

Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer

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

Nr. 6

MittRhNotK

Juni 1989

Zur Vernichtbarkeit eines aufgehobenen Erbvertrages

(von Notar Dr. Hermann Josef Faßbender, Alsdorf)

– zugleich eine Besprechung der Entscheidungen des BVerfG, Beschluß v. 6. 4. 1989 – 1 BvR 337/89 –, OLG Köln, Beschluß v. 14. 12. 1988 – 2 Wx 23/88 – und OLG Hamm v. 4. 4. 1989 – 15 W 457/88¹

- I. Der Beschluß des BVerfG
- II. Der vorgelegte Fall
- III. Ein anderes Beispiel
- IV. Zur Geschichte des Erbvertrages
 1. Vorgeschichte
 2. Neuzeit
- V. Zur Verwahrungs- und Ablieferungspflicht
 1. Gesetzgebungsgeschichte
 2. Eine „verwunderliche“ Ungleichbehandlung
 3. Nichtablieferung – Nichteröffnung
- VI. Zum Beschluß des OLG Köln
- VII. Zu den verfassungsrechtlichen Aspekten
 1. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung
 2. Die willkürliche Ungleichbehandlung von Testament und Erbvertrag
 3. Ehe- und familienschädliche Auswirkungen
- VIII. Ergebnis

I. Der Beschluß des BVerfG

Das BVerfG hat durch einstimmigen Beschluß der 2. Kammer des Ersten Senats vom 6. 4. 1989 die Verfassungsbeschwerde gegen den Beschluß des OLG Köln unmittelbar und gegen § 25 Abs. 2 BNotO mittelbar nicht zur Entscheidung angenommen, weil sie keine hinreichende Aussicht auf Erfolg habe. Die Begründung besteht aus vier Thesen:

1. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner Ausprägung als Recht auf informationelle Selbstbestimmung werde nicht verletzt, weil die Preisgabe persönlicher Daten durch die Eröffnung eines Erbvertrages die Folge der freiwilligen Wahl dieses rechtsgeschäftlichen Gestaltungsmittels sei.
2. Die Testierfreiheit als solche (Art. 14 Abs. 1 GG) werde durch die Notwendigkeit, eine vom Gesetzgeber vorgeschriebene Form für die Verkörperung des letzten Willens zu wählen, nicht berührt.
3. § 25 Abs. 2 BNotO sei keine ehe- und familienbezogene Regelung, der Erbvertrag keine speziell auf Ehepaare zugeschnittene Form der Verfügung von Todes wegen. In der Regelung, daß der Erbvertrag aufzubewahren sei, liege kein Eingriff in den Schutzbereich der Familie. Die Erblasser hätten die Ursache für die von ihnen gefürchteten Auswirkungen auf das Verhältnis ihrer Kinder untereinander sowohl durch die Wahl des Mittels (Erbvertrag statt Testament) als auch durch den Inhalt des Vertrages selbst gesetzt.

4. Eine Verletzung von Art. 3 GG sei nicht ersichtlich. Dies habe das OLG Köln in der angegriffenen Entscheidung mit überzeugenden Gründen dargetan.

II. Der vorgelegte Fall

Die Lakonik dieser Rechtssätze, deren Paraphrasierung zu einer eigentlichen Begründung das Gericht wohl wegen ihres axiomatischen Charakters und ihrer Evidenz nicht für nötig gehalten hat, ist ein Anzeichen dafür, daß der ihm vorgelegte Fall ungeeignet war, um ihm die Fraktionen des Vernichtungsverbots und der Zwangseröffnung aufgehobener Erbverträge mit den Grundrechten und -freiheiten der Bürger erkennbar zu machen. Der Senat in Köln hat – bei allem Bemühen um eine sachgerechte und das Problem erschöpfend lösende Entscheidung – offenbar die Not nicht realisiert, in die Menschen geraten können, wenn es ihnen verwehrt wird, eine früher einmal getroffene Verfügung von Todes wegen ungeschehen zu machen. Er hat sich wohl auch nicht den Gewissenskonflikt bewußt gemacht, den ein Notar in sich austragen muß, wenn er ebendies den Bürgern verwehren soll, nur weil das Gesetz es – seinem Wortlaut nach – befiehlt. Das OLG Hamm hat demgegenüber den „Kern des Anliegens der Beteiligten“ zutreffend erkannt und es offen gelassen, ob der Notar ihnen den alten Erbvertrag aushändigen darf oder nicht.

In dem vom OLG Köln entschiedenen Fall wurde die Dramatik, um nicht zu sagen die Verzweiflung, nicht deutlich, die in Grenzsituationen der hier in Rede stehenden Art die Würde, den Frieden und die Integrität von Menschen aufhebt. Kein Notar wird einen Erbvertrag aufgrund der bloßen Behauptung, er sei durch ein eigenhändiges gemeinschaftliches Testament aufgehoben worden, an die Vertragsparteien herausgeben und nur einen Vermerk darüber aufnehmen, dies sei auf deren Wunsch hin geschehen. Wenn sie lediglich „Wert darauf“ legen, die früher getroffenen Verfügungen nicht nach ihrem Tod ihren Kindern bekannt werden zu lassen, um deren Verhältnis untereinander nicht zu beeinträchtigen, so wird dies allein keinen Notar bewegen, eine Ordnungsvorschrift des Urkundenrechts zu mißachten.

Der Erbvertrag von Eheleuten provoziert geradezu den Vorwurf des „Auswahlverschuldens“ („Ihr hättet ja die Form des gemeinschaftlichen Testaments wählen können!“). Zum anderen scheint er den Einwand des *volenti non fit iniuria* zu begründen („Ihr habt ja darin eingewilligt, daß die Verfügungen schon nach dem Tode des Erstversterbenden eröffnet und den Sippeangehörigen verkündet werden!“). Beides greift zwar bei näherem Zusehen nicht wirklich durch, wird aber immer wieder – so auch hier vom OLG Köln und vom BVerfG – vorgebracht, um das Problem abzutun, ohne es erfaßt zu haben.

¹ Alle in diesem Heft abgedruckt

III. Ein anderes Beispiel

Das folgende – bewußt kraß gewählte – Beispiel soll deutlich machen, um was es eigentlich geht:

Die Erblasser haben zwei Töchter, A und B. Das Vermögen der Erblasser besteht im wesentlichen aus einem Einfamilienhaus. Sie wollen ihre Versorgung im Alter sichern. Die Tochter A ist bereit, zu ihnen zu ziehen und ihnen ein volles Altenteil zu gewähren, dies jedoch nur, wenn ihr das Erbe der Eltern möglichst unverkürzt erbvertraglich bindend zugesagt wird. Die Tochter B hat die Eltern mißhandelt (§ 2333 Ziff. 2 BGB), böswillig ihre Unterhaltspflicht verletzt (§ 2333 Ziff. 4 BGB) und führt wider deren Willen einen ehrlösen und unsittlichen Lebenswandel (§ 2333 Ziff. 5 BGB). Deshalb wird ihr unter Nennung von Roß und Reiter (§ 2336 Abs. 2 BGB), also mit Schimpf und Schande, der Pflichtteil entzogen. Die Eltern berufen sich gegenseitig zu (befreiten) Voreben und die Tochter A zur alleinigen Nachherbin des Erstversterbenden sowie zur Alleinerbin des Überlebenden².

Nach 15 Jahren hat sich die Situation grundlegend geändert. Die Tochter A versorgt die Eltern lieblos und möchte die „alte Last“ loswerden. Die Tochter B ist längst verziehen. Sie führt ein ordentliches Leben und ist bereit, die Versorgung der Eltern zu übernehmen. Die Tochter A ist damit einverstanden, den alten Erbvertrag aufzuheben. Sie und die Eltern möchten ihn „ungeschehen“ machen, damit nicht nach dem Tode des Erstversterbenden durch seine Eröffnung das vernarbte Trauma wieder aufgerissen wird, was dem Überlebenden der Eltern den Rest seines Lebens zur Hölle werden lassen könnte, aber auch dem Erstversterbenden den Seelenfrieden zu rauben geeignet wäre. Die Beteiligten verlangen von dem den Erbvertrag verwahrenden Notar händeringend die Herausgabe dieses von einem Amtsvorgänger beurkundeten „Schandvertrages“. Der Notar lehnt das ab. Der alte Erbvertrag wird nur aufgehoben. Die Mutter stirbt. Der Tochter B – und der gesamten Sippe, soweit sie beteiligt ist – wird der alte, inzwischen vergessene und zurückgenommene Fluch ihrer Eltern amtlich „eröffnet“ und „verkündet“. Das schmerzt sie so sehr, daß sie Vater und Schwester im Zorn verläßt und alle Beziehungen zu ihnen abbricht.

Wenn man von diesem Beispiel ein paar Abstriche macht, wird man sagen können, daß solche Fälle in jedem Notariat hin und wieder vorkommen. Boehmer hat bereits vor einem halben Jahrhundert ein ähnliches gebildet³. Es läßt sich in seiner Wucht noch steigern, wenn man annimmt, die Pflichtteilsentziehungsgründe wären erfunden oder übertrieben dargestellt worden, was auch vorkommt. Wie könnte es erlaubt sein, einen Menschen auf verlogene Schmähungen seines Kindes „festzunageln“? Auch positive Anordnungen können peinlich werden: etwa das Vermächtnis zugunsten einer kriminell gewordenen Vereinigung oder eines ehemaligen Liebhabers. Um sich die Selbstachtung und die Achtung seines sozialen Umfeldes – also seine *Würde* – zu erhalten, muß der Testator eine solche Identifikation vollkommen, also rechtlich und physikalisch, ausradieren können. Der Gedanke, daß noch seine Enkel nach der Totenfeier eröffnet bekommen, was für ein Kretin er einmal war, ist unerträglich. Das „*nihil nisi bene*“ gehört zu den Uranliegen abendländischer Humanität.

Man muß wohl einmal erlebt haben, daß ein Mensch seine feierlichste Kleidung anlegt, bevor er zum Notar geht, „um sein Haus zu bestellen“, soll man die Bedeutung dessen erkennen, was dabei vor sich geht: Ein Stück seines Ichs, seines Verstandes und seines Herzens, wird in einem Papier „verdinglicht“. Er hat Wochen und Monate, nicht selten Jahre lang mit sich und den Seinen (und seinem Notar) um die Emanation dieses Teils seiner Person gerungen. Es ist und bleibt sein „Letzter Wille“, über den nur er allein zu verfügen befugt sein darf, solange er lebt, jedenfalls, wenn Rechte oder rechtliche Interessen anderer davon nicht berührt werden.

Wer „*dominus*“ der Urkunde ist, kann dabei dahinstehen. Ist es der Notar, so muß er in der Lage sein, sie nach seinem pflichtgemäßen Ermessen auf Verlangen der Beteiligten herauszugeben, sofern er jeden vernünftigen Zweifel an der definitiven und vollständigen Aufhebung des alten Erbvertrages ausschließen kann. Wäre es der Staat, so eignete er sich einen unveräußerlichen Teil der Persönlichkeit seiner Bürger an. Der Untertan des Königs von Preußen konnte die „gerichtliche Aufnahme“ seines letzten Willens herausverlangen, ein „*sujet de l'Empereur*“ das „*testament par acte public*“ mit ihm, um ihn aus der Welt zu schaffen (dazu näher unter IV. 2.). Wie könnte man dasselbe dem Bürger eines freiheitlich-demokratischen Rechtsstaates mit Fug verweigern?

IV. Zur Geschichte des Erbvertrages

1. Vorgeschichte

Das römische Recht hat vertragliche Beschränkungen der Testierfreiheit als unzulässige und unsittliche Bindung der Bürger in einer Angelegenheit persönlicher Entscheidung angesehen und deshalb nicht zugelassen⁴. Darin kam wohl das Empfinden für die Unveräußerlichkeit solcher Emanationen des Ichs zum Ausdruck. Es spiegelt sich auch heute noch in dem Gebot der Höchstpersönlichkeit, in dem Verbot der Delegation der Entscheidung (§§ 2064, 2065 BGB), in der – prinzipiellen – Widerprüflichkeit⁵ und in der Anfechtbarkeit schon wegen eines Motivirrtums wider.

Der Erbvertrag hat sich aus der mittelalterlichen „Vergabung von Todes wegen“ entwickelt⁶, insbesondere aus den „Verpfändungsverträgen“, mit denen Schutz- und/oder Altenteilsleistungen gegen die erbrechtliche Zuwendung von Vermögen an Klöster, Ritter, Städte etc. vereinbart wurden, und aus den sog. „Einkindschaftungen“, mit denen „gleiche Kinder“ aus verschiedenen Ehen gemacht wurden⁷. Vorformen waren die „Fletfahrt“ der nordischen Bauern, in Friesland der „Oewelganck“ oder „Evelganc“⁸, im übrigen die „Erbverlassung unter Lebenden“⁹.

2. Neuzeit

Im Nachklang der Französischen Revolution hat Napoleon im Code Civil – wohl unter Rückbesinnung auf die Wertungen im römischen Recht – den der Feudalisierung dienenden Erbvertrag¹⁰ grundsätzlich verworfen. Gemäß Art. 968 CC können zwei oder mehrere Personen „dans le même acte“ weder zum Vorteil eines Dritten, noch wechselseitig zum Vorteil des jeweils anderen, ein Testament errichten. Das gilt auch für Eheleute

2 Das „Berliner Testament“ ist in Fällen dieser Art – abgesehen von der mit ihm verbundenen Gefahr des Abwanderns von Familiengut bei Wiederheirat des Überlebenden – auch deshalb unzweckmäßig, weil es, wenn die Pflichtteilsentziehungsgründe vom Erben nicht zu beweisen sind (§ 2336 Abs. 3 BGB) oder dem Pflichtteilsberechtigten vor dem Erbfall verziehen wurde (§ 2337 BGB), zu einer Erhöhung der Pflichtteilsansprüche führt. Die Pflichtteilsentziehung kann nicht erbvertraglich bindend vereinbart werden (Umkehrschluß aus § 2278 BGB). Sie wird durch Verzeihung unwirksam. Diese ist – wenn auch in der Form einer Verfügung von Todes wegen möglich – der Sache nach ein Realakt. Deshalb ist sie auch wirksam, wenn mit ihr der vertragsmäßig Bedachte i. S. d. § 2289 BGB beeinträchtigt wird.

3 Fragen zum Testamentgesetz, DNotZ 1940, 187, 192.

4 Vgl. Staudinger/Dittmann, 11. Aufl. 1960, Vorb. vor § 2274 BGB, Rd.-Nr. 1.

5 Selbst im Erbvertrag können nur Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen bindend vereinbart werden.

6 Mit der ohne Auflassung dem Kontrahenten das Erbrecht am ganzen Nachlaß oder an einzelnen Nachlaßgegenständen eingeräumt werden konnte, vgl. Staudinger/Dittmann, a.a.O., Vorb. vor § 2274 BGB, Rd.-Nr. 1 m. w. N. Vgl. Staudinger/Dittmann, a.a.O., Vorb. vor § 2274 BGB, Rd.-Nr. 2.

7 Er bedurfte der Zustimmung der Sippenangehörigen, vgl. Faßbender, Altenteil, Handbuch des Agrarrechts, 1981, Bd. I, Sp. 232 m. w. N.

8 Vgl. Staudinger/Dittmann, a.a.O. (Fn. 7).

10 Er war ein Mittel zum „Bauernlegen“ (vgl. von der Goltz, Geschichte der Deutschen Landwirtschaft, 1963, Bf. 1, 93, 156), diente aber auch zur „Verpfändung“ bürgerlicher Habe; vgl. dazu ferner van Loon, MittRhNotK 1989, 9.

(Art. 1389 CC). Gem. Art. 1082 ff., 1093 ff. CC können nur Verwandte „et même les étrangers“ Eheleuten und die Brauteleute einander „par contrat de mariage“, der vor der Heirat von einem Notar beurkundet werden muß und nach der Eheschließung unabänderlich ist (Art. 1394, 1395 CC), Schenkungen auf den Todesfall machen. Ein solcher Ehevertrag hindert nicht entgeltliche Verfügungen unter Lebenden (Art. 1083 CC) und „schafft endgültiges und nicht etwa nur bedingtes Erbrecht“¹¹. Nach unserer Nomenklatur handelt es sich dabei um einen Erbvertrag. Er kann indes nichts enthalten, was den Beteiligten peinlich werden könnte, ist unabänderlich und daher als solcher unwiderruflich¹². Ein Bedürfnis für seine körperliche Vernichtung kann nicht auftreten.

Das „testament par acte public“ wird von zwei Notaren in Gegenwart zweier Zeugen¹³ oder von einem Notar im Beisein von vier Zeugen aufgenommen (Art. 971 CC). Das „testament mystique ou secret“ ist vom Testator dem Notar in Gegenwart von wenigstens sechs Zeugen zu übergeben (Art. 976 Abs. 2 CC). Der Widerruf des Testaments erfolgt nur entweder durch ein späteres oder „par un acte devant notaires“ über die Erklärung der Änderung des Willens (Art. 1035 CC). Der *Rheinische Appellhof* hat entschieden, daß der Testator berechtigt sei, „gegen notarielle Quittung“ das Testament „aus den Händen des Notars ausgefolgt zu bekommen und in eigenen Verwahr zu nehmen“¹⁴. Das Problem der Zwangsverwahrung und des Eröffnungszwangs gibt es hier also ebensowenig wie ein Vernichtungsverbot.

Nach dem PrALR konnten durch Erbvertrag ein Kontrahent dem anderen oder beide einander wechselseitig Rechte auf ihren Nachlaß einräumen (ALR I. 12 § 617). Seine Wirkung war auf die Kontrahenten beschränkt. In „Ansehung eines Dritten“ hatte er nur die Kraft einseitiger letztwilliger Verfügungen (ALR I. 12 § 646). Die „gerichtliche Aufnahme“ des Erbvertrages zwischen Eheleuten war unter Zuziehung eines Belstandes notwendig, wenn die Frau dadurch etwas von ihren gesetzlichen Rechten verlieren sollte (ALR II. 1 § 441). Vor der Eheschließung konnte ein solcher Vertrag auch notariell geschlossen werden¹⁵. Nach ALR I. 12 § 621 mußten im übrigen Erbverträge „gerichtlich abgeschlossen, oder von beiden Theilen persönlich den Gerichten übergeben werden“.

Der Widerruf erfolgte wie bei Verträgen „unter Lebendigen“ (ALR I. 12 § 634) nach den Regeln für den Widerruf eines Testaments (ALR I. 12 § 636), bei Eheleuten, sofern die Frau dadurch Rechte verlor, durch gerichtliche Aufnahme der Aufhebungserklärungen (ALR II. 1 § 442). Für die Aufbewahrung, Eröffnung und Rückgabe der Erbverträge galten dieselben Regeln wie bei Testamenten (ALR I. 12 § 623). Die „Zurücknahme“ war mithin ein „Widerruf“, selbst wenn dieser „an sich unkräftig“ gewesen sein sollte (ALR I. 12 § 591). Durch einen „mit den gehörigen Erfordernissen versehenen“ Widerruf wurde die Verfügung außer Kraft gesetzt, „wenngleich das widerrufenes Testament selbst nicht zurückgenommen worden“ (ALR I. 12 § 592). Das Problem der Zwangsverwahrung und des Eröffnungszwangs sowie ein Vernichtungsverbot für aufgehobene Erbverträge gab es unter dem ALR also auch nicht.

Der Gesetzgeber des BGB hat – gegen lebhaften Widerspruch der Rechtslehre¹⁶ – den Erbvertrag aus dem gemeinen Recht und einigen Partikularrechten übernommen, wenn auch sachlich und funktionell eingeschränkt¹⁷. Die grundsätzlichen Bedenken waren im wesentlichen historisch überholt, die verbliebenen wurden mit den Einschränkungen ausgeräumt.

11 Vgl. Cretschmar, *Rheinisches Civilrecht*, Düsseldorf 1888, Anm. zu Art. 1083 CC.

12 Sein „Widerruf“ erfolgt durch anderweitige entgeltliche Verfügung unter Lebenden über die zugeordneten Gegenstände (Art. 1083 CC).

13 Sie müssen (bzw. mußten) männlichen Geschlechts, volljährig, „sujets de L'Empereur“ sowie im Genuß der bürgerlichen Rechte sein und ihren Namen schreiben können (Art. 980 CC).

14 So Cretschmar, a.a.O., Anm. zu Art. 976 CC, unter Angabe der Fundstelle in *RheinNotZ* 1864, 1, 127.

V. Zur Verwahrungs- und Ablieferungspflicht

1. Gesetzgebungsgeschichte

Mit eigenwilliger Konsequenz hat der Gesetzgeber des BGB in bewußtem Abweichen von den für Testamente und Erbverträge gleichen Regelungen im PrALR¹⁸ die gerichtliche Niederlegung der Erbverträge nicht vorgeschrieben. Deshalb konnte er an die Zurücknahme aus der besonderen amtlichen Verwahrung – entgegen einem dahingehenden Vorschlag der Kommission für die 2. Lesung – die Wirkung des Widerrufs nicht knüpfen¹⁹, die damit nach ALR I. 12 § 565 verbunden gewesen war und die mit der Rücknahme eines Testaments aus der gerichtlichen Verwahrung gem. § 2256 BGB weiterhin verbunden ist. Der Grund für diese Differenzierung mag ein sachlicher gewesen sein oder ein willkürlicher; er hat sich mir nicht erschlossen. Was auch immer der Grund war: Um die von den beiden Instrumenten betroffenen Bürger gleich zu behandeln, hätte entweder an die gegen „notarielle Quittung“ vorzunehmende „Ausfolgung“ des Erbvertrages analog § 2256 BGB die Widerrufswirkung geknüpft werden müssen, oder nach einem Aufhebungsvertrag die „Ausfolgung“ und die Vernichtung der Erbvertragsurkunde analog § 2255 BGB mit der Folge des – seinerseits unwiderruflichen – Widerrufs zugelassen werden müssen.

2. Eine „verwunderliche“ Ungleichbehandlung

Boehmer attestiert den Parteien eines Erbvertrages ein „berechtigtes Interesse“ daran, die Urschrift in die eigenen Hände zu bekommen. Eine aufgehobene Verfügung von Todes wegen solle nach dem Willen der Parteien „völlig aus der Welt geschafft werden“. Die in ihm getroffenen Bestimmungen sollten auch formell nicht mehr als solche „weiterleben“, damit sie nicht nach dem Tode des Erblassers eröffnet, verkündet und so den Beteiligten zur Kenntnis gebracht werden, „denen sie im Regelfall ja gerade verheimlicht werden“ sollen. Daß beim Erbvertrag die Rückgabe ausgeschlossen sein soll, sei „um so verwunderlicher“, wenn man damit die Regelung vergleiche, die bei der gleichen Situation für Testamente getroffen worden sei²⁰. Hier habe es der Erblasser jederzeit in der Hand, die Eröffnung und Verkündung aufgehobener Verfügungen zu verhindern, indem er die Herausgabe der Urkunde verlange und diese *de facto* vernichte²¹.

Diese „verwunderliche“ Ungleichbehandlung von Testament und Erbvertrag ist aus Art. 42 PrFGG und anderen Landesgesetzen in die DOfNot und über sie in die BNotO gelangt, offenbar ohne daß sich der Gesetzgeber das Problem bewußt gemacht hat. Die „praktische Unbilligkeit“ dieser Differenzierung ist erkannt, das Herausgabeverbot z. T. sogar für unbeachtlich gehalten worden²². Boehmer bejaht die Zweckmäßigkeit des Herausgabeverbots nur für den Fall, daß der Erbvertrag materiell aufrechterhalten und lediglich seine Verwahrungsform geändert werden soll. Wenn er bereits vor dem Rückgabeverlangen rechtswirksam aufgehoben worden sei, entbehre seine Zurückbehaltung in der amtlichen Verwahrung anscheinend des „ausreichenden Grundes“. Nur weil einerseits die Verwahrungsstelle die Aufhebungsurkunde in verschlossenem und versiegeltem Umschlag erhalte und daher nicht in der Lage sei, sie zur Kenntnis zu nehmen und zu prüfen, ob sie rechtsgültig ist, andererseits auch bei Vorlage eines aufhebenden eigenhändigen gemeinschaftlichen Testaments durch eine solche Prüfung eine sichere Gewähr für die Wirksamkeit der Aufhebung des

15 Vgl. Rehbein/Reincke, *Allgemeines Landrecht*, 1889, Bd. 3, 76, Fn. 207.

16 Vgl. Staudinger/Dittmann, a.a.O., Vorb. vor § 2274 BGB, Rd.-Nr. 2 m. w. N.

17 A.a.O. (Fn. 16).

18 ALR I. 12 § 623.

19 Vgl. Boehmer, *DNotZ* 1940, 187, 188.

20 A.a.O., 188.

21 A.a.O. (Fn. 20).

22 So nach Angaben von Boehmer, *DNotZ* 1940, 189, von Palandt/Seibert.

Erbvertrages nicht zu erlangen sei, hat Boehmer die Verweigerung seiner Herausgabe im Ergebnis für richtig gehalten. Anderenfalls entstehe die Gefahr, daß eine noch wirksame, in öffentlicher Form errichtete Verfügung von Todes wegen, in die Privathand des Erblassers zurückgegeben werde, was gerade durch das Verwahrungsgebot verhindert werden solle, um den Gefahren der Verfälschung, Unterdrückung, Vernichtung, Beschädigung und des Abhandenkommens vorzubeugen.

Da diese Gefahren bei einem von dem verwahrenden Notar selbst beurkundeten Aufhebungsvertrag nicht bestehen, entfallen hier die rechtfertigenden Gründe für die Fortsetzung der Verwahrung gegen den Willen der Beteiligten. Das OLG Hamm hat zwar darauf hingewiesen, daß die unter Umständen schwierige Feststellung einer in jeder Hinsicht wirksamen Aufhebung früherer Erbverträge durch einen späteren Erbvertrag nach § 2290 BGB nicht zu dem der Verwahrungsstelle zugewiesenen Aufgabenbereich gehöre. Dem ist zuzustimmen, soweit das AG den Erbvertrag verwahrt. Das OLG Hamm hat aber gleichwohl die Entscheidung über die Aushändigung der Urschrift des Erbvertrages dem ihn verwahrenden Notar überlassen. Er wird dabei als Träger eines öffentlichen Amtes und nicht – wie das KG glaubte (dazu näher unter V. 3.) – als Privatperson tätig. Schon wegen der ihn treffenden Haftung für Schäden der Beteiligten (und Dritter) wird der Notar nur dann den alten Erbvertrag aushändigen bzw. vernichten, wenn seine – vollständige – Aufhebung und der Ausschluß der Anfechtung seiner Annullierung außerhalb jedes vernünftigen Zweifels steht. Ob dies zu seinem Aufgabenbereich i. S. seiner Amtspflichten gehört, ist nicht so wichtig wie der Umstand, daß er dazu befugt sein muß.

3. Nichtablieferung – Nichteröffnung

Um die unerwünschten Folgen einer Offenlegung des aufgehobenen Erbvertrages zu vermeiden, verneint Boehmer in diesen Fällen die Pflicht des Notars zu seiner Ablieferung an das Nachlaßgericht und dessen Pflicht, ihn zu eröffnen. Er wendet sich damit gegen die Auffassung des KG. Dieses hat in einer Reihe von Entscheidungen alle Verfügungen von Todes wegen der Ablieferungs- und Eröffnungspflicht unterworfen, die sich „äußerlich als solche darstellen“, gleichgültig – so das KG – ob sie wegen offensichtlichen Formfehlers nichtig, durch eine spätere, offenbar gültige Verfügung, durch Streichungen oder gar durch die Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung widerrufen seien, weil es einer Privatperson, zu denen das KG auch die Notare zählte, nicht überlassen werden könne, darüber zu entscheiden, ob eine Verfügung von Todes wegen formell und materiell gültig bzw. ob der Widerruf formell und materiell wirksam sei. Das KG meinte, die Prüfung, an der die Allgemeinheit (sic!) ein Interesse habe, könne nur in einem amtlichen Verfahren stattfinden. Andererseits sei dafür aber auch bei der Eröffnung noch kein Raum. Die endgültige Feststellung der Nichtigkeit oder der Wirksamkeit des Widerrufs könne erst im Erbscheins- oder Prozeßverfahren erfolgen. Überdies hätten die Beteiligten auch in Fällen, in denen sich schon bei der Eröffnung die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit zweifelsfrei herausstellen sollte, an der Feststellung sowohl des Mangels als auch an dem Inhalt der ungültigen oder aufgehobenen Verfügung ein Interesse, da hiervon oft ihre Entschließung über die Geltendmachung ihrer wirklichen oder vermeintlichen Rechte abhängt und auch die Auslegung anderer Verfügungen davon beeinflusst sein könne²³.

Dies ist – nach heutigen Maßstäben – nicht überzeugend: Das Interesse Dritter, von nichtigen oder – zweifelsfrei – aufgehobenen früheren Verfügungen des Erblassers Kenntnis zu erlangen, hat ein zu vernachlässigendes Gewicht gegenüber dem berechtigten Interesse des Erblassers selbst, ihnen diese eben nicht bekannt werden zu lassen. Auch die *post mortem* stattfindende Gesinnungsschnüffelei der Hinterbliebenen („Was hat

der denn einmal über mich gedacht, was mir zugebracht?“), ist nicht honorierbar. Ein – gültiges – Argument für die Geltendmachung vermeintlicher Rechte eines später Depossidierten kann damit jedenfalls nicht gewonnen werden. Die Grundlage für Scheinargumente beseitigen zu können, ist vielmehr ein beachtliches Anliegen des Erblassers. Auf die entfernt liegende Möglichkeit, aus einer annullierten Verfügung von Todes wegen Anhaltspunkte für die Auslegung einer in Geltung gebliebenen gewinnen zu können, muß aufgrund der Güterabwägung zwischen der Wahrung der Intimsphäre des Erblassers und der möglichst vollkommenen Umsetzung seines letzten Willens verzichtet werden. Das Risiko, mit der Vernichtung eines Testaments einen Teil des aktuell bleibenden letzten Willens zu verdunkeln, ist überdies in der Praxis äußerst gering.

Daß die Allgemeinheit – also die Volksgemeinschaft und ihre Wächter – ein zu beachtendes Interesse daran hätte, selbst zerrissene Testamente der Volksgenossen nach deren Tod offenbart zu bekommen, ist eine häßliche Ausgeburt des totalitären Staatsgedankens, die mit ihm auf den Abfallhaufen der Geschichte geworfen worden sein dürfte.

Die damals von Boehmer vorgebrachten Gründe für den Verzicht auf die Ablieferung und Eröffnung aufgehobener Erbverträge sind hingegen überzeugend: Es gebe – so Boehmer – Fälle, in denen die später errichtete Verfügung die frühere so eindeutig *in complexu* aufhebe und ihrerseits so unbedenklich rechtsgültig sei, daß es dem Laien als zweck- und sinnloser Formalismus vorkomme, wenn eine staatliche Behörde etwas als letzten Willen des Verstorbenen verkünde, von dem jeder Beteiligte wisse, daß es nicht mehr gelte. Dies um so mehr, wenn der Erblasser die Widerrufsverfügung ersichtlich zu dem Zweck getroffen habe, um die erste völlig auszuschließen und den Familiengenossen zu verbergen. Die „guten Eltern“ würden sich wahrscheinlich „im Grabe herumdrehen“, wenn sie erfahren, daß die frühere Enterbung eines damals auf die schiefe Ebene geratenen Sohnes immer noch der ganzen Familie bekanntgegeben werde, obwohl sie diese inzwischen wegen reumütiger Änderung seines Lebenswandels aufgehoben hätten²⁴.

Daß wirklich zwecklose Eröffnungen und Verkündungen zu unterbleiben hätten, habe das Testamentgesetz unzweideutig zum Ausdruck gebracht: Beim gemeinschaftlichen Testament habe es die nochmalige Eröffnung nach dem Tode des zweiten Ehegatten untersagt, wenn es keine Anordnungen enthalte, die für den Tod des Überlebenden von Bedeutung sein könnten. Seitdem das Testamentgesetz die Frage i. S. des „gesunden Menschenverstandes“ entschieden habe, dürfe auch in sonstigen Fällen offenkundiger Gegenstandslosigkeit einer Verfügung von Todes wegen, also bei zweifelsfreiem Widerruf eines Testaments und ebenso bei zweifelsfreier Aufhebung eines Erbvertrages, der Nachlaßrichter zum Verzicht auf die Eröffnung berechtigt sein, zumal wenn dies dem ersichtlichen Wunsch der Verstorbenen und den Interessen der Lebenden entspreche. Dadurch würden auch überflüssige Doppelkosten vermieden, die unter Umständen durch einen erneuten Eröffnungstermin entstünden, wenn zum Beispiel die aufgehobene Verfügung erst später zur Ablieferung gelange, weil der Besitzer diese für unnötig gehalten habe²⁵.

Boehmer zitiert eine Reihe – im einzelnen verschieden begründeter – Entscheidungen von Obergerichten²⁶ und die Meinung beachtlicher Stimmen aus der Wissenschaft²⁷, die mehr oder weniger weitgehend die Ablieferungs- und/oder Eröffnungspflicht unzweifelhaft unwirksamer Verfügungen von Todes wegen verneinen. Staudinger hat sowohl die Ablieferungs- als auch die Eröffnungspflicht schon dann verneint, wenn die Verfügung von Todes wegen ihrem ganzen Inhalt nach in unzweifelhaft gültiger Weise widerrufen worden ist²⁸.

Mit Erstaunen stellt man fest, daß die Sensibilität für die Verletzlichkeit der Person des Testators, was die Vernichtbarkeit (oder

23 Boehmer, DNotZ 1940, 190.

24 Boehmer, DNotZ 1940, 192.

25 Boehmer, a.a.O. (Fn. 24)

26 Darunter das OLG Hamburg KGJ 30, A 302, und das RG RJA 16, 212.

27 Darunter auch heute noch bekannte Namen wie Leonhard, Kipp, Staudinger und Planck (ohne eigene Nachprüfung übernommen).

28 9. Aufl., Erl. I Abs. 4 zu §§ 2260–2263 BGB.

Unterdrückbarkeit) für ihn peinlich gewordener Verfügungen von Todes wegen betrifft, auf dem Höhepunkt des nationalsozialistischen Unrechtsstaates stärker und tiefer entwickelt war, als sie es heute zu sein scheint. Der Gesetzgeber der BNotO hat die in den 30er und 40er Jahren gewonnenen Einsichten nicht ausgewertet; die beiden hier kritisierten Gerichtsentscheidungen haben sie nicht reflektiert, das OLG Hamm hat sie immerhin angesprochen und die Entscheidung des verwahren- den Notars offen gelassen.

VI. Zum Beschluß des OLG Köln

1. Die Verpflichtung des Notars, den von ihm verwahrten Erbvertrag, auch einen aufgehobenen, nach dem Eintritt des Erbfall es dem Nachlaßgericht zu übermitteln, wird *obsolet*, wenn es ihn nicht mehr gibt.

2. Ein in corpore zu vernichtender Erbvertrag bedarf weder des Schutzes vor Verfälschung und Verlust noch der Gewährleistung seiner späteren Eröffnung. Der vom Senat mehrfach hervorgehobene Zweck der Verwahrungs- und Ablieferungspflicht kann bei einem in *complexu* aufgehobenen Erbvertrag gar nicht erreicht werden. Ihn als Selbstzweck zu verstehen, führte zu der Paradoxie, daß sich die im Interesse der Beteiligten geschaffenen Rechtsgarantien gegen sie kehrten: Sie wollen die Urkunde gerade vernichten und ihre spätere Eröffnung verhindern. Dadurch können auch rechtlich schützbares Interesse Dritter nicht berührt werden. Der in der Urkunde etwa mit einem Vermächtnis Bedachte ist an dem Vorgang nicht beteiligt. Seine „Erberwartung“ ist keine geschützte Rechtsposition, mitnichten eine „Anwartschaft“. Den Schutz vor Verfälschung und die Gewährleistung der Eröffnung des Erbvertrages kann er daher nicht beanspruchen, der Staat ihm von Rechts wegen beides nicht gewähren.

Ein weiterer, durchaus gleichgewichtiger Zweck der amtlichen Verwahrung von Testamenten und Erbverträgen besteht in der Gewährleistung ihrer Geheimhaltung. Das Verwahrungs- und Eröffnungsgebot für aufgehobene Erbverträge steht damit in einem offenen Widerspruch. Nach der – zweifelsfrei wirksamen und vollständigen – Aufhebung des Erbvertrages erlangt der Geheimhaltungszweck evident ein Übergewicht gegenüber den anderen, von den Beteiligten gerade nicht mehr verfolgten Zwecken (Schutz vor Verfälschung, Unterdrückung, Vernichtung etc.). Ihn dennoch nicht zur Geltung kommen zu lassen, verletzt daher die *ratio legis*. Schon mit einer teleologischen Reduktion – also ohne Rückgriff auf das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung – kommt man zu dem Ergebnis, daß der Verwahrungs- und Eröffnungszwang für zweifelsfrei in *complexu* aufgehobene Erbverträge nicht rechtens sein kann.

3. Die rechtliche Vernichtung des Erbvertrages erfordert freilich einen *contrarius actus*²⁹, in dem von allen Beteiligten alle Verfügungen und Vereinbarungen aufgehoben werden, auch etwaige schuldrechtliche Verpflichtungen (z. B. Versorgungsabreden), und in dem Vermögensverfügungen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden rückgängig gemacht oder verselbstständigt („abgekoppelt“) werden, so daß die alte Hülle zu einem Nullum wird. Im Rahmen des Protokolls über die „Übergabeverhandlung“ ist daher notwendigerweise sowohl die (vollständige) Aufhebung des alten Erbvertrages als auch das Verlan-

gen aller Beteiligten auf seine Herausgabe bzw. Zerstörung zu beurkunden.

Dieses Verfahren wird auch dann einzuhalten sein, wenn die Beteiligten glaubhaft versichern, den Erbvertrag bereits aufgehoben zu haben, oder auch die Aufhebungsurkunde vorlegen. Denn in der Tat könnte diese durch den „Widerruf des Widerrufs“ inhibiert und der Erbvertrag damit wieder in Kraft gesetzt werden – sofern er noch körperlich oder als Ausfertigung existiert. Da der *contrarius actus* seinerseits nicht vernichtbar ist, besteht diese Gefahr bei ihm nicht. Wenn der Notar ihn selbst beurkundet, kann er – entgegen der Meinung des Kölner Senats – durchaus mit der erforderlichen Sicherheit feststellen, daß der alte Erbvertrag rechtswirksam aufgehoben worden ist.

4. Die Errichtung einer Verfügung von Todes wegen durch die Negation ihrer Negation war weder dem PrALR noch dem CC bekannt. Diese wirklichkeitsfremde³⁰ „Hegelei“ scheint das RG *praeter* oder gar *contra legem* erfunden zu haben³¹. Immerhin könnte nach dem BGB – theoretisch – der alte Erbvertrag durch die Aufhebung des Aufhebungsvertrages oder dessen Anfechtung wieder in Kraft gesetzt werden. Diese Gefahr ist jedoch in den praktisch in Frage kommenden Fällen auszuschließen. Der Notar wird beim geringsten Zweifel an der Geschäftsfähigkeit, der Testierfreiheit oder der freien Willensbildung eines der Beteiligten die Aufhebung mit Herausgabe des alten Erbvertrages nicht beurkunden. Sofern aber der alte Erbvertrag und alle seine Ausfertigungen und Abschriften körperlich zerstört wurden, ist seine Wiederbelebung nicht mehr möglich (Argument aus §§ 2257, 2255 BGB)³². Wer könnte auch daran interessiert sein, eine zum bloßen Phantom verdunstete Urkunde zu realisieren? Statt der Aufhebung des alten Erbvertrages ohne die Möglichkeit seiner tatsächlichen Wiederherstellung böte sich stets dessen Neuabschluß an. Im übrigen ist die Situation hier die gleiche wie beim – beurkundeten – gemeinschaftlichen Testament: Wird es aus der Verwahrung genommen und zerstört, so ist seine Restitution weder durch die Negation der Negation noch durch die Anfechtung³³ des Widerrufs möglich. Um ganz sicher zu gehen, mag der Notar verlangen, daß ihm die Zerstörung der Urschrift des Erbvertrages sowie aller Ausfertigungen und Abschriften von den Beteiligten und den daraus Begünstigten übertragen wird. Dies ist eine verlässliche Gewähr dafür, daß über die Aufhebung oder Anfechtung der Aufhebung³⁴ der Vertrag nicht wieder verwahrungs- und eröffnungsbedürftig werden kann.

Es wäre schon geholfen, wenn die Vernichtbarkeit des Erbvertrages auf die Fälle beschränkt bliebe, in denen entweder kein Dritter bedacht worden ist oder dieser in die Vernichtung einwilligt. Um ein übriges zu tun, mag der Notar den Verzicht der Beteiligten auf den vom Gesetz bezweckten Schutz des Erbvertrages vor Verlust etc. zu Protokoll nehmen.

VII. Zu den verfassungsrechtlichen Aspekten

1. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung

Als der Gesetzgeber den Erbvertrag in das BGB übernahm, war das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung unbekannt. Der Staat meinte, am besten zu wissen, was gut für den Bürger ist. Hier war ein Stück obrigkeitstaatlichen Denkens am Werk, das – unreflektiert – in das geltende Urkundenrecht übergegangen ist. Die Integrität, Freiheit und Selbstbestim-

29 Sie könnte bei einem Erbvertrag, der ausschließlich zwischen Ehegatten geschlossen wurde, zwar auch in der Form eines gemeinschaftlichen Testaments geschehen. Da dieses jedoch nicht dem Vernichtungsverbot unterliegt, würde damit – theoretisch – die Gefahr der „rechtlichen“ Wiederherstellung des alten Erbvertrages durch die Negation seiner Negation heraufbeschoren.

30 In fast 30 Dienstjahren habe ich weder einen Widerruf eines Widerrufs zu beurkunden gehabt noch je einen zu Gesicht bekommen. Stets bietet es sich an, die Verfügung neu zu errichten.

31 Vgl. Cretschmar, a.a.O., Anm. zu Art. 1035 CC m. w. N. Das RG hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 1880 gemeint, der Widerruf einer Verfügung

von Todes wegen führe nicht zur Nichtigkeit des Errichtungsaktes (RGZ 2, 363). Selbst die rechtliche und körperliche Vernichtung einer Urkunde hatte demnach nicht ihre Nichtigkeit zur Folge. Dafür findet sich im CC keine Stütze.

32 Die Möglichkeit der förmlichen Wiederherstellung des Erbvertrages sei vernachlässigt. Sie liegt in Fällen der in Rede stehenden Art zu entfernt, um ernstlich in Betracht gezogen werden zu können. Dafür würde wohl auch schon stets das Rechtsschutzinteresse fehlen.

33 Durch die Erblasser, vgl. Palandt/Edenhofer, 48. Aufl. 1989, § 2256 BGB, Anm. 2.

34 Durch die in ihm Bedachten gem. §§ 2078, 2080 BGB.

mung eines Menschen zu verletzen, nur weil ein – einfaches – Gesetz dies für opportun hält, ist aber nicht mehr erlaubt. Dies gilt auch und vor allem, wenn eine seiner intimsten Lebensäußerungen, wenn eben sein „letzter Wille“, gegen seinen Willen „eröffnet“ und „verkündet“ wird, ohne daß dies jemandem nützen könnte.

Der Einwand des *volenti non fit iniuria* („eingewilligt“) ist nicht stichhaltig. Bei vergleichsweise trivialen Angelegenheiten wie den „Haustürgeschäften“ und der Unterwerfung unter überraschende oder zu mißbilligende Allgemeine Geschäftsbedingungen ist die „Einwilligung“ des Bürgers revokabel bzw. von Gesetzes wegen unwirksam. Die Einwilligung in die Verletzung der Würde und Integrität eines Menschen ist stets unbeachtlich³⁵, diejenige in die unwiderrufliche Verfremdung des Stücks seines Ichs, das in seinem materialisierten letzten Willen zu sehen ist, eben deshalb ohne legitimierende Wirkung. Diese persönlichsten aller Daten – zumal aus reinem Formalismus – gegen seinen wahren Willen zu veröffentlichen, ohne daß daran irgendein vernünftiges Interesse besteht, ist schlicht inhuman.

Der mit der Wahl der Form für die Verfügung von Todes wegen konkludent geäußerte Wille ihrer – unbedingten – späteren Eröffnung deckt sich nicht mit dem wirklichen: So war das eben oft nicht gemeint. Den Bürgern muß es möglich sein, die (vermeintliche) Einwilligung in einer für sie existentiellen Angelegenheit zu widerrufen, jedenfalls anzufechten, weil sie eine Erklärung dieses Inhalts nicht abgeben wollten oder sich in den Beweggründen dafür geirrt haben; – im Erbrecht genügt durchgängig ein Motivirrtum.

Mit der Beurkundung des letzten Willens wird regelmäßig auch der Zweck seiner Geheimhaltung verfolgt. Aus dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ergibt sich das Gebot an den Staat, es so einzurichten, daß der Schutz dieser höchst sensiblen Daten nach Maßgabe der Wünsche der Bürger gewährleistet bleibt. Wenn diese Daten aus der Welt geschafft werden sollen, um sie vor ihrer späteren Veröffentlichung zu bewahren, und wenn dies perfekt nur über die Vernichtung ihrer Verkörperung erreicht werden kann, darf der Staat die Bürger daran nicht hindern, indem er die ihm zur Verwahrung anvertrauten Urkunden nicht wieder herausgibt, obwohl er für ihre zwangsweise weitere Verwahrung keinen vernünftigen Grund hat und damit rechtliche Interessen Dritter nicht schützen kann.

Der Vorwurf des „Wahlverschuldens“ geht im übrigen fehl. Die Bürger haben in der Regel gar keine echte Wahl zwischen Testament und Erbvertrag. Selbst das gemeinschaftliche Testament von Eheleuten ist dem Erbvertrag nicht äquivalent. Es ist zu Lebzeiten nicht bindend, kann vielmehr stets widerrufen werden. Die meisten Eheleute – das zeigt die Erfahrung der Praxis – wollen aber gerade diese Bindung erreichen. Die Widerruflichkeit des Testaments trägt ein Moment der Instabilität in die Ehe hinein, das von den Eheleuten regelmäßig nicht gewünscht wird³⁶ und für den Staat nicht wünschenswert sein kann. Das Testament ist nur möglich, wenn beide Ehegatten in ihm Verfügungen von Todes wegen treffen, nicht also, wenn nur einer von ihnen verfügen soll³⁷. In einem gemeinschaftlichen Testament können Vermögensverfügungen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden nicht getroffen und/oder schuldrechtliche Verpflichtungen nicht eingegangen werden (etwa – bedingte – Übereignungs- oder Verpachtungsabreden zugunsten von Abkömmlingen). Dies im untrennbaren Zusammenhang mit Verfügungen von Todes wegen zu können ist aber nicht selten ein unabweisliches Bedürfnis der Bürger. Ehevertragliche Vereinbarungen sind in einem gemeinschaftlichen Testament

nicht möglich. Auch dafür gibt es in der Praxis oft eine Veranlassung oder gar eine Notwendigkeit³⁸. Die „Fallstricke der widerlegbaren Vermutungen“ beim gemeinschaftlichen Testament gibt es beim Erbvertrag nicht³⁹. Die Frage der Wechselbezüglichkeit ist nur mit Schwierigkeiten zu beantworten⁴⁰. Bereits in den Motiven zum BGB wurde geäußert, das gemeinschaftliche Testament halte eine „unklare Mitte“ zwischen Erbvertrag und Testament. Darauf sei es wohl zurückzuführen, daß es zahlreiche Schwierigkeiten und Prozesse zur Folge zu haben pflege⁴¹. Die Regelungen beim gemeinschaftlichen Testament sind „verwickelt und für Laien nicht leicht zu überblicken“⁴².

Der Erbvertrag ist rechtstechnisch besser und er ist verständlicher ausgestaltet als das gemeinschaftliche Testament⁴³. Schließlich ist das Testament teurer, weil es – im Gegensatz zum Erbvertrag – beim AG hinterlegt werden muß. Das löst eine zusätzliche Gebühr aus, die beim Erbvertrag, den der Notar amtlich verwahrt, nicht entsteht. In der Praxis verdient daher mit Recht der Erbvertrag auch bei Eheleuten den Vorzug vor dem gemeinschaftlichen Testament⁴⁴.

Das Bedürfnis, bindende Verfügungen von Todes wegen im Verhältnis zueinander oder zu Dritten zu treffen, tritt im übrigen nicht nur bei Eheleuten auf. Es kann aber bei nicht miteinander verheirateten Personen ausschließlich in der Form des Erbvertrages befriedigt werden. Der Staat ist gehalten, dafür ein rechtliches Instrument zur Verfügung zu stellen, das erträgliche Konsequenzen hat. Mit dem Erbvertrag auch bei uns lebenden ausländischen Bürgern – etwa aus dem französischen Rechtskreis – für Verfügungen von Todes wegen über inländischen Grundbesitz helfen zu können, ist das Verdienst des Gesetzgebers des neuen IPR (Art. 25 Abs. 2 EGBGB n. F.). Ihn durch seine Unvernichtbarkeit und seine Publizitätspflicht zu poenalisieren, wäre nur mit handfesten, vernünftigen, einleuchtenden Gründen *sub specie constitutionis* zu rechtfertigen.

2. Die willkürliche Ungleichbehandlung von Testament und Erbvertrag

Daß der Gesetzgeber dem Verlust- und Verfälschungsrisiko nur bei einem Erbvertrag, nicht aber bei einem Testament durch die Anordnung seiner amtlichen Verwahrung vorzubeugen Veranlassung gesehen habe, trifft nicht zu: Auch – beurkundete – Testamente unterliegen diesen Vorsorgungen. Nur ist die Regelung, daß bei einem Testament auf sie verzichtet werden kann, bei einem Erbvertrag dagegen nicht, mit vernünftigen Gründen, die aus der Natur der Sache folgen, oder auch nur mit einem sonstwie einleuchtenden Grund nicht zu rechtfertigen, also willkürlich.

Das gemeinschaftliche Testament sollte im BGB ursprünglich durch den Erbvertrag mit vorbehaltenem Rücktrittsrecht ersetzt werden⁴⁵. Daran erkennt man die Verwandtschaft der beiden Instrumente. Sie ist so eng, daß es manchmal zweifelhaft ist, ob das eine oder das andere vorliegt⁴⁶. Daß das eine rücknehmbar ist, das andere nicht, entbehrt nicht zuletzt deshalb eines vernünftigen Grundes, ist also ein weiteres Mal willkürlich.

3. Ehe- und familienschädliche Auswirkungen

Gewiß sind die Erblasser die drohende Zerrüttung ihrer Familie in Fällen peinlicher Verfügungen von Todes wegen letztlich „selbst schuld“. Aber kann denn mit Grund bezweifelt werden, daß auch eine Ursache für das Desaster, das dann der Familie droht, in dem Vernichtungsverbot und der Zwangseröffnung des aufgehobenen Erbvertrages zu sehen ist? Denkt man bei-

35 So etwa die Zustimmung zu seiner Tötung, Verstümmelung – nicht sozialadäquaten – Verletzung, seiner Versklavung, seiner Entrechtung (§ 137 BGB) oder auch nur seiner „Beerbung bei lebendigem Leibe“ (§ 8 HöfO a. F.).

36 Vgl. Battes, Gemeinschaftliches Testament und Ehegattenerbvertrag als Gestaltungsmittel für die Vermögensordnung der Familie, 1974, 257, 260.

37 Vgl. Staudinger/Dittmann, a.a.O., Vorb. vor § 2265 BGB, Rd.-Nr. 24.

38 Etwa die Vereinbarung der Gütertrennung oder einer Modifikation des gesetzlichen Güterstandes für den Fall der Scheidung der Ehe bei Strafe des Ausschlusses aus einer Personengesellschaft.

39 Vgl. Dittmann/Reimann/Bengel, Testament und Erbvertrag, 2. Aufl. 1986, 301.

40 A.a.O. (Fn. 39)

41 Zitiert nach Dittmann/Reimann/Bengel, a.a.O. (Fn. 39)

42 Staudinger/Kanzleiter, 12. Aufl. 1983, Vorb. zu §§ 2265 ff. BGB, Rd.-Nr. 31.

43 Vgl. Staudinger/Dittmann, a.a.O., Vorb. vor § 2265 BGB, Rd.-Nr. 24.

44 Staudinger/Dittmann, a.a.O., Vorb. vor § 2265 BGB, Rd.-Nr. 27.

45 Vgl. Staudinger/Dittmann, a.a.O., Vorb. vor § 2265 BGB, Rd.-Nr. 25 m. w. N.

46 Vgl. Staudinger/Kanzleiter, a.a.O., Vorb. zu §§ 2265 ff. BGB, Rd.-Nr. 33.

des oder bloß eines davon weg, so entfällt diese Folge. Darf indes der Staat – ohne Not – Gesetze machen, die sich – ehe- und familienbezogen oder nicht – ehe- und familienzerstörend auswirken? Kann der Staat sich, wenn es um seinen Auftrag geht, Ehe und Familie besonders zu schützen, auf den Einwand der überholenden Kausalität oder des (überwiegenden) Selbstverschuldens zurückziehen? Muß er seine Bürger nicht vielmehr – nach Möglichkeit – auch vor ihrer Selbstschädigung bewahren? Aufgrund des Auftrages aus Art. 6 GG hat der Staat seinen Bürgern – soweit wie nur möglich – Bedingungen, insbesondere Gesetze, zu geben, die es ihnen erlauben, ihre Ehe- und Familienangelegenheiten (wozu ihre erbrechtlichen Regelungen zählen) vernünftig und ungestört zu besorgen. Das Ver-nichtungsverbot und der Eröffnungszwang für aufgehobene Erbverträge sind ohne weiteres entbehrliche Störfaktoren von Staats wegen und deshalb verfassungswidrig.

VIII. Ergebnis

Der Notar ist in Erfüllung seiner Aufgabe, den Bürgern bei der Bewältigung ihrer freiwilligen Rechtsangelegenheiten zu helfen, nicht nur berechtigt, sondern geradezu verpflichtet, unter sorgfältiger Beachtung aller Regeln der *ars notarii* im Zuge der Beurkundung seiner vollständigen Annullierung die Urschrift des Erbvertrages den Beteiligten „auszufolgen“ oder ihrer Weisung gemäß mit allen Ausfertigungen und Abschriften zu vernichten. Alternativ dazu ist der Notar verpflichtet, einen Erbvertrag, dessen Aufhebung er beurkundet hat, den übereinstimmenden Weisungen der Beteiligten gemäß im Erbfall nicht an das Nachlaßgericht zu schicken. Dieses ist gehalten, einen offenbar vollständig annullierten Erbvertrag beim Vorliegen einer entsprechenden Weisung der Beteiligten nicht zu eröffnen.

Rechtsprechung

1. Schuldrecht – Altlasten beim Grundstückskauf (LG Bochum, Urteil vom 13. 4. 1988 – 2 O 255/87)

BGB §§ 459; 242

1. Sogenannte „Altlasten“ stellen jedenfalls dann keinen Sachmangel i. S. d. § 459 BGB dar, wenn der durch sie bedingte Ausschluß der Bebaubarkeit des Grundstücks auf allgemeinen Erkenntnissen beruht, die sich zeitlich nach Eintritt des Gefahrenübergangs durchgesetzt haben.
2. Ist im Kaufvertrag die Haftung des Verkäufers für „eine bestimmte Beschaffenheit des Baugrundes“ ausgeschlossen worden, kann der Käufer vom Verkäufer Ersatz seiner durch die Beseitigung der sogenannten „Altlasten“ entstandenen Kosten weder auf den rechtlichen Gesichtspunkt der ergänzenden Vertragsauslegung noch auf die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gem. § 242 BGB stützen.

(Leitsätze nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Die Kl. hat in den Jahren 1969 bis 1972 mehrere Grundstücke in B. von der Bekl. erworben. U. a. haben die Parteien am 29. 12. 1972 einen Kaufvertrag über ein 32.304 qm großes Grundstück zu einem Kaufpreis von 1.600.000,- DM geschlossen. In § 3 dieses Vertrages ist folgendes vereinbart:

„Käufer ist der Zustand des Grundstücks bekannt. Käufer verzichtet hiermit ausdrücklich auf eine Haftung für etwa vorhandene Sachmängel sowie auf eine Gewährleistung für die angegebene Größe des Grundstücks und eine bestimmte Beschaffenheit des Baugrundes.“

Das verkaufte Grundstück stand ursprünglich im Eigentum einer AG, die auf dem Grundstück eine Kokerei betrieb. Im Jahre 1892 ging das Grundstück auf eine Gewerkschaft über, die zu der Kokerei noch eine Ammoniak-Fabrik betrieb. Sowohl die Kokerei als auch die Ammoniak-Fabrik wurden im Jahre 1928 oder 1929 stillgelegt. In den folgenden Jahren wurde das Grundstück u. a. als Volkssportplatz und als Reitplatz benutzt. Nach dem Kriege wurde das Grundstück auf Anordnung der damaligen alliierten Militärregierung an die Bergbau AG A. übertragen, deren mittelbare Rechtsnachfolgerin die Bekl. ist. Bei Abschluß des Vertrages vom 29. 12. 1972 waren sich die Bet. darüber im klaren, daß das mit diesem Vertrag verkaufte Grundstück für den Betrieb einer Kokerei benutzt worden war und daß möglicherweise im Fall einer Bebauung dieses Grundstücks zusätzliche Kosten auf Grund der früheren gewerblichen Nutzung des Grundstücks entstehen könnten. Die Kl. hat ihre Baupläne für dieses Grundstück entgegen ihrer ursprünglichen Absichten zunächst zurückgestellt und die Bebauungen im Jahre 1986 begonnen. Aufgrund behördlicher Auflagen mußte die Kl. vor Bebauung für die Entsorgung des Grundstücks von Altlasten erhebliche Aufwendungen tätigen. Von den gesamten Mehrkosten in Höhe von 7.153.000,- DM macht sie einen Teilbetrag in Höhe von 500.000,- DM geltend und behält sich vor, diesen Anspruch bis zur Höhe der Kaufpreisforderung in Höhe von 1.600.000,- DM aufzustocken.

Die Kl. trägt vor, bei den Vertragsverhandlungen sei man sich zwar darüber im klaren gewesen, daß aufgrund des früheren Kokereibetriebes eventuell zusätzliche Maßnahmen zur Bebauung des Grundstücks erforderlich würden, dabei sei man aber davon ausgegangen, daß lediglich Fundamente oder ähnliche im Grundstück befindliche Reste der früheren Industrieanlage beseitigt werden müßten. An umweltschädigende Belastungen des Grundstücks habe zum damaligen Zeitpunkt noch niemand gedacht, so daß sie im Jahre 1972 oder 1973 ohne Schwierigkeiten eine Baugenehmigung bekommen und das Bauvorhaben hätte durchführen können. Erst aufgrund des gewandelten Umweltbewußtseins und der neuen wissenschaftlichen Erkenntnisse habe sich die Notwendigkeit der Beseitigung von Altlasten ergeben.

Die Bekl. trägt vor, bei Abschluß des Vertrages seien sich beide Vertragsbeteiligten darüber einig gewesen, daß aufgrund der industriellen Nutzung des Grundstücks im Falle einer Bebauung Mehrkosten entstehen könnten, deren Umfang zur Zeit der Vertragsverhandlungen noch nicht abzusehen gewesen seien. Dementsprechend seien in § 3 des Vertrages nicht nur die Haftung für etwa vorhandene Sachmängel, sondern auch „für die angegebene Größe des Grundstücks und eine bestimmte Beschaffenheit des Baugrundes“ ausgeschlossen worden.

Aus den Gründen:

Die Klage ist nicht begründet.

Auf §§ 459 ff. BGB kann die Kl. ihre Klageforderung nicht stützen. Denn ein Sachmangel i. S. d. § 459 BGB lag zur Zeit des Eigentumsübergangs auf die Kl. nicht vor, da nach dem übereinstimmenden Vortrag beider Parteien im Jahre 1972 eine Bebaubarkeit auch für die Zwecke der Kl. gegeben war. Diese Bebaubarkeit ist erst durch wesentliche spätere Erkenntnisse und Einsichten unmöglich gemacht bzw. erheblich eingeschränkt worden.

Ist die Bebaubarkeit aber im Zeitpunkt des Gefahr-Übergangs gegeben und fällt sie lediglich später weg, dann könnte zwar grundsätzlich ein Wegfall der Geschäftsgrundlage nach § 242 BGB gegeben sein. Ein solcher Anspruch ist aber nicht gegeben, wenn in dem Vertrag eine Regelung für die Gefahrtragung getroffen worden ist, was auch im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung festgestellt werden muß; denn eine ergänzende Vertragsauslegung ist gegenüber der Anpassung des Vertrages nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage vorrangig (BGH NJW 1981, 2242).

Beide Parteien sind bei Abschluß des Vertrages von der Bebaubarkeit des Grundstückes ausgegangen. Es steht ferner fest, daß zur Zeit der tatsächlichen Bebauung durch die Beseitigung der Altlasten erhebliche Mehrkosten entstanden sind. In § 3 des Vertrages haben die Parteien einen Gewährleistungsausschluß vereinbart. Dieser bezieht sich aber nicht nur auf die Haftung für Sachmängel i. S. d. § 459 BGB. Denn in § 3 des Vertrages ist ausdrücklich gesagt, daß sich der Verzicht der Kl. auf etwa vorhandene Sachmängel sowie auf eine Gewährleistung für eine „bestimmte Beschaffenheit des Baugrundes“ bezieht.

Daraus ergibt sich eindeutig, daß diese Vereinbarung über den üblichen Gewährleistungsausschluß hinausgeht. Ob damit auch schon jede etwaige Anpassungsmöglichkeit nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage ausgeschlossen sein soll, geht aus dieser Vereinbarung nicht mit letzter Sicherheit hervor. Wie die Kl. mit Recht selbst hervorhebt, haben beide Parteien zur Zeit des Abschlusses des Vertrages an die erst im Jahre 1984 aufgetretenen Schwierigkeiten nicht gedacht. An diesem Punkt muß also eine ergänzende Vertragsauslegung ansetzen. Bei einer Prüfung der Frage, wie die Parteien, wenn sie an die später auftretenden Schwierigkeiten bei Vertragsabschluß gedacht hätten, die Risikoverteilung geregelt hätten, spricht vieles dafür, daß die Bekl. als Verkäuferin des Grundstücks ein solch erhebliches Risiko nicht übernommen hätte. Dafür spricht einmal der über den normalen Gewährleistungsausschluß hinausgehende Gewährleistungsverzicht. Darüber hinaus ist aber auch zu berücksichtigen, daß die Bekl. nicht Verursacherin der Kontaminierung war. Diese war vielmehr spätestens in den Jahren 1928/29 eingetreten, als die gewerbliche Nutzung des Grundstücks endgültig mit der Stilllegung der Kokerei eingestellt wurde. Ferner kann nicht unberücksichtigt bleiben, daß die Bekl. nicht unmittelbar Rechtsnachfolgerin der Betreiberin der Kokerei war, sondern daß sie das Grundstück erst nach mehreren Zwischenerwerben nicht durch einen privatrechtlichen Eigentumserwerb, sondern durch Zuweisung der damaligen Militärregierung erworben hat. Schließlich ist auch noch zu berücksichtigen, daß das Grundstück nach Stilllegung der Kokerei einige Jahrzehnte als Volkssportplatz bzw. als Reitgelände benutzt worden ist, ohne daß irgendwelche Umweltbelastungen bekannt geworden sind. Unter Berücksichtigung all dieser Umstände hätte die Bekl. das später aufgetretene Risiko sicherlich nicht übernommen, sondern eher von einem Verkauf des Grundstücks Abstand genommen und es bei der bisherigen jahrzehntelangen Nutzungsart belassen. Letztlich kann die Möglichkeit einer solchen ergänzenden Vertragsauslegung aber dahingestellt bleiben. Auch wenn die Voraussetzungen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gegeben wären, die auch bei einer schon länger zurückliegenden Abwicklung des Vertrages u. U. noch anwendbar sind, kann die Kl. eine Anpassung des Vertrages nicht verlangen, da sowohl nach der gesetzlichen Regelung als auch nach den in § 3 des Vertrages zum Ausdruck gekommenen Willen der Parteien das Risiko bei der Kl. als Käuferin des Grundstücks lag (Palandt/Heinrichs, 47. Aufl. 1988, § 242 BGB, Anm. 6 Ba; Ermann/Sirp, 7. Aufl. 1981, § 242 BGB, Rd.-Nr. 172). Für die gesetzliche Regelung ergibt sich dies aus § 446 BGB, nach dem die Gefahr mit der Übergabe auf den Käufer übergeht. Darüber hinaus ergibt sich eine entsprechende Risikoverteilung aber auch aus § 3 des Vertrages.

2. Liegenschaftsrecht/Allgemeines – Auslegung einer Änderungsvollmacht

(BayObLG, Beschluß vom 15. 3. 1989 – BReg. 2 Z 127/88 – mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

BGB § 133 GBO § 19

Zur Auslegung einer Vollmacht in einem Kaufvertrag über eine Eigentumswohnung, durch die der Erwerber den Veräußerer bevollmächtigt, die Teilungserklärung zu ändern, solange „sein Sondereigentum unangetastet bleibt“.

Zum Sachverhalt:

Die Bet. zu 1) hat mit notarieller Urkunde vom 4. 4. 1985 nach § 8 WEG an einem von ihr errichteten Wohn- und Geschäftshaus Wohnungs- und Teileigentum begründet. Die einzelnen Wohnungs- und Teileigentumsrechte wurden gem. der Teilungserklärung und den ihr beigefügten Aufteilungsplänen am 30. 4. 1985 im Grundbuch eingetragen.

Mit notariellem Vertrag vom 28. 5. 1986 verkaufte die Bet. zu 1) die Wohnung Nr. 13 an den Bet. zu 2); sie ist in dem Grundrißplan, der Bestandteil des Kaufvertrages ist, mit einem vom Aufteilungsplan abweichenden Grundriß dargestellt. Insbesondere ist das Treppenhaus, über das die

Wohnung betreten wird, gegenüber dem der Teilungserklärung beigefügten Aufteilungsplan nach Norden verschoben; dadurch ist der Grundriß des Sondereigentums teilweise verändert. Für den Erwerber ist seit 5. 6. 1986 eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen.

Der Erwerber hat der Bet. zu 1) im notariellen Kaufvertrag in Abschn. XIV 2 Vollmacht unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erteilt,

„a) ...“

b) die Teilungserklärung mit Gemeinschaftsordnung zu ändern, und zwar auch dann, wenn anstelle der vier, im Erdgeschoß vorgesehenen Läden z. B. nur zwei Läden errichtet werden und/oder der Dachraum durch Aus- bzw. Umbau in Wohnraum umgewandelt wird, damit verbunden auch die Unterteilung in weitere Raumeigentumseinheiten, soweit dem Erwerber keine zusätzlichen Verpflichtungen auferlegt werden und sein Sondereigentum unangetastet bleibt,

c) ...“

Mit notarieller Urkunde vom 25. 7. 1986 hat die Bet. zu 1) Ergänzungen und Änderungen der Teilungserklärung vom 4. 4. 1985 im eigenen und im Namen der Erwerber erklärt. Dabei heißt es u. a.: „Das Sondereigentum der Wohnung Nr. 13 hat sich durch den veränderten Grundriß geändert. Eine Änderung des Miteigentums ist dadurch jedoch nicht veranlaßt.“

Die meisten Erwerber haben zur Änderungserklärung der Bet. zu 1) die nachträgliche Genehmigung ausdrücklich erklärt, nicht aber der Bet. zu 2).

Auf den Antrag der Bet., die am 25. 7. 1986 vereinbarten Änderungen der Teilungserklärung im Wohnungs- und Teileigentumsgrundbuch einzutragen, hat das GBA am 5. 2. 1988 eine Zwischenverfügung erlassen, in der es – soweit für dieses Verfahren von Interesse – der Bet. zu 1) aufgegeben hat, die ausdrückliche Genehmigung der Änderung der Teilungserklärung durch den Erwerber der Wohnung Nr. 13 vorzulegen, da nicht auszuschließen sei, daß sein Sondereigentum durch die Änderung beeinträchtigt werde. Der Erinnerung der Bet. zu 1) gegen die Zwischenverfügung hat das AG nicht abgeholfen. Mit Beschluß vom 7. 10. 1988 hat das LG die Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Bet. zu 1).

Aus den Gründen:

Das zulässige Rechtsmittel führt zur Aufhebung des Beschlusses des LG und der Zwischenverfügung des GBA, soweit darin aufgegeben wird, die Genehmigung durch den Erwerber der Wohnung Nr. 13 beizubringen.

1. Das LG hat ausgeführt:

Zu Recht habe das GBA beanstandet, daß es zum Vollzug der beabsichtigten Änderung der Teilungserklärung noch der Genehmigung des Erwerbers der Wohnung Nr. 13 bedürfe; denn es stehe fest, daß sich durch die Änderung der Teilungserklärung sein Sondereigentum ändern werde. Dabei könne offen bleiben, ob sich sein Sondereigentum dabei verkleinere oder – wie vorgetragen – vergrößere. Zumindest werde es in seinem Bestand berührt. Damit könne sich die Bet. zu 1) nicht auf die ihr im Kaufvertrag erteilte Vollmacht des Erwerbers stützen. Das Wort „unangetastet“, das die Vollmacht begrenze, bedeute soviel wie „Eingriff in den Bestand“. Die Einschränkung der Vollmacht solle ersichtlich bewirken, daß der Erwerber sich selbst die Genehmigung von Änderungen der Teilungserklärung offenhalten könne, falls der Bestand seines Sondereigentums irgendwie berührt werde.

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

a) Für die Wohnung Nr. 13 enthält die notarielle Urkunde vom 25. 7. 1986 die Bewilligung der Berichtigung des im Grundbuch eingetragenen Aufteilungsplans. Denn wenn auch gem. § 7 Abs. 4 Nr. 1 WEG grundsätzlich für den Umfang des Sondereigentums und seine Abgrenzung vom Gemeinschaftseigentum die Teilungserklärung i. V. m. dem Aufteilungsplan maßgebend ist (BayObLG MittBayNot 1988, 236 = MittRhNotK 1988, 254), so daß Sondereigentum i. d. R. nur in dem vom Aufteilungsplan verlautbarten Umfang entstehen kann, ist doch anerkannt, daß bei unwesentlichen Abweichungen der tatsächlichen Bauausführung von den Festlegungen des Aufteilungsplans das Son-

der Eigentum im Umfang und in der Ausgestaltung der tatsächlichen Bauausführung entsteht (OLG Celle OLGZ 1981, 106, 108; Soergel/Baur, BGB, 11. Aufl., § 7 WEG, Rd.-Nr. 10a; Palandt/Bassenge, BGB, 48. Aufl., § 2 WEG, Anm. 2 c cc). Ein solcher Fall liegt hier vor, da einerseits über die Abgrenzung zwischen Gemeinschaftseigentum und dem zur Wohnung Nr. 13 gehörigen Sondereigentum kein vernünftiger Zweifel bestehen kann, andererseits aber die Verschiebung des Treppenhauses in der tatsächlichen Bauausführung gegenüber dem Aufteilungsplan nur eine unwesentliche Änderung darstellt. Hinsichtlich der Wohnung Nr. 13 bezweckt der Eintragungsantrag demzufolge keine materielle Änderung der Aufteilung in Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum, die der Form der Auflassung nach § 4 Abs. 2 WEG genügen müßte (BayObLG MittBayNot 1988, 236 f. = MittRhNotK 1988, 254 f.), sondern eine Berichtigung des Grundbuchs i. S. v. § 22 GBO.

b) Zutreffend geht das LG davon aus, daß die Berichtigung auch der Bewilligung durch den Bet. zu 2) nach § 19 GBO bedarf.

Zwar ist die Bet. zu 1) noch als Eigentümerin aller Wohnungs- und Teileigentumsrechte im Grundbuch eingetragen, doch hat das LG dennoch zu Recht angenommen, daß die Bet. zu 1) die Teilungserklärung nicht mehr nach § 8 WEG durch einseitige Erklärung ändern oder berichtigen kann. Nach der weitest h. M. in Literatur und Rspr. (vgl. etwa BayObLGZ 1974, 217, 219 = DNotZ 1975, 31; Palandt/Bassenge, a.a.O., § 8 WEG, Anm. 3; RGRK/Augustin, BGB, 12. Aufl., § 8 WEG, Rd.-Nr. 36; Weitnauer, 7. Aufl., Anh. zu § 10 WEG, Rd.-Nr. 3; Bärman/Pick/Merle, 6. Aufl., § 3 WEG, Rd.-Nr. 84) verliert der Alleineigentümer die Befugnis zu einseitiger Änderung der Teilungserklärung im Zeitpunkt der Entstehung einer faktischen Eigentümergemeinschaft, also mit der Eintragung der Auflassungsvormerkung für den ersten Erwerber eines Wohnungseigentums aufgrund wirksamen Erwerbsvertrages. Ob an dieser Meinung angesichts des Beschlusses des BGH vom 1.12.1988 (WM 1989, 305, 307) festzuhalten sein wird, braucht hier nicht entschieden zu werden, weil die nach bisher h. M. erforderliche Bewilligung des Erwerbers entgegen der Auffassung des LG vorliegt.

c) Die Bewilligung kann auch von einem Vertreter abgegeben werden (Horber/Demharter, 17. Aufl., § 19 GBO, Anm. 16; KEHE/Ertl, 3. Aufl., § 19 GBO, Rd.-Nr. 192), wobei entweder eine wirksame Vollmacht in der Form des § 29 GBO oder eine nachträgliche Genehmigung des Betroffenen nach § 177 Abs. 1 BGB nachzuweisen ist (Horber/Demharter, § 19 GBO, Anm. 16a; KEHE/Ertl, § 19 GBO, Rd.-Nr. 198).

Im vorliegenden Fall hat der Geschäftsführer der Bet. zu 1) für diese und für die bisherigen Erwerber von Wohnungs- und Teileigentum, darunter auch für den Bet. zu 2), in der notariellen Urkunde vom 25. 7. 1986 die Änderung der Teilungserklärung vereinbart und deren Eintragung in den Wohnungs- und Teileigentumsgrundbüchern bewilligt und beantragt.

d) Die Auslegung der Vollmacht durch das LG hält der Prüfung durch den Senat nicht im vollen Umfang stand.

Die in dem notariellen Kaufvertrag der beiden Bet. enthaltene Vollmacht bezieht sich ihrem Wortlaut nach nur auf Änderungen der Teilungserklärung. Sie erfaßt damit auch berichtigende Änderungen. Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte ist davon auszugehen, daß sie auch entsprechende Eintragungsbewilligungen für das Grundbuch deckt.

Da bei der Auslegung einer Vollmacht die für Grundbucheintragungen geltenden Grundsätze anzuwenden sind, ist auf den Wortlaut und den Sinn der Vollmacht abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung ergibt (BayObLG MittRhNotK 1989, 13 f. m. w. N.). Diesen Grundsätzen wird die vom LG vorgenommene Auslegung nicht ganz gerecht.

Die von ihm vorgenommene Auslegung des Wortes „unangestastet“ ist zwar nicht zu beanstanden, weil sie dem allgemeinen Wortsinn entspricht, wie ihn ein unbefangener Betrachter ver-

steht. Von Bedeutung ist aber auch, was hier mit den Worten „sein Sondereigentum“ gemeint ist. Das LG ist offenbar davon ausgegangen, daß damit allein das Sondereigentum gemeint sein kann, wie es im Aufteilungsplan dargestellt und mit der Zahl XIII bezeichnet ist. Im Regelfall ist ein solches Verständnis auch naheliegend und nahezu selbstverständlich, weil nach § 3 Abs. 2; § 7 Abs. 4 Nr. 1 WEG Umfang und Abgrenzung des Sondereigentums durch die Teilungserklärung und den Aufteilungsplan bestimmt wird (BayObLG MittBayNot 1981, 249 f. = DNotZ 1982, 244; OLG Zweibrücken OLGZ 1982, 263, 267).

Im vorliegenden Fall drängt sich allerdings dem unbefangenen Betrachter die Besonderheit auf, daß im Kaufvertrag das Wohnungseigentum Nr. 13 auch durch Bezugnahme auf einen beigefügten Grundrißplan beschrieben ist, der von der Zeichnung im Aufteilungsplan abweicht und das Sondereigentum so darstellt, wie es nach der Änderungserklärung vom 25. 7. 1986 im Grundbuch eingetragen werden soll. Da sich zudem aus dem notariellen Kaufvertrag ergibt, daß Gegenstand des Vertrages eine bereits errichtete Eigentumswohnung ist, kann „sein Sondereigentum“ in Abschn. XIV 2 b des Kaufvertrags nur die Eigentumswohnung Nr. 13 in dem Zustand und Zuschnitt meinen, wie sie dem beigefügten Grundrißplan und dem tatsächlichen Zustand entspricht. Daraus ergibt sich, daß eine Änderung oder Berichtigung der Teilungserklärung, die diese Abweichung vom Aufteilungsplan zum Inhalt des Grundbuchs machen soll, das Sondereigentum des Erwerbers der Wohnung Nr. 13, wie er sie erwerben wollte, gerade nicht antastet. Demnach wird die beantragte Grundbuchberichtigung von der im Kaufvertrag erteilten Vollmacht gedeckt. Das in der Zwischenverfügung genannte Eintragungshindernis besteht in Wirklichkeit nicht.

3. Liegenschaftsrecht/WEG – Umwandlung von Teil- in Wohnungseigentum

(BayObLG, Beschluß vom 15. 2. 1989 – BReg. 2 Z 129/88 – mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

**WEG §§ 5 Abs. 4; 10 Abs. 2; 15 Abs. 1
BGB §§ 876; 877
GBO § 19**

Die Umwandlung eines Teileigentums in ein Wohnungseigentum stellt eine Inhaltsänderung des jeweiligen Sondereigentums der übrigen Wohnungs-(Teil-)eigentümer i. S. d. § 877 BGB dar und bedarf deren Zustimmung sowie der Zustimmung der Grundpfandrechtsgläubiger. Dies gilt jedoch nicht, wenn in der Gemeinschaftsordnung die Mitwirkung der übrigen Wohnungs-(Teil-)eigentümer ausgeschlossen worden ist.

Zum Sachverhalt:

1. Die Bet. ist als Eigentümerin im Teileigentumsgrundbuch wie folgt eingetragen:

- 10,49/10.000 Miteigentumsanteil an dem Grundstück... verbunden mit dem Sondereigentum an nicht zu Wohnzwecken bestimmten Räumen des Büro-Altbaus, Aufteilungsplan Nr. 5023.
- 10,49/10.000 Miteigentumsanteil an dem vorgenannten Grundbesitz, verbunden mit dem Sondereigentum an nicht zu Wohnzwecken bestimmten Räumen des Büro-Altbaus, Aufteilungsplan Nr. 6018.

Diese Räume sind im Aufteilungsplan als Büroräume ausgewiesen.

Die Gemeinschaftsordnung vom 7.11.1984 ist als Inhalt des Sondereigentums im Grundbuch eingetragen.

In der Gemeinschaftsordnung ist in Abschn. B § 7 u. a. folgendes bestimmt:

Absatz 2:

„Die gewerblichen Flächen müssen stets als solche benutzt werden, desgleichen die als Büroflächen ausgewiesenen Räume. Jede Änderung der Nutzung gegenüber der ersten oder bisher genehmigten Art (Warensortiment, Fachrichtung, Dienstleistungen) einer Gewerbefläche oder Bürofläche bedarf der Zustimmung des

Verwalters, der das Zustimmungsrecht auch Dritten delegieren kann, z. B. der Werbegemeinschaft. Die Zustimmung kann nicht versagt werden, wenn kein Eigentümer oder Mieter der entsprechenden Nutzungsart (Handel und Gastronomie/Büro/Wohnung/Praxis) Einspruch erhebt. Im übrigen ist die Zustimmung nur zu erteilen, wenn sie mit der Gesamtkonzeption der Anlage als multifunktionalem Einkaufszentrum mit breitgefächertem und gestreutem Angebot vereinbar ist und die Wirtschaftlichkeit der Betriebe durch eine beabsichtigte Nutzungsänderung nicht gefährdet wird...

Absatz 3:

„Wohnungseigentümer sind berechtigt, ihre Wohnung nach Belieben zu Wohnzwecken zu nutzen. Eine Nutzung zu anderen Zwecken bedarf der Zustimmung des Verwalters. Es ist zulässig, Büroflächen in Wohnraum zu verwandeln. Es bedarf der Zustimmung des Verwalters, wenn Wohnraum nicht zu Wohnzwecken verwendet werden soll...“

Auf dem Grundstück ist ein „multifunktionales Einkaufszentrum“ errichtet worden. Es sind über 70 Wohnungs-(Teil-)eigentumsrechte begründet worden. Diese sind mit einer Vielzahl von Grundpfandrechten belastet.

2. Mit Unterteilungserklärung vom 15.10.1987 und den Nachträgen hierzu vom 23.11.1987 und 30.12.1987 unterteilte die Bet. u. a. ihre oben genannten Teileigentumseinheiten unter Umwandlung in Wohnungseigentum jeweils in 7,03/10.000 und 3,46/10.000 Miteigentumsanteile, verbunden mit dem Sondereigentum an den in den Urkunden näher bezeichneten Wohnräumen.

3. Den Antrag vom 24.11.1987 auf Vollzug der Urkunde vom 15.10.1987 samt zwei Nachträgen hat der Rechtspfleger des GBA mit Zwischenverfügung vom 4.2.1988 beanstandet, weil die beantragte Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum eine Änderung der Gemeinschaftsordnung und damit eine Inhaltsänderung des Sondereigentums aller am Vertragsgrundstück bestehenden Wohnungs- und Teileigentumsrechte darstelle. Eine solche Änderung bedürfe der Vereinbarung aller Wohnungs- und Teileigentümer sowie der Zustimmung aller betroffenen Grundpfandrechtsgläubiger. Nach der Gemeinschaftsordnung sei die Umwandlung von Büroflächen in Wohnraum mit Zustimmung des Verwalters gestattet. Die Verwalterzustimmung liege hier vor. Es bedürfe deshalb nicht mehr der Zustimmung der anderen Wohnungs- und Teileigentümer. Erforderlich sei aber noch die Vorlage der formgerechten Zustimmung aller im Grundbuch eingetragenen Grundpfandrechtsgläubiger oder die Aufhebung der inhaltsändernden Bestimmungen in der Unterteilungserklärung vom 15.10.1987 durch Nachtrag und diesbezügliche Antragsrücknahme.

Gegen die Zwischenverfügung hat der Notar Erinnerung eingelegt. Dieser hat das GBA nicht abgeholfen und sie dem LG als Beschwerde vorgelegt. Das LG hat die Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen.

Gegen den Beschluß des LG richtet sich die weitere Beschwerde der Bet.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist zulässig.

Sie führt zur Aufhebung der Entscheidung des LG und der Zwischenverfügung des GBA.

1. Das LG hat ausgeführt:

Die Umwandlung eines in der Teilungserklärung gebildeten und als solches im Grundbuch eingetragenen Teileigentums in ein Wohnungseigentum bedürfe der Zustimmung der übrigen Wohnungs- und Teileigentümer. Diese sei hier durch die Verwalterzustimmung ersetzt worden. Erforderlich sei aber auch die Zustimmung der Grundpfandrechtsgläubiger gem. §§ 877, 876 BGB. Für diese habe der Verwalter keine Erklärungen abgeben können. Das GBA habe die Zwischenverfügung deshalb zu Recht erlassen.

2. Den Vorinstanzen ist insoweit beizutreten, als grundsätzlich die Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum von der Mitwirkung der übrigen Wohnungs-(Teil-)eigentümer und der Grundpfandrechtsgläubiger abhängig ist und ihre Eintragungsbewilligungen gem. § 19 GBO erforderlich sind. Dieses Erfordernis entfällt hier allerdings, weil in der Gemeinschaftsordnung die Notwendigkeit einer solchen Mitwirkung der übrigen Wohnungs-(Teil-)eigentümer ausgeschlossen worden ist.

a) Die Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum bedarf grundsätzlich der Mitwirkung der übrigen Wohnungs-(Teil-)eigentümer (BayObLGZ 1983, 79, 84 = DNotZ 1984, 104;

BayObLG Rpfleger 1986, 177; OLG Braunschweig MDR 1976, 1023; Horber/Demharter, 17. Aufl., Anh. zu § 3 GBO, Anm. 11 c; Weitnauer, 7. Aufl., § 10 WEG, Rd.-Nr. 17a).

Nach § 15 Abs. 1; § 1 Abs. 6 WEG können die Wohnungs- und Teileigentümer den Gebrauch des Sondereigentums durch Vereinbarung regeln. Regelungen in der Teilungserklärung und in der Gemeinschaftsordnung stehen einer Vereinbarung gleich. Eine dort getroffene Zweckbestimmung bezüglich eines Raumeigentums als Teileigentum hat somit Vereinbarungscharakter. Die Änderung dieser Zweckbestimmung kann daher nur durch Vereinbarung geschehen und bedarf nach Begründung der Wohnungs-(Teil-)eigentümergeinschaft als Abänderungsvereinbarung i. S. d. § 5 Abs. 4; § 10 Abs. 2 WEG der Mitwirkung der übrigen Wohnungs-(Teil-)eigentümer (BayObLGZ 1983, 79, 84 = DNotZ 1984, 104).

Die Vereinbarung wird, wenn sie im Grundbuch eingetragen wird (§ 10 Abs. 2 WEG), gem. § 5 Abs. 4 WEG zum „Inhalt des Sondereigentums“ aller Wohnungs-(Teil-)eigentümer und wirkt gem. § 10 Abs. 2 WEG auch gegen Sondernachfolger der Wohnungs-(Teil-)eigentümer (BGHZ 91, 343, 345 = DNotZ 1984, 695; BayObLGZ 1985, 378, 381 f. = DNotZ 1986, 479).

Folglich führt die Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum zu einer Änderung der rechtlichen Ausgestaltung des jeweiligen Sondereigentums auch der übrigen Wohnungs-(Teil-)eigentümer. Dies stellt eine Inhaltsänderung des jeweiligen Sondereigentums i. S. d. § 877 BGB dar (OLG Braunschweig MDR 1976, 1023; RGRK/Augustin, BGB, 12. Aufl., § 10 WEG, Rd.-Nr. 23; vgl. auch BGHZ 91, 343, 346 = DNotZ 1984, 695; BayObLG Rpfleger 1986, 177, 178; offengelassen in BayObLGZ 1983, 79, 85 = DNotZ 1984, 104).

b) Ist das Wohnungs-(Teil-)eigentum mit dem Recht eines Dritten belastet, so ist sachenrechtlich grundsätzlich dessen Zustimmung zu der Inhaltsänderung des jeweiligen Sondereigentums gem. §§ 877, 876 S. 1 BGB erforderlich, es sei denn, daß seine dingliche Rechtsstellung durch die Änderung nicht berührt wird (BGHZ 91, 343 ff. = DNotZ 1984, 695; BayObLGZ 1974, 217, 219 f. = DNotZ 1975, 31; OLG Zweibrücken Rpfleger 1986, 93; Horber/Demharter, Anh. zu § 3 GBO, Anm. 11 c, 11 a bb; RGRK/Augustin, a. a. O., § 10 WEG, Rd.-Nr. 39; Weitnauer, § 10 WEG, Rd.-Nr. 17b).

Nichts anderes gilt in formeller Hinsicht für die Grundbucheintragung. Nach § 19 GBO ist dazu die Bewilligung desjenigen erforderlich, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird. Auch insoweit kommt es nur darauf an, ob ein grundbuchmäßiges Recht rechtlich beeinträchtigt wird oder werden kann. Ist nach materiellem Recht für die Rechtsänderung die Zustimmung des Drittberechtigten notwendig, so ist auch grundbuchrechtlich dessen Eintragungsbewilligung erforderlich (BGHZ 91, 343, 346 = DNotZ 1984, 695; BayObLGZ 1974, 217, 220 = DNotZ 1975, 31).

Ob die Zustimmung (Eintragungsbewilligung) der dinglich Berechtigten der übrigen Wohnungs-(Teil-)eigentumsrechte bei der Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum durch die Vorlage eines Unschädlichkeitszeugnisses ersetzt werden kann, bedarf keiner Entscheidung, da es hier darauf nicht ankommt.

c) Im vorliegenden Fall ist in der Gemeinschaftsordnung die Mitwirkung der übrigen Wohnungs-(Teil-)eigentümer ausgeschlossen worden, wenn Büroflächen in Wohnraum umgewandelt werden.

Das Rechtsbeschwerdegericht hat die in der Teilungserklärung enthaltene Gemeinschaftsordnung selbständig auszulegen, weil sie als Inhalt des Sondereigentums im Grundbuch eingetragen ist (BGHZ 37, 147, 148 f. = DNotZ 1973, 20; BGHZ 59, 205, 208 f.; BayObLGZ 1985, 124, 128 = DNotZ 1986, 87; BayObLGZ 1985, 378, 383 = DNotZ 1986, 479). Dabei ist auf den Wortlaut und Sinn abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen oder des im Grundbuch in Bezug genommenen ergibt (BGHZ 59, 205, 209 = DNotZ 1973, 20; BayObLG a. a. O.).

In § 7 Abs. 3 S. 3 der Gemeinschaftsordnung ist bestimmt: „Es ist zulässig, Büroflächen in Wohnraum zu verwandeln.“

Nach dem Wortlaut dieser Regelung ist für die Umwandlung von Büroflächen in Wohnraum die Zustimmung der übrigen Wohnungs-(Teil-)eigentümer nicht erforderlich. Der Sinn der Regelung und der Gesamtzusammenhang, in dem sie getroffen ist, ergeben nichts anderes.

Die Wohnungs-(Teil-)eigentümer können zwar – wie oben ausgeführt – durch eine entsprechende Vereinbarung jederzeit Teileigentum in Wohnungseigentum umwandeln. Dem § 7 Abs. 3 S. 3 der Gemeinschaftsordnung wäre aber nach seinem Sinn nicht Genüge getan, wenn man ihn als schlichten Hinweis auf die gesetzliche Regelung verstünde. § 10 Abs. 2 WEG spricht nur von Vereinbarungen, durch die die Wohnungseigentümer ihr Verhältnis „in Ergänzung oder Abweichung von Vorschriften dieses Gesetzes“ regeln. Dies schließt zwar nicht aus, in die Gemeinschaftsordnung Regelungen des Gesetzes wörtlich oder sinngemäß aufzunehmen (vgl. Weitnauer, § 10 WEG, Rd.-Nr. 13) und damit zum Ausdruck zu bringen, daß eine ergänzende oder abweichende Vereinbarung nicht besteht und die gesetzliche Regelung gültig bleibt (BayObLGZ 1972, 150, 156).

Dies war hier erkennbar aber nicht gewollt. § 6 der Gemeinschaftsordnung besagt vielmehr, daß sich das Verhältnis der Miteigentümer untereinander nach den Vorschriften der §§ 10 bis 29 WEG bestimme, „soweit sich im folgenden nicht etwas anderes ergibt“. Bereits dadurch wird zum Ausdruck gebracht, daß die folgenden Bestimmungen, also auch § 7, Ergänzungen zu der gesetzlichen Regel oder Abweichungen von ihr enthalten.

Dieses Ergebnis wird bestätigt durch den Gesamtzusammenhang, in dem die Vorschrift des § 7 Abs. 3 S. 3 der Gemeinschaftsordnung steht. Jeweils in Abweichung von der gesetzlichen Regel wird dort nämlich im einzelnen bestimmt:

Jede Änderung der Nutzung einer Gewerbefläche oder Bürofläche bedarf der Zustimmung des Verwalters (§ 7 Abs. 2). Eine Nutzung einer Wohnung zu anderen Zwecken als zu Wohnzwecken bedarf der Zustimmung des Verwalters (§ 7 Abs. 3 S. 1 und 2). Es bedarf der Zustimmung des Verwalters, wenn Wohnraum nicht zu Wohnzwecken verwendet werden soll (§ 7 Abs. 3 S. 4). Da § 7 Abs. 3 S. 3 in diese Regelungen eingebettet ist, wird erkennbar zum Ausdruck gebracht, daß auch diese Bestimmung eine Abweichung von der gesetzlichen Regel enthält.

§ 7 Abs. 3 S. 3 der Gemeinschaftsordnung kann somit nur den Inhalt haben, daß die Miteigentümer für die Umwandlung von Büroflächen (Teileigentum) in Wohnraum (Wohnungseigentum) ihre Mitwirkung vorweggenommen und dadurch das Erfordernis einer Vereinbarung abbedungen haben. Eine solche Auslegung des § 7 Abs. 3 S. 3 der Gemeinschaftsordnung liegt im übrigen auch deshalb nahe, weil sie bei einem Objekt mit über 70 Wohnungs-(Teil-)eigentumsrechten die praktische Durchführung der Umwandlung von Büroflächen in Wohnraum wesentlich erleichtert.

Allerdings ist darauf hinzuweisen, daß in § 7 Abs. 2 der Gemeinschaftsordnung zwischen Gewerbeflächen und Büroflächen unterschieden wird und § 7 Abs. 3 S. 3 der Gemeinschaftsordnung ohne Zustimmung der übrigen Wohnungs-(Teil-)eigentümer nur die Umwandlung von Büroflächen in Wohnraum gestattet.

Nach § 7 Abs. 2 S. 2 der Gemeinschaftsordnung bedarf jede Änderung der Nutzung einer Bürofläche gegenüber der ersten oder bisher genehmigten Art der Zustimmung des Verwalters oder eines von ihm bestimmten Dritten, also von jemand, der bei seiner Entscheidung über die Zustimmung zwar im eigenen Namen, aber lediglich treuhänderisch in verdeckter (mittelbarer) Stellvertretung der Wohnungseigentümer handelt (vgl. BayObLGZ 1980, 29, 35 = DNotZ 1980, 751; Weitnauer, § 12 WEG, Rd.-Nr. 5c). Diese Vorschrift ist jedoch, wie sich aus § 7

Abs. 2 S. 2–4 ergibt, zur Regelung des Wettbewerbs zwischen den einzelnen in der Anlage tätigen Betrieben in die Gemeinschaftsordnung aufgenommen worden. Auf die Zustimmung des Verwalters kommt es deshalb nicht an, wenn gem. § 7 Abs. 3 der Gemeinschaftsordnung Büroflächen in Wohnraum umgewandelt werden sollen, denn hierdurch wird die Wettbewerbslage für die in dem Anwesen tätigen gewerblichen Unternehmen nicht beeinträchtigt.

d) Die Bestimmung des § 7 Abs. 3 S. 3 der Gemeinschaftsordnung in der dargelegten Auslegung begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Das Erfordernis der Zustimmung der übrigen Wohnungs-(Teil-)eigentümer zur Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum ist abdingbar (vgl. RGRK/Augustin, a.a.O., § 10 WEG, Rd.-Nr. 29).

Die Bewilligung der übrigen Wohnungs-(Teil-)eigentümer zu der hier beantragten Eintragung ist damit entbehrlich.

e) Die beantragte Eintragung kann aber auch nicht von der Mitwirkung der Grundpfandrechtsgläubiger abhängig gemacht werden.

Da die Wohnungs-(Teil-)eigentümer bereits durch die im Grundbuch eingetragene Gemeinschaftsordnung von der Mitwirkung bei der Umwandlung von Büroflächen (Teileigentum) in Wohnraum (Wohnungseigentum) ausgeschlossen sind, bewirkt die spätere Vornahme einer solchen Umwandlung keine Änderung des Inhalts ihres Sondereigentums. Damit sind die §§ 877, 876 BGB nicht anwendbar.

Ebenso wie die übrigen Wohnungs-(Teil-)eigentümer im Inhalt ihres Sondereigentums nicht mehr berührt werden, können auch die dinglich Berechtigten ihre Rechtsposition der Vornahme einer solchen Umwandlung nicht entgegensetzen; sie sind damit durch die Eintragung einer solchen Umwandlung nicht i. S. d. § 19 GBO betroffen (vgl. BayObLGZ 1985, 378, 382 ff. = DNotZ 1986, 479). Anhaltspunkte dafür, daß hier Belastungen von Wohnungs-(Teil-)eigentumsrechten vorliegen, die vor der Eintragung der Gemeinschaftsordnung im Grundbuch begründet worden sind, liegen nicht vor.

Grundpfandrechtsgläubiger, die ihre Rechte durch die Verfügung eines Eigentümers nach Eintragung der Gemeinschaftsordnung im Grundbuch erworben haben, müssen den Ausschluß der Mitwirkung der Wohnungseigentümer zur Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum gegen sich gelten lassen, wie dieser Ausschluß gegen den Eigentümer selbst wirkt (vgl. BayObLG a.a.O.).

Die Zwischenverfügung, mit der die fehlende Zustimmung der Grundpfandrechtsgläubiger zu der beantragten Eintragung der Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum beanstandet worden ist, und der bestätigende Beschluß des LG können somit keinen Bestand haben.

4. Liegenschaftsrecht/Familienrecht – Verfügung über das gesamte Vermögen i. S. d. § 1365 Abs. 1 BGB durch Grundstücksveräußerung

(BGH Beschluß vom 12.1.1989 – V ZB 1/88)

BGB § 1365 Abs. 1

Verpflichtet sich ein Ehegatte zur Übereignung eines Grundstücks, das im wesentlichen sein ganzes Vermögen bildet, ohne daß der Vertragspartner dies weiß, so bedarf auch das Erfüllungsgeschäft trotz nunmehr bestehender Kenntnis keiner Zustimmung des anderen Ehegatten.

Zum Sachverhalt:

Die Bet. zu 1) und 3) sind miteinander verheiratet. Sie leben im gesetzlichen Güterstand. Ein Ehescheidungsverfahren ist anhängig.

Die Bet. zu 1) verkaufte dem Bet. zu 2) durch notariellen Vertrag vom 21. 5. 1984 zwei ihr gehörende Grundstücke für 700.000,- DM. Im Vertrag versicherte sie, damit nicht über ihr gesamtes oder nahezu gesamtes

Vermögen zu verfügen. Zugleich wurde die Auflassung erklärt. Sodann beantragten die Bet. zu 1) und 2) Eigentumsumschreibung. Diesen Anträgen widersprach der Bet. zu 3) in einem Schreiben an das GBA mit der Begründung, die verkauften Grundstücke stellten den größten Vermögensanteil seiner Ehefrau dar.

Das AG hat die Anträge auf Eigentumsumschreibung zurückgewiesen. Auf die Beschwerde der Bet. zu 1) hat das LG die Eintragung der Auflassung angeordnet. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde des Bet. zu 3).

In der Zwischenzeit ist der Bet. zu 2) als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen worden.

Das BayObLG möchte die weitere Beschwerde zurückweisen, sieht sich daran aber durch einen Beschluß des OLG Saarbrücken (Rpfler 1984, 265 = FamRZ 1984, 587) gehindert. Es hat deshalb die Sache dem BGH zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

1. Die Vorlage ist statthaft.

Das vorliegende Gericht geht davon aus, der Bet. zu 2) habe zwar im Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung, aber noch nicht bei Abschluß des Kaufvertrages gewußt, daß die Grundstücke nahezu das ganze Vermögen der Bet. zu 1) darstellten. Es ist der Auffassung, aus diesem Grunde habe nicht nur das Verpflichtungsgeschäft (§ 1365 Abs. 1 S. 1 BGB), sondern auch das Erfüllungsgeschäft (§ 1365 Abs. 1 S. 2 BGB) keiner Zustimmung des Bet. zu 3) bedurft.

Demgegenüber hat das OLG Saarbrücken (Rpfler 1984, 265 = FamRZ 1984, 587) den Standpunkt vertreten, maßgebend für das Zustimmungserfordernis nach § 1365 Abs. 1 BGB sei die Kenntnis des Grundstückskäufers im Zeitpunkt der Vollendung des rechtsgeschäftlichen Erwerbs durch Grundbucheintragung.

Diese Divergenz in der Auslegung einer die Eintragungsvoraussetzungen (§ 20 GBO) und damit das Grundbuchrecht betreffenden bundesgesetzlichen Vorschrift rechtfertigt die Vorlage gem. § 79 Abs. 2 GBO.

2. Die weitere Beschwerde ist zulässig. Sie ist jedoch unbegründet.

Der angefochtene Beschluß des LG läßt keine Gesetzesverletzung erkennen (§ 78 S. 2 GBO; § 550 ZPO). Die Übereignung der Grundstücke bedurfte nicht der Zustimmung des Bet. zu 3) nach § 1365 Abs. 1 S. 2 BGB.

Der Senat teilt die Rechtsauffassung des vorlegenden Gerichts, daß nach § 1365 Abs. 1 BGB das Erfüllungsgeschäft keiner Zustimmung des Ehegatten bedarf, wenn sie für das vorausgegangene Verpflichtungsgeschäft nicht erforderlich war. Das entspricht auch der überwiegend im Schrifttum vertretenen Ansicht (Tiedtke, FamRZ 1975, 65 und JZ 1984, 1018 f.; Erman/Heckelmann, 7. Aufl., § 1365 BGB, Rd.-Nr. 7; MünchKomm/Gernhuber, 2. Aufl., § 1365 BGB, Rd.-Nr. 33; Staudinger/Thiele, 12. Aufl., § 1365 BGB, Rd.-Nr. 24, 93; Haegeler/Schöner/Stöber, GBR, 8. Aufl., Rd.-Nr. 3364; KEHE/Ertl, 3. Aufl., § 19 GBO, Rd.-Nr. 142). Die Gegenmeinung (OLG Saarbrücken Rpfler 1984, 265; OLG Frankfurt DNotZ 1986, 506 f.; LG Oldenburg NJW 1980, 790; Soergel/Lange, 11. Aufl., § 1365 BGB, Rd.-Nr. 13; Palandt/Diederichsen, 48. Aufl., § 1365 BGB, Anm. 2 b) überzeugt nicht.

a) Im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft verwaltet jeder Ehegatte sein Vermögen selbständig (§ 1364 BGB). Von diesem Grundsatz macht § 1365 Abs. 1 BGB eine Ausnahme. Hiernach kann sich ein Ehegatte nur mit Einwilligung des anderen Ehegatten verpflichten, über sein Vermögen im ganzen zu verfügen. Das gilt auch, wenn sich das Rechtsgeschäft lediglich auf einzelne Vermögensgegenstände erstreckt, diese aber nahezu das ganze Vermögen bilden (st. Rspr. seit BGHZ 35, 135, 143). Voraussetzung ist jedoch, daß der Vertragspartner dies weiß (BGHZ 43, 174, 177 = DNotZ 1966, 44; BGHZ 64, 246, 247 = DNotZ 1975, 628; BGHZ 77, 293, 295 = DNotZ 1981, 43). Wie der Senat dazu in BGHZ 43, 174, 177 ausgeführt hat, ist diese Einschränkung durch das ungeschriebene subjektive Tatbestandsmerkmal positiver Kenntnis geboten,

um den zu weit gezogenen Anwendungsbereich des § 1365 Abs. 1 BGB in Grenzen zu halten und dem Grundsatz des § 1364 BGB Geltung zu verschaffen. Dabei hat der Senat darauf hingewiesen, daß bei einem nur einzelne Vermögensgegenstände betreffenden Geschäft der Familienschutz keinen Vorrang vor dem Schutz des Rechtsverkehrs haben kann, weil sich in § 1364 BGB der Gesetzgeber im Prinzip für die Verfügungsfreiheit jedes Ehegatten entschieden hat.

b) Daraus erschließt sich auch die Beurteilung der Frage, ob das Erfüllungsgeschäft zustimmungsbedürftig ist, wenn der Vertragspartner erst in diesem Zeitpunkt und nicht schon bei Abschluß des Verpflichtungsgeschäfts weiß, daß nahezu das ganze Vermögen des kontrahierenden Ehegatten erfaßt ist. Die notwendige Eingrenzung der Ausnahmevorschrift des § 1365 Abs. 1 BGB durch das ungeschriebene subjektive Tatbestandsmerkmal positiver Kenntnis (BGHZ 43, 174, 177 = DNotZ 1966, 44) muß im Interesse der Rechtssicherheit schon beim Verpflichtungsgeschäft ansetzen. Weiß der Vertragspartner in diesem Zeitpunkt nicht, daß nahezu das ganze Vermögen betroffen ist, so muß er darauf vertrauen können, durch Abschluß des Vertrages einen rechtsbeständigen Erfüllungsanspruch zu erwerben. Anderenfalls würde der Schutz des Rechtsverkehrs in einem Maße verkürzt, daß sich das Regel-Ausnahmeverhältnis zwischen § 1364 und § 1365 Abs. 1 BGB umkehren würde. Könnte sich nämlich der Vertragspartner nicht auf seinen Kenntnisstand bei Abschluß des Verpflichtungsvertrages verlassen, dann müßte er entgegen der Regel des § 1364 BGB jedes bedeutendere Rechtsgeschäft mit einem Ehegatten von der Einwilligung des anderen Ehegatten abhängig machen, da er sonst nicht sicher sein könnte, daß die Verpflichtung auch erfüllt werden muß.

Daher kann § 1365 Abs. 1 S. 2 BGB nicht losgelöst von § 1365 Abs. 1 S. 1 BGB gesehen werden. S. 1 verlangt für das Verpflichtungsgeschäft die Zustimmung des anderen Ehegatten. S. 2 sichert dieses Erfordernis und durchbricht zu diesem Zweck die aus dem Grundsatz der Trennung von schuldrechtlichen und dinglichem Geschäft (Abstraktionsprinzip) folgende Regel, daß Mängel des Grundgeschäfts nicht die Wirksamkeit des Erfüllungsgeschäfts berühren. Durch die Ausdehnung der mangels Zustimmung bestehenden Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts auf das mit dem gleichen Mangel behaftete Erfüllungsgeschäft ermöglicht das Gesetz dingliche Rückgewähransprüche statt des sonst nur gegebenen Bereicherungsanspruchs. Der Sicherungszweck entfällt jedoch, wenn der schuldrechtliche Vertrag keiner Zustimmung des anderen Ehegatten bedarf. Dann ist dieser Vertrag wirksam. Damit hat der Vertragspartner Anspruch auf Erfüllung. Er muß folgerichtig den Anspruch auch durchsetzen können.

Die gegenteilige Auffassung, wonach die Kenntnis des Vertragspartners im Zeitpunkt des Erfüllungsgeschäfts maßgeblich sein soll, würde zu Ergebnissen führen, die entweder mit dem Zweck des § 1365 Abs. 1 BGB oder mit allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätzen unvereinbar wären. Könnte der andere Ehegatte infolge der zu diesem Zeitpunkt bestehenden Kenntnis die Zustimmung zum Erfüllungsgeschäft nach § 1365 Abs. 1 S. 2 BGB verweigern, so wäre der vertragsschließende Ehegatte nicht in der Lage, die wirksam eingegangene Verpflichtung zu erfüllen. Er wäre deshalb nach allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätzen einem Schadensersatzanspruch des Vertragspartners wegen Nichterfüllung ausgesetzt (hier nach §§ 440 Abs. 1; 325 Abs. 1 BGB). Dies würde indessen den Sinn des § 1365 Abs. 1 S. 2 BGB verfehlen, weil ein Schadensersatzanspruch die wirtschaftliche Grundlage der Ehe genauso beeinträchtigen könnte wie der Erfüllungsanspruch, eine solche Auswirkung aber das Recht des anderen Ehegatten zur Verweigerung der Zustimmung unterlaufen würde (Tiedtke, FamRZ 1975, 65, 67). Müßte jedoch aus diesem Grunde dem Vertragspartner ein Schadensersatzanspruch versagt werden, so hätte dies den ersatzlosen Entzug eines wirksam begründeten Anspruchs zur Folge. Das widerspräche schuldrechtlichen Grundsätzen und den dargelegten schutzwürdigen Belangen des Rechtsverkehrs (vgl. dazu Tiedtke, FamRZ 1975, 65, 69; MünchKomm/Gernhuber, § 1365 BGB,

Rd.-Nr. 33). Auch im Blick auf ein derartiges Ergebnis rechtfertigt sich daher die Auslegung, daß das Erfüllungsgeschäft nur dann der Zustimmung bedarf, wenn das Verpflichtungsgeschäft mangels einer dazu erforderlichen Zustimmung unwirksam ist.

Das ist hier nicht der Fall, da der Bet. zu 2) nach rechtlich einwandfreier Feststellung des LG bei Abschluß des Kaufvertrages noch nicht wußte, daß die Grundstücke im wesentlichen das gesamte Vermögen der Bet. zu 1) darstellten.

c) Demnach hat das LG in dem angefochtenen Beschluß das GBA zu Recht angewiesen, die Auflassung der Grundstücke auf den Bet. zu 2) einzutragen. Die weitere Beschwerde ist daher zurückzuweisen.

5. Liegenschaftsrecht/Familienrecht – Verfügung über das gesamte Vermögen i. S. d. § 1365 Abs. 1 BGB (OLG Zweibrücken, Beschluß vom 13. 7. 1988 – 3 W 72/88)

GBA § 20 BGB § 1365

Das GBA ist nur dann berechtigt und verpflichtet, den Nachweis der Zustimmung des anderen Ehegatten oder weiteren Vermögens zu verlangen, wenn sich der Zeitpunkt der Grundbucheintragung aus den Eintragsunterlagen oder sonst bekannten Umständen konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben, daß die Tatbestandsvoraussetzungen eines Veräußerungsverbotes gem. § 1365 Abs. 1 BGB gegeben sind.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Die Bet. zu 1) und 3) sind miteinander verheiratet. Sie leben im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. Ein Ehescheidungsverfahren ist anhängig.

Mit notariellem Übergabevertrag übertrug der Bet. zu 3) der Bet. zu 2), seiner Tochter aus erster Ehe, seinen Hälfteanteil an einem in A.-Stadt gelegenen Grundstück. Die Bet. zu 2) wurde als (Allein-)Eigentümerin im Grundbuch eingetragen.

Nach der Umschreibung wies die Bet. zu 1) das GBA schriftlich darauf hin, daß sie der Eigentumsübertragung nicht gem. § 1365 BGB zugestimmt habe. Mit einem weiteren Schreiben beantragte die Bet. zu 1) die Eintragung eines Amtswiderspruchs gegen den nach ihrer Auffassung mangels Zustimmung widerrechtlichen Eigentümereintrag.

Das GBA wies dieses Begehren mit der Begründung zurück, ihm hätten im Zeitpunkt der Eintragung keine konkreten Anhaltspunkte für eine etwaige Zustimmungsbefähigung der Eigentumsübertragung nach § 1365 BGB vorgelegen. Der hiergegen gerichteten Erinnerung wurde nicht abgeholfen. Das LG hat mit gleicher Begründung die Erstbeschwerde zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Bet. zu 1), mit der sie unter Vorlage einer mehrseitigen Vermögensaufstellung darlegt, daß der der Bet. zu 2) übertragene Miteigentumsanteil nahezu das gesamte Vermögen des Bet. zu 3) ausmache.

Aus den Gründen:

1. Die weitere Beschwerde ist zulässig.
2. In der Sache hat das Rechtsmittel jedoch keinen Erfolg. Die angefochtene Entscheidung beruht nicht auf einer Verletzung des Gesetzes (§ 78 GBO).

Die Eintragung eines Amtswiderspruchs setzt voraus, daß die beanstandete Eintragung ihrem Inhalt nach unzulässig ist (§ 53 Abs. 1 S. 2 GBO) oder unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften vorgenommen wurde und zur Unrichtigkeit des Grundbuchs geführt hat (§ 53 Abs. 1 S. 1 GBO). Diese Voraussetzungen sind, wie das LG rechtsfehlerfrei entschieden hat, im vorliegenden Falle nicht erfüllt.

Einen Eigentümerwechsel darf das GBA nur dann eintragen, wenn ihm die gem. §§ 873 Abs. 1, 925 BGB erforderliche Einigung formgerecht nachgewiesen ist (§ 20 GBO). Bedarf die

Verpflichtung, über ein Grundstück oder einen Miteigentumsanteil an einem solchen zu verfügen, nach § 1365 Abs. 1 S. 1 BGB der Zustimmung des anderen Ehegatten, so liegt eine wirksame Auflassung nur dann vor, wenn die Zustimmung erteilt ist (§ 1365 Abs. 1 S. 1 BGB). Das GBA hat daher im Rahmen seiner sich aus § 20 GBO ergebenden Prüfungspflicht auch der Frage nachzugehen, ob bei der Verfügung eines im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft lebenden Ehegatten über ein Grundstück oder einen Miteigentumsanteil an einem solchen die Zustimmung des anderen Ehegatten vorliegt. Nach heute einhelliger Auffassung in Rspr. und Schrifttum, die der Senat teilt, ist das GBA allerdings nur dann berechtigt und verpflichtet, den Nachweis der Zustimmung des anderen Ehegatten oder aber den Nachweis weiteren Vermögens zu verlangen, wenn sich im Zeitpunkt der Eintragung aus den Eintragsunterlagen oder sonst bekannten Umständen konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben, daß die Tatbestandsvoraussetzungen eines Veräußerungsverbotes nach § 1365 Abs. 1 BGB gegeben sind (BGHZ 35, 135, 139 ff.; BayObLGZ 1987, 431, 435; Horber/Demharter, 17. Aufl., § 33 GBO, Anm. 8a; KEHE/Herrmann, 3. Aufl., § 33 GBO, Rd.-Nr. 12; Meikel/Imhof/Riedel, 6. Aufl., § 33 GBO, Anm. 17h; Haegeler/Schöner/Stöber, GBR, 8. Aufl., Rd.-Nr. 3394). Daß dem GBA zum Zeitpunkt der Umschreibung konkrete Anhaltspunkte dafür vorgelegen hätten, daß der von dem Bet. zu 3) veräußerte Miteigentumsanteil dessen gesamtes Vermögen darstelle, läßt sich weder dem Vorbringen der Beschwerdeführerin noch dem übrigen Akteninhalt entnehmen. Die ohne vorherige Ermittlungen im Hinblick auf eine etwaige Zustimmungsbefähigung vorgenommene Eintragung der Bet. zu 2) ist infolgedessen nicht unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften zustande gekommen. Bei dieser Sachlage bedürfen die weiteren Voraussetzungen des § 1365 Abs. 1 BGB keiner Erörterung.

6. Gesellschaftsrecht/GmbH Festsetzung des Gründungsaufwandes in der Satzung (BGH, Beschluß vom 20. 2. 1989 – II ZB 10/88)

GmbHG § 5

Gründungsanwand, der zu Lasten der GmbH an Gründer oder sonstige Personen gezahlt werden soll, ist in der Satzung als Gesamtbetrag gesondert festzusetzen. Das gilt auch, wenn die Verpflichtung der Gründer (§ 26 Abs. 2 AktG analog) abbedungen werden soll, der GmbH die Gründungskosten zu erstatten, die sie im Außenverhältnis – allein oder neben den Gründern – geschuldet und bezahlt hat (Kosten der Anmeldung zum Handelsregister, Gesellschaftsteuer).

Zum Sachverhalt:

Der Beschwerdeführer – der Geschäftsführer einer neu errichteten GmbH – meldete die Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister an. In dem notariellen Gesellschaftsvertrag vom 1.10.1987 heißt es in § 16 Nr. 3:

Die im Zusammenhang mit der Errichtung der Gesellschaft anfallenden Kosten bei Notar und Registergericht, einschließlich Veröffentlichungskosten sowie anfallende Kapitalverkehrsteuer trägt die Gesellschaft.

Das Registergericht beanstandete die Anmeldung u. a. deshalb, weil diese Satzungsbestimmung den von der Gesellschaft zu übernehmenden Gründungsaufwand nicht betragsmäßig festsetze. Dementsprechend wies das LG die hiergegen gerichtete Beschwerde als unbegründet zurück. Dagegen wendet sich der Geschäftsführer mit der durch den verfahrensbevollmächtigten Notar eingelegten weiteren Beschwerde, der das BayObLG insoweit stattgeben möchte, als in der vom LG bestätigten Zwischenverfügung des AG verlangt worden ist, auch die Notar- und Gerichtskosten für die Anmeldung und Eintragung der Gesellschaft sowie die anfallende Gesellschaftsteuer betragsmäßig aufzunehmen. Es sieht sich hieran jedoch durch die Beschlüsse der OLG Hamm (GmbHR 1984, 155 f. = DNotZ 1984, 509 = MittRhNotK 1984, 107) und Düsseldorf (GmbHG 1987, 59 f. = MittRhNotK 1986, 172) gehindert und hat deshalb die Sache dem BGH zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

I. Die Voraussetzungen für die Vorlage gem. § 28 Abs. 2 FGG sind gegeben.

Beide OLG haben in den genannten Beschlüssen, in denen sie über Beanstandungen der Anmeldung einer GmbH zu entscheiden hatten, in entsprechender Anwendung des § 26 Abs. 2 AktG den Standpunkt vertreten, die gesellschaftsvertragliche Regelung müsse den Gesamtbetrag des zu Lasten der Gesellschaft zu übernehmenden Gründungsaufwandes erkennen lassen; hierzu gehörten auch die von der GmbH kraft Gesetzes geschuldeten Gebühren und Steuern. Von diesen Entscheidungen müßte das vorlegende Gericht abweichen, weil es § 26 Abs. 2 AktG auf solchen Gründungsaufwand nicht entsprechend anwenden will und insoweit die Beschwerde gegen die dahingehend verlangte betragsmäßige Festsetzung in der Satzung für sachlich gerechtfertigt hält.

II. Die weitere Beschwerde ist zulässig. Allerdings ist nicht der Geschäftsführer antrags- und beschwerdeberechtigt; vielmehr steht dieses Recht der GmbH selbst zu (vgl. BGH WM 1988, 1819 = DNotZ 1989, 102 = MittRhNotK 1988, 261).

III. Die weitere Beschwerde ist jedoch unbegründet.

Zutreffend haben die Vorinstanzen eine betragsmäßige Festsetzung der in § 16 Nr. 3 der Satzung enthaltenen Kosten für die Beurkundung des Gesellschaftsvertrages bejaht. Wegen dieses der Gesellschaft überbürdeten Gründungsaufwandes hat das Registergericht die Anmeldung zu Recht beanstandet und die Eintragung abgelehnt (§ 9c GmbHG i. V. m. § 26 Abs. 2 AktG entsprechend). Nichts anderes gilt in Übereinstimmung mit dem Registergericht und LG hinsichtlich des kraft Gesetzes von der GmbH zu tragenden Gründungsaufwandes, der sich nach dieser Satzungsbestimmung auf die Anmeldungs- und Eintragungskosten sowie die Gesellschaftsteuer bezieht. Der insoweit gegenteiligen Auffassung des vorlegenden BayObLG aus einer entsprechenden Anwendung des § 26 Abs. 2 AktG könne der satzungsmäßige Ausweis auch dieses Aufwandes nicht hergeleitet werden, vermag sich der Senat nicht anzuschließen.

1. Das vorlegende Gericht ist wie das LG der Ansicht, daß entsprechend § 26 Abs. 2 AktG Gründungsaufwand mit einem – eventuell geschätzten – Gesamtbetrag in die Satzung aufzunehmen ist, soweit ihn die Gesellschaft nach ihrer Eintragung ins Handelsregister übernehmen soll. Das Gericht sieht zutreffend, daß § 26 Abs. 2 AktG im Aktienrecht die Belastung mit Kosten und Steuern, für die die AG nach außen haftet, im Innenverhältnis den Gründern zuweist, so daß es einer Festsetzung in der Satzung bedarf, falls ausnahmsweise die Gesellschaft anstelle ihrer Gründer diesen Aufwand tragen soll. Weil diese Regelung nicht Ausdruck eines allgemeinen, auch für die GmbH verbindlichen Rechtssatzes sei, könne er – so das vorlegende Gericht – im GmbH-Recht nur entsprechend gelten, soweit dort gleichgelagerte Sachverhalte mit den gleichen Rechtsfolgen gegeben seien. Diese Gleichartigkeit fehle beim Aufwand für Gesellschaftsteuern und die Kosten der Anmeldung zum Handelsregister, die anders als bei der AG im Recht der GmbH kraft Gesetzes von dieser allein aufzubringen seien.

2. Dieser Beurteilung kann aus Rechtsgründen nicht gefolgt werden.

a) Soweit das vorlegende Gericht den Aufwand für die Gesellschaftsteuer im Aktienrecht anders verteilt sieht als im Recht der GmbH und mit diesem Unterschied seine ablehnende Haltung gegenüber einer entsprechenden Anwendung des § 26 Abs. 2 AktG begründet, unterläuft ihm ein Zirkelschluß. Denn die Regelung des § 10 KStG, wonach Schuldner der Gesellschaftsteuer die Kapitalgesellschaft ist und die Erwerber von Gesellschaftsrechten lediglich dafür haften, daß jene ihre Schuld erfüllt, gilt gleichermaßen für die AG wie für die GmbH. Im Innenverhältnis der Gesamtschuldner untereinander weist allerdings § 26 Abs. 2 AktG den Gründern der AG die alleinige Haftung zu, so daß das vorlegende Gericht vor der Frage stand, ob nicht § 26 Abs. 2 AktG im GmbH-Recht entsprechend mit

der Folge anzuwenden ist, daß auch hier der Gründungsaufwand zu Lasten der Gesellschafter geht, falls der Gesellschaftsvertrag keine anders lautende Bestimmung enthält. Statt in diese Prüfung einzutreten und in beiden Gesellschaftsformen die Haftungsverhältnisse miteinander zu vergleichen, wie sie sich darstellen, bevor die angeordnete Rechtsfolge eingreift, weist das Beschwerdegericht den Aktionären gem. § 26 Abs. 2 AktG die alleinige Haftung zu und hält anschließend die sich daraus ergebende Haftungssituation nicht mehr für vergleichbar mit der, die sich in der GmbH findet. Die Prüfung, ob für die GmbH eine ähnliche Zuweisung sachlich geboten und deshalb § 26 Abs. 2 AktG entsprechend anzuwenden ist, unterbleibt. Zwar nennt das vorlegende Gericht § 26 Abs. 2 AktG nicht ausdrücklich, wenn es den Aktionären die alleinige Haftung zuweist; eine andere Norm, die diese zu begründen vermag, gibt es im Aktienrecht jedoch nicht.

b) Auch soweit es um die Kosten der Anmeldung geht, sind die Gründer der AG nicht die alleinigen Schuldner; denn die Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat, die nach § 36 Abs. 1 AktG die AG ebenfalls zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden haben, verpflichten nicht sich selbst, sondern die AG, so daß diese neben ihren Gründern für die Kosten als Gesamtschuldner haftet, ohne daß es außerhalb des Gesellschaftsrechts eine Regelung gibt, die der Gesellschaft oder den Gesellschaftern im Innenverhältnis die gesamte Schuld zuweist. Hier greift wiederum § 26 Abs. 2 AktG ein, indem er im Innenverhältnis den Gründungsaufwand von der AG auf deren Gründer verlagert.

c) In der Regelung des Ausgleichs bei vorausgesetzter Gesamtschuld zwischen AG und ihren Gründungsaktionären erschöpft sich die Bedeutung des § 26 Abs. 2 AktG jedoch nicht. Vielmehr ist die Verteilung der Kosten – entgegen der Ansicht von Hüffer (JuS 1983, 160, 166) – Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens, der für alle Kapitalgesellschaften und damit auch für die GmbH verbindlich ist. § 26 Abs. 2 AktG soll im Interesse der Gläubiger der AG und der Aktionäre sicherstellen, daß in der Satzung offengelegt wird, wie weit das Grundkapital durch Gründungsaufwand vorbelastet ist. Soweit die Offenlegung unterbleibt, entfällt eine Vorbelastung, wird vielmehr der Aufwand – unabhängig, ob ihn im Außenverhältnis die AG oder die Gründer schulden – im Innenverhältnis ausschließlich diesen auferlegt (vgl. Großkomm/Barz, 3. Aufl., § 23 AktG, Anm. 28, § 26 AktG, Anm. 10, § 36 AktG, Anm. 15; KK/Kraft, 2. Aufl., § 26 AktG, Rd.-Nr. 24, § 36 AktG, Rd.-Nr. 29). Die Gläubiger und Gesellschafter der GmbH, die von den Vorbelastungen keine Kenntnis haben, sind in gleicher Weise schutzbedürftig (vgl. Hachenburg/Ulmer, 7. II Aufl., § 5 GmbHG, Rd.-Nr. 173). Zwar ist der auf Übernahme des § 26 AktG ins GmbH-Recht zielende § 5a des Regierungsentwurfs zur Änderung des GmbHG von 1977 (BT-Drucks. 8/1347, 4) nicht Gesetz geworden; aus der Entstehungsgeschichte der GmbH-Novelle 1980 ist aber zu entnehmen, daß der Gesetzgeber von der analogen Anwendung des § 26 Abs. 2 AktG ausging (Bericht des BT-Rechtsausschusses, BT-Drucks. 8/3908, 70). Die sich aus § 9a Abs. 1 GmbHG ergebende Verpflichtung, Vergütungen zu ersetzen, die nicht unter den Gründungsaufwand aufgenommen worden sind, setzt als selbstverständlich voraus, daß die Gesellschaft für diesen Aufwand nur aufzukommen hat, soweit die Satzung das vorsieht. Hiervon Ausnahmen für die Kosten zuzulassen, für die – anders als im Aktienrecht – die GmbH nicht als Gesamtschuldnerin neben den Gründern, sondern allein nach außen einzustehen hat, besteht kein Grund. Der gesetzgeberische Zweck des § 26 Abs. 2 AktG, im Interesse der Gläubigerschutzes in der Satzung offenzulegen, wie weit das Grundkapital durch Gründungsaufwand vorbelastet ist, wird nur erreicht, wenn der gesamte Aufwand ausgewiesen und nicht danach unterschieden wird, wer ihn im Außenverhältnis schuldet. Soweit die Satzung über den Gründungsaufwand nichts aussagt, sind deshalb entsprechend § 26 Abs. 2 AktG im Verhältnis zur GmbH die Gründer dessen alleinige Schuldner mit der Folge, daß sie im Außenverhältnis für Rechnung der GmbH zu leisten und dieser zu erstatten haben, was sie an Gründungsaufwand aufgebracht hat. Auch Schrifttum und Rspr. bejahen überwie-

gend diese Erstattungspflicht und damit die uneingeschränkte Anwendung des § 26 Abs. 2 AktG im Recht der GmbH als allein sachgerecht (vgl. Hachenburg/Ulmer, § 5 GmbHG, Rd.-Nr. 172 ff., § 9a GmbHG, Rd.-Nr. 26; Scholz/Winter, 7. Aufl., § 5 GmbHG, Rd.-Nr. 113; Baumbach/Hueck, 15. Aufl., § 5 GmbHG, Rd.-Nr. 55; Fischer/Lutter/Hommelhoff, 12. Aufl., § 3 GmbHG, Rd.-Nr. 29; Meyer-Landrut/Miller/Niehus, § 5 GmbHG, Rd.-Nr. 54, § 7 GmbHG, Rd.-Nr. 13; OLG Hamm GmbHR 1984, 155 = DNotZ 1984, 509 = MittRhNotK 1984, 107; OLG Düsseldorf GmbHR 1987, 59 = DNotZ 1986, 172; a. A. Rowedder/Rittner, § 5 GmbHG, Rd.-Nr. 60; Roth, 2. Aufl., § 5 GmbHG, Anm. 6; Hüffer, JuS 1983, 160, 166). Für den vorliegenden Fall folgt daraus, daß die Kosten der Anmeldung und die Gesellschaftsteuer in der Satzung ausgewiesen werden mußten, da die Gründer sie der GmbH anderenfalls hätten erstatten müssen.

3. Nach § 26 Abs. 2 AktG ist in der Satzung der Gesamtaufwand offenzulegen, den die Gesellschaft zu Lasten ihres Nominalkapitals zu tragen hat. Zur Kennzeichnung des Gesamtaufwands reicht es nicht aus, daß die Kosten, aus denen er sich zusammensetzt, ihrer Art nach im einzelnen namentlich genannt werden. Vielmehr sind die einzelnen Kosten zusammengefaßt als Gesamtbetrag in der Satzung auszuweisen, wobei Beträge, die noch nicht genau beziffert werden können, geschätzt werden müssen. Diese ziffernmäßige Angabe entspricht im Aktienrecht einhelliger Ansicht (vgl. KK/Kraft, § 26 AktG, Rd.-Nr. 31; Großkomm/Barz, § 26 AktG, Anm. 12; Geßler/Hefermehl/Ekkardt/Kropff, § 26 AktG, Rd.-Nr. 36, 37; Godin/Wilhelmi, 4. Aufl., § 26 AktG, Anm. 5; Baumbach/Hueck, 13. Aufl., § 26 AktG, Rd.-Nr. 7; Teichmann/Köhler, 2. Aufl., § 19 AktG, Anm. 3c). Für die GmbH wird übereinstimmend derselbe Standpunkt eingenommen. In diesem Rechtsgebiet erübrigt sich die betragsmäßige Festsetzung nicht in Fällen, in denen die Höhe der Kosten sich ohne weiteres anhand der KostO oder des KVStG ermitteln läßt. Aufgabe der Gründer und nicht außenstehender Dritter ist es, die Kosten zu errechnen und zu einem Gesamtbetrag zusammenzufassen; der interessierte Dritte muß sich durch einen Blick in die Satzung über die Vorbelastungen unterrichten können, ohne erst Berechnungen anstellen zu müssen.

7. Handelsrecht/GmbH – Der Begriff „Treuhand“ als Bestandteil der Firma einer GmbH

(BayObLG, Beschluß vom 23. 2. 1989 – BReg. 3 Z 136/88 – mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

**GmbHG § 4
HGB § 18
FGG §§ 142; 144a**

1. Die Firma einer GmbH darf weder in ihrem Kern noch in ihren Zusätzen noch in ihrer Gesamtheit zur Täuschung geeignet sein.
2. Der Begriff „Treuhand“ in einer Firma weist auf die Besorgung fremder Vermögensangelegenheiten im eigenen Namen und auf eine gehörige Qualifikation hierzu hin.
3. Die uneingeschränkte Verwendung der Bezeichnung „Treuhand“ ist regelmäßig irreführend, wenn lediglich solche Treuhandaufgaben übernommen werden, die nach dem Gesetz einer Genehmigung nicht bedürfen, weil dann die vom Publikum erwarteten Kernstücke einer treuhänderischen Tätigkeit, nämlich die Anlage und Verwaltung fremden Vermögens im eigenen Namen sowie die Beratung in Wirtschafts-, Steuer- und Rechtsangelegenheiten, gerade nicht vorliegen.
4. Die Bestimmung des § 144a FGG verdrängt in dem von ihr geregelten Bereich als speziellere Vorschrift regelmäßig das in § 142 FGG vorgesehene Recht des Registergerichts zur Amtslöschung unzulässiger Eintragungen.

Zum Sachverhalt:

Im Handelsregister des AG A. ist seit dem 29. 11. 1982 die Firma „... Treuhand N. GmbH“ eingetragen. Gegenstand des Unternehmens ist laut Eintrag:

Unternehmensberatung und die Übernahme von Treuhandgeschäften, die Vermittlung des Abschlusses oder Nachweises der Gelegenheit zum Abschluß von Verträgen über Grundstücke, grundstücksgleiche Rechte, gewerbliche Räume, Wohnräume, Vorbereitung oder Durchführung von Bauvorhaben als Bauherr im eigenen Namen für eigene Rechnung, fremde Rechnung unter Verwendung von Vermögenswerten von gewerblichen Mietern, Pächtern, sonstiger Nutzungsberechtigten, von Erwerbern an Erwerber von Nutzungsrechten und der wirtschaftlichen Vorbereitung oder Durchführung von Bauvorhaben als Baubetreuer in fremdem Namen und für fremde Rechnung.

Mit Schreiben vom 27. 9. 1984 regte die IHK beim Registergericht die Überprüfung der Firma an; diese sei wahrscheinlich firmenrechtlich unzulässig. Mit einem weiteren Schriftsatz bekräftigte sie ihren Standpunkt und wies darauf hin, daß das Unternehmen eine eigenständige Treuhandtätigkeit entweder nicht oder nur in ganz geringem Umfang ausübe. Die Bezeichnung „Treuhand“ sei daher unzulässig. Da die Firma nicht dem Grundsatz der Firmenwahrheit entspreche, komme die Durchführung eines Amtslöschungsverfahrens nach § 142 FGG in Betracht. Die Gesellschaft nahm zu diesen Ausführungen Stellung.

2. Mit Verfügung vom 3. 11. 1986 teilte das AG der Gesellschaft mit, daß beabsichtigt sei, die Firma von Amts wegen nach § 142 FGG zu löschen; gleichzeitig setzte es eine Frist zur Geltendmachung eines Widerspruches. Den eingelegten Widerspruch der Gesellschaft wies das AG zurück. Gegen diese Entscheidung legte die Gesellschaft sofortige Beschwerde ein.

Das LG wies das Rechtsmittel als unbegründet zurück. Die Firma der Gesellschaft verstoße gegen den Grundsatz der Firmenwahrheit. Das Unternehmen übe eine Treuhandtätigkeit entweder überhaupt nicht oder nur in ganz geringem Umfang aus; es betätige sich weitaus überwiegend auf dem Immobiliensektor.

3. Gegen diese Entscheidung legte die Gesellschaft sofortige weitere Beschwerde ein.

Aus den Gründen:

Die sofortige weitere Beschwerde der Gesellschaft ist zulässig (§ 141 Abs. 3 i. V. m. §§ 142; 22 Abs. 1; §§ 27, 29 FGG); sie hat aus verfahrensrechtlichen Gründen Erfolg.

1. Allerdings ist das LG mit Recht zu der Auffassung gelangt, daß die Firma der Beschwerdeführerin schon bei ihrer Eintragung unzulässig war.

a) Die Firma der Gesellschaft muß, wenn sie – wie hier – als Sachfirma gebildet wird, von dem Gegenstand des Unternehmens entlehnt sein (§ 4 Abs. 1 S. 1 GmbHG). Das bedeutet, daß sie den Unternehmensgegenstand im wesentlichen für die Allgemeinheit erkennbar machen muß (vgl. BayObLGZ 1988, 194, 197 = DNotZ 1989, 248; Baumbach/Hueck, 15. Aufl., § 4 GmbHG, Rd.-Nr. 5, 6 m. w. N.). Der Unternehmensgegenstand ist im Gesellschaftsvertrag zu regeln (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG). Erstreckt er sich auf mehrere Geschäftszweige, kann die Firma grundsätzlich auf einen der Tätigkeitsbereiche beschränkt werden, es sei denn, daß dieser Tätigkeitsbereich im Rahmen der Gesamttätigkeit weitgehend unbedeutend ist und völlig zurücktritt (Scholz/Emmerich, 7. Aufl., § 4 GmbHG, Rd.-Nr. 11, Baumbach/Hueck, § 4 GmbHG, Rd.-Nr. 7, je m. w. N.). Schließlich muß eine dem Unternehmensgegenstand entsprechende Tätigkeit zum Zeitpunkt der Firmenbildung tatsächlich ausgeübt werden, zumindest aber – vor allem bei Neugründungen – die Absicht der Verwirklichung dieses Geschäftszweiges innerhalb eines angemessenen Zeitraums bestehen. Es genügt also nicht, daß der Unternehmensgegenstand nur statutarisch festgelegt ist (Scholz/Emmerich, § 4 GmbHG, Rd.-Nr. 8 m. w. N.). Diese Einschränkungen bei der Wahl der Sachfirma ergeben sich aus dem allgemeinen Firmenrecht der §§ 18 ff. HGB (vgl. Hachenburg/Ulmer/Heinrich 7. II Aufl., § 4 GmbHG, Rd.-Nr. 1; Baumbach/Hueck, § 4 GmbHG, Rd.-Nr. 16 m. w. N.). Deshalb sind nach dem Grundsatz der Firmenwahrheit sowohl Firmenkern als auch Zusätze unzulässig, wenn sie die Gefahr einer Täuschung über die Art und den Umfang des Geschäfts

begründen können; § 18 Abs. 2 S. 1 HGB bestimmt dies ausdrücklich. Nach dieser Vorschrift, die auch auf die GmbH anzuwenden ist, darf die Firma der GmbH weder in ihrem Kern noch in ihren Zusätzen noch in ihrer Gesamtheit zur Täuschung geeignet sein, weil sich die GmbH als Kaufmann (§ 6 Abs. 1 HGB) mit ihrer Firma an eine nicht abgegrenzte Öffentlichkeit, also an die Allgemeinheit wendet (vgl. BayObLGZ 1988, 194, 199 = DNotZ 1989, 248 und BayObLG GmbHR 1983, 239 f., je m. w. N.). Für die Täuschungseignung genügt es, daß eine nicht ganz entfernt liegende Möglichkeit der Irreführung bei einem nicht unbeachtlichen Teil der durch die Firma angesprochenen Verkehrskreise besteht; eine Täuschungsabsicht oder eine schon eingetretene Täuschung braucht nicht vorzuliegen (BayObLG a.a.O.).

Ob sich eine Firma zur Täuschung eignet, ist aufgrund der Verkehrsauffassung unter besonderer Berücksichtigung des Einzelfalls zu beurteilen. Das Registergericht hat dies grundsätzlich von Amts wegen zu ermitteln (§ 12 FGG); einem Gutachten der IHK kommt dabei regelmäßig besondere Bedeutung zu.

b) Im vorliegenden Fall hat die IHK ein Amtslöschungsverfahren angeregt und in ihrer gutachtlichen Stellungnahme ausgeführt, daß die Bezeichnung „Treuhand“ in der Firma irreführend sei. Zwar werde die „Übernahme von Treuhandgeschäften“ im Gesellschaftsvertrag als eigenständiger Geschäftszweig genannt; tatsächlich werde aber eine Treuhandtätigkeit, worunter die Übernahme und Verwaltung fremden Vermögens im eigenen Namen zu verstehen sei, entweder überhaupt nicht oder nur in ganz geringem Umfang ausgeübt. Damit entspreche aber die Firma nicht dem Grundsatz der Firmenwahrheit.

c) Das LG hat unter Zugrundelegung der Auffassung der IHK ausgeführt, die Firma sei unzulässig. Die Ermittlungen hätten ergeben, daß der Schwerpunkt der Tätigkeit der Gesellschaft der Immobilienbereich sei; im Jahre 1985 seien nur vier Mietverträge vermittelt worden, daneben seien nur unwesentliche Tätigkeiten zu verzeichnen gewesen. Die Firma täusche eine umfassende geschäftliche Betätigung auf dem Gebiet der treuhänderischen Vermögensverwaltung vor, die aber tatsächlich nicht gegeben sei. Aufgrund dieser Feststellungen ist die Auffassung des LG, die Firma sei rechtlich nicht zulässig, nicht zu beanstanden.

(1) Der Begriff „Treuhand“ weist auf die Besorgung fremder Vermögensangelegenheiten im eigenen Namen und auf eine gehörige Qualifikation hierzu hin (OLG Frankfurt OLGZ 1980, 291 = MittRhNotK 1980, 185). Er ist allein – neben einer geographischen Kennzeichnung – zur Bildung des Firmenkerns unzulässig, wenn eine Treuhandtätigkeit im Gesellschaftsvertrag als Unternehmensgegenstand zwar genannt wird, eine solche Tätigkeit aber überhaupt nicht oder nur in einem völlig untergeordneten Umfang von der Gesellschaft ausgeübt wird und eine nennenswerte tatsächliche Ausübung einer solchen Tätigkeit in angemessener Zeit weder beabsichtigt noch zu erwarten ist.

Unbeschadet der Tatsache, daß die Bezeichnung „Treuhand“ vielfach mißbraucht wird (vgl. hierzu Heymann/Emmerich, § 18 HGB, Rd.-Nr. 56), hält der Senat an der Auffassung fest, daß die uneingeschränkte Bezeichnung einer Gesellschaft als „Treuhand“ dem Erfordernis der Firmenwahrheit nur gerecht wird, wenn die Tätigkeit des Unternehmens in der Übernahme und Verwaltung fremden Vermögens im eigenen Namen besteht (vgl. RGZ 99, 23, 29; OLG Frankfurt OLGZ 1980, 291, 293 = MittRhNotK 1980, 185). Die uneingeschränkte Verwendung der Bezeichnung „Treuhand“ ist regelmäßig dann irreführend, wenn lediglich solche Treuhandaufgaben übernommen werden, die nach dem Gesetz einer Genehmigung nicht bedürfen, weil dann die vom Publikum erwarteten Kernstücke einer treuhänderischen Tätigkeit, nämlich die Anlage und Verwaltung fremden Vermögens im eigenen Namen sowie die Beratung in Wirtschafts-, Steuer- und Rechtsangelegenheiten, gerade nicht vorliegen (vgl. Staub/Hüffer, 4. Aufl., § 18 HGB, Rd.-Nr. 71 m. w. N.; Baumbach/Duden/Hopt, 27. Aufl., § 18 HGB, Anm. 5 G; Bokelmann, Das Recht der Firmen- und Geschäftsbezeichnungen, 3. Aufl., Rd.-Nr. 239; Wessel, Die Firmengründung,

5. Aufl., Rd.-Nr. 428; Gößner, Lexikon des Firmenrechts, Stichwort „Treuhand“).

Ob im vorliegenden Fall eine zulässige Firma dadurch gebildet werden kann, daß neben dem Firmenkern „Treuhand“ ein klärender Zusatz aufgeführt wird, der auf die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit der Gesellschaft hinweist, und wie dieser Zusatz gegebenenfalls auszusehen hat, ist hier nicht zu entscheiden.

(2) Die Rüge der Beschwerdeführerin, das LG habe gegen den Amtsermittlungsgrundsatz, also gegen § 12 FGG verstoßen, greift nicht durch.

Das LG hat festgestellt, daß die GmbH eine Treuhandtätigkeit nicht ausübt. Diese Feststellung ist ohne Verfahrensfehler zustande gekommen. Die IHK und das Registergericht haben die Gesellschaft wiederholt aufgefordert, nähere Aufschlüsse über Art und Umfang ihrer Geschäftstätigkeit zu geben. Außer einer Auskunft über die Vermittlung von vier Mietverträgen im Jahr 1985 haben sie hierzu jedoch keine Antworten erhalten. In Verfahren, in denen es um die Löschung einer unzulässigen Firma geht, kann von der Gesellschaft, die sich gegen die Löschung wendet, erwartet werden, daß sie all die tatsächlichen Umstände vorbringt, welche die Zulässigkeit der Firma entgegen der Auffassung des Registergerichts begründen sollen; insoweit besteht für die Gesellschaft eine Informationslast (vgl. Jansen, 2. Aufl., § 12 FGG, Rd.-Nr. 6; Keidel/Kuntze/Winkler, 12. Aufl., § 12 FGG, Rd.-Nr. 3 je m. w. N.). Das bedeutet zwar nicht, daß der Gesellschaft insoweit eine Behauptungs- und Beweisführungslast obliegen würde. Kommt sie aber ihrer Obliegenheit, tatsächliche Umstände vorzubringen, nicht nach, obwohl ihr das ohne weiteres möglich ist, so kann die Rüge der Verletzung der Amtsermittlungspflicht nicht durchgreifen, da das Gericht nicht gezwungen ist, allen nur denkbaren entfernten Möglichkeiten nachzugehen, wenn der vorgebrachte Sachverhalt dazu keine Veranlassung bietet (Jansen, a.a.O., m. w. N.). So liegt es hier. Nach der Mitteilung der IHK übt die Beschwerdeführerin eine Tätigkeit, die für die Firma die Bezeichnung „Treuhand“ rechtfertigen könnte, nicht aus. Der von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Sachverhalt bietet keine gegenteiligen Anhaltspunkte; insbesondere fehlt es an einem Sachvortrag, der etwaige weitere Ermittlungen überhaupt erst ermöglichte.

2. Dennoch kann der angefochtene Beschluß nicht bestehen bleiben, weil die Vorinstanzen nicht das in einem solchen Fall zwingend vorgeschriebene Verfahren nach § 144a FGG betrieben haben.

a) Verstößt die Bestimmung über die Bildung der Firma, die zum notwendigen Inhalt des Gesellschaftsvertrages gehört (§ 3 Abs. 1 Ziff. 1 GmbHG), gegen zwingende gesetzliche Vorschriften (§ 4 GmbHG; § 18 Abs. 2 HGB), so ist diese Bestimmung gem. § 134 BGB nichtig (Baumbach/Hueck, Rd.-Nr. 49, Scholz/Emmerich, Rd.-Nr. 64, je zu § 4 GmbHG m. w. N.). Wird die Gesellschaft trotz dieses Mangels im Handelsregister eingetragen, so ist sie wirksam entstanden, da – im Gegensatz zur früheren Rechtslage (vgl. BayObLGZ 1969, 215) – ein Nichtigkeitsgrund (§ 75 GmbHG) nicht vorliegt. Daher kommt weder eine Nichtigkeitsklage noch eine Amtslöschung nach § 144 FGG in Betracht (vgl. Baumbach/Hueck, § 4 GmbHG, Rd.-Nr. 51). Vielmehr hat das Registergericht in einem solchen Fall das Amtsaufhebungsverfahren nach § 144a FGG zu betreiben (vgl. BayObLG Rpfleger 1981, 308 m. w. N.; Jansen, § 144a FGG, Rd.-Nr. 4), wenn es die Voraussetzungen dieser Bestimmung für gegeben erachtet. Im Gegensatz zum Verfahren nach § 142 FGG steht dem Registergericht insoweit ein Ermessen nicht zu. Danach ist die Gesellschaft aufzufordern, innerhalb einer bestimmten Frist entweder eine den Mangel behebende Änderung des Gesellschaftsvertrages zur Eintragung im Handelsregister anzumelden oder die Unterlassung durch Widerspruch gegen die Verfügung zu rechtfertigen. Kommt die Gesellschaft der Aufforderung nicht nach oder wird der Widerspruch zurückgewiesen, so stellt das Registergericht den Mangel der Satzung fest. Die Gesellschaft ist aufgelöst, sobald diese Feststellung rechtskräftig wird (§ 60 Abs. 1 Ziff. 5 GmbHG).

b) Das Verfahren nach § 144a FGG ist für Kapitalgesellschaften

ten an die Stelle des Verfahrens nach § 142 FGG getreten; Ziel ist dabei nicht die Löschung der Firma, sondern deren Änderung durch welche der Mangel des Gesellschaftsvertrages behoben wird (vgl. Scholz/Emmerich, § 4 GmbHG, Rd.-Nr. 67).

(1) Soweit die Voraussetzungen der §§ 144, 144a FGG vorliegen, enthalten diese Bestimmungen abschließende Regelungen und verdrängen § 142 FGG; diese Vorschrift wird regelmäßig durch die spezielleren Vorschriften ausgeschlossen (vgl. BayObLGZ 1969, 215, 219; Jansen, § 144 FGG, Rd.-Nr. 6 und § 144a FGG, Rd.-Nr. 4; Keidel/Kuntze/Winkler, § 142 FGG, Rd.-Nr. 6; Bumiller/Winkler, 4. Aufl., vor §§ 144–144b FGG, Anm. 3). Soweit durch die Bestimmung des § 144a FGG eine Regelung getroffen wird, verdrängt diese im Fall der unzulässigen Firma auch das in § 142 FGG vorgesehene Recht des Registergerichts zur Amts Löschung unzulässiger Eintragungen (Hachenburg/Ulmer/Heinrich, Rd.-Nr. 89, Scholz/Emmerich, Rd.-Nr. 67, Baumbach/Hueck, Rd.-Nr. 51, je zu § 4 GmbHG m. w. N.; Fischer/Lutter/Hommelhoff, 12. Aufl., § 4 GmbHG, Rd.-Nr. 23; a. A. Großkomm/Meyer-Landrut, 3. Aufl., § 4 AktG, Anm. 6; Meyer-Landrut/Miller/Niehus, § 4 GmbHG, Rd.-Nr. 31 ff.).

(2) Das Verfahren nach § 144a FGG kommt ausnahmsweise dann nicht zur Anwendung, wenn durch eine spätere Änderung des Firmengegenstandes eine ursprünglich zulässige Bestimmung des Gesellschaftsvertrages einer GmbH über die Firma nachträglich mit dem Gesetz in Widerspruch gerät. In einem solchen Fall wird die Bestimmung im Gesellschaftsvertrag nicht richtig. Deshalb ist eine entsprechende Anwendung des § 144a FGG auf die Fälle nachträglich eingetretener Unzulässigkeit der Firma nicht möglich (vgl. BayObLGZ 1979, 207 ff. = DNotZ 1980, 118; a. A. OLG Stuttgart BB 1982, 1194; zum Meinungsstand vgl. Heymann/Emmerich, § 18 HGB, Rd.-Nr. 18, Fn. 23). Ein solcher Fall liegt nach den Feststellungen der Tatsacheninstanzen hier nicht vor.

(3) Die eigentliche Löschung der Firma und somit ein Verfahren nach § 142 FGG kommt nur in Sonderfällen in Betracht, in denen das Gesetz ausdrücklich auf das Verfahren nach § 142 FGG verweist (vgl. Scholz/Emmerich, § 4 GmbHG, Rd.-Nr. 68). Ein solcher Sonderfall kann gegeben sein, wenn das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen nur wegen der Verwendung des Firmenbestandteils „Invest“ in der Firma einer Kapitalgesellschaft nach § 7 KAGG; § 43 KWG; § 142 FGG das Firmenlöschungsverfahren beantragt (vgl. BayObLGZ 1988, 32; Roth, 2. Aufl., § 4 GmbHG, Anm. 8).

3. Da hier ein Verfahren auf Feststellung eines Mangels der Satzung nach § 144a FGG zwingend durchzuführen ist, bisher aber von den Tatsacheninstanzen nur ein nicht zulässiges Verfahren mit dem Ziel der Löschung der Firma betrieben wurde, waren die Entscheidungen des LG und des AG aufzuheben. Die Sache war zur Durchführung des Verfahrens nach § 144a FGG an das AG zurückzuverweisen.

8. Gesellschaftsrecht/Vormundschaftsrecht Erfordernis der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zu der Übertragung eines GmbH-Anteils (BGH, Urteil vom 20. 2. 1989 – II ZR 148/88)

BGB § 1822 Nrn. 3, 10 GmbHG § 15

Die Übertragung eines GmbH-Anteils bedarf nicht schlechthin, sondern nur dann der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nach § 1822 Nr. 10 BGB, wenn der Minderjährige damit zugleich eine fremde Verbindlichkeit übernimmt, die im Verhältnis zum bisherigen Schuldner allein dieser zu tilgen hat.

Die schenkungsweise Übertragung eines GmbH-Anteils ist nicht nach § 1822 Nr. 3 BGB genehmigungsbedürftig.

Zum Sachverhalt:

Am 30. 3. 1966 gründeten der Bekl. und dessen Ehefrau die Maschinenfabrik D.-GmbH. Vom Stammkapital in Höhe von 2 Mio. DM übernahmen der Bekl. 1.980.000,- DM und seine Ehefrau 20.000,- DM, die sie jeweils durch Sacheinlagen aufbrachten. Der Bekl. brachte sein einzelkaufmännisches Unternehmen und die Ehefrau ihre Forderung aus einer stillen Beteiligung an diesem Unternehmen ein.

Am 1. 12. 1973 trat der Bekl. in notarieller Urkunde von seinem Geschäftsanteil einen Teil von nominell 400.000,- DM schenkungsweise an seinen – am 19. 10. 1960 geborenen – Adoptivsohn D. ab, der bei diesem Geschäft von einem Pfleger vertreten wurde. Entgegen der beurkundeten Absichtserklärung wurde für dieses Geschäft eine Genehmigung oder ein Negativattest des Vormundschaftsgerichts nicht eingeholt.

Am 19. 3. 1977 verstarb der Adoptivsohn. Er wurde von den Kl., seinem leiblichen Vater und seinem Bruder, zu je 1/2 beerbt.

Mit der Klage wollen die Kl. festgestellt wissen, daß der Geschäftsanteil von 400.000,- DM, der Gegenstand des Schenkungs- und Abtretungsvertrages vom 1. 12. 1973 war, der Erbengemeinschaft zusteht. Das LG hat die Klage abgewiesen; das Berufungsgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision wird der Klageantrag weiterverfolgt.

Aus den Gründen:

Die Revision führt zur Zurückverweisung.

1. Nach Ansicht der Vorinstanzen hat der Bekl. den Geschäftsanteil seinem Adoptivsohn am 1. 12. 1973 nicht wirksam abgetreten; nach § 1822 Nr. 10; § 1915 Abs. 1 BGB habe dessen Pfleger für die Übernahme des Anteils die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts benötigt, die er nicht eingeholt habe. § 1822 Nr. 10 BGB sei deshalb grundsätzlich anwendbar, weil mit der Übertragung des Geschäftsanteils die Übernahme einer fremden Verbindlichkeit, nämlich die Haftung für die nicht oder nicht vollständig erbrachten Stammeinlagen der übrigen Gesellschafter verbunden sei. Daß im Einzelfall sämtliche Stammeinlagen eingezahlt seien und deshalb eine Nachschußpflicht nach § 24 GmbHG entfalle, schließe die Genehmigungspflicht nicht aus; denn die Beurteilung der Frage, ob die Stammeinlagen voll eingezahlt seien, könne je nach den Umständen schwierig sein. Da § 1822 BGB eine für den Rechtsverkehr praktische und klare Handhabung ermöglichen solle, sei für eine differenzierte, auf den jeweiligen Einzelfall abgestellte Beurteilung kein Platz, sei es vielmehr sinnvoll und geboten, jede Übertragung eines Geschäftsanteils auf einen Minderjährigen der Genehmigung zu unterwerfen. Diese Ausführungen sind rechtlich nicht haltbar.

2. Zutreffend ist der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, wonach die Anteilsübertragung nach § 1822 Nr. 10 BGB der Genehmigung bedarf, wenn der Minderjährige damit zugleich eine fremde Verbindlichkeit übernimmt. Das Genehmigungserfordernis erfaßt auch die Fälle, in denen der Eintritt in eine fremde Schuld nicht ausdrücklich vereinbart wird, sondern sich kraft Gesetzes als Folge eines bestimmten Rechtsgeschäfts vollzieht. Allerdings fällt nicht jede fremde Schuld darunter. Voraussetzung ist stets, daß im Innenverhältnis für die Schuld, die nach außen als eigene übernommen wird, allein der Erbschuldner haftet und ersatzpflichtig bleibt (vgl. BGHZ 60, 385, 388 = DNotZ 1973, 618 im Anschluß an RGZ 133, 7, 12 ff.; 158, 210, 214 ff.). Diese einschränkende Auslegung des § 1822 Nr. 10 BGB entspricht dem gesetzgeberischen Zweck der Vorschrift, die verhindern soll, daß ein Schuldbeitritt nur wegen der rechtlichen Möglichkeit eines Rückgriffs und deshalb als vermeintlich risikolos vollzogen wird. Da dieses Risiko nicht besteht, wenn eine Schuld als wirtschaftlich eigene und damit von vornherein ohne rechtliche Möglichkeit eines Regresses übernommen wird, ist insoweit § 1822 Nr. 10 BGB nicht anzuwenden. Diese Bestimmung verlangt nicht schlechthin die Genehmigung riskanter Geschäfte (vgl. BGHZ 41, 71, 79 = DNotZ 1965, 221; BGHZ 60, 385, 390 = DNotZ 1973, 618; BGH WM 1983, 336, 338 = DNotZ 1983, 362).

Hiernach fällt nicht jede Schuld, die der Erwerber eines GmbH-Geschäftsanteils mit der Anmeldung der Anteilsübertragung nach § 16 Abs. 3 GmbHG übernimmt, unter § 1822 Nr. 10 BGB. Vielmehr kommt es entscheidend darauf an, wer nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts, das der Anteilsübertragung

zugrunde liegt, im Innenverhältnis für die Verbindlichkeiten (Einlage, Nebenleistungen, Differenz-, Unterbilanz-, Ausfallhaftung etc.) einzustehen hat, die in dem Zeitpunkt fällig sind, in dem die Anteilsübertragung der GmbH angezeigt wird. Zahlt der Erwerber für den Anteil ein Entgelt, bei dessen Höhe die fälligen Verbindlichkeiten mindernd berücksichtigt sind, so wird er für diese regelmäßig ohne die rechtliche Möglichkeit eines Regresses allein mit der Folge einzustehen haben, daß eine Genehmigung nach § 1822 Nr. 10 BGB nicht in Betracht kommt. Dasselbe gilt, wenn eine Ausfallhaftung nach § 24 GmbHG zur Zeit der Anmeldung (§ 16 GmbHG) zwar noch nicht fällig ist, aber als sicher droht und der Erwerber im Hinblick darauf dem Veräußerer den künftigen Regreßanspruch gegen den ausgeschlossenen oder die säumigen Mitgesellschafter (§ 24 S. 1 und 2 GmbHG) in Anrechnung auf den Kaufpreis abtritt. Genehmigungspflichtig ist die Schuldübernahme hiernach nur in den Fällen, in denen dem Anteilserwerber die rechtliche Möglichkeit verbleiben soll, nach seiner Inanspruchnahme durch die Gesellschaft Regreß zu nehmen, sei es beim Rechtsvorgänger oder bei dem Gesellschafter, für dessen Ausfälle er nach §§ 24, 31 Abs. 3 GmbHG einzustehen hat. Kommen eine Haftung für rückständige Leistungen (§ 16 Abs. 3 GmbHG) und eine Ausfallhaftung (§§ 24, 31 Abs. 3 GmbHG) nicht in Betracht, weil der Rechtsvorgänger alle fälligen Verbindlichkeiten getilgt und die Mitgesellschafter ihre Stammeinlagen geleistet sowie das – entgegen § 30 GmbHG entnommene – Vermögen der Gesellschaft erstattet haben, so fehlt schon die fremde Verbindlichkeit, für die der Erwerber einzustehen hätte, so daß sich die Frage nach dem Regreß, vor dessen Fehleinschätzung das Gesetz den Minderjährigen schützen will, gar nicht erst stellt. Gleichwohl soll das Geschäft nach Meinung des Berufungsgerichts genehmigungspflichtig sein.

3. Das Berufungsgericht steht auf dem Standpunkt, daß das Vormundschaftsgericht die Anteilsübertragung nicht nur dann zu genehmigen hat, wenn es nach Abwägung der damit verbundenen Vor- und Nachteile zu dem Ergebnis kommt, daß das Geschäft trotz der Verbindlichkeiten, die der Minderjährige zu übernehmen hat, für diesen vorteilhaft ist; genehmigungspflichtig soll das Geschäft vielmehr auch dann sein, wenn die Prüfung ergibt, daß keine Verbindlichkeit besteht, für die der Minderjährige zwar nach außen gegenüber der GmbH, nicht aber im Innenverhältnis zu seinem Rechtsvorgänger oder seinen Mitgesellschaftern einzustehen hat. Das Berufungsgericht verkennt dabei, daß es in dem Falle ein mit einer Schuldübernahme verbundenes Risiko nicht gibt, vor dem das Gesetz den Minderjährigen schützen will, und daß ein Schutz vor sonstigen mit der Anteilsübertragung verbundenen Risiken mit § 1822 Nr. 10 BGB nicht bezweckt wird; das Vormundschaftsgericht wird in einem solchen Falle die Genehmigung regelmäßig versagen, weil die Anteilsübertragung ihrer nicht bedarf. Eine Genehmigungspflicht für die Übertragung von GmbH-Anteilen sieht § 1822 Nr. 10 BGB nicht vor. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist die Bestimmung auf diese Rechtsgeschäfte auch nicht entsprechend anwendbar.

4. Für den vorliegenden Fall folgt daraus, daß eine Genehmigung nach § 1822 Nr. 10 BGB nicht erforderlich war. Denn nach den Feststellungen des Berufungsgerichts waren vor Übertragung des Anteils die Einlagen aller Gesellschafter vollen Umfangs geleistet; im Zeitpunkt der Anmeldung bestanden auch keine sonstigen Verbindlichkeiten, für die der Minderjährige gegenüber der GmbH hätte eintreten müssen. Allein wegen der theoretischen Möglichkeit, daß ein Gesellschafter erst nach Übertragung des Anteils Leistungen unter Verstoß gegen § 30 GmbHG erhält und nach § 31 GmbHG nicht erstatten kann, so daß die Mitgesellschafter für den Ausfall einzustehen haben, besteht kein Genehmigungserfordernis, weil dafür im Zeitpunkt der Anteilsübertragung keine Anhaltspunkte vorhanden sind und dem Vormundschaftsgericht infolgedessen eine Abwägung der Vor- und Nachteile nicht möglich ist.

Diese Beurteilung entspricht der im Schrifttum überwiegend vertretenen Meinung, deren Vertreter auch für den Fall der Ausfallhaftung darauf abstellen, ob im Zeitpunkt der Anmeldung

Einlageforderungen und Erstattungsansprüche nach § 31 GmbHG bestehen (vgl. Baumbach/Hueck, 15. Aufl., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 5; Scholz/Winter, 7. Aufl., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 204; Scholz/Priester, § 55 GmbHG, Rd.-Nr. 106; Fischer/Lutter/Hommelhoff, 12. Aufl., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 24; Hachenburg/Ulmer, 7. Aufl., § 2 GmbHG, Rd.-Nr. 62a; Hachenburg/Schilling/Zutt, 7. Aufl., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 131; Meyer-Landrut/Miller/Niehus, § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 8; Soergel/Damrau, 12. Aufl., § 1822 BGB, Rd.-Nr. 39; MünchKomm/Schwab, 2. Aufl., § 1822 BGB, Rd.-Nr. 65; Staudinger/Engler, 10./11. Aufl., § 1822 BGB, Rd.-Nr. 124; Gernhuber, Familienrecht, 3. Aufl., 817).

5. Rechtlich zutreffend hat das Berufungsgericht für die Übertragung des Geschäftsanteils eine Genehmigungspflicht nach § 1822 Nr. 3 BGB verneint. Die erste Alternative scheidet aus, weil der Minderjährige den Geschäftsanteil nicht entgeltlich erworben hat; die zweite Alternative ist nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht gegeben, weil mit der Übertragung des Geschäftsanteils einer GmbH kein Gesellschaftsvertrag zum Betriebe eines Erwerbsgeschäfts eingegangen wird. Auf diesem Standpunkt steht auch die h. M. im Schrifttum (vgl. z. B. Scholz/Winter, § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 204 m. w. N.).

Allerdings wird auch die Meinung vertreten, daß es für das Genehmigungserfordernis nicht auf den Unterschied zwischen Vertragsschluß und Anteilserwerb, sondern allein darauf ankomme, ob die GmbH ein Erwerbsgeschäft betreibe; sei das der Fall, so sei vom Schutzzweck des § 1822 Nr. 3 BGB her der Erwerb eines Geschäftsanteils nicht anders zu beurteilen als die Beteiligung des Minderjährigen an der Gründung der GmbH (vgl. Hachenburg/Schilling/Zutt, § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 129; Hachenburg/Ulmer, § 2 GmbHG, Rd.-Nr. 62). Gegen diese Ansicht läßt sich nicht anführen, daß – anders als beim Erwerb von Anteilen an einer Personengesellschaft – nicht der Minderjährige, sondern die rechtlich selbständige Kapitalgesellschaft das Erwerbsgeschäft betreibt. Denn dieser – von Stimmen im älteren Schrifttum herausgestellte – Gesichtspunkt trifft in den Fällen nicht zu, in denen die GmbH mit Zustimmung aller Gesellschafter bereits vor ihrer Eintragung den Geschäftsbetrieb aufnimmt. Diese Erwerbstätigkeit kann dazu führen, daß die Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Vor-GmbH außer mit ihrer Stammeinlage auch mit ihrem Privatvermögen einzutreten haben, sei es, daß die Eintragung nicht betrieben wird oder die Voraussetzungen für sie nicht geschaffen werden und die Gesellschafter der Vor-GmbH deshalb unbeschränkt haften (vgl. BGHZ 80, 129, 142 f.; BGH WM 1983, 230, 231), sei es, daß die GmbH im Zeitpunkt ihrer Eintragung mit einer Unterbilanz oder sogar überschuldet ins Leben tritt und die Gesellschafter diese Unterdeckung unter dem Gesichtspunkt der Unterbilanzhaftung auszugleichen haben. Diesen den Wert der Beteiligung übersteigenden Risiken ist der Minderjährige, der erst nach Eintragung der GmbH ins Handelsregister einen Geschäftsanteil erwirbt, nicht ausgesetzt. Für die nach Eintragung entstehenden Verbindlichkeiten der GmbH haftet deren Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen (§ 13 Abs. 2 GmbHG). Nach alledem ist entgegen der von Schilling/Zutt (a.a.O.) vertretenen Ansicht die Gründung der GmbH für den Minderjährigen mit erheblich größeren Risiken verbunden als der Erwerb eines Anteils an der bereits bestehenden GmbH. Den Risiken, die den Minderjährigen aus einer Inanspruchnahme wegen der im Zeitpunkt der Anmeldung bereits fälligen Ansprüche und aus einer möglicherweise später fällig werdenden Ausfallhaftung nach § 24 GmbHG drohen, wird – wie ausgeführt – durch die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nach § 1822 Nr. 10 BGB begegnet. Durch keine vormundschaftsgerichtliche Prüfung und Genehmigung abgesichert ist hiernach nur das Risiko des Minderjährigen, den Vermögenswert, den der unentgeltlich erlangte Geschäftsanteil verkörpert, dadurch zu verlieren, daß er durch Verluste der GmbH aufgezehrt wird. Dies entspricht der Regelung der §§ 1821, 1822 BGB, die keineswegs dahin geