
Datum: 20.08.2009
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 22. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 22 U 167/08
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2009:0820.22U167.08.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 8 O 32/08

Tenor:

Auf die Berufung des Streithelfers des Beklagten wird das am 15.9.2008 verkündete Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Essen abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits und der Streithilfe haben die beiden Kläger je zur Hälfte zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Kläger können die Zwangsvollstreckung des Beklagten und des Streithelfers durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht diese vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrages leisten.

Gründe:

I.

1

2

3

Die Kläger beanspruchen vom Beklagten die Übereignung eines Wohnungseigentumes aufgrund der Ausübung eines Vorkaufsrechtes.

Der Beklagte verkaufte sein Wohnungseigentum – ein Einzelhaus in einer größeren, nach dem WEG geteilten Reihenhausanlage in H – durch notariellen Vertrag vom 15.7.2007 an seine Freundin, die Zeugin L2. Der Vertrag war Teil einer umfassenden Regelung der Vermögensverhältnisse des Beklagten und der Zeugin, die u. a. auch der Altersvorsorge dienen sollte. Vor diesem Hintergrund wurde ein Kaufpreis von 110.000 € vereinbart, den die Zeugin ca. zur Hälfte in Monatsraten von 300 € und zur anderen Hälfte durch eine Schlusszahlung von 54.500 € im Jahre 2022 begleichen sollte.

Die Kläger, die selbst bereits über ein Wohnungseigentum in der Anlage verfügen und denen auf der Grundlage der Teilungserklärung ein Vorkaufsrecht an dem Wohnungseigentum des Beklagten eingeräumt war, machten von dem Vorkaufsrecht Gebrauch. Der Beklagte behauptet, er habe daraufhin gegenüber der Zeugin von einem Rücktrittsrecht Gebrauch gemacht, welches im Vertrag für den Fall ausbedungen war, dass die Kläger nicht bis zum 1.8.2007 die Nichtausübung des Vorkaufsrechtes erklären würden. Darüber hinaus behauptet er, die Kläger hätten schon im Vorfeld des notariellen Vertragsschlusses mündlich auf eine Ausübung ihres Vorkaufsrechtes verzichtet gehabt.

Das Landgericht hat der auf Übertragung des in seinem Urteil näher bezeichneten Wohnungseigentumes, hilfsweise Zug um Zug gegen Kaufpreiszahlung und Eintragung der im Vertrag vorgesehenen Sicherungsgrundschuld und Rückauflassungsvormerkung, sowie auf Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten gerichteten Klage mit dem Hauptantrag (bis auf einen Teil der Anwaltskosten) stattgegeben, weil das Rücktrittsrecht als Umgehung des Vorkaufsrechtes entsprechend § 465 BGB unwirksam sei und in den vom Beklagten behaupteten Äußerungen der Kläger kein Verzicht auf das Vorkaufsrecht gelegen habe; so seien zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht konkrete Vertragskonditionen mit ihnen besprochen gewesen.

Wegen der Einzelheiten des erstinstanzlichen Parteivorbringens und der Feststellungen und Erwägungen des Landgerichts wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.

Gegen das Urteil richtet sich die Berufung des zu diesem Zweck beigetretenen Streithelfers, des beurkundenden Notars, dem der Beklagte schon in erster Instanz den Streit verkündet hatte. Das Rücktrittsrecht stelle keine Umgehung des Vorkaufsrechtes, sondern eine zulässige, nicht sittenwidrige Gestaltung dar. § 465 BGB sei als Ausnahmenvorschrift nur ausnahmsweise analogiefähig, hier jedoch nicht. Eine Umgehung hätten auch die Kläger beweisen müssen. Ferner habe das Landgericht zu Unrecht einen Verzicht auf das Vorkaufsrecht und ein treuwidriges Verhalten der Kläger verneint. Indem die Kläger am 13.7.2007 gegenüber der vorgesehenen Käuferin geäußert hätten, sie und der Beklagte sollten "das doch so machen, wie sie es wollten", hätten sie ihnen freie Hand gelassen und zum Ausdruck gebracht, das Vorkaufsrecht nicht ausüben zu wollen. Ob dabei bereits konkrete Vertragskonditionen besprochen gewesen seien, sei unerheblich. Schließlich sei ein etwaiger Übereignungsanspruch der Kläger nur Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises, Bestellung einer Grundschuld und Bewilligung einer Rückauflassungsvormerkung fällig.

