ein Abweichen von der Kontinuität der Rechtsprechung könne hier nur ausnahmsweise dann gerechtfertigt werden, wenn schlechthin unabwiesbare Gründe dies erforderten.

⁶⁵ So aber die Anhänger der Gegenauffassung, die die Formpflicht für den Fall der Weiterübertragung nicht bestreiten (vgl. für alle nur Reinicke/Tiedtke NJW 1982, 2286f.; Tiedtke JZ 1994, 527).

macht indes gerade aus Sicht des Käufers keinen Unterschied; daß das Gesetz dies genauso sieht, zeigt der insoweit parallele Fall des Wohnungseigentums, bei dem der Beurkundungszwang ausdrücklich auch für die Verpflichtung zur Aufhebung des Rechts vorgeschrieben ist (§ 4 III WEG).

3. Bewertung im Hinblick auf die Wirkungen eines Aufhebungsvertrags

Auch hier muß freilich entscheidend sein, ob sich die Aufhebungsvereinbarung noch als vertragliche „Verpflichtung“ zur Rechtsübertragung ansehen läßt, die nach § 313 S. 1 BGB dem Beurkundungszwang unterliegen könnte. Unzweifelhaft ist dies zunächst dann, wenn sich der Aufhebungsvertrag auf die Umgestaltung des Kaufvertrags beschränkt und die zur Aufhebung des Anwartschaftsrechts erforderlichen Rechtsakte erst danach und in Vollzug dieser Vereinbarung vorgenommen werden. Richtiger Auffassung nach ist dies aber auch insoweit der Fall, als das Anwartschaftsrecht bereits vorher oder immerhin gleichzeitig mit dem Aufhebungsvertrag seinerseits wirksam zum Erlöschen gebracht wurde.

a) Die Möglichkeiten formloser vorheriger oder gleichzeitiger Aufhebung des Anwartschaftsrechts

Die Kritiker der Entscheidung des V. Senats und mit ihnen der IX. Senat weisen allerdings mit Recht darauf hin, daß es gleich mehrere Möglichkeiten gibt, das Anwartschaftsrecht als solches aufzuheben, ohne daß dies materiell-rechtlich einer Form bedarf. Fraglich ist zwar, ob die Formfreiheit, wie nach h.M.⁶⁶, auch für eine ausdrückliche oder konkludente⁶⁷ Aufhebung der Auflassung gilt: Diese Auffassung ist aus einer Zeit tradiert, als ein Anwartschaftsrecht des Auflassungsempfängers noch völlig unbekannt war; ob an ihr heute noch festzuhalten ist, muß gleichfalls neu beantwortet werden. Da eine Rückauflassung des gekauften Grundstücks ebenso wie eine Weiterübertragung des Anwartschaftsrechts unzweifelhaft der Form des § 925 BGB unterliegen würde, verlangt die bereits angesprochene Übereinstimmung in der Interessenlage richtigerweise eine entsprechende Anwendung der Vorschrift auf die Aufhebung der Auflassung immer dann, wenn ein Anwartschaftsrecht bestand und zu schützen ist⁶⁸. Jedoch kann

⁶⁶ S. oben sub III.1. mit Fußn. 55.

⁶⁷ Ob zusätzlich zur Aufhebung des Kaufvertrags auch die Aufhebung der Auflassung gewollt ist, ist zwar in der Tat Auslegungsfrage. Sie ist indes im Zweifel zu verneinen, wie sich nicht nur aus § 154 II BGB ergibt, sondern auch aus der Interessenlage: Daß der Käufer im Hinblick auf die Aufhebung des Kaufvertrags nicht mehr den Erwerb des Eigentums erstrebt, bedeutet doch nicht, daß er sich bereits jetzt aller seiner Rechte begeben will. Wie bereits erwähnt, wird der Käufer nicht selten ein Interesse daran haben, hinsichtlich seiner Rückabwicklungsansprüche gesichert zu sein, indem er die bislang erworbene gesicherte Rechtsstellung nur Zug um Zug gegen Rückzahlung des Kaufpreises (oder gegen Erfüllung eigener Schadensersatzansprüche) aufgibt. Vgl. auch Ernst ZIP 1994, 609; Gemhuber (o. Fußn. 4), § 17, 5.

⁶⁸ So zutreffend Lehmann DNotZ 1987, 147f.; Meikel/Lichtenberger, Grundbuchrecht, 7. Aufl. 1988, § 20 Rdnr. 254. Daß § 925 BGB nur den Beweis der Tatsache und des Zeitpunkts der erfolgten Einigung über den Eigentumsübergang bezweckt, bedeutet nicht, daß die Vorschrift unanwendbar ist, wenn es zu einem Eigentumsübergang nicht mehr kommen soll (so aber Müller-Michaels NJW 1994, 2742; Reinicke/Tiedtke NJW 1982, 2887; Tiedtke JZ 1994, 529). Denn die „entsprechende“ Anwendung der Vorschrift auf die Aufhebung der Auflassung für den Fall, daß bereits ein Anwartschaftsrecht bestand, verlangt, die Formzwecke nunmehr auf das Anwartschaftsrecht zu beziehen und gerade nicht mehr auf das Eigentum. Tatsache und Zeitpunkt der Aufhebung eines Anwartschaftsrechts können aber – dessen Anerkennung als dem Eigentum wesensgleiches Grundstücksrecht zugrundegelegt – in gleicher Weise beweisedürftig sein; so z. B., wenn der Käufer mittlerweile in Konkurs gefallen ist. Konsequenterweise ist zugleich § 925a BGB entsprechend anzuwenden; der Notar darf die Aufhebung der Auflassung deshalb nur beurkunden, wenn eine öffentliche Urkunde über das Kausalgeschäft – den Aufhebungsvertrag – vorgelegt oder gleichzeitig errichtet wird (Lehmann DNotZ 1987, 150).

jedenfalls der Eintragungsantrag zurückgenommen werden; in den Fällen, in denen dieser für die Anerkennung des Anwartschaftsrechts ausschlaggebend war, erlischt damit auch dieses. Eine ggf. zugunsten des Käufers eingetragene Vormerkung kann zum einen durch formlose Aufgabekündigung und grundbuchmäßige Löschung (§ 875 BGB analog) aufgehoben werden, zum anderen würde sie durch wirksame Aufhebung der kaufvertraglichen Übereignungspflicht ohne weiteres erlöschen; beides bewirkt, soweit das Anwartschaftsrecht auf der Vormerkung beruhte, unmittelbar dessen Untergang.

b) Der Aufhebungsvertrag als formbedürftige Rechtsgrundabrede

Die Aufhebung des Anwartschaftsrechts führt jedoch nicht dazu, daß damit wieder *res integra* eingetreten wäre, die Sachlage also wieder dieselbe wäre wie vor Beginn der beiderseitigen Erfüllungshandlungen. Denn der Käufer hatte zwischenzeitlich bereits das dem Volleigentum wesensähnliche Recht „Anwartschaftsrecht“ erlangt; ebenso, wie wenn er bereits Inhaber des Volleigentums geworden wäre, bedarf es daher für die Verfügung über dieses Recht einer rechtfertigenden Grundlage. Da aber die Vernichtung des Anwartschaftsrechts hier voraussetztermaßen ohne vorherige oder gleichzeitige wirksame Aufhebung des Kaufvertrags erfolgte, war sie rechtsgrundlos und deshalb zunächst kondizierbar⁶⁹. Der Aufhebungsvertrag – nach der hier vertretenen Auffassung also die Vereinbarung, die den ursprünglichen Kaufvertrag zum Rückabwicklungsschuldverhältnis umgestaltet – hat daher zugleich der zuvor oder gleichzeitig vorgenommenen Aufhebung des Anwartschaftsrechts nachträglich eine rechtfertigende *causa* unterlegt; er ist also *Rechtsgrundabrede*. Bei einer Rechtsgrundabrede handelt es sich um einen schuldrechtlichen Vertrag ohne Leistungspflicht; dieser soll nur die *causa* schaffen, kraft derer eine Zuwendung behalten werden darf und nicht als Bereicherung wieder herausgegeben werden soll⁷⁰. Bloße Rechtsgrundabreden sollen zwar nach verbreiteter Ansicht stets formfrei sein⁷¹. Speziell für die Grundstücksgeschäfte überzeugt dies jedoch nicht, da hier der Zweck der Beurkundungspflicht, Nachweisbarkeit und notarielle Beratung auch hinsichtlich des Vertragsinhalts im übrigen zu sichern⁷², auf nachgeschobene Kausalabreden gleichfalls zutrifft. Zuzugeben ist allerdings, daß der Wortlaut des § 313 S. 1 BGB ausdrücklich verlangt, daß sich ein Teil vertraglich zu Veräußerung oder Erwerb eines Grundstücks „verpflichtet“, und dadurch Erwerbsgrundabreden ohne Versprechenscharakter auszuschließen scheint. Indes dürfte dies kaum ein-

schränkend gemeint sein, da sich die Formfreiheit nachgeschobener Kausalabreden im unmittelbaren Anwendungsbereich der Vorschrift bereits aus der Heilungsnorm des Satzes 2 ergibt; wird erst nach vollzogener Übereignung die Rechtsgrundabrede nachgeschoben, so sind die Voraussetzungen des § 313 S. 2 BGB unzweifelhaft von Anfang an erfüllt. In den Fällen, auf die § 313 S. 1 BGB mittlerweile entsprechend angewendet wird, tritt demgegenüber nicht mehr stets mit der Erfüllung zugleich die Heilung ein und läßt sich folglich die Formfreiheit auch nicht mehr mit dem Gedanken „vorweggenommener Erfüllung“ begründen⁷³; nach hier verteilter Auffassung gilt dies insbesondere auch für die Verpflichtung zur Aufhebung des Anwartschaftsrechts, deren formlos mögliche Erfüllung nicht den Anforderungen genügt, die nach § 313 S. 2 BGB an die Heilung zu stellen sind (dazu sogleich sub 4.). Die Sachlage ist daher hier ebenso zu beurteilen wie etwa bei § 311 BGB, wo es eine Heilungsmöglichkeit von vornherein nicht gibt⁷⁴; hier wie dort sollte trotz des eine „Verpflichtung“ verlangenden Wortlauts der Vorschrift auch der mit der Erfüllung einhergehende oder ihr nachfolgende Vertragsschluß – sei es, daß dieser als Bestätigung (§ 141 I BGB)⁷⁵ gewollt ist, sei es als Rechtsgrundabrede – dem Formzwang unterstellt werden.

Es zwang daher vorgeschlagen, § 313 S. 1 BGB auf Rechtsgrundabreden zumindest entsprechend anzuwenden. Dies zugrundegelegt, ist die Umgestaltung des Kaufvertrags in ein Abwicklungsschuldverhältnis durch den Aufhebungsvertrag auch dann formunwirksam, wenn sie mit der Aufhebung des Anwartschaftsrechts einherging bzw. dieser nachfolgte.

c) Der Aufhebungsvertrag als echtes Verpflichtungsgeschäft

Am Ergebnis ändert sich freilich auch dann nichts, wenn man entgegen der hier zur Diskussion gestellten These bloße Rechtsgrundabreden stets für *formfrei* hält. Denn die Abrede, die den ursprünglichen Kaufvertrag zum Rückabwicklungsschuldverhältnis umgestaltet und damit den Rechtsgrund für die gleichzeitige oder vorhergegangene Aufhebung des Anwartschaftsrechts schafft, beschränkt sich nicht hierauf, sondern begründet nach dem Parteiwillen darüber hinaus ein echtes Leistungsversprechen, für das der Beurkundungszwang des § 313 S. 1 BGB jedenfalls eingreift. Von einer bloßen Rechtsgrundabrede kann man nur dann sprechen, wenn die Parteien auf keinen Fall eine echte Verpflichtung begründen wollten, also insbesondere auch nicht für den Fall „steckengebliebener“ Geschäfte, bei dem die gleichzeitige (bzw. vorweggenommene) Erfüllung aus irgendeinem Grund gescheitert war⁷⁶. Für den sog. Handkauf wird aus diesem Grund heute allgemein der Charakter eines echten gegenseitig verpflichtenden Schuldverhältnisses angenommen⁷⁷. Für den als „Handgeschäft“ abgeschlossenen Aufhebungsvertrag gilt nichts anderes: Hier wollen die Parteien nicht nur eine gleichzeitig erfolgende (bzw. zuvor bereits erfolgte) Leistung kondiktionsfest machen, sondern zugleich eine echte Verpflichtung für den Fall begründen, daß die vorweggenommene Erfüllung aus

⁶⁹ Ernst ZIP 1994, 609. Daß die Aufhebung des Anwartschaftsrechts deshalb *unwirksam* ist, trifft freilich nicht zu (so aber Ernst aaO.; vgl. auch Ringhof MittBayNot 1983, 57). Denn auch hier verlangt das Abstraktionsprinzip Beachtung; die Rechtsgrundlosigkeit der Aufhebung des Anwartschaftsrechts könnte darum nicht dazu führen, daß dieses fortbestünde. Vielmehr müßte der Käufer nun erneut auf Auflassung klagen; bis zur Rechtskraft des Urteils (§ 894 ZPO) hätte er die Rechtsstellung eines Anwartschaftsberechtigten deshalb in der Tat verloren.

⁷⁰ Vgl. hierzu z. B. Gernhuber, Das Schuldverhältnis, 1989, § 5 I, II; Kress (o. Fußn. 4), § 7, 1; Siber JherJb 76 (1921), 230ff.; Staudinger/Schmidt, 13. Bearb., Einl. §§ 241 ff. Rdnrn. 130ff.

⁷¹ So aber RGZ 88, 61 (65f. [zu § 15 GmbHG]); Häsemeyer, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, 1971, S. 96ff., 241ff.; Siber JherJb 70 (1921), S. 236ff., ders. JW 1932, 1154; speziell zu § 313 S. 1 BGB vgl. Korte, Handbuch der Beurkundung von Grundstücksgeschäften, 1990, Kap. 11, Rdnr. 138; Pohlmann (o. Fußn. 54), S. 135; dies. DNotZ 1993, 358f.

⁷² Vgl. BT-Drucks. 7/63, I; ferner z. B. Hagen DNotZ 1984, 267f.; Heckschen (o. Fußn. 14), S. 31, 39; Kanzleiter, in: MünchKomm-BGB, § 313 Rdnrn. 1f.; Staudinger/Wufka, § 313 Rdnrn. 1f. Demgegenüber zeigt die unzweifelhafte Formfreiheit der Handschenkung, daß es dem Gesetzgeber hier vor allem um den Übereilungsschutz und die Abgrenzung von der bloß beabsichtigten Schenkung ging (vgl. Motive, bei Mugdan [o. Fußn. 2], S. 162f.); es war deshalb konsequent, sofort spürbare Vermögensminderungen von Anfang an von der Formpflicht auszunehmen.

⁷³ Anders ist dies z. B. auch bei der Schenkung; hier läßt § 518 II BGB jede Form der nachträglichen Erfüllung für die Heilung ausreichen.

⁷⁴ Vgl. nur Thode, in: MünchKomm-BGB, § 311 Rdnr. 9; Staudinger/Wufka, § 311 Rdnr. 20.

⁷⁵ Dazu, daß die Bestätigung stets der Form des bestätigten Geschäfts bedarf, vgl. RGZ 55, 36 (40); 94, 147 (151); 146, 234 (238); BGH NJW 1985, 2579 (2580); Soergel/Hefermehl, § 141 Rdnr. 7 m.w.N.

⁷⁶ Vgl. Bork (o. Fußn. 25), S. 41 ff.; Gernhuber (o. Fußn. 4), § 5 II 2, jew. zu den sog. Handgeschäften.

⁷⁷ Dort ist die Eigenschaft als echtes Verpflichtungsgeschäft heute anerkannt, vgl. m.w.N. Bork, Gernhuber aaO. (Fußn. zuvor); ferner z. B. Westermann, in: MünchKomm-BGB, vor § 433 Rdnr. 5; Soergel/Huber, vor § 433 Rdnr. 98; Staudinger/Köhler, 13. Bearb., vor § 433 Rdnr. 14; v. Tuhr (o. Fußn. 4), S. 72. Anders ist dies z. B. bei der Handschenkung.

irgendeinem Grund wirkungslos war und wiederholt werden muß. Dies kommt auch darin zum Ausdruck, daß die Parteien hier typischerweise weitere echte Rückabwicklungsverpflichtungen eingehen, so etwa die Verpflichtung, den Eintragungsantrag zurückzunehmen bzw. die Vormerkung zur Löschung zu bringen; damit wird für den Fall, daß die bisherigen Parteiakte noch nicht zu einer Aufhebung des Anwartschaftsrechts geführt haben, eine echte Verpflichtung zu dessen Aufhebung begründet. Eine echte Verpflichtung enthält der Aufhebungsvertrag in aller Regel auch unter dem weiteren Gesichtspunkt, daß die Parteien nicht wissen (können), ob die beantragte Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch zwischenzeitlich bereits vollzogen war; für diesen Fall ist der Parteiwille auf eine Pflicht zur Rückübertragung gerichtet.

4. Zur Frage der Heilung des Formmangels analog § 313 S. 2 BGB

Der hier abgelehnten Auffassung des IX. Senats wäre im Ergebnis gleichwohl recht zu geben, wenn unter dem Gesichtspunkt der gleichzeitigen Aufhebung des Anwartschaftsrechts zwar nicht die Beurkundungspflicht gemäß § 313 S. 1 BGB zu verneinen, statt dessen aber die sofortige Heilung des Formmangels analog § 313 S. 2 BGB zu bejahen wäre. Dies ist gleichfalls streitig⁷⁸. Für die Heilung wird vor allem angeführt, daß der Aufhebungsvertrag durch Aufhebung des Anwartschaftsrechts vollständig erfüllt sei⁷⁹. Indes existiert ein Rechtssatz des Inhalts, daß jedem Formgebot notwendigerweise eine Heilungsmöglichkeit für den Fall vollständiger Erfüllung des formnichtigen Vertrags einhergehen müsse, richtiger Auffassung nach nicht⁸⁰. Einigen bedenklichen Entscheidungen des *BGH* zum Trotz⁸¹ gilt er auch speziell für § 313 S. 2 BGB nicht; vielmehr ist auch hier im Einzelfall zu prüfen, ob Sinn und Zweck der Heilungsbestimmung eingreifen⁸². Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers sollte die Heilung die bereicherungsrechtliche Rückforderung bei dinglich vollzogenem Grundstückserwerb ausschließen und so zu größerer Rechtssicherheit führen. Die Formzwecke des S. 1 wurden diesem Interesse gegenüber als nachrangig angesehen; das erforderliche Minimum an Übereilungsschutz werde durch die Beurkundungspflicht für die Auflassung gewährleistet⁸³. Erforderlich für die Bejahung der Heilung ist mithin ein „Doppeltatbestand“, bestehend aus einer der Rechtssicherheit abträglichen Divergenz von sachenrechtlicher und schuldrechtlicher (bereicherungsrechtlicher) Lage in Verbindung mit einem durch das sachenrechtliche Beurkundungserfordernis gewährleisteten Minimum an Wahrung der Formzwecke des Satzes 1.

⁷⁸ Dafür *OLG Düsseldorf* DNotZ 1990, 370 (371); *OLG Hamm* DNotZ 1991, 149; *Ernst* ZIP 1994, 609; *Gernbuber* (o. Fußn. 4), § 17, 5b; *Lehmann* DNotZ 1987, 150f.; *Palandt/Heinrichs*, § 313 Rn. 52; *Pohlmann* (o. Fußn. 54), S. 184; *dies.* DNotZ 1993, 362f.; *Staudinger/Wufka*, § 313 Rdnr. 291; a.A. *Brambring* DNotZ 1991, 150/152; *ders.*, in: *Hagen/Brambring* (Fn. 15), Rdnr. 495; *Müller* MittRhNotK 1988, 251; *Kanzleiter*, in: *MünchKomm-BGB*, § 313 Rdnr. 58; *Staudinger/Pfeifer*, § 925 Rdnr. 89; *Tiedtke* DB 1991, 2275.

⁷⁹ Vgl. *Pohlmann* (o. Fußn. 54), S. 184; *dies.* DNotZ 1993, 363.

⁸⁰ Vgl. Motive, bei *Mugdán* (o. Fußn. 2), Bd. I, S. 453; *BGH* NJW 1967, 1128 (1131); so im Grundsatz auch *Pohlmann* (o. Fußn. 54), S. 178ff., 219; abw. *Häsemeyer, Siber* aaO. (o. Fußn. 70).

⁸¹ So wurde die Heilung etwa durch Erwerb im Zwangsversteigerungsverfahren (*BGHZ* 85, 245 [248ff.]) oder durch formlose Auslandsübertragung (*BGHZ* 73, 391 [397]) bejaht.

⁸² Vgl. *RGZ* 82, 413 (415f.); *OLG Hamm* MDR 1974, 311; im Ansatz freilich ebenso die kritisierten Entscheidungen *BGHZ* 82, 398 (403ff.) = *JZ* 1982, 290 (291ff.); *BGHZ* 85, 245 (250f.).

⁸³ Vgl. Motive, bei *Mugdán* (o. Fußn. 2), Bd. II, S. 105; Protokolle, bei *Mugdán* aaO., S. 621; *Jakobs/Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Recht der Schuldverhältnisse 1 (1978), S. 409f., 414ff., 420; zum Ganzen *Hagen* DNotZ 1984, 268f.; *Pohlmann* (o. Fußn. 54), S. 38ff., 92ff., jew. m.w.N.

Danach spricht in der vorliegenden Fallgestaltung entscheidend gegen die Heilung analog § 313 S. 2 BGB, daß das vom Gesetzgeber für erforderlich gehaltene Minimum an Übereilungsschutz und Beratung, das im unmittelbaren Anwendungsbereich von § 313 S. 1 BGB durch die der notariellen Beurkundung bedürftige Auflassung (§ 925 BGB) gewährleistet wird, hier keinerlei Äquivalent hat⁸⁴; besonders deutlich wird dies bei der Aufhebung der Auflassung in der vom IX. Senat angenommenen Weise (als stillschweigende Nebenabrede des Aufhebungsvertrags). Die übrigen oben behandelten Möglichkeiten, das Anwartschaftsrecht in Erfüllung des formnichtigen Aufhebungsvertrags seinerseits aufzuheben, setzen zwar aus verfahrensrechtlichen Gründen zum Zweck der Unterschriftsbeglaubigung jeweils den Gang zum Notar voraus⁸⁵. Die notarielle Beglaubigung der Unterschrift ist indes, was die Prüfungs- und Belehrungspflichten des Notars angeht, mit der Beurkundung einer Erklärung nicht vergleichbar; hier muß der Notar nur die Identität des Erklärenden prüfen und braucht sich um den Inhalt der Erklärung grundsätzlich nicht zu kümmern (vgl. § 40 BeurkG)⁸⁶. Auch wenn dies es immerhin ausschließt, daß das Anwartschaftsrecht durch eine am häuslichen Wohnzimmertisch oder gar am Telefon leichtthin abgegebene Erklärung zum Erlöschen gebracht wird, ergibt das Beglaubigungserfordernis deshalb keinen der notariellen Beurkundung äquivalenten Schutz⁸⁷.

Zudem erfordern Rechtssicherheit und Rechtsfrieden klare und eindeutige Heilungstatbestände⁸⁸; sie müssen insoweit der Auflassung und Eintragung äquivalent sein. Schon dies gilt im Hinblick auf die Vielzahl von Möglichkeiten, das Anwartschaftsrecht zum Erlöschen zu bringen, hier nicht. Es wäre hiermit auch nicht zu vereinbaren, daß die das Anwartschaftsrecht nach außen verlautbarenden Tatbestandselemente noch bestehen können, während das Anwartschaftsrecht längst aufgehoben ist. Dies ist insbesondere bei der Aufhebung der dinglichen Einigung der Fall, da der Eintragungsantrag bzw. die Vormerkung in diesem Fall zunächst weiterhin das Anwartschaftsrecht als bestehend erscheinen lassen; umso mehr gilt dieses Bedenken, wenn man mit der ganz h.M. die formlose Aufhebung der Auflassung genügen läßt.

Der Aufhebungsvertrag bleibt dabei trotz Erlöschens des Anwartschaftsrechts formnichtig; wird er nicht formgerecht bestätigt (§ 141 I BGB), bleiben die Erfüllungspflichten aus dem Kaufvertrag bestehen und können vom Verkäufer ebenso wie – nach Pfändung und Überweisung – von dessen Gläubigern⁸⁹ klageweise durchgesetzt werden.

IV. Ergebnis

Die Untersuchung hat ergeben, daß eine Vereinbarung, mit der ein bereits teilweise erfüllter Grundstückskaufvertrag mit

⁸⁴ *Tiedtke* DB 1991, 2275.

⁸⁵ So muß für die Aufgabe der Vormerkung die verfahrensrechtlich erforderliche Löschungsbewilligung notariell beglaubigt werden (§ 29 I GBO). Sofern die Löschung mit dem Untergang des Übereignungsanspruchs durch den Aufhebungsvertrag begründet wird, muß dieser gleichfalls in beglaubigter Form nachgewiesen werden (*BayObLG* DNotZ 1989, 363 [364]). Auch die Rücknahme des Eintragungsantrags wird vom Grundbuchamt nur beachtet, wenn sie ihm in notariell beglaubigter Form nachgewiesen wird (§§ 31, 29 I 1 GBO). Für den Fall, daß bereits der Eintragungsantrag gestellt war, gilt dies allerdings auch hinsichtlich der Aufhebung der Auflassung (vgl. *Augustin*, in: *BGB-RGRK*, § 925 Rdnr. 75; *Müller* MittRhNotK 1988, 251).

⁸⁶ Dazu, wie der Notar sich zu verhalten hat, wenn er die Absicht zur Umgehung des Formzwangs erkennt, vgl. *Blum* MittRhNotK 1987, 217; *Lehmann* DNotZ 1986, 151; *Müller* MittRhNotK 1988, 251; *Ringhof* MittBayNot 1983, 57.

⁸⁷ Ebenso *RGZ* 73, 272 (275).

⁸⁸ *Staudinger/Wufka*, § 313 Rdnr. 239.

⁸⁹ So geschehen im Fall des *BGH*-Urteils vom 30.9.1993 (o. Fußn. 16 = *JZ* 1994, 524 m. Anm. *Tiedtke*).

dem Ziel der Rückerstattung bereits erbrachter Leistungen „aufgehoben“ wird, den Kaufvertrag lediglich in ein vertragliches Rückabwicklungsschuldverhältnis umgestaltet. Sofern der Käufer bereits Eigentümer des Grundstücks geworden war, unterfällt eine solche Vereinbarung deshalb stets dem Beurkundungszwang nach § 313 S. 1 BGB. Dies gilt auch dann, wenn der Käufer immerhin ein Anwartschaftsrecht erlangt

hatte; die Möglichkeit zur gleichzeitigen formlosen Beseitigung des Anwartschaftsrechts ändert daran nichts. Damit ist der ursprünglichen Rechtsprechung des BGH gegenüber den Modifizierungen, die sie durch die Entscheidungen des V. und IX. Senats in den letzten Jahren erfahren hat, der Vorzug zu geben.

Professor Dr. Klaus Rogall, FU Berlin

Über die Folgen der rechtswidrigen Beschaffung des Zeugenbeweises im Strafprozeß*

Bei der wissenschaftlichen Diskussion über die Beweisverbote stehen zumeist Verfahrensfehler im Vordergrund, die den Beschuldigten betreffen. Die Folgen einer rechtswidrigen Beschaffung des Zeugenbeweises verdienen indessen keine mindere Beachtung. Das zeigt sich etwa am Beispiel verdeckter Ermittlungen gegen Zeugen (Fall Sedlmayr), aber auch in Fällen von Beweiserhebungen, die im Ausland durchgeführt worden sind und deren Ergebnisse in Inland verwertet werden sollen. Der vorliegende Beitrag geht von den allgemeinen Grundsätzen aus, die für Beweisverbote gelten und stellt diese in den größeren Zusammenhang einer sich abzeichnenden Lehre von den „Fehlerfolgen“ im Strafverfahrensrecht. Auf dieser Grundlage lassen sich dann Aussagen über die Folgen fehlerhafter Beweiserhebungen im Rahmen des Zeugenbeweises treffen.

A. Einführung

Die Frage nach den Folgen einer rechtswidrigen Beschaffung des Zeugenbeweises betrifft eine spezifisch beweiserrechtliche Themenstellung. Sie geht von der *Stellung und der Funktion des Zeugen im Strafprozeß*¹ aus und mündet in die schwierige *Lehre von den Beweisverboten*² ein. Beide Bereiche sind dermaßen komplex, daß sie eine eigene Darstellung erfordern würden³. Das kann hier selbstverständlich nicht geleistet werden. Ich muß mich deshalb auf die Beschreibung von Grundzügen beschränken und in Kauf nehmen, daß manche Schilderungen skizzenhaft bleiben. Eine zweite Beschränkung meiner Ausführungen besteht darin, daß ich mich nur mit den Folgen von Beweiserhebungen befasse, die *mit Rücksicht auf den Zeugen selbst* ungesetzlich sind. Daher findet etwa die Problematik der Inanspruchnahme von *V-Leuten* oder des *Einsatzes verdeckt ermittelnder Polizeibeamter* keine Erwähnung, wenn es um die Beurteilung entsprechender Maßnahmen vor dem Hintergrund der Rechte des Beschuldigten geht.

* Bei dem Beitrag handelt es sich um die überarbeitete Fassung eines Vortrages, den ich im Rahmen eines internationalen rechtsvergleichenden Kolloquiums über *Probleme des Zeugenbeweises in der Europäischen Union* im März 1996 in Madrid gehalten habe. Die sprachliche Fassung des Vortrages wurde dabei weitgehend beibehalten.

¹ Allgemein dazu Grünwald, *Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung* (1993), S. 13 ff.; Eisenberg, *Persönliche Beweismittel in der StPO* (1993), Rdn. 500 ff.

² Nachweise bei Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 24. Aufl. (1995), § 24 D; Ranft, *Strafprozeßrecht*, 2. Aufl. (1995), Rdn. 1581 ff.

³ Zur eigenen Auffassung näher Rogall, in: *Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz* (SK/StPO), Stand: 9. Lfg. (1994), Vor § 48 Rdn. 1 ff. (zum Zeugenbeweis); ders., *Beweisverbote im System des deutschen und des amerikanischen Strafverfahrensrechts*, in: Wolter (Hrsg.), *Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts* (1995), S. 113 ff.

Welche Folgen die rechtswidrige Beschaffung von Zeugenaussagen hat, läßt sich vom Grundsatz her präzise formulieren: die *rechtswidrige Beweiserhebung* führt regelmäßig *nicht* zu einem *Verfahrenshindernis*. Sie kann aber dazu führen, daß das Ergebnis der Beweisaufnahme (Beweisergebnis) nicht verwertet werden darf (*Verwertungsverbot*). Wird es in einem solchen Falle dennoch verwertet, so ist eine die Instanz oder das Verfahren abschließende Entscheidung oder eine Zwischenentscheidung fehlerhaft und daher *anfechtbar*. So einfach dieser Grundsatz auch erscheint, um so schwieriger wird jedoch seine Implementation im Einzelfall. Denn es ist zum einen offengeblieben, wann ein Fehler bei der Beweisaufnahme zu einem Verwertungsverbot führt. Zum anderen bedarf der Klärung, wann jeweils eine unzulässige Verwertung vorliegt und wie weit sie reicht. Macht man sich dies bewußt, so wird deutlich, daß die Antwort auf unsere Ausgangsfrage nicht einheitlich, sondern nur differenziert ausfallen kann. Dieses – hier vorweggenommene – Ergebnis meiner Ausführungen wird die Insider des deutschen Strafprozeßrechts nicht überraschen. Den damit weniger Vertrauten möchte ich aber zusichern, daß bei aller Differenzierung doch gewisse Leitlinien aufgezeigt werden können.

B. Die Grundlagen der Thematik

I. Begriff und Stellung des Zeugen, Funktion des Zeugenbeweises

Zeuge ist jede Person, die von einem Strafverfolgungsorgan zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Pflicht in Anspruch genommen wird, verfahrensgegenständliche Wahrnehmungen *durch Aussage* zu bekunden⁴. Wenn die beweismäßige Leistung, die der Zeuge erbringt, nicht in dem kommunikativen Akt einer Tatsachenbekundung besteht, wie z. B. bei einer körperlichen Untersuchung, so fehlt es an den begrifflich-formalen Voraussetzungen der Zeugenstellung. Die deutsche Strafprozeßordnung bringt das in § 81 c dadurch zutreffend zum Ausdruck, daß sie von „*anderen Personen als Beschuldigte*“ spricht, „*die als Zeugen in Betracht kommen*“. Diese Personen müssen aber wohl wenigstens ihrer Funktion nach als „*Zeugen im weiteren Sinne*“ betrachtet werden, geht es doch immer um die Abschöpfung von Informationen, die an die Beweisperson gebunden sind. Man erkennt hieran, daß die *Beweisfunktion des Zeugen* eine doppelte ist: als Aussageperson ist der Zeuge ein *persönliches Beweismittel* (*subjektiver Personalbeweis*), während er im übrigen – bei Untersuchung und Augenschein

⁴ Vgl. dazu statt aller SK/StPO-Rogall, Vor § 48 Rdn. 11.