

# Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer

Standesinternes Mitteilungsblatt (Teil 1)  
Herausgeber: Rheinische Notarkammer, Burgmauer 53, 5000 Köln 1

Nr. 4

MittRhNotK

April 1993

## Sicherung von Ansprüchen auf Eigentumsverschaffung an Grundstücken unter besonderer Berücksichtigung solcher aus Übergabeverträgen und sonstigen erbrechtlich motivierten Rechtsgeschäften unter Lebenden

(von Notarassessor Martin Rachuy, Köln)

### A. Einleitung

### B. Sicherung uneingeschränkter Eigentumsverschaffungsansprüche

#### I. Instrumente der Erwerbssicherung

1. Bindende Einigung und Eintragungsantrag
2. Eigentumsvormerkung
  - a) Konkurs des Verkäufers
  - b) Auswirkungen der Vormerkung auf eine mögliche Haftung des Erwerbers gem. § 419 Abs. 1 BGB
  - c) „Sicherstellung“ der Vormerkung

#### II. Besondere, die Erwerbssicherheit bzw. den wirtschaftlichen Erfolg beeinträchtigende Umstände, bei (teilweise) unentgeltlichen Verträgen

1. Erwerberhaftung auf Pflichtteilergänzung
  - a) Ausschlussfrist des § 2325 Abs. 3 BGB
  - b) Perpetuierung der Erwerberhaftung durch § 822 BGB
2. Rückforderungsanspruch wegen Verarmung des Schenkers gem. § 528 Abs. 1 BGB
3. Mit der Zuwendung verfolgte sittenwidrige oder gesetzlich mißbilligte Zwecke
  - a) gemeinschädliche Zuwendungen
  - b) Gläubigerbenachteiligung
  - c) den Vertragserben (-vermächtnisnehmer) beeinträchtigende Schenkungen
4. Weitergehende Haftung des Erwerbers gem. § 419 Abs. 1 BGB bei unentgeltlichem Erwerb?
5. Gemischte Schenkungen
6. Beratungs- und Belehrungspflicht des Notars bezüglich der vorgenannten Risiken
  - a) Probleme der Sachverhaltsaufklärung
  - b) Umfang der Belehrungspflicht

### C. Weitere Besonderheiten der Sicherung von Eigentumsverschaffungsansprüchen aus Übergabeverträgen und sonstigen erbrechtlich motivierten Rechtsgeschäften unter Lebenden

#### I. Begriffsbestimmungen – Vertragstypen

#### II. Erwerbssicherung bei Übergabeverträgen und vorweggenommener Erbfolge

1. Vollzogene Zuwendungen – Sicherung des Zuwendungszwecks
  - a) Rücküberweisungsansprüche
    - aa) bedingte Ansprüche auf Rückgewähr
    - bb) Vorbehalt freier Widerruflichkeit
    - cc) Erweiterte Rücküberweisungsansprüche
  - b) Haftung des Rückerwerbers aus § 419 Abs. 1 BGB

2. Zuwendungen auf das Ableben des Veräußerers
  - a) Abgrenzung zu § 2301 Abs. 1 S. 1 BGB
  - b) Vormerkbarkeit diesbezüglicher Ansprüche
3. Probleme langfristig hinausgeschobener Eigentumsverschaffungsansprüche
4. Maßgeblicher Zeitpunkt für den Lauf der Fristen aus §§ 529 Abs. 1, 2325 Abs. 3 BGB; § 32 KO; § 3 Abs. 1 Nrn. 3 und 4 AnfG
  - a) Vollzogene Zuwendungen mit bedingten Rücküberweisungsansprüchen
  - b) Vollzogene Zuwendungen mit freier Widerruflichkeit
  - c) Vollzogene Zuwendungen mit Nießbrauchsvorbehalt
  - d) Zuwendungen auf das Ableben des Veräußerers

#### III. Mittelbare Erwerbssicherung bei erbvertraglichen Ansprüchen

1. Vormerkbarkeit diesbezüglicher Ansprüche?
2. Rechtliche Einordnung vormerkbarer Hilfsansprüche

### D. Zusammenfassung

#### A. Einleitung

Bei jedem auf Vertrag beruhenden Eigentumserwerb von Grundstücken oder grundstücksgleichen Rechten führt bereits die Mehraktivität des dinglichen Erwerbsbestandes (§ 873 Abs. 1 BGB<sup>1</sup>) zu einem zeitlichen Auseinanderfallen von Anspruchs begründung und Vollendung des Rechtserwerbs; die Zeitspanne zwischen dem Verpflichtungsgeschäft und der Vollendung des Eigentumserwerbs durch Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch kann sich noch erheblich vergrößern, wenn die Auflassung nicht zugleich mit dem Verpflichtungsgeschäft beurkundet worden ist. Das Hinwirken auf eine Beherrschung und Minimierung der durch diese Zeitspanne begründeten Risiken des Erwerbers – insbesondere der Gegenleistungsgefahr – gehört zu den essentiellen Pflichten des Notars bei der Beurkundung von Grundstücksgeschäften<sup>2</sup>.

Während der Grundstückserwerb durch Kauf oder Tausch in der Regel zügig abgewickelt werden kann, verhält es sich bei den Übergabeverträgen umgekehrt, weil häufig entweder der rechtliche oder wirtschaftliche Übergang herausgeschoben wird und/oder (bedingte oder befristete) Rücküberweisungsansprüche vorbehalten bleiben. Daraus ergibt sich für diesbezügliche Ansprüche auf Eigentumsverschaffung eine verstärkte Sicherungsbedürftigkeit. Daneben bestehen für den Erwerber weitere Risiken, die aus der (zumindest teilweisen) Unentgeltlichkeit der Übergabeverträge herrühren. Die Darlegung dieser

1 Nachstehende Paragraphenangaben ohne Gesetzeszitat beziehen sich auf das BGB.

2 BGH NJW 1989, 102 = DNotZ 1989, 449; Langenfeld, Vertragsgestaltung, 1991, Rd.-Nr. 21.

besonderen Risiken bildet das Schwergewicht dieses Beitrags.

Die praktische Bedeutung von – im weitesten Sinne erbrechtlich motivierten – Grundstücksübertragungen nimmt stetig zu. Nach Schätzungen stehen allein bis zum Jahrtausendwechsel etwa 640 Milliarden DM an Grundvermögen (in Verkehrswerten) zur Vererbung an<sup>3</sup>. Schon aus erbschaftsteuerlichen Erwägungen ist zu vermuten, daß ein erheblicher Teil des in Privatbesitz befindlichen Grundvermögens im Wege der vorweggenommenen Erbfolge übertragen wird, zum einen wegen der möglichen Ausnutzung der sich alle zehn Jahre erneuernden Erbschaft- und Schenkungsteuerfreibeträge, §§ 16, 14 Abs. 1 S. 1 ErbStG, zum anderen wegen des für den Grundbesitz noch geltenden Bewertungsprivilegs, § 12 Abs. 2 ErbStG i.V.m. § 121a S. 1 BewG. Einen Impuls für eine weitere Zunahme von Übergabeverträgen dürfte der derzeit diskutierte und wohl bald gesetzgeberisch umgesetzte schrittweise Abbau des Bewertungsprivilegs mit sich bringen<sup>4</sup>.

## B.

### Sicherung uneingeschränkter Eigentumsverschaffungsansprüche

#### 1. Instrumente der Erwerbssicherung

Erwerbssicherung bedeutet den Schutz des Erwerbers vor weiteren Verfügungen des Veräußerers oder Zwangsmaßnahmen Dritter bezüglich des veräußerten Grundbesitzes wie auch vor nachträglich eintretenden Beschränkungen der Verfügungsgewalt des Veräußerers in dem Zeitraum zwischen Begründung des Anspruchs auf Eigentumsverschaffung und Vollendung des Rechtserwerbs. In diesem Sinne bieten lediglich die bindende dingliche Einigung mit Antragstellung (§§ 873 Abs. 2, 925 Abs. 1 S. 1, 878) und die Vormerkung (§§ 883, 885 Abs. 1 S. 1) eine echte Erwerbssicherung.

#### 1. Bindende Einigung und Eintragungsantrag

Bei bereits erklärter Auflassung (§§ 873 I, 925 I 1) löst der Eingang des Eintragungsantrags beim GBA (§ 13 Abs. 1 S. 3 GBO) die beschränkte Rangwirkung des § 17 GBO aus. Die Rangwirkung dieser Vorschrift ist gegenüber derjenigen aus § 879 Abs. 1 S. 1 insoweit beschränkt, als es sich bei § 17 GBO um eine reine Ordnungsvorschrift im Grundbuchverfahren handelt<sup>5</sup>, deren Nichtbeachtung allenfalls Amtshaftungsansprüche auslösen kann<sup>6</sup>. Der Schutz des durch die Eintragung einer Vormerkung gesicherten Erwerbers ist demgegenüber stärker, da hier bezüglich späterer Verfügungen auf das materielle Rangverhältnis des § 879 abzustellen ist (§ 883 Abs. 3)<sup>7</sup>.

Eine eigentliche Sicherungswirkung erfolgt durch § 878; danach sind nach Antragseingang auf Seiten des Veräußerers eintretende Verfügungsbeschränkungen unbeachtlich<sup>8</sup>. In enger Anlehnung an dessen Wortlaut hält die Rechtsprechung und ein Teil der Literatur den § 878 in den Fällen für unanwendbar, in welchen bei gesetzlicher Verfügungsmacht oder Verfügungsmacht kraft Amtes (z. B. Konkursverwalter, Testamentsvollstrecker) die Verfügungsmacht vor Eintragung wegfällt (z. B. durch Aufhebung des Konkursverfahrens, der Testamentsvollstreckung)<sup>9</sup>. Dagegen wird von einem erheblichen Teil der Literatur unter Hinweis auf die gleichwertige Schutzbedürftigkeit des Erwerbers eine (entsprechende) Anwendung des § 878 auf diese Fälle bejaht<sup>10</sup>. Wie wenig interessengerecht die Auffassung der Rechtsprechung ist, zeigte ein Vergleich: Der nach Antragstellung eingetretene Verlust der Verfügungs-

macht des Veräußerers durch Konkurseröffnung (§ 6 Abs. 1 KO) ist wegen § 878 für den Erwerber unschädlich; der nach Antragstellung durch Aufhebung des Konkursverfahrens eingetretene Verlust der Verfügungsbefugnis des Konkursverwalters ist jedoch für den Erwerber schädlich. Während der Wegfall gewillkürter Verfügungsmacht wegen § 164 Abs. 1 S. 1 ohne Auswirkungen auf den Erwerber bleibt, hängt der Bestand der Verfügung eines gesetzlichen Vertreters von der Dauer des Eintragsverfahrens ab.

Zur Vermeidung einer Antragsrücknahme durch den Veräußerer sollten Eintragungsanträge beim Grundbuchamt gem. § 13 Abs. 1 GBO vom Notar zumindest auch immer im Namen des Erwerbers abgegeben werden<sup>11</sup>.

Die Erwerbssicherung durch Antragstellung ist gegenüber der Vormerkung jedoch mit verschiedenen Nachteilen behaftet. Sie kommt überhaupt nicht in Betracht zur Sicherung künftiger oder bedingter Ansprüche, für die noch überhaupt keine Auflassung erklärt worden ist und sie verbietet sich dort, wo ihre Anwendung zu einer den Veräußerer gefährdenden Vorleistung führen würde. Außerdem kann nur in den seltensten Fällen unverzüglich nach Erklärung der Auflassung ein Eintragungsantrag gestellt werden, da hierfür regelmäßig eine Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes vorliegen muß, § 22 Abs. 1 GrEStG; dies gilt selbst dann, wenn im konkreten Einzelfall eine Befreiungsvorschrift (§ 3 GrEStG) einschlägig ist<sup>12</sup>.

#### 2. Eigentumsvormerkung

Die dargelegten Nachteile machen die Vormerkung (§ 883) – gerade auch für die hier besonders interessierenden Fälle zum eigentlichen Sicherungsinstrument.

Die eingetragene Vormerkung schützt den Erwerber dadurch, daß sämtliche später eingetragenen Verfügungen bezüglich des Grundstücks dem vormerkungsberechtigten Erwerber gegenüber relativ unwirksam sind, § 883 Abs. 2 S. 1. Durch § 883 Abs. 2 S. 2 wird diese Schutzwirkung noch erweitert um Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung, durch Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter. Entsprechendes gilt für ein nachträglich eingetragenes Veräußerungsverbot<sup>13</sup>. Auf die Antragstellung einer bewilligten Vormerkung ist § 878 entsprechend anzuwenden<sup>14</sup>; dadurch tritt bereits mit Eingang des Antrags auf Eintragung der Vormerkung beim Grundbuchamt ein Schutz gegen später eintretende Verfügungsbeschränkungen ein.

In der notariellen Praxis wird bei Verträgen zwischen Ehegatten oder nahen Verwandten häufig – schon aus Kostengründen – auf die Absicherung des Erwerbers durch eine Vormerkung verzichtet. Soweit der Erwerber jedoch mehr als nur unerhebliche Gegenleistungen erbringt oder der dingliche Vollzug erst geraume Zeit nach der Beurkundung des Verpflichtungsgeschäftes erfolgen soll, ist zumindest eine umfassende Belehrung über die Erwerberrisiken unverzichtbar. In derartigen Fällen ist es auch ratsam, gleichwohl eine Vormerkungsbewilligung in den Vertrag aufzunehmen, die dann auf ein jederzeit zulässiges Erfordern durch den Erwerber zur Eintragung in das Grundbuch beantragt werden kann.

#### a) Konkurs des Veräußerers

Problemsituationen können (zumindest theoretisch) beim Konkurs des Veräußerers auftreten. Die eingetragene Vormerkung (bzw. der unter den Voraussetzungen des § 878 beim Grund-

3 Burgmaier, Vermögensplanung – Ein Jahr der Aktien, WirtschaftsWoche Nr. 7 (12. 2. 1993), 72, 76

4 Burgmaier, a.a.O., 72.

5 BGHZ 45, 186 = DNotZ 1966, 673; Horber/Demharter, Grundbuchordnung, 19. Aufl. 1991, § 17 Anm. 8).

6 Horber/Demharter, a.a.O., § 13 Anm. 8).

7 BGHZ 49, 197 = DNotZ 1967, 483; Westermann/Eickmann, Sachenrecht Bd. II, 6. Aufl. 1988, 99.

8 Staudinger/Ertl, 12. Aufl. 1982, § 878, Rd.-Nr. 11; Weirich, Grundstücksrecht, 1985, Rd.-Nr. 329 f.; vgl. auch § 15 S. 2 KO.

9 OLG Celle DNotZ 1953, 158 = NJW 1953, 945; OLG Köln MittRhNotK 1981,

139; Soergel/Stürner, 12. Aufl. 1989, § 878, Rd.-Nr. 7 (ebenso Voraufl. Soergel/Baur, § 878, Rd.-Nr. 7).

10 Haegeler/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 9. Aufl. 1989, Rd.-Nr. 125, Staudinger/Ertl, § 878, Rd.-Nr. 20; MünchKommWacke, 2. Aufl. 1984, Rd.-Nr. 13; Palandt/Bassenge, 52. Aufl. 1993, § 878, Rd.-Nr. 11; Weirich, a.a.O., Rd.-Nr. 329.

11 Haug, Die Amtshaftung des Notars, 1989, Rd.-Nr. 637 f.

12 Haegeler/Schöner/Stöber, a.a.O., Rd.-Nr. 150.

13 Vgl. BGH DNotZ 1967, 33.

14 BGHZ 28, 182; 60, 46, 50 = DNotZ 1973, 367.

buchamt eingegangene Antrag auf Eintragung einer bewilligten Auflassungsvormerkung) schützt den Erwerber selbstverständlich auch gegen eine nachträgliche Konkursöffnung auf seiten des Veräußerers. Nach § 24 S. 1 KO muß der Konkursverwalter den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch erfüllen; die Eigentumsvormerkung wirkt also zugunsten des Berechtigten wie ein Recht auf Aussonderung aus der Konkursmasse nach § 43 KO<sup>15</sup>. Da der Veräußerer aber seine Verfügungsbefugnis bereits mit der Eröffnung des Konkursverfahrens verliert (§ 6 Abs. 1 KO), und nicht erst mit der Eintragung eines Konkursvermerkes in das Grundbuch (§ 113 KO), kann die Verfügungsbefugnis für den Erwerber nicht erkennbar bereits vor Eingang seines Antrags auf Vormerkungseintragung entfallen sein; entsprechendes gilt für ein vor Konkursöffnung erlassenes allgemeines Veräußerungsverbot (§ 106 Abs. 1 S. 3 KO). Die Anwendung des § 878 nützt dem Erwerber nämlich nicht, wenn die Verfügungsbeschränkung des Veräußerers bereits vor Antragstellung eingetreten ist<sup>16</sup>.

#### b) Auswirkungen der Vormerkung auf eine mögliche Haftung des Erwerbers gem. § 419 Abs. 1 BGB

Daß durch den Erwerb eines Grundstücks – also eines Einzelgegenstands – überhaupt eine Haftung des Erwerbers aus § 419 Abs. 1 begründet werden kann, beruht auf der von der ständigen Rechtsprechung entwickelten Ausweitung des Vermögensbegriffes in § 419 gegenüber dem in § 311 bis hin zum Einzelgegenstand<sup>17</sup>, sofern sich dieser nur bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise als das nahezu ganze Vermögen (etwa 90 % des Aktivvermögens<sup>18</sup>) des Veräußerers darstellt; die Ausweitung dieses Tatbestandes auf den Erwerb von Einzelgegenständen ist freilich dadurch eingeschränkt worden, als der Erwerber im Zeitpunkt des Rechtserwerbs Kenntnis davon haben muß, daß von der Verfügung das nahezu gesamte Vermögen des Veräußerers betroffen wird<sup>19</sup>.

Die Rechtsfolge einer derartigen Gesamtvermögensübernahme ist eine Haftung des Erwerbers durch eine gesetzlich angeordnete Schuldmitübernahme für alle bis zum Vertragschluß bestehenden Verbindlichkeiten des Veräußerers; fallen (was bei Grundstückveräußerungen unvermeidlich ist) Verpflichtungsvertrag und dinglicher Rechtsübergang auseinander, soll die Haftung sich auch auf die bis zur Vollendung des Rechtserwerbs entstehenden Schulden erstrecken<sup>20</sup>.

Die Vormerkung entfaltet hier insoweit einen gewissen Schutz, als der Erwerber für die nach Stellung eines diesbezüglichen Eintragungsantrags entstehenden Schulden entsprechend der §§ 883 Abs. 2, 878 nicht mehr in Anspruch genommen werden kann<sup>21</sup>. Darüber hinaus hat die Eintragung der Vormerkung (bzw. deren Beantragung) Auswirkungen auf den für die haftungsbegründenden Kenntnis des Erwerbers maßgeblichen Zeitpunkt. Grundsätzlich soll dem Erwerber eine Kenntniserlangung bis zur Vollendung des dinglichen Übertragungsaktes schaden<sup>22</sup>. Wegen der Gefahr, daß ein Erwerber – noch gutgläubig – seine Gegenleistung erbringt, jedoch noch vor der Vollendung des Erwerbs davon Kenntnis erlangt, daß das nahezu gesamte Vermögen des Veräußerers betroffen wird, soll es für einen Ausschluß der Haftung aus § 419 genügen, wenn der Erwerber bis zu dem Zeitpunkt, von dem an er den Schutz der §§ 878, 883 Abs. 2 genießt, keine Kenntnis hat<sup>23</sup>. Hervorzuheben ist jedoch, daß es sich hierbei um keine eigentliche Wirkung der Vormerkung handelt; die eigentliche Rechtfertigung dieser Auffassung beruht somit nicht auf einer (entsprechenden) Anwendung der §§ 883, 878, sondern auf einer im Ver-

kehrschutzinteresse (Gegenleistungsgefahr) begründeten Einschränkung des haftungsbegründenden Tatbestandes<sup>24</sup>.

Wegen der nach wie vor bestehenden praktischen Bedeutung einer Erwerberhaftung aus § 419 Abs. 1 stellt sich berechtigterweise die Frage, inwieweit diesbezüglich eine Belehrung durch den Notar geboten ist<sup>25</sup>. Da in allen Fällen, in denen nicht zweifelsfrei feststeht, daß objektiv keine Verfügung über das nahezu gesamte Vermögen des Veräußerers vorliegt, eine Haftung des Erwerbers nicht ausgeschlossen werden kann, dürfte es ratsam sein, eine entsprechende Belehrung zu erteilen und einen diesbezüglichen Vermerk in die Urkunde aufzunehmen. Ein diesbezüglicher Vermerk könnte lauten wie folgt: „Der Notar hat die Erschienenen über die Voraussetzungen und Rechtsfolgen des § 419 belehrt; der Veräußerer erklärt hierzu, daß der veräußerte Grundbesitz nicht sein gesamtes oder nahezu gesamtes Vermögen darstellt“<sup>26</sup>.

Gegen eine generelle Belehrung über die Risiken des § 419 wird eingewandt, sie schade mehr als sie nütze, weil auf diese Weise ein – noch – gutgläubiger Erwerber erst bösgläubig gemacht werden könnte<sup>27</sup>. Dies erscheint nicht gerechtfertigt; in der Beurkundungspraxis sind Grundstücksveräußerungen, bei denen objektiv eine Gesamtvermögensverfügung des Veräußerers vorliegt, eher die Ausnahme; in einem solchen Ausnahmefall ist es aber besser, wenn der Erwerber seine Risiken kennt. Für den Veräußerer besteht kein schutzwürdiges Interesse daran, vor seinem Vertragspartner Umstände zu verschweigen, die diesem zu Schaden gereichen könnten<sup>28</sup>; ebenso wenig gibt es ein schutzwürdiges Interesse des Erwerbers an der Erhaltung eines vermeintlich guten Glaubens.

#### c) „Sicherstellung“ der Vormerkung

Wie bereits dargelegt, entfaltet bereits die Stellung des Eintragungsantrags einer Vormerkung gewisse Sicherungswirkungen durch die entsprechende Anwendung des § 878. Insbesondere im Interesse an einer noch zügigeren Vertragsabwicklung besteht bei entgeltlichen Veräußerungsverträgen eine weit verbreitete Praxis, die Kaufpreiszahlung nicht erst von der Eintragung einer Eigentumsvormerkung, sondern bereits von deren „Sicherstellung“ abhängig zu machen. Diese Sicherstellung wird dadurch erreicht, daß der Notar bei Antragstellung prüft, ob dem Grundbuchamt in bezug auf das betreffende Grundbuch nicht unerledigte Eintragungsanträge vorliegen, die der einzutragenden Vormerkung im Range vorgehen würden. Ergibt sich danach, daß die Vormerkung unter Beachtung des § 17 GBO den vorausgesetzten Rang erhält, soll der Notar den Kaufpreis fällig stellen.

Eine derartige „Sicherstellung“ hat als Fälligkeitsvoraussetzung gegenüber der Vormerkungseintragung, den unbestreitbaren Vorzug, daß die teilweise langen Bearbeitungszeiten einzelner Grundbuchämter den schnellen wirtschaftlichen Vollzug eines Kaufvertrages nicht mehr unangemessen behindern. Ein weiterer Vorteil liegt darin, daß dem Käufer die Möglichkeit genommen wird, durch eine planmäßig verspätete Zahlung des für die Vormerkungseintragung nötigen Kostenvorschusses bei Gericht die Fälligkeit des gegen ihn bestehenden Zahlungsanspruchs hinauszuzögern (und dadurch z. B. Zinsen zu sparen).

Die Sicherstellung setzt jedoch gegenüber der Eintragung einen erheblich größeren Vollzugs- und Überwachungsaufwand voraus. Die notwendige Erfassung aller vorrangigen Anträge

15 Weirich, a.a.O., Rd.-Nr. 413.

16 OLG Düsseldorf MittRhNotK 1975, 6, 7 = MittBayNot 1975, 12; Weirich, a.a.O., Rd.-Nr. 410 a.E., 301; Staudinger/Gursky, § 883, Rd.-Nr. 197; Horber/Demharter, a.a.O., § 13, Anm. 4)a)aa).

17 Vgl. BGH NJW 1965, 1174 = DNotZ 1966, 30; BGH NJW 1966, 1748; BGH NJW 1971, 505 = DNotZ 1971, 240 (jeweils für Grundstücke).

18 Palandt/Heinrichs, § 419, Rd.-Nr. 6.

19 Palandt/Heinrichs, § 419, Rd.-Nr. 4 ff.; Mayer, Fragen der Haftung bei Vermögensübernahme (§ 419 BGB) in der notariellen Praxis, MittRhNotK 1983, 57.

20 BGHZ 66, 217, 226; BGH NJW 1984, 794.

21 BGHZ 33, 123, 128 f. = DNotZ 1960, 655; Baur, Sachenrecht, 15. Aufl. 1989,

183; Weirich, a.a.O., Rd.-Nr. 407.

22 BGHZ 93, 135, 140 = DNotZ 1985, 695.

23 BGHZ 55, 105, 108 f. = DNotZ 1971, 240; Staudinger/Ertl, § 883, Rd.-Nr. 148; MünchKomm/Wacke, § 883, Rd.-Nr. 39; Baur, a.a.O., 183.

24 Vgl. BGHZ 55, 105, 109 (Kaufvertrag) = DNotZ 1971, 240.

25 Grundlegend Mayer, a.a.O., 67 ff.

26 Ähnlich Mayer, a.a.O., 69.

27 Amann, Grundstückskauf – Ausgewählte Probleme der Vertragsgestaltung – (Deutsches Anwaltsinstitut e.V. – Fachinstitut für Notare – Tagungsprotokoll v. 27 u. 28. 8. 1990), 40.

28 Mayer, a.a.O., MittRhNotK 1983, 57, 69; unbedingt abzulehnen OLG Hamm MDR 71, 46, zitiert nach Haug, a.a.O., Rd.-Nr. 482.

voraus. Die notwendige Erfassung *aller* vorrangigen Anträge stelle eine tatsächliche Gefahrenquelle dar (z. B. Irrläufer oder falsch abgelegte Anträge). Ferner besteht das Risiko des Bestehens antragsunabhängiger Verfügungsbeschränkungen (z. B. §§ 6 Abs. 1, 106 Abs. 1 S. 3 KO)<sup>29</sup>. Im Zweifelsfall kann eine gewissenhafte Sicherstellung deswegen eine mehrfache Prüfung in einem mehrtägigen Abstand erfordern<sup>30</sup>. Eine weitere Schwäche des Vormerkungsantrags liegt darin, daß dessen Eingang beim Grundbuchamt (§ 13 Abs. 1 S. 3 GBO) gegenüber später eingegangenen Anträgen nur die beschränkte Rangwirkung des § 17 GBO entfaltet, deren Nichtbeachtung durch das Grundbuchamt allenfalls Amtshaftungsansprüche auslöst<sup>31</sup>; der Schutz des durch die Eintragung einer Vormerkung gesicherten Erwerbers ist demgegenüber stärker, da hier bezüglich späterer Verfügungen auf das materielle Rangverhältnis des § 879 abzustellen ist, § 883 Abs. 3.

Unter den am 1.3.1991 in Kraft getretenen Änderungen der MaBV ist in diesem Zusammenhang die Änderung des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 MaBV von besonderer Bedeutung, wonach die bislang neben der Vormerkungseintragung bestehende Alternative der Sicherstellung als Auszahlungsvoraussetzung ersatzlos entfallen ist. Diese Änderung und die dazu ergangene Begründung des Verordnungsgebers lassen es angezeigt erscheinen, über die Sicherstellungspraxis auch außerhalb des Anwendungsbereichs der MaBV neu nachzudenken. Schon wegen der von der Ordnungsänderung ausgehenden „Signalwirkung“ dürften die Sorgfaltsanforderungen an den Notar bei einer „Sicherstellung“ der Vormerkung auch außerhalb des Anwendungsbereichs der MaBV eher erhöht worden sein.

## II. Besondere, die Erwerbssicherheit bzw. den wirtschaftlichen Erfolg beeinträchtigende Umstände bei (teilweise) unentgeltlichen Verträgen

Der unentgeltlich Erwerbende erlangt – auch nach Vollendung des Rechtserwerbs – keine dem entgeltlich Erwerbenden vergleichbar starke Rechtsposition. Zahlreiche gesetzliche Sondervorschriften sollen verhindern, daß etwa ein unentgeltlicher Erwerb zu Lasten des eigentlichen Berechtigten (§ 816 Abs. 1 S. 2, § 2287 Abs. 1, § 2288 Abs. 2 S. 2, § 2329) oder der Gläubiger des Veräußerers geht (§ 3 Abs. 1 Nrn. 3 u. 4 AnFG, § 32 Nrn. 1 u. 2. KO). Darüber hinaus ist der Beschenkte noch einem speziellen Rückforderungsrecht des Schenkers ausgesetzt (§ 528 Abs. 1 BGB), wodurch der Anwendung einer späteren Bedürftigkeit des Veräußerers ein höherer Stellenwert eingeräumt wird als dem Bestandsinteresse des Erwerbers. Auch soweit der Erwerber die Herausgabe des geschenkten Grundstücks gegen Zahlung bestimmter Geldbeträge abwenden kann (§§ 528 Abs. 1 S. 2, 2329 Abs. 2), wird er doch von erheblichen wirtschaftlichen Auswirkungen betroffen.

### 1. Erwerberhaftung auf Pflichtteilsergänzung

Grundsätzlich muß jeder unentgeltlich Erwerbende nach dem Ableben des Veräußerers mit einer möglichen Haftung auf Pflichtteilsergänzung rechnen; dies gilt in besonderem Maße für Grundstücksschenkungen, weil dort nicht selten erhebliche Vermögensteile aus dem Erblasservermögen entfernt werden. Vom Erblasser zu dessen Lebzeiten verschenkte Gegenstände können unter den Voraussetzungen des § 2325 dem für die Pflichtteilsberechnung maßgeblichen Nachlaßwert (§ 2311) hinzugerechnet werden. Die Haftung des Beschenkten, der später nicht selbst Erbe geworden ist, bleibt jedoch bis auf den Ausnahmefall des § 2329 Abs. 1 S. 2 gegenüber der Haftung des späteren Erben aus § 2325 Abs. 1 subsidiär (§ 2329 Abs. 1 S. 1<sup>32</sup>); trotz dieser Subsidiarität entfällt seine Haftung häufig je-

doch nicht, weil der Nachlaß durch Wegschenkung erheblicher Vermögensteile so weit vermindert sein kann, daß sich der Erbe mit Erfolg auf § 2328 oder auf seine beschränkte Erbenhaftung berufen kann (§§ 1975, 1990). Über den Wortlaut des § 2329 Abs. 1 hinaus wird eine Haftung des Beschenkten auch für die Fälle angenommen, in welchen der Erbe zwar verpflichtet, jedoch zahlungsunfähig ist<sup>33</sup>. Soweit der Beschenkte später selbst Erbe des Schenkers geworden ist, kann er neben dem Anspruch aus § 2325 Abs. 1 auch demjenigen aus § 2329 Abs. 1 ausgesetzt sein. Dies ist deswegen bedeutsam, weil der Anspruch aus § 2329 gerade keine Nachlaßverbindlichkeit darstellt und diesem gegenüber der Einwand der beschränkten Erbenhaftung deswegen nicht durchgreift<sup>34</sup>.

#### a) Ausschußfrist des § 2325 Abs. 3

Wie wahrscheinlich eine Inanspruchnahme des Erwerbers ist, hängt nicht zuletzt von der – auch für den Anspruch aus § 2329 Abs. 1 geltenden – Ausschußfrist des § 2325 Abs. 3 ab, wonach eine Schenkung grundsätzlich unberücksichtigt bleibt, wenn „zur Zeit des Erbfalls zehn Jahre seit der Leistung des verschenkten Gegenstandes verstrichen sind“. Durch eine Reihe von Entscheidungen der letzten Jahre hat der IVa-Zivilsenat des BGH klargestellt, daß es für den Fristbeginn keinesfalls genügt, daß der Schenker alles getan hat, was von seiner Seite für den Erwerb durch den Beschenkten erforderlich ist; nötig sei vielmehr, daß der Schenker einen Zustand geschaffen hat, dessen [wirtschaftliche] Folgen er selbst noch zehn Jahre zu tragen habe<sup>35</sup>. Für Grundstücksschenkungen soll dies bedeuten, daß die Frist erst mit der Eintragung des Erwerbers im Grundbuch zu laufen beginnt<sup>36</sup>. Begründet wird diese Rechtsprechungsänderung, durch die die Position der Pflichtteilsberechtigten ausdrücklich gestärkt werden soll, unter anderem auch mit einer offenbar mißbilligten Kautelarpraxis, die durch gezielte Gestaltungen lebzeitiger Zuwendungen „am Nachlaß vorbei“ ohne (lebzeitig) fühlbares Vermögensopfer Pflichtteilsansprüche zu vereiteln sucht<sup>37</sup>. Auch ohne ausdrücklich auf die Möglichkeit einer zuvor eingetragenen Vormerkung einzugehen, wird aus den Gründen einer Entscheidung des BGH<sup>38</sup> deutlich, daß auch in diesem Fall die Vollendung des Rechtserwerbs, also die Eintragung des Eigentumswechsels in das Grundbuch maßgeblich ist („... kommt es nicht darauf an, von welchem Zeitpunkt an der Beschenkte sicher sein kann, beispielsweise das versprochene Grundstück demnächst zu Eigentum zu erlangen, sondern darauf, wann der Schenker es auch wirklich an den Beschenkten vollständig verliert; ...“)<sup>39</sup>.

Bei Ehegatten beginnt diese Frist unabhängig davon erst mit der Auflösung der Ehe zu laufen, § 2325 Abs. 3 2. HS. In der Vergangenheit wiederholt aufgekommene Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift dürften durch einen Beschluß des BVerfG endgültig ausgeräumt sein<sup>40</sup>.

#### b) Perpetuierung der Erwerberhaftung durch § 822

Wird das schenkweise erworbene Grundstück durch den Beschenkten unentgeltlich weiterübertragen, entfällt die Haftung des Beschenkten auf Pflichtteilsergänzung, § 2329 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 818 Abs. 3. Fraglich ist jedoch, ob nicht auch der Zweiterwerber zur Herausgabe (bzw. Abwendungsleistung gem. § 2329 Abs. 2) verpflichtet ist. Dies hängt davon ab, ob die in § 2329 Abs. 1 S. 1 angeordnete Rechtsfolgenverweisung auf die Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung den § 822 miteinfaßt. Nach einer grundlegenden Entscheidung des BGH<sup>41</sup> zur Anwendbarkeit des § 822 auf den Rückforderungsanspruch des Schenkers dürften Zweifel an der Anwendbarkeit des § 822 auf einen Anspruch aus § 2329 Abs. 1 ebenfalls ausgeräumt sein<sup>42</sup>.

29 S.o. unter B.I.2.a.).

30 Weirich, a.a., Rd.-Nr. 410.

31 S.o. unter B.I.1.

32 § 2329 Abs. 1 S. 1: „Soweit der Erwerber zur Ergänzung des Pflichtteils nicht verpflichtet ist, ...“

33 Palandt/Edenhofer, § 2329, Rd.-Nr. 2; Staudinger/Ferid/Cieslar, § 2329, Rd.-Nr. 8; dagegen: MünchKomm/Frank, § 2329, Rd.-Nr. 2.

34 BGH NJW 1974, 1327.

35 BGHZ 98, 226, 233 = DNotZ 1986, 416; BGH NJW 1988, 138, 139; BGHZ 102, 289, 290 f.

36 BGHZ 102, 289, 291 f.

37 BGHZ 98, 226, 232 f.

38 BGHZ 102, 289, 292.

39 In diesem Sinne Dieckmann, Anm. zu BGHZ 102, 289; FamRZ 1988, 712; zustimmend Palandt/Edenhofer, § 2325, Rd.-Nr. 14.

40 Beschluß (der 3. Kammer des Ersten Senats) des BVerfG NJW 1991, 217.

41 BGHZ 106, 354; zust. Anm. Vollkommer/Weinland, EWiR, § 528 BGB 1/89.

42 Vgl. BGHZ 106, 354, 357; Knütel, § 822 und die Schwächen des unentgeltlichen Erwerbs, NJW 1989, 2504, 2506.

## 2. Rückforderungsanspruch wegen Verarmung des Schenkers gem. § 528 Abs. 1 BGB

Unter den Voraussetzungen des § 528 Abs. 1 S. 1 kann ein Schenker im Falle, daß er nach Vollzug der Schenkung bedürftig wird (sofern er diese nicht zum. grob fahrlässig selbst herbeigeführt hat) vom Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes verlangen. Dieser *nicht* abdingbare<sup>43</sup> Anspruch ist zeitlich erst ausgeschlossen, wenn *seit der Leistung des geschenkten Gegenstandes zehn Jahre verstrichen sind*, § 529 Abs. 1.

Fraglich ist, ab welchem Zeitpunkt diese Ausschußfrist zu laufen beginnt, insbesondere ob eine für den Erwerber eingetragene Vormerkung insoweit Wirkungen zeigt. Schon wegen des nahezu identischen Wortlauts in der Fristenregelung in den §§ 529 Abs. 1, 2325 Abs. 3 liegt eine gleichlautende Interpretation nahe<sup>44</sup>. Interessengerecht erscheint hier jedoch nur eine Übertragung der zu § 2325 Abs. 3 entwickelten Grundsätze<sup>45</sup>, ansonsten hieße es die berechtigten Interessen der Pflichtteilsberechtigten höher zu achten als die des Erblassers selbst.

Anders als bei der Haftung aus § 2329 Abs. 1 BGB kann der Beschenkte seine Inanspruchnahme jedoch verhindern, wenn dadurch sein eigener standesgemäßer Unterhalt gefährdet würde (§ 529 Abs. 2). Bei Weiterschenkung ist § 822 gegenüber dem Dritterwerber anzuwenden<sup>46</sup>. Für noch nicht vollzogene Schenkungen ist darüber hinaus § 519 Abs. 1 BGB zu beachten, dessen Voraussetzungen gegenüber denen des § 528 Abs. 1 deutlich geringer sind (Gefährdung des eigenen angemessenen Unterhaltes genügt).

Die praktische Bedeutung des § 528 hat wegen der Überleitungsfähigkeit des Anspruchs auf den Sozialhilfeempfänger gem. § 90 Abs. 1 S. 4 BSHG in den letzten Jahren erheblich zugenommen<sup>47</sup>. Nicht nur die Zahl der durch Pflegebedürftigkeit ausgelösten Sozialfälle ist gestiegen, sondern wohl auch die Zahl der durch eine drohende Pflegebedürftigkeit motivierten Übertragungsverträge<sup>48</sup>.

## 3. Mit der Zuwendung verfolgte sittenwidrige oder gesetzlich mißbilligte Zwecke

### a) Gemeinschädliche Zuwendungen

Ein Übertragungsvertrag kann einschließlich des Verfügungsgeschäftes nach § 138 Abs. 1 nichtig sein, wenn die Übertragung einzig dem Zweck dient, den berechtigten Zugriff des Sozialhilfeträgers zu vereiteln<sup>49</sup>.

### b) Gläubigerbenachteiligung

Von besonderer Bedeutung sind noch die Vorschriften über die Anfechtung unentgeltlicher Verfügungen im Konkursverfahren (§ 32 Nrn. 1 und 2 KO) und außerhalb des Konkursverfahrens (§ 3 Abs. 1 Nrn. 3 und 4 AnfG).

Auch hier ist die Frage nach dem Beginn des Fristenlaufs von besonderem Interesse. Unter Hinweis auf den Wortlaut der Vorschriften (z. B. § 32 Nr. 1 KO: „Anfechtbar sind die in dem letzten Jahr vor der Eröffnung des Verfahrens *vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen*, ...“) stellt der BGH in einer neueren Entscheidung fest, daß hiermit Schenkungsversprechen und Schenkungsvollzug gleichermaßen gemeint sind und daß es dem Sinn und Zweck der Vorschriften entsprechend genügen

muß, wenn auch nur der Schenkungsvollzug (bzw. dessen letzter Teilakt: Eintragung im Grundbuch) in die Frist fällt<sup>50</sup>. Damit hat der BGH zugleich festgestellt, daß die vorherige Eintragung einer Eigentumsvormerkung nicht genügt, um den Fristenablauf auszulösen.

§ 24 S. 1 KO steht dem nur scheinbar entgegen. Die eingetragene Vormerkung ist vom Bestand des Anspruchs abhängig. Die noch nicht vollzogene Schenkung bleibt anfechtbar (die Fristen des § 32 haben noch gar nicht begonnen zu laufen)<sup>51</sup>.

### c) Den Vertragserben (-vermächtnisnehmer) beeinträchtigende Schenkungen

Soweit der Veräußerer bereits bei der schenkweisen Übertragung eines Grundstücks erbvertraglichen Bindungen entweder bezüglich seines gesamten Nachlasses oder jedenfalls bezüglich des übertragenen Grundstücks unterliegt, kann der Erwerber *nach Eintritt des Erbfalls* Herausgabeansprüchen ausgesetzt sein (§§ 2287 Abs. 1, 2288 Abs. 2 S. 2).

Die lange Zeit umstrittene Frage, ob – gegebenenfalls durch Hinzutreten weiterer Umstände – eine beeinträchtigende Schenkung neben den vorgenannten Herausgabeansprüchen auch Schadensersatzansprüche aus § 826 begründen kann oder nicht, ist im letzteren Sinne entschieden worden<sup>52</sup>.

Eine Übertragung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge zugunsten eines von mehreren Vertragserben, stellt zumindest dann schon objektiv keine Beeinträchtigung dar, wenn durch Ausgestaltung der Zuwendung die berechtigten Erbaussichten der übrigen Vertragserben sichergestellt sind (z. B. durch Anrechnungsanordnungen)<sup>53</sup>.

## 4. Weitergehende Haftung des Erwerbers gem. § 419 Abs. 1 BGB bei unentgeltlichem Erwerb?

Wie bereits dargelegt<sup>54</sup>, entfaltet eine bereits eingetragene oder beantragte Vormerkung in Fällen einer möglichen Haftung des Erwerbers aus § 419 Abs. 1 haftungsbegrenzende Wirkungen. Es erscheint jedoch zweifelhaft, ob diese – nur auf einer entsprechenden Anwendung der §§ 883, 878 beruhende Haftungsbegrenzung – auch in den Fällen gerechtfertigt ist, in welchen der Erwerber unentgeltlich erwirbt. Dieser Gedanke ist von der Rechtsprechung bislang noch nicht ausdrücklich angesprochen worden. Insbesondere weil das entscheidende Schutzwürdigkeitsargument hier nicht greift, sollte eine Haftungserweiterung des Beschenkten aber durchaus erwogen werden.

## 5. Gemischte Schenkungen

Die vorstehend dargestellten Schwächen des unentgeltlichen Erwerbs bestehen prinzipiell auch bei sogenannten „gemischten“ Schenkungen – also Zuwendungen, denen keine annähernd adäquate Gegenleistung gegenübersteht – hinsichtlich des unentgeltlichen Teils. Dies gilt im Hinblick auf den Schutzzweck der vorstehend dargelegten Ansprüche und Anfechtungsrechte unabhängig davon, welche der verschiedenen Schenkungstheorien man letztlich anwendet<sup>55</sup>.

Ehebedingte Zuwendungen sind im Verhältnis zu Dritten wie Schenkungen zu behandeln<sup>55a</sup>. Besondere ehebedingte Rechtsfolgen treten nur im Verhältnis zwischen den Ehegatten ein.

43 Palandt/Putzo, § 528, Rd.-Nr. 1 und § 519, Rd.-Nr. 2.

44 Palandt/Putzo, § 529, Rd.-Nr. 3; OLG Köln FamRZ 86, 988, 989 (diese Entscheidung des OLG Köln erging aber noch in Übereinstimmung zur inzwischen überholten Rechtsprechung zu § 2325 Abs. 3).

45 Vgl. auch BGHZ 106, 354, 357.

46 Vgl. o. B.I.1.b.).

47 Vgl. MünchKomm/Kollhosser, § 528, Rd.-Nr. 1b, 7; BVerwG MittRhNotK 1992, 282.

48 Vgl. auch Karpen, Die Bedeutung der Vorschriften des Sozialhilferechts für die notarielle Vertragsgestaltung, MittRhNotK 1988, 131.

49 OVG Münster, NJW 1989, 2834.

50 BGH DNotZ 1989, 86 = NJW-RR 1988, 841 = ZIP 1988, 585; vgl. dazu auch

BGHZ 102, 289, 292 (obiter).

51 Vgl. Pape, Anm. zu BGH ZIP 1988, 585; EWIR § 24 KO 1/88.

52 BGHZ 108, 73 = BGH DNotZ 1989, 766 m. Anm. Schubert JR 1990, 159; Palandt/Edenhofer, § 2287 Rz. 1.

53 BGHZ 82, 274, m. zust. Anm. Kuchinke, JuS 88, 853.

54 S.o. B.I.2.b).

55 „Einheitstheorie“, „Trennungstheorie“, vermittelnde Lösungen, die auf die jeweilige Intention oder den Vertragszweck abstellen; vgl. MünchKomm/Kollhosser, § 516, Rd.-Nr. 26 ff.

55a Vgl. BGH MittRhNotK 1991, 238 (zu § 3 Abs. 1 Nr. 3 u. 4 AnfG); BGH DNotZ 1992, 513 (zu § 2287 BGB).

## 6. Beratungs- und Belehrungspflicht des Notars bezüglich der vorgenannten Risiken

Wie dargestellt, ist der – auch teilweise – unentgeltlich Erwerbende auch nach Vollendung des Rechtserwerbs nicht in gleicher Weise gesichert wie der entgeltlich Erwerbende. Sind neben dem Beschenkten noch Pflichtteilsberechtigte vorhanden, ist dessen Inanspruchnahme auf Pflichtteilsergänzung praktisch immer in Betracht zu ziehen. Je bedeutender eine Veräußerung wirtschaftlich für den Veräußerer ist, um so wahrscheinlicher ist eine Inanspruchnahme des Erwerbers.

### a) Probleme der Sachverhaltsaufklärung

Übergabeverträge und sonstige erbrechtlich motivierte Rechtsgeschäfte werden ihrem Wesen entsprechend grundsätzlich zwischen einander sehr nahestehenden Personen, zwischen in gerader Linie Verwandten oder Ehegatten geschlossen. Aufgrund der zwischen den Beteiligten bestehenden Vertrautheit werden nicht selten Umstände, die von ihnen als für den Vollzug des Geschäftes unwesentlich angesehen werden, nicht angesprochen. So werden mit der Zuwendung verfolgte Nebenzwecke (z. B. Pflichtteilsentziehung) häufig nicht offenbart. Neben dem eigentlichen Zuwendungswillen des Schenkers ist die Absicht, als störend empfundene Pflichtteilsrechte zu minimieren, bei vielen Grundstücksübertragungen unter Lebenden eines der Hauptmotive; in zahlreichen auch für den Laien gemachten Publikationen wird auf diese Möglichkeit, den für die Pflichtteilsberechnung maßgeblichen Nachlaßwert gezielt zu reduzieren, ausdrücklich hingewiesen<sup>56</sup>. In einigen Fällen kann die zwischen den Beteiligten bestehende Vertrautheit auch dazu führen, daß diese ganz gezielt die wirklich Gewollte verfälschen, etwa indem sie eine wirklich gewollte Schenkung in die Form eines entgeltlichen Geschäftes kleiden, entweder um den vorstehend aufgeführten Schwächen des unentgeltlichen Erwerbs zu entgehen oder um unberechtigte Steuervorteile zu erlangen. Wird eine derartig verschleierte Zuwendung beispielsweise als Kaufvertrag beurkundet, ist dieser Vertrag wegen § 117 Abs. 1 als Scheingeschäft unwirksam. Die wirklich gewollte Schenkung ist nicht beurkundet, und damit (zumindest bis zur Eintragung in das Grundbuch) auch unwirksam, eine zugunsten des Erwerbers möglicherweise eingetragene Vormerkung entfaltet aufgrund ihrer strengen Akzessorietät ebenfalls keine Wirkungen. Dies wiederum hat zur Folge, daß selbst die spätere Heilung (§ 313 S. 2 bzw. § 518 Abs. 2) des Grundgeschäftes ohne Auswirkung auf die Vormerkung bleibt, die damit keinerlei Rang- oder Sicherungswirkung entfalten kann<sup>57</sup>.

### b) Umfang der Belehrungspflicht

Soweit Umstände ersichtlich sind, die Zweifel an der Rechtswirksamkeit des Vertrages hervorrufen, hat der Notar die Beteiligten in jedem Fall darauf hinzuweisen und gem. § 17 Abs. 2 BeurkG zu verfahren. Eine Belehrungspflicht des Notars über die Folgen eines wirksam vollzogenen Geschäftes besteht jedoch grundsätzlich nicht. Die vorstehend aufgezeigten Schwächen des unentgeltlichen Erwerbs stellen lediglich mittelbare Folgen des Übertragungsvertrages dar. Es wäre zu weitgehend, auf sämtliche in diesem Abschnitt angesprochenen möglichen Folgen eines unentgeltlichen Erwerbs einzugehen, weil die diesbezüglichen Folgen für den Erwerber unvermeidlich sind und auch durch Umgehungsversuche in der Regel nicht verhindert werden können. Nur in Einzelfällen, insbesondere dann, wenn sich Anhaltspunkte für Fehlvorstellungen der Beteiligten über die Rechtsfolgen der Übertragung ergeben, kann es ratsam sein, diesen Komplex bei der Verhandlung zu erörtern. Denn auch ein – vom Gesetz nicht geschütztes – Vertrauen kann zu vermeidbaren Schäden der Beteiligten führen (Vertragskosten, Steuern, nutzlose Aufwendungen), insbeson-

dere bei nur teilweise unentgeltlichen Veräußerungsgeschäften. Gegebenenfalls kann bei diesbezüglichen Verträgen auch ein entsprechender Belehrungsvermerk in die Urkunde aufgenommen werden. Dieser könnte wie folgt lauten: „Der Notar hat die Erschienenen über die besonderen Schwächen eines (teilweise) unentgeltlichen Erwerbs und einer möglicherweise daraus folgenden Haftung des Erwerbers belehrt.“

## C.

### Weitere Besonderheiten der Sicherung von Eigentumsverschaffungsansprüchen aus Übergabeverträgen und sonstigen erbrechtlich motivierten Rechtsgeschäften unter Lebenden

#### I. Begriffsbestimmungen – Vertragstypen

Die Terminologie der hier in Rede stehenden Vertragstypen ist sehr uneinheitlich. So werden unter Übergabevertrag einerseits die klassischen Altenteilsverträge verstanden, bei denen teilweise nicht unerhebliche Gegenleistungen zu erbringen waren<sup>58</sup>, andererseits werden darunter aber auch alle mehr oder weniger unentgeltlichen Übertragungsverträge über Grundstücke im Wege der vorweggenommenen Erbfolge verstanden. Derartige (im wesentlichen unentgeltliche) Zuwendungen in vorweggenommener Erbfolge lassen sich wiederum danach unterscheiden, wann die darin begründeten Eigentumsverschaffungsansprüche letztlich erfüllt werden sollen; so gibt es neben den sofort zu vollziehenden Übereignungen solche, in denen der wirtschaftliche oder sogar der rechtliche Eigentumsübergang bis zum Tod des Veräußerers vorbehalten bleibt.

Auch die klassischen Altenteilsverträge sind in den meisten Fällen nicht voll entgeltlich, so daß die dargestellten Besonderheiten, die für einen unentgeltlichen Erwerb gelten, auch hier zum Tragen kommen können. Ihre besondere Schwierigkeit liegt darin, daß wegen des regelmäßigen Versorgungscharakters der Gegenleistung und der dadurch bedingten langen Erfüllungsdauer ein besonderes Sicherungsbedürfnis aller Beteiligten besteht<sup>59</sup>.

#### II. Erwerbssicherung bei Übergabeverträgen und vorweggenommener Erbfolge

##### 1. Vollzogene Zuwendungen – Sicherung des Zuwendungszwecks

Bei der Zuwendung von Grundstücken, die regelmäßig für die Beteiligten einen erheblichen Vermögenswert darstellen, will der Veräußerer häufig sicherstellen, daß das Grundstück im Falle späterer Überschuldung des Erwerbers nicht dessen Gläubigern zugute kommt. Insbesondere bei der Übertragung an Abkömmlinge soll oft sichergestellt werden, daß das Grundstück auch noch der nachfolgenden Generation erhalten bleibt.

##### a) Rückübereignungsansprüche

Prinzipiell lassen sich unterscheiden Rückübertragungsansprüche, deren Entstehung an den Eintritt einer (möglicherweise auch einer von mehreren) bestimmten Bedingung geknüpft ist, und Rückübertragungsansprüche aufgrund einer vorbehaltenen freien Widerruflichkeit der Zuwendung.

##### aa) Bedingte Ansprüche auf Rückgewähr

In den Fällen, in denen der Veräußerer dem Erwerber unzugänglich Eigentum verschaffen will, kann der vom Veräußerer erstrebte Vertragszweck dadurch erreicht werden, daß er sich bei Zuwendung einen bedingten Rückübertragungsanspruch vorbehält. Dies geschieht vor allem für die Fälle, daß der Erwerber das erlangte Grundstück abredewidrig belastet oder verkauft,

56 Vgl. Erbschaftsblock – Richtig erben und vererben – (Bundesverband der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken), 7. Aufl. 1992, 74.

57 Vgl. BGHZ 54, 56, 63 = DNotZ 1970, 597; Palandt/Bassenge, § 883, Rd.-Nr. 20; Staudinger/Gursky, § 883, Rd.-Nr. 37.

58 Vgl. Weirich, Erben und Vererben, 3. Aufl. 1991, Rd.-Nr. 600; Langenfeld,

Grundstückszuwendungen im Zivil- und Steuerrecht, 3. Aufl. 1992, Rd.-Nr. 271.

59 Vgl. Hertzberg, Sicherung von Geldleistungen bei Rentenkaufverträgen und Übertragungsverträgen über Grundstücke, MittRhNotK 1988, 55.



in Konkurs fällt oder Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in den Grundbesitz unterworfen wird. Nicht selten werden auch Rückforderungsrechte für den Fall vorbehalten, daß der Erwerber vor dem Veräußerer verstirbt.

Derartige bedingte Rückübertragungsansprüche sind grundsätzlich durch Vormerkung sicherbar, § 883 Abs. 1 S. 2. Darin, daß ein mit einer Vormerkung gesicherter bedingter Rückübertragungsanspruch des Veräußerers das zugewendete Grundstück praktisch dem Zugriff der Gläubiger des Erwerbers dauerhaft (zumindest für die Dauer des Rückübertragungsanspruchs) entzieht, liegt keinesfalls eine sittenwidrige Gläubigerbenachteiligung. Zum einen hat der Erwerber das Grundstück ja unentgeltlich (also nicht auf Kosten seiner Gläubiger) erlangt, und zwar schon von Anfang an belastet mit dem gesicherten Rückübertragungsanspruch<sup>60</sup>, zum anderen muß auch hier die gesetzliche Wertung des § 2115 berücksichtigt werden. Wenn der Erblasser durch Anordnung einer Vorerbschaft, den Nachlaß wirksam vor den Gläubigern des Vorerben schützen kann, kann dies bei lebzeitiger Zuwendung, die auf einer vergleichbaren Motivation beruht, nicht anders sein.

#### bb) Vorbehalt freier Widerruflichkeit

Der Veräußerer könnte den Zuwendungszweck auch dadurch sicherstellen, daß er sich eine freie Widerruflichkeit seiner Zuwendung vorbehält<sup>61</sup>. Bedenken gegen die Zulässigkeit der freien Widerruflichkeit, die sich wegen § 39 Abs. 2 S. 1 AO aus steuerlicher Sicht ergeben könnten<sup>62</sup>, sind durch eine jüngere Entscheidung des BFH wohl ausgeräumt<sup>63</sup>. Im übrigen würde aus der steuerrechtlichen Unwirksamkeit gem. § 39 AO nicht die zivilrechtliche Unwirksamkeit folgen, weil die Vorschrift gerade eine von der zivilrechtlichen Zuordnung abweichende steuerliche Zuordnung betrifft. Der mögliche Vorteil der freien Widerruflichkeit für den Veräußerer besteht darin, daß er auch auf unvorhergesehene Entwicklungen, die er bei der Zuwendung nicht bedacht hat, reagieren kann. Ein erheblicher Nachteil liegt jedoch in der nahezu schutzlosen Position des Erwerbers<sup>64</sup>. Außerdem bestehen auch deswegen noch Bedenken gegenüber einem freiem Widerrufsrecht, weil noch nicht vollends geklärt ist, ob hierdurch nicht unter bestimmten Voraussetzungen der Zugriff der Gläubiger des zum Widerruf berechtigten Veräußerers möglich wird<sup>65</sup>. Aus der zivilrechtlichen Zulässigkeit einer vorbehaltenen freien Widerruflichkeit der Schenkung folgt die Vormerkungsfähigkeit eines entsprechenden Rückübertragungsanspruchs.

#### cc) Erweiterte Rückgewähransprüche

Häufig will der Veräußerer nicht nur für sich selbst einen Rückgewähranspruch vorbehalten, sondern auch für Dritte. Hauptanwendungsfall ist ein Grundstück, welches nur einem Ehegatten gehört und im Wege der vorweggenommenen Erbfolge auf gemeinsame Abkömmlinge übertragen wird. Hier möchte der Veräußerer sicherstellen, daß auch der überlebende Ehegatte gegebenenfalls noch den Rückforderungsanspruch geltend machen kann; insoweit liegt tatsächlich ein bedingter Anspruch zugunsten eines Dritten vor. Bei der Vertragsgestaltung ist danach zu unterscheiden, ob die Rückgewähr beiden Ehegatten gleichrangig zustehen soll, oder in zeitlicher Reihenfolge<sup>66</sup>.

#### b) Haftung des Rückerwerbers aus § 419 Abs. 1 BGB

Aufgrund einer Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1959<sup>67</sup>

besteht Anlaß, sich an dieser Stelle auch mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die Geltendmachung eines Rückübertragungsanspruchs durch den früheren Eigentümer bei diesem zu einer Haftung aus § 419 Abs. 1 führen kann. In dem entschiedenen Fall wurde § 419 auf einen Rückübertragungsvertrag angewendet, welcher aufgrund eines vom Veräußerer gem. § 326 erklärten Rücktritts vereinbart wurde. Mit der Begründung, daß der Vollzug derartiger Rückgewähransprüche keine vertragliche Vermögensübernahme i. S. d. § 419 darstelle, wird diese Entscheidung in der Literatur einhellig abgelehnt<sup>68</sup>. Die unsinnige Konsequenz der Entscheidung ist, daß ein Gläubiger, der einen Anspruch auf den einzigen Vermögensgegenstand des Schuldners hat und diesen durchsetzt, allen anderen Gläubigern des Schuldners mit dem ganzen Vermögensgegenstand haftet (§ 419 Abs. 2 S. 1), also letztlich – im Gegensatz zu den übrigen Gläubigern – gar nichts bekommt<sup>69</sup>.

Aber selbst wenn man die Entscheidung für zutreffend halten würde, wäre zu klären, ob der darin aufgestellte Grundsatz Bestand haben kann, wenn es sich wie bei den hier interessierenden Rückübertragungsansprüchen um vorgemerke Ansprüche handelt. In einem derartigen Fall gelangt nämlich nur ein – von Anfang an – mit dem vorgemerkten Rückübertragungsanspruch belastetes Eigentum in die Hände des Erwerbers, welches schon aufgrund der Sicherungswirkung der Vormerkung dem Vollstreckungszugriff der Gläubiger des Erwerbers von Anfang an wirtschaftlich nicht zur Verfügung steht<sup>70</sup>.

## 2. Zuwendungen auf das Ableben des Veräußerers

### a) Abgrenzung zu § 2301 Abs. 1 S. 1 BGB

§ 2301 Abs. 1 S. 1 greift seinem Wortlaut nach nur in den Fällen ein, in denen Bedingung für die Zuwendung ist, daß der Beschenkte den Schenker überlebt. Daraus wird allgemein gefolgert, daß eine lediglich auf das Ableben des Veräußerers bedingte Schenkung *ohne* echte Überlebensbedingung von dieser Vorschrift nicht erfaßt werde, also hinsichtlich ihres Vollzugs und ihrer Wirkung als Schenkung unter Lebenden behandelt wird<sup>71</sup>. Gegen diese Anordnung bestehen nicht unerhebliche Bedenken<sup>72</sup>. So wird vorgeschlagen, derartige Zuwendungen unabhängig von ihrer Form grundsätzlich wie Vermächtnisse zu behandeln, weil ansonsten die auch in § 226 Abs. 2 KO festgelegte Rangfolge durcheinandergelassen würde<sup>73</sup>. Dem wird entgegengehalten, durch Anwendung der Vorschriften des Pflichtteilsergänzungsrechts und der Gläubiger- und Konkursanfechtung könne dies im Ergebnis vermieden werden<sup>74</sup>.

Die systematischen Nachteile der vorgenannten Einordnung derartiger Rechtsgeschäfte zeigen sich bei erbvertraglich gebundenen Veräußerern. Wenn man auf Zuwendungen auf das Ableben des Veräußerers ohne Überlebensbedingung nicht – wie teilweise befürwortet – die Vorschrift des § 2289 Abs. 1 S. 2 entsprechend anwendet, bieten derartige Konstruktionen eine willkommene Gelegenheit, die erbvertraglichen Bedingungen ohne lebzeitiges Opfer leerlaufen zu lassen<sup>75</sup>. Aber auch wenn man mit der h.L. im Hinblick auf den Wortlaut eine entsprechende Anwendung des § 2289 Abs. 1 S. 2 ablehnt, dürfte bei derartigen Gestaltungen ein lebzeitiges Eigeninteresse des Erblassers an der Verfügung kaum in Betracht kommen, so daß Vertragserbe bzw. Vertragsvermachtnisnehmer hier zumindest den schwachen Schutz durch §§ 2287 Abs. 1, 2288 Abs. 2 S. 2 genießen dürfte<sup>76</sup>.

60 Vgl. Staudinger/Gursky, § 883 Rz., Rd.-Nr. 127 a.E.

61 Diese wird im zivilrechtlichen Schrifttum allgemein für zulässig erachtet, vgl. MünchKomm/Kollhosser, § 530, Rd.-Nr. 9 i.V.m. § 517, Rd.-Nr. 5; Staudinger/Reuss, § 530, Rd.-Nr. 18; Petzold, Grundstücksübertragung unter Nießbrauchsvorbehalt, 4. Aufl. 1987, 33.

62 Vgl. Schulze zur Wiese, Vereinbarungen unter Familienangehörigen, 7. Aufl. 1992, Rd.-Nr. 180.

63 BFH BStBl. 1989 II 1034; zustimmend Münchener Vertragshandbuch/Spiegelberger, Bd. 4-2, 3. Aufl. 1992, 10 m. Nachw. zu früher ablehnenden Auffassungen.

64 Langenfeld, Zum Rückforderungsrecht bei Schenkung und Übergabe von Grundstücken, BWNotZ 1976, 12, 13.

65 S.u. unter C.II.4.

66 Vgl. Haegele/Schöner/Stöber, Rd.-Nr. 1499.

67 BGH LM Nr. 14 zu § 419 = WM 1959, 1421 = MDR 1960, 130.

68 RGRK/Weber, 12. Aufl. 1976, § 419, Rd.-Nr. 14; MünchKomm/Möschel, § 419, Rd.-Nr. 36; Mormann, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Haftung aus § 419 BGB und § 25 HGB, WM 1965, 634, 635; Reinicke, Der Zeitpunkt, zu dem die subjektiven Voraussetzungen bei der Übernahme eines Vermögens i. S. d. § 419 BGB vorliegen müssen, NJW 1967, 1249, 1250; Commandeur, Betriebs-, Firmen- und Vermögensübernahme, 1990, 211.

69 Vgl. Mormann, a.a.O., 635.

70 In diesem Sinne auch Staudinger/Gursky, § 883, Rd.-Nr. 127.

71 Vgl. Weirich, Erben und Verderben, Rd.-Nr. 587.

72 Vgl. Kipp/Coing, Erbrecht, 14. Bearb. 1990, S. 451 ff.; Medicus, Bürgerliches Recht, 15. Aufl. 1991, Rd.-Nr. 397; Hippel, NJW 1966, 867 f.

73 Vgl. Medicus, a.a.O., Rd.-Nr. 397.

74 Brox, Erbrecht, 13. Aufl. 1991, Rd.-Nr. 743.

75 Vgl. Staudinger/Kanzleiter, § 2289, Rd.-Nr. 23 ff.

76 Vgl. BGHZ 66, 8, 15 ff.

#### b) Vormerkbarkeit diesbezüglicher Ansprüche

Soweit man derartige Ansprüche für begründbar hält, bestehen keine Bedenken gegen deren Vormerkbarkeit, § 883 Abs. 1 S. 2.

### 3. Probleme langfristig hinausgeschobener Eigentumsverschaffungsansprüche

Sowohl in dem Fall, daß die Erfüllung des Übergabevertrages bis auf das Ableben des Veräußerers hinausgeschoben ist, als auch in dem umgekehrten Fall, daß bei vollzogener Übergabe die Rückgabeansprüche vorbehalten bleiben, liegen zwischen Anspruchsbegründung und dinglichem Vollzug häufig viele Jahre. Bei derartig langen „Schwebezuständen“ kann sich im Einzelfall das Erfordernis einer Vertragsänderung ergeben, von der auch der Eigentumsverschaffungsanspruch betroffen sein kann. Die strenge Akzessorietät zwischen Vormerkung und gesichertem Anspruch kann hier zu Schwierigkeiten führen. Unter welchen Voraussetzungen eine nachträgliche Änderung derartiger Ansprüche als so wesentlich angesehen werden kann, daß die den ursprünglichen Anspruch sichernde Vormerkung den geänderten nicht mehr sichert und damit gegenstandslos wird, ist noch unklar<sup>77</sup>. Zumindest wesentliche Änderungen des gesicherten Anspruchs sollen die Vormerkung zum Erlöschen bringen<sup>78</sup>. Bloße Einschränkungen oder Beschränkungen des gesicherten Anspruchs dürften dagegen immer unschädlich sein. Problematisch dürften jedoch Änderungen sein, welche den Anspruch an andere oder geringere Voraussetzungen stellen, etwa die Verlängerung eines Widerrufsvorbehaltes für einen Rückgewähranspruch<sup>79</sup>.

Daraus folgt für die Vertragsgestaltung, daß derartige Anspruchsänderungen (im Zweifel) unter der aufschiebenden Bedingung erfolgen sollten, daß eine neue (den geänderten Inhalt sichernde) Vormerkung mit entsprechendem Rang in das Grundbuch eingetragen wird<sup>80</sup>.

### 4. Maßgeblicher Zeitpunkt für den Lauf der Fristen aus § 529 Abs. 1, 2325 Abs. 3 BGB, § 32 KO, § 2 Abs. 1 Nr. 3 und 4 AnfG

#### a) Vollzogene Zuwendungen mit bedingten Rückübereignungsansprüchen

Für vollzogene Zuwendungen mit bedingten Rückübereignungsansprüchen, bei welchen der Bedingungseintritt von einem Verhalten des Erwerbers abhängig ist (z. B. Verstoß gegen Verfügungsverbot), wird man bezüglich des Fristenlaufs auf die Übereignung abstellen müssen, da aus der Sicht des Veräußerers ein rechtlich und wirtschaftlich endgültiges Vermögensopfer erbracht worden ist.

#### b) Vollzogene Zuwendungen mit Vorbehalt freier Widerruflichkeit

Bei vollzogenen Zuwendungen mit uneingeschränktem Widerrufsvorbehalt verbleibt dem Veräußerer eine (rechtlich und wirtschaftlich) derartig starke Einwirkungsmöglichkeit, daß auch im Hinblick auf die Entwicklung zur Auslegung des Fristbeginns bei § 2325 Abs. 3<sup>81</sup> gerechtfertigt erscheint, die hier genannten Fristen erst mit dem endgültigen Wegfall der Widerrufsmöglichkeit beginnen zu lassen.

Selbst wenn man dies Ergebnis ablehnen würde, wäre jedoch aufgrund der weiten Fassung des § 90 Abs. 1 S. 4 BSHG zumindest ein Zugriff des Sozialhilfeträgers in Betracht zu ziehen, der

dann selbst nach Ablauf der Frist des § 529 Abs. 1 möglicherweise das Widerrufsrecht und den daraus erwachsenden Rückübereignungsanspruch auf sich überleiten könnte.

#### c) Vollzogene Zuwendungen mit Nießbrauchsvorbehalt

In diesem Zusammenhang stellt sich die in der Praxis relativ häufige Gestaltung von Übergabeverträgen, welche unter dem Vorbehalt eines lebenslänglichen Nießbrauches für den Veräußerer erfolgen, als besonders problematisch dar. Derartige Zuwendungen sind jedenfalls insoweit unentgeltlich, wie der maßgebliche Grundstückswert (§ 2325 Abs. 2 S. 2) den im Zeitpunkt der Zuwendung kapitalisierten Nießbrauchswert übersteigt<sup>82</sup>. Teilweise wird vertreten, daß der Lauf der Ausschlussfrist des § 2325 Abs. 3 bereits mit der Eintragung des Erwerbers als Eigentümer in das Grundbuch beginnt, unbeschadet des fortbestehenden Nießbrauches<sup>83</sup>. Dagegen wird unter Hinweis auf den erst bei Wegfall des Nießbrauchs eintretenden wirtschaftlichen Erfolg ein vorheriger Fristbeginn abgelehnt; dies wird damit begründet, daß der unter Nießbrauchsvorbehalt Zuwendende überhaupt kein ins Gewicht fallendes lebzeitiges Vermögensopfer erbringen muß<sup>84</sup>. Diese Auffassung verkennt jedoch, daß der unter Nießbrauchsvorbehalt Zuwendende schon ein erhebliches Vermögensopfer erbracht hat, er ist nämlich nicht mehr in der Lage, den Grundbesitz zu verkaufen, und auch eine Kapitalisierung seines Nießbrauchs ist praktisch nicht realisierbar. Es ist deswegen auch in den Nießbrauchsvorbehaltsfällen für den Fristenlauf auf den Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung abzustellen.

#### d) Zuwendungen auf das Ableben des Veräußerers

Bei Zuwendungen auf das Ableben des Veräußerers bleibt der Veräußerer bis zu seinem Tode nicht nur wirtschaftlich, sondern auch rechtlich der Eigentümer, so daß im Hinblick auf den Zweck der hier interessierenden Vorschriften ein Fristenlauf erst nach vollständigem Vollzug angenommen werden kann.

### III. Mittelbare Erwerbssicherung bei erbvertraglichen Ansprüchen

#### 1. Vormerkbarkeit diesbezüglicher Ansprüche

Im Hinblick auf die freie Verfügungsbefugnis des Erblassers unter Lebenden (§ 2286) wird die Vormerkbarkeit erbvertraglicher Ansprüche (auch erbvertraglicher Vermächtnisansprüche) allgemein abgelehnt, weil der Vertragserbe bzw. -vermächtnisnehmer eben nur eine Erberwartung und keinen hinreichend begründeten Anspruch habe. Richtigerweise wird man auf die gesetzliche Wertung des § 2286 abstellen müssen, weil ansonsten der erbvertraglich gebundene Erblasser durch eine eingetragene Vormerkung wirtschaftlich doch in seiner Verfügungsfähigkeit beeinträchtigt würde.

Die Verknüpfung der erbvertraglichen Bindung mit einem Verfügungsunterlassungsvertrag zugunsten des Vertragserben, macht dessen Position dinglich auch nicht stärker, weil dem § 137 S. 1 entgegensteht.

Weitgehend anerkannt ist jedoch, daß der Veräußerer neben seiner schuldrechtlich wirksamen (§ 137 S. 2) Verfügungsunterlassungsverpflichtung dem Erwerber einen bedingten Übereignungsanspruch einräumt (für den Fall einer abredewidrigen Verfügung), der dann durch eine Vormerkung gesichert werden kann.

Der dagegen erhobene Einwand, daß dies eine unzulässige Umgehung des § 137 S. 1 darstelle<sup>85</sup>, greift schon deswegen nicht, weil der bedingte Übereignungsanspruch eine ganz an-

77 Vgl. Staudinger/Gursky, § 833, Rd.-Nr. 225 a.E.

78 Vgl. KG HRR 1929 Nr. 2079; Staudinger/Gursky, § 883, Rd.-Nr. 225.

79 Vgl. OLG Köln NJW 1976, 631; dagegen Staudinger/Gursky, § 883, Rd.-Nr. 225; MünchKomm/Wacke, § 885, Rd.-Nr. 2; Promberger, Zum Vormerkungsschutz bei Fristverlängerung, RPflege 1977, 157 ff.

80 Vgl. Staudinger/Gursky, § 833, Rd.-Nr. 225 a.E.

81 S.o. B. II. 1. a).

82 Vgl. zuletzt BGH MittRhtNotK 1992, 190.

83 Sudhoff, Vorweggenommene Erbfolge und Pflichtteilsanspruch, DB 1971, 225, 226; Ebeling, Neuere Zivilrechtsprechung zur Frage des Beginns der

Zehnjahresfrist für Pflichtteils-Ergänzungsansprüche, BB 1976, 1072; Nieder, Anm. zu BGH DNotZ 1987, 319, 320; eingeschränkt: Reiff, Vorweggenommene Erbfolge und Pflichtteilsergänzung, NJW 1992, 2857, 2861 f.

84 Speckmann, Der Beginn der Zehnjahresfrist für die Berücksichtigung von Schenkungen beim Pflichtteilsergänzungsanspruch, NJW 1978, 358; Draschka, Zum Beginn der Zehnjahresfrist des § 2325 III HS 1 BGB bei Grundstücksschenkungen unter Nießbrauchsvorbehalt, NJW 1993, 437.

85 Vgl. Erman/Brox, 8. Aufl. 1989, § 137, Rd.-Nr. 9 a.E.; zustimmend MünchKomm/Mayer-Maly, § 137, Rd.-Nr. 33.



dere rechtliche Qualität als ein bloßer Verfügungsunterlassungsanspruch aufweist. Es ist allein Sache des Veräußerers, ob er sich nur erbvertraglich binden will oder zusätzlich auch noch durch Begründung eines bedingten Übereignungsanspruchs.

Durch die in derartigen Fällen schon durch § 313 S. 1 begründete Beurkundungsbedürftigkeit und die damit einhergehende Willenserforschungs- und Belehrungspflicht ist überdies sichergestellt, daß ein Erblasser nicht leichtfertig derartige Bindungen eingeht.

## 2. Rechtliche Einordnung vormerkbarer Hilfsansprüche

Rechtsgrund für derartige bedingte Übereignungsansprüche dürfte eine Schenkung sein, so daß erst deren Erfüllung nach Bedingungseintritt den maßgeblichen Zeitpunkt für den Lauf der Fristen aus §§ 529 Abs. 1, 2325 Abs. 3 BGB, § 32 KO, § 3 Abs. 1 AnfG auslöst.

# Rechtsprechung

## 1. Allgemeines – Verbot des Selbstkontrahierens bei Betreuung

(OLG Düsseldorf, Beschluß vom 3. 2. 1993 – 3 Wx 34/93 – mitgeteilt von Richter am OLG Düsseldorf Dr. Johannes Schütz, Düsseldorf, und Notar Armin Leggewie, Goch)

### BGB §§ 1908 i; 1821; 876; 181

1. Der Wirksamkeit einer Zustimmung des Betreuers zur Aufhebung eines ihm zustehenden Erbbaurechtes, das mit Rechten des Betroffenen belastet ist, steht § 181 BGB entgegen.
2. Eine nach § 181 BGB unwirksame Erklärung kann nicht vormundschaftsgerichtlich genehmigt werden.

### Zum Sachverhalt:

Der Betroffene, der von seinem Sohn u. a. in vermögensrechtlichen Angelegenheiten betreut wird, hat 1982 gemeinsam mit seiner Ehefrau diesem im Wege vorweggenommener Erbfolge gegen Bestellung eines Wohnungs- und Anteilsrechtes ein Erbbaurecht an einem Hausgrundstück in G. übertragen. Dieses Grundstück hat der Betreuer mit Vertrag vom 17. 1. 1992 von der Eigentümerin gekauft; zusammen mit dem Erbbaurecht sollen die darauf ruhenden Lasten aufgehoben und anschließend an dem Grundstück neu bestellt werden. Der Betreuer hat mit Erklärung vom 20. 1. 1992 für seinen Vater der Aufhebung des Erbbaurechtes zugestimmt. Der vom Betreuer hierfür beauftragte Notar hat um Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nachgesucht und auch nach Hinweis auf Bedenken im Hinblick auf § 181 BGB um eine gerichtliche Entscheidung gebeten.

Daraufhin hat das AG – Rechtspfleger – die Genehmigung der vom Betreuer am 20. 1. 1992 abgegebenen Erklärung versagt. Die vom Notar eingelegte Beschwerde, der der Amtsrichter nicht abgeholfen hat, hat das LG mit dem angefochtenen Beschluß zurückgewiesen.

### Aus den Gründen:

Die an sich zulässige (§§ 27, 29 Abs. 1 FGG) weitere Beschwerde ist unbegründet. Der die Entscheidung des AG bestätigende Beschluß des LG beruht nicht auf einer Verletzung des Gesetzes (§§ 27 Abs. 1 FGG; 550 ZPO).

Ist ein Erbbaurecht, das aufgehoben werden soll, mit dinglichen Rechten Dritter belastet, so ist – neben § 26 ErbbauVO – auch deren Zustimmung zur Aufhebung und Löschung erforderlich (§§ 876 BGB; 19 GBO), weil mit dem Wegfall des Erbbaurechtes auch die Haftungsgrundlage für diese Belastungen entfällt (allg. M.; vgl. BayObLG DNotZ 1985, 372 ff.; Räfle, § 26 ErbbauVO, Rd.-Nr. 4; Ingenstau, 6. Aufl., § 26 ErbbauVO, Rd.-Nr. 3). Die danach erforderliche Zustimmungserklärung des Drittgläubigers i. S. v. § 876 BGB – nicht identisch mit der Löschungsbewilligung i. S. v. § 19 GBO (vgl. MünchKomm/

## D. Zusammenfassung

Die praktische Bedeutung von – im weitesten Sinne erbrechtlich motivierten – Grundstücksübertragungen nimmt stetig zu. Der unentgeltlich Erwerbende erlangt jedoch selbst nach Vollendung des Rechtserwerbs durch Eintragung des Eigentumswechsels in das Grundbuch keine dem entgeltlich Erwerbenden vergleichbar starke Rechtsposition. Durch verschiedene gesetzliche Sondervorschriften ist der unentgeltlich Erwerbende aufgrund der Zuwendung möglicherweise mit Herausgabe-, Wertersatz- oder Zahlungsansprüchen belastet. Zudem behält sich der Veräußerer in zahlreichen Übergabeverträgen oft bis zu seinem Tode andauernde wirtschaftliche oder rechtliche Einwirkungsmöglichkeiten bezüglich des übertragenen Grundbesitzes vor, durch welche ebenfalls die Rechtsposition des Erwerbers beeinträchtigt werden kann.

Wacke, 2. Aufl., § 876 BGB, Rd.-Nr. 6) – hat als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung zugleich Verfügungswirkung wie eine Aufgabenerklärung nach § 875 BGB, weil sie gemeinsam mit der Aufgabe des Erbbaurechtes und dessen Löschung den Untergang des dinglichen Rechtes bewirkt (vgl. MünchKomm/Wacke, § 876 BGB, Rd.-Nr. 7). Deshalb bedarf die Zustimmungserklärung des Betreuers nach §§ 1908 i Abs. 1 S. 1, 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes.

LG und AG haben mit Recht angenommen, daß die im vorliegenden Fall vom Betreuer am 20. 1. 1992 abgegebene Zustimmungserklärung nicht genehmigt werden kann.

Zwar dürfte diese Erklärung nicht schon deshalb unwirksam sein, weil sie ohne die – vorherige – Genehmigung abgegeben worden ist (§ 1831 BGB). Nach inzwischen h. M. ist ein verfrühter Zugang der noch ungenehmigten Erklärung beim Begünstigten oder beim GBA unschädlich und demnach § 1831 BGB hier nicht anwendbar, weil das GBA den Schwebezustand durch eine befristete Zwischenverfügung beenden kann (MünchKomm/Wacke, § 876 BGB, Rd.-Nr. 8 und § 875 BGB, Rd.-Nr. 9 m. w. N.).

Der Wirksamkeit der Erklärung steht jedoch § 181 BGB entgegen. Weil es hier um die materiellrechtliche Zustimmung nach § 876 BGB geht, kommt es nicht darauf an, ob für eine grundbuchrechtliche Löschungsbewilligung gleiches gelten müßte.

Zwar kann die Zustimmung nach § 876 S. 3 BGB auch gegenüber dem GBA und nicht nur gegenüber dem Begünstigten erklärt werden. Sachlich ist jedoch in jedem Fall der Inhaber des belasteten Erbbaurechtes der durch die Erklärung materiell Begünstigte. Es wäre deshalb nicht zu rechtfertigen, den Schutz des § 181 BGB nur bei formaler Abgabe der Erklärung gegenüber dem Begünstigten, nicht dagegen bei einer Abgabe gegenüber dem GBA eingreifen zu lassen (so auch BGHZ 77, 7 ff.).

Weil demzufolge diejenige Erklärung, die genehmigt werden soll, durch die Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung wegen § 181 BGB keine Wirksamkeit erlangen könnte, ist die Genehmigung mit Recht versagt worden. Denn sie kann und darf für ein Geschäft, das unter Verstoß gegen gesetzliche Bestimmungen, etwa ein gesetzliches Vertretungsverbot (vgl. KG JW 1935, 1439) zustandegekommen ist, wegen der Gesetzesbindung als dem selbstverständlichen Entscheidungsrahmen des Gerichts nicht erteilt werden.

Die Versagung der Genehmigung bedeutet im vorliegenden Fall nicht, daß gegen eine weitere Vollziehung des vom Notar am 17. 1. 1992 beurkundeten Kaufvertrages – Aufhebung des

Erbbaurechtes Zug um Zug gegen Neubestellung der dinglichen Rechte am Eigentum – sachliche Bedenken im Interesse des Betroffenen bestünden. Den aus § 181 BGB folgenden eher formalen Erfordernissen kann vielmehr – etwa auf dem schon vom AG aufgezeigten Weg – unschwer Rechnung getragen werden, wobei das Vormundschaftsgericht auch von Amts wegen (§ 1896 Abs. 1 S. 1 BGB) gehalten ist, bei zusätzlichem Betreuungsbedarf (§ 1899 Abs. 4 BGB) die erforderlichen Abhilfemaßnahmen zu treffen.

## 2. Schuldrecht – Verfallklausel im Grundstückskaufvertrag (BGH, Urteil vom 22.1.1993 – V ZR 164/90)

BGB §§ 133; 157; 339

**Zur Auslegung einer Klausel in einem Grundstückskaufvertrag, wonach gezahlte Kaufpreistraten bei Abwicklung des Vertragsverhältnisses wegen Nichterfüllung als Nutzungsentschädigung gelten.**

### Zum Sachverhalt:

Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 4. 5. 1985 verkauften die Kl. den Bekl. ein Einfamilienhausgrundstück für 440.000,- DM. Der Kaufpreis war ab Juli 1985 in 48 Monatsraten von 2.000,- DM sowie durch eine Zahlung von mindestens 13.000,- DM bis spätestens 1.1.1986 zu entrichten. Der Restkaufpreis sollte zum 1. 7. 1989 auf ein Anderkonto des Notars überwiesen werden. In § 4 des Kaufvertrages heißt es weiterhin:

„Sollte aus nicht vorhergesehenen Gründen dieser Kaufvertrag nicht zur Durchführung kommen, etwa weil die Käufer die am 1. 7. 1989 fällige Schlußzahlung nicht aufbringen können und alsdann die Verkäufer ihr Recht aus § 326 BGB geltend machen, so gelten alsdann die von den Käufern zu zahlenden 48 Monatsraten zu je 2.000,- DM als von den Käufern gezahlte Nutzungsentschädigung und ist dieser Betrag alsdann ebensowenig an die Käufer zu erstatten wie die weiter gem. § 3 dieses Vertrages von den Käufern gezahlten Beträge für die Grundstücksnutzung.“

Mit Schreiben vom 4. 7. und 22. 7. 1986 forderten die Kl. die Bekl. unter Fristsetzung und Ablehnungsandrohung fruchtlos zur Zahlung rückständiger Beträge auf.

Die Kl. haben zunächst beantragt, die Bekl. zu verurteilen, das Grundstück herauszugeben, hinsichtlich der eingetragenen Auflassungsvormerkung Löschungsbewilligung zu erteilen sowie die Schadensersatzpflicht der Bekl. festzustellen. Das LG hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben. Nach Rückgabe und anderweitem Verkauf des Grundstücks haben die Kl. im Wege der Anschlußberufung die Zahlung eines Schadensersatzbetrages von 110.000,- DM nebst Zinsen verlangt. Das OLG hat dem Zahlungsantrag in Höhe von 50.945,36 DM entsprochen und die Berufung der Bekl. zurückgewiesen. Hiergegen haben zunächst beide Parteien Revision eingelegt. Die Kl. verlangen die Zahlung weiterer 58.000,- DM nebst Zinsen. Die Bekl. haben ihre Revision zurückgenommen und beantragen, das Rechtsmittel der Kl. zurückzuweisen.

### Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht vertritt die Auffassung, in dem Kaufpreis von 440.000,- DM seien in erheblichem Umfang Zinsanteile für die Stundung des Kaufpreises seit 1. 7. 1985 enthalten, welche die Parteien für die Rückabwicklung als Nutzungsentschädigung angesehen hätten. Da in dem aus der Weiterveräußerung erzielten Kaufpreis von 320.000,- DM Zinsanteile oder Nutzungsentschädigungen nicht enthalten seien, müsse der mit den Bekl. vereinbarte Kaufpreis entsprechend bereinigt werden, damit beide Kaufpreise verglichen werden könnten. Da die Bekl. für die Zeit vom 1. 7. 1985 bis 1. 12. 1987 20 Monatsraten (= 40.000,- DM) gezahlt hätten und noch 9 Monatsraten (= 18.000,- DM) schuldeten, habe sich der am 30. 6. 1989 fiktiv zu zahlende Kaufpreis um den Gesamtbetrag von 58.000,- DM auf 382.000,- DM vermindert. Nur dieser verminderte Kaufpreis sei bei dem Gesamtvermögensausgleich anzusetzen.

Hiergegen wendet sich die Revision überwiegend mit Erfolg.

II. 1. Soweit das Berufungsgericht die Bekl. dem Grunde nach zum Schadensersatz für verpflichtet hält, ist das Urteil sachlich nicht zu beanstanden.

Das Urteil ist aber insoweit fehlerhaft, als die Annahme des Be-

rufungsgerichts, in dem Kaufpreis von 440.000,- DM seien Zinsanteile für die Stundung des Kaufpreises in Höhe von 58.000,- DM enthalten, welche die Parteien als Nutzungsentschädigung angesehen hätten, in dem Vortrag der Parteien keine Stütze findet. Beide Parteien gehen vielmehr übereinstimmend davon aus, daß es sich bei den vom Berufungsgericht als Zinsanteile für die Stundung des Kaufpreises angesehenen Kaufpreistraten entsprechend § 4 des Kaufvertrages um eine Nutzungsentschädigung für den Fall der Nichtdurchführung des Vertrages handelt. Ob und in welchem Umfang der Kaufpreis für den Fall der Erfüllung des Kaufvertrages Zinsen für die unterschiedliche Fälligkeit der einzelnen Kaufpreisan-teile enthält, läßt sich dem Parteivortrag dagegen nicht entnehmen. Das Berufungsgericht hat somit unter Verstoß gegen § 286 ZPO einen von keiner Seite behaupteten Sachverhalt seiner Entscheidung zugrunde gelegt (vgl. BGH WM 1991, 1931, 1934 m. w. N.).

2. Die Annahme des Berufungsgerichts läßt sich auch nicht auf die in § 4 des Vertrages enthaltene Klausel stützen. Sollte das Berufungsgericht diese Bestimmung anders verstanden haben, wäre die Auslegung fehlerhaft, weil sie nicht den mit der Absprache verfolgten Zweck sowie die Interessenlage der Beteiligten berücksichtigt (vgl. BGHZ 109, 19, 22). Hat das Berufungsgericht der Klausel dagegen überhaupt keine Bedeutung beigemessen, wie die Revision meint, wäre das Urteil ebenfalls aufzuheben. In beiden Fällen kann der Senat die unterlassene Auslegung selbst vornehmen, weil tatsächliche Feststellungen hierzu nicht mehr erforderlich sind (BGHZ 65, 107, 112; 109, 19, 22; BGH WM 1992, 153, 155 = DNotZ 1992, 500).

3. Die Klausel ergibt, daß bei Nichtdurchführung des Vertrages die vereinbarten monatlichen Kaufpreistraten von 2.000,- DM als Entschädigung für die gezogenen Nutzungen den Verkäufern verbleiben sollten. Der Wortlaut („die zu zahlenden 48 Monatsraten“) könnte zwar dafür sprechen, daß dies nicht nur für die tatsächlich gezahlten Beträge, sondern auch für die nicht gezahlten, jedoch geschuldeten Raten gelten sollte. Das aber widerspräche Sinn und Zweck der Vereinbarung. Dieser besteht darin, die bereits gezahlten Beträge von der Rückabwicklung oder Abrechnung des Vertragsverhältnisses wegen Nichtzahlung fälliger Kaufpreisteile gem. § 326 BGB herauszunehmen, d. h. für verfallen zu erklären. Die Klausel bezweckt dagegen nicht, den Anspruch auf Erfüllung fälliger Zahlungsverpflichtungen trotz Umgestaltung des Vertragsverhältnisses in Abweichung von § 326 Abs. 1 S. 2 BGB fortbestehen zu lassen. Sie enthält im Gegensatz zu der von der Revision vertretenen Ansicht insoweit auch nicht ein Strafversprechen für den Fall der Nichtzahlung der Monatsraten während der tatsächlichen Nutzung des Grundstücks (§ 340 BGB). Abgesehen davon, daß hierfür im Tatsachenvortrag jeder Anhaltspunkt fehlt, stünde einem solchen Verständnis die Qualifizierung der „zu zahlenden“ Monatsraten als „gezahlte“ Nutzungsentschädigung sowie die Gleichbehandlung der Monatsraten mit den „gem. § 3 dieses Vertrages von den Käufern gezahlten Beträgen für die Grundstücksnutzung“, aber auch die Tatsache entgegen, daß nur eine „Erstattung“ ausgeschlossen, nicht dagegen eine Forderung begründet wurde.

Es handelt sich mithin um eine Verfallklausel, die im Gegensatz zum Vertragsstrafenversprechen keine zusätzliche Zahlung für den Fall der Abwicklung des Vertragsverhältnisses wegen Nichterfüllung, sondern nur den Verlust der gezahlten Monatsraten vorsieht, und zwar unabhängig davon, welches Recht die Verkäufer aus § 326 BGB geltend machen. Diese Auslegung entspricht auch der Interessenlage, weil der Anspruchsverzicht für den Fall der eigenen Vertragsuntreue die Bekl. nicht unbillig belastet und den Kl. die ordnungsgemäße Durchführung des über einen langen Zeitraum laufenden Vertragsverhältnisses sichert. Derartige Klauseln sind zulässig (MünchKomm/Söllner, 2. Aufl., vor § 339 BGB, Rd.-Nr. 10; Soergel/Lindacher, 12. Aufl., vor § 339 BGB, Rd.-Nr. 18; RGRK/Ballhaus, 12. Aufl., § 338 BGB, Rd.-Nr. 4). Die Bestimmung hat, anders als im Fall des § 360 BGB, nicht die Wirkung eines Rücktrittsvorbehaltes, sondern die einer Verwirkungsabrede. Dies hat zur Folge, daß die

tatsächlich gezahlten Monatsraten bei dem Gesamtvermögensvergleich im Ergebnis außer Ansatz bleiben müssen. Daß die Parteien diese Beträge als Nutzungsentschädigung angesehen haben, ist unschädlich. Zwar kann nach der Rspr. des Senats der Verkäufer im Rahmen des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung von Gesetzes wegen keine Entschädigung für entgangene Nutzungen verlangen (WM 1983, 418). Die Parteien können jedoch etwas anderes vereinbaren und haben dies hier auch getan.

Eine Herabsetzung der verfallenen Beträge entsprechend § 343 BGB (BGH NJW 1968, 1625; NJW 1972, 1893, 1894) käme, wenn überhaupt, nur dann in Betracht, wenn die Bekl. hätten erkennen lassen, daß sie den Verfall der gezahlten Beträge als unangemessen hoch empfinden und deswegen eine Herabsetzung begehren. Das ist nicht der Fall. Eine Herabsetzung von Amts wegen ist nicht möglich (MünchKomm/Söllner, 2. Aufl., § 343 BGB, Rd.-Nr. 10).

Hat danach die Summe der effektiv gezahlten Monatsraten von 40.000,- DM bei dem im übrigen in tatsächlicher Hinsicht unangefochtenen und – wenigstens im Ergebnis – richtigen Vermögensvergleich außer Ansatz zu bleiben, so steht dieser Betrag den Kl. noch zu. Dies zeigt folgender Vermögensvergleich:

<b>A. Einnahmen bei ordnungsgemäßer Vertragsabwicklung:</b>	
1. Kaufpreis	440.000,- DM
2. Zinsvorteile	
a) aus den Monatsraten	3.263,- DM
b) aus den 13.000,- DM	3.412,50 DM
	446.675,50 DM
<b>B. Einnahmen nach Nichterfüllung des Vertrages:</b>	
1. Kaufpreis aus der Weiterveräußerung	320.000,- DM
2. ersparte Kreditzinsen	33.136,02 DM
3. Zinsvorteile	2.594,12 DM
	355.730,14 DM
Bei gleichbleibenden Verbindlichkeiten ergibt sich damit ein Nichterfüllungsschaden von	
	446.675,50 DM
	./ 355.730,14 DM
	90.945,36 DM
zuerkannt sind bisher	50.945,36 DM
verbleibende Restforderung	40.000,- DM

Hinsichtlich der mit der Revision darüber hinaus verlangten – nicht gezahlten – 9 Monatsraten ist die Klage dagegen nicht begründet.

Nach alledem ist das Urteil insoweit aufzuheben, als die Klage in Höhe von 40.000,- DM nebst Zinsen abgewiesen worden ist. In diesem Umfang ist die Sache i. S. d. Klage zur Endentscheidung durch den Senat reif. Im übrigen verbleibt es dagegen bei der angefochtenen Entscheidung.

### 3. Schuldrecht – Kündigung eines Wohnraummietverhältnisses durch Grundstückskäufer

(LG Hamburg, Urteil vom 9. 10. 1992 – 311 S 132/92)

**BGB §§ 571; 398; 185 Abs. 1**

1. Der Käufer eines Grundstücks oder einer Eigentumswohnung kann ein Mietverhältnis erst dann wirksam kündigen, wenn er als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist.
2. Das Recht zur Kündigung ist nicht abtretbar. Dem Erwerber kann auch keine Ermächtigung zur Kündigung in eigenem Namen erteilt werden.

(Leitsätze nicht amtlich)

**Aus den Gründen:**

Die zulässige Berufung hat in der Sache selbst keinen Erfolg.

1. Zu Recht hat das AG die auf (zwei) Kündigungen wegen Eigenbedarfs gestützte Räumungsklage abgewiesen.

a) Die Kündigung vom 29. 10. 1990 (zum 31. 10. 1991), begründet u. a. mit der (zu geringen) Größe der bisher genutzten (95 qm großen) Wohnung, dem ungünstigen Schnitt der bisherigen Wohnung, dem Fehlen von Abstellkammern in der bisher genutzten Wohnung sowie „familiären und beruflichen Gründen“, ist unwirksam. Der Kl. war bei Ausspruch der Kündigung noch nicht Eigentümer der Wohnung.

aa) Die Kündigung des Grundstückserwerbers ist vor seiner Eintragung als Eigentümer im Grundbuch unwirksam (vgl. auch LG Essen WM 1990, 27; LG Münster WM 1991, 105; LG Ellwangen WM 1991, 489; LG Augsburg NJW-RR 1992, 520; Sternel, Mietrecht, 3. Aufl., IV 18; Scholz, ZMR 1988, 285); er ist (noch) nicht Vermieter gem. §§ 564 a, 564 b, 565, 571 BGB.

bb) Eine Abtretung gem. § 398 BGB des Rechts zur Kündigung ist durch § 7 des notariellen Kaufvertrages des Kl. mit seinen Rechtsvorgängern vom 12. 10. 1990 nicht erfolgt, da das Recht zur Kündigung als (einseitiges) Gestaltungsrecht nicht abtretbar ist (vgl. LG Kiel WM 1992, 128; LG Augsburg NJW-RR 1992, 520; Urteil der Kammer vom 13. 3. 1992, 311 S 276/91, m. w. N.; Scholz, ZMR 1988, 285, 286).

cc) Sofern man in § 7 des Kaufvertrages eine Ermächtigung des Kl. i. S. d. § 185 Abs. 1 BGB zur Kündigung des Mietverhältnisses im eigenen Namen sehen würde, führt dieses nicht zur (formellen) Wirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung, da eine derartige Ermächtigung zur Kündigung nach Auffassung der Kammer unzulässig ist; hierdurch könnten die Unzulässigkeit der Kündigung vor Eigentumserwerb und die Unwirksamkeit der Abtretung eines Kündigungsrechts umgangen werden (vgl. auch LG Kiel WM 1992, 128; LG Augsburg NJW-RR 1992, 520; Sternel, a. a. O., IV 18, 3, 163; Scholz, ZMR 1988, 285, 286 f.). Im Interesse des Mieterschutzes muß bei Ausspruch der Kündigung ausreichende Klarheit über die Person des jeweiligen Vermieters verlangt werden (vgl. auch LG München WM 1989, 282).

dd) Eine Mieteintrittsvereinbarung (vgl. hierzu auch Urteil der Kammer vom 19. 11. 1991, 311 O 132/90, m. w. N.; Sternel, I 91; Scholz, ZMR 1988, 285) aufgrund von § 7 des Kaufvertrages – der den Eintritt des Kl. an die Stelle seiner Rechtsvorgänger in die Rechte und Verpflichtungen aus dem Mietverhältnis mit dem Bekl. regelt –, dem Schreiben der Rechtsvorgänger des Kl. (den ehemaligen Vermietern) vom 12. 10. 1990 – mit dem sie dem Bekl. den Verkauf der Immobilie mitteilten und ihn baten, sich in Zukunft mit dem Kl. in Verbindung zu setzen sowie die Mietzahlungen an ihn zu leisten –, dem Mieterhöhungsverlangen des Kl. vom 29. 10. 1990, der Zustimmung des Bekl. hierzu vom 18. 12. 1990 und der Mietzinszahlungen des Bekl. an die Kl. bereits vor Erwerb des Eigentums durch den Kl. kann nicht angenommen werden. Erforderlich ist ein „dreiseitiger Vertrag“ zwischen (bisherigem) Vermieter, Erwerber (und zukünftigem Vermieter) sowie Mieter, und in der Zustimmung zur Mieterhöhung und der (bloßen) Zahlung des Mietzinses kann nach Auffassung der Kammer keine Zustimmung des Bekl. zum Eintritt des Kl. in die Vermieterstellung bereits vor Eigentumserwerb gesehen werden.

b) Auch die Kündigung vom 29. 8. 1991 (zum 31. 8. 1992) vermag der Räumungsklage nicht zum Erfolg zu verhelfen (wird ausgeführt).

### 4. Liegenschaftsrecht/WEG – Benutzungsregelung für Garage auf Nachbargrundstück

(OLG Köln, Beschluß vom 1. 2. 1993 – 2 Wx 2/93 – mitgeteilt von Richter am OLG Karl-Hermann Zoll, Köln)

1. Auch eine Vereinbarung, welche die Ausübung einer für das gemeinsame Grundstück bestellten Grunddienstbarkeit betrifft, regelt das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander i. S. d. § 10 Abs. 2 WEG und

kann daher in das Grundbuch eingetragen werden (hier: **Benutzungsregelung betreffend eine auf dem Nachbargrundstück zu errichtende Garage**).

2. **Voraussetzung für die Eintragung der Benutzungsregelung in den Wohnungsgrundbüchern ist, daß die Grunddienstbarkeit entstanden ist; das setzt gem. § 873 BGB Einigung und Eintragung im Grundbuch, und zwar auf dem Grundbuchblatt des belasteten Grundstücks voraus.**
3. **Die Benutzungsregelung betrifft nur den Inhalt des Sondereigentums und damit das Innenverhältnis der Wohnungseigentümer; Inhalt und Umfang der Grunddienstbarkeit werden dadurch nicht berührt. Die Eintragung der Benutzungsregelung erfolgt demgemäß nur im Bestandsverzeichnis der Wohnungsgrundbücher.**

#### **Zum Sachverhalt:**

Die Bet. zu 1) sind zu je  $\frac{1}{2}$  Eigentümer im Wohnungsgrundbuch von B. Blatt 1 eingetragenen Wohnungseigentums, der Bet. zu 2) ist Alleineigentümer des dort Blatt 2 eingetragenen Wohnungseigentums. Das Wohnungseigentum befand sich ursprünglich auf dem ungeteilten Grundstück Flur 7, Flurstück 132. Nach Veräußerung einer Teilfläche aus dem Flurstück 132 wurde dies in die Flurstücke 276 und 277 fortgeführt. Das Flurstück 276 ist aus den Wohnungsgrundbüchern abgeschrieben und in ein anderes Grundbuchblatt übertragen worden. Das Wohnungseigentum befindet sich demgemäß nunmehr auf dem Flurstück 277. In dem notariellen Übertragungsvertrag bestellten die dort Beteiligten wechselseitig Grunddienstbarkeiten. Zugunsten des jeweiligen Eigentümers der abzuschreibenden Teilfläche (jetzt Flurstück 276) wurde ein Geh- und Fahrrecht und ein Versorgungs- und Entsorgungsleitungsrecht an einer genau bezeichneten Teilfläche des verbleibenden Grundstücks bestellt. Für den jeweiligen Eigentümer der verbleibenden Fläche (jetzt Flurstück 277) wurde ein Geh- und Fahrrecht an einer genau bezeichneten Teilfläche des abzuschreibenden Grundstücks bestellt. Diese Grunddienstbarkeiten sind inzwischen antragsgemäß in den Grundbüchern des jeweils dienenden Grundstücks eingetragen worden. In dem Veräußerungsvertrag wurde eine weitere Grunddienstbarkeit des Inhalts bestellt, daß der jeweilige Eigentümer der verbleibenden Fläche (jetzt Flurstück 277) berechtigt ist, eine genau bezeichnete Teilfläche des abzuschreibenden Grundstücks zur Errichtung und Unterhaltung einer Garage mit zwei Garagenabteilen und als Garagenvorplatz zu benutzen, ohne daß den Eigentümer des dienenden Grundstücks Unterhaltungspflichten treffen. Diese Grunddienstbarkeit ist ausweislich des Akteninhalts bisher nicht im Grundbuch eingetragen. Der bei der Akte befindliche Eintragungsantrag (Nr. II) ist am 22.1.1992 beim GBA eingegangen, soweit ersichtlich bisher aber nicht erledigt worden.

In dem Veräußerungsvertrag haben die Wohnungseigentümer ihre an dem verbleibenden Grundstück bestehenden Miteigentumsanteile geändert und mit dem bestehenden Sondereigentum verbunden. Sie haben ferner an den beiden Abteilen des mittels Grunddienstbarkeit dem Grundbesitz der Wohnungseigentümer zugeordneten Garagengebäudes Sondernutzungsrechte gem. § 15 WEG begründet derart, daß das Sondernutzungsrecht an dem nördlichen Garagenabteil dem jeweiligen Wohnungseigentümer Nr. 1 und das Sondernutzungsrecht an dem südlichen Garagenabteil dem jeweiligen Wohnungseigentümer Nr. 2 zusteht. Zugleich haben sie die Eintragung der genannten Sondernutzungsrechtsregelung im Bestandsverzeichnis der beiden Wohnungsgrundbuchblätter bewilligt. Die Urkunde enthält noch die Vereinbarung, daß (und in welchem Umfang) die Kosten der Errichtung der Doppelgarage von den Wohnungseigentümern zu tragen sind.

Die Bet. haben durch den Notar die Eintragung der Sondernutzungsrechte in den Wohnungsgrundbuchblättern mit am 22.1.1992 beim GBA eingegangenem Schriftsatz beantragen lassen. Der Rechtspfleger hat den Antrag zurückgewiesen, da die Sondernutzungsregelung ein in fremdem Eigentum stehendes Grundstück betreffe und daher nicht eintragungsfähig sei. Dagegen haben die Bet. Erinnerung eingelegt, der der Rechtspfleger und der Abteilungsrichter nicht abgeholfen haben. Das LG hat die Beschwerde zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde der Bet. hatte Erfolg.

#### **Aus den Gründen:**

Die gem. den §§ 71 Abs. 1, 78 GBO zulässige weitere Beschwerde ist in der Sache begründet. Die angefochtene Entscheidung beruht auf einer Verletzung des Gesetzes (§§ 550, 551 ZPO). Zu Unrecht hat das LG angenommen, daß der Eintragungsantrag aus den Gründen der Entscheidung der Rechtspflegerin zurückgewiesen werden durfte.

Nach Ansicht des Senats kann eine Regelung der Wohnungs-

eigentümer über die Benutzung einer auf fremdem Grund errichteten Garage als Inhalt des Sondereigentums in die Bestandsverzeichnisse der Wohnungsgrundbücher eingetragen werden, wenn für die jeweiligen Eigentümer des in Wohnungseigentum aufgeteilten Grundstücks eine Grunddienstbarkeit zur Errichtung und Benutzung der Garage an dem anderen Grundstück besteht.

1. Nach § 5 Abs. 4 WEG können Vereinbarungen der Wohnungseigentümer untereinander zum Inhalt des Sondereigentums gemacht werden. Nach § 10 Abs. 2 WEG wirken solche Vereinbarungen gegen den Sondernachfolger eines Wohnungseigentümers nur, wenn sie als Inhalt des Sondereigentums im Grundbuch eingetragen sind. Nach § 15 Abs. 1 WEG können die Wohnungseigentümer den Gebrauch des Sondereigentums und des gemeinschaftlichen Eigentums durch Vereinbarung regeln. Es ist anerkannt, daß der Gebrauch von Stell- bzw. Garagenplätzen auf den im Gemeinschaftseigentum befindlichen Flächen durch Vereinbarung der Wohnungseigentümer (oder, was dem gleichzusetzen ist, durch Vorratsenteilung nach § 8 WEG, vgl. BGHZ 73, 145, 147 = DNotZ 1979, 168) in der Weise geregelt werden kann, daß einzelnen Wohnungseigentümern bestimmte Flächen zum ausschließlichen Gebrauch unter Ausschluß der anderen Wohnungseigentümer zugewiesen werden (vgl. etwa BGHZ 73, 145, 148 f.; 91, 343, 345 f. = DNotZ 1984, 695; BayObLG NJW-RR 1988, 592 f. = MittRhNotK 1988, 99; Bärmann/Pick/Merle, 6. Aufl., § 15 WEG, Rd.-Nr. 18; Henkes/Niedenführ/Schulze, § 15 WEG, Rd.-Nr. 8 ff., 12). Der Inhalt der Gebrauchsregelung, also der Anspruch des einzelnen Wohnungseigentümers auf Überlassung der Teilfläche zum alleinigen Gebrauch unter Ausschluß der übrigen Wohnungseigentümer, wird durch die Eintragung nach §§ 15 Abs. 1, 5 Abs. 4, 10 Abs. 2 WEG zum Inhalt des Sondereigentums und erlangt damit, ohne ein selbständiges dingliches Recht zu sein, dingliche Wirkung (BGHZ 73, 145, 148; 91, 343, 345 f.; 109, 396, 398).

2. Das LG führt aus, Sondernutzungsregelungen der genannten Art könnten nur dann im Grundbuch eingetragen werden, wenn sie das Eigentum der Wohnungseigentümer beträfen, dies sei hier aber deshalb nicht betroffen, weil sich die Nutzungsregelung auf das Garagengebäude auf dem Nachbargrundstück beziehe. Dem kann nicht gefolgt werden.

a) Die vom LG offenbar vertretene Ansicht, das Garagengebäude, auf das sich die Nutzungsregelung bezieht, stehe nicht im Eigentum der Wohnungseigentümer, ist unrichtig. Nach dem Inhalt des Veräußerungsvertrages wurde die Grunddienstbarkeit nicht zur Benutzung eines auf fremdem Grund bereits bestehenden Garagengebäudes bestellt, sondern zur Errichtung des Gebäudes und dessen Benutzung; die Errichtung soll nach dem weiteren Inhalt des Vertrages durch die Eigentümer des herrschenden Grundstücks, also die Wohnungseigentümer, auf deren Kosten erfolgen. Nach § 95 Abs. 1 S. 2 BGB gehört aber ein Gebäude, das in Ausübung eines Rechtes mit einem fremden Grundstück verbunden worden ist, nicht zu den Bestandteilen dieses Grundstücks. Es handelt sich um einen Scheinbestandteil, so daß sich das Eigentum an dem dienenden Grundstück nicht gem. § 946 BGB auf das Gebäude erstreckt. Für eine (gewollte) Übereignung des Gebäudes an den Eigentümer des dienenden Grundstücks ist nichts ersichtlich. Allerdings ist zweifelhaft, ob die Nutzungsregelung an dem auf einem Nachbargrundstück gelegenen Garagengebäude schon deshalb, weil – was hier ohne weitere Nachprüfung unterstellt werden soll – das Gebäude (auch) gemeinschaftliches Eigentum der Wohnungseigentümer ist, das spezifisch wohnungseigentumsrechtliche Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander betrifft. Das Garagengebäude befindet sich nicht auf dem in Wohnungseigentum aufgeteilten Grundstück und ist zudem, da das BGB nicht zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen, sondern nur zwischen beweglichen Sachen und Grundstücken unterscheidet, im Rechtssinne als bewegliche Sache zu behandeln (BGHZ 23, 57, 59; BGH NJW 1987, 774 = DNotZ 1987, 212; RGKR/Kregel, 12. Aufl., § 95 BGB, Rd.-Nr. 44 ff. je m. w. N.). Es wird die Ansicht vertreten,

daß die Benutzungsregelung an Nachbargrundstücken, auch wenn sie im bloßen Miteigentum der Wohnungseigentümer stehen, nicht wirksam als Inhalt des Sondereigentums vereinbart werden kann (vgl. etwa OLG Frankfurt/Main Rpfleger 1975, 179; Bärmann/Pick/Merle, a.a.O., vor § 10 WEG, Rd.-Nr. 14; Soergel/Stürner, 12. Aufl., § 10 WEG, Rd.-Nr. 9b). Der Frage, ob und inwieweit dem zu folgen ist, muß indes im Hinblick auf die nachfolgenden Ausführungen nicht allgemein nachgegangen werden.

b) Vereinbarungen i. S. d. §§ 5 Abs. 4, 10 Abs. 2, 15 Abs. 1 WEG können Vereinbarungen jeder Art sein; nicht notwendig ist, daß es sich um Vereinbarungen über die Verwaltung oder Benutzung des gemeinschaftlichen Eigentums handelt (BayObLGZ 980, 124 ff. = BayObLG Rpfleger 1990, 354, 355 = DNotZ 1991, 600 = MittRhNotK 1990, 166). Auch eine Vereinbarung, welche die Ausübung einer für das gemeinsame Grundstück bestellten Grunddienstbarkeit betrifft, regelt das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander und kann daher in das Grundbuch eingetragen werden (BayObLG a.a.O.; AG Coburg Mitt-BayNot 1990, 114 f.; Bub, Wohnungseigentum von A–Z, 6. Aufl., „Belastungen“, S. 97; Müller, Praktische Fragen des Wohnungseigentums, 2. Aufl., Rd.-Nr. 26; Henkes/Niedenführ/Schulze, a.a.O., § 10 WEG, Rd.-Nr. 25; Palandt/Bassenge, 52. Aufl., § 10 WEG, Rd.-Nr. 6, 2). Das ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

Die Grunddienstbarkeit steht als subjektiv-dingliches Recht gem. § 1018 BGB dem jeweiligen Eigentümer des herrschenden Grundstücks zu. Herrschendes Grundstück kann auch das in Wohnungseigentum aufgeteilte Grundstück sein, berechtigt sind in diesem Fall die Wohnungseigentümer als Miteigentümer in Gemeinschaft (vgl. etwa BayObLG a.a.O.; OLG Stuttgart ZMR 1990, 306 = NJW-RR 1990, 659; Palandt/Bassenge, § 1018 WEG, Rd.-Nr. 3 und Überbl. vor § 1 WEG, Rd.-Nr. 2; Weitnauer, 7. Aufl., § 3 WEG, Rd.-Nr. 35 a; vgl. auch OLG Düsseldorf NJW-RR 1987, 333, 334 = DNotZ 1987, 235 = MittRhNotK 1987, 107). Nach § 96 BGB gelten Rechte, die mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden sind, als Bestandteile des Grundstücks. Zu diesen Rechten gehört auch die Grunddienstbarkeit (BayObLG a.a.O.; OLG Stuttgart a.a.O.; AG Coburg a.a.O.; Palandt/Heinrichs, § 96 BGB, Rd.-Nr. 2; RGRK/Kregel, § 96 BGB, Rd.-Nr. 6), welche ihrer Natur nach auch als wesentlicher Bestandteil des Grundstücks zu behandeln ist (RGZ 93, 71, 73; RGRK/Kregel, § 96 BGB, Rd.-Nr. 13). Ist aber die Grunddienstbarkeit wesentlicher Bestandteil des Grundstücks, das im gemeinschaftlichen Eigentum der Wohnungseigentümer steht und sind die Wohnungseigentümer in ihrer Verbundenheit als Wohnungseigentümer zugleich gemeinschaftlich Berechtigte der Grunddienstbarkeit, so betreffen die Vereinbarungen über die Ausübung der Grunddienstbarkeit das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander. Sie können zum Inhalt des Sondereigentums gemacht und im Grundbuch eingetragen werden. Dem LG ist zuzugeben, daß diese Auslegung der genannten Vorschriften nicht zwingend ist, weil die Fiktion des § 96 BGB nichts daran ändert, daß Grunddienstbarkeit ein beschränkt dingliches Recht an dem fremden Grundstück bleibt (BayObLG a.a.O. und DNotZ 1980, 364, 365 f.). Zutreffend hat das BayObLG (Rpfleger 1990, 354, 355) aber darauf hingewiesen, daß für die hier vertretene Auslegung der genannten Vorschriften nicht nur möglich ist, sondern daß für sie auch ein Bedürfnis besteht, um Regelungen über die Ausübung der Dienstbarkeit nach Wohnungseigentumsrecht zu ermöglichen und ein – sonst notwendiges – Nebeneinander von Wohnungseigentümergeinschaft und Bruchteilsgemeinschaft zu vermeiden.

3. Voraussetzung für die Eintragung der Benutzungsregelung in den Wohnungsgrundbüchern ist allerdings, daß die Grunddienstbarkeit entstanden ist. Das setzt gem. § 873 BGB Einigung und Eintragung im Grundbuch, und zwar auf dem Grundbuchblatt des belasteten Grundstücks (vgl. Palandt/Bassenge, § 1018 BGB, Rd.-Nr. 29) voraus. Die Eintragung ist bisher – soweit ersichtlich – noch nicht erfolgt. Dies nötigt indes nicht zur Zurückweisung des gestellten Antrags auf Eintragung des Benutzungsrechts. Denn der Antrag auf Eintragung des Garagen-

rechts ist zugleich mit dem Antrag auf Eintragung der Benutzungsregelung gestellt worden und wird vom GBA noch zu be-scheiden sein.

Unrichtig ist allerdings die vom LG am Ende des angefochtenen Beschlusses geäußerte Auffassung, auch die Benutzungsregelung sei im Grundbuch des belasteten Grundstücks einzu-tragen. Die Benutzungsregelung betrifft nur den Inhalt des Son-dereigentums und damit das Innenverhältnis der Wohnungs-eigentümer; Inhalt und Umfang der Grunddienstbarkeit werden dadurch nicht berührt (vgl. BayObLG a.a.O.). Die Eintragung der Benutzungsregelung erfolgt demgemäß nur im Bestands-verzeichnis der Wohnungsgrundbücher (vgl. etwa Henkes/Niedenführ/Schulze, § 15 WEG, Rd.-Nr. 16; Palandt/Bas-senge, § 10 WEG, Rd.-Nr. 5).

Die angefochtenen Entscheidungen sind mithin auf die Rechts-mittel aufzuheben; das GBA wird nunmehr über die gestellten Eintragungsanträge unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats (erneut) zu entscheiden haben.

## 5. Erbrecht – Kein Vorkaufsrecht eines Miterben, der seinen Erbteil bereits veräußert hat

(BGH, Urteil vom 16.12.1992 – IV ZR 222/91)

### BGB § 2034 Abs. 1

**Ein Miterbe, der seinen Erbteil an einen Dritten veräußert hat, zählt damit nicht mehr zu den „übrigen Miterben“ i.S.v. § 2034 Abs. 1 BGB (Änderung der Rechtsprechung).**

### Zum Sachverhalt:

Die Parteien streiten um einen  $\frac{1}{4}$ -Erbteil nach dem am 28. 3. 1935 verstorbenen Karl B. Der Erblasser wurde von seinen vier Kindern Maria, Hans, Friedrich und Alice zu je einem Viertel beerbt.

Einziger Nachlaßgegenstand ist ein 1.387 qm großes Grundstück in H., dessen Wert zum Zweck der Teilungsversteigerung aufgrund Gutach-tens vom 9. 6. 1990 auf 7 Mio. DM festgesetzt worden ist. An diesem Grundstück ist der Bekl. seit langem interessiert. Er erwarb zunächst den  $\frac{1}{4}$ -Erbteil Alice und von dem  $\frac{1}{4}$ -Erbteil Hans die Hälfte ( $\frac{1}{8}$ ). Danach verkauften und übertrugen die Erben der am 28. 2. 1983 nachverstorbe-nen Miterbin Maria deren Erbteil durch Vertrag vom 20.12.1988 zum Preise von 880.000,- DM an den Bekl. und ließen der Kl. davon am 30.12.1988 Mitteilung machen.

Die Kl. ist die Witwe des am 14. 3. 1982 nachverstorbenen Miterben Friedrich und erlangte dessen  $\frac{1}{4}$ -Erbteil als seine alleinige Vorerbin durch Erfolge. Wegen des Erbteilsverkaufs vom 20.12.1988 nimmt sie für sich ein Vorkaufsrecht gem. § 2034 BGB in Anspruch. Dieses Vor-kaufsrecht hat sie durch notarielle Erklärung gegenüber dem Bekl. vom 24. 2. 1989, zugegangen am 27. 2. 1989, im Ganzen für sich ausgeübt.

Der Bekl. meint, der Kl. habe ein Vorkaufsrecht nicht zugestanden; ebenso wenig habe der Verkauf vom 20.12.1988 ein Vorkaufsrecht aus-gelöst. Ein etwaiges Vorkaufsrecht habe die Kl. auch nicht allein aus-üben können. Außerdem habe sie ihr Vorkaufsrecht verwirkt.

Das LG hat den Bekl. antragsgemäß verurteilt, den ihm übertragenen Erbteil an die Kl. zu übertragen. Die Berufung des Bekl. hat das OLG zu-rückgewiesen mit der Maßgabe, daß der Bekl. nur zu leisten habe Zug um Zug gegen Zahlung von 880.000,- DM Kaufpreis und gegen Erstat-tung von 5.603,09 DM Kosten. Mit der Revision erstrebt der Bekl. weiter-hin die Klageabweisung.

### Aus den Gründen:

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Verkauft ein Miterbe seinen Erbteil an einen Dritten, dann sind die übrigen Miterben gem. § 2034 Abs. 1 BGB zum Vorkauf berechtigt. Ist ein Miterbe bereits verstorben, dann treten des-sen Erben an seine Stelle (§ 1922 Abs. 1 BGB); als Erbeserben rücken sie in seine Erbenstellung ein. Deshalb greift § 2034 Abs. 1 BGB auch dann ein, wenn – wie hier – die Erben des be-reits verstorbenen Miterben dessen Erbteil an einen Dritten verkaufen (BGH NJW 1966, 2207 = LM 4 zu § 2034 BGB =

DNotZ 1967, 313). Dritter i.d.S. ist grundsätzlich auch ein Erbteilserwerber, der noch weitere Erbteile aufkauft (BGHZ 56, 115, 116; BGH WM 1972, 503 = LM 8 zu § 2034 BGB = DNotZ 1972, 361). Das Berufungsgericht hat das zutreffend gesehen und hat der Kl. mit Recht das geltend gemachte Vorkaufsrecht zugebilligt. Auch die Revision hat dagegen nichts zu erinnern.

2. Das Berufungsgericht ist ferner der Meinung, die Kl. habe das Vorkaufsrecht allein ausüben können. Zwar stehe das Vorkaufsrecht gem. § 513 BGB allen Miterben gemeinschaftlich zu und könne im allgemeinen von ihnen auch nur gemeinschaftlich ausgeübt werden. Als einzige Mitberechtigten für die Ausübung des Vorkaufsrechts komme hier aber unstreitig nur die Zeugin Sophie B., Witwe des verstorbenen Miterben Hans B., in Betracht. Diese Zeugin sei gem. § 510 Abs. 1 BGB unterrichtet worden, sei aber an dem Erwerb nicht interessiert gewesen und habe die Frist des § 2034 Abs. 2 S. 1 BGB verstreichen lassen.

Dabei ist stillschweigend vorausgesetzt, daß Miterben (oder Erbgesamtschafte) ein Vorkaufsrecht gem. § 2034 BGB nicht mehr erlangen können, wenn sie ihren Erbteil bereits früher vollständig veräußert haben, wie das hier durch mehrere Übertragungen an den Bekl. und an den Sohn Rudolf der Kl. geschehen ist. Mit dieser Rechtsmeinung steht das Berufungsurteil in Widerspruch zu einem unveröffentlichten Urteil des BGH vom 19.10.1955 (IV ZR 89/55 S. 10 f.; vgl. Johannsen, WM 1970, 738, 746; RGRK/Kregel, 12. Aufl., § 2034 BGB, Rd.-Nr. 5). Dort hat der frühere IV. Zivilsenat die gegenteilige Auffassung vertreten. Der erkennende Senat hat diese Auffassung für zwei Sonderfälle eingeschränkt (BGHZ 86, 379 m. Anm. Hoegen = DNotZ 1983, 628; LM 12 zu § 2034 BGB und BGH FamRZ 1990, 1110 = LM 13 zu § 2034 BGB = DNotZ 1991, 543 = MittRhNotK 1991, 21) und hat dabei offengelassen, ob an ihr im übrigen festzuhalten ist (LM 13 zu § 2034 BGB unter II 1 a.E.). Nach erneuter Überprüfung gibt der Senat die gegenteilige Auffassung ausdrücklich auf.

Der Senat hat bereits früher hervorgehoben, daß das Vorkaufsrecht des § 2034 BGB dem Zweck dient, die übrigen Miterben vor dem Eindringen unerwünschter Nichterben in die Erbengemeinschaft und auch vor der Verstärkung der Beteiligung bereits eingedrungener Dritter zu schützen (LM 13 zu § 2034 BGB). Vor diesem begrenzten Zweck wird deutlich, daß und warum kein Vorkaufsrecht entsteht, wenn ein Miterbe seinen Erbteil an einen anderen Miterben verkauft (BGH WM 1972, 503 = LM 8 zu § 2034 BGB Bl. 1R und BGH WarnR 1965, 323 = LM 3 zu § 2034 BGB unter II 2 b Bl. 2R), und zwar möglicherweise selbst dann nicht, wenn der Erwerber bereits vollständig aus der Erbengemeinschaft ausgeschieden war. Dementsprechend erscheint es dem Senat von vornherein fragwürdig, einen Miterben, der seinen Erbteil an einen Dritten verkauft, dennoch zu den geschützten „übrigen Miterben“ zu rechnen und ihn dadurch vor dem Erbteilsverkauf eines anderen Miterben gleichzeitig durch ein und dieselbe Bestimmung in Schutz zu nehmen. Aber auch wenn beide Erbteilskäufe nicht zugleich, sondern nacheinander zustande kommen und abgewickelt werden, leuchtet ein solches Vorgehen nicht ein. Mit einem derartigen Verständnis der Norm werden, wie die bisher entschiedenen Fälle zeigen, wenig sinnvolle Wettläufe von Interessenten und wechselseitige Blockaden von Vorkaufsrechten begünstigt, ohne daß sich dies aus Sinn und Zweck des Gesetzes rechtfertigen ließe.

Da ein Miterbe auch dann Miterbe bleibt, wenn er seinen Erbteil vollständig veräußert hat (BGHZ 86, 379, 380; 56, 115, 117 = DNotZ 1972, 26), könnte zwar der Wortlaut für die frühere Auslegung durch den BGH sprechen. In der Tat hat sich der frühere IV. Zivilsenat auf diesen Gesichtspunkt gestützt (a.M. bereits Meyer in Gruch Beitr. 51 [1907], 785, 789) und daraus abgeleitet, das Vorkaufsrecht „hätte nicht an“ dem ererbten Vermögensanteil, sondern an der Miterbenstellung als solcher. Daran ist richtig, daß der Schutz, den § 2034 BGB den Miterben bietet, bei der Erbteilsübertragung grundsätzlich nicht mit dem Erbteil auf dessen neuen Inhaber übergeht und diesem daher nicht zugute kommt (BGHZ 56, 115, 118). Das besagt aber nichts Ent-

scheidendes darüber, ob der Miterbe selbst nach der Veräußerung seines Erbteils für einen anderen Verkaufsfall noch zu den in § 2034 BGB geschützten „übrigen Miterben“ gehört. Diese Frage kann entgegen der Auffassung des früheren IV. Zivilsenats nicht allein nach dem Wort „Miterben“, nämlich danach entschieden werden, daß der Veräußerer Miterbe geblieben sei.

Maßgebend muß hier vielmehr sein, daß der vollständig aus der Erbengemeinschaft ausgeschiedene Miterbe keines Schutzes vor dem Eindringen Dritter oder einer Verstärkung ihrer Beteiligung daran mehr bedarf. Schutzbedürftig i.S.v. § 2034 BGB vor Überfremdung sind vielmehr nur diejenigen Miterben und Erbgesamtschafte, die in der Erbengemeinschaft verblieben sind. Wenn man den Anwendungsbereich des § 2034 BGB auch auf die bereits ausgeschiedenen Erben erstreckte und ihnen gewissermaßen ein „Recht auf Rückkehr“ in die Erbengemeinschaft zubilligen wollte, dann ginge das zugleich zu Lasten der „treuen“ (übrigen) Miterben und würde deren Rechte aus § 2034 BGB auf weitere verkaufte Erbteile entsprechend vermindern. Das kann nicht Sinn des Gesetzes sein. Die jetzige Auffassung des Senats wird im neueren Schrifttum weitgehend geteilt (vgl. z. B. Staudinger/Werner, 12. Aufl., § 2034 BGB, Rd.-Nr. 9; MünchKommBGB, 2. Aufl., § 2034 BGB, Rd.-Nr. 22; Soergel/Wolf, 12. Aufl., § 2034 BGB, Rd.-Nr. 8 bei Fn. 42; Erman/Schlüter, 8. Aufl., § 2034 BGB, Rd.-Nr. 4; Palandt/Edenhofer, 51. Aufl., § 2034 BGB, Rd.-Nr. 3; von Lübtow, Erbrecht Bd. II, 825; Leipold, Erbrecht, 9. Aufl., Rd.-Nr. 525 Fn. 6; unklar AK/Pardey, § 2034 BGB, Rd.-Nr. 7).

3. Mit Recht rügt die Revision allerdings, daß es sich bei der Frage, welche Personen neben der Kl. als die übrigen Miterben i.S.v. § 2034 Abs. 1 BGB anzusehen sind, um eine Rechtsfrage handelt, die die Parteien nicht unstreitig stellen können. Weder die Feststellungen des Berufungsgerichts noch der Vortrag der Parteien lassen hinreichend deutlich erkennen, aufgrund welcher Rechtsgrundlagen und von wem der Schwager Hans der Kl. beerbt worden ist. Der sog. Stammbaum (Bl. 153) und die Kopien aus dem Grundbuch (K 3 und Anlage zur Revisionsbegründung) weisen insoweit unterschiedliche Quoten und teilweise sogar andere Personen aus. Die fehlende Prüfung wird nachzuholen sein. Soweit das Berufungsgericht feststellt, das Vorkaufsrecht der Zeugin Sophie B. sei erloschen, ist das allerdings aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

4. Unbegründet ist die Revision dagegen, soweit sie rügt, die Kl. habe ihr Vorkaufsrecht nicht wirksam ausgeübt, weil sie es zugleich mit ihrer Vorkaufserklärung abgelehnt habe, die mit der Erklärung verbundenen Pflichten zu erfüllen. Das Berufungsgericht hat den Inhalt der Vorkaufserklärung der Kl. geprüft und hervorgehoben, daß die Kl. einen Anspruch auf Abschluß des von ihr gleichzeitig angebotenen Übertragungsvertrages nicht gehabt habe. Es hat darin aber keine Erklärung gefunden, durch die sie die Erfüllung ihrer Pflichten aus dem Erbteilsverkauf abgelehnt oder sonst gegen Treu und Glauben verstoßen habe. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden.

5. Ferner beruft die Revision sich darauf, daß die Kl. ihren Erbteil auf ihre Söhne Rudolf und Carl-Günther übertragen habe. Auch wenn dieser neue Prozeßvortrag trotz § 561 Abs. 1 ZPO in der Revisionsinstanz noch berücksichtigt werden könnte, was der Senat nicht zu entscheiden braucht, stünde dies dem Klageanspruch nicht im Wege. Entgegen der Auffassung der Revision geht ein etwaiger Anspruch, den die Kl. durch die Ausübung ihres Vorkaufsrechts erlangt hat, ihr infolge nachträglicher Veräußerung ihres Erbteils nicht ohne weiteres wieder verloren. Rechte aus der Vorkaufserklärung sind zwar, anders als das Vorkaufsrecht selbst (§ 514 BGB), aber ebenso wie in den Fällen der §§ 504 ff. BGB, frei übertragbar (RGZ 163, 142, 154). Eine derartige Übertragung kann zwar mit einer Erbteilsübertragung verbunden werden. Davon kann jedoch, wenn im Einzelfall nichts anderes bestimmt ist, im allgemeinen nicht ausgegangen werden. Inwiefern die Weiterverfolgung des Klageanspruchs durch die Kl. rechtsmißbräuchlich sein soll, ist nicht ersichtlich.



**6. Erbrecht – Erfüllung eines Vermächtnisses bis zur Erschöpfung des Nachlasses**  
(BGH, Urteil vom 25.11.1992 – IV ZR 147/91)

**BGB §§ 242; 2174; 1990; 133; 2084**

**Ein Vermächtnis muß grundsätzlich bis zur völligen Ausschöpfung des Nachlasses erfüllt werden; die Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage greifen nicht ein. Fehlen bei einer Verfügung von Todes wegen wesentliche Umstände oder ändern sich solche nachträglich, dann kann dem nur mit den Mitteln der ergänzenden Auslegung Rechnung getragen werden.**

**Zum Sachverhalt:**

Die 68 Jahre alte Kl. begehrt von dem Bekl., ihrem Stiefsohn, Zahlung einer Leibrente von wöchentlich 300,- DM. Der im Jahre 1930 geborene Bekl. ist Alleinerbe seines am 31. 5. 1961 verstorbenen Vaters, des Ehemanns der Kl., und zwar aufgrund Erbvertrages, den er am 24. 11. 1958 mit diesem abgeschlossen hatte. Zum Nachlaß gehörte ein Hausgrundstück in W. Dort hatte der Erblasser ein Friseurgeschäft betrieben, das der Bekl. nach dem Erbfall fortführte.

In dem Erbvertrag hatte der Erblasser der Kl. ein Vermächtnis eingeräumt, wonach der Bekl. ihr ein Wohnrecht an einer Wohnung in dem Haus in W., freie Verpflegung in seinem Haushalt und eine wöchentliche Leibrente in Höhe des jeweiligen Spitzenlohnes einer Friseurin zu gewähren hatte. Als Gegenleistung sollte die Kl. die im Geschäft anfallende Wäsche besorgen und die Mahlzeiten für den Haushalt bereiten sowie einkaufen. Bei dauernder Arbeitsunfähigkeit der Kl. sollte sich die Leibrente auf die Hälfte ermäßigen, Wohnrecht und Verpflegung der Kl. aber weiterlaufen. Endgültige Verweigerung der Gegenleistung durch die Kl. aus anderen Gründen sollte ihr Wohnrecht und ihren Anspruch auf Verpflegung entfallen lassen und die Leibrente auf zwei Drittel vermindern.

Die Mitarbeit der Kl. im Haushalt des Bekl. endete schon im Jahre 1961. Die Kl. behauptet, der Bekl. habe es abgelehnt, sich von ihr weiterhin helfen zu lassen, und habe die freie Verpflegung eingestellt. Da der Bekl. auch die Leibrente gekürzt habe, habe sie im Jahre 1971 schließlich eine Berufstätigkeit aufnehmen müssen.

Im Jahre 1986 veräußerte der Bekl. das Hausgrundstück und stellte die Zahlung der Leibrente in Höhe von zuletzt 75,- DM wöchentlich ein. Das im Grundbuch eingetragene Wohnrecht der Kl. blieb bestehen.

Der Bekl. behauptet, die Kl. habe die ihr auferlegten Gegenleistungen ungerechtfertigt endgültig verweigert. Sie sei anderweit versorgt und habe auf die Leibrente verzichtet. Das LG hat die Klage abgewiesen. Auf die dagegen gerichtete Berufung der Kl. hat das OLG den Bekl. zur Zahlung einer Leibrente von 300,- DM seit dem 1. 12. 1986 verurteilt. Mit der Revision erstrebt die Bekl. die Zurückweisung der Berufung.

**Aus den Gründen:**

Die Revision hat teilweise Erfolg.

1. Das Berufungsgericht versteht die Zuwendung der eingeklagten Leibrente an die Kl. als ein Vermächtnis i.S.v. §§ 1939, 2147 ff. BGB. Das ist rechtsfehlerfrei; auch die Revision hat insoweit nichts zu erinnern. Daß die Kl. dem Bekl. den Anspruch aus dem Vermächtnis (§ 2174 BGB) erlassen habe (§ 397 BGB), kann das Berufungsgericht nicht feststellen. Das nimmt die Revision hin. Sie rügt aber, daß das Berufungsgericht den Klageanspruch nicht aus Gründen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage verneint hat. Die Geschäftsgrundlage für die Gewährung der Leibrente sei durch grundlegende Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse und das dadurch gestörte Leistungsgefüge des Erbvertrages nicht mehr gegeben. Diese Rüge ist unbegründet.

Die Regeln, die bei Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage eingreifen, sind entwickelt worden, um auf der Ebene des Schuldrechts bei Verträgen mit gegenseitigem Leistungsaustausch die Folgen schwerwiegender Störungen der Vertragsgrundlagen in Grenzen des Zumutbaren halten zu können. Darum geht es bei einem Vermächtnis nicht. Das hat der BGH bereits in BGHZ 37, 233, 241 = DNotZ 1963, 226 (ebenso Urteil vom 14. 1. 1971 – III ZR 86/68 – unveröffentlicht, vgl. Johannsen, WM 1972, 866, 877 unter H) zum Ausdruck gebracht. Im Erbrecht handelt es sich nicht um einen gegenseitigen Leistungsaustausch auf der Ebene des Schuldrechts, sondern um eine unentgeltliche Zuwendung erbrechtlicher Natur. Ein Vermäch-

nis muß dementsprechend grundsätzlich bis zur völligen Ausschöpfung des Nachlasses (§§ 1990 ff. BGB) erfüllt werden. Der Grund dafür besteht darin, daß der Erbe, wenn er die Erbschaft annimmt, damit dem Willen des Erblassers unterliegt und dessen rechtlich verbindliche Anordnungen daher zu erfüllen hat. Das ist bei einem Erbvertrag zwischen dem Erblasser und seinem künftigen Alleinerben nicht anders. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts beruht die Verpflichtung des Erben zur Erfüllung eines Vermächtnisses auch hier nicht auf seiner Zustimmung zu dem Erbvertrag, sondern auf den erbrechtlichen Verfügungen des Erblassers in diesem Erbvertrag und auf dem Umstand, daß der Erbe die Erbschaft nicht ausgeschlagen hat.

Fehlen danach bei einer Verfügung von Todes wegen wesentliche Umstände, auf denen der Testierwille aufbaut, oder ändern sich solche nachträglich, dann kann dem in der Regel nur mit den Mitteln der ergänzenden Auslegung Rechnung getragen werden. Dementsprechend hat es auch das RG in RGZ 108, 83, 85 für richtig gehalten, im Zusammenhang mit dem grundstürzenden Währungsverfall nach dem Ersten Weltkrieg eine Teilungsanordnung und ein damit zusammenhängendes mögliches Vorausvermächtnis mit Hilfe einer ergänzenden Auslegung an die neuen Verhältnisse anzupassen. Indessen ist auch dieser Weg im vorliegenden Fall verschlossen, weil in dem Erbvertrag selbst für den Fall vorgesorgt ist, daß die Kl. ihre Mitarbeit grundlos verweigerte. Da die Kl. ihre Rente sogar in einem solchen Fall zu zwei Dritteln behalten sollte, liegt es fern, ergänzend dahin auszulegen, daß die Rente nur deshalb gekürzt werden soll, weil der Bekl. seinen Betrieb aufgegeben und veräußert hat.

2. Der Bekl. hat sich vor dem Tatrichter unter anderem auf Verwirkung berufen und dazu vorgetragen, die Kl. habe über viele Jahre hinweg akzeptiert, daß er seit ihrer Erwerbstätigkeit nicht die vollen Leibrentenbeträge erbracht habe. Das Berufungsgericht läßt diese Einwendung nicht gelten und stützt sich dazu wesentlich darauf, daß die Kl. auf ihrem Wohnrecht bestanden und bis Ende November 1986 auch Leibrentenzahlungen erhalten habe.

Hierzu beanstandet die Revision mit Recht, daß das Berufungsgericht nicht geprüft hat, ob die Kl. ihre Leibrente auch nicht teilweise verwirkt hat. Die wöchentlichen Zahlungen des Bekl. beliefen sich von 1974 bis 1986 unstreitig auf 75,- DM (entsprechend 325,- DM monatlich). Wenn die Kl. danach mit der Klage seit 1. 12. 1986 mit 300,- DM wöchentlich das Vierfache verlangte, bestand Anlaß, wegen des Differenzbetrages von 225,- DM wöchentlich auf die Frage einer Teilverwirkung einzugehen. Immerhin gab es nach den Feststellungen des Berufungsgerichts eine einverständliche Regelung dahin, daß die Kl. nicht mehr mitarbeitete und daß ihr Anspruch auf freie Verpflegung für die Zukunft entfiel. Wenn die Kl. sich dann ohne Widerspruch mit 75,- DM wöchentlich begnügte und eine eigene Erwerbstätigkeit aufnahm, konnte das möglicherweise dahin verstanden werden, daß sie für die Zukunft eine Erhöhung der Rente auf das Spitzengehalt einer Friseurin nicht (mehr) beanspruchen werde. In diesem Zusammenhang gehören auch die Äußerungen, die das Berufungsgericht unter dem Gesichtspunkt eines Verzichts behandelt.

Unter diesen Umständen kann das angefochtene Urteil nicht bestehen bleiben, soweit der Bekl. zur Zahlung von mehr als 75,- DM wöchentlich verurteilt ist. Das Berufungsgericht wird nunmehr näher darauf einzugehen haben, ob die Kl. ihre Leibrente teilweise verwirkt hat.

3. Rechtsfehlerhaft ist das angefochtene Urteil auch, soweit es nicht auf die Frage einer Haftungsbeschränkung gem. §§ 1990 ff. BGB eingeht.

Der Bekl. hat schon vor dem LG vorgetragen, der reine Nachlaß betrage nur 41.332,22 DM. Dem stünden noch die Vermächtnisse zugunsten der Kl. und ihrer Tochter aus dem Erbvertrag gegenüber, deren Wert sich kapitalisiert auf 114.696,20 DM und 26.203,- DM belaufe; er habe also nur Schulden von rund 100.000,- DM „geerbt“.

Geleistet habe er der Kl. in Geld und Naturalien circa

475.000,- DM. Dem hat der Bkl. hinzugefügt: „Das reicht!“ Darin lag die Geltendmachung eines Leistungsverweigerungsrechts aus § 1990 BGB. Da das LG die Klage aus anderen Gründen abgewiesen hat, brauchte es hierauf nicht einzugehen. Das Berufungsgericht hätte darauf aber zurückkommen müssen, zumal der Bkl. sich auch vor ihm ausdrücklich auf die beträchtlichen Schulden berufen und sogar ausgeführt hatte, als Miterbin oder Pflichtteilsberechtigte hätte die Kl. mit Rücksicht auf die Schulden überhaupt nichts erhalten. Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung ist die Erschöpfungseinrede nicht rechtsmißbräuchlich erhoben.

Das Berufungsgericht hätte die Wahl gehabt, die Frage des Haftungsumfangs aufzuklären und zu entscheiden oder aber sich mit dem Vorbehalt gem. § 780 Abs. 1 ZPO zu begnügen (BGH NJW 1983, 2378 = LM 1 § 2320 BGB; BGHZ 95, 222, 228; BGH LM 75 Bl. 2 R § 253 ZPO, Urteil vom 13. 7. 1989 – IX ZR 227/87 – BGHR § 780 ZPO Abs. 1 „Anfechtbarkeit 1“). Der Senat kann den Haftungsumfang nicht selbst klären und beschränkt sich deshalb auf den Vorbehalt gem. § 780 Abs. 1 ZPO.

## **7. Erbrecht – Ausgleichung zu Lasten des Pflichtteilsberechtigten**

(BGH, Urteil vom 9. 12. 1992 – IV ZR 82/92)

### **BGB §§ 2316; 2057 a**

**Auch ein pflichtteilsberechtigter Abkömmling, der zum Alleinerben eingesetzt worden ist, kann Ausgleichung seiner Leistungen i.S.v. § 2057 a BGB gegenüber Pflichtteilsansprüchen anderer Abkömmlinge geltend machen. Welche letztwillige Verfügung der Erblasser getroffen hat, muß für die Berechnung des Pflichtteils gem. § 2316 Abs. 1 S. 1 BGB außer Betracht bleiben (entgegen OLG Stuttgart DNotZ 1989, 184 f.).**

### **Zum Sachverhalt:**

Die Kl. verlangt von der Bkl. den Pflichtteil nach ihrem Vater. Die Parteien sind die einzigen Kinder des am 22. 1. 1988 verstorbenen Landwirts H. Seine Ehefrau, die Mutter der Parteien, war schon am 2. 5. 1976 gestorben. Der Vater hat die Bkl. durch notarielles Testament vom 21. 1. 1988 als Alleinerbin eingesetzt.

Das LG hat der Klage in Höhe von 76.507,32 DM stattgegeben. Dabei hat es die Versorgung des Erblassers durch die Bkl. in der Zeit von September 1977 bis zu seinem Tod mit einem Betrag von 51.600,- DM gem. §§ 2316 Abs. 1, 2057 a BGB berücksichtigt. Mit der Berufung hat die Bkl. neu vorgetragen, sie habe außerdem in erheblichem Umfang in dem landwirtschaftlichen Nebenerwerbsbetrieb des Erblassers mitgearbeitet, und zwar bereits seit Juli 1967. Das Berufungsgericht ist von einem Nachlaß im Wert von 334.629,30 DM ausgegangen, hat die ausgleichenden Leistungen der Bkl. mit 199.400,- DM bewertet und der Kl. einen Pflichtteilsanspruch von nur noch 33.807,33 DM zugesprochen. Wegen der Frage, ob §§ 2316 Abs. 1, 2057 a BGB auch zum Nachteil des Pflichtteilsberechtigten angewandt werden können, hat es die Revision zugelassen.

Mit dem Rechtsmittel erstrebt die Kl. die Verurteilung der Bkl. ohne Ausgleichung zu ihren Gunsten in Höhe eines Viertels des vom Berufungsgericht festgestellten Nachlaßwerts, d.h. zur Zahlung von 83.657,33 DM.

### **Aus den Gründen:**

Das Rechtsmittel bleibt ohne Erfolg.

I. 1. Die Revision verweist auf das Urteil des OLG Stuttgart DNotZ 1989, 184 f. Danach ist § 2316 Abs. 1 BGB nur zugunsten des pflichtteilsberechtigten Abkömmlings, nicht aber in Fällen wie dem vorliegenden auch zugunsten des kraft letztwilliger Verfügung als Alleinerben eingesetzten Abkömmlings anwendbar. Der vom Erblasser eingesetzte Erbe könne, auch wenn er an sich als Abkömmling ausgleichsberechtigt sei, nur unter den Voraussetzungen des § 2316 Abs. 2 BGB Ausgleich verlangen. Wenn der eine Abkömmling enterbt ist und der oder die anderen als Erben eingesetzt sind, finde eine echte Ausgleichung nicht statt, weil das Gesetz eine Ausgleichung

zugunsten oder zu Lasten gewillkürter Erben nicht kenne. Hier beantworte § 2316 BGB die Frage, wie sich der Pflichtteilsanspruch des enterbten Abkömmlings berechne, wenn dieser (nicht aber der oder die als Erben eingesetzten Abkömmlinge) im Falle gesetzlicher Erbfolge ausgleichungsberechtigt geworden wäre.

Dieser Entscheidung haben zugestimmt Palandt/Edenhofer, 51. Aufl., § 2316 BGB, Rd.-Nr. 1 und Jauernig/Stürner, 6. Aufl., § 2316 BGB, Anm. 1 d. Widersprochen hat ihr in einer Anmerkung Cieslar, DNotZ 1989, 185 ff.

2. Mit Recht ist das Berufungsgericht dem OLG Stuttgart nicht gefolgt.

a) In § 2315 Abs. 1 oder § 2316 Abs. 3 BGB heißt es, daß sich der Pflichtteilsberechtigte etwas auf den Pflichtteil anrechnen zu lassen hat bzw. etwas nicht zum Nachteil des Pflichtteilsberechtigten von der Ausgleichung ausgenommen werden darf. Demgegenüber gibt der Wortlaut des hier in Betracht zu ziehenden § 2316 Abs. 1 S. 1 BGB für eine Beschränkung auf den enterbten Pflichtteilsberechtigten nichts her. Vielmehr wird ganz allgemein die Berechnung des Pflichtteils eines Abkömmlings beschrieben, wenn mehrere Abkömmlinge vorhanden sind und „unter ihnen“ im Falle der gesetzlichen Erbfolge eine Ausgleichung stattzufinden hätte.

b) Dementsprechend wirkt § 2316 Abs. 1 BGB nach allg.M. nicht nur zugunsten des enterbten Pflichtteilsberechtigten, sondern – wenn er Zuwendungen gem. § 2050 BGB empfangen hat oder andere Pflichtteilsberechtigte wegen Leistungen gem. § 2057 a BGB Ausgleich beanspruchen können – auch zu seinen Lasten (vgl. die Fallbeispiele etwa bei Staudinger/Ferid/Cieslar, 12. Aufl., § 2316 BGB, Rd.-Nr. 48; MünchKomm/Frank, 2. Aufl., § 2316 BGB, Rd.-Nr. 12–14; Soergel/Dieckmann, 12. Aufl., § 2316 BGB, Rd.-Nr. 11, 16; RGRK/Johannsen, 12. Aufl., § 2316 BGB, Rd.-Nr. 5 und 6). Dabei wird allerdings der Fall nicht ausdrücklich behandelt, daß der auf den Pflichtteil in Anspruch genommene Testamentserbe selbst pflichtteilsberechtigter Abkömmling ist.

c) Ebenso wie in einem solchen Fall zugunsten des Pflichtteilsklägers Vorempfänger des eingesetzten Erben gem. §§ 2316 Abs. 1, 2050 BGB zu berücksichtigen sind, müssen auch zu Lasten des Pflichtteilsklägers Leistungen des eingesetzten Erben gem. § 2057 a BGB ausgeglichen werden. Denn § 2316 Abs. 1 S. 1 BGB schreibt vor, daß – auch wenn ein pflichtteilsberechtigter Abkömmling zum Erben eingesetzt worden ist – unterstellt wird, für alle pflichtteilsberechtigten Abkömmlinge gelte die gesetzliche Erbfolge.

Welchem Zweck die Vorschrift dient, wird aus der Bemerkung im Bericht der XII. Kommission des Reichstags vom 12. 6. 1896 deutlich: Sie erläutere den Satz, wonach der Pflichtteil in der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils besteht, näher dahin, daß unter Abkömmlingen der Berechnung des Pflichtteils der gesetzliche Erbteil in der Gestalt zugrunde gelegt wird, die er im Falle der gesetzlichen Erbfolge unter Berücksichtigung der Einwerfungsposten nach den für die Ausgleichungspflicht geltenden Grundsätzen erhält (zitiert nach Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB, V. Band, S. 889). An der Übertragung der Modifikationen des gesetzlichen Erbteils, die sich infolge Ausgleichung ergeben, auf den Pflichtteilsanspruch zeigt sich, daß das Pflichtteilsrecht insofern Teil des gesetzlichen Erbrechts ist (Staudinger/Ferid/Cieslar, a.a.O., § 2316 BGB, Rd.-Nr. 3). Dem enterbten Abkömmling steht daher gegenüber dem zum Alleinerben eingesetzten Abkömmling auch als Ausgleichungspflichtteil nicht mehr als die Hälfte dessen zu, was er im Falle gesetzlicher Erbfolge zu beanspruchen hätte.

Zwar findet zwischen dem enterbten und dem zum Alleinerben eingesetzten Abkömmling eine echte Ausgleichung nicht statt. Da aber gem. § 2316 Abs. 1 S. 1 BGB zu unterstellen ist, daß gesetzliche Erbfolge eingetreten wäre, ist eine unter dieser Voraussetzung vorzunehmende (hypothetische) Ausgleichung für die Berechnung des Pflichtteils maßgeblich. Demnach kann es nicht darauf ankommen, ob sich die Ausgleichung zugunsten

oder zu Lasten des in Wahrheit enterbten Abkömmlings auswirkt. Welche letztwillige Verfügung der Erblasser getroffen hat, muß für die Berechnung des Pflichtteils gem. § 2316 Abs. 1 S. 1 BGB gerade außer Betracht bleiben.

d) Etwas anderes ist auch nicht aus § 2316 Abs. 2 BGB zu entnehmen. Die Vorschrift betrifft den Fall, daß die vom Erblasser bestimmte Erbquote als solche zwar nicht kleiner ist als die Hälfte der gesetzlichen Erbquote, der Wert des hinterlassenen Erbteils aber nicht die Hälfte des Betrages erreicht, der sich bei gesetzlicher Erbfolge als Wert seines Erbteils unter Berücksichtigung der Ausgleichung ergäbe. Dann steht auch dem eingesetzten Erben ein Restpflichtteil zu. Damit wiederholt § 2316 Abs. 2 BGB nur die Maßgeblichkeit des Wertes für den Pflichtteil, wie sie schon in § 2305 und 2307 BGB zum Ausdruck kommt (Staudinger/Ferid/Cieslar, a.a.O., § 2316 BGB, Rd.-Nr. 45 f.; MünchKomm/Frank, a.a.O., § 2316 BGB, Rd.-Nr. 19; RGRK/Johannsen, a.a.O., § 2316 BGB, Rd.-Nr. 15; Soergel/Dieckmann, a.a.O., § 2316 BGB, Rd.-Nr. 11). Damit ist nicht gesagt, daß die Ausgleichung für einen eingesetzten Erben nur im Rahmen des § 2316 Abs. 2 BGB von Vorteil sein könne. Die Vorschrift zeigt vielmehr, daß sich auch bei gewillkürter Erbfolge die Ausgleichung nicht nur zugunsten, sondern auch zu Lasten der enterbten Abkömmlinge auswirken kann (MünchKomm/Frank, a.a.O., § 2316 BGB, Rd.-Nr. 19).

3. Die Revision macht weiter geltend, der eingesetzte Erbe werde (vom Fall des § 2316 Abs. 2 BGB abgesehen) für seine Leistungen i.S.v. § 2057 a BGB schon durch die Erbeinsetzung honoriert, das Pflichtteilsrecht des enterbten Abkömmlings aber durch die Ausgleichung dieser Leistungen zugunsten des Testamentserben ausgehöhlt. Die Ansprüche des Pflichtteilsberechtigten beziehen sich indessen nur auf das Vermögen, das vom Erblasser stammt. Soweit sein Nachlaß dagegen auf den in § 2057 a BGB umschriebenen Leistungen eines Abkömmlings beruht, fehlt dem Pflichtteilsanspruch eines anderen Abkömmlings, mit dem die Teilhabe an den gem. § 2057 a BGB erhaltenen oder geschaffenen Werten geltend gemacht wird, die innere Berechtigung.

Dies gilt auch, wenn die gem. § 2057 a BGB auszugleichenden Leistungen wie im vorliegenden Fall die Hälfte des Nachlasses übersteigen. Nach überwiegender Meinung soll zwar § 2057 a BGB nicht zu dem Ergebnis führen können, daß der ausgleichsberechtigte Abkömmling den ganzen Nachlaß erhält und andere Abkömmlinge leer ausgehen (Staudinger/Werner, a.a.O., § 2057 a BGB, Rd.-Nr. 29, 33; MünchKomm/Dütz, a.a.O., § 2057 a BGB, Rd.-Nr. 35, 42; beide m.w.N.; a.A. nur Soergel/Wolf, a.a.O., § 2057 a BGB, Rd.-Nr. 17). Ob das zutrifft, bedarf hier aber keiner Entscheidung.

II. Die Rügen der Revision gegen die Feststellungen des Berufungsgerichts zur Höhe des gem. § 2057 a BGB auszugleichenden Betrages sind nicht begründet.

1. Soweit die Kl. ihr Bestreiten in der erforderlichen Weise substantiiert hat, ist das Berufungsgericht darüber nicht hinweggegangen.

a) Die Kl. hat zwar behauptet, sie habe bis 1979 selbst auf dem Hof des Erblassers gewohnt und seinen Haushalt neben ihrer Berufstätigkeit versorgt; sie habe auch beim Umbau des elterlichen Anwesens und noch nach ihrem Auszug im Haushalt und in der Landwirtschaft des Erblassers geholfen. Sie hat daraus aber selbst nicht abgeleitet, daß der Umfang der von der Bekl. nach Zeitabschnitten differenziert vorgetragenen Leistungen nicht zutrefte, sondern nur, daß die Leistungen der Bekl. unter Berücksichtigung der Verhältnisse üblich gewesen seien. Demgegenüber hat das Berufungsgericht mit Recht darauf hingewiesen, daß selbst eine Verpflichtung der Bekl. zur Mitarbeit gem. § 1619 BGB der Ausgleichungspflicht nicht entgegensteht (§ 2057 a Abs. 2 S. 2 BGB).

b) Das Berufungsgericht hat nicht unberücksichtigt gelassen, daß die Bekl. nach ihrer Heirat den eigenen Hof weitgehend allein bewirtschaften und ihre Kinder versorgen mußte. Es hat auch in Rechnung gestellt, daß Geräte vom Hof des Erblassers

von der Bekl. und ihrem Ehemann genutzt werden konnten. Das Vorbringen der Kl., die Bekl. habe nach der Hochzeit mit ihrem Ehemann etwa 1½ Jahre lang auf dem eigenen Anwesen gebaut, hat das Berufungsgericht zwar nicht ausdrücklich erwähnt. Es hat aber die Leistungen der Bekl. in der Zeit von ihrer Heirat im November 1970 bis zum Tod der Mutter der Parteien, also einschließlich des Monats April 1976, im Durchschnitt nur mit 400,- DM im Monat bewertet. Dabei ist es nicht etwa von stets gleichbleibenden Leistungen der Bekl. und ihres Ehemannes ausgegangen, der die Felder des Erblassers mitbestellt hat. Vielmehr weist das Berufungsgericht auf den allmählich schlechter werdenden Gesundheitszustand des Erblassers hin. Daß die Durchschnittsbewertung des Berufungsgerichts etwa im Hinblick auf den Hausbau der Bekl. oder aus anderen Gründen gegen Erfahrungssätze verstoße, denk- oder rechtsfehlerhaft sei, hat die Revision nicht dargetan und ist auch nicht zu erkennen. Insbesondere bestehen keine Bedenken, gem. § 2057 a BGB auch Leistungen zu berücksichtigen, die von der Familie oder durch Hilfskräfte des ausgleichsberechtigten Abkömmlings geleistet worden sind, wenn dieser sie veranlaßt oder für den Erblasser erbracht hat (Staudinger/Werner, a.a.O., § 2057 a BGB, Rd.-Nr. 13 m.w.N.). Für die Bemessung des Ausgleichs, die sich einerseits an der Dauer und dem Umfang der Leistungen und andererseits am Wert des Nachlasses orientieren und insgesamt der Billigkeit entsprechen soll, ist eine Aufrechnung aller Einzelposten, die zu unüberwindlichen praktischen Schwierigkeiten führen könnte, nicht erforderlich (BGHZ 101, 57, 64).

2. Das Berufungsgericht hat sich auch nicht unter Verstoß gegen §§ 286, 398 ZPO über das Beweisergebnis des LG hinweggesetzt.

a) Soweit das Berufungsgericht abweichend vom LG zum Ausgleich berechtigende Leistungen der Bekl. schon in der Zeit vor September 1977 feststellt, beruht dies auf dem neuen Vorbringen der Bekl. in der Berufungsinstantz, sie habe schon seit dem Abschluß der Volksschule im Alter von 15 Jahren voll im Haushalt und der Landwirtschaft der Eltern gearbeitet. Das hat die Kl. eingeräumt.

b) Zwar hat das LG aufgrund seiner Beweisaufnahme festgestellt, daß nach dem Tod der Mutter zunächst die Kl. für das Essen und die Wäsche des Erblassers gesorgt und die Bekl. diese Aufgabe erst ab September 1977 übernommen habe; dabei sei eine größere Haushaltsführung für den Erblasser, der sein Haus nur noch zum Schlafen benutzt habe, nicht angefallen. In welchem Maße die Bekl. bis zum September 1977 weniger belastet war, hat das Berufungsgericht ebenso pauschal bewertet wie den Umstand, daß sie nach den Feststellungen des LG den Erblasser in den letzten zehn Monaten vor seinem Tod auch zum Schlafen in ihrem Haus aufgenommen hat.

Im Vordergrund der Bewertung standen für das Berufungsgericht nicht die Leistungen der Bekl. für die persönliche Versorgung und den Haushalt des Erblassers nach dem Tod seiner Frau. Hierfür hatte die Bekl. in der Berufungsbegründung lediglich ein Viertel des Betrages angesetzt, den sie in diesem Zeitraum insgesamt pro Monat für angemessen hält. Das Hauptgewicht lag vielmehr auf der Fortführung des landwirtschaftlichen Betriebes des Erblassers, dessen körperliche Leistungsfähigkeit sich weiter verschlechterte. Das Berufungsgericht ist daher von einem sich allmählich erhöhenden Einsatz der Bekl. und ihres Ehemannes ausgegangen und nicht, wie die Revision im Hinblick auf die Schätzung eines monatlichen Durchschnittsbetrages meint, von stets gleichbleibenden Leistungen. Insbesondere hat das Berufungsgericht in seine Bewertung einbezogen, daß der Erblasser ohne die Leistungen der Bekl. die Substanz seines im wesentlichen in Grundbesitz bestehenden Vermögens nicht hätte erhalten und bei seiner geringen Rente bis zum Tode noch 74.000,- DM sparen können. Wenn das Berufungsgericht danach zu dem Ergebnis gelangt ist, für die Mitarbeit der Bekl. auf dem Hof und im Haushalt des Erblassers seien in der Zeit von Mai 1976 bis Januar 1988 im Durchschnitt 1000,- DM pro Monat angemessen, läßt sich daraus nicht der Schluß ziehen, es hätte die nicht ausdrücklich angeführten Be-

weisergebnisse des LG außer acht gelassen. Das ergibt sich auch nicht aus der insoweit ungenauen Formulierung des Berufungsgerichts, die Bekl. habe in diesem Zeitraum den Haushalt des Erblassers „vollständig“ versorgt.

3. Nach alledem ist auch die Rüge der Revision unbegründet, das Berufungsgericht lasse eine nachvollziehbare Grundlage, die für seine Schätzung gem. § 287 ZPO ausreiche, nicht erkennen. Der Gesamtbetrag, der zugunsten der Bekl. auszugleichen ist, steht angesichts der Dauer und des Umfangs der verfahrensfehlerfrei festgestellten Leistungen der Bekl., ohne die der Erblasser über viele Jahre hinweg Aushilfskräfte hätte einstellen und bezahlen müssen, auch nicht außer Verhältnis zum Wert des Nachlasses.

## **8. Gesellschaftsrecht/GmbH – Beschlußfassung mit geschäftsunfähigem Gesellschafter**

(BayObLG, Beschluß vom 4. 2. 1993 – 3 Z BR 6/93 – mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

### **GmbHG §§ 6; 51 Abs. 3**

- 1. In einer nicht ordnungsgemäß einberufenen Gesellschafterversammlung einer GmbH können wirksame Beschlüsse nur gefaßt werden, wenn sämtliche Gesellschafter nicht nur anwesend, sondern auch mit der Abhaltung der Versammlung zum Zweck der Beschlußfassung einverstanden sind. Nicht anwesend i.S.v. § 51 Abs. 3 GmbHG ist deshalb ein geschäftsunfähiger Gesellschafter; das erforderliche Einverständnis zur Beschlußfassung kann nur sein gesetzlicher Vertreter abgeben.**
- 2. Hat ein Geschäftsführer seine Amtsfähigkeit verloren, weil seine unbeschränkte Geschäftsfähigkeit weggefallen ist, so bedarf es nach Wiedererlangung seiner vollen Geschäftsfähigkeit einer erneuten Bestellung zum Geschäftsführer; sein Amt lebt auch nach Wegfall seiner Amtsunfähigkeit nicht von selbst wieder auf.**

### **Zum Sachverhalt:**

Im Handelsregister ist die Firma X-GmbH eingetragen. Das Stammkapital beträgt 50.000,- DM. Davon hält der Bet. zu 2) einen Anteil von 12.000,- DM und der Bet. zu 1) einen Anteil von 38.000,- DM. Hinsichtlich des Anteils des Bet. zu 1) ist ein Rechtsstreit anhängig, in dem geklärt werden soll, ob dieser Anteil möglicherweise der Mutter der beiden Bet. zusteht.

Am 23. 6. 1992 meldete der Bet. zu 2) zur Eintragung in das Handelsregister an, daß gem. dem notariell beurkundeten Beschluß der Gesellschafterversammlung vom 17. 6. 1992 der bisher eingetragene Bet. zu 1) als Geschäftsführer ausgeschieden und er, der Bet. zu 2), zum neuen Geschäftsführer bestellt sei.

Das Registergericht hat diese Anmeldung zurückgewiesen, weil der Bet. zu 1) bei Abfassung des Gesellschafterbeschlusses geschäftsunfähig gewesen sei. Diese Entscheidung hat das LG auf Beschwerde des Bet. zu 2) aufgehoben. Gegen diese Entscheidung des LG richtet sich die weitere Beschwerde des Bet. zu 1), deren Zurückweisung der Bet. zu 2) beantragt.

### **Aus den Gründen:**

Die weitere Beschwerde ist begründet.

1. Das LG hat ausgeführt: Der Bet. zu 1) sei bei der in einem Krankenhaus am 17. 6. 1992 unter Leitung eines Notars abgehaltenen Gesellschafterversammlung geschäftsunfähig gewesen; dies ergebe sich aus den vorliegenden Sachverständigen-gutachten. Der Bet. zu 1), der an chronischem Alkoholismus verbunden mit zerebralen Schädigungen leide, sei im Juni 1992 in einem komatösen Zustand in das Krankenhaus eingeliefert worden. Der Landgerichtsarzt habe für den Zeitpunkt der Gesellschafterversammlung ein mittelschweres hirnororganisches Psychosyndrom diagnostiziert, eine krankhafte geistige Störung, die beim Bet. zu 1) die freie Willensbestimmung ausgeschlossen habe; dieser Zustand sei nicht nur vorübergehender

Natur gewesen. Unabhängig von der sich daraus ergebenden Geschäftsunfähigkeit des Bet. zu 1) sei der Registerrichter aber verpflichtet gewesen, die Anmeldung des Bet. zu 2) ins Register einzutragen. Mit Eintritt der Geschäftsunfähigkeit habe bei dem Bet. zu 1) das Amt des Geschäftsführers geendet; das Ende der Vertretungsbefugnis sei nach § 39 Abs. 1 GmbHG anzumelden. Ferner seien die Stimmen des geschäftsunfähigen Gesellschafters in der Gesellschafterversammlung nicht mitzuzählen, weil dessen Willenserklärungen gem. § 105 Abs. 1 BGB nichtig seien. Zähle man die Stimmen des Bet. zu 1) nicht, so sei der Beschluß über die Bestellung des Bet. zu 2) als Geschäftsführer mit dessen Stimmen gefaßt worden. Die Abberufung des Bet. zu 1) habe keines Beschlusses bedurft, denn sie sei ipso jure mit Eintritt der Geschäftsunfähigkeit gegeben gewesen. Einen anderen Gesellschafter als den Bet. zu 2) hätte die Versammlung als Geschäftsführer ohnehin nicht zur Verfügung gehabt.

2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand (§ 27 Abs. 1 FGG; § 550 ZPO).

a) Das LG hat ohne Rechtsfehler festgestellt, daß der Bet. zu 1) im Juni 1992, also auch zum Zeitpunkt der Gesellschafterversammlung, geschäftsunfähig war. Diese für das Rechtsbeschwerdegericht bindende Feststellung ist aber ohne Einfluß auf die Verfahrensfähigkeit des Bet. zu 1) im vorliegenden Verfahren; denn nach dem Gutachten vom 12. 11. 1992 liegen bei dem Bet. zu 1) seit ca. Mitte Juli 1992 keine gesundheitlichen Störungen mehr vor, die seine Geschäftsfähigkeit beeinträchtigen.

b) Soweit das LG u. a. unter Hinweis auf die Rspr. des Senats (vgl. BayObLGZ 1991, 337 und 371) meint, ein möglicherweise zwar anfechtbarer, dennoch aber wirksamer Gesellschafterbeschluß liege deshalb vor, weil die Stimmen des geschäftsunfähigen Gesellschafters nicht mitzuzählen seien und der Beschluß laut Feststellung des Versammlungsleiters (hier des Notars) mit den erforderlichen Stimmen zustande gekommen sei, läßt es unberücksichtigt, daß bei jedem Gesellschafterbeschluß unterschieden werden muß zwischen der Willenserklärung (Stimmabgabe) des einzelnen Gesellschafters und der Willensbildung der Gesellschaft (vgl. Sudhoff, Der Gesellschaftsvertrag der GmbH, 8. Aufl., S. 338). Der Gesellschafterbeschluß liegt erst nach Stimmabgabe aller Gesellschafter in einem nach der Satzung und dem Gesetz vorgesehenen Verfahren und der entsprechenden Feststellung des Stimmergebnisses durch den Versammlungsleiter vor (vgl. BGH GmbHR 1990, 68). Unabhängig davon, daß die Willenserklärungen einzelner Gesellschafter, z. B. gem. §§ 105, 134, 138 BGB, nichtig sein können, kann auch der eigentliche Gesellschafterbeschluß als solcher in entsprechender Anwendung der aktienrechtlichen Bestimmungen nichtig oder anfechtbar sein (vgl. BGHZ 11, 231, 236; 18, 334, 338; im einzelnen Hachenburg/Raiser, 8. Aufl., Anh. § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 16 ff.).

Entgegen der Auffassung des LG hat das Registergericht die Anmeldung des Bet. zu 2) zu Recht zurückgewiesen, da der in der Gesellschafterversammlung vom 17. 6. 1992 gefaßte Beschluß nicht nur anfechtbar, sondern nichtig ist. Die Eintragung eines nichtigen Beschlusses in das Handelsregister ist unzulässig (vgl. BayObLGZ 1982, 368, 371; Keidel/Winkler, 13. Aufl., § 127 FGG, Rd.-Nr. 13 m.w.N.; Scholz/Karsten Schmidt, 7. Aufl., § 45 GmbHG, Rd.-Nr. 83; Rowedder/Koppensteiner, 2. Aufl., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 92; Hachenburg/Raiser, Anh. § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 84, je m.w.N.; W. Vogel, Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung, 2. Aufl., S. 210; vgl. auch Baums, Eintragung und Löschung von Gesellschafterbeschlüssen 1981, 51 f.).

(1) Der Beschluß, mit dem der Bet. zu 1) als Geschäftsführer abberufen und der Bet. zu 2) zum Geschäftsführer bestellt worden ist, ist nicht eintragungsfähig. Im GmbHG ist nicht geregelt, welche Rechtsfolgen die Mangelhaftigkeit eines Gesellschafterbeschlusses hat. Die Lücke wird nach allg.M. dadurch ausgefüllt, daß die im Aktiengesetz enthaltenen Bestimmungen über die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Beschlüssen der

Hauptversammlung, insbesondere auch die Vorschriften über die Abgrenzung zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, sinngemäß anzuwenden sind, soweit nicht Besonderheiten bei der GmbH eine abweichende Beurteilung erfordern. Nach § 241 Nr. 1 AktG i.V.m. § 121 Abs. 2 und 3 AktG ist ein Beschluß u. a. nichtig, wenn die Einberufung zur Hauptversammlung nicht in allen Gesellschaftsblättern veröffentlicht worden ist, es sei denn, daß dennoch alle Aktionäre erschienen oder vertreten sind. An die Stelle der Veröffentlichung tritt bei der GmbH die Einladung der Gesellschafter (§ 51 Abs. 1 GmbHG). Eine solche Einladung ist zu der Versammlung vom 17. 6. 1992 nicht ergangen; deshalb kommt es nicht darauf an, ob der Bet. zu 2) nach § 50 GmbHG zur Einberufung der Versammlung berechtigt gewesen wäre.

Ist ein Gesellschafter nicht zur Gesellschafterversammlung geladen worden und sind auch nicht sämtliche Gesellschafter anwesend, so ist ein Beschluß, der in einer solchen Versammlung entgegen § 51 Abs. 3 GmbHG gefaßt worden ist, nichtig (vgl. BGHZ 36, 207, 211; OLG Frankfurt a.M. GmbHR 1984, 99, 100 = MittRhNotK 1984, 21).

(2) Ist ein Gesellschafter geschäftsunfähig, so ist die Einladung zur Gesellschafterversammlung nur wirksam, wenn sie an seinen gesetzlichen Vertreter ergeht (vgl. BGH WM 1984, 473; Lutter/Hommelhoff, 13. Aufl., § 51 GmbHG, Rd.-Nr. 13). Die nach § 51 Abs. 3 GmbHG mögliche Heilung einer nicht ordnungsgemäßen Ladung durch eine sog. Voll- oder Universalversammlung setzt regelmäßig voraus, daß sämtliche Gesellschafter bei der Beschlußfassung anwesend sind, d. h. in Person erschienen oder wirksam vertreten sind (vgl. BayObLGZ 1988, 400, 404 = MittRhNotK 1989, 120; Hachenburg/Raiser, Anh. zu § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 43 und Hachenburg/Hüffer, § 51 GmbHG, Rd.-Nr. 28). Ist ein Gesellschafter geschäftsunfähig, so ist die Anwesenheit seines gesetzlichen Vertreters erforderlich. Da die bloße Anwesenheit der Gesellschafter oder ihrer Vertreter zur Vermeidung nichtiger Beschlüsse aber nicht genügt, vielmehr zusätzlich ihr Einverständnis erforderlich ist, daß die Versammlung Beschlüsse faßt (h.M. vgl. BGHZ 100, 264, 269 f. m.w.N. = DNotZ 1988, 40; Hachenburg/Hüffer, § 51 GmbHG, Rd.-Nr. 29 m.w.N.; Vogel, a.a.O., S. 209; a.A. Baumbach/Zöllner, 15. Aufl., § 51 GmbHG, Rd.-Nr. 25), reicht die bloße Anwesenheit des geschäftsunfähigen Gesellschafters, hier des Bet. zu 1), nicht aus. Dieser kann nicht, wie in der Urkunde über die Gesellschafterversammlung festgehalten, auf die Beachtung aller in Gesetz und Satzung vorgeschriebenen Formen und Fristen für die Einladung zur Gesellschafterversammlung wirksam verzichten, da diese Willenserklärung nichtig ist (§ 105 Abs. 1 BGB). Für den geschäftsunfähigen Gesellschafter übt der gesetzliche Vertreter das Stimmrecht aus (vgl. Vogel, a.a.O., S. 60) und gibt erforderliche Willenserklärungen ab. Im vorliegenden Fall war ein gesetzlicher Vertreter des Bet. zu 1) in der Versammlung nicht anwesend.

Die Frage einer Heilung dieses nichtigen Beschlusses der Gesellschafterversammlung durch Genehmigung stellt sich hier nicht, da der Bet. zu 1) auch nach Wiedererlangung seiner Geschäftsfähigkeit den Beschluß der Gesellschafterversammlung vom 17. 6. 1992 nicht genehmigt hat.

3. Die Vertretungsbefugnis des Bet. zu 1) als Geschäftsführer der Gesellschaft endete mit Eintritt seiner Geschäftsunfähigkeit von selbst; der Bet. zu 2) war aber entgegen der Meinung des LG nicht befugt, dies beim Registergericht anzumelden.

a) Nach § 6 Abs. 2 S. 1 GmbHG kann Geschäftsführer einer GmbH nur eine natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person sein. Wird dennoch eine nicht voll geschäftsfähige Person zum Geschäftsführer bestellt, ist die Bestellung nichtig (vgl. Baumbach/Hueck, 15. Aufl., § 6 GmbHG, Rd.-Nr. 12 m.w.N.). Verliert eine zum Geschäftsführer bestellte Person die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit, so erlischt dadurch von selbst ihre Geschäftsführerbestellung, ihre Vertretungsbefugnis ist nicht mehr gegeben, ohne daß es der Abberufung durch die Gesellschafterversammlung oder durch das nach der Satzung hierfür zuständige Organ bedarf (vgl. BayObLGZ 1982, 267 und

1989, 81, 85; BGHZ 115, 78, 80; OLG München JZ 1990, 1029, je m.w.N.; Hachenburg/Ulmer, § 6 GmbHG, Rd.-Nr. 8; Scholz/Schneider, 8. Aufl., § 6 GmbHG, Rd.-Nr. 12; Baumbach/Hueck, a.a.O., je m.w.N.). Zur Anmeldung des Ausscheidens eines Geschäftsführers sind die Geschäftsführer verpflichtet (§ 39 Abs. 1, § 78 GmbHG). Sind neben dem ausgeschiedenen Geschäftsführer keine weiteren allein vertretungsbefugten Geschäftsführer vorhanden, so kann zwar auch ein neu bestellter Geschäftsführer schon vor seiner Eintragung anmelden, da diese Eintragung nicht konstitutiv wirkt (vgl. Baumbach/Zöllner, § 39 GmbHG, Rd.-Nr. 6). Hier fehlt es aber, wie oben dargelegt, an einer wirksamen Bestellung des Bet. zu 2) zum Geschäftsführer. In einem solchen Fall ist das Ausscheiden des einzigen Geschäftsführers durch einen auf Antrag eines Bet. (z. B. Gläubiger, Gesellschafter) entsprechend § 29 BGB zu bestellenden Notgeschäftsführer anzumelden (vgl. BayObLG GmbHR 1982, 214; Hachenburg/Ulmer, § 6 GmbHG, Rd.-Nr. 21 m.w.N.).

b) Anders als bei einem einstweiligen Tätigkeitsverbot, nach dessen Aufhebung der im Handelsregister gelöschte Geschäftsführer zwar neu eingetragen, nicht aber erneut bestellt werden muß (vgl. BayObLGZ 1989, 81), ist nach Wegfall der Amtsunfähigkeit der Geschäftsführer neu zu bestellen. Hat ein Geschäftsführer seine Amtsfähigkeit verloren, weil er geschäftsunfähig geworden ist, bleibt auch nach Wiedererlangung der Geschäftsfähigkeit die Vertretungsbefugnis erloschen; er kann nur durch eine erneute Bestellung wieder Geschäftsführer werden (vgl. Lutter/Hommelhoff, § 6 GmbHG, Rd.-Nr. 12). Dies ist deshalb erforderlich, weil es den Gesellschaftern vorbehalten bleiben muß, in einem solchen Fall erneut über eine Geschäftsführerbestellung zu befinden. Zudem wird häufig der Zeitpunkt der Wiedererlangung der Geschäftsführereigenschaft nicht zuverlässig festzustellen sein.

4. Bei dieser Sachlage war der Beschluß des LG aufzuheben und die Beschwerde gegen die Verfügung des AG, mit der die Anmeldung zurückgewiesen worden ist, zurückzuweisen, da das Registergericht im Ergebnis zutreffend entschieden hat. Nach den vorliegenden Sachverständigengutachten hält es auch der Senat für erwiesen, daß der Bet. zu 1) zum Zeitpunkt der Gesellschafterversammlung vom 17. 6. 1992 geschäftsunfähig war. Die gegenteilige Behauptung in der eidesstattlichen Versicherung vom 25. 1. 1993 vermag daran nichts zu ändern. Sie steht im übrigen auch im Gegensatz zum Vorbringen des Bet. zu 2) im Schriftsatz vom 27. 1. 1993; dort wird darauf hingewiesen, daß der Bet. zu 1) wegen seiner Geschäftsunfähigkeit ipso jure nicht wirksam zum Geschäftsführer bestellt werden könnte. Schließlich geht auch das Gutachten vom 12. 11. 1992, auf das sich der Bet. zu 2) ausdrücklich bezieht, davon aus, daß der Bet. zu 1) am 17. 6. 1992 geschäftsunfähig war. Eine, wie der Bet. zu 2) offenbar meint, „elterliche gesetzliche Vertretung“ des geschäftsunfähigen gewesenen 58jährigen Bet. zu 1) durch seine Mutter kennt das Gesetz nicht (vgl. §§ 2, 1626 Abs. 1 BGB); als Betreuerin war sie ersichtlich nicht bestellt.

Inzwischen ist auf Antrag des Bet. zu 1) ein Notgeschäftsführer bestellt, der das Ausscheiden des Bet. zu 1) als Geschäftsführer anzumelden hat. Diese Bestellung des Notgeschäftsführers erlischt auch ohne Widerruf, sobald ein Geschäftsführer in einer ordnungsgemäß einberufenen Gesellschafterversammlung bestellt wird (vgl. Hachenburg/Ulmer, a.a.O.).

## 9. Kostenrecht – Einschränkung des Kostenprivilegs bei Hofübergabe

(OLG Düsseldorf, Beschluß vom 2. 1. 1993 – 10 W 34/92 – mitgeteilt von Richter am OLG Düsseldorf Detlev Schmitz)

### KostO §§ 19 Abs. 4; 39 Abs. 2

Die Geschäftswertbestimmung für die Gebühren notarieller Tätigkeit richtet sich nicht ausschließlich nach § 19 Abs. 4 KostO; vielmehr bleibt bei Austauschverträgen gem. § 39 Abs. 2 KostO der höhere Leistungsteil der gegenseitigen Leistungen maßgeblich.



## Zum Sachverhalt:

Der Notar (Bet. zu 2) hat einen Hofübergabevertrag zwischen dem Bet. zu 1) und dessen Sohn beurkundet. Mit der Kostenrechnung vom 22. 7. 1991 hat er seine Gebühren auf der Grundlage eines von ihm angenommenen Geschäftswertes von 181.000,- DM berechnet. In diesem Geschäftswert sind die für die Hofübergabe von dem Hoferwerber übernommenen Gegenleistungen, nämlich Geldrente, nichtgeldlicher Anteil, übernommene Belastungen und Abfindungszahlung an eine Schwester einbezogen worden.

Der Bet. zu 1) hat gegen die Gebührenberechnung Beschwerde erhoben und die Auffassung vertreten, der Geschäftswert für den Hofübergabevertrag dürfte ausschließlich nach § 19 Abs. 4 KostO ermittelt werden. Danach sei allein das Vierfache des letzten Einheitswertes, der 11.900,- DM betrage, maßgebend.

Der Bet. zu 2) hat hingegen die Auffassung vertreten, der Geschäftswert sei aus § 39 Abs. 2 KostO abzuleiten. Danach sei bei einem Austauschvertrag, wie er hier vorliege, der höhere Wert der beiden Leistungsseiten maßgebend, der Geschäftswert sei mithin auf 181.000,- DM anzusetzen.

Mit dem angefochtenen Beschluß hat das LG die Beschwerde zurückgewiesen und die weitere Beschwerde zugelassen.

## Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist gem. § 156 Abs. 2 S. 2 KostO statthaft, weil sie vom LG zugelassen worden ist. Sie ist auch form- und fristgerecht eingelegt worden (§ 156 Abs. 2 S. 1 KostO), in der Sache jedoch nicht begründet.

Zutreffend hat das LG die vom Notar seiner Kostenrechnung zugrunde gelegte Geschäftswertberechnung von 181.000,- DM bestätigt. Denn dies ist der Geschäftswert der vom Hoferwerber für die Hofübergabe übernommenen und vom Notar beurkundeten Gegenleistungen. Die Richtigkeit der Geschäftswertberechnung für diesen Leistungsteil ist nicht angegriffen. Dieser Geschäftswert ist gem. § 39 Abs. 2 KostO für die Gebühren des Notars zugrunde zulegen.

Der beurkundete Hofübergabevertrag stellt einen Austauschvertrag im Sinne dieser Vorschrift dar, was auch der Kostenschuldner nicht in Abrede stellt (vgl. hierzu OLG Celle JurBüro 1986, 823; OLG Hamm JurBüro 1966, 798 = DNotZ 1967, 334; DNotZ 1971, 611; BayObLG JurBüro 1973, 974 = DNotZ 1974, 115; OLG Karlsruhe JurBüro 1991, 1360; Göttlich/Mümmeler, KostO, 11. Aufl., Stichwort „Tauschvertrag“, Anm. 1).

Nach § 39 Abs. 2 KostO ist bei verschiedenen hohen Geschäftswerten der zum Austausch gelangenden Leistungen der höhere maßgeblich. Da der Wert des übergebenden landwirtschaftlichen Betriebes gem. § 19 Abs. 4 KostO das Vierfache des letzten Einheitswertes beträgt – nach dem Vortrag des Kostenschuldners sind das 47.600,- DM – und dieser Wert geringer ist als derjenige für die im Gegenzug übernommenen Verpflichtungen des Hoferwerbers, bleibt er außer Betracht.

Entgegen der Ansicht des Kostenschuldners kann die Geschäftswertbestimmung für die Beurkundung des gesamten Hofübergabevertrages nicht ausschließlich nach § 19 Abs. 4 KostO, also nach dem vierfachen Einheitswert des landwirtschaftlichen Vermögens, erfolgen. Diese Vorschrift regelt ihrem ausdrücklichen Wortlaut nach nur die Bemessung des land- und forstwirtschaftlichen i.S.d. Bewertungsgesetzes. Ob der danach ermittelte Geschäftswert für die Beurkundungsgebühr bestimmt ist, wird in § 19 KostO nicht ausgedrückt, weil die Vorschriften der §§ 18 bis 30 KostO lediglich allgemein die Berechnungsgrundlage zur Ermittlung von Geschäftswerten in bestimmten Fällen angeben. Erst § 32 KostO bindet die Gebührenhöhe an den Geschäftswert, und § 39 KostO bestimmt, daß bei Beurkundungen der Geschäftswert des Rechtsverhältnisses, auf das sich die beurkundete Erklärung überzieht, für die Gebühr bestimmend ist. Das ist hier der Fall.

Hofübergabeverträge regeln in den meisten Fällen komplexe Rechtsverhältnisse. Nicht nur die Übertragung des landwirtschaftlichen Betriebes ist Gegenstand des Vertrages, sondern auch die Gestaltung weitgehender Nutzungsrechte z. B. an

Teilen des Betriebs oder sogar an Unternehmen außerhalb des eigentlichen landwirtschaftlichen Betriebs, die Regelung von Lastentragungspflichten, die Abfindungen weiterer Berechtigter sowie persönliche Versorgung und Altersabsicherung der Hofübergabe. Diese weiteren Rechtsverhältnisse, deren Regelung ebenfalls beurkundet wird, stehen mit dem Wert des übergebenen landwirtschaftlichen Vermögens nur zu einem geringen Teil in unmittelbarer Verbindung. Der Wert dieser Rechtsverhältnisse ist vielmehr selbständig festzustellen. Gerade für diese typische Situation des Austauschvertrages ist die Vorschrift des § 39 Abs. 2 KostO geschaffen, wonach keine Addition der Geschäftswerte stattfindet, sondern der höhere Geschäftswert maßgebend ist. Dieses aus der Gesetzessystematik der KostO abgeleitete Ergebnis wird durch die punktuelle Regelung des Geschäftswertes für das landwirtschaftliche Vermögen bei Hofübergabeverträgen nicht berührt (vgl. auch OLG Karlsruhe a.a.O.).

Auch aus der Entstehungsgeschichte der gesetzlichen Regelung in § 19 Abs. 4 KostO und dem dabei zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers läßt sich ein anderes Ergebnis nicht rechtfertigen. Dazu folgendes:

§ 19 Abs. 4 KostO in seiner jetzigen Fassung geht auf eine Gesetzesinitiative des Bundesrates (BT-Drucksache 11/2343) zurück. In der Begründung des Bundesrates heißt es unter anderem:

- „...“
- II. Der Entwurf sieht durch Einfügung eines neuen Absatzes 4 in § 19 KostO eine Sonderregelung für die Bewertung eines Hofes vor, nämlich
- die Bewertung nach dem Vierfachen des steuerrechtlichen Einheitswertes,
  - für Geschäfte, welche die Fortführung eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes mit Hofstelle betreffen, insbesondere also die ausdrücklich angeführten Hofübergabeverträge, Verfügungen von Todes wegen und Erb- oder Gesamtgutsauseinandersetzungen.

...“

Für diese Lösung sprechen folgende Gründe:

1. Nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung von Vorschriften des Justizkostenrechts vom 28. Dezember 1968 zeigte sich in einer Vielzahl von Entscheidungen der Oberlandesgerichte alsbald, daß § 19 Abs. 1 S. 1 KostO von Gerichten und Notaren sehr verschieden mit der Folge stark unterschiedlicher Kostenbelastungen ausgelegt wird. Diese unterschiedliche Rechtsanwendung wirkt sich im besonderen Maße bei der Bewertung des land- und forstwirtschaftlichen Grundbesitzes eines ganzen Hofes aus.

...

2. Diese uneinheitliche Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, die hier in letzter Instanz entscheiden, kann nicht mehr länger hingenommen werden. Ein Gutachten von Prof. Dr. Kreuzer über die Belastung der Hofübergabe durch Notariats- und Grundbuchkosten (AgrarR November 1987) kommt zu dem Ergebnis, daß § 19 Abs. 2 KostO in seiner gegenwärtigen Fassung untauglich ist, eine bundesweit einheitliche Kostenbelastung sicherzustellen.

...

Auf Antrag Baden-Württembergs haben die Justizminister und -senatoren auf ihrer Konferenz am 2. bis 4. Juni 1987 das Anliegen einstimmig unterstützt, durch Änderung des § 19 KostO eine einheitlich anwendbare Gebührenregelung zu schaffen, die zugleich für die Landwirtschaft eine angemessene Kostenentlastung bei Hofübergabe gewährleistet.

...

3. Die gravierende regionale Ungleichheit in der Kostenbelastung von Hofübergaben soll dadurch beseitigt werden, daß der Geschäftswert bei der Hofnachfolgeregelung künftig nach dem (vierfachen) Einheitswert des land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes mit Hofstelle zu bestimmen ist.

...

- 4.

Auf diese Weise wird bei Hofnachfolgeregelungen eine übermäßige Belastung der Landwirtschaft mit Gerichts- und Notarkosten vermieden. Die Bewertung eines Hofes nach den regional sehr unterschiedlichen



von der außerlandwirtschaftlichen Nachfrage stark beeinflussten Verkaufswerten führt zu außerordentlich hohen, mehr als das Zehnfache des Einheitswertes übersteigenden Geschäftswerten. Eine solche Gebührenrechnung birgt die Gefahr, daß der Hofinhaber wegen der hohen Gebührenbelastung von einer rechtzeitigen Hofnachfolgeregelung absteht. Sie läßt zudem außer Betracht, daß die durch die Gesetzesänderung erfaßten Geschäfte keine Verwertungsgeschäfte sind; für die Beteiligten steht hierbei nicht der potentielle Verkauf ihres Betriebes, sondern der Ertragsnutzen, der im Einheitswert des Hofes seinen Ausdruck findet, im Vordergrund.

Der Entwurf legt den vierfachen Einheitswert zugrunde. Dies entspricht dem Gedanken der Wertpauschalierung gleichartiger Geschäfte, wobei die individuelle Berechnungsgrundlage bereits im Einheitswert berücksichtigt ist. Der vierfache Einheitswert erscheint als Gebührenbemessungsgrundlage für die Notargebühren erforderlich, um sicherzustellen, daß die Notargebühren im allgemeinen den Aufwand ausgleichen, der für den Notar entsteht und insbesondere mit der Beurkundung eines Hofübergabevertrages verbunden ist."

In der Stellungnahme des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages (BT-Drucksache 11/4394) heißt es:

"... wird der land- oder forstwirtschaftliche Betrieb nach den Verkaufswerten der einzelnen Grundstücke bewertet, so entstehen hohe Gerichts- und Notarkosten, die die rechtzeitige Betriebsübergabe auf die nachfolgende Generation erschweren. Eine bundesweit einheitlich zu handhabende und die Belange der Landwirtschaft berücksichtigende Gebührenvorschrift für Hofübergaben muß erlassen werden."

Das in diesen Stellungnahmen zum Ausdruck kommende zweifache Ziel, nämlich eine Vereinheitlichung der Bewertung landwirtschaftlichen Vermögens und die Vermeidung übermäßiger Kostenbelastung bei Hofnachfolgeregelungen wird durch die oben gewonnene und an der Gesetzessystematik ausgerichtete Bestimmung des für die Beurkundung maßgeblichen Geschäftswertes nicht in Frage gestellt. Während vor der Einführung des § 19 Abs. 4 KostO die teilweise erheblichen Verkehrswerte der landwirtschaftlichen Grundstücke, die in der Regel weit über dem Wert der Austauschleistung des Übernehmers lagen, zu entsprechend hohen Notar- und Gerichtsgebühren führten, ist dies jetzt – auch bei Anwendung des § 39 Abs. 2 KostO – nicht mehr der Fall. Zwar wird nunmehr in der Regel der Wert der Austauschleistung als der höhere Wert gebührenbestimmend sein. Er bleibt aber im allgemeinen weit hinter dem eigentlichen Verkehrswert des landwirtschaftlichen Besitzes zurück, der früher für den Geschäftswert maßgeblich war. Damit ist die vom Gesetzgeber erstrebte Gebührenabsenkung bei den Notar- und Gerichtsgebühren eingetreten, wenn auch nicht in dem vom Kostenschuldner gewünschten Ausmaß.

Allein dieses Ergebnis rechtfertigt es aber auch, die pauschale und unterschiedliche Gegebenheiten kaum berücksichtigende Geschäftswertregelung des § 19 Abs. 4 KostO als verfassungskonform anzusehen. Denn die vom Kostenschuldner erstrebte ausschließliche Bemessung des Geschäftswertes nach dem vierfachen Einheitswert des landwirtschaftlichen Vermögens würde dazu führen, daß der Notar auch im Falle der Koppelung umfangreicher und an und für sich selbständiger Rechtsgeschäfte mit der Hofübergabe zu einem Gebührenaufkommen tätig werden müßte, das weder seinem Arbeits- und Kostenaufwand, noch seinem Haftungsrisiko auch nur annähernd gerecht würde.

#### **10. Kostenrecht – Gebühr für den Entwurf eines Gesellschafterbeschlusses**

(OLG Stuttgart, Beschluß vom 26.1.1993 – 8 W 531/91 und 8 W 532/91 – mitgeteilt vom 8. Zivilsenat des OLG Stuttgart)

**KostO § 145 Abs. 1 S. 1 gilt nicht nur für Entwürfe von Urkunden, die rechtsgeschäftliche Erklärungen zum Gegenstand haben, sondern auch für Entwürfe von Gesellschafterbeschlüssen.**

#### **Zum Sachverhalt:**

Der Notar (Bf.) fertigte auf Wunsch der Gesellschafter (lediglich) den Entwurf des Beschlusses der Gesellschafterversammlung der

M-GmbH vom 13. 6. 1989 über die Auflösung der Gesellschaft und die Bestellung eines Liquidators. Desgleichen fertigte der Notar einen im wesentlichen gleichlautenden Entwurf eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung der K-GmbH vom 4. 8. 1989.

Für beide Geschäftsvorgänge berechnete der Notar jeweils zwei Gebühren gem. §§ 47, 145 KostO. Diese Kostenansätze wurden vom Bezirksrevisor beanstandet, der die Auffassung vertritt, der Entwurf des Beschlusses einer Gesellschafterversammlung falle nicht unter § 145 KostO, da diese Vorschrift nur Entwürfe rechtsgeschäftlicher Erklärungen betreffe. Im vorliegenden Fall hätte der Notar nach Auffassung des Bezirksrevisors lediglich eine halbe Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO ansetzen dürfen.

Auf Weisung des Landgerichtspräsidenten beantragte der Notar beim LG Entscheidung gem. § 156 Abs. 5 KostO.

Das LG geht mit der h. M. davon aus, daß § 145 KostO nur für solche Entwürfe gelte, die rechtsgeschäftliche Erklärungen zum Gegenstand haben, auf die im Falle der Beurkundung die §§ 36 bis 43 und § 46 KostO Anwendung finden würden. Das LG änderte daher die Kostenrechnungen des Notars vom 13. 6. 1989 und vom 4. 8. 1989 entsprechend den Beanstandungen des Bezirksrevisors ab. Hiergegen wendet sich der Notar mit seiner vom LG zugelassenen weiteren Beschwerde. Der darin vom Notar vertretenen Meinung schließt sich nunmehr auch der Präsident des LG an.

#### **Aus den Gründen:**

Die vom LG wegen der grundsätzlichen Bedeutung der zur Entscheidung stehenden Rechtsfrage zugelassene weitere Beschwerde des Notars ist auch ansonsten zulässig. Sie hat auch in der Sache Erfolg und führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses des LG.

Der Senat, der bereits mit Beschluß vom 19. 12. 1983 (DNotZ 1984, 654 f.) Zweifel an der Richtigkeit der von der h. M. vorgenommenen Auslegung des § 145 Abs. 1 S. 1 KostO geäußert hat, sieht auch jetzt keinen hinreichenden Grund für die von der h. M. vorgenommene einschränkende Auslegung dieser Vorschrift.

1. Die KostO vom 25. 11. 1935 knüpfte mit der dort in § 145 Abs. 1 getroffenen Regelung an § 9 der Preußischen Notargebührenordnung (PrNotGebO) vom 28. 10. 1922 an, in dessen S. 2 ausdrücklich von Rechtsgeschäften die Rede war (vgl. hierzu Klein, MittRhNotK 1983, 233 ff.; Hansens, JurBüro 1986, 1135 ff., 1138). Dementsprechend argumentierte auch die frühe Rspr. des KG, auf die sich die h. M. weitgehend stützt, mit dieser Vorschrift der Preußischen Notargebührenordnung (vgl. hierzu KG DNotZ 1938, 317 ff., 319; KG DNotZ 1943, 279 ff., 280, ferner DNotZ 1944, 7). Wie Klein und Hansens (a.a.O.) zutreffend ausführen, ist aber nicht belegt, daß der Gesetzgeber der KostO vom 25. 11. 1935 die in § 9 PrNotGebO vorgenommene Einschränkung ebenfalls übernehmen wollte. Dagegen spricht insbesondere, daß in § 145 Abs. 1 der damaligen Fassung der KostO im Gegensatz zu § 9 PrNotGebO von Entwürfen rechtsgeschäftlicher Erklärungen gerade nicht die Rede ist.

Auch die Entscheidungen des KG DNotZ 1940, 282 ff. und DNotZ 1940, 366 ff. sind zur Stützung der h. M. nicht geeignet (vgl. hierzu Bengel, DNotZ 1985, 572, 574 ff.).

2. Der Senat sieht weder vom Wortlaut des § 145 Abs. 1 S. 1 KostO noch von der Sache her eine Rechtfertigung oder gar Notwendigkeit für die von der h. M. vorgenommene einschränkende Auslegung des § 145 Abs. 1 S. 1 KostO.

a) In § 145 Abs. 1 S. 1 KostO heißt es lediglich, daß dann, wenn der Notar „auf Erfordern“ nur den Entwurf einer Urkunde fertigt, hierfür „die für die Beurkundung bestimmte Gebühr erhoben“ wird. Anhaltspunkte dafür, daß als Beurkundungsgebühren hierbei nur solche i. S. v. §§ 36 bis 43 und 46 KostO gemeint sein sollen, sind nicht ersichtlich. Gegen die von der h. M. vertretene Auffassung spricht nicht nur der Wortlaut des § 145 Abs. 1 KostO in seiner ursprünglichen Fassung, sondern auch der Wortlaut der jetzigen Fassung des § 145 KostO. Für die geltende Fassung des § 145 KostO ist noch darauf hinzuweisen, daß dort in Abs. 2 und 3 im Gegensatz zu Abs. 1 S. 1 und im Gegensatz zur ursprünglichen Fassung des § 145 Abs. 1 KostO ausdrücklich von Rechtsgeschäften die Rede ist.

Entstehungsgeschichte und Wortlaut des § 145 KostO geben sonach keine Hinweise für eine Notwendigkeit einer gebührenrechtlichen Andersbehandlung der Entwürfe von rechtsgeschäftlichen Erklärungen einerseits und von Entwürfen nicht-rechtsgeschäftlicher Erklärungen andererseits.

b) Für den Senat sind auch keine sachlichen Gründe ersichtlich, weshalb die Fertigung des Entwurfs einer rechtsgeschäftlichen Erklärung i. S. d. §§ 36 bis 43 und 46 KostO die für die Beurkundung bestimmte Gebühr auslösen soll, während für den Entwurf z. B. des Beschlusses einer Gesellschafterversammlung (für dessen Beurkundung gem. § 47 KostO das Doppelte der vollen Gebühr entstehen würde) lediglich die halbe Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO anfallen sollte, die zudem im Falle der nachträglichen Beurkundung anders als bei § 145 Abs. 1 S. 3 KostO nicht auf die Beurkundungsgebühr angerechnet werden könnte.

#### **11. Kostenrecht – Betreuungsgebühr für die Fertigung der Gesellschafterliste**

(OLG Celle, Beschluß vom 23. 12. 1992 – 8 W 240/91 – mitgeteilt von Notariatsbürovorsteher Andreas Jelinsky, Hannover)

##### **KostO § 147 Abs. 2**

**Die Fertigung der Gesellschafterliste (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG) löst die Gebühr des § 147 Abs. 2 KostO aus.**

(Leitsatz nicht amtlich)

##### **Aus den Gründen:**

Die erstinstanzliche Entscheidung beruht auf einer Verletzung des Gesetzes (§ 156 Abs. 2 S. 4 KostO). Das LG hat die Fertigung der Gesellschafterliste einer GmbH durch den Notar zu Unrecht als gebührenfreies Nebengeschäft nach § 35 KostO angesehen. Hierbei handelt es sich vielmehr um ein selbständiges Geschäft, für das dem Notar eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO zusteht.

Zwar steht der angefochtene Beschluß in Einklang mit der Rechtsansicht des OLG Karlsruhe (Rpfleger 1977, 228) und des OLG Frankfurt (JurBüro 1987, 590 = DNotZ 1987, 641). Danach stellt die vom Notar vorgenommene Fertigung der Liste der Gesellschafter, die der Anmeldung einer GmbH zur Eintragung in das Handelsregister oder – wie hier – der Anmeldung einer einschlägigen Änderung nach § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG beizufügen ist, ein gebührenfreies Nebengeschäft der Anmeldung dar (ebenso Rohs/Wedewer, 3. Aufl., § 26 KostO, Rd.-Nr. 8). Dieser Auffassung vermag sich der Senat jedoch nicht anzuschließen. Er teilt vielmehr die von der inzwischen jedenfalls überwiegenden Meinung vertretene gegenteilige Ansicht, daß es sich bei der Erstellung der Gesellschafterliste um ein selbständiges Geschäft handelt, für die der Notar eine halbe Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO erhält (vgl. OLG Stuttgart JurBüro 1984, 1078 = KostRspr. § 147 KostO, Nr. 89 = DNotZ 1985, 121 m. zust. Anm. Lappe; OLG Saarbrücken MittBayNot 1984, 215 = MittRhNotK 1984, 222; Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, 12. Aufl., § 147 KostO, Rd.-Nr. 109; Göttlich/Mümmeler, KostO, 9. Aufl., Stichwort „GmbH“, Anm. 4.5).

Ein Nebengeschäft des Notars ist ein im Verhältnis zum Hauptgeschäft minderwichtiges Geschäft ohne selbständige Bedeutung, das das Hauptgeschäft fördert oder vorbereitet und darüber hinaus zum Pflichtenkreis des Notars gehört, also von ihm ohne besonderen Auftrag zur sachgemäßen Erledigung des Hauptgeschäfts auszuführen ist. Zumindest das letzte Merkmal ist bei der Erstellung der Gesellschafterliste nicht erfüllt. Es gehört nicht zu den Pflichten eines Notars, der den Entwurf der Handelsregisteranmeldung fertigt und die für die Handelsregisteranmeldung notwendigen Unterschriften beglaubigt, auch die Liste der Gesellschafter zu entwerfen. Sie kann nämlich ebenso von dem Geschäftsführer der GmbH errichtet und entweder dem Notar mit der Bitte um Weiterleitung überreicht oder

unmittelbar bei dem Registergericht ohne Mitwirkung des Notars eingereicht werden. Die Erstellung der Gesellschafterliste durch den Notar fördert dessen Amtstätigkeit also nicht in dem Sinne, daß sie zur Herbeiführung des Rechtserfolgs des ihm in seiner Eigenschaft als Notar erteilten Auftrags unbedingt erforderlich wäre. Diese Tätigkeit läßt sich daher nicht als ein echtes Nebengeschäft zur Anmeldung der Gesellschaft qualifizieren; sie stellt vielmehr ein selbständiges Geschäft dar, das die Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO erwachsen läßt (vgl. zum Vorstehenden insgesamt OLG Stuttgart JurBüro 1984, 1078, 1079 und OLG Saarbrücken MittBayNot 1984, 215, 216, je m. w. N.).

Daß der dem bechwerdeführenden Notar erteilte Auftrag auch die Fertigung der Gesellschafterliste umfaßte, ist nicht zweifelhaft. Denn der (ausscheidende) Geschäftsführer G. hatte ihn damit beauftragt, alles vorzubereiten, was dem Handelsregister vorzulegen war. Dazu gehörte auch die Gesellschafterliste.

Im Gegensatz zur Auffassung des LG und des OLG Stuttgart (a.a.O.) steht der Erhebung der nach § 147 Abs. 2 KostO entstandenen Gebühr auch nicht § 16 Abs. 1 S. 1 KostO entgegen. Es läßt sich nämlich keine unrichtige Sachbehandlung durch den Notar feststellen. Dieser war hier insbesondere nicht verpflichtet, die Beteiligten darüber zu belehren, welche Kosten durch den Entwurf der Gesellschafterliste durch ihn entstehen und daß sie die Liste selbst erstellen und diese Kosten dadurch vermeiden können (wie hier: OLG Braunschweig, KostRspr., § 147 KostO, Nr. 1; Mümmeler, JurBüro 1984, 1080, 1081). Zwar mag eine Belehrungspflicht ausnahmsweise dann bestehen, wenn der Notar im Hinblick auf die Höhe der entstehenden Kosten und die Vermögensverhältnisse des Auftraggebers davon ausgehen muß, daß dieser es bei entsprechender Aufklärung selbst übernehmen würde, die notwendigen Schritte aus Kostengründen anstelle des Notars selbst in die Wege zu leiten (vgl. OLG Braunschweig a.a.O.). Dafür bietet aber der zugrundeliegende Sachverhalt keinerlei Anhaltspunkte. Für die Fertigung der Gesellschafterliste durch den Notar ist hier lediglich eine Gebühr in Höhe von 29,64 DM (einschl. MWST) entstanden. Dieser Betrag fällt außerdem im Verhältnis zu dem Gesamtbetrag der Kostenrechnung vom 22. 1. 1988 über 1.104,77 DM so gut wie nicht ins Gewicht.

Nach alledem war unter Änderung des angefochtenen Beschlusses die ursprüngliche, berechnete Kostenrechnung des Notars wiederherzustellen.

#### **12. Steuerrecht/Einkommensteuer – Bindendes Angebot als Veräußerung i. S. v. §§ 14 a Abs. 2, 23 Abs. 1 Nr. 1 a EStG (BFH, Urteil vom 23. 1. 1991 – IV R 95/90)**

##### **EStG §§ 14 a Abs. 2; 23 Abs. 1 Nr. 1 a**

- 1. Die Abgabe eines Verkaufsangebots gegen zinslose Darlehensgewährung in Höhe des späteren Kaufpreises mit entsprechender dinglicher Sicherung des Käufers und Eintragung einer Auflassungsvormerkung zur Sicherung seines Anspruchs auf Eigentumsübergang kann zu einer so starken Bindung führen, daß eine Veräußerung i. S. v. § 14 a Abs. 2 S. 3 EStG anzunehmen ist.**
- 2. Liegen die Voraussetzungen einer steuerfreien Entnahme von Gebäuden nach § 14 a Abs. 2 EStG nicht vor, so entfällt damit nicht die Steuervergünstigung der Betriebsveräußerung oder -aufgabe nach § 14 a Abs. 1 u. 3 EStG.**

##### **Zum Sachverhalt:**

Der Kl. bewirtschaftete bis zum Streitjahr 1981 einen landwirtschaftlichen Betrieb mit 3,8942 ha eigenen und 11,7868 ha gepachteten Flächen. Der Betrieb lag im Abbaugelände einer Bergwerks AG (AG). Zum 31. 10. 1981 erklärte er die Betriebsaufgabe, kündigte die Pachtverträge und verpachtete die eigenen Flächen an die AG. Am 1. 4. 1982 gab der Kl. ein notariell beurkundetes, bis zum 31. 3. 1984 unwiderrufliches Angebot ab, die zurückbehaltenen und von ihm weiter genutzten Wohn- und Wirtschaftsgebäude der AG zu veräußern. Dieses durch Auflassungsvormerkung gesicherte Angebot konnte der vorgesehene Erwerber

nicht vor dem 1.12.1983 annehmen. Gleichzeitig erwarb der Kl. ein Ersatzgrundstück von der AG in A. Die Mittel dafür wurden dem Kl. von der AG darlehensweise und zinslos in Höhe des für die Wohn- und Wirtschaftsgebäude vorgesehenen Veräußerungspreises zur Verfügung gestellt. Das Darlehen wurde durch Eintragung einer Grundschuld auf das zu veräußernde Grundstück gesichert. Die AG nahm mit notarieller Urkunde vom 9.12.1983 das Angebot des Kl. an und die Auflassung wurde erklärt. Im Jahre 1984 zog der Kl. nach A um.

Nach einer Betriebsprüfung vertrat das FA die Auffassung, die Hofstelle sei bereits mit der Abgabe des Verkaufsangebotes und damit innerhalb der in § 14 a Abs. 2 S. 3 EStG vorgesehenen Zweijahresfrist veräußert worden, die Voraussetzungen des § 14 a EStG seien daher nicht erfüllt. Die gesonderte Feststellung des Gewinns für das Streitjahr wurde bekräftigt, der auf die Hofstelle entfallende Entnahmegewinn für steuerpflichtig erklärt und mit dem übrigen Gewinn aus der Aufgabe des Betriebs nach §§ 14, 16, 34 EStG besteuert.

Nach erfolglosem Vorverfahren gab das FG der dagegen gerichteten Klage mit der Begründung statt, der Kl. habe die Hofstelle nicht vor Ablauf der Zweijahresfrist des § 14 a Abs. 2 S. 3 EStG veräußert. Das vor Ablauf dieser Frist abgegebene Angebot sei wirtschaftlich noch nicht einer Veräußerung gleichzusetzen (Hinweis BFHE 100, 93 = BStBl. II 1970, 806 = DNotZ 1971, 298). Hiergegen richtet sich die zugelassene Revision des FA.

#### Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das FG zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung (§ 126 Abs. 3 Nr. 2 FGO).

Zu Unrecht hat das FG im Streitfall angenommen, der Kl. habe die Hofstelle erst nach Ablauf der Zweijahresfrist des § 14 a Abs. 2 S. 3 EStG veräußert.

1. Das FG ist zwar zutreffend davon ausgegangen, daß die von der Rspr. zu § 23 EStG vertretene Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Veräußerung auch auf den gleichlautenden Begriff in § 14 a Abs. 2 S. 3 EStG anzuwenden ist; es hat den Begriff der Veräußerung jedoch verkannt.

a) Nach § 14 a Abs. 1 und Abs. 3 EStG (in der für die Streitjahre geltenden Fassung des EStG 1981) ist die Aufgabe des land- und forstwirtschaftlichen Betriebs unter bestimmten Voraussetzungen weitergehend als nach §§ 14, 16 EStG begünstigt. Dieser Vergünstigung steht es nach § 14 a Abs. 2 EStG nicht entgegen, wenn der Stpl. die zum land- und forstwirtschaftlichen Betriebsvermögen gehörenden Gebäude samt zugehörigem Grund und Boden zurückbehält (§ 14 a Abs. 2 S. 1 EStG), diese im Anschluß an die Veräußerung oder Aufgabe des Betriebes mindestens zwei Jahre selbst bewohnt und in dieser Zeit nicht veräußert (§ 14 a Abs. 2 S. 3 EStG). In diesem Fall geht das Gesetz von einer steuerfreien Entnahme aus (§ 14 a Abs. 2 S. 2 und 3 EStG).

Bei Einfügung des § 14 a Abs. 2 S. 3 EStG durch das Gesetz zur Neuregelung der Einkommensbesteuerung der Land- und Forstwirtschaft vom 25. 6. 1980 (BGBl. I, 732 = BStBl. I, 400) hatte der Gesetzgeber die Steuerbefreiung des Gewinns aus der Wohnungsentnahme bewußt von der bei Grundstücken üblichen Spekulationsfrist von zwei Jahren abhängig gemacht (BT-Drucks. 8/3239, S. 11). Der erkennende Senat geht daher davon aus, daß auch der Begriff der Veräußerung i. S. d. § 14 a Abs. 2 S. 3 EStG dem Begriff der Veräußerung in § 23 Abs. 1 EStG entspricht.

b) Zu den Voraussetzungen, unter denen ein bindendes Angebot als Veräußerung i. S. d. § 23 Abs. 1 Nr. 1 a EStG angesehen werden kann, hat der VI. Senat des BFH in seiner Entscheidung in BFHE 100, 93 = BStBl. II 1970, 806 ausgeführt, daß unter besonderen Umständen ein Verkaufsangebot einem Verkauf gleichzustellen ist; dies ist dann gerechtfertigt, wenn bereits durch das Angebot rechtlich und tatsächlich eine Situation geschaffen wird, wie sie auch aufgrund eines Kaufvertrags gegeben ist. Solche besonderen Umstände hat der VIII. Senat des BFH etwa darin gesehen, daß die Abgabe eines Verkaufsangebots mit einer Darlehensgewährung in Höhe des späteren Kaufpreises und dem Abschluß eines „Erbbauvertrags“ verbunden wurde (BFHE 112, 31 = BStBl. II 1974, 606). In einer wei-

teren Entscheidung hat der BFH bereits einen Vorvertrag als Veräußerung beurteilt, weil die dadurch eingegangene Bindung zwischen den Vertragsbeteiligten durch die Eintragung einer Auflassungsvormerkung und eines Grundpfandrechts zur Sicherung des Kaufpreises verstärkt worden war (BFHE 140, 238 = BStBl. II 1984, 311).

Bei Anwendung dieser Grundsätze auf den Begriff der Veräußerung i. S. d. § 14 a Abs. 2 S. 3 EStG hat der Kl. auch im Streitfall die Wohn- und Wirtschaftsgebäude bereits mit der Abgabe des unwiderruflichen Verkaufsangebots und damit innerhalb der Frist von zwei Jahren im Anschluß an die Betriebsaufgabe veräußert. Das bindende Verkaufsgebot, die zinslose Darlehensgewährung in Höhe des von vornherein festgelegten Kaufpreises mit der entsprechenden dinglichen Sicherung der Käuferin und die Eintragung einer Auflassungsvormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eigentumsübertragung rechtfertigen den Schluß auf eine endgültig gewollte Eigentumsverschaffung an dem Grundstück. Die mit der Abgabe des unwiderruflichen Verkaufsangebots eingegangene Bindung des Kl. wurde noch durch eine Reihe zusätzlicher Vereinbarungen erheblich verstärkt. So war der Kl. verpflichtet, andere Personen von der Nutzung des Grundstücks auszuschließen, den Grundbesitz für den Erwerber gegen Zugriffe Dritter zu schützen und bergbaurechtliche Einwirkungen ohne Anspruch auf Unterlassung und Wiederherstellung oder Entschädigung zu dulden; für den Fall der Verletzung dieser Vereinbarungen hatte er sich ferner zur Zahlung einer Vertragsstrafe verpflichtet. Auch mit der Ermächtigung des Notars hatte der Kl. alles getan, damit die spätere Annahme des unwiderruflichen Kaufangebots durch den Erwerber nur noch als juristische Formalität ohne wirtschaftliche Eigenbedeutung erfolgen konnte (BFHE 87, 140 = BStBl. III 1967, 73).

Bei dieser Sachlage kann dem Umstand, daß Besitz, Nutzungen, Lasten und Gefahr erst mit der Übergabe des Eigentums auf den Erwerber übergehen sollten, keine entscheidende Bedeutung beigemessen werden. Der Kl. hat damit lediglich eine der beiden Voraussetzungen des § 14 a Abs. 2 S. 3 EStG für die Annahme einer steuerfreien Entnahme, nämlich das Erfordernis der Selbstnutzung erfüllt.

2. Allerdings hat das FA aus der vorzeitigen Veräußerung des Wohngebäudes gefolgert, daß die Voraussetzungen des § 14 a EStG insgesamt entfallen seien. Bei einheitlicher Betrachtung des § 14 a Abs. 2 EStG könnte dies eine denkbare Auslegung sein, denn S. 1 dieser Vorschrift bestimmt, daß die Zurückbehaltung der Wohngebäude der Anwendung der Vergünstigung des § 14 a Abs. 1 (und Abs. 3) nicht entgegensteht. Bezieht man aber die weiteren Voraussetzungen des Abs. 2 auf diese Ausnahmeregelung, so folgt daraus, daß die Anwendung des § 14 a Abs. 1 EStG beim Wegfall einer dieser Voraussetzungen ausgeschlossen wäre.

Dieser Auslegung kann sich der Senat jedoch nicht anschließen. Die nachträglich eingefügte Regelung der Steuerfreiheit des Entnahmegewinns sollte lediglich einen „Hinderungsgrund“ für die an sich erwünschte und nach § 14 a EStG steuerlich begünstigte Betriebsveräußerung“ (BT-Drucks. 8/3239, S. 11) beseitigen; die Begünstigung des § 14 a EStG sollte danach gerade erhalten bleiben und nicht an der befürchteten Besteuerung stiller Reserven aus den zurückgehaltenen Wohngebäuden scheitern. Diesem Regelungszweck entspricht es aber, das Erfordernis der befristeten Selbstnutzung und das Veräußerungsverbot nur als Voraussetzungen der Steuerbefreiung des Entnahmegewinns und nicht weitergehend auch als Voraussetzung der Steuervergünstigung der Betriebsveräußerung oder -aufgabe zu sehen.

3. Die Vorentscheidung beruht auf einer anderen Rechtsauffassung und ist daher aufzuheben. Der Senat kann jedoch nicht durcherkennen, da die Sache nicht spruchreif ist. Das FG hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob die weiteren Voraussetzungen des § 14 a Abs. 1 Nrn. 1 und 2 EStG im Streitfall vorgelegen haben und ob der Kl. danach den Freibetrag von 60.000,- DM nach § 14 a Abs. 1 S. 1 EStG beanspruchen könnte.

### Steuerrecht/Einkommensteuer – Befreiung vom Wettbewerbsverbot bei Erwerb von GmbH-Anteilen

(OFD Hannover, Verfügung vom 24. 2. 1993 – S 2742 – 114 – StH 231/S 2742 – 61 – StO 214)

Nach dem BMF-Schreiben vom 4. 2. 1992 – IV B 7 – S 2742 – 6/92 (BSiBl. I 1992, 137 = MittRhNotK 1992, 63) muß für die Befreiung vom Wettbewerbsverbot grundsätzlich ein angemessenes Entgelt gezahlt werden. Das gilt insbesondere für den Fall, in dem der beherrschende Gesellschafter oder der Geschäftsführer nachträglich auf einem Teilbereich tätig werden, auf dem die Gesellschaft bereits eine Tätigkeit entfaltet hat, die sich der beherrschende Gesellschafter oder der Geschäftsführer zunutze machen können. Da diese Voraussetzungen bei der Neugründung einer Gesellschaft nicht vorliegen, ist für diese Fälle eine unentgeltliche Befreiung vom Wettbewerbsverbot vorgesehen.

Zu der Frage, wie zu verfahren ist, wenn von einer natürlichen Person sämtliche Geschäftsanteile einer GmbH erworben werden, die ihren Geschäftsbetrieb noch nicht aufgenommen hat und es durch eine nach Übernahme der Geschäftsanteile vorgesehene Änderung des Gegenstands des Unternehmens der GmbH zu Überschneidungen mit dem bisherigen Tätigkeitsbe-

reich des nun beherrschenden Gesellschafters kommt, ist nach dem BMF-Schreiben vom 19. 1. 1993 – IV B 7 – S 2742 – 47/92 – folgende Auffassung zu vertreten:

Der beherrschende Gesellschafter kann sich auch hier – ebenso wie in den Fällen der Neugründung einer Gesellschaft – die bisherige Tätigkeit der GmbH nicht zunutze machen. Es bestehen daher keine Bedenken, den nunmehr beherrschenden Gesellschafter nach den für die Neugründung einer Gesellschaft geltenden Grundsätzen unentgeltlich vom Wettbewerbsverbot zu befreien. Zu beachten ist allerdings, daß eine Befreiung des beherrschenden Gesellschafters vom Wettbewerbsverbot nach den Grundsätzen des o.a. BMF-Schreibens eine klare und eindeutige Aufgabenabgrenzung zwischen Gesellschafter und Gesellschaft voraussetzt. Dies schließt einen umfassenden Dispens für den Gesellschafter aus. Es ist somit auch nicht möglich, generell eine unentgeltliche Befreiung vom Wettbewerbsverbot zuzulassen, wenn ein Gesellschafter neu in eine Gesellschaft eintritt und mit seiner bisherigen Tätigkeit in Wettbewerb zur GmbH steht. In diesen Fällen hat die Gesellschaft bereits eine Tätigkeit entfaltet, die sich der beherrschende Gesellschafter oder der Geschäftsführer zunutze machen können.

## Buchbesprechung

**Lutter/Ulmer/Zöllner, Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz,** Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 771 Seiten

Für die GmbH als der im ausgehenden 19. Jahrhundert geschaffenen Rechtsform läßt sich, sowohl was ihre Bedeutung im Inland als auch ihren Siegeszug in über 100 Ländern dieser Welt anbetrifft, eine so beeindruckende Erfolgskurve aufnehmen, daß die Herausgeber der Festschrift im Vorwort feststellen: „Ein so vitales Rechtsgebilde zu seinem runden Geburtstag gebührend zu würdigen, scheint unsere Pflicht.“ Die gebührende Würdigung ist ihnen – eine Feststellung ohne Abstriche – gelungen!

Die Herausgeber gestalteten eine Festschrift besonderer Art. In Anbetracht der Vielzahl möglicher Themen und der Vielzahl zu deren Behandlung legitimer GmbH-Experten wählten sie den Weg, einzelne Gegenstände des GmbH-Rechts zur Darstellung zu bringen, um „exemplarisch“ – wie sie ausführen – „aufzuzeigen, mit welchen Rechtsfragen das GmbH-Recht begonnen und wo es mit diesen Fragen heute angekommen ist“. Dieses Vorhaben führte zu 25 Beiträgen von Autoren, die Rang und Namen haben und aus dem Schrifttum jedermann bekannt sind. Jeder Beitrag ist in sich abgeschlossen, getrennt von einem anderen verständlich, lesbar und – das ist zu unterstreichen –, lesenswert; für den Rezensenten war die Lektüre interessant, bereichernd und Freude, nicht Pflicht.

Es mag dem Rezensenten gestattet sein, es bei einem bloßen Hinweis auf die ohne Einschränkung besonders hohe fachliche und stilistische Qualität aller Beiträge zu belassen und im übrigen den profanen Betrachtungsmaßstab eines Lesers anzulegen, der täglich mit dem GmbH-Recht in praktischer Anwendung umgehen muß und der bei der Festschrift wissen möchte, ob auch für ihn hier „etwas Brauchbares“ zu finden ist. Wenn dabei auf den einen oder anderen Beitrag mit mehr oder weniger Worten eingegangen wird, so wird gebeten, dies nicht als unterschiedliche Empfehlung anzusehen, sondern als Versuch, in begrenzter Ausführlichkeit die Festschrift mit ihren insgesamt ausgezeichneten Abhandlungen in schlagwortartiger Art und Weise vorzustellen. Allgemein ist noch vor auszuschicken, daß in allen Beiträgen auf die historische Entwicklung im Gesetzgebungsverfahren, in der Rspr. und im Schrifttum bis zum neuesten Stand eingegangen wird. Das Zurückblicken

liegt bei einer Geburtstagsschrift auf der Hand. Es sei aber hier festgestellt, daß es dem Leser das Verständnis für die heute geltenden Normen des GmbH-Rechts und der heute maßgebenden Rspr. wesentlich erleichtert.

Schubert, „Das GmbH-Gesetz von 1892 – Eine Zierde unserer Reichsgesetzsammlung. Das historische Geschehen um die GmbH von 1888 bis 1902“, S. 1–47.

Die Festschrift beginnt mit der Darstellung der Entstehungsgeschichte der GmbH einschl. der Abwägungen und Würdigungen der Zeitgenossen. Es wird nicht nur reine Geschichte geboten, sondern auch eine Standortbestimmung der GmbH gegenüber der KG und der OHG.

Lutter, „Die Entwicklung der GmbH in Europa und in der Welt“, S. 49–83.

Der Beitrag führt in die weltweite Bedeutung der GmbH ein. Es werden dabei u. a. die unterschiedlichen GmbH-Konzepte vorgestellt, die Einzelaspekte spezifischer GmbH-Regelungen in den verschiedenen Ländern behandelt und in einem Anhang wertvolle Hinweise auf die Gesetzgebung und die Literatur zur GmbH in den vielen behandelten Staaten der Welt gegeben.

Zöllner, „Inhaltsfreiheit bei Gesellschaftsverträgen“, S. 85–125.

Der Gestaltungsfreiheit bei Gesellschaftsverträgen stehen wachsende Hindernisse entgegen, die in einem Plädoyer gegen die tendenziell zunehmende Einengung von Freiräumen bei Vertragsgestaltungen aufgezeigt werden: Normenvermehrung durch Analogieschlüsse zwecks Lückenfüllung (verdeckte Sachleinlage), Angemessenheits- und Ausgewogenheitsanforderungen als Grenzen der Vertragsfreiheit im Gesellschaftsrecht (Inhalts- oder Ausübungskontrolle). Der Aufriß schließt mit einer Erörterung der Bewältigung von Funktionsdefiziten bei der Vertragsfreiheit, nämlich durch Vertragsauslegung, durch Ausübungskontrolle und durch Treupflichten zur Anpassung.

Hueck, „Vorgesellschaft“, S. 127–158.

Die Vor-GmbH, nach Vertragsabschluß bis zur konstitutiven Registereintragung ein Rechtsgebilde eigener Art, steht immer

mehr im Blickfeld praktischer und wissenschaftlicher Interessen. Es geht um Ausbau und Anerkennung einer Teilrechtsfähigkeit – einer passiven Partei-, Konkurs- und Vergleichsfähigkeit. Markante Komplexe werden herausgegriffen: Der Übergang von Rechten und Verbindlichkeiten auf die GmbH sowie die Notwendigkeiten voller Kapitalausstattung der GmbH mit der Folge einer Vorbelastungshaftung bei Aufgabe des Vorbelastungsverbotes.

*Priester*, „Kapitalaufbringung“, S. 159–187.

Der BGH spricht, wie der Verfasser unterstreicht, bei der Aufbringung und Erhaltung des Haftungsfonds vom „Kernstück des GmbH-Rechts“. Die Darstellung umfaßt die Kapitalaufbringung zum einen durch Geldeinlagen mit den Fragen des Leistungszeitpunktes (Unterbilanzhaftung, freie Verfügbarkeit der Geschäftsführer), zum anderen durch Sacheinlagen mit dem Wertproblem und dem Umgehungstatbestand (verdeckte Sacheinlage), und sie umfaßt die Kapitalausfallhaftung mit den Regelungen der §§ 21–24 GmbHG. Sie schließt ab mit Problemhinweisen bei einer Mantelverwendung und Vorratsgründung.

*Immenga*, „Bindung von Rechtsmacht durch Treuepflichten“, S. 189–208.

In der Entwicklungsgeschichte des GmbH-Rechts hat die Anerkennung einer Treuepflicht mit ihrem zunehmenden Netz einzelner Bezüge zu rechtsethischen Maßstäben geführt, die Mehr- und Minderheiten zwingen, ihr Handeln nach vorrangigem Gesellschaftsinteresse auszurichten. Die damit angesprochene Problematik ist eine Suche nach Maßstäben. Treuepflicht bedeutet rechtstheoretisch die Lösung der Konflikte, die erstens durch Einflußmöglichkeiten (Rechtsmacht), zweitens durch zweckwidrigen Einsatz von Rechten und drittens durch Verletzung von Loyalitätspflichten entstehen.

*Reichert*, „Vinkulierungsklauseln und gesellschaftliche Treuepflicht“, S. 209–243.

Stehen gesellschaftsvertraglich übliche Zustimmungsvorbehalte bei Geschäftsanteilsübertragungen im Belieben des entscheidungsbefugten Gesellschafters oder gibt es Treuepflichtschränken? Die Verfasser bejahen sie und verweisen dabei auf die wachsende Zahl zustimmender Stimmen im Schrifttum. Sie befürworten einen gerichtsfreien Beurteilungsspielraum bei Mehrheitsentscheidungen, stellen es aber im übrigen grundsätzlich bei einer Versagungsentscheidung auf das Vorliegen sachlicher, dem Vinkulierungszweck entsprechender Gründe ab. Es wird auf besondere Bereiche eingegangen, wie u. a. auf die prozessuale Durchsetzbarkeit und auf eine materielle Beschlußkontrolle (präventiven Konzernierungsschutzes, Veräußerung an Wettbewerber).

*Roth*, „Treuhand- und Unterbeteiligung“, S. 245–288.

Es ist kein GmbH-spezifischer Problemkreis. Der Beitrag erscheint jedoch dessen ungeachtet äußerst wertvoll, weil gerade bei der GmbH nicht erkennbare Treuhandbeteiligungen in der Praxis eine große Rolle spielen. Im Mittelpunkt der Betrachtungen steht das Spannungsverhältnis der beiden Rechtsverhältnisse mit ihren verschiedenen Regelungskreisen, der GmbH einerseits und der mittelbaren Beteiligung andererseits. Das führt zu fallspezifischen Erörterungen, u. a. Anwendbarkeit des § 15 Abs. 5 GmbHG (Einräumung oder Wechsel der Treugeberstellung), – Durchgriff auf den mittelbar Beteiligten bei Kapitalaufbringung und -erhaltung, – Stimmrechts- und Gesellschafterausschluß aus der Position des mittelbar Beteiligten, – Informationsanspruch des mittelbar Beteiligten und seine Treuepflicht schlechthin.

*Joost*, „Beständigkeit und Wandel im Recht der Gewinnverwendung“, S. 289–314.

Es geht um den § 29 GmbHG alter und neuer Fassung. Der materiell wesentliche Kern der Neuregelung im Recht der Ergebnisverwendung, nämlich die Einführung der Möglichkeit einer Mehrheitsentscheidung über die Gewinnverwendung, wird herausgestellt und kritisch betrachtet.

*Crezelius*, „Gewinnermittlung vs. Gewinnverwendung“, S. 315–333.

Der Beitrag ergänzt insofern den vorherigen, als er die Gewinnermittlung und ihr Verhältnis zur Gewinnverwendung einbezieht. Auf der Spur Gewinnermittlung = Rechnungslegung und Gewinnverwendung = Finanzierung wird die gesetzliche Zuständigkeitskonzeption – Geschäftsführer und Gesellschafter – beschrieben und dabei auf Einzelprobleme eingegangen (stille Reserven, Einflüsse des Steuerrechts [Maßgeblichkeitsgrundsatz], Rücklagenauflösung, verdeckte Gewinnausschüttung).

*Stimpel*, „Zum Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 GmbHG. Die Befreiung vom handelsbilanziellen Denken und die Unzulässigkeit von Vermögenszuwendungen an Gesellschafter gegen hinausgeschobene schuldrechtliche Ausgleichsverpflichtungen“, S. 335–361.

Von dem bekannten und anerkannten Leitsatz ausgehend, demzufolge es bei der Eingrenzung des nach § 30 Abs. 1 GmbHG geschützten Vermögens auf die handelsbilanziellen Werte ankommt (= keine Herbeiführung oder Vertiefung einer Unterbilanz), wird die These vertreten, daß, wenn einmal eine Unterdeckung eingetreten ist, eine Leistung an einen Gesellschafter nicht mehr erfolgen darf, wenn sie nach dem Buchwert anstelle eines höheren Verkehrswertes, mit dem Selbstkostenpreis und mit aufgeschobenen Ausgleichszahlungen des Gesellschafters an die Gesellschaft erfolgen soll.

*Ulmer*, „Gesellschafterhaftung gegenüber der GmbH bei Vorteilsgefährdung unter Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG“, S. 363–389.

Als wertvolle Ergänzung des vorherigen Beitrages wird auf die Ausfallhaftung der Mitgesellschafter für die Vorteilsgefährdung gegenüber einem Gesellschafter eingegangen. Die Folgen eines Verstoßes nach § 30 Abs. 1 GmbHG gem. § 31 GmbHG werden vor dem Hintergrund nach wie vor bestehender strittiger Fragen behandelt: Umfang der Haftung des Empfängers und der seiner Mitgesellschafter, Inhalt der Haftung durch Rückabwicklung des Geschäftes oder Wertausgleich, Folgen einer Wiederauffüllung des Stammkapitals.

*Fleck*, „Der Grundsatz der Kapitalerhaltung – seine Ausweitung und seine Grenzen“, S. 391–419.

Die Bedeutung der Regelung der §§ 30, 31 GmbHG wird durch einen dritten Beitrag mit Behandlung wichtiger Fragen unterstrichen, u. a.: Auszahlungsverbot oberhalb der Stammkapitalgrenze? (Kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen), Einbezug Dritter? (Mittelbare Auszahlung an einen Gesellschafter, Haftung eines Drittempfängers bei einer „qualifizierten Nähe“ zu einem Gesellschafter).

*Hommelhoff/Kleindieck*, „Flexible Finanzierungsinstrumente im GmbH-Recht. Das eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen zwischen Nachschußkapital und Finanzplankredit“, S. 421–445.

Von den heutigen Rechtssätzen zum eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen und zur eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung führen die Erörterungen zu Finanzierungsinstrumenten mit funktionellem Eigenkapitalcharakter: Finanzplankredite (von den Gesellschaftern neben ihrer Einlage zur Verfügung gestellte Geldmittel) und Rangrücktrittsvereinbarungen.

*Harm Peter Westermann*, „Einzahlung und Abfindung“ (§ 34 GmbHG), S. 447–472.

Die Dürftigkeit der Regelung in § 34 GmbHG steht in keinem Verhältnis zur Bedeutung der Einziehung und der Abfindung in der Kautelarpraxis. Der Beitrag geht auf Wesentliches bei der Zwangseinziehung in der neuen Praxis ein, hierbei auf die Rechtstechnik der Einziehung im Spannungsfeld von Konstruktion und Interessenbewertung.