Der Streithelfer beantragt,

das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Kläger beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

12

Sie weisen darauf hin, dass der Streithelfer ihnen den Abschluss des Kaufvertrages erst durch Schreiben vom 1.8.2007, ihnen zugegangen am 4.8.2007, mitgeteilt habe. Der Beklagte hätte sich vor einem Vertragsrücktritt bei dem Streithelfer erkundigen müssen, ob dort eine Vorkaufsrechts-Verzichtserklärung von ihnen, den Klägern, vorliege. In diesem Fall hätte kein Rücktrittsrecht mehr bestanden. Im übrigen bleibe auch die Rücktrittserklärung als solche bestritten. Ferner sei das Rücktrittsrecht als Umgehung des § 465 BGB unwirksam. Eine unzulässige Umgehung liege zudem in der Übersendung der Kaufvertragsmitteilung erst am 1.8.2007. Gegen einen tatsächlich erfolgten Rücktritt spreche, dass der Streithelfer sie noch am 17.8.2007 zu einem Vorkaufsrechtsverzicht aufgefordert habe, der in diesem Fall sinnlos gewesen wäre. Der Streithelfer und sein Notarvertreter X seien als Zeugen dazu zu vernehmen, welche Erklärungen der Beklagte und seine Freundin ihnen gegenüber abgegeben hätten, die zu dem Schreiben vom 17.8.2007 geführt hätten. Sie, die Kläger, seien von dem Beklagten und seiner Freundin nicht vor Abschluss des Kaufvertrages über dessen Inhalt vollständig informiert worden. Zwischen dem Vertragsabschluss und dem 4.8.2007 seien sie ebenfalls nicht angesprochen worden, denn dann hätten sie unmissverständlich erklärt, noch nichts von dem Streithelfer gehört zu haben. Wären sie nach dem 4.8.2007 angesprochen worden, so hätten sie dem Beklagten mitgeteilt, eine Entscheidung über die Ausübung des Vorkaufsrechtes noch nicht getroffen zu haben. Einen Verzicht auf ihr Vorkaufsrecht hätten sie nicht erklärt.

13

Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages könne der Streithelfer nicht erheben. Einer neuen Grundschuldbestellung bedürfe es ebenfalls nicht, da diese schon im Kaufvertrag enthalten sei. Mit der Klage sei aber auch hilfsweise die Verurteilung Zug um Zug gegen Zahlung und Grundschuldbestellung beantragt.

14

Der Senat hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugin L2. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 8.6.2009 nebst anliegendem Berichterstattevermerk verwiesen.

15

II.

16

Die zulässige Berufung hat auch in der Sache Erfolg.

17

Die Kläger haben gegen den Beklagten keinen Anspruch auf Übereignung des streitigen Wohnungseigentumes gemäß § 433 Abs. 1 S. 1 BGB. Durch Ausübung des ihnen zustehenden Vorkaufsrechtes mit Erklärung vom 13.8.2007 konnte kein Kaufvertrag mehr zwischen ihnen und dem Beklagten gemäß § 464 Abs. 2 BGB begründet werden.

18

1.

19

Auf das Vorkaufsrecht als solches hatten die Kläger zwar, wie das Landgericht zu Recht festgestellt hat, nicht verzichtet.

20

Zwar hat die Anhörung der Parteien und die Vernehmung der Zeugin L2 bestätigt, dass die Zeugin der Klägerin zu 2 mehrere Varianten eines Erwerbs des Wohneigentums durch sie, insbesondere auch eine "Übertragung für ganz kleines Geld" vorgestellt und dabei auch auf das bestehende Vorkaufsrecht der Kläger hingewiesen hat; die Klägerin zu 2 hat daraufhin zu ihr gesagt: "Dann macht das doch so!"

21

Ein hinreichend deutlicher endgültiger Verzicht auf das Vorkaufsrecht kann darin aber nicht gesehen werden. Es ist bereits nicht sicher, ob sich die Klägerin zu 2 allein aufgrund der Erwähnung des Stichwortes "Vorkaufsrecht" über dessen rechtliche Tragweite bewusst war, insbesondere über die Möglichkeit, dieselben günstigen Konditionen, wie sie zwischen den Kaufvertragsparteien vereinbart werden würden, auch für sich selbst in Anspruch nehmen zu können. Ferner kann die Äußerung der Klägerin auch lediglich Ausdruck einer gewissen Resignation darüber gewesen sein, dass der Beklagte und die Zeugin eben auch eine andere rechtliche Gestaltung als einen Kaufvertrag wählen und das Vorkaufsrecht dadurch würden leerlaufen lassen können. 22

Erst recht kann im übrigen kein Verzicht des Klägers zu 1 auf das Vorkaufsrecht festgestellt werden. Auch er hat zwar eine Äußerung gegenüber der Zeugin L2 des Inhalts eingeräumt, sie und der Beklagte sollten "das doch so machen"; dabei soll es aber ihm gegenüber nur um ein "Überschreiben" des Wohneigentums und nicht um einen Verkauf bzw. eine Gegenleistung gegangen sein, und auch von dem Vorkaufsrecht sei keine Rede gewesen. Eine Äußerung der Klägerin zu 2 wäre dem Kläger zu 1 nicht zuzurechnen, denn um ein Geschäft zur Deckung des angemessenen Lebensbedarfes, welches üblicherweise zwischen Ehegatten nicht vorher abgesprochen zu werden pflegt (sog. Schlüsselgewaltgeschäft gemäß § 1357 BGB), handelt es sich bei der Disposition über ein Vorkaufsrecht an einem Grundstück ersichtlich nicht. 23

2. 24

Zum Zeitpunkt der Ausübung des Vorkaufsrechtes bestand jedoch der zwischen dem Beklagten und der Zeugin L2 geschlossene notarielle Kaufvertrag vom 13.7.2007 schon nicht mehr. 25

a) 26

Durch einen Rücktritt des Beklagten auf der Grundlage des Rücktrittsvorbehaltes in § 15 Abs. 1 ist der Kaufvertrag allerdings nicht hinfällig geworden. 27

Der Beklagte mag gegenüber dem richtigen Adressaten – nämlich gegenüber der Käuferin, nicht nur gegenüber dem Notar oder dessen Mitarbeitern – und zeitlich nach Verstreichen der in der Vertragsklausel genannten Frist – nämlich nach Ablauf des 1.8.2007, nicht schon am 1.8.2007 wie in der Klageerwidern dargestellt – eine Rücktrittserklärung abgegeben haben (s. hierzu näher unten b bb). Diese Erklärung wäre auch nicht formunwirksam gewesen, weil ein Rücktritt von einem noch nicht vollzogenen Grundstückskaufvertrag keine Verpflichtung zum (Rück-)Erwerb eines Grundstücks begründet und daher nicht der notariellen Beurkundung bedarf (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 68. Aufl., Rn. 17 zu § 311b). 28

Die Rücktrittserklärung ging jedoch rechtlich ins Leere, weil der vertragliche Rücktrittsvorbehalt, wie das Landgericht wiederum zutreffend festgestellt hat, entsprechend § 465 BGB unwirksam war. 29

Das für den Fall des *Nichtverzichtes* der Kläger auf das Vorkaufsrecht vorgesehene Rücktrittsrecht ermöglichte dem Beklagten nämlich in gleichem Maße eine Vereitelung des Vorkaufsrechtes wie ein Rücktrittsrecht für den Fall der *Ausübung*, welches § 465 BGB dem Vorkaufsberechtigten gegenüber nicht gelten lässt. Die entsprechende Anwendung der Vorschrift ist daher gerechtfertigt. 30

31

Der Berufungskläger kann sich für seine gegenteilige Auffassung auch nicht auf die Kommentierung von Staudinger/Mader, BGB, 2004, Rn. 27 zu § 463 berufen. Dort wird ausdrücklich nur ein *genereller* Rücktrittsvorbehalt für zulässig gehalten, der weder im Anwendungsbereich des § 465 BGB liegt noch dessen Umgehung bezweckt; dabei soll mangels anderer ersichtlicher Gründe für die Vereinbarung des Rücktrittsrechtes sogar eine tatsächliche Vermutung für einen Umgehungszweck sprechen und folglich § 465 analog angewendet werden (vgl. auch a. a. O. Rn. 2/3 zu § 465). Diese zutreffende Auffassung steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (vgl. BGH JZ 1987, 566, Juris-Rn. 25) und weiterer Kommentarliteratur (vgl. Palandt/Putzo Rn. 3/4 zu § 465).

