

Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer

Standesinternes Mitteilungsblatt (Teil 1)
Herausgeber: Rheinische Notarkammer, Burgmauer 53, 5 Köln 1

Nr. 3

MittRhNotK

März 1981

Surrogationserwerb bei Vor- und Nacherfolge

(von Notarassessor Klaus-Peter Roggendorff, Köln)

I. Vor- und Nacherfolge in der notariellen Praxis – Ziel- und Zwecksetzung der Surrogation

II. Begriffsbestimmung und rechtliche Einordnung der Surrogation

1. Rechtsgeschichtlicher Rückblick
2. Surrogation als gesetzliche Änderung der Güterzuordnung

III. Arten der Surrogation

1. Einfache Surrogation
 - a) Erwerb aufgrund eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes
 - b) Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Erbschaftsgegenstandes
2. Rechtsgeschäftliche Surrogation
 - a) Vergleich mit anderen Rechtsinstituten
 - b) Erwerb des Vorerben
 - c) Erwerb mit Mitteln des Nachlasses
 - aa) Einsatz eigener Mittel durch den Vorerben
 - bb) Teilweiser Einsatz von Nachlaßmitteln
 - d) Aufwendung von Nachlaßmitteln
 - aa) Surrogation trotz Unwirksamkeit einer Verfügung
 - bb) Ursächlichkeit zwischen der Aufwendung der Nachlaßmittel und dem Erwerb
 - e) Eintritt der Surrogation bei zeitlichem Auseinanderfallen der Erbringung von Leistung und Gegenleistung
 - f) Erwerb durch Rechtsgeschäft
 - g) Insichgeschäfte des Vorerben
 - h) Verkehrsschutz gegenüber der Surrogation

IV. Zuweisung der Nutzungen an den Vorerben als gesetzliche Durchbrechung des Surrogationsprinzips

1. Nutzungsbegriff der §§ 99, 100 BGB
2. Anwendung dieses Nutzungsbegriffes auf Beteiligungen an Unternehmen
3. Abgrenzung zwischen Nutzungen und Erwerb kraft Surrogation bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung

- a) Gewinnanspruch
- b) Nachbezugrecht
- c) Rücklagen
- d) Sonstige Vermögensvorteile
- e) Ansprüche wegen Aufgabe oder Verlust der Mitgliedschaftsrechte
- f) Stammkapitalerhöhung
- aa) aus Gesellschaftsmitteln
- bb) aus Fremdmitteln
- cc) gegen Erbringung von Sacheinlagen

IV. Ergänzende Hinweise auf die Verhältnisse bei Personengesellschaften

V. Schlußbetrachtung

I. Vor- und Nacherfolge in der notariellen Praxis – Ziel- und Zwecksetzung der Surrogation

Das Gesetz gibt dem Erblasser mit der Vor- und Nacherfolge die Möglichkeit, für einen langen Zeitraum das Schicksal des Nachlasses, die Personen der Berechtigten und deren Handeln zu steuern. Diese Einflußnahme besteht, weil der Eintritt des Nacherfallen von den vielfältigsten Bedingungen und Umständen abhängig gemacht werden kann.

Der Erblasser hat es also in der Hand, sowohl auf den Vorerben als auch auf den Nacherben einzuwirken, um seine Vorstellungen zu verwirklichen. Andererseits werden Vor- und Nacherben vielfach eine „Bevormundung“ durch den Erblasser als Last empfinden. Man stelle sich nur die Interessenkonflikte vor, die entstehen können, wenn die überlebende Ehefrau als beschränkte Vorerbin Kindern ihres verstorbenen Mannes aus erster Ehe als Nacherben gegenübersteht, obwohl sie glaubt, das Vermögen ihres verstorbenen Mannes mitgeschaffen zu haben. Andererseits kommt der Vor- und Nacherbschaft bei Unternehmen oder Beteiligungen erhebliche Bedeutung zu. Vor allem, wenn der Unternehmensnachfolger noch zu jung oder zu unerfahren ist, kann durch die Bestimmung einer Vorerbschaft die Kontinuität eines Unternehmens gewährleistet bleiben, da der Erblasser als Vorerben regelmäßig eine Person seines Vertrauens einsetzen wird. Zwar kommt auch die Anordnung einer Testamentsvollstreckung in Betracht. Dieses Institut ist jedoch untauglich, wenn Einzelhandelsgeschäfte oder Beteiligungen an Personenhandelsgesellschaften zum Nachlaß gehören, da nach h. M. die Verwaltung insoweit nicht durch einen Testamentsvollstrecker ausgeübt werden kann¹. Die

¹ Falandt/Keldorf § 2205 BGB Anm. 1b; Johannsen, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes auf dem Gebiet des Erbrechts, WM 1989, 1402 ff., 1408

Begründung ergibt sich allein schon daraus, daß der Testamentsvollstrecker die Erben ohne deren Einverständnis nicht über den Umfang des Nachlasses hinaus verpflichten kann. Die unbeschränkte persönliche Haftung ist aber für den Inhaber eines Einzelhandelsgeschäftes, sowie die persönlich haftenden Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft notwendiges Wesensmerkmal².

Hinzu kommt, daß sich die Gesellschafterstellung der Erben nach Gesellschaftsrecht richtet; die Mitgliedschaftsrechte kann daher nur der Erbe wahrnehmen³.

Die insoweit aufgezeigten Vorteile einer Vor- und Nacherbschaft werden allerdings teilweise geschmälert durch die doppelte Erbschaftbesteuerung, wobei allerdings in den Fällen der fristeten Vorerbschaft die Erbschaftsteuer des Vorerben angerechnet wird (§ 6 Abs. 1–3 ErbStG). Doch auch die in Betracht zu ziehende Alternative – Erbeinsetzung unter Nießbrauchsvorbehalt – hat keine gravierenden Vorteile mehr gegenüber einer Vor- und Nacherbschaft, da der Nießbrauchsbelastete nach § 25 ErbStG nur noch die sofortige Versteuerung unter zinsloser Stundung bis zum Ende der Belastung verlangen kann⁴. Darüber hinaus ist ein Abzug der Belastung vielfach nicht möglich.

Es läßt sich daher feststellen, daß die Vor- und Nacherbschaft durchaus ihren festen Platz in der notarlichen Gestaltung hat.

Während bei einer Erbengemeinschaft gleichzeitig mehrere berechtigte Personen nebeneinanderstehen, folgen Vor- und Nacherbe als Erben des Erblassers aufeinander⁵. Deshalb mußte der Gesetzgeber das Interesse des Vorerben an einer möglichst großen Verfügungs- und Verwaltungsfreiheit und das Interesse des Nacherben an einer Bestandssicherung des Nachlasses bei der Ausgestaltung der Vor- und Nacherbschaft berücksichtigen. Aus dieser gegensätzlichen Interessenlage heraus sind die gesetzlichen Beschränkungen des Vorerben zur Sicherung des Stammwertes der Erbschaft zwingend vorgegeben und verständlich.

Andererseits verlangt die Sicherheit und Klarheit des Rechtsverkehrs wiederum eine Begrenzung der Beschränkung des Vorerben.

Mit Eintritt des Nacherbfalles endet die Erbenstellung des Vorerben. Nach § 2139 BGB fällt das Sondervermögen Erbschaft ohne weiteres, d. h. ohne Übertragungshandlungen dem Nacherben an. Daraus folgt, daß der Vorerbe lediglich eine treuhänderische Stellung für den Nacherben hat⁶.

In Ansehung des grundsätzlichen Verfügungsrechts hat der Gesetzgeber dennoch darauf verzichtet, die Wirksamkeit von Verfügungen des Vorerben unter eine auflösende Bedingung nach § 158 Abs. 2 BGB zu stellen. Eine solche Regelung hätte die Rechtssicherheit und das Vertrauen in Verfügungen des Vorerben in unerträglichem Maße beeinträchtigt.

Um dem Nacherben den Stammwert der Erbschaft im wesentlichen zu erhalten, hat der Gesetzgeber vielmehr in Anbetracht des grundsätzlichen Verfügungsrechts des Vorerben schuldrechtliche Sicherungen eingebaut und Verfügungsbeschränkungen bestimmt. Von diesen Beschränkungen abgesehen, ist der Vorerbe als wahrer Erbe in seiner Dispositionsbefugnis frei und kann eine vom Erblasser möglicherweise nicht gewollte Verminderung der Nachlaßsubstanz herbeiführen. Dem wirkt die Vorschrift des § 2111 BGB entgegen, die wie auch das Verbot, unentgeltlich zu verfügen, nicht abbedungen werden kann⁷.

Nach dieser Bestimmung gehört zur Erbschaft, was der Vorerbe aufgrund eines zur Erbschaft gehörenden Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Erbschaftsgegenstandes oder durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt.

Nach allgemeiner Meinung ordnet die Vorschrift dingliche Surrogation an.

II. Begriffsbestimmung und rechtliche Einordnung der Surrogation

Das Gesetz sagt nicht, wer etwas erwirbt, sondern lediglich etwas gehört zur Erbschaft; ebenso ist nicht zu erkennen, in welcher Form sich der Rechtsübergang vollzieht. Handelt es sich um eine gesetzliche Zuweisung, um eine besondere Form des Rechtserwerbs oder lediglich um ein Forderungsrecht?

Möglicherweise wird die Beantwortung dieser Fragen durch einen rechtsgeschichtlichen Rückblick erleichtert.

1. Rechtsgeschichtlicher Rückblick

Der Surrogationsgedanke reicht weit in die Rechtsgeschichte zurück.

Bereits im griechischen Recht war die Kaufsache Surrogat des Kaufgeldes, wie der Satz: „Wer das Kaufgeld gehört, dem steht auch die Sache zu, die an die Stelle des Geldes tritt“ verdeutlicht⁸.

Das römische Recht hat sich demgegenüber der Einführung eines allgemeinen Surrogationsprinzips mit dinglicher Wirkung widersetzt. Anerkannt war lediglich eine Übertragungsverpflichtung des Erbschaftsbesitzers hinsichtlich der für die Erbschaft angeschafften Gegenstände und des Erlöses veräußerter Erbschaftsgegenstände⁹. Im gemeinen Recht war die Surrogation bei Sondervermögen als allgemeiner aus den klassischen Quellen belegter Rechtssatz anerkannt¹⁰, wurde dann aber im Verlaufe des 19. Jahrhunderts nicht mehr uneingeschränkt akzeptiert¹¹.

Die Verfasser des BGB haben sich nicht für die Einführung eines allgemeinen Surrogationsprinzips eingesetzt. Zwar wird in den Motiven von einem Surrogationsgrundsatz gesprochen, andererseits heißt es: „Das Surrogationsprinzip ist keine allgemeine Rechtswahrheit; das Gesetz kann es nur für einzelne Rechtsverhältnisse aus praktischen Gesichtspunkten verwerten“¹². Im Gegensatz zur ersten Kommission hat die zweite der Surrogation beim Erbschaftsbesitz dinglichen Charakter beigemessen, weil nur dadurch der Erbe im Konkurs des Erbschaftsbesitzers sichergestellt werde¹³.

Für die Verfasser des BGB tritt durch die Surrogation ein Gegenstand nach allen Richtungen an die Stelle eines anderen Gegenstandes, mit der Folge, daß sich die Rechte der Beteiligten an dem Ersatzgegenstand fortsetzen und nicht neu begründet werden¹⁴. Das Verhältnis der Beteiligten untereinander wird von den Verfassern des BGB nicht angeprochen¹⁵.

2 BGHZ 24, 106 ff., 113

3 Johannsen, a.a.O.; vgl. die in Betracht kommenden Gestaltungsmöglichkeiten bei Haegeli/Winkler, Der Testamentsvollstrecker nach Bürgerlichem Recht, Handels- und Steuerrecht, Rd.-Nr. 282 ff.

4 BGBI. I 1980, 1542 – die Aussetzung der Besteuerung ist nicht mehr möglich

5 RG Gruchot 52, 682

6 RGZ 80, 30, 32

7 §§ 2113 Abs. 2; 2136, 2137 BGB; das gilt auch bei einer Nacherbeinsetzung auf den Überrest

8 Pringsheim, Der Kauf mit fremdem Geld – Studien über die Bedeutung der Preiszahlung für den Eigentumserwerb nach griechischem und römischem Recht, S. 122

9 Staudinger/Seybold, 11. Auflage, § 2019 BGB Rd.-Nr. 2 m. w. N. fußend auf D. 5.3.2,2 *pratum auctedit in locum rel et res in locum pretii*

11 Strauch, Mehrheitlicher Rechtsaustausch, S. 19

12 Motive V 583 – rechtliche Gestaltung im einzelnen geboten –; Motive V 109; IV 343; IV 499, II 173

13 Staudinger/Seybold, a.a.O.

14 Motive IV 498 ff., III 361

Nach der Rechtsprechung des RG und des BGH enthält der Begriff der dinglichen Surrogation den Rechtsgedanken, daß das Erlangte an die Stelle des Veräußerten tritt¹⁵.

Festzuhalten bleibt, daß der Blick in die Rechtsgeschichte das Wesen der Surrogation nicht in hinreichendem Maße klarstellt.

Es soll daher versucht werden, das Wesen der Surrogation für den Bereich des Erbrechts aus dem mit diesem Prinzip verfolgten Schutzgedanken herzuleiten.

2. Surrogation als gesetzliche Änderung der Güterzuordnung

Das BGB enthält keine allgemeine Surrogationsbestimmung für das Erbrecht.

Surrogation wird vielmehr nur im Verhältnis Erbschaftsbesitzer—Erbe (§ 2019 BGB), für die Miterben gegenüber der Erbschaft (§ 2041 BGB) für den Erbschaftsverkäufer im Hinblick auf seine Verschaffungspflicht (§ 2374 BGB) und für den Vorerben gegenüber dem Nacherben (§ 2111 BGB) angeordnet. Vorschriften fehlen insoweit für Testamentsvollstrecker, Nachlaßverwalter, Nachlaßkonkursverwalter sowie Nachlaßpfleger¹⁶.

Beim Nachlaß handelt es sich um ein Sondervermögen. Sondervermögen sind Gesamtheiten von Sachen und Rechten, die im Gegensatz zum sonstigen freien Vermögen an bestimmte festgelegte Zwecke gebunden sind¹⁷. Zwischen Erb- und Nacherfall ist der Bestand des Nachlaßvermögens in besonderem Maße gefährdet. Eine Verweisung des Nacherben allein auf obligatorische Ansprüche gegen den Vorerben wäre jedenfalls dann nutzlos, wenn dieser nur über ein geringes eigenes Vermögen verfügt.

Des Weiteren kann der Bestand nicht nur durch Handlungen oder ein Unterlassen des Vorerben, sondern auch durch zufällige Ereignisse oder durch Eingriffe Dritter vermehrt, vermindert oder verändert werden. Dem trägt § 2111 BGB einerseits, um den Nacherben zu schützen, andererseits um den Vorerben zu sichern, Rechnung, indem er die Nutzungen dem Vorerben, dem Nachlaßbegriff dem Nacherben zuweist.

Der Grund ist darin zu sehen, daß die Erbschaft mit dem Anwartschaftsrecht des Nacherben belastet ist und entschleiden werden muß, worauf und in welcher Weise sich dieses Recht erstreckt. Das erhöhte Schutzbedürfnis des Nachlasses und die Rechte des Nacherben im Hinblick auf dieses Sondervermögen sprechen also für eine Ausweitung und starre Anwendung der Surrogation¹⁸. Andererseits beeinträchtigt die Surrogation die Rechtssicherheit und -klarheit, denn die Surrogation weist einen Erwerb ohne Erkennbarkeit des Handelns nach außen und ohne Berücksichtigung des Willens des Handelnden dem Nachlaß zu¹⁹. Da diese Prinzipien tragende Grundsätze der Rechtsordnung sind, stellt § 2111 BGB eine eng auszulegende Ausnahmeverordnung zugunsten des Nacherben dar²⁰.

Dergemäß können Nachlaßgläubiger die nach dieser Vorschrift erworbenen Gegenstände vor Eintritt des Nacherfallen nicht als zum Nachlaß gehörig in Anspruch nehmen²¹.

Daraus wird deutlich, daß durch den Eintritt der Surrogation hinsichtlich der dem Nachlaß zugeordneten Gegenstände kein absolutes gegenüber jedermann wirkendes Herrschaftsrecht begründet wird. Demgegenüber sind dingliche Rechte dadurch gekennzeichnet, daß der Inhaber unmittelbare Herrschaftsmacht hat, die ihn in die Lage versetzt, das Schicksal einer Sache gegenüber jedermann zu bestimmen²². Der durch Surrogation eintretende Rechtszustand ist also nicht mit der Herrschaftsmacht dinglicher Rechte vergleichbar, so daß der Begriff „dingliche“ Surrogation zumindest irreführend ist.

Doch selbst wenn man der Ansicht folgt, dingliche Rechte hätten güterzuordnende Wirkung²³, so ist für die Einordnung der Surrogation nicht viel gewonnen. Denn güterzuordnende Wirkung hat ein dingliches Recht insoweit als es die Herrschaftsmacht einem Berechtigten zuweist, während die erbrechtliche Surrogation „etwas“ dem Sondervermögen Nachlaß zuordnet, ohne einen Berechtigten festzulegen. Die Berechtigung an der Erbschaft, insbesondere die Verfügungsmacht über Erbschaftsgegenstände, ergibt sich dagegen erst aus den allgemeinen Regelungen über Vor- und Nacherbschaft²⁴. Die dingliche Surrogation gewährleistet im Gegensatz zu lediglich schuldrechtlichen Ausgleichs- oder Ersatzansprüchen den unmittelbaren Bestand von Rechtspositionen an den Ersatzgegenständen. Die Funktion der dinglichen Surrogation ist insofern die Gewährleistung von Bestandsschutz²⁵. Im Hinblick auf diesen Schutzzweck ist meines Erachtens auch der Ansatz der Rechtsprechung richtig, die in der Surrogation den Rechtsgedanken sieht, daß das Erlangte an die Stelle des Veräußerten in dessen Bestimmtheit eintritt. Jedenfalls für Sondervermögen läßt sich Surrogation definieren als „Prinzip der Bestandsschutzsicherung durch Änderung der Güterzuordnung ohne Festlegung der Berechtigten und deren Berechtigung am Ersatzgegenstand“.

Dingliche Surrogation liegt immer dann vor, wenn folgende Kriterien erfüllt sind:

- 1) Fortsetzung der Rechtslage am Ersatzgegenstand
- 2) Kraft Gesetzes ohne Berücksichtigung der Willensrichtung des Handelnden
- 3) Erwerb ohne Durchgangserwerb

III. Arten der Surrogation

§ 2111 BGB enthält vier Arten von Surrogationsfällen

- 1) den Erwerb auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechts,
- 2) den Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entzehrung eines Erbschaftsgegenstandes,
- 3) den Erwerb durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft,
- 4) die Einverleibung in das Inventar eines zur Erbschaft gehörenden Grundstücks — § 2111 Abs. 2 BGB.

Die Bezeichnung der Surrogationsarten ist nicht einheitlich. Sie reicht von der Unterscheidung zwischen Surrogation mit und ohne Subjektswechsel²⁶ über eigentliche und uneigentliche

15 Strauch, a.a.O., S. 35
16 RGZ 105, 84 ff., 87; BGHZ 33, 66 ff., 71; so auch Enneccerus/Nipperdey, AT, § 132 II 3; a. A. Strauch, a.a.O., S. 56, 57

17 Der Gesetzgeber hat die Einführung eines allgemeinen Surrogationsprinzips für das Erbrecht verworfen; bereits dieser Umstand spricht gegen eine allgemeine Analogiefähigkeit des Prinzips. Für Nachlaßverwalter, Nachlaßkonkursverwalter und Nachlaßpfleger soll nach Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 43 VI 2 eine Analogie wegen der amtlichen Ernennung und Überwachung nicht, beim Testamentsvollstrecker aber wegen dessen Ernennung durch den Erblasser möglich sein. Meines Erachtens spricht die Ernennung durch den Erblasser gerade gegen eine Analogie, denn der Erblasser setzt in die Person des Testamentsvollstreckers ein besonderes Vertrauen und verschafft ihm deshalb eine besondere Rechtsmacht.

18 Wolf, Prinzipien und Anwendungsbereich der dinglichen Surrogation, JuS 78, 104 ff., 105

19 Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 43 I

20 Lange/Kuchinke, a.a.O.

21 RG HRR 1928 Nr. 1592

22 allgemeine Meinung seit RG Wahr 1913 Nr. 427

23 Lange/BGB AT, S. 182

24 Westermann, Sachenrecht, § 5 I 2; § 2 II 1

25 vgl. zur Frage des Prinzips der Mitberechtigung, Strauch, a.a.O., S. 88, 235, der die dingliche Surrogation als ein Prinzip des mehrheitlichen Rechtsaustausch beschreibt

26 Wolf, JuS 75, 843, 844

27 Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 43 I, II

che Surrogation²⁸ bis zur Unterscheidung zwischen einfacher Surrogation für die beiden erstgenannten Fälle und rechtsgeschäftlicher Surrogation für den dritten Fall²⁹.

Hier sollen die Begriffe einfache und rechtsgeschäftliche Surrogation Verwendung finden.

1. Einfache Surrogation

Auf den ersten Blick könnte man meinen, die Aufnahme der einfachen Surrogation in die Vorschrift des § 2111 BGB sei entbehrlich, weil andere gesetzliche Vorschriften – wie z. B. über den Fruchterwerb nach §§ 953 ff. BGB – insoweit hinreichende Regelungen vorsehen. Eine solche Betrachtungsweise ist aber unrichtig, denn ohne Surrogation stünde nicht fest, daß das nach §§ 953 ff. Erworbene dem Nacherben zusteht³⁰. Der einfachen Surrogation kommt also die Aufgabe zu, die allgemeinen Regelungen des BGB der besonderen Konfliktsituation zwischen Vorerben und Nacherben anzupassen.

a) Als Erwerb aufgrund eines zur Erbschaft gehörenden Rechts gilt nach allgemeiner Ansicht nur das, was unmittelbar aufgrund dieses Rechts selbst als Zuwachs erzielt wird³¹. Überwiegend besteht auch Einigkeit darüber, daß ein Erwerb aufgrund eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes nicht möglich ist, wenn ein vermittelndes Rechtsgeschäft des Vorerben vorliegt. Das wird richtigerweise daraus geschlossen, daß das Gesetz sowohl die einfache als auch die rechtsgeschäftliche Surrogation nebeneinanderstellt³², denn ansonsten hätte auf die rechtsgeschäftliche Surrogation verzichtet werden können.

Ein vermittelndes Rechtsgeschäft liegt z. B. dann vor, wenn der Vorerbe mit eigenen Mitteln eine durch eine Hypothek gesicherte Forderung an einem zum Nachlaß gehörenden Grundstück zurückzahlt. Fraglich ist insofern, ob die nach §§ 1163 Abs. 1 S. 2, 1177 BGB entstandene Eigentümergrundschuld dem Nachlaßvermögen oder dem Eigenvermögen des Vorerben zuzuordnen ist. Da keine Nachlaßmittel eingesetzt worden sind, scheidet eine rechtsgeschäftliche Surrogation unstreitig aus.

Eine Ansicht in der Literatur³³ nimmt eine einfache Surrogation an, wenn der Erwerb maßgeblich auf der Stellung des Vorerben als Eigentümer beruht. Eine nähere Begründung wird nicht gegeben. Für diese Ansicht könnte allenfalls sprechen, daß es unzweckmäßig ist, wenn nachlaßfreies und nachlaßgebundenes Vermögen auseinanderfallen. Diese Begründung ist aber nicht stichhaltig, denn beim Einsatz eigener Mittel hat der Nachlaß keine Vermögenswerte eingebüßt, so daß der Bestandschutz des Nachlasses den Eintritt einer Surrogation nicht erfordert. Zwar spricht das Fehlen einer Einbuße des Nachlasses nicht notwendigerweise gegen das Vorliegen einer einfachen Surrogation³⁴. Meines Erachtens muß dieser Gedanke aber dann herangezogen werden, wenn der Tatbestand der einfachen Surrogation ausdehnend ausgelegt wird. Denn das Surrogationsprinzip ist ein Ausnahmeprinzip, das lediglich dem Bestandschutz des Nachlasses dient. Fiele die Eigentümergrundschuld in den Nachlaß, wäre der Vorerbe auf einen bloßen

Aufwendungsersatzanspruch gegen den Nacherben veriesen. Der genannte Fall ist deshalb mit der überwiegenden Meinung³⁵ dahingehend zu entscheiden, daß die Eigentümergrundschuld in das freie ungebundene Vermögen des Vorerben fällt. Es ist weiter daran festzuhalten, daß einfache Surrogation bei einem vermittelnden Rechtsgeschäft des Vorerben nicht möglich ist, um eine Verwässerung und Ausuferung der Surrogation zu verhindern. Surrogation auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechts ist daher nur der Erwerb, der unmittelbar auf Grund eines Rechts eintritt. Es zählen dazu insbesondere folgende Fälle: Verbindung und Vermischung der §§ 946 ff. BGB, Ersitzung nach §§ 857, 937 BGB, Erwerb einer Schatzhälfte, der Gegenstand der Forderung, die Dividende einer Aktie, die Zinsen von Schuldverschreibungen, Lotteriegewinne, die Annahme einer dem Erblasser bereits angefallenen Erbschaft (§ 1952 BGB) und anderes mehr.

b) Surrogat ist auch das, was der Vorerbe als Ersatzvorteil für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Erbschaftsgegenstandes erhält. Hierunter fallen also z. B. Entschädigungsleistungen wegen einer Enteignung, sowie Versicherungsleistungen wegen Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung³⁶. Das Gesetz spricht von „Ersatz“ und „erhalten“.

Surrogat ist daher lediglich das auf Grund eines Schadeneratz- oder Bereicherungsanspruches Erlangte³⁷, demgegenüber nicht der dingliche Herausgabeanspruch oder der Anspruch auf Besitzkehr, weil diese Ansprüche nicht auf Ersatz gerichtet sind, sondern den alten Zustand wiederherstellen³⁸.

Dabei ist der Begriff „als Ersatz“ nicht formal, sondern unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der Vorschrift wirtschaftlich zu sehen. Aus diesem Grunde hat der BGH Ausgleichsleistungen nach dem Lastenausgleichsgesetz zu den Ersatzvorteilen im Sinne des § 2111 BGB gezählt, obwohl der Anspruch nach dem Lastenausgleichsgesetz nicht an die Stelle des verlorenen Wirtschaftsgutes getreten ist, sondern vielmehr hinsichtlich Höhe und Fälligkeit von den persönlichen und sozialen Verhältnissen des Geschädigten abhängt³⁹. Der BGH führt insoweit aus, der Lastenausgleichsanspruch stelle seinem Inhalt und seinem wirtschaftlichen Gehalt nach einen Ersatzvorteil für den Verlust der Nachlaßgegenstände dar⁴⁰.

Grundsätzlich setzen sich die Verfügungsbeschränkungen des Vorerben am Surrogat nicht fort, sondern das Surrogat unterliegt den Bestimmungen und Beschränkungen, die die Vorschriften der §§ 2113 ff. BGB für diesen Gegenstand vorsehen.

Eine Ausnahme hat der BGH hinsichtlich einer Enteignungsentschädigung gemacht, die der nicht befreite Vorerbe für ein Grundstück erhalten hatte. Die Enteignung habe absolute Wirkung; da die Verfügungsbeschränkung nach Eintritt des Nacherbfalles nicht durchgreife, sei die Entschädigung hinsichtlich der Verfügungsbeschränkungen so zu behandeln als verkörpere sie selbst das Grundstück⁴¹. Stellt das Surrogat ein Grundstück dar, ist der Nacherbenvermerk neu einzutragen.

28 Lange/Kuchinke, a.a.O., m. w. N.

29 Staudinger/Gurak, 12. Auflage, § 2019 BGB, Rd.-Nr. 13; Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 43 I

30 Unger, Die Aufgaben der dinglichen Ersatzung – Surrogation für die Sonderung des Nachlasses im Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 36; Lange/Kuchinke, a.a.O.; Ennecerus/Kipp/Wolf/Coing, Erbrecht, S. 220; Planck/Flad, § 2111 BGB Anm. 2a

31 Palandt/Keidel § 2111 BGB Anm. 2a; Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 43 II 2b; v. Lübtow, Erbrecht, II S. 887; Erman/Hense, § 2111 BGB, Rd.-Nr. 4; KG JFG 8, 356 ff., 358

32 RGZ 92, 139, 141

33 RGRK-Johannsen, a.a.O., Rd.-Nr. 5; Staudinger/Seybold, § 2111 BGB, Rd.-Nr. 7; Planck/Flad, § 2126 BGB Anm. 2; ebenso Ennecerus/Kipp/Wolf/Coing, Erbrecht, S. 221

34 zutreffend Staudinger/Seybold, § 2111 BGB, Rd.-Nr. 6

35 siehe Fn. 31 auch OLG Celle NJW 53, 1265

36 a. RGRK-Kregel, § 2019 BGB Rd.-Nr. 3; danach sollen Ansprüche aus Ver sicherungsverträgen, soweit Nachlaßmittel zur Prämienzahlung verwandt worden sind, kraft rechtsgeschäftlicher Surrogation in den Nachlaß fallen

37 Planck/Flad, § 2019 BGB Anm. 5; Kipp/Coing, Erbrecht, § 107 II 3

38 Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 43 II 2 c unter Fn. 20; Brox, Erbrecht, Rd.-Nr. 577

39 BGHZ 44, 338 ff., 339 mit Anm. von Kreft in BGH LM Nr. 3 zu § 2111 BGB; Johannsen, WM 70, 2 ff., 3; BGH WM 72, 802, 803

40 BGHZ 44, 336, 339

41 BGH RdL 56, 188

gen⁴². Dieser Vorgang kann sich wiederholen mit der Folge, daß eine Kettensurrogation eintritt.

2. Rechtsgeschäftliche Surrogation

Dieser Surrogationsfall stellt ohne Rücksicht auf den Erwerbswillen des Handelnden und ohne besonderen Übertragungsakt sicher, daß das anstelle des verlorenen Gegenstandes Erlangte in den Nachlaß fällt. Es ist offensichtlich, daß diese Surrogation keine umfassende Sicherung des Nacherben ermöglicht. Einmal kann das Surrogat Wertschwankungen stärker unterliegen als der weggegebene Gegenstand oder einen tatsächlich geringeren Wert haben. Insoweit greifen aber zusätzliche Schutznormen ergänzend ein wie z. B. die Verpflichtung des Vorerben zur ordnungsgemäßen Verwaltung nach §§ 2130, 2131 BGB.

a) Die rechtsgeschäftliche Surrogation stellt eine Durchbrechung des bei der Stellvertretung geltenden Offenkundigkeitsprinzips dar. Bei der Stellvertretung treffen die Rechtswirkungen nur dann den Vertretenen, wenn eine erkennbare Handlung für den Vertretenen vorliegt. Das Offenkundigkeitsprinzip verlangt die Offenlegung der Rechtsverhältnisse zum Schutz der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit⁴³. Demgegenüber hat der Gesetzgeber der Bestandsschutzsicherung des Nachlasses den Vorrang eingeräumt vor Rechtssicherheit und -klarheit. Es kommt deshalb nicht darauf an, daß der Vorerbe erkennbar für den Nachlaß handelt⁴⁴.

Das Zivilrecht kennt außer der dinglichen Surrogation noch ein Institut, bei der es nicht auf die Erkennbarkeit des Handelns für einen Dritten ankommt, und zwar das Geschäft für den, wen es angeht⁴⁵.

Dieses Institut kommt zur Anwendung, wenn es dem Geschäftspartner gleichgültig ist, wer Geschäftsherr ist, was vornehmlich nur auf Geschäfte des täglichen Lebens trifft⁴⁶. Aber auch in diesem Ausnahmefall erwirbt der Vertretene nur dann, wenn der Vertreter zumindest den Willen hatte, für diesen zu handeln.

Demgegenüber läßt die rechtsgeschäftliche Surrogation die Willensrichtung aller Beteiligten völlig unberücksichtigt und stellt allein auf den nach äußeren Merkmalen zu beurteilenden Ersetzungsvorgang ab⁴⁷. Es ist daher gleichgültig, ob der Vorerbe für sich erwerben will und dies zum Ausdruck bringt; auch der Zweck des Rechtsgeschäfts ist ohne Bedeutung⁴⁸.

Auch mit dem gesetzlichen Forderungsübergang ist die rechtsgeschäftliche Surrogation nicht vergleichbar. Bei ersterem steht die Forderung zunächst einem anderen zu und geht dann auf Grund irgendwelcher gesetzlicher Umstände über. Demgegenüber entsteht bei der Surrogation die Forderung sofort in der Person des ursprünglichen Rechtsinhabers, ohne daß ein Durchgangserwerb stattgefunden hat⁴⁹.

Zusammenfassend läßt sich daher sagen, daß sich die rechtsgeschäftliche Surrogation nicht auf ein einheitliches Rechtsprinzip zurückführen läßt⁵⁰.

b) Als erste Tatbestandsvoraussetzung der rechtsgeschäftlichen Surrogation nennt das Gesetz den „Erwerb des Vorerben“.

Eine Surrogation ist aus rechtlichen Gründen ausgeschlossen, wenn das vom Vorerben mit Nachlaßmitteln erworbene Recht höchstpersönlich oder nicht übertragbar ist, z. B. wenn dem Vorerben der Nießbrauch oder eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit eingeräumt wird⁵¹.

Zahlt der Vorerbe eine eigene Verbindlichkeit mit Nachlaßmitteln zurück oder verschleudert er Nachlaßmittel, so kann eine Surrogation aus tatsächlichen Gründen nicht eintreten. Zwar soll die Surrogation den Bestand des Nachlasses schützen; ein Erwerb im Widerspruch zum allgemeinen Recht ist jedoch nur insoweit möglich, als auf die Offenkundigkeit und die Willensrichtung des Vorerben keine Rücksicht genommen wird⁵². Würde die rechtsgeschäftliche Surrogation fundamentale Regeln des BGB außer Kraft setzen, gefährdete sie die Einheitlichkeit der Rechtsordnung. Des weiteren ist eine Surrogation begrifflich nur möglich, wenn dem Vorerben ein Recht oder ein irgendwie gearteter Wert zufießt⁵³. Dazu zählt jede vermögenswerte Rechtsposition, auch eine unrichtige Grundbucheintragung⁵⁴.

Weitere Voraussetzung der rechtsgeschäftlichen Surrogation ist, daß der Vorerbe selbst Erwerber ist⁵⁵. Wird daher ein Darlehen von einem Dritten im eigenen Namen mit Mitteln des Nachlasses gewährt, so fällt die Rückzahlungsforderung nicht in den Nachlaß⁵⁶. Das gleiche gilt demnach auch dann, wenn der Vorerbe unter Einsatz von Nachlaßmitteln einen Vertrag zugunsten eines Dritten mit einem unmittelbaren Anspruch des Begünstigten abschließt.

Hinsichtlich des Umfangs der am Ersatzgegenstand bestehenden Rechte wird überwiegend auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Vorerben und dem Dritten abgestellt. Veräußert der Vorerbe also ein zum Nachlaß gehörendes Besitzrecht und erhält er als Gegenleistung das Eigentum an einem anderen Gegenstand, so fällt nicht nur das Besitzrecht als Surrogat in den Nachlaß, sondern das Eigentum⁵⁷. Demgegenüber wird vereinzelt vertreten, Surrogation könne nur insoweit eintreten, wie die Rechte am weggegebenen Nachlaßgegenstand reichen⁵⁸.

Diese formal-rechtliche Betrachtungsweise verkennt, daß sich der Vermögenswert eines Gegenstandes nicht nur nach dem Umfang der an ihm bestehenden Rechte, sondern auch nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten richtet. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß jedes Vermögensrecht bewertbar ist und seine Gegenleistung findet. Mit der h. M. ist daran festzuhalten, daß sich der Umfang der Surrogation allein nach dem Rechtsverhältnis richtet, das der Weggabe des Nachlaßwertes zugrundeliegt.

c) Wie bereits oben im Rahmen der Behandlung der einfachen Surrogation erwähnt, tritt rechtsgeschäftliche Surrogation nur dann ein, wenn der Erwerb mit Mitteln der Erbschaft erfolgt⁵⁹.

aa) Das ergibt sich einmal bereits aus dem Wortlaut des Gesetzes, zum anderen aber auch aus dem Schutzzweck der Vorschrift. Der Nacherbe soll vor einer Schmälerung der Substanz des Nachlasses geschützt werden. Eine Beeinträchtigung des Nachlaßvermögens steht aber nur dann zu befürchten, wenn Werte dem Nachlaß entnommen worden sind. Hinzu kommt: Würde auch beim Einsatz eigener Mittel Surrogation eintreten, stünde dem Vorerben ein Aufwen-

42 Bergermann, Vor- und Nacherbschaft im Grundbuch, MittRhNotK 72, 743 ff., 773

43 Flume, AT, § 44 I

44 Staudinger/Gursky, a.a.O., Rd.-Nr. 15; RGRK-Kregel, § 2019 BGB, Rd.-Nr. 3; Werner, JuS 73, 434 ff., 436; Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 43 III

45 Palandt/Heinrichs, § 164 BGB Anm. 1

46 Enneccerus/Nipperdey, AT, § 179 III 3c; einschränkend RGZ 100, 190 ff., 192

47 Wolf, JuS 76, 643 ff., 645

48 Brox, Erbrecht, Rd.-Nr. 578; Staudinger/Seybold, § 2019 BGB, Rd.-Nr. 19

49 Wolf, a.a.O., S. 645; Strauch, a.a.O., S. 161, 162

50 Wolf, JuS 78, 103, 104

51 Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 43 III 2 d; Staudinger/Gursky, a.a.O., Rd.-Nr. 5;

Planck/Flad, § 2019 BGB Anm. 2; Brox, Erbrecht, Rd.-Nr. 578; Soergel/Dieckmann § 2019 BGB, Rd.-Nr. 7

52 Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 43 III 2 d

53 Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 43 III 2 b

54 Staudinger/Gursky, § 2019 BGB, Rd.-Nr. 5

55 Erman/Hense, § 2111 BGB, Rd.-Nr. 4; RGRK-Johannsen, § 2111 BGB, Rd.-Nr. 4

56 Soergel/Knopp, § 2111 BGB, Rd.-Nr. 4

57 Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 43 III 2 c; Soergel/Knopp, § 2111 BGB, Rd.-Nr. 4; Staudinger/Seybold, § 2019 BGB, Rd.-Nr. 13

58 Staudinger/Gursky, § 2019 BGB, Rd.-Nr. 13 unter Hinweis auf Soergel/Dieckmann, § 2019 BGB, Rd.-Nr. 4

59 einhellige Meinung RGRK-Kregel, § 2019 BGB, Rd.-Nr. 31

dungersatzanspruch zu, obwohl der dem Nachlaß mit dem Surrogat zugeführte Wert möglicherweise nicht den gemachten Aufwendungen entspricht.

bb) Nach einhelliger Ansicht tritt Surrogation auch dann ein, wenn ein Gegenstand nur teilweise mit Mitteln des Nachlasses erworben wird⁶⁰.

Es entsteht Miteigentum, dessen Bruchteile sich nach dem Verhältnis der aufgewandten Nachlaßwerte zu den nachlaßfremden Mitteln bestimmt. Schwieriger zu entscheiden sind Fälle, in denen die Annahme einer Teilsurrogation anderen Vorschriften widerspricht. Errichtet der befreite Vorerbe mit Nachlaßmitteln ein Bauwerk auf einem zu seinem freien Vermögen gehörenden Grundstück, so stellt sich die Frage, ob das Bauwerk wegen § 946 BGB in das freie Vermögen des Vorerben fällt, oder etwa eine Aufspaltung des Eigentums in Grundstück und Gebäude entgegen § 946 BGB möglich ist.

Eine Aufspaltung des Eigentums am Grundstück und Gebäude hat der BGH zu Recht wegen §§ 93, 94 BGB abgelehnt⁶¹. Der BGH hat eine wirtschaftliche Notlösung gefunden und in Anwendung der Regeln über den teilweisen Einsatz von Nachlaßmitteln Miteigentum im Verhältnis des aufgewandten Nachlaßvermögens zum Wert des unbebauten Grundstücks angenommen.

Diese Entscheidung ist zu Recht auf Kritik gestoßen⁶², § 946 BGB läßt als tragender Grundsatz des Sachenrechts nicht zu, daß allein durch die Errichtung eines Bauwerks das Eigentum am Grundstück ganz oder teilweise aus dem freien Vermögen des Vorerben in das Sondervermögen Nachlaß abwandert⁶³. Es handelt sich vielmehr um einen Fall, wo eine Surrogation wegen tatsächlicher Unmöglichkeit nicht in Betracht kommt⁶⁴; wegen § 946 BGB läßt sich das Eigentum am Grundstück nicht in Miteigentum aufteilen. Das Schutzbedürfnis des Nacherben erfordert eine Durchbrechung des § 946 BGB nicht. Da auf Grund dieser Vorschrift dem Nachlaß anstelle der eingesetzten Nachlaßmittel kein Gegenwert zugeflossen ist, liegt es nahe, die Errichtung des Gebäudes im Zusammenhang mit dem meist im Rahmen von Werkverträgen eingesetzten Geld einer unentgeltlichen Verfügung i. S. d. § 2113 Abs. 2 BGB gleichzusetzen mit der Folge, daß der Vorerbe entsprechend § 2138 Abs. 2 BGB Schadensersatz zu leisten hat⁶⁵.

d) Surrogation tritt nur ein, wenn Nachlaßmittel aufgeopfert werden.

aa) Fraglich ist insoweit, ob das Surrogat nur dann in den Nachlaß fällt, wenn der Vorerbe in wirksamer Weise über Nachlaßgegenstände verfügt.

Zwar sind die Verfügungen auch des nicht befreiten Vorerben zunächst einmal grundsätzlich wirksam; erst mit Eintritt des Nacherfalles ist eine Verfügung insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereitelt oder beeinträchtigt. Dennoch sind auch unwirksame Verfügungen des Vorerben denkbar, z. B. bei angeordneter Testamentsvollstreckung.

Die h. M.⁶⁶ macht den Eintritt der Surrogation nicht von einer wirksamen Verfügung abhängig, insbesondere soll der Eintritt der Surrogation nicht von einer vorherigen Genehmigung nach § 185 BGB abhängig sein.

Zur Begründung wird angeführt, es reiche aus, daß der Nachlaß im Rahmen der Verfügung wirtschaftliche Einbußen, z. B. auch einen Besitzverlust, habe hinnehmen müssen. Demgegenüber wird vorgebracht, der faktische Verlust von Nachlaßmitteln führe noch nicht zu einer im Rahmen des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses vereinbarten Aufopferung von Nachlaßmitteln, so daß auch keine Surrogation eintreten könne⁶⁷. Der Nachlaß werde bei einer solchen Betrachtungsweise in unvertretbarer Weise begünstigt⁶⁸.

Mit der Surrogation soll erreicht werden, daß das Nachlaßvermögen in seinem Bestand erhalten bleibt. Bereits durch eine tatsächliche Weggabe eines Nachlaßgegenstandes und eine dadurch erschwere Rückführung des Gegenstandes in den Nachlaß ist der Schutzbereich der Vorschrift berührt. Hinzu kommt, daß — folgt man der Mindermeinung — hinsichtlich der Gegenleistung mangels Surrogation keine Verfügungsbeschränkungen des Vorerben bestehen, so daß der Vorerbe unter Außerachtlassung der §§ 2113–2115 BGB sowie einer etwa angeordneten Testamentsvollstreckung mit der Gegenleistung in beliebiger Weise verfahren kann. Es ist deshalb jedenfalls für den Bereich der Vor- und Nacherbschaft mit der h. M. davon auszugehen, daß Surrogation trotz Vorlegens einer unwirksamen Verfügung eintritt.

bb) Die Aufwendung der Nachlaßmittel muß ursächlich für den Erwerb des Ersatzgegenstandes sein.

Problematisch ist insoweit, ob ein rechtlicher oder lediglich ein wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen Erwerb und Verlust gegeben sein muß.

Fordert man einen rechtlichen Zusammenhang, so scheidet eine Surrogation bei allen unentgeltlichen Rechtsgeschäften mangels einer Gegenleistung aus⁶⁹. Gleichwohl kann ein mit Nachlaßmitteln erbrachtes Geschenk ein späteres Gegengeschenk an den Vorerben ausgelöst haben, so daß ein wirtschaftlicher Zusammenhang vorliegt. Zugegebenermaßen führt eine solche Betrachtungsweise zu einer großen Rechtsunsicherheit. Welche Handlungen sind noch wirtschaftlich ursächlich — ist eine psychologische Motivation erforderlich? Gegen eine wirtschaftliche Betrachtungsweise ließe sich auch anführen, daß eine Surrogationsvorschrift Ausnahmecharakter hat und nur eng ausgelegt werden kann. Außerdem sind dem Vorerben unentgeltliche Verfügungen verboten (§ 2113 Abs. 2 BGB), so daß ein Surrogationserwerb den Nacherben in nicht gerechtfertigtem Umfang schützt.

Aus diesen Gründen ist der h. M. zuzustimmen, die zwar keinen rechtlichen, aber doch einen engen wirtschaftlichen Zusammenhang als Voraussetzung für den Surrogationserwerb fordert. Erwerb und Verlust müssen sich danach als irgendwie gearteter Austauschvorgang gegenüberstehen⁷⁰. Gegengeschenke fallen also nur dann als Surrogat in den Nachlaß, wenn sie im Rahmen der früheren Schenkung bereits in Aussicht gestellt worden sind⁷¹.

cc) Fällen Leistung und Gegenleistung zeitlich auseinander, so ist zweifelhaft, wann die Surrogation eintritt.

Vor allem im Rahmen von Kreditgeschäften kommt es vor, daß der Vorerbe die ihm obliegende Leistung aus Nachlaßmitteln wesentlich später als die Gegenleistung erbringt.

60 RGZ 89, 53 ff.; 60; 90, 91, 97; RGRK-Kregel, § 2111 BGB, Rd.-Nr. 8; Palandt/Keidel, § 2111 BGB, Anm. 2 b; OLG Frankfurt Röfläger 80, 228, 229; RG Warr, Respr. 1920, 255, 256

61 BGH NJW 77, 1631, 1632

62 Peters, Anm. zu BGH NJW 77, 1631 in NJW 77, 2045; auch Johannsen, WM 79, 589 ff., 605

63 Peters, a.a.O.; ähnlich Johannsen, a.a.O.

64 Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 43 III 2 d

65 Peters, a.a.O.; einschränkend Johannsen, a.a.O., der eine Schadensersatzpflicht nur annimmt, wenn der Nacherbe in Berechtigungsabsicht gehandelt hat; diese Einschränkung ist aber nicht einleuchtend; denn

durch eine Verschärfung des § 2138 Abs. 2 BGB wird der Nachlaß nicht in genügendem Maße geschützt.

66 Soergel/Dieckmann, § 2019 BGB, Rd.-Nr. 3; Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 43 III 2 c; RGRK-Kregel, § 2019 BGB, Rd.-Nr. 2; Kipp/Coing, Erbrecht, § 107 I 1

67 Staudinger/Gursky, § 2019 BGB, Rd.-Nr. 7 m. w. N.; Böhm, Surrogation trotz Unwirksamkeit einer Verfügung?, Diss. Hamburg 1973, S. 25, 39

68 Staudinger/Gursky, a.a.O.

69 Planck/Flad, § 2019 BGB, Anm. 9

70 Staudinger/Gursky, § 2019 BGB, Rd.-Nr. 9

71 Lange/Kuchinke, a.a.O.; Brox, Erbrecht, Rd.-Nr. 578

Es handelt sich nicht um ein Problem der Ursächlichkeit, denn die Surrogation ist wegen des rechtlichen Zusammenhangs von Leistung und Gegenleistung möglich.

Die h. M. entscheidet diese Fälle dahingehend, daß Surrogation erst dann eintritt, wenn die Nachlaßmittel eingesetzt werden⁷².

Meines Erachtens wird diese Ansicht dem Schutzbedürfnis des Nachlasses nicht in ausreichendem Maße gerecht. Da die Leistung vor Erbringung der Nachlaßmittel zum freien ungebundenen Vermögen des Vorerben gehört, können Gläubiger des Vorerben auch nach Eintritt des Nacherfalls in den Gegenstand vollstrecken, und es bestehen keinerlei Verfügbungsbeschränkungen des Vorerben. Hiergegen kann allerdings eingewendet werden, der Nachlaß sei vor Aufopferung der Nachlaßmittel überhaupt noch nicht schutzwürdig, da es der Vorerbe in der Hand habe, eigene oder Nachlaßmittel einzusetzen. Das ist aber nur dann richtig, wenn die vom Vorerben zu erbringende Leistung sowohl im Nachlaßvermögen als auch im freien Vermögen zur Verfügung steht. Kann die Leistung nur aus dem Nachlaß erbracht werden, ist eine Aufopferung von Nachlaßmitteln bereits rechtlich derart „angelegt“, daß der Schutzbereich der Vorschrift berührt ist. Konstruktiv könnte sofortige Surrogation unter der auflösenden Bedingung angenommen werden, daß die Gegenleistung nicht aus Nachlaßmitteln erbracht wird. Interessen des Gläubigers werden hierdurch nicht berührt, da er vorgeleistet hat und es ihm in der Regel gleichgültig ist, ob die Leistung zum Vermögen des Vorerben oder zum Nachlaß gehört⁷³.

f) Als weitere Voraussetzung für den Eintritt der Surrogation verlangt das Gesetz den Erwerb durch Rechtsgeschäft.

Die mit dem Rechtsgeschäft durch den Vorerben verfolgten Ziele und Zwecke sind ohne Bedeutung. Die Zweite Kommission hat den Zusatz, das Rechtsgeschäft müsse sich auf den Nachlaß beziehen, wegen der befürchteten Komplikationen und Beweisschwierigkeiten abgelehnt⁷⁴. Es ist deshalb gleichgültig, ob der Vorerbe für sich oder den Nachlaß erwerben will, was zu dem merkwürdig anmutenden Ergebnis führt, daß ein für den Vorerben angefertigter Anzug, der aus Nachlaßmitteln bezahlt wurde, in das Nachlaßvermögen fällt⁷⁵.

Die Formulierung „durch Rechtsgeschäft“ wird in Rechtsprechung und Literatur nicht formal gesehen⁷⁶, vielmehr wird unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der Vorschrift eine wirtschaftliche Betrachtungsweise als maßgebend angenommen⁷⁷. Es fallen danach unter dem Begriff „durch Rechtsgeschäft“ auch Austauschvorgänge materiell-rechtsgeschäftlicher Art, die aus rechtstechnischen Gründen in die Form eines Erwerbs kraft Gesetzes gekleidet sind⁷⁸. Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte fällt eine Eigentümergrundschuld, die dadurch entsteht, daß der Vorerbe mit Nachlaßmitteln, die der Hypothek zugrundeliegende Darlehnsforderung zurückzahlt, in den Nachlaß⁷⁹. Zwar geht die Eigentümergrundschuld kraft Gesetzes über; der Übergang ist aber eine notwendige Folge der Ablösung mit Nachlaßmitteln⁸⁰. Der

rechtstechnische Übergang kraft Gesetzes ist lediglich eine Ausgestaltung der Rechtsfolgen der Ablösung⁸¹.

Umstritten ist demgegenüber, ob das vom Vorerben unter Einsatz von Nachlaßmitteln in der Zwangsversteigerung erworbene Grundstück in den Nachlaß fällt⁸².

Es ist augenscheinlich, daß ein Erwerb in der Zwangsversteigerung dem strengen Wortlaut nach nicht unter § 2111 BGB fällt.

Das RG⁸³ hat eine Erstreckung des Erwerbs in der Zwangsversteigerung auf § 2111 BGB mit der Begründung abgelehnt, es handele sich nicht um einen rechtsgeschäftlichen, sondern um einen originären Erwerb kraft Zuschlages. Eine Ausdehnung der Surrogation hat das RG unter Hinweis auf den Ausnahmecharakter der Vorschrift abgelehnt.

Meines Erachtens kann es nicht entscheidend sein, ob ein Erwerb in seiner konstruktiven rechtstechnischen Ausgestaltung kraft Gesetzes eintritt. Ausreichend sein müssen Austauschvorgänge materiell-rechtsgeschäftlicher Art, was ja bei der Ablösung einer Hypothek mit Nachlaßmitteln einhellig als ausreichend angesehen wird⁸⁴. Das ist beim Erwerb in der Zwangsversteigerung der Fall, da der Bietende durch seine Erklärung den sich anschließenden Erwerb kraft Gesetzes auslöst. Das Schutzbedürfnis des Nacherben ist bei einem Erwerb des Vorerben im Wege der Zwangsversteigerung nicht geringer als bei einem rechtsgeschäftlichen Erwerb. Dem Argument des RG, eine Ausnahmevorschrift könne nicht ausdehnend ausgelegt werden, ist entgegenzuhalten, daß eine reine Wortlautinterpretation methodisch verfehlt ist⁸⁵. Festzuhalten bleibt aber, daß es sich zumindest um materiell-rechtsgeschäftliche Austauschvorgänge handeln muß. Der Nacherbe kann daher nicht die Übertragung einer Kommanditbeteiligung verlangen, wenn der Vorerbe Erbschaftsmittel zur Erbringung der Einlage aufgewandt hat⁸⁶. Denn die gesellschaftsrechtliche Stellung des Vorerben wird nicht durch die Erbringung der Einlage, sondern allein durch Abschluß des Gesellschaftsvertrages erworben. Die Leistung der Einlage bewirkt lediglich den Fortfall der persönlichen Haftung nach § 171 Abs. 1 HGB und setzt eine bestehende Gesellschafterstellung voraus. Mangels eines Austauschverhältnisses kann der Nacherbe daher die Herausgabe einer Gesellschafterbeteiligung nicht verlangen⁸⁷.

g) Während der Dauer der Vorerbschaft können für den Vorerben besondere Konfliktsituationen daraus entstehen, daß er sowohl Eigentümer des Nachlaßvermögens als auch seines eigenen Vermögens ist. Es liegt deshalb nahe, daß er versucht sein könnte, Gegenstände seines eigenen Vermögens und des Sondervermögens auszutauschen.

Bedenken gegen eine solche Einflußmöglichkeit des Vorerben auf den Bestand des Nachlasses bestehen schon deshalb, weil die Gefahr eines Mißbrauchs besteht⁸⁸. Insichgeschäfte des Vorerben sind aber darüber hinaus aus rechtlichen Gründen nicht möglich. Denn § 181 BGB setzt das

72 Staudinger/Gursky, § 2019 BGB, Rd.-Nr. 3; Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 43 II 2 d; Planck/Fiad, § 2019 BGB, Anm. 3; Brox, Erbrecht, Rd.-Nr. 579; a. A. Soergel/Dieckmann, § 2019 BGB, Rd.-Nr. 1, der konstruktiv einen abflösend bedingten Erwerb des Erbschaftsbesitzers annimmt.

73 Es ist zwar zutreffend, daß eine Bedingung ein Erklärungsbeweis der Vertragsbeteiligten voraussetzt. — Staudinger-Dilcher. Vor §§ 158 II, BGB, Rd.-Nr. 7. — In Anbetracht des Schutzbedürfnisses des Nacherben ist aber eine analoge Anwendung des § 158 Abs. 2 BGB geboten.

74 Protokolle VI 326

75 allgemeine Ansicht vgl. statt anderer RGRK-Kreisel, § 2019 BGB, Rd.-Nr. 3; Werner, JuS 73, 434, 436

76 BGHZ 40, 115 ff., 120 unter Hinweis auf RGZ 88, 53 ff., 58, 60; Staudinger/Gursky, § 2019 BGB, Rd.-Nr. 13; Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 43 III 2 d

77 BGHZ 40, 115 ff., 123 mit Anm. von Nirk in BGH LM Nr. 2 zu § 2111 BGB

78 Staudinger/Gursky, § 2019 BGB, Rd.-Nr. 13

79 allgemeine Ansicht vgl. z. B. Palandt/Kelde, § 2111 BGB, Anm. 2 b

80 Kipp/Coing, Erbrecht, S. 293

81 Brox, Erbrecht, Rd.-Nr. 580; Palandt/Kelde, § 2111 BGB, Anm. 2 b; RGRK-Johannsen, § 2111 BGB, Rd.-Nr. 5; Strohal, Erbrecht, § 28 a, Fn. 19

82 Bejahend Kipp/Coing, Erbrecht, S. 294; Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 43 III 2 d; Brox, Erbrecht, Rd.-Nr. 578; Soergel/Dieckmann, § 2019 BGB, Rd.-

Nr. 8; Wolf, JuS 75, 713; Soergel/Knopp, § 2111 BGB, Rd.-Nr. 7; Staudinger/Gursky, a.a.O., Rd.-Nr. 12; Müntzel, JW 33, 698, 690; vereinend Palandt/Kelde, § 2111 BGB, Anm. 2a; RGZ 136, 353 ff., 357; RGRK-Johannsen, § 2111 BGB, Rd.-Nr. 6; Erman/Hense, § 2111 BGB, Rd.-Nr. 3

83 RGZ 136, 353 ff., 357

84 Staudinger/Gursky, § 2019 BGB, Rd.-Nr. 12

85 Kipp/Coing, Erbrecht, S. 294; Müntzel, JW 33, 698, 699

86 BGH NJW 77, 433

87 Dieses Ergebnis läßt sich auch damit begründen, daß die Gesellschafterstellung vorbehaltlich einer anders lautenden Bestimmung des Gesellschaftsvertrages bzw. der Zustimmung aller Gesellschafter unübertragbar ist. Eine Surrogation ist also nicht nur mangels eines Austauschverhältnisses, sondern auch wegen rechtlicher Unmöglichkeit ausgeschlossen. Auch der Anspruch auf ein künftiges Auseinandersetzungsguthaben ist nicht als Surrogat in den Nachlaß gefallen, denn dieser Anspruch steht dem Gesellschafter aus dem Gesellschaftsverhältnis zu. Da der Vorerbe durch den Einsatz der Nachlaßmittel seine eigene gesellschaftsrechtliche Verpflichtung zur Erbringung der Einlage erfüllt hat, ist er zum Wertersatz nach § 2134 BGB verpflichtet.

88 so richtig OLG Stuttgart OLGZ 73, 262 ff., 264

Handeln verschiedener Rechtsträger voraus, während der Vorerbe Eigentümer beider Vermögensmassen ist⁹⁸. Rechtsgeschäftliche Beziehungen zwischen dem Sondervermögen Nachlaß und dem freien Vermögen des Vorerben sind daher nur möglich, wenn das Nachlaßvermögen der Verwaltung und Verfügung des Vorerben z. B. durch Testamentsvollstreckung entzogen ist⁹⁹.

h) Die rechtsgeschäftliche Surrogation tritt unabhängig vom Willen der Vertragsbeteiligten ein; der Vertragspartner wird also in seinem Vertrauen darauf, daß sein Geschäftsgegner erwirbt, nicht geschützt. Eine Ausnahme sieht § 2111 Abs. 1 S. 2 BGB dann vor, wenn auf Grund rechtsgeschäftlicher Surrogation Forderungen in den Nachlaß fallen. Der Schuldner wird in diesem Fall bis zur Kenntnis vom Erwerb durch den Nachlaß in Ansehung der §§ 406 bis 408 BGB geschützt.

3. Surrogation durch Einverleibung von Gegenständen in das Inventar eines zur Erbschaft gehörenden Grundstücks

Diese Surrogationsart berücksichtigt die Interessen des Nacherben an einer Sicherung des Bestandes des Nachlasses in umfassender Weise. Es kommt weder auf die Herkunft der Mittel, mit denen das Inventarstück erworben wurde, noch auf die Willensrichtung des Vorerben an. Erforderlich ist lediglich, daß der Gegenstand tatsächlich und nicht nur buchmäßig einverleibt worden ist. Da allein wirtschaftliche Erwägungen ausschlaggebend für diese Vorschrift waren, fallen auch Verbesserungen auf Kosten des Vorerben in das Nachlaßvermögen¹⁰⁰.

IV.

Zuweisung der Nutzungen an den Vorerben als gesetzliche Durchbrechung des Surrogationsprinzips

In Durchbrechung des Surrogationsprinzips weist § 2111 Abs. 1 S. 1 letzter Halbsatz BGB dem Vorerben die Nutzungen zu. Das hat darin seinen Grund, daß der Vorerbe nach § 2124 Abs. 1 BGB die gewöhnlichen Erhaltungskosten zu tragen hat. Das gilt allerdings nur im Verhältnis zwischen Vor- und Nacherben. Nachlaßgläubiger können die Nutzungen als Bestandteil der Erbschaft in Anspruch nehmen¹⁰¹. Das Recht auf die Nutzungen beginnt mit dem Erb- und endet mit dem Nacherfall. Der Erblasser kann durch die Anordnung von Vermächtnissen oder Auflagen den Vorerben verpflichten, die Nutzungen an den Nacherben herauszugeben¹⁰².

1. Nutzungsbegriff der §§ 99, 100 BGB

Der Nutzungsbegriff des bürgerlichen Rechts ist in den §§ 99, 100 BGB geregelt. Danach sind Nutzungen außer den Gebrauchsvertretern auch die Sach- und Rechtsfrüchte. Zu den Rechtsfrüchten zählen die Erträge, die das Recht seiner Bestimmung gemäß oder ein Recht vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt (§ 99 Abs. 2, 3 BGB).

Das Gesetz unterscheidet demnach zwischen dem Recht als solchem – d. h. seiner wertmäßigen Substanz – und bestimmungsgemäß gewonnenen Erträgen. Rechtsfrüchte sind nur die von dem Recht lösbarer Erträge, nicht dagegen Wertsteigerungen. Ein solcher Zuwachs gehört zur Substanz des Rechtes und stellt keine Nutzung dar¹⁰³.

2. Anwendung dieses Nutzungsbegriffs auf Beteiligungen an Unternehmen

Der Nutzungsbegriff des BGB ist abgestellt auf eine einzelne Sache oder ein einzelnes Recht. Eine allgemeine Bestimmung über Nutzungen einer Sach- oder Rechtsgesamtheit fehlt¹⁰⁴.

Bei einem Unternehmen oder einer Unternehmensbeteiligung bestehen daher Schwierigkeiten, Nutzungen und Surrogate gegeneinander abzugrenzen. Hierbei ist zu bedenken, daß eine Unternehmensbeteiligung, wie z. B. der Geschäftsanteil an einer GmbH oder eine Beteiligung an einer Personenhandelsgesellschaft rechtlich eine Mitgliedschaft i. S. einer Gesamtheit von Rechten und Pflichten aus dem Gesellschaftsverhältnis darstellt¹⁰⁵. Einerseits wird vertreten, die Mitgliedschaft eines Gesellschafters beinhaltet ein einheitliches, zusammengefaßtes Recht, bestehend aus personen- und vermögensrechtlichen Befugnissen¹⁰⁶. Die Erträge des Gesellschaftsanteils seien deshalb entsprechend § 99 Abs. 2 BGB als solche anzusehen, die das „Recht“ Mitgliedschaft seiner Bestimmung gemäß gewähre¹⁰⁷. Andererseits wird § 99 Abs. 3 BGB mit der Begründung herangezogen, es handle sich um Erträge, die auf Grund des Gesellschaftsvertrages dem Gesellschafter zuständen¹⁰⁸.

Meines Erachtens verdient die letztgenannte Auffassung den Vorzug, denn sämtliche im Zusammenhang mit der „Beteiligung“ zu sehenden mitgliedschaftlichen Rechte entstehen grundsätzlich durch das Gesellschaftsverhältnis¹⁰⁹.

3. Abgrenzung zwischen Nutzungen und Erwerb kraft Surrogation bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Im nachfolgenden sollen im wesentlichen die Verhältnisse bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung zur Unterscheidung zwischen Nutzungen und Surrogaten herangezogen werden. Lediglich ergänzend wird auf die Personengesellschaften eingegangen.

a) Nach § 29 GmbHG haben die Gesellschafter im Verhältnis ihrer Geschäftsanteile Anspruch auf den sich aus der jährlichen Bilanz ergebenden Reingewinn, soweit nicht vertraglich etwas anderes bestimmt ist¹¹⁰. Damit ist aber noch nicht festgestellt, daß der ausgewiesene Gewinn dem Vorerben entsprechend §§ 99 Abs. 3, 100 BGB als Nutzung gebührt. Denn der bilanzmäßig ausgewiesene Gewinn ist nach § 46 Nr. 1 GmbHG abhängig von dem Gewinnverteilungsbeschluß. Daraus ergeben sich folgende Schlußfolgerungen:

Wird der Beschluß über die Verteilung des Reingewinns erst im Laufe des folgenden Geschäftsjahres gefaßt und ist der Erbfall erst nach Ende des Geschäftsjahres eingetreten, so entsteht der Anspruch auf Auszahlung des Reingewinns zwar

88 OLG, a.a.O., S. 263; Palandt/Keidel, § 2111 BGB, Anm. 5, Ermann/Hense, § 2111 BGB, Rd.-Nr. 4, teilweise noch a. A. Palandt/Keidel, 32. Aufl., § 2111 BGB Anm. 5; daß Mißbrauchsmöglichkeiten bestehen und eine Umgehung des § 181 BGB durch ein „Zwischenschieben“ eines Dritten möglich ist, spricht nicht gegen die hier vertretene Ansicht. Zur Frage, ob eine Zuweisung von Gegenständen zum Nachlaß im Wege des Vergleichs möglich ist, vgl. Soergel/Knopp, § 2111 BGB, Rd.-Nr. 9; offengelassen in BGHZ 40, 115 H., 125

90 OLG, a.a.O.

91 Soergel/Knopp, § 2111, BGB Rd.-Nr. 12

92 Palandt/Keidel, § 2111 BGB, Anm. 2 b; Soergel/Knopp, § 2111 BGB, Rd.-Nr. 10

93 RG WmR Rspr 1912 Nr. 174

94 Hefermehl, Vor- und Nacherfolge bei der Beteiligung an einer Personenhandelsgesellschaft, Festschrift für H. Westermann, S. 223 ff., 230

95 Hadding, Zur Rechtsstellung des Vorerben von GmbH-Geschäftsanteilen, Festschrift für Bartholomeyczik, S. 75 ff., 82; Hefermehl, a.a.O., S. 229

96 Staudinger/Dilcher, Rd.-Nr. 23 vor § 90 BGB; Müko-Holch, § 99 BGB, Rd.-Nr. 9, Feller, a.a.O., S. 71

97 Hefermehl, a.a.O., S. 230 m. w. N.

98 Müko-Holch, § 99 BGB, Rd.-Nr. 9; Staudinger/Dilcher, § 99 BGB, Rd.-Nr. 13, 11; so auch BGHZ 58, 316, 320 für den Mißbrauch an einem Kommanditanteil; Hefermehl, a.a.O., S. 230

99 Hadding, a.a.O., S. 84; Palandt/Danckelmann, § 99 BGB, Anm. 2 a; Ermann/Hense, § 2111 BGB, Rd.-Nr. 6

100 so zutreffend Hadding, a.a.O., S. 84

101 Vgl. zu den Nutzungen eines Unternehmens Baur, Nutzungen eines Unternehmens bei Anordnung von Vorerbschaft und Testamentsvollstreckung, JZ 58, 465, 466

in der Person des Gesellschaftervorerben. Nach § 101 Ziffer 2 letzter Halbsatz BGB gebühren die Gewinnansprüche dem Vorerben aber nur zu einem der Dauer der Berechtigung entsprechenden Teil. Da es sich jedoch um Erträge handelt, die vor dem Erbfall entstanden waren, fällt der Gewinn als Surrogat in den Nachlaß und nicht in das freie Vermögen des Vorerben¹⁰².

Das gleiche gilt im Verhältnis zwischen Vor- und Nacherben, wenn der Nacherfall erst nach Ablauf des Geschäftsjahrs aber vor dem Gewinnverteilungsbeschuß eintritt. Die Gewinne gebühren dann allein dem Vorerben.

b) Für die GmbH wird die Zulässigkeit eines sog. Nachbezugsrechtes aus § 29 Abs. 2 GmbHG gefolgt¹⁰³. Der Gesellschafter kann in diesem Falle einen nicht erzielten, aber garantierten Gewinn in den folgenden Geschäftsjahren nachfordern.

Ob ein Nachbezug Nutzung oder Surrogat ist, hängt von seiner gesellschaftsvertraglichen Ausgestaltung ab¹⁰⁴.

Das sogenannte selbständige Nachbezugsrecht¹⁰⁵ gewährt dem Gesellschafter des Ausfalljahrs einen Anspruch, der lediglich unter der auflösenden Bedingung steht, daß in den Folgejahren kein Gewinn erzielt wird. Ist der Erbfall somit erst nach Ablauf des Ausfalljahrs eingetreten, so fällt der Nachbezug als Surrogat auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes in das Nachlaßvermögen¹⁰⁶. Beim unselbständigen Nachbezugsrecht wird der Nachbezug demjenigen versprochen, der im Jahr der Deckung Gesellschafter ist. Es handelt sich demgemäß um Erträge des Deckungsjahres¹⁰⁷.

c) Die Bilanz des abgelaufenen Geschäftsjahrs kann durch Gewinn- oder Verlustvorträge, die Bildung von Rücklagen oder die Auflösung stiller Reserven vom Betriebsergebnis abweichen und damit durch Entscheidungen vergangener Geschäftsjahre beeinflußt werden. Dennoch ist daran festzuhalten, daß der in der Jahresbilanz ausgewiesene und zur Verteilung beschlossene Reingewinn dem Vorerben auch dann als Nutzung gebührt, wenn in ihm aperiodische oder außerordentliche Erträge enthalten sind¹⁰⁸. Das gilt m. E. selbst dann, wenn im Rahmen einer Kapitalherabsetzung der freiwerdende Teil einer Rücklage zugeführt wird, die sich bei Auflösung gewinnerhöhend auswirkt. Zwar stellt eine solche Kapitalherabsetzung nach Auflösung der Rücklagen eine Substanzverminderung des Geschäftsanteils dar; eine Einwirkung auf die Substanz ist jedoch für die Qualifizierung als Nutzung unschädlich¹⁰⁹. Der einschränkende Hinweis von Hadding¹¹⁰, Ertrag könne nicht sein, was der Gesellschafter zunächst auf Grund gesellschaftsvertraglicher Verpflichtung als Einlage eingezahlt habe und nunmehr nach Entwidmung von Gesellschaftskapital zurückhalte, ist m. E. nicht zutreffend, da sich die Einordnung als Nutzung allein nach § 99 BGB i. V. m. den Vorschriften des GmbHG richtet. Im übrigen deutet die Auflösung der Rücklage darauf hin, daß die Gesellschaft diese Beträge zur Aufrechterhaltung ihrer wirtschaftlichen Stärke nicht mehr benötigt.

Eine hinreichende Sicherung des Nacherben gewährleistet § 2131 BGB. Nach dieser Vorschrift ist der Vorerbe zum Schadenersatz verpflichtet, wenn er Erträge erzielt, die mit einer ordnungsgemäßen Verwaltung des Geschäftsanteils

nicht vereinbar sind. Die Schadenersatznorm stellt jedoch auf den Zeitpunkt des Nacherfallen ab und vermag deshalb übermäßige Erträge nicht entgegen § 99 Abs. 3 BGB dem Nachlaß zuzuweisen¹¹¹. In Betracht kommt auch ein Werterhaltungsanspruch nach § 2133 BGB.

d) Als sonstige Vermögensvorteile, die auf der Gesellschafterstellung beruhen, kommen z. B. ein verbilligter Warenbezug oder eine sonstige vorzugsweise Benutzung gesellschaftlicher Einrichtungen in Betracht; diese Vermögensvorteile haben unzweifelhaft dann als Gebrauchsvoorteile (§ 100 BGB) Nutzungscharakter, wenn sie auf der Gesellschafterstellung beruhen. Sofern die Vergütungen für erbrachte Nebenleistungen, z. B. für eine Tätigkeit als Geschäftsführer oder Aufsichtsratsmitglied gewährt werden, stellen sie keinen Ertrag aus dem Gesellschaftsverhältnis, sondern eine Gegenleistung für eine persönlich erbrachte Tätigkeit dar, so daß diese in das freie Vermögen des Vorerben fallen¹¹².

e) Sämtliche im Zusammenhang mit der Aufgabe der Mitgliedschaft erzielten Beträge fallen unabhängig davon, ob sie einen Zuwachs gegenüber der übernommenen Stammlage enthalten, als Ersatzvorteile für die verlorene Gesellschafterstellung in den Nachlaß: das gilt z. B. für den Anspruch auf die Liquidationsquote nach § 72 GmbHG und die Abfindung bei Austritt oder Ausscheiden¹¹³.

f) Von erheblicher Bedeutung ist die Frage, ob bei Erhöhung des Stammkapitals ein vom Vorerben übernommener neuer Geschäftsanteil als Surrogat zur Erbschaft gehört oder als Nutzung in das freie Vermögen des Vorerben fällt.

aa) Wird eine Stammkapitalerhöhung nach dem KapErhG aus Gesellschaftsmitteln durch Umwandlung freier Rücklagen in sog. Nennkapital vorgenommen, so ist mit der h. M. davon auszugehen, daß es sich um Surrogate der bereits vorhandenen Geschäftsanteile und damit um in den Nachlaß fallendes Vermögen handelt¹¹⁴.

Das hat darin seinen Grund, daß das KapErhG die neuen Anteilsrechte zwingend den Gesellschaftern im Verhältnis ihrer bisherigen Anteile am Nennkapital zuweist (§§ 9, 13 Abs. 1 KapErhG). Eine Zuweisung des neuen Geschäftsanteils in das freie Vermögen des Vorerben würde zu einer Aufspaltung der Mitgliedschaftsrechte führen, die nach dem KapErhG nicht zugelassen ist¹¹⁵.

Das Schutzbedürfnis des Vorerben erfordert keine andere Entscheidung, denn einmal verbleiben ihm auch hinsichtlich der neuen Geschäftsanteile die Nutzungen; zum anderen besteht keine Verpflichtung zur Bildung freier Rücklagen, so daß der Vorerbe gegen einen Erhöhungsbeschuß stimmen kann¹¹⁶. Richtigweise dürfte es sich um eine Surrogation auf Grund eines zum Nachlaß gehörigen Rechtes handeln, da sich der Erwerb kraft Gesetzes vollzieht (§ 9 KapErhG) und keine Nachlaßmittel aufgewandt werden¹¹⁷. Es soll jedoch nicht verkannt werden, daß in den freien Rücklagen Gewinne stecken können, auf deren Auszahlung der Vorerbe im Interesse der Stärkung der Gesellschaft verzichtet hat. In diesem Falle dürfte ihm ein Aufwendungsersatzanspruch gegen den Nacherben zustehen (§ 2125 BGB).

bb) Setzt der Vorerbe zur Kapitalerhöhung Nachlaßmittel ein, so fällt grundsätzlich der neue Geschäftsanteil kraft rechtsge-

102 Palandt/Keidel, § 2111 BGB Anm. 3; Erman/Hense, § 2111, Rd.-Nr. 6; Staudinger/Seybold, § 2111, BGB, Rd.-Nr. 10; Esch/Schulze zur Wiesche, Handbuch der Vermögensnachfolge, Rd.-Nr. 465

103 Hadding, a.a.O., S. 86 m. w. N.

104 so wohl auch Erman/Hense, § 2111 BGB, Rd.-Nr. 6

105 Hachenburg/Schilling, 6. Aufl., § 5 GmbHG, Anm. 54

106 Feller, a.a.O., S. 77; Hadding, a.a.O., S. 88

107 Feller, a.a.O.; Hadding, a.a.O.

108 wohl auch Langenbach, Die Rechtsnachfolge des Vorerben in die personen- und vermögensrechtliche Mitgliedsstellung des Gesellschafters einer Personengesellschaft, MittRhNotK 1985, 81 ff., 101; Baur, a.a.O., S. 466; Hadding, a.a.O., S. 87

109 Staudinger/Dilcher, § 99 BGB, Rd.-Nr. 12, vgl. demgegenüber für den Nießbrauch Schüller, Nießbrauch und Pfandrecht am Anteil einer Personengesellschaft, MittRhNotK 1980, S. 87 ff., 101

110 a.a.O., S. 90

111 Hadding, a.a.O., S. 87; Feller, a.a.O., S. 80; wohl auch Baur, a.a.O., S. 466; a. A. von Godin, Nutzungrecht an Unternehmen und Unternehmensabteilungen, 1949, S. 80

112 Feller, a.a.O., S. 83 m. w. N.

113 vgl. die Aufzählung bei Feller, a.a.O., S. 85

114 RGRK-Johannsen, § 2111 BGB, Rd.-Nr. 9; Staudinger/Seybold, § 2111 BGB, Rd.-Nr. 10; Palandt/Keidel, § 2111 BGB, Anm. 3; Esch/Schulze zur Wiesche, a.a.O., S. 561; Hadding, a.a.O., S. 90, 91; für den Nießbrauchsbelasteten Kommanditanteil BGHZ 58, 316 ff., 320

115 Hadding, a.a.O., S. 91, 92; Feller, a.a.O., S. 93–95

116 zutreffend Feller, a.a.O., S. 86

117 a. A. KG OLGE 44, 96, 97 mit der Begründung, der neue Geschäftsanteil sei wirtschaftlich mit dem alten bezahlt worden.

schäftlicher Surrogation in den Nachlaß, da Grundlage des Erwerbs der Übernahmevertrag in Verbindung mit dem Kapitalerhöhungsbeschuß ist¹¹⁸.

Ist das auch dann der Fall, wenn der Vorerbe ein zur Mitgliedschaft gehörendes Bezugsrecht ausübt und zur Übernahme der Stammeinlage ausschließlich eigene Mittel aufwendet¹¹⁹?

Die Einräumung eines Bezugsrechtes dient dem Schutz der bisherigen Gesellschafter, da das GmbHG selbst kein unentziehbares Recht auf Beibehaltung der bisherigen Beteiligungsverhältnisse kennt¹²⁰. Bei Einräumung eines Bezugsrechtes muß demgegenüber jedem Gesellschafter auf sein Verlangen hin ein seinem Anteil an dem bisherigen Stammkapital entsprechender Anteil an dem neuen Stammkapital zugeteilt werden.

Aus diesem Grunde hat das Bezugsrecht keinen Nutzungscharakter, sondern gehört, sofern es bereits im Gesellschaftsvertrag eingeräumt worden ist, zur Substanz des Nachlasses; wird es im Rahmen des Kapitalerhöhungsbeschlusses eingeräumt, so fällt es kraft einfacher Surrogation in den Nachlaß¹²¹. Denin das Bezugsrecht dient der Sicherung der Erhaltung der bisherigen Beteiligungsverhältnisse und hat deshalb keinen Ertragscharakter¹²².

Das Bezugsrecht erlischt mit Abschluß des Übernahmevertrages; insoweit werden also Nachlaßmittel aufgewendet. Grundlage für den Erwerb des neuen Geschäftsanteils ist aber nicht die Ausübung des Bezugsrechtes, sondern die Vereinbarung zwischen dem Gesellschafter und der Gesellschaft über die Übernahme einer auf das erhöhte Kapital zu leistenden Stammeinlage¹²³.

Eine rechtsgeschäftliche Surrogation hinsichtlich des neu erworbenen Geschäftsanteils kann beim Einsatz ausschließlich eigener Mittel des Vorerben begrifflich nur eintreten, wenn der Nachlaß durch das Erlöschen des Bezugsrechtes in wirtschaftlicher Hinsicht geschmälert wird, dem Bezugsrecht also ein eigener wirtschaftlicher Vermögenswert innewohnt. Einen eigenen Vermögenswert hat das Bezugsrecht aber nur dann, wenn die zu übernehmende Stammeinlage geringer ist als der Wert des neuen Geschäftsanteils oder Dritte die Einlage nur durch Erbringung von Nebenleistungen oder Zahlung eines Aufgeldes übernehmen können¹²⁴. Da sowohl Nachlaßmittel als auch eigene Mittel des Vorerben aufgewendet worden sind, kommt hinsichtlich des neuen Geschäftsanteiles im Zeitpunkt des Nacherfalles Miteigentum nach Bruchteilen i. S. d. §§ 741 ff. BGB, 18 GmbHG in Betracht. Die Teilsurrogation ist, soweit eine Aufspaltung nicht gegen andere gesetzliche Vorschriften verstößt, anerkannt¹²⁵.

Daß die Annahme von Miteigentum zu nur durch Sachverständige lösbarren Bewertungsschwierigkeiten führt, ist naheliegend, spricht jedoch nicht gegen die Annahme einer Teilsurrogation¹²⁶.

cc) Erfolgt die Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen, so müssen nach §§ 56 Abs. 1, 55 Abs. 1 GmbHG in dem Kapitalerhöhungsbeschuß und der Übernahmeverklärung die Person des Einbringenden, der Gegenstand der Sacheinlage sowie der Geldwert der Einlage enthalten sein; ein Bezugsrecht scheidet insoweit aus¹²⁷. Daraus folgt, daß sich die Zugehörigkeit des neuen Geschäftsanteils allein danach richtet, aus welchem Vermögen die Sacheinlage stammt¹²⁸.

118 BGH NJW 68, 398, 399

119 zur Zulässigkeit Skibbe, *Das Bezugsrecht bei Kapitalerhöhung der GmbH*, GmbHRdsch 1963, 46 ff.; Hachenburg/Schilling, 8. Aufl., § 15 GmbHG, Anm. 53

120 Skibbe, a.a.O., S. 46

121 Esch/Schulze zur Wiesche, a.a.O., Rd.-Nr. 461; Feller, a.a.O., S. 114; Hadding, a.a.O., S. 75; Staudinger/Seybold, § 2111 BGB, Rd.-Nr. 10

122 unklar OLG Bremen Betrieb 1970, 1436 – unabhängiges, selbständiges Vermögensrecht –

123 BGH NJW 68, 398, 399

124 Feller, a.a.O., S. 137, Fn. 109

125 RGZ 90, 91 ff., 97; RGK-Kregel, § 2111 BGB, Rd.-Nr. 8; Palandt/Keidel, § 2111 BGB, Anm. 2 b

126 so aber Hadding, a.a.O., S. 96, 97

127 Feller, a.a.O., S. 148

4. Ergänzende Hinweise auf die Verhältnisse bei Personengesellschaften

Auch bei Personengesellschaften sind die Nutzungen, die dem Vorerben gebühren, nicht identisch mit dem tatsächlich erzielten Gesellschaftsgewinn, sondern Ertrag ist nur das, was nach handels- oder gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen sowie den Vereinbarungen der Gesellschafter tatsächlich als Gewinn ausgeschüttet worden ist oder jederzeit hätte entnommen werden können¹²⁹. Der Umfang der Nutzungen wird also durch gesellschaftsrechtliche oder gesetzliche Entnahmeverbinderungen bestimmt¹³⁰. Dagegen läßt sich einwenden, der Umfang der Nutzungen könne sich nicht nach Gesellschaftsrecht, sondern allein nach Erbrecht richten. Bei einer solchen Betrachtungsweise wird aber § 99 Abs. 3 BGB außer Acht gelassen, wonach sich der Nutzungscharakter nach dem Mitgliedschaftsrecht in der Gesellschaft richtet. Die Feststellung, das Gesellschaftsrecht überlagere das Erbrecht, ist insoweit durchaus berechtigt¹³¹.

Wie ist aber der umgekehrte Fall zu entscheiden, wenn gesetzliche oder gesellschaftsrechtliche Entnahmeverbinderungen bestehen, aber überhaupt kein Gewinn erzielt worden ist?

Nach § 122 HGB können der OHG-Gesellschafter und der persönlich haftende Gesellschafter einer KG unabhängig von einem tatsächlich erzielten Gewinn bis zu 4% ihres für das letzte Geschäftsjahr festgestellten Kapitalanteils entnehmen. Der Gesetzgeber hat offensichtlich eine Substanzbeeinträchtigung der Beteiligung und damit eine Schwächung der Gesellschaft wegen des übernommenen Haftungsrisikos der persönlich haftenden Gesellschafter in Kauf genommen. Es handelt sich um gesetzlich festgelegte Erträge, die als Nutzungen dem Vorerben gebühren. Daß sich der Vorerbe bei einer Entnahme möglicherweise gegenüber dem Nacherben schadenersatzpflichtig macht, hat auf deren Einordnung als Nutzung keinen Einfluß¹³² ¹³³.

In diesem Zusammenhang sei noch kurz erwähnt, daß die gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen über die Verbuchung der Gewinne Einfluß auf die Qualifizierung als Nutzung haben können. Die bloße Bezeichnung als Kapital- oder Privat- bzw. Darlehenskonto vermag aber lediglich Hinfeststellung zu leisten. Entscheidend ist, ob nach den näheren Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages den Beträgen bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise Ertrags- oder Beteiligungscharakter beizumessen ist. Kriterien sind insoweit: jederzeitige Entnahmeverbinderung; Stundung bis zu einer künftigen Auseinandersetzung; Verfügungsmöglichkeit über Konto II nur zusammen mit dem Kapitalkonto und anderes mehr¹³⁴.

V. Schlußbetrachtung

Im Rahmen dieser Abhandlung konnte nur auf einige Probleme beispielhaft eingegangen werden. Die Ausführungen sollten verdeutlichen, daß das Surrogationsprinzip schwierige Abgrenzungsfragen – vor allem im Gesellschaftsrecht – nach sich zieht. Es ist deshalb bereits bei der Ausgestaltung der Vor- und Nacherfolge eine Einbeziehung der Surrogation in die Erwägungen des Notars zu empfehlen.

128 vgl. zu im Rahmen einer Verschmelzung oder einer Umwandlung der GmbH auftretenden Problemen Hadding, a.a.O., S. 97–99

129 Hefermehl, a.a.O., S. 231; vgl. für den Nießbrauch Schüller, a.a.O., S. 112; BGHZ 58, 316, 320

130 Esch/Schulze zur Wiesche, a.a.O., Rd.-Nr. 501

131 Hefermehl, a.a.O., S. 235

132 so auch Hefermehl, a.a.O., S. 236; eine Entnahmeverbinderung wird für den Nießbrauch von Schüller, a.a.O., S. 101, verneint

133 Sofern der Erblasser mit der Anordnung der Vorerbschaft das Ziel verfolgt hat, den Unterhalt des Vorerben zu sichern, werden substanzerhöhmende Entnahmen nicht zur Schadenersatzpflicht führen, so auch Langenbach, a.a.O., S. 102; jedenfalls dann, wenn der Vorerbe in Not geraten ist.

134 Hefermehl, a.a.O., S. 240; Esch/Schulze zur Wiesche, a.a.O., Rd.-Nr. 501

Rechtsprechung

1. Allgemeines/Grundbuchrecht – Nachweis der Vollmacht

(LG Aachen, Beschuß vom 7. 10. 1980 – 3 T 326/80 – mitgeteilt von Notar Dr. K. M. Liehner, Aachen)

BGB § 172

GBO § 29

Zum Nachweis des Fortbestehens der Vollmacht im Sinne des § 29 GBO genügt nicht die Bestätigung des Notars, die Vollmacht liege „in Urschrift vor“.

(Leitatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Die Antragsteller Sch. kauften durch notarielle Urkunde Wohnungseigentum. In der Kaufvertragsurkunde heißt es in § 3 (Auszug):

„Zum Vollzug der rangrichtigen Eintragung von Grundpfandrechten erteilten die Beteiligten für sich und ihre Erben jedem Beteiligten für sich allein und frei von § 181 BGB Vollmacht, alle hierzu erforderlichen Erklärungen, Handlungen und Geschäfte vorzunehmen...“

Ausfertigung der Vollmacht kann jederzeit erteilt werden.“

Diese Kaufvertragsurkunde liegt dem Grundbuchamt in notariell beglaubigter Abschrift vor.

In der Folgezeit beantragten die Antragsteller die Eintragung dreier Grundschulden. In den entsprechenden Grundschatzbestellungsurkunden heißt es jeweils wie folgt (Auszug):

„Eheleute Sch. hier handeln im eigenen Namen (und) als Bevollmächtigte aufgrund in Urschrift vorliegender Vollmacht in der Urkunde ... (Kaufvertragsurkunde) für Herrn A. ...“ (Verkäufer)

Das Grundbuchamt beanstandete alle drei Anträge.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde hat keinen Erfolg. Die Antragsteller haben nicht hinreichend i. S. d. § 29 GBO nachgewiesen, daß Ihre Belastungsvollmacht fortbesteht; die Notarbestätigung, die Vollmachturkunde liege „in Urschrift vor“, genügt insoweit für sich allein jedenfalls nicht. Ausschlaggebend für diese Auffassung der Kammer sind die folgenden Überlegungen:

Das Grundbuchamt hat bei der Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen nicht nur zu prüfen, ob den als Bevollmächtigten auftretenden Antragstellern wirksam Vollmacht gemäß §§ 164 ff. BGB erteilt worden ist – um diese Frage geht es im vorliegenden Fall nicht –, sondern ebenfalls festzustellen, ob in der Form des § 29 GBO auch das Fortbestehen der Vollmacht nachgewiesen ist.

Das Fortbestehen der Vollmacht kann insbesondere dann mit hinreichender Sicherheit vom Grundbuchamt angenommen werden, wenn durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde (z. B. Notarbestätigung) nachgewiesen ist, daß der Bevollmächtigte selbst die Vollmachturkunde oder eine Ausfertigung derselben in den Händen hat, und daß er sie dem dies Beurkundenden (Notar) bei der Beurkundung vorgelegt hat. (OLG Frankfurt, Rpfleger 1972, 306 f.; OLG Stuttgart, DNotZ 1952, 183 ff. mit krit. Anm. von Hieber; Kuntze/Ertl/Hermann/Eickmann, 2. Aufl. 1979, Rd.-Nr. 92 zu § 20 GBO; Meikel/Imhof/Riedel, 6. Aufl. 1968, § 18 GBO, Anh., Anm. 101 u. 105; Haegel, Grundbuchrecht, 6. Aufl. 1979, Rd.-Nr. 1953; Horber, § 29 GBO Anm. 7c). Denn gemäß § 172 BGB gilt die Vertretungsmacht des Bevollmächtigten einem Dritten gegenüber erst mit Rückgabe oder Kraftlosigkeitserklärung der Vollmachturkunde als erloschen; deshalb pflegen Vollmachturkunden bzw. deren Ausfertigungen bei Erlöschen/Widerruf der Vollmacht zurückgefordert und – gegeben zu werden. Besitzt also der Bevollmächtigte noch die Vollmachturkunde, so spricht deshalb ein Erfahrungssatz für das Fortbestehen der Vollmacht (KG DNotZ 1972, 18 ff., 21; OLG Frankfurt a.a.O.; OLG Stuttgart, a.a.O.; Meikel/Imhof/Riedel, a.a.O., Anm. 105; Horber, § 29 GBO, Anm. 9b m. w. N.).

Dabei ist nicht zuletzt, wie angesprochen, von Bedeutung, daß es der Vollmachtgeber in der Hand hat und grundsätzlich so verfahren wird, bei Widerruf die Vollmachturkunden zurückzufordern, um so den durch § 172 BGB erzeugten Legitimationsschein zu beseitigen.

Anders liegt der Fall hier. Gemäß § 45 BeurkG bleibt die Urschrift der Vollmachturkunde zwingend in den Urkundsakten des beurkundenden Notars, unabhängig vom rechtlichen Schicksal der Vollmacht, von deren Erlöschen oder Fortbestehen. Der Vollmachtgeber hat kraft Gesetzes nicht die Möglichkeit, die Rückgabe der Vollmachturkunde zu erreichen. Daraus folgt wiederum, daß sich aus einer bei den Notarakten befindlichen Urkunde nicht der Erfahrungssatz ableiten läßt, die Vollmacht habe noch Bestand. Im Gegenteil dürften sich in den Urkundssammlungen der Notare eine sehr große Zahl von Vollmachturkunden befinden, die keine bestehende Vollmacht mehr dokumentieren. Die bloße Bezugnahme auf eine in Urschrift bei den Notarakten befindliche Vollmachturkunde läßt demzufolge nicht mit hinreichender Sicherheit den Schluß zu, daß die Vollmacht noch besteht (vgl. Haegel, a.a.O., Rd.-Nr. 1964 a; auch: Hieber, DNotZ 1952, 185, 186; Kasper, MittRhNotK 1980, 132, 133). Die bei den Notarakten befindliche Urschrift der Vollmachturkunde hat im vorliegenden Fall, da es, wie dargelegt, auf den Besitz der Urkunde und die Vorlage durch den Bevollmächtigten ankommt, tatsächlich geringere rechtliche Wirkungsmöglichkeiten als eine Ausfertigung dieser Urkunde.

Dem entspricht die Rechtslage, daß die Bezugnahme auf eine in Urschrift bei den Notarakten befindliche Vollmachturkunde an sich ohne weitere Prüfung denkbar ist, während der Gesetzgeber die Erteilung einer Ausfertigung an verschiedene Voraussetzungen gebunden hat. Der die Ausfertigung erteilende Notar muß die Voraussetzungen des § 51 BeurkG prüfen und jedenfalls gemäß Abs. 2 dieser Vorschrift feststellen, ob seitens der Beteiligten abweichende Bestimmungen für die Ausfertigung getroffen wurden. Der Notar ist außerdem – in stärkerem Maße als bei bloßer Bezugnahme auf die Urschrift – gezwungen, Überlegungen und ggfs. Nachforschungen darüber anzustellen, ob die Vollmacht noch fortbesteht, denn dies ist unabdingbare Voraussetzung für die Erteilung einer solchen Ausfertigung. Von der vorschnellen, weil ungerechtfertigten, Erteilung einer Ausfertigung einer Vollmachturkunde, mag dies auch selten sein, kann sich der Vollmachtgeber besser schützen (vgl. § 51 Abs. 2 BeurkG) als vor der ungerechtfertigten Bezugnahme auf die Urschrift. Gerade dieser Schutz des vertretenen Vollmachtgebers aber ist u. a. Sinn und Zweck der Formvoraussetzungen des § 29 GBO.

Alldem können die Beschwerdeführer nicht entgegenhalten, der Notar dürfe eine Bezugnahme auf die Urschrift überhaupt nur dann beurkunden, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausfertigung an den Bevollmächtigten vorliegen (vgl. zur Prüfungspflicht des Notars bei Bevollmächtigung: Mecke, BeurkG 1970, § 12 BeurkG, Rd.-Nr. 1; Meikel/Imhof/Riedel, a.a.O., Anm. 101). Das ist zwar richtig. Dem strengen Formgebot des § 29 GBO folgend, das im Hinblick auf die gerade im Grundbuchrecht erforderliche Rechtssicherheit und Rechtsklarheit sehr ernst zu nehmen ist und dem Grundbuchamt bewußt einen verhältnismäßig geringen Rahmen zur eigenen Ermittlung und Beurteilung läßt, müßte dann jedoch zusätzlich diese Eintragungsvoraussetzung, daß nämlich, vom Notar geprüft, die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausfertigung vorliegen, durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde (z. B. eine Notarbestätigung) nachgewiesen sein. Das ist hier nicht der Fall. Es obliegt nicht dem Grundbuchamt, schon wegen der Formvorschrift des § 29 GBO, zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausfertigung vorgelegen haben, als der Notar in seiner Beurkundung Bezug genommen hat auf die Urschrift. Das Grundbuchamt kann die Voraussetzungen im übrigen auch

nicht nachprüfen, da sich hinsichtlich der Ausfertigungen anderslautende Bestimmungen der Beteiligten in der Notarkarte befinden können (§ 51 Abs. 2 BeurkG), die dem Grundbuchamt nicht zugänglich sind.

Schließlich kommt nach Auffassung der Kammer für den vorliegenden Fall auch der Frage der Widerruflichkeit oder Unwiderruflichkeit der Vollmacht bzw. der Frage, wann die Vollmacht aufgrund des ihr zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts, z. B. durch Zweckerreichung, erlischt (§ 168 BGB), kein ausschlaggebendes Gewicht zu. Richtig dürfte zwar sein, daß bei einer unwiderruflich erteilten Vollmacht die Erfahrung dafür spricht, daß ein außerordentlicher Widerruf oder eine gemeinsame Vertragsaufhebung ohne Kenntnis des Notars, der die Vollmacht dafür beurkundet hat, nicht stattgefunden haben, weshalb davon auszugehen wäre, daß die Vollmacht noch besteht. Indessen kann im vorliegenden Fall nicht anhand der eingereichten öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunden festgestellt werden, daß die Vollmacht unwiderruflich erteilt ist. Weder ist das dem Urkundentext zu entnehmen noch ergibt sich aus den vorliegenden Urkunden, daß aus den Umständen des Kaufvertrages eine Unwiderruflichkeit zwingend folgt. Auch bei einer Widerruflichkeit der Vollmacht nämlich ließe sich der Kaufvertrag problemlos durchführen. Es ist nicht erkennbar, weshalb eine der Kaufvertragsparteien ein entscheidendes, begründetes Interesse nur an einer unwiderruflichen Vollmacht haben sollte. Da zudem eine Urkunde, insbesondere eine notarielle Urkunde, die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit für sich hat, ist nicht von einer unwiderruflichen, erfahrungsgemäß für das Fortbestehen der Vollmacht streitenden Vollmachtserteilung auszugehen.

Mit der vorliegenden Entscheidung setzt sich die Kammer nicht in Widerspruch zu dem Urteil des BGH vom 20. 12. 1979 (DNotZ 1980, 352 = MittRhNotK 1980, 131, m. Anm. von Kasper). Bei der BGH-Entscheidung geht es um die materiell-rechtliche Frage, unter welchen Umständen eine in den Notarkarten befindliche Vollmacht die Legitimationswirkung (Rechtsscheinwirkung) des § 172 BGB erzeugt. Der BGH gelangt zu dem Ergebnis, daß es für die Legitimation des Vollmachtgebers gegenüber dem Dritten ausreicht, wenn die vom beurkundenden Notar selbst aufgenommene notarielle Vollmachturkunde sich bei den Notarkarten befindet, weil dann der Dritte jederzeit Einsicht nehmen könne (vgl. dazu die kritische Anmerkung von Kasper, a.a.O., unter Hinweis auf § 18 BNotO). Im vorliegenden, von der Kammer zu entscheidenden Fall geht es um die (verfahrensrechtliche) Frage, ob diese, vom BGH bejahte, Legitimationswirkung, die ja unabhängig ist von dem Fortbestehen oder Erlöschen der Vollmacht, allein ausreicht, beim Grundbuchamt den Nachweis des Fortbestehens der Vollmacht zu führen. Das ist, wie dargelegt, zu verneinen, da aus verschiedenen Gesichtspunkten kein Erfahrungssatz dahingehend besteht, daß eine beim Notar befindliche Vollmachturkunde, mag sie legitimierend wirken oder nicht, für das Fortbestehen einer Vollmacht spricht. Die unterschiedliche Problemstellung der BGH- und der vorliegenden Kammerentscheidung tritt vor allen Dingen dann deutlich zutage, wenn man sich die unterschiedliche, von den Gerichten bei der Gesetzesauslegung zu beachtende Interessenlage vor Augen hält. Während beim BGH der Schutz des auf die notarielle Vollmachturkunde vertraulenden Dritten i. S. d. § 172 BGB schwerwiegend berücksichtigt werden mußte, weshalb der BGH auf Gesichtspunkte wie „übertriebene Förmelerei“ zurückgriffen konnte, muß das Grundbuchamt und dementsprechend die Beschwerdekommission unter Amtsermittlungsgrundsätzen feststellen, unter welchen Voraussetzungen – unter Beachtung der strengen Formvorschriften des § 29 GBO – der objektive Nachweis des Fortbestehens der Vollmacht, nicht nur des Bestehens einer Legitimationswirkung, als geführt angesehen werden kann, auch wenn der Nachweis unter den gegebenen Umständen (Nachweis einer sog. negativen Tatsache, nämlich des Nichterlöschen der Vollmacht) letztlich nur mit Hilfe eines Erfahrungssatzes erbracht werden kann.

Dabei ist dann, wie ausgeführt, zu differenzieren zwischen der Legitimationswirkung, die eine Vollmachturkunde oder deren Ausfertigung in der Hand des Bevollmächtigten selbst hat, und der Legitimationswirkung, die mit dem BGH daraus abgeleitet werden muß, daß der Notar im Besitz der Vollmachturkunde ist; letzteres läßt wegen der mangelnden Rückforderbarkeit der Vollmachturkunde, keine Schlüsse auf das Fortbestehen der Vollmacht zu.

Anm. d. Schriftl.: Beachte auch die nachstehend abgedruckte abweichende Entscheidung des LG Aachen vom 16. 6. 1977 mit Anm. von Liehner.

2. Allgemeines/Grundbuchrecht – Nachweis der Vollmacht

(LG Aachen, Beschuß vom 16. 6. 1977 – 7 T 129/77 – mitgeteilt von Notar Dr. K. M. Liehner, Aachen)

BGB § 172

GBO § 29

Zum Nachweis des Fortbestehens der Vollmacht genügt bei Beurkundung durch den Notar, der die Vollmacht beurkundet hat, dessen Notarbestätigung, daß die Vollmachturkunde in Urschrift vorlegt; einer Ausfertigung der Vollmachturkunde bedarf es nicht.

(Leitsatz des Einsenders)

Aus den Gründen:

Die Beschwerde hat in der Sache Erfolg. Die Kammer teilt nicht die Bedenken, die der Rechtspfleger hinsichtlich des Nachweises der Vollmacht bzw. deren Fortdauer hat, die der Bürovorsteherin des beurkundenden Notars erteilt worden ist.

Der Rechtspfleger geht zwar zutreffend davon aus, daß die Vollmacht, die die Beteiligten der Bürovorsteherin erteilt haben, dem Grundbuchamt in den Formen des § 29 GBO nachzuweisen ist und daß auch das Fortbestehen einer nachgewiesenermaßen erteilten Vollmacht nachzuweisen ist. Hierbei spricht allerdings ein Erfahrungssatz für den Fortbestand der Vollmacht, sofern sich die Urschrift oder eine Ausfertigung im Besitz des Bevollmächtigten befindet. Der Rechtspfleger vermißt in der Urkunde des Notars den Vermerk, daß ihm eine Ausfertigung der Vollmacht vorliege. Er erachtet es unter diesen Umständen für erforderlich, daß nunmehr die Urschrift oder eine Ausfertigung der Vollmacht vorgelegt wird. Indessen ist dies nicht erforderlich, weil der Notar ausdrücklich bestätigt hat, daß sich bei Vornahme der Beurkundung die Urschrift der Vollmacht in seiner Urkundensammlung befunden hat. Diese Erklärung reicht als Nachweis des Fortbestehens der Vollmacht aus, zumal etwas anderes nicht bekannt geworden ist; vgl. hierzu auch OLG Stuttgart, Rpfleger 1972, 306; OLG Stuttgart DNotZ 1952, 183; KG DNotZ 1972, 615; KG OLGE 32, 2 ff.; Horber, 13. Auflage, 1974, § 29 GBO Anm. 7 c; Hägele, Grundbuchrecht, 5. Auflage, 1975, Rd.-Nr. 1953; Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, Grundbuchrecht, 1974, Rd.-Nr. 14.

Anmerkung (von Notar Dr. K. M. Liehner, Aachen)

Der Entscheidung des LG Aachen vom 16. 6. 1977 ist im Gegensatz zu der Entscheidung vom 7. 10. 1980 zuzustimmen. Ist die Vollmacht notariell beurkundet, bedarf es zum Nachweis des Bestehens der Vollmacht beim Handeln des Bevollmächtigten vor dem gleichen Urkundsnotar nicht der Vorlage einer hierzu vom Notar erst zu erteilenden Ausfertigung der Vollmachturkunde, wenn die Urschrift der notariell beurkundeten Vollmacht vorliegt; es genügt alsdann die Notarbestätigung über das Vorliegen der Vollmachturkunde.

1. Legitimationswirkung der Vollmachturkunde (§ 172 BGB)
An den Besitz der Vollmachturkunde ist der Rechtsschein des Fortbestehens der Vollmacht geknüpft (= Rechtsschein-

wirkung der Vollmachturkunde). Diese Legitimationswirkung gilt rechtlich ohne Einschränkung, gleich ob es sich um eine Privaturkunde oder eine Vollmacht in notarieller Urkunde handelt; sie erlischt mit Rückgabe der Vollmachturkunde oder Kraftloserklärung (§ 172 Abs. 2 BGB).

Materiell-rechtlich erlischt die Vollmacht mit rechtswirksamen Widerruf (s. u. 3.).

2. Notariell beurkundete Vollmacht

Die Urschrift der notariellen Vollmachturkunde verbleibt in der Regel in Verwahrung des Notars, „wenn sie nicht auszuhändigen ist“ (§ 25 Abs. 1 BNotO); gemäß § 45 Abs. 1 BeurkG kann die Urschrift herausgegeben und Dritten vorgelegt werden.

Für den Regelfall des Verbleibens der Urschrift in notarieller Verwahrung besagt § 47 BeurkG: die Ausfertigung vertritt die Urschrift im Rechtsverkehr in allen Fällen, in denen die Urschrift selbst nicht vorgelegt werden kann; sie ersetzt die Urschrift, nimmt aber der Urschrift der notariell beurkundeten Vollmacht nicht die mit der Vollmachturkunde und ihrem Besitz verbundene rechtliche Qualifikation und Legitimationswirkung, die nicht auf die Ausfertigung beschränkt ist.

Daher kann auch die in Verwahrung des Notars verbleibende Urschrift der Vollmacht beim gleichen Urkundsnotar zu einer Folgeurkunde vorgelegt und dies vom Notar mit öffentlichem Glauben bestätigt oder bei Beurkundung auf die in der Urkundensammlung des Notars verbleibende Vollmachturkunde Bezug genommen werden (so BGH DNotZ 1980, 352 = MittRhNotK 1980, 131 mit Anm. Kasper; vgl. Thiele/Münch Komm., § 172 BGB, Rd.-Nr. 10; Soergel/Schultze-v. Lasaulx, 11. Aufl., 1978, § 172 BGB, Rd.-Nr. 5).

3. Widerruf der Vollmacht

Wegen der Legitimationswirkung der Vollmachturkunde obliegt es dem Vollmachtgeber beim Widerruf, diesen nicht nur zu erklären, sondern auch für Rückgabe der Vollmachturkunde zu sorgen. Ist die Vollmacht notariell beurkundet, muß er sich die Ausfertigung zurückgeben oder vom Notar einziehen lassen; auch ist es Sache des Vollmachtgebers, dem Notar den Widerruf zur Vermeidung der Erteilung weiterer Ausfertigungen zur Kenntnis zu bringen.

Solange ein Widerruf dem Notar nicht bekannt ist, darf er – sofern in der Urkunde vorgesehen – dem Bevollmächtigten Ausfertigungen erteilen. In dem Ausfertigungsvermerk bedarf es – weil selbstverständlich – keines Hinweises, ein Widerruf sei dem Notar nicht bekannt; bei Kenntnis des Widerrufs darf der Notar keine Ausfertigungen mehr erteilen.

Darf der Notar Ausfertigungen erteilen, darf er auch mit öffentlichem Glauben als Notar bestätigen, daß bei Beurkundung die Urschrift der Vollmachturkunde vorlag; auch hier wäre ein zusätzlicher Vermerk etwa des Inhalts, der Notar sei berechtigt, Ausfertigungen zu erteilen oder dem Notar sei ein Widerruf nicht bekannt, ebenso überflüssig wie auf einem Ausfertigungsvermerk.

Für die Notarbestätigung, die Urschrift der Vollmacht habe vorgelegen oder die notarielle Bezugnahme auf die Vollmachturkunde der notariellen Urkunde (so BGH, a.a.O.) Ist selbstverständliche Voraussetzung, daß diese sich in Verwahrung des Notars befindet, entscheidend ist aber, daß der Notar zur Zeit der Notarbestätigung oder Bezugnahme Ausfertigungen erteilen darf.

4. Unwiderrufliche Vollmacht

Darauf, ob die Vollmacht unwiderruflich ist oder nicht, kommt es für die Frage der Erteilung von Ausfertigungen oder der Notarbestätigung nicht entscheidend an (zur Prüfung nach § 29 GBO s. u. 6).

Jede Vollmacht bleibt nach dem Grundverhältnis zu prüfen, ob sie frei widerruflich oder unwiderruflich ist; aus dem Grundverhältnis kann sich – ohne ausdrücklichen Widerrufs-ausschluß in der Vollmachturkunde – die Unwiderruflichkeit

ergeben (vgl. Soergel/Schultze-v. Lasaulx, § 168 BGB, Rd.-Nr. 24; Palandt/Heinrichs, 39. Aufl. 1980, § 168 BGB, Anm. 2; Thiele/Münch Komm., § 168 BGB, Rd.-Nr. 35, 38; Staudinger/Coing, 11. Aufl., 1957, § 168 BGB, Rd.-Nr. 12a; Jauernig, 1979, § 168 BGB, Anm. 3b; Gütte/Triebel, GBO, 6. Aufl., 1937, S. 2056; Haegele, Grundbuchrecht, 6. Aufl., 1979, Rd.-Nr. 1969 mit Anm. 1).

Unwiderruflichkeit ist vor allem dann gegeben, wenn die Interessen des Vertreters und des Vertretenen bzgl. der Vollmacht gleichwertig sind, insbesondere bei Befreiung von § 181 BGB; dies gilt z. B. für Auflassungsvollmachten zur ungehinderten Durchführung des Kaufvertrages und in gleicher Weise auch für Belastungsvollmachten (s. u. 7).

Auch die unwiderrufliche Vollmacht kann jedoch jederzeit aus wichtigem Grund widerrufen werden (vgl. u. a. Soergel/Schultze-v. Lasaulx, § 168 BGB, Rd.-Nr. 22, 28 bis 29; Thiele/Münch Komm., § 168 BGB, Rd.-Nr. 41; Palandt/Heinrichs, § 168 BGB, Anm. 2; Haegele, a.a.O.).

Unabhängig von freier Widerruflichkeit oder Unwiderruflichkeit einer Vollmacht hat der Notar zu prüfen, ob er von der Vollmachturkunde eine Ausfertigung erteilen darf; dies darf er, solange ihm kein Widerruf bekannt ist, folglich darf er dann auch die Notarbestätigung abgeben, die Vollmachturkunde seiner notariellen Urkunde liege bei Beurkundung vor.

5. Vollmachtinhalt

Für die Rechtsfrage der Legitimationswirkung und Erteilung von Ausfertigungen durch den Notar kommt es auf den Vollmachtinhalt nicht entscheidend an.

Hierzu macht es keinen sachlichen Unterschied, ob es sich z. B. um die nicht ungefährliche, weit verbreitete Bürovorsteher-Auflassungsvollmacht handelt oder eine Auflassungsvollmacht auf den Erwerber oder Dritte oder eine Belastungsvollmacht auf den Erwerber oder eine sonstige Vollmacht.

Die Rechtsfrage der Zulässigkeit der Erteilung von Ausfertigungen durch den Notar ist in allen Fällen gleich; wohl ist der Vollmachtinhalt entscheidend bei Prüfung der Widerruflichkeit oder Unwiderruflichkeit (s. o. 4.).

6. Nachweis gegenüber dem Grundbuchamt (§ 29 GBO)

Dem Grundbuchamt obliegt im Rahmen seines unbestrittenen Prüfungsrechts und der ihm obliegenden Prüfungspflicht die Prüfung des Fortbestehens der Vollmacht, zumindest des Rechtsscheins des Fortbestehens (Legitimationswirkung s. o. 1.).

Hierzu werden zumeist folgende auf der Rechtsprechung fußende Literaturstellen zitiert:

Gütte/Triebel, GBO, 6. Aufl., 1936/1937, § 29 GBO, Rd.-Nr. 138, S. 2056–2058; Meikel/Imhof/Riedel, Grundbuchrecht, 6. Aufl., 1968, § 18 GBO, Rd.-Nr. 101, § 29 GBO, Rd.-Nr. 85; Horber, GBO, 15. Aufl., 1980, § 29 GBO, Anm. 7c; Haegele, Grundbuchrecht, 5. Aufl., 1975, Rd.-Nr. 1959; 6. Aufl., 1979, Rd.-Nr. 1953, 1954, 1964a; Kuntze/Ertl/Hermann/Eickmann – KEHE –, Grundbuchrecht, 2. Aufl., 1979, § 20 GBO, Rd.-Nr. 92, § 29 GBO, Rd.-Nr. 138–140.

Hiernach genügt für das Grundbuchamt als Nachweis, wenn die Vollmachturkunde oder Ausfertigung beim Notar vorgelegt wird, die dahingehende Notarbestätigung. Da in den angeführten Belegstellen nicht genügend differenziert wird zwischen der Vollmachturkunde in einer Privaturkunde (mit notariell beglaubigter Unterschrift) und der notariell beurkundeten Vollmacht, können sie nicht ohne weiteres gegen die vom LG Aachen in seiner Entscheidung vom 16. 6. 1977 vertretenen Rechtsauffassung herangezogen werden (vgl. auch Thiele/Münch Komm., § 172 BGB, Rd.-Nr. 10; Soergel/Schultze-v. Lasaulx, § 172 BGB, Rd.-Nr. 5; BGH DNotZ 1980, 352 = MittRhNotK 1980, 131).

Zu beachten bleiben die Grenzen des Prüfungsrechts und der Prüfungspflicht des Grundbuchamts insoweit, als jeweils im

konkreten Fall begründete Zweifel am Fortbestand der Vollmacht bestehen müssen (vgl. u. a. KEHE, § 29 GBO, Rd.-Nr. 138–140; Haegle, a.a.O., Rd.-Nr. 1953). Der Nachweis des Bestehens der notariell beurkundeten Vollmacht kann und wird zwar in der Regel durch eine Ausfertigung erbracht, aber eben nicht ausschließlich; darf der Notar eine Ausfertigung erteilen, darf er auch die mit öffentlichem Glauben versehene Notarbestätigung abgeben, die Vollmachturkunde liege mit der von ihm selbst aufgenommenen Vollmachturkunde vor.

Mit dieser Notarbestätigung ist dem Grundbuchamt der Nachweis für die Legitimationswirkung der Vollmacht erbracht; dem Grundbuchamt gegenüber ist offenkundig, daß der Notar diese Bestätigung nur abgeben darf, wenn er eine Ausfertigung hätte erteilen dürfen. Offenkundiges aber bedarf gemäß § 29 Abs. 1 GBO keines weiteren Nachweises.

Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich um eine unwiderrufliche Vollmacht handelt, da das Grundbuchamt alsdann von der Unwiderruflichkeit auszugehen hat: eine bloß gedachte, nicht auf konkreten Tatsachen gestützte Möglichkeit, daß die Vollmacht widerrufen sei, berechtige nicht, den Nachweis des Fortbestehens zu verlangen (vgl. Haegle, a.a.O., Rd.-Nr. 1953; KEHE, § 29 GBO, Rd.-Nr. 114).

7. Belastungsvollmacht

Die Entscheidung des LG Aachen vom 16. 6. 1977 ist ergangen zu einer unwiderruflichen Auflassungsvollmacht auf den Bürovorsteher.

Aus den Gründen der Entscheidung ist nichts erkennbar, was ihrer Anwendung auf andere Vollmachten — z. B. auf eine Belastungsvollmacht, wie sie der Entscheidung des LG Aachen vom 7. 10. 1980 zugrunde lag — entgegensteht. Diese kann etwa lauten:

„Im Falle der Fremdfinanzierung ist Veräußerer bereit und verpflichtet, hierzu etwa erforderlichen Grundpfandrechte bis zu ... Deutsche Mark nebst Zinsen und Nebenleistungen gemäß den Bedingungen der Finanzierungsgläubiger zu Lasten des Kaufobjekts vor Eigentumsumschreibung mitzubewilligen, ohne persönliche Haftung zu übernehmen.“

Erwerber tritt für diesen Fall in Höhe seiner Zahlungsverpflichtungen seine Ansprüche gegen Finanzierungsgläubiger auf Auszahlung der Finanzierungsmittel an den Veräußerer ab ... (es folgen Treuhandauflagen) ...

Zur rangrichtigen Eintragung der Grundpfandrechte erteilen die Beteiligten für sich und ihre Erben jedem Beteiligten für sich allein und frei von § 181 BGB VOLLMACHT, alle hierzu erforderlichen Erklärungen, Handlungen und Geschäfte vorzunehmen ...

Ausfertigung der Vollmacht kann jederzeit erteilt werden.“

Diese Belastungsvollmacht ist nach dem Grundlagengeschäft zur ungehinderten Durchführung des Kaufvertrages ebenso notwendig wie eine Auflassungsvollmacht und ebenso wie diese unwiderruflich — auch wenn nicht ausdrücklich vermerkt —, zumal Veräußerer sich zur Mitwirkung verpflichtet und der Bevollmächtigte von § 181 BGB befreit ist.

Liegt dem Grundbuchamt mit dem Antrag auf Eintragung der Auflassungsvormerkung in der beglaubigten Kopie des Kaufvertrages die in ihm enthaltene Belastungsvollmacht vor und bestätigt der Notar mit öffentlichem Glauben bei Beurkundung des Grundpfandrechts das Vorliegen der Urkunde der Belastungsvollmacht, fragt sich, welche begründeten Zweifel für das Grundbuchamt am Fortbestand der Vollmacht das Verlangen auf Erteilung einer Ausfertigung rechtfertigen könnten. Das Verlangen widerspricht dem Normzweck und Sinn von § 172 BGB und § 47 BeurkG.

Angesichts der Notarbestätigung geht das Verlangen des Grundbuchamts auf Erteilung einer Ausfertigung auf eine

überflüssige „Ersatzhandlung“ und ist „übertriebene Förmlichkeit“ i. S. d. BGH, a.a.O.; die mit Kosten für die Beteiligten verbundene Ausfertigung würde lediglich für die Beurkundung des Grundpfandrechts erteilt und alsdann sofort wieder eingezogen, weil nicht mehr erforderlich.

8. BGH DNotZ 1980, 352 = MittRhNotK 1980, 131 mit Ann. Kasper

Der BGH knüpft für die Legitimationswirkung der Vollmacht gegenüber Dritten an den Tatbestand der „Vorlage“ an (§ 172 Abs. 1 BGB). Hierzu läßt der BGH die Bezugnahme auf die Vollmachturkunde ohne Vorlage der Urkunde dann als „Vorlage“ genügen, wenn der Notar die Vollmacht selbst beurkundet und sie mit der Nummer seiner Urkundenrolle in der Vertragsurkunde kenntlich gemacht hat.

Läßt der BGH schon diese Notarbestätigung über die Bezugnahme genügen, ohne daß die Vollmachturkunde realiter vorlag, gelten die Grundsätze des BGH erst recht für die Notarbestätigung des Handelns des Bevollmächtigten „aufgrund in Urkunde vorliegender Vollmacht in der Urkunde vom ... (meine URN. . .)“.

Hiernach steht die Entscheidung des LG Aachen vom 16. 6. 1977 in Übereinstimmung mit dem BGH. Soweit die Vorlage der Ausfertigung grundsätzlich für nicht ersetzbar gehalten wird (so u. a. Hieber, DNotZ 1953, 186 zu OLG Stuttgart) ist dem mit dem BGH nicht zuzustimmen, desgleichen nicht dem Vorschlag, der Notar solle in der Vertragsurkunde zum Ausdruck bringen, daß die Voraussetzung zur Erteilung der Ausfertigung der in Bezug genommenen Vollmachturkunde vorgelegen habe; konsequenterweise müßte sonst dieser überflüssige Hinweis Inhalt jeden Ausfertigungsvermerks sein.

3. Sachenrecht/Vollstreckungsrecht — Persönliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung bei Bestellung einer Eigentümergrundschuld

(OLG Frankfurt, Beschuß vom 9. 9. 1980 — 20 W. 408/80 — mitgeteilt von Richter am OLG Horst Richter, Hanau)

**BGB §§ 780, 1196
ZPO § 794 Abs. 1 Nr. 5
BeurkG § 52**

Der Grundstückseigentümer, der für sich eine Eigentümergrundschuld bestellt, kann sich wegen des Grundschuldkapitals auch persönlich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfen. Darin liegt in der Regel ein an den Zessionär der Grundschuld gerichtetes Angebot zur Begründung eines abstrakten Schuldversprechens.

Zum Sachverhalt:

Die Eigentümer bestellten in notarieller Urkunde für sich als Gesamtberechtigte eine jederzeit fällige Gesamteigentümergrundschuld mit Brief im Betrag von ... und unterwarfen sich sowie den jeweiligen Eigentümer der belasteten Grundstücke wegen der Grundschuld samt allen Nebenleistungen der sofortigen Zwangsvollstreckung in die Pfandgrundstücke.

Ferner erklärten sie in Abschnitt V der notariellen Urkunde, für den Eingang des Grundschuldbetrages nebst Zinsen und sonstigen Nebenleistungen gesamtauchlicherisch die persönliche Haftung zu übernehmen und sich auch insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung zu unterwerfen, und zwar so, daß diese in ihr gesamtes Vermögen und schon vor der Vollstreckung in die Grundstücke zulässig sein sollte. In einer weiteren notariell beglaubigten Urkunde erklärten sie, daß im Grundbuch gemäß der notariellen Urkunde vom ... für sie als Gesamtberechtigte eine Eigentümergrundschuld eingetragen sei und daß sie diese Grundschuld nebst den Zinsen an die Gläubigerin abtreten.

Die Gläubigerin hat bei dem Urkundsnotar beantragt, ihr eine vollstreckbare Ausfertigung seiner Urkunde zu erteilen. Diesem Antrag hat der Notar insoweit entsprochen, als die Eigentümer sich wegen der Grundschuld und der Zinsen der sofortigen Zwangsvollstreckung

in die Pfandgrundstücke unterworfen haben. Den weitergehenden Antrag der Gläubigerin, ihr auch von dem Teil der Urkunde eine vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen, in dem die Grundstückseigentümer die persönliche Haftung für den Eingang des Grundschuldetrages nebst allen Nebenleistungen übernommen und auch hinsichtlich dieser Haftung sich der sofortigen Zwangsvollstreckung, und zwar in ihr gesamtes Vermögen, unterworfen haben, hat er abgelehnt.

Die Gläubigerin hat gegen die teilweise Ablehnung ihres Antrags auf Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung der notariellen Urkunde durch den Notar Beschwerde eingelegt. Das LG hat die Beschwerde durch Beschuß als unbegründet zurückgewiesen.

Aus den Gründen

Die weitere Beschwerde ist begründet.

Gemäß § 52 BeurkG hat der Urkundsnotar vollstreckbare Ausfertigungen seiner Urkunden „nach den dafür bestehenden Vorschriften“, das sind die Vorschriften der ZPO über die Zwangsvollstreckung aus notariellen Urkunden (§§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 795 ZPO), zu erteilen. Voraussetzungen der Anbringung der Vollstreckungsklausel (§ 724 ZPO) sind ein vollstreckungsfähiger Inhalt der Urkunde, die ordnungsgemäß beurkundete Unterwerfungserklärung des Schuldners (§ 14 Abs. 1 letzter Halbsatz BeurkG) sowie ein Antrag des Schuldners oder des Gläubigers auf Erteilung der Vollstreckungsklausel (BayObLG DNotZ 1976, 366). Soll die Vollstreckungsklausel für oder gegen den Rechtsnachfolger des Gläubigers bzw. Schuldners erteilt werden (§ 727 ZPO), so muß die Rechtsnachfolge offenkundig oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen sein (Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, 11. Aufl., Teil B, § 52 BeurkG Rd.-Nr. 35). Dazu hat das LG ausgeführt, die zuerst genannten Voraussetzungen, nämlich ein vollstreckungsfähiger Inhalt der Urkunde, die Unterwerfungserklärung und ein Antrag seien hier erfüllt. Die von den Grundstückseigentümern in Abschnitt V der notariellen Urkunde abgegebenen Erklärungen seien als ein abstraktes Schuldversprechen im Sinne von § 780 BGB anzusehen. Indessen sei durch die Vorlage der notariell beglaubigten Abtretungserklärung nicht nachgewiesen, daß die Eigentümer den aus ihrem Schuldversprechen sich ergebenden Anspruch ebenfalls an die Gläubigerin abgetreten hätten mit der Folge, daß die Gläubigerin auch insoweit Rechtsnachfolgerin der Grundstückseigentümer geworden sei. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Dem LG ist zwar darin zuzustimmen, daß es als ein zulässiges abstraktes Schuldversprechen im Sinne von § 780 BGB angesehen werden kann, das dem Gläubiger die Beitreibung seiner Forderung ermöglichen soll, wenn derjenige, der in einer vollstreckbaren Urkunde eine Grundschuld bestellt, zugleich die persönliche Haftung für den Eingang des Grundschuldetrages übernimmt und sich auch insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft (BGH, DNotZ 1958, 579 mit Anm. Hieber = WM 1958, 1194; DNotZ 1976, 364 = WM 1976, 254 = NJW 1976, 567 = Rpfleger 1976, 125 = MDR 1976, 571 = LM § 780 BGB Nr. 6; Hieber DNotZ 1958, 381, 382 unter Hinweis auf seine Ausführungen in BayNotV 1928, 144). Es hat jedoch nicht hinreichend beachtet, daß der Anspruch aus einem abstrakten Schuldversprechen den Abschluß eines – wenn auch nur einseitig verpflichtenden – Vertrages, also begrifflich die Beteiligung mehrerer Personen bei der Begründung der Verbindlichkeit voraussetzt (vgl. BGH, jeweils a.a.O.; OLG Düsseldorf DNotZ 1958, 420, 421; Palandt/Thomas, 39. Aufl., § 780 BGB Anm. 1; Hieber DNotZ 1958, 381, 382). Denn es hat nicht näher ausgeführt, zwischen welchen Personen der Vertrag zustandegekommen ist, aus dem sich ein der Abtretung an die Gläubigerin fähiger Anspruch gegen die Grundstückseigentümer ergeben soll. Dies wäre jedoch erforderlich gewesen, weil in der notariellen Urkunde, in der die Eigentümer die persönliche Haftung für den Eingang des Grundschuldetrages übernommen haben, allein die Grundstückseigentümer Erklärungen abgegeben

haben. Dafür, daß sie diese Erklärungen an sich selbst gerichtet haben, läßt sich kein vernünftiger Grund anführen. Aus der Eigentümergrundschuld konnten sie zu ihrer Befriedigung nicht vollstrecken (§ 1197 BGB). Sich zum persönlichen Schuldner einer Ihnen selbst geschuldeten Leistung zu machen, war rechtlich unmöglich. Auch wirtschaftlich bedeute es für sie keinen erkennbaren Vorteil, wenn sie sich neben der für sie bestellten Eigentümergrundschuld selbst das Recht gewährten, in ihr persönliches Vermögen zu vollstrecken, über das sie ohnehin beliebig verfügen könnten. Die rechtliche Wertung, die die fraglichen Erklärungen der Grundstückseigentümer durch das LG erfahren haben, ist hiernach unzutreffend.

Die tatsächlichen Feststellungen des LG, insbesondere der Inhalt der notariellen Urkunde in seiner Gesamtheit betrachtet, ferner der Umstand, daß die Eigentümer die für sie bestellte Eigentümergrundschuld alsbald an die Gläubigerin abgetreten haben und daß sie dieser, wie der Inhalt der vorgenannten Urkunde deutlich erkennen läßt, eine möglichst umfassende Sicherung für den von dieser schließlich gewährten Kredit verschaffen wollten, zwingen vielmehr nach den §§ 133, 157 BGB zu dem Schluß, daß die Eigentümer die persönliche Haftung für den Eingang des Grundschuldetrages im Verhältnis zu ihrem Geldgeber übernehmen wollten. Dann aber stellen ihre darauf gerichteten Erklärungen kein abstraktes Schuldversprechen an sie selbst dar; vielmehr sind die Erklärungen, wie für vergleichbare Fälle inzwischen weitgehend anerkannt ist, als Angebot auf Abschluß eines Vertrages anzusehen, in dem die Eigentümer sich zur Zahlung eines der Grundschuld entsprechenden Betrages selbstständig verpflichten wollten (§ 780 BGB; vgl. BGH, jeweils a.a.O.; Hieber, DNotZ 1958, 381, 383). Dieses Angebot war, wie aus der notariellen Urkunde klar hervorgeht und wie auch den sonstigen Umständen nach nicht anders gedeutet werden kann, an den ersten Abtretungsempfänger der Grundschuld, also an die Gläubigerin, gerichtet und ist dieser spätestens mit der ihr vom Notar erteilten Ausfertigung der Urkunde zugegangen (§§ 145, 130 BGB). Da hiernach das Angebot der Eigentümer an die Gläubigerin gerichtet war, genügte es zum Abschluß eines Vertrages über eine selbstständige persönliche Verpflichtung der Eigentümer nach § 780 BGB, wenn die Gläubigerin deren Angebot annahm. Das hat sie ersichtlich mit der widerspruchlosen Entgegennahme einer Ausfertigung der notariellen Urkunde, spätestens aber mit dem Antrag auf Erteilung einer uneingeschränkten Vollstreckungsklausel getan (vgl. § 151 S. 1 BGB). Rechtsprechung und Schriftum stimmen darin überein, daß der Nachweis der Annahme eines solchen Angebots in der Regel nicht gefordert werden kann, weil er sich schlüssig aus dem Verhalten des Gläubigers ergibt, wenn er die Erteilung der Vollstreckungsklausel beantragt (BGH DNotZ 1976, 364; Hieber, DNotZ 1958, 582, 583).

Nach alledem bleibt festzuhalten, daß die in der vorgenannten Urkunde enthaltene einseitige Schulerklärung der Grundstückseigentümer mit der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung den Notar ohne weiteren Nachweis ermächtigt, die Vollstreckungsklausel der Gläubigerin auch in dem Umfange zu erteilen, in dem dies bisher von ihm abgelehnt worden ist. Der Nachweis irgendeiner weiteren „Abtretung“ durch die Grundstückseigentümer oder einer Annahme durch die Gläubigerin kann nicht gefordert werden.

4. Liegenschaftsrecht/Grundbuchrecht – Auszugsweise Ausfertigung als öffentliche Urkunde im Sinne des § 29 GBO

(BayObLG, Beschuß vom 22. 12. 1980 – BReg. 2 Z 105/80 – mitgeteilt von Notar Werner Schütz, Düsseldorf)

GBO §§ 20, 29 Abs. 1

BeurkG §§ 49 Abs. 5, 42 Abs. 3

BBauG §§ 19, 23 Abs. 2, 24 Abs. 5

1. **Die Form der öffentlichen Urkunde im Sinne des § 29 GBO bestimmt sich nach den Vorschriften des Beurkundungsgesetzes.**
2. **Eine formgerechte, auszugsweise Ausfertigung einer notariellen Urkunde, in der die Auflassung beurkundet ist, genügt dem Erfordernis des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO und reicht zur Eigentumsumschreibung aus.**
3. **Unter Umständen kann allerdings von dem Grundbuchamt zur Überprüfung, ob eine behördliche Genehmigung erforderlich ist oder ein gemeindliches Vorkaufsrecht besteht, die Vorlage der vollständigen Urkunde verlangt werden.**

(Leitsätze nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Im Grundbuch des AG M. ist der Beteiligte zu 1) als Eigentümer eines dort gebuchten Wohnungseigentums eingetragen.

Notar S. legte dem Grundbuchamt die auszugsweise Ausfertigung einer von ihm erstellten Urkunde mit dem Antrag auf Eintragung des Eigentumswechsels vor. In der Ausfertigung der Urkunde, die mit „Annahme eines Angebots und Auflassung“ überschrieben ist, sind nur die Abschnitte IV und V wiedergegeben. Nach Abschnitt IV der Urkunde erklärte der allein erschienene Beteiligte zu 2) für sich und vorbehaltlich der Genehmigung des Beteiligten zu 1) auch für diesen die Auflassung des vorgenannten, im einzelnen beschriebenen Wohnungseigentums. Der Veräußerer bewilligte, der Erwerber beantragte die Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch. Dem Vollzugsantrag des Notars waren die Genehmigung des Beteiligten zu 1), die Unbedenklichkeitsbescheinigung sowie die Zustimmung des Verwalters beigelegt.

Mit Zwischenverfügung forderte der Rechtsanwalt beim AG – Grundbuchamt – M. die Vorlage der Angebotsurkunde sowie der Annahmeurkunde in vollem Wortlaut. Das Grundbuchamt habe zu prüfen, ob sich aus der Art des Grundgeschäfts das Erfordernis einer behördlichen Genehmigung ergebe und ob z. B. bei einem Kauf ein Vorkaufsrecht der Gemeinde in Betracht komme. Außerdem müsse die Verfügungsbefugnis des Veräußerers überprüft werden; aus den vorgelegten Unterlagen gehe nicht hervor, in welchem Güterstand der Veräußerer lebe.

Der Erinnerung des Urkundsnotars halfen Grundbuchrechtspfleger und Grundbuchrichter nicht ab. Nach Vorlage an das LG änderte dieses den Beschuß des AG dahingehend ab, daß lediglich die Annahmeurkunde zur Vermeidung der Zurückweisung des Eintragsantrags vorzulegen sei.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist begründet.

1....

2. Die Entscheidung des LG hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Im Falle der Auflassung ist dem Grundbuchamt zur Eintragung des Eigentumswechsels die erforderliche (§§ 873, 925 BGB) Einigung zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber nachzuweisen (§ 20 GBO). Dieser Nachweis bedarf der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO, muß also durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden geführt werden. Das Grundbuchamt hat in diesem Zusammenhang zu prüfen, ob die Auflassung ordnungsgemäß beurkundet und nachgewiesen ist (Haegele, Grundbuchrecht, 6. Aufl., Rd.-Nr. 1880).

Die Form der Beurkundung richtet sich im einzelnen nach den Vorschriften des BeurkG vom 28. 8. 1969 (BGBl I S. 1513 m. spät. Änd.). Danach bestehen keine Bedenken gegen die Ordnungsmäßigkeit der Ausfertigung der von Notar S. errichteten Urkunde. Damit liegt eine öffentliche Urkunde nicht nur im Sinn des § 415 ZPO, sondern auch des § 29 GBO vor (vgl. BGHZ 25, 186, 188; BGH WM 1980, 1367, 1368). Die Vorlage einer Ausfertigung der Urkunde genügt dem § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO (§ 47 BeurkG; OLG München JFG 22, 362, 364; Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann – KEHE –, Grundbuchrecht, 2. Aufl., Rd.-Nr. 116; Horber, 15. Aufl. Anm. 7c, je zu § 29 GBO).

Für die Form der Ausfertigung ist gleichfalls das BeurkG maßgebend (Haegele, a.a.O., Fn. 1). Nach § 49 Abs. 5 BeurkG kann eine Ausfertigung auf Antrag auch auszugsweise erteilt werden. Gemäß (dem entsprechend anwendbaren) § 42 Abs. 3 BeurkG soll in diesem Fall der Gegenstand des Auszugs angegeben und bezeugt werden, daß die Urkunde über diesen Gegenstand keine weiteren Bestimmungen enthält. Wann danach ein Anspruch auf Erteilung einer auszugsweisen Ausfertigung besteht, bedarf hier keiner näheren Erörterung. Jedenfalls dann, wenn – wie hier – der Gegenstand, auf den sich der Auszug bezieht, von anderen, in der gleichen Urkunde geregelten Gegenständen eindeutig trennbar ist, ist eine derartige auszugsweise Ausfertigung zulässig (vgl. Jansen, FGG, 2. Aufl., § 49 BeurkG, Rd.-Nr. 11; Höfer/Huhn/von Schuckmann, § 49 BeurkG Anm. 17). Den Formvorschriften des § 49 Abs. 2 und 5 Satz 2, § 42 Abs. 3 BeurkG ist genügt. Da hiermit alle den Gegenstand der beantragten Eintragung betreffenden Teile der Urkunde vorgelegt sind und auch der Vertragsgegenstand dort genau beschrieben ist (§ 28 Satz 1 GBO), kann unter diesem Gesichtspunkt die Vorlage der gesamten notariellen Urkunde, in der die Auflassungserklärung enthalten ist, nicht verlangt werden (Haegele, a.a.O., Fn 2; vgl. ferner LG Bad Kreuznach, Rpfleger 1960, 164, 165 m. zust. Anm. von Auweder).

b) Die Zwischenverfügung des AG kann auch nicht aus den dort genannten Gründen aufrechterhalten werden. Es trifft allerdings zu, daß im Falle des § 20 GBO außer dem Nachweis der Auflassung vielfach weitere Eintragungsunterlagen beizubringen sind, insbesondere – neben der steuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung – behördliche Genehmigungen (vgl. hierzu i. e. Haegele, Rd.-Nr. 1881, 2061 ff.; KEHE Rd.-Nr. 155 ff. Horber Anm. 6, je zu § 20 GBO), wobei das Grundbuchamt vor Vorlage der Genehmigung oder eines Negativattests die beantragte Eintragung nicht vornehmen darf (vgl. z. B. § 23 Abs. 1, 2 BBauG). Entsprechendes gilt regelmäßig hinsichtlich des gemeindlichen Vorkaufsrechts (§ 24 Abs. 5, Sätze 2, 3 BBauG). Aber auch das rechtfertigt hier nicht das Verlangen des Grundbuchamts auf Vorlage der vollständigen Urkunde.

Der Antragsteller, der dem Grundbuchamt lediglich die Auflassungserklärung vorlegt, wird zwar vielfach hinzunehmen haben, daß das Grundbuchamt im Wege der Zwischenverfügung die Vorlage eines gemeindlichen Zeugnisses nach § 24 Abs. 5 Satz 3 BBauG verlangt, weil sich dann nicht bereits aus dem vorgelegten notariellen Vertrag ergibt, daß ein Vorkaufsfall nicht vorliegt, sondern z. B. eine Schenkung, die Erfüllung eines Vermächtnisses oder ähnliches (vgl. BGHZ 73, 12, 14 ff. – MittRhNotK 1979, 44; Senatsbeschuß vom 26. 2. 1979 BReg. 2 Z 25/78). Abgesehen davon aber, daß nicht ersichtlich ist, was insoweit aus dem Text der notariellen Urkunde entnommen werden sollte (die zudem laut Überschrift weiterhin nur die Annahme eines – irgendwie gearteten – früheren Angebots enthält), muß laut Schreiben des Grundbuchamts bei der Veräußerung von Eigentumswohnungen in M. keine Erklärung über die Nichtausübung des gesetzlichen Vorkaufsrechts vorgelegt werden, weil die Stadt M. hierauf generell verzichtet hat.

Falls sich im Rahmen der grundbuchamtlichen Prüfungs- pflicht Anhaltspunkte für die Möglichkeit einer behördlichen Genehmigungspflicht, etwa einer Bodenverkehrsgenehmigung nach § 19 BBauG, ergeben (vgl. hierzu BayObLGZ 1972, 252, 254 f.; 1974, 237, 241; BayObLG Rpfleger 1978, 58 f.; 1979, 337 m. N.), so kann im Einzelfall gleichfalls die Ausräumung diesbezüglicher Bedenken durch Vorlage des vollen Wortlauts der notariellen Urkunde in Betracht kommen, sofern sich hieraus weitere Aufschlüsse gewinnen lassen. Im vorliegenden Fall der Veräußerung einer Eigentumswohnung im Stadtgebiet fehlen hierfür aber jegliche Anhaltspunkte. Auch ist nicht ersichtlich, welche Aufschlüsse das Grundbuchamt hinsichtlich der Wirksamkeit der Auflassung selbst, etwa bezüglich der Verfügungsbefugnis des Beteiligten zu 1) im Hinblick auf § 1365 BGB (vgl. hierzu zuletzt Senatsbe-

schluß vom 4. 12. 1980 – BReg. 2 Z 42/80 m. N.), durch die Vorlage der vollständigen Urkunde gewinnen wollte. Daß das Grundbuchamt regelmäßig nicht zu prüfen hat, ob gemäß § 925 a BGB im Zeitpunkt der Erklärung der Auflösung das schuldrechtliche Grundgeschäft in beurkundeter Form vorgelegen hat (vgl. Haegele, Rd.-Nr. 1880; Palandt, 40. Aufl., § 925a BGB, Anm. 1 m. N.), hat das Grundbuchamt selbst betont.

5. Liegenschaftsrecht – Keine Beteiligung des nicht mitwirkenden weichenden Erben im Verfahren zur Genehmigung des Hofübergabevertrages

(OLG Köln, Beschuß vom 22. 1. 1980 – 23 WLW 24/79)

LwVG § 14 Abs. 2 Satz 1

HöfeO § 17

Ein weichender Erbe, der bei Abschluß des Hofübergabevertrages nicht mitgewirkt hat, ist mangels unmittelbarer Beeinträchtigung seiner Rechte durch den Vertragsschluß nicht Beteiligter in dem Verfahren zur Genehmigung des Übergabevertrages durch das Landwirtschaftsgericht.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Die Beteiligten zu 1) und 2) sind die Eltern der Beteiligten zu 3) bis 6). Durch notariellen Vertrag vom 1. 8. 1979 haben sie ihren Ehegattenhof auf den Beteiligten zu 4) übertragen. Nach dem Vertrag hat der Beteiligte zu 4) keine Abfindungszahlungen an seine Geschwister zu leisten. Ergänzungsansprüche werden ausgeschlossen, und zwar auch gegenüber einem am Vertragsabschluß nicht beteiligten weiteren Sohn der Beteiligten zu 1) und 2). Die Beteiligten zu 5) und 6) haben erklärt, bezüglich ihrer Ansprüche gegen den Hof durch Geldzahlung abgefunden zu sein. Alle Beteiligten haben ferner vereinbart, daß etwaige Ansprüche des weiteren Sohnes der Beteiligten zu 1) und 2) von den Beteiligten zu 3)–6) zu gleichen Teilen getragen werden. Der Notar hat den Vertrag mit dem Antrag auf Genehmigung dem LandwirtschaftsG übersandt und um Terminbestimmung gebeten. Das LandwirtschaftsG hält die Beteiligung des weiteren Sohnes für erforderlich.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist begründet.

Das LandwirtschaftsG ist der Auffassung, der weitere Sohn der Beteiligten zu 1) und 2) gehöre schon in seiner Eigenschaft als weichender Erbe zum Kreis der Beteiligten, d. h. derjenigen Personen, denen das Gericht gemäß § 14 Abs. 2 Satz 1 LwVG vor seiner Entscheidung Gelegenheit zu geben hat, sich zur Sache zu äußern. Dabei geht es in Übereinstimmung mit der allgemeinen Ansicht zutreffend davon aus, daß als Beteiligte die Personen zu gelten haben, deren Rechte und Pflichten durch die Regelung der Angelegenheit unmittelbar beeinträchtigt werden können (vgl. Keidel/Kuntze/Winkler, 11. Aufl., § 6 FGG, Rd.-Nr. 14; Jansen, 2. Aufl., § 6 FGG, Rd.-Nr. 5; Habscheid, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 6. Aufl., § 14 I 1, S. 71; Barnstedt, § 14 LwVG, Rd.-Nr. 51; Wöhrmann/Stöcker, Landwirtschaftsrecht, 3. Aufl., § 17 HöfeO, Rd.-Nr. 117). Entgegen der Meinung des LandwirtschaftsG können aber durch die Genehmigung eines Übergabevertrages oder deren Versagung die Rechte und Pflichten eines weichenden Erben, der beim Abschluß des Vertrages nicht mitgewirkt hat oder durch ihn keine Ansprüche erwerben soll, nicht unmittelbar beeinträchtigt werden. Denn seine Abfindungs- oder Pflichtteilsansprüche gelangen gemäß § 17 Abs. 2 HöfeO erst mit der Vollziehung des Übergabevertrages zur Entstehung, und zwar in dem Umfang, den das Gesetz unabhängig vom Willen der Vertragsschließenden als unentziehbar garantiert (vgl. BGH RdL 1951, 191; OLG Oldenburg RdL 1985, 153; Barnstedt, a.a.O., Rd.-Nr. 60; Lange/Wulff/Lüdtke-Handjery, 8. Aufl., § 17 HöfeO, Rd.-Nr. 139; Faßbender/Hötzl/Pikalo, § 16 HöfeO, Anm. 3). Der genteiligen Auffassung von Wöhrmann/Stöcker, die den weichenden Erben grundsätzlich als Beteiligten des Geneh-

migungsverfahrens ansehen (vgl. a.a.O., Rd.-Nr. 118 und 142), vermag der Senat nicht zu folgen. Soweit diese Auffassung damit begründet wird, daß der verfassungsrechtliche Anspruch auf rechtliches Gehör nicht zur Disposition der Beteiligten stehen könnte, die Frage einer Beteiligung der weichenden Erben vielmehr nach objektiven Kriterien beurteilt werden müsse (vgl. a.a.O., Rd.-Nr. 118), sind freilich keine Einwände zu erheben. Es ist aber zu berücksichtigen, daß der Anspruch auf rechtliches Gehör seinerseits von der Möglichkeit einer unmittelbaren Rechtsbeeinträchtigung und damit von der Beteiligeneigenschaft abhängt (vgl. BVerfGE 21, 132; Keidel/Kuntze/Winkler, § 12 FGG, Rd.-Nr. 71 a). Das objektive Kriterium der Beteiligeneigenschaft besteht eben in der Möglichkeit einer unmittelbaren Rechtsbeeinträchtigung, die noch nicht vorliegt, wenn lediglich die Verschlechterung einer tatsächlichen Aussicht zu befürchten ist. Soweit Wöhrmann/Stöcker auf den Wandel der Gesetzgebung durch die Einführung des fakultativen Höferechts abstellen (vgl. a.a.O., Rd.-Nr. 143), wird auch dadurch kein überzeugender Gesichtspunkt für die Beteiligeneigenschaft der weichenden Erben gewonnen. Auf die Höhe der Pflichtteilsansprüche ist es gewiß von erheblichem Einfluß, ob sie nach Höferecht oder nach allgemeinem bürgerlichen Recht berechnet werden. Die Aussicht, daß der Eigentümer die Hofergenschaft aufhebt und dadurch seine Beerbung nach allgemeinem bürgerlichen Recht ermöglicht, stellt aber kein Anwartschaftsrecht der Erben dar. Die höferechtliche Gestaltungsfreiheit des Eigentümers ist insofern nicht anders zu beurteilen als seine Testierfreiheit, die zu seinen Lebzeiten ein Anwartschaftsrecht der Erben in der Regel ausschließt (vgl. Jauernig/Stürner, Vorbem. 2 vor § 1922 BGB).

Ungeachtet seiner Stellung als weichender Erbe würde der weitere Sohn der Beteiligten zu 1) und 2) dann eine Beeinträchtigung seiner Rechte erleiden und deshalb am Verfahren zu beteiligen sein, wenn beim Abschluß des Übergabevertrages bereits eine bindende Hoferbenbestimmung zu seinen Gunsten bestanden hätte (vgl. Faßbender/Hötzl/Pikalo, a.a.O.). Indessen bietet der Akteninhalt für einen derartigen Sachverhalt bislang keine Anhaltspunkte.

6. Liegenschaftsrecht – Aufhebung der Hofergenschaft

(LG Mönchengladbach, Beschuß vom 17. 9. 1980 – 5 T 167/80 – mitgeteilt von Notar H. A. Guillaume, Viersen)

HöfeO § 1 Abs. 4

Zur Aufhebung der Hofergenschaft ist es nicht erforderlich, einen nicht vorhandenen Hofvermerk eigens zum Zwecke der Löschung einzutragen.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Die Eigentümer haben ihren landwirtschaftlichen Grundbesitz auf ihre einzige Tochter durch notariellen Vertrag übertragen.

Im Grundbuch ist nicht vermerkt, daß es sich bei dem Grundbesitz jeweils um einen Hof im Sinne der HöfeO handelt.

Mit der angefochtenen Zwischenverfügung vertritt das AG die Auffassung, daß die Eigentumsumschreibung ohne Vorlage einer Genehmigung des LandwirtschaftsG oder die Aufhebung der Hofergenschaft nicht erfolgen könne. Ferner hat das AG darauf hingewiesen, daß für die Aufhebung der Hofergenschaft die Löschung des Hofvermerks im Grundbuch erforderlich sei und deshalb gebeten, die Eigentümer zu veranlassen, den Hofvermerk im Grundbuch eintragen und sodann den Vermerk wieder löschen zu lassen.

Aus den Gründen:

Das nach §§ 71 Abs. 1 GBO, 567, 569 ZPO zulässige Rechtsmittel ist begründet und führt zur Aufhebung der angefochtenen Zwischenverfügung.

Da im Grundbuch weder die Ehegattenhof- noch die Hofeigenschaft eingetragen sind, bedarf es auch nicht ihrer Eintragung zum Zwecke der Löschung. Nur wenn der Vermerk über die Hofeigenschaft im Grundbuch eingetragen ist, bedarf es zur Aufhebung der Hofeigenschaft der Löschung dieses Vermerks. Dies ergibt sich aus § 1 Abs. 4 HöfeO. Diese Bestimmung sieht die Löschung nur für den Fall vor, daß der entsprechende Vermerk im Grundbuch eingetragen ist. Ist er nicht vorhanden, bedarf es der Löschung nicht.

Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht aus Artikel 3 der Übergangs- und Schlußvorschriften des zweiten Gesetzes zur Änderung der HöfeO.

§ 1 dieser Bestimmungen besagt, daß der Grundbesitz bis zur Löschung Hof bleibt, wenn er bisher Hof war und als solcher eingetragen ist. Hieraus folgt, daß er nicht Hof bleibt, wenn er nicht eingetragen war. Auch Absatz 2 der vorgenannten Bestimmung ergibt, daß nur bei vorhandenem Hofvermerk zur Aufhebung der Hofeigenschaft die Löschung dieses Vermerks erforderlich ist.

7. Grundbuchrecht/Kirchenrecht – Kirchenaufsichtliche Genehmigungspflicht im Grundbucheintragungsverfahren

(OLG Hamm, Beschuß vom 1. 10. 1980 – 15 W 179/80 – mitgeteilt von Vors. Richter am OLG Dr. Joachim Kuntze, Hamm)

GBO § 19

BGB § 880 Abs. 2

Gesetz über die Verwaltung des katholischen Kirchenvermögens vom 24. 7. 1924, § 21

1. Die kirchenaufsichtliche Genehmigungspflicht mit Außenwirkung, wie sie durch die im preußischen Gesetz über die Verwaltung des katholischen Kirchenvermögens vom 24. 10. 1924 enthaltene Ermächtigung und die auf dieser Ermächtigung beruhenden Regelungen begründet ist, bedeutet objektives Recht und ist daher auch vom Grundbuchamt im Grundbucheintragungsverfahren zu beachten.
2. Eine „Änderung von Rechten an Grundstücken“ im Sinne von Nr. 1 der preußischen Anordnung vom 20. 2. 1928 bedeutet es, wenn von einer Kirchengemeinde einer im Erbbaugrundbuch einzutragenden Grundschatz der Vorrang vor einer Reallast und einem Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle, beides Rechte der Kirchengemeinde, eingeräumt wird.

Zum Sachverhalt:

Eigentümerin des im Grundbuch von E. eingetragenen Grundstücks ... ist die Vikarie in E. Das auf diesem Grundstück lastende Erbbaurecht hat die Erbbaurechtige (die Beteiligte zu 1) an den Beteiligten zu 2) verkauft und aufgelassen. In Abt. II des Erbbaugrundbuchs sind unter Ifd. Nr. 1 und 2 für den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks eine Reallast betreffend den jährlich zu zahlenden Erbbauzins sowie ein Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle eingetragen. Zur Finanzierung hat der Beteiligte zu 2) für die Beteiligte zu 3) eine Grundschatz von ... DM bestellt, der im Rang keine Eintragung in Abt. II vorgenommen soll. Ebenso wie die Übertragung des Erbbaurechts hat der Kirchenvorstand der Katholischen Kirchengemeinde ... auch die Belastung des Erbbaurechts mit der Grundschatz genehmigt, wobei dieser Belastung der Vorrang vor den in Abt. II Nr. 1 und 2 des Erbbaugrundbuchs eingetragenen Rechten eingeräumt worden ist.

Der Notar hat gebeten, den Anträgen auf Erbbaurechtsumschreibung und Grundschatzeintragung, letztere mit Rang vor den beiden Rechten in Abteilung II, in dieser Reihenfolge zu entsprechen.

Mit Zwischenverfügung hat der Rechtsanwalt ausgeführt, daß diesen Anträgen nicht entsprochen werden können, da sowohl die Veräußerung als auch die Belastung von der Kirchenaufsichtsbehörde genehmigt werden müsse. Gegen diese Zwischenverfügung haben die Beteiligten zu 2) und 3) Erinnerung eingelegt. Der Rechtsanwalt hat dieser Erinnerung insoweit durch Erneuerung der Zwischenverfügung abgeholfen, als nicht die Veräußerung und Belastung der Genehmigung der Kirchenaufsichtsbehörde unterliege, sondern lediglich die Erklärung der Kirchengemeinde als Berechtigter der Rechte Abt. II Nr. 1 und 2 über die Vorrangeneinräumung für die Grundschatz ... Der Richter hat der Erinnerung nicht abgeholfen.

Das LG hat die als Beschwerde geltende Erinnerung zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist nicht begründet.

Trotz vorliegender Eintragungsbewilligung für die Grundschatz haben die Vorinstanzen mit Recht geprüft, ob für den einzutragenden Rechtsvorgang eine Genehmigung der bischöflichen Behörde erforderlich ist. Zwar nimmt das Grundbuchamt grundsätzlich (vgl. aber § 20 GBO) eine Eintragung in das Grundbuch dann vor, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird (§ 19 GBO). Durch diesen Grundsatz der einseitigen Bewilligung, das sogenannte formelle Konsensprinzip, wird das Grundbuchamt zur Erleichterung des Grundbuchverkehrs von der Prüfung entbunden, ob die zum Eintritt einer Rechtsänderung notwendigen sachlichrechtlichen Erklärungen der Beteiligten vorliegen. Die Bewilligung des Betroffenen für sich unterliegt aber in bestimmten Richtungen der Überprüfung durch das Grundbuchamt. Für den vorliegenden Verfahrensgegenstand (Eintragung des Rechts in Abt. III mit dem Rang vor den beiden Rechten in Abt. II) kommt eine Verfügungsbeschränkung in Betracht, wie sie durch das Genehmigungserfordernis einer kirchenaufsichtlichen Behörde für den Rangrücktritt gegeben sein kann. Verfügungsbeschränkungen beeinträchtigen in verschiedenem Umfang unmittelbar die Befugnis des Rechtsinhabers, die zu seinem Vermögen gehörenden Rechtsgegenstände zu übertragen, zu belasten, aufzuheben oder inhaltlich zu ändern. Sie beeinträchtigen daher im Grundbuchverfahren auch die Bewilligungsberechtigung des Inhabers des grundbuchmäßigen Rechts und veranlassen das Grundbuchamt zur Prüfung der „Bewilligungsbefugnis“ (Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, Rd.-Nr. 82 zu § 19 GBO; Horber, Anm. 10 A zu § 19 GBO).

Bei Rechtsgeschäften kirchlicher Rechtsträger sind neben den allgemein zu beachtenden Genehmigungsvorbehalten (z. B. nach BBauG) vielfach noch besondere Genehmigungen (kirchliche oder staatliche) vorgeschrieben. Die maßgebende Rechtsquelle für die Frage, in welchen Fällen eine kirchliche Genehmigung erforderlich ist, ist für den Bereich des früheren Landes Preußen noch heute das Gesetz über die Verwaltung des katholischen Kirchenvermögens vom 24. 7. 1924 (KKVG; GS S. 585; vgl. dazu im einzelnen Knott, MittRhNotK 1963, 748 ff.). Dieses Gesetz enthält zwar selbst keine Genehmigungstatbestände, ermächtigt aber die bischöflichen Behörden, die Bestimmungen des Gesetzes durch im Einvernehmen mit der Staatsbehörde zu erlassende Geschäftsanweisungen zu ergänzen (§ 21 KKVG) und in diesen Geschäftsanweisungen auch zu regeln, in welchen Fällen ein Beschuß des Kirchenvorstands erst durch die Genehmigung der bischöflichen Behörde rechtsgültig wird (§ 21 Abs. 2 KKVG). In § 21 Abs. 3 KKVG wird die Bestimmung, in welcher Weise die Anweisungen der bischöflichen Behörden zu veröffentlichten sind, einer näheren Anordnung der Staatsbehörde vorbehalten. Diese ist am 24. 10. 1924 ergangen (GS S. 732) und schreibt, soweit sich die Geschäftsanweisung der Bischöfe über die Fälle verhält, in denen ein Beschuß erst durch die Genehmigung der bischöflichen Behörde rechtsgültig wird, in Ziffer 2 die Veröffentlichung durch die Preußische Gesetzesammlung vor. Der entsprechende Teil der Geschäftsanweisung, die insoweit von allen preußischen Bischöfen übereinstimmend erlassen wurde, ist durch Anordnung vom 20. 2. 1928 (GS S. 12) in der Preußischen Gesetzesammlung veröffentlicht worden. Diese Vorschriften, die im Einvernehmen mit der Staatsbehörde erlassen sind, bedeuten objektives, für alle bindendes Recht (Ehret, NJW 1959, 1090, 1091). Eine durch sie begründete kirchenaufsichtliche Genehmigungspflicht hat demgemäß auch das Grundbuchamt zu beachten (Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, Rd.-Nr. 208 zu § 20 GBO; Haegel, GBR, 6. Aufl., Rd.-Nr. 2175 und 2177). Denn in den Fällen, für welche die Preußische Anordnung die Einholung der bischöflichen Genehmigung vorschreibt, ist die Genehmigung eine echte Voraussetzung für das Wirksamwerden kirchlicher Rechtsgeschäfte auch nach weltlichem bürgerlichen Recht (Knott, MittRhNotK

1963, 748, 753). Das entspricht im übrigen dem Wortlaut des § 21 Abs. 2 KKVG, in dem ausdrücklich von der Rechtsgültigkeit der Beschlüsse des Kirchenvorstandes die Rede ist, als auch dem Sinn dieser Regelungen, die das Kirchengut nach außen wirksam vor unbedachten Rechtsgeschäften schützen wollen.

Das LG hat die Genehmigung der bischöflichen Behörde auf dieser Rechtsgrundlage als erforderlich angesehen, ohne das Gesetz zu verletzen.

Die Preußische Anordnung vom 20. 2. 1928 zählt in 11 Ziffern die Fälle auf, in denen zur Rechtsgültigkeit der Beschlüsse der Kirchenvorstände die Genehmigung der bischöflichen Behörde erforderlich ist. Sie lehnen sich schon in ihrer äußeren Reihenfolge bewußt an die Systematik des Bürgerlichen Gesetzbuchs an. Für die Auslegung der in ihr enthaltenen Rechtsbegriffe, die nach denselben Grundsätzen wie die Auslegung von Gesetzen vorzunehmen ist, ist die Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuchs maßgebend (Knott, MittRhNotK 1963, 748, 755; Wenner, Kirchenvorstandrecht, 2. Aufl., Seite 116). Von den genehmigungsbedürftigen Tatbeständen, denen gemeinsam ist, daß sie entweder durch ihren Gegenstand oder ihre Rechtsnatur den bestand des Kirchenvermögens gefährden oder beeinträchtigen können, kommt hier der in Ziffer 1 geregelte in Betracht. Danach unterliegen Beschlüsse des Kirchenvorstands der Genehmigungspflicht bei Erwerb, Belastung, Veräußerung und Aufgabe des Eigentums sowie Änderung, Veräußerung und Aufgabe von Rechten an Grundstücken. Mit dem vom Kirchenvorstand beschlossenen Rangrücktritt der Rechte Nr. 1 und 2 in Abt. II des Erbbaugrundbuchs ist die Untergruppe genehmigungsbedürftiger Rechtsgeschäfte angesprochen, die die Änderung von Rechten an Grundstücken betrifft. Mit ihr soll über den eigenen Grundbesitz der Kirche hinaus auch der Schutz dinglicher Rechte gewährleistet werden, die der Kirche an fremden Grundstücken (hier: Erbbaurechten) zustehen.

Zutreffend ist die Annahme des LG, daß es sich bei dem beschlossenen Rangrücktritt um eine derartige Änderung von Rechten an einem Grundstück, wozu Reallasten und Vorkaufsrechte zählen (Wenner, Seite 117), handelt. Genehmigungsfrei wäre eine Rechtsänderung nur, wenn sie die Rechtsstellung der Kirchengemeinde verbesserte (Knott, MittRhNotK 1963, 748, 759). Ausgehend vom Sinn der kirchenaufsichtlichen Genehmigungsvorbehalte, einer Gefährdung oder Beeinträchtigung des Kirchenvermögens vorzubeugen, setzt die Änderung von Rechten voraus, daß auf sie durch ein Rechtsgeschäft mit rechtsmindernder Bedeutung eingewirkt wird. Das ist hier der Fall. Gemäß § 880 Abs. 2 BGB ist zur nachträglichen Rangänderung die Einigung des zurück- und des vortretenden Berechtigten und die Eintragung der Änderung in das Grundbuch erforderlich. Mag § 880 BGB dem Wortlaut nach nur die nachträgliche Rangänderung eingetragener Rechte erfassen, so gilt er aber auch, wenn ein einzutragendes Recht einem bereits eingetragenen vorgehen soll (Palandt/Bassenge, Anm. 1 zu § 880 BGB). Schon der Wortlaut dieser Bestimmung („Rangänderung“, „Änderung“) knüpft an die Preußische Anordnung vom 20. 2. 1928 („Änderung von Rechten an Grundstücken“) an, wobei darauf hingewiesen werden kann, daß – wie bereits ausgeführt – diese Anordnung entsprechend der Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuchs auszulegen ist. Die Rangänderung hat aber auch für das zurücktretende Recht rechtsmindernde Bedeutung. Sie ist eine dingliche Verfügung und kann in der Einräumung des Vorranges oder des Gleichranges bestehen (Palandt/Bassenge, Anm. 1 zu § 880 BGB). Als Verfügung hat sie ein Rechtsgeschäft zum Inhalt, das unmittelbar darauf gerichtet ist, im Sinne einer Rechtsminderung auf ein bestehendes Recht einzuwirken. Ob dies eine von der weiteren Beschwerde vermittelte Inhaltsänderung des Rechts bedeutet, da das Bürgerliche Gesetzbuch zwischen dem Rang und dem Inhalt eines Rechts unterscheidet (§ 883 BGB), bedarf hier keiner Entscheidung. Die Wissenschaft hat Bezeichnungen

des Ranges als „Rechtsinhalt“, „weiterer Inhalt“, „wesentliche Eigenschaft“ oder als eine „kraft Gesetzes eintretende Folge der Dinglichkeit des Rechts“ entwickelt (vgl. etwa Nachweise bei Erman/H. Westermann, 6. Aufl., Rd.-Nr. 1 zu § 879 BGB). Denn es kann festgehalten werden, daß angesichts der Bedeutung des Ranges (des Verhältnisses des dinglichen Rechts zu anderen Rechten an demselben Gegenstand) zumindest ersatzweise die den Inhalt des Rechts betreffenden Vorschriften entsprechend anzuwenden sind (Erman/H. Westermann, a.a.O.; BGH NJW 1956, 1314, 1315 = DNotZ 1956, 480). Die Bedeutung des Ranges für den Inhalt und die wirtschaftliche Tragweite eines Grundstücksrechtes kann so weit gehen, daß bei schlechtem Rang des Rechtes sein Inhalt für den Inhaber kaum mehr als theoretische Bedeutung hat (BGH a.a.O.). Der Rang des Grundstücksrechts ist nämlich wesentlich für seine Bewertung. Das zeigt sich in der Zwangsvollstreckung, weil hier die Befriedigung aus einem Recht dem Rang entspricht (§§ 10 ff., 109 Abs. 2, 155 ZVG). Ein schlechter Rang kann zu einem Ausfall der Befriedigung führen. Ein rangbesseres Recht bleibt bestehen und fällt in das geringse Gebot, wenn die Zwangsvorsteigerung aus einem nachstehenden Recht betrieben wird (§ 44 ZVG). Betreibt ein besserrangiger Gläubiger, so erlischt dagegen das Recht (§§ 52, 91 ZVG). Das gilt bezogen auf den vorliegenden Verfahrensgegenstand gleichermaßen für den durch eine Reallast nach §§ 1105–1118 BGB gesicherten Erbbauzins (Zeller, ZVG, 10. Aufl., Rd.-Nr. 2 (5) zu § 52 ZVG) wie für das hier bestehende Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle (Zeller, Rd.-Nr. 6 (7) zu § 81 ZVG).

Zusammenfassend bedeutet daher die Rangänderung für jedes der beiden zurücktretenden Rechte die Änderung eines Rechts an einem Grundstück im Sinne von Ziffer 1 der Preußischen Anordnung vom 20. 2. 1928 (ebenso: Knott, MittRhNotK 1963, 748, 759; Wenner, Seite 117). Dem Grundstück im Sinne dieser Anordnung ist dabei das Erbbaurecht als ein (wie ein Grundstück zu behandelndes) grundstücksgleiches Recht gleichzusetzen (vgl. § 11 ErbbauVO; Palandt/Bassenge, Anm. 1 zu § 11 ErbbauVO).

Anm. d. Schriftl.: Zu den genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäften vgl. auch MittRhNotK 1980, 149.

8. Familienrecht – Schenkung an Minderjährige

(LG Köln, Beschuß vom 19. 12. 1980 – 11 T 194/80 – mitgeteilt von Rechtsanwalt Jüinemann, Köln)

BGB §§ 1829, 1795

1. Das Vertretungsverbot des § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB gilt nicht für Geschäfte, die dem Mündel (Minderjährigen) lediglich einen rechtlichen Vorteil bringen.
2. Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Schenkung an Minderjährige nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist.

(Leitsätze nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Mit notariellem Schenkungsvertrag schenkte der Beteiligte zu 1) den Beteiligten zu 2), seinen unmündigen Enkelkindern, Wohnungseigentum zu je $\frac{1}{2}$ und ließ es ihnen auf. Gleichzeitig bestellte er sich den lebenslangen unentgeltlichen Nießbrauch. Nach Ziff. IV des Vertrages ist jeder Schenken verpflichtet, seinen jeweiligen Anteil am vorgenannten Grundbesitz unter näher bezeichneten Bedingungen an den Schenker zurückzuübertragen. Der Rechtsanwalt hat die Eintragungsanträge zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist unbegründet.

Nach § 20 GBO darf im Fall der Auflösung eines Grundstücks (entsprechend des Wohnungseigentums) die Eintragung nur erfolgen, wenn die erforderliche Einigung des Berechtigten und des anderen Teils rechtswirksam erklärt ist. Die Rechts-

wirksamkeit der erklärten Auflassung hängt davon ab, ob die im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses 8 bzw. 4 Jahre alten Beteiligten zu 2) hierdurch lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt haben; dann wären die Eltern nämlich nicht gemäß §§ 1629 Abs. 2 S. 1, 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB an der gesetzlichen Vertretung gehindert (vgl. BGH NJW 1975, 1885). Die Schenkung ist jedoch im vorliegenden Fall für die Beschenkten nicht nur rechtlich vorteilhaft. Hierbei ist ausschließlich auf den Eintritt der Rechtsfolgen abzustellen, die sich unmittelbar aus dem Inhalt des betreffenden Rechtsgeschäfts ergeben. So hindern weder die auf einem Grundstück ruhenden öffentlichen Lasten als eine dem Eigentum innewohnende Bindung noch die Belastung mit Grundpfandrechten ohne schuldrechtliche Zahlungsverpflichtung des Beschenkten noch der Vorbehalt eines Nießbrauchs für den Schenker die Beurteilung der Schenkung eines Grundstücks als ein Geschäft, welches für den Beschenkten nur rechtlich vorteilhaft ist. Dagegen sind unmittelbar durch das Rechtsgeschäft begründete persönliche Verpflichtungen des Beschenkten auch dann zu berücksichtigen, wenn sie nicht aufgrund des rechtsgeschäftlichen Willens der Beteiligten, sondern kraft Gesetzes eintreten (BGHZ 53, 174, 178 = DNotZ 1980, 285 für die Haftung aus § 419 BGB). So ist z. B. die Übertragung eines Erbbaurechts rechtlich nachteilig, weil der Erwerber gemäß § 9 Abs. 1 S. 1 ErbbauVO i. V. m. § 1108 Abs. 1 BGB für die während der Dauer seiner Berechtigung fälligen Erbbauzinsen auch persönlich haftet (BGH NJW 1979, 102, 103). Auch die Eingehung einer Rückgabeverpflichtung begründet einen rechtlichen Nachteil (BayObLG Rpfleger 1974, 309 = DNotZ 1975, 219). Entsprechendes gilt für die Schenkung von Wohnungseigentum (OLG Celle NJW 1976, 2240; BayObLGZ 1979, 243 ff. = MittRhNotK 1980, 7). Demnach steht hier bereits die in Ziff. IV des Vertrages enthaltene bedingte Rückübertragungsverpflichtung der Bewertung der Schenkung als lediglich rechtlich vorteilhaft entgegen. Gleiches gilt zumindest für die in § 5 der Gemeinschaftsordnung enthaltene Wiederherstellungspflicht bei gänzlicher oder teilweiser Zerstörung des Gebäudes, eine Verpflichtung, die von Gesetzes wegen nicht vorgesehen ist (§ 22 WEG). Ob der Eintritt in die Wohnungseigentümergemeinschaft bereits wegen der kraft Gesetzes damit verbundenen schuldrechtlichen Verpflichtungen nicht nur rechtlich vorteilhaft ist, mag dahinstehen. Jedenfalls dann, wenn die Gemeinschaftsordnung – wie hier – erheblich über das Gesetz hinausgehende Verpflichtungen begründet. Ist an dieser Wertung nicht vorbeizukommen. Insbesondere kann der Schenkungsvertrag nicht losgelöst von dem dinglichen Erfüllungsgeschäft betrachtet werden. An eine solche Unterscheidung hat der BGH zwar in einer älteren, weitgehend auf Ablehnung gestützten Entscheidung (BGHZ 15, 168) angeknüpft: Mit dem Abschluß des Schenkungsvertrages erwerbe der Minderjährige nur einen Anspruch auf die schenkweise versprochene Leistung, mithin lediglich einen rechtlichen Vorteil, die Auflassung diene hingegen nur der Erfüllung der mit dem Schenkungsvertrag begründeten Verpflichtung und könne daher von den Eltern ungeachtet etwaiger rechtlicher Nachteile genehmigt werden. Mit dieser Konstruktion könnte jedoch praktisch bei allen Schenkungen der gesetzliche Minderjährigenschutz unterlaufen werden. Demgemäß hat der BGH auch in einer jüngeren Entscheidung (MDR 1971, 380) für den vergleichbaren Fall der unentgegnetlichen Zuwendung eines von der gesetzlichen Regelung zu Lasten des Erwerbers abweichenden Nießbrauchs an einem Grundstück die Notwendigkeit einer Pflegerbestellung anerkannt.

Anm. d. Schriftl.: Auf Vorlage des BayObLG MittRhNotK 1980, 7, hat zwischenzeitlich auch der BGH – Urteil vom 9. 7. 1980 – VZB 16/79 – entschieden: „Im Fall einer Schenkung von Wohnungseigentum von Seiten des gesetzlichen Vertreters an einen über sieben Jahre alten Minderjährigen ist die Frage, ob die Schenkung dem Minderjährigen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt, aus einer Gesamtbetrachtung des schuldrechtlichen und des dinglichen Vertrages heraus zu beurteilen. Sofern mit der Übertragung des dingli-

chen Rechts rechtliche Nachteile verbunden sind, ist deshalb auch dann, wenn der schuldrechtliche Vertrag dem Minderjährigen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt, der gesetzliche Vertreter nicht etwa im Hinblick auf § 181 letzter Halbsatz BGB befugt, den Minderjährigen bei der Annahme der Auflassung zu vertreten oder die von dem Minderjährigen selbst erklärte Auflassung zu genehmigen.“

Das Urteil ist abgedruckt in DNotZ 1981, 111.

9. Notarrecht – Amtshaftung des Notars

(BGH, Urteil vom 7. 10. 1980 – VI ZR 177/79 – mitgeteilt von Richter am BGH Dr. H. J. Kullmann, Hochheim)

BNotO § 14 Abs. 2

ZPO § 288

BGB § 254

1. Zur Frage, ob ein Anscheinsbeweis dafür besteht, daß ein Notar vom Inhalt eines Schreibens Kenntnis genommen hat, das er eigenhändig unterzeichnet hat.
2. Zur Schuldabwägung bei fahrlässigem Verstoß eines Notars gegen § 14 Abs. 2 BNotO und vorsätzlicher Ausnutzung der notarlichen Tätigkeit durch den Geschädigten.

Zum Sachverhalt:

Seit dem Jahre 1969 versuchten der Kläger und seine Mutter, die Genehmigung zu erhalten, um auf einem größeren Grundstück des Landwirtes H. in O. ein komfortables Einfamilien-Wohnhaus zu errichten. Die Baugenehmigung wurde ihnen jedoch versagt, weil das Grundstück im Außenbereich liegt (§ 35 BBauG).

Im August 1970 wandte sich der (damals gerade volljährig gewordene) Kläger in dieser Angelegenheit an das Büro des inzwischen verstorbenen Notars Dr. B. (im folgenden noch Beklagter genannt) und verhandelte dort mit dem Bürovorsteher W. Anschließend fragte er den Landwirt H., ob er bereit sei, die zuständige Baubehörde insofern zu täuschen, daß er ihr gegenüber als Bauherr für eine Landarbeiterwohnung auftrete. Als dieser zögerte, übersandte der Kläger am 11. 8. 1970 dem Beklagten weitere Unterlagen und bat um eine schriftliche Stellungnahme, um den Landwirt H. überreden zu können. Der Bürovorsteher des Beklagten entwarf nun ein unter dem Datum des 27. 8. 1970 an den Kläger gerichtetes Schreiben, in welchem u. a. folgendes ausgeführt ist:

„Ich halte Ihre Chancen, daß Sie die Baugenehmigung erhalten für ein Neubauvorhaben für außerordentlich gering. Dagegen gibt es eine andere Möglichkeit, die aber nur von dem guten Willen des Herrn H. abhängt. Herr H. als Landwirt könnte das Grundstück bebauen, und zwar mit der Behauptung, er wolle sich ein Altenteilssitz schaffen. Es wäre erforderlich, daß er den Bauantrag stellt als Bauherr und als Eigentümer.“

Falls der Bauantrag genehmigt wird, muß Herr H. den Bungalow bauen, zumindestens aber dabei anfangen. Vorher aber bereits muß er Ihnen das Grundstück entweder im Ganzen oder einen Teil davon verkauft haben. Er würde dann zwar als Bauherr und Eigentümer auftreten, aber nur als sogenannter Strohmann, während Sie den Bau erstellen und finanzieren.

Durchführen läßt sich das Ganze, wenn die Gewißheit besteht, daß Herr H. auf seinem Grundbesitz ein Wohnhaus bauen kann. Ich möchte Ihnen empfehlen, die Sache mit Herrn H. eingehend zu besprechen und dann den Bauantrag einzureichen.“

Der Beklagte unterzeichnete diesen Brief – wie er jedoch behauptet – ohne ihn gelesen zu haben. Nach Kenntnisnahme von diesem Schreiben willigte H. darin ein, so zu verfahren, wie es in diesem Brief empfohlen wurde. Daraufhin bereitete der Bürovorsteher des Beklagten einen Kaufvertrag zwischen dem Kläger und H. vor, den der Sohn des Beklagten als Notarvertreter am 22. 9. 1970 protokollierte.

Einige Zeit später genehmigte der Oberkreisdirektor die Errichtung einer Landarbeiterstelle und erteilte auch den Bauschein. Daraufhin errichtete der Kläger auf dem Grundstück ein Wohnhaus. Am 12. 7. 1973 widerrief jedoch der Oberkreisdirektor die Baugenehmigung, weil sie erschlichen worden sei, und verlangte Räumung und Abriss des Gebäudes.

Der Kläger hat von dem Beklagten unter Anrechnung eines häufigen Mitverschuldens den Ersatz der Hälfte des ihm durch den mißglückten Hausbau entstandenen Schadens verlangt.

Das LG hat der Klage zu 30% dem Grunde nach entsprochen und sie im Übrigen abgewiesen.

Die Berufungen beider Parteien sind erfolglos geblieben.

Die Revision der Witwe des Beklagten (als dessen Erbin) führte zur Klageabweisung.

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der Beklagte habe gemäß § 14 Abs. 2 BNotO mit dem Schreiben vom 27. 8. 1970 an den Plänen des Klägers nicht mitwirken dürfen, weil damit unerlaubte bzw. unrechte Zwecke verfolgt worden seien. Mit der Unterzeichnung habe er objektiv gegen die ihm auch dem Kläger gegenüber obliegenden Pflichten eines Notars verstößen. Es müsse davon ausgegangen werden, daß er Kenntnis vom Inhalt des von seinem Bürovorsteher entworfenen Schreibens vom 27. 8. 1970 genommen und damit vorsätzlich gehandelt habe. Denn es bestehe ein Anscheinsbeweis dafür, daß der Inhalt eines Schreibens die Erklärung des Absenders an den Empfänger darstellt, wenn jemand ein Schreiben auf seinem Briefpapier mit seiner Unterschrift herausgabe; der Beklagte habe diesen gegen ihn sprechenden Anscheinsbeweis aber nicht ausgeräumt. Der Beklagte könne den Kläger nicht auf eine anderweitige Ersatzmöglichkeit verweisen, da er vorsätzlich gehandelt, zudem die Pflichtwidrigkeit bei der Betreuung eines Beteiligten i. S. von § 24 BNotO begangen habe. Das Mitverschulden des Klägers bewertet das Berufungsgericht, so wie das LG mit 70%.

II. Das Berufungsurteil hält den Angriffen der Revision nicht stand.

1. Rechtlich nicht zu beanstanden sind allerdings die Ausgangserwägungen des Berufungsgerichts. Es nimmt zutreffend an, mit der Unterzeichnung des Schreibens vom 27. 8. 1970 habe der Beklagte objektiv seine Amtspflichten auch gegenüber dem Kläger verletzt, weil er damit als Notar bei einer Handlung mitwirkte, die erkennbar unerlaubte Zwecke verfolgte (vgl. § 14 Abs. 2 BNotO). Auch die Revision hält diesen Standpunkt des Berufungsgerichts für vertretbar.

2. Die weiteren Ausführungen des Berufungsurteils sind jedoch nicht rechtsbedenkfrei.

a) Die Revision beanstandet zunächst mit Grund, daß das Berufungsgericht im Wege des Anscheinsbeweises feststellt, der Beklagte habe vom Inhalt jenes Schreibens Kenntnis genommen und damit vorsätzlich seine Amtspflichten verletzt.

aa) Es handelt sich im Streitfall darum, ob es einen Anscheinsbeweis für individuelle Verhaltensweisen von Menschen in bestimmten Lebenslagen geben kann. Das muß aber verneint werden. Es gibt keinen Erfahrungssatz, wonach der Absender eines von ihm selbst unterzeichneten Schreibens regelmäßig von seinem Inhalt Kenntnis nimmt. Vielmehr hängt es sowohl von der Persönlichkeit des einzelnen, der den Brief unterzeichnet, als auch von den jeweiligen äußeren Umständen, wie Arbeitsanfall, Vertrauenswürdigkeit des Schreibpersonals, Art des Schreibens (Routineschreiben oder wichtige Mitteilung) ab, ob er vor (oder wenigstens kurz nach) der Unterschriftsleistung den Text durchliest.

bb) Ein Tatsächter wird allerdings vielfach dann, wenn ihm eine Erklärung vorliegt, die auf dem Briefbogen eines Notars (mit aufgedrucktem Namen, Anschrift usw.) geschrieben ist und dessen eigenhändige Unterschrift trägt, aufgrund eines Indizienbeweises die Überzeugung gewinnen, daß der Notar diese Erklärung auch gelesen hat. Solche Beweiswürdigung scheidet aber angesichts der vom Berufungsgericht nach (eidlicher) Vernehmung des Bürovorsteigers getroffenen Feststellungen hier aus. Danach war dem Beklagten das

Schreiben von seinem seither untadeligen und absolut vertrauenswürdigen Bürovorsteher innerhalb der umfangreichen Tagespost ohne besondere Kennzeichnung unterschoben worden. Das Schreiben enthielt auf der ersten Seite einen völlig unverfälschten Text über die bestehende Rechtslage, außerdem hatte der Beklagte die gesamte Post im Gedränge der Amtsgeschäfte kurz vor Urlaubsantritt unterzeichnet. Bei solchen Umständen ist die Möglichkeit nicht auszuschließen, daß der Notar den Brief oder jedenfalls die entscheidende Stelle auf der zweiten Seite in der Eile nicht gelesen hat. Der Indizienbeweis ist daher nicht überzeugungskräftig, so daß dem Beklagten vorsätzliches Handeln nicht nachzuweisen ist.

b) Jedenfalls bei dieser Sachlage vermag der Senat der vom Berufungsgericht für richtig gehaltenen Verschuldensabwägung (§ 254 BGB) nicht zu folgen.

Dabei kann allerdings nicht schon die sonst übliche Gegenüberstellung von Vorsatz und Fahrlässigkeit den Ausschlag geben, die in der Regel dazu führt, daß derjenige, der selbst vorsätzlich handelt, von einem nur fahrlässig Handelnden keinen Ersatz verlangen kann. Denn die jeweilige Verschuldensform muß sich, um vergleichbar zu sein, gerade auf den Schaden beziehen, um dessen Ersatz es geht. Hier hat der Beklagte objektiv gegen seine Pflicht aus § 14 Abs. 2 BNotO verstößen, denn er hat mit seinem Schreiben sogar selbst ein Tun zu unerlaubten und unrechten Zwecken angeregt. Diese Pflicht obliegt ihm aber in erster Linie gegenüber der Rechtsordnung, zu deren Störung er als Amtsträger nicht mitwirken darf. Wie schon eingangs bemerkt, mag daneben in der Regel auch noch gegenüber demjenigen, der seine Amtstätigkeit in Anspruch nimmt, eine Pflicht bestehen, diesen vor den Gefahren zu warnen, die ihm aus dem beabsichtigten Rechtsbruch drohen. Diese Gefahren hat aber der Beklagte, wenn er das Schreiben unbesehen unterzeichnet hat, fahrlässigerweise gar nicht gesehen. Andererseits kann jedoch in Bezug auf die Realisierung dieser Gefahr auch dem Kläger nicht Vorsatz vorgeworfen werden, denn er hoffte ja gerade, daß die Täuschung der Behörde erfolgreich sein würde.

Entscheidend ist indes die zutreffende Feststellung des Berufungsgerichts, daß der Kläger „in Kenntnis der Rechtswidrigkeit in eigener Angelegenheit einen gefährlichen Plan in Angriff genommen hat“. Er war sich also der Unredlichkeit wie auch der Gefährlichkeit seines Tuns voll bewußt und glaubte, daß es ihm gelungen sei, dabei den Beklagten als Amtsträger zum Komplizen gemacht zu haben. Er wollte also von seinem Tun durch den Beklagten gar nicht abgehalten, sondern im Gegenteil dabei von ihm unterstützt werden. Bei dieser Sachlage ist aber der von ihm gegen den Beklagten erhobene Schadenersatzanspruch mit Treu und Glauben schon an sich nicht vereinbar (vgl. auch RG HRR 1936, Nr. 330), denn im Grundsatz hat ein Komplize keinen Anspruch gegen den anderen, von verbotenem und daher schadensträchtigem Tun abgehalten zu werden (vgl. Senatsurteil vom 29. 11. 1977 – VI ZR 51/76 – VersR 1978, 183, 184). Ob dieser Grundsatz dann eine Durchbrechung erfahren könnte, wenn ein noch sehr junger und unerfahrener Mann (der Kläger hatte indessen eine beträchtliche Geschäftsgewandtheit bewiesen) gerade von einem Notar bei seinem unrelichen Vorhaben bewußt bestärkt und gefördert wird, braucht hier nicht entschieden zu werden. Denn, wie bemerkt, kann ein bewußtes Tätigwerden des Beklagten nicht festgestellt werden. Dann aber bleibt es dabei, daß das Bestreben, die Folgen des selbst übernommenen Risikos, wenn auch nur teilweise, auf den Beklagten zu überbürden, mit Treu und Glauben nicht vereinbar ist (RG a.a.O.).

10. Notarrecht – Anfechtung von Maßnahmen der Notarkammer nach § 75 BNotO/Zulässigkeit von Beurkundungen außerhalb der Geschäftsstelle

(OLG Köln, Beschuß vom 23. 10. 1980 – 2 X (Not.) 3/80)

BNotO §§ 10 Abs. 4, 75

DONot § 5 Abs. 2

Richtl. BNotK § 7

1. Eine Ermahnung der Notarkammer gemäß § 75 BNotO kann gerichtlich angefochten werden.
2. Zur Auslegung der § 10 Abs. 4 BNotO, § 5 Abs. 2 DONot und § 7 der Richtlinien BNotK.

(Leitsätze nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Der Antragsteller ist Notar für den Bezirk des OLG H. mit dem Amtssitz in H.

In seiner Sitzung vom 16. 5. 1979 beschloß der Gesamtvorstand der Notarkammer für den Oberlandesgerichtsbezirk H., dem Antragsteller gemäß § 75 BNotO eine Ermahnung zu erteilen, weil er ohne Genehmigung der Aufsichtsbehörde in S. auswärtige Sprechstage abgehalten und damit gegen § 10 Abs. 4 BNotO schulhaft verstoßen habe. Hiervon machte der Präsident der Notarkammer dem Antragsteller Mitteilung. In der Begründung des Bescheids heißt es: Es stehe fest, daß der Antragsteller im Jahre 1978 achtzig notarielle Amtsgeschäfte in den Kanzleien der Rechtsanwälte W. vorgenommen habe. Die Urkundstätigkeit stelle sich als ohne Genehmigung der Aufsichtsbehörde unzulässige Wahrnehmung auswärtiger Sprechstage im Sinne des § 10 Abs. 4 BNotO dar.

Gegen diesen Bescheid erhob der Antragsteller Gegenvorstellungen, die durch Bescheid des Präsidenten des OLG H. zurückgewiesen wurden. Die Beschwerde des Antragstellers hat der Antragsgegner (der Justizminister NW) zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich der Antrag auf gerichtliche Entscheidung.

Aus den Gründen:

I. Der Antrag des Antragstellers ist statthaft.

§ 75 Abs. 3 BNotO sieht lediglich die Möglichkeit von Gegenvorstellungen des Notars gegen eine Ermahnung der Notarkammer vor. Der von der Bundesregierung vorgelegte Entwurf eines ersten Gesetzes zur Änderung der BNotO, der die Anfechtung einer Ermahnung durch Antrag bei dem OLG als Disziplinargericht für Notare nach erfolglosem Einspruch bei dem Vorstand der Notarkammer vorsieht (BT Drucks. 8/2782), ist in der 8. Wahlperiode nicht mehr verabschiedet worden (vgl. ZRP 1980, 266). Für das geltende Recht ist angenommen worden, eine Möglichkeit gerichtlicher Anfechtung bestehe nicht (vgl. Arnd, § 75 BNotO, Anm. II 3 und § 94 BNotO, Anm. II 3; a. A. Seybold/Hornig, 5. Aufl., § 75 BNotO, Rd.-Nr. 8). Diesen Standpunkt vermag sich der Senat nicht zu eignen zu machen. Ebenso wie die Mißbilligung seitens der Aufsichtsbehörde nach § 94 BNotO kann die Ermahnung „bei ordnungswidrigem Verhalten leichterer Art“ ergehen. Für die Mißbilligung nach § 94 BNotO ist aber inzwischen allgemein anerkannt, daß sie, soweit sie zu den Personalakten gelangt und die Verletzung einer Dienstpflicht in objektiver und subjektiver Hinsicht annimmt, geeignet sein kann, den Betroffenen in seinen Rechten zu verletzen und daher – entsprechend der Regelung der BDO bzw. der LDO – gerichtlich überprüfbar sein muß (vgl. Arndt, a.a.O., § 94 BNotO, Anm. II 2 und Seybold/Hornig, a.a.O., § 94 BNotO, Rd.-Nr. 3 und 4). Was aber für die Mißbilligung seitens der Aufsichtsbehörde gilt, das muß auch für die Ermahnung seitens des Vorstands der Notarkammer gelten. Es ist offenkundig, daß die dem Antragsteller erteilte Ermahnung geeignet ist, ihn in seinen Rechten zu verletzen, da sie ihm einen schulhaften Verstoß gegen § 10 Abs. 4 BNotO vorwirft und ihn auffordert, künftig das beanstandete Verhalten zu unterlassen. Damit geht die Ermahnung über eine bloße Meinungsäußerung ohne Regelungscharakter (vgl. etwa BGH DNotZ 1975, 246) weit hinaus. Für den Antragsteller ist es von erheblichem rechtlichem und wirtschaftlichem Interesse, die rechtliche Zulässigkeit seines Verhaltens durch ein Gericht nachprüfen zu lassen. Es kann dahinstehen, ob der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG bereits dadurch Rechnung getragen ist, daß der Antragsteller die Möglichkeit hat, gegen sich selbst die Einleitung eines Disziplinarverfahrens zu beantragen (vgl.

die Begründung des oben angegebenen Gesetzesentwurfs zu Nr. 12 und BVerfGE 18, 211 ff. zu § 74 Abs. 5 BRAO). Diese Möglichkeit steht der Annahme nicht entgegen, daß dem Betroffenen eine Anfechtung der Ermahnung auch ohne Einleitung eines Disziplinarverfahrens offen steht. Der Senat, an den letztlich die Sache auch bei Einleitung eines Disziplinarverfahrens gelangt wäre, hält sich für befugt, im Einklang mit der von der Bundesregierung vorgesehenen Gesetzesergänzung als Disziplinargericht (§ 99 BNotO) über den Antrag des Antragstellers zu befinden (vgl. auch § 124 BDO; Seybold/Hornig, a.a.O., § 94 BNotO, Rd.-Nr. 4 und 6).

II. Der Antrag ist aber nicht begründet. Zu Recht hat der Gesamtvorstand der Notarkammer dem Antragsteller eine Ermahnung gemäß § 75 BNotO erteilt.

Der Antragsteller hat nach seinem eigenen Eingeständnis im Jahre 1978 an insgesamt 27 Tagen 62 Beurkundungen außerhalb seiner Geschäftsstelle in der Kanzlei des Rechtsanwalts W. in S. vorgenommen. Die darüber hinaus von Rechtsanwalt W. als Vertreter des Antragstellers vorgenommenen Beurkundungen können dem Antragsteller nicht angelastet werden. Insoweit fehlt es an jeglichem Anhaltpunkt für ein ordnungswidriges Verhalten des Antragstellers. Indessen ist die Ermahnung des Vorstandes der Notarkammer auch unter Berücksichtigung dieses Umstandes als sachgerechte und angemessene Entscheidung anzusehen. Es entspricht dem überkommenen und von allen Notaren zu achtenden Berufsbild des Notars, daß er seine Amtsgeschäfte grundsätzlich in seiner Geschäftsstelle wahrnimmt (§ 10 Abs. 4 BNotO, § 5 Abs. 2 DONot und § 7 der Richtlinien; vgl. weiter BGH DNotZ 1967, 450 f. und 1968, 501). Wie der BGH in seiner Entscheidung vom 22. 1. 1988 (DNotZ 1968, 501) ausgeführt hat, entspricht es dem Interesse der vorsorgenden Rechtspflege, wenn die Notare ihre Amtstätigkeit grundsätzlich an ihrem Amtssitz und in ihren Amtsräumen ausüben, soweit nicht die Art der Geschäfte etwas anderes erfordert. Diese Konzentration auf die Amtsräume ist notwendig, damit der Notar möglichst jederzeit für jedermann in gleicher Weise erreichbar ist. Dadurch werden Unzuträglichkeiten verhindert, die Klarheit der Amtsführung gewährleistet und die Gefahren eines unerwünschten Wettbewerbs vermieden. In seinem Büro hat der Notar auch alle Hilfsmittel jederzeit greifbar (vgl. auch BGHZ 37, 177).

Diese Grundsätze gelten nicht nur für die Amtstätigkeit des Notars im allgemeinen, vielmehr auch für die Beurkundungstätigkeit als solche. Der Antragsteller irrt, wenn er die Auffassung vertritt, aus § 8 der Richtlinien ergebe sich, daß für die Beurkundungstätigkeit des Notars etwas anderes gelte als für seine Amtstätigkeit im übrigen. Mit der Frage, an welchem Ort die Amtsgeschäfte einschließlich der Beurkundungstätigkeit auszuüben sind, befaßt sich allein § 7 nicht aber § 8 der Richtlinien. Dieser befaßt sich in Anlehnung an § 11 BNotO mit den räumlichen Amtsbereichen und stellt insofern fest, was der Standort entspricht (vgl. Seybold/Hornig, a.a.O., § 11 BNotO, Rd.-Nr. 8). Die Abgrenzung des Inhalts von § 10 BNotO und § 7 der Richtlinien einerseits sowie § 11 BNotO und § 8 der Richtlinien andererseits entspricht auch der Rechtsprechung des BGH (vgl. insbesondere DNotZ 1967, 449 f.).

Im übrigen ist irgendein sachlicher Gesichtspunkt, wonach der Notar seine Amtstätigkeit im allgemeinen, nicht aber seine Beurkundungstätigkeit im besonderen in seinen Geschäftsräumen soll abwickeln müssen, nicht ersichtlich.

Dem Antragsteller ist einzuräumen, daß nicht festgestellt ist, daß er Sprechstage im eigentlichen Sinne abgehalten hat. Er hat sich unwiderlegt dahin eingelassen, daß er nur im Einzelfall und ohne feste zeitliche Regel zur Beurkundung bestimmter, vorbereiteter Vorgänge sich in die Kanzlei des Rechtsanwalts W. nach S. begeben habe. Indessen liegt ein Verstoß gegen § 5 Abs. 2 DONot und § 7 der Richtlinien und gegen den Grundgedanken des § 10 Abs. 4 BNotO auch ohne Abhalten förmlicher Sprechstage vor (vgl. Seybold/Hornig, a.a.O., § 10 BNotO, Rd.-Nr. 9 a. E.).

Der Senat hält es für erwiesen, daß eine Beurkundung in S. weder durch die Art der Geschäfte noch sonstige Notwendigkeiten geboten war. Hiergegen spricht einmal die Vielzahl der vom Antragsteller vorgenommenen Beurkundungen, ferner die Behauptung des Antragstellers, den Beurkundungen sei jeweils eine Erörterung und Beratung der Klienten in seinen Geschäftsräumen in H. vorausgegangen. Es ist nicht einsehbar, weshalb den Klienten ein erneutes Erscheinen zur Beurkundung in H. unzumutbar gewesen sein soll. Der Antragsteller nimmt selbst besondere Gründe wie Gebrechlichkeit eines Klienten oder dergleichen (vgl. Seybold/Hornig, a.a.O., § 10 BNotO, Rd.-Nr. 9) für sich nicht in Anspruch. Ihm ist allein schon anzulasten, daß er — was er nicht in Abrede stellt — im Einzelfall nicht nach den Gründen für die von ihm behauptete Bitte des Klienten, nach S. zu kommen, gefragt hat. Seiner Überlegung, die von ihm dem Senat dargelegten ungünstigen Verkehrsverhältnisse hätten seine Fahrt nach S. gerechtfertigt, kann nicht gefolgt werden. Diese Überlegung vermag den Antragsteller schon deshalb nicht zu rechtfertigen, weil er es verabsäumt hat, sich im Einzelfall zu vergewissern, ob die Klienten durch das Fehlen günstiger öffentlicher Verkehrsmittel überhaupt beeinträchtigt waren. Angesichts des heute in ländlichen Gebieten erreichten Grades der Motorisierung muß es als ausgeschlossen erscheinen, daß die an den fraglichen 62 Beurkundungen Beteiligten nicht oder auch nur zu einem wesentlichen Teil nicht über ein eigenes Kraftfahrzeug verfügt hätten. Und schließlich ergibt sich aus den dem Senat vorliegenden Omnibus-Kursbuch, daß zwischen S. und H. öffentliche Verkehrsverbindungen bestehen, die die Hin- und Rückfahrt in jeweils etwa einer Stunde ermöglichen. Das mag zwar im Einzelfall für den auf öffentliche Verkehrsmittel angewiesenen unbedeckt sein, hält sich aber doch im Rahmen dessen, was der Bevölkerung im einzelnen zugemutet werden kann (vgl. BGHZ 37, 178).

Der Antragsteller kann sich nicht darauf berufen, er habe „in der Regel“ in seiner Geschäftsstelle amtiert (§ 5 Abs. 2 DNot und § 7 der Richtlinien). Den Worten „in der Regel“ kommt nicht die Bedeutung zu, daß der Notar häufiger oder wesentlich häufiger in seiner Geschäftsstelle als andernorts tätig werden soll. Sie besagen vielmehr, daß die Amtstätigkeit an einem anderen Ort nur dann zulässig ist, wenn sie sich entgegen der Regel als notwendig und durch triftige Gründe gerechtfertigt erweist.

Der Vorstand der Notarkammer hat nicht willkürlich gehandelt, indem er die Vorgänge des Jahres 1978 aufgegriffen hat. Sollte der Antragsteller auch in anderen Jahren gegen die Verpflichtung, in der Regel in seiner Geschäftsstelle zu amtieren, verstoßen haben, so könnte dies allenfalls Anlaß sein, diese Ordnungsverstöße in die Ermahnung mit einzubziehen, nicht aber, die Verstöße des Jahres 1978 auf sich beruhen zu lassen.

Sollten andere Notare im Bezirk des OLG H. sich gleicher Verstöße wie der Antragsteller schuldig gemacht haben, so wäre für den Vorstand der Notarkammer Anlaß zu der Prüfung gegeben, ob auch in diesen Fällen eine Ermahnung angebracht sein könnte. Das alles würde aber eine Ermahnung gegen den Antragsteller nicht unrechtmäßig machen.

Der Antragsteller hat schulhaft gehandelt. Denn er hat in zumindest fahrlässiger Weise gegen § 10 Abs. 4 BNotO, § 5 Abs. 2 DNot und § 7 der Richtlinien verstoßen. Angesichts der ganz offenkundigen Rechtslage hätte er sich jedenfalls im Einzelfall vergewissern müssen, ob ein zureichender Grund für eine Auswärtsbeurkundung vorlag. Einem jeden Notar ist zuzumuten, daß er sich mit den wesentlichen Bestimmungen der BNotO, DNot und der Richtlinien vertraut macht. Selbst wenn dem Antragsteller, was dem Senat wenig wahrscheinlich erscheint, das Zweifelhafte seines Handelns nicht vor Augen gestanden haben sollte, so muß ihm jedenfalls angelastet werden, daß er sich nicht — und sei es durch Nachfrage bei der Notarkammer oder der Aufsichtsbehörde — über die Ordnungsmäßigkeit seines Tuns informiert hat. Es war nicht ausreichend, allein auf den Rat eines älteren Kollegen zu

vertrauen. Die Entscheidungen des BGH vom 5. 12. 1966 (DNotZ 1967, 449 ff.) und des Bay. EGH vom 28. 1. 1955 (Entscheidungen der Ehrengerichtshöfe der Rechtsanwaltschaft II 1948 bis 1956, 163) stehen der Auffassung des Senats nicht entgegen. Sie befassen sich mit besonderen, in tatsächlicher Hinsicht anders liegenden Fällen.

Die Ermahnung gemäß § 75 BNotO war auch das angesichts des Umfangs des ordnungswidrigen Verhaltens des Antragstellers notwendige, aber zugleich ausreichende und zweckmäßige Mittel der Ahndung. Auch der Senat ist der Auffassung, daß eine bloße Belehrung und Mitteilung über die Unzulässigkeit von Auswärtsbeurkundungen nicht hinreichend gewesen wäre.

Der Antragsteller hat um Rechtsmittelbelehrung gebeten. Nach Auffassung des Senats ist ein Rechtsmittel nicht gegeben. § 105 BNotO bestimmt, daß für die Anfechtung von Entscheidungen des OLG die Vorschriften der BDO über die Anfechtung von Entscheidungen des Bundesdisziplinargerichts entsprechend gelten. Nach § 31 Abs. 4 Satz 2 BDO sind indessen Entscheidungen des Bundesdisziplinargerichts über die Rechtsmittel gegen eine Disziplinarverfügung unanfechtbar (vgl. BGH DNotZ 1963, 360; DNotZ 1973, 180 und DNotZ 1975, 52 sowie Seybold/Hornig, a.a.O., § 99 Rd.-Nr. 6 und § 105 BNotO Rd.-Nr. 5). Dies muß auch gelten, wenn wie hier weniger als eine Disziplinarverfügung, nämlich eine einer Mißbilligung gleich zu achtende Ermahnung vorliegt (vgl. § 124 BDO für die Mißbilligung).

11. Steuerrecht/Grunderwerbsteuer — Steuerbefreiung nach dem GrEStEigWoG trotz Belegenheit des Grundstücks in einem Wochenendhausgebiet (LS)

(BFH, Urteil vom 29. 10. 1980 — II R 5/79 — BStBl. II 1981, 41)

GrEStEigWoG § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1

1. Ein in einem Wochenendhausgebiet belegenes Grundstück mit einem Gebäude, das nur eine Wohnung enthält, deren Räume zur Führung eines selbständigen Haushaltes zu jeder Jahreszeit geeignet sind, ist ein Grundstück mit einem Einfamilienhaus im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GrEStEigWoG.
2. Der Umstand, daß das Wochenendhaus planungsgemäß nur dem zeitlich begrenzten Aufenthaltszwecke der Erholung an Wochenenden, in den Ferien oder im Urlaub dient, steht der materiell vorläufigen Befreiung von der Grunderwerbsteuer nicht entgegen.

12. Steuerrecht/Grunderwerbsteuer — Steuerbefreiung nach dem GrEStEigWoG trotz Belegenheit der Eigentumswohnung in einem Sondergebiet „Kur- und Ferienwohnungen“

(BFH, Urteil vom 29. 10. 1980 — II R 117/79 — mitgeteilt von Notar Norbert Dorsemagen, Düsseldorf)

GrEStEigWoG § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3

Der Umstand, daß die erworbene Eigentumswohnung in einem Sondergebiet „Kur- und Ferienwohnungen“ belegen ist, steht der materiell vorläufigen Grunderwerbsteuerbefreiung aus § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GrEStEigWoG nicht entgegen.

Zum Sachverhalt:

Durch notariell beurkundeten Kaufvertrag erwarb die Klägerin eine Eigentumswohnung um 262 000 DM. Das Gebäude, in dem sich die Wohnung befindet, liegt in einem im Bebauungsplan als „Sondergebiet-Kurgebiet“ ausgewiesenen Bereich.

Unter Ablehnung des Antrags auf Befreiung von der Grunderwerbsteuer nach dem GrEStEigWoG setzte der Beklagte gegen die Klägerin Grunderwerbsteuer im Gesamtbetrag von 18 340 DM fest. Der dagegen eingelegte Einspruch hatte keinen Erfolg.

Der Klage hat das FG stattgegeben.

Mit der Revision beantragt das FA, die Klage unter Aufhebung des angefochtenen Urteils abzuweisen.

Aus den Gründen:

Die Revision führt unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zur Änderung des angefochtenen Bescheides in Gestalt der Einspruchentscheidung dahingehend, daß die Grunderwerbsteuer auf 840 DM festgesetzt wird.

Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GrEStEigWoG ist von der Grunderwerbsteuer auf Antrag ausgenommen der Erwerb einer Eigentumswohnung, wenn sie vom Erwerber, seinem Ehegatten oder einem seiner Verwandten in gerader Linie binnen fünf Jahren mindestens ein Jahr ununterbrochen bewohnt wird, und wenn sie zu mehr als 66 2/3 v.H. Wohnzwecken dient. Die Steuerbefreiung tritt nur ein, soweit der für die Berechnung maßgebende Wert den Betrag von 250 000 DM nicht übersteigt (§ 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GrEStEigWoG), wobei dieser Freibetrag für das Grundstück im ganzen gilt und bei Erwerb von Miteigentum anteilig zu gewähren ist (§ 1 Abs. 2 Satz 2 GrEStEigWoG). Der die Befreiung in Anspruch nehmende Erwerber ist verpflichtet, den Bezug des Einfamilienhauses durch sich selbst oder eine Person aus dem begünstigten Personenkreis anzugeben und hat spätestens einen Monat nach Ablauf der Fünfjahresfrist (zu deren Lauf vgl. § 1 Abs. 1 Satz 2 GrEStEigWoG) nachzuweisen, daß die Voraussetzungen für die Steuerbefreiung erfüllt sind (§ 2 GrEStEigWoG). Wird die in § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GrEStEigWoG bezeichnete Voraussetzung nicht erfüllt, entfällt die Steuerbefreiung mit Wirkung für die Vergangenheit (§ 3 Abs. 1 GrEStEigWoG).

Durch dieses Gesetz sind mit Wirkung vom 1. 1. 1979 an u. a. die meist an der Grundsteuerbegünstigung nach den Wohnungsbaugesetzen orientierten landesrechtlichen Vorschriften über die Befreiung von Erwerbsvorgängen, die bebaute Grundstücke betreffen, außer Kraft gesetzt worden (§ 4 GrEStEigWoG). Die allgemeine Zielsetzung des Bundesgesetzes liegt auf vermögenspolitischem, städtebaulichem und wohnungspolitischem Gebiet, wobei positive Auswirkungen auf die Mobilität der Wohnungseigentümer erwartet wurden (BT-Drucksache 8/286 S. 1).

Zutreffend hat das FG das Vorliegen der Voraussetzungen für die (materiell vorläufige) Befreiung des der Grunderwerbsteuer unterliegenden Vorgangs (§ 1 Abs. 1 GrEStG) nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GrEStEigWoG bejaht.

1.a) Der Begriff der Eigentumswohnung ist im Gesetz ebenso wenig definiert wie etwa in § 7b EStG.

Unter einer Wohnung im bewertungsrechtlichen Sinne ist nach der ständigen Rechtsprechung des III. Senats des BFH die Zusammenfassung einer Mehrheit von Räumen zu verstehen, die in ihrer Gesamtheit so beschaffen sind, daß sie die Führung eines selbständigen Haushaltes ermöglichen. Die Räume müssen insgesamt eine gewisse Mindestfläche aufweisen; die erforderlichen Nebenräume wie Küche oder Raum mit Kochgelegenheit und Toilette müssen vorhanden sein (vgl. BFH-Urteil vom 24. 11. 1978 – III R 81/76; BFHE 126, 565, BStBl II 1979, 255). Der III. Senat stellt für die Frage, welche Voraussetzungen im einzelnen erfüllt sein müssen, auf die Verkehrsauffassung ab: er versteht darunter die gerichtsbekannte Anschaugung, die urteilsfähige und unverengenommene Bürger haben oder gewinnen, wenn sie sich mit der Sache befaßt haben, und räumt den jeweiligen Wohngepflogenheiten und den örtlichen Verhältnissen Bedeutung für die Beurteilung ein (vgl. Urteil vom 25. 5. 1979 – III R 101/77 – BFHE 128, 263, BStBl II 1979, 542). Da diese Rechtsprechung somit an ein allgemeines Vorstellungsbild anknüpft, kann sie auf den Wohnungsbegriff des Grunder-

werbsteuerbefreiungsgesetzes übertragen werden. Im Hinblick auf die erforderliche mindestens einjährige Nutzungsduer zu überwiegenden Wohnzwecken ist dabei grunderwerbsteuerrechtlich dieselbe Forderung aufzustellen, die auch bewertungsrechtlich erhoben wird (vgl. BFH-Urteil vom 25. 5. 1979 – III R 41/78 – BFHE 128, 259, BStBl II 1979, 543), nämlich daß die Räume zur Führung eines selbständigen Haushalts zu jeder Jahreszeit, insbesondere auch während des Winters, geeignet sein müssen.

b) Ebensowenig wie bewertungsrechtlich die Belegenheit des Grundstücks in einem im Bebauungsplan ausgewiesenen Wochenendhausgebiet der Artfeststellung als Einfamilienhaus entgegensteht (vgl. BFHE 128, 259 und 263, BStBl. II 1979, 543), steht der Umstand der Annahme entgegen, daß eine in einem Sondergebiet „Kur- und Ferienwohnungen“ legende Wohnung als Eigentumswohnung i. S. von § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GrEStEigWoG anzusprechen ist.

Nach § 11 BauNVO i. d. F. vom 20. 12. 1968 sind als Sondergebiete solche Gebiete darzustellen, die sich von den Baugebieten nach §§ 2 mit 10 BauNVO wesentlich unterscheiden. Bezogen auf Ferienhaus- und Kurgebiete bedeutet das insbesondere eine Unterscheidung von den Dauerwohngebieten (§§ 8 ff. BauNVO): die in ihnen belegenen Wohnungen sind nicht zur Dauernutzung durch ein und dieselbe Person vorgesehen. Verdeutlicht wird der Zweck eines Ferienhausgebietes als Sondergebiet, das der Erholung dient, in § 10 BauNVO i. d. F. vom 15. 9. 1977. Nach § 10 Abs. 4 Satz 1 BauNVO sind in Ferienhausgebieten Ferienhäuser zulässig, die aufgrund ihrer Lage, Größe, Ausstattung, Erschließung und Versorgung für den Erholungsaufenthalt geeignet und dazu bestimmt sind, überwiegend und auf Dauer einem wechselnden Personenkreis zur Erholung zu dienen. Wenn auch das Wort „überwiegend“ zum Ausdruck bringt, daß es in Ferienhäusern auch Dauerwohnungen geben darf (z. B. Hausmeister usw.), ist grundsätzlich die dauernde wohnliche Nutzung durch die nämliche Person ggf. eine nach Landesrecht genehmigungspflichtige Nutzungsänderung, die genehmigungslose derartige Nutzung rechtswidrig und nach Maßgabe des Landesrechts ggf. untersagbar bzw. als Ordnungswidrigkeit zu ahnden (vgl. hierzu Fickert/Fieseler, 4. Aufl., § 10 BauNVO TZ 23). Gleichartige Grundsätze gelten für Wohnungen in Kurgebieten.

Im Hinblick auf die rechtliche Unzulässigkeit dauernden Bewohnens durch dieselbe Person hat das BVerwG in ständiger Rechtsprechung Ferienhäusern die Anerkennung als steuerbegünstigte Wohnung i. S. des § 82 II. WoBauG versagt (vgl. Urteile vom 27. 4. 1977 – VIII C 43/76 – Steuerrechtsprechung in Karteiform – StRK –, Zweites Wohnungsbaugetsetz § 82, Rechtsspruch 18, und vom 3. 8. 1977 – VIII C 59/76 – StRK, Zweites Wohnungsbaugetsetz, § 82, Rechtsspruch 19). Maßgebend für die Rechtsauffassung des BVerwG ist im Ausgangspunkt die Überlegung, die Zielsetzung in § 1 Abs. 2 Satz 1 II. WoBauG – die Linderung der Wohnungsnot – setze voraus, daß die Wohnung, für die die Begünstigung begeht wird, im Zeitpunkt der Bezugsfertigkeit nicht nur tatsächlich, sondern auch rechtlich zur Dauernutzung geeignet sein müsse.

Die Grundsätze dieser Rechtsprechung sind auf das GrEStEigWoG nicht übertragbar. Die Zielsetzung dieses Gesetzes ist eine dem II. WoBauG gegenüber andere; es dient nicht der Linderung der Wohnungsnot, sondern primär der Vermögensbildung, daneben der Verfolgung städtebaulicher, wohnungspolitischer und arbeitsmarktpolitischer Ziele. Der Gesetzgeber hat damit Abstand von der Koppelung an das II. WoBauG genommen. Auch hat er sich nicht der Begriffe „Eigenheim“, „Familienheim“ oder „eigengenutzte Eigentumswohnung“ aus diesem Gesetz bedient, sondern steuerrechtlich vorgeprägter Begriffe bzw. des Rechtsbegriffs der Eigentumswohnung.

Auch die Urteile des VIII. Senats des BFH vom 25. 4. 1972 – VIII R 59/69 – (BFHE 106, 53, BStBl II 1972, 670; ergangen zu

§ 54 EStG 1965) und vom 18. 7. 1978 – VIII R 94/77 – (BFHE 125, 454, BStBl II 1978, 593 – MittRhNotK 1979, 68), wonach es bei Anwendung von § 7b EStG stets erforderlich ist, daß die Wohnung rechtlich und tatsächlich zur Dauernutzung geeignet ist, können zur Auslegung der Begriffe des GrESTEigWoG nicht herangezogen werden. Zweck der Steuervergünstigung des § 7b EStG war ursprünglich lediglich die Förderung des Wohnungsbaues (vgl. BFH-Urteil vom 8. 11. 1977 – VIII R 110/76; BFHE 123, 560, BStBl II 1978, 82); die Zielrichtung entsprach insoweit der des § 1 Abs. 2 Satz 1 II. WoBauG. Dieser Zweck ist auch bis zum Erlass des Gesetzes über steuerliche Vergünstigungen bei der Herstellung oder Anschaffung bestimmter Wohngebäude vom 11. 7. 1977 (BGBl. I 1977, 1213), dessen Art. 3 das GrESTEigWoG bildet, im Vordergrund geblieben. Nunmehr aber ist die Abschreibungsvergünstigung des § 7b EStG i. d. F. durch Art. 1 Nr. 1 des genannten Gesetzes auf alle Anschaffungen von Einfamilienhäusern, Zweifamilienhäusern und Eigentumswohnungen erstreckt worden, und zwar ohne Rücksicht darauf, wann sie hergestellt worden sind. Diese veränderte Rechtslage hat ihren Grund in der veränderten Zielsetzung. Die Entscheidung des VIII. Senats können deshalb auf das Grunderwerbsteuerbefreiungsgesetz nicht übertragen werden, das wohnungsbaufördernde Ziele nicht unmittelbar verfolgt.

2. Die Grunderwerbsteuerbefreiung für das als solches begünstigte Objekt kann auch nicht deshalb schon von vornherein versagt werden, weil die Bedingung der mindestens einjährigen ununterbrochenen Nutzung zu Wohnzwecken im Ausmaß von mehr als 66% v.H. innerhalb des Fünfjahreszeitraumes nicht eintreten könnte. Das Bewohnen einer Wohnung ist in erster Linie ein rein tatsächlicher Zustand, der von seiner planungs- und bauordnungsrechtlichen Zulässigkeit unabhängig ist (vgl. auch § 40 AO 1977). Die Frage, ob dieses Tatbestandsmerkmal erfüllt ist oder die Steuerbefreiung mit Wirkung für die Vergangenheit mangels Erfüllung

dieses Tatbestandsmerkmals entfällt (§ 3 Abs. 1 Satz 1 GrESTEigWoG), stellt sich erst nach Ablauf der Fünfjahresfrist. Für die materiell vorläufige Befreiung muß es jedenfalls genügen, daß der Erwerber in glaubhafter Weise erklärt, er werde die Bedingung erfüllen, und dies nach den objektiven Gegebenheiten möglich erscheint. Nicht entgegengehalten werden kann dem Erwerber in diesem Stadium, daß die beabsichtigte Nutzung planungswidrig sei, weil nach allgemeiner Lebenserfahrung die planungswidrige Nutzung geduldet, insbesondere nicht vor Ablauf eines Jahres beendet wird.

3. Da der für die Berechnung der Steuer maßgebende Wert den Freibetrag von 250 000 DM (§ 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GrESTEigWoG) um 12 000 DM übersteigt, war die Steuer unter Aufhebung des angefochtenen Urteils und in Abänderung des angefochtenen Bescheids in Gestalt der Einspruchentscheidung wie erfolgt festzusetzen!

Anm. d. Schriftl.: Nachdem schon der III. Senat des BFH in seiner Grundsatzentscheidung vom 25. 5. 1979 – III R 41/78 – BStBl. II 1979, 534, entschieden hat, daß die Belegenheit des Grundstücks in einem im Bebauungsplan ausgewiesenen Wochenendhausgebiet bewertungsrechtlich nicht der Artfeststellung als Einfamilienhaus entgegensteht, hält auch der II. Senat diesen Umstand im Rahmen des GrESTEigWoG für irrelevant. Es bleibt abzuwarten, ob sich der VIII. Senat unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung zu § 7b EStG (vgl. MittRhNotK 1979, 68) dieser Ansicht anschließen wird.

Nicht anwendbar sind nach Auffassung des II. Senats die Grundsätze der Rechtsprechung des BVerwG zur Nichtanerkennung von Ferienhäusern als steuerbegünstigte Wohnungen im Sinne des § 82 II. WoBauG, die zugleich für die Befreiung von den Gerichtsgebühren nach dem WoGebBefG von Bedeutung ist.

Mitteilungen

1. Notarrecht – Übertragung von Befugnissen der Landesjustizverwaltung nach der BNotO

(JuMin NW, VO zur Änderung der VO über die Übertragung von Befugnissen der Landesjustizverwaltung nach der BNotO vom 28. 11. 1980 – GV. NW. 1980, 1083)

Aufgrund des § 112 BNotO in der Fassung der Bekanntmachung vom 24. 2. 1961 (BGBl. I, S. 97), zuletzt geändert durch Gesetz vom 20. 8. 1975 (BGBl. I, S. 2258), wird verordnet:

Artikel I

Die Verordnung über die Übertragung von Befugnissen der Landesjustizverwaltung nach der Bundesnotarordnung vom 16. 3. 1961 (GV. NW. S. 164) wird wie folgt geändert:

1. Der Eingangssatz in § 1 erhält folgende Fassung:
„Nachstehende Befugnisse, die nach der Bundesnotarordnung der Landesjustizverwaltung zustehen, werden auf die Präsidenten der Oberlandesgerichte übertragen.“
2. Nach Nr. 6 wird folgende Nr. 7 angefügt:
„7. die Entscheidung über die Änderung oder Feststellung des – bestehenden – engeren räumlichen Amtsreichs eines Notars.“

Artikel II

Diese Verordnung tritt am Tage nach der Verkündung in Kraft.

2. Notarrecht/Grundbuchrecht – Ausfertigung der Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldbriefe

(JuMin NW, AV vom 5. 1. 1981 – 3851 – I B. 2 – JMBI. NW 1981, 41)

Im JMBI. NW 1981, 41, ist die AV des JuMin NW vom 5. 1. 1981 zur Ausfertigung der Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldbriefe bekannt gemacht worden. Unter anderem ist in dieser AV unter II 5. b) bestimmt: „Andere Gerichte und Notare, die einen Teilbrief hergestellt haben, sind verpflichtet, die Gruppe und die Nummer des Teilbriefes sowie den Betrag, auf den er sich bezieht, zu Ihren Akten zu vermerken und dem Grundbuchamt, das den Stammbrief ausgestellt hat, mitzuteilen. Das Grundbuchamt hat diese Angaben auf dem Entwurf des Stammbriefs in den Grundakten zu vermerken.“

3. Steuerrecht/Einkommensteuer – Erhöhte Absetzungen nach § 7b EStG/Objektbeschränkung bei Ehegatten

(Erl. Senator für Finanzen Berlin vom 14. 10. 1980 – III B 1 – S 2197 – 6/79)

Zur Frage, ob ein Steuerpflichtiger, der zusammen mit seinem inzwischen verstorbenen Ehegatten Eigentümer eines nach § 7b EStG begünstigten Gebäudes war und durch den Tod