

Interview mit Wolfgang Krüger*

VorsRiBGH Prof. Dr. Wolfgang Krüger im Gespräch mit dem Bonner Rechtsjournal

Dr. Wolfgang *Krüger*, geboren 1947, war nach seiner juristischen Ausbildung als wissenschaftlicher Assistent von Prof. Dr. *Kupisch* am Münsteraner Institut für Römisches Recht tätig. Hier wurde er 1978 mit der Schrift „Erwerbszurechnung kraft Status“ promoviert. Im gleichen Jahr trat er in den Justizdienst des Landes Nordrhein-Westfalen ein. Zunächst war er als Richter am LG Dortmund, später als Richter am OLG Hamm tätig. Nach einer Abordnung zum Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen, wurde Herr Dr. *Krüger* 1994 zum Richter am BGH gewählt. Hier gehört er dem V. Zivilsenat (Grundstücks-, Wohnungseigentums- und Nachbarrecht) sowie dem Senat für Landwirtschaftssachen an, deren Vorsitzender er zugleich seit dem Jahr 2005 ist.

Neben seiner richterlichen Tätigkeit ist Herr Dr. *Krüger* insbesondere den Bonner Studenten aus verschiedenen Lehrveranstaltungen bekannt. An der Bonner Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät ist Herr Dr. *Krüger* Honorarprofessor. Überdies hat er bis 2009 einige Jahre den Vorsitz der Juristischen Studiengesellschaft beim Bundesgerichtshof bekleidet.

Im April 2011 sprach Herr Dr. *Krüger* mit dem Bonner Rechtsjournal über seine Tätigkeit als Richter am BGH und aktuelle Rechtsprechungstendenzen:

BRJ: Sehr geehrter Herr Dr. *Krüger*, vielen Dank dafür, dass Sie dem Bonner Rechtsjournal für ein Gespräch zur Verfügung stehen. Lassen Sie uns chronologisch beginnen: Warum haben Sie Rechtswissenschaften gewählt und aus welchen Gründen sind Sie Richter geworden?

Krüger: Warum ich das Studium gewählt habe, weiß ich nicht. Ich weiß nur, dass ich schon in der Sexta wusste, dass ich Jura studieren wollte. Das stand für mich von vornherein fest, obwohl es keine „Vorbelastung“ gab: Ich hatte weder im Verwandten-, noch im Bekanntenkreis mit Leuten zu tun, die Jura studiert hatten. Die Idee, Richter zu werden ist mir während der Referendarszeit gekommen, als ich die richterliche Tätigkeit dort kennen gelernt habe. Ich habe damals den Eindruck gewonnen, dass mir das wohl Spaß machen könnte.

BRJ: Sie sind im Sommersemester 1968 an die Universität gekommen. Wie haben Sie diese Zeit – eine Zeit des Um- und Aufbruchs – wahrgenommen?

Krüger: Ich habe damals in Freiburg angefangen zu studieren und habe die 68er als ziemlich heiße Phase dort miterlebt, mich dem aber eher fern gehalten. Ich kann mich noch gut erinnern, dass ich einmal mit einigen Kommilitonen Herrn *Jescheck* – damals einer der ganz großen Strafrechtler – durch eine Sitzblockade geleitet habe, damit er überhaupt zur Vorlesung gelangen konnte. Ich fand das damals teilweise etwas sehr übertrieben, wengleich ich manches auch verstehen konnte. Es ging damals auch um die Notstandsgesetzgebung, und es gab durchaus auch interessante Diskussionen; es artete aber dann doch in einer Reihe von Vorlesungen aus, die nichts mit den Fragen, um die es ging, zu tun hatten. Es ging sogar damals darum, dass uns fast ein Studienjahr aberkannt worden wäre, weil es so enorme Störungen der Vorlesungen gab. Das konnte jedoch noch abgewendet werden.

BRJ: Sie sind dann zunächst an der Universität geblieben und haben sich wissenschaftlich mit dem Römischen Recht auseinandergesetzt. Im Vorwort Ihrer Münsteraner Dissertation („Erwerbszurechnung kraft Status“, 1978) stellen Sie in Anlehnung an Ihren Lehrer Prof. Dr. *Kupisch* die Bedeutung des römischen Rechts als Erkenntnisquelle für eine kritische Überprüfung des geltenden Rechts heraus. Wie stellt sich die Sichtweise eines BGH-Richters auf die Bedeutung des römischen Rechts heute dar?

Krüger: Praktisch zunächst keine. Aber durch meine Beschäftigung hiermit habe ich gelernt juristisch zu denken. Für meine eigene Entwicklung war es sehr wichtig zu sehen, wie die Römer ihre Probleme juristisch gelöst und auf den Punkt gebracht haben. Zum Beispiel gab es den Analogieschluss bereits bei den Römern. Unmittelbar gibt aber nur ganz wenige Entscheidungen, die auf das Römische Recht abstellen.

BRJ: Sie sind nunmehr seit Juli 2005 Vorsitzender des V. Zivilsenats des BGH. Welches waren aus Ihrer Sicht die wichtigsten Entscheidungen Ihres Senats während dieser Zeit?

Krüger: Zum einen gibt es da aus der jüngeren Zeit die Entscheidung, in der wir die Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts festgestellt haben,¹ was dann zu der von uns auch gewollten Konsequenz führte, dass der Gesetzgeber eingeschritten ist und dort eine Lösung vorgesehen hat (§ 47 Abs. 2 GBO, § 899a BGB). Das scheint mir eine der wichtigeren Entscheidungen gewesen zu sein, obwohl in ihr nichts stand, was überraschend gewesen wäre. Zum anderen gab es eine Entscheidung, in der wir wirklich mal einen Unterschied festgestellt haben im Vergleich zum früheren Schuldrecht:² Es gab früher beim Rechtskauf die uneingeschränkte Einstandspflicht des Verkäufers für die Existenz von Rechten. Die gibt es nach dem neuen Schuldrecht nicht mehr. Hier haftet der Verkäufer nur bei Verschulden. Und das hat in dieser Entscheidung eine wesentliche Rolle gespielt. Ansonsten hat sich bisher gerade im Hinblick auf das modernisierte Schuldrecht nicht sehr viel Neues ergeben – in den Ergebnissen haben sich nur selten Unterschiede eingestellt. Morgen werden wir drei wichtige Entscheidungen treffen, in denen es erneut um die Gesellschaft bürgerlichen Rechts und das Grundbuch gehen wird.³ Hier ist zu entscheiden, welche Nachweise eine solche Gesellschaft grundbuchrechtlich führen muss, um zum Beispiel im Falle eines Grundstückskaufs als Erwerberin in das Grundbuch eingetragen zu werden.

