

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

7/1997 · April 1997

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1030, 1090, 1093 - Eigentümergebrauch, Eigentümerdienstbarkeit und Mitbenutzungsrecht des Eigentümers gemeinsam mit einem Dritten
SachRBerG §§ 89 ff., 92 Abs. 6 - Vermittlungsverfahren, Veräußerung des Grundstücks, Einfluß auf den Fortgang des Verfahrens

Gutachten im Fax-Abruf

Rechtsprechung

ZPO § 794 Abs. 1 Nr. 5; MaBV §§ 3, 12; AGBG § 11 Nr. 2, 15, § 9 - Zwangsvollstreckungsunterwerfung mit Nachweisverzicht im Bauträgervertrag

BGB §§ 138, 313, 326 - Bestimmtheitsgrundsatz bei Veräußerung einer noch nicht vermessenen Teilfläche

BGB §§ 135, 136, 878; AnFG §§ 3, 4 - Anfechtung einer unbenannten Zuwendung unter Ehegatten

GmbHG §§ 57, 8; AktG § 37 - Bankbestätigung bei Handelsregisteranmeldung

Aktuelles

Schreiben des Bundesministerium der Finanzen vom 14.03.1997 an die Bundesnotarkammer - Mitteilungspflichten der Notare nach § 54 EStDV

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1030, 1090, 1093 Eigentümergebrauch, Eigentümerdienstbarkeit und Mitbenutzungsrecht des Eigentümers gemeinsam mit einem Dritten

I. Sachverhalt

Ein Ehemann will ein in seinem Alleineigentum stehendes Einfamilienhausgrundstück im Wege einer ehebedingten Zuwendung auf seine Ehefrau übertragen. Gleichzeitig soll die Ehefrau dem Ehemann ein lebenslangliches unentgeltliches Nutzungsrecht einräumen. Dabei denken die Beteiligten an einen Nießbrauch. Jedoch soll das Nutzungsrecht des Ehemannes das Mitbenutzungsrecht der Ehefrau als künftiger Eigentümerin nicht ausschließen. Zudem will sich der Ehemann die Rückforderung des Grundstücks unter gewissen Voraussetzungen vorbehalten. Für den Fall der Rückübertragung soll der Ehefrau ein Mitbenutzungsrecht verbleiben.

II. Frage

1. Ist es möglich, auch zugunsten der Ehefrau als künftiger Eigentümerin einen Nießbrauch am Grundstück zu bestellen?
2. Empfiehlt es sich, zwei getrennte gleichrangige Nießbrauchrechte für die beiden Ehegatten zu bestellen, oder ist auch die Bestellung eines gemeinschaftlichen Nießbrauches für beide Ehegatten möglich?
3. Können die beabsichtigten Nutzungsrechte auch durch die Einräumung von Wohnrechten nach § 1093 BGB bzw. von Wohndienstbarkeiten nach § 1090 BGB gestaltet werden?

III. Rechtslage

1. Zulässigkeit eines Eigentümergebrauchs

a) Heute ist allgemein anerkannt, daß ein **Eigentümergebrauch grundsätzlich möglich** ist (statt aller vgl. etwa BayObLG, Beschl. v. 15.2.1979, MittBayNot 1979, 6/8). Dies entnimmt man vor allem aus einem Umkehrschluß zu § 1063 BGB und aus § 899 BGB, wonach bei einer nachträglichen Vereinigung von Eigentum und Nießbrauch in einer Person keine Konsolidation des Nießbrauches (d. h. dessen Aufgehen im Eigentum als dem umfassenderen Recht) stattfindet. Wenn demnach eine nachträgliche Vereinigung beider Rechte in einer Person möglich ist, warum sollte nicht auch die ursprüngliche Bestellung eines Nießbrauches durch den Eigentümer zu seinen eigenen Gunsten möglich sein? Dafür spricht auch die Parallele zu anderen beschränkten dinglichen Grundstücksrechten wie z. B. den Eigentümergrundpfandrechten oder der Eigentümerdienstbarkeit. Auch sprechen praktische Gründe dafür, vor allem im Hinblick auf eine vom bisherigen Eigentümer geplante Veräußerung, die Bestellung eines Eigentümergebrauchs zuzulassen.

b) Die als wohl noch herrschend anzusehende Meinung verlangt dabei für die Zulässigkeit eines Eigentümergebrauchs ein **berechtigtes Interesse des Eigentümers** (so ausdrücklich LG Hamburg, Beschl. v. 3.5.1968, DNotZ 1969, 39; LG Verden, Beschl. v. 24.2.1970, NdsRpfl 1970, 208 - offengelassen in den anderen zitierten Entscheidungen; ebenso MünchKomm-Petzoldt, 2. Aufl. 1986, § 1030 BGB Rn. 21; Soergel/Stürmer, 12. Aufl. 1989, § 1030 BGB Rn. 3; v. Lübtow, NJW 1962, 275). Insofern dürften dieselben Argumente wie in der Rechtsprechung zur Zulässigkeit einer Eigentümerdienstbarkeit gelten, die nachfolgend noch darzustellen ist.

Ein solches berechtigtes Interesse des Eigentümers ist heute jedenfalls **im Hinblick auf einen bevorstehenden Verkauf** anerkannt (LG Hamburg DNotZ 1969, 39, 41), wobei bei der Eintragung zugunsten eines Miteigentümers/Miterben auch die bloße Möglichkeit eines Verkaufs durch die anderen Miteigentümer/Miterben bereits genüge (LG Verden NdsRpfl 1970, 208/209) bzw. sich **bei einer bloßen Miteigentümerstellung des Berechtigten** die Möglichkeit einer Nießbrauchsbestellung und damit auch das rechtliche Interesse **bereits aus § 1009 Abs. 1 BGB** ergebe, der die Belastung einer gemeinschaftlichen Sache zugunsten eines Miteigentümers allgemein ausdrücklich zulasse (AG Aachen, Beschl. v. 21.9.1973, MittRhNotK 1973, 640/641 f.). Ebenso wurde ein Eigentümergegen Nießbrauch **zur Rangwahrung neben einem gleich- oder nachrangigen Fremdnießbrauch** anerkannt (LG Stade, Beschl. v. 23.4.1968, NJW 1968, 1678). Zu streng und damit überholt dürfte die Entscheidung des OLG Düsseldorf sein, wonach im allgemeinen ein rechtliches Interesse an der Begründung eines Nießbrauches am eigenen Grundstück nicht anerkannt werden könne (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28.9.1960, NJW 1961, 561).

c) **Die in der Literatur mittlerweile fast schon überwiegende Gegenmeinung**, der sich allerdings bisher noch kein Gericht ausdrücklich angeschlossen hat, läßt die Bestellung eines Eigentümergegen Nießbrauches zu, ohne daß der Eigentümer ein berechtigtes Interesse haben oder nachweisen müsse. Ein solches Interesse von Faktoren wie der Verkaufsabsicht abhängig zu machen, sei zu subjektiv. Im Interesse der Rechtssicherheit und eines unkomplizierten Grundbuchverfahrens verzichte man besser von vornherein auf ein solches Kriterium. Eigentümergegen Nießbrauch und Fremdnießbrauch unterscheiden sich dadurch, **daß der Eigentümer als Nießbrauchsberechtigter** (ähnlich wie als Berechtigter einer Eigentümergrundschuld) **gewisse, an sich aus dem Nießbrauch entspringende Rechte nicht ausüben könne** (Haegle/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 10. Aufl. 1993, Rn. 1373; Palandt/Bassenge, 56. Aufl. 1997, § 1030 BGB Rn. 4/Einl. v. § 854 BGB Rn. 7; Staudinger/Frank, 13. Aufl. 1994, § 1030 BGB Rn. 31; Faber, BWNNotZ 1978, 151, 153; Harder, NJW 1969, 278; ders., Zur Lehre vom Eigentümergegen Nießbrauch, DNotZ 1970, 267; Weitnauer, DNotZ 1964, 711).

d) Hier wäre die Bestellung eines Eigentümergegen Nießbrauches wohl auch nach der h. M. möglich: Wird der Nießbrauch bereits vor der Veräußerung bestellt, so gibt die anstehende Veräußerung dem jetzigen Eigentümer ein berechtigtes Interesse. Bei der Erwerberin ergäbe sich ein berechtigtes Interesse aus deren bedingter Rückübertragungspflicht.

2. Mehrheit von Berechtigten beim Nießbrauch

a) Hier sollen sowohl der Veräußerer als auch die Erwerberin aus dem Nießbrauch berechtigt sein. Dies kann entweder durch die Bestellung mehrerer Nießbrauchsrechte oder durch die Bestellung eines gemeinschaftlichen Nießbrauches erfolgen. **Mehrere Nießbrauchsrechte** können nicht nur im Rang nacheinander, sondern **auch nebeneinander** bestellt werden - obwohl es sich beim Nießbrauch seinem Begriff nach um ein umfassendes Nutzungsrecht handelt. Aber das Gesetz hat diesen Fall in **§ 1060 BGB** bereits geregelt und schreibt durch eine Verweisung auf § 1024 BGB vor, daß den Berechtigten dann

im Zweifel Nutzung und Ertrag je hälftig zustehen (vgl. Staudinger/Frank, a.a.O., § 1060 BGB Rn. 1).

b) Soll hingegen **ein einziger gemeinschaftlicher Nießbrauch** bestellt werden, so kann dieser den Berechtigten entweder **zu Bruchteilen (nach §§ 741 ff. BGB) oder als Gesamtberechtigten nach § 428 BGB** zustehen (vgl. Haegle/Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 1370; Staudinger/Frank, a.a.O., § 1030 BGB Rn. 37/40). Eine Gesamthandsberechtigung käme hier nur in Betracht, wenn Veräußerer und Erwerber gleichzeitig zumindest für diesen Zweck eine GbR bilden.

Daraus, daß der Nießbrauch dann dem Eigentümer gemeinsam mit einem Dritten zustehen würde, ergibt sich wohl keine Besonderheit. Soweit der Eigentümer als Nießbraucher die Rechte eines Nießbrauchers nicht geltend machen kann, kann er dies auch als Bruchteilsberechtigter oder Gesamtberechtigter nicht. Der andere Nießbraucher kann seine Rechte jedoch hinsichtlich seines eigenen Bruchteils bzw. im Falle des § 428 BGB auch hinsichtlich des gesamten Nießbrauches geltend machen.

c) Denkbar wäre auch, dem Veräußerer einen bloßen Quotennießbrauch vorzubehalten, wodurch die Nutzungs- und Verwaltungsrechte dem Quotennießbraucher und dem Eigentümer gemeinschaftlich analog §§ 741 ff. BGB zustünden (LG Wuppertal, Beschl. v. 28.09.1994, Rpfleger 1995, 209)

3. Eigentümerdienstbarkeit und Mitbenutzungsrecht von Eigentümer und Drittem

a) Anstelle eines Nießbrauchs könnte man auch an ein **Wohnrecht nach § 1093 BGB**, eine Dienstbarkeit nach § 1090 BGB oder eine Wohnungsrealast nach § 1105 BGB denken. Ein Wohnrecht kann aber nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 1093 Abs. 1 S. 1 BGB in seinem Ausübungsbereich **nur „unter Ausschluß des Eigentümers“** bestellt werden.

Allgemein anerkannt ist jedoch die Möglichkeit, ein Recht auf bloße Mitbenutzung des Grundstückes bzw. Gebäudes neben dem Eigentümer in Form einer **Wohndienstbarkeit gemäß § 1090 BGB ohne Ausschluß des Eigentümers** zu bestellen (BayObLG, Beschl. v. 9.4.1981, Rpfleger 1981, 353 = MDR 1981, 759; OLG Hamm, Beschl. v. 7.7.1975, Rpfleger 1975, 357, 358; OLG Saarbrücken, Beschl. v. 9.7.1991, OLGZ 1992, 5 = MittRhNotK 1992, 47 = Rpfleger 1992, 16 m. Anm. Reiff, Rpfleger 1992, 150; Palandt/Bassenge, a.a.O., § 1093 BGB Rn. 4/Üb. v. § 1105 BGB Rn. 3; Staudinger/Ring, a.a.O., § 1093 BGB Rn. 1; vgl. auch Motive III 570 f.).

Bei einer **Wohnungsrealast nach § 1105 BGB** schließlich würde sich der Eigentümer nicht nur zur Duldung der Nutzung, sondern dazu verpflichten, die Wohnräume durch positive, wiederkehrende Leistung zur Verfügung zu stellen und in gebrauchsfähigem Zustand zu erhalten (BGH, Beschl. v. 12.1.1972, BGHZ 58, 57 = NJW 1972, 540; BayObLG, Rpfleger 1981, 353 = MDR 1981, 759; OLG Hamm, Rpfleger 1975, 357, 358; OLG Oldenburg, Beschl. v. 26.6.1978, Rpfleger 1978, 411; Haegle/Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 1236; Hartung, Einzelfragen zum im Altenteil enthaltenen Wohnrecht, Rpfleger 1978, 48). Dies ist hier nicht gewünscht.

b) Die einfachste Lösungsmöglichkeit wäre hier, daß sich der **Veräußerer bei der Übertragung ein bloßes Mitbenutzungs-**

recht nach § 1090 BGB vorbehalten. Dann wäre er zugleich mit dem jeweiligen Grundstückseigentümer zur Mitbenutzung des Grundstückes berechtigt, das Mitbenutzungsrecht der Erwerberin ergäbe sich aus ihrer Eigentümerstellung. Für den Fall der Rückübertragung würde sich der Veräußerer zur Bestellung eines Mitbenutzungsrechtes für die Erwerberin verpflichten. Seinen Rückübertragungsanspruch kann er nur dann geltend machen, wenn er bei der Rückübertragung zugleich deren Mitbenutzungsrecht ranggerecht bestellt.

c) Eine zweite Lösungsmöglichkeit wäre, ein **Nutzungsrecht zugunsten des Veräußerers** (sei es nach § 1090 oder nach § 1093 BGB) **mit einer gleichrangigen (Eigentümer)Wohndienstbarkeit zugunsten der Erwerberin zu kombinieren.**

Ebenso wie das Reichsgericht (RG, Beschl. v. 14.11.1933, EGZ 142, 231 = JW 1934, 282) bejaht auch der BGH die grundsätzliche **Zulässigkeit einer Eigentümerdienstbarkeit.** Erforderlich sei ein **schutzwürdiges Interesse des Eigentümers** - auch ein entsprechendes fremdes Interesse, das der Eigentümer fördern wolle. Die Bestellung sei etwa zulässig, wenn sie mit Rücksicht auf eine beabsichtigte Veräußerung des Grundstückes erfolge (BGH, Urt. v. 11.3.1964, BGHZ 41, 209 = NJW 1964, 1226 = DNotZ 1964, 493 = Rpfleger 1964, 310). In einer neueren Entscheidung hat der BGH die Möglichkeit einer Eigentümerdienstbarkeit bestätigt (BGH, Urt. v. 8.4.1988, NJW 1988, 2362).

Nach der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung genügt es, wenn ein Bedürfnis für die Bestellung nur für einen Anteil des Grundstückes besteht (OLG Frankfurt, Beschl. v. 14.3.1984, Rpfleger 1984, 264 - zur Bestellung eines Wohnrechtes). Ein berechtigtes Interesse liege insbesondere dann vor, wenn die **Bestellung mit Rücksicht auf eine beabsichtigte Veräußerung des zu belastenden Grundstückes** geschehe, egal ob es sich dabei um ein Wohnrecht nach § 1093 BGB handle (OLG Oldenburg, Beschl. v. 7.12.1966, DNotZ 1967, 687) oder um eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit (OLG Frankfurt, Beschl. v. 26.11.1979, Rpfleger 1980, 63). Zur Glaubhaftmachung nach § 29 GBO genüge es, wenn der **Antragsteller seine Veräußerungsabsicht in beurkundeter Form bekunde** (OLG Oldenburg DNotZ 1967, 687) - wobei eine Unterschriftsbe glaubigung nach § 29 GBO genüge.

Das OLG Saarbrücken ließ gerade für einen Fall wie den hier vorliegenden die **Bestellung einer Wohndienstbarkeit nach § 1090 BGB für den Eigentümer gleichrangig neben einem Wohnrecht nach § 1093 BGB für einen Dritten** zu (OLG Saarbrücken Rpfleger 1992, 16). Das berechtigte Interesse der Erwerberin (und künftiger Eigentümerin) wäre damit hier gleich aus zwei Gesichtspunkten heraus zu bejahen: einmal im Hinblick auf ihre bedingte Rückübertragungsverpflichtung, zum anderen zur **Sicherung ihrer Mitnutzung neben dem gleichrangigen Wohnrecht des Veräußerers.**

Bei **Miteigentum** werden geringere Anforderungen an das berechtigte Interesse gestellt. So erkannte das LG Frankfurt ein schützenswertes Interesse zur Bestellung eines gemeinschaftlichen Wohnrechtes (oder im entschiedenen Fall wohl mehrerer gleichrangiger einzelner Wohnrechte) bereits dann an, wenn dadurch **familiären oder erbrechtlichen Streitig-**

keiten vorgebeugt werden solle (LG Frankfurt, Beschl. vom 21.11.1991, Rpfleger 1992, 246). Das BayObLG verlangte bei der Eintragung eines Wohnrechtes für einen von mehreren **Miteigentümern gar kein berechtigtes Interesse**, da **§ 1090 Abs. 1 BGB** eine Grundstücksbelastung zugunsten eines Miteigentümers ausdrücklich zulasse (BayObLG, Beschl. vom 19.12.1991, Rpfleger 1992, 191). Dafür spricht auch, daß bei der Belastung zugunsten eines Miteigentümers Berechtigter und Grundstückseigentümer gar nicht identisch sind.

Teile der Literatur haben sich der Rechtsprechung angeschlossen (Haegeler/Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 1200; Münch-Komm-Falckenberg, a.a.O., § 1018 BGB Rn. 22; Münch-Komm-Joost, a.a.O., § 1090 BGB Rn. 24; Soergel/Stürner, a.a.O., § 1018 BGB Rn. 38). Andere **Literaturstimmen** halten eine Eigentümerdienstbarkeit ebenso wie eine Eigentümergrundschuld **auch ohne ein berechtigtes Interesse des Eigentümers** für zulässig - mit den bereits für die Zulässigkeit eines Eigentümernießbrauches dargestellten Argumenten v. a. der Rechtssicherheit und der Vereinfachung des Grundbuchvollzuges und unter Hinweis auf die leicht abstrusen praktischen Konsequenzen der Rechtsprechung wie die Versicherung des Eigentümers über seine Veräußerungsabsicht (Palandt/Bassenge, a.a.O., § 1090 BGB Rn. 3, Einl. v. § 854 BGB Rn. 7; Staudinger/Ring, a.a.O., § 1018 BGB Rn. 24, § 1090 BGB Rn. 8).

d) Eine dritte Lösungsmöglichkeit wäre schließlich, eine **Gesamtberechtigung für Veräußerer und Erwerberin gemeinsam** zu schaffen. Nach den Grundsätzen der Eigentümerdienstbarkeit müßte auch ein gemeinschaftliches Nutzungsrecht nach § 1090 BGB möglich sein - entweder zu Bruchteilen oder in Gesamtläubigerschaft nach § 428 BGB.

Nach einer Entscheidung des LG Lüneburg (Beschl. v. 9.2.1990, NJW-RR 1990, 1037) ist selbst die **Bestellung eines Wohnrechtes nach § 1093 BGB zugunsten des Eigentümers und eines Dritten als Gesamtberechtigten nach § 428 BGB** möglich. In Konsequenz dieser Entscheidung würde man wohl auch die Möglichkeit bejahen, einen Nießbrauch für den Eigentümer und einen Dritten als Gesamtberechtigte nach § 428 BGB zu bestellen.

e) Die Lösungen unterscheiden sich zum einen im **Umfang des Nutzungsrechtes, das dem Veräußerer beim Tod der Erwerberin verbleibt** - sofern nicht für diesen Fall ohnehin ein Rückfall des Eigentums an den Veräußerer vorgesehen ist: Der aus einer bloßen Wohn(mitbenutzungs)dienstbarkeit Berechtigte muß die Mitnutzung durch den jeweiligen Eigentümer dulden. Ist hingegen ein Recht nach § 1093 oder § 1090 BGB gleichrangig zu einer Eigentümer-Mitbenutzungsdienstbarkeit bestellt, so muß der Veräußerer nur die Mitnutzung durch diesen Eigentümer dulden, da die gleichrangige Dienstbarkeit mit dessen Tod erlischt (§ 1090 Abs. 2 i.V.m. § 1061 BGB; vgl. OLG Saarbrücken Rpfleger 1992, 16/17). Dasselbe gilt bei einer Bestellung eines gemeinschaftlichen Rechtes zugunsten von Veräußerer und Erwerber als Gesamtläubiger: Hier erlischt das Recht lediglich in der Person des Erstversterbenden, während es dem Überlebenden weiterhin in vollem Umfang zusteht. Bei einer bloßen Bruchteilsberechtigung hingegen ist strittig, ob das Recht so gestaltet werden kann, daß es dem Überlebenden nach dem Tod des Mitberechtigten allein zusteht

(bejahend BayObLG, Beschl. v. 06.04.1995, MittBayNot 1995, 204 = DNotI-Report 10/1995, S. 89; ablehnend Haegele/Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 261 a-c; Gutachten DNotI-Report 14/1995, S. 121).

Für den Fall der **Rückübertragung des Grundstückes** wäre die Erwerberin bei einem gemeinschaftlich bestellten Nutzungsrecht bereits abgesichert, ebenso bei einem gleichrangig bestellten Nutzungsrecht für sie. Wird hingegen zunächst lediglich ein Mitbenutzungsrecht nach § 1090 BGB für den Veräußerer bestellt, so müßte sich der Veräußerer verpflichten, im Falle der Rückübertragung des Grundstückes ihr ein entsprechendes Nutzungsrecht neu zu bestellen.

f) Hier nicht zu empfehlen ist hingegen die **Kombination von Nießbrauch und Wohnrecht oder Wohndienstbarkeit**. Diese macht Sinn, wenn man über die vorrangige Bestellung eines Wohnrechtes **bestimmte Räume aus einem nachrangigen Nießbrauch herausnehmen** will (obwohl der Nießbrauch an sich ein Recht zur umfassenden Grundstücksnutzung begründen würde; vgl. LG Aschaffenburg, Beschl. v. 13.3.1992, MittBayNot 1982, 206). Bei einer gleichrangigen Bestellung aber wäre das Ergebnis der Anwendung von §§ 1060, 1024 BGB keinesfalls klar.

SachRBERG §§ 89 ff., 92 Abs. 6 Vermittlungsverfahren, Veräußerung des Grundstücks, Einfluß auf den Fortgang des Ver- fahrens

I. Sachverhalt

Im Grundbuch sind A und B als Miteigentümer eingetragen. Der Nutzer des Grundstücks hat zum Zweck des Ankaufs des Grundstücks ein notarielles Vermittlungsverfahren nach dem SachRBERG beantragt. Nach Eröffnung des notariellen Vermittlungsverfahrens und Eintragung des Eröffnungsvermerks im Grundbuch veräußern A und B ihre Miteigentumsanteile an C bzw. D.

II. Frage

Wie wirkt sich die Veräußerung an C und D auf den Fortgang und die Beteiligten des notariellen Vermittlungsverfahrens aus? Ist insbesondere das Verfahren gegen A und B fortzusetzen, oder ist - nach Einstellung des Verfahrens gegen A und B - ein neues Verfahren gegen C und D zu eröffnen?

III. Rechtslage

1. **Das SachRBERG hat die Frage der Rechtsnachfolge auf der Seite des Anspruchsgegners nicht geregelt** (vgl. Albrecht, in: Eickmann, Sachenrechtsbereinigung, § 92 SachRBERG Rn. 43; Waldner, in: Prütting/Zimmermann/Heller, GRO - Grundstücksrecht Ost, § 89 SachRBERG Rn. 31). Gem. § 89 Abs. 1 SachRBERG ist auf das notarielle Vermittlungsverfahren das Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG) sinngemäß anzuwenden, soweit das SachRBERG nichts anderes bestimmt. Die analoge Anwendung der Vorschriften des FGG beruht darauf, daß das notarielle Vermittlungsverfahren im Ansatz an die in §§ 86-98 FGG geregelte gerichtliche Vermittlung der Auseinandersetzung eines Nachlasses angelehnt ist und wie dieses in erster Linie als Hilfe zum Vertragsschluß dient (vgl. Albrecht,

a.a.O., § 89 SachRBERG Rn. 1; einschränkend Vossius, SachRBERG, 2. Aufl. 1996, § 89 Rn. 1 ff.: stärkere Berücksichtigung der ZPO-Vorschriften, da das notarielle Vermittlungsverfahren gem. § 104 SachRBERG zugleich Sachurteils-voraussetzung für ein nachfolgendes Streitverfahren nach der ZPO sei). **Auch das FGG regelt nicht die Frage der Rechtsnachfolge während des laufenden Verfahrens. Bei Veräußerung der Streitsache ist aber anerkannt, daß eine entsprechende Anwendung des § 265 Abs. 1 ZPO zulässig** und demnach das Verfahren gegenüber dem neuen Erwerber fortzusetzen ist (Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, Teil A, 13. Aufl. 1992, § 12 Rn. 83 und vor § 8 Rn. 4 m. w. N. aus Literatur und Rechtsprechung; BayObLG MDR 1980, 142, BayObLGE 1975, 53, 55, BayObLGE 1983, 73, 76 jeweils für das Verfahren nach dem WEG).

2. **Ob und inwieweit die §§ 265, 266 und ggf. § 325 ZPO auf das notarielle Vermittlungsverfahren nach dem SachRBERG angewendet werden können, ist in der einschlägigen Literatur streitig.** *Aumüller* (Das notarielle Vermittlungsverfahren als Instrument der Sachenrechtsbereinigung in der ehemaligen DDR, Diss. jur. 1996, S. 259, 261) und *Albrecht* (a.a.O., § 92 SachRBERG Rn. 43) gehen im Grundsatz von einer entsprechenden Anwendung der genannten Vorschriften aus, **mit der Folge, daß das Verfahren auch nach einer Veräußerung des Grundstücks gegen den bisherigen Gegner weiterbetrieben werden könne**. Dabei wird nicht verkannt, daß bei dieser Lösung der Anspruchsgegner wegen der Veräußerung der Sache an einer auch für ihn günstigen Gestaltung des Vertrages kein Interesse mehr haben wird, der Erwerber jedoch wegen der Vormerkungswirkung des Eröffnungsvermerks gem. § 92 Abs. 6 SachRBERG i. V. m. §§ 883 Abs. 2, 888 BGB an die zwischen bisherigem Eigentümer und Nutzer möglicherweise zustande gekommene Einigung gebunden ist. Diese Bedenken werden aber dadurch abgemildert, daß aufgrund des im Grundbuch eingetragenen Eröffnungsvermerks der Erwerber von der Anhängigkeit des Vermittlungsverfahrens weiß und daher im Rahmen des mit dem bisherigen Eigentümer abgeschlossenen Vertrags durch entsprechende rechtliche Gestaltung dafür Sorge tragen kann, daß dieser die Fortsetzung des Vermittlungsverfahrens an den Interessen des Erwerbers orientiert (*Aumüller*, a.a.O., 260/261; *Albrecht*, a.a.O., § 92 SachRBERG Rn. 45). Nach *Vossius* (a.a.O., § 14 Rn. 22 und § 92 Rn. 36) sollen die §§ 265, 325 ZPO dann keine Anwendung finden, wenn ein Vermerk nach § 92 Abs. 5 SachRBERG (oder Art. 233 § 2 c EGBGB) in das Grundbuch eingetragen worden ist. Da die Veräußerung dann entsprechend § 883 Abs. 2 BGB dem Erwerber des Grundstücks gegenüber unwirksam sei, komme auf seiten des Verpflichteten eine Rechtsnachfolge in das Vermittlungsverfahren nur mit Zustimmung des Berechtigten/Nutzers in Frage. Nach *Waldner* (a.a.O., § 89 SachRBERG Rn. 31) kommt eine Anwendung der §§ 265, 325 ZPO generell nicht in Frage, da das Verfahren nach dem SachRBERG nicht mit einer rechtskräftigen Entscheidung ende; dies gelte unabhängig davon, ob ein Vermittlungsvermerk nach § 92 Abs. 5 SachRBERG eingetragen sei. Gleichwohl kommt *Waldner* bei Veräußerung des Grundstücks durch den Antragsgegner vor Abschluß eines Vertrages im Vermittlungsverfahren zu dem Ergebnis, daß der bisherige Eigentümer und Antragsgegner das Verfahren fortsetzen und mit einem Vertragsschluß beenden könne, der - wenn ein Vermerk eingetragen sei - gem. § 92

Abs. 6 SachRBerG auch den Erwerber binde. Der Antragsgegner könne aber auch den Einwand erheben, daß er nicht mehr passivlegitimiert sei, was zur Antragszurückweisung führe, wenn der Antragsteller wegen dieses Einwands den Vermittlungsantrag nicht zurücknehme und auch der Erwerber nicht mit Zustimmung des Antragstellers in das Verfahren eintrete. Den Einwand der weggefallenen Passivlegitimation mit den soeben dargestellten Folgen will auch *Aumüller* (a.a.O., 261) zulassen (wobei andererseits - wie bereits dargelegt - eine analoge Anwendung der §§ 265, 325 ZPO befürwortet wird).

3. Zur sachgerechten Lösung der Problematik ist - nachdem weder das SachRBerG noch das FGG die Frage regelt - zunächst von den §§ 265, 266, 325 ZPO auszugehen und zu prüfen, inwieweit der Inhalt dieser Normen auch zur Lösung der Frage der Rechtsnachfolge während des notariellen Vermittlungsverfahrens nach dem SachRBerG seinem Sinn und Zweck nach herangezogen werden kann. Gem. § 265 Abs. 1 ZPO schließt die Rechtshängigkeit das Recht der einen oder der anderen Partei nicht aus, die in Streit befangene Sache zu veräußern oder den geltend gemachten Anspruch abzutreten. Damit spricht die Vorschrift aus, was materiell-rechtlich selbstverständlich ist, nämlich daß der Prozeß die Verfügungsfreiheit der Parteien nicht beeinträchtigt (vgl. *Zöller/Greger*, ZPO, 19. Aufl. 1995, § 265 Rn. 2). Auch auf das notarielle Vermittlungsverfahren im SachRBerG trifft dieser Grundsatz zu, da ein Verfügungsverbot gem. § 78 SachRBerG frühestens mit Zusammentreffen des Grundstücks- und Gebäudeeigentums in einer Person eintreten kann. Gem. § 265 Abs. 2 ZPO hat die Veräußerung oder Abtretung auf den Prozeß keinen Einfluß. Der Rechtsnachfolger ist insbesondere nicht berechtigt, ohne Zustimmung des Gegners (also hier des Antragstellers/Nutzers) den Prozeß als Hauptpartei anstelle des Rechtsvorgängers zu übernehmen. Die Vorschrift ist im Zusammenhang mit § 325 ZPO zu sehen, wonach das rechtskräftige Urteil auch für und gegen die Personen wirkt, die nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit Rechtsnachfolger der Parteien geworden sind. Gem. § 325 Abs. 2 ZPO gilt dies jedoch grundsätzlich nicht, wenn der Rechtsnachfolger in Ansehung der Rechtshängigkeit gutgläubig gewesen ist (im einzelnen streitig, vgl. *Zöller/Vollkommer*, a.a.O., § 325 Rn. 45).

Zwar dürfte richtig sein, daß das notarielle Vermittlungsverfahren, welches seinen Abschluß in einem Vertrag findet (§ 98 Abs. 2 SachRBerG), nicht unmittelbar, wie von § 325 ZPO vorausgesetzt, der materiellen Rechtskraft fähig ist. So selbstverständlich ist dies jedoch nicht, da nach der wohl h. M. in der FGG-Literatur eine materielle Rechtskraftfähigkeit jedenfalls von solchen verfahrensabschließenden Maßnahmen bejaht wird, die im streitigen FGG-Verfahren ergangen sind (so z. B. *Keidel/Kuntze/Winkler/Zimmermann*, a.a.O., § 31 Rn. 20 gerade für das Nachlaßauseinandersetzungsverfahren; vgl. auch *Albrecht*, a.a.O., § 92 SachRBerG Rn. 43). **Für das notarielle Vermittlungsverfahren verneint allerdings ein Teil der Literatur die materielle Rechtskraftfähigkeit des Verfahrensergebnisses** (so *Waldner*, a.a.O., § 89 Rn. 30; *Aumüller*, a.a.O., 247; a. A. wohl *Vossius*, a.a.O., § 89 Rn. 6 und *Krauß*, in: *Czub/Schmidt-Räntsch/Frenz*, SachRBerG, § 87 Rn. 11). Der der materiellen Rechtskraft zugrundeliegende Gedanke der Bindung des Rechtsnachfolgers an das Verfahren und die abschließende Entscheidung drückt sich aber im nota-

riellen Vermittlungsverfahren über die **Vormerkungswirkung des Eröffnungsvermerks gem. § 92 Abs. 6 SachRBerG** aus. Der Eröffnungsvermerk soll die Rechte des Antragstellers wahren, insbesondere im Hinblick auf die Möglichkeit, daß nunmehr ab dem 01.01.2000 der gutgläubig lastenfreie und damit auch der von den Ansprüchen nach dem SachRBerG freie Erwerb des Grundstücks möglich ist (Art. 231 § 5 Abs. 3 S. 1 EGBGB, § 111 SachRBerG i. d. F. des Eigentumsfristengesetzes vom 15.11.1996, vgl. die amtliche Begründung zum Regierungsentwurf des SachRBerG, BT Drs. 12/5992, 168). Durch den Eröffnungsvermerk weiß der Erwerber, übertragen auf die Vorschrift des § 325 Abs. 2 ZPO, von der Anhängigkeit des Vermittlungsverfahrens, womit wohl auch gerechtfertigt ist, seine Wirkungen auf ihn zu erstrecken.

Die Veräußerung des Grundstücks nach Eintragung des Eröffnungsvermerks macht die Veräußerung gegenüber dem Nutzer gem. § 883 Abs. 2 BGB relativ unwirksam (vgl. *Albrecht*, a.a.O., § 92 SachRBerG Rn. 41; *Frenz*, in: *Czub/Schmidt-Räntsch/Frenz*, a.a.O., § 92 Rn. 33; *Vossius*, a.a.O., § 14 Rn. 22 und § 92 Rn. 36; *Waldner*, a.a.O., § 92 SachRBerG Rn. 21; *Aumüller*, a.a.O., 160 ff.), mit der Folge, daß der ursprüngliche Antragsgegner und Grundstückseigentümer Schuldner der nach dem SachRBerG begründeten Ansprüche bleibt und die Erklärungen abzugeben hat, die die vorgemerkte Rechtsänderung herbeiführen, er hat also insbesondere die Auflassung zu erklären (vgl. *Palandt/Bassenge*, BGB, 56. Aufl. 1997, § 888 Rn. 3). Gegen den neuen Grundstückseigentümer richtet sich dagegen gem. § 888 Abs. 1 BGB der Anspruch auf die nach § 19 GBO erforderliche Bewilligung (*Palandt/Bassenge*, BGB, a.a.O., § 888 Rn. 4; *BayObLG NJW-RR* 1990, 722). Dem steht wohl auch nicht entgegen, daß sich der Anspruch des Nutzers auf Ankauf des Grundstücks gem. § 14 Abs. 1 S. 1 SachRBerG gegen den jeweiligen Grundstückseigentümer richtet; aus dieser Vorschrift könnte geschlossen werden, daß mit dem Wechsel der Person des Grundstückseigentümers sich der Anspruch nur noch gegen den neuen Eigentümer richte, auch wenn das Vermittlungsverfahren bereits vorher gegen den ursprünglichen Eigentümer eröffnet wurde. Daß der bisherige Grundstückseigentümer bei Eintragung eines Eröffnungsvermerks im Verhältnis zum Nutzer auch weiterhin (einziger) Grundstückseigentümer ist, ergibt sich aber aus der relativen Unwirksamkeit der Veräußerung gem. § 883 Abs. 2 BGB; im Verhältnis zum Nutzer ist eben nur der bisherige Antragsgegner auch Grundstückseigentümer im Sinne von § 14 Abs. 1 S. 1 SachRBerG (insoweit bedarf § 14 Abs. 1 S. 1 SachRBerG wohl auch keiner einschränkenden Auslegung dahin gehend, daß nur bis zum Beginn des notariellen Vermittlungsverfahrens der jeweilige Nutzer bzw. Grundstückseigentümer verpflichtet ist, wie dies *Albrecht*, a.a.O., § 92 SachRBerG Rn. 44, vertritt). Es entspricht also der im § 265 Abs. 2 S. 1 ZPO ausgesprochene Grundsatz, daß die Veräußerung der streitbefangenen Sache auf den Prozeß keinen Einfluß hat, der Vormerkungswirkung des Eröffnungsvermerks gem. § 92 Abs. 6 SachRBerG, §§ 883 Abs. 2, 888 BGB, womit im Ergebnis eine Bindung des Rechtsnachfolgers an das Ergebnis des Vermittlungsverfahrens erreicht wird, die dem Rechtsgedanken des § 325 Abs. 1 und 2 ZPO entspricht.

4. Warum allerdings der während des laufenden Verfahrens veräußernde Grundstückseigentümer aufgrund des ihm selbst

zurechnenden Verhaltens (Veräußerung an einen Dritten) - entgegen §§ 261 Abs. 3 Nr. 2, 265 ZPO - ohne Zustimmung des Antragstellers/Nutzers berechtigt sein sollte, den Einwand der weggefallenen Passivlegitimation zu erheben, wie dies - ohne nähere Begründung - *Aumüller* und *Waldner* vertreten, erscheint fraglich. Aus der relativen Unwirksamkeit der Grundstücksveräußerung gegenüber dem Nutzer nach Eintragung des Eröffnungsvermerks folgt wohl vielmehr, daß der bisherige Grundstückseigentümer dem Nutzer gegenüber nach wie vor als richtiger Antragsgegner passivlegitimiert ist. Andererseits erscheint es sachgerecht, einen Eintritt des Rechtsnachfolgers in das Verfahren mit Zustimmung oder auf Initiative des vorrangig schutzwürdigen Nutzers zuzulassen, wofür §§ 265 Abs. 2 S. 2, 266 ZPO eine geeignete Grundlage in analoger Anwendung bieten. Hierzu sind die Tatbestandsvoraussetzungen der genannten Vorschriften - übertragen auf das notarielle Vermittlungsverfahren mit Eintragung eines Eröffnungsvermerks - für den Fall der rechtsgeschäftlichen Veräußerung des Grundstücks durch den Antragsgegner/Eigentümer näher zu untersuchen.

5. § 265 ZPO hat den Zweck, den Ablauf des Prozesses aus Gründen der Prozeßökonomie nicht durch willkürliche Verfügungen einer Partei über den streitbefangenen Gegenstand zu beeinträchtigen; keine Partei soll sich durch eine solche Verfügung ihrer Sachlegitimation begeben und damit den Gegner zu einem neuen Prozeß gegen den Rechtsnachfolger zwingen dürfen (vgl. *Zöller/Greger*, a.a.O., § 265 Rn. 1; *MünchKomm-Lüke*, ZPO, 1992, § 265 Rn. 1). Zu klären ist hier zunächst, ob im notariellen Vermittlungsverfahren zwischen bisherigem Eigentümer und Nutzer das Grundstück als solches oder ggf. nur der Anspruch des Nutzers auf Ankauf des Grundstücks gem. § 61 Abs. 1 SachRBerG streitbefangen ist. Streitbefangenheit im Sinne des § 265 ZPO ist grundsätzlich immer dann anzunehmen, wenn auf der rechtlichen Beziehung zum Gegenstand des Verfahrens die Sachlegitimation des Klägers oder des Beklagten beruht, wenn also eine solche Berechtigung den unmittelbaren Gegenstand des Rechtsstreits bildet (BGHZ 39, 21, 25; *Zöller/Greger*, a.a.O., § 265 Rn. 3; *MünchKomm-Lüke*, a.a.O., § 265 Rn. 17, jeweils m. w. N.). Im Interesse des bezweckten Schutzes des Prozeßgegners ist der Begriff der Streitbefangenheit nach ganz h. M. extensiv auszulegen, so daß eine Sache nicht nur dann streitbefangen ist, wenn das Eigentum oder ein dingliches Recht an ihr den unmittelbaren Gegenstand des Rechtsstreits bildet, sondern auch dann, wenn auf der rechtlichen Beziehung zu ihr die Sachlegitimation beruht, wenn also ihre Veräußerung dem Kläger abstrakt betrachtet die Aktivlegitimation, dem Beklagten die Passivlegitimation nimmt (von der relativen Vormerkungswirkung gem. § 883 Abs. 2 BGB müßte also hier abgesehen werden). Es genügt also, daß der geltend gemachte Anspruch sich gegen den Eigentümer oder den dinglich Berechtigten als solchen richtet (*MünchKomm-Lüke*, a.a.O., § 265 Rn. 17).

Der Anspruch auf Ankauf des Grundstücks gem. §§ 61 ff. SachRBerG richtet sich gegen den Grundstückseigentümer als solchen, was bereits durch § 14 Abs. 1 S. 1 SachRBerG verdeutlicht wird. Insofern ist dieser Anspruch gegen den Grundstückseigentümer nicht wie ein rechtsgeschäftlich begründeter Anspruch etwa des Käufers gegenüber dem Verkäufer eines Grundstücks zu beurteilen, da in diesem Falle die dingliche Berechtigung des Verkäufers - anders als beim An-

kaufsanspruch nach dem SachRBerG - nicht Voraussetzung für das Entstehen eines klagbaren Anspruchs ist, sondern lediglich die Erfüllbarkeit des Anspruchs von der dinglichen Berechtigung des Schuldners abhängt. Aus diesem Grund dürfte der Qualifizierung des Grundstücks als streitbefangen im notariellen Vermittlungsverfahren auch nicht die Entscheidung des BGH vom 16.01.1963 (BGHZ 39, 21, 25) entgegenstehen, wonach die gerichtliche Geltendmachung eines durch eine Vormerkung gesicherten schuldrechtlichen Anspruchs in einem Prozeß gegen den persönlichen Schuldner das Grundstück nicht streitbefangen macht (bis dahin war die Frage streitig, vgl. Nachweise bei BGHZ 39, 21, 25; s. auch OLG Schleswig FamRZ 1996, 175 für einen Anspruch auf Grundstücksüberweisung aus Zugewinnausgleich). Die Entscheidung des BGH betraf nämlich einen rechtsgeschäftlich begründeten Anspruch auf Bestellung einer Dienstbarkeit, welcher durch eine Vormerkung gesichert war und klageweise geltend gemacht wurde; der BGH stützte seine Entscheidung, daß die Erhebung dieser Klage das Grundstück nicht streitbefangen mache, auf die Erwägung, daß die Legitimation des Beklagten auf dem schuldrechtlichen Anspruch und nicht auf der Vormerkung beruhe, solange diese nicht selbst Gegenstand des Rechtsstreits sei (BGHZ 39, 21, 26). Im Falle des gesetzlich begründeten Anspruchs auf Ankauf des Grundstücks beruht aber der Anspruch des Antragstellers/Nutzers auf Abschluß des Vertrags auf der Sachlegitimation des Antragsgegners in seiner Eigenschaft als Eigentümer, der durch den Eröffnungsvermerk gem. § 92 Abs. 6 SachRBerG nur zusätzlich - nach dem Wortlaut der Vorschrift einschließlich „des Vollzugs“ - gesichert wird (vgl. *Waldner*, a.a.O., § 92 SachRBerG Rn. 21). **Demnach ist das Grundstück als streitbefangen im Sinne von § 265 ZPO anzusehen, mit der Folge, daß seine Veräußerung im laufenden Verfahren auf dessen Fortgang keinen Einfluß hat und der Veräußerer weiterhin Beteiligter des Verfahrens bleibt.**

6. Aus § 265 Abs. 2 S. 2 ZPO folgt aber weiterhin, daß der Rechtsnachfolger mit Zustimmung des Gegners (hier des Antragstellers/Nutzers) den Rechtsstreit anstelle des bisherigen Antragsgegners als Hauptpartei übernehmen kann. Über den Wortlaut dieser Vorschrift hinaus ist für das Verfahren nach den allgemeinen Grundsätzen über die Zulässigkeit eines gewillkürten Parteiwechsels auch die Zustimmung des Veräußerers erforderlich, da niemand gegen seinen Willen ohne gesetzliche Grundlage zum Ausscheiden aus einem Prozeß gezwungen werden kann; häufig wird sich aber aus dem der Veräußerung zugrundeliegenden Rechtsgeschäft eine Verpflichtung des Rechtsvorgängers zur Erteilung dieser Zustimmung - unter Umständen auch aus ergänzender Vertragsauslegung - ergeben, wenn der Veräußerer keinerlei Rechtsbeziehungen zum streitbefangenen Gegenstand behalten soll (vgl. *MünchKomm-Lüke*, a.a.O., § 265 Rn. 93 u. 95; Zel-

ler/Greger, a.a.O., § 265 Rn. 7; Baumbach/Lauterbach/
Albers/Hartmann, ZPO, 55. Aufl. 1997, § 265 Rn. 23).

Eine Ausnahme von der Zustimmungspflicht seitens aller Beteiligten enthält jedoch **§ 266 Abs. 1 ZPO** für den Fall, daß über das **Bestehen oder Nichtbestehen einer Verpflichtung, die auf einem Grundstück ruhen soll, zwischen dem Besitzer des Grundstücks und einem Dritten ein Rechtsstreit anhängig ist, in dessen Verlauf das Grundstück veräußert wird. Ist also ein Grundstück, welches nach Rechtshängigkeit veräußert wird, streitbefangen, ist der Rechtsnachfolger ohne Zustimmung des Gegners (hier des Antragstellers/Nutzers) berechtigt und auf Antrag des Gegners verpflichtet, den Rechtsstreit in der Lage, in der er sich befindet, als Hauptpartei zu übernehmen.** In diesem Fall setzt also die Prozeßübernahme durch den Rechtsnachfolger die Zustimmung des Rechtsvorgängers und auch die des Gegners (wenn er nicht selbst den Antrag stellt) nicht voraus (MünchKomm-Lüke, a.a.O., § 366 Rn. 16; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a.a.O., § 266 Rn. 5). Grund für diesen erleichterten Parteiwechsel ist zum einen, daß mit der Veräußerung des Grundstücks regelmäßig das Prozeßinteresse vom bisherigen Berechtigten auf den Erwerber verlagert wird, und zum anderen die wirtschaftliche Bedeutung von Grundstücksveräußerungsgeschäften (vgl. MünchKomm-Lüke, a.a.O., § 266 Rn. 2 u. 3). § 266 ZPO, der gem. Abs. 2 nur insoweit nicht anzuwenden ist, als der Rechtsnachfolger in Ansehung der Rechtshängigkeit gutgläubig war, trifft gegenüber § 265 Abs. 2 eine vorrangige Sonderregelung, ist also insbesondere hinsichtlich der erforderlichen Zustimmungserklärungen ein Ausnahmetatbestand (MünchKomm-Lüke, a.a.O., § 266 Rn. 1; Zöller/Greger, a.a.O., § 266 Rn. 1; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a.a.O., § 866 Rn. 1). Aus den bereits erläuterten Gründen **dürfte § 266 ZPO grundsätzlich auch im notariellen Vermittlungsverfahren anwendbar sein.** Mit Rücksicht auf die **insgesamt sehr unsichere, da gerichtlich noch nicht entschiedene Rechtslage, kann dem Notar allerdings wohl derzeit nicht empfohlen werden, in Anlehnung an § 266 Abs. 1 ZPO die Auswechslung der Partei des Antragsgegners allein auf Initiative des Rechtsnachfolgers oder Antragstellers ohne Zustimmung der jeweils anderen Beteiligten zuzulassen.** Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil nach dem prozessualen Rechtsinstitut des gewillkürten Parteiwechsels nach h. M. und BGH-Rechtsprechung die vom Kläger/Antragsteller gegen den Beklagten/Antragsgegner gerichtete Parteiwechselerklärung entsprechend § 263 ZPO der Zustimmung des alten und neuen Beklagten bedarf, wobei lediglich die Zustimmung des neuen Beklagten dadurch ersetzt werden kann, daß das Gericht den Beklagtenwechsel entsprechend § 263 ZPO für sachdienlich erklärt (vgl. hierzu ausführlich MünchKomm-Lüke, a.a.O., § 263 Rn. 77 ff.; für das notarielle Vermittlungsverfahren auch Aumüller, a.a.O., 143). Aus diesem Grund sollten in der Praxis für eine Übernahme der Position des Antragsgegners durch den neuen Eigentümer die Zustimmungserklärungen aller Beteiligten vorliegen.

Als **Ergebnis** ist somit festzuhalten, daß die Veräußerung des Grundstücks durch den Antragsgegner/Eigentümer während des laufenden Vermittlungsverfahrens und nach Eintragung eines Eröffnungsvermerks gem. § 92 Abs. 5 u. 6 SachRBerG seine

Beteiligtenstellung nicht berührt. Das Verfahren ist vielmehr zwischen den bisherigen Beteiligten fortzusetzen, wenn nicht einer der Beteiligten einschließlich des Rechtsnachfolgers den Beteiligtenwechsel auf seiten des Antragsgegners beantragt und die übrigen Beteiligten dem zustimmen. Auf eine Entbehrlichkeit der Zustimmungserklärungen analog § 266 Abs. 1 ZPO wird man sich in der Praxis vorerst nicht verlassen können.

Gutachten im Fax-Abruf

Folgende Gutachten können Sie im Fax-Abruf-Dienst unter der angegebenen Fax-Abruf-Nummer anfordern. Funktionsweise und Bedienung des Fax-Abruf-Dienstes sind im DNotI-Report 2/1997 erläutert:

BGB §§ 890, 1018, 1025; WEG §§ 3, 8

Schicksal eines Geh- und Fahrrechts bei Vereinigung des herrschenden Grundstückes mit einem anderen Grundstück und anschließender Aufteilung des vereinigten Grundstückes in Wohnungs- und Teileigentum

Dokumentennr. Fax-Abruf: 1124

ErbStG § 14

Ausnutzung der erbschaftsteuerlichen Freibeträge nach neuem Erbschaftsteuergesetz, Berücksichtigung früherer Erwerbe innerhalb der 10-Jahres-Frist, alter Einheitswert oder neuer Ertragswert; Freibetrag

Dokumentennr. Fax-Abruf: 1502

EGBGB Art. 25 f.

Wirksamkeit einer Vor- und Nacherbschaft eines deutschen Erblassers im Hinblick auf ein in Italien gelegenes Grundstück, Grundbuchberichtigung auf den Erben

Dokumentennr. Fax-Abruf: 1420

EGBGB Art. 25 f.

Großbritannien: Erbvertrag

Dokumentennr. Fax-Abruf: 1419

Rechtsprechung

ZPO § 794 Abs. 1 Nr. 5; MaBV §§ 3, 12; AGBG § 11 Nr. 2, 15, § 9

Zwangsvollstreckungsunterwerfung mit Nachweisverzicht im Bauträgervertrag

Eine in einem Bauträgervertrag enthaltene, mit einem Nachweisverzicht versehene Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung verstößt gegen §§ 12, 3 MaBV. Sie ist gem. § 134 BGB nichtig, ohne daß dies den Bestand des Vertrages als solchen berühren würde.

OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.01.1997 - 23 U 129/96 (nicht rechtskräftig)

Problem

In der Rechtsprechung ist seit langem umstritten, ob eine **Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung in einem notariellen Bauträgervertrag**, die ohne Nachweis der Kaufpreisfälligkeit mit der Vollstreckungsklausel versehen werden darf, wirksam ist (vgl. den Überblick zum Meinungsstand Gutachten DNotI-Report 17/1995, 153). Zuletzt hat das OLG Hamm diese Frage entschieden. Ursprünglich war gegen die Entscheidung des OLG Hamm zum BGH Revision eingelegt worden, die allerdings zwischenzeitlich zurückgenommen wurde.

Entscheidung

Das OLG Düsseldorf folgt der Entscheidung des OLG Hamm und auch einiger anderer Oberlandesgerichte und ist der Auffassung, daß die im Bauträgervertrag enthaltene, **mit einem Nachweisverzicht versehene Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung gegen §§ 12, 3 MaBV verstoße**. In der Begründung schließt sich das OLG Düsseldorf der Entscheidung des OLG Hamm voll inhaltlich an. Darüber hinaus ist das OLG Düsseldorf der Auffassung, daß die Unterwerfungserklärung **auch gegen §§ 9 und 11 Nr. 15 AGBG verstoße**. Der Verstoß gegen § 11 Nr. 15 AGBG liege darin, daß mit dem Verzicht auf den Fälligkeitsnachweis von § 726 ZPO abgewichen werde, wonach der Gläubiger zur Erlangung der Vollstreckungsklausel dem Notar die Fälligkeitsvoraussetzungen nachweisen müsse. Davon abweichende Beweislastverlagerungen auf den Schuldner würden gegen § 11 Nr. 15 AGBG verstoßen. Darüber hinaus sei eine derartige Regelung nicht mit den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung vereinbar, von der abgewichen werde. Abgewichen werde sowohl von § 641 BGB als auch von § 225 BGB, wonach der Werkunternehmer insgesamt vorleistungspflichtig sei. Das OLG Düsseldorf setzt sich nicht mit der anders lautenden Entscheidung des OLG Koblenz (Baurecht 1988, 748) und auch der Literatur auseinander, die die Zulässigkeit bejaht (vgl. Nachweise in Gutachten DNotI-Report 17/1995, 153). Es bleibt daher abzuwarten, ob der BGH endlich im Rahmen der Revision Gelegenheit zur Entscheidung dieser Frage haben wird.

BGB §§ 138, 313, 326

Bestimmtheitsgrundsatz bei Veräußerung einer noch nicht vermessenen Teilfläche

Bei der Veräußerung einer noch nicht vermessenen Teilfläche ist es nach dem Bestimmtheitsgrundsatz erforderlich, daß diese Teilfläche im Grundstückskaufvertrag so genau bezeichnet wird, daß sich aus der Urkunde selbst ergibt, welches der Vertragsgegenstand ist. Die Flächenangabe allein genügt nicht.

Brandenburgisches OLG, Urt. v. 20.09.1995 - 3 U 190/94

Kz.: L I 1 - § 313 BGB

Dokumentennr. Fax-Abwurf: 554

Problem

Im vorliegenden Fall ging es um die Wirksamkeit eines **Kaufvertrages über eine noch nicht vermessene Grundstücks-teilfläche**. Im Kaufvertrag war nur bestimmt, daß von einem Grundstück eine Teilfläche in einer Größe von 27.240 qm veräußert wird. In § 1 des Kaufvertrages war bestimmt: „Das Ackerland ist auf der Flurskizze begrenzt.“ Weitere Bestimmungen enthielt der Kaufvertrag nicht. Beim Verkauf einer Teilfläche sind grundsätzlich **drei Problembereiche** zu unterscheiden (vgl. eingehend DNotI-Report 12/1995, 107): (1) Die Bezeichnung der Fläche im Kaufvertrag als Formproblem des § 313; (2) Die Bezeichnung der Fläche in der Auffassung als Frage des § 925 BGB; (3) Die Bezeichnung in grundbuchmäßiger Form gem. § 28 GBO.

Im vorliegenden Fall ging es nur um die Frage der hinreichenden Bestimmtheit im Kaufvertrag. Nach h. M. kann, auch wenn eine Vermessung noch nicht vorliegt, der schuldrechtliche Vertrag vor Vermessung und Vermarkung beurkundet werden (vgl. Haegeler/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 10. Aufl., Rn. 863). Allerdings folgt aus § 313 BGB, daß die verkaufte Teilfläche hinreichend genau bezeichnet werden muß (BGH DNotZ 1969, 286; BGH DNotZ 1987, 743).

Entscheidung

Dieser Auffassung folgt auch das OLG Brandenburg. Der **Bestimmtheitsgrundsatz mache es erforderlich, daß diese Teilfläche so genau bezeichnet sein müsse, daß sich aus der Urkunde selbst ergebe, welches der Vertragsgegenstand sei. Die Flächenangabe allein reiche bei einem Verkauf einer Teilfläche nicht aus**. Allerdings genüge eine Bezeichnung, die im konkreten Fall einen vernünftigen Zweifel über die Identität des Vertragsgegenstandes ausschließe. Eine unzureichende Beschreibung der Teilfläche führe zur Nichtigkeit des Kaufvertrages. Zur Bezeichnung bedürfe es nicht in jedem Fall der Angabe der Umgrenzungslinien, etwa der Verbindungslinien zwischen Markierungspunkten, die im Gelände vorhanden seien. Es genügten jedoch auch Angaben der Flächengröße und zusätzliche Merkmale, wie beispielsweise der geometrischen Form. Bei der Ermittlung des Urkundeninhaltes könnten auch außerhalb der Urkunde liegende Umstände herangezogen werden. Nach Auffassung des OLG Brandenburg genügt im vorliegenden Fall der Kaufvertrag gerade noch diesen Anforderungen. Da im Kaufvertrag angegeben gewesen sei, daß die Ackerfläche veräußert sein solle, sei eine hinreichend genaue Bezeichnung des Vertragsgegenstandes vorgenommen worden, da sich in der Natur die Umriss des Grundstücks ohne weiteres festlegen lassen würden. **In der Praxis empfiehlt sich allerdings eine genauere Bezeichnung, als sie im vorliegenden Fall vorgenommen wurde. In der Regel erfolgt die Bestimmung durch Bezugnahme auf einen Lageplan, der nach § 9 Abs. 1 S. 3 BeurkG mit beurkundet werden muß.**

BGB §§ 135, 136, 878; AnfG §§ 3, 4

Anfechtung einer unbenannten Zuwendung unter Ehegatten

Eine unbenannte Zuwendung eines Grundstücks unter Ehegatten stellt eine Schenkung im Sinne des Anfechtungsgesetzes dar, da weder die Ehe als solche, noch die

Haushaltstätigkeit eines Ehegatten eine Gegenleistung für die unbenannte Zuwendung des anderen Teils darstellt.

OLG München, Urt. v. 03.12.1996 - 25 U 6342/95

Kz.: L IV 4 - § 3 AnfG

Dokumentennr. Fax-Abruf: 555

Problem

Die „unbenannte“ oder „ehebedingte“ Zuwendung wirft in der Praxis einige Probleme auf. Im Rahmen des internen Ausgleichs zwischen Ehegatten hatte der BGH festgestellt, daß unbenannte Zuwendungen keine Schenkungen darstellten (BGH NJW 1982, 1093; BGH NJW-RR 1993, 773). Für den Bereich des Erbrechts hatte allerdings der BGH entschieden, daß die unbenannte Zuwendung der Ehegatten grundsätzlich wie eine Schenkung zu behandeln sei (BGH DNotZ 1992, 513; BGH NJW-RR 1996, 133). Auch der BFH war der Auffassung, daß ehebedingte Zuwendungen von der Schenkungsteuer nicht ausgenommen seien (BFH ZEV 1994, 188). Im vorliegenden Fall war fraglich, ob eine ehebedingte Zuwendung eines Hausgrundstücks der Schenkungsanfechtung nach § 3 AnfG unterliegt. Der Ehemann übertrug sein Hausgrundstück auf seine Ehefrau. In der notariellen Urkunde wurde vereinbart, daß es sich bei der Überlassung um eine ehebedingte Zuwendung handele.

Entscheidung

Das OLG München ist der Auffassung, daß die Anfechtung nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 AnfG zulässig sei. Nach dieser Vorschrift würden nicht nur Schenkungen, sondern auch sonstige unentgeltliche Verfügungen, bei denen eine Einigung über die Unentgeltlichkeit nicht vorliege, anfechtbar sein. Aus der Ehe ergebe sich keine Verpflichtung auf Übertragung des Eigentums an einem vom anderen Ehegatten erworbenen Grundstück, sondern es bestehe nur ein Anspruch auf angemessenen Unterhalt. Unbenannte Zuwendungen unter Ehegatten müßten daher wie Schenkungen behandelt werden. Weder die Ehe als solche noch die Haushaltstätigkeit eines Ehegatten sei eine Gegenleistung für unbenannte Zuwendungen des anderen Teils (vgl. hierzu auch eingehend Brambring, Abschied von der ehebedingten Zuwendung außerhalb des Scheidungsfalls und neue Lösungswege, ZEV 1996, 248).

GmbHG §§ 57, 8; AktG § 37

Bankbestätigung bei Handelsregisteranmeldung

Fordert der Registerrichter den Geschäftsführer einer GmbH im Zuge der Anmeldung der Erhöhung des Stammkapitals zur Eintragung in das Handelsregister auf, „zum Nachweis des eingezahlten Stammkapitals einen Bankauszug oder eine Bankbestätigung“ vorzulegen, und bestätigt die Bank, daß der Erhöhungsbetrag dem bei ihr geführten Konto der GmbH gutgeschrieben worden ist, wird damit nicht zugleich bestätigt, daß sich der Betrag „endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführer befindet“.

BGH, Urt. v. 16.12.1996 - II ZR 200/95

Kz.: L V 2 - § 57 GmbHG

Dokumentennr. Fax-Abruf: 556

Problem

In der vorliegenden Entscheidung ging es um die Haftung einer Bank für eine Bestätigung über die Kapitalerbringung bei einer Kapitalerhöhung einer GmbH. Das Registergericht verlangte zum Nachweis des eingezahlten Stammkapitals die Vorlage eines Bankauszugs oder einer Bankbestätigung. Der Geschäftsführer legte dem Gericht im Rahmen der Handelsregisteranmeldung eine Erklärung einer Bank vor, in der bestätigt wurde, daß die Kapitaleinlage auf das bei ihr geführte Konto gutgeschrieben wurde. Die beklagte Bank hatte der GmbH einen Kredit gewährt, der auf dem Girokonto, auf das die Einzahlung erfolgte, geführt wurde. Dieses wies einen Sollsaldo aus, der mit dem Einlagebetrag zurückgeführt wurde. Es war nun fraglich, ob die Bankbestätigung deshalb unrichtig war, da der Kapitalerhöhungsbetrag sich nicht endgültig in der freien Verfügung des Geschäftsführers befand, weil der Betrag zur Schuldrückführung verwendet worden ist.

Entscheidung

Im Aktienrecht ist in § 37 Abs. 1 S. 4 AktG geregelt, daß für die Richtigkeit der Bankbestätigung die Bank der Gesellschaft verantwortlich ist. Der BGH hatte entschieden, daß diese Vorschrift auch im GmbH-Recht entsprechend anwendbar sei, wenn die Beteiligten dem Registergericht von sich aus oder auf Anforderung zum Zwecke der Eintragung einer Kapitalerhöhung eine inhaltlich § 37 Abs. 1 S. 2 AktG entsprechende Bankbestätigung einreichten und daraufhin die Erhöhung des Stammkapitals eingetragen werde (BGHZ 113, 335, 351 ff.). Der BGH war allerdings der Auffassung, daß eine Bankbestätigung des genannten Inhalts nicht die Erklärung der Bank enthalte, daß das Kapital zur freien Verfügung der Geschäftsführer stehe. Eine Haftung hierfür könne nur angenommen werden, wenn dies ausdrücklich in der Bankbestätigung versichert werde.

Aktuelles

Schreiben des Bundesministerium der Finanzen vom 14.03.1997 an die Bundesnotarkammer Mitteilungspflichten der Notare nach § 54 EStDV

Unter Bezugnahme auf das Ergebnis der Erörterungen mit den obersten Finanzbehörden der Länder nehme ich zum Umfang der Mitteilungspflicht der Notare nach § 54 EStDV wie folgt Stellung:

1. Verpflichtungsgeschäfte

Seinem Wortlaut zufolge erfaßt § 54 EStDV nicht nur Verfügungsgeschäfte, sondern auch Verpflichtungsgeschäfte, soweit die Verpflichtung eine Verfügung über Anteile an Kapitalgesellschaften zum Gegenstand hat (vgl. Abs. 1 letzte Alternative der Vorschrift).

2. Aufschiebend bedingte Verfügungen

Auch die aufschiebend bedingte Verfügung über Anteile an Kapitalgesellschaften unterliegt der Mitteilungspflicht nach § 54 EStDV. Denn dadurch wird bei Eintritt der aufschiebenden Bedingung eine Verfügung über einen Geschäftsanteil

ohne weitere Mitwirkung eines Notars erreicht, so daß zum Zeitpunkt des Bedingungseintritts keine Meldung mehr an das Finanzamt erfolgen kann.

3. Treuhandverträge über Anteile an Kapitalgesellschaften

Treuhandverträge unterliegen der Meldepflicht nach § 54 EStDV, soweit sie eine Verfügung über Anteile an Kapitalgesellschaften zum Gegenstand haben. Dies ist der Fall, wenn ein Gesellschafter seinen Gesellschafteranteil treuhänderisch auf einen anderen Gesellschafter überträgt. In diesem Fall scheidet der erste Gesellschafter aus der Gesellschaft aus und der andere Gesellschafter erlangt die Gesellschafterstellung neu. Auf der gesellschaftsrechtlichen Ebene findet ein Wechsel in der Rechtsinhaberschaft statt. Dies ist eine Verfügung, die nach dem Wortlaut des § 54 EStDV der Mitteilungspflicht unterliegt. Das Treuhandverhältnis hat in diesem Fall lediglich auf der obligatorischen Ebene Bedeutung, denn der neue Gesellschafter hat die Rechte aus seiner Gesellschafterstellung im Interesse des Treugebers (des bisherigen Gesellschafters) nach näherer Maßgabe der Treuhandabrede auszuüben.

Grundsätzlich nicht von § 54 EStDV erfaßt sind schuldrechtliche Treuhandvereinbarungen; insbesondere die sog. Vereinbarungstreuhand. Bei einer Vereinbarungstreuhand bleibt der bisherige Vollrechtsinhaber auch künftig zivilrechtlicher Eigentümer, verpflichtet sich jedoch auf der obligatorischen Ebene gegenüber einem Dritten, dem künftigen Treugeber, die Anteilsrechte im Interesse dieses Dritten nach Maßgabe des Inhalts der Treuhandabrede auszuüben. In diesem Fall ist eine Mitteilungspflicht gem. § 54 EStDV nur gegeben, wenn die getroffene Abrede es dem Treugeber erlaubt, bei Auflösung des Treuhandverhältnisses die dingliche Übertragung der Anteile auf sich zu verlangen (vgl. oben Nr. 1).

4. Verpfändung von Anteilen an Kapitalgesellschaften

Die Verpfändung von Anteilen an Kapitalgesellschaften fällt

nicht unter § 54 EStDV. Zwar ist die Verpfändung eine Verfügung im zivilrechtlichen Sinne. Diese Verfügung ist aber nicht auf einen Wechsel in der Rechtsinhaberschaft gerichtet. Der bisherige Rechtsinhaber bleibt trotz der Verpfändung anders als bei Abtretung von Anteilen an Kapitalgesellschaften weiterhin Anteilseigner.

5. Beglaubigung einer Abschrift oder einer Unterschrift

Die Fälle der Beglaubigung einer Abschrift (§ 39 BeurkG) oder der Beglaubigung einer Unterschrift (§ 40 BeurkG) fallen nicht unter § 54 EStDV. Diese Vorgänge haben nur formalen Charakter. Die notarielle Beglaubigung einer Abschrift hat lediglich die Erklärung zum Inhalt, daß Urschrift und Abschrift äußerlich übereinstimmen. Bei der notariellen Beglaubigung einer Unterschrift geht es lediglich um die Erklärung, eine bestimmte Person habe eine Unterschrift vollzogen oder anerkannt. Derartige Vorgänge fallen nicht unter § 54 EStDV, da ihr Gegenstand nicht auf Verfügungen wie eine Gründung oder Kapitalerhöhung, also nicht auf materielle Rechtsvorgänge gerichtet ist.

6. Getrennte Beurkundung von Angebot und Annahme

Die Beurkundung nur eines Angebots auf Übertragung eines Anteils an einer Kapitalgesellschaft fällt nicht unter § 54 EStDV. Denn das Angebot allein enthält noch keine Verfügung über den Anteil.

Dagegen fällt die Annahme eines Angebots auf Übertragung eines Anteils an einer Kapitalgesellschaft zweifelsfrei unter § 54 EStDV, weil durch die Annahme des Angebots das Verpflichtungsgeschäft zustandekommt.

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Köln -
97070 Würzburg, Kaiserstraße 23
Telefon: 09 31/3 55 76-0 - Telefax: 09 31/3 55 76-225
e-mail: dnoti@t-online.de

Hinweis:

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

Verantwortlicher Schriftleiter:

Notar a.D. Dr. Peter Limmer, Kaiserstraße 23, 97070 Würzburg

Bezugsbedingungen:

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

Bezugspreis:

Jährlich 300,- DM, Einzelheft 13,- DM, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle
Deutsches Notarinstitut, Kaiserstraße 23, 97070 Würzburg

Druck:

Max Schimmel Verlag GmbH + Co KG, Postfach 9444, 97094 Würzburg,
Tel.: 09 31/27 91 300, Fax.: 09 31/27 91 333