

Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer

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

Nr. 10

MittRhNotK

Oktober 1983

Vereinbarungen nach § 1010 Abs. 1 BGB in der notariellen Praxis

(von Notarassessor Reinhard Döbler aus Kaarst)

- A. Einleitung
 - B. Die einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 1010 Abs. 1 BGB
 - I. Miteigentum an einem Grundstück
 - 1. Entstehung von Miteigentum
 - 2. Gesamthandsgemeinschaften
 - 3. Sonstige gemeinschaftliche Rechtspositionen der Miteigentümer
 - 4. Veräußerung eines Anteils an mehrere Erwerber
 - 5. Verhältnis zwischen Eigentümer und Nießbraucher
 - 6. Wohnungseigentum und Erbbaurecht
 - II. Verwaltung und Benutzung
 - 1. Definitionen
 - 2. Die Ausgestaltung der vertraglichen Regelung
 - a) Bestellung eines Verwalters
 - b) Eigennutzung bzw. Vermietung oder Verpachtung
 - c) Begünstigung dritter Personen
 - d) Sonstige Bestimmungen
 - 3. Die Verteilung von Lasten und Kosten
 - a) Definitionen
 - b) Vom Gesetz abweichende Regelungen
 - 4. Änderung einer vertraglichen Regelung
 - 5. Regelung durch Mehrheitsbeschluß
 - a) Anspruch der Mehrheit auf Abgabe der Eintragungsbewilligung
 - b) Verfahren bei der Beschlußfassung
 - c) Außenwirkung des Beschlusses
 - d) Grenzen einer Regelung durch Beschluß
 - 6. Regelung durch Urteil
 - III. Ausschluß des Rechts auf Aufhebung der Gemeinschaft
 - 1. Ausdrücklich zugelassene Gestaltungsmöglichkeiten
 - 2. Abgrenzung Aufhebungsverbot/Teilungsvereinbarung
 - a) Erfordernis der Zustimmung dritter Personen
 - b) Modifikation der Versteigerungsbedingungen
 - c) Verzicht einzelner Miteigentümer auf das Aufhebungsrecht
 - d) Vereinbarung über flächenmäßige Teilung
 - 3. Verfügung über den Anteil
 - C. Weitere Vereinbarungen außerhalb des Normbereichs von § 1010 Abs. 1 BGB
 - D. Das Eintragungsverfahren für den Vermerk nach § 1010 Abs. 1 BGB
 - I. Rechtsnatur der Eintragung
 - II. Einzelfragen der Eintragungsbewilligung
 - 1. Angabe des Berechtigten
 - 2. Bezugnahme auf Lagepläne oder Skizzen
 - 3. Beteiligung von Minderjährigen
 - III. Fassung der Grundbucheintragung
 - IV. Kosten
 - E. Exkurs: Eintragungen nach § 1010 Abs. 2 BGB
 - I. Verhältnis zu §§ 755, 756 BGB
 - II. Bedeutung in der notariellen Praxis
 - III. Rechtsnatur der Eintragung
 - IV. Eintragungsverfahren
 - V. Sonstige Besonderheiten
 - F. Wirkung der Eintragung nach § 1010 Abs. 1 BGB
 - I. Begriff des Sondernachfolgers
 - II. Vereinbarungen ohne Eintragung in das Grundbuch
 - G. Bedeutung des Vermerks nach § 1010 Abs. 1 BGB in der Zwangsvollstreckung
 - I. Versteigerung eines Miteigentumsanteils
 - II. Versteigerung des gemeinschaftlichen Grundstücks durch den Gläubiger eines Miteigentümers
 - 1. Pfändung des Aufhebungsanspruchs
 - 2. Wirkung eines Aufhebungsausschlusses gegenüber der Pfändung
 - 3. Folge des Zuschlags an den Ersteher
 - H. Schlußbetrachtung
- A.**
Einleitung
- Es ist den Miteigentümern eines Grundstücks infolge der bestehenden Vertragsfreiheit möglich, ihre Beziehungen untereinander und zum gemeinschaftlichen Grundstück beliebig und formlos zu regeln. Solche Vereinbarungen wirken allerdings nur relativ, d. h. nur unter den jeweiligen Teilhabern. Regelungen der Verwaltung und Benutzung sowie ein Ausschluß des Rechts, jederzeit die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen zu können, haben jedoch häufig den Zweck, der Gemeinschaft einen bestimmten inneren Status zu verleihen¹. Dies wird vom Gesetz anerkannt und dadurch verwirklicht, daß Sondernachfolger eines Teilhabers an einer Bruchteilsgemeinschaft nach §§ 746, 751 BGB an solche Vereinbarungen gebunden sind unabhängig von einer entsprechenden Kenntnis. § 1010 Abs. 1 BGB macht in Abweichung hier-

¹ MünchKomm/Schmidt, § 746 BGB, Rd.-Nr. 1.

von die Wirkung gegenüber Sondernachfolgern von der Eintragung im Grundbuch abhängig. Der Sondernachfolger eines Grundstücksmiteigentümers soll gegen ihm unbekanntes Vereinbarungen geschützt werden². Im übrigen sind jedoch die Vorschriften der §§ 741 ff. BGB ohne weiteres anwendbar; Grundstücksmiteigentümer bilden eine Bruchteilsgemeinschaft³. Soweit im folgenden die einzelnen Tatbestandsmerkmale und Fallgruppen des § 1010 BGB erläutert werden, wird daher auch auf die §§ 741 ff. BGB einzugehen sein.

B.

Die einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 1010 Abs. 1 BGB

I. Miteigentum an einem Grundstück

1. Entstehung von Miteigentum

Miteigentum an Grundstücken entsteht ausnahmslos durch die Veräußerung und den Erwerb von Anteilen; es gibt keine gesetzlichen Entstehungsgründe. Insbesondere existiert im Liegenschaftsrecht kein Tatbestand, der dem der Verbindung oder Vermischung im Recht der beweglichen Sachen (§§ 947 und 948 BGB) entspricht. Der Fall des § 890 BGB, wonach Grundstücke vereinigt oder ein Grundstück dem anderen als Bestandteil zugeschrieben werden kann, setzt voraus, daß beide Grundstücke schon demselben Eigentümer gehören⁴. Im Falle des unentschuldigten Überbaues tritt reale Eigentumsaufteilung auf der Grenze ein mit der Folge, daß die Grundstücksnachbarn Miteigentümer des Gebäudes werden; die Eigentumsverhältnisse an den beiden Nachbargrundstücken selbst bleiben unberührt⁵.

Eine Vorratsteilung in der Hand eines Alleineigentümers, wie sie § 8 WEG kennt, gibt es zur Begründung von Miteigentum an Grundstücken nicht⁶. Auch können Miteigentumsbruchteile in der Hand eines Alleineigentümers nicht selbständig belastet werden⁷. Hiervon wird zwar dann eine Ausnahme gemacht, wenn sich ein Grundstück in der Hand eines Alleineigentümers befindet, aber Miteigentumsanteile gem. § 3 Abs. 3 GBO selbständig bei verschiedenen anderen, demselben Eigentümer gehörenden Hauptgrundstücken gebucht sind (z. B. Anteile an Wege- und Grünflächen); in diesen Fällen wird eine gesonderte Belastung der Miteigentumsanteile zugelassen⁸. Die Möglichkeit einer Quotenbelastung bedeutet aber nicht, daß ein Alleineigentümer hier Miteigentümervereinbarungen nach § 1010 BGB treffen könnte. § 1010 BGB geht eindeutig davon aus, daß das betreffende Grundstück im Miteigentum mehrerer Personen stehen muß. Dieses Tatbestandsmerkmal ist auch dann nicht erfüllt, wenn verschiedene Miteigentumsanteile nach § 3 Abs. 3 GBO getrennt gebucht sind.

2. Gesamthandsgemeinschaften

Eine Miteigentümergeinschaft im Sinne des § 1010 BGB liegt dann nicht vor, wenn ein Grundstück im Eigentum mehrerer Personen steht, die unter sich eine Gesamthandsgemeinschaft bilden⁹. Dies gilt trotz der ausdrücklichen Verweisung in § 2044 Abs. 1 Satz 2 BGB auf die Vorschrift des § 1010 Abs. 1 BGB auch für die Erbengemeinschaft. Nach § 2044 Abs. 1 BGB kann der Erblasser durch letztwillige Verfügung die Auseinandersetzung in Ansehung des Nachlasses oder einzelner Nachlassgegenstände ausschließen oder erschweren. Weiter können natürlich auch die Erben durch eine freiwillige Vereinbarung dahingehende Regelungen treffen. Soweit von einem solchen Aufhebungsausschluß oder

einer Erschwerung der Aufhebung Grundstücke betroffen sind, die zum Nachlaß gehören, gelten die Anordnungen des Erblassers gegenüber dem Sondernachfolger eines Miterben unmittelbar und ohne weitere Voraussetzungen; bei einer Vereinbarung der Miterben ergibt sich die Wirkung gegenüber dem Sondernachfolger aus §§ 2042 Abs. 2, 751 Satz 1 BGB. Einer Eintragung in das Grundbuch bedarf es nach einhelliger Auffassung nicht. Die Verweisung auf die Vorschrift des § 1010 Abs. 1 BGB greift erst dann ein, wenn der Erblasser die Überführung eines zum Nachlaß gehörigen Grundstücks in Miteigentum der Miterben vorgesehen und dann den einzelnen Beteiligten einen Anspruch darauf vermachte hat, daß die Aufhebung der Gemeinschaft nicht verlangt werden darf oder erschwert ist¹⁰.

3. Sonstige gemeinschaftliche Rechtspositionen der Miteigentümer

Nach § 1010 Abs. 1 BGB können nur solche Vereinbarungen in das Grundbuch eingetragen werden, die Regelungen bezüglich des gemeinschaftlichen Grundstücks enthalten. Es kommt in der Praxis immer wieder vor, daß die Miteigentümer des Grundstücks daneben noch Teilhaber weiterer Rechte oder Berechtigungen sind, die rechtlich oder wirtschaftlich mit dem gemeinschaftlichen Grundstück im Zusammenhang stehen. Dieser Zusammenhang führt jedoch nicht dazu, daß Regelungen über die den Miteigentümern sonst noch zustehenden Rechte in das Grundbuch eingetragen werden können, selbst wenn hierfür in der Praxis ein erhebliches Bedürfnis vorhanden sein mag.

Besteht zugunsten des gemeinschaftlichen Grundstücks eine Grunddienstbarkeit an einem Nachbargrundstück und haben die Miteigentümer in Ausübung dieser Grunddienstbarkeit auf dem Nachbargrundstück ein Bauwerk errichtet, so können Vereinbarungen der Miteigentümer über die Verwaltung und Benutzung dieses Bauwerks weder in das Grundbuch des mit der Grunddienstbarkeit belasteten Grundstücks noch in das Grundbuch des gemeinschaftlichen, herrschenden Grundstücks eingetragen werden¹¹. Die zur Verwaltung und Benutzung des Bauwerks getroffenen Vereinbarungen wirken vielmehr nach § 746 BGB unmittelbar gegenüber dem Sondernachfolger eines Miteigentümers, denn eine Grunddienstbarkeit steht den Miteigentümern des herrschenden Grundstücks ohne weiteres in Bruchteilsgemeinschaft nach §§ 741 ff. BGB zu¹².

4. Veräußerung eines Anteils an mehrere Erwerber

Eine andere Sachlage ergibt sich dann, wenn die Benutzung des gemeinschaftlichen Grundstücks zwischen den Miteigentümern flächenmäßig geregelt worden ist. Veräußert ein Miteigentümer in einem solchen Falle den ihm gehörenden Anteil an mehrere Personen zu Bruchteilen, so entsteht in Ansehung des ursprünglichen Miteigentumsanteils keine Untergemeinschaft. Die einzelnen Erwerber werden Eigentümer der ihnen übertragenen Anteile, die sodann gleichberechtigt (bis auf die Höhe) neben den übrigen vorhandenen Miteigentumsanteilen stehen¹³. Wollen dann die Erwerber das Nutzungsrecht, das dem Veräußerer des ursprünglichen Anteils zustand, unter sich aufteilen, so liegt eine Regelung zwischen Miteigentümern hinsichtlich der (teilweisen) Benutzung des gemeinschaftlichen Grundstücks vor. Die Vereinbarung der Erwerber untereinander gilt gegenüber ihren Rechtsnachfolgern nur unter den Voraussetzungen des § 1010 Abs. 1 BGB; sie kann in das Grundbuch eingetragen

2 MünchKomm/Schmidt, § 1010 BGB, Rd.-Nr. 1.

3 BGHZ 36, 187, 189 = NJW 1962, 633, 634.

4 Palandt/Bassenge, 41. Aufl., § 890 BGB, Anm. 2.

5 BGHZ 27, 204, 207 = NJW 1958, 1182.

6 MünchKomm/Schmidt, § 1008 BGB, Rd.-Nr. 3; Erman/Ronke, 7. Aufl., § 1008 BGB, Rd.-Nr. 4.

7 RGZ 68, 79, 80; 88, 21, 26; BayObLGZ 1968, 104, 106 = DNotZ 1968, 626, 628; BayObLGZ 1974, 466, 468 = DNotZ 1976, 28, 29.

8 BayObLGZ 1974, 470 = DNotZ 1976, 30.

9 RGRK/Pikart, 12. Aufl., § 1010 BGB, Rd.-Nr. 12.

10 KG JW 1935, 3121; DNotZ 1944, 15; BayObLGZ 1952, 231, 246; RGRK/Krege, 12. Aufl., § 2044 BGB, Rd.-Nr. 7; Erman/Schlüter, § 2044 BGB, Rd.-Nr. 9.

11 BayObLG Rpfleger 1979, 420 = DNotZ 1980, 364, 365.

12 Hllgers, MittRhNotK 1970, 627, 634.

13 KGJ 51, 198, 201; BGHZ 13, 133, 141 = DNotZ 1954, 385, 389; BayObLGZ 1958, 197, 201; LG Mönchengladbach DNotZ 1967, 434, 435.

werden. Im Ergebnis führt die hier vertretene Auffassung dazu, daß hinsichtlich des ursprünglichen Miteigentumsanteils eine Untergemeinschaft nicht entsteht, wohl aber hinsichtlich der ursprünglichen Nutzungsberechtigung. Nicht zulässig ist dagegen die Eintragung von Sondervereinbarungen der Erwerber, denen die bereits eingetragene Regelung entgegensteht¹⁴.

5. Verhältnis zwischen Eigentümer und Nießbraucher

Wird zwischen dem Eigentümer und einem Nießbrauchsberechtigten eine Verwaltungs- und Benutzungsregelung getroffen, so handelt es sich nicht um Regelungen hinsichtlich eines gemeinschaftlichen Grundstücks. Zwischen diesen beiden Personen besteht eine tatsächliche Nutzungsgemeinschaft, auf die die Vorschriften der §§ 741 ff. BGB lediglich entsprechend anzuwenden sind¹⁵. Eine analoge Anwendung des § 1010 Abs. 1 BGB kommt wegen des Ausnahmeharakters dieser Vorschrift nicht in Betracht¹⁶. Vereinbarungen zwischen dem Alleineigentümer und dem Nießbraucher gelten nach § 746 BGB ohne Eintragung in das Grundbuch gegenüber den Sondernachfolgern des Eigentümers¹⁷. Dies gilt selbst dann, wenn nur ein Bruchteil des Grundstücks mit einem Nießbrauchsrecht belastet ist. Die Belastung eines Miteigentumsanteils durch einen Alleineigentümer mit einem Nießbrauchsrecht ist – anders als bei Grundpfandrechten – ohne weiteres möglich¹⁸. Hier kann durch Veräußerung des belasteten oder des unbelasteten Miteigentumsanteils eine Gemeinschaft entstehen, in der nach § 1066 BGB der Nießbraucher die Rechte des einen Miteigentümers ausübt. Hinsichtlich der (ursprünglichen) Vereinbarung zwischen Alleineigentümer und Anteilsnießbraucher liegt ein Fall des § 1010 Abs. 1 BGB dennoch nicht vor. Der den (belasteten oder unbelasteten) Anteil erwerbende Miteigentümer ist nicht Sondernachfolger eines Miteigentümers, sondern des ehemaligen Alleineigentümers. Diesen Umstand einschließlich der unmittelbaren Geltung des § 746 BGB scheint Promberger¹⁹ zu übersehen, der Verwaltungs- und Benutzungsregelungen zwischen Bruchteilnießbraucher und Alleineigentümer für eintragungsbedürftig und eintragungsfähig hält.

6. Wohnungseigentum und Erbbaurecht

Die Vorschrift des § 1010 BGB ist dort anwendbar, wo die Vorschriften über Grundstücke entsprechend gelten. Dies ist insbesondere im Bereich des Wohnungseigentumsrechts (§ 6 WEG) und beim Erbbaurecht (§ 11 ErbbauVO) der Fall.

Probleme ergeben sich dann, wenn mit einem Wohnungs- oder Teileigentum das Sondernutzungsrecht nach §§ 15 Abs. 1, 10 Abs. 2, 5 Abs. 4 WEG an bestimmten Flächen, zum Beispiel einer Gartenfläche, verbunden ist. Steht das betreffende Wohnungs- oder Teileigentum im gemeinschaftlichen Eigentum mehrerer Miteigentümer, so sind Regelungen, die diese zur Benutzung der Freifläche treffen, nach § 1010 Abs. 1 BGB in das Grundbuch eintragbar. Es handelt sich in diesem Fall um eine Vereinbarung zur Benutzung des Sondereigentums, da das Sondernutzungsrecht durch die Eintragung im Grundbuch zum Inhalt des Sondereigentums wird²⁰.

Wird hingegen ein Wohnungs- bzw. Teileigentum weiter unterteilt in mehrere abgeschlossene Einheiten²¹, so können Regelungen über die Ausübung des bestehenden Sondernutzungsrechts unmittelbar als Inhaltsänderung des ur-

sprünglich einheitlichen Sondereigentums in das Grundbuch eingetragen werden²²; ein Fall des § 1010 Abs. 1 BGB liegt hier nicht vor.

II. Verwaltung und Benutzung

1. Definitionen

Eine Definition dieser Begriffe enthält das Gesetz nicht. Allgemein werden unter „Verwaltung“ alle jene Maßregeln verstanden, die in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung in den Rahmen einer ordnungsmäßigen Geschäftsführung zum Besten aller fallen²³. Unter „Benutzung“ (= rein tatsächlicher Gebrauch) begreift man dagegen Tätigkeiten, bei denen das eigene Interesse des handelnden Teilhabers im Vordergrund steht²⁴. Nutzungen im Sinne des § 100 BGB fallen begrifflich nicht hierunter. Gleichwohl läßt sich eine Verteilung der Nutzungen, insbesondere der Früchte, mit Wirkung gegen etwaige Rechtsnachfolger vereinbaren. Die überwiegende Meinung versteht den Begriff der „Verwaltung“ auch dahingehend, daß die Ziehung der Nutzungen aus dem gemeinschaftlichen Gegenstand als Verwaltungshandlung angesehen wird²⁵.

Die Grenze zwischen Verwaltung und Benutzung kann im Einzelfall schwer zu ziehen sein. Die Unterscheidung ist in der notariellen Praxis aber nur von untergeordneter Bedeutung. Haben die Beteiligten die Verwaltung und/oder Benutzung eines Grundstücks geregelt, so ergeben sich aus der Klassifizierung der einzelnen Regelungen keine weiteren Rechtsfolgen. Allenfalls der Rechtspfleger wird sich, wenn er die Regelung nur schlagwortartig unter Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung in das Grundbuch eintragen will, Gedanken darüber machen müssen, wie die Regelung einzuordnen ist.

Praktische Bedeutung erlangt die Unterscheidung der Begriffe „Verwaltung“ und „Benutzung“ allerdings, wenn die Miteigentümer insoweit keine besonderen Vereinbarungen getroffen haben. Dann kann eine Verwaltungsmaßnahme nur von allen Teilhabern gemeinschaftlich vorgenommen werden (sofern es sich nicht um eine Notmaßnahme zur Erhaltung des Grundstücks bzw. Gebäudes nach § 744 Abs. 2 BGB handelt), § 744 Abs. 1 BGB. Anders verhält es sich dagegen mit der Benutzung des Grundstücks durch die Miteigentümer selbst. Hier ist jeder Teilhaber zum beliebigen Gebrauch befugt, soweit er nicht dadurch den Mitgebrauch der übrigen beeinträchtigt, § 743 Abs. 2 BGB. Alle Miteigentümer sind – unabhängig von den ihnen jeweils zustehenden Quoten – gleichberechtigt²⁶. Bei Streitigkeiten über eine von einem Teilhaber getroffene Maßnahme hängt die Beurteilung ihrer Zulässigkeit wesentlich davon ab, ob es sich um die Verwaltung oder die Benutzung des Grundstücks handelt.

2. Die Ausgestaltung der vertraglichen Regelung

Regelungen zur Verwaltung und Benutzung des gemeinschaftlichen Grundstücks können nach §§ 743–745 BGB auf drei Arten zustande kommen:

- durch vertragliche Vereinbarung aller Miteigentümer,
- durch Mehrheitsbeschluß nach § 745 Abs. 1 BGB und
- durch Urteil nach § 745 Abs. 2 BGB.

In der notariellen Praxis treten am häufigsten die Fälle auf, in denen alle Miteigentümer den Weg zum Notar suchen und

14 LG Berlin NJW 1956, 471.

15 BGH WM 1983, 314, 315; Hilgers (o. Fn. 12), 635, 636.

16 LG München I MittBayNot 1972, 294, 296.

17 LG München I a.a.O.

18 Palandt/Bassenge, § 1030 BGB, Anm. 2a, § 1114 BGB, Anm. 1.

19 MittBayNot 1972, 297; vgl. auch Erman/Ronke, § 1010 BGB, Rd.-Nr. 7.

20 BGH DNotZ 1979, 168, 170.

21 Zulässig ohne Mitwirkung der übrigen Wohnungs- bzw. Teileigentümer, vgl. BGH DNotZ 1979, 493, 494; LG München I MittBayNot 1971, 242, 243 = MittRhNotK 1972, 16, 19.

22 Folge der Entscheidung des BGH DNotZ 1979, 168, 170.

23 Hilgers (o. Fn. 12), 638; MünchKomm/Schmidt, §§ 744, 745 BGB, Rd.-Nr. 2.

24 Hilgers (o. Fn. 12), 639.

25 BGH NJW 1966, 1707, 1708; OLG Frankfurt NJW 1958, 65 = MittRhNotK 1958, 5, 6; Hilgers (o. Fn. 12), 639 u. 646; MünchKomm/Schmidt § 743 BGB, Rd.-Nr. 3 m.w.N.; Staudinger/Huber, 12. Aufl., § 743 BGB, Rd.-Nr. 2.

26 Tzermias, AcP 157, 455, 456.

eine einverständliche Regelung treffen. Hier sind dann wegen des Grundsatzes der Vertragsfreiheit Verwaltungs- und Benutzungsregelungen im weitesten Umfang möglich und zulässig²⁷, was sich nicht zuletzt darin zeigen dürfte, daß es auffällig wenig Rechtsprechung zu diesem Problemkreis gibt.

a) Bestellung eines Verwalters

Die Miteigentümer können einen Verwalter bestellen, der dann mit ihrer Vertretung beauftragt wird²⁸. Die Tätigkeit des Verwalters kann als entgeltliche oder unentgeltliche vorgesehen werden, worauf dann je nach Ausgestaltung entweder Dienstvertrags- oder Auftragsrecht anzuwenden ist²⁹. Zum Verwalter bestellt werden kann einer der Miteigentümer oder ein Dritter. Auch das Verfahren zur Bestellung und Abberufung des Verwalters kann Gegenstand einer Miteigentümergeinschaftsvereinbarung sein. Möglich ist weiter, daß die Beteiligten die Zulässigkeit einer Verwaltung durch Mehrheitsbeschluß (§ 745 Abs. 1 BGB) qualifizierter regeln als das Gesetz oder diese sogar ganz ausschließen (Erfordernis der Einstimmigkeit)³⁰.

Nach Auffassung des OLG Hamm³¹ können solche Vereinbarungen, die im Ergebnis dazu führen, daß sich die Miteigentümer eine „Satzung“ geben, nicht in das Grundbuch eingetragen werden. Danach gehören Bestimmungen über Vertretung, Organe, Stimmrecht, Einberufung, Beschlußfähigkeit der Eigentümerversammlung usw. ihrem Inhalt nach nicht in das Grundbuch³². Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Die Aufnahme von Regelungen zu allen beanstandeten Punkten in das WEG (§§ 20 ff.) unter dem Abschnitt „Verwaltung“ zeigt vielmehr, daß Regelungen dieser Art entgegen der Auffassung des OLG Hamm nicht in erster Linie das „Organisationsstatut einer Personenmehrheit“ darstellen, sondern unmittelbar mit der Verwaltung des gemeinschaftlichen Grundstücks in Zusammenhang stehen und die Verwaltung ermöglichen bzw. erleichtern sollen. Eine andere Frage, die vom OLG Hamm nicht geprüft wurde, ist, ob derart umfassende Vereinbarungen, insbesondere über Eigentümerversammlung und Stimmrecht, durch Mehrheitsbeschluß der Miteigentümer eingeführt werden können³³. Werden die vorstehend beschriebenen Bestimmungen hingegen von allen Miteigentümern einverständlich getroffen, so muß diese Verwaltungsregelung dann in das Grundbuch eingetragen werden können.

b) Eigennutzung bzw. Vermietung oder Verpachtung

Eine Verwaltungs- und Benutzungsregelung wird regelmäßig auch Bestimmungen über die Art der Benutzung durch die Miteigentümer enthalten. Vermietung bzw. Verpachtung des Grundstücks oder Eigennutzung durch die Gemeinschaft ist eine grundsätzliche Entscheidung³⁴, deren Bestand durch die Eintragung ins Grundbuch gesichert werden kann.

Entscheidet sich die Eigentümergemeinschaft für eine gänzliche Vermietung bzw. Verpachtung des gemeinsamen Grundstücks, so dürfte es zweckmäßig sein, auch Regelungen zu treffen über die Einziehung des Miet- bzw. Pachtzinses, die Lasten- und Kostentragung und die Durchführung von Instandsetzungen.

Eine Eigennutzung durch die Miteigentümer wird häufig so aussehen, daß allen oder einzelnen von ihnen bestimmte Teile des gemeinsamen Grundstücks zur alleinigen Berechti-

gung zugewiesen werden. So können sich etwa mehrere Landwirte über die von einem jeden zu bearbeitende Teilfläche eines gemeinsamen Ackers auch mit Wirkung gegen etwaige Sondernachfolger verständigen. Bei Wohnhäusern läßt sich über entsprechende Vereinbarungen das „uneigentliche Stockwerkseigentum“ wieder einführen³⁵. In letzterem Falle kann die Art der Benutzung auch offen bleiben und es jedem Beteiligten überlassen werden, ob er die ihm zugewiesene Wohnung selbst nutzt oder eine Vermietung auf eigene Rechnung vornimmt. Entsprechendes gilt, wenn ein gemeinsames Grundstück mit mehreren Gebäuden bebaut ist und jeweils ein Gebäude einem Miteigentümer zur alleinigen Nutzung (Gebrauch oder Fruchtziehung) zugewiesen wird³⁶. Soweit in diesem Zusammenhang ein Miteigentümer mehr Flächen zur Nutzung erhält als ihm nach seinem Miteigentumsanteil zustehen, läßt sich eine Korrektur über Ausgleichszahlungen an die anderen Beteiligten herbeiführen.

c) Begünstigung dritter Personen

Verwaltungs- und Benutzungsregelungen können auch dergestalt getroffen werden, daß Berechtigter oder Mitberechtigter der Vereinbarung ein außenstehender Dritter ist. Es handelt sich dann um einen echten Vertrag zugunsten Dritter im Sinne der §§ 328 ff. BGB³⁷. Ein Bedürfnis für eine solche Drittberechtigung wird in erster Linie im Rahmen von Übertragungsverträgen bestehen, in denen die Veräußerer Grundbesitz an mehrere Personen zu Miteigentum übertragen und gleichzeitig für die Zukunft (etwa bis zum Tode der Veräußerer) eine bestimmte Verwaltung und Benutzung des übertragenen Grundbesitzes sicherstellen wollen.

Soweit es allerdings darum geht, bestimmte, den Veräußerern vorbehaltene Gebrauchsberechtigungen dinglich abzusichern, dürfte die Miteigentümergeinschaftsvereinbarung im Sinne eines Vertrages zugunsten Dritter dafür nicht das geeignete Rechtsinstitut sein. Hier gewähren Nießbrauch, Wohnungsrecht und andere beschränkte persönliche Dienstbarkeiten einen weitergehenden Schutz der Berechtigten.

d) Sonstige Bestimmungen

In eine Miteigentümergeinschaftsvereinbarung können auch Regelungen aufgenommen werden, die sich unmittelbar aus dem Gesetz ergeben, z. B. daß bestimmte Flächen oder Gerätschaften eines Hauses (Treppen zum Dachboden) gemeinschaftlich benutzt werden dürfen³⁸. Ein rechtliches Interesse an einer solchen Eintragung kann nicht ausgeschlossen werden, da wegen der konkreten Situation des betreffenden Grundstücks immer die Möglichkeit eines Streits der Miteigentümer über den Umfang der Berechtigung zum Gebrauch bestehen kann. Unzulässig, weil überflüssig, wäre erst die Eintragung einer Vereinbarung des Inhalts, daß der Gebrauch des (gesamten) Grundstücks den Miteigentümern gemeinschaftlich zusteht.

3. Die Verteilung von Lasten und Kosten

Gemäß § 748 BGB sind die Miteigentümer nach dem Verhältnis ihrer Anteile verpflichtet, die Lasten sowie die Kosten der Erhaltung, Verwaltung und gemeinschaftlichen Benutzung zu tragen. Besonderer Erörterung bedarf die Frage einer davon abweichenden Regelung der Lasten- und Kostentragung.

27 MünchKomm/Schmidt §§ 744, 745 BGB, Rd.-Nr. 10.

28 MünchKomm/Schmidt, a.a.O., Rd.-Nr. 4; RGRK/v. Gamm, 12. Aufl., §§ 745, 746 BGB, Rd.-Nr. 2.

29 MünchKomm/Schmidt, §§ 744, 745 BGB, Rd.-Nr. 6.

30 Hilgers (o. Fn. 12), 643.

31 ONotZ 1973, 549, 550; vgl. auch BGHZ 25, 311 ff.

32 OLG Hamm a.a.O. 551.

33 Oazu B. II 5. d).

34 Vgl. MünchKomm/Schmidt, §§ 744, 745 BGB, Rd.-Nr. 4.

35 Merzbacher, Recht 1924, 382, 383; RGRK/Pikart, § 1010 BGB, Rd.-Nr. 10.

36 Vgl. BGHZ 40, 326, 327 = ONotZ 1965, 41.

37 Pöschl, BWNotZ 1974, 79, 81; Fließ, BWNotZ 1977, 36, 40.

38 KG OLGE 43, 5.

a) Definitionen

Lasten in diesem Sinne sind die auf dem Grundstück liegenden Verpflichtungen zu solchen Leistungen, die aus dem Grundstück zu entrichten sind und den Nutzungswert mindern³⁹. Hierzu gehören nicht Nießbrauchsrechte, Grunddienstbarkeiten und Vorkaufsrechte⁴⁰, ebensowenig persönliche Verpflichtungen privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur wie z. B. die Streupflicht⁴¹. Beispiele für aus dem Grundstück zu entrichtende Leistungen sind Hypotheken- und Grundschuldzinsen, Prämien der Sachversicherung sowie Grundsteuer und ähnliche Abgabenverpflichtungen⁴². Der Begriff der Kosten von Erhaltung, Verwaltung und gemeinschaftlicher Benutzung ist aus sich selbst heraus ohne weiteres verständlich und bedarf deshalb keiner Definition.

b) Vom Gesetz abweichende Regelungen

Von § 748 BGB abweichende Vereinbarungen sind ohne weiteres möglich⁴³. Umstritten ist jedoch, ob eine dahingehende Bestimmung durch Eintragung in das Grundbuch verdinglicht werden kann.

Das OLG Hamm⁴⁴ und, darauf gestützt, eine in der Literatur weit verbreitete Auffassung⁴⁵ lehnen die Zulässigkeit einer solchen Eintragung ab. Nach dem Wortlaut des § 1010 Abs. 1 BGB würden derartige Regelungen nicht unter die dort vorgesehenen Belastungen fallen, mithin liege ein Verstoß gegen Typenzwang und numerus clausus der Sachenrechte vor.

Diese Argumentation erscheint vordergründig. Es wurde bereits dargelegt, daß der Begriff der Verwaltung auch den der Nutzungen mitumfaßt⁴⁶. Bestimmungen über die Art und die Verteilung der Nutzungen lassen sich ins Grundbuch eintragen und haben damit Wirkung gegenüber einem Sondernachfolger. Die Verteilung von Kosten und Lasten hängt damit so eng zusammen, daß vieles dafür spricht, solche Regelungen ebenfalls unter den Begriff der Verwaltung zu fassen⁴⁷.

Eine untrennbare Verbindung der Vereinbarung über Verwaltung und Benutzung und einer Regelung zur Kosten- und Lastentragung ergibt sich dann, wenn die Miteigentümer die gänzliche Vermietung bzw. Verpachtung des gemeinsamen Grundstücks beschlossen haben. In einem solchen Falle besteht nach einhelliger Auffassung für jeden Miteigentümer von vornherein nur ein Anrecht auf den anteilmäßigen Reinertrag der Nutzungen nach Abzug aller Lasten und Kosten⁴⁸. Haben nun die Miteigentümer, aus welchem Grunde auch immer, die auf die einzelnen Teilhaber entfallenden Anteile am Reinertrag anders verteilt als den Miteigentumsanteilen entspricht, so ist damit zugleich eine von § 748 BGB abweichende Regelung der Kosten- und Lastentragung verbunden. Der Miteigentümer nämlich, der weniger erhält, als ihm nach dem Gesetz zustehen würde, wird durch die getroffene Vereinbarung überproportional mit Lasten und Kosten belegt. Wird in diesem Falle die Vereinbarung der Verwaltungs- und Benutzungsregelung (Vermietung, Verteilung der Reinerträge) in das Grundbuch eingetragen, so wirkt die darin gleichzeitig enthaltene Verteilung der Lasten und Kosten auch gegen den Sondernachfolger eines Miteigentümers. Hier würden auch das OLG Hamm und die ihm folgenden Autoren eine Eintragung in das Grundbuch für zulässig halten,

da offensichtlich eine Verwaltungs- und Benutzungsvereinbarung im Sinne des § 1010 Abs. 1 BGB vorliegt und die gleichzeitig darin liegende Regelung der Kosten- und Lastentragung entweder nicht gesehen oder für nebensächlich gehalten wird.

Benutzen die Miteigentümer das gemeinsame Grundstück ganz oder teilweise selbst oder sind einigen oder allen Miteigentümern Flächen zur Benutzung zugewiesen, die ihren Miteigentumsanteilen nicht entsprechen, so ist damit eine dem entsprechende Verteilung der Lasten und Kosten nicht automatisch verbunden, wie es in dem vorhergehenden Beispiel der Fall war. Eine Aufteilung von Kosten und Lasten, die sich daran orientiert, in welchem Umfang die einzelnen Miteigentümer das gemeinsame Grundstück benutzen, drängt sich aber geradezu auf. Es dürfte in der Praxis davon auszugehen sein, daß kein Miteigentümer bereit ist, die ihm zustehende Benutzung einzuschränken, wenn nicht zugleich der dadurch begünstigte Miteigentümer sich wenigstens bereit erklärt, einen entsprechend größeren Anteil der Lasten und Kosten zu tragen.

Die enge Verbindung von Verwaltung und Benutzung einerseits und Lasten- und Kostentragung andererseits zeigt sich auch darin, daß bei einer von § 743 BGB abweichenden Regelung der Gebrauchs- und der Fruchtziehung im Zweifel anzunehmen ist, daß die Lasten und Kosten demjenigen Teilhaber auferlegt sind, der zur Fruchtziehung und unter Ausschluß der anderen zum Gebrauch berechtigt ist⁴⁹.

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß Lasten und Kosten als Kehrseite und Teil der Verwaltung und Benutzung Gegenstand einer Miteigentümervereinbarung sein können. Die Lasten- und Kostenverteilung ist zusammen mit der Verwaltungs- und Benutzungsregelung in das Grundbuch eintragbar⁵⁰. Die gegenteilige Ansicht, wonach Lasten- und Kostenregelungen nicht verdinglicht werden können, würde im Ergebnis Miteigentümervereinbarungen nach § 1010 BGB in der notariellen Praxis selten werden lassen. Wenn nämlich für alle Beteiligten höchst wichtige Regelungen nicht eintragungsfähig sind, so wird eine Miteigentümervereinbarung entweder von vornherein nicht geschlossen werden oder aber mit insgesamt nur schuldrechtlicher Wirkung zustandekommen, wobei dann die einzelnen Beteiligten auf die gleichzeitig zu vereinbarenden Verpflichtung vertrauen müßten, Rechte und Pflichten aus der getroffenen Verwaltungs- und Benutzungsregelung einem etwaigen Sondernachfolger aufzuerlegen.

4. Änderung einer vertraglichen Regelung

Eine von allen Miteigentümern getroffene Verwaltungs- und Benutzungsregelung kann von ihnen gemeinsam geändert oder aufgehoben werden. Darüber hinaus nimmt die herrschende Meinung an, daß bei unveränderter Sachlage eine vertragliche Bestimmung nicht später durch Mehrheitsbeschluß nach § 745 Abs. 1 BGB umgestoßen werden kann⁵¹. Demgegenüber vertritt Schmidt⁵² die Auffassung, die Abänderung vertraglicher Verwaltungsregelungen setze nur dann Einstimmigkeit voraus, wenn dies im Einzelfall dem Willen der Teilhaber entspreche. Ein dahingehender Wille der Miteigentümer eines Grundstücks, die die von ihnen getroffene Regelung in das Grundbuch eintragen lassen, dürfte regelmäßig anzunehmen sein. Die Eintragung soll zwar in erster Linie die

39 Palandt/Heinrichs, § 103 BGB, Anm. 1.

40 RGZ 66, 316, 318.

41 OLG Schleswig VersR 1973, 677.

42 Palandt/Heinrichs, a.a.O.

43 Hilgers (o. Fn. 12), 646.

44 OLG Hamm DNotZ 1973, 546, 548 f.

45 MünchKomm/Schmidt, § 1010 BGB, Rd.-Nr. 8; Palandt/Bassenge, § 1010 BGB, Anm. 1b; RGRK/Pikart, § 1010 BGB, Rd.-Nr. 9; Staudinger/Gursky, 12. Aufl., § 1010 BGB, Rd.-Nr. 9.

46 B. II, 1.; Nachw. Fn. 25.

47 Vgl. Haegele, Grundbuchrecht, 6. Auflage, Rd.-Nr. 670 e.

48 RGZ 89, 176, 180, 181; BGH NJW 1958, 1723; BGHZ 40, 326, 330 = DNotZ 1965, 41, 43; Hilgers (o. Fn. 12), 646.

49 MünchKomm/Schmidt, § 748 BGB, Rd.-Nr. 5.

50 KG OLGE 43, 5; LG Traunstein MittBayNot 1978, 157, 158 = MittRhNotK 1978, 173, 174; Haegele (o. Fn. 47), Rd.-Nr. 670 e; Beck'sches Formularbuch Linde, 2. Aufl., 357, 358; Merzbacher (o. Fn. 35), 387; Sichter mann, Bedeutung und Behandlung der Eintragungen in Abt. II des Grundbuchs, 9. Aufl., 126.

51 BGHZ 34, 367, 370; RGRK/v. Gamm, §§ 745, 746 BGB, Rd.-Nr. 3; Staudinger/Huber, § 744 BGB, Rd.-Nr. 14.

52 MünchKomm/Schmidt, § 744, 745 BGB, Rd.-Nr. 13.

Wirkung der getroffenen Regelung auf den Rechtsnachfolger erstrecken. Hierin dokumentiert sich aber zugleich das Bestreben, der getroffenen Regelung einen möglichst weitgehenden Bestandsschutz zu verschaffen. Es muß daher davon ausgegangen werden, daß eine Abänderung durch Mehrheitsbeschluß nach § 745 Abs. 1 BGB bei einer vertraglichen Verwaltungs- und Benutzungsregelung ausgeschlossen ist, soweit nicht eine erleichterte Abänderbarkeit ausdrücklich vorgesehen wird.

Etwas anderes gilt dann, wenn sich nachträglich die Sachlage wesentlich ändert oder sonst ein wichtiger Grund eintritt, der dem einzelnen Miteigentümer ein Festhalten an der getroffenen Regelung nicht zumutbar erscheinen läßt. Hier kann der betroffene Teilhaber die Vereinbarung kündigen. Die Kündigung setzt keine vorherige gerichtliche Entscheidung voraus⁵³. Begründet wird das Kündigungsrecht mit dem Hinweis auf die von der Rechtsprechung zu Dauerschuldverhältnissen entwickelten Grundsätze sowie damit, daß andernfalls den Miteigentümern nur die Möglichkeit bliebe, nach § 749 BGB die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen⁵⁴.

Eine weitere Grenze der vertraglichen Verwaltungs- und Benutzungsregelung ergibt sich aus § 744 Abs. 2 BGB. Das Eingriffsrecht eines Miteigentümers in Notfällen kann nicht beseitigt werden. § 744 Abs. 2 BGB dient der Werterhaltung und begründet ein unentziehbares Individualrecht des einzelnen Teilhabers⁵⁵.

5. Regelung durch Mehrheitsbeschluß

Die Miteigentümer eines Grundstücks können eine Verwaltungs- und Benutzungsregelung nach § 745 Abs. 1 BGB auch durch Beschluß mit Stimmenmehrheit treffen. Diese Form der Entscheidung wird in der notariellen Praxis zwar selten anzutreffen sein, ausgeschlossen ist sie jedoch nicht. Insbesondere dann, wenn die Miteigentümer zuvor bereits den Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft ausgeschlossen haben, ist es ohne weiteres denkbar, daß die Mehrheit der Miteigentümer eine Verwaltung und Benutzung durchführen will, mit der nicht alle Teilhaber einverstanden sind. In einem solchen Falle könnte die Tätigkeit des Notars darin bestehen, die Beschlußfassung der zustimmenden Miteigentümer sowie entsprechende Eintragungsbewilligungen zu Lasten von deren Anteilen zu beurkunden. Der widersprechende Miteigentümer kann die Eintragungsbewilligung zu Lasten seines Anteils entweder in derselben Urkunde oder in einem separaten Schriftstück erklären. Sollte der widersprechende Miteigentümer zur Abgabe der Eintragungsbewilligung nicht freiwillig bereit sein, müßten ihn die anderen Miteigentümer auf Abgabe der entsprechenden Willenserklärung verklagen. Das rechtskräftige Urteil ersetzt dann nach § 894 ZPO die Eintragungsbewilligung des widersprechenden Teilhabers. Die Abgabe einer bloßen Eintragungsbewilligung hat für einen widersprechenden Miteigentümer gegenüber einer vertraglichen Regelung den Vorteil, daß er hoffen kann, zu einem späteren Zeitpunkt die getroffene Entscheidung durch eine andere, ihm genehmere Mehrheitsentscheidung zu ersetzen.

a) Anspruch der Mehrheit auf Abgabe der Eintragungsbewilligung

Die Miteigentümer, die durch eine Mehrheitsentscheidung die Verwaltung und Benutzung des gemeinschaftlichen Grundstücks ordnen, haben, solange die inhaltlichen Grenzen beachtet werden, gegenüber den widersprechenden Miteigentümern einen Anspruch auf Abgabe entsprechender Eintragungsbewilligungen zu Lasten ihrer Anteile. Dieser An-

spruch ergibt sich aus einer Nebenpflicht des gesetzlichen Schuldverhältnisses der §§ 746, 1010 Abs. 1 BGB. Wie bereits dargelegt⁵⁶, stellt die Vorschrift des § 1010 Abs. 1 BGB gegenüber den Grundregeln der §§ 741 ff. BGB eine lediglich durch das Eintragungserfordernis erweiterte Sondernorm dar. Im Fall des § 746 BGB, also bei der einfachen Bruchteilsgemeinschaft, wirkt eine durch Mehrheitsentscheidung getroffene Verwaltungs- und Benutzungsregelung ohne weiteres für und gegen die Sondernachfolger. Die Wirksamkeit gegenüber einem Sondernachfolger tritt also ein, ohne daß die widersprechenden Teilhaber hiermit einverstanden sein müßten und auch gegen deren ausdrücklichen Willen.

Weder dem Wortlaut noch dem Normzweck des § 1010 BGB läßt sich entnehmen, daß bei einer Miteigentümergeinschaft an einem Grundstück etwas anderes gelten soll. Der Regelungsgehalt des § 1010 BGB als Ausfluß des im Grundbuchrecht geltenden Eintragungsprinzips erschöpft sich darin, die Wirkung von bestimmten Vereinbarungen gegen den Sondernachfolger eines Miteigentümers von der Eintragung abhängig zu machen. Nicht entschieden ist damit die Frage, wie die Miteigentümer eine solche Eintragung herbeiführen können. Insoweit verbleibt es bei der Grundregel des § 746 BGB, wonach ein überstimmter Teilhaber die Wirkung einer in zulässiger Weise getroffenen Regelung gegenüber seinem Sondernachfolger nicht verhindern kann. Aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis der Miteigentümergeinschaft an einem Grundstück ergibt sich somit ein Anspruch der Mehrheit gegenüber der Minderheit auf Abgabe von Eintragungsbewilligungen, die der Verdinglichung einer durch Mehrheitsentscheidung getroffenen Verwaltungs- und Benutzungsregelung dienen. Ein solcher Anspruch besteht entsprechend der Vorschrift des § 746 BGB selbst dann, wenn die Erstreckung der Regelung auf einen Sondernachfolger und die Eintragung in das Grundbuch nicht Gegenstand der Beschlußfassung gewesen sind.

Die Frage des Anspruches auf Erteilung einer Eintragungsbewilligung gegen einen überstimmten Miteigentümer wird weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur behandelt. Lediglich Raiser⁵⁷ führt zu diesem Problem aus, daß der Mehrheitsbeschluß einen Anspruch auf Erteilung der Eintragungsbewilligung gegen die übrigen dem Beschluß zustimmenden Miteigentümer gebe. Diese Auffassung ist jedoch zu eng. Der Anspruch richtet sich vielmehr gegen alle Miteigentümer, gleichgültig, ob sie dem Beschluß zugestimmt haben oder nicht.

b) Verfahren bei der Beschlußfassung

Das Beschlußverfahren selbst ist im Gesetz nicht geregelt. Es steht somit im Belieben der Miteigentümer. Es muß lediglich darauf geachtet werden, daß allen Miteigentümern, insbesondere auch den nicht mit der beabsichtigten Regelung einverstanden, zuvor oder bei der Beschlußfassung rechtliches Gehör gewährt wird. Auch muß ein jeder Miteigentümer die Möglichkeit der Ausübung seines Teilnahme- und Stimmrechts haben⁵⁸. Ein Verstoß gegen diese Grundsätze bewirkt jedoch nicht die Unwirksamkeit eines gefaßten Beschlusses, sondern verpflichtet die Mehrheit allenfalls zum Schadenersatz⁵⁹.

Für die Beschlußfassung genügt einfache Stimmenmehrheit. Die Mehrheit bestimmt sich nach der Größe der Anteile, nicht nach Köpfen. Ein Stimmrechtsausschluß kann sich wegen einer Interessenkollision aus den Rechtsgedanken des „In-sichgeschäfts“ und des „Richters in eigener Sache“ ergeben, §§ 181, 34 BGB, 47 Abs. 4 GmbHG, 136 AktG, 43 Abs. 6 GenG⁶⁰.

53 BGH a.a.O.; MünchKomm/Schmidt, a.a.O., Rd.-Nr. 27.

54 BGH a.a.O., 369.

55 Staudinger/Huber, § 744 BGB, Rd.-Nr. 25.

56 A. Einleitung.

57 Wolff/Raiser, Sachenrecht, 10. Aufl., 352; vgl. auch Staudinger/Huber, § 746 BGB, Rd.-Nrn. 4, 5; Staudinger/Gursky, § 1010 BGB, Rd.-Nr. 5; hiernach

sollen Regelungen durch Mehrheitsbeschluß und Urteil nicht eintragungsfähig sein.

58 MünchKomm/Schmidt, §§ 744, 745 BGB, Rd.-Nr. 15; RGRK/v. Gamm, §§ 745, 746 BGB, Rd.-Nr. 9; Staudinger/Huber, § 745 BGB, Rd.-Nr. 17.

59 BGHZ 56, 47, 56 = DNotZ 1972, 22, 26.

60 MünchKomm/Schmidt, a.a.O.; Staudinger/Huber, a.a.O.

c) Außenwirkung des Beschlusses

Der Mehrheitsbeschluß hat insoweit Außenwirkung, als er die Mehrheit berechtigt, die überstimmte Minderheit nach außen hin – im Rahmen der Verwaltung – mitzuvertreten. Es muß nicht eine besondere Klage auf Zustimmung durch die Minderheit erhoben werden⁶¹. Der Beschluß gibt der Mehrheit jedoch nicht die Befugnis, die Eintragungsbewilligung zu Lasten der Anteile der überstimmten Miteigentümer abzugeben. Die Mehrheit kann lediglich entsprechende Erklärungen verlangen.

d) Grenzen einer Regelung durch Beschluß

Verwaltungs- und Benutzungsregelungen durch Mehrheitsbeschluß sind nicht in dem Umfang zulässig, wie es bei einer vertraglichen Vereinbarung der Fall ist. § 745 Abs. 1 BGB erlaubt nur die Durchführung einer ordnungsmäßigen Verwaltung und Benutzung durch Mehrheitsentscheidung. Die Beschaffenheit des gemeinschaftlichen Grundstücks wird also in jedem Falle angemessen zu berücksichtigen sein, unter Umständen auch die bisherige Nutzungsart⁶². Weitere Grenzen für den Inhalt einer Regelung durch Mehrheitsbeschluß zieht das Gesetz selbst in § 745 Abs. 3 BGB. Danach kann eine wesentliche Veränderung des gemeinsamen Grundstücks nicht beschlossen werden. Weiter ist der Nutzungsanteil eines jeden Miteigentümers, der ihm entsprechend der Größe seines Anteils zusteht, mehrheitsfest. Schließlich ist allgemein anerkannt, daß eine Verwaltungsmaßregel, die sich als Verfügung über das gemeinsame Grundstück darstellt, nicht durch Mehrheitsbeschluß vollzogen werden kann. Innerhalb des vorstehend beschriebenen Rahmens besteht jedoch für die Mehrheit der Miteigentümer ein Entscheidungsspielraum. Ein Beschluß ist nicht schon dann unwirksam, wenn von mehreren möglichen Maßnahmen eine weniger zweckmäßige getroffen wird⁶³.

6. Regelung durch Urteil

Noch seltener als durch eine Mehrheitsentscheidung dürfte in der notariellen Praxis die Anordnung einer Verwaltungs- und Benutzungsmaßnahme durch Urteil nach § 745 Abs. 2 BGB sein. Es ist aber auch hier nicht ganz ausgeschlossen, daß der Notar mit einer solchen Sachlage konfrontiert wird. Es könnte etwa der Fall auftreten, daß sich eine Reihe von Miteigentümern, die die Mehrheit der Anteile hält, um die Verwaltung und Benutzung des gemeinsamen Grundstücks in keiner Weise kümmert. In einem solchen Falle besteht für denjenigen Miteigentümer, der weniger als 50 v. H. der Anteile besitzt, ein Bedürfnis, die Verwaltung und die Art der Nutzung des Grundstücks gegenüber seinen Miteigentümern verbindlich zu regeln, nicht zuletzt deshalb, um Schadensersatzansprüche der anderen Beteiligten auszuschließen. Eine verbindliche Regelung der Verwaltung und Benutzung kann dieser Miteigentümer nur durch Klage gegen die übrigen Miteigentümer und deren entsprechende Verurteilung erreichen.

Die von dem an einer Regelung interessierten Miteigentümer zu erhebende Klage ist eine Leistungsklage. Er muß die übrigen Miteigentümer auf Einwilligung in eine bestimmte Art der Verwaltung und Benutzung verklagen⁶⁴. Der Klageantrag muß ausdrücklich eine bestimmte Art der Verwaltung und Benutzung nennen. Das Gericht hat zu prüfen, ob die beantragte Maßregel dem Interesse aller Teilhaber nach billigem Ermessen entspricht. Ist dies nicht der Fall, so ist die Klage abzuweisen. Das Gericht ist nicht befugt, die Verwaltung und Benutzung in Abweichung von dem Klageantrag interessengerechter zu gestalten⁶⁵.

Ist die Verwaltung und Benutzung des gemeinsamen Grundstückes durch ein rechtskräftiges Urteil geregelt, so gilt dies nach § 746 BGB (und nach Eintragung ins Grundbuch) auch gegen die Sondernachfolger eines Miteigentümers. Entsprechend den vorstehenden Ausführungen⁶⁶ hat jeder Miteigentümer einen Anspruch gegen die übrigen Beteiligten darauf, daß diese entsprechende Eintragungsbewilligungen zu Lasten ihrer Anteile abgeben. Zweckmäßigerweise wird in diesen Fällen der klagende Miteigentümer seine Leistungsklage nicht nur auf Einwilligung in die von ihm beantragte Verwaltungs- und Benutzungsregelung richten, sondern mit einem zweiten Antrag auch die Verurteilung der widersprechenden Miteigentümer zur Abgabe von entsprechenden Eintragungsbewilligungen anstreben. Der klagende Miteigentümer muß sich selbstverständlich erbielen, die von ihm gewünschte Bestimmung auch zu Lasten seines eigenen Miteigentumsanteils eintragen zu lassen.