BRJ: Sie haben gerade die Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts angesprochen. Der Gesetzgeber hat ja nunmehr in der Tat durch das ERVGBG⁴ vom 11.08.2009 in Form von § 899a BGB und § 47 Abs. 2 GBO Regelungen über die Grundbuchfähigkeit der BGB-Gesellschaft geschaffen und damit auf die jüngere Rechtsprechung Ihres Senats reagiert. Wie bewerten Sie die Neuregelung?

Krüger: In rechtsdogmatischer Hinsicht schätze ich diese Regelung eher skeptisch ein, weil der Gesetzgeber nicht den Mut gehabt hat, eine „richtige“ Lösung vorzusehen, die nach meinem Dafürhalten darin bestanden hätte, ein Register für Gesellschaften bürgerlichen Rechts einzuführen. Dann gäbe es all diese Probleme, um die wir uns nun sorgen müssen, nicht. Vielmehr bestünde die Möglichkeit – etwa über eine vergleichbare Regelung zu § 15 HGB – einen guten Glauben an das, was im Register steht, dinglich wie auch schuldrechtlich zu schützen. Der Gesetzgeber hat stattdessen eine Mittellösung gewählt. Er hat einerseits anerkannt, dass – was der II. Zivilsenat entschieden hat⁵ – die Gesellschaft bürgerlichen Rechts rechtsfähig ist. Auf der anderen Seite hat er dann aber doch wieder eine Lösung gesucht, die anknüpft an den vorherigen Rechtszustand, nach dem es auf die einzelnen Gesellschafter ankam. § 899a BGB und auch § 47 Abs. 2 GBO verlangen ja ebenfalls die Eintragung aller Gesellschafter, und an diese Eintragung wird dann der gute Glaube geknüpft. Das funktioniert aber nur, wenn alle Gesellschafter handeln. Die Lösung ist somit ein wenig unpraktisch. Das mag bei einer kleinen Gesellschaft mit zwei Gesellschaftern funktionieren, bei einer größeren mit mehreren Gesellschaftern hingegen müssen diese auch alle zusammen handeln, um dem Erwerber die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs zu verschaffen. Bei dieser Lösung ist dann aus meiner Sicht ein weiterer Fehler unterlaufen. § 899a BGB steht im Abschnitt des Sachenrechts und schützt nur den sachenrechtlichen Erwerb...

BRJ: ... was ja mittlerweile auch umstritten ist.

Krüger: Ja das stimmt, die Norm ist deshalb umstritten, weil man absurde Ergebnisse vermeiden möchte. Es wird vertreten, dass man die Norm auf das schuldrechtliche Geschäft soll anwenden können.⁶ An der soeben skizzierten Rechtslage kommt man aber nicht vorbei. Erstens steht von einer Erstreckung auf das Kausalgeschäft nichts in der Norm, und zweitens läge hierin ein Systembruch. Zuletzt war ja auch zu lesen, dass der gutgläubige Erwerb den Rechtsgrund in sich tragen und deswegen eine Kondition nicht möglich sein soll.⁷ Das ist aber schlicht falsch, weil ein Rechtsgrund hierin nur im Verhältnis zum früheren Eigentümer liegt. Dieser soll nicht kondizieren können. Aber im Verhältnis der Vertragspartner gilt natürlich das schuldrechtliche Band, und wenn es hier zu Fehlern kommt, dann kann man kondizieren. Deswegen bin ich nicht ganz so glücklich mit der Norm.

BRJ: Eine weitere Neuerung im Sachenrecht wurde im Zuge der Finanzmarktkrise durch das Risikobegrenzungs-gesetz vom 12.08.2008 eingeführt. Der Gesetzgeber hat hier ausdrückliche Regelungen für Sicherungsgrundschulden geschaffen. § 1192 Abs. 1a BGB lässt nunmehr eine Berufung auf sicherungsvertragliche Einreden aus dem Verhältnis zwischen

* Die Fragen stellten Dr. André Meyer, LL.M. (Institut für Steuerrecht, Bonn) und Martin Heuser, (BJR)

¹ BGH, Urt. v. 04.12.2008 – V ZB 74/08 = BGHZ 179, 102.

² BGH, Urt. v. 19.10.2007 – V ZR 211/06 = BGHZ 174, 61.

³ BGH, Beschl. v. 28.04.2011 – V ZB 194/10 = NJW 2011, 1958-1961; BGH, Beschl. v. 28.04.2011 – V ZB 232/10 = StB 2011, 639; BGH, Beschl. v. 28.04.2011 – V ZB 234/10 = GWR 2011, 333.

⁴ „Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren sowie zur Änderung weiterer grundbuch-, register- und kostenrechtlicher Vorschriften“ = BGBl. I (2009), S. 2713.

⁵ BGH, Urt. v. 29.01.2001 – II ZR 331/00 = BGHZ 146, 341.

⁶ Wertenbruch, ZIP 2010, 1884 ff.; Hartmann, ZNotP 2011, 139 ff.; Albers, ZfR 2010, 705 ff.; Lautner, DNotZ 2009, 650 ff.

⁷ Witt, BB 2011, 259 ff.

Eigentümer und bisherigen Gläubiger ohne Weiteres auch im Verhältnis zum neuen Gläubiger zu. § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB stellt die Kündigungsregelung des § 1193 Abs. 1 BGB zwingend. Hatte Ihr Senat bereits Gelegenheit, sich mit der Auslegung dieser Vorschriften zu befassen? Wie bewerten Sie die Neuregelung?

Krüger: Mit § 1192 Abs. 1a BGB hat sich der Senat bislang noch nicht befasst. Es handelt sich aber sicherlich um eine Neuerung, die ins Kontor schlägt und einen Systembruch mit sich bringt. Das, was man mal als Grundschuld gelernt hatte, gilt nun nicht mehr. Es gibt da einen interessanten Satz von Herrn *Stürner* aus Freiburg, der einmal geschrieben hat, dass die Zeiten, in denen der Gesetzgeber noch systematisch Gesetze erließ, vorbei sind.⁸ Aus Kreisen der Notare weiß ich deren Einschätzung, es sei übereilt gewesen. Bislang ist mir auch noch kein Fall untergekommen, in dem Schutzbedürftigkeitsgesichtspunkte dazu genötigt hätten, diese Norm zu schaffen. Mit der anderen Neuerung, § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB, hatte der Senat dagegen bereits zu tun. Diese Norm ist gar nicht so schlecht. Es handelt sich um einen Schutz des Schuldners. Die Norm verbietet für Sicherungsgrundschulden abweichende Bestimmungen zur Fälligkeit – Fälligstellung erfolgt also erst sechs Monate nach Kündigung. Damit hatten wir einmal zu tun – mit der Besonderheit, dass eine Gesamtgrundschuld teilweise nach altem und teilweise nach neuem Recht zu behandeln war, was zu unterschiedlichen Fälligkeitszeitpunkten führte. Dies führte zu der von uns bejahten Frage, ob so etwas überhaupt rechtlich möglich ist.⁹

BRJ: Keinerlei gesetzliche Neuerungen gab es hingegen im Bereich der Vormerkung. Diese war gleichwohl in den letzten Jahren mehrfach Gegenstand wichtiger Entscheidungen Ihres Senats.

Krüger: Zwei dieser Fälle stehen in einem Zusammenhang. Das sind Entscheidungen zu der sog. Wiederverwendbarkeit der Vormerkung, die von manchen etwas pointiert auch als „Wiederaufladbarkeit“ der Vormerkung bezeichnet wurde. Diese Fälle sind sehr umstritten gewesen, obwohl sich die Aufregung inzwischen wieder ein bisschen gelegt hat. Dabei ging es in diesen Entscheidungen eigentlich um Selbstverständlichkeiten. Die Vormerkung hat drei Voraussetzungen, damit sie entstehen kann: Erstens der gesicherte Anspruch. Zweitens die Bewilligung und zwar im Sinne einer materiellrechtlichen Bewilligung, also einem einseitigen Rechtsgeschäft. Und schließlich – drittens – die Eintragung der Vormerkung ins Grundbuch. Im Allgemeinen ist es ja so, dass die Vormerkung zuerst bewilligt und dann eingetragen wird. So wie es ja auch bei der Eigentumsübertragung so ist, dass man sich zunächst dinglich einigt und dann erst die Eigentumsumschreibung im Grundbuch erfolgt. Diese Reihenfolge der beiden Tatbestandsmerkmale ist aber beliebig. Für die Eigentumsübertragung folgt das bereits aus § 892 Abs. 2 BGB, wo ausdrücklich erwähnt ist, auf welchen Zeitpunkt beim guten Glauben abzustellen ist, wenn die dingliche Einigung der Eintragung nachfolgt. Es gibt überhaupt keinen Zweifel, dass Entsprechendes auch für die Vormerkung gilt. Daher kann es zu folgender Konstellation kommen: Wenn eine Vormerkung im Grundbuch steht und die gesicherte Forderung erlischt – etwa weil der Kaufvertrag rückabgewickelt wird –, dann ist das Grundbuch unrichtig. Das heißt, der Eigentümer, der durch die Vormerkung belastet ist, könnte nach § 894 BGB die Löschung dieser Vormerkungseintragung von dem Begünstigten verlangen. Aber der Vormerkungsbegünstigte und der Eigentümer können sich auch darüber verständigen, diese Eintragung der Vormerkung als ersten Teilakt einer Neubestellung einer Vormerkung zu verstehen. Dann hätten wir also diese eine Voraussetzung „Eintragung der Vormerkung“, und es müsste die Bewilligung hinzutreten. Diese kann – wie gesagt – nachfolgen. Wenn ein gesicherter Anspruch vorhanden ist, entsteht eine neue Vormerkung, ohne dass man die alte erst löschen und die neue wieder eintragen müsste. Das ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz. Es besteht also eigentlich keine Besonderheit. Die Reaktionen auf dieses Urteil fielen wohl deshalb so aus, wie sie ausgefallen sind, weil man vielfach die Vorstellung hatte, man könnte so eine Vormerkung dann immer im Grundbuch stehen lassen und wieder verwenden, wenn einem gerade die Lust dazu überkäme. Das ist aber schon im Ansatz falsch, denn – und das ist zum Teil übersehen worden – die nachfolgende Bewilligung und die Eintragung müssen sich aufeinander beziehen, das heißt sie müssen kongruent sein. Wie auch bei der Eigentumsübertragung an einem Grundstück muss das eingetragen werden, worüber sich die Parteien geeinigt haben. Bei der Vormerkung muss also die Bewilligung hinsichtlich der Vormerkung erteilt werden, die schon eingetragen ist. Deshalb ist der Gedanke der Wiederaufladbarkeit falsch. In den meisten Fällen fehlt es an dieser Entsprechung.

Die Fälle, über die wir zu entscheiden hatten, waren aber so gelagert, dass sich Bewilligung und Eintragung entsprachen. Im ersten Fall¹⁰ war das ganz deutlich. Die Parteien hatten zunächst einen Kaufvertrag geschlossen, und der Käufer hatte eine Vormerkung erhalten. Anschließend haben sie den Kaufvertrag aufgehoben, weil sie eine Änderung wollten. Am Tag der Aufhebung haben sie einen neuen Kaufvertrag geschlossen mit einigen Änderungen, die aber für den Auflassungsanspruch ohne Bedeutung waren. Hier gab es dann überhaupt keinen Zweifel, dass sich Bewilligung und Eintragung entsprachen. Im zweiten Fall¹¹ war es so, dass ein Grundstück übertragen worden und für bestimmte Konstellatio-

⁸ *Stürner*, ZHR 173 (2009), 363 (372).

⁹ BGH, Urt. v. 10.06.2010 – V ZB 22/10 = BGHZ 186, 28.

¹⁰ BGH, Urt. v. 26.11.1999 – V ZR 432/98 = BGHZ 143, 175.

¹¹ BGH, Urt. v. 07.12.2007 – V ZR 21/07 = NJW 2008, 578.

nen ein Rücktritt vom Kaufvertrag vorgesehen war. Der hierdurch bedingte Rückübertragungsanspruch war durch eine Vormerkung gesichert worden. Später wurden dann drei weitere Rücktrittstatbestände in den Kaufvertrag aufgenommen. Hierauf sollte die bestehende Vormerkung durch eine neue materiell-rechtliche Bewilligung erstreckt werden. Hier war der Senat der Auffassung, es handele sich um ein und denselben Rückübertragungsanspruch, der gesichert worden war, und deshalb war die Kongruenz gegeben.

Und dann gab es noch eine dritte Entscheidung zum Vormerkungsrecht¹² aus dem Jahr 2010. Sie betrifft das Verhältnis von gesichertem Anspruch auf Eigentumsübertragung und Hilfsanspruch nach § 888 Abs. 1 BGB gegen den Dritten, der vormerkungswidrig erworben hat. Es ist bei der Vormerkung so, dass im Falle eines vormerkungswidrigen Erwerbs der Vertragspartner des Veräußerers nach wie vor einen Anspruch auf Übertragung des Eigentums hat, wenn man davon ausgeht, dass der Auflassungsanspruch gesichert worden ist. Obwohl das Eigentum an einem Grundstück bereits auf einen Dritten übertragen ist, kann der erste Käufer also nach wie vor Übertragung vom Verkäufer verlangen. Damit er aber ins Grundbuch kommt, bedarf er der Bewilligung des Dritten, der als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist. Diesen Anspruch gewährt ihm § 888 Abs. 1 BGB. Und da gibt es eigentlich fast keinen Zweifel, dass die Reihenfolge, in der man diese Ansprüche – Eigentumsübertragung vom Verkäufer und Zustimmung vom Dritten – geltend machen kann, beliebig ist. Umstritten war nun die Konstellation, dass der Dritte vormerkungswidrig eine Belastung erworben hatte, also zu dessen Gunsten etwa eine Grundschuld oder Hypothek eingetragen war. Und hier gab es Stimmen, die gesagt haben, dass der Vormerkungsberechtigte zunächst seine Eintragung als Eigentümer verlangen muss. Erst anschließend kann er vom Dritten verlangen, dass die Belastung gelöscht wird. Grund für diese Auffassung war das Bestreben, den Rang der Belastung, also der Grundschuld, auch dann zu sichern, wenn es später gar nicht mehr zur Eintragung des neuen Eigentümers kommt. Der Senat hat dagegen auch hier gesagt, dass die Reihenfolge, in der diese Ansprüche geltend gemacht werden können, beliebig ist. Der Dritte wird jedoch dadurch geschützt, dass der Anspruch nicht auf sofortige Löschung, sondern nur auf Löschung im Zeitpunkt der Eintragung des Vormerkungsberechtigten geht. Eine Differenzierung danach, ob der Vormerkungsberechtigte Eigentum oder nur eine Grundschuld erwirbt, ergibt sich nicht aus dem Gesetz und erschien uns auch nicht sinnvoll.

BRJ: Im September 2010 hatte sich der V. Senat auch mit der fast schon klassischen Frage zu beschäftigen, ob der dingliche Vollzug der Schenkung einer Eigentumswohnung an einen Minderjährigen rechtlich lediglich vorteilhaft ist. Mit welchem Ergebnis? Was würde für Grundpfandrechte, den Nießbrauch und den Fall der Vermietung gelten?

Krüger: Das ist ein ganz altes Problem mit dem sich der Senat schon des Öfteren befasst hat und mit dem ich mich auch als Student schon habe befassen müssen. Man kann ja bereits ansetzen bei der Frage, ob der Erwerb eines Grundstücks überhaupt lediglich rechtlich vorteilhaft ist oder der Vorteil dadurch entfällt, dass der Erwerber regelmäßig Schenkungs- oder Grunderwerbsteuer zahlen muss. Die Rechtsprechung ist aber schon früh davon ausgegangen, dass dies keine rechtlichen Nachteile im Sinne des § 107 BGB sind. Dies folgt aus einer wertenden Betrachtung unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung, denn andernfalls gäbe es fast überhaupt keine Möglichkeit, einem Minderjährigen ein Grundstück zu schenken. Anders ist es aber, wenn man ein Hausgrundstück verschenkt, das vermietet ist, denn das hat zur Konsequenz, dass der Minderjährige nach § 566 Abs. 1 BGB mit den Pflichten eines Vermieters in den Mietvertrag eintritt. Diese rechtlichen Nachteile sind mit dem Erwerb unmittelbar verbunden und fallen unter § 107 BGB. Bei der Eigentumswohnung ist es ähnlich, weil der Erwerber dann in das gesetzliche Schuldverhältnis, das zwischen den Wohnungseigentümern besteht, eintritt.¹³ Hieraus ergeben sich persönliche Pflichten – wie etwa die Zahlung von Hausgeld. Es handelt sich damit auch um rechtliche Nachteile im Sinne des § 107 BGB, was dazu führt, dass der Minderjährige das Grundstück nicht selbst ohne Einwilligung des Vertreters erwerben kann. Anders ist es bei Belastungen – etwa einer Hypothek oder Grundschuld –, weil hieraus keine persönliche Haftung folgt, sondern nur die Verpflichtung, im Falle der Verwertung die Zwangsvollstreckung zu dulden (§ 1147 BGB). Im schlimmsten Fall verliert der Minderjährige also nur das, was er durch Schenkung erworben hat, nicht aber zusätzliches eigenes Vermögen. Deswegen steht der Senat auf der Linie, dass eine solche Belastung den Erwerb nicht hindert. Eine gewisse Mittelstellung nimmt nun der Nießbrauch ein. Dieser führt dazu, dass der Minderjährige in ein gesetzliches Schuldverhältnis als Grundstückseigentümer im Verhältnis zum Nießbraucher eintritt, was eigentlich ein rechtlicher Nachteil ist. Zu denken ist etwa an den Verwendungsersatzanspruch des Nießbrauchers, § 1049 BGB. Allerdings kann man diesen Anspruch abbedingen. Und wenn dies der Fall ist und der Nießbraucher sich verpflichtet hat, diese Verwendungen auf eigene Kosten vorzunehmen, dann bleiben keine rechtlichen Nachteile, und der Minderjährige kann das Grundstück ohne Weiteres erwerben.

BRJ: Fast so alt wie diese zuvor genannte Frage dürfte auch die ständige Rechtsprechung des BGH zur „falsa-demonstratio“, also der beiderseitigen Falschbezeichnung sein. Der BGH wendet diese Doktrin auch auf dingliche Rechtsge-

¹² BGH, Urt. v. 02.07.2010 – V ZR 240/09 = BGHZ 186, 130.

¹³ BGH, Urt. v. 30.09.2010 – V ZB 206/10 = NJW 2010, 3643. Dieser Fall war Gegenstand der ersten Klausur der von Prof. Dr. Krüger im Sommersemester 2011 geleiteten Großen Übung zum Bürgerlichen Recht.

schäfte an. Von Bonner Seite ist jüngst die Unanwendbarkeit dieser Theorie auf Fälle dinglicher Einigungen begründet worden.¹⁴ Das Argument lautet, eine dingliche Einigung könne nicht anhand des übereinstimmend Gewollten ausgelegt werden, wenn objektiv anderes fixiert wurde, weil die dingliche Wirkung für und gegen jedermann das Schutzbedürfnis dritter Rechtsbetroffener ansonsten konterkarieren würde. Was ist von diesem Argument zu halten?

Krüger: Das ist ein Argument, das nicht ganz neu ist. Es ist uns natürlich auch im Rahmen unserer Rechtsprechung geläufig. Es ist ja so, dass der Grundsatz der *falsa-demonstratio* davon ausgeht, dass der übereinstimmende Wille der Parteien jeder Auslegung und jeder Benennung vorgeht. Wenn die Parteien mit „A“ „B“ meinen, dann gilt eben „B“, nicht „A“. Das ist der Gedanke der Privatautonomie. Dass infolgedessen das Grundbuch nicht das abbildet, was Gegenstand der dinglichen Einigung war, ist hinzunehmen. Der Grundbuchstand ist immer nur im Rahmen der Möglichkeiten des materiellen Rechts verlässlich. Das Grundbuch gewährt keinen absoluten Vertrauensschutz. Es gibt eine Vielzahl von Rechtsvorgängen, die sich außerhalb des Grundbuchs abspielen und die dazu führen, dass das Grundbuch unrichtig ist. Dafür haben wir den Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs, § 894 BGB. Richtig ist allerdings, dass es sich um eine Wertungsentscheidung handelt. Ob man nun dem übereinstimmenden Willen den Vorrang einräumt oder ob man der Form den Vorrang einräumt, um damit eine größere Verlässlichkeit des Grundbuchs zu erreichen und damit auch ein Mehr an Rechtssicherheit zu gewinnen, ist eine Frage der Wertung. Räumt man der Form den Vorrang ein, dann ist das Grundbuch zwar richtig, aber man unterläuft den Willen der Parteien. Man hat also die Wahl zwischen Pest und Cholera.

BRJ: Wie wäre es hiernach bei beweglichen Sachen?

Krüger: Da gibt es überhaupt keinen Zweifel, dass dort der Gedanke der *falsa-demonstratio* anzuwenden ist. Da wüsste ich wenig, was dagegen spricht. Beim Grundbuch haben wir eben das Problem, dass wir dokumentieren wollen, wie die Rechtslage ist und das schaffen wir natürlich nicht, wenn wir die *falsa-demonstratio* anwenden. Übrigens gibt es eine kleine Einschränkung: Bei allen anderen Rechtsgebieten kommt es ja nicht darauf an, ob die Parteien versehentlich den Gegenstand des Vertrages falsch bezeichnet haben. Bei den Immobilien verlangen wir dagegen eine versehentliche Falschbezeichnung. Das ist eine gewisse Einschränkung im Hinblick auf die Form.

BRJ: Bei der Durchsicht kürzlich ergangener Urteile des V. Zivilsenats sind wir auf eine Entscheidung zum „Einheimischenmodell“ gestoßen. Was versteht man darunter und was sollte der Erwerber beachten?

Krüger: Hierzu haben wir eine ganze Reihe von Entscheidungen in den letzten Jahren gefällt.¹⁵ Diese Einheimischenmodelle dienen den Gemeinden zur Förderung der ortsansässigen Bevölkerung beim Erwerb von Baugrund. Es ist oft so, dass Gemeinden ihren Einwohnern keinen Baugrund zum Verkehrswert zur Verfügung stellen können, weil diese nicht in der Lage wären, ihn zu bezahlen. Die Gemeinden haben aber dennoch ein Interesse daran, die Einwohner zu fördern und ihnen Baugrund zur Verfügung zu stellen. Deshalb hat man sich Möglichkeiten überlegt, wie dies machbar ist, und so ist auch das Einheimischenmodell entwickelt worden. Das läuft in der Regel so, dass die Gemeinde im Rahmen der Bauleitplanung Bauland beschafft und dieses dann unter Verkehrswert an Einheimische veräußert, was aber unter haushaltsrechtlichen Gesichtspunkten nur zulässig ist, wenn die damit verfolgten städtebaulichen Ziele und Zwecke im privatrechtlichen Grundstückskaufvertrag gesichert werden. Dazu gibt es verschiedene Möglichkeiten: Im Allgemeinen wird den Erwerbern die Obliegenheit auferlegt, die Grundstücke innerhalb bestimmter Fristen zu bebauen und sie eine bestimmte Zeit selbst zu nutzen (Bindungsfrist). Verstöße dagegen können durch Rückübertragungspflichten gesichert werden, oder es wird vereinbart, dass die Differenz zwischen damaligen Kaufpreis und damaligen Verkehrswert nachzahlen ist. Oder – das ist der Gesichtspunkt der Mehrerlösabführungsklauseln – es wird die Differenz zwischen damaligem Kaufpreis und heutigem Weiterverkaufspreis erstattet. Solche Klauseln sind nach der Rechtsprechung des Senats im Allgemeinen zulässig, wobei oftmals ein wenig unklar ist, was der Prüfungsmaßstab ist: Das ist zum einen § 11 Abs. 2 Satz 2 BauGB und eventuell auch noch § 307 Abs. 1 BGB. Das Verhältnis dieser beiden Prüfungsmaßstäbe ist noch nicht geklärt. Wir haben das bislang immer offen lassen können und nach beiden Normen geprüft. Das ist im Wesentlichen das so genannte „Einheimischenmodell“. Gestritten wird schließlich vor Gericht immer darum, ob die Bindungsfrist zu lang war, was im Wesentlichen davon abhängt, wie groß der gewährte Vorteil war.

BRJ: Ihr Senat ist neben dem Grundstücksrecht auch für das Wohnungseigentumsrecht zuständig. Hat sich die WEG-Novelle vom 01.07.2007 aus Ihrer Sicht in der Praxis bewährt?

Krüger: Das neue Recht hat sich zumindest insofern bewährt, als wir nun vermehrt Wohnungseigentumssachen zu entscheiden haben. Früher kamen diese im Wege einer Vorlage nach § 28 FGG zu uns, was zur Voraussetzung hatte, dass

¹⁴ Heyers, DNotZ 2011, 21 f.

¹⁵ Etwa BGH, Urt. v. 16.04.2010 – V ZR 175/09 = WM 2010, 1861; vertiefend Krüger, ZNotP 2010, 450.

zwei Oberlandesgerichte eine bestimmte Rechtsfrage unterschiedlich entschieden hatten bzw. entscheiden wollten. Heute kann nach Zivilprozessrecht die Revision zugelassen werden. Das ist aus meiner Sicht von Vorteil, weil man dann nicht nur punktuell einzelne Fälle zu entscheiden hat, sondern eine größere Bandbreite dessen bekommt, was es im Wohnungseigentumsrecht an Problemen gibt. Allerdings muss man auch sagen, dass sich die Zulassungspraxis der Landgerichte noch nicht so richtig eingependelt hat. Es gibt Landgerichte, die sehr mutig zulassen und solche, von denen man überhaupt nichts bekommt – wobei man sich aber nicht vorstellen kann, dass sich die Probleme nur bei einem Landgericht häufen. Ich würde im Ganzen aber eher eine positive Einschätzung vornehmen.

BRJ: Was die materielle Seite des neuen Rechts angeht, sticht in erster Linie § 10 Abs. 6 WEG ins Auge, in dem die Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentumsgemeinschaft anerkannt wurde. Damit hat der Gesetzgeber auf eine Entscheidung des V. Senats reagiert, die ergangen ist, kurz bevor Sie den Senatsvorsitz übernommen haben. Können Sie uns die Beweggründe für die damalige Entscheidung mitteilen?

Krüger: Ich war damals etwas skeptisch. Sie haben richtig gesagt, dass ich damals nicht beteiligt war; wir haben aber dennoch im Vorfeld im Senat darüber gesprochen. Mir erschien dies als Rechtsfortbildung etwas zu weitgehend. Ich bin ganz froh, dass der Gesetzgeber dies jedenfalls mit § 10 Abs. 6 WEG konsolidiert hat. Es gab allerdings ein Argument, das mir immer sehr eingeleuchtet hat. Das war das Haftungsargument. Nach früherem Recht war es ja so, dass man – wenn es um Kosten des Gemeinschaftseigentums ging – davon ausgegangen ist, dass sich alle Wohnungseigentümer gesamtschuldnerisch zur Erbringung der Leistung verpflichtet haben. Das führte dazu, dass ausgediehene Wohnungseigentümer auch noch nach Jahr und Tag in Anspruch genommen werden konnten. Man konnte sich nur dadurch enthaften, indem man beim Verkauf der Eigentumswohnung den Erwerber dazu brachte, die Schuld zu übernehmen. Das gelang im Allgemeinen nicht und galt auch nur für das Innenverhältnis. Diese Rechtslage hat zu sehr misslichen Ergebnissen geführt und war auch kaum vermittelbar. Eigentlich gewollt war aber wohl, dass dieses Konstrukt „Eigentumsgemeinschaft“ mit dem vorhandenen Vermögen haftete. Und diesen Gedanken konnte man verwirklichen, wenn man sagte, die Wohnungseigentümergeinschaft ist partiell rechtsfähig. Dieses Ergebnis haben wir jetzt, und das ist ein großer Vorteil. Natürlich ist der einzelne Wohnungseigentümer dazu verpflichtet, dafür zu sorgen, dass die Wohnungseigentümergeinschaft die finanziellen Mittel hat – aber das betrifft immer nur die jeweiligen Wohnungseigentümer. Das war damals ein Haupt Gesichtspunkt, warum der Senat gemeint hat, im Wege der Rechtsfortbildung die Wohnungseigentümergeinschaft als teilrechtsfähig anzuerkennen.¹⁶ Es gab auch gewisse Hinweise darauf, dass der Gesetzgeber diesem Gedanken nicht so ganz fern gestanden hatte, dies aber bloß nicht so recht zum Ausdruck gekommen war. Aber wenn man schon darüber nachdenken wollte, welche Rechtsgebilde man als rechtsfähig ansehen sollte, dann schien mir das jedenfalls bei der Wohnungseigentümergeinschaft noch näher liegend zu sein als bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Denn dort gibt es eigentlich im Gesetz deutliche Hinweise darauf, dass sich der Gesetzgeber das so sicherlich nicht vorgestellt hat. Aber jetzt sollte man mit dieser Frage auch Schluss machen. Ich habe einmal irgendwo etwas pointiert geschrieben, am Ende kommt noch jemand auf die Idee, den nicht-rechtsfähigen Verein als rechtsfähig anzusehen.

BRJ: Wir wollen das Sachenrecht einstweilen hinter uns lassen. Ihr Senat ist am Rande auch immer einmal wieder mit Fragen des Schuldrechts befasst. Wie schätzen sie die im Jahre 2002 in Kraft getretene Schuldrechtsreform ein? Ist sie nach Ihrem Dafürhalten insgesamt gelungen?

Krüger: Etwas pointiert würde ich sagen, sie ist besser gelungen, als ich befürchtet hatte. Ich war sehr skeptisch damals und ich glaube nach wie vor, dass diese Reform nicht zwingend notwendig war, jedenfalls in dieser Bandbreite. Es gab gewisse Notwendigkeiten durch Vorgaben aus Europa, aber diese waren bezogen auf den Verbrauchsgüterkauf, und es gibt andere Länder, die sich hierauf in ihrer Umsetzung beschränkt haben, während wir das gesamte allgemeine Schuldrecht und das Kaufrecht reformiert haben. Ich war – wie gesagt – skeptisch, ob dies gelingen würde, allein wenn man sich einmal den zeitlichen Rahmen ansieht, in dem sich diese Gesetzgebung abgespielt hat. Die Möglichkeit, die der Gesetzgeber des BGB hatte, lange darüber nachzudenken, die gab es hier nicht, wenngleich es auch Vorarbeiten gab, auf die man teilweise zurückgreifen konnte. Trotzdem muss ich sagen, im Großen und Ganzen funktioniert es doch ganz gut.

BRJ: In einer Entscheidung aus März 2009 hat sich der V. Senat zu der umstrittenen Frage geäußert, ob und wann ein Anspruch aus c.i.c. im Sachbereich des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts eingreifen kann. Wie bestimmt sich das Verhältnis beider Regelungsregime zueinander?

Krüger: Wir hatten einen Fall zu entscheiden, in dem es um die Asbestbelastung einer Hausfassade ging.¹⁷ Das ist eine Entscheidung, die zeigt, dass sich soviel gar nicht geändert hat. Wir sind ja früher davon ausgegangen, dass das kauf-

¹⁶ BGH, Urt. v. 02.06.2005 – V ZB 32/05 = BGHZ 163, 154.

¹⁷ BGH, Urt. v. 27.03.2009 – V ZR 30/08 = BGHZ 180, 215.

rechtliche Gewährleistungsrecht Vorrang hat vor allgemeinen schuldrechtlichen Möglichkeiten – also auch der c.i.c. Der Grund war einfach zu erkennen: Schadensersatz gab es nach früherem Kaufrecht nur unter den Voraussetzungen des § 463 BGB a.F. Voraussetzung war entweder eine fehlende zugesicherte Eigenschaft, oder der Verkäufer hatte arglistig gehandelt. Es war mit Händen zu greifen, dass man das unterlaufen würde, wenn man daneben eine Haftung aus c.i.c. vorsähe, die ja schon bei Fahrlässigkeit eingreift. Deswegen galt dieser Grundsatz des Vorrangs kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts. Diesen Grundsatz hat der Senat für das neue Kaufrecht bestätigt, und wir sind nach wie vor der Meinung, dass die Möglichkeiten, die das Kaufrecht bietet, einer allgemeinen Haftung aus c.i.c. vorgehen. Es gibt zwar nicht mehr den § 463 BGB a.F., an dem man dies so schön festmachen konnte. Aber es gibt die Besonderheit des Kaufrechts, dass der Nachbesserungsanspruch zunächst einmal vorrangig ist. Das würde man unterlaufen, wenn man gleich auf die c.i.c. umschwenken könnte. Wir haben aber sowohl nach altem wie nach neuem Recht gesagt, dass dies dann nicht gilt, wenn der Verkäufer arglistig oder vorsätzlich gehandelt hat. Dann verdient er keinen Schutz.

BRJ: Eine weitere grundlegende Entscheidung des V. Senats aus dem Jahr 2009 betrifft die Voraussetzungen, unter denen ein Käufer einen mangelbedingten Nutzungsausfallschaden ersetzt verlangen kann, wenn er am Vertrag festhalten will. Zu welchem Ergebnis ist Ihr Senat gelangt?

Krüger: Hier ging es um einen Fall von Schadensersatz neben der Leistung.¹⁸ Es war so, dass die gekauften Gebäude teilweise aus Gründen des öffentlichen Rechts entgegen der privatrechtlichen Vereinbarung nicht vermietet werden konnten. Der Käufer wollte die mangelhafte Sache behalten, forderte zur Beibringung der fehlenden Bescheinigungen, die die Vermietbarkeit hätten herstellen können, auf und machte Mietausfallschaden von Beginn an geltend. Es stellte sich nun die Frage, ob er dies nur unter den Voraussetzungen des Verzuges – §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 BGB – konnte oder ob er rein nach § 280 Abs. 1 BGB vorgehen konnte. Das war deshalb von Belang, weil der Verkäufer hier nicht in Verzug geraten war. Der Senat war der Auffassung, dass es nicht der Verzugsvoraussetzungen bedarf und der Käufer unmittelbar nach § 437 Nr. 3 BGB i.V.m. § 280 Abs. 1 BGB Schadensersatz neben der Leistung verlangen kann. Zum einen konnte man das recht deutlich aus den Gesetzesmaterialien entnehmen. Und man konnte es auch in der Gesetzes-systematik wieder finden, denn die Norm des § 437 Nr. 3 BGB verweist auf § 280 BGB, nicht aber auf § 286 BGB, also die Vorschrift, die den Verzug regelt. Teleologisch betrachtet hätte es sonst auch keinen echten Schutz vor unmittelbar durch die mangelhafte Leistung eintretende Nachteile gegeben. Dies hat uns dazu bewogen, den Schadensersatzanspruch unabhängig vom Verzug zuzubilligen. Das ist übrigens etwas – wenn ich richtig sehe –, was nach altem Recht anders gelaufen wäre, denn der Verkäufer war nach altem Recht bei einer Stückschuld nicht verpflichtet, mangelfrei zu leisten. Die Sachmängelhaftung knüpfte daran an, dass zunächst erfüllt war und dann wegen der Mängel ein besonderes Gewährleistungsrecht eingriff. Es gab aber nicht die Verpflichtung – jedenfalls nach herrschender Auffassung – des Verkäufers, eine mangelfreie Sache zu liefern. Er war nur verpflichtet, diese Sache zu liefern, über die sich die Parteien geeinigt hatten. Hiernach wäre man wohl im Unterschied zum neuen Recht mit einem Schadensersatzanspruch nicht hingekommen. In diesem Punkt finde ich das heutige Recht sehr sympathisch.

BRJ: Lassen Sie uns zum Schluss noch auf das Zivilprozessrecht zu sprechen kommen. Im Jahr 2002 ist ebenfalls ein neues Rechtsmittelrecht in Kraft getreten. Wie bewerten Sie es?

Krüger: Nach nun einiger Erfahrung hiermit würde ich es eher skeptisch bewerten. Der Gedanke war ursprünglich ein überzeugender: Wir haben früher die so genannte Annahmerevision gehabt. Dabei hing die Zulässigkeit letztlich davon ab, ob eine bestimmte Beschwer erreicht war. Zuletzt waren das 60.000 DM. Daneben gab es zwar noch die Möglichkeit der Zulassungsrevision nach Zulassung durch die Berufungsgerichte. In der Praxis spielte diese aber keine Rolle. Also kamen nur die entsprechenden Streitwerte vor Gericht, obwohl es sicherlich auch darunter interessante Rechtsfragen zu entscheiden gab. Man hatte nun die Idee, auf die Zulassungsrevision umzustellen. Die Oberlandesgerichte und die Landgerichte können jetzt die Revision zulassen. Das ist eigentlich ein schöner Gedanke – aber er ist problematisch: Wenn die Berufungsgerichte die Revision nicht zulassen, dann gibt es die so genannte Nichtzulassungsbeschwerde. Hierfür ist allerdings auch eine gewisse Beschwer – in Höhe von über 20.000 € – notwendig, und über die Hintertür ist damit ein altes Begrenzungsinstrument wieder eingeführt worden. Was aber noch viel wichtiger ist: In der Nichtzulassungsbeschwerde überprüft der BGH nicht, ob das Urteil richtig oder falsch ist, sondern er prüft nur, ob Zulassungsgründe vorliegen. Das ist etwas, was man als Jurist verstehen kann, den Parteien aber wohl nicht begreifbar zu machen ist. Ich bekomme immer wieder Fälle, in denen mir die Leute persönlich schreiben und fragen, wie wir denn die Revision nicht zulassen konnten. Es ist dann sehr schwer zu erklären, dass man ein falsches Urteil hinnehmen muss, wenn es an einem Zulassungsgrund fehlt, etwa weil die Sache keine grundsätzliche Bedeutung hat. Das kann man kaum plausibel machen, denn die Leute sagen natürlich, wenn sich schon der BGH mit der Sache befassen muss, dann sollte er sich doch auch mit der Frage befassen, ob das Urteil nun auch inhaltlich richtig ist. Das gelingt den Anwälten nicht, und ob es mir gelingt, da bin ich

¹⁸ BGH, Urt. v. 19.06.2009 – V ZR 93/08 = BGHZ 181, 317.

auch sehr im Zweifel. Aber es gibt auch positive Aspekte. Zum Beispiel den Umstand, dass jetzt der Bundesgerichtshof in Mietstreitigkeiten für Rechtseinheit sorgen kann. Diese sind zuvor nahezu überhaupt nicht an den Bundesgerichtshof gelangt. Daneben gibt es auch noch einen Webfehler im Gesetz, der jetzt aber möglicherweise beseitigt wird. Wir haben jedenfalls eine Gesetzesvorlage. Das war die Möglichkeit der Berufungsgerichte, durch Beschluss über eine Berufung zu entscheiden, wenn alle drei Richter der Meinung waren, an der Berufung sei nichts dran. Dann konnte das Berufungsgericht nach vorherigem Hinweis die Berufung durch Beschluss zurückweisen. Dagegen ist nichts einzuwenden. Wogegen meiner Meinung nach aber etwas einzuwenden ist, ist die fehlende Rechtsbehelfsmöglichkeit in einem solchen Fall. Das ist eine Regelung, die mich nicht überzeugt und auch die Parteien nicht überzeugt, weil nämlich die Rechtsbehelfsmöglichkeit davon abhängt, ob die Berufung durch Beschluss oder Urteil zurückgewiesen wurde. Und auch im Verhältnis zu anderen Gerichtsarten, etwa nach VwGO oder SGG, stellt diese Regelung eine Besonderheit dar.

BRJ: Herr Prof. Dr. *Krüger*, haben Sie vielen Dank für dieses sehr aufschlussreiche Gespräch.