

# Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer

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

Nr. 5

MittRhNotK

Mai 1992

## Der Status New Yorker Erbschaftsverwalter (administrators) im deutschen Nachlaßverfahren

(von Dr. Arno Wohlgemuth, Freie Universität Berlin)

- I. Das Recht der Erbschaftsverwaltung im Staate New York
  - 1. Rechte, Pflichten und Amtsdauer des Erbschaftsverwalters
  - 2. Erbschaftsverwaltung des voluntary administrator bei kleinen Nachlässen
  - 3. Entbehrlichkeit der Erbschaftsverwaltung
    - a) Besondere Schuldner
    - b) Nichtvorhandensein von Gläubigern am Ort des Nachlaßvermögens
  - 4. Beschränkung der Erbschaftsverwaltung auf den Staat der Bestellung
  - 5. Einziehungsbefugnisse des Erbschaftsverwalters im Hinblick auf Auslandsvermögen
  - 6. Aktiv- und Passivlegitimation des Erbschaftsverwalters bei Auslandsprozessen

### II. Das Internationale Privatrecht der Erbschaftsverwaltung im Staate New York

- 1. Erbschaftsverwaltung über unbeweglichen Nachlaß
- 2. Erbschaftsverwaltung über beweglichen Nachlaß
- III. Behandlung der Erbschaftsverwaltung nach dem Recht von New York im deutschen Nachlaßverfahren
  - 1. Rechtsprechung
  - 2. IPR-Gutachtenpraxis
  - 3. Lehre
    - a) Anerkennungstheorie
    - b) Spaltungstheorie
  - 4. Eigene Stellungnahme
    - a) Verwaltungsbefugnisse betr. nach New Yorker Recht unbeweglichen, nach deutschem Recht beweglichen Nachlaß
    - b) Anerkennung von Erben aus Staaten ohne Erbschaftsverwaltung als Hauptverwalter vor New Yorker Gerichten

### I.

#### Das Recht der Erbschaftsverwaltung im Staate New York

Das Erbrecht des Staates New York, wie es im Gesetz über Nachlässe, Ermächtigungen und Treuhandverhältnisse (Estates, Powers and Trusts Law = EPTL)<sup>1</sup> und im Nachlaßverfahrensgesetz (Surrogate's Court Procedure Act = SCPA)<sup>2</sup>, beide vom 1. 9. 1967, geregelt ist, hat seine Wurzeln in den jahrhundertealten Traditionen des englischen Common und Equity Law (Richter- und Billigkeitsrecht). Ebenso wie die überwiegende Zahl der fünfzig Bundesstaaten und anderen Rechtsteritorien der USA<sup>3</sup> lässt das Moderne Statute Law (Gesetzesrecht) des Staates New York demzufolge immer noch mit dem Erbfall den Titel am unbeweglichen Vermögen (real property)<sup>4</sup> ipso iure auf die gesetzlichen Erben (distributees)<sup>5</sup> übergehen<sup>6</sup>. Der Titel am beweglichen Vermögen (personal property) dagegen fällt nicht an die Intestaterben<sup>7</sup>, sondern an einen personal

representative<sup>8</sup>, der als Treuhänder (fiduciary)<sup>9</sup> mit einem gerichtlichen Zeugnis (letters of administration)<sup>10</sup> ausgestattet den legal title (das formelle Eigentum) am Mobiliarnachlaß erwirbt und diesen als gerichtlich überwachter Erbschaftsverwalter (administrator)<sup>11</sup> verwaltet. Die Berechtigung der Erben während der Verwaltung ist auf equitable interests (durch equity-Recht geschützte Titel) beschränkt<sup>12</sup>.

##### 1. Rechte, Pflichten und Amtsdauer des Erbschaftsverwalters

Die Rechtsstellung, Befugnisse und Pflichten eines administrator legen die Art. 11 u. 12 des EPTL<sup>13</sup> fest. Die Nachlaßabwicklung (administration) findet unter der Aufsicht des surrogate's court (Gericht für Nachlaß- und Pflegschaftssachen)<sup>14</sup> statt<sup>15</sup>. Der vom Nachlaßgericht bestellte personal representative sammelt den beweglichen Nachlaß (personal assets)<sup>16</sup>, zahlt die Nachlaßschulden einschließlich Erbschaftssteuern<sup>17</sup> und

1 Auf deutsch wiedergegeben bei Ferid/Firsching, Internationales Erbrecht, USA, New York, Text Nr. 30a, S. 16 ff.; im Original abgedruckt in: McKinney's Consolidated Laws of New York Annotated, Book 17B, Estates, Powers and Trusts Law, Practice Commentaries by Patrick J. Rohan, St. Paul, Minn 1981, 1991, Cumulative Annual Pocket Part.

2 Auf deutsch wiedergegeben bei Ferid/Firsching, a.a.O., Texte III, Nr. 30d, S. 147 ff.; im Original abgedruckt in: McKinney's Consolidated Laws of New York Annotated, Book 58A, Surrogate's Court Procedure Act, Brooklyn, N.Y. 1967, 1991, Cumulative Annual Pocket Part, St. Paul, Minn.

3 Vgl. 72 Am Jur 2d, States Territories and Dependencies §§ 135 f.; Martindale/Hubbell, Law Directory, Vol. VIII, 121. Aufl. Summit, N.J. 1989, S. IV–VI; Ferid/Firsching, a.a.O., Texte, S. 1.

4 Zur Definition von property siehe § 1–2.15 EPTL = 103 (41) SCPA.

5 § 1–2.5 EPTL.

6 In re Estate of Phelps (1974) 359 N.Y.S.2d 614; In re Clark's Estate (1972) 329 N.Y.S.2d 995; In re Grace's Estate (1970) 308 N.Y.S.2d 33; Gibson v. Leggett (1960) 201 N.Y.S.2d 615; Singer v. Levine (1958) 181 N.Y.S.2d 699;

26A C.J.S. Descent and Distribution § 66; 33 C.J.S. Executors and Administrators § 103; 23 Am Jur 2d, Descent and Distribution § 20; 31 Am Jur 2d; Executors and Administrators §§ 490, 565.

7 Putch v. Jacard Reality Company (1964) 253 N.Y.S.2d 335; 26A C.J.S. Descent and Distribution § 67; 23 Am Jur 2d, Descent and Distribution § 19.

8 § 1–2.13 EPTL.

9 §§ 1–2.1; 1–2.7; 11–11 (a) EPTL; § 103 (21) SCPA.

10 § 103 (31) SCPA.

11 § 103 (2) SCPA.

12 Vgl. Ferid/Firsching, a.a.O., Bd. VII, Rz 68 zu US Grdz. D; Ferid/Firsching, a.a.O., US New York Texte III, Nr. 30, S. 4; auch BFH Urt. v. 8. 6. 1989, IPRspr. 1988, Nr. 134, S. 279.

13 Vgl. auch Martindale/Hubbell, a.a.O., New York Law Digest, S. 32–37.

14 § 103 (10) SCPA; im folgenden kurz Nachlaßgericht genannt.

15 §§ 201 ff. SCPA.

16 § 11–11 EPTL.

17 § 2–1.8 EPTL; §§ 1801–1813 SCPA.

verteilt den Überschuß an die gesetzlichen Erben<sup>18</sup>. Nur wenn der bewegliche Nachlaß zur Zahlung der Schulden nicht ausreicht, ist der Verwalter befugt, mit Ermächtigung des Gerichts auf den unbeweglichen Nachlaß<sup>19</sup>, der unmittelbar den Erben zusteht<sup>20</sup>, zurückzugreifen<sup>21</sup>. Im final decree, das den Abschluß der administration bildet, wird die Verteilung des Nachlasses im einzelnen an die Berechtigten angeordnet<sup>22</sup>.

Das Amt des Erbschaftsverwalters endet erst mit seinem Tode, seiner Amtsniederlegung, der Einziehung seiner Bestallungsurkunde oder einer vorläufigen Amtsenthebung<sup>23</sup>. Es erlischt nicht mit der Schlußabrechnung und deren Genehmigung<sup>24</sup>. Erhält ein Erbschaftsverwalter einen gerichtlichen Entlassungsbeschuß (order of final discharge), verliert er seine Rechte und Pflichten<sup>25</sup>. Das hat auch die New Yorker Rechtsprechung anerkannt<sup>26</sup>. Mit der gerichtlichen Zahlungs- und Verteilungsanordnung allein endet das Amt des Verwalters nicht. Als gerichtliche Regelung (judicial settlement) gilt ein Verfahren, wodurch die Rechnung eines administrator durch Beschuß genehmigt wird<sup>27</sup>. Gem. § 361 Restatement 2d des Conflict of laws 2d, eine nichtamtliche systematische Zusammenfassung des Rechts der Einzelstaaten ohne Gesetzeskraft<sup>28</sup>, deren Grundsätze gerade zum IPR nicht immer das geltende common law widerspiegeln<sup>29</sup>, bleibt die Gerichtsbarkeit des Ernennungsgerichts bis zur Beendigung des Verfahrens fortbestehen, auch wenn sich der Verwalter ins Ausland begibt.

## 2. Erbschaftsverwaltung des voluntary administrator bei kleinen Nachlässen

In Art. 13 SCPA<sup>30</sup> ist die Behandlung kleiner Nachlässe ohne gerichtlich überwachte administration geregelt. Sinn der Regelung ist, kleine Nachlässe bei gesetzlicher Erbfolge ohne formale administration durch ein summarisches Verfahren zu erleidigen<sup>31</sup>. Diese Art der Abwicklung kleiner Nachlässe ist nicht zwingend, es kann auf Antrag vom Nachlaßgericht auch ein Erbschaftsverwalter bestellt werden<sup>32</sup>.

Im Falle eines small estate darf der Nachlaßverwalter (voluntary administrator) gem. § 1301 Nr. 2 SCPA handeln, wenn er eine Todesurkunde und ein affidavit (eidliche Erklärung) dem surrogate's court vorlegt, in dem er den Bestand des Nachlasses sowie die Anschriften der Zuteilungsberechtigten und der Gläubiger angibt und eine dem Gesetz entsprechende Abwicklung des Nachlasses zusichert. Er erhält zu seiner Legitimation ein gerichtliches certificate und eine Kopie des affidavit, auf der an ihn geleistete Zahlungen quittiert werden<sup>33</sup>. Er hat die Stellung eines Treuhänders, als solcher kann er Nachlaßgegenstände verkaufen und Klage bis zu 10.000 \$ erheben<sup>34</sup>. Er hat Einzahlungen von Geld auf ein Bankkonto, die Berichtigung der Verwaltungs-, Bestattungskosten und Nachlaßverbindlichkeiten und die Verteilung des Überschusses an die Nachlaßberechtigten vorzunehmen. Am Ende der Abwicklung ist das quittierte affidavit zur Entlastung dem clerk (Justizbeamten) des Gerichts nebst einer kurzen Abrechnung vorzulegen<sup>35</sup>.

Als klein gilt gem. § 1301 Abs. 1 SCPA i.d.F. vom 19. 3. 1985 der

Nachlaß eines Erblassers, der innerhalb oder außerhalb des Staates New York domiziliert war, wenn der Wert des Vermögens insgesamt nicht 10.000 \$ übersteigt.

Außer Betracht bleibt bei der Bewertung exemptes Vermögen (exempt property), wie es in § 5–3.1 (a) (1) bis (5) EPTL aufgeführt ist, sowie unbeweglicher Nachlaß<sup>36</sup>. Das Vorhandensein von Immobilien schließt die Anwendung des § 1301 SCPA für den Mobiliarnachlaß nicht aus<sup>37</sup>. Zugunsten des Ehegatten sowie der Kinder unter 21 Jahren zählen nicht zum Nachlaß Hausrat bis zu 5000 \$, Familienbilder und Bücher bis zu 150 \$, Haustiere und Futter für 60 Tage, bäuerliche Maschinen usw. bis zu 10.000 \$, Geld und bewegliches Vermögen bis zu 10.000 \$, wobei nicht gedeckte Beerdigungskosten in Höhe von 1000 \$ hieraus vorab zu zahlen sind<sup>38</sup>. Danach kann ein Vermögen im Werte von 36.150 \$ noch als kleiner Nachlaß gelten<sup>39</sup>. In die Summe ist jedoch alles bewegliche Vermögen einzubeziehen, unabhängig vom Ort seiner Belegenheit<sup>40</sup>. Das zeigt auch § 3.1201 (1) des Uniform Probate Code<sup>41</sup>, wonach den Wert des gesamten Nachlasses alle Gegenstände ausmachen, wo immer sie auch belegen sein mögen.

## 3. Entbehrllichkeit der Erbschaftsverwaltung

### a) Besondere Schuldner

Für gewisse Fälle erklärt das New Yorker Recht, wie auch andere US-Einzelstaaten, ausdrücklich eine administration für Zahlungen von Nachlaßschuldern als entbehrlich. So sind z. B. nach § 1310 SCPA i.d.F. vom 25. 5. 1990 keine letters of administration erforderlich für die Einziehung von Beträgen von Versicherungen, Staat, öffentlichen Körperschaften, Bundesbehörden oder Betriebskassen<sup>42</sup> bis zu 10.000 \$ durch den Ehegatten des Erblassers und die Kinder, Eltern und Geschwister. Der Ehegatte kann Zahlung dieser Beträge bis zu der genannten Höhe sofort aufgrund eidesstattlicher Versicherungen verlangen<sup>43</sup>; die anderen vorgenannten Verwandten können es 30 Tage nach Eintritt des Erbfalles<sup>44</sup>. Sind ein Ehegatte oder minderjährige Kinder nicht vorhanden, so können auch sonstige distributees oder Gläubiger nach sechs Monaten bis zu 1500 \$ verlangen<sup>45</sup>. In Höhe von 500 \$ oder bei Kindern und Geschäftsunfähigen von 1000 \$ kann der öffentliche Erbschaftsverwalter (public administrator) bzw. Kreiskämmerer (county treasurer)<sup>46</sup> Forderungen aus der Sozial-, Arbeitslosen- oder Arbeiterunfallversicherung zur Deckung von Bestattungskosten sowie zur Verteilung an die Erben einziehen, ohne letters of administration<sup>47</sup> zu benötigen.

### b) Nichtvorhandensein von Gläubigern am Ort des Nachlaßvermögens

Eine administration kann dadurch überflüssig werden, daß die gesetzlichen Erben die Gläubiger von sich aus befriedigen und sich gütlich über die Nachlaßteilung einigen. Die ältere New Yorker Rechtsprechung hat darüber hinaus ein Bedürfnis für die Einleitung einer administration verneint, wenn im Staate New York Nachlaßgläubiger entweder nicht vorhanden oder

18 §§ 2215–2226 SCPA.

19 §§ 1901–1922 SCPA.

20 Vgl. Ferid/Firsching, a.a.O., US New York Texte III, Nr. 30, S. 4.

21 In re Klein's Will (1946) 66 N.Y.S.2d 450; In re Paddock's Will (1945) 53 N.Y.S.2d 265; 33 C.J.S. Executors and Administrators § 103.

22 §§ 2215 Nr.1 SCPA; vgl. auch Ferid/Firsching, a.a.O., Rz 256, 284–292 zu US Grdz G II.

23 33 C.J.S. Executors and Administrators §§ 78(a), 81; 31 Am Jur 2d, Executors and Administrators §§ 271, 275.

24 33 C.J.S. Executors and Administrators § 78(c); 31 Am Jur 2d, Executors and Administrators § 273.

25 33 C.J.S. Executors and Administrators § 79(d); 31 Am Jur 2d, Executors and Administrators § 273.

26 In re Coventry's Estate, 34 N.Y.S.2d 619 (623); In re Angell's Will, 17 N.Y.S. 2d 571.

27 §§ 103 (29), 2215 SCPA.

28 Vgl. Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart, 2. Aufl. 1989, bearbeitet von Günter Grasmann u. a., S. 531.

29 Vgl. Ferid/Firsching, a.a.O., Rz 26 zu US Grdz. B IV.

30 §§ 1301–1312 SCPA.

31 Ferid/Firsching, a.a.O., Texte III, Nr. 30d, S. 169.

32 § 1309 Abs.1 SCPA.

33 § 1304 SCPA.

34 § 1306 SCPA.

35 § 1307 SCPA.

36 § 1302 SCPA.

37 § 1302 SCPA.

38 § 5–3.1 (a) (1) bis (5) EPTL.

39 McKinney's, a.a.O., 58A SCPA (1001–1700), Cumulative Annual Pocket Part 1991, S. 33.

40 Vgl. auch 31 Am Jur 2d, Executors and Administrators §§ 16–20; 33 C.J.S. Executors and Administrators § 5 (f.).

41 Abgedruckt in Ferid/Firsching, a.a.O., US Texte II Nr.10, S. 81. Der Code ist nicht in New York eingeführt worden; zu den Staaten, die ihm folgen, siehe Ferid/Firsching, a.a.O., S. 20c.

42 § 1310 Abs.1 (a) und (b) SCPA.

43 § 1310 Abs. 2 SCPA.

44 § 1310 Abs. 3 SCPA.

45 § 1310 Abs. 4 SCPA.

46 Vgl. Art.11 und 12 SCPA.

47 § 1311 SCPA.

bereits befriedigt waren und auch sonst kein Interesse an einer förmlichen Nachlaßabwicklung bestand<sup>48</sup>. Die Gerichte hatten in diesen Fällen anerkannt, daß der Nachlaß mit dem Erbfall automatisch auf die gesetzlichen Erben überging<sup>49</sup>. Das gleiche gilt heute noch für alle Fälle, in denen eine administration tatsächlich nicht stattgefunden hat oder infolge Fristablaufs nicht mehr stattfinden kann und der bewegliche Nachlaß an die rechtmäßigen Erben oder Vermächtnisnehmer gelangt ist<sup>50</sup>. Bemerkenswert an den Entscheidungen der älteren New Yorker Rechtsprechung ist jedoch, daß nach dem maßgeblichen fremden oder ausländischen Recht des letzten Erblasserdomizils die jeweils Verfügungsbefugten, Erben oder Vermächtnisnehmer kraft Gesetzes als Inhaber des Titels galten. Der türkische Sultan galt nach dem Tode seiner Untertanen gem. türkischem Recht als Inhaber von deren Nachlässen und war befugt, die Verteilung des Vermögens an die Endberechtigten vorzunehmen<sup>51</sup>. Testaterben (legatees) erwarben nach dem Recht von New Jersey Erbrechte am Nachlaß ohne Zwischentitel eines administrator<sup>52</sup>, ebenso nach dem Recht von Alabama<sup>53</sup>, oder der französische Testamentserbe trat unmittelbar die Erbfolge an<sup>54</sup>. Das Nichtvorhandensein von Nachlaßgläubigern allein reichte nicht aus, um die administration für unnötig zu erklären<sup>55</sup>.

#### 4. Beschränkung der Erbschaftsverwaltung auf den Staat der Bestellung

Eine Besonderheit von Testamentsvollstreckern (letters testamentary) oder Erbschaftsverwalterzeugnissen (letters of administration) nach US-amerikanischem Recht ist jedoch, daß sie keinerlei Rechtskraft oder Rechtswirkungen außerhalb der Grenzen des Staates, in dem sie erteilt worden sind, besitzen. Ist es einem Testamentsvollstreckern oder Erbschaftsverwaltern gestattet, Kontrollbefugnisse über Vermögensgegenstände über die Grenzen des Ernennungsstaates hinaus auszuüben, so müssen die entsprechenden Befugnisse aus den Gesetzen des ausländischen Staates abgeleitet werden können oder aus Gründen der comity gestattet sein<sup>56</sup>. Die Comity-Doktrin, die Lehre vom freundlichen Entgegenkommen, deren Urheber der Holländer Paul Voet (1619–1667) war<sup>57</sup>, bildet in den USA die Grundlage für die Anwendung fremden Rechts<sup>58</sup>, hat in Westeuropa aber praktisch keine Gefolgschaft gefunden und kann insbesondere in Deutschland nicht Grund für die Anerkennung US-amerikanischer Entscheidungen sein<sup>59</sup>.

Die territoriale Beschränkung der Befugnisse eines Erbschaftsverwalters ist in New York in der Sache Appeal of Gant<sup>60</sup> anerkannt worden. Danach wird eine Testamentsvollstreckerin vom Gericht der Nachlaßgerichtsbarkeit zur Verwaltung des Nachlasses des Erblassers im Namen des Gerichts bestellt und sie leitet ihre Befugnisse lediglich vom Gericht ab; ihre Vertretungsfähigkeit endet an den Grenzen des Staates der Gerichtsbarkeit, so daß selbst bei Vorhandensein von Vermögensgegenständen in einem ausländischen Staat Ergänzungstestamentsvollstreckerzeugnisse erworben und ausländische Vertreter oder sonstige Personen zur Verwaltung dieser Vermögensgegenstände bestellt werden müssen.

In McMaster v. Gould<sup>61</sup> führte das Gericht<sup>62</sup> aus, daß ein ausländischer Verwalter als Amtsinhaber einer anderen Souveränität nur aufgrund der Gesetze eines anderen Staates existiere und keine gesetzliche Existenz in New York besitze.

In Helme v. Buckelew<sup>63</sup> statuierte Richter Cardozo, daß der Verwalter ausschließlich verpflichtet sei, über Vermögen, das er gem. und kraft seiner Verwaltung einziehe, Rechenschaft gegenüber den zuständigen Gerichten derjenigen Regierung abzulegen, von denen er seine Befugnisse ableite; die Gerichte anderer Staaten hätten kein Recht in die Verwendung solchen Vermögens entsprechend der *lex loci* einzugreifen oder sie zu kontrollieren. Wenn der Staat New York die Legalisierung des Titels eines anderen Staates akzeptiere und ihm dieselbe Wirkung beimesse, wie wenn neue Zeugnisse in New York erteilt worden wären, so könne er das tun; er dürfe ausländischen Zeugnissen für die Verwaltung örtlichen Vermögens durchaus Wirkungen beimesse.

Zum Teil lassen Gesetz, zum Teil Rechtsprechung den am Erblasserwohnsitz eingesetzten administrator unter gewissen besonderen Bedingungen auch für das außerhalb des Wohnsitzstaates belegene Vermögen des Erblassers tätig werden. So kann ein am Erblasserwohnsitz eingesetzter Erbschaftsverwalter in einem anderen Staat, in dem sich Nachlaßgegenstände befinden, seine Befugnisse dann ausüben, wenn er vom Nachlaßgericht des Belegenheitsstaates ein Ergänzungserbschaftsverwalterzeugnis (ancillary letters of administration) erhalten hat, die ihm in New York unter den Voraussetzungen der §§ 1607 ff. SCPA erteilt werden. Für den ausländischen Verwalter des Staates des letzten Erblasserwohnsitzes gilt bei der Erteilung der ancillary letters<sup>64</sup> nicht die Vorschrift des § 707 Nr.1 (c) Satz 2 S CPA, wonach ein Ausländer mit Wohnsitz im Ausland grundsätzlich nicht zum Haupterbschaftsverwalter bestellt werden kann und dann auch nur ausnahmsweise aufgrund einer Ermessensentscheidung des Gerichts.

#### 5. Einziehungsbefugnisse des Erbschaftsverwalters im Hinblick auf Auslandsvermögen

Darüber, ob und inwieweit ein im Wohnsitzstaat des Erblassers ernannter Erbschaftsverwalter zur Einziehung und Verwaltung bezüglich der außerhalb belegenen Nachlaßgegenstände auch ohne eine zusätzlich ergangene Bestätigung seitens der Gerichte des Belegenheitsstaates befugt ist, gehen die Meinungen in der US-amerikanischen Judikatur und im Schrifttum auseinander<sup>65</sup>. Als einigermaßen gesichert kann allerdings die Auffassung gelten, daß der im Wohnsitzstaat bestellte administrator vom Standpunkt des Wohnsitzstaates aus zur Einziehung des außerhalb des Wohnsitzstaates befindlichen Mobiliarvermögens des Erblassers solange als befugt anzusehen ist, als im Belegenheitsstaat noch kein besonderer Erbschaftsverwalter ernannt ist. Dementsprechend darf der im Wohnsitzstaat des Erblassers ernannte Erbschaftsverwalter freiwillige Zahlungen ausländischer Schuldner entgegennehmen, und zwar mit befreiender Wirkung für den Schuldner. Das ist auch in New York anerkannt<sup>66</sup>.

48 Vgl. Sultan of Turkey v. Tiryakian (1914) 147 N.Y.S. 978; In re van Kleeck (1916) 158 N.Y.S. 539; In re Woodruff's Will (1929) 237 N.Y.S. 417; Roques v. Grosjean (1946) 66 N.Y.S.2d 348; Du Roure v. Alvord (1954) 120 F.Supp. 166. Vgl. dazu auch Knauer, Anm. zu BGH Urt. v. 15. 4. 1959, RabelsZ 1960, 322.

49 Hyde v. Stone, 7 Wend. (N.Y.) 354; Dispensing with or revoking grant of, administration of decedent's estate on ground that administration is not necessary, 70 /1931) A.L.R. 386–399.

50 Vgl. 33 C.J.S. Executors and Administrators § 299(a) S. 1342; Wengler, Gutachten zum internationalen und ausländischen Familien- und Erbrecht, Bd. 2, 1971, Nr. 109, S. 774 f.; Ferid/Firsching, a.a.O., Rz 56c zu US Grdz. C II, S. 40/140; vgl. zur Regelung des Uniform Probate Code: 31 Am Jur 2d, Executors and Administrators §§ 21–30.

51 Sultan of Turkey v. Tiryakian, a.a.O.

52 In re van Kleeck, a.a.O.

53 In re Woodruff's Will, a.a.O.

54 Roques v. Grosjean, a.a.O.; Du Roure v. Alvord, a.a.O.

55 Vgl. In re Merrill's Estate (1946) 64 N.Y.S.2d 241.

56 31 Am Jur 2d, Executors and Administrators § 1183; 34 C.J.S. Executors and Administrators § 1000(b); Vroom v. Van Horne (1844) 10 Paige 549, 42 Am., Dec. 94; Thorburn v. Gates (1918) 171 N.Y.S. 568.

57 Vgl. Gutzwiller, Geschichte des Internationalen Privatrechts, 1977, S. 136 ff. 16 Am Jur 2d, Conflict of Laws §§ 9–12; 15A C.J.S. Conflict of Laws §§ 3(1)–3(9); von Bar, Internationales Privatrecht, Bd. 1, 1987, S. 386.

59 Vgl. Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts, Bd. III/1 (Anerkennung ausländischer Entscheidungen nach autonomem Recht), Martiny, 1984, S. 121 f. Rz 257; Riebler, Internationales Zivilprozeßrecht und prozesuales Fremdenrecht, 1949, S. 19 f.

60 (1955) 141 N.Y.2d 738.

61 (1925) 239 N.Y. 606.

62 Siehe auch Annotation, Constitutionality of statute allowing suit to be instituted or continued against foreign executors or administrators, 40 A.L.R. 796–800.

63 (1920) 229 N.Y. 363; 128 N.E. 216 (217, 218).

64 § 1607 SCPA.

65 Vgl. Stemberg, Principles on Conflict of Laws, 3. Aufl. Brooklyn 1963, S. 407 ff.; Eugene F. Scoles/Peter Hay, Conflict of Laws, St. Paul/Minn. 1984 (1988–89 Pocket Part, 1988), S. 849–851; Herbert F. Goodrich, Handbook of the Conflict of Laws, 3. Aufl. St. Paul/Minn 1949, S. 549–554.

66 Helme v. Buckelew, 181 N.Y.S. 104; Maas v. German Savings Bank in City of New York, 176 N.Y. 377; 31 Am Jur 2d, Executors and Administrators § 1188; Scoles/Hay, a.a.O., s. 849–851; Goodrich, a.a.O., S. 555–557; Wengler, a.a.O., Nr. 108, S. 767.

Das Rest. 2d enthält in §§ 321, 322, 328, 329 und 331 eine detaillierte Regelung. Nach § 321 Rest. 2d kann ein Erbschaftsverwalter bewegliches Vermögen, solange ein örtlicher Verwalter noch nicht bestellt ist, außerhalb des Staates seiner eigenen Ernennung in Besitz nehmen, fortschaffen und verwalten. Ist jedoch ein örtlicher Erbschaftsverwalter ernannt, so hat dieser vorrangige Besitzbefugnisse; er hat ebenfalls Rückholrechte unter Zuhilfenahme der Gerichte, die ihm jedoch das Recht aus Gründen einer angemessenen Nachlaßabwicklung versagen können. Soweit es das Recht des Staates, in dem der örtliche Erbschaftsverwalter bestellt worden ist, vorsieht, haftet der Domizilverwalter, wenn er von der Ergänzungsverwaltung Kenntnis hatte. Dasselbe gilt gem. § 328 Rest. 2d für die Einziehung von Erbschaftsforderungen durch den Primärverwalter. Die Leistung eines Schuldners in Unkenntnis von einer örtlichen Nachlaßverwaltung an den Hauptverwalter hat befreiende Wirkung, andernfalls haftet er dem Sekundärverwalter nach Ortsrecht<sup>67</sup>. Nach § 331 Rest. 2d hat ein Gericht auf Antrag die Übergabe örtlicher Vermögensgegenstände an einen ausländischen Verwalter anzuordnen, soweit es darin eine angemessene Nachlaßregelung sieht. Besonderheiten der Einziehungsbefugnis gelten, soweit es sich um Wertpapiere (chattel represented by negotiable document of title)<sup>68</sup>, Aktien (corporate shares represented by share certificate) und Dividenden (dividends)<sup>69</sup> und nichtverbriezte Gesellschaftsanteile (corporate shares not represented by share certificate)<sup>70</sup> handelt.

Mietzinsen, Gewinne und Einkommen aus dem Immobiliennachlaß, die vor dem Tode des Erblassers angefallen sind, stehen dem personal representative zu, Mietzinsen, Gewinne und Einkommen aus dem Immobiliennachlaß, die nach dem Tode des Erblassers anfallen, gebühren dagegen den Erben<sup>71</sup>. So kann ein administrator Mietzinsen für Mietgrundstücke nicht entgegennehmen, die außerhalb des Staates liegen, in dem er bestellt worden ist, und ein Gericht seines Domizils ist nicht befugt, ihn dazu zu ermächtigen<sup>72</sup>.

Eine besondere Regelung findet sich in § 13–3.4 EPTL und § 2221 SCPA für Zahlungen von Geldern oder Übergabe von Vermögen aus dem Staate New York an einen auswärtigen administrator eines Erblassers, der im Ausland domiziliert war. Nach § 13–3.4 EPTL kann an den auswärtigen Treuhänder des Nachlasses eines am ausländischen Domizil verstorbenen Erblassers, der nach dem dortigen Recht befugt ist, bewegliches Vermögen in den Händen oder unter der Kontrolle einer Person oder eines Treuhänders in New York entgegenzunehmen, ohne gerichtliche Anordnung geleistet werden, wobei die Empfangsbestätigung und Entlastung des auswärtigen Treuhänders zugunsten des Leistenden wirkt. Das gilt dann nicht, wenn der Leistende eine schriftliche Benachrichtigung von der Bestellung eines Haupt- oder Ergänzungsvertreters für das Vermögen oder den Nachlaß in New York oder dem Vorhandensein von Gläubigern des Erblassers in New York erhalten hat.

Wenn der Begünstigte eines Nachlasses ein nicht in New York domizillierter Erblasser war und Anspruch auf Geld oder Vermögen hatte, das sich in New York befindet, kann nach § 2221 SCPA das zuständige Gericht die Zahlung oder Übergabe von Vermögen oder einem Nachlaß eines nicht in New York domizillierten Erblassers an den Treuhänder anordnen, wenn der auswärtige Treuhänder berechtigt ist, dieses Geld oder Vermögen in Übereinstimmung mit der Vorschrift des § 13–3.4 EPTL entgegenzunehmen und, soweit nach dem Domizilrecht erforderlich, Sicherheit für die Zahlung oder Übergabe geleistet hat und vom Vorhandensein von Gläubigern in New York nichts bekannt ist.

67 § 329 Rest. 2d.

68 §§ 323, 326 Rest. 2d.

69 § 324 Rest. 2d.

70 § 325 Rest. 2d.

71 33 C.J.S. Executors and Administrators § 105(a), (c).

72 31 Am Jur 2d, Executors and administrators § 1194; Smith's Executors v. Wiley, 22 Ala. 396.

73 Vgl. Stumberg, a.a.O., S. 404 ff.; Scoles/Hay, a.a.O., S. 842–845; Goodrich, a.a.O., S. 562–566; 34 C.J.S. Executors and Administrators §§ 1117–1011,

## 6. Aktiv- und Passivlegitimation des Erbschaftsverwalters bei Auslandsprozessen

Zweifelhaft ist auch, wieweit ein administrator in seiner amtlichen Eigenschaft zur Prozeßführung außerhalb seines Ernennungsstaates ohne Erteilung von letters of administration aktiv oder passiv legitimiert ist<sup>73</sup>. Eine Regelung findet sich in den statutes von New York. Nach § 13–3.5 EPTL kann, wenn der Erblasser in einem anderen Staat, Territorium oder Jurisdiktionsbereich der USA sein Domizil hatte, der dort bestellte administrator unter gewissen Einschränkungen im Staate New York Klage erheben. Er muß innerhalb von zehn Tagen nach Klageerhebung Kopien der ihm erteilten Verwalterzeugnisse vorlegen und versichern, daß der Erblasser keine Schulden gegenüber in New York ansässigen Gläubigern hat. Darüber hinaus darf kein Antrag auf Ergänzungsverwaltung bei einem New Yorker Gericht gestellt worden sein. Wird nach Klageerhebung in New York eine Ergänzungsverwaltung eingeleitet, kann der New Yorker Ergänzungsverwalter auf Antrag das Verfahren an sich ziehen.

Die Bestimmung ist jedoch expressis verbis nicht anwendbar auf ausländische administrators. In einem solchen Falle ist die Bestellung eines ancillary representative im Staate New York nötig<sup>74</sup>. Ein in England am letzten Domizil des Erblassers ernannter domiciliary executor hat danach im Hinblick auf New Yorker Vermögen kein Klagerecht vor dortigen Gerichten; dieses liegt allein beim ancillary executor in New York<sup>75</sup>. Geht allerdings nach dem Recht des Domizils die Erbschaft unmittelbar auf die Erben ohne Zwischenschaltung eines administrator über, wie nach französischem Recht, dann ist der Erbe vor New Yorker Gerichten aktiv legitimiert<sup>76</sup>.

Etwas anderes wiederum gilt gem. § 5–4.1 EPTL für Schadenersatzklagen wegen widerrechtlicher Tötung des Erblassers. Danach kann auch ein ausländischer Treuhänder gegen den Schädiger vor New Yorker Gerichten klagen.

Nach § 354 Rest. 2d soll ein ausländischer Erbschaftsverwalter Klage zur Durchsetzung eines Anspruchs des Erblassers erheben dürfen, wenn der Beklagte keine begründeten Einwendungen vorbringt oder die Forderung in einem Wertpapier verbrieft ist, die ein ausländischer Erbschaftsverwalter in Besitz hat, oder die Erhebung der Klage im wohlverstandenen Interesse des Nachlasses ist und die Rechte der örtlichen Gläubiger nicht beeinträchtigt werden oder die Klage in sonstiger Weise nach dem örtlichen Recht des Gerichtsortes zulässig ist. Gem. § 358 Rest. 2d soll gegen einen ausländischen Erbschaftsverwalter Klage wegen eines Anspruchs gegen den Erblasser erhoben werden können, wenn sie nach dem örtlichen Recht des Gerichtsstaates zulässig ist und die Klage innerhalb des Staates gegen den Erblasser zu dessen Lebzeiten wegen Vorliegens eines Gerichtsstandes außer dem der bloßen körperlichen Anwesenheit hätte erhoben werden können oder der Erbschaftsverwalter in dem Staat eine Handlung in seiner amtlichen Eigenschaft vorgenommen hat.

Die Grundsätze des Rest. 2d werden nicht in vollem Umfange von der Gesetzgebung und Rechtsprechung des Staates New York getragen.

## II. Das Internationale Privatrecht der Erbschaftsverwaltung im Staate New York

Das Kollisionsrecht von New York unterscheidet – ebenso wie die Rechte der meisten anderen US-Bundesstaaten – im Rah-

§§ 1012–1014; 31 Am Jur 2d, Executors and Administrators §§ 1275–1285, §§ 1333–1340; §§ 351–361 Rest. 2d; Ferid/Firsching, a.a.O., Rz 56d zu US Grdz. C II S. 40/145 ff.

74 Gibb v. Chisholm (1953) 126 N.Y.S.2d 150; vgl. auch Gordon v. Gordon (1985) 487 N.Y.S.2d 575.

75 Ausnahme: Wiel v. Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle, 321 N.Y.S.2d 250. Du Roure v. Alvord, 120 F.Supp. 166; vgl. auch Ferid/Firsching, a.a.O., US New York Texte III, 30a, S. 132.

men der Behandlung von internationalen Erbfällen, anders als das deutsche Internationale Privatrecht, deutlich zwischen der Erbfolge (succession) einerseits und der Nachlaßabwicklung (administration) andererseits, so z. B. das Rest. 2d des Conflict of Laws 2d, das im 9. Kapitel über das Eigentum (property) in Titel G § 236 die Intestaterbfolge in Grundstücke und in Titel E § 260 die in bewegliches Vermögen regelt und im 14. Kapitel über die Verwaltung von Nachlässen (administration of estates) Topic 1 §§ 314–366 die Verwaltung des Nachlasses<sup>77</sup>.

## 1. Erbschaftsverwaltung über unbeweglichen Nachlaß

§ 334 Rest. 2d bestimmt, daß Immobiliarnachlaß von dem Erbschaftsverwalter desjenigen Staates verwaltet wird, in dem sich die Immobilien befinden und dessen Gerichte den Verwalter bestellt haben, und zwar in dem Umfange, wie es von dem Recht jenes Staates gestattet ist. Insofern gilt das Prinzip der *lex rei sitae*. Diesem Grundsatz<sup>78</sup> folgt auch die Rechtsprechung von New York, wie die Entscheidung *In re Estate of Emil Strauss*<sup>79</sup> in bezug auf eine Testaterbfolge zeigt. In jenem Falle hatte ein in New York domizilierter Testator Grundstücke in Frankfurt/Main hinterlassen. Das Gericht war der Meinung, daß deutsches Recht den Anfall von Grundbesitz im Wege der Erbfolge, die Art und Weise seines Überganges oder seiner Übertragung, seiner Verwaltung aufgrund des Testamentes des Erblassers sowie die Rechte und Pflichten testamentarischer Treuhänder und deren Haftung beherrsche.

## 2. Erbschaftsverwaltung über beweglichen Nachlaß

Allgemein gilt, daß die administration des beweglichen Nachlaßvermögens dem Recht des Staates unterliegt, dessen Gericht den administrator ernennt<sup>80</sup>. Nach § 316 Rest. 2d werden die Pflichten eines Erbschaftsverwalters im Hinblick auf die Durchführung der Nachlaßverwaltung vom örtlichen Recht des Staates der Bestellung bestimmt.

Zuständig für die Bestellung eines administrator für den Mobiiliarnachlaß sind – sieht man von dem Fall der Tötung des Erblassers durch einen Dritten ab – entweder die Gerichte des Staates, in dem der Erblasser sein letztes Domizil hatte, oder die Gerichte des Staates, in denen sich im Zeitpunkt des Erbfalles oder im Zeitpunkt der Anordnung der administration Nachlaßgegenstände befunden haben. Das Rest. 2d enthält diese allgemein anerkannte Zuständigkeitsregel für die Bestellung eines Testamentsvollstreckers in § 314. Gem. § 315 Rest. 2d gilt diese Regel auch für die Erbschaftsverwaltung von beweglichem Vermögen bei Intestaterbfolge.

Unter Berufung auf die §§ 314 ff. Rest. 2d wurde in der Sache *Rousseau v. United States Trust Co. of New York*<sup>81</sup> entschieden, daß die Verwaltung eines testamentarischen Trusts in Erman gelung einer Rechtswahl des Testators vom Recht des Staates beherrscht wird, in dem der Testator zur Zeit seines Todes sein Domizil hatte, und daß dasselbe Recht auch für die Verwaltung des Nachlasses im übrigen gelte. Gem. *Appeal of Gant*<sup>82</sup> richtet sich die Verwaltung eines ausländischen Nachlasses aus-

schließlich nach der Gerichtsbarkeit des Gerichts, das den ausländischen Vertreter bestellt; ein anderer Staat dürfe nicht in diese Verwaltung eingreifen. Diese Grundsätze hat die New Yorker Rechtsprechung in mehreren Entscheidungen bestätigt<sup>83</sup>.

Nach den Bestimmungen des New Yorker SCPA liegt die internationale (jurisdiction) und örtliche Zuständigkeit (venue) zur Bestellung eines Erbschaftsverwalters bei dem Gericht des Bezirks, in welchem sich der letzte Wohnsitz des Erblassers befunden hat<sup>84</sup>, oder sich bewegliches oder unbewegliches Nachlaßvermögen oder der Aufenthaltsort von Personen befindet, gegen die ein Schadenersatzanspruch wegen widerrechtlicher Tötung des Erblassers besteht<sup>85</sup>.

Somit begründet in New York das letzte Domizil des Erblassers in einem Staat die internationale Zuständigkeit der Gerichte für die Bestellung eines Haupterbschaftsverwalters. Die Ernennung von Ergänzungserbschaftsverwaltern setzt die Belegenheit von Nachlaßvermögen außerhalb des Domizilstaates vor aus. Da das zuständige Gericht des Belegenheitsstaates immer das eigene Recht anwendet (*lex fori*), wird somit wegen der Erbschaftsverwaltung von Mobiiliarnachlaß auf die *lex situs* verwiesen<sup>86</sup>. In *re Estate of Gyfteas*<sup>87</sup> wurde ausdrücklich statuiert, daß die Bestellung eines Ergänzungserbschaftsverwalters in New York zur Verwaltung von dort belegtem Vermögen eines in Griechenland domizilierten Testators ausschließlich von dem Recht des Staates New York beherrscht wird.

Diese Situs-Regel für Erbschaftsverwaltungen findet auch in dem fortgeltenden<sup>88</sup> Art. 24 Abs. 2 des Freundschafts-, Handels- und Konsularvertrages zwischen dem Deutschen Reich und den Vereinigten Staaten von Amerika vom 8.12.1923<sup>89</sup> ihren Ausdruck, wenn danach ein Konsularbeamter Intestat nachlässe von Landsleuten im Empfangsstaat verwalten kann, soweit es dessen Recht gestattet.

## III. Behandlung der Erbschaftsverwaltung nach dem Recht von New York im deutschen Nachlaßverfahren

Befindet sich bewegliches Intestatnachlaßvermögen eines mit Domizil in New York verstorbenen US-amerikanischen Erblassers in Deutschland, bezüglich dessen gem. § 3–5.1 (b) (2) EPTL New Yorker Erbstatut als *lex domicili* berufen ist, findet im Hinblick auf die Erbschaftsverwaltung eine nach Art. 4 Abs. 1 S. 2 EGBGB (Art. 25 Abs. 1 EGBGB)<sup>90</sup> beachtliche, wegen der Ansiedlung der Rechtsanwendungsnorm in Zuständigkeitsvorschriften<sup>91</sup> verdeckte, Rückverweisung<sup>92</sup> auf deutsches Recht statt. Die mangelnde Verwaltungsbefugnis der Erben nach dem als Erbstatut maßgeblichen Recht des Staates New York und das Fehlen einer dem New Yorker Recht vergleichbaren Regelung über Erbschaftsverwaltung im Recht des BGB als dem anwendbaren Recht gegenüber dem im Inland zu verwaltenden Nachlaßvermögen wirft Fragen der Anpassung, Angleichung

77 Vgl. auch Staudinger/Firsching, Vorbem. 197 zu Art. 24–26 EGBGB.

78 31 Am Jur 2d, Executors and Administrators § 1194.

79 (1973) 347 N.Y.S.2d 840.

80 Robert A. Leflar/Luther L. McDougal III/Robert L. Felix, American Conflicts Law, 4. Aufl. 1986, S. 565, 567; Russell J. Weintraub, Commentary on the Conflict of Laws, 3. Aufl. Mineola, New York 1986 (1989 Supplement, Westbury, New York 1989), S. 461; Scoles/Hay, a.a.O., S. 829–842.

81 (1976) 422 F.Supp. 447 (460).

82 (1955) 141 N.Y.S.2d 738 (742).

83 In re Wynne's Estate (1984) 85 N.Y.S.2d 743 (745); In re Berger's Estate (1944) 50 N.Y.S.2d 550; In re Keeler's Estate (1944) 49 N.Y.S.2d 592; In re Estate of Strauss (1973) 347 N.Y.S.2d 840.

84 §§ 205; 103 (16) SCPA.

85 § 206 SCPA.

86 Vgl. Firsching, Testamentsvollstrecker – executor – trustee, DNotZ 1959, 366; Ferid/Firsching, a.a.O., Rz 566 zu US Grdz. C II, Rz 60d zu US Grdz. C III; 31 Am Jur 2d, Executors and Administrators §§ 1171, 1193.

87 (1968) 300 N.Y.S.2d 913; das Appellationsgericht, Supreme Court, Appellative Division, hat die Entscheidung aus anderen Gründen abgeändert und im übrigen bestätigt. In re Estate of Gyfteas (1971) 320 N.Y.S.2d 540.

88 Vgl. BGBI. Teil II 1991, 126.

89 RGBl. 1925 II 795.

90 Nach deutschem Kollisionsrecht werden alle materiell-rechtlichen Fragen der Nachlaßabwicklung, einer Erbschafts- oder Nachlaßverwaltung oder Nachlaßpflegschaft sowie einer Testamentsvollstreckung wie insbesondere des Umfangs der Befugnis eines entsprechenden Amtswalters und deren Auswirkungen auf das Verwaltungs-, Beteiligungs- und Verfügungsrecht der Erben vom Erbstatut erfaßt; vgl. Staudinger/Firsching, a.a.O., Vorbem. 106 f., 219 zu Art. 24–26 EGBGB; Palandt/Heldrich, 50. Aufl. 1991, Ann. 3a bb, Rz 11 zu Art. 25 EGBGB; Gerhard Kegel, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 1987, S. 654; Soergel/Kegel, 11. Aufl. 1984, Rz 26 vor Art. 24 EGBGB; Alexander Lüderitz, Internationales Privatrecht, 1987, Rz 415, S. 210; Wengler, a.a.O., Nr. 108, S. 765; Marius Berenbrok, Internationale Nachlaßabwicklung – Zuständigkeit und Verfahren (Diss. Hamburg 1988), 1989, S. 168 ff.; 240 f.). Damit zusammenhängende Fragen des Verfahrensrechts dagegen unterstehen dem Recht des Staates, vor dessen Gerichten die Sache anhängig ist, der *lex fori* (vgl. Staudinger/Firsching, a.a.O., Vorbem. 11, 322, 328, 380 zu Art. 24–26 EGBGB).

91 Vgl. §§ 205, 206 SCPA.

92 Vgl. Berenbrok, Internationale Nachlaßabwicklung – Zuständigkeit und Verfahren (Diss. Hamburg 1988), Berlin 1989, S. 189–194; Palandt/Heldrich, a.a.O., Ann. 1b Rz 2 zu Art. 4 EGBGB; MünchKomm/Sonnenberger (2. Aufl. 1990), Rd.-Nrn. 33–47 zu Art. 4 EGBGB; Staudinger/Graue, a.a.O., Rz 82–84 zu Art. 27 EGBGB; Soergel/Kegel, a.a.O., Rz 16 zu Art. 27 EGBGB.

oder Qualifikation auf<sup>93</sup>, die in Deutschland die unterschiedlichsten Antworten gefunden haben.

## 1. Rechtsprechung

Nach *Kropholler*<sup>94</sup> ist noch keine deutsche Entscheidung bekannt geworden, welche die Einsetzung eines administrator vorgenommen hätte; dies sei auch kaum zu erwarten. *Wengler*<sup>95</sup> zufolge ist von Berliner Nachlaßgerichten bei Erteilung von beschränkten Erbscheinen für Intestatnachlässe, die dem englischen oder nordamerikanischen Recht unterstehen, niemals ein Vermerk angebracht worden, der dem Amt eines administrator im Bereich der deutschen Rechtsordnung Geltung verschafft hätte. Ebenso, meint *Firsching*<sup>96</sup>, erwähnen deutsche Nachlaßgerichte bei Erbfällen von US-amerikanischen Staatsangehörigen, die nach dem Recht eines US-Staates beerbt werden, den gesetzlichen Erbschaftsverwalter weder im Erbschein noch erteilen sie diesem ein Zeugnis. *Henrich*<sup>97</sup> berichtet allerdings, daß ihm Erbscheine von Nachlaßgerichten aus Hamburg, Hannover und Dortmund vorgelegen hätten, in denen eine administration aufgeführt worden sei.

Es existieren zwei veröffentlichte Entscheidungen von Obergerichten zur Behandlung der administration im deutschen Nachlaßverfahren. Das KG hat zur administration nach dem Recht von New York<sup>98</sup> und das BayObLG<sup>99</sup> zur administration nach dem Recht Israels Stellung genommen. Das KG hat ausgeführt, daß der administrator weder als Erbe angesehen noch dem Testamentsvollstrecker des deutschen Rechts gleichgestellt werden können. Die durch Gesetz letztlich Begünstigten seien als Erben anzusehen und zur Verwaltung des in Deutschland belebten Vermögens und zur Geltendmachung etwaiger diesbezüglicher Ansprüche befugt<sup>100</sup>. Das BayObLG vertritt die Meinung, daß es bei der strukturellen Verschiedenheit beider Systeme der Nachlaßverwaltung nicht angehe, israelischem Recht eine deutsche Nachlaßverwaltung aufzupropfen oder aber etwa von einem deutschen Nachlaßgericht eine administration nach israelischem Recht führen zu lassen<sup>101</sup>.

Es ist allerdings anzunehmen, daß diejenigen deutschen Nachlaßgerichte, welche IPR-Gutachten von Instituten<sup>102</sup> und Sachverständigen<sup>103</sup> eingeholt haben, die die Erteilung eines Erbschaftsverwalterzeugnisses befürworten, entsprechende Vermerke im Erbschein aufgenommen und derartige Zeugnisse erteilt haben.

## 2. IPR-Gutachtenpraxis

Zu diesen Instituten gehören Hamburg (Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht), Köln

(Institut für internationales und ausländisches Privatrecht der Universität Köln)<sup>104</sup> und Bonn (Institut für internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung der Universität Bonn). Nach der im Max-Planck-Institut Hamburg herrschenden, ständig vertretenen Auffassung<sup>105</sup> erstrecken sich die Rechte und Pflichten des administrator auch auf den in Deutschland belegenen beweglichen Nachlaß. Entsprechend seiner ständigen Gutachtenpraxis empfiehlt das Institut, die gesetzlich berufenen und letztlich begünstigten Personen im Erbschein zwar als Erben zu bezeichnen, außerdem aber in analoger Anwendung der §§ 2368 Abs. 3, 2369 BGB auf das Bestehen oder jedenfalls die Möglichkeit einer Erbschaftsverwaltung nach dem anglo-amerikanischen Recht durch einen geeigneten Zusatz hinzuweisen<sup>106</sup>. Nach Meinung des Kölner Instituts erscheint es angebracht, die Rechtsstellung des personal representative nach dem Recht von New York auch im Inland anzuerkennen. Mit der „herrschenden“ Meinung sei daher anzunehmen, daß auch ein in Deutschland belegener Anspruch der Erbschaftsverwaltung unterliege. Dementsprechend sei ein Nachlaßverwalterzeugnis in analoger Anwendung des § 2368 BGB zu erteilen<sup>107</sup>. Nach dem Bonner Institut sind die Funktionen eines in Saskatchewan zu bestellenden administrator auch für die Bundesrepublik anzuerkennen. In den Erbschein sei der Vermerk aufzunehmen, daß der Nachlaß der Nachlaßverwaltung (administration) nach dem Recht Saskatchewans unterliege und der administrator den Nachlaß als Treuhänder für die Erben verwalte<sup>108</sup>.

Anders die Gutachtenpraxis von *Wengler*<sup>109</sup> (Institut für internationales und ausländisches Recht und Rechtsvergleichung an der Freien Universität Berlin)<sup>110</sup>, des Instituts in München (Institut für internationales Recht und Rechtsvergleichung der Universität München)<sup>111</sup> und in Heidelberg (Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg)<sup>112</sup>. Diese IPR-Gutachtenpraxis lehnt eine Berücksichtigung ausländischer Erbschaftsverwalter im Inland ab.

## 3. Lehre

### a) Anerkennungstheorie

Die Stimmen in der Lehre sind geteilt. Ein Teil der Doktrin spricht sich für eine Anerkennung, heute mitunter wohl gem. § 16a FGG, aus<sup>113</sup>.

Letters of administration<sup>114</sup> werden gem. § 701 Nr. 1 SCPA vom surrogate's court aufgrund eines decree<sup>115</sup> im Namen des Volkes erteilt und erbringen bis zur Aufhebung oder Änderung<sup>116</sup> vollen Beweis für die Berechtigung des Erbschaftsverwalters<sup>117</sup>. Als gerichtliche Entscheidung kann das New Yorker decree über die Bestallungsurkunde grundsätzlich Gegenstand

93 Vgl. Berenbrok, a.a.O., S. 206 ff.; IPG 1978 Nr. 39 (München), S. 434 f.

94 Internationales Privatrecht, 1990, S. 385.

95 a.a.O., Nr. 107, S. 763.

96 Ferid/Firsching, a.a.O., Rz 60d zu US Grdz. C III, S. 40/166.

97 Anm. zu LG Düsseldorf v. 2. 12. 1960, JZ 1961, 746, Fn. 1.

98 KG Beschl. v. 20. 3. 1972, IPRspr. 1972, Nr. 123.

99 Beschl. v. 22. 6. 1976, IPRspr. 1976, Nr. 115.

100 IPRspr. 1972, Nr. 123, S. 335 f.

101 IPRspr. 1976, Nr. 115, S. 325.

102 Sachverständigengutachten werden prozessual von Einzelpersonen und nicht von Fachbehörden, Organisationen oder Instituten erstattet, vgl. Baumbach/Hartmann, 48. Aufl. 1990, Anm. 2 C zu § 293 ZPO; Anm. 1 C Übers. vor § 402 ZPO.

103 Siehe Winfried A. Hetger, Sachverständige für ausländisches und internationales Privatrecht, Boppard 1990, 56 S.

104 32,7 % der von 1965 bis 1984 in den IPG veröffentlichten Gutachten sind von dem Institut in Hamburger erstellt worden und 26,6 % von dem in Köln, vgl. Gutachten zum internationalen und ausländischen Privatrecht, Gesamtinhaltsverzeichnis der Jahre 1965–1984, veröffentlicht im Auftrage des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht von Ferid/Kegel/Zweigert, Redaktion Hilmar Krüger, 1986, S. 3.

105 Vgl. auch Berenbrok, a.a.O., S. 185 und Fn. 43.

106 IPG 1969, Nr. 32 (Hamburg), S. 251 f. zum Recht von Victoria/Australien; seinerzeit Direktor Zweigert.

107 IPG 1965/66, Nr. 67 (Köln), S. 791, 794 betr. die executrix eines Testamento

nach New Yorker Recht; ebenso im Falle eines executor für ein Testament nach dem Recht von New Jersey, IPG 1967/68, Nr. 74 (Köln), S. 820 f.; seinerzeit Direktor Kegel.

108 IPG 1975 Nr. 35 (Bonn), S. 299; seinerzeit Direktoren Beitzke/Schröder.

109 a.a.O., Nr. 107, S. 763; Nr. 109, S. 776.

110 Das Institut ist im Wege der Reform der universitären Organisationsstrukturen im Jahre 1990 aufgelöst worden. Es existiert jetzt eine Abteilung für Ausländisches Recht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung der Wissenschaftlichen Einrichtung 1 für Zivilrecht am Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin. Der Abteilung gehören zur Zeit Dieter Giesen, Herwig Roggemann, Klaus Wöhler und Klaus Westen als Professoren an; Roggemann und Westen sind zugleich Mitglieder des Osteuropa-Instituts der Freien Universität Berlin, siehe Freie Universität Berlin, Namens- und Vorlesungsverzeichnis Sommersemester 1991, S. 258, 412.

111 IPG 1978, Nr. 39 (München), S. 434 f. zum Recht von Connecticut; seinerzeit Direktoren Ferid/Heldrich/Jayme/Lorenz.

112 Direktoren seinerzeit Jayne/Niederländer/Serick; zum Recht von Michigan: IPG 1983, Nr. 36 (Heidelberg), S. 326 f.

113 Lüderitz, a.a.O., Rz 427, S. 217; D. Henrich, Großbritannien, in: Ferid/Firsching, Internationales Erbrecht, Bd. III, Rz 88, 89 zu Grdz. C V.

114 § 103 (31) SCPA.

115 Vgl. §§ 703, 601 SCPA.

116 §§ 711 f.; 719 f. SCPA.

117 § 703 SCPA.

einer Anerkennung nach § 16a FGG sein<sup>118</sup>. Insbesondere wäre die Anerkennungsvoraussetzung der internationalen Zuständigkeit New Yorker Gerichte gem. deutschem Recht (§ 16a Nr. 1 FGG) gewahrt. Im umgekehrten Falle wäre ein deutsches Nachlaßgericht zuständig, nach einem deutschen Erblasser mit Wohnsitz in Deutschland hinsichtlich seines inländischen Vermögens ein vergleichbares Zeugnis zu erteilen (§§ 72, 73 FGG, § 2200 BGB).

Die New Yorker letters of administration könnten aufgrund einer Anerkennung nach § 16a FGG im Inland indessen nur diejenigen Wirkungen entfalten, die ihnen im New Yorker Erteilungsstaat beigelegt werden<sup>119</sup>. Die Anerkennung erweitert jedenfalls nicht die Auslandsbefugnisse des Erbschaftsverwalters, die ihm nach dem Recht von New York zukommen, insbesondere würde sie ihm nicht die Stellung eines Ergänzungserbschaftsverwalters im deutschen Rechtsbereich verschaffen.

Andere wollen dem administrator analog §§ 2368 Abs. 3, 2369 Abs. 1 BGB ein Erbschaftsverwalterzeugnis nach dem jeweiligen fremden Recht ausstellen und einen entsprechenden Vermerk in den Erbschein nach § 2369 BGB aufnehmen<sup>120</sup>. Nach der Anerkennungstheorie soll sich die Handlungsbefugnis der im fremden Heimat- und Domizilstaat des Erblassers ernannten personal representatives auch auf das in Deutschland belebene bewegliche Nachlaßvermögen erstrecken, ohne daß es irgendwelcher Anerkennungsverfahren bedürfte. Die Rechtsstellung der fremden Nachlaßabwickler soll sich grundsätzlich nach dem Recht ihres Einsetzungsstaates richten<sup>121</sup>.

#### b) Spaltungstheorie

Der andere – wegen der Unterstellung der Nachlaßabwicklung in Deutschland unter die lex fori als Spaltungstheorie apostrophierte<sup>122</sup> – Teil der Lehre spricht jedoch dem administrator die Handlungsbefugnis in Deutschland ab<sup>123</sup>.

Die Begründung ist, daß das deutsche Verfahrensrecht einen mit den Rechten und Pflichten eines US-amerikanischen administrator ausgestatteten staatlichen Funktionsträger nicht kenne; es könnte deshalb anstelle des administrator US-amerikanischen Rechts ein entsprechender öffentlicher Amtsträger deutschen Rechts nicht bestellt werden. Wenn also weder die Voraussetzungen einer Nachlaßverwaltung (§§ 1975 ff. BGB) noch die einer Pflegschaft für unbekannte Erben (§ 1913 BGB) vorlägen, könne nach deutschem Recht auch kein annähernd mit dem administrator vergleichbarer Funktionär tätig werden; es gebe infolgedessen auch kein deutsches Gericht, das für die Bestellung eines solchen „Erbschaftsverwalters“ zuständig wäre<sup>124</sup>.

#### 4. Eigene Stellungnahme

Gegen die Beachtlichkeit des New Yorker Rechts der Erbschaftsverwaltung im deutschen Nachlaßverfahren sprechen zusätzlich zu den von der Spaltungstheorie bisher vorgetragenen Argumenten folgende Überlegungen:

a) Verwaltungsbefugnisse betr. nach New Yorker Recht unbeweglichen, nach deutschem Recht beweglichen Nachlaß  
Im Staate New York richtet sich, wie auch in den übrigen Bundesstaaten<sup>125</sup>, die gesetzliche Erbfolge in unbeweglichen Nachlaß (immovables) nach dem Recht der belegenen Sache (lex rei sitae), während für die Erbfolge in beweglichen Nachlaß (moveables) das Recht des Domizils des Erblassers (lex domicili) im Zeitpunkt seines Todes gilt<sup>126</sup>. Diese Grundsätze sind in § 3–5.1 (b) (1) und (2) EPTL niedergelegt. In zahlreichen Entscheidungen der Gerichte des Staates New York sind diese Regeln des EPTL, die sich auf das frühere Fallrecht stützen, bestätigt worden<sup>127</sup>. Soweit auf das Recht des Domizils abgestellt wird, ist die Legaldefinition des § 103 (15) SCPA beachtlich. Danach ist Wohnsitz ein bestimmtes, ständiges und hauptsäch-

118 Vgl. Keidel/Zimmermann, Freiwillige Gerichtsbarkeit, Teil A, 12. Aufl. 1987, Rz 2, 3, Fn. 6 zu § 16a FGG; Bassenge/Herbst, Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Rechtspflegergesetz: Kommentar, 5. Aufl. 1990, Anm. 1a und b zu § 16a FGG; Bumiller/Winkler, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 4. Aufl. 1987, Anm. 2 zu § 16a FGG. Vgl. Lüderitz, a.a.O., Rz 427, S. 217; Berenbrok, a.a.O., S. 184 und Fn. 40, S. 195, 216; Henrich, Großbritannien, a.a.O., Rz 88, 89 zu Grdz. C V; MünchKomm/Birk, 2. Aufl. 1990, Rz 349 zu Art. 25 EGBGB; Hermann Schwenn, Die Anwendung der §§ 2369 und 2368 BGB auf Erbfälle mit englischem oder amerikanischem Erbstatut, NJW 1952, 1116; Hugo Marx, Die Grundregeln des amerikanischen Erbrechts und die Ausstellung eines Tellerbscheins nach § 2369 BGB, NJW 1953, 529; ablehnend wohl Soergel/Damrau, 11. Aufl. 1983, Rz 3 zu § 2368 BGB mit Bezug auf KG MDR 1954, 625, das nichts für diese Frage hergibt; ablehnend ebenfalls Staudinger/Firsching, a.a.O., Rz 12 zu § 2369 BGB. Vgl. zum französischen Recht Peter Gotthardt, Anerkennung und Rechtsscheinwirkungen von Erbfolgezeugnissen französischen Rechts in Deutschland, ZfRV 32 (1991), 2–14.

119 Vgl. Keidel/Zimmermann, a.a.O., Rz 3 zu § 16a FGG; Bumiller/Winkler, a.a.O., Anm. 1 zu § 16a FGG; Bassenge/Herbst, a.a.O., Anm. 1c zu § 16a FGG. Das für das Adoptionsrecht entwickelte Transformations- und Rezeptionsmodell (vgl. dazu Arno Wohlgemuth, Die sowjetische Adoption und der deutsche Richter – Über die alternative Anknüpfung des Lösungsstatuts, ROW 1986, 243) würde hier zu keinem anderen Ergebnis führen.

120 Berenbrok, a.a.O., S. 182 ff., 205 f., 238, für den Fall, daß im Ausland ein administrator bestellt worden ist; Manfred Birmelin, Die Beibehaltung der Erbschaftsverwaltung anglo-amerikanischen Rechts (administration) im deutschen Rechtsbereich als Beispiel der Anpassung, Diss. Mainz 1962, S. 79–84; M. Coester, Probleme des internationalen Erbrechts, JA 1979, 356; W. Breslauer, The Private International Law of Succession in England, America and Germany, London 1937, S. 228; H. G. Gottheiner, Anpassungs- und Umdeutungsprobleme bei deutsch-englischen Erbrechtsfällen, Diss. Tübingen 1955, S. 119–222; ders., Zur Anwendung englischen Erbrechts auf Nachlässe in Deutschland, RabelsZ 1956, 68–70; Michael Griem, Probleme des Fremdrechtserbscheins gem. § 2369 BGB, Diss. Gießen 1989, Frankfurt/M. 1990, S. 176–180; Henrich, a.a.O., Rz 80–82, 90 zu Grdz. C V; ders., a.a.O., JZ 1961, 746; Kegel, Internationales Privatrecht, a.a.O., S. 666, 668 f.; ders., in: Soergel/Kegel, a.a.O., Rz 86 vor Art. 24; ders., IPG 1965/66, Nr. 67 (Köln), S. 791, 794; IPG 1967/68, Nr. 74 (Köln), S. 820 f.; Knauer, a.a.O., RabelsZ 1960, 323 Fn. 21; E. Lang, Der Testamentsvollstrecker in den ausländischen Rechten und seine rechtliche Stellung im deutschen Rechtsgebiet, Diss. Frankfurt/M. 1959, S. 119; Marx, a.a.O., NJW 1953, 529; W. Scheck, Der Testamentsvollstrecker im internationalen Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung des US-amerikanischen Rechts, Diss. Mainz 1976, S. 118–121; Schwenn, a.a.O., NJW 1952, 1116.

121 Berenbrok, a.a.O., S. 179.

122 Berenbrok, a.a.O., S. 179 f.

123 MünchKomm/Birk, a.a.O., Rd.-Nr. 344 zu Art. 25 EGBGB; Murad Ferid, In-

ternationales Privatrecht, 3. Auf. 1986, Rz 9–82; K. Firsching, Einführung in das internationale Privatrecht, 3. Aufl. 1987, S. 166; ders., Deutsch-amerikanische Erbfälle, 1965, S. 130; ders., DNÖT 1959, 371; ders. in: Ferid/Firsching, a.a.O., Rz 60d zu USGrdz. C III, S. 40/172f.; ders. in: Staudinger/Firsching, a.a.O., Rz 44, 45 zu § 2368 BGB; ders. in: Staudinger/Firsching, a.a.O., Rz 111 zu Art. 25 EGBGB; Staudinger/Graue, a.a.O., Rz 160 zu Art. 27 EGBGB; P. Jansen, FGG, 2. Aufl. 1970, Rd.-Nr. 29 zu § 73, S. 365; Formular-Kommentar, Formulare für Freiwillige Gerichtsbarkeit und Vertragsgestaltung, Bd. 6, Bürgerliches Recht III, 21. Aufl. 1977, unter Mitwirkung von K. Hardrath neu bearbeitet von A. Prausnitz, Form 6.712, Rz 5, S. 548; MünchKomm/Promberger, 2. Aufl. 1989, Rd.-Nrn. 29, 30 zu § 2369 BGB; L. Raape, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 1961, S. 453; M. Rheinstein, Buchbesprechung: K. Firsching, Deutsch-amerikanische Erbfälle, AcP 166 (1966), 549; W. Wengler, Fragen des deutschen Erbscheinsrechts für Nachlässe, auf die englisches Intestaterecht anwendbar ist, JR 1955, 41; ders. in: BGB/RGRK, Bd. 6, IPR, 12. Aufl. 1981, S. 701; ders., Gutachten, a.a.O., Nr. 107, S. 763, Nr. 109, S. 776 und in seinen unveröffentlichten in KG IPRspr. 1972, Nr. 123, S. 335 f. zitierten Gutachten aus den fünfziger Jahren.

124 Wengler, a.a.O., Nr. 109, S. 776; Nr. 107, S. 763; Firsching, Erbfälle, a.a.O., S. 114; Staudinger/Firsching, a.a.O., Rz 44 zu § 2368 BGB; Ferid/Firsching, a.a.O., Rz 62b zu US Grdz. C III, S. 40/212; ausführliche Darstellung des Streitstandes bei Ferid/Firsching, a.a.O., Rz 60d zu US Grdz. C III, S. 40/167–173; Berenbrok, a.a.O., S. 177–237.

125 Vgl. 26AC.J.S. Descent and Distribution §§ 3(b), 4, 5; 23 Am Jur 2d, Descent and Distribution §§ 16, 17; Leflar u. a., a.a.O., S. 543 ff.; Scopes/Hay, a.a.O., S. 767–774; Weintraub, a.a.O., S. 428–430, 460–462; Ferid/Firsching, a.a.O., Rz 36 zu US Grdz. C I.

126 Vgl. §§ 236, 260 Rest. 2d.

127 Vgl. In re Estate of Rougeron (1966) 270 N.Y.S.2d 578 betr. personal property eines in der Schweiz verstorbenen US-Amerikaners; In re Matous' Estate (1967) 278 N.Y.S.2d 70 betr. bewegliches und unbewegliches Vermögen einer in der Tschechoslowakei verstorbenen Erblasserin; In re Estate of Vischer (1967) 280 N.Y.S.2d 49 betr. Nachlaß eines in der Schweiz domizilierten und in New Hampshire verstorbenen Schweizer-US-amerikanischen Doppelstaaters; In re Estate of Kirby (1968) 293 N.Y.S.2d 1008 betr. eine in England verstorbene Erblasserin; In re Estate of Sherman (1974) 351 N.Y.S.2d 570 betr. Erblasser mit Domizil in New Jersey; In re Estate of Thomas (1975) 367 N.Y.S.2d 182 betr. einen in New York domizilierten Erblasser mit Aufenthalt in Florida; Daniunas v. Simutis (1978) 481 F. Supp. 132 betr. einen in Litauen domizilierten Sowjetbürger mit Vermögen in New York; In re Estate of Strauss (1973) 347 N.Y.S.2d 840 betr. Nachlaßgrundstück in Frankfurt/M.; Matter of Silverman (1981) 15 B.R. 843 betr. einen Florida/New-York-Fall; Petition of Yuska (1985) 488 N.Y.S.2d 609 betr. einen in Litauen domizilierten Erblasser; Neto v. Thorner (1989) 718, F. Supp. 1222 (S.D.N.Y.) betr. einen in São Paulo/Brasilien verstorbenen Erblasser; weitere Nachweise bei McKinney's, a.a.O., 17B (EPTL 1–1 to 4–1.5), S. 604 ff.

liches Heim, zu dem eine Person, wo immer sie anderweitig vorübergehend wohnt, immer wieder zurückkehren will.

Was als bewegliches und was als unbewegliches Vermögen – eine grundlegende Zweiteilung allen Vermögens im US-amerikanischen Recht<sup>128</sup> – anzusehen ist (primary characterization), bestimmt sich gem. § 3–5.1 (i) EPTL nach dem internen (Sach-) Recht<sup>129</sup> des Ortes, an dem der Gegenstand belegen ist, also nach der *lex situs*<sup>130</sup>.

Belegen sind (dingliche) Rechtstitel an Immobilien sowohl nach US-amerikanischer<sup>131</sup> als auch deutscher Auffassung<sup>132</sup> am Lageort des Grundstücks. Vom Standpunkt des deutschen Rechts ist eine Forderung dort belegen, wo der Schuldner seinen Wohnsitz hat<sup>133</sup>. Dasselbe gilt für die USA<sup>134</sup> und insbesondere für New York. So wurde in United Bank, Ltd. v. Cosmic International, Inc.<sup>135</sup> eine Forderung von Gläubigern in Bangladesch gegen Schuldner in New York als in New York belegen angesehen<sup>136</sup>.

Nach US-amerikanischem Recht gelten Miet- und Pachtzinsen sowie Gewinne und Erträge aus der Überlassung zum Gebrauch und zur Nutzung von Grundstücken und Gebäuden grundsätzlich als unbewegliches Vermögen<sup>137</sup>. Das ist auch in New York anerkannt<sup>138</sup>. Bei Mietzinsen etwa wird aber ein Unterschied danach gemacht, ob sie im Zeitpunkt des Erbfalles angefallen waren (accrued rents) oder danach fällig werden (rent to accrue). Die ersten zählen zum beweglichen Vermögen, während die letzteren zum unbeweglichen gehören<sup>139</sup>. Das gilt auch für New York<sup>140</sup>. Nach § 3–5.1 (a) (1) EPTL zählen zum Grundvermögen nämlich Pacht- und Mietland, Grundpfandrechte und sonstige Sicherungsrechte an Grundstücken<sup>141</sup>.

Was in Deutschland als unbewegliches und bewegliches Nachlaßvermögen anzusehen ist, ist bisher noch nicht abschließend geklärt. Seit der Einführung der Rechtswahlmöglichkeiten für unbewegliches Vermögen (Art. 15 Abs. 2 Nr. 3, Art. 25 Abs. 2 EGBGB) wird die bis dahin nur von Rückverweisungen bekannte Problematik intensiver erörtert<sup>142</sup>. Miet- oder Pachteinnahmen werden als bewegliches Vermögen behandelt, bei Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden ist die Zuordnung streitig<sup>143</sup>.

Ein Zeugnis in analoger Anwendung der §§ 2368 Abs. 3, 2369 BGB, das einen Erbschaftsverwalter mit den Befugnissen des New Yorker Rechts ausstattet, indessen würde sich nicht auf bewegliches Vermögen beziehen, das aus der Sicht New Yorker Rechts als unbeweglich anzusehen ist, wie etwa Erträge aus Vermietung oder Verpachtung von Nachlaßgrundstücken, die nach dem Erbfall angefallen sind, oder auch Immobilienpfandrechte. Es gäbe damit unter dem deutschen Erbstatut als Mobiliarnachlaß zu qualifizierende Gegenstände, die nicht von der Erbschaftsverwaltung des New Yorker Rechts erfaßt würden.

b) Anerkennung von Erben aus Staaten ohne Erbschaftsverwaltung als Hauptverwalter vor New Yorker Gerichten

In einer Reihe von Entscheidungen haben New Yorker Gerichte auch Fremdrechtserben aufgrund von Rechten, denen eine

gesetzliche Erbschaftsverwaltung i. S. d. anglo-amerikanischen Rechts unbekannt ist, als geeignet angesehen, die Ergänzungsverwaltung für Nachlaßvermögen in New York anzu treten.

Bestimmungen über ausländische Nachlässe und die Bestellung von ancillary administrators in New York sind in Art. 16 SCPA enthalten. Nach § 1601 SCPA wird eine Ergänzungserbschaftsverwaltung in New York nur eröffnet, wenn im Domizilstaat des Erblassers tatsächlich eine Verwaltung durchgeführt wird. Sieht das Recht des Domizilstaates nicht die Bestellung eines Treuhänders vor, sondern überträgt es das Vermögen einer Person oder einer Mehrheit von Personen, welche die Pflicht hat, die Schulden des Erblassers und die Kosten zu begleichen und die vom Erblasser durch Testament ausgesetzten Vermächtnisse oder die von Gesetzes wegen bestehenden Erbteile zu übertragen, so ist eine solche Person oder Personenmehrheit als Erbschaftsverwalter in Übereinstimmung mit dem Recht jenes Domizilstaates anzusehen, aber nur, soweit sie alle Voraussetzungen jenes Domizilstaates dafür erfüllt, das Vermögen des Erblassers an sich zu nehmen, und dort praktisch als Erbschaftsverwalter auftritt.

Gem. § 1609 SCPA kann ein New Yorker Gericht ein Ergänzungserbschaftsverwalterzeugnis aussstellen, wenn ein Haupterbschaftsverwalterzeugnis für den Nachlaß von einem zuständigen Gericht am Domizil des Erblassers erteilt worden ist oder nach dem Recht des Domizilstaates ein Erbschaftsverwalterzeugnis zwar nicht erteilt wird, aber die Person oder Personenmehrheit in jenem Domizilstaat den Nachlaß in Übereinstimmung mit dem dortigen Recht verwaltet.

Nach § 1607 Abs. 1 und 2 SCPA werden auf Antrag eines im Domizilstaat des Erblassers ernannten Erbschaftsverwalters oder einer nach dem Domizilrecht von Gesetzes wegen verwaltungsbefugten Person in New York ancillary letters of administration erteilt. Die genannten Personen können aber auch gem. § 1608 SCPA jemanden bestimmen, die Ergänzungserbschaftsverwaltung im Staate New York durchzuführen. Im übrigen gelten nach § 1613 SCPA die Verfahrensvorschriften für die allgemeine Erbschaftsverwaltung auch für die Erteilung von Ergänzungserbschaftsverwalterzeugnissen im Staate New York. Nach § 1610 (2) SCPA kann ein Gericht des Staates New York einem ancillary administrator aufgeben, mit den dort befindlichen Nachlaßwerten die Nachlaßschulden gegenüber im Staate New York ansässigen Gläubigern zu begleichen. Die verbleibenden Nachlaßwerte sind gem. § 1610 (4) SCPA an den Domizilstaat zu überweisen, in dem domiciliary letters erteilt worden sind.

In der New Yorker Rechtsprechung ist nun anerkannt, daß Erben aus Ländern, die im Erbrecht dem Prinzip der Universal sukzession und des Vonselbsterwerbs folgen, den Erbberechtigten alle Verwaltungs- und Verfügungsbeauftragungen selbst einräumen und die Berechtigten mit einem Erbschein ausstatten, als „persons acting to administer the Estate“ i. S. d. §§ 1601, 1607 (2) (a) SCPA, also als Haupterbschaftsverwalter anzusehen sind. Das wurde in Estate of Theodoropoulos<sup>144</sup> in bezug auf griechische Erben entschieden, die nach griechischem Recht von einem griechischen Nachlaßgericht einen Erbschein

128 73 C.J.S. Property § 14.

129 § 3–5.1 (a) (7) EPTL..

130 Vgl. 15A.C.J.S. Conflict of Laws § 17; 16 Am Jur 2d, Conflict of Laws § 24; 49 Am Jur 2d, Landlord and Tenant § 9; Ferid/Firsching, a.a.O., US New York Texte III Nr. 30 II, S. 2; Rz 38a–38d zu US Grdz. C II.

131 Leflar u. a., a.a.O., S. 473.

132 Vgl. Staudinger/Stoll, 12. Aufl. 1985, IntSachenR, Rz 154, 155, 175.

133 BGHZ 5, 35, 38, 25, 134, 139; vgl. auch § 2369 Abs. 2 BGB; Staudinger/Firsching, a.a.O., Rz 20 ff. zu § 2369 BGB.

134 Leflar, u. a., a.a.O., S. 518.

135 (1975) 392 F.Supp. 262 (D.C.N.Y.).

136 Vgl. dazu Arno Wohlgemuth, Veränderungen im Bestand des Geltungsbereites des Vertragsstatuts, Berlin 1979, S. 107 ff.

137 73 C.J.S. Property § 17(b), S. 190 und (c), S. 191; 63A Am Jur 2d, Property § 16.

138 Fairchild v. Gray, 242 N.Y.S. 192; vgl. auch Note 14 zu § 2 Nr. 1 des Gesetzes über Grundstücke (Real Property Law vom 17. 2. 1909 i.d.F. vom 1. 1. 1989,

abgedruckt in: McKinney's Consolidated Laws of New York Annotated, Book 49, St. Paul/Minn. 1989.

139 49 Am Jur 2d, Landlord and Tenant §§ 515, 537, 538.

140 Lambden v. Thomson, 159 N.Y.S. 242.

141 In Verkennung des New Yorker Rechts siehe a.A. Wengler, a.a.O., Nr. 108, S. 768 f.

142 Vgl. BGHZ 24, 352, 356 f., BFH IPRspr. 1986, Nr. 112, S. 255; IPG 1985/86, Nr. 42 (Köln), S. 405; P. H. Neuhaus, Bewegliches und unbewegliches Vermögen, Anm. zu OLG Frankfurt/M. v. 2. 7. 1953, RabelsZ 1954, 561; E. Jayme, Zur Qualifikationsverweisung im internationalen Privatrecht, ZfRV 1976, 96; Wengler, a.a.O., Nr. 104, S. 733; MünchKomm/Sonnenberger, 2. Aufl. 1990, Art. 4 EGBGB, Rd.-Nrn. 51 ff.; Pünder, MittRhNotK 1989, 2 ff.; Dörner, DNotZ 1988, 67, 91 ff.; Wegmann, NJW 1987, 1740, 1742 f.

143 Vgl. Jayme, IPRax 1986, 270; Lichtenberger, DNotZ 1986, 659; Reinhart, BWNotZ 1987, 109; Neuhaus, RabelsZ 1954, 564 f.; Wengler, a.a.O., Nr. 108, S. 766.

144 (1978) 402 N.Y.S.2d 927.

erhalten hatten<sup>145</sup>. Der Surrogate's Court des New York County erkannte, daß das griechische Recht keine Bestellung eines Treuhänders vorsieht und daß eine Verwaltung der Nachlässe i. S. d. Gesetze des Staates New York nicht existiert. Nach griechischem Recht beantragen die Erben eines Erblassers beim zuständigen Gericht der ersten Instanz die Erteilung eines Erbscheins, in welchem die gesetzlichen Erben des Erblasser benannt und bezeugt werden. Diese Erben üben danach die Kontrolle über den Nachlaß aus ohne die Notwendigkeit eines Verwalters. Ihnen stehen die vollen Machtbefugnisse zur Verwaltung der Angelegenheiten des Nachlasses zu, zur Aufstellung des Verteilungsplanes und zur Zahlung der Verbindlichkeiten, Auslagen und Kosten. Die Natur des beschriebenen Verfahrens kann als „aktuelle Verwaltung“ angesehen werden. Dementsprechend können die Erben das in New York belegene Restvermögen, wie nach § 1610 SCA erforderlich, verwalten und verteilen.

Ebenso wurden In re Regensburger's Estate<sup>146</sup> einer Testatorin nach deutschem Recht ancillary letters für das New Yorker Vermögen gem. § 161 SCA (= § 1604 (1) (c) SCA) erteilt, als „the person acting in the domiciliary jurisdiction to administer and distribute the testator's estate“.

In re Schrader's Estate<sup>147</sup> hatte eine US-amerikanische Erblasserin mit letztem Domizil in Berlin in Deutschland in New York Vermögen hinterlassen und das Vermögen jeweils den Berliner und den New Yorker Testamentserben vermachte, wobei sie nur bezüglich des New Yorker Vermögens eine Trustgesellschaft zum executor eingesetzt hatte. Das New Yorker Gericht hielt die Benennung für wirksam und erteilte der Gesellschaft ein Ergänzungserbschaftsverwalterzeugnis.

Desgleichen wurden dem Erben nach spanischem Recht (Art. 440 C)<sup>148</sup> Ergänzungszeugnisse nach § 161 SCA für Vermögen in New York ausgehändigt<sup>149</sup>. Dasselbe wurde In re Prevost's Estate<sup>150</sup> auch im Hinblick auf einen Testatorben nach peruanischem Recht<sup>151</sup> angenommen.

In re Estate of Gyfteas<sup>152</sup> wies das Gericht bei einer testamentarischen Willensvollstreckung darauf hin, daß sich die Bezugnahme auf einen Testamentsverwalter oder die Erteilung eines Testamentsverwalterzeugnisses im Rahmen des anglo-amerikanischen Systems der Erbschaftsverwaltung verstehe. Andere ausländische Staaten hätten verschiedene Systeme der Verwaltung von Nachlaßvermögen und wiesen verschiedenen Einzelpersonen den Besitz des Erblasservermögens zu und

die Pflicht, die testamentarischen Anordnungen des Erblassers auszuführen. Wenn das Testament selbst nicht die Person benenne, die den Nachlaß verwalten soll, so sei nach der ausdrücklichen ratio der New Yorker Gesetzgebung diejenige Person anzuerkennen, die in Übereinstimmung mit dem Recht des Domizils den Nachlaß verwalte und verteile, unabhängig von ihrem Rechtstitel oder ihrem Status, aufgrund dessen sie handele.

In re Fah's Estate<sup>153</sup> schließlich wurden die gesetzlichen Erben aufgrund deutschen Rechts einer in Rothenburg ob der Tauber verstorbenen deutschen Testamentserbin als fiduciaries i. S. d. § 271-a SCA (= § 2221 SCA<sup>154</sup>) behandelt.

Wie die genannten Entscheidungen zeigen, hat die Rechtsprechung der New Yorker Gerichte selbst keine Mühe, ausländische Erben nach dem Recht von Staaten, die dem Prinzip der Universalsukzession und des Vonselbsterwerbs folgen und alle Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse ohne Beteiligung eines Erbschaftsverwalters bei den Erben konzentrieren, als Haupterbschaftsverwalter für Zwecke der Ergänzungsverwaltung nach dem Recht von New York zu behandeln. Es ist deshalb kein Grund ersichtlich, warum nicht auch deutsche Gerichte im umgekehrten Falle, die durch die Minderberechtigung der Erben nach New Yorker Erbstatut entstehende Lücke im Hinblick auf Abwicklungs- und Verwaltungsbefugnisse nicht durch Rückgriff auf materielles deutsches Erbrecht schließen können sollten, indem sie den Erben eine Vollberechtigung nach deutschem Erbrecht zugestehen.

Dieses Ergebnis wird beiden Systemen gerecht, sowohl dem deutschen als auch dem New Yorker. Damit ist der Status New Yorker Erbschaftsverwalter im deutschen Nachlaßverfahren auf die wenigen Befugnisse reduziert, die ihm das Recht des Staates New York für die Einziehung und Entgegennahme von Auslandsnachlässen einräumt<sup>155</sup>. Ihnen ist weder in entsprechender Anwendung der §§ 2368 Abs. 3, 2369 BGB ein Erbschaftsverwalterzeugnis nach Maßgabe der ancillary oder domiciliary administration nach dem Recht des Staates New York zu erteilen noch ist in einem gegenständlich beschränkten Erbschein nach § 2369 BGB, der eine Erbfolge nach dem Recht von New York bezeugt, ein Vermerk über das Bestehen einer entsprechenden Verwaltung aufzunehmen<sup>156</sup>. Transatlantische Kompetenzen, die Erbschaftsverwalter nach New Yorker Recht nicht für sich in Anspruch nehmen können, werden ihnen auch deutsche Nachlaßgerichte nicht aufbürden.

## Anmerkungen zum „KellermodeLL“\*

(von Notar Walter Blum, Düsseldorf)

### I. Die Entscheidung des BayObLG

Der Entscheidung des BayObLG kommt für die Aufteilung von Altbauten große Bedeutung zu. Dies gilt jedenfalls solange Wohnungen nur dann als abgeschlossen i. S. d. WEG gelten, wenn die Trennwände und Trenndecken der einzelnen Wohnungen den einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Bauordnungsrechtes des jeweiligen Bundeslandes in ihrer jeweils neuesten gültigen Fassung (insbesondere hinsichtlich

Schall-, Wärme- und Brandschutz) entsprechen<sup>1</sup>. Denn mit dem Beschuß des BayObLG ist nun das sogenannte „KellermodeLL“ bei einer verweigerten Abgeschlossenheitsbescheinigung für Altbauten erstmals als zulässige Ersatzlösung bestätigt worden. In der Literatur wird dieses Aufteilungsmodell anderen Alternativlösungen überwiegend vorgezogen<sup>2</sup> und die Entscheidung des Gerichts anerkannt<sup>3</sup>.

145 Im griechischen ZGB ist das Rechtsinstitut des Erbscheins (§ 1956 ZGB) nach dem Vorbild des deutschen BGB geregelt, vgl. G. J. Plagianakos, Die Entstehung des Griechischen Zivilgesetzbuches, Hamburg 1963, S. 169. Das griechische Erbrecht folgt dem Prinzip der Universalsukzession in § 1710 ZGB.

146 (1953) 126 N.Y.S.2d 849.

147 (1949) 92 N.Y.S.2d 160.

148 In Art. 657 des spanischen Código civil ist das Prinzip der Universalsukzession verankert.

149 In re De los Salmones's Estate (1953) 119 N.Y.S.2d 76.

150 (1915) 153 N.Y.S. 1092.

151 Das Prinzip der Universalsukzession ist in Art. 657 des peruanischen Código civil enthalten.

152 (1968) 300 N.Y.S.2d 913 (915 f.); siehe Fn. 87.

153 (1962) 226 N.Y.S.2d 230.

154 S. dazu oben unter I 5.

155 S. dazu oben unter I 5.

156 Diesem Ergebnis ist das AG Berlin-Neukölln in einer Erbscheinssache – 62 VI 869/89 – gefolgt, in der der Verf. am 12. 8. 1991 ein Rechtsgutachten erstattet hat.

\* Zugleich Besprechung von BayObLG, Beschl. v. 7. 11. 1991 – 2 Z 137/91, unten S. 115.

1 BVerwG DNotZ 1990, 249; BayVGH DNotZ 1990, 447, die gegen die Entscheidung des BVerwG eingelegte Verfassungsbeschwerde wurde vom BVG abgewiesen, NJW 1990, 825, a.A. BGH DNotZ 1991, 474.

2 Pause, NJW 1990, 3178 m. w. N.

3 Pause, NJW 1992, 671; Schmidt, Wohnungseigentum, 1992, 2; Eckhardt, Rpfleger 1992, 156; a.A. Schäfer, Rpfleger 1991, 307 (Anm. zu LG Braunschweig).

Für die neuen Bundesländer ist die Problemstellung durch das Hemmnisbeseitigungsgesetz (BGBI. I 1991, 788) mit Rücksicht auf die dort weitverbreitete Plattenbauweise durch bis zum 31.12.1996 befristete Ausnahmeregelung vom Gesetzgeber in der Weise gelöst worden, daß gem. § 3 Abs. 3 WEG die Abgeschlossenheit i. S. d. WEG nicht auch die Erfüllung der einschlägigen DIN-Normen für Schall-, Wärme- und Brandschutz voraussetzt. Dies hätte nämlich mit Sicherheit die politisch angestrebte Privatisierung der ehemals volkseigenen Wohnungsbestände ausgeschlossen.

Das BayObLG hatte keine Veranlassung, sich mit dem Problem der Abgeschlossenheit von Wohnungen zu befassen und lehnt insoweit eine unzulässige Gesetzesumgehung bei Aufteilung nur der Kellerräume aus sachenrechtlicher Sicht ab. Dem ist zuzustimmen, da

- Wohnungen tatsächlich im Gemeinschaftseigentum aller Wohnungs- bzw. Teileigentümer verbleiben können und der Begründung von Sondereigentum an Wohnräumen kein Vorrang sachlicher oder rechtlicher Art vor der Begründung von Teileigentum, also der Aufteilung nur der nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen zukommt,
- durch die Aufteilung der Kellerräume in Teileigentum und einer eventuell gleichzeitig oder später getroffenen Nutzungsregelung an den Wohnungen, welche sich im Gemeinschaftseigentum befinden, kein irgendwie geartetes dingliches Sondereigentum an bestimmten Wohnräumen entstehen kann,
- es keinen Gesetzesverstoß darstellt, wenn durch Anwendung sachenrechtlich zulässiger Gestaltungsformen ein dinglicher Rechtszustand begründet wird, der dem einer anderen dinglichen Eigentumsform rechtlich und wirtschaftlich nahekommt, und
- es nicht Aufgabe des formalisierten Grundbuchverfahrens sein kann, etwaige „Umgehungsabsichten“ des Antragstellers bei der Begründung von sachenrechtlich unstreitig zulässigem Teileigentum festzustellen.

Erfolgt die Aufteilung des Miteigentums am Grundstück vollständig mit der Zuordnung des Sondereigentums an den nicht zu Wohnzwecken dienenden, abgeschlossenen Räumen, sind alle Voraussetzungen für die wirksame Aufteilung in Teileigentum gem. §§ 3 oder 8 WEG erfüllt und mit der Eintragung der Aufteilung im Grundbuch das dingliche Entstehen von Teileigentum gegeben<sup>4</sup>. Wenn darüber hinaus Sondernutzungsrechte am Gemeinschaftseigentum begründet werden, nach deren Inhalt dem jeweiligen Eigentümer einer Teileigentumsseinheit das ausschließliche Recht zur Nutzung einer bestimmten Wohnung gewährt wird, ist zur eindeutigen inhaltlichen Abgrenzung nach dem Bestimmtheitsgrundsatz notwendig und ausreichend, daß auf genaue Pläne Bezug genommen wird<sup>5</sup>. Sachenrechtlich kann insoweit an der wirksamen Entstehung von Teileigentum und Sondernutzungsrecht nicht gezweifelt werden, selbst wenn Beweggrund für die atypische Aufteilungskonstruktion die Versagung einer Abgeschlossenheitsbescheinigung gewesen sein sollte. Durch diesen Beweggrund ist jedenfalls kein neues, dem Wohnungseigentumsgesetz fremdes „quasi Wohnungseigentum“ entstanden.

## II. Zu den Risiken des Kellermodells

Der entscheidende Unterschied zwischen Sondereigentum an einer Wohnung einerseits und dem verdinglichten Sondernut-

zungsrecht an einer Wohnung andererseits besteht darin, daß das Sondernutzungsrecht kein dingliches Recht ist<sup>6</sup>, die Grundbucheintragung eines Sondernutzungsrechtes keine konstitutive Wirkung hat und das Recht sich in seiner Wirkung grundsätzlich nur gegen Sondernachfolger der Wohnungseigentümer gem. § 10 II WEG dinglich auswirkt<sup>7</sup>.

Obwohl der Schutz des guten Glaubens sich bei Erwerb eines Wohnungseigentums auch auf den Bestand und den Umfang eines nicht wirksam begründeten Sondernutzungsrechtes erstrecken soll<sup>8</sup>, genießt das Sondernutzungsrecht daher nicht den gleichen Bestands- und Rechtsschutz wie das umfassend geschützte Sondereigentum an einer Wohnung<sup>9</sup>.

Ein weiteres Problem der Kellerlösung liegt in der unterschiedlichen gesetzlichen Ausgestaltung der Rechte des Wohnungseigentümers und des Sondernutzungsberechtigten in wirtschaftlicher Sicht.

Da die Wohnung bei der Kellerlösung rechtlich im Gemeinschaftseigentum verbleibt, sind hinsichtlich der Rechte und Pflichten der Wohnungs- bzw. Teileigentümer untereinander die gesetzlichen Rechte und Pflichten des Sondereigentums und Gemeinschaftseigentums betreffend nicht mehr interessengerecht verteilt. Sie müßten in bezug auf das jeweilige Sondernutzungsrecht umgekehrt werden, so daß zumindest alle Instandhaltungs- und Kostentragungspflichten sowie das Recht zur begrenzten Änderungsmöglichkeit für nicht tragende Wände, Bodenbeläge, Putz, farbliche Gestaltung, Einrichtung usw. allein dem Sondernutzungsberechtigten zustehen<sup>10</sup>.

Der wirtschaftliche Wert des durch Aufteilung entstandenen Kellereigentums kann sich insoweit nur aus den einzelnen Bestimmungen/Vereinbarungen der Teilungserklärung im Hinblick auf eine interessengerechte atypische Ausgestaltung der Teilungserklärung ergeben.

Hierbei sind die tatsächlichen Schwierigkeiten bei der Veräußerung und Beleihung solcher Teileigentumsrechte an Kellern begründet. Denn jeder Käufer und jedes Finanzierungsinstitut wird und muß davon ausgehen, daß das grundbuchlich gebildete Sondereigentum nur ein Kellerraum ist; nicht jedoch die eigentlich von ihm als wirtschaftliche Hauptsache zu bewertende Wohnung. Diese tritt grundbuchlich überhaupt nicht in Erscheinung. Dies ist um so problematischer, als das GBA grundsätzlich nur durch Bezugnahme gem. § 7 Abs. 3 WEG auf das Bestehen von Sondernutzungsrechten ggf. in der Weise hinweist, daß es verlautbart, „die Nutzung des Gemeinschaftseigentums sei geregelt“<sup>11</sup>.

Der Notar, der vor der Beurkundung eines Kaufvertrages nur das entsprechende Grundbuch eingesehen hat, könnte insoweit keinerlei Aussagen über den rechtlichen oder tatsächlichen Bestand des Sondernutzungsrechtes machen. Es wäre in diesem Fall unumgänglich, die Grundakten und dort insbesondere die Teilungserklärung nebst aller dazu ergangenen Änderungen durchzuprüfen<sup>12</sup>.

Obwohl der Notar nicht zur Durchsicht der Grundakten verpflichtet ist, werden die Gerichte bei einer solchen atypischen Gestaltung des Vertragsgegenstandes bzw. der Teilungserklärung sicherlich eine besonders weite Belehrungs- und Aufklärungspflicht annehmen, worauf das BayObLG bereits hingewiesen hat. Vor diesem Hintergrund sind Beurkundungen im Kellermodell mit erheblichen Risiken belastet.

4 Vgl. Pause, NJW 1990, 3178 f.

5 BayObLG, in diesem Heft.

6 BGHZ 73, 145, 148.

7 Ertl, DNotZ 1988, 5,16 ff. m. w. N..

8 BayObLG, DNotZ 1990, 381; OLG Stuttgart OLGZ 1986, 35; Ertl, DNotZ 1988, 5; a. A. Weitnauer, DNotZ 1990, 385.

9 Staudinger/Ertl, Vorbem. 44 zu § 873 BGB.

10 Ebenso Pause, NJW 1990, 3178, 3180.

11 OLG Hamm DNotZ 1985, 552; Ertl, DNotZ 1977, 671.

12 Möglicherweise kann die Änderung der Sondernutzungsrechts sogar publizitätslos durch Mehrheitsbeschuß erfolgen, vgl. BayObLG 1973, 265 und Demharter, MittBayNot 1992, 138; a. A. OLG Köln MittbayNot 1992, 137.

## Rechtsprechung

**1. Schuldrecht – Rechtsqualität der Erklärung des Grundstücksverkäufers, verdeckte Mängel seien ihm nicht bekannt**  
(BGH, Urteil vom 22.11.1991 – V ZR 215/90)

### BGB § 463 Abs. 1

1. Die in einem notariellen Grundstückskaufvertrag enthaltene Erklärung des Verkäufers, ihm seien verdeckte Mängel nicht bekannt, stellt keine Zusicherung dar, solche Mängel seien nicht vorhanden.
2. Zu den Voraussetzungen der arglistigen Täuschung.  
(Leitsätze nicht amtlich)

#### Zum Sachverhalt:

Der Kl. und seine Ehefrau kauften mit notariell beurkundetem Vertrag vom 8.4.1987 von dem Bekl. ein Hausgrundstück. Der Kaufvertrag enthält neben einem Gewährleistungsausschluß für Sachmängel aller Art die Erklärung des Bekl., daß ihm verdeckte Mängel nicht bekannt seien.

Der Kl. hat aufgrund eigenen und abgetretenen Rechts seiner Ehefrau Schadensersatz mit der Behauptung verlangt, die Kellerräume des Hauses seien feucht. Dem Bekl. sei dies bekannt gewesen, weil der Keller im Jahr 1980 längere Zeit unter Wasser gestanden habe. Der Kl. hat zuletzt seinen Schaden auf 77.256,43 DM beziffert und beantragt, den Bekl. zur Zahlung dieses Betrags nebst Zinsen zu verurteilen.

Die Klage hatte in beiden Instanzen Erfolg. Hiergegen richtet sich die Revision, mit der der Bekl. seinen Antrag auf Klageabweisung weiterverfolgt.

#### Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht vertritt die Auffassung, in der Erklärung des Bekl., verdeckte Mängel seien ihm nicht bekannt, liege die Zusicherung, daß solche Mängel auch nicht vorhanden seien. Diese Zusicherung sei falsch gewesen. Dem Bekl. sei zwar bei Vertragsabschluß nicht bekannt gewesen, daß in das Mauerwerk ständig Feuchtigkeit eindringe, wohl aber, daß etwa acht Jahre früher ein Feuchtigkeitsschaden aufgetreten sei, der nur oberflächlich überdeckt worden sei. Hierauf habe der Bekl. hinweisen müssen.

II. Dies hält der Revision nicht stand.

1. Die Erklärung des Bekl. im Kaufvertrag, ihm seien verdeckte Mängel nicht bekannt, stellt entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts keine Zusicherung dar, solche Mängel seien nicht vorhanden (BGH NJW 1991, 1181 f.). Damit ist die Grundlage des Berufungsurteils, das der Klage unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft (§ 463 S. 1 BGB) stattgegeben hat, entfallen.
2. Das Berufungsurteil kann auch nicht aus einem anderen Grunde (§ 563 ZPO) aufrechterhalten werden. Die Feststellungen des Berufungsgerichts reichen nicht aus, den allein in Frage kommenden Schadensersatzanspruch wegen arglistigen Verschweigens eines Mangels (§§ 463 S. 2, 476 BGB) zu bejahen.

Nach den vom Berufungsgericht, wenn auch in anderem Zusammenhang, getroffenen Feststellungen, die Kellerwände seien gegen Feuchtigkeit nur unzulänglich isoliert, ein in der Vergangenheit durchgeführter Reparaturversuch habe sich darüber hinaus als unzulänglich erwiesen, liegt allerdings ein Fehler des Gebäudes (§ 459 Abs. 1 BGB) vor (vgl. BGH WM 1987, 1285 f.). Der Bekl. war, wovon das Berufungsgericht ebenfalls ausgeht, auch verpflichtet, diesen Fehler zu offenbaren. Der Eintritt von Feuchtigkeit in die Kellerwände stellt regelmäßig einen für den Kaufentschluß maßgeblichen Mangel dar, den der Verkäufer redlicherweise nicht verschweigen darf; hier kommt hinzu, daß dem Bekl. die ausdrückliche Erklärung abverlangt worden war, verdeckte Mängel seien ihm nicht bekannt (vgl. BGH WM 1963, 967 f.).

Die Feststellungen des Berufungsgerichts reichen aber zur Be-

jahung der Arglist nicht aus. Bei der Täuschung durch Ver- schweigen eines offenbarungspflichtigen Mangels handelt arglistig, wer einen Fehler zumindest für möglich hält, gleichzeitig weiß oder damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, daß der Vertragspartner den Fehler nicht kennt und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte (st. Rspr., vgl. BGH WM 1989, 1735 m. w. N.). Dem Bekl. war, wovon das Berufungsgericht ausgeht, im Jahre 1980 das Eindringen von Feuchtigkeit in den Keller bekanntgeworden. Er hatte damals auch die Reparatur, die sich objektiv als unzureichend erwies, veranlaßt. Das fortwährende Eindringen von Feuchtigkeit in der Folgezeit war ihm jedoch nach den weiteren Feststellungen des Berufungsgerichts nicht bekannt geworden. Damit kann, selbst wenn der Bekl. dem Erfolg der Reparatur mißtraut haben sollte, nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, er habe das Fortbestehen des Mangels auch noch bei dem etwa sieben Jahre später abgeschlossenen Kaufvertrag der Parteien für möglich gehalten. Eine Vermutung für das Weiterbestehen eines einmal eingetretenen tatsächlichen Zustandes, hier eines Vorsatzes des Bekl. hinsichtlich des Mangels, ist nicht anerkannt (BGH WM 1987, 1285 f.).

### 2. Schuldrecht – Rückforderung des Maklerlohns bei Verweigerung einer behördlichen Genehmigung für Hauptvertrag

(BGH, Urteil vom 15.1.1992 – IV ZR 317/90)

### BGB §§ 652; 306; 308

Wird die für den vom Makler vermittelten Hauptvertrag erforderliche behördliche Genehmigung entgegen der Erwartung der Maklervertragsparteien verweigert, so gilt im Hinblick auf die wegen dieser Erwartung in der Regel vereinbarte ausschließende Bedingung für den Maklerlohn die Sperre des § 652 Abs. 1 S. 2 BGB; deshalb ist bedeutungslos, ob für den Hauptvertrag anfängliche oder nachträgliche Unmöglichkeit angenommen wird. Allerdings können die Maklervertragsparteien die Unbeachtlichkeit der Sperre vereinbaren.

#### Zum Sachverhalt:

Die Kl., eine Baugesellschaft, verlangt vom Bekl. Rückzahlung einer Makler-Vermittlungsprovision.

Der Bekl. hat der Kl. die Gelegenheit zum Abschluß von drei am 24.4.1981 beurkundeten Grundstückskaufverträgen vermittelt. Damit kaufte sie von verschiedenen Grundstückseigentümern drei noch abzutrennende Teilläden aus landwirtschaftlich genutzten Grundstücken der Gemarkung S. in R. Bereits 1973 hatte die damals zuständige Gemeindevertretung beschlossen, für diese Grundstücke einen Bebauungsplan aufzustellen. Auf Anfrage des Bekl. hatte das Bauamt der Stadt ihm dies mit Schreiben vom 18.3.1980 mitgeteilt. Darin heißt es weiter wörtlich:

„Die von Ihnen angesprochene Fläche ist im Flächennutzungsplan als Wohnbaufläche ausgewiesen und wird im aufzustellenden Bebauungsplan somit ebenfalls als Wohnbaufläche ausgewiesen. Wahrscheinlich ist nur eine eingeschossige Bauweise möglich, wegen der sonst in unwirtschaftlicher Größe anfallenden Lärmschutzmaßnahmen.“

Entsprechend unterrichtete der Bekl. die Kl. und bemerkte dazu, mit einer zügigen Aufstellung des Bebauungsplanes könne gerechnet werden, da die Stadt an der Durchführung dieser Planung interessiert sei.

Nach dem Inhalt der notariellen Verträge wurden die Trennstücke „zur Bebauung mit steuerbegünstigten Eigenheimen“ verkauft; der größte Teil des Kaufpreises sollte erst fällig werden, sobald die Teilungsgenehmigung erteilt war. Ferner war ein Rücktrittsrecht vereinbart, das bis zum 31.12.1982 ausgeübt werden durfte, sofern bis zu diesem Tag der Bebauungsplan noch nicht „rechtskräftig“ sein sollte. Davon hat die Kl. keinen Gebrauch gemacht.

Ein „rechtskräftiger“ Bebauungsplan wurde nicht aufgestellt. Zwar wurde nach einer Bürgerbeteiligung Mitte 1982 der Entwurf- und Auslegungsbeschuß Anfang 1986 gefaßt. Nach einer Änderung der Mehrheitsverhältnisse in der Stadtverordnetenversammlung wurden jedoch

sämtliche vorangegangenen Beschlüsse am 27.10.1988 aus Gründen des Umweltschutzes aufgehoben. Daraufhin teilte die Stadt dem von der Kl. beauftragten Notar mit Schreiben vom 30.11.1988 mit, die beantragten Bodenverkehrsgenehmigungen würden nicht erteilt. Die Kl. hat nun die Verträge mit den Verkäufern rückabgewickelt.

Entsprechend der Rechnung des Bekl. vom 2.5.1981 zahlte ihm die Kl. einschließlich Mehrwertsteuer insgesamt 360.000,- DM in drei Raten zu 140.000,- DM am 15.3.1981 und zu je 110.000,- DM am 15.2.1982 und am 15.1.1983. Der Bekl. leitete an beteiligte Makler 130.600,- DM als Provision weiter und zahlte als Mehrwertsteuer 41.416,- DM. Er behauptet, auf den verbleibenden Restbetrag ca. 30 % Einkommensteuer gezahlt zu haben, so daß er um 232.016,- DM entrichtet sei.

Das LG hat die Klage auf Zahlung von 360.000,- DM abgewiesen. Auf die Berufung der Kl., mit der sie nur noch Zahlung der Provision abzüglich Mehrwertsteuer, demgemäß von 318.584,- DM verlangte, hat das Berufungsgericht den Bekl. antragsgemäß verurteilt. Dagegen wendet er sich mit seiner Revision.

#### Aus den Gründen:

Auf die Revision muß das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

I. Als Anspruchsgrundlage kann nur ungerechtfertige Bereicherung gem. § 812 BGB in Betracht kommen. Das hat das Berufungsgericht richtig gesehen. Eine Rückzahlungsvereinbarung gibt es zwischen den Parteien unstreitig nicht. Anhaltspunkte dafür, daß die Kl. die gezahlte Provision als Schadensersatz zurückverlangen kann, sind nicht vorgetragen.

Unstreitig hat der Bekl. den Betrag von 360.000,- DM durch bewußte und zweckgerichtete Zahlung seitens der Kl. erhalten. Zu der Meinung, das sei ohne Rechtsgrund geschehen, ist das Berufungsgericht aber rechtsfehlerhaft gelangt. Es begründet sie damit, daß ein Maklerprovisionsanspruch nach h. M. nicht entstehe, wenn wie hier die nach § 19 BBauG für die Auflassung eines Grundstücks erforderliche Genehmigung verweigert werde.

1. Allerdings stünde dem Bekl. kein Maklerlohn zu, wenn die von ihm vermittelten Kaufverträge gem. § 306 BGB nichtig, weil auf eine unmögliche Leistung gerichtet wären. In diesen Verträgen war die Übereignung von Trennstücken zur Bebauung mit Eigenheimen versprochen. Dafür war eine behördliche Genehmigung erforderlich. Diese Genehmigung war vom Bestehen eines rechtsgültigen Bebauungsplanes abhängig, der aber unstreitig nicht bestand und nicht mehr aufgestellt werden soll.

a) Zutreffend verweist die Revision darauf, daß entgegen der Meinung des Berufungsgerichts Auflassungsgenehmigungen nicht mehr nötig waren. Durch das Gesetz zur Beschleunigung von Verfahren und zur Erleichterung von Investitionsvorhaben im Städtebaurecht vom 6.7.1979 (BGBI. I, 949) ist die Auflassungsgenehmigung durch die Teilungsgenehmigung ersetzt worden (§§ 19 und 183a BBauG i.d.F. v. Art. 1 Nrn. 8 u. 39 BeschlG). Jedoch war für die Kaufverträge die Teilungsgenehmigung nach § 19 Abs. 1 Nr. 3 BBauG zur Umschreibung im Grundbuch im Hinblick auf § 7 Abs. 1 GBO und § 23 Abs. 1 BBauG erforderlich. Denn es sollten von größeren, landwirtschaftlich genutzten Grundstücken im Außenbereich zum Zweck der Bebauung Trenngrundstücke abgeschrieben und übereignet werden.

Die Revision räumt ein, daß die Kl. nicht die Voraussetzungen für die im Außenbereich gem. §§ 20 Abs. 1 Ziff. 3 und 35 BBauG nur bei Vorliegen eines Privilegierungstatbestandes mögliche Genehmigung erfüllt. Sie meint aber, daß keine objektive Unmöglichkeit vorliege, weil für privilegierte Bauvorhaben Teilungsgenehmigungen zu erreichen seien. Dabei verkennt sie, daß die versprochene Leistung gerade darin besteht, die Teillflächen an die nicht privilegierte Kl. zu übereignen.

b) Die Revision meint weiter, daß die Unmöglichkeit jedenfalls keine anfängliche, sondern eine nachträgliche sei; erst am 27.10.1988 seien die Beschlüsse zur Aufstellung des Bebauungsplanes aufgehoben worden. Demgegenüber bezieht sich die Revisionserwiderung auf die Senatsurteile WM 1976, 1132 = JuS 1977, 118 m. Anm. v. K. Schmidt und WM 1977, 21. Sie ist

der Auffassung, wie in den Fällen jener Urteile könne der hier als Makler tätig gewordene Bekl. nicht erwarten, für die Vermittlung eines Vertrages honoriert zu werden, der auf eine nicht zu erreichende Leistung gerichtet gewesen sei.

Im Schrifttum ist streitig, ob für den vom Makler herbeizuführenden Hauptvertrag anfängliche oder nachträgliche Unmöglichkeit vorliegt, wenn die für die Erfüllung eines Verpflichtungsgeschäftes notwendige behördliche Genehmigung versagt wird (vgl. Staudinger/Reuter, 12. Aufl., § 652 BGB, Rd.-Nr. 88; MünchKomm/Schwerdtner, 2. Aufl., § 652 BGB, Rd.-Nr. 132; Schwerdtner, Maklerrecht, 3. Aufl., Rd.-Nr. 165). Dabei wird insbesondere darauf abgestellt, ob es sich wie im Fall der Genehmigung gem. §§ 19 f. BBauG um eine gebundene Entscheidung (so Bastes/Krautberger/Löhr, 2. Aufl. 1987, § 20 BauGB, Rd.-Nr. 3; Brügelmann, Loseblattkommentar, 12. Lieferung 11/90, § 20 BauGB, Rd.-Nr. 2) oder aber um eine Ermessensentscheidung handelt (RGRK/Dehner, 12. Aufl., § 652 BGB, Rd.-Nr. 15 und Kempen, Der Provisionsanspruch des Zivilmaklers bei fehlerhaftem Hauptvertrag, 171 ff.). Alle Autoren beziehen sich für ihre unterschiedlichen Ansichten auf das erwähnte Senatsurteil WM 1976, 1132.

c) Welcher Auffassung zu folgen ist, bedarf keiner Entscheidung. Nimmt man anfängliche Unmöglichkeit an, so waren die vermittelten Kaufverträge vom 24.4.1981 dennoch nicht gem. § 306 BGB nichtig. (Zur nachträglichen Unmöglichkeit siehe unten I. 2 b). Nach § 308 Abs. 1 BGB steht nämlich die Unmöglichkeit der Gültigkeit des Vertrages nicht entgegen, wenn die Unmöglichkeit „gehoben“ werden kann und der Vertrag für den Fall geschlossen ist, daß die Leistung möglich wird.

Bei Abschluß der Kaufverträge bestand die Aussicht, daß die Unmöglichkeit künftig behoben werden könnte. Es stand zu erwarten, daß die Stadt R. für die verkauften Teillflächen einen Bebauungsplan aufstellte. Für Teilungen von Grundstücken, die im räumlichen Geltungsbereich eines Bebauungsplanes liegen, sieht zwar § 19 Abs. 1 Nr. 1 BBauG auch eine Genehmigung vor. Diese war aber nur zu versagen, wenn die Teilung oder die mit ihr verbundene Nutzung mit den Festsetzungen des Bebauungsplanes nicht vereinbar war.

Den Kaufvertragsparteien war bewußt, daß die Verträge nicht sofort durchgeführt werden konnten, sondern daß es zuvor der Grundstücksteilung bedurfte, die wiederum die Aufstellung des Bebauungsplanes voraussetzte. Sie haben in § 4 Abs. 1 der Kaufverträge die Zahlung der letzten Kaufpreisrate nicht an ein Datum, sondern an die Erteilung der Teilungsgenehmigung geknüpft und in § 9 für den Fall der Nichtaufstellung des Bebauungsplanes ein befristetes Rücktrittsrecht vereinbart. Bei solchem Bewußtsein ist im Zweifel anzunehmen, daß die Parteien den Vertrag für den Fall des Möglicherwerts der Leistung geschlossen haben (Staudinger/Löwisch, a.a.O., § 308 BGB, Rd.-Nr. 5). Umstände, die für eine gegenteilige Auslegung sprechen, sind weder vorgetragen noch ersichtlich.

2. Nach § 652 Abs. 1 S. 2 BGB kann bei Abschluß des Hauptvertrages unter einer aufschiebenden Bedingung der Maklerlohn erst verlangt werden, wenn die Bedingung eintritt (vgl. dazu RG JW 1927, 657 und Senatsurteil NJW 1984, 358 = WM 1984, 60 unter I).

a) Eine Vereinbarung i.S. d. § 308 Abs. 1 BGB wird allgemein als Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung gem. § 158 Abs. 1 BGB aufgefaßt (Palandt/Heinrichs, 51. Aufl., Anm. 2; Staudinger/Löwisch, a.a.O., Rd.-Nr. 4; Erman/Bastes, 8. Aufl., Rd.-Nr. 1 a.E.; Soergel/Wolf, 12. Aufl., Rd.-Nr. 4, je zu § 308 BGB). Neben dem Argument, daß es in § 308 Abs. 2 BGB „andere“ aufschiebende Bedingung heißt, wird darauf hingewiesen, daß die Parteien bei § 308 Abs. 1 BGB die Gültigkeit ihres Vertrages von dem ungewissen Eintritt der späteren Möglichkeit der Leistung abhängig gemacht haben; dies sei genau die Situation, für die §§ 158 ff. BGB bestimmt seien.

b) Erst recht ist von der Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung auszugehen, wenn nachträgliche Unmöglichkeit angenommen wird. Mit den gleichen Erwägungen, die im Rahmen des § 308 Abs. 1 BGB angestellt worden sind, ist festzu-

stellen, daß die Kaufvertragsparteien die Wirksamkeit der Kaufverträge davon abhängig gemacht haben, daß der Bebauungsplan aufgestellt wird. Die Vereinbarung eines befristeten Rücktrittsrechts für den Fall, daß die Stadt R. keinen „rechtskräftigen“ Bebauungsplan aufstellt, steht dieser Auslegung nicht entgegen. Die fehlende Rücktrittsmöglichkeit ab 1.1.1983 besagt nicht, daß die Kaufvertragsparteien von auf jeden Fall voll wirksamen Kaufverträgen ab diesem Zeitpunkt ausgegangen sind. Sie wußten, daß von der Aufstellung des Bebauungsplanes die Durchführbarkeit der Verträge abhing, daß dessen Aufstellung bis spätestens zum 31.12.1982 aber nicht unbedingt sicher war. Die befristete Rücktrittsmöglichkeit hatte demgemäß möglicherweise den Sinn, daß die Kaufvertragsparteien bis zum Fristablauf den Schwebezustand sollten selbst beenden dürfen. Danach waren sie gezwungen, das Ende des Schwebezustandes abzuwarten; ob der Vertrag durchgeführt würde oder nicht, sollte bei dieser Auslegung ab 1.1.1983 nicht mehr durch einseitigen Rücktritt entschieden werden.

c) Die aufschiebende Bedingung, nämlich die Aufstellung des Bebauungsplanes, ist unstrittig bis heute nicht eingetreten. Wegen des Aufhebungsbeschlusses vom 27.10.1988 steht mit der erforderlichen Gewißheit, der gegenüber vernünftige Zweifel nicht mehr auftreten können, fest, daß die Bedingung nicht mehr eintreten kann, also ausgefallen ist (BGH VersR 1974, 1167 unter I).

3. Dennoch dürfte der Bekl. die Provision behalten, wenn er – wie er offenbar behaupten will – mit der Kl. vereinbart hätte, daß ihm die Provision unabhängig von der rechtsgültigen Aufstellung des Bebauungsplanes zustehen soll. Die Kl. hat im Rahmen ihrer Anspruchsbegründung aus § 812 BGB die Beweislast dafür, daß eine solche Vereinbarung nicht getroffen worden ist. Im Berufungsurteil wird die Vereinbarung der Parteien i. S. d. Kl. verstanden, daß nämlich die Maklerprovision nicht unabhängig von der Aufstellung des Bebauungsplanes sein sollte. Zu dieser Feststellung über den Inhalt der Parteivereinbarung ist der Tatsächter aber verfahrensfehlerhaft gelangt, wie die Revision mit Recht rügt. Schon deshalb ist das angefochtene Urteil aufzuheben.

a) Die Kl. hat sich für den von ihr behaupteten Inhalt der Provisionsabrede der Parteien auf das Zeugnis des Notars und des sie vertretenden Mitarbeiters G. berufen. Das OLG ist diesen Beweisantritten nicht nachgegangen, obwohl es den auch nach seiner Meinung für den Bekl. sprechenden Umstand gesehen hat, daß die Kl. die Rechnung des Bekl. vollständig und vorbehaltlos beglichen hat, unstrittig überdies die letzte Rate erst nach Ablauf der Rücktrittsfrist im Kaufvertrag. Nicht deutlich wird, ob es auch berücksichtigt hat, daß die Kl. anscheinend mit dem Bekl. – anders als mit den Grundstücksverkäufern – kein Rücktrittsrecht und insbesondere auch nicht vereinbart hat, daß die letzte Rate der Provision erst nach Klärung der Bebauungsfähigkeit zu zahlen ist. Das Berufungsgericht glaubt vielmehr, aus dem eigenen Verhalten des Bekl. ergebe sich, daß die Provision gerade nicht bereits mit dem Abschluß der Kaufverträge verdient sein sollte. Er trage selber vor, mit seinen Untermaklern jeweils vereinbart zu haben, daß die weitergegebenen Beträge dann zurückzuzahlen seien, wenn die Grundstücke nicht Bauland würden und außerdem vom Rücktrittsrecht Gebrauch gemacht worden sei. Weil er demgemäß von der Vorläufigkeit seines Anspruches ausgegangen sei, ergebe sich überzeugend, daß er mit dem Abschluß der Kaufverträge noch keinen fälligen Courtageanspruch haben sollte.

Das Berufungsgericht hat jedoch übersehen, daß innere Vorstellungen einer Partei nur dann bei der Auslegung eines Vertrages berücksichtigt werden dürfen, wenn sie dem Vertragspartner erkennbar waren. Für die Auslegung einer empfangsbedürftigen Willenserklärung ist nach §§ 133, 157 BGB maßgebend, wie diese vom Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben und nach der Verkehrsauffassung verstanden werden mußte. Das Berufungsgericht stellt nicht fest, daß die Abmachung, die der Bekl. mit seinen Untermaklern getroffen hat, der Kl. überhaupt bekannt war.

Weiter hat das Berufungsgericht nicht beachtet, daß der Bekl. mit seinen Untermaklern eine Rückzahlungsvereinbarung nur für den Fall getroffen hatte, daß eine der beiden Parteien des Grundstückskaufvertrages von dem befristeten Rücktrittsrecht Gebrauch macht. Wenn bis zum 31.12.1982 keine der Kaufvertragsparteien zurückgetreten war, verwandelte sich die vorläufige Provisionszahlung des Bekl. an seine Untermakler in eine endgültige. Wenn man mit dem Berufungsgericht annimmt, daß die Provisionsvereinbarung zwischen der Kl. und dem Bekl. den gleichen Rückzahlungsvorbehalt enthielt wie die zwischen dem Bekl. und seinen Untermaklern, dann wäre eine Rückforderung der Provision nur zulässig gewesen, wenn entweder die Kl. oder aber die Verkäufer von ihrem fristgebundenen Rücktrittsrecht Gebrauch gemacht hätten. Das ist aber unstreitig nicht geschehen.

b) Das Berufungsgericht will allerdings weiter berücksichtigen, daß es sich ersichtlich für beide Parteien um ein Spekulationsgeschäft gehandelt habe, weil der Bekl. den 4,68fachen Betrag der üblichen Courtage erhalten habe. Ob allein diese Erwägung die zum Vertragsinhalt getroffene Feststellung tragen soll, ist aber zumindest zweifelhaft. Einmal wird im Berufungsurteil ausdrücklich ausgeführt, der oben unter a) behandelte Umstand – also nicht die Höhe der Provision – sei „für den Senat überzeugend“. Zum anderen belegt die Provisionshöhe allein noch nicht, daß das Risiko eines etwaigen Spekulationsgeschäftes lediglich vom Bekl. getragen werden sollte. Vielmehr hat die Kl. selbst behauptet, man habe „allseits die Erteilung der Bodenverkehrsgenehmigung für unproblematisch“ gehalten, deren Nichterteilung sei „überhaupt nicht erörtert worden“. Dann aber ist trotz der Provisionshöhe nicht auszuschließen, daß die Vereinbarungen zwischen der Kl. und dem Bekl. insofern lückenhaft waren, als sie den Fall des Behaltdürfens der gezahlten Provision – oder auch eines Teiles davon, etwa in Höhe der üblichen Provision – bei Nichterteilung eines Bebauungsplanes eben nicht regelten. Wäre das zu bejahen, dann könnte sich die vom Tatsächter nicht behandelte Frage nach ergänzender Vertragsauslegung stellen.

II. Für das weitere Verfahren ist auf folgende Punkte hinzuweisen:

1. Für den Fall, daß das Berufungsgericht erneut das Bestehen eines Bereicherungsanspruches bejaht, wird es den Entreicherungseinwand des Bekl. nicht – wie bislang rechtsfehlerhaft geschehen – gem. § 820 Abs. 1 S. 2 BGB für unbeachtlich erklären können. Die bloße Erkennbarkeit des künftigen Wegfalles des rechtlichen Grundes, also die objektive Ungewißheit, reicht für ein Eingreifen von § 820 Abs. 1 S. 2 BGB nicht aus. Erforderlich ist nach allgemeiner Auffassung, daß beide Vertragsteile auch subjektiv von der Unsicherheit ausgingen (Palandt/Thomas, Anm. 2; Staudinger/Lorenz, a.a.O., Rd.-Nr. 4; MünchKomm/Lieb, a.a.O., Rd.-Nr. 7, je zu § 820 BGB). Soweit gesagt wird, die Rspr. stelle bei Provisionsvorauszahlungen an Makler geringere Anforderungen an das subjektive Erfordernis, ist dafür die allein zitierte Entscheidung RG SeuffArch 74 Nr. 174 kein Beleg. Das RG hat in dieser Entscheidung vorausgesetzt, daß die Parteien mit dem Wegfall des Rechtsgrundes als möglich rechneten. Vorliegend gingen beide Parteien angesichts des Schreibens der Stadt R. vom 18. 3. 1980 an den Bekl., anscheinend davon aus, daß der Bebauungsplan aufgestellt werde.

2. Der Bekl. macht Entreicherung aus zwei Gesichtspunkten geltend, nämlich Zahlung von Unterprovisionen an beteiligte Makler und erhöhte Einkommensteuerzahlungen infolge Empfangs der Provision.

Im Urteil vom 15. 3. 1978 (WM 1978, 708 = DNotZ 1978, 678) hat der Senat die Entreicherung bei Weitergabe der Provision an Außendienstmitarbeiter unter III. 2. c) bejaht, im Urteil vom 23. 10. 1980 (NJW 1981, 277) unter I. 5. b) und c) dagegen aber Bedenken geäußert, weil ein ursächlicher Zusammenhang zwischen Provisionsvorschuß und Unterprovisionszahlungen gegeben sein müsse. Diese Bedenken treffen den vorliegenden Fall nicht. Zwischen der von dem Bekl. empfangenen Provision und seinen Unterprovisionszahlungen besteht ein

ursächlicher Zusammenhang. Der Bekl. trägt unbestritten vor, daß er seinen Untermaklern gegenüber verpflichtet gewesen sei, nach Erhalt der Provisionsteilbeträge diese unter sich und den Untermaklern aufzuteilen.

Eine endgültige steuerliche Mehrbelastung ist im Rahmen des § 818 Abs. 3 BGB ebenfalls zu berücksichtigen (RGZ 170, 65, 67). Ob der Bekl. die auf die Provision entfallende Steuer nicht zurückverlangen kann, wird noch zu erörtern sein.

### **3. Liegenschaftsrecht/Schuldrecht – Unwiderruflichkeit der Freistellungserklärung einer Bank** (BGH, Urteil vom 30.1.1992 – IX ZR 64/91)

#### **BGB §§ 1192 Abs. 1; 1169; 1175 Abs. 1 S. 2**

**Wenn eine Bank sich verpflichtet, den Käufer eines Teilgrundstücks von der Haftung für eine zu ihren Gunsten bestehende Gesamtgrundschuld insoweit freizustellen, als diese über den von diesem Käufer geschuldeten Kaufpreis hinausgeht, so bleibt sie an diese Freistellungserklärung grundsätzlich auch dann gebunden, wenn der Käufer die Zahlung des Kaufpreises zu Unrecht verweigert.**

#### **Zum Sachverhalt:**

Am 30.7.1986 schloß der Kl. einen notariellen Kaufvertrag über den Erwerb einer Eigentumswohnung zum Preis von 159.500,- DM. Die Verkäuferin hatte zum Erwerb des Grundstücks, auf dem sie vier Eigentumswohnungen errichten ließ, bei der bek. Bank ein Darlehen aufgenommen. Zu dessen Sicherung waren im Grundbuch drei Grundschulden über 100.000,- DM, 170.000,- DM und 300.000,- DM eingetragen. In dem notariellen Vertrag vom 30.7.1986 ist festgehalten, daß das verkaufte Wohnungseigentum in Abt. III des Grundbuchs mit den vorgenannten drei Grundschulden belastet sein wird. In Nr. VI 2 des Vertrages ist vereinbart, daß der Kaufpreis erst fällig wird, wenn „die Lastenfreistellung des Vertragsobjektes von den in Abt. III des Grundbuchs eingetragenen Belastungen sichergestellt ist, indem dem amtierenden Notar seitens der Gläubigerin entsprechende Lastenfreistellungserklärungen in grundbuchvollzugsfähiger Form vorliegen, für deren Gebrauch als einzige Auflage die Zahlung eines Ablösebetrages geltend gemacht sein darf, welcher den vereinbarten Kaufpreis nicht übersteigt.“ Ferner heißt es dort: „Der Verkäufer tritt in Höhe eines etwa geltend gemachten Ablösebetrages seinen Kaufpreiszahlungsanspruch an die Grundpfandrechtsgläubigerin ab und weist den Käufer unwiderruflich an, einen etwa geforderten Ablösebetrag unmittelbar an die Grundpfandrechtsgläubigerin in Anrechnung auf den Kaufpreis auszubezahlen.“

Mit Schreiben vom 12.9.1986 übersandte die Bekl. dem beurkundenden Notar eine Löschungsbewilligung bzgl. der auf dem Wohnungseigentum des Kl. lastenden Grundschulden mit der Auflage, daß er darüber verfügen dürfe, wenn der Kaufpreis von 159.500,- DM auf das Konto der Bekl. überwiesen sei.

Der Kl. zahlte die 159.500,- DM nicht an die Bekl., sondern erklärte gegenüber der Verkäuferin die Aufrechnung mit einer Gegenforderung, welche die Kaufpreisforderung überstieg. Nachdem die Bekl. den Kl. vergeblich zur Zahlung der 159.500,- DM aufgefordert hatte, betrieb sie aus der Grundschuld von 300.000,- DM die Zwangsversteigerung des Wohnungseigentums. Am 6.9.1989 wurde die Wohnung versteigert. Der Zuschlag erfolgte gegen Zahlung von 7000,- DM unter Übernahme der Grundschulden von 100.000,- DM und 170.000,- DM.

Der Kl. verlangte Zahlung von 117.500,- DM. Das ist die Differenz zwischen dem Versteigererlös von 277.000,- DM und dem von ihm geschuldeten Kaufpreis von 159.500,- DM. Das LG hat der Klage stattgegeben, das OLG hat sie abgewiesen. Mit der Revision erstrebt der Kl. die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

#### **Aus den Gründen:**

I. ...

II. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Das Berufungsgericht geht ersichtlich davon aus, daß die Bekl. dem Kl. einen Anspruch auf Freistellung von den Grundschulden eingeräumt hat, soweit diese über den vom Kl. geschuldeten Betrag von 159.500,- DM hinausgingen. Das wird vom Berufungsgericht zwar nicht näher begründet, begegnet im Ergebnis jedoch keinen Bedenken. Durch die Aufteilung des

Grundstücks in vier Wohnungseigentumsrechte sind die zunächst am Grundstück bestellten Grundschulden der Bekl. zu Gesamtgrundschulden geworden, die gem. §§ 1192 Abs. 1, 1132 Abs. 1 BGB jedes Wohnungseigentum in voller Höhe belasteten (vgl. BGH NJW 1976, 2340 f.= DNotZ 1977, 356). Da in derartigen Fällen nach dem Willen aller Bet. der einzelne Käufer jeweils nur für einen seiner Kaufpreisschuld entsprechenden Teilbetrag der Gesamtgrundschuld haften soll, ist es üblich, daß der Grundschuldgläubiger sich dem einzelnen Käufer gegenüber zumindest schuldrechtlich zu einer entsprechenden Freistellung von der dinglichen Haftung verpflichtet (vgl. BGH NJW 1976, 2342 = DNotZ 1977, 356; BGH NJW 1984, 169 f. = DNotZ 1984, 322; Gaberdie, Kreditsicherung durch Grundschulden, 4. Aufl, Rd.-Nr. 7.22). Gibt der Gläubiger die Freistellungserklärung gegenüber dem Verkäufer der einzelnen Wohneinheiten (seinem Schuldner) ab, so wird damit in der Regel ein berechtigter Vertrag zugunsten Dritter begründet (vgl. BGH, a.a.O.).

Das Berufungsgericht hat hier zwar keine näheren Feststellungen darüber getroffen, ob die Bekl. die Freistellungserklärung gegenüber der Verkäuferin abgegeben und sodann zu deren Erfüllung dem Notar am 12.9.1986 die Löschungsbewilligungen geschickt hat oder ob die Freistellungserklärung in dem an den Notar gerichteten Schreiben vom 12.9.1986 zu sehen ist. Im Ergebnis ist jedoch davon auszugehen, daß die Bekl. gegenüber dem Kl. verpflichtet ist, ihn nur wegen des Betrages von 159.500,- DM aus der dinglichen Haftung für die Grundschulden in Anspruch zu nehmen.

2. Daran ist die Bekl. entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nach wie vor gebunden. Die Freistellungserklärung ist nicht frei widerruflich. Die Bekl. kann den Freistellungsanspruch des Kl. auch nicht ohne seine Zustimmung durch Vereinbarung mit der Verkäuferin wieder aufheben (vgl. § 328 Abs. 2 BGB). Eine derartige Befugnis der Vertragschließenden ist nach dem Zweck des Vertrages ausgeschlossen. Die Entlastung aus einer über den geschuldeten Kaufpreis hinausgehenden dinglichen Gesamthaftung ist für den Käufer einer Immobilie von ausschlaggebender Bedeutung. Er hat ein berechtigtes Interesse daran, aus der dinglichen Haftung nur bis zur Höhe seiner Kaufpreisverpflichtung in Anspruch genommen zu werden. Auf der anderen Seite ist kein berechtigtes Interesse des Verkäufers oder des Darlehensgebers anzuerkennen, den einzelnen Käufer auch für die Verbindlichkeiten der übrigen Käufer oder für sonstige Schulden des Verkäufers, die ebenfalls durch die Gesamtgrundschuld abgesichert sein mögen, haften zu lassen.

Das Berufungsurteil läßt nicht erkennen, aufgrund welcher rechtlichen Erwägungen das Berufungsgericht den Widerruf der Freistellungserklärung für beachtlich hält. Es verweist lediglich darauf, daß der Kl. sich zu Unrecht geweigert habe, den Betrag von 159.500,- DM an die Bekl. zu zahlen. Dieses Verhalten des Kl. vermag jedoch einen Widerruf der Freistellungserklärung nicht zu rechtfertigen. Damit hat der Kl. auch nicht etwa seinen Freistellungsanspruch nach § 242 BGB verwirkt. Die Nichtzahlung des Kaufpreises von 159.500,- DM entgegen den in Nr. VI 2 des Kaufvertrages genannten Voraussetzungen berührte die berechtigten Interessen der Bekl. nur in Höhe dieses Betrages. Sie gab ihr das Recht, die dingliche Haftung des Kl. wegen dieses Betrages in Anspruch zu nehmen. Es fehlt aber jeder rechtfertigende Grund dafür, daß die Bekl. den Kl. nunmehr – gleichsam zur Strafe – zusätzlich für völlig andere Schulden der Verkäuferin haften läßt, die möglicherweise ebenfalls von der Zweckerklärung der Grundschulden umfaßt sind. Dazu befugte sie auch nicht eine unberechtigte Zahlungsverweigerung des Kl.

3. Der Freistellungsanspruch des Kl. ist – ebenso wie ein Rückgewähranspruch – darauf gerichtet, daß die Bekl. auf den über 159.500,- DM hinausgehenden Teil der Grundschulden verzichtet, insoweit die Löschung bewilligt oder die Grundschulden an den Kl. abtritt (vgl. auch BGH NJW 1984, 169 f.= DNotZ 1984, 322). Nachdem die Grundschuld über 300.000,- DM aus der die Bekl. die Zwangsversteigerung betrieben hat, durch den Zuschlag erloschen ist, setzt sich diese Forderung

an dem auf die Grundschatz entfallenden Versteigerungserlös fort (vgl. BGH WM 1989, 1862 f.). Aufgrund dessen kommt ein Zahlungsanspruch des Kl. in Höhe von 7000,- DM in Betracht. Die vorrangigen Grundschatzschulden über 100.000,- DM und 170.000,- DM sind jedoch durch den Zuschlag nicht erloschen, sondern vom Ersteherrn übernommen worden. Insoweit käme ein Verzicht der Bekl. auf die Grundschatzschulden nicht dem Kl., sondern dem Ersteherrn zugute. Deshalb ist der Freistellungsanspruch des Kl. insoweit durch Teilabtretung der Grundschatz Nr. 2 über 170.000,- DM zu erfüllen, die als letztrangiges Recht bestehengeblieben ist.

Aus den dargelegten Gründen kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben.

#### 4. Liegenschaftsrecht/WEG – Zur Zulässigkeit des „Kellermodells“

(BayObLG, Beschuß vom 7.11.1991 – BReg. 2 Z 137/91 – mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München, und Notar Dr. Wolfram Eckardt, Fürth)

##### WEG §§ 1; 3; 5

**Wird lediglich an den Kellerräumen eines Wohnhauses Teileigentum begründet, kann die Eintragung im Grundbuch nicht mit der Begründung abgelehnt werden, wegen der Möglichkeit, später jedem Teileigentum das Sondernutzungsrecht an einer Wohnung zuzuordnen, werde in Wahrheit Wohnungseigentum begründet.**

##### Zum Sachverhalt:

Die Bet. ist Eigentümerin eines mit einem Wohnhaus bebauten Grundstücks. Zu notarieller Urkunde vom 2.8.1990 teilte sie das Grundstück in insgesamt 10 unterschiedlich große Miteigentumsanteile auf und verband mit jedem Miteigentumsanteil das Sondereigentum an einem nicht zu Wohnzwecken dienenden Kellerraum; die Kellerräume sind untereinander teilweise nur durch einen Lattenrost abgetrennt.

Am 8.8.1990 hat die Bet. die notarielle Urkunde zusammen mit einer Abgeschlossenheitsbescheinigung hinsichtlich der Kellerräume und einem Aufteilungsplan, der die 10 vorhandenen Wohnungen als Gemeinschaftseigentum ausweist, zum grundbuchamtlichen Vollzug vorgelegt. Das GBA hat den Antrag am 15.8.1990 abgewiesen. Die Erinnerung/Beschwerde hiergegen hat das LG durch Beschuß vom 24.7.1991 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde.

##### Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel hat Erfolg.

##### 1. Das LG hat ausgeführt:

Auch wenn nur die Begründung von Teileigentum beantragt sei, handle es sich doch faktisch um die, zumindest beginnende, Begründung von Wohnungseigentum. Hierfür lägen aber die gesetzlichen Voraussetzungen nicht vor, so daß der Antrag zu Recht abgewiesen worden sei.

Die formellen Voraussetzungen für die Begründung von Teileigentum seien an sich gegeben. Aufgrund der Eintragungsunterlagen erweise sich die Abgeschlossenheitsbescheinigung jedoch als erkennbar unrichtig. Aus dem Aufteilungsplan sei ersichtlich, daß das Gebäude ausschließlich Wohnzwecken diene. Der Eintragungsantrag strebe eine spätere Zuweisung jeweils einer Wohnung zu einem Teileigentum in der Form eines Sondernutzungsrechts an. Dadurch würde faktisch Wohnungseigentum begründet. Daher müsse eine Abgeschlossenheitsbescheinigung für Wohnungen vorgelegt werden. Der eingeschlagene Weg versuche dieses Erfordernis zu umgehen. Mit an sich zulässigen Mitteln werde damit ein verbotener Erfolg angestrebt, nämlich die Begründung von Wohnungseigentum ohne Abgeschlossenheitsbescheinigung. Ein solches Rechtsgeschäft sei unwirksam.

2. Die Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Das WEG unterscheidet zwischen Wohnungseigentum als dem Sondereigentum an einer Wohnung in Verbindung mit dem Miteigentumsanteil am gemeinschaftlichen Eigentum (§ 1 Abs. 2 WEG) und Teileigentum als dem Sondereigentum an nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen eines Gebäudes in Verbindung mit dem Miteigentumsanteil (§ 1 Abs. 3 WEG). In der rechtlichen Behandlung bestehen keine grundsätzlichen Unterschiede zwischen Wohnungseigentum und Teileigentum (§ 1 Abs. 6 WEG). In § 5 Abs. 2 WEG enthält das WEG zwar eine Regelung darüber, welche Teile des Gebäudes zwingend gemeinschaftliches Eigentum sind. Demgegenüber enthält das Gesetz aber keine Bestimmung darüber, daß bestimmte Teile des Gebäudes oder bestimmte Räume unabhängig von der Bestimmung der Wohnungseigentümer (vgl. hierzu § 5 Abs. 1 i.V.m. § 3 Abs. 1 WEG) zwingend Sondereigentum sind. Vielmehr bestimmt § 5 Abs. 3 WEG, daß die Wohnungseigentümer Bestandteile des Gebäudes, an denen gem. § 5 Abs. 1 WEG an sich Sondereigentum begründet werden könnte, gleichwohl dem gemeinschaftlichen Eigentum zuordnen können.

b) Aus dieser gesetzlichen Regelung folgt, daß die Wohnungseigentümer nur an bestimmten, nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen eines Gebäudes Sondereigentum in der Form von Teileigentum begründen können und weitere vorhandene Räume, an denen Sondereigentum in der Form von Teileigentum oder auch in der Form von Wohnungseigentum begründet werden könnte, als gemeinschaftliches Eigentum ausweisen können (Weitnauer, 7. Aufl., § 3 WEG, Rd.-Nr. 13). In der Praxis kommen häufig Mischformen vor. So wird vielfach sowohl Teileigentum an Garagen als zugleich auch Wohnungseigentum an Wohnungen gebildet. Dabei muß wiederum nicht an jeder Wohnung oder jeder Garage Sondereigentum begründet werden. Mitunter bleibt eine Wohnung im gemeinschaftlichen Eigentum, weil sie z. B. als Hausmeisterwohnung genutzt werden soll. Entsprechendes kann für eine Garage gelten, weil sie z. B. als Abstellplatz für eine im gemeinschaftlichen Eigentum stehende Kehrmaschine dienen soll.

c) Vor diesem Hintergrund bestehen gegen die von der Bet. gewählte Rechtsform keine rechtlichen Bedenken (ebenso Pause, NJW 1990, 3178). Die Bet. hat Sondereigentum nur an den nicht zu Wohnzwecken dienenden Kellerräumen gebildet. Dies hat zur Folge, daß alle übrigen Räume, Anlagen und Einrichtungen des Gebäudes, also auch die vorhandenen Wohnungen, Gemeinschaftseigentum werden (§ 1 Abs. 5 WEG).

Die für die Begründung des Teileigentums gem. § 3 Abs. 2 S. 1 WEG erforderliche Abgeschlossenheit ist gegeben; sie ist durch eine Bescheinigung der Baubehörde nachgewiesen (§ 7 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 WEG). Desgleichen ist der von § 7 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 WEG verlangte Aufteilungsplan vorgelegt. Ist eine Abgeschlossenheitsbescheinigung erteilt, so darf das GBA, sofern die weiteren Eintragungsvoraussetzungen gegeben sind, grundsätzlich ohne weitere Prüfung durch Anlegung der Wohnungsgrundbücher Wohnungseigentum begründen; etwas anderes gilt nur, wenn sich aus den Eintragungsunterlagen ergibt, daß die Abgeschlossenheitsbescheinigung erkennbar unrichtig ist (BayObLGZ 1990, 168, 170 = DNotZ 1991, 477 = Mitt-RhNotK 1990, 215; vgl. ferner BayObLGZ 1989, 447, 450 m. w. N. = DNotZ 1990, 260 = MittRhNotK 1990, 19; aber auch Becker, NJW 1991, 2742). Anhaltspunkte für eine Unrichtigkeit der Abgeschlossenheitsbescheinigung sind nicht vorhanden. Nach Nr. 5 Buchst. b der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift für die Ausstellung von Bescheinigungen gem. § 7 Abs. 4 Nr. 2 und § 32 Abs. 2 Nr. 2 WEG vom 19.3.1974 (BAnz. Nr. 58) gelten bei nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen die für Wohnungen in Nr. 5 Buchst. a der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift aufgestellten Erfordernisse sinngemäß. Danach bestehen gegen die Abgeschlossenheit der Kellerräume keine Bedenken. Es genügt, daß sie gegeneinander, wenn auch nur durch Lattenroste, sowie gegenüber dem gemeinschaftlichen Eigentum abgeschlossen sind, insbesondere einen eigenen abschließbaren

Zugang haben. Bei sinngemäßer Anwendung von Nr. 5 Buchst. a der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift kann bei einem nicht zu Wohnzwecken dienenden Raum nicht verlangt werden, daß sich Wasserversorgung, Ausguß und WC innerhalb des Raums befinden (VGH München DNotZ 1991, 481 f.).

d) Das LG meint, wegen der Möglichkeit, später mit jedem Teileigentum das Sondernutzungsrecht an einer Wohnung zu verbinden, werde bereits jetzt „faktisch“ Wohnungseigentum begründet. Dem ist entgegenzuhalten, daß maßgebend die rechtliche Ausgestaltung ist. Diese geht aber unzweifelhaft auf die Begründung von Teileigentum und kann als solche aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden. Zwischen einem Wohnungseigentum und einem Teileigentum an einem Keller bestehen, auch wenn dem jeweiligen Teileigentümer des Kellers das Sondernutzungsrecht an einer Wohnung eingeräumt wird, entscheidende rechtliche, aber auch tatsächliche Unterschiede. Auch ein Teileigentum an einem Keller mit einem Sondernutzungsrecht an einer Wohnung ist zwar frei veräußerlich und auch belastbar. Eine Veräußerung oder Belastung kann aber wegen der rechtlichen Unterschiede zwischen einem Wohnungseigentum als eigenständigem dinglichen Recht in der Form eines besonders ausgestalteten Mit Eigentumsanteils und einem Sondernutzungsrecht an einer Wohnung als einem grundsätzlich nur schuldrechtlich wirkenden Nutzungsrecht auf erhebliche tatsächliche Schwierigkeiten stoßen (a.M. wohl Pause, a.a.O.).

Das LG hat sich im wesentlichen die Argumentation des LG Braunschweig (Rpfleger 1991, 201) zu eigen gemacht. Dieses Gericht hat die Eintragung von Teileigentum an Kellerräumen, denen jeweils das Sondernutzungsrecht an einer Wohnung zugeordnet war, abgelehnt, weil hinsichtlich der tatsächlichen Nutzung das gleiche Ergebnis erzielt werde wie bei Begründung von Sondereigentum an den Wohnungen; die Nutzung zu Wohnzwecken mache aus dem als Teileigentum bezeichneten Sondereigentum tatsächlich Wohnungseigentum; die falsche Bezeichnung sei unschädlich. Die Entscheidung wurde von Schäfer (Rpfleger 1991, 307) begrüßt. Ihr kann gleichwohl nicht beigetreten werden, weil sie entscheidend auf die tatsächlichen Verhältnisse abstellt, die aber nicht Gegenstand der Grundbucheintragung sein können; maßgeblich ist allein die rechtliche Ausgestaltung. Zwar handelt es sich um eine Umgehung der vom Gesetz nahegelegten Gestaltung, wenn anstelle von Wohnungseigentum Teileigentum an Kellerräumen verbunden mit Sondernutzungsrechten an Wohnungen begründet wird. Dies verstößt aber nicht gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB). Nicht jede rechtliche Gestaltung, die tatsächlich oder wirtschaftlich der Begründung von Wohnungseigentum nahekommt, ist allein deshalb verboten, weil sie nicht auch rechtlich in der Form des Wohnungseigentums gekleidet ist.

Der Hinweis, Kellerräume gehörten begriffsmäßig zur Wohnung, so daß an ihnen kein Teileigentum begründet werden könne, übersieht, daß dies allenfalls dann gelten kann, wenn an den Wohnräumen im übrigen wie in den angeführten Entscheidungen Sondereigentum in der Form von Wohnungseigentum begründet würde und die Kellerräume jeweils einer Wohnung zuzuordnen wären; dies ist hier nicht der Fall. Abgesehen davon erscheint es zweifelhaft, ob ein Kellerraum ebenso wie die angeführten Räume (Toilette, Vorflur) immer nur Teil einer Wohnung sein und keinem eigenständigen Zweck dienen kann.

Weiter wird angeführt, es gebe keinen sachlichen Grund dafür, bei der Begründung eines Sondernutzungsrechts an einer Wohnung anders als bei der Bestellung eines Dauerwohnrechts keinerlei Anforderungen an die Abgeschlossenheit zu stellen. Dem ist entgegenzuhalten, daß dann, wenn das Sondernutzungsrecht gem. § 10 Abs. 2 WEG als Inhalt des Sonder-eigentums in das Grundbuch eingetragen werden soll, der grundbuchrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz verlangt, den Teil des gemeinschaftlichen Eigentums, an dem das Sondernutzungsrecht bestellt werden soll, in der Eintragungsbewilligung klar und bestimmt zu bezeichnen (BayobLGZ 1985, 204,

206 f. = DNotZ 1986, 154 = MittRhNotK 1986, 77; BayObLG . Rpfleger 1989, 194). Aber auch für eine bloß schuldrechtliche Vereinbarung der Wohnungseigentümer i. S. d. § 10 Abs. 1 S. 2 WEG ist zu verlangen, daß der betreffende Teil des gemeinschaftlichen Eigentums eindeutig bestimmt ist. Selbst wenn bei einem Wohnungseigentum oder einem Dauerwohnrecht i. S. d. § 31 WEG im Hinblick auf das Erfordernis der Abgeschlossenheit gem. § 3 Abs. 2 S. 1 und § 32 Abs. 1 WEG weitergehende Anforderungen an die Abgrenzung zu anderem Sondereigentum oder zu Gemeinschaftseigentum zu stellen sein sollten (vgl. hierzu jedoch BayObLGZ 1990, 168, 172 = DNotZ 1991, 477 = MittRhNotK 1990, 215; ferner BGH NJW 1991, 1611 f.), hätte dies seine Rechtfertigung darin, daß es sich beim Wohnungseigentum und beim Dauerwohnrecht um eigenständige dingliche Rechte handelt, während das Sondernutzungsrecht grundsätzlich nur schuldrechtlicher Natur ist; die Grundbucheintragung eines Sondernutzungsrechts als Inhalt des Sondereigentums hat keine konstitutive Wirkung, erschöpft sich vielmehr in der in § 10 Abs. 2 WEG angeführten Wirkung gegen den Sondernachfolger eines Wohnungseigentümers.

3. Die beantragte Eintragung der Teilungserklärung in das Grundbuch kann somit aus den vom GBA und vom LG angeführten Gründen nicht abgelehnt werden.

Ob die gewählte Rechtsform zweckmäßig ist und den Interessen der künftigen Teileigentümer gerecht wird, kann im Grundbucheintragungsverfahren nicht berücksichtigt werden. Auf mögliche Nachteile und Unzuträglichkeiten wird aber der Notar bei der Beurkundung der Kaufverträge hinzuweisen haben.

Die Entscheidungen des LG und des GBA können keinen Bestand haben; sie werden aufgehoben. Die Sache wird an das GBA zur anderweitigen Entscheidung über den Eintragungsantrag zurückverwiesen.

Sofern die vom GBA noch vorzunehmende Prüfung ergibt, daß keine sonstigen Eintragungshindernisse bestehen, wird das GBA die beantragte Eintragung vorzunehmen haben.

## 5. Grundbuchrecht – Zu den Rechtswirkungen eines „Antragsverzichts“ im Grundstückskaufvertrag (LG Frankfurt am Main, Beschuß vom 13. 8. 1991 – 2/9 T 674/91)

### GBO § 13

1. Der in notarieller Urkunde erklärte Verzicht der Beteiligten auf ihr eigenes Antragsrecht führt nicht zum Verlust der Antragsbefugnis gegenüber dem GBA.
2. Ob das GBA von der Möglichkeit Gebrauch macht, den von dem Antrag nachteilig Betroffenen rechtliches Gehör zu gewähren, um diesen die Gelegenheit zur Geltendmachung entgegenstehender Rechte zu geben, steht in seinem Ermessen.

(Leitsätze nicht amtlich)

### Aus den Gründen:

Die mangels Abhilfe als Beschwerde geltende Erinnerung ist zulässig (§ 11 Abs. 1 und 2 RpfI G i.V.m. § 71 Abs. 1 GBO) und auch begründet. Der angefochtene Beschuß ist nicht gerechtfertigt. Zu Unrecht hält das GBA den Eintragungsantrag der Ast. für wirkungslos.

Der in der notariellen Urkunde des Notars L. vom 28.1.1987 (UR-Nr. 22/1987) enthaltene Verzicht auf ein eigenes Antragsrecht ist für das GBA ohne Bedeutung. Ein „Antragsverzicht“ eines Bet. ist schon deshalb nicht möglich, weil auch der Notar gem. § 15 GBO nur ermächtigt ist, Anträge der Bet. zu stellen, was deren Antragsberechtigung aber gerade voraussetzt. Im übrigen handelt es sich insoweit auch lediglich um Erklärungen zwischen den Urkundsbeteiligten, die nur zwischen ihnen selbst abgegeben sind. Hieraus mag die Verkäuferseite ihrer-

seits Rechte und Ansprüche herleiten, die jedoch dann nur im ordentlichen Rechtsweg, nicht aber im Grundbuchverfahren geltend gemacht werden können.

Zu Unrecht beruft sich das GBA auf die Entscheidung des OLG Hamm vom 26. 3. 1975 (Rpflieger 1975, 250). Schon vom Sachverhalt weicht diese Entscheidung von dem hier zu beurteilenden Fall dadurch ab, daß dort der Antragsverzicht ausdrücklich gegenüber dem GBA erklärt worden ist, was hier fehlt. Im übrigen hat auch das OLG Hamm nicht die Zulässigkeit eines Antragsverzichts angenommen. Es hat vielmehr lediglich versucht, die Eintragungsunterlagen auszulegen. Die von ihm angenommene Möglichkeit, bei einem solchen (unwirksamen) „Antragsverzicht“ stattdessen eine „verdrängende Vollmacht“ anzunehmen, ist nicht ohne Kritik geblieben. Herrmann (Mitt-BayNot 1975, 173) hat dazu hervorgehoben, daß die Vollmacht des Notars nach § 15 GBO auf Gesetz beruht und deshalb nicht der Disposition der Bet. unterliegt. Außerdem seien Prozeßvollmachten sowohl in der streitigen wie in der freiwilligen Gerichtsbarkeit jederzeit frei widerruflich. Auch unwiderrufliche Vollmachten seien aus wichtigem Grund widerrufbar, was nachzuprüfen jedoch nicht in die Kompetenz des GBA falle. Auch Horber/Demharter (§ 13 GBO, Anm. 18) und Ertl (DNotZ 1975, 644, 649 ff.) haben sich gegen die Beachtlichkeit eines solchen „Antragsverzichts“ ausgesprochen.

Eine im Ergebnis gleiche Auffassung wird auch vertreten von: Staudinger/Ertl, § 873 BGB, Rd.-Nr. 152; Haagele/Sieveking/Stöber, Grundbuchrecht, Rd.-Nrn. 88, 183; Meikel/Sieveking, § 13 GBO, Rd.-Nr. 64; Nieder, NJW 1984, 329; Rademacher, MittRhNotK 1983, 81, 86.

Unter diesen Umständen ist der von der Ast. gestellte Eintragungsantrag nicht ohne Wirkung; das GBA hat ihn vielmehr zu bearbeiten. Ob das GBA, nachdem der „Antragsverzicht“ nun einmal durch die Eintragungsunterlagen zu seiner Kenntnis gelangt ist, von der Möglichkeit Gebrauch macht, den Verkäufern zu dem Eintragungsantrag der Ast. rechtliches Gehör zu gewähren, damit diesen Gelegenheit gegeben werden kann, etwa dem Antrag entgegenstehende Rechte geltend zu machen, steht in seinem pflichtgemäßen Ermessen.

## 6. Grundbuchrecht/Handelsrecht – Änderung der Gläubigerbezeichnung einer Grundschuld bei Änderung der sachbearbeitenden Zweigniederlassung einer Bank

(LG Konstanz, Beschuß vom 23.12.1991 – 6 T 103/91)

### GBO § 13 HGB § 50 Abs. 3

1. Eine Handelsgesellschaft kann als Inhaberin eines Rechtes unter der von ihrer Hauptfirma abweichenden Firma einer Zweigniederlassung im Grundbuch eingetragen werden.
2. Eine Änderung der sachbearbeitenden Zweigniederlassung kann ebenfalls im Grundbuch vermerkt werden.

(Leitsätze nicht amtlich)

### Zum Sachverhalt:

Im Grundbuch von G. Nr. 100 sind in Abt. III lfd. Nrn. 1, 3 und 4 Grundschulden für die K-Bank AG in Köln eingetragen. Die Grundschuldgläubigerin ist durch Verschmelzung gem. § 339 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AktG mit der D-Bank AG seit 1988 vereinigt. Die D-Bank AG hat eine Filiale in Köln errichtet, die die bisherigen Geschäftsbeziehungen der K-Bank AG unter der Fa. „K-Bank Filiale der D-Bank AG“ weiterbetreiben soll. Mit Erklärung vom 3.12.1990 hat die K-Bank Filiale der D-Bank AG in öffentlich beglaubigter Form erklärt, daß die hier fraglichen Grundschulden nicht mehr ihr, sondern der Filiale F der D-Bank AG zustehen. Es wurde die Begrichtigung der Gläubigerbezeichnung in D-Bank AG Filiale F bewilligt und von der D-Bank AG Filiale F beantragt.

Mittlerweile firmiert die K-Bank Filiale der D-Bank AG als D-Bank AG, Filiale Köln.

Das GBA G. hat durch Beschuß vom 25. 4. 1991 den Antrag der D-Bank

AG Filiale F auf Änderung der Gläubigerbezeichnung der für die K-Bank AG in Köln eingetragenen Grundschuld abgelehnt und zur Begründung ausgeführt, durch die Verschmelzung der K-Bank AG in Köln mit der D-Bank AG könne zwar nunmehr die K-Bank Filiale der D-Bank AG als Gläubiger eingetragen werden. Die interne Geschäftszuweisung der D-Bank AG, wonach nunmehr deren Filiale F für die Bearbeitung zuständig sein soll, könne im Grundbuch aber nicht vollzogen werden, da für Eintragungen von Firmeninterna kein Raum sei.

Gegen diese Entscheidung hat die D-Bank AG, vertreten durch ihre Filiale Köln, Beschwerde eingelegt mit dem Antrag, das GBA anzuweisen, von seinen Bedenken Abstand zu nehmen und die D-Bank AG, Filiale F als Grundschuldgläubigerin einzutragen.

### Aus den Gründen:

Die Beschwerde der D-Bank AG ist nach § 71 Abs. 1 GBO zulässig und begründet.

Auf Antrag der D-Bank AG ist statt der bisher als Grundschuldgläubigerin im Grundbuch eingetragenen K-Bank AG in Köln die D-Bank AG, Filiale F einzutragen. Seit RGZ 62, 7 f. ist anerkannt, daß eine Handelsgesellschaft als Inhaberin eines Rechtes unter der von ihrer Hauptfirma abweichenden Firma einer Zweigniederlassung im Grundbuch eingetragen werden kann. Durch die Verschmelzung der bisherigen Grundschuldgläubigerin, der K-Bank in Köln mit der D-Bank AG und der Entscheidung der D-Bank AG, die bisher von der K-Bank AG in Köln betriebenen Geschäfte durch ihre Filiale in Köln weiter betreiben zu lassen, wäre, wie das GBA zutreffend ausführt, die Eintragung der Zweigniederlassung in Köln der D-Bank AG ohne weiteres zulässig. Soweit das GBA hingegen die Zuweisung der Verwaltungsbefugnisse bzgl. der im Grundbuch von G. eingetragenen Grundschulden auf die D-Bank AG, Filiale F, als nicht im Grundbuch eintragungsfähige Firmeninterna angesehen hat, vermag dem die Kammer nicht zu folgen.

Aus denselben Gründen, die schon das RG dazu bewogen haben, die Eintragung einer Zweigniederlassung einer Handelsgesellschaft für zulässig zu erachten, ist es nämlich auch zulässig, daß die Änderung der Zuweisung von der einen Zweigniederlassung auf die andere Zweigniederlassung einer Handelsgesellschaft im Grundbuch vermerkt wird. Richtig ist zwar, daß Grundschuldgläubigerin in jedem Fall die D-Bank AG mit Sitz in F. ist, gleichwohl besteht ein Bedürfnis, die unter eigener Firma handelnden Filialen der Grundschuldgläubigerin auch im Grundbuch einzutragen.

Abgesehen davon, daß es sonst zu Verzögerungen im Geschäftsverkehr mit der sachbearbeitenden Filiale kommen kann (vgl. hierzu Woite, NJW 1970, 548 f.), besteht auch ein rechtliches Bedürfnis, die sachbearbeitende Zweigniederlassung einer Grundschuldgläubigerin im Grundbuch zu vermerken und bei Änderungen der sachbearbeitenden Zweigstelle die Änderung im Grundbuch einzutragen. Nach § 50 Abs. 3 HGB ist es nämlich möglich, die Prokura auf den Betrieb einer von mehreren Zweigniederlassungen zu beschränken. Für den Grundbuchverkehr bedeutet dies, daß Grundbuchecklungen von dem Prokuristen einer Zweigniederlassung, dessen Prokura auf diese Zweigniederlassung beschränkt ist, bezüglich einer eingetragenen Grundschuld nur möglich sind, wenn sich aus dem Grundbuch ergibt, daß die Grundschuld zu dem Betrieb der Zweigniederlassung gehört, auf die die Prokura beschränkt ist. Am zweckmäßigsten wird dieser Möglichkeit zur Beschränkung der Prokura im Grundbuch dadurch Rechnung getragen, daß die sachbearbeitende Zweigniederlassung der Grundschuldgläubigerin im Grundbuch eingetragen wird. Daß dies nicht nur für die erstmalige Eintragung gelten kann, sondern auch bei dem Wechsel der Zuständigkeit der Zweigniederlassung innerhalb der Grundschuldgläubigerin möglich sein muß, ergibt sich daraus, daß das Grundbuch den Verkehrsbedürfnissen Rechnung tragen muß und keine nicht notwendigen Hindernisse für den Rechtsverkehr bereiten darf. Deswegen hat auch bereits das KG im Jahre 1937 entschieden, daß aus diesen Gründen ein im Grundbuch für eine Handelsgesellschaft unter der Firma ihrer Hauptniederlassung eingetragenes Recht auf die davon abweichende Firma einer Zweigniederlassung umgeschrieben werden kann (KG JW 1937, 1743).

Nichts anderes kann für die Umschreibung von der einen Zweigniederlassung auf die andere Zweigniederlassung gelten. Die Formvorschriften sind im vorliegenden Fall eingehalten.

## 7. Liegenschaftsrecht/Grundbuchrecht – Erhöhte Anforderungen der Eintragung eines Altenteils

(OLG Köln, Beschuß vom 1. 4. 1992 – 2 Wx 7/91 – mitgeteilt von Notar Thomas Odenthal, Heinsberg-Randerath)

### GBO §§ 19; 49

1. Das Wesen eines Altenteilsvertrages liegt in einem Nachrücken der folgenden Generation in eine die Existenz – wenigstens teilweise – begründende Wirtschaftseinheit unter Abwägung der Interessen des abziehenden Altenteilers und des nachrückenden Angehörigen der nächsten Generation, so daß es sich dann nicht um einen Altenteilsvertrag handelt, wenn in einer schuldrechtlichen Vereinbarung der Charakter eines gegenseitigen Vertrages mit dem Austausch im wesentlichen gleichwertiger Leistungen im Vordergrund steht.
2. Wird die Eintragung eines Altenteils beantragt, so ist das GBA zu der Prüfung berechtigt, ob der Eintragung ein diesen Grundsätzen entsprechender Altenteilsvertrag zugrundeliegt.

(Leitsätze nicht amtlich)

### Zum Sachverhalt:

Durch notariellen Vertrag vom 28.10.1989 haben die Bet. die Übertragung des damals im Eigentum des Bet. zu 1) stehenden, mit einem Einfamilienhaus bebauten Grundstücks auf seine Tochter, die Bet. zu 4), sowie die Weiterübertragung eines hälfteigenen Miteigentumsanteils an diesem Grundstück auf den Ehemann der Bet. zu 4), den Bet. zu 3), vereinbart. Als Rechtsgrund der Übertragung auf die Bet. zu 4) ist im Vertrag angegeben, es handele sich um eine Schenkung. Die Weiterübertragung des Hälftenanteils wird als ehebedingte unbenannte Zuwendung bezeichnet.

Als Gegenleistung sieht der Vertrag vom 28.10.1989 die Einräumung eines Altenteils für die Bet. zu 1) und 2) vor, bestehend aus der Einräumung eines Wohnungsrechts und der Übernahme einer Pflegeverpflichtung. Als weitere Gegenleistungen sind im Vertrag die Übernahme von Grabpflegekosten, eine Rückübertragungsverpflichtung für den Fall einer nicht von dem Bet. zu 2) genehmigten Veräußerung oder Belastung des Grundstücks und Herauszahlungen an weitere Kinder der Bet. zu 1) und 2) in Höhe von insgesamt 100.000,- DM aufgeführt.

Aufgrund dieses Vertrages und der in ihm erklärten Auflassung und Eintragungsbewilligung betreffend die Eintragung eines Altenteils und einer Rückauflassungsvormerkung haben die Bet. die Eigentumsumschreibung auf die Bet. zu 3) und 4) sowie die Eintragung des Altenteils und der Rückauflassungsvormerkung im Grundbuch beantragt. Diesen Antrag hat das GBA durch Beschuß vom 12. 4.1990 mit der Begründung zurückgewiesen, daß die Voraussetzungen für die Eintragung des Altenteils nicht erfüllt seien. Die Eigentumsumschreibung und die Eintragung der Rückauflassungsvormerkung sind inzwischen – aufgrund eines weiteren Antrages der Bet. – erfolgt. Gegen die Zurückweisung ihres Antrages auf Eintragung des Altenteils haben die Bet. Erinnerung eingelegt. Dieses mit seiner Vorlage an die Beschwerdekommission als Beschwerde geltende Rechtsmittel hat das LG zurückgewiesen (Rpfleger 1991, 106). Gegen diesen Beschuß wenden sich die Bet. zu 1) bis 4) mit der weiteren Beschwerde.

### Aus den Gründen:

Die gem. §§ 78, 80 Abs.1 GBO zulässige weitere Beschwerde der Bet. zu 1) bis 4) ist nicht begründet.

Ohne Rechtsfehler haben die Vorinstanzen die Prüfung des Eintragungsantrages der Bet. darauf erstreckt, ob die Voraussetzungen eines Altenteils gegeben sind (vgl. Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 9. Aufl. 1989, Rd.-Nr.1339). Das GBA war nicht verpflichtet, wegen des formellen Konsensprinzips (§ 19 GBO) das Altenteil allein aufgrund der entsprechenden Bewilligung einzutragen. Zwar braucht das GBA – von den Fällen des § 20 GBO abgesehen – in der Regel das der Eintragungsbewilligung zugrunde liegende material-rechtliche Geschäft nicht zu prüfen (vgl. Haegele/Schöner/Stöber, a.a.O.,

Rd.-Nr. 96, 208 m. w. N.; Horber/Demharter, 19. Aufl 1991, § 19 GBO, Anm. 1 a). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt aber dann, wenn sich die Zulässigkeit der Eintragung erst aus diesem Grundgeschäft ergibt (vgl. OLG Schleswig Rpfleger 1980, 348). Ein Altenteil stellt kein eigenständiges dingliches Recht dar, sondern einen Inbegriff von dinglich zu sichern den Nutzungen und Leistungen zum Zwecke der persönlichen Versorgung des Berechtigten (vgl. BayObLGZ 1975, 132 ff. = DNotZ 1975, 622; Haegele/Schöner/Stöber, a.a.O., Rd.-Nr.1325; Hintzen, Rpfleger 1991, 106; Horber/Demharter, a.a.O., § 49 GBO, Anm. 2 a; Palandt/Bassenge, 51. Aufl. 1992, Art. 96 EGBGB, Anm. 1; MünchKomm/Pecher, 2. Aufl. 1990, Art. 96 EGBGB, Rd.-Nr. 21; Dassler/Schiffhauer/Gerhardt/Muth, 12. Aufl. 1991, § 9 EGZVG, Rd.-Nr. 10 f.). Im Grundbuch eintragungsfähig sind nur die im Gesetz vorgesehenen dinglichen Rechte. Dabei kann nach § 874 BGB zur näheren Bezeichnung des Inhalts eines Rechts auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden. Abweichend hiervon ermöglicht es § 49 GBO im Fall der Eintragung eines Altenteils, nicht nur zur näheren Bezeichnung des Inhalts eines Rechts, sondern schon zur Bezeichnung der hinter dem Begriff „Altenteil“ jeweils stehenden Einzelrechte auf die Eintragungsbewilligung Bezug zu nehmen (vgl. BayObLGZ 1975, 132 f.; Hintzen, Rpfleger 1991, 106; Horber/Demharter, a.a.O., § 49 GBO, Anm. 1). Daher hat das GBA, ehe es von dem Bezugnahmeprivileg des § 49 GBO Gebrauch macht, nicht nur die Bewilligung der Eintragung altenteilsfähiger Einzelrechte zu prüfen, sondern auch, ob die Zusammenfassung dieser dinglichen Rechte tatsächlich in einem Altenteilsvertrag erfolgt ist (vgl. BayObLGZ 1975, 132, 134; OLG Schleswig, a.a.O.). Ob dies der Fall ist, richtet sich nicht nach der Verwendung des Wortes „Altenteil“ im Vertrag, sondern nach dem dort tatsächlich vereinbarten Rechtsinhalt (vgl. BayObLG, a.a.O.; OLG Hamm OLGZ 1969, 380 f. = DNotZ 1970, 37 = MittRhNotK 1969, 650), auf den deshalb die Prüfung zu erstrecken ist.

Zudem darf das GBA – auch im Regelungsbereich des formellen Konsensprinzips des § 19 GBO – nicht bewußt daran mitwirken, daß das Grundbuch unrichtig wird. Es hat daher eine Eintragung auch dann abzulehnen, wenn sich aus den Eintragungsunterlagen zweifelsfrei ergibt, daß das Grundbuch durch die beantragte Eintragung unbeschadet ihrer formellen Bewilligung durch den Betroffenen auf Dauer unrichtig würde (vgl. Haegele/Schöner/Stöber, a.a.O., Rd.-Nr. 209; Horber/Demharter, a.a.O., Anhang zu § 13 GBO, Anm. 9 a; je m. w. N.). Diese Voraussetzungen sind hier nach dem vom LG rechtsfehlerfrei festgestellten Sachverhalt erfüllt.

Nach der Rspr. des BGH (vgl. BGHZ 53, 41, 43 = DNotZ 1970, 249; BGH NJW 1981, 2568 f. = DNotZ 1982, 45; BGH NJW-RR 1989, 451), der der Senat folgt, liegt das Wesen eines Altenteilsvertrages i. S. v. § 49 GBO, Art. 96 EGBGB, Art. 15 § 9 PrAGBGB in einem Nachrücken der folgenden Generation in eine die Existenz – wenigstens teilweise – begründende Wirtschaftseinheit unter Abwägung der Interessen des abziehenden Altenteilers und des nachrückenden Angehörigen der nächsten Generation, so daß es sich dann nicht um einen Altenteilsvertrag handelt, wenn in einer schuldrechtlichen Vereinbarung der Charakter eines gegenseitigen Vertrages mit dem Austausch im wesentlichen gleichwertiger Leistungen im Vordergrund steht (vgl. auch BayObLGZ 1975, 132 = DNotZ 1975, 622; Haegele/Schöner/Stöber, a.a.O., Rd.-Nr.1324; Palandt/Bassenge, a.a.O., Anm. 2; MünchKomm/Pecher, a.a.O., Rd.-Nr. 6). Zwar kann die aus dem bäuerlichen Wirtschaftsleben hervorgegangene und davon geprägte Art der Sonderrechtsnachfolge unter Bestellung eines Altenteils auch bei der Überlassung sonstiger, insbesondere städtischer Grundstücke vorkommen (vgl. BGH NJW 1962, 2249; BGH NJW 1981, 2568 f. = DNotZ 1982, 45, RGZ 152, 104, 107; OLG Hamm, Rpfleger 1986, 270; LG Duisburg MittRhNotK 1989, 194 f.). Indes ist nach der Rspr. des BGH (NJW 1981, 2568 f. = DNotZ 1982, 45) mit Rücksicht auf die Herkunft dieses Rechtsinstituts eine eingeschränkte Interpretation der genannten Vorschriften geboten. Deshalb geht die Rüge der weiteren Beschwerde fehl, daß durch die mit der zitierten Rspr. des BGH übereinstimmende

Auffassung der angefochtenen Entscheidung des LG und des Senats der Anwendungsbereich des Rechtsinstituts „Altanteil“ über Gebühr eingeschränkt werde.

Es kann im Streitfall dahingestellt bleiben, ob der Bejahung der Voraussetzungen eines Altanteilsvertrages hier schon die vom AG herausgestellte annähernde Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung entgegensteht. Denn jedenfalls sind die Voraussetzungen eines Altanteils i. S. v. § 49 GBO hier deshalb nicht gegeben, weil es an einem Nachrücken in eine die Existenz wenigstens teilweise begründende Wirtschaftseinheit fehlt. Hierin liegt – entgegen der Auffassung der weiteren Beschwerde – gerade der Unterschied zwischen hier zu beurteilendem Sachverhalt und den von ihr angeführten „klassischen“ Fällen eines Altanteilsvertrages. Bei dem an die Bet. zu 3) und 4) übertragenen Grundbesitz handelt es sich um ein mit einem Einfamilienhaus bebautes Grundstück. Haus und umgebender Garten dienen Wohnzwecken und nicht – auch nicht teilweise – Zwecken wirtschaftlichen Erwerbs.

Hieran vermag auch der Hinweis der weiteren Beschwerde, daß die Bet. zu 3) und 4) zwischenzeitlich Kredite zur Finanzierung der Errichtung eines Anbaus auf demselben Grundstück aufgenommen hätten, nichts zu ändern. Auch dieser Anbau soll ihren Angaben zufolge Wohnzwecken dienen. Von einem Nachrücken in eine die Existenz wenigstens teilweise begründende Wirtschaftseinheit kann daher auch insoweit nicht gesprochen werden. Der Senat bemerkt deshalb lediglich ergänzend, daß auf dieses neue tatsächliche Vorbringen der weiteren Beschwerde das Rechtsmittel auch deshalb nicht gestützt werden kann, weil die weitere Beschwerde als Rechtsbeschwerde ausgestaltet ist: Das OLG als Gericht der weiteren Beschwerde hat nach §§ 78 S. 2 GBO, 561 ZPO seiner Beurteilung den in der angefochtenen Entscheidung des LG verfahrensfehlerfrei festgestellten Sachverhalt zugrunde zu legen, was die Berücksichtigung neuen tatsächlichen Vorbringens der Bet. im Verfahren der weiteren Beschwerde ausschließt (vgl. Horber/Demharter, a.a.O., § 79 GBO, Anm. 4 c aa m. w. N.).

Die weitere Beschwerde muß daher zurückgewiesen werden. Der von Hintzen in einer Anmerkung zu der angefochtenen Entscheidung des LG (Rpfleger 1991, 106 f.) vertretenen Auffassung, daß statt einer Zurückweisung des Eintragungsantrages den Bet. durch Zwischenverfügung die Rücknahme des – von Hintzen als Zusatzantrag aufgefaßten – Antrages auf Eintragung des Altanteils unter gleichzeitiger Aufrechterhaltung der Anträge auf Eintragung entsprechender Einzelrechte aufgegeben werden solle, vermag sich der Senat hier deshalb nicht anzuschließen, weil der Antrag der Bet., wie ihr Vorbringen in den Beschwerdeinstanzen deutlich macht, hier gerade auf die Eintragung der Rechte unter der zusammenfassenden Bezeichnung als Altanteil gerichtet war.

## 8. Liegenschaftsrecht/WEG – Vormerkung für Anspruch auf Einräumung von Sondereigentum „nach Maßgabe der künftigen Baugenehmigung“

(BayObLG, Beschuß vom 13. 2. 1992 – 2 Z BR 3/92 – mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

**WEG § 4 Abs. 1, 3  
BGB §§ 315; 883 Abs. 1**

**Der Anspruch eines Wohnungseigentümers auf Einräumung von Sondereigentum an den Räumen des Gebäudes, das er auf einer bestimmt bezeichneten Teilfläche des gemeinschaftlichen Grundstücks „nach Maßgabe der künftigen baurechtlichen Genehmigung“ errichten darf, um es mit einem von seinem Miteigentumsanteil abzutrennenden Teil zu verbinden, kann durch eine Vormerkung gesichert werden. Der Anspruch ist im Hinblick auf das durch die bestimmte Bezeichnung der Teilfläche und das Erfordernis der Baugenehmigung begrenzte Bestimmungsrecht des begünstigten Wohnungseigentümers ausreichend bestimmbar (Aufgabe von BayObLGZ 1974, 118 = DNotZ 1975, 36).**

## Zum Sachverhalt:

Die Bet. zu 1) und die Bet. zu 2) sind Miteigentümer zu je  $\frac{1}{2}$  eines 1840 qm großen Grundstücks; mit ihrem Miteigentumsanteil ist jeweils das Sondereigentum an einer Wohnung verbunden. Den Bet. zu 1) gehört die Wohnung Nr. 1 und den Bet. zu 2) die Wohnung Nr. 2. Beim Wohnungseigentum der Bet. zu 2) ist im Grundbuch eine Auflassungsvormerkung hinsichtlich einer Grundstücksteilfläche von 1500 qm zugunsten der Bet. zu 1) eingetragen.

Zu notarieller Urkunde vom 5. 9. 1991 einigten sich die Bet. zu 1) und die Bet. zu 2) über folgende Rechtsänderungen:

Mit der Wohnung der Bet. zu 1) soll ein Miteigentumsanteil von  $\frac{2}{3}$  und mit der der Bet. zu 2) ein solcher von  $\frac{1}{3}$  verbunden sein; an der Grundstücksteilfläche von 1500 qm, die Gegenstand der Auflassungsvormerkung ist, soll den Bet. zu 1) das alleinige Nutzungsrecht zustehen; alle Betriebs-, Instandhaltungs- und Erneuerungskosten sollen nicht nach den Miteigentumsanteilen, sondern nach dem Verhältnis der Wohnflächen verteilt werden; die Bet. zu 1) sollen berechtigt sein, auf der ihnen zur Sondernutzung zugewiesenen Grundstücksteilfläche von 1500 qm „nach Maßgabe der künftigen baurechtlichen Genehmigung einen Baukörper zu bilden, von ihrer Eigentumswohnung Nr. 1 einen  $\frac{1}{3}$ -Miteigentumsanteil an dem Grundstück ... zu trennen und mit Sondereigentum an neu zu bildenden Räumen zu verbinden, so daß künftig drei Wohnungseigentumseinheiten auf dem Grundstück ... vorhanden sind“.

Es bewilligten die Bet. zu 1) die Löschung der zu ihren Gunsten eingetragenen Auflassungsvormerkung, die Bet. zu 1) und die Bet. zu 2) die Eintragung des Sondereigentumsrechts sowie der Vereinbarung über die Kostentragung als Inhalt des Sondereigentums und die Bet. zu 2) die Eintragung einer Vormerkung an ihrer Eigentumswohnung für die Bet. zu 1) zur Sicherung des Anspruchs auf Inhaltsänderung des Wohnungseigentums.

Der beurkundende Notar hat für die Bet. den Vollzug der Urkunde vom 5. 9. 1991 beantragt. Das GBA hat durch Zwischenverfügung vom 14. 10. 1991 diesen Eintragungsantrag beanstanden, da der durch eine Vormerkung zugunsten der Bet. zu 1) zu sichernde Anspruch auf Änderung des Wohnungseigentums nicht bestimmt genug sei; es wurde die Vorlage eines Aufteilungsplans oder eines bauamtlich genehmigten Bauplans verlangt, aus dem sich die Lage und Beschaffenheit des zu errichtenden Baukörpers ergibt. Die Erinnerung/Beschwerde hiergegen hat das LG durch Beschuß vom 25. 11. 1991 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Bet.

## Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel hat Erfolg. Es führt zur Aufhebung der Entscheidung des LG und der Zwischenverfügung des GBA.

1. Das LG hat „die Beschwerde des Notars“ zurückgewiesen. Ein Rechtsmittel des Notars lag jedoch nicht vor. Der Notar hat gem. § 15 GBO den Eintragungsantrag und die Erinnerung/Beschwerde gegen die Zwischenverfügung nicht im eigenen Namen, sondern in dem der Antragsberechtigten, nämlich der Bet. zu 1) und der Bet. zu 2) eingereicht. Daher konnte nur deren Beschwerde zurückgewiesen werden (BayObLG NJW-RR 1989, 1495 f.).

2. Das LG hat ausgeführt ...

3. Die Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Die beabsichtigte Schaffung eines neuen Wohnungseigentumsrechts dadurch, daß neues Sondereigentum in einem erst noch zu errichtenden Bauwerk auf dem gemeinschaftlichen Grundstück gebildet und mit einem Miteigentumsanteil verbunden wird, stellt eine Inhaltsänderung der derzeit bestehenden Wohnungseigentumsrechte dar (BayObLGZ 1974, 118, 122 = DNotZ 1975, 36). Sie setzt die Mitwirkung aller Wohnungseigentümer und die Eintragung in das Grundbuch voraus (§ 4 WEG). Der schuldrechtliche Anspruch eines Wohnungseigentümers gegen die anderen auf Durchführung einer solchen dinglichen Rechtsänderung kann durch eine in das Grundbuch einzutragende Vormerkung gesichert werden (§ 883 Abs. 1 BGB). Die Vormerkung muß von allen übrigen Wohnungseigentümern bewilligt werden (§ 19 GBO, § 885 Abs. 1 BGB). In der Eintragungsbewilligung muß der schuldrechtliche Anspruch nach Inhalt und Umfang zweifelsfrei bestimmt oder doch bestimmbar sein (allgem. Meinung; vgl. Horber/Demharter, 19. Aufl., Anh. zu § 44 GBO, Anm. 17 c m. w. N.).

Das Erfordernis der Bestimmbarkeit ist dann erfüllt, wenn das

Recht, die im einzelnen geschuldete Leistung zu bestimmen, dem Vertragspartner (§ 315 BGB) oder einem Dritten (§ 317 BGB) eingeräumt ist (BayObLGZ 1973, 309, 312 f. = DNotZ 1974, 174; BayObLG Rpfleger 1986, 174). Dies gilt insbesondere dann, wenn das Bestimmungsrecht innerhalb eines festgelegten Höchstrahmens ausgeübt werden muß (BayObLG DNotZ 1985, 44 = MittRhNotK 1983, 216). Die Bestimmbarkeit kann auch von der Entschließung einer Behörde abhängig sein, z.B. bei Maßgeblichkeit eines erst aufzustellenden Bebauungsplans (BayObLG, a.a.O.). Das Bestimmungsrecht des Vertragspartners kann in zulässiger Weise durch das Ergebnis eines Baugenehmigungsverfahrens eingeschränkt sein (BGH MittBayNot 1981, 233).

b) Nach diesen Grundsätzen bestehen gegen die Bestimmbarkeit des Anspruchs auf Inhaltsänderung der bestehenden Wohnungseigentumsrechte, der durch Vormerkung gesichert werden soll, keine Bedenken.

Zunächst bedarf die Eintragungsbewilligung der Auslegung, die das Rechtsbeschwerdegericht jedenfalls deshalb selbst vornehmen kann, weil das LG eine Auslegung unterlassen hat (BGHZ 37, 233, 243 = DNotZ 1963, 226; BayObLGZ 1984, 155, 158; Horber/Demharter, a.a.O., § 78 GBO, Anm. 4 d dd). Bei der Auslegung ist auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie er sich als nächstliegende Bedeutung der Erklärung für einen unbefangenen Betrachter ergibt (allgem. Meinung; vgl. Horber/Demharter, a.a.O., § 19 GBO, Anm. 8 b m. w. N.). Danach ist der Bet. zu 1) in der Eintragungsbewilligung das Recht eingeräumt, auf einer hinreichend genau bestimmten Teilfläche des gemeinschaftlichen Grundstücks einen baurechtlich genehmigten Baukörper zu errichten. Damit ist der äußerste Rahmen für das Bauwerk abgesteckt, nämlich die Fläche, auf der es errichtet werden darf und die Notwendigkeit einer baurechtlichen Genehmigung. Welches Bauwerk im einzelnen innerhalb dieses vorgegebenen Rahmens errichtet wird, obliegt dem Bestimmungsrecht der Bet. zu 1). Der durch die Vormerkung zu sichernde Anspruch der Bet. zu 1) gegen die Bet. zu 2) auf Mitwirkung bei der Inhaltsänderung der derzeit bestehenden Wohnungseigentumsrechte dadurch, daß an den Räumen in diesem Bauwerk Sondereigentum gebildet und mit einem von dem Miteigentumsanteil der Bet. zu 1) abzuspalten den  $\frac{1}{3}$ -Miteigentumsanteil zu einem eigenständigen Wohnungseigentumsrecht – sei es in Form des Wohnungseigentums oder des Teileigentums – verbunden wird, ist damit ausreichend bestimmbar und somit vormerkungsfähig. Das Erfordernis der Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des zu sichernden Anspruchs verlangt nicht die Vorlage eines Aufteilungsplans oder einer Bauzeichnung hinsichtlich des künftigen Bauwerks.

c) Soweit der Senat in der Entscheidung BayObLGZ 1974, 118 (= DNotZ 1975, 36) eine andere Rechtsansicht vertreten hat, wird daran nicht festgehalten. In dem seinerzeit zu entscheidenden Fall war einem Wohnungseigentümer das Recht eingeräumt, auf einer bestimmt bezeichneten Teilfläche des gemeinschaftlichen Grundstücks einen Hochbau gleich welcher Art, sofern er baubehördlich genehmigt wird, zu errichten und das Sondereigentum an den sämtlichen neu errichteten Baulichkeiten mit seinem Mitelgentumsanteil zu verbinden und so dann dieses Wohnungseigentumsrecht in weitere Wohnungseigentumsrechte unterzuteilen. Der Senat hat den durch Vormerkung zu sichernden Anspruch auf Einräumung von Sondereigentum an einem künftigen „Hochbau gleich welcher Art“ mangels Vorlage eines Aufteilungsplans als inhaltlich völlig unbestimmt und deshalb nicht vormerkungsfähig erachtet. Einer Auslegung der Eintragungsbewilligung dahin, daß dem begünstigten Wohnungseigentümer das Bestimmungsrecht eingeräumt ist, welches Bauwerk, sofern es nur auf der bestimmt bezeichneten Teilfläche errichtet und baurechtlich genehmigt ist, geschaffen wird, ist der Senat nicht nähergetreten. Die Frage einer möglicherweise unter diesem Gesichtspunkt ausreichenden Bestimmbarkeit des Anspruchs hat er nicht erörtert.

Der Senat hat in der Entscheidung auch ausgeführt, „unabhängig von der Unbestimmtheit des Anspruchs sei dessen Erfüllung auch nicht lediglich vom Willen des Antragstellers abhängig“.

Begründet wurde dies damit, daß die weitere Aufteilung des Miteigentums und die Begründung neuer Sondereigentumsrechte zu einer Verschiebung der derzeitigen Stimmrechtsverhältnisse führen würde, die wegen der noch unbekannten Anzahl der künftigen Stimmrechte der Zustimmung aller Wohnungseigentümer bedürfe; der Antrag auf Eintragung einer Vormerkung scheitere daher außer an der Unbestimmtheit des Anspruchs inhaltlich auch an der für die Geltendmachung des Anspruchs noch erforderlichen Zustimmung aller Wohnungseigentümer (BayObLGZ 1974, 118, 124 = DNotZ 1975, 36). Dieses Argument ist in der Zwischenzeit durch die Rspr. überholt. Jeder Wohnungseigentümer kann sein Wohnungseigentum ohne Mitwirkung der anderen Wohnungseigentümer unterteilen (BGHZ 49, 250 = DNotZ 1968, 417; BayObLGZ 1983, 79, 82 = DNotZ 1984, 104); eine Veränderung des ursprünglichen Stimmrechts in seinem Umfang ist damit aber in keinem Fall verbunden (BGHZ 73, 150, 155 = DNotZ 1979, 493; BayObLG NJW-RR 1991, 910).

## 9. Erbrecht/Neue Bundesländer – Erbscheinerteilung für Erblasser, die vor dem 3.10.1990 in der ehemaligen DDR verstorben sind

(BayObLG, Beschuß vom 17. 3. 1992 – BReg. 1 a Z 53/89 – mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

### BGB § 2369 Abs. 1

### EinigungsV Art. 8

### FGG § 13 a

Für im Gebiet der (alten) Bundesrepublik befindliche Gegenstände, die zum Nachlaß eines vor dem 3.10.1990 im Gebiet der ehemaligen DDR verstorbenen deutschen Erblassers gehören, kann seit diesem Zeitpunkt ein gegenständlich beschränkter Erbschein nicht mehr erteilt werden; ein Verfahren, in dem ein solcher Erbschein beantragt wurde, ist in der Hauptsache erledigt.

### Zum Sachverhalt:

Im Jahr 1984 ist der Erblasser E. im Gebiet der ehemaligen DDR verstorben. Seine Ehefrau F. verstarb im Jahr 1985 in Hirschberg/Saale. Beide waren deutsche Staatsangehörige und „Staatsbürger“ der DDR und zuletzt in T. (vormals DDR) wohnhaft. Aus ihrer Ehe sind keine Kinder hervorgegangen.

Die Ehegatten hatten 1978 vor dem Staatlichen Notariat in P. (DDR) ein gemeinschaftliches Testament errichtet, in dem sie sich gegenseitig zu alleinigen Erben eingesetzt hatten. Der Bet. zu 2), ein Neffe der Ehefrau, wurde als Erbe des Letzterversterbenden eingesetzt. Ferner ist angeordnet, daß der Überlebende das Recht habe, über das Vermögen beider Ehegatten zu verfügen und ein neues Testament zu errichten.

Im Jahr 1980 errichtete der Ehemann anlässlich eines Besuches beim Bet. zu 1), seinem Neffen, in O. (Allgäu) ein eigenhändig geschriebenes und unterschriebenes Testament, in dem folgendes ausgeführt ist:

Nach meinem Tode und dem meiner Ehefrau . . ., ist Alleinerbe meines Vermögens bei der Hypobank O. mein Neffe.

Die Ehefrau erklärte sich in einem eigenhändig geschriebenen Zusatz „mit dem Inhalt des obigen Testaments einverstanden“.

In einer weiteren Urkunde des Staatlichen Notariats P. (DDR) von 1982 wurden dem Bet. zu 1) unter anderem  $\frac{3}{4}$  des Sparguthabens der Ehegatten als „Vermächtnisnehmer“ zugewandt.

Nachdem der Ehemann verstorben war, errichtete die Ehefrau zu Urkunde des Staatlichen Notariats S. (DDR) vom Jahr 1984 ein Testament, in dem sie den Bet. zu 2) als ihren alleinigen Erben einsetzte.

Das Staatliche Notariat S. (DDR) erteilte im Jahr 1985 dem Bet. zu 2) einen Erbschein, demzufolge er alleiniger testamentarischer Erbe der Ehefrau sei.

Der Bet. zu 1) ist der Meinung, daß jener Erbschein und das diesem zugrundeliegende Testament von 1984 nicht das im Testament von 1980 erwähnte Vermögen betreffe, das aus einem Sparguthaben in Höhe von rund 98.000,- DM besteht. Dieses sei ihm zugewendet worden. Er beantragte daher beim Nachlaßgericht K. (Allgäu), ihm einen gegenständlich beschränkten Erbschein des Inhalts zu erteilen, daß er aufgrund Testaments von 1980 alleiniger Erbe des vom Ehemann hinterlassenen Vermögens bei der Bank in O. sei.

Das Nachlaßgericht wies diesen Antrag zurück. Die hiergegen eingelagte Beschwerde des Bet. zu 1) wurde durch Beschuß des LG vom 6. 7. 1989 zurückgewiesen. Gegen die Entscheidung des LG hat der Bet. zu 1) weitere Beschwerde eingelegt.

#### Aus den Gründen:

Über die weitere Beschwerde des Bet. zu 1) ist nicht mehr zu entscheiden, denn die Hauptsache hat sich nach Einlegung des Rechtsmittels erledigt. Es ist daher nur noch über die Kosten des gesamten Verfahrens zu befinden.

1. Die Erledigung der Hauptsache ist dadurch eingetreten, daß nach dem Beitritt der DDR zur Bundesrepublik Deutschland am 3. 10. 1990 der vom Bet. zu 1) beantragte gegenständlich beschränkte Erbschein (§ 2369 BGB) nicht mehr erteilt werden kann.

a) Ungeachtet der Tatsache, daß sich die beiden Erbfälle gem. Art. 235 § 1 Abs. 1 EGBGB nach dem DDR-ZGB vom 19. 6. 1975 beurteilen und somit ausländisches Recht i. S. v. § 2369 BGB Anwendung findet, sind die Voraussetzungen für die Erteilung eines sogenannten Fremdrechtserbscheins für den im Bezirk des AG K. (Allgäu) befindlichen Nachlaßgegenstand seit dem 3. 10. 1990 entfallen. Da das FGG gem. Art. 8 EinigungsV auf das Beitrittsgebiet übergeleitet worden ist (vgl. dazu Adlerstein/Desch, DtZ 1991, 193, 199), ist für die Zuständigkeit in Nachlaßsachen gem. § 73 Abs. 1 FGG der Wohnsitz des Erblassers zur Zeit des Erbfalls maßgebend, so daß das Kreisgericht S. zuständig ist (vgl. Kapitel III, Nr. 1, Buchst. e, Abs. 1 der Anlage I zu Art. 8 EinigungsV). Es fehlt somit nicht an einem zuständigen deutschen Nachlaßgericht (vgl. Henrich, Anm. Nr. 5 zu LG Berlin, FamRZ 1991, 1361 f.), denn die örtliche Zuständigkeit gem. § 73 Abs. 1 FGG gilt ohne Rücksicht auf die Rechtsnatur der Nachlaßgegenstände und deren Lage in den alten oder neuen Bundesländern und ohne Rücksicht darauf, ob die Erbfolge dem BGB oder dem ZGB der ehemaligen DDR unterliegt (vgl. Schotten/Johnen, DtZ 1991, 257, 262). Aus diesem Grund kommt hier die Erteilung eines gegenständlich beschränkten Erbscheins nicht mehr in Betracht (vgl. Palandt/Edenhofer, 51. Aufl., § 2369 BGB, Anm. 4; Schotten/Johnen, a.a.O.; Dörner, IPRAZ 1991, 392, 395; Trittel, DNotZ 1991, 237, 244 f.; vgl. auch Graf, DtZ 1991, 370, 372). Das Nachlaßgericht K. (Allgäu) könnte somit selbst dann nicht zur Erteilung des beantragten Erbscheins angewiesen werden, wenn sich seine Entscheidung und die des LG als rechtsfehlerhaft erweisen würden.

b) Durch die infolge des Beitritts der ehemaligen DDR geschaffene Rechtslage hat sich die Hauptsache erledigt, was auch ohne eine entsprechende Erklärung des Bet. zu 1) von Amts wegen zu berücksichtigen wäre (BayObLGZ 1982, 318, 320 f.; Keidel/Kahl, 12. Aufl., § 19 FGG, Rd.-Nr. 90; Bassenge/Herbst, FGG/RpflG, 5. Aufl., Einl. FGG, VI 4 b).

aa) Im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gibt es keinen einheitlichen Grundsatz, nach welchem sich die Frage beantworten ließe, ob die Hauptsache erledigt ist (BayObLGZ 1982, 321). Ein Verfahren erledigt sich aber regelmäßig dann, wenn der Verfahrensgegenstand (hier die Erteilung eines gegenständlich beschränkten Erbscheins) nach Einleitung des Verfahrens durch ein Ereignis fortgefallen ist, das eine Veränderung der Sach- und Rechtslage herbeiführt (BGH NJW 1982, 2505; BayObLGZ 1972, 273, 276 = DNotZ 1973, 306; BayObLG NJW-RR 1988, 198 f.; Bassenge/Herbst, Einl. FGG, VI 4 a; Keidel/Kahl, a.a.O., § 19 FGG, Rd.-Nr. 88; Demharter, ZMR 1987, 201).

bb) Das ist hier der Fall, denn über den Verfahrensgegenstand kann, wie ausgeführt, in der Sache nicht mehr entschieden werden. Ein die Sach- und Rechtslage veränderndes Ereignis kann auch eine Gesetzesänderung (vgl. Thomas/Putzo, 17. Aufl., Anm. 2 b; Zöller/Vollkommer, 17. Aufl., Rd.-Nr. 58 „Nichtigerklärung eines Gesetzes“, je zu § 91 a ZPO) oder eine Rechtsänderung (Zöller/Vollkommer, a.a.O., Rd.-Nr. 4) sein. Einer solchen ist die Erstreckung der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland auf das Gebiet der ehemaligen DDR vergleichbar.

c) Eines der Erledigung der Hauptsache feststellenden Ausspruchs bedarf es nicht (vgl. Demharter, ZMR 1987, 202), zumal bisher nur ablehnende Entscheidungen ergangen sind, die gegenstandslos geworden sind (vgl. BayObLGZ 1982, 52, 56).

2. Da sich die Hauptsache nach Einlegung der weiteren Beschwerde erledigt und der Bet. zu 1) kein Rechtsmittel zulässigerweise auf die Kosten des Verfahrens beschränkt hat (vgl. BGH NJW 1982, 2505 f.; BayObLG Rpflger 1978, 315; BayObLGZ 1982, 52, 56; Keidel/Zimmermann, § 13 a FGG, Rd.-Nr. 48; Keidel/Kahl, a.a.O., § 19 FGG, Rd.-Nr. 96; Keidel/Kuntze, § 27 FGG, Rd.-Nr. 55; Bassenge/Herbst, Einl. FGG, VI 4 f bb; Demharter, ZMR 1987, 203), ist nur mehr über die in allen Rechtszügen angefallenen gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten zu entscheiden (BayObLGZ 1989, 75, 77; Keidel/Zimmermann, a.a.O.; Demharter, a.a.O.) (wird ausgeführt).

#### 10. Erbrecht/IPR – Nichtherausgabe eines Originaltestamentes durch ausländisches Gericht

(LG Hagen, Beschuß vom 15. 1. 1992 – 13 T 395/91 – mitgeteilt von Notar Dr. Walter Schmitz-Valckenberg, Köln)

#### BGB § 2260

**Hat die Anforderung des Originals des bei einem ausländischen (hier: spanischen) Gericht hinterlegten Testaments keine Aussicht auf Erfolg, ist eine Ausfertigung des Testaments zu eröffnen.**

(Leitsatz nicht amtlich)

#### Zum Sachverhalt:

Die Ast. hat die Erteilung eines Erbscheins beantragt, der sie als testamentarische Alleinerbin nach ihrer im Jahr 1979 verstorbenen Mutter ausweisen soll. Sie hat dazu die Ausfertigung eines Testaments vorgelegt, das ihre Mutter im Jahre 1943 vor einem spanischen Notar errichtet hat. Das Original des Testamentes ist in Spanien hinterlegt. Die Ermittlungen des Nachlaßgerichts ergaben, daß das Testament in Spanien nicht eröffnet worden ist, weil die spanische Rechtsordnung die Eröffnung eines notariellen Testaments nicht vorsieht, sowie, daß die Anforderung des Originals des Testaments durch das deutsche Nachlaßgericht zum Zwecke der Eröffnung gem. § 2260 BGB keine Aussicht auf Erfolg hat.

Das Nachlaßgericht hat den Erbscheinsantrag unter anderem deshalb zurückgewiesen, weil eine Eröffnung des Originaltestaments nicht stattfinden könne. Die hiergegen erhobene Beschwerde hatte Erfolg.

#### Aus den Gründen:

Nach – hier anwendbarem – deutschen Recht lassen sich grundsätzlich nur auf das eröffnete Testament Rechtsakte – zu denen auch die Erbscheinerteilung gehört – gründen (vgl. Staudinger/Firsching, 12. Aufl., § 2260 BGB, Rd.-Nr. 4). Auch die von der Ast. herangezogene Fundstelle (MünchKomm/Promberger, 2. Aufl. 1989, § 2355 BGB, Rd.-Nr. 5) besagt eindeutig, daß das Nachlaßgericht den Erbschein erst erteilen kann, wenn es die Verfügung von Todes wegen eröffnet hat. Der Kommentar verneint nur die Eröffnung als Voraussetzung für eine Zulässigkeit des Erbscheinsantrages; diese Auffassung teilt die Kammer auch, denn andernfalls müßte sie auf dem Standpunkt stehen, daß der Erbscheinsantrag schon jetzt als unzulässig zurückzuweisen sei.

Die Schwierigkeit des vorliegenden Falls liegt darin, daß nach deutschem Recht grundsätzlich das Original der letztwilligen Verfügung zu eröffnen ist, daß das Original hier noch vorhanden ist, daß es aber von der spanischen Justiz nicht herausgegeben wird und daß die deutsche Justiz keine Mittel hat, die Herausgabe zu erzwingen. Diese Kalamität darf aber nicht zur Rechtsverweigerung führen. So hat dann bereits das KG in einer Entscheidung vom 8. 5. 1913 (OLGE 30, 221) den Ausweg in einem solchen Fall in der Eröffnung der Ausfertigung eines ausländischen Testaments erblickt. Diese Entscheidung wird auch von Staudinger/Firsching, 12. Aufl., § 2260 BGB, Rd.-Nr. 7, zustimmend und als heute noch aktuell angeführt. Die

Kammer tritt dieser eingehend begründeten Auffassung des KG bei, da damit ein praktikabler Weg gefunden worden ist, um einerseits den Geboten der deutschen Rechtsordnung Genüge zu tun und andererseits der oben skizzierten Zwangslage Herr zu werden.

Der Nachlaßrichter wird daher angewiesen, seine Bedenken aufzugeben, die sich daran knüpfen, daß eine Eröffnung des Originals des Testaments nicht stattfinden kann, sondern nur eine Eröffnung einer Ausfertigung.

## **11. Kostenrecht – Keine Gerichtskosten für Eintragung eines Rangvorbehaltes bei der Auflassungsvormerkung** (OLG Köln, Beschuß vom 1. 4. 1992 – 2 Wx 49/91 – mitgeteilt von Notar Dr. Günther Schotten, Köln)

**KostO §§ 35; 62; 66; 67**

**Die Eintragung eines Rangvorbehaltes für Grundpfandrechte bei der Auflassungsvormerkung stellt ein gebührenfreies Nebengeschäft zu der Eintragung der Vormerkung dar, wenn sie gleichzeitig mit dieser erfolgt (Abweichung von OLG Düsseldorf Rpflieger 1990, 315).**

**(Leitsatz nicht amtlich)**

### **Zum Sachverhalt:**

Die Eheleute E. haben Grundbesitz erworben. Vor der Eigentumsumschreibung waren auf ihren Antrag hin in Abt. II des Grundbuchs unter Ifd. Nr. 1 eine Vormerkung zur Sicherung ihres Anspruchs auf Eigentumsübertragung und gleichzeitig bei dieser Vormerkung ein einmalig ausnutzbarer Rangvorbehalt für Grundpfandrechte bis zum Gesamtbetrag von 500.000,- DM nebst näher bezeichneten Nebenleistungen eingetragen worden.

Mit Kostenrechnung vom 12. 6. 1991 hat das AG für die Eintragung der Auflassungsvormerkung eine Gebühr von 550,- DM und für die Eintragung des Rangvorbehalts eine Gebühr von 275,- DM – jeweils berechnet nach einem Geschäftswert von 650.000,- DM (entsprechend dem im Kaufvertrag vom 11. 6. 1991 vereinbarten Kaufpreis) – in Ansatz gebracht. Die Kostenschuldner haben hiergegen Erinnerung eingelegt und geltend gemacht, bei der Eintragung des Rangvorbehalts handele es sich um ein nach den §§ 35, 62 Abs. 3 KostO gebührenfreies Nebengeschäft zur Eintragung der Vormerkung. Der Bezirksrevisor bei dem AG ist dem in seiner Stellungnahme unter Hinweis auf die Rspr. des OLG Düsseldorf (Rpflieger 1990, 315) entgegentreten und hat weiter ausgeführt, der Geschäftswert der Eintragung des Rangvorbehalts betrage 500.000,- DM, so daß nach § 67 KostO insoweit lediglich eine ¼-Gebühr in Höhe von 215,- DM entstanden sei. In seinem Beschuß vom 6. 8. 1991 ist der Richter beim AG der Auffassung des Bezirksrevisors gefolgt.

Auf die gegen diesen Beschuß gerichtete Beschwerde hat das LG durch Beschuß vom 31. 10. 1991 den Beschuß des AG geändert und den Kostenansatz vom 12. 6. 1991 dahin abgeändert, daß die Gebühr von 275,- DM für die Eintragung des Rangvorbehalts gänzlich entfällt. Hiergegen erhob der Bezirksrevisor die – zugelassene – weitere Beschwerde.

### **Aus den Gründen:**

Die gem. § 14 Abs. 2 KostO zulässige weitere Beschwerde ist nicht begründet.

Der Senat teilt die Auffassung des LG, daß die Eintragung des Rangvorbehalts gem. § 35 KostO durch die Gebühr für die gleichzeitig erfolgte Eintragung der Auflassungsvormerkung abgegolten ist, da es sich bei der Eintragung des Rangvorbehalts um ein Nebengeschäft zu der Eintragung der Vormerkung handelt. Der gegenteiligen Ansicht des OLG Düsseldorf (Rpflieger 1990, 315) vermag auch der Senat nicht beizupflichten.

Das OLG Düsseldorf stützt sein Ergebnis, daß dann, wenn eine Auflassungsvormerkung und zugleich bei dieser ein Rangvorbehalt für noch einzutragende Grundpfandrechte eingetragen werde, die Eintragung des Rangvorbehalts kein Nebengeschäft darstelle, im wesentlichen auf einen Umkehrschluß aus § 62 Abs. 3 KostO: Lediglich für die in § 62 Abs. 1 KostO bezeichneten Belastungen sei – in § 62 Abs. 3 KostO – gesetzlich definiert, daß die Eintragung des Rangvorbehalts ein Nebengeschäft bilde. Gegen die Zulässigkeit eines solchen Umkehr-

schlusses spricht indes – darauf hat das LG zutreffend hingewiesen – die generelle Regelung des § 35 KostO. Ein Umkehrschluß (argumentum e contrario) besagt, daß deshalb, weil das Gesetz eine bestimmte Rechtsfolge (nur) an einen bestimmten Tatbestand geknüpft habe, sie für andere nicht gleich, sondern allenfalls ähnlich gelagerte Tatbestände nicht gelten könne. Dieser Schluß ist indes nur dann berechtigt, wenn die gesetzliche Regelung ausdrücklich oder sinngemäß die Beschränkung der Rechtsfolge gerade „nur“ auf die Fälle des in der Norm bezeichneten Tatbestandes enthält, wenn also die Beschränkung der Rechtsfolge gerade auf den Tatbestand der Norm vom Gesetzgeber gewollt oder nach der Teleologie des Gesetzes geboten ist (vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, 390). Einer solchen Annahme steht hier entgegen, daß § 62 Abs. 3 KostO nur eine besondere Ausprägung der allgemeinen Regel des § 35 KostO ist, daß also nach der gesetzlichen Regelung die Annahme eines gebührenfreien Nebengeschäfts gerade nicht auf das Vorliegen der Voraussetzungen des § 62 Abs. 3 KostO beschränkt ist. Vielmehr ist nach der Systematik des Gesetzes auch dann, wenn die Voraussetzungen eines der Beispieldfälle, die die KostO für das Vorliegen eines Nebengeschäfts aufführt (vgl. §§ 47, 62 Abs. 3, 67, 115 KostO), nicht erfüllt sind, anhand der allgemeinen Regel des § 35 KostO zu beurteilen, ob eine Tätigkeit als Nebengeschäft eines anderen Geschäfts durch die für dieses bestimmte Gebühr mit abgegolten ist. Dabei können die gesetzlich ausdrücklich bezeichneten Fälle der §§ 47, 62 Abs. 3, 67, 115 KostO als Anknüpfungspunkte für eine Konkretisierung des Grundsatzes des § 35 KostO dienen (vgl. Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, 12. Aufl. 1991, § 35 KostO, Rd.-Nr. 3).

Um ein Nebengeschäft i. S. v. § 35 KostO handelt es sich bei einem im Verhältnis zum Hauptgeschäft untergeordneten Geschäft, das ohne besonderen Auftrag zur ordnungsgemäßen Erledigung des Hauptgeschäfts auszuführen ist (vgl. OLG Köln JMBI. NW. 1968, 60; vgl. auch Hartmann, Kostengesetze, 24. Aufl. 1991, § 35 KostO, Anm. 2 A). Als ein solches Nebengeschäft sieht das Gesetz in § 62 Abs. 3 KostO die gleichzeitig mit der Eintragung eines Grundpfandrechts beantragte Eintragung eines Rangvorbehalts an. Der Fall der gleichzeitigen Eintragung eines Rangvorbehalts mit der Eintragung einer Auflassungsvormerkung liegt nicht anders: Auch die Vormerkung – einschließlich der Auflassungsvormerkung (vgl. Palandt/Bassenge, 51. Aufl. 1992, § 883 BGB, Anm. 29; Soergel/Stürner, 12. Aufl. 1990, § 879 BGB, Rd.-Nr. 1 a; Münch-Komm/Wacke, 2. Aufl. 1986, § 879 BGB, Rd.-Nr. 4) – ist „rangfähig“, § 883 Abs. 3 BGB. Für sie gelten daher die Erwägungen, die den Gesetzgeber veranlaßt haben, den Rangvorbehalt als gebührenfreies Nebengeschäft bei der Eintragung eines Grundpfandrechts zu behandeln, gleichermaßen. Aufgrund des in § 62 Abs. 3 KostO normierten Beispieldfalls ist daher der allgemeine Grundsatz des § 35 KostO dahin zu konkretisieren, daß bei gleichzeitiger Eintragung eines rangfähigen Rechts oder eines hinsichtlich der Rangfähigkeit gleichgestellten Sicherungsmittels und eines es beschränkenden Rangvorbehalts die Eintragung des Rangvorbehalts als Nebengeschäft zu behandeln ist.

Dem steht der Hinweis des OLG Düsseldorf (a.a.O.) darauf, daß die Vorschrift des § 60 KostO betreffend die Eintragung des Eigentümers keine Regelung des Inhalts enthält, daß die Eintragung eines Rangvorbehalts Nebengeschäft sei, nicht entgegen. Denn dies ergibt sich daraus, daß das Eigentum selbst zu den Belastungen des Grundstücks nicht in einem Rangverhältnis steht, also nicht „rangfähig“ ist (vgl. BayObLG NJW-RR 1991, 567; Horber/Demhart, 19. Aufl. 1991, § 45 GBO, Anm. 5 b b; Palandt/Bassenge, a.a.O., § 879 BGB, Rd.-Nr. 7; Münch-Komm/Wacke, a.a.O., § 879 BGB, Rd.-Nr. 3). Der Fall eines entsprechenden Rangvorbehalts kann insoweit also nicht eintreten. Für den Fall der rangfähigen Auflassungsvormerkung läßt sich mithin aus § 60 KostO nichts schließen.

**Anmerkung** (von Notarassessor Dr. Peter Baumann, Frechen)  
Beim finanzierten Grundstückskauf muß das zugunsten der finanzierenden Bank bestellte Grundpfandrecht Rang vor der

Auflassungsvormerkung des Käufers erhalten. Da die Auflassungsvormerkung unmittelbar nach Beurkundung zur Eintragung zu bringen ist, ist sie häufig bereits eingetragen, wenn das der Kaufpreisfinanzierung dienende Grundpfandrecht bestellt wird. Zur rangrichtigen Eintragung des Grundpfandrechts bedarf es dann einer Rangänderung. Für die Rangänderung fallen Gerichtskosten in Höhe einer 1/4-Gebühr gem. §§ 64 Abs. 5, 67 Abs. 1 Nr. 1 KostO an (BayObLG JurBüro 1989, 406). Maßgebender Geschäftswert ist der geringere Wert aus vortretendem Grundpfandrecht und zurücktretender Auflassungsvormerkung (§ 23 Abs. 3 S. 1 KostO).

1. Die hierdurch entstehenden Kosten lassen sich durch Eintragung eines ausreichenden Rangvorbehaltes bei der Auflassungsvormerkung vermeiden. Die Eintragung eines solchen Rangvorbehaltes stellt nach der zutreffenden Ansicht des OLG Köln ein gebührenfreies Nebengeschäft zur Eintragung der Auflassungsvormerkung dar (a. A. OLG Düsseldorf RPfleger 1990, 315; LG Mainz RPfleger 1992, 248).

Zu klären war zunächst, welcher Gebührentatbestand bei der Eintragung eines Rangvorbehaltes überhaupt in Betracht kommt. Diese Frage erörtern weder das OLG Köln noch das OLG Düsseldorf. § 64 KostO ist nur bei der nachträglichen Eintragung eines Rangvorbehalts einschlägig (Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, 11. Aufl. 1991, § 64 KostO, Rd.-Nr. 23; Göttlich/Mümmeler, 10. Aufl. 1990, Stichwort „Rangvorbehalt“). Der Rangvorbehalt stellt auch keine Verfügungsbeschränkung i. S. v. § 65 KostO dar. Allenfalls kann die Auffangvorschrift des § 67 Abs. 1 S. 1 KostO (sonstige Eintragungen) herangezogen werden.

Die Gebührenpflicht entfällt jedoch gem. §§ 35, 62 Abs. 3 KostO. Gem. § 62 Abs. 3 KostO gilt die Eintragung eines Rangvorbehaltes bei den in § 62 Abs. 1 genannten Rechten ausdrücklich als gebührenfreies Nebengeschäft. Die Vormerkung zum Erwerb des Eigentums ist in § 62 Abs. 1 zwar nicht ausdrücklich genannt. Hieraus kann man jedoch nicht – wie das OLG Düsseldorf – schließen, die Eintragung eines Rangvorbehaltes bei der Auflassungsvormerkung sei gebührenpflichtig. Die Aufzählung in § 62 Abs. 1 KostO ist nur beispielhaft. Da Rangvorbehalte bei Vorkaufsrecht und Erbbaurecht gebührenfrei sind, sprechen die besseren Gründe für eine analoge Anwendung von § 62 Abs. 1, 3 auf die Auflassungsvormerkung.

Zu Recht stellt das OLG Köln klar, daß sich aus § 60 KostO nichts für die Gebührenpflicht des Rangvorbehaltes bei der Auflassungsvormerkung ergibt. § 60 KostO betrifft die Eintragung des Eigentümers. Eine Regelung über die Gebührenfreiheit des Rangvorbehaltes bei der Eintragung des Eigentümers, die das OLG Düsseldorf vermisst, kann es nicht geben, denn das Eigentum ist nicht rangfähig. Es ist Belastungsgegenstand, nicht Belastung selbst. Wenn das OLG Düsseldorf schon mit einer Gesetzeslücke operieren wollte, hätte es diese bei § 66 KostO ansiedeln müssen (vgl. LG Mainz a.a.O.).

2. Der Kostenvorteil muß nicht mit einem Abwicklungsrisiko erkauft werden. Der Rangvorbehalt kann nach seiner Rechtsnatur keinem anderen als dem Eigentümer zustehen und ist daher weder isoliert pfändbar noch kann er durch eine Zwangshypothek ausgenutzt werden (BGHZ 12, 238; Palandt/Bassenge, 51. Aufl. 1992, § 881 BGB, Rd.-Nr. 9; a. A. Staudinger/Kutter, 12. Aufl. 1983, § 881 BGB, Rd.-Nr. 18).

## 12. Notarrecht– Kein außerordentliches Mietkündigungsrecht des Notars bei Verlegung seines Amtssitzes

(BGH, Urteil vom 27.11.1991 – XII ZR 252/90)

### BGB § 570

1. Dem hauptberuflichen Notar, der nicht verbeamtet ist, steht bei Verlegung seines Amtssitzes kein Recht zur außerordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses über seine Büroräume gem. § 570 BGB zu.
2. Zum Status des Nurnotars.  
(Leitsätze nicht amtlich)

### Zum Sachverhalt:

Die Kl. vermieteten an den Bekl., einen hauptberuflichen rheinischen Notar, für die Zeit vom 15.11.1986 bis 14.11.1996 Räume für seine Kanzlei. Mit Schreiben vom 26. 6. 1989 kündigte er unter Berufung auf das besondere Kündigungsrecht des § 570 BGB das Mietverhältnis zum 30. 9. 1989, weil die Notarstelle in X. eingezogen und er nach Y. versetzt worden sei, wo er ab 26. 6. 1989 seinem Beruf als Notar nachgehe.

Die Kl. sind der Ansicht, dem Bekl. stehe ein Recht zur außerordentlichen Kündigung nach § 570 BGB nicht zu und halten deshalb die Kündigung für rechtsunwirksam. Sie verlangen Zahlung des Mietzinses für Oktober bis Dezember 1989. Die Klage ist in beiden Vorinstanzen ohne Erfolg geblieben. Mit der – zugelassenen – Revision verfolgen die Kl. ihr Begehren weiter.

### Aus den Gründen:

Die Revision führt zur Verurteilung des Bekl. nach dem Klageantrag.

I. Das Berufungsgericht erachtet den Anspruch der Kl. für unbegründet, weil der Bekl. das Mietverhältnis wirksam zum 30. 9. 1990 gekündigt habe. Es nimmt an, als hauptberuflicher Notar sei der Bekl. gem. § 570 BGB zu der außerordentlichen Kündigung berechtigt gewesen.

II. Dieser Beurteilung kann der Senat nicht folgen. Dem Bekl. stand ein Recht zur außerordentlichen befristeten Kündigung (§§ 570, 565 Abs. 5 BGB) nicht zu. Das Mietverhältnis bestand über den 30. 9. 1989 hinaus fort; der Bekl. schuldet deshalb den verlangten Mietzins für die Monate Oktober bis Dezember 1989 in der – betragsmäßig unstreitigen – Höhe des Klagebegehrens.

1. Nach § 570 BGB können Militärpersonen, Beamte, Geistliche und Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten im Falle der Versetzung nach einem anderen Orte das Mietverhältnis in Ansehung der Räume, welche sie für sich oder ihre Familie an dem bisherigen Garnison- oder Wohnorte gemietet haben, unter Einhaltung der gesetzlichen Frist zum erstzulässigen Termin kündigen.

a) Diese seit dem Inkrafttreten des BGB bestehende Vorschrift ist Bundesrecht (Art. 124 GG) geworden, wenn sie dem Grundgesetz nicht widerspricht (Art. 123 Abs. 1 GG).

Das Berufungsgericht sieht keinen solchen Widerspruch und nimmt deshalb an, daß § 570 BGB geltendes Recht sei. Die Vorschrift fördere im Interesse des Staates die freie Versetzbarekeit der Beamten, indem sie lange Kündigungsfristen der von ihnen eingegangenen Mietverhältnisse ausschließe; zudem verringere sie die vom Staat zu ersetzen Umzugskosten.

Die Revision macht demgegenüber geltend, § 570 BGB verstößt gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Das Interesse des Staates und anderer öffentlich-rechtlicher Körperschaften, Umzugskosten zu sparen, rechtfertige keinen Eingriff in Privatrechte. Durch § 570 BGB würden die Vermieter einseitig aus nicht mehr zeitgemäßen Gründen zugunsten eines bestimmten Kreises von Angehörigen des öffentlichen Dienstes benachteiligt.

b) Welche dieser Auffassungen, die jeweils auch in Teilen des Schrifttums vertreten werden, richtig ist, hätte, wenn es darauf ankäme, der Senat selbst zu entscheiden. Denn § 570 BGB ist vorkonstitutionelles Recht, das der Gesetzgeber der Bundesrepublik Deutschland nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes nicht in seinen Willen aufgenommen hat. Es bedürfte mithin keiner Vorlage an das BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG, wenn der Senat die Vorschrift für verfassungswidrig halten würde (s. nur Schmidt-Bleibtreu/Klein, 7. Aufl. Art. 123 GG, Rd.-Nr. 3 m. w. N.).

2. Die Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 570 BGB braucht indessen hier nicht entschieden zu werden, weil der Ausgang des Rechtsstreits nicht von ihrer Beantwortung abhängt. Auch wenn die – in Zeiten des Wohnungsmangels wenig bedeutsame – Vorschrift keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet, gibt sie dem Bekl. kein Recht

zur außerordentlichen Kündigung. Denn die hauptberuflichen Notare gehören, wie die Revision zutreffend darlegt, nicht zu den in § 570 BGB genannten Personen. Als Notar ist der Bekl. nicht Beamter, und § 570 BGB kann auch nicht im Wege der Auslegung oder entsprechend auf ihn angewandt werden.

a) Beamte gem. § 570 BGB sind die Beamten im staatsrechtlichen Sinne. Über diesen Ausgangspunkt für das Verständnis der Vorschrift besteht Einigkeit (RGRK/Gelhaar, 12. Aufl., § 570 BGB, Rd.-Nr. 3; Bub/Treier/Grapentin, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete IV, Rd.-Nr. 239; Emmerich/Sonnenschein, 5. Aufl., § 570 BGB, Rd.-Nr. 2; MünchKomm/Voelskow, 2. Aufl., § 570 BGB, Rd.-Nr. 5, Palandt/Putzo, 50. Aufl., § 570 BGB, Anm. 2; Pergande, Wohnraummietrecht, § 570 BGB, Rd.-Nr. 2; Staudinger/Emmerich/Sonnenschein, 12. Aufl., 2. Bearbeitung, § 570 BGB, Rd.-Nr. 7; Sternal, Mietrecht, 3. Aufl., Rd.-Nr. 491). Zu den Beamten im staatsrechtlichen Sinne gehört der Bekl. nicht. Zur Begründung des Beamtenverhältnisses bedarf es einer Ernennung (§§ 6 Abs. 1 Nr. 1 BBG, 5 Abs. 1 Nr. 1 BRRG). Sie erfolgt durch Aushändigung einer Urkunde, die die Worte „unter Berufung in das Beamtenverhältnis“ enthält (§ 6 Abs. 2 Nr. 1 BBG; § 5 Abs. 2 Nr. 1 BRRG). Hingegen wird der Notar durch Aushändigung einer Bestallungsurkunde bestellt (§ 12 S. 1 BNotO). Er ist unabhängiger Träger eines öffentlichen Amtes (§ 1 BNotO), jedoch nicht Beamter, obwohl er nach der Eigenart der ihm übertragenen Aufgaben, der Regelung seiner Amtsbefugnisse und der Ausgestaltung seines Berufsrechts sehr in die Nähe des öffentlichen Dienstes gerückt ist (BVerfGE 17, 371, 377 = DNotZ 1964, 424; s. a. Arndt, 2. Aufl., § 1 BNotO, Anm. II 2; Rinsche, Die Haftung des Rechtsanwalts und des Notars, 3. Aufl., 182; Seybold/Hornig, 5. Aufl., § 1 BNotO, Rd.-Nr. 10). Ein Beamtennotariat, nämlich die Wahrnehmung des Notariats durch dem Beamten gesetz unterstehende Beamte, kennt nur das Land Baden-Württemberg. Danach handelt es sich bei dem Bekl. nicht um einen Beamten i. S. d. § 570 BGB. Daß zur Zeit der Schaffung der Vorschrift Notare zu den Beamten gezählt wurden (vgl. zur Stellung des preußischen Notars: Oberneck, Das Notariatsrecht, 8.–10. Aufl. 1929, 12 f.), ist insoweit nicht von entscheidender Bedeutung. Jedenfalls die Änderung ihres Status durch die RNotO vom 13. 2. 1937 (RGBl. I, 191) und die darauf aufbauende BNotO hat sie aus dem Kreise der in § 570 BGB genannten Beamten herausfallen lassen.

b) Trotz des Ausgangspunktes, daß der staatsrechtliche Beamtenbegriff maßgeblich ist, wird in Teilen des Schrifttums die Auffassung vertreten, auch der gem. § 3 Abs. 1 BNotO zur hauptberuflichen Amtsausübung auf Lebenszeit bestellte Notar sei zu den Beamten i. S. d. § 570 BGB zu zählen (RGRK/Gelhaar, a.a.O.; Soergel/Kummer, a.a.O.; Staudinger/Emmerich/Sonnenschein, a.a.O., Rd.-Nrn. 7 a u. 11). Dieser Beurteilung, die sich – soweit ersichtlich – bisher nicht auf gerichtliche Entscheidungen stützen kann, vermag der Senat nicht zu folgen. Nach Sinn und Zweck des § 570 BGB ist es nicht gerechtfertigt, die Vorschrift über ihren Wortlaut hinaus auf hauptberufliche Notare zu erstrecken.

Der Zweck des § 570 BGB wird allgemein in dem öffentlichen Interesse gesehen, die dienstliche Verwendung der Beamten in Anpassung an die jeweiligen Umstände schneller ändern zu können, also in einer Erleichterung ihrer Versetzbartigkeit (RGRK/Gelhaar, a.a.O., Rd.-Nr. 1; Emmerich/Sonnenschein, a.a.O., Rd.-Nr. 1; Erman/Schopp, 8. Aufl., § 570 BGB, Rd.-Nr. 1; Pergande, a.a.O., Rd.-Nr. 3; Soergel/Kummer, a.a.O., Rd.-Nr. 1; Staudiger/Emmerich/Sonnenschein, a.a.O., Rd.-Nr. 2). Soweit daneben bisweilen in Anlehnung an eine alte Entscheidung des KG (OLGE 11, 319 f.) auch das Interesse des Staates an der Einsparung von Umzugskosten genannt wird, kann dieses als rein fiskalisch heute nicht mehr als tragfähige Grundlage für den Eingriff in das Vermieterrecht angesehen werden.

Selbst gegen die allgemeine Rechtfertigung der Vorschrift mit dem Zweck, die Versetzung von Beamten im Interesse der Funktion der Verwaltung zu erleichtern, werden heute Bedenken laut. Es wird vertreten, § 570 BGB habe angesichts des gewandelten Verständnisses vom Verhältnis des Staates gegen-

über dem Bürger keine Berechtigung mehr und sollte daher ersatzlos entfallen (s. etwa MünchKomm/Voelskow, a.a.O., Rd.-Nr. 2). Derleder bezeichnet das außerordentliche Kündigungsrecht der in § 570 BGB genannten Personen für den Fall ihrer Versetzung als Privileg eines Personenkreises, dem nur teilweise im öffentlichen Interesse auch gegen seinen Willen eine höhere Mobilität zugemutet werde als beispielsweise Arbeitnehmern (AK, § 570 BGB, Rd.-Nr. 1). Erwägungen dieser Art liegen zugleich den bereits genannten verfassungsrechtlichen Bedenken zugrunde, die einen Widerspruch der Vorschrift zum Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG sehen.

Die somit heute jedenfalls nicht mehr unangefochtene Berechtigung der Beamten, ihr Mietverhältnis bei einer Versetzung außerordentlich zu kündigen, über den Wortlaut des § 570 BGB hinaus auf hauptberufliche Notare auszuweiten, ist nach dem rechtlich allein noch in Betracht kommenden Zweck der Vorschrift, im Interesse des Staates die Versetzbartigkeit der Beamten zu erleichtern, nicht geboten. Denn einer solchen Erleichterung ihrer Mobilität bedarf es bei Notaren regelmäßig nicht. Der ihnen unter Beachtung der Erfordernisse einer geordneten Rechtspflege (§ 4 BNotO) zugewiesene Amtssitz darf unter Beachtung eben dieser Belange nur nach Anhörung der Notarkammer und mit der Zustimmung des Notars verlegt werden; allein für die Zuweisung eines anderen Amtssitzes aufgrund disziplinargerichtlichen Urteils bedarf es der Zustimmung nicht (§ 10 Abs. 1 BNotO). Damit läßt das Gesetz erkennen, daß der freien Versetzbartigkeit von Notaren keine wesentliche Bedeutung beigemessen wird. In der Tat verlangt das Funktionieren der vorsorgenden Rechtspflege (§ 1 BNotO) nicht, daß Notare leicht versetzt werden können. Sie stehen auch nicht in einer Laufbahn mit der Möglichkeit von Beförderungen, die bei Beamten einen Wechsel des Dienstortes erforderlich machen können. Die Mobilität der Notare durch eine über den Wortlaut des § 570 BGB hinausgehende Anwendung der Vorschrift zu erleichtern, ist danach nicht veranlaßt.

c) Im neueren Schrifttum gewinnen Auffassungen Raum, die wegen eines sonst befürchteten Verstoßes gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG bei der Anwendung des § 570 BGB das darin vorgesehene Sonderkündigungsrecht über den Kreis der Beamten hinaus allen staatlichen Angestellten (Emmerich/Sonnenschein, a.a.O., Rd.-Nr. 2; Staudinger/Emmerich/Sonnenschein, a.a.O., Rd.-Nr. 7 b; Palandt/Putzo, a.a.O.), allen Angestellten und Arbeitern des öffentlichen Dienstes (Bub/Treier/Grapentin, a.a.O.; Sternal, a.a.O.), letztlich sogar schlechthin allen Arbeitnehmern auch privater Arbeitgeber (Sternal, a.a.O.) zugestehen wollen. Ob und inwieweit diese Meinungen gefolgt werden könnte, kann hier offenbleiben (insgesamt ablehnend RGRK/Gelhaar, a.a.O.; MünchKomm/Voelskow, a.a.O., Rd.-Nr. 5 und Soergel/Kummer, a.a.O., Rd.-Nr. 2). Jedenfalls für die Einbeziehung aller Arbeitnehmer, auch in privaten Dienstverhältnissen, gibt es weder eine Grundlage noch – wegen des generell bestehenden Rechts zur Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund analog §§ 626, 723 BGB – ein anzuerkennendes Bedürfnis (so zutreffend BayObLGZ 1985, 88, 93 = ZMR 1985, 198, 200). Die dann allenfalls in Betracht zu ziehende Einbeziehung der Angestellten oder auch der Arbeiter des öffentlichen Dienstes in den Anwendungsbereich des § 570 BGB beträfe die hauptamtlichen Notare nicht, da diese weder Angestellte noch Arbeiter sind. Bei Angestellten und Arbeitern des öffentlichen Dienstes mag auch das Interesse des Staates an einer Erleichterung ihrer Versetzbartigkeit größer sein als bei Notaren; darüber ist hier aber nicht zu entscheiden.

### 13. Steuerrecht/Grunderwerbsteuer – Gegenstand des Erwerbsvorgangs bei Erwerb des Grundstücks durch Ehemann und Abschluß eines Fertighausvertrages durch die Eheleute

(BFH. Urteil vom 5. 2. 1992 – II R 110/88)

**GrEStG §§ 1 Abs. 1 Nr. 1; 8 Abs. 1; 9 Abs. 1, 2 Nr. 4**

- Der für den Umfang der grunderwerbsteuerrechtlichen Gegenleistung maßgebliche Gegenstand des Erwerbsvorgangs wird nicht nur durch das den Übereignungsanspruch begründende Rechtsgeschäft selbst bestimmt, sondern auch durch mit diesem Rechtsgeschäft in rechtlichem oder objektiv sachlichen Zusammenhang stehende Vereinbarungen, die insgesamt zu dem Erfolg führen, daß der Erwerber das Grundstück in bebautem Zustand erhält. Maßgebend ist der Gesamteinheit der Vereinbarungen unter Berücksichtigung aller Begleitumstände.**
- Einem im Hinblick auf eine bestimmte steuerrechtliche Folgewirkung des Rechtsgeschäfts ausdrücklich oder konkludent – etwa durch Aufnahme der Vereinbarungen in mehrere Urkunden – erklärten, von dem ermittelten objektiven Sachverhalt abweichenden Willen der Vertragsparteien kommt keine Bedeutung zu, denn es liegt nicht im Belieben des Steuerpflichtigen, ein objektiv zusammengehörendes Rechtsgeschäft mit steuerrechtlicher Wirkung in mehrere Einzelgeschäfte aufzuteilen.**
- Der Einbeziehung des gesamten Kaufpreises in die Bemessungsgrundlage steht nicht entgegen, daß der Kaufvertrag über das Grundstück durch den Ehemann allein, der Vertrag über die Errichtung des Fertighauses vom Ehemann zusammen mit seiner Ehefrau abgeschlossen worden ist.**

#### Zum Sachverhalt:

Der Kl. erwarb durch Kaufvertrag vom 29.1.1985 einen Miteigentumsanteil von  $\frac{155}{480}$  eines 893 qm großen Grundstücks in Berlin zu einem Kaufpreis von 155.000,- DM. Die übrigen Miteigentumsanteile wurden an zwei Ehepaare veräußert. Der Grundstücksverkäufer, ein Baubetreuer, hatte bereits beim Kauf des Grundstücks die Absicht, es innerhalb der nächsten fünf Jahre im Rahmen des öffentlich geförderten Wohnungsbaus einer Bebauung zuzuführen. Am 18. 2. 1985 schlossen der Kl. und seine Ehefrau mit der A-GmbH einen Lieferungs- und Bauerrichtungsvertrag über eine Doppelhaushälfte (B-Massivhaus inklusive Keller) für 375.000,- DM; in einer gesonderten Urkunde vom selben Tag war vereinbart, daß die Festlegung des Fertighasherstellers unter dem Vorbehalt erfolge, daß der noch zu benennende zukünftige Miteigentümer der anderen Doppelhaushälfte der Auswahl des Haustyps zustimme. Die andere Doppelhaushälfte hatte ein Ehepaar, das den entsprechenden Miteigentumsanteil zuvor gekauft hatte, bereits mit Vertrag vom 12. 11. 1984 erworben, und zwar ebenfalls durch die A-GmbH. Der Bauantrag war bereits vor der ersten Veräußerung am 4. 6. 1984 gestellt worden; die Baugenehmigung wurde am 7. 6. 1985 erteilt.

Das beklagte FA setzte durch Bescheid vom 4.12.1985 aus einer Bemessungsgrundlage von (155.000,- DM + 375.000,- DM =) 530.000,- DM Grunderwerbsteuer in Höhe von 10.600,- DM fest. Nach seiner Auffassung bildeten die Verträge über den Erwerb des Miteigentumsanteils am Grund und Boden und der noch zu errichtenden Doppelhaushälfte ein einheitliches Vertragswerk, gerichtet auf das bebaute Grundstück.

Nach erfolglosem Einspruch setzte das FG die Grunderwerbsteuer auf 3110,- DM herab. Es befand, daß Gegenstand des Erwerbsvorgangs i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrESTG nur das unbebaute Grundstück sei und dementsprechend die Gegenleistung gem. § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrESTG nur dem Grundstückskaufvertrag vom 29.1.1985 mit 155.000,- DM entnommen werden könne. Hiergegen hat das FA Revision eingeleitet und beantragt, unter Aufhebung der Vorentscheidung die Klage abzuweisen.

#### Aus den Gründen:

Die Revision des FA ist begründet; sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Zurückverweisung der Streitsache an das FG zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung (§ 126 Abs. 3 FGO).

1. Das Urteil des FG ist aufzuheben. Die Ausführungen der Vorentscheidung tragen nicht das vom FG gefundene Ergebnis, die Aufwendungen für das Fertighaus gehörten nicht zur Gegenleistung für den Erwerb des Grundstücks durch den Kl. und damit nicht zur Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer.

a) Der notariell beurkundete Vertrag vom 29.1.1985 ist ein Rechtsvorgang, der nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrESTG der Grunderwerbsteuer unterliegt. Die Steuer dafür bemäßt sich nach dem

Wert der Gegenleistung (§ 8 Abs. 1 GrESTG). Zur Gegenleistung gehört bei einem Kauf der Kaufpreis einschließlich der vom Käufer übernommenen sonstigen Leistungen und der dem Verkäufer vorbehaltenen Nutzungen (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 GrESTG).

Für den Umfang der Bemessungsgrundlage ist entscheidend, in welchem tatsächlichen Zustand das Grundstück Gegenstand des Erwerbsvorgangs ist (vgl. z. B. BFHE 154, 149 = BStBl. II 1988, 898; BFHE 160, 284, 287 = BStBl. II 1990, 590; sowie – zu § 11 Abs. 1 Nr. 1 GrESTG 1940 – BFHE 133, 230 f. = BStBl. II 1981, 537 m. w. N.); denn Gegenstand der auf die Grundstücksübereignung abzielenden Vereinbarungen kann das Grundstück in dem Zustand sein, den es im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses hat, oder in einem (künftigen) Zustand, in den es erst zu versetzen ist.

b) Der für den Umfang der Gegenleistung maßgebliche Gegenstand des Erwerbsvorgangs wird nicht nur bestimmt durch das den Übereignungsanspruch begründende Rechtsgeschäft selbst, sondern – ggf. – auch durch mit diesem Rechtsgeschäft in rechtlichem oder objektiv sachlichem Zusammenhang stehende Vereinbarungen, die insgesamt zu dem Erfolg führen, daß der Erwerber das Grundstück in bebautem Zustand erhält (BFHE 158, 477 = BStBl. II 1990, 183 = MittRhNotK 1990, 230 und BFHE 158, 483 = BStBl. II 1990, 181, sowie in BFHE 160, 284 = BStBl. II 1990, 590). Dies ist nach den Umständen des Einzelfalls zu ermitteln. Die dabei zu beachtenden Auslegungsregeln hat das FG verkannt.

2. a) Sind, wie im Streitfall, vom Erwerber mit je unterschiedlichen Vertragspartnern Verträge über den Erwerb des Grundstücks und über die Errichtung des Fertighauses abgeschlossen worden, so ist zu prüfen, ob die mehreren Verträge darauf abzielen, dem Erwerber ein Grundstück in bebautem Zustand zu verschaffen. Maßgebend ist der Gesamteinheit der Verträge unter Berücksichtigung aller Begleitumstände (§§ 133, 157 BGB; BFHE 138, 480 = BStBl. II 1983, 609; BFHE 144, 280 = BStBl. II 1985, 627 = MittRhNotK 1985, 221). Bereits dies hat das FG nicht beachtet; vielmehr hat es sich auf die buchstäbliche Übernahme des in den Verträgen Erklärten beschränkt und danach entschieden. Zwar hat das FG auch ausgeführt, daß im Einzelfall zu ermitteln sei, ob die Verträge auf die Verschaffung des Grundstücks in bebautem Zustand gerichtet gewesen seien. Es hat die Möglichkeit einer derartigen Beurteilung für den Streitfall jedoch verneint, weil dies „wohl nur ausnahmsweise der Fall“ sei, wenn dem Erwerber mehrere Personen gegenüberstünden, die weder rechtlich noch wirtschaftlich miteinander verbunden seien, ohne den Sachverhalt in diesem Zusammenhang auch nur im entferntesten über das hinaus zu untersuchen, was sich aus dem Inhalt der Akten, insbesondere aus den Buchstaben der Verträge ergeben hat. Entsprechendes gilt für die Ausführungen des FG, es könne nicht festgestellt werden, daß sich die A-GmbH mit dem Veräußerer des Grundstücks zusammengetan hätte, um mit diesem eine einheitliche Leistung zu erbringen; denn aus dem Lieferungs- und Errichtungsvertrag ergebe sich dies nicht.

b) Der erkennende Senat folgt dem FG auch nicht, soweit seine Ausführungen dahin zu verstehen sein könnten, daß die Vereinbarungen über Grundstückskauf und Erwerb des Fertighauses deshalb je für sich zu beurteilen und nur je für sich rechtlich beachtlich seien, weil aus der getrennten Abfassung der Verträge hervorgehe, daß die Vertragsparteien dies so gewollt haben und der erklärte Wille der an den Rechtsgeschäften beteiligten Personen stets maßgebend sei. Dies würde weder in jedem Fall der Beurteilung der (zivilrechtlichen) Beziehungen zwischen den an den Rechtsgeschäften Beteiligten gerecht werden noch den bei der Auslegung und Anwendung des Steuerrechts zu beachtenden Grundsätzen entsprechen.

Bereits bei der zivilrechtlichen Beurteilung hat die Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB je nach der Art der Erklärung und der bestehenden Interessenlage auf den wahren Willen der Erklärenden abzustellen oder die objektive Erklärungsbedeutung

seines Verhaltens zu ermitteln, maßgebend ist der objektive Erklärungswert (BGHZ 36, 30, 33).

Das gilt auch für die Erfassung des grunderwerbsteuerrechtlich maßgebenden Lebenssachverhalts. Der Senat hat bereits im Beschuß in BFHE 144, 280, 286 = BStBl. II 1985, 627 = MittRhNotK 1985, 221 ausgeführt, daß bei der Ermittlung, was Gegenstand des Erwerbsvorganges ist, unter Beachtung von §§ 133, 157 BGB nach dem Willen der vertragschließenden Parteien zu forschen ist, der objektiv verwirklicht werden kann, um so eingrenzen zu können, was die Bet. mit Rechtsfolgewillen und mit Rechtswirkung erklärt haben. In den Urteilen vom 18.10.1989 (BFHE 158, 477 = BStBl. II 1990, 183 = MittRhNotK 1990, 230; BFHE 158, 483 = BStBl. II 1990, 181) hat der Senat unter Bezugnahme auf BFHE 144, 280 = BStBl. II 1985, 627 = MittRhNotK 1985, 221 maßgebend darauf abgestellt, ob zwischen den Verträgen ein so enger sachlicher Zusammenhang besteht, daß der Erwerber bei objektiver Betrachtungsweise als einheitlichen Leistungsgegenstand das bebaute Grundstück erhält. Das bedeutet nach dem oben Ausgeführten, daß nach dem Tatbestand des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG auf den Sachverhalt zurückzugehen ist, der sich nach objektiven Maßstäben unter Berücksichtigung aller Umstände ermitteln läßt. Einem insbesondere im Hinblick auf eine bestimmte steuerrechtliche Folgewirkung des Rechtsgeschäfts ausdrücklich oder konkludent – etwa durch Aufnahme der Vereinbarungen in mehrere Urkunden – erklärt, vom objektiven Sachverhalt abweichen den Willen kommt keine Bedeutung zu, denn es liegt nicht im Belieben des Steuerpflichtigen, ein objektiv zusammengehörendes Rechtsgeschäft mit steuerrechtlicher Wirkung in mehrere Einzelgeschäfte aufzuteilen. Die Parteien können zwar einen Sachverhalt vertraglich gestalten, nicht aber die steuerrechtlichen Folgen bestimmen, die das Steuergesetz an die vorgegebene Gestaltung knüpft (BVerfG DStR 1992, 106).

Stehen, wie im Streitfall, dem Erwerber mehrere Vertragspartner gegenüber, so hängt die Beurteilung, ob Gegenstand des Erwerbsgeschäfts das bebaute Grundstück ist, davon ab, ob unter Berücksichtigung der Umstände der Vertragsanbahnung, der Vertragsverhandlungen, der Zeit, des Ortes und der Begleitumstände ein dem Erwerber objektiv erkennbares abgestimmtes Verhalten auf der Veräußererseite festgestellt werden kann, das darauf gerichtet ist, dem Erwerber als einheitlichen Leistungsgegenstand das Grundstück in bebautem Zustand zu verschaffen. Der erkennende Senat hat hierzu in den Urteilen in BFHE 158, 477 = BStBl. II 1990, 183 = MittRhNotK 1990, 230; BFHE 158, 483 = BStBl. II 1990, 181; BFH/NV 1991, 263 sowie BFHE 164, 117 = BStBl. II 1991, 532 Entscheidungskriterien entwickelt.

3. Der erkennende Senat vermag der von dem FG Berlin in

seinem Urteil vom 15.11.1990 (EFG 1991, 496) vertretenen Meinung nicht zu folgen, daß die Rspr. des Senats zum Gegenstand des Erwerbsvorganges (z. B. BFHE 158, 483 = BStBl. II 1990, 181, und BFHE 160, 284 = BStBl. II 1990, 590) sich als steuerverschärfende unzulässige Analogie ausweise, weil sich eine vom Zivilrecht abweichende Auslegung des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG i. S. d. Berücksichtigung eines engen sachlichen Zusammenhangs nach objektiver Betrachtungsweise sowohl unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung als auch wegen des Charakters der Grunderwerbsteuer als einer Rechtsverkehrsteuer und schließlich wegen des speziellen Wortlauts des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG verbiete. Der Senat verweist insoweit auf die Ausführungen des BVerfG im Beschuß vom 27.12.1991.

4. a) Die Sache wird an das FG zurückverwiesen; die tatsächlichen Feststellungen, die sich im wesentlichen in einer Wiedergabe der schriftlichen Verträge erschöpfen, reichen für eine abschließende Entscheidung nicht aus. Der Gegenstand des Erwerbsvorganges ist unter Heranziehung aller relevanten Umstände nach den zu 2. dargestellten Grundsätzen zu bestimmen (§ 126 Abs. 5 FGO). Diese Umstände wird das FG unter Beachtung des Amtsermittlungsgrundsatzes (§ 76 FGO) zu erforschen und umfassend zu würdigen haben (§ 96 FGO). Gem. § 76 Abs. 1 S. 2 FGO hat das Gericht die Bet. heranzuziehen. Dem Vorbringen der Bet. kommt wesentliche Bedeutung für den Umfang der durch das Gericht anzustellenden Ermittlungen zu; das FG wird daher insbesondere auch den Tatsachenvortrag des FA zu beachten und zum Gegenstand seiner Sachaufklärung zu machen haben.

b) Entgegen der in der Vorentscheidung angedeuteten Auffassung steht es der Einbeziehung des gesamten Kaufpreises in die Bemessungsgrundlage nicht entgegen, daß der Kaufvertrag über den Miteigentumsanteil durch den Kl. allein, der Vertrag über die Errichtung der Fertighausdoppelhälfte vom Kl. zusammen mit seiner Ehefrau abgeschlossen worden ist. Der Anspruch der Ehefrau aus dem Vertrag über das Fertighaus als Gesamtberechtigte mit ihrem Ehemann ist auf Lieferung und Errichtung des Fertighauses einschließlich Keller auf dem Grundstück des Ehemanns gerichtet. Mit der Errichtung geht das Fertighaus als wesentlicher Bestandteil des Grundstücks in das Eigentum des Grundstückseigentümers über (§ 94 BGB i. V. m. § 946 BGB); es bildet mit dem Grundstück eine rechtliche Einheit und ist als solche das in § 2 Abs. 1 S. 1 GrEStG 1983 erfaßte Grundstück. Erweist sich, daß der Kl. im Zeitpunkt des Abschlusses des Grundstückskaufvertrages über das „Ob“ und das „Wie“ der Bebauung nicht mehr frei war, so gehört auch der – nach den bisherigen Feststellungen des FG – von der Ehefrau zur Hälfte aufgewendete Kaufpreis gem. § 9 Abs. 2 Nr. 4 GrEStG als Leistung eines Dritten zur Gegenleistung.

## Mitteilungen

### 1. Erbrecht/IPR – Behandlung von Nachlaßangelegenheiten durch vom Nachlaßgericht eingesetzte Nachlaßverwalter im Großraum New York

(BMJ, Schreiben vom 28. 7. 1988 – IA 3 – 9123/1 A 5: 348 a – 12 0743/88)

Im November 1987 hat der Staat New York einen Bericht über die Tätigkeit des „public administrator“ der Stadt New York erstellen lassen.

Anlaß und Thema der Untersuchung sind Mißstände in der Arbeit dieses Personenkreises bei der Verwaltung, Sicherung, Betreuung, Abwicklung und Verteilung von Nachlässen.

Anzeichen von Korruption konnten bei dieser Tätigkeit nicht festgestellt werden. Die Art und Weise der Durchführung der eigentlichen Dienstgeschäfte wird scharf kritisiert. Aus dem Report geht ferner hervor, daß es sich nicht um die erste Unter-

suchung dieser Art handelt. Die Mißstände sind bereits seit Jahren nicht beseitigt worden.

Die kritisierten Mängel zwingen dazu, beim eigenen Umgang mit den „public administrators“ besondere Sorgfalt und Aufmerksamkeit walten zu lassen. Besonders wird auf folgende Mißstände hingewiesen.

1. Die Abwicklungsdauer bei der Nachlaßverwaltung ist generell, vor allem aber im Bereich des New York County (größere Anzahl von Fällen, die seit über 6 Jahren laufen; Durchschnitt in Bronx, Kings & Queens Counties 1–2 Jahre) viel zu lang.

Bemängelt wird insbesondere, daß die Suche nach potentiellen Erben viel zu spät, zu langsam oder gar nicht aufgenommen wird – auch wenn Hinweise auf solche gegeben sind.

2. Die Aktenführung ist zumeist völlig unzureichend. Dies führt nicht nur zu teilweiser Unkenntnis über die Zahl anhängiger Nachlässe, sondern auch zu Verwirrung über das Stadium, in dem diese sich befinden. Hieraus resultiert,
  - a) daß die Bargeldverwaltung völlig unzureichend ist (ungünstige Geldanlagen; keine zureichende Verzinsung, etc.) und
  - b) daß die Bestands- und/oder Inventarlisten unvollständig sind (selbst wertvolle Gegenstände verbleiben länger als notwendig in der Wohnung von Erblassern; Bargeldbeträge, Schmuck und andere Gegenstände wurden bei der Feststellung einfach übersehen; von der Polizei sichergestelltes Gut wurde teilweise erst nach mehreren Jahren erfaßt).
3. Bei Verkäufen von Nachlaßgut unterlassen die „public administrator“ oftmals eine ausreichende Kontrolle der durch sie beauftragten Verkäufer. Obwohl örtliche Altwarenhändler ihre Bestände zu einem Gutteil über die „public administrator“ eindecken (in der Bronx ca. zu 50 %), ist oft fraglich, ob ein angemessener Erlös erzielt wird.
4. Die Gebührenpraxis ist unzureichend. Nicht nur, daß die Gebühren in den einzelnen Counties sehr unterschiedlich sind, z. T. handelt es sich um unnötige, bzw. im konkreten Fall überhöhte Gebühren.
5. Teilweise setzen die „public administrator“ Subunternehmer ein oder holen sich (Rechts-)Rat von dritter Seite – hier wird die Entlohnungspraxis bemängelt. Oftmals stehen tatsächliche Tätigkeit und Entlohnung in keinem angemessenen Verhältnis zueinander.
6. Einzelne Nachlaßgegenstände werden zumeist in Lagerhäusern verwahrt. Nicht nur, daß die dortige Aufbewahrung eine spätere Zuordnung teilweise nicht mehr erlaubt, auch die Art und Weise der Aufbewahrung führt häufiger zu irreparablen Beschädigungen der Gegenstände.
7. Festgestellt wurde in dem Report schließlich, daß die vorgeschriebenen (jährlichen) Abschluß- bzw. Rechenschaftsberichte gegenüber den Nachlaßgerichten sowohl hinsichtlich der Erbmasse wie den getätigten Ein- und Ausgaben unvollständig waren.

#### Empfehlung:

Beim eigenen Umgang mit den „public administrator“ ist zu beachten, daß unbedingt Eigeninitiative notwendig ist, d. h. wiederholte Rückfragen, Insistieren auf detaillierte und zutreffende Abrechnungen und Aktenführung, Kontrolle erhobener Gebühren etc.

Dies gilt ungeachtet lokaler Unterschiede in der Arbeitsweise der „public administrator“ in den Counties. Soweit die „public administrator“ Hilfe Dritter in Anspruch nehmen wollen, sollte geprüft werden, ob dies objektiv notwendig ist, bzw. inwieweit auf die Auswahl der entsprechenden Personen Einfluß genommen werden kann.

Soweit Mißstände erkannt werden (insbesondere schleppende Abwicklung, unvollständige Aktenführung und drohende Beschädigung von Nachlaßgut), sollte umgehend die zuständige Aufsichtsbehörde (New York City Comptroller's Office – Waste-line – 161 Williams St., Room 1703, N.Y., N.Y. 10005, Tel.: 001-212-4 80 81 26) verständigt werden.

## 2. Steuerrecht/Erbshaftsteuer – Änderungen des ErbStG (FinMin. NW, Erlaß vom 13. 3. 1992 – S 3730 – 21 – V A 2)

Durch Art. 16 des Gesetzes zur Entlastung der Familien und zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für Investitionen und Arbeitsplätze (StÄndG 1992; BGBl. I 297) ist das Erbschafts- und Schenkungsteuergesetz geändert worden. Auf folgende Einzelheiten wird besonders hingewiesen:

### 1. Art. 16 Nr. 3

Die durch Art. 13 StÄndG 1992 ab dem 1. 1. 1993 vorgesehene generelle Übernahme der Steuerbilanzwerte bzw. der ertragsteuerlichen Werte in die Vermögensaufstellung bei der Ermittlung des Werts des Betriebsvermögens hat über § 12 ErbStG auch Auswirkungen auf die Erbschaft-/Schenkungsteuer. Das gilt nicht für die Regelung in § 117a BewG über den Ansatz des Betriebsvermögens inländischer Gewerbebetriebe.

### 2. Art. 16 Nr. 4a

Die auf Erwerbe nach dem 31.12.1990 anzuwendende Befreiungsregelung des § 13 Abs. 1 Nr. 7 Buchst. d) ersetzt die Erlaßregelung vom 18. 4. 1991 – S 3810 – 23 – V A 2-

### 3. Art. 16 Nr. 4b

Die Ergänzung des § 13 Abs. 1 Nr. 16 um den Buchst. c) schafft die Rechtsgrundlage für die Weitergeltung bestehender bzw. die Herbeiführung neuer Gegenseitigkeitsvereinbarungen für Zuwendungen an die genannten ausländischen Institutionen ohne besondere Zweckauflagen.

### 4. Art. 16 Nr. 5

Die Änderung des § 28 Abs. 1 sieht bei Erwerben von Todes wegen, für die die Steuer nach dem 28. 2. 1992 entstanden ist oder entsteht, eine zinslose Stundungsmöglichkeit vor. Bei zur Erhaltung von Betrieben bereits gewährten notwendigen Stundungen sind für den nach dem o.a. Zeitpunkt liegenden Stundungszeitraum ebenfalls keine Zinsen zu erheben. Bestandskräftige Zinsfestsetzungen sind zu ändern bzw. aufzuheben.

## Buchbesprechung

**Lange/Wulff/Lüdtke-Handjery Höfeordnung.** 9. Aufl. 1991, XXXI, 646 Seiten, gebunden 168,- DM

Mit der Neuauflage des Kommentars liegen, nachdem die Kommentare von Wöhrmann/Stöcker (1988) und Faßbender/Hötzel/von Jeinsen/Pikalo (1991) überarbeitet worden sind, die drei wichtigsten Kommentare zur HöfeO in Neubearbeitungen vor.

Die Vorauflage stammt aus dem Jahre 1978 und war seit langem vergriffen. Lüdtke-Handjery legt nunmehr ein im Umfang stark gewachsenes Werk vor, das den zahlreichen Veränderungen durch Gesetz und Rspr. gerecht wird und auch die durch die Vereinigung Deutschlands geänderte Situation berücksichtigt.

So findet man außer den Gesetzesmaterialien zur 1. und 2. Änderung der HöfeO und den anerbenrechtlichen Bestimmungen

der alten Bundesländer jetzt auch den Text der alten Anerben gesetze der ehemaligen DDR, nämlich der Landgüterordnung für die Provinz Brandenburg, des Mecklenburgisch-Strelitzschen Anerbenrechtes und der schlesischen Landgüterordnung (für den niederschlesischen Teil des Freistaates Sachsen).

Die ausführliche Sammlung von Materialien, Gesetzestexten und Verordnungen mag zwar für den im Rheinland tätigen Notar nur in seltenen Fällen von praktischer Bedeutung sein; es ist aber gut zu wissen, daß man in diesem Kommentar einen umfassenden Überblick findet.

Ganz auf den Praktiker zugeschnitten ist der dem Kommentar beigeigefügte Formularteil. Der Kommentarteil zeichnet sich durch eine sachliche, gut verständliche Sprache aus. Wie sehr

der Kommentar an Praxisnähe orientiert ist, zeigt das Beispiel daß der Wortlaut verschiedener möglicher Hofvermerke wiedergegeben wird.

Inhaltlich nimmt die Kommentierung stets Bezug auf die Rspr., ohne jedoch eigene Ansichten zu verleugnen. So folgt Lüdtke-Handjery – abweichend von der Vorauslage – zur Frage der Bestimmung des Hoferben eines Ehegattenhofes (§ 8, Rd.-Nr. 19) der Rspr. des BGH, die zu einem „Zwangserbrecht“ führt, macht aber zugleich deutlich, daß der bäuerlichen Tradition entsprechend ein Bedürfnis besteht, beim Tode eines Ehegatten diesen mit dessen Einverständnis zum Hofvorerben des ganzen Hofes und einen Abkömmling zum Hofnacherben berufen zu können. Kurz erwähnt werden auch – die für den Praktiker besonders wichtigen – Hilfskonstruktionen zur Erreichung dieses Ziels. Sehr lesenswert sind die Ausführungen zum Spannungsfeld zwischen bindender Hoferbenbestimmung und Bestimmungsrecht des Erblassers (§ 7, Rd.-Nr. 12 ff.).

Der Formularteil enthält zunächst einige, allerdings sehr knapp

gehaltene Muster verschiedener Hoferklärungen und Hofaufhebungserklärungen. Neben weiteren erbrechtlichen Mustern sind auch ein Hofübergabevertrag und ein Gesellschaftsvertrag zur Hofbewirtschaftung berücksichtigt. Kurze Anmerkungen weisen darauf hin, daß diese Muster dem Notar die Pflicht zur individuellen Gestaltung nicht abnehmen. Die im Kommentarteil erwähnten Hilfskonstruktionen zum Schutz eines Abkömmlings vor beeinträchtigenden Verfügungen des überlebenden Ehegatten – wie Einführung der Ehegattenhofeigenschaft bei Wiederheirat – werden nicht durch Muster verdeutlicht. Der Praktiker kann auf diese Hilfskonstruktionen aber auch dann nicht verzichten, wenn Lüdtke-Handjery sie teuer und risikoreich nennt.

Die deutsche Landwirtschaft hat mit schweren wirtschaftlichen Problemen zu kämpfen. Die Nachfolgeprobleme müssen daher besonders sorgfältig bedacht werden. Für den dabei zu Rate gezogenen Notar ist der besprochene Kommentar eine unersetzliche Hilfe.

Notar Wolfram Kasper, Bergheim/Erf

Die in den MittRhNotK veröffentlichten Beiträge und Entscheidungen entsprechen nicht in jedem Fall der Auffassung der Rheinischen Notarkammer.

Schriftleiter der Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer (Zitierweise: MittRhNotK):  
Notarassessor Dr. Peter Baumann, Burgmauer 53, 5000 Köln 1 (Tel.: 02 21/21 00 65)

Druck: Greven & Bechtold GmbH, Sigurd-Greven-Straße, 5030 Hürth

Die MittRhNotK erscheinen jährlich in 12 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Rheinischen Notarkammer, Burgmauer 53, 5000 Köln 1, bezogen werden. Der Bezugspreis beträgt jährlich 66,- DM und wird in einem Betrag am 1. Oktober des Bezugsjahrs in Rechnung gestellt. Preis des Einzelheftes: 8,25 DM einschließlich Versand. Abbestellungen nur zum Ende eines Kalenderjahres bei Eingang bis zum 15. November.