III. Ausschluß des Rechts auf Aufhebung der Gemeinschaft

Gegenstand einer Miteigentümergeinschaft nach § 1010 Abs. 1 BGB kann weiter sein, das Recht aus § 749 Abs. 1 BGB, nämlich jederzeit die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen zu können, auszuschließen oder zu erschweren.

Aufhebung der Gemeinschaft bedeutet die Beendigung der Rechtszuständigkeit zu Bruchteilen durch Rechtsgeschäft. Ein vertraglich vereinbarter Aufhebungsausschluß kann also nicht gegen eine Enteignung schützen. Eine Aufhebung der Gemeinschaft in diesem Sinne liegt weiter dann nicht vor, wenn sich alle Miteigentumsanteile in einer Hand vereinigen⁶⁷.

1. Ausdrücklich zugelassene Gestaltungsmöglichkeiten

Einige Gestaltungsmöglichkeiten hinsichtlich des Aufhebungsrechtes regelt das Gesetz selbst in § 749 Abs. 2 BGB. Danach ist es möglich, durch Vereinbarung die Aufhebung dauernd oder auf Zeit auszuschließen oder von einer Kündigung abhängig zu machen. Besondere Bedeutung ist hierbei dem Tatbestandsmerkmal „Vereinbarung“ zuzumessen; ein Aufhebungsverbot läßt sich, anders als eine Verwaltungs- und Benutzungsregelung, durch Mehrheitsbeschluß nicht einführen. In der notariellen Praxis dürften Vereinbarungen, die diesen vom Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Inhalt haben, keine weiteren Schwierigkeiten bereiten. Hervorzuheben ist, daß in allen genannten Fällen (dauernd oder zeitlich befristeter Ausschluß, Kündigung) das Recht eines Miteigentümers, die Aufhebung der Gemeinschaft aus wichtigem Grund jederzeit verlangen zu können, nicht ausgeschlossen werden kann. Dies ist ein allgemeiner Grundsatz für alle Dauerschuldverhältnisse, der in § 749 Abs. 2 und 3 BGB lediglich klargestellt wird. Es ist nicht erforderlich, daß die Miteigentümer in der Vereinbarung sich das Recht zur Aufhebung aus wichtigem Grund ausdrücklich vorbehalten. Die Vereinbarung eines Aufhebungsverbotes ist nach § 749 Abs. 3 BGB erst dann nichtig, wenn umgekehrt die Miteigentümer ausdrücklich vereinbaren, daß das Aufhebungsverbot auch bei Vorliegen eines wichtigen Grundes gelten soll⁶⁸. Dieser Fall dürfte praktisch nicht vorkommen. Als nichtig wird man daneben solche Vereinbarungen ansehen müssen, die eine Umgehung des § 749 Abs. 3 BGB darstellen. So ist es zum Beispiel unzulässig, eine Vertragsstrafe für den Fall der Geltendmachung des Aufhebungsanspruches zu vereinbaren und die Vertragsstrafe auch dann zur Geltung kommen zu lassen, wenn die Aufhebung aus wichtigem Grund verlangt wird⁶⁹.

61 Hilgers (o. Fn. 12) 641.

62 MünchKomm/Schmidt, §§ 744, 745 BGB, Rd.-Nr. 22.

63 RGK/v. Gamm, §§ 745, 746 BGB, Rd.-Nr. 6 a. E.

64 MünchKomm/Schmidt, a. a. O., Rd.-Nr. 29.

65 RGK/v. Gamm, §§ 745, 746 BGB, Rd.-Nr. 12; Staudinger/Huber, § 745 BGB, Rd.-Nr. 49.

66 B. II. 5. a).

67 MünchKomm/Schmidt, § 749 BGB, Rd.-Nr. 3.

68 MünchKomm/Schmidt, a. a. O., Rd.-Nr. 11.

69 KGJ 51, 198, 200; RGK/v. Gamm, § 749 BGB, Rd.-Nr. 7.

Eine Vereinbarung, die den Ausschluß des Aufhebungsrechts auf Zeit beinhaltet, tritt im Zweifel mit dem Tode eines Beteiligten außer Kraft, § 750 BGB. Hierbei handelt es sich um eine bloße Auslegungsregel. Eine ausdrückliche anderweitige Vereinbarung ist zulässig⁷⁰. – Der Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft unterliegt nicht der Verjährung, § 758 BGB.

2. Abgrenzung Aufhebungsverbot / Teilungsvereinbarung

Schwierigkeiten bereitet in der Praxis häufig die Beurteilung der Frage, wann eine Miteigentümerverscheinbarung ein Aufhebungsverbot enthält, das nach § 1010 Abs. 1 BGB durch Eintragung in das Grundbuch verdinglicht werden kann, und wann eine sogenannte Teilungsvereinbarung vorliegt, die die Art der Teilung, ihre Durchführung und eventuell noch Bestimmungen für die Zeit nach Aufhebung der Gemeinschaft enthält⁷¹. Eine solche Teilungsvereinbarung wirkt nur unmittelbar unter den vertragsschließenden Beteiligten. Die Abrede erstreckt sich nicht auf etwaige Sondernachfolger und kann nicht in das Grundbuch eingetragen werden⁷².

a) Erfordernis der Zustimmung dritter Personen

Es ist allgemein anerkannt, daß anstelle des vollständigen oder zeitlich befristeten Aufhebungsverbotes auch eine Vereinbarung gesetzt werden kann, die die Aufhebung der Gemeinschaft nicht allgemein untersagt, sondern lediglich erschwert. Als zulässig und eintragungsfähig in diesem Sinne hat die Rechtsprechung zum Beispiel die Abrede angesehen, daß das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, von der Zustimmung eines weiteren Teilhabers oder einer außenstehenden dritten Person abhängen soll⁷³. Das Bedürfnis, die Zustimmungspflicht eines Dritten zur Voraussetzung für die Aufhebung der Gemeinschaft zu machen, wird in erster Linie bei Übertragungsverträgen auftreten, in denen der Veräußerer ein Grundstück an mehrere Personen übereignet und sich für seine Lebenszeit noch einen gewissen Einfluß auf das Schicksal des von ihm hingegebenen Grundstücks vorbehalten will. Das Zustimmungserfordernis läßt sich in einem solchen Fall, genau wie bei einer Verwaltungs- und Benutzungsregelung, als Vertrag zugunsten Dritter im Sinne der §§ 328 ff. BGB ausgestalten.

b) Modifikation der Versteigerungsbedingungen

Das KG hat in einer frühen Entscheidung eine Vereinbarung noch als Aufhebungsverbot angesehen, wonach die Zwangsversteigerung des Grundstücks und Teilung des Erlöses nur verlangt werden durfte, sofern der Erlös einen bestimmten Betrag erreichte bzw. überschritt⁷⁴. Diese Entscheidung ist später vom KG bestätigt⁷⁵ und in neuerer Zeit vom OLG Köln⁷⁶ ausdrücklich gebilligt worden. Auch die Literatur hält eine solche Vereinbarung ohne weiteres für eintragungsfähig⁷⁷. Man muß sich jedoch darüber im klaren sein, daß mit dieser Vereinbarung nicht nur die Auseinandersetzung der Gemeinschaft erschwert wird, sondern auch gleichzeitig eine Vereinbarung über die Durchführung der Teilung erfolgt⁷⁸. Das OLG Köln scheint Vereinbarungen dieser Art, die sowohl die Auseinandersetzung erschweren als auch die Art der Teilung regeln, dann noch für zulässig zu halten, wenn im Grundsatz die gesetzliche Regelung über die Durchführung der Teilung nicht berührt wird⁷⁹. Folgt man dieser Auffassung, so müßten alle Vereinbarungen, die einzelne vom Gesetz vorgesehene Arten der Teilung ausschließen, als Auf-

hebungsverbot nach § 1010 Abs. 1 BGB eintragungsfähig sein. So ist es etwa möglich, daß die Miteigentümer eines unbauten Grundstücks entweder die Teilung in Natur oder umgekehrt die Teilung durch Zwangsversteigerung ausschließen. Unzulässig in diesem Sinne dürfte es dagegen sein, wenn die Miteigentümer beide Arten der Teilung ausschließen, so daß für die Aufhebung der Gemeinschaft lediglich der freiwillige Verkauf des Grundstückes denkbar bliebe. In diesem Fall läge eine Teilungsvereinbarung vor, die zwar ohne weiteres getroffen werden kann, jedoch nur mit schuldrechtlicher Wirkung und ohne Eintragung in das Grundbuch.

c) Verzicht einzelner Miteigentümer auf das Aufhebungsrecht

Die Miteigentümer können ein Aufhebungsverbot dergestalt vereinbaren, daß sich nur einzelne von ihnen verpflichten, die Aufhebung nicht zu verlangen. Einer solchen Vereinbarung kann der Fall zugrunde liegen, daß ein Alleineigentümer nicht das gesamte Grundstück, sondern lediglich einen oder mehrere Miteigentumsanteile an andere Personen überträgt. Hier kann für den betreffenden Veräußerer ohne weiteres ein Interesse daran bestehen, daß er zwar jederzeit die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen kann, dies Recht den Erwerbern jedoch nicht zustehen soll.

Darüber hinaus ist noch ein Aufhebungsverbot eintragungsfähig, an dessen Zustandekommen einige Miteigentümer überhaupt nicht beteiligt sind und das nur zwischen einzelnen Miteigentümern vereinbart wird. Eine solche Regelung wird dann in Betracht kommen, wenn zwar einzelne Miteigentümer auf ihr jederzeitiges Aufhebungsrecht nicht verzichten wollen, die übrigen jedoch Wert darauf legen, den Aufhebungsausschluß für sich und ihre etwaigen Sondernachfolger verbindlich festzulegen. Die Eintragung in das Grundbuch kann zu Lasten einzelner Anteile erfolgen und darf nicht von der Bewilligung sämtlicher Miteigentümer abhängig gemacht werden⁸⁰.

d) Vereinbarung über flächenmäßige Teilung

Typisches Beispiel für eine Teilungsvereinbarung, die nicht als Aufhebungsverbot in das Grundbuch eingetragen werden kann, ist eine Abrede unter den Miteigentümern, wonach das gemeinsame Grundstück flächenmäßig auf die einzelnen Teilhaber aufgeteilt werden soll⁸¹. Eine solche Vereinbarung wird etwa dann geschlossen, wenn eine Teilungsgenehmigung für das Grundstück vorläufig nicht zu erlangen ist. Der Anspruch eines jeden Miteigentümers auf Übereignung der ihm zugewiesenen Teilfläche läßt sich hier nur durch Eintragung von Auflassungsvormerkungen sichern⁸². Die Vereinbarung läßt sich darüber hinaus auf den Sondernachfolger eines Miteigentümers nur dadurch erstrecken, daß die entsprechenden Rechte und Pflichten dem Sondernachfolger durch den veräußernden Miteigentümer abgetreten bzw. auferlegt werden. Eine dahingehende Verpflichtung können die Miteigentümer selbstverständlich vereinbaren; ihre Nichtbeachtung löst jedoch nur Schadensersatzansprüche aus. In diesem Zusammenhang ist noch darauf hinzuweisen, daß Vereinbarungen über eine solche flächenmäßige Teilung der Form des § 313 BGB genügen müssen⁸³, was bei einem Aufhebungsverbot nicht der Fall ist.

70 Hilgers (o. Fn. 12), 652.

71 Vgl. MünchKomm/Schmidt, § 749 BGB, Rd.-Nr. 28.

72 BayObLG MittBayNot 1964, 275, 279; OLG Köln OLGZ 1970, 276, 280 = DNotZ 1971, 373, 376; OLG Frankfurt Rpfleger 1976, 397; Erman/Schulze-Wenck, § 752 BGB Rd.-Nr. 8; Soergel/Schultze-v. Lasaulx, 10. Aufl., § 752 BGB, Rd.-Nr. 2.

73 KGJ 51, 198, 200; OLG Hamm JMBl. NW 1960, 162; DNotZ 1973, 546, 548; LG Bielefeld Rpfleger 1960, 289; vgl. auch BayObLG DNotZ 1976, 744, 746.

74 KGJ 33, A 224, 225.

75 KGJ 51 a a O.

76 OLGZ 1970, 276, 279 = DNotZ 1971, 373, 375.

77 Haegeler (o. Fn. 47) Rdn. 673; RGRK/Pikart, § 1010 BGB, Rd.-Nr. 8; Sichter-mann (o. Fn. 50), 126; Soergel/Baur, 11. Aufl., § 1010 BGB, Rd.-Nr. 3.

78 § 752 BGB, die Teilung in Natur, wurde konkludent ausgeschlossen; vgl. auch Staudinger/Huber § 749 BGB, Rd.-Nr. 61.

79 OLGZ 1970 276, 279 = DNotZ 1971, 373, 375, 376.

80 BayObLG MittBayNot 1981, 183 = MittRhNotK 1981, 236.

81 Vgl. OLG Köln OLGZ 1970, 276, 277 = DNotZ 1971, 373, 374.

82 Vgl. OLG Köln OLGZ 1970 a a O. 280 a E. = DNotZ 1971 a a O. 376 a E.

83 RGRK/Pikart, § 1008 BGB, Rd.-Nr. 45.

Die vorstehenden Ausführungen gelten entsprechend, wenn die Miteigentümer darüber hinaus Bestimmungen zur Benutzung der den einzelnen Teilhabern zugewiesenen Teilflächen für die Zeit nach der Aufteilung treffen. Auch solche Vereinbarungen wirken nur schuldrechtlich unmittelbar zwischen den Beteiligten und müssen einem etwaigen Sondernachfolger ausdrücklich auferlegt werden. Als dingliches Sicherungsmittel für die Zeit nach der Aufhebung der Gemeinschaft kommt die Eintragung entsprechender Grunddienstbarkeiten oder beschränkt persönlicher Dienstbarkeiten in Betracht. Diese Belastungen können jedoch erst von den jeweiligen Eigentümern der neu entstandenen Grundstücke zur Eintragung in das Grundbuch bewilligt werden; eine inhaltlich gleichlautende Verwaltungs- und Benutzungsregelung im Sinne des § 1010 Abs. 1 BGB hinsichtlich des gemeinschaftlichen Grundstücks kann nicht in die Bewilligung solcher Rechte umgedeutet werden⁸⁴.

3. Verfügung über den Anteil

Nur der Vollständigkeit halber sei noch ausdrücklich klargestellt, daß selbst ein allgemeines unbefristetes Aufhebungsverbot natürlich keinen der Miteigentümer daran hindert, seinen Anteil beliebig zu belasten oder zu veräußern⁸⁵.

C.

Weitere Vereinbarungen außerhalb des Normbereichs von § 1010 Abs. 1 BGB

Die Miteigentümer eines Grundstücks beschränken sich häufig nicht darauf, Verwaltungs- und Benutzungsregelungen zu treffen und das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen zu können, zu erschweren oder auszuschließen. Im Zusammenhang mit Vereinbarungen nach § 1010 Abs. 1 BGB kann das Bedürfnis bestehen, die freie und unbeschränkte Verfügungsbefugnis eines jeden Miteigentümers über seinen Anteil zugunsten der übrigen einzuschränken. Solche über den Rahmen des § 1010 BGB hinausgehenden Vereinbarungen sind nicht Gegenstand dieser Untersuchung; sie sollen daher im folgenden lediglich kurz gestreift werden.

Nach § 747 Satz 1 BGB kann jeder Miteigentümer über seinen Anteil verfügen. Diese Vorschrift darf vertraglich nicht abbedungen werden⁸⁶. Darüber hinaus kann nach § 137 BGB eine rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkung mit dinglicher Wirkung, die im Grundbuch eingetragen werden könnte, nicht vereinbart werden, und zwar auch nicht als Regelung der Verwaltung im Sinne des § 1010 Abs. 1 BGB⁸⁷. Wirksam ist nach § 137 Satz 2 BGB lediglich die schuldrechtliche Verpflichtung der Miteigentümer, ihre Anteile entweder überhaupt nicht oder nur mit Zustimmung der übrigen zu veräußern bzw. zu belasten. Daneben wird es für zulässig gehalten, für den Fall des Verstoßes gegen eine solche schuldrechtliche Vereinbarung eine Vertragsstrafe vorzusehen, wobei der dahingehende bedingte Zahlungsanspruch durch Eintragung einer Sicherungshypothek auf den einzelnen Anteilen gesichert werden kann⁸⁸.

Die gesetzlichen Regeln zur Bruchteilsgemeinschaft enthalten kein Vorkaufsrecht zugunsten der einzelnen Teilhaber. Die rechtsgeschäftliche Begründung von Vorkaufsrechten an den einzelnen Miteigentumsanteilen ist ohne weiteres zulässig. Ein solches Vorkaufsrecht kann schuldrechtlich bestellt werden, dinglich zugunsten der derzeitigen Miteigentümer oder subjektiv-dinglich zugunsten der jeweiligen Inhaber

der übrigen Anteile⁸⁹. Ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht kann zusätzlich durch eine Auflassungsvormerkung gesichert werden; hier besteht auch die Möglichkeit, den bei Ausübung des Vorkaufsrechts zu zahlenden Kaufpreis der Höhe nach zu modifizieren.

Einen noch weitergehenden Schutz der übrigen Miteigentümer bietet die Begründung eines Ankaufs- oder Erwerbsrechts zu ihren Gunsten. Die Voraussetzungen, bei deren Vorliegen das Ankaufs- oder Erwerbsrecht ausübbar ist, können frei bestimmt werden. Insbesondere kann eine Erwerbsberechtigung für den Fall vorgesehen werden, daß in den Miteigentumsanteil eines Teilhabers die Zwangsvollstreckung betrieben oder über sein Vermögen das Konkursverfahren eröffnet wird. Es wird allgemein für zulässig gehalten, ein solches Ankaufs- oder Erwerbsrecht durch Eintragung einer Auflassungsvormerkung zu sichern⁹⁰. Das Ankaufs- bzw. Erwerbsrecht kann allerdings nicht mit subjektiv-dinglicher Wirkung vereinbart werden.

D.

Das Eintragungsverfahren für den Vermerk nach § 1010 Abs. 1 BGB

I. Rechtsnatur der Eintragung

Die Vorschrift des § 1010 Abs. 1 BGB stellt gegenüber den Grundregeln über die schlichte Rechtsgemeinschaft (§§ 741 ff. BGB) eine durch das Eintragungserfordernis gesteigerte Sondernorm mit dem Inhalt dar, daß bei Miteigentum an Grundstücken bestimmte Abreden gegenüber einem Sondernachfolger nur gelten, wenn sie als Belastung im Grundbuch eingetragen sind. Diese Feststellung des OLG Köln⁹¹ entspricht der heute ganz herrschenden Auffassung zur Rechtsnatur der Eintragung von Miteigentümervereinbarungen in das Grundbuch nach § 1010 Abs. 1 BGB. Die Eintragung wird einhellig als echte Belastung der einzelnen Anteile angesehen, die neben den sonstigen im BGB geregelten dinglichen Rechten steht⁹². Eine in das Grundbuch eingetragene Miteigentümervereinbarung wirkt wie eine Grunddienstbarkeit⁹³.

Die gegenteilige Auffassung, wonach es sich bei Miteigentümervereinbarungen im Sinne des § 1010 Abs. 1 BGB um Verfügungsbeschränkungen handelt⁹⁴, kann als überholt angesehen werden. Die beiden Auffassungen führen dann zu unterschiedlichen Ergebnissen, wenn es um die Beurteilung der Frage geht, ob zwischen einer Miteigentümervereinbarung und sonstigen Eintragungen in Abt. II und III des Grundbuches ein Rangverhältnis besteht. Stellen nämlich die Miteigentümervereinbarungen lediglich Verfügungsbeschränkungen dar, so kann zwischen ihnen und z. B. Grundpfandrechten kein Rangverhältnis bestehen, weil hier allein die §§ 848, 892 und 893 BGB anzuwenden sind und ein Rang ohne Bedeutung ist⁹⁵. Nimmt man hingegen mit der herrschenden Meinung einen grunddienstbarkeitsähnlichen Charakter an, so besteht zwischen den eingetragenen Vereinbarungen und sonstigen Eintragungen ein materielles Rangverhältnis. Dieses Rangverhältnis wirkt sich in der Zwangsversteigerung dann aus, wenn nur in den Anteil eines Miteigentümers vollstreckt wird.

Das zwischen Miteigentümervereinbarungen und sonstigen Eintragungen bestehende Rangverhältnis kann nach § 880 BGB nachträglich abgeändert und die Änderung im Grundbuch vermerkt werden⁹⁶. Eine solche Rangänderung wird

84 BayObLG MittBayNot 1964, 275, 280, 281.

85 RGRK/Pikart, § 1010 BGB, Rd.-Nr. 5.

86 Hilgers (o. Fn. 12), 647.

87 Walter, DNotZ 1975, 518, 521, 529; a.A. Rendtorff, JurBüro 1976, 993, 997.

88 Hilgers (o. Fn. 12), 648; Merzbacher (o. Fn. 35), 384 a.E.

89 Vgl. Haegeler (o. Fn. 47), Rd.-Nr. 674.

90 Hilgers (o. Fn. 12), 649, m.w.N.

91 OLGZ 1970, 276, 277 = DNotZ 1971, 373, 374.

92 OLG Hamm JMBI. NW 1960, 1962; DNotZ 1973, 546, 548; BayObLG OLGE 26, 81; DNotZ 1976, 744, 745; Rpfleger 1981, 352; jeweils m.w.N.

93 Planck/Strecker, 4. Aufl., § 1010 BGB, Anm. 1 c); Staudinger/Gursky, § 1010 BGB, Rd.-Nr. 4.

94 Kretschmar, Recht 1902, 225, 226; Güthe/Triebel, GBO, 6. Aufl., 1948.

95 LG Zweibrücken Rpfleger 1965, 56, 57.

96 LG Zweibrücken a.a.O.

dann vorzunehmen sein, wenn bei einer Beleihung eines Anteils das Kreditinstitut die vorrangige Eintragung des Grundpfandrechts anstrebt⁹⁷.

Die Eintragung von Miteigentümergeinschaften in das Grundbuch hat keinen konstitutiven Charakter. Unter den Miteigentümern, die die Vereinbarung getroffen haben, gelten die Regelungen unmittelbar und unabhängig von einer Eintragung. Lediglich die Erstreckung der Wirkung auf einen Sondernachfolger hängt von der Eintragung ab; allenfalls insoweit kann der Eintragung ein konstitutives Element zugesprochen werden.

II. Einzelfragen der Eintragungsbewilligung

Aus dem dienstbarkeitsähnlichen Charakter der Belastung der einzelnen Anteile folgt, daß das Eintragungsverfahren den §§ 873 ff. BGB, 19 ff. GBO unterliegt⁹⁸. Bei der Formulierung der Eintragungsbewilligung sind folgende Punkte besonders zu beachten:

1. Angabe des Berechtigten

Die Eintragungsbewilligung muß eindeutig den Berechtigten der vorgesehenen Belastung erkennen lassen⁹⁹. Die hierzu ergangenen Entscheidungen zeigen, daß dieser Punkt häufig nicht genügend beachtet wird. Dies Versäumnis wird in der notariellen Praxis dadurch begünstigt, daß in aller Regel sämtliche Miteigentümer die Verwaltungs- und Benutzungsregelung und/oder den Aufhebungsausschluß vereinbaren. In diesen Fällen wird die Eintragung der getroffenen Vereinbarungen zu Lasten aller Anteile und zugunsten der jeweils übrigen Miteigentümer gewollt sein. Ist hier die ausdrückliche Bezeichnung der Berechtigten unterblieben, so hat das Grundbuchamt die Eintragungsbewilligung auszulegen und die Eintragung zugunsten der jeweils übrigen Miteigentümer vorzunehmen, denn das Nächstliegende bedarf keiner besonderen Hervorhebung¹⁰⁰. Gleichwohl sollte der Notar, um Beanstandungen durch das Grundbuchamt vorzubeugen, die Eintragungsbewilligung routinemäßig immer so formulieren, daß sich die Bezeichnung der übrigen Miteigentümer ausdrücklich aus der Eintragungsbewilligung ergibt.

Berechtigte einer Vereinbarung können daneben lediglich einzelne Miteigentümer¹⁰¹ oder auch außenstehende Dritte¹⁰² sein. In diesen Fällen kann auf die ausdrückliche Bezeichnung des Begünstigten auf keinen Fall verzichtet werden. Umstritten ist, ob außenstehende Dritte als Berechtigte einer Miteigentümergeinschaft in das Grundbuch eingetragen werden können. Die Zulässigkeit einer solchen Eintragung ist in letzter Zeit verneint worden von Pöschl¹⁰³ und – ihm folgend – von Fleitz¹⁰⁴. Beide berufen sich auf den Wortlaut des § 1010 BGB, wonach lediglich die Grundstücksmiteigentümer die Verwaltung und Benutzung regeln oder auf das Recht zur Aufhebung der Gemeinschaft verzichten können. Diese Auffassung verkennt jedoch den dienstbarkeitsähnlichen Charakter einer ins Grundbuch einzutragenden Vereinbarung. Die Belastung eines Grundstücks oder Miteigentumsanteils kann zugunsten jeder beliebigen Person erfolgen. Es ist daher mit der herrschenden Meinung davon auszugehen, daß als Berechtigter aus einer Miteigentümergeinschaft auch ein Dritter ins Grundbuch eingetragen werden kann, der nicht Miteigentümer des Grundstücks ist.

2. Bezugnahme auf Lagepläne oder Skizzen

Bei der Vereinbarung einer Benutzungsregelung wird häufig das Bedürfnis bestehen, die getroffene Vereinbarung durch Bezugnahme auf eine Karte oder Skizze zu verdeutlichen. Sofern in einem solchen Falle im Text der Eintragungsbewilligung auf eine Konkretisierung der Lage von bestimmten Grundstücksflächen verzichtet und die genaue Beschreibung durch Verweisung auf eine beigefügte Skizze ersetzt wird, ist zu beachten, daß es nicht ausreicht, den Lageplan oder die Skizze kommentarlos zur Anlage zu machen. Erforderlich ist vielmehr, daß im Text der Eintragungsbewilligung ausdrücklich auf die beigefügte Zeichnung verwiesen wird¹⁰⁵. Nicht nötig ist es hingegen, daß die in Bezug genommene Zeichnung selbst eine öffentliche Urkunde ist. Dahingehende früher einmal erhobene Forderungen¹⁰⁶ einzelner Grundbuchämter oder Gerichte sind praktisch unerfüllbar. Die Eintragungen, die die Miteigentümer selbst in einer beglaubigten Abzeichnung der Flurkarte vornehmen, nehmen nämlich nicht an der Beweiskraft der öffentlichen Urkunde teil, weil sie nicht von der zuständigen Behörde herrühren¹⁰⁷.

3. Beteiligung von Minderjährigen

Besteht die Miteigentümergeinschaft zum Teil aus minderjährigen Mitgliedern, so ist zu unterscheiden:

Ist jeder Minderjährige Inhaber eines Anteils, so ist, wenn es sich bei den Minderjährigen um Geschwister handelt, für jeden von ihnen ein Ergänzungspfleger zu bestellen, §§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 1 Ziffer 1, Abs. 2, 181 BGB. Die Eltern als gesetzliche Vertreter sind in diesem Fall gehindert, ihre Kinder beim Abschluß einer Miteigentümergeinschaft zu vertreten.

Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn minderjährige Geschwister Mitglieder einer Erbengemeinschaft sind, die einen Anteil an einem Grundstück hält. Treffen in einem solchen Fall die übrigen Miteigentümer zusammen mit der Erbengemeinschaft als Inhaber des weiteren Anteils eine Miteigentümergeinschaft, so können alle Geschwister von ihren Eltern vertreten werden. Dies gilt selbst dann, wenn ein Elternteil Mitglied der Erbengemeinschaft ist. Hier schließen die minderjährigen Miterben miteinander keinen Vertrag ab, sondern nur als Glieder der Gesamthausgemeinschaft mit den übrigen Miteigentümern¹⁰⁸. Eine Vertretung der minderjährigen Kinder durch ihren gesetzlichen Vertreter ist aber dann nicht möglich, wenn der gesetzliche Vertreter selbst Inhaber eines zusätzlichen Miteigentumsanteils und damit auch Empfänger der Willenserklärung der Erbengemeinschaft ist. Dann ist entsprechend den vorstehenden Ausführungen für alle Minderjährigen ein Ergänzungspfleger zu bestellen. Bei der Mitwirkung nur eines Pflegers auf der Seite der minderjährigen Erben liegt keine wegen eines möglichen Interessengegensatzes unzulässige Mitvertretung vor¹⁰⁹.

III. Fassung der Grundbucheintragung

Die Formulierung der Eintragung in das Grundbuch dürfte keine Schwierigkeiten bereiten, soweit das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, ausgeschlossen oder erschwert wird. Hier wird es immer möglich sein, den Inhalt der Vereinbarung schlagwortartig zu bezeichnen. Im übrigen

97 Sichtermann (o. Fn. 50), 127.

98 BayObLG Rpfleger 1981, 352; Soergel/Baur, § 1010 BGB, Rd.-Nr. 1.

99 Horber, 15. Aufl., § 19 GBO, Anm. 4 B; Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, 2. Aufl., § 19 GBO, Rd.-Nr. 28 u. 40; Meikel/Imhof/Riedel, 5. Aufl., § 19 GBO, Rd.-Nr. 25.

100 BayObLG DNotZ 1976, 744, 746; Ripfel, Grundbuchrecht, 162.

101 BayObLG Rpfleger 1981 a.a.O.; Fleitz (o. Fn. 37), 40; Ripfel, a.a.O.

102 OLG Hamm JMBI NW 1960, 162; DNotZ 1973, 546, 548; BayObLG DNotZ 1976, 744, 745; LG Bielefeld, Rpfleger 1960, 289; MünchKomm/Schmidt, § 1010 BGB, Rd.-Nr. 9.

103 (o. Fn. 37), 81.

104 (o. Fn. 37), 40; vgl. auch Ertl, Rpfleger 1979, 81.

105 BGH NJW 1981, 1781, 1782 = DNotZ 1982, 228, 230.

106 KGJ 50, 131.

107 BGH DNotZ 1972, 533, 534, 1973, 96. OLG Hamm DNotZ 1973, 546, 547; Weber, DNotZ 1972, 133, 135.

108 LG Nürnberg-Fürth MittBayNot 1977, 69 = MittRhNotK 1977, 82, 83.

109 LG Nürnberg-Fürth a.a.O., Haegeler (o. Fn. 47), Rdn. 677 a.

kann sodann nach § 874 BGB auf den Inhalt der Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden.

Es war früher umstritten, ob die Eintragung einer Verwaltungs- und Benutzungsregelung in das Grundbuch dergestalt erfolgen kann, daß sich die Eintragung auf den Satz „Die Verwaltung und Benutzung ist geregelt“ beschränkt und im übrigen auf die Eintragungsbewilligung verweist. Eine ältere Entscheidung hält diese Eintragung für inhaltlich unklar und deshalb unzulässig; § 874 BGB erlaube nur die nähere Bezeichnung des Inhalts des Rechts durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung, in seinem Kern jedoch müsse sich das Recht aus der Eintragung im Grundbuch selbst ergeben¹¹⁰. Diese Meinung kann heute als überholt angesehen werden. Nach überwiegender Auffassung ist die Eintragung „Die Verwaltung und Benutzung ist geregelt“ zur Bezeichnung des Rechts bzw. der Belastung ausreichend¹¹¹. Verwaltungs- und Benutzungsregelungen können so verschiedenartig sein, daß sich katalogisierende Schlagworte nur schwer finden lassen. Eine vollständige Wiedergabe des Wortlauts würde auf der anderen Seite das Grundbuch zu unübersichtlich machen. Dem ist zuzustimmen, auch wenn in der Praxis diese knappe Formulierung manchen Miteigentümern nicht ausreichend erscheinen mag.

IV. Kosten

Die Obergrenze für den Geschäftswert bildet der Grundstückswert nach § 19 KostO. Der Wert für eine Verwaltungs- und Benutzungsregelung oder einen Aufhebungsausschluß ist gemäß § 30 Abs. 1 KostO nach freiem Ermessen zu bestimmen. Dabei haben Verwaltungs- und Benutzungsregelung sowie Aufhebungsausschluß nicht denselben Gegenstand im Sinne des § 44 KostO¹¹². Im allgemeinen wird davon auszugehen sein, daß ein Aufhebungsausschluß wirtschaftlich eine größere Bedeutung hat als eine Verwaltungs- und Benutzungsregelung. Der Geschäftswert für den Aufhebungsausschluß wird mit etwa 30 bis 40% des Grundstückswerts anzusetzen sein, der Wert der Verwaltungs- und Benutzungsregelung mit etwa 10 bis 30%¹¹³. Der Wert beider Bestimmungen zusammen wird nicht über 50% des Grundstückswerts liegen.

Der Notar erhält eine $\frac{5}{10}$ Gebühr nach § 38 Abs. 2 Ziff. 5a KostO, wenn er die Eintragungsbewilligung entworfen, die Unterschriften der Miteigentümer beglaubigt und hierbei die getroffenen Vereinbarungen lediglich berichtend erwähnt hat¹¹⁴. Sind dagegen die Miteigentümervereinbarungen erst durch die Inanspruchnahme des Notars zustande gekommen, so entsteht eine $\frac{20}{10}$ Gebühr, unabhängig davon, ob die Vereinbarungen in Protokollform (dann gemäß § 36 Abs. 2 KostO) oder Beglaubigungsform (dann gemäß §§ 145 I, 36 Abs. 2 KostO) aufgenommen werden.

Bei dem Grundbuchamt entstehen $\frac{5}{10}$ Gebühren nach § 65 Abs. 1 KostO aus dem zusammengerechneten Wert aller zur Eintragung beantragten Belastungen eines Anteils, § 65 Abs. 2 und 3 KostO. Der Gesamtgeschäftswert wird dabei auf die Miteigentumsanteile entsprechend ihrer Größe verteilt.

E.

Exkurs: Eintragungen nach § 1010 Abs. 2 BGB

I. Verhältnis zu §§ 755, 756 BGB

Bei der Aufhebung einer Miteigentümergeinschaft findet eine umfassende Auseinandersetzung mit völliger Ausgleichung

aller Schulden und Berechtigungen – wie etwa bei der BGB-Gesellschaft nach §§ 730 BGB ff. – nicht statt¹¹⁵. Zwei wichtige Fälle der Berichtigung von Verbindlichkeiten der Miteigentümer gegenüber Dritten und einzelner Miteigentümer gegenüber anderen Teilhabern sind jedoch in §§ 755 und 756 BGB geregelt. Nach § 755 BGB kann jeder Teilhaber bei der Aufhebung der Gemeinschaft verlangen, daß gesamtschuldnerische Verbindlichkeiten aus dem gemeinschaftlichen Gegenstand bzw. dessen Erlös berichtigt werden. Nach § 756 BGB kann ein Teilhaber bei Aufhebung der Gemeinschaft die Befriedigung seiner Forderungen gegen andere Teilhaber, die sich auf die Gemeinschaft gründen, aus dem auf den betreffenden Schuldner entfallenden Teil des gemeinschaftlichen Gegenstandes bzw. des Erlöses verlangen. Diese beiden Ansprüche können kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung auch gegen solche Teilhaber geltend gemacht werden, die im Wege der Sondernachfolge in die Gemeinschaft eingetreten sind. Jeder Sondernachfolger haftet in dinglicher Hinsicht für Verbindlichkeiten seines Rechtsvorgängers i. S. d. §§ 755, 756 BGB. Abweichend hiervon können Miteigentümer eines Grundstücks die vorbezeichneten Ansprüche gegen den Sondernachfolger eines Miteigentümers nur dann geltend machen, wenn diese Ansprüche im Grundbuch eingetragen sind, § 1010 Abs. 2 BGB.

II. Bedeutung in der notariellen Praxis

§ 1010 Abs. 2 BGB spielt in der notariellen Praxis so gut wie keine Rolle. Dies zeigt sich nicht zuletzt darin, daß die einschlägigen Formularhandbücher zum Grundstückswesen mit einer Ausnahme¹¹⁶ entsprechende Muster nicht enthalten. Ein Grund hierfür wird sein, daß größere gesamtschuldnerische Verbindlichkeiten in der Regel durch Grundpfandrechte zu Lasten des gesamten Grundstücks gesichert werden. In diesem Falle werden solche Verbindlichkeiten dann zwangsläufig bei der Veräußerung oder der Zwangsversteigerung des gesamten Grundstücks abgelöst bzw. befriedigt. Soweit einer der Miteigentümer die bestehende Gesamtschuld ganz oder über den von ihm geschuldeten Anteil hinaus begleicht, gehen die entsprechenden dinglichen Sicherheiten auf ihn über, §§ 426 Abs. 2, 412, 401 BGB. Ein Bedürfnis für diesen Miteigentümer, seine Ausgleichsansprüche gegenüber etwaigen Sondernachfolgern der übrigen abzusichern, besteht daher nicht.

In der notariellen Praxis bedeutsam werden kann nur der Fall, daß entweder die Miteigentümer eine gesamtschuldnerische Verbindlichkeit eingegangen sind, die nicht zu Lasten des gemeinsamen Grundstücks gesichert ist, oder daß ein Miteigentümer gegen die übrigen sich auf die Gemeinschaft gründende Ansprüche hat, ohne daß (z. B. aufgrund gesetzlichen Forderungsübergangs) ihm ein entsprechendes dingliches Recht an den jeweiligen Anteilen der übrigen Miteigentümer zusteht. Durch entsprechende Grundbucheintragungen könnte hier sichergestellt werden, daß diese Verbindlichkeiten bei Aufhebung der Gemeinschaft aus dem gemeinschaftlichen Grundstück oder den Anteilen der entsprechenden Schuldner berichtigt werden.

III. Rechtsnatur der Eintragung

Die Eintragung nach § 1010 Abs. 2 BGB erfolgt als Belastung eigener Art in Abt. II des Grundbuches. Dies ist nicht selbstverständlich, da nur § 1010 Abs. 1 BGB ausdrücklich anordnet, daß die dort genannten Vereinbarungen als Belastung einzutragen sind; eine entsprechende Formulierung fehlt im § 1010 Abs. 2 BGB. Es entspricht jedoch der heute herrschenden Meinung, daß die Ansprüche aus §§ 755 und 756

110 OLG München HRR 1937 Nr. 1370; zustimmend Sigloch, WürttNotV 1949, 2, 6.
111 BayObLGZ 1973, 84, 87; Haegeler (o. Fn. 47), Rdn. 670 a.E.; MünchKommSchmidt, § 1010 BGB, Rd.-Nr. 10 a.E.
112 Linde (o. Fn. 50), 358.

113 Faßbender/Grauel/Kemp/Ohmen/Peter, Notariatskunde, 2. Aufl., 155.
114 Linde, a.a.O.; Kersten/Bühling/Appell/Kanzleiter, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 17. Aufl., Rd.-Nr. 509.
115 Hilgers (o. Fn. 12), 650.
116 Formulkommentar/Knur, 21. Aufl., Bd. 4, 742.

BGB als Belastung der Miteigentumsanteile in Abt. II des Grundbuches einzutragen sind. Daraus folgt zugleich, daß auch diese Eintragungen in einem Rangverhältnis zu sonstigen weiteren Belastungen der Anteile stehen¹¹⁷.

Noch unentschieden ist die Frage, ob die Eintragung der Ansprüche aus §§ 755 und 756 BGB nur in betragsmäßig genau festgelegter Höhe erfolgen kann, mit anderen Worten ob bestehende Schuldverhältnisse vorausgesetzt werden. Aus der Praxis ist mir bekannt, daß Vereinbarungen, wonach bei Aufhebung der Gemeinschaft nach den §§ 755 und 756 BGB verfahren werden solle, in dieser unbestimmten Form auch in das Grundbuch eingetragen worden sind. Z. B. lautete der Text einer Vereinbarung: Bei Aufhebung der Miteigentumsbruchteils-gemeinschaft gelten für Berichtigung von Verbindlichkeiten und Forderungen auch die §§ 755, 756 BGB. Die daraufhin vorgenommenen Grundbucheintragungen lauten z. B.: Belastung eines jeden Miteigentumsanteils zugunsten der jeweiligen Miteigentümer der übrigen Miteigentumsanteile – den Berechtigten steht ein Anspruch aus §§ 755 und 756 BGB zu, bei Aufhebung der Gemeinschaft gelten auch die §§ 755 und 756 BGB, Vereinbarung nach §§ 755, 756, 1010 BGB ist getroffen.

Demgegenüber geht die Literatur wohl davon aus, daß eine Eintragung nach § 1010 Abs. 2 BGB eine bestehende Gesamtschuld oder eine bestehende Forderung eines Miteigentümers gegen die anderen voraussetzt, die dann auch betragsmäßig wiederzugeben ist. Dies wird zwar ausdrücklich so nicht formuliert, ergibt sich aber mittelbar aus folgenden Erwägungen:

- Es wird darauf hingewiesen, daß eine Überfüllung des Grundbuches nicht zu besorgen sei, da wohl nur wegen erheblicher Ansprüche um eine Eintragung nachgesucht werde. Auch wird betont, daß die Eintragung der Ansprüche aus §§ 755 und 756 BGB vorgemerkt werden könne¹¹⁸.
- In der Vergangenheit war es streitig, ob Ansprüche aus §§ 755 und 756 BGB als hypothekarische Belastung in Abt. III des Grundbuches einzutragen seien. Dieser Streit besteht zwar heute nicht mehr, man geht jedoch davon aus, daß Eintragungen nach § 1010 Abs. 2 BGB bei einer Beleihungswertprüfung keine Schwierigkeiten bereiten, da es sich um bezifferbare Forderungen handelt¹¹⁹.

Die vorstehend wiedergegebenen Ausführungen setzen alle voraus, daß bezifferte Ansprüche einzeln eingetragen werden. Ich halte diese Auffassung letztlich für zutreffend, da nur sie dem Normzweck des § 1010 BGB gerecht wird, wonach der Sondernachfolger vor ihm unbekanntem Belastungen geschützt werden soll. Ein solcher Schutz läßt sich durch eine globale Verweisung auf die §§ 755 und 756 BGB nicht verwirklichen.

IV. Eintragungsverfahren

Das Eintragungsverfahren richtet sich wieder nach §§ 873 ff. BGB, 19 ff. GBO. Sobald eine gesamtschuldnerische Verbindlichkeit vorliegt oder eine Forderung eines Miteigentümers gegen andere Beteiligte entstanden ist, sind die Miteigentümer auf Verlangen eines von ihnen (im Falle des § 755 BGB) oder des forderungsberechtigten Miteigentümers (im Falle des § 756 BGB) verpflichtet, entsprechende Eintragungsbewilligungen für die Belastung ihrer Anteile abzugeben. Anspruchsgrundlage ist auch hier wieder das zwischen ihnen bestehende Gemeinschaftsverhältnis. Die Geltendmachung der Ansprüche aus §§ 755 und 756 BGB hängt nicht

davon ab, daß die betreffenden Forderungen fällig sind; entsprechend kann auch die Eintragung bzw. die Abgabe von Eintragungsbewilligungen von einer Fälligkeit der Verbindlichkeiten nicht abhängig gemacht werden. Die Eintragung kann nach § 885 BGB vorgemerkt werden.

In einer frühen Entscheidung hat das OLG Stuttgart¹²⁰ die Frage aufgeworfen, ob nach Entstehen der Ansprüche aus §§ 755 und 756 BGB ihre Eintragung in das Grundbuch im Wege der Grundbuchberichtigung nach § 894 BGB durchgesetzt werden kann. Das OLG Stuttgart hat die Beantwortung offengelassen¹²¹; die Frage ist zu verneinen. Das Entstehen von Gesamt- oder Teilhaberschulden läßt die dingliche Rechtslage ebenso unberührt wie der Abschluß von Vereinbarungen nach § 1010 Abs. 1 BGB. Das Grundbuch wird dadurch nicht falsch. Der Miteigentümer, der seine Ansprüche auch gegenüber etwaigen Sondernachfolgern der übrigen durchsetzen will, muß zunächst den Anspruch auf Eintragung seiner Forderung geltend machen.

Folgt man der hier vertretenen Auffassung, wonach eine Eintragung nach § 1010 Abs. 2 BGB ein konkretes bestehendes Schuldverhältnis voraussetzt, so ist daraus abzuleiten, daß die Ansprüche aus den §§ 755 und 756 BGB nicht mit subjektiv dinglicher Wirkung zugunsten des jeweiligen Inhabers eines Anteils eingetragen werden können. Im Fall des § 755 BGB, wo es um die Berichtigung einer Gesamtschuld geht, tritt bei der Veräußerung eines Anteils der neue Miteigentümer nicht als Schuldner in das bestehende Gesamtschuldverhältnis ein. Wird in einem solchen Falle eine Schuldübernahme nicht vereinbart, so bleibt der Veräußerer Gesamtschuldner der Verbindlichkeit. Hier dann dem Erwerber das Recht zu geben, bei der Aufhebung der Gemeinschaft die Berichtigung der Gesamtschuld aus dem gemeinschaftlichen Grundstück verlangen zu können, wäre nicht sinnvoll. Entsprechendes gilt im Falle des § 756 BGB, bei dem einer der Miteigentümer Ansprüche gegen die übrigen aus dem Gemeinschaftsverhältnis besitzt. Veräußert dieser Miteigentümer seinen Anteil, so gehen die entsprechenden Forderungen nicht ohne eine ausdrückliche Übertragung auf den Erwerber über. Auch hier würde ein subjektiv-dinglicher Charakter der Belastung dazu führen, daß Forderungsinhaberschaft und das Recht, die Befriedigung aus den belasteten Anteilen verlangen zu können, auseinanderfallen.

V. Sonstige Besonderheiten

§ 1010 Abs. 2 BGB regelt nur den Fall, daß die Ansprüche aus §§ 755 und 756 BGB gegen den Sondernachfolger als solchen erhoben werden, also lediglich auf die Übertragung des Anteils gegründet sind. § 1010 Abs. 2 BGB schließt aber nicht aus, daß der Rechtsnachfolger bereits nach allgemeinen Grundsätzen in Anspruch genommen wird (z. B. aufgrund ausdrücklich vereinbarter Schuldübernahme). Hier muß der Sondernachfolger des verpflichteten Miteigentümers die Berichtigung der übernommenen Verbindlichkeiten aus dem gemeinschaftlichen Grundstück bzw. seinem Anteil dulden, auch wenn eine entsprechende Verpflichtung nicht als Belastung seines Anteils ins Grundbuch eingetragen ist¹²².

Im Konkurs eines Miteigentümers besteht nach § 51 KO ein Recht der übrigen Miteigentümer auf abgesonderte Befriedigung. Die Konkurseröffnung hindert nicht die Berichtigung einer Verbindlichkeit aus dem gemeinsamen Gegenstand oder dem Miteigentumsanteil des Gesamtschuldners. Einer Eintragung in das Grundbuch nach § 1010 Abs. 2 BGB bedarf es im Falle des Konkurses nicht, da es hier nicht um die

117 Planck/Strecker, a.a.O.; Erman/Ronke, § 1010 BGB, Rd.-Nr. 5; RGK/Pikart, § 1010 BGB, Rd.-Nr. 13; Soergel/Baur, § 1010 BGB, Rd.-Nr. 4.

118 Staudinger/Gursky, § 1010 BGB, Rd.-Nr. 12.

119 Planck/Strecker, a.a.O.; Staudinger/Gursky, a.a.O.; Sichertmann (o. Fn. 50), 128.

120 OLG 1, 251.

121 OLG 1, 251, 252.

122 BGH WM 1966, 577, 579; MünchKomm/Schmidt, § 1010 BGB, Rd.-Nr. 7.

Geltendmachung von Ansprüchen nach §§ 755 und 756 BGB gegen den Sondernachfolger eines Miteigentümers geht.

F.

Wirkung der Eintragung nach § 1010 Abs. 1 BGB

Miteigentümergeinschaften jeder Art wirken unmittelbar gegenüber solchen Rechtsnachfolgern, die einen Anteil im Wege der Gesamtrechtsnachfolge erwerben (wichtigste Beispiele: Erbfolge und Verschmelzung von Gesellschaften)¹²³. In diesen Fällen bedarf es wegen des Grundsatzes der Universal sukzession keiner Eintragung der getroffenen Vereinbarungen in das Grundbuch, um ihre Wirkung auf den Rechtsnachfolger zu erstrecken.

I. Begriff des Sondernachfolgers

Sondernachfolger im Sinne der §§ 1010, 746 und 751 BGB ist zunächst derjenige, der durch eine rechtsgeschäftliche Verfügung den Anteil oder Teilanteil eines Miteigentümers erwirbt. Als Sondernachfolger werden darüber hinaus auch diejenigen angesehen, die ein beschränkt dingliches Recht am Miteigentumsanteil erlangen. Hierzu zählen in erster Linie die Erwerber eines Nießbrauchsrechts oder eines Grundpfandrechts¹²⁴. Den Erwerb eines beschränkt dinglichen Rechts gleichgestellt sind diejenigen Gläubiger eines Miteigentümers, die in den Anteil vollstrecken¹²⁵, ferner auch der Ersteher bei einer Zwangsversteigerung des Anteils¹²⁶.

§ 1010 Abs. 1 BGB erstreckt die Wirkung von eingetragenen Vereinbarungen nur auf die Sondernachfolger einzelner Miteigentümer. Um eine Sondernachfolge im Sinne dieser Vorschrift handelt es sich dann nicht, wenn das Grundstück im ganzen übertragen wird. Bei der Veräußerung des Grundstücks an mehrere Erwerber ist es für den Fortbestand einer eingetragenen Vereinbarung von entscheidender Bedeutung, ob die bisherigen Miteigentümer jeweils ihre Anteile oder Teile davon übertragen oder ob die bisherigen Miteigentümer nach § 747 BGB geschlossen über das gemeinschaftliche Grundstück als Ganzes verfügen. Im letzteren Falle liegt, auch wenn die Erwerber selbst wieder nur Miteigentum erlangen, eine Sondernachfolge in einzelne Anteile im Sinne des § 1010 BGB nicht vor. Entsprechendes gilt im Falle der Zwangsversteigerung beim Zuschlag des Grundstücks an mehrere Ersteher.

Sondernachfolger im Sinne des § 1010 BGB ist auch derjenige, der nur die Nachfolge in einzelne Ansprüche antritt, die sich aus der Miteigentümerstellung ergeben. Als Beispiel hierfür ist der Fall anzuführen, daß die Miteigentümer das gemeinschaftliche Grundstück vermietet haben und demzufolge jedem Teilhaber ein Anspruch gegen die Gemeinschaft auf anteilige Auskehrung des Reinerlöses zusteht¹²⁷. Der Anspruch eines jeden Miteigentümers auf Auskehrung des auf ihn entfallenden Erlösanteils unterliegt dem Zugriff seiner Gläubiger. Pfändet ein Gläubiger diesen Anspruch, so ist er an Vereinbarungen der Miteigentümer über die Verteilung des Reinerlöses, die zum Nachteil seines Schuldners von der Verteilung entsprechend der Größe der jeweiligen Anteile abweichen, nur dann gebunden, wenn sie in das Grundbuch eingetragen sind¹²⁸.

Eine Sondernachfolge im Sinne des § 1010 BGB liegt auch dann vor, wenn ein Anteil an mehrere Erwerber veräußert

wird. Hier entsteht in Ansehung des ursprünglichen Anteils keine Untergemeinschaft¹²⁹; es ist vielmehr jeder Teilanteilerwerber selbst als Teilsondernachfolger des veräußernden Miteigentümers anzusehen. Die Bindung der verschiedenen Teilerwerber an die getroffenen Vereinbarungen ist insoweit unproblematisch, als es sich um einen Aufhebungsausschluß handelt oder um allgemeine Bestimmungen zur Verwaltung und Benutzung des gemeinschaftlichen Grundstücks wie etwa die Einsetzung eines Verwalters. Solche Regelungen muß jeder Teilerwerber gegen sich gelten lassen¹³⁰.

Die vorstehenden Ausführungen gelten entsprechend, wenn mit dem ursprünglichen Miteigentumsanteil bestimmte Befugnisse in Bezug auf eine tatsächliche Benutzung des gemeinschaftlichen Grundstücks verbunden waren, insbesondere wenn der Veräußerer befugt war, eine bestimmte Fläche des Grundstücks allein zu nutzen oder wenn ihm ein Stockwerk des sich auf dem Grundstück befindenden Hauses zur alleinigen Nutzung zugewiesen war. Auch hier sind die jeweiligen Anteilserwerber an die eingetragenen Vereinbarungen gebunden. Sie müssen sich also über die Ausübung der mit dem ursprünglichen Miteigentumsanteil verbundenen Befugnisse einigen. Eine solche Vereinbarung der Anteilserwerber untereinander ist ihrerseits wieder in das Grundbuch eintragbar¹³¹.

II. Vereinbarungen ohne Eintragung in das Grundbuch

Nach dem Wortlaut des § 1010 Abs. 1 BGB wirkt eine Miteigentümergeinschaft gegen den Sondernachfolger eines Miteigentümers nur bei Eintragung in das Grundbuch. Ist die Eintragung unterblieben, so erstreckt sich die Vereinbarung auch dann nicht auf einen Sondernachfolger, wenn dieser sie kannte. Auf seinen guten oder bösen Glauben kommt es nicht an¹³². Aus der Formulierung, wonach die Wirkung gegen den Rechtsnachfolger von der Eintragung abhängig ist, wird ganz einhellig gefolgert, daß im übrigen die §§ 746 und 751 BGB Anwendung finden. Es kann sich also ein Sondernachfolger auch bei fehlender Eintragung auf diejenigen Bestimmungen ohne weiteres berufen, die für ihn günstig sind, ohne die damit verbundenen Nachteile (z. B. bezüglich der Kosten- und Lastentragung) hinnehmen zu müssen¹³³.

Ob Vereinbarungen, die nicht in das Grundbuch eingetragen sind, in jedem Falle zugunsten des Sondernachfolgers Wirkung entfalten, erscheint fraglich. Bereits dann, wenn in eine bestehende Gemeinschaft der zweite Sondernachfolger eines Miteigentümers eintritt, kann sich der Fall ergeben, daß die Begünstigung des ersten aus einer nicht eingetragenen Vereinbarung ganz oder teilweise zu Lasten des zweiten gehen müßte. Der zweite Sondernachfolger kann sich nach § 1010 Abs. 1 BGB jedoch darauf berufen, daß die den ersten begünstigende Regelung ihm gegenüber nicht gilt, weil sie ihn belastet. Der begünstigte Sondernachfolger müßte sich dann an die übrigen Miteigentümer halten, die seinerzeit die entsprechende Vereinbarung getroffen haben. Entsprechend diesen Erwägungen erledigt sich eine Vereinbarung, die bei einer aus zwei Miteigentümern bestehenden Gemeinschaft den einen begünstigt und den anderen entsprechend benachteiligt und die nicht in das Grundbuch eingetragen ist, spätestens dann, wenn beide Miteigentümer ihre Anteile veräußert haben.

123 MünchKomm/Schmidt, § 746 BGB, Rd.-Nr. 1; § 751 BGB, Rd.-Nr. 1.
124 MünchKomm/Schmidt, § 746 BGB, Rd.-Nr. 4; Staudinger/Huber, § 746 BGB, Rd.-Nr. 7.
125 OLG Frankfurt NJW 1958, 65 = MittRhNotK 1958, 5, 6; MünchKomm/Schmidt, a.a.O.
126 Sigloch (o. Fn. 110), 3, 4.
127 Vgl. Nachw. Fn. 48.
128 OLG Frankfurt a.a.O.; Erman/Ronke, § 1010 BGB, Rd.-Nr. 3; Palandt/Bassenge, § 1010 BGB, Anm. 1 a); a.A. RGZ 89, 176, 179; Staudinger/Huber, § 743 BGB, Rd.-Nr. 28 a.E.

129 Vgl. Nachw. Fn. 13.
130 LG Berlin NJW 1956, 471.
131 Vgl. B. I. 4.
132 Planck/Strecker, § 1010 BGB, Anm. 1 c) a.E.; MünchKomm/Schmidt, § 1010 BGB, Rd.-Nr. 1; RGRK/Pikart, § 1010 BGB, Rd.-Nr. 3.
133 OLG München NJW 1955, 637; Planck/Strecker, a.a.O.; MünchKomm/Schmidt, a.a.O., Rd.-Nr. 6; RGRK/Pikart, a.a.O.; a.A. Staudinger/Huber, § 746 BGB, Rd.-Nr. 2; Staudinger/Gursky, § 1010 BGB, Rd.-Nr. 1.

Derjenige Miteigentümer, der bei einer nicht in das Grundbuch eingetragenen Vereinbarung seinen Anteil veräußert, ohne sicherzustellen, daß sich sein Sondernachfolger auch an die getroffenen Vereinbarungen hält, macht sich gegenüber den anderen Miteigentümern schadensersatzpflichtig. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Sondernachfolger sich auf die ihm günstigen Bestimmungen beruft und die ihm lästigen Regelungen nicht gegen sich gelten lassen will. Nach Ansicht des BGH kommt es für das Bestehen eines solchen Schadensersatzanspruchs nicht darauf an, ob den Veräußerer ein Verschulden daran trifft, daß sein Sondernachfolger die getroffenen Vereinbarungen nicht beachtet¹³⁴.

G.

Bedeutung des Vermerks nach § 1010 Abs. 1 BGB in der Zwangsvollstreckung

Die Zwangsvollstreckung in Miteigentumsanteile erfolgt, wie bei Grundstücken selbst, nach § 866 ZPO durch Eintragung einer Zwangshypothek, Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung¹³⁵. Von diesen drei Möglichkeiten lassen Zwangshypothek und Zwangsverwaltung die dinglichen Rechte unberührt, die an dem Anteil bestehen. Ein die Zwangsverwaltung betreibender Gläubiger ist an bestehende, in das Grundbuch eingetragene Vereinbarungen gebunden. Im folgenden wird also lediglich zu untersuchen sein, welchen Bestand Miteigentümervereinbarungen nach § 1010 Abs. 1 BGB im Falle der Zwangsversteigerung des Anteils bzw. des gemeinschaftlichen Grundstücks haben.

I. Versteigerung eines Miteigentumsanteils

Der Vermerk nach § 1010 Abs. 1 BGB unterliegt den allgemeinen Regeln des ZVG über das geringste Gebot und die Folgen des Zuschlags¹³⁶. Fällt die Belastung nicht in das geringste Gebot, so erlöschen die zu Lasten des vom Ersteher erworbenen Anteils eingetragenen Vereinbarungen nach §§ 52, 91 ZVG. Der Ersteher ist hier weder an eine Verwaltungs- und Benutzungsregelung noch an einen Aufhebungsausschluß gebunden. Er kann jederzeit nach §§ 753 Abs. 1 BGB, 181 ZVG die Aufhebung der Gemeinschaft durchsetzen.

Will der Ersteher die Aufhebung der Gemeinschaft zunächst nicht verlangen, so stehen ihm die Rechte aus §§ 743 und 745 BGB zu. Für das Verhältnis der übrigen Miteigentümer untereinander wird man sagen müssen, daß der Eintritt des neuen Miteigentümers ohne Bindung an die getroffenen Vereinbarungen einen Kündigungsgrund für die frühere Verwaltungs- und Benutzungsregelung darstellt und ihnen das Recht gibt, ihrerseits die Aufhebung der Gemeinschaft aus wichtigem Grund zu verlangen.

Faßt man mit der heute überwiegenden Meinung die Eintragung nach § 1010 Abs. 1 BGB als dienstbarkeitsähnliche Belastung eines jeden Anteils auf, so ist konsequenterweise auch davon auszugehen, daß den übrigen Miteigentümern nach § 92 ZVG ein Anspruch auf Ersatz des Wertes der erloschenen Belastung zusteht. Die Höhe des Wertersatzes richtet sich nach dem Nutzen, den die Belastung für die übrigen Miteigentümer hatte¹³⁷.

Sind die Vereinbarungen, die zu Lasten des zu versteigernden Anteils eingetragen sind, bei der Feststellung des geringsten Gebots zu berücksichtigen, so erlischt die Eintragung durch den Zuschlag nicht. Der Ersteher ist an die getroffenen Vereinbarungen gebunden. Zwar erwirbt der Ersteher das Eigentum in der Versteigerung originär durch staatli-

chen Hoheitsakt und wird daher allgemein nicht als Rechtsnachfolger des Vollstreckungsschuldners angesehen¹³⁸. Von diesem Grundsatz werden aber Ausnahmen zugelassen¹³⁹; eine weitere Ausnahme muß im Fall des § 1010 Abs. 1 BGB gemacht werden. Der Ersteher ist Sondernachfolger des früheren Miteigentümers¹⁴⁰.

II. Versteigerung des gemeinschaftlichen Grundstücks durch den Gläubiger eines Miteigentümers

Derjenige Gläubiger, der die Zwangsversteigerung eines Anteils betreibt, muß befürchten, daß sich wegen der Beteiligung der übrigen Miteigentümer entweder Interessenten nicht finden oder die Gebote zu niedrig ausfallen. Er wird daher häufig bestrebt sein, die Versteigerung des gesamten Grundstücks zu betreiben, um sich so den vollen wirtschaftlichen Wert des Anteils seines Schuldners zur Befriedigung seiner Forderung zu Nutzen machen zu können.

1. Pfändung des Aufhebungsanspruchs

Nach überwiegender Auffassung kann ein Gläubiger den Anspruch seines Schuldners auf Aufhebung der Grundstücksgemeinschaft pfänden und sich überweisen lassen¹⁴¹. Als Rechtsgrundlage wird § 857 Abs. 3 ZPO angesehen, wonach ein unveräußerliches Recht der Pfändung insoweit unterworfen ist, als die Ausübung einem anderen überlassen werden kann. Der Gläubiger kann sodann für den Schuldner das Recht auf Aufhebung der Gemeinschaft ausüben und gleichzeitig dessen Anteil am Auseinandersetzungsguthaben pfänden und sich überweisen lassen. Ein solches Vorgehen ist dann ohne weiteres möglich, wenn die Miteigentümer lediglich die Verwaltung und Benutzung des Grundstücks geregelt haben.

2. Wirkung eines Aufhebungsausschlusses gegenüber der Pfändung

Umstritten ist die Rechtslage dann, wenn die Miteigentümer das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen zu können, erschwert oder dauernd ausgeschlossen haben. Eigentlich müßte der Gläubiger einen befristeten Aufhebungsausschluß gegen sich gelten lassen bzw. eine Kündigung aussprechen und die vereinbarte Kündigungsfrist einhalten. Haben die Miteigentümer einen dauernden Aufhebungsausschluß vereinbart, läßt sich nicht bestreiten, daß hier der Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft zwar gepfändet, aber nur aus wichtigem Grund (§ 749 Abs. 2 BGB) ausgeübt werden könnte. Die Vorschrift des § 751 Satz 2 BGB, wonach ein Aufhebungsausschluß nicht gegenüber einem Gläubiger gilt, der die Pfändung des Anteils eines Teilhabers aufgrund eines nicht bloß vorläufigen vollstreckbaren Schuldtitels erwirkt hat, findet ihrem klaren Wortlaut nach nur Anwendung auf die Vollstreckung in bewegliche Sachen. Die Zwangsvollstreckung in Grundstücke, wozu auch Miteigentumsanteile zählen, erfolgt ausschließlich nach § 866 ZPO (Zwangshypothek, Zwangsverwaltung, Zwangsversteigerung). Rechtsprechung zu diesem Problem gibt es – soweit ersichtlich – nicht. In der Literatur werden verschiedene Lösungsmöglichkeiten vorgeschlagen, die alle darauf abzielen, dem vollstreckenden Gläubiger trotz des vereinbarten Aufhebungsausschlusses doch den Zugriff auf das gesamte Grundstück zu ermöglichen. Es ist das Bestreben erkennbar, den Gläubiger eines Grundstücksmiteigentümers vollstreckungsrechtlich nicht schlechter zu stellen als den eines Miteigentümers einer beweglichen Sache, bei dem nach § 751 Satz 2 BGB ein Aufhebungsausschluß nicht gilt.

134 BGHZ 40, 326, 331 = DNotZ 1965, 41, 43.
135 MünchKomm/Schmidt, § 747 BGB, Rd.-Nr. 33 m.w.N.
136 Sigloch (o. Fn. 110), 6.
137 Sichertermann (o. Fn. 50), 127.
138 Zeller, 10. Aufl., § 57 ZVG, Anm. 1, § 90 ZVG, Anm. 7.
139 RGZ 89, 77, 80 f.

140 Sigloch (o. Fn. 110), 4, 5; vgl. auch Sichertermann (o. Fn. 50), 127; LG Zweibrücken Pflieger 1965, 56, 57.
141 OLG Köln OLGZ 1969, 338, 339 = MittRhNotK 1969, 715, 717 m.w.N.; Furtner, NJW 1967, 1620; RGRK/Pikart, § 1006 BGB, Rd.-Nr. 66; Jaeckel/Güthe, 7. Aufl., § 181 ZVG, Anm. 7; Steiner/Riedel, 8. Aufl., Bd 3, § 181 ZVG, Anm. 6 (3a), S. 2223.

Furter¹⁴² schlägt vor, die Vollstreckung in Miteigentumsanteile an Grundstücken der Vorschrift des § 857 Abs. 1 ZPO zu unterstellen und damit als Rechtspfändung aufzufassen. Schmidt¹⁴³ plädiert dafür, die Vorschrift des § 751 Abs. 2 BGB unmittelbar auf den Gläubiger anzuwenden, der nicht in den Miteigentumsanteil, sondern sofort in den Anspruch eines Teilhabers auf den Erlös einer Teilungsversteigerung vollstreckt hat. Konstruktiv am überzeugendsten erscheint die Ansicht von Hoffmann¹⁴⁴, der nachweist, daß es sich bei der Formulierung „Pfändung“ in § 751 Satz 2 BGB wohl um ein Redaktionsversehen handelt, da es in dem zweiten Entwurf des heutigen § 751 BGB ursprünglich heißen hatte: „Hat ein Gläubiger die Zwangsvollstreckung in den Anteil eines Teilhabers erwirkt, so kann er ohne Rücksicht auf entgegenstehende Vereinbarungen der Miteigentümer die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen“¹⁴⁵.

Der Austausch des Begriffs Zwangsvollstreckung gegen den Ausdruck Pfändung ist in den Motiven zum BGB nicht ausdrücklich begründet worden. Es spricht daher einiges dafür, daß dieser Begriff in der Tat untechnisch verwendet und Zwangsvollstreckung im allgemeinen gemeint ist. Hierfür läßt sich auch die Vorschrift des § 16 Abs. 2 KO anführen, wonach ein von den Teilhabern vereinbarter Aufhebungsausschluß nicht gegenüber der Konkursmasse wirkt, gleichgültig, ob es sich um bewegliche oder unbewegliche Gegenstände handelt. Der Gläubiger, der die Zwangsversteigerung eines Miteigentumsanteils betreibt, kann sich also auf § 751 Satz 2 BGB berufen, sofern sein Titel nicht bloß vorläufig vollstreckbar ist. Festzuhalten bleibt, daß sich die Miteigentümer eines Grundstücks auch durch einen dauernden Aufhebungsausschluß nicht gegen die Teilungsversteigerung wehren können, wenn sie von dem Gläubiger eines Teilhabers betrieben wird. In der Begründung dieses Ergebnisses bestehen zwar unterschiedliche Auffassungen, das Ergebnis selbst wird aber einhellig gebilligt.

3. Folge des Zuschlags an den Ersteher

Mit dem Zuschlag an den Ersteher endet die Gemeinschaft¹⁴⁶. Die bestehenden Miteigentümergeeinbarungen werden gegenstandslos¹⁴⁷. Ein Anspruch auf Wertersatz für die früheren Miteigentümer besteht nicht. Bei einem Erwerb durch mehrere Ersteher ändert sich hieran nichts. Das frühere Gemeinschaftsverhältnis wird von den Erwerbern nicht fortgesetzt¹⁴⁸.

H. Schlußbetrachtung

Der vorstehende Abschnitt über den Bestand von Miteigentümergeeinbarungen in der Zwangsvollstreckung sowie der

Hinweis auf § 16 Abs. 2 KO haben einen Schwachpunkt solcher Regelungen offenbart: der optisch so wirkungsvolle Ausschluß der Aufhebung der Gemeinschaft pflegt stets dann nicht zu funktionieren, wenn es darauf ankommt¹⁴⁹. Dies gilt gleichermaßen für den Fall des Aufhebungsverlangens aus wichtigem Grund nach § 749 Abs. 2 BGB.

Miteigentümergeeinbarungen nach § 1010 Abs. 1 BGB sind daher in erster Linie dort sinnvoll, wo ein Gläubigerzugriff oder schwere Zerwürfnisse unter den Beteiligten relativ unwahrscheinlich erscheinen, etwa bei intakten Familienverhältnissen. Daneben sind Regelungen nach § 1010 Abs. 1 BGB dann angebracht, wenn das gemeinschaftliche Grundstück als Ganzes nur von geringem Interesse in der Zwangsversteigerung ist, etwa bei Wege- und Grünflächen, die mehreren Hausgrundstücken dienen.

Der Vorteil von Vereinbarungen nach § 1010 Abs. 1 BGB gegenüber einer Begründung von Wohnungs- oder Teileigentum liegt in der größeren Gestaltungsfreiheit und den weniger strengen Voraussetzungen. Hervorzuheben ist hier die Möglichkeit der Einbindung von außenstehenden Dritten in die Regelungen sowie der Umstand, daß die Baubehörden, anders als nach § 7 Abs. 4 WEG, nicht zu beteiligen sind. An dem Erfordernis der Vorlage einer Abgeschlossenheitsbescheinigung scheitert häufig die Aufteilung in Wohnungseigentum bei Gebäuden, die teilweise ohne Baugenehmigung ausgebaut worden sind. In das Grundbuch eingetragene Miteigentümergeeinbarungen stellen die einzige Möglichkeit dar, in diesem Fall verbindliche Regelungen gegenüber Sondernachfolgern zu treffen.

Wird eine über die Schutzwirkung des § 1010 Abs. 1 BGB hinausgehende Sicherung der Beteiligten angestrebt, so bietet sich neben der Aufteilung in Wohnungs- oder Teileigentum die Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§§ 705 ff. BGB) unter den Beteiligten an. Das Miteigentum am Grundstück wird in Gesamthandseigentum überführt mit der Folge, daß ohne Zustimmung aller Gesellschafter niemand über seinen Anteil verfügen kann (§ 719 Abs. 1 BGB). Bei Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen einen Gesellschafter, dessen Konkurs oder einer Kündigung aus wichtigem Grund nach § 723 BGB kann der Gesellschaftsvertrag das Ausscheiden des Betreffenden und die Fortsetzung der Gesellschaft vorsehen; sein Anteil wächst dann den übrigen Gesellschaftern an. Die dem Ausscheidenden zu leistende Abfindung kann durch die Vereinbarung von Ratenzahlungen für die Verbliebenen finanziell tragbar gehalten werden. So läßt sich sicherstellen, daß Umstände in der Person nur eines Beteiligten nicht gegen den Willen der anderen zur Aufhebung der Gemeinschaft führen.

Rechtsprechung

1. Liegenschaftsrecht/Grundbuchrecht – BGB-Gesellschaft im Grundbuch
(OLG Hamm, Beschluß vom 30. 6. 1983 – 15 W 218/83 – mitgeteilt von Vors. Richter am OLG Dr. Joachim Kuntze, Hamm)

BGB §§ 705 ff.; 873; 925
WEG §§ 1; 4
GBO § 47

1. Die Übertragung von Teileigentum (nach WEG) aus einer fortbestehenden BGB-Gesellschaft auf eine andere – auch personengleiche – BGB-Gesellschaft bedarf der Auffassung und Eintragung.

2. Der Eintragung einer BGB-Gesellschaft gemäß § 47 GBO kann schlagwortartig eine konkrete Bezeichnung dieser Gesellschaft hinzugefügt werden, wenn dies zur Vermeidung von Verwechslungen, insbesondere beim Bestehen mehrerer personengleicher Gesellschaften, zweckmäßig erscheint (wie OLG Frankfurt, Rpfleger 1975, 177; Abgrenzung zu Senat in Rpfleger 1973, 250 – OLGZ 1973, 283 = MDR 1973, 763).

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde hat Erfolg; denn die Entscheidungen beider Vorinstanzen beruhen auf Gesetzesverletzungen, § 78 GBO.

142 NJW 1969, 871, 873.

143 MünchKomm/Schmidt, § 749 BGB, Rd.-Nr. 22, § 751 BGB, Rd.-Nr. 3; ders., JR 1979, 317, 321.

144 JuS 1971, 20 ff.; vgl. auch Staudinger/Huber, § 747 BGB, Rd.-Nr. 51.

145 Zitiert nach Hoffmann (o. Fn. 144), 22.

146 LG Zweibrücken Rpfleger 1965, 56, 57.

147 Erman/Ronke, § 1010 BGB, Rd.-Nr. 4.

148 Vgl. F. I.

149 Rendtorff (o. Fn. 87), 995.

1) Der Antrag aus der Urkunde vom 23. 12. 1982 geht dahin, den *Übergang* des im Teileigentumsgrundbuch Blatt 400 (unter lfd. Nr. 1 des Bestandsverzeichnisses) eingetragenen und dort näher bezeichneten Teileigentumsrechts (vgl. § 1 Abs. 1 und Abs. 3 sowie § 7 WEG) vom bisherigen Rechtsträger auf einen anderen Rechtsträger einzutragen. Diese rechtliche Qualifikation haben beide Vorinstanzen zu Unrecht verneint.

Bisheriger Rechtsträger sind die Beteiligten zu 1) und 2) als Gesellschafter einer *bestimmten*, bereits früher gegründeten Gesellschaft bürgerlichen Rechts, der sie die Bezeichnung „BGB-Gesellschaft Gewerbeobjekte X.-Gebiet“ gegeben hatten.

Neuer Rechtsträger soll nunmehr ihr gesamthänderischer Zusammenschluß in einer *anderen*, am 1. 9. 1982 gegründeten BGB-Gesellschaft mit der Bezeichnung „Gewerbeobjekt Y.-Straße GbR“ werden.

Mit der Gründung einer Personengesellschaft wird ein Sondervermögen gebildet, das vom Privatvermögen der Gesellschafter und ebenso von einem etwa – wie hier – schon vorhandenen, zu einer anderen BGB-Gesellschaft gehörenden Sondervermögen zu trennen ist und besonderen Regeln unterliegt (vgl. BayObLG, Beschl. v. 3. 10. 1980 – 2 Z 69/79, abgedr. in BayObLGZ 1980, 299 = DNotZ 1981, 573 = Rpfleger 1981, 58 = BWNZ 1981, 63 ff., 64). Soll ein Grundstück oder ein Teileigentumsrecht von der einen auf die andere BGB-Gesellschaft übergehen, so erfolgt eine Änderung in der gesamthänderischen Zuordnung des Gesellschaftsvermögens, was eine Auffassung und Eintragung im Grundbuch erforderlich macht (BayObLG, a. a. O., m. w. N.); die Einigung bei der Übertragung von Wohnungs- oder Teileigentum bedarf nach einhelliger Ansicht ebenfalls der für eine Auffassung vorgeschriebenen Form (§ 925 BGB).

Das gilt auch dann, wenn die verschiedenen Gesellschaften, wie hier, personengleich sind; entscheidend ist die Änderung in der gesamthänderischen Zuordnung zu einem *bestimmten* Gesellschaftsvermögen.

Infolgedessen muß im Grundbuch gemäß §§ 873, 925 BGB unter einer neuen lfd. Nummer eingetragen werden, daß die Beteiligten zu 1) und 2) nunmehr als Gesellschafter einer *anderen* als der bisherigen BGB-Gesellschaft die Inhaber des Teileigentumsrechts sind und ist als Grundlage dieser Eintragung die Einigung vom 23. 12. 1982 in Verbindung mit der Genehmigungserklärung (des Beteiligten zu 2) vom 28. 12. 1982 in Spalte 4 der Abteilung I einzutragen.

Da die formellen und materiellen Voraussetzungen für diese Umschreibung nach §§ 19, 20, 29 GBO in Verbindung mit den bereits genannten Gesetzesbestimmungen nachgewiesen sind und lediglich der einzufordernde Kostenvorschuß noch aussteht, war das GBA – unter Aufhebung der entgegenstehenden erst- und zweitinstanzlichen Entscheidungen – anzuweisen, die beantragte Umschreibung nach Eingang des Kostenvorschusses vorzunehmen.

2) Der andere, von den Vorinstanzen abgelehnte Antrag hat zum Ziele, im Grundbuch Blatt 401 zu vermerken, daß die als Rechtsträger eingetragenen BGB-Gesellschafter ihrer Gesellschaft nunmehr eine neue Bezeichnung gegeben haben, nämlich „Hotel Z. GbR A.-Stadt“. Damit soll der Rechtsträger, bei unveränderter Identität, genauer gekennzeichnet werden. Die Beteiligten halten die Kennzeichnung der verschiedenen, von ihnen gebildeten BGB-Gesellschaften zur Vermeidung von Verwechslungen und Irrtümern für zweckmäßig, wünschenswert und rechtlich zulässig wobei sie auf eine Entscheidung des OLG Frankfurt vom 3. 1. 1975 (Rpfleger 1975, 177) verweisen.

Auch diesem Begehren steht kein durchgreifendes Hindernis entgegen.

Richtig ist zwar, daß das Grundbuch von allen für das Grund-

buchrecht unerheblichen und deshalb überflüssigen Zusätzen freigehalten werden soll und daß dies auch für die Bezeichnung des für eine Gemeinschaft maßgebenden Rechtsverhältnisses nach § 47 GBO gilt. Aus diesem Grunde hat der Senat in einer Entscheidung vom 4. 5. 1973 (Rpfleger 1973, 250 = OLGZ 1973, 283 = MDR 1973, 763) ausgesprochen, bei der Eintragung von Gesellschaftern einer BGB-Gesellschaft seien auf den Gesellschaftszweck hindeutende Zusätze (dort: „Auf- und Erschließungs-“ [Gesellschaft]) überflüssig und daher zu vermeiden.

An dieser Auffassung hält er auch fest. Sie steht aber dem hier erörterten Begehren der Antragsteller nicht entgegen. Anders als im vorliegenden Falle ging es in jener Sache nicht um die Existenz und Unterscheidbarkeit verschiedener personengleicher BGB-Gesellschaften. Der Senat hält es daher mit dem OLG Frankfurt (a. a. O.) für zulässig, eine schlagwortartige Bezeichnung für eine BGB-Gesellschaft bei der Angabe des Gemeinschaftsverhältnisses nach § 47 GBO mit einzutragen, wenn dies nach den konkreten Umständen des Falles zur Vermeidung möglicher Verwechslungen bei personengleichen Gesellschaften zweckmäßig erscheint. Da sich derartige Zusätze auf wenige Worte beschränken lassen, wird das Grundbuch dadurch auch keineswegs unübersichtlich.

3) Aus den unter 2) dargelegten Gründen kann den Antragstellern die Miteintragung der Bezeichnungen der jeweiligen BGB-Gesellschaft in *beiden* Fällen nicht versagt werden.

a) Soweit das Teileigentumsrecht auf Blatt 400 auf den *neuen* Rechtsträger umzuschreiben ist, hat das GBA die neue BGB-Gesellschaft nicht abstrakt, sondern antragsgemäß zu kennzeichnen. Die Eintragung der Beteiligten zu 1) und 2) muß also erkennen lassen, daß diese in einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts unter der Bezeichnung „Gewerbeobjekt Y.-Straße GbR“ stehen.

b) Auf dem Blatt 401 ist dagegen lediglich eine Richtigstellung von Angaben tatsächlicher Art über die Person des Berechtigten vorzunehmen. Derartige Richtigstellungen sind grundsätzlich als zulässig anerkannt (vgl. KEHE, § 22 GBO, Rd.-Nm. 10 ff., 13. m. w. N.).

Im vorliegenden Falle kann der Vermerk etwa lauten: Die BGB-Gesellschaft führt jetzt die Bezeichnung „Hotel Z. GbR A.-Stadt“.

Der Vermerk ist, da er keinerlei rechtliche Änderung herbeiführt, unter Wiederholung der bisherigen laufenden Nummer in Spalte 1, in der Spalte 2 der Abteilung I einzutragen und dort zu unterschreiben (vgl. KEHE, Abschnitt V, § 9 GBVfg. Rd.-Nr. 2).

2. Familienrecht – Zur Wirksamkeit der Einwilligungserklärung nach § 1746 BGB

(LG Bonn, Beschluß vom 25. 7. 1983 – 5 T 131/83 – mitgeteilt von Notar Dr. Karl Daniels, Bonn)

BGB §§ 1746; 1747; 1750; 1751

Die von den Eltern als gesetzlichen Vertretern des Kindes gemäß § 1746 BGB erklärte Einwilligung zur Adoption ist nicht deshalb unwirksam, weil gleichzeitig mit ihr die im eigenen Namen erklärte Einwilligung der Eltern nach § 1747 BGB bei Gericht eingeht.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Die Beteiligten zu 2) sind die Eltern, die Beteiligten zu 1) die Großeltern mütterlicherseits des betroffenen Kindes. Am 14. 1. 1983 haben die Beteiligten zu 1) zur Urkunde des Notars die Annahme des betroffenen Kindes als gemeinschaftliches Kind beantragt. In derselben Urkunde hat die Mutter des Kindes ihre gem. §§ 1746 und 1747 BGB erforderliche Einwil-

lligung zu der Kindesannahme erklärt. Bereits am 15. 12. 1982 hatte der Vater des Kindes, der Beteiligte zu 2 b), zur Urkunde des Notars seine gem. §§ 1746 und 1747 BGB erforderliche Einwilligung zu der beabsichtigten Annahme als Kind erklärt. Mit Schreiben des Notars vom 20. 1. 1983, bei Gericht eingegangen am 21. 1. 1983, sind unter anderem der Antrag der Beteiligten zu 1) sowie die Einwilligungserklärungen der Beteiligten zu 2 a) und 2 b) dem Vormundschaftsgericht vorgelegt worden.

Durch Verfügung vom 25. 2. 1983 hat das AG die Auffassung vertreten, die Zustimmung des Kindes zur Adoption könne durch die Eltern nicht mehr wirksam erklärt werden, da die elterliche Sorge mit der Adoptionsfreigabe durch die Kindeseltern ruhe. Die Einwilligungserklärung des Kindes müsse daher durch das Jugendamt als Vormund abgegeben werden. An dieser Auffassung hat das AG auf die vom Notar hiergegen vorgebrachten Bedenken festgehalten und die Sache entsprechend der Bitte des Notars als Beschwerde gegen die Zwischenverfügung vom 25. 2. 1983 dem LG vorgelegt.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist gem. § 20 Abs. 2 FGG statthaft. Sie ist auch im übrigen zulässig, zumal Bedenken gegen die Anfechtbarkeit einer Zwischenverfügung nicht bestehen. Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

Der Auffassung des AG, auch die gem. § 1746 BGB erforderliche, nach § 1746 Abs. 1 S. 2 durch den gesetzlichen Vertreter des betroffenen Kindes zu erteilende Einwilligung könne nicht durch die Eltern, sondern nur durch das Jugendamt als Vormund erteilt werden, vermag die Kammer sich nicht anzuschließen. Für diese Annahme sind weder dem Wortlaut noch einer zweckentsprechenden Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen hinreichende Anhaltspunkte zu entnehmen.

Aus dem Wortlaut der §§ 1746, 1750 Abs. 1, 1751 BGB geht nicht hervor, daß die Einwilligung des Kindes – vertreten durch die Eltern – gem. § 1746 Abs. 1 S. 2 BGB unwirksam ist, wenn sie gleichzeitig mit der in derselben Urkunde beurkundeten Einwilligung der Eltern gem. § 1747 BGB bei Gericht eingeht. Aus § 1750 Abs. 1 S. 2 BGB läßt sich für die Annahme der Unwirksamkeit dieser Einwilligung nichts herleiten. Die Vorschrift besagt lediglich, daß die Einwilligungen (des Kindes oder der Eltern) erst mit deren Eingang beim Vormundschaftsgericht wirksam werden. Nach § 1751 Abs. 1 BGB tritt mit diesem Zeitpunkt das Ruhen der elterlichen Gewalt ein und wird das Jugendamt Vormund. Dies bedeutet indessen nicht, daß deshalb eine gleichzeitig mit der Einwilligung der Eltern (nach § 1747 BGB) bei Gericht eingegangene Einwilligung des Kindes (nach § 1746 BGB) keine Wirksamkeit entfalten kann. Denn beide Einwilligungserklärungen werden im gleichen Zeitpunkt wirksam, eine zeitliche oder logische Rangfolge, aus welcher sich – aufgrund des Eingangs der Einwilligungserklärung der Eltern – zunächst das Ruhen der elterlichen Gewalt und damit das Erfordernis ableiten ließe, daß das Kind im Rahmen der von ihm gem. § 1746 BGB zu erklärenden Einwilligung durch das Jugendamt vertreten werden müsse, läßt sich nicht feststellen.

Auch den Ausführungen im Schrifttum zu den Erfordernissen der §§ 1746 und 1747 BGB läßt sich für die Auffassung des AG nichts entnehmen. Vielmehr wird die Ansicht vertreten, es genüge auch nach neuem Recht, wenn die vertretungsberechtigten Eltern eine Erklärung abgeben, die sowohl als Vertretererklärung für das Kind wie auch als persönliche Einwilligung angesehen werden kann (vgl. MünchKomm/Lüderitz, § 1746 BGB, Rd.-Nr. 6). Es ist weiterhin im Schrifttum – soweit ersichtlich – allgemeine Ansicht, daß die von den Eltern als gesetzlichen Vertretern abzugebende Einwilligungserklärung nicht gem. § 1748 BGB ersetzt werden kann, sondern insoweit lediglich unter den Voraussetzungen des § 1666 BGB die Entziehung des Vertretungsrechtes in Betracht kommen kann (vgl. Firsching, Familienrecht, 4. Aufl., S. 381, m.w.N.; MünchKomm/Lüderitz, a.a.O., Rd.-Nr. 7). Dieses Verfahren wäre unnötig, wenn – wie das AG anzunehmen scheint – die Einwilligungserklärung des Kindes erst nach Entlassung der Eltern aus ihrer Verantwortung für das Kind abgegeben werden könnte.

Schließlich gebietet auch der Zweck der gesetzlichen Bestimmungen nicht die vom AG vertretene Auslegung. Die Prüfung der Frage, ob die beabsichtigte Annahme dem Wohl des Kindes dient (§ 1741 Abs. 1 BGB), kann nämlich nicht allein anhand der formalen Voraussetzungen der Einwilligungen gem. §§ 1746 und 1747 BGB erfolgen. Vielmehr hat das Vormundschaftsgericht von Amts wegen die hierzu erforderlich erscheinenden Ermittlungen zu veranlassen, u. a. gem. § 56 d S. 2 FGG eine gutachtliche Äußerung des Jugendamts einzuholen. Hierdurch ist der Möglichkeit eines Interessenwiderstreits zwischen den Interessen der Eltern einerseits und dem Wohl des Kindes andererseits in ausreichendem Maße Rechnung getragen, ohne daß eine förmliche Einwilligung des Jugendamtes als Vormund gem. § 1751 Abs. 1 S. 2 in die Kindesannahme erforderlich wäre.

3. Handelsrecht/Gesellschaftsrecht – Gesamtprokura des Prokuristen und eines Geschäftsführers

(OLG Hamm, Beschluß vom 19. 5. 1983 – 15 W 424/B2 – mitgeteilt von Vors. Richter am OLG Dr. Joachim Kuntze, Hamm)

HGB §§ 48; 50

GmbHG §§ 35; 46 Nr. 7

Prokura kann nicht in der Weise erteilt werden, daß der Prokurist berechtigt ist, eine GmbH in Gemeinschaft mit einem gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführer zu vertreten.

Zum Sachverhalt:

In einer notariell beglaubigten Urkunde vom 8. 9. 1982 haben die gemeinschaftlich zur Vertretung berufenen Geschäftsführer der Beteiligten zum Handelsregister angemeldet, dem kaufmännischen Angestellten W. in A. und der kaufmännischen Angestellten I. in H. sei Prokura in der Weise erteilt, daß jeder der Prokuristen die Gesellschaft gemeinsam mit einem Geschäftsführer oder mit einem anderen Prokuristen vertreten könne.

Der Rechtspfleger des AG hat das ihm übertragene Registergeschäft gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 2 RPfG der Richterin vorgelegt. Diese hat mit Beschluß vom 29. 9. 1982 die Eintragung mit der Begründung abgelehnt, die gesellschaftsvertragliche Regelung, daß die Gesellschaft durch zwei Geschäftsführer gemeinsam vertreten werde, lasse die Vertretung durch einen Geschäftsführer allein (zusammen mit einem Prokuristen) nicht zu, weil dies bei Unstimmigkeiten unter den Geschäftsführern zum praktischen Ausschluß eines Geschäftsführers von der Vertretung führen könne; auch die Erteilung einer Gesamtprokura sei nicht möglich, da infolge des erforderlichen Widerrufs der Prokura durch beide Geschäftsführer bei auftretenden Unstimmigkeiten zwischen ihnen die Prokuristen über ihre Köpfe hinweg entscheiden könnten.

Die Beschwerde der Beteiligten ist vom LG zurückgewiesen worden. Hiergegen wendet sich die Beteiligte mit ihrer weiteren Beschwerde.

Aus den Gründen:

Die statthafte und formgerecht eingelegte weitere Beschwerde ist nur zum Teil begründet. Die landgerichtliche Entscheidung beruht insoweit auf einer Verletzung des Gesetzes (§ 27 FGG), als die angemeldete Eintragung der Gesamtprokura abgelehnt worden ist.

Wegen des Grundsatzes der festen Begrenzung der einzutragenden Tatsachen darf in das Handelsregister nur das eingetragene werden, was das Gesetz zuläßt. Gesamtprokura ist vom Gesetz nur in der Weise zur Eintragung vorgesehen, daß der Prokurist an die Mitwirkung (mindestens) eines weiteren Prokuristen (vgl. § 48 Abs. 2 HGB) oder an die Mitwirkung eines gesetzlich zur Vertretung berechtigten Organs einer Gesellschaft wie eines vertretungsberechtigten Gesellschafters einer Personenhandelsgesellschaft oder eines Vorstandsmitglieds einer Aktiengesellschaft oder Genossenschaft bzw. entsprechend eines Geschäftsführers einer GmbH gebunden wird (vgl. §§ 125 Abs. 3 HGB, 78 Abs. 3 AktG, 25 Abs. 3 GenG; OLG Frankfurt, BB

1976, 569). Vorliegend ist nur die Gesamtprokura in ihrer ersten Ausgestaltung eintragungsfähig.

1) § 48 Abs. 1 HGB enthält mit der Prokura eine herkömmliche Form der Vollmacht zur *rechtsgeschäftlichen* Vertretung eines Vollkaufmanns. Bei der GmbH, einem Formkaufmann gemäß § 6 HGB, sind für die Erteilung der Prokura nach außen allein die Geschäftsführer zuständig. Das Registergericht hat nicht zu prüfen, ob diese die gemäß § 46 Nr. 7 GmbHG im Innenverhältnis notwendige Zustimmung der Gesellschafterversammlung eingeholt haben (BGH NJW 1974, 1194 = Rpfleger 1974, 257 = DNotZ 1975, 110). Gemäß § 48 Abs. 2 HGB kann die Erteilung der Prokura auch an mehrere Personen gemeinschaftlich erfolgen (Gesamtprokura). Die dergestalt Bevollmächtigten können nur gemeinschaftlich mit Wirkung für und gegen den Vertretenen handeln. Eine solche Prokura ist hier erteilt; denn mit den kaufmännischen Angestellten W. und I. sind „mehrere Prokuristen gemeinschaftlich“ zu Prokuristen bestellt und von den beiden gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführern der GmbH zur Eintragung angemeldet worden. Die Streitfrage, ob eine Gesamtprokura auch dann eingetragen werden kann, wenn bisher nur einer der Gesamtprokuristen bestellt worden ist (vgl. BGH a.a.O.; Beschluß des Senats vom 29. 6. 1967 – 15 W 116/67 – = OLGZ 1967, 366 = DNotZ 1968, 445; Braun, DNotZ 1968, 446; Walchshöfer, Rpfleger 1975, 381, 383), spielt hier keine Rolle. Nach außen ist die Bestellung der Gesamtprokuristen auch durch die beiden gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführer der GmbH vorgenommen worden. Diese können gemeinsam nicht nur eine Einzelprokura erteilen, sondern folgerichtig auch eine Gesamtprokura, die die Gefährlichkeit einer Prokura abschwächt und die Gesamtprokuristen zum gemeinschaftlichen Handeln zwingt. Schwierigkeiten bei dem Widerruf der Prokura (vgl. § 52 HGB) in der Form, daß die Prokuristen bei auftretenden Unstimmigkeiten zwischen den Geschäftsführern über deren Köpfe hinweg entscheiden könnten, wie sie von den Vorinstanzen betont worden sind, können nicht gegen die Zulässigkeit der Gesamtprokura angeführt werden. Risiken sind mit jeder Erteilung einer Vollmacht dieses Umfanges verbunden. Das Gesetz sieht in § 48 Abs. 2 HGB die Gesamtprokura bei Vorliegen der Voraussetzungen von Absatz 1 dieser Bestimmung vor. Sie ist nicht von einer gesetzlichen Einzelvertretung des Vollmachtgebers abhängig. Mögen hier auch die Geschäftsführer durch Gesamtvertretung gebunden sein, so stehen ihnen doch bei Handeln als Gesamtvertreter die einem alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer eingeräumten gesetzlichen Vertretungsbefugnisse als Gesellschaftsorgan zu, mithin auch die Erteilung einer Einzel- oder Gesamtprokura.

2) Bei der weiterhin begehrten Eintragung, daß jeder der beiden Prokuristen die Gesellschaft gemeinsam mit einem Geschäftsführer vertreten könne, handelt es sich um eine „gemischte“ Gesamtvertretung – Zusammenwirken eines Prokuristen mit einem Gesellschaftsorgan –, gegen deren Zulässigkeit bei vorliegender Einzelvertretungsberechtigung des Geschäftsführers keine Bedenken bestehen (BGH a.a.O.; BayObLG Rpfleger 1970, 92 = DNotZ 1970, 429, Lerch, Rpfleger 1980, 288, 289; Walchshöfer, a.a.O.). Die Zulässigkeit ist in diesem Falle dem Gesetz zu entnehmen. Gemäß §§ 125 Abs. 3 HGB, 78 Abs. 3 AktG, 25 Abs. 2 GenG kann die Vertretungsbefugnis des geschäftsführenden Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft oder des Vorstandsmitglieds einer Aktiengesellschaft oder einer Genossenschaft bei entsprechender Verankerung im Gesellschaftsvertrag oder in der Satzung in der Weise *eingeschränkt* werden, daß das Gesellschaftsorgan nur in Gemeinschaft mit einem Prokuristen vertretungsberechtigt ist; die Vertretungsbefugnis des Prokuristen ist in diesen Fällen im Umfang der gesetzlichen Vertretungsmacht des Gesellschaftsorgans erweitert,

wie schon § 126 Abs. 2 HGB entnommen werden kann (AG Langen Rpfleger 1980, 288). Bei der hier angemeldeten Regelung handelt es sich allerdings um den umgekehrten Fall einer gemischten Gesamtvertretung, in dem nicht das Gesellschaftsorgan an die Mitwirkung des Prokuristen, sondern der Prokurist – ohne daß seine Vertretungsmacht erweitert wird – an die Mitwirkung des Gesellschaftsorgans gebunden ist. Aber auch eine derart gemischte Gesamtvertretung ist zuzulassen (BGH a.a.O.). Es ließe sich mit der gesetzlich übergeordneten Stellung der Gesellschaftsorgane zu den Prokuristen nicht vereinbaren, wenn man annehmen wollte, daß das Gesetz zwar die Abhängigkeit eines Gesellschaftsorgans von einem Prokuristen, nicht aber die des Prokuristen von einem Gesellschaftsorgan zulasse. Es wirken dann, ebenso wie in den gesetzlich geregelten Fällen, das Gesellschaftsorgan als gesetzlich notwendiger Vertreter und der Prokurist als gewillkürter Vertreter zusammen, ohne daß der gesetzlich typisierte Vertretungsumfang – was gegen die zwingenden Vorschriften der §§ 50, 126 Abs. 2 HGB, 82 Abs. 1 AktG verstoßen würde – dem Inhalte nach beschränkt wäre. Nur in der personellen Ausübung ist die Prokura beschränkt; das aber läßt das Gesetz in den Fällen der §§ 125 Abs. 3 HGB, 78 Abs. 3 AktG und im Fall der Gesamtprokura (§ 48 Abs. 2 HGB) selbst zu.

Diese Form einer gemischten Gesamtvertretung setzt aber voraus, daß der Geschäftsführer *einzelvertretungsberechtigt* ist. Das läßt schon ihre Ableitung u. a. aus § 125 Abs. 3 Satz 1 HGB erkennen. Denn dort heißt es, im Gesellschaftsvertrage einer Personengesellschaft könne bestimmt werden, daß die Gesellschafter, *wenn nicht mehrere zusammen handeln*, nur in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt sein sollen. Nur dann können das Gesellschaftsorgan als gesetzlicher Vertreter und der Prokurist als gewillkürter Vertreter bei Rechtshandlungen zusammenwirken. Es handelt sich in diesem Falle um eine sog. „halbseitige“ Gesamtvertretung, bei der ein Vertreter bloße Gesamtvertretungsbefugnis hat, während der andere auch einzelvertretungsberechtigt ist. Diese Art der Gesamtvertretung ist zulässig, wie der BGH (a.a.O.) im einzelnen ausgeführt hat. Eine solche zulässige Beschränkung der personellen Ausübung einer Prokura liegt aber nicht vor, wenn ein Prokurist an die Mitwirkung eines nicht alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführers einer GmbH gebunden wird. Denn in diesem Falle behält sich nicht das Gesellschaftsorgan, dem die Bestellung eines Prokuristen nach außen obliegt, sondern ein Dritter die Zustimmung zu den Geschäften des Prokuristen vor. Dadurch wird die Prokura nach § 50 HGB in einer unzulässigen Weise beschränkt. Es handelt sich dann nicht um eine unechte Gesamtvertretung, weil der von der Alleinvertretung der Gesellschaft ausgeschlossene Geschäftsführer nicht vertretungsberechtigt ist (BayObLG Rpfleger 1970, 92, 93 = DNotZ 1970, 429; Walchshöfer, a.a.O.). Vorliegend ist der Geschäftsführer bei der gesetzlichen Vertretung der GmbH an die Mitwirkung eines weiteren Geschäftsführers gebunden, so daß das Handeln nur eines Geschäftsführers keine Rechtswirkungen für und gegen die GmbH erzeugen kann. Diese als Gesamtvertretung ausgestaltete gesetzliche Vertretung der Gesellschaft, an deren Mitwirkung der Prokurist bei einer unechten Gesamtvertretung gebunden ist, kann nicht so eingeschränkt werden, daß ein gesamtvertretungsberechtigter Geschäftsführer mit einem Prokuristen die Gesellschaft vertreten könne. Die Vertretung des Prokuristen ist gegenüber derjenigen des gesetzlichen Organs der Gesellschaft ein Weniger und wird von dieser überlagert. Dieses Stufenverhältnis, das bei der halbseitigen Gesamtvertretung nicht zu einer Erweiterung der Befugnisse des Prokuristen führt (Walchshöfer, a.a.O.), erlaubt nicht die Bindung eines Prokuristen an ein nicht alleinvertretungsberechtigtes Gesellschaftsorgan. Der von der Alleinvertretung ausgeschlossene Geschäftsführer erhielte dann im Umfang der Prokura eine Vertretungsmacht ohne Bindung

an einen weiteren Geschäftsführer. Die Gesellschaft hat jedoch durch den Gesellschaftsvertrag dieses Organ in bezug auf *alle* Rechtshandlungen nicht mit einer unbeschränkten Vertretungsmacht ausgestattet, sondern an die Mitwirkung eines dem Prokuristen übergeordneten weiteren Geschäftsführers gebunden. Diese gesetzliche Vertretung der Gesellschaft kann nicht durch eine rechtsgeschäftliche Erteilung einer Gesamtprokura unter Einbindung jeweils nur eines Geschäftsführers, sondern allenfalls durch eine Änderung des Gesellschaftsvertrages (Einzelvertretungsbeziehung des Geschäftsführers) umgestaltet werden. Die gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführer sind rechtlich nicht in der Lage, einen von ihnen rechtsgeschäftlich aus dieser Beschränkung zu entlassen, da sie von der Gesellschaft mit solchen Machtbefugnissen nicht ausgestattet worden sind.

Diese Auffassung entspricht der in Rechtsprechung und Schrifttum überwiegend vertretenen Meinung (BGH, BayObLG, Lerch und Walchshöfer, jeweils a.a.O.; Hesselmann, GmbHRdsch. 1961, 129; Schlegelberger/Schröder, 5. Aufl., § 48 HGB, Rd.-Nr. 19). Der Senat hat zwar in seinem schon erwähnten Beschluß vom 29. 6. 1967 beiläufig gemeint, gemeinschaftlich zur Vertretung der GmbH berufene Geschäftsführer könnten eine Gesamtprokura in der Form anmelden, daß ein Prokurist die Gesellschaft gemeinschaftlich mit einem gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführer vertrete. Er hält daran aber nicht mehr fest und gibt diese Auffassung auf.

3) Zusammenfassend gesehen ist daher vom AG zu Recht der Eintragungsantrag insoweit zurückgewiesen worden, als die Prokuristen an die Mitwirkung nur eines Geschäftsführers gebunden worden sind. Rechtlich unzutreffend hat dagegen das Registergericht der Anmeldung der Gesamtprokura nicht stattgegeben. Unter teilweiser Aufhebung der das AG voll bestätigenden Entscheidung des LG und des erstinstanzlichen Beschlusses ist das AG daher anzuweisen, die Gesamtprokura einzutragen. Eine auf diese Tatsache beschränkte Anmeldung hat die Beteiligte in allen Instanzen hilfsweise verfolgt.

Hinw. d. Schriftl.: Der Beschluß betrifft *ausschließlich* die Beschränkung (personelle Bindung) der *rechtsgeschäftlichen* Vertretungsmacht des Prokuristen (vgl. dazu auch Scholz/Schneider, § 35 GmbHG, Rd.-Nr. 110 m.w.N.). Nach dem Beschluß des OLG Hamm darf Prokura nicht in der Weise erteilt werden, daß die Vertretungsmacht des Prokuristen an die Mitwirkung eines *nur* gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführers geknüpft wird. Denn dadurch würde die Vertretungsbefugnis dieses Geschäftsführers unzulässig erweitert. Dagegen betrifft der Beschluß *nicht* die *Zulässigkeit organschaftlicher Vertretungsregelungen* in der Form der unechten Gesamtvertretung. Nach wie vor ist also eine gesellschaftsvertragliche Bestimmung zulässig, daß die Gesellschaft durch zwei Geschäftsführer oder durch einen Geschäftsführer gemeinsam mit einem Prokuristen vertreten werden kann, auch wenn die Geschäftsführer nicht einzelvertretungsbefugt sind (vgl. dazu Hachenburg/Mertens, § 35 GmbHG, Rd.-Nrn. 250–253 m.w.N.; Roth, § 35 GmbHG, Anm. 4.3.; Scholz/Schneider, § 35 GmbHG, Rd.-Nrn. 107–109 m.w.N.).

4. Beurkundungsrecht/Grundbuchrecht – Nachträgliche Änderung einer notariell beglaubigten Erklärung
(LG Köln, Beschluß vom 3. 5. 1983 – 11 T 118/83 – mitgeteilt von Notar Bernd Baginski, Brühl)

BeurkG § 40
GBO § 29

Nachträgliche Änderungen oder Ergänzungen der über der Unterschrift stehenden öffentlich beglaubigten Erklärung

durch den Notar aufgrund einer ihm von dem Unterzeichnenden erteilten Vollmacht sind zulässig und eine ausreichende Unterlage für die Eintragung im Grundbuch, die nur dann zurückgewiesen werden kann, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß die Änderung nicht dem Willen des Ausstellers entspricht.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Am 3. 3. 1983 beantragte der Notar namens der Beteiligten u. a. Eintragung des Rangrücktritts der in Abt. III Nrn. 3 + 4 eingetragenen Belastungen. Er reichte hierzu eine Vorrangseinräumungserklärung der X.-AG ein, in der es u. a. heißt:

... Wir räumen hiermit einer für die X.-Pensionskasse ... noch einzutragenden Buchhypothek in Höhe von 60 000,- DM nebst bis zu 9 v. H. Jahreszinsen den Vorrang ein ... und bewilligen die Eintragung ...

Mit befristeter Verfügung vom 7. 3. 1983 gab der Rechtspfleger dem Notar auf, eine ergänzende Rangrücktrittserklärung gem. §§ 19, 29 GBO seitens der X.-AG einzureichen, da der X.-Pensionskasse der Vorrang nur für eine Hypothek in Höhe von 60 000,- DM nebst bis zu 9 v. H. Zinsen eingeräumt worden sei, während der Zinssatz aber ggf. bis zu 10 v. H. betragen könne.

Der Notar hat daraufhin unter Bezugnahme auf eine ihm zuvor erteilte mündliche Vollmacht der Gläubigerin eine von ihm abgeänderte Vorrangseinräumungserklärung der X.-AG eingereicht.

Für den Fall, daß die Beanstandung aufrechterhalten werde, hat er Erinnerung eingelegt. Der Rechtspfleger hat der Erinnerung nicht abgeholfen, desgleichen der Amtsrichter.

Aus den Gründen:

Die nunmehr als Beschwerde geltende Erinnerung ist nach §§ 18, 71 GBO, 11 RpfVG zulässig; sie hat auch in der Sache Erfolg.

Der Rechtspfleger hat seine Beanstandung nach Abänderung der Vorrangseinräumungserklärung zu Unrecht aufrechterhalten.

Nach § 19 GBO erfolgt eine Eintragung nur, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird. Ferner soll nach § 29 GBO eine Eintragung nur vorgenommen werden, wenn die Eintragungsbewilligung durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird. Öffentlich beglaubigte Urkunden im Sinn der genannten Vorschrift sind solche schriftlichen Erklärungen, bei denen die Unterschrift oder das Handzeichen des Erklärenden von einem Notar beglaubigt ist. Das bedeutet, daß nicht etwa der Inhalt der Erklärung, sondern nur die Tatsache der Unterzeichnung oder der Anerkennung der Unterschrift beurkundet werden.

In der jüngeren Rechtsprechung, der sich das Schrifttum angeschlossen hat, wird die Ansicht vertreten, daß aufgrund von § 40 Abs. 5 BeurkG sogar die Beglaubigung einer Blankounterschrift zulässig ist, und daß die Urkunde in einem solchen Fall grundsätzlich auch eine ausreichende Eintragungsunterlage sein kann, die nur dann als solche zurückgewiesen werden kann, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß die Ausfüllung des Blanketts nicht dem Willen des Ausstellers entspricht (s. Horber, 15. Aufl., § 29 GBO, Anm. 5; Hornig, DNotZ 1971, 69). Hieraus ergibt sich nach Ansicht der Kammer mit zwingender Notwendigkeit, daß die Unterschriftsbeglaubigung des Notars auch von ihm aufgrund ihm erteilter Vollmacht seitens des Berechtigten vorgenommene Änderungen des Erklärungsinhaltes deckt, ausgenommen wiederum nur solche Fälle, in denen ernsthafte Zweifel an seiner Berechtigung begründet sind. Ein solcher Fall ist vorliegend jedoch nicht gegeben, da der Notar ausdrücklich erklärt hat, zu Änderungen von der Berechtigten bevollmächtigt zu sein und nichts zu der Annahme nötig, daß seine Angabe nicht den Tatsachen entspricht. Vielmehr spricht der Inhalt der Vorrangseinräumungserklärung im Hinblick auf den Inhalt der Hypothekeneintragung zugunsten der X.-Pensionskasse dafür, daß der Zinseintrag in ersterer auf einem irrtümlichen

Schreibfehler beruht. Dafür, daß die Änderung durch den Notar durch die Vollmacht der X.-AG gedeckt ist, spricht zusätzlich der Umstand, daß es sich bei der von dem Rangrücktritt Begünstigten faktisch um einen Bestandteil der X.-AG handelt.

Anm. d. Schriftl.: Vgl. auch den Beschluß des LG Aachen MittRhNotK 1982, 151 mit Anm. Faßbender

5. Kostenrecht – Zitiergebot in der Kostenrechnung des Notars

(OLG Düsseldorf, Beschluß vom 3. 6. 1983 – 10 W 55/83 – mitgeteilt von Richter am OLG Röhke, Düsseldorf)

KostO § 154 Abs. 2

Das Zitiergebot des § 154 Abs. 2 KostO verlangt genaue Angaben der Gebührenvorschriften einschließlich der Vorschriften über die Auslagen. Regelt ein Paragraph mehrere Gebührentatbestände, so sind auch die maßgebenden Absätze und weiteren Untergliederungen – ggf. durch stichwortartige Bezeichnung – aufzuführen (Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung des Senats, Beschluß vom 20. 2. 1975 – 10 W 89/74 – DNotZ 1976, 253).

Aus den Gründen:

Das LG hat § 154 Abs. 2 KostO nicht verletzt, indem es die Kostenrechnung des Kostengläubigers vom 6. 11. 1980 wegen der Beschränkung auf die Angaben „§§ 141, 32, 38, 145 KostO“ ohne weitere Unterteilungen als formwidrig aufgehoben und sich mit der Sache nicht befafßt hat. Das Gebot in § 154 Abs. 2 KostO, in der Kostenberechnung die Gebührenvorschriften anzugeben, ist im Interesse des Kostenschuldners an der Nachvollziehbarkeit der Kostenberechnung – Grundlage der Zwangsvollstreckung nach Klauselerteilung des Notars (§ 155 KostO) – erlassen worden und entsprechend diesem Sinn und Zweck auszulegen. Daraus folgt, daß dem Zitiergebot, das die genaue Angabe der „Gebührenvorschriften“ verlangt, im Falle der Regelung mehrerer Gebührentatbestände in einem Paragraphen nur entsprochen wird, wenn die maßgebenden Absätze und weiteren Untergliederungen (bei mehreren in der kleinsten Untergliederung geregelten Tatbeständen auch deren stichwortartige Bezeichnung) bezeichnet werden. Insoweit schließt sich der Senat der früheren Rechtsprechung des KG (DNotZ 1962, 428; zustimmend Beushausen/Küntzel/Kersten/Bühling, 5. Aufl., § 154 KostO, Anm. 12; Rohs/Wedewer, § 154 KostO, Anm. II a 2 und sub 14 c) sowie der Rechtsprechung des OLG Köln (Beschluß vom 9. 6. 1982 – 17 W 7/82 – MittRhNotK 1982, 180), des OLG Zweibrücken (Rpfleger 1981, 34), des LG Köln (JurBüro 1966, 975) und des LG Regensburg (JurBüro 1982, 117) an. Diese Meinung wird nunmehr von Hartmann (21. Aufl., § 154 KostO, Anm. 3 A b) und wohl auch von Korintenberg/Wenz/Ackermann/Lappe (9. Aufl., § 154 KostO, Rd.-Nr. 8 – die nicht ganz eindeutige Anmerkung wird auch von der Gegenmeinung in Anspruch genommen –) geteilt. Der Senat hält nach Überprüfung an seiner früheren, abweichenden Auffassung, die Bezeichnung des Paragraphen reiche aus (Beschluß vom 20. 2. 1975, 10 W 89/74, DNotZ 1976, 253 = JurBüro 1975, 810, 811 = Rpfleger 1975, 266; vgl. auch: OLG Braunschweig MDR 1976, 411; KG DNotZ 1974, 505 = Rpfleger 1974, 211; Hartmann, 20. Aufl., § 154 KostO, Anm. 2; Delp, JurBüro 1976, 734; Mümmler, JurBüro 1982, 119) nicht fest. Er hatte sich der neueren Rechtsprechung des KG (DNotZ 1974, 505 = Rpfleger 1974, 211) in der Erwartung angeschlossen, die Angabe des Geschäftswertes ermögliche in Verbindung mit der Gebührentabelle auch dem Laien die Zuordnung zu Untergliederungen der bezeichneten Vorschriften in zumutbarer Weise. Diese Erwartung hat sich, worauf auch das LG hingewiesen hat, nicht erfüllt. Unter diesen Umständen rechtfertigen es die Belange der Rechtssicherheit nicht mehr, eine Kostenberechnung anzuerkennen, die wegen der unzureichenden

Angabe der Gebührenvorschriften (einschließlich der Vorschriften über die Auslagen – vgl. Senat a.a.O. –) letztlich doch nicht oder nicht mit der angezeigten Leichtigkeit nachvollziehbar und für einen juristischen Laien im Hinblick auf eine Anfechtung kontrollierbar ist. Das gilt umsomehr, als diese Auslegung des Zitiergebotes den Notar nur anhält, die ohnehin mit Eindeutigkeit durchzuführende kostenrechtliche Subsumtion auch schriftlich niederzulegen. Ein etwaiger Irrtum dabei berührt den Bestand der Kostenrechnung nach einhelliger Auffassung nicht, sondern rechtfertigt nur die Beanstandung. Die Schlußfolgerung des KG (DNotZ a.a.O., 505, 506), berühre die irrtumsbedingt falsche Bezeichnung der Vorschrift den Bestand der Kostenrechnung nicht, so könne es erst recht nicht die Angabe weiterer in den Unterteilungen einer Vorschrift enthaltener Regelungstatbestände außer dem tatsächlich in Betracht kommenden tun, überzeugt nicht. Sie berücksichtigt die von dem überschießenden Zitat ausgehende Verwirrung und deren Wirkung auf den Kostenschuldner nicht ausreichend und verkennt daher, daß das umfassende Zitat im Verhältnis zu dem irrtumsbedingt falschen der schwerere und offenkundige Fehler ist, der entsprechend der hier angebrachten öffentlich-rechtlichen Betrachtungsweise die Kostenrechnung im Sinne der Nichteinforderbarkeit unwirksam, also nichtig macht. Das hat im gerichtlichen Verfahren nach § 156 KostO zur Folge, daß die Kostenberechnung ohne weitere Prüfung (klarstellend) aufzuheben ist (vgl. Rohs/Wedewer, § 156 KostO, Anm. I b m.w.N.; § 154 KostO, sub 4 und 27). Gleiches gilt auch für die Angabe einer offenkundig abwegigen Vorschrift. Außerdem erscheint das Argument, der Gesetzgeber habe unter „Gebührenvorschriften“ die durchnummerierten Paragraphen als herkömmlich kleinste Gliederungseinheit verstanden, angesichts der eigenen Verweisungspraxis des Gesetzgebers auch der KostO – ggf. nach Absatz Satz und Nr. so z. B. § 144 Abs. 2 KostO – nicht einleuchtend und gegenüber dem teleologischen Argument nicht durchgreifend.

6. Kostenrecht – Beurkundung eines Erbbaurechtsverlängerungsrechts und eines Vorkaufsrechts am Grundstück mit dem Erbbaurechtsbestellungsvertrag

(OLG Düsseldorf, Beschluß vom 7. 6. 1983 – 10 W 34/83 – mitgeteilt von Richter am OLG Röhke, Düsseldorf)

KostO §§ 141; 21 Abs. 1; 44 Abs. 2

Werden im Erbbaurechtsbestellungsvertrag zugunsten des Erbbauberechtigten ein Erbbaurechtsverlängerungsrecht und/oder ein Vorkaufsrecht am Grundstück eingeräumt, so sind sie in der Kostenberechnung nicht gesondert zu bewerten.

Aus den Gründen:

Das LG hat §§ 141, 44 Abs. 2 KostO nicht verletzt, indem es die Kostenberechnung des Kostengläubigers vom 28. 7. 1982 insoweit aufgehoben hat, als in ihr außer den zutreffend angesetzten Gebühren für die Beurkundung der Bestellung eines Erbbaurechts (§§ 141, 36 Abs. 2, 32, 21 Abs. 1, S. 3, HS. 2 KostO) auch Gebühren für die in derselben Urkunde erfolgten Beurkundungen der Einräumung eines Rechts zur Verlängerung des Erbbaurechts sowie der Bestellung eines Vorkaufsrechts an dem Grundstück für die Kostenschuldnerin als Erbbauberechtigte berechnet worden sind.

Entgegen der Ansicht des Kostengläubigers bezieht sich die Einräumung eines Rechts zur Verlängerung des Erbbaurechts nicht auf einen von dessen Bestellung verschiedenen Gegenstand im Sinne von § 44 Abs. 2 KostO. Denn das Vorrecht zur Verlängerung des Erbbaurechts wird mit seiner Vereinbarung durch den Grundstückseigentümer und den Erbbauberechtigten Inhalt des Erbbaurechts (§ 2 Nr. 6 ErbbrVO) und damit Teil derselben. Die Bewertung kann

nur nach der für die Bestellung des Erbbaurechts geltenden Vorschrift des § 21 Abs. 1 KostO erfolgen.

Gleiches gilt im Ergebnis für die gleichzeitige Beurkundung der Bestellung eines Vorkaufsrechts am Grundstück. Eine überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum lehnt die besondere Bewertung im wesentlichen mit der Begründung ab, daß das Vorkaufsrecht gem. § 1 Abs. 1 ErbbRVO, §§ 93, 96 BGB, wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts sei (OLG Celle DNotZ 1962, 45 = Rpfleger 1961, 320, 321; OLG Frankfurt JurBüro 1964, 133; OLG Hamm DNotZ 1970, 119, 120 = JurBüro 1969, 1085; OLG Köln DNotZ 1972, 507 = JvBL 1971, 276; SchiHOLG Rpfleger 1962, 395 (LG); Göttlich/Mümmeler, 7. Aufl., „Erbbaurecht“, S. 344; KWAL, 9. Aufl., § 21 KostO, Rd.-Nrn. 24, 26; Rohs/Wedewer, § 21 KostO, S. 288 a, Bühling, JvBL 1971, 276; Gallois, JR 1958, 41, 44; Mümmeler, JurBüro 1972, 360, 361; Riggers, JurBüro 1967, 101, 103; Tschischgale, JurBüro 1961, 574). Demgegenüber wird aber auch die selbständige Stellung von Erbbaurecht und Vorkaufsrecht jedenfalls bis zur Eintragung beider Rechte im Grundbuch betont und eine besondere Bewertung nach § 44 Abs. 2 KostO vorgenommen (OLG Celle Rpfleger 1959, 133 = DNotZ 1959, 150; OLG Frankfurt DNotZ 1965, 181 = JurBüro 1964, 133; OLG Frankfurt JurBüro 1976, 1364, 1365; Hans. OLG Hamburg DNotZ 1963, 119 = Rpfleger 1963, 308; OLG Oldenburg Rpfleger 1961, 321, 322 = DNotZ 1962, 258; Hartmann, 20. Aufl., § 21 KostO, Anm. 1, § 44 KostO, Anm. 3; KWAL, 8. Aufl., § 21 KostO, Anm. II 1; Ackermann, DNotZ 1958, 506, 510). Dieser Meinung ist zuzugeben, daß die auf die Bestellung des Erbbaurechts und des Vorkaufsrechts am Grundstück gerichteten Erklärungen nicht ein Rechtsverhältnis, dessen Begründung, Feststellung, Anerkennung, Übertragung, Aufhebung, Erfüllung, Durchführung oder Sicherung – also einen Gegenstand im Sinne des § 44 KostO (vgl. Hartmann, 21. Aufl., § 44 KostO, Anm. 2 A) –, sondern zwei (zunächst) selbständige Rechtsinstitute aus dem geschlossenen Kreis dinglicher Rechte betreffen. § 21 Abs. 1 KostO ist jedoch Spezialvorschrift für alle Erklärungen „bei der Bestellung eines Erbbaurechtes“ und geht insoweit § 44 Abs. 2 KostO vor. Mit der bewußt gewählten Fassung „bei der Bestellung eines Erbbaurechtes“ wollte der Gesetzgeber ausdrücken, daß sich der Geschäftswert des Erbbaurechts aus sozialen und Vereinfachungsgründen nicht dadurch erhöht, daß bei dessen Bestellung Bestimmungen über dessen Inhalt getroffen würden (vgl. OLG Hamm, a.a.O., 120, m.w.N.; Ackermann, DNotZ 1958, 506, 507). Zwar kann das dingliche Vorkaufsrecht als solches nicht ohne weiteres Inhalt des Erbbaurechts werden (offengelassen in BGH NJW 1954, 1443, 1445 = DNotZ 1954, 469). Jedoch kann das Erbbaurecht durch Vereinbarung einer durch Veräußerung des Grundstücks an einen Dritten bedingten, durch die Bedingungen des Kaufvertrages mit dem Dritten inhaltlich ausreichend bestimmten Verkaufsverpflichtung des Grundstückseigentümers an den Erbbauberechtigten nach § 2 Nr. 7 ErbbRVO in einer Weise ausgestaltet werden, die dem Vorkaufsrecht zumindest sehr nahe kommt (BGH, a.a.O., 1444). Die durch § 2 Nr. 7 ErbbRVO eröffnete Möglichkeit der vertraglichen Inhaltsbestimmung eines dinglichen Rechts läßt eine Gestaltung der Verkaufsverpflichtung zu, die ihr die das Recht des Erbbauberechtigten zu jederzeitiger Geltendmachung und damit die gegenüber dem Vorkaufsrecht stärkere Stellung, auf die das Hans. OLG Hamburg (a.a.O.) abstellt, nimmt. Das OLG Frankfurt (6. ZS: DNotZ 1965, 181 = JurBüro 1964, 133 und ohne weitere Begründung 20. ZS: JurBüro 1976, 1364, 1365) berücksichtigt nicht ausreichend, daß auch die zum Inhalt des Erbbaurechtes gewordene Verkaufsverpflichtung an der dinglichen Wirkung des Erbbaurechts teilnimmt und auch gegenüber Dritten wirkt (vgl. BGH DNotZ 1954, 469 = NJW 1954, 1443, 1444 m.w.N.w.). Sie braucht dinglich nicht durch Eintragung einer Auflassungsvormerkung gesichert zu werden. Ihr gegenüber ist

das Vorkaufsrecht nicht stärker. Es verschafft dem Erbbauberechtigten keine gegenüber dem Recht aus der Verkaufsverpflichtung gefestigtere Rechtsposition. Daher führt eine gesonderte Bewertung des Vorkaufsrechtes den mit § 21 Abs. 1 KostO verfolgten Zwecken zielsicher zu einer allein auf formale Gründe zurückzuführenden und dadurch nicht gerechtfertigten ungleichen Behandlung zweier im Entscheidenden gleicher Sachverhalte. Dieser Gesichtspunkt ist auch im Kostenrecht zu berücksichtigen (a. A. wohl OLG Frankfurt, 6. ZS, a.a.O.). Anderenfalls wäre die Frage des Wegfalls des Gebührenanspruchs des Notars für die Beurkundung des Verkaufsrechts infolge einer Verletzung der Beratungspflicht über den kostengünstigsten Weg zur Erreichung eines Ziels (§ 19 Abs. 1 S. 1 BNotO) aufzuwerfen (s. a. OLG Frankfurt, 6. ZS a.a.O.).

7. Kostenrecht – Zum Geschäftswert einer Bürgschaft
(LG Nürnberg-Fürth, Beschluß vom 21. 2. 1983 – 4 T 4714/82 – mitgeteilt von Notar Dr. Eckhardt, Fürth)

Der Geschäftswert einer Bürgschaft ist nicht nach § 30 Abs. 1 KostO zu schätzen. Er entspricht vielmehr nach § 23 Abs. 1 KostO der „bestimmten“ Forderung.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Notar X. hat im Nachgang zu den bei Notar Y. am 14. 8. 1981 vorgenommenen Beurkundungen am 15. 3. 1982 folgende Erklärungen beurkundet

- Übernahme der selbstschuldnerischen Bürgschaft durch die Herren R. und K. hinsichtlich der Verpflichtungen der Firma C. GmbH, Nürnberg, gegenüber Frau H. aus den beiden Verträgen vom 14. 8. 1981,
- Verpflichtung von Herrn Dr. H. zur Zahlung einer Vergütung von 20 000.– DM an die Burgen für die Übernahme der Bürgschaft,
- Anderung des abgeschlossenen Bauvertrages (Baubetreuungsvertrages) hinsichtlich des Termins für den Baubeginn.

Die bezeichnete Firma ist Verkäuferin des Grundstücksanteils, Kaufpreis 150 000.– DM, sowie Bauträger (Baubetreuer), Gesamtkosten des Bauvorhabens 1 580 000.– DM, Käuferin und Bauherrin ist Frau H.

Das Rechtsgeschäft hat Frau H., zugleich als Bevollmächtigte ihres Ehemannes, des Kostenschuldners, am 5. 4. 1982, notariell beglaubigt genehmigt

Der Notar hat für die bezeichneten Urkunden einen Geschäftswert von 1 730 000.– DM (= Geschäftswert der beiden Vorverträge, nämlich Kaufvertrag und Bauvertrag) angenommen.

Der Kostenschuldner wendet sich insgesamt gegen die Kostenberechnung

Aus den Gründen:

Die als Beschwerde zu behandelnde Beanstandung des Kostenschuldners ist statthaft und zulässig (§ 156 Abs. 1 KostO), sachlich ist sie jedoch nicht begründet.

1. Die umfassende Beschwerde richtet sich im Ergebnis (nur noch) gegen den der Kostenrechnung zugrunde gelegten Geschäftswert Streitentscheidend ist daher, ob der Geschäftswert der „bestimmten“ Forderung entspricht, der durch die beurkundete Bürgschaft sichergestellt wird (§ 23 Abs. 1 KostO), oder ob der Geschäftswert nach dem Interesse an der Sicherstellung zu schätzen ist (§ 30 Abs. 1 KostO).

Die Kammer folgt im Streitfall aus den nachfolgenden Gründen der Auffassung, daß der Geschäftswert an die Gesamtforderung anknüpft, die Gegenstand der (bei Notar Y.) beurkundeten Vorverträge war.

a) Nach der Systematik der Kostenordnung kommt eine Wertfestsetzung nach freiem Ermessen („Schätzung“) nur in Betracht (§ 30 Abs. 1 KostO), wenn der spezielle Gebührentatbestand nicht oder nicht abschließend geregelt ist.

§ 23 Abs. 1 KostO enthält aber den schematisierten, jedoch abschließend formulierten Gebührentatbestand, daß sich der

Wert einer (sonstigen) Sicherstellung durch Bürgschaft nach dem Betrag der Forderung bestimmt.

Da die Bürgschaft schon nach dem Wortlaut des Gesetzes (§§ 765, 766 BGB) einen (im Regelfall einseitig verpflichtenden) Vertrag („Bürgschaftsvertrag“) darstellt, wird für die Beurkundung das Doppelte der vollen Gebühr erhoben (§ 36 Abs. 2 KostO). Im Streitfall spricht die Vereinbarung einer „Gegenleistung“, die jedoch aus den dargelegten Gründen für den Geschäftswert bedeutungslos ist, zusätzlich für die Anwendbarkeit dieser Gebührevorschrift.

Schließlich ist auf die verfahrensgegenständliche Beurkundung, trotz der deklaratorischen Überschrift („Nachtrag und ...“) § 42 KostO schon deshalb nicht anwendbar, weil die Vertragspartner des Bürgschaftsvertrages und der Vorverträge nicht identisch sind.

Aus diesem Grund ist der Bürgschaftsvertrag auch nicht „gegenstandsgleich“ im Sinne des § 44 Abs. 1 KostO mit den (bei Notar Y. beurkundeten) Vorverträgen.

b) Auch die materiell-rechtliche Betrachtung der Bürgschaft und ihrer Beziehung zur Hauptschuld führt nicht zu einer Unterschreitung des vom Notar angenommenen Geschäftswertes.

Der Bürge hat aufgrund eigener Verpflichtung für die Erfüllung der Hauptschuld einzustehen (§ 765 BGB).

Da jede Verpflichtung bürgschaftsfähig ist, haftet der Bürge für die bestmögliche Befriedigung des Gläubigers. Bei vertretbaren Leistungen schuldet er daher aufgrund seiner eigenen „Hilfsverbindlichkeit“ (subsidiär nach dem Hauptschuldner) die Erfüllung, bei unvertretbaren, höchstpersönlichen Leistungen die Befriedigung des Gläubigerinteresses in Geld (RGZ 140, 219; Staudinger/Horn, 12. Aufl., § 765 BGB, Rd.-Nr. 32).

Im Streitfall haften daher die Bürgen unmittelbar auf die vereinbarte Errichtung des Bauwerks (§ 887 ZPO) und auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, wenn die Übereignung des Grundstücks durch den Verkäufer unterbleibt.

Im Hinblick auf die Preisverhältnisse auf dem Bau- und Grundstücksmarkt ist nicht ersichtlich, aus welchem Grund die der Hauptschuld entsprechenden Leistungen des Bürgen geringerwertig sein sollen. Dabei ist insbesondere beachtlich, daß die Hauptschuld (Bauwerkerrichtung und Grundstücksübereignung) keinen teilbaren Leistungsinhalt hat und schon deshalb Teilleistungen (§ 266 BGB) nicht denkbar sind.

Nach diesen Überlegungen müßte auch eine Wertbestimmung durch „Schätzung“ (§ 30 Abs. 1 KostO) dem „Wert“ der Hauptschuld entsprechen.

c) Daß der Notar bei gleicher Rechtssicherheit einen billigeren Weg hätte wählen können, ist nicht erkennbar.

Anmerkung (von Notar Dr. Wolfram Eckhardt, Fürth/Bayern)

Liest man die vorstehend abgedruckte Entscheidung¹ unbefangen, so verwundert es zunächst, wenn das LG wegen der grundsätzlichen Bedeutung der zur Entscheidung stehenden Frage die weitere Beschwerde zugelassen hat (§ 156 II 2 KostO)², scheint doch das Ergebnis unstrittig zu sein:

Der Geschäftswert einer Bürgschaft richtet sich immer nach der Spezialvorschrift des § 23 I KostO, nicht dagegen nach § 30 I KostO. Die Verwunderung wächst, wenn man erfährt, daß die Notarkasse in München in zwei Gutachten³ zum vorliegenden Fall den Standpunkt vertreten hat, soweit die Bürgschaft auf unvertretbare Leistungen gehe, hätten die Bürgen in erster Linie für Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung der übernommenen Verpflichtungen, Gewährleistungspflichten etc. einzustehen, so daß der Wert gemäß § 30 I KostO zu schätzen sei, wobei Beziehungswert hierfür der Wert der Leistungsverpflichtung des Bauträgers aus den beiden Vorurkunden sei.

Die voll zu billigende Entscheidung des LG Nürnberg-Fürth und die abweichende Auffassung der Notarkasse zeigen auf, daß in der Praxis die rechtsdogmatische Einordnung des § 30 KostO immer wieder außerordentliche Schwierigkeiten bereitet.

Die Bestimmung des Geschäftswerts nach „freiem Ermessen“ im Sinne von § 30 I KostO ist mehrfach subsidiär. Die Wertberechnung ist vorzunehmen⁴:

- a) Nach den Sondervorschriften der KostO⁵,
- b) hilfswise nach dem feststehenden Geldwert,
- c) weiter hilfswise nach § 30 I KostO⁶ (Wertbestimmung nach freiem Ermessen).

Hierbei sind aber wiederum Einschränkungen angebracht.

aa) Der Begriff „freies Ermessen“ hat im Rechtsstaat (Art. 20 GG) dem Begriff „pflichtgemäßes Ermessen“ zu weichen, eine Erkenntnis, die im heutigen Verwaltungsrecht unstrittig ist⁷. Demgemäß muß sich das „freie“ Ermessen auch im Rahmen von § 30 I KostO an sachlichen Erwägungen orientieren, also „pflichtgemäß“ sein.

bb) Aus § 30 II KostO ergibt sich, daß der Wert nach § 30 I KostO zu bestimmen ist, wenn „genügend tatsächliche Anhaltspunkte für eine Schätzung“ vorhanden sind. Die Schätzung muß dem wahren Wert möglichst nahekommen⁸. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten kommt daher die Anwendung des § 30 II KostO nur ausnahmsweise in Frage, „denn diese Vorschrift soll weder der Bequemlichkeit der Beteiligten oder des Kostenbeamten dienen, noch für die Beteiligten eine Gelegenheit der Kostenersparnis bilden“⁹.

Dieses Ergebnis wird bestätigt durch einen Hinweis auf § 140 S. 2 KostO, der als Grundnorm des Notariatskostenrechts Vereinbarungen über die Höhe der Kosten verbietet und unwirksam sein läßt. Das Resultat einer Schätzung nach § 30 I KostO, das dem wahren Wert nicht möglichst nahekommt, würde aber materiell eine verbotene Gebührenvereinbarung darstellen¹⁰. Das im Rahmen des § 30 I KostO zulässige pflichtgemäße Ermessen hat daher wegen § 140 S. 2 KostO sehr enge Grenzen.

Tatsächliche Anhaltspunkte für die Bestimmung nach „freiem“ Ermessen sind meistens der Wert des durch das Geschäft betroffenen Wirtschaftsgutes und das Ausmaß, in welchem dieses durch das Geschäft betroffen wird. Der

1 Veröffentlicht auch in MittBayNot 1983, 183

2 Die allerdings nicht eingelegt wurde

3 Vom 26. 7. 1982 Re/h und vom 2. 12. 1982 4/Ri

4 Vgl. hierzu Michel, DNotZ 1968, 338 (342)

5 So verfährt das LG Nürnberg-Fürth im vorliegenden Fall

6 Das LG Nürnberg-Fürth hat in seinem Beschluß dargelegt, daß auch eine Wertbestimmung durch „Schätzung“ (§ 30 I KostO) dem „Wert“ der Hauptschuld entsprechen müßte

7 Vgl. BVerwGE 39, 235; Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. 1974, § 31 II e 1. Es darf nicht vergessen werden, daß das (freie) Ermessen der Wktür liebes Kind ist.

8 Vgl. Konntenberg/Ackermann/Lappe (KAL), 9. Aufl. 1978, § 30 KostO, Rd.-Nr. 3

9 Hieber in seiner Anmerkung zum Beschluß des LG Würzburg vom 3. 1. 1982, in MittBayNot 1982, 31 (34)

10 Vgl. hierzu Eckhardt, MittBayNot 1983, 1 (4) sowie insbesondere Fußnoten 8 und 32 a. O.

Wert des Wirtschaftsgutes ist der **Beziehungswert**; in der Praxis wird der Wert nach § 30 I KostO mit einem gewissen Prozentsatz dieses Beziehungswerts geschätzt, der nach dem Maße der Einwirkung des Geschäfts auf das Wirtschaftsgut zu bemessen ist¹¹.

Die Entscheidung des LG Nürnberg-Fürth zeigt, daß nicht genügend vor der verbreiteten Praxis gewarnt werden kann, einen Prozentsatz des Beziehungswerts als Wert anzunehmen, wenn das Wirtschaftsgut in vollem Ausmaße betroffen ist, nur um ein billig erscheinendes Ergebnis zu erzielen. Das Arbeiten mit einem Prozentsatz des Beziehungswerts muß die ultima ratio, nicht dagegen die Regel im Rahmen des § 30 I KostO sein¹².

8. Steuerrecht/Einkommensteuer – Zur Anerkennung der Bauherreneigenschaft

(FG Saarland, Urteil vom 22. 4. 1983 – Gz I 134/81 – rechtskräftig)

ESTg §§ 7; 9

Die zur Grunderwerbsteuer bei einem Bauherrenmodell ergangene Rechtsprechung des BFH ist entsprechend bei der Prüfung der Bauherreneigenschaft und damit bei der ertragsteuerlichen Abgrenzung der Werbungskosten von den Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten mitherranzuziehen.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Der Kläger machte in seiner Einkommensteuererklärung für das Jahr 1972 u. a. negative Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung in Höhe von 37 486 DM aus der Errichtung einer Eigentumswohnung nach dem Bauherrenmodell in L. geltend. Der Kläger hat im Zusammenhang mit der Errichtung dieser Wohnung am 2. 10. 1972 der Firma C. einen Vermittlungsauftrag erteilt. Darin beauftragte er die Firma C., für ihn mit der Firma A. einen Treuhandvertrag über die allumfassende treuhänderische Wahrnehmung seiner Rechte und die Erfüllung seiner Pflichten bei dem Erwerb, der Errichtung und der Vermietung der fraglichen Wohnung herbeizuführen. Der Gesamtaufwand sollte 149 200 DM, davon 111 100 DM fremd finanziert, betragen. Die Vermittlungsgebühr belief sich auf 4476 DM. Am 17. 10. 1972 schloß der Kläger mit der Firma A. einen entsprechenden Treuhandvertrag mit notariell beglaubigter Vollmacht und trat der Gesellschaft der Bauherrengemeinschaft bei. Alle übrigen Verträge (Grundstückskaufvertrag, Baubetreuungsvertrag, Finanzierungsvermittlung, Vermietung u. ä.) schloß der Treuhänder für den Kläger ab. Auf die Verträge und sonstigen Unterlagen, die vom Kläger und vom Beklagten zu den Akten gereicht worden sind, wird Bezug genommen.

Der Beklagte setzte in dem gemäß § 100 Abs. 2 RAO vorläufigen Einkommensteuerbescheid 1972 vom 23. 1. 1975 die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung zunächst erklärungsgemäß fest. Nachdem der Baubetreuer, die Fa. A., in der Jahresabrechnung für 1972 die Werbungskosten aus dem fraglichen Objekt auf 35 988,69 DM beziffert hatte, änderte der Beklagte durch Bescheid vom 20. 8. 1975 dementsprechend die negativen Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung ab. Auch dieser Bescheid erging vorläufig gemäß § 100 Abs. 2 RAO. Am 18. 11. 1977 erließ der Beklagte für 1972 einen weiteren Bescheid wegen Änderungen bei anderen Einkunftsarten. Der Bescheid trug den Vermerk „nach § 165 Abs. 2 Satz 1 AO geändert und nach § 165 Abs. 1 AO vorläufig“. Im September 1978 ging dem Beklagten eine Mitteilung über „Feststellungen im Zusammenhang mit der Errichtung von Eigentumswohnungen nach dem sog. Kölner Modell“ durch die Großbetriebsprüfungsstelle K. zu. Unter Bezugnahme auf diese Mitteilung erkannte der Beklagte lediglich 2,3333% der Gesamtaufwendungen (3482 DM) als Werbungskosten an. Der Bescheid erging nach § 165 Abs. 2 Satz 2 AO endgültig.

Den form- und fristgerecht erhobenen Einspruch wies der Beklagte mit Entscheidung vom 11. 2. 1981, zugestellt am 24. 2. 1981, als unbegründet zurück. Dagegen erhob der Kläger am 23. 3. 1981 Klage.

Aus den Gründen:

Die form- und fristgerecht erhobene Klage ist zulässig, aber unbegründet.

I. Es besteht keine Veranlassung, den angegriffenen Änderungsbescheid wegen verfahrensmäßiger Mängel und Verjährung bzw. Verwirkung aufzuheben. (Wird ausgeführt.)

II. Der Senat hat auch keine Veranlassung, den angegriffenen Einkommensteuerbescheid aus materiell-rechtlichen Gründen im Ergebnis abzuändern.

1. Der Kläger macht im Streitjahr Aufwendungen als Werbungskosten geltend, die er aufgrund der Rechnungen der Firmen A. Al. und C., alle vom 31. 12. 1972, getätigt hat. Gemäß § 11 Abs. 2 EStG setzt die Geltendmachung von Werbungskosten voraus, daß die entsprechenden Ausgaben im fraglichen Kalenderjahr geleistet worden sind. Dazu muß sich der Steuerpflichtige der wirtschaftlichen Verfügungsmacht über die geleisteten Mittel begeben haben. Wenn – wie hier – ein Treuhänder in den Zahlungsvorgang eingeschaltet ist, dann kommt es nicht auf den Zeitpunkt des Mittelabflusses beim Steuerpflichtigen an, sondern auf den beim Treuhänder (§ 11 Nr. 3 Steueranpassungsgesetz, § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 AO). Die anfänglichen Zweifel am rechtzeitigen Mittelabfluß beim Treuhänder, der Fa. A., die durch das Datum der Rechnungen und das Schreiben der Großbetriebsprüfungsstelle K. vom 11. 8. 1982 hervorgerufen worden sind, hat die Beweisaufnahme zerstreut. (Wird ausgeführt.)

2. Gemäß § 9 Abs. 1 Satz 1 EStG sind Werbungskosten Aufwendungen zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung der Einnahmen. Darüber hinaus zählt die höchstrichterliche Rechtsprechung zu den Werbungskosten alle Aufwendungen, die durch die Tätigkeit zur Erzielung gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 4–7 EStG einkommensteuerbarer Einnahmen veranlaßt sind (vgl. dazu BFH BStBl 1981 II, 368 m. N.). Herstellungs- und Anschaffungskosten sind ihrem Rechtscharakter nach Werbungskosten, die allerdings wegen ihres Zusammenhangs mit der einkommensteuerneutralen Vermögenssphäre lediglich nach Maßgabe der §§ 9 Abs. 1 Nr. 7; 7 Abs. 1, 4, 5, 6, 7 b; 54 EStG Eingang in die Überschubrechnung finden (BFH BStBl 1974, II, 161; BStBl 1982 II, 755). Zu den Anschaffungs- und Herstellungskosten gehören alle Aufwendungen, die zur Überführung eines Wirtschaftsgutes aus einer fremden in die eigene Verfügungsmacht (BFH BStBl 1978 II, 233 m. N.) bzw. die zur Schaffung eines bis dahin noch nicht bestehenden Wirtschaftsgutes erforderlich sind (BFH BStBl 1980 II, 3 m. N.).

3. Bei der Zuordnung der getätigten Aufwendungen zu den Werbungskosten oder den Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten im Falle der Errichtung einer Eigentumswohnung kann es darauf ankommen, ob der Steuerpflichtige Erwerber oder Bauherr der Wohnung ist; denn im Falle eines Erwerbs können beispielsweise im Kaufpreis enthaltene Geldbeschaffungskosten Anschaffungskosten sein, selbst wenn sie beim Steuerpflichtigen – wäre er selbst der Bauherr gewesen – zu Werbungskosten geführt hätten (BFH BStBl 1980 II, 441 = MittRhNotK 1980, 185 m. N.). Aber auch dann, wenn der Steuerpflichtige als Bauherr anzusehen sein sollte, ist des weiteren zu prüfen, auf welche Art und Weise er die Wohnung errichtet hat. So können die Aufwendungen eines Bauherrn, der das Objekt – zwar unterstützt durch Fachkräfte (Architekten, Finanzierungsberater u. ä.) – in „eigener Regie“ erstellt, anders zu beurteilen sein, als die Aufwendun-

11 KAL, § 30 KostO, Rd.-Nr. 9; Haferland, Kostenrecht der freiwilligen Gerichtsbarkeit, KOSTENORDNUNG, ein Studienbuch, 5. Auflage 1981, S. 94 f.

12 Richtig erscheint es, wenn ausgeführt wird, der Geschäftswert einer Bierbezugs- oder sonstigen Bezugsverpflichtung sei gemäß § 30 I KostO nach dem mutmaßlichen Umsatz und der Dauer der Verpflichtung zu schätzen. Zumindest mißverständlich ist es aber, wenn weiter ausgeführt wird, Berechnungsgrundlage sei das Interesse des Lieferanten (Gewinn), sowie die wirtschaftliche Bindung des Verpflichteten (KAL, § 30 KostO, Rd.-Nr. 13; Streitzug

durch die Kostenordnung, 2. Aufl. 1980, S. 152). Wäre bei Bierlieferungsverträgen der Jahresgewinn pro Hektoliter mal Laufzeit maßgebend, so würden die Beteiligten bei niedrigem Gewinn, aber hohem Umsatz, Kosten sparen. Der Geschäftswert richtet sich insoweit nur nach dem voraussichtlichen Umsatz, der möglichst genau zu schätzen ist. Der Bierlieferungsvertrag ist letzten Endes nur ein modifizierter Kaufvertrag. Werden eigentlich Kaufverträge nach dem Gewinn des Verkäufers oder nach dem Kaufpreis (= Umsatz) des Verkäufers bewertet?

gen des Bauherrn, der das Objekt unter Inanspruchnahme eines vorgegebenen „Servicepaketes“ schlüsselfertig erstellen läßt (vgl. dazu FG Düsseldorf MittRhNotK 1983, 27 = EFG 1982, 614).

4. Bauherr ist, wer auf eigene Rechnung und Gefahr ein Gebäude baut oder bauen läßt und das Baugeschehen beherrscht. Schließen sich mehrere zusammen, um gemeinsam einen Bau zu erstellen, dann sind sie Bauherren, wenn sie selbst – im Wege der Arbeitsteilung oder durch unselbständige Arbeitskräfte – das Baugeschehen beherrschen. Die Entscheidung ist nach dem Gesamtbild unter Berücksichtigung des Einzelfalls zu treffen (BFH BStBl 1980 II, 441 = MittRhNotK 1980, 185).

Für den Fall der Errichtung einer Eigentumswohnung in Form bisher gehandhabter Bauherrnmodelle hat der BFH bei der Prüfung der Grunderwerbsteuerbarkeit der Vorgänge angenommen, daß der Grundstückskaufvertrag und die zum Zwecke der Bebauung abgeschlossenen Verträge ein einheitliches Rechtsgeschäft bilden, das auf den Erwerb einer noch zu errichtenden Eigentumswohnung gerichtet ist (BFH BStBl 1983 II, 55 = MittRhNotK 1983, 26; BStBl 1982 II, 741 m. N. = MittRhNotK 1982, 230).

Diese Würdigung des BFH beruht im wesentlichen auf zwei Überlegungen: Zum einen seien die abgeschlossenen Verträge (Grundstückskaufvertrag, Treuhandvertrag, Baubetreuungsvertrag usw.) rechtlich oder zumindest faktisch derart miteinander verbunden, daß sie in ihrer Gesamtheit miteinander stehen und fallen sollten. Zum anderen erstreckte sich der Wille und die Verpflichtung des einzelnen Steuerpflichtigen nicht auf die Errichtung der jeweiligen Gesamtanlage, sondern lediglich auf die der einzelnen Wohnungen. Es besteht kein Anlaß, die zur Grunderwerbsteuer ergangene Rechtsprechung nicht auch entsprechend bei der Prüfung der Bauherrneigenschaft und damit bei der ertragsteuerlichen Abgrenzung der Werbungskosten von den Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten mitheranzuziehen. Denn auch bei der Prüfung des Bauherrnwagnisses bzw. der Beherrschung des Baugeschehens (und dies sind die Merkmale, auf die im Ertragsteuerrecht seit jeher abgestellt wird), erscheint es von erheblicher Bedeutung, ob sich das Risiko und die Einflußmöglichkeiten des Steuerpflichtigen auf die Gesamtanlage oder nur auf eine einzelne Wohnung erstrecken und ob die Errichtung dieser Wohnung unter Rückgriff einen bereits detailliert ausgearbeiteten Bau- und Ausstattungsplan und unter zwingender Inanspruchnahme eines „Servicevertragsbündels“ sowie der Zusicherung eines (Höchst-)Festpreises erfolgt.

5. Bei Zugrundelegung dieser Rechtsauffassung kommt der Senat zur Überzeugung, daß der Kläger im zu entscheidenden Falle nicht die rechtliche Stellung eines Bauherrn erlangt hat.

Das von dem Kläger eingegangene Risiko war nach den abgeschlossenen Verträgen eindeutig auf die Kosten zur Errichtung der Eigentumswohnung K/5–40 begrenzt (vgl. etwa den Vermittlungsauftrag vom 27. 9. 1972, den Treuhandauftrag vom 17. 10. 1972 und den Baubetreuungsvertrag vom 13. 10. 1972). Die vom Kläger erteilten Vollmachten waren ausdrücklich auf diese Aufwendungen begrenzt; eine gesamtschuldnerische Haftung hinsichtlich des Gesamtobjekts war ausdrücklich ausgeschlossen (vgl. § 3 Abs. 11 des Baubetreuungsvertrages, § 4 des Gesellschaftsvertrages der Bauherrngemeinschaft). Gemäß § 3 Abs. 3 Satz 2 und 3 des Baubetreuungsvertrages hat der Baubetreuer, nicht der Kläger, eine eventuelle Überschreitung der gesamten Baukosten zu tragen. Aus diesen Vereinbarungen geht hervor, daß das finanzielle Risiko des Klägers zum einen anteilig auf die Errichtung der Wohnung K/5–40 beschränkt war und daß er auch hierfür eine (Höchst-)Festpreisgarantie beanspruchen konnte; daran ändern im Ergebnis auch die Klauseln in § 2 Abs. 3 c und 13 des Baubetreuungsvertrages nichts. Die

Klausel des § 2 Abs. 3 c legt dem Kläger nur ein sehr begrenztes finanzielles Risiko auf und die des § 2 Abs. 13 war – wenn überhaupt – nur von einer geringen praktischen Relevanz. Zwar hat der Kläger das Risiko des Konkurses des Baubetreibers bzw. das einer Veruntreuung von Geldern durch den Treuhänder getragen. Dieses Risiko unterscheidet sich aber nicht wesentlich von dem, das der Erwerber eines Wirtschaftsgutes trägt, der an den Hersteller dieses Wirtschaftsgutes vor Fertigstellung Anzahlungen in Höhe des Kaufpreises leistet.

Es war dem Kläger nach den Feststellungen des Senats zudem kaum möglich, auf das Baugeschehen Einfluß zu nehmen. Zwar ist der Kläger am 17. 10. 1972 und damit deutlich noch vor dem Beginn der Bauarbeiten der Gesellschaft der Bauherrngemeinschaft beigetreten (Baubeginn gemäß Tz. 17 des Prüfungsberichts: 30. 4. 1973). Insofern hätte rein theoretisch die Möglichkeit der Einflußnahme bestanden. Allein der kurze Zeitraum zwischen dem Beitritt der letzten „Bauherrn“ (Ende 1972) und dem Baubeginn (30. 4. 1973) zeigt jedoch, daß die bei der Größe des angegangenen Projekts sicherlich umfangreichen und zeitraubenden Planungs- und sonstigen Vorarbeiten (z. B. Baugenehmigungsverfahren) zum Zeitpunkt des Beitritts des Klägers bereits – zumindest im wesentlichen – abgeschlossen gewesen sein mußten. Dementsprechend konnten dem Kläger auch bereits bei Abschluß des Vermittlungsauftrages u. a. die Baubeschreibung der Wohnung sowie Lage- und Grundrißpläne vorgelegt werden (vgl. § 2 Abs. 2 des Vermittlungsauftrages). Bei Betrachtung des Grundrisses der vom Kläger erworbenen Wohnung fällt es schwer, sich vorzustellen, in welcher Weise – von unwesentlichen Ausstattungsmerkmalen abgesehen – der Kläger auf die Gestaltung noch hätte Einfluß nehmen sollen. Dementsprechend heißt es auch am Ende der beigefügten Baubeschreibung: „Änderungen gegenüber dem Prospekt werden jedoch nur geringfügiger Natur technisch gleichwertig oder höherwertig sein, es sei denn, daß Änderungen aufgrund von amtlichen Bauauflagen notwendig werden.“ Schließlich ist in diesem Zusammenhang auf § 2 Abs. 13 des Baubetreuungsvertrages und die Tatsache hinzuweisen, daß ein Großteil der zur Errichtung des Projekts erforderlichen Verträge zeitlich vor der Erteilung des Vermittlungsauftrages durch den Kläger (27. 9. 1972) abgeschlossen worden sind. Wenn demnach der Kläger nicht einmal auf das Baugeschehen bezüglich der von ihm gezeichneten Wohnung maßgeblichen Einfluß nehmen konnte, so gilt dies erst recht hinsichtlich der Errichtung der Gesamtanlage. Hier stellte die umfassende Beauftragung des Treuhänders sowie die Einbindung des Klägers in die Bauherrngemeinschaft sicher, daß das Bauvorhaben reibungslos abgewickelt werden konnte. Ein Versuch der Einflußnahme auf das Gesamtobjekt wäre sicherlich „ein wichtiger Grund“ zur Auflösung des Treuhandverhältnisses gewesen (vgl. § 8 Abs. 2 des Treuhandvertrages) und hätte den Ausschluß aus der Bauherrngemeinschaft (§ 5 des Gesellschaftsvertrages der Bauherrngemeinschaft) sowie schwerwiegende finanzielle Nachteile für den Kläger (§ 8 Abs. 2 des Treuhandvertrages, § 10 Abs. 4 des Baubetreuungsvertrages) zur Folge gehabt.

Nach alledem lagen im vorliegenden Fall das Bauherrnwagnis und die Möglichkeit der Beeinflussung des Baugeschehens nicht beim Kläger, sondern bei den Betreuungsunternehmen. Demzufolge ist der Gesamtaufwand des Klägers zur Errichtung der Wohnung in Höhe von 149 200 DM (einschließlich des Grund- und Bodenanteils) als Anschaffungskosten zu qualifizieren. Zu Werbungskosten können allenfalls Aufwendungen führen, die von diesem Betrag nicht erfaßt sind (Vermittlungsgebühr, ein Teil der Finanzierungskosten). Dies soll unter II Nr. 7 näher ausgeführt werden.

6. Selbst wenn man – entgegen der Auffassung des Senats – den Kläger als Bauherrn ansehen wollte, würde dies das steuerliche Ergebnis nicht beeinflussen. Es wäre nämlich –

und auch dies ist ein Gedanke, den der BFH bei der Prüfung der Grunderwerbsteuerbarkeit geäußert hat (vgl. a.a.O. unter II 4) – zu berücksichtigen, daß der Kläger die fragliche Wohnung nur unter Inanspruchnahme des bereits dem Vermittlungsauftrag beigelegten „Servicepakets“ errichten konnte. So wäre es dem Kläger – faktisch wie rechtlich – beispielsweise unmöglich gewesen:

- das Grundstück zu erwerben, ohne der Bauherrngemeinschaft beizutreten
- der Bauherrngemeinschaft beizutreten, ohne den Treuhandauftrag zu erteilen,
- die Wohnung unter Inanspruchnahme eines eigenen Bauunternehmens zu errichten,
- eine andere Dauer- und Zwischenfinanzierung vorzunehmen (ohne die entsprechende Provision zahlen zu müssen),
- die Wohnung ohne Fremdvertretung zu errichten und zu vermieten.

Dies zeigt, daß die mit all diesen Verträgen verbundenen Kosten, die vom Gesamtaufwand abgedeckt werden, für den Kläger – erkennt man ihm die Bauherrngemeinschaft zu – unabdingbar zur Erstellung der fraglichen Wohnung waren und deshalb – soweit keine Anschaffungskosten des Grund und Bodens vorliegen – als einheitlicher Vorgang zur Errichtung der Wohnung zu Herstellungskosten führen (vgl. dazu FG Düsseldorf vom 12. 5. 1982 a.a.O.).

7. Ausgehend von der unter II Nr. 5 (ggf. Nr. 6) dargelegten Rechtsauffassung ergibt sich für die vom Kläger geltend gemachten Aufwendungen die steuerrechtliche Konsequenz, daß alle Positionen, die im Gesamtaufwand über 149 200 DM enthalten sind, nicht zu Werbungskosten des Klägers führen können.

Es handelt sich deshalb um Anschaffungskosten. Inwieweit diese im einzelnen dem Grund und Boden und inwieweit der Wohnung zuzuordnen sind, kann im anhängigen Verfahren – da im Streitjahr keine Abschreibung anzusetzen ist – dahinstehen.

Dies gilt auch für die Vermittlungsgebühr von 4476,- DM. Durch den Vermittlungsauftrag hat der Kläger die Fa. C. beauftragt, ihn „im Zusammenhang mit dem Erwerb, der Errichtung und der Vermietung von Eigentumswohnungen im nachstehenden Bauvorhaben den Abschluß eines Treuhandvertrages mit der A. . . über die allumfassende treuhänderische Wahrnehmung meiner Rechte und Erfüllung meiner Pflichten bei dem Erwerb, der Errichtung und der Vermietung nachstehend näher bezeichneter Eigentumswohnung(en) einschließlich einer Bevollmächtigung der A. zum Abschluß des Grundstückskaufvertrages, des Baubetreuungsvertrages und aller sonstigen erforderlichen Verträge herbeizuführen.“ In der Literatur wird die Auffassung vertreten, daß das Entgelt für Vermittlungsleistungen dieser Art nach dem Veranlassungsprinzip den Werbungs-, Anschaffungs- oder Herstellungskosten zuzuordnen sei (vgl. Eggésiecker/Eisenach/Schürner, FR 1982, 64 m. N.). Der Senat teilt diese Auffassung im zu entscheidenden Falle nicht. Denn der Vermittlungsvertrag ist ebenso wie der Treuhandvertrag, der Baubetreuungsvertrag und die anderen von den Treuhändern abgeschlossenen Verträge aus der Sicht des Klägers ein zwingender Bestandteil beim einheitlichen Erwerbsvorgang der Wohnung: Er hätte die Wohnung nicht ohne Abschluß dieses Vertrages erwerben können, selbst wenn er sich direkt an die Firma A. mit dem Anliegen des Abschlusses eines Treuhandvertrages ohne Einschaltung der Firma C. gewandt hätte. Der Vermittlungsvertrag muß deshalb auch das Rechtsschicksal der übrigen im „Servicepaket“ zwingend angebotenen Verträge teilen und anteilig zu Anschaffungskosten für Grund und Boden und Gebäude führen.

Selbst wenn man in diesem Punkte eine andere Rechtsauffassung vertreten wollte, wäre mit den 3482 DM, die das Finanzamt im Streitjahr als Werbungskosten aus diesem Projekt anerkannt hat und die der Senat wegen des im finanzgerichtlichen Verfahren geltenden Verböserungsverbots nicht aberkennen kann, der durch die Vermittlungsgebühr veranlaßte anteilige Werbungskostenaufwand abgegolten.

Die Klage war nach alledem als unbegründet abzuweisen.

Mitteilungen

1. Steuerrecht/Einkommensteuer – Behandlung von Baugrund, Mietwohn- und Geschäftshäusern als gewillkürtes Betriebsvermögen bei Land- und Forstwirten (BMF, Schreiben vom 16. 12. 1982 – IV B 2 – S 2341 – 26/82)

Nach dem BMF-Schreiben vom 11. 4. 1980 – IV B 2 – S 2134 – 2/80 (FR 1980, 217) und den entsprechenden Erlassen der obersten Finanzbehörden der Länder darf ein buchführender Land- und Forstwirt ein an Betriebsfremde vermietetes Wohn- oder Geschäftshaus, das er auf einem bisher land- und forstwirtschaftlich genutzten Grundstück errichtet hat, unter bestimmten Voraussetzungen als gewillkürtes Betriebsvermögen behandeln.

Zu der Frage, ob auch bei nichtbuchführenden Land- und Forstwirten in vergleichbaren Fällen Mietwohn- oder Geschäftshäuser dem land- und forstwirtschaftlichen Betriebsvermögen zugeordnet werden dürfen, wird unter Bezugnahme auf das Ergebnis der Erörterung mit den obersten Finanzbehörden der Länder wie folgt Stellung genommen:

Nach § 4 Abs. 1 Satz 3 und 4 EStG sind nichtbuchführende Steuerpflichtige in Entnahmefragen den buchführenden Steuerpflichtigen gleichgestellt. Die Bebauung und Vermietung von bisher land- und forstwirtschaftlich genutzten Grundstücken führt deshalb auch bei nichtbuchführenden

Land- und Forstwirten nicht zwingend zu einer Entnahme des Grund und Bodens. Für das errichtete Gebäude gilt folgendes:

Wegen der nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs hinsichtlich Zuordnung zum Betriebs- oder Privatvermögen gebotenen einheitlichen Behandlung von Gebäude und zugehöriger Bodenfläche darf das auf dem bisher land- und forstwirtschaftlich genutzten Grund und Boden errichtete Gebäude auch bei einem nichtbuchführenden Land- und Forstwirt als gewillkürtes Betriebsvermögen behandelt werden, wenn im übrigen die in den o. a. Verwaltungsregelungen genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Der Grundsatz, daß bei nicht auf Buchführung beruhenden Gewinnermittlungsarten kein gewillkürtes Betriebsvermögen gebildet werden darf, bleibt im übrigen unberührt.

Mietwohn- und Geschäftshäuser, die auf zugekauftem, bisher nicht zum Betriebsvermögen gehörendem Grund und Boden errichtet oder einschließlich Grund und Boden erworben werden, dürfen unabhängig von der Gewinnermittlungsart regelmäßig nicht als land- und forstwirtschaftliches Betriebsvermögen behandelt werden; auf die Ausführungen des Bundesfinanzhofs im Beschluß vom 19. 1. 1982 VIII B 57/80 (BStBl. II 1982, 526) zur Bildung gewillkürten Betriebsvermögens bei Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft wird Bezug genommen.