Die Vereinbarung des Rücktrittsvorbehaltes war hier auch nicht deshalb ausnahmsweise trotz § 465 BGB zulässig, weil die Kaufvertragsparteien "auf bestimmter Tatsachengrundlage von der sicheren Erwartung ausgegangen" (vgl. BGHZ 110, 230, Juris-Rn. 16) wären, die vorkaufsberechtigten Kläger würden von ihrem Recht keinen Gebrauch machen. Eine solche bestimmte Tatsachengrundlage war hier zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses aus denselben Gründen nicht vorhanden, aus denen oben ein Verzicht der Kläger auf das Vorkaufsrecht zu verneinen war. 32

b) 33

Der Kaufvertrag ist jedoch wirksam durch den Beklagten und die Zeugin L2 einvernehmlich aufgehoben worden. 34

aa) 35

Beide sind bereits während ihres gemeinsamen Urlaubs, der zwischen dem Vertragsschluss und dem in der Rücktrittsklausel genannten Zeitpunkt lag, in einem Gespräch ausdrücklich übereingekommen, den Vertrag für den Fall, dass bei ihrer Urlaubsrückkehr keine förmliche Verzichtserklärung der Kläger vorliegen sollte, nicht mehr gelten lassen zu wollen. Das hat die Anhörung des Beklagten sowie die Vernehmung der Zeugin L2 zur Überzeugung des Senats ergeben. Eine solche Übereinkunft kann als bedingter Aufhebungsvertrag ausgelegt werden; ebenso wie ein einseitiger Rücktritt ist auch eine vertragliche Aufhebung bei einem noch nicht vollzogenen Grundstückskaufvertrag formlos zulässig (vgl. Palandt/Grüneberg Rn. 39 zu § 311b). 36

Indes scheitert die Wirksamkeit des *bedingten* Aufhebungsvertrages den Klägern gegenüber wiederum an § 465 BGB. § 465 BGB erfasst ausdrücklich nicht nur den Vorbehalt eines (einseitigen) Rücktritts, sondern auch das einvernehmliche Abhängigmachen des Bestandes des Kaufvertrages von der Nichtausübung des Vorkaufsrechtes. 37

bb) 38

Wirksam aufgehoben worden ist der Kaufvertrag dann jedoch durch eine erneute Übereinkunft zwischen dem Beklagten und der Zeugin L2 am 2.8.2007. 39

(1) Der Beklagte hat bei seiner Anhörung im Termin angegeben, er habe bei einer Vorsprache in dem Notariat des Streithelfers am 2.8. (nicht 1.8.) 2007 erfahren, dass ein Verzicht der Kläger auf ihr Vorkaufsrecht dort nicht innerhalb der im Vertrag genannten Frist eingegangen war. Das habe er nach seiner Rückkehr der Zeugin L berichtet mit den ungefähren Worten, es sei "*etwas in die Hose gegangen*", er sei "*eigentlich zurückgetreten*", der Notar werde "*es noch einmal versuchen*" und den Vertrag "*mit einem neuen Datensatz*" fertigen. Die Zeugin L2 hat diese Äußerungen des Beklagten bestätigt. 40

Der Senat ist auch hier davon überzeugt, dass die Angaben beider der Wahrheit entsprechen. Zwar kommt der Aussage der Zeugin L2 nicht allein aufgrund ihrer prozessualen Zeugenstellung ein höherer Beweiswert zu als der Parteischilderung des Beklagten, weil sie als Freundin mit ihm eng persönlich verbunden und vom Ergebnis des Rechtsstreits in gleichem Maße wie er betroffen, mithin nicht "neutral" ist. Sowohl der Beklagte als auch die Zeugin haben aber bei allen Senatsmitgliedern den übereinstimmenden persönlichen Eindruck einer vollen Glaubwürdigkeit gemacht; ihre Darstellungen wirkten nicht konstruiert, sondern um eine bestmögliche wahrheitsgetreue Erinnerungswiedergabe bemüht. Hinzu kommt, dass sie während ihrer Schilderungen des Gesamtvorganges selbst nicht bewusst erfasst haben dürften, dass aus rechtlicher Sicht gerade die Äußerungen des Beklagten, die er bei seiner Rückkehr von dem Notarbesuch vom 2.8.2007 gegenüber der Zeugin gemacht hat, entscheidend sein könnten. Das spricht zusätzlich gegen vorsätzliche Falschangaben speziell zu diesem Punkt. Fahrlässige Falschangaben, insbesondere aufgrund von Erinnerungsfehlern, schließt der Senat ebenfalls mit der zur Überzeugungsbildung notwendigen Gewissheit aus. Gegen sie spricht die wirtschaftliche Bedeutung, die die Vorgänge für sie beide hatten, der markante Zeitpunkt unmittelbar nach dem Urlaub und dem Aufsuchen des Notariats in dieser wichtigen Angelegenheit, sowie die von beiden übereinstimmend wiedergegebenen Äußerungen.

41

Mit ihnen hat der Beklagte der Zeugin gegenüber zum Ausdruck gebracht, dass er auch nunmehr, nachdem der Nichtverzicht der Kläger auf das Vorkaufsrecht innerhalb des vertraglich vereinbarten Zeitraumes endgültig feststand, bei dem schon im Urlaub bedingt gefassten Entschluss verblieb, diesen geschlossenen Vertrag nicht mehr durchführen zu wollen.

42

Dem steht nicht entgegen, dass er außer der Mitteilung, er sei "*zurückgetreten*" oder "*eigentlich zurückgetreten*", auch berichtet hat, der Notar werde "*es noch einmal versuchen*", wozu der Vertrag mit neuen Daten neu geschrieben werden müsse. Zum einen sollte es sich eben nur um einen Versuch handeln, nämlich dahingehend, die Kläger nunmehr erneut zu einem Verzicht auf ihr Vorkaufsrecht zu bewegen. Zum anderen hätte, einen Erfolg des Versuchs unterstellt, eine Neufassung des Vertrages, auch wenn alle Vertragsbestandteile außer den Daten für die Abwicklung (Kaufpreisfälligkeit, Besitzübergabe) unverändert übernommen worden wären, erneut der notariellen Beurkundung, d. h. eines förmlichen Vertragsschlusses bedurft. Dass der Beklagte bis dahin den alten Vertrag weiter hätte fortbestehen lassen wollen, mit dem Risiko, dass die Kläger ihr Vorkaufsrecht weiterhin hätten ausüben können, kann seiner Äußerung, der Notar werde "*es noch einmal versuchen*", nicht entnommen werden.

43

(2) Die Zeugin L2 hat zwar nicht bekundet, zu den Äußerungen des Klägers nach dem Notarbesuch ihrerseits ausdrücklich etwas gesagt zu haben. Sie habe lediglich "*ein ganz komisches Gefühl*" gehabt. Auch ohne ausdrückliche Erklärung ihrerseits ist jedoch stillschweigend zum Ausdruck gekommen, dass sie mit der Rückgängigmachung des Vertrages einverstanden war. Zwar stellt Schweigen grundsätzlich keine Willenserklärung dar. Etwas anderes kann sich aber aus der Vorgeschichte, insbesondere "einständlicher und alle wichtigen Punkte betreffender Vorverhandlungen" (vgl. BGH NJW 1995, 1281), ergeben. Hier war eine ausdrückliche Vereinbarung über die Vertragsaufhebung schon früher, im Urlaub, zwischen ihr und dem Beklagten getroffen worden. Dass sich in der Sache an ihrem Willen, den Vertrag ohne die fristgemäße Verzichtserklärung der Kläger nicht durchzuführen, etwas geändert hätte, hatte seit dem Gespräch im Urlaub keiner von beiden zum Ausdruck gebracht. Vor diesem Hintergrund ist es gerechtfertigt, es als erneute hinreichende Bestätigung des fortbestehenden Aufhebungswillens der Zeugin anzusehen,

44

dass sie den Bericht des Beklagten über seinen "erfolgten" Rücktritt widerspruchs- und kommentarlos zur Kenntnis nahm.

(3) Im Ergebnis ist eine übereinstimmende Vertragsaufhebung durch den Beklagten und die Zeugin L2 nach der Rückkehr des Beklagten von dem Notariat des Streithelfers am 2.8.2007 festzustellen. Als solche war sie unabhängig von dem Verstoß des vereinbarten einseitigen Rücktrittsvorbehalts gegen § 465 BGB möglich und wirksam. Da sie im Gegensatz zu der im Urlaub getroffenen Vereinbarung nicht mehr unter einer Bedingung stand, verstieß sie auch nicht ihrerseits gegen § 465 BGB. 45

Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 91 Abs. 1, 100 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 46
Die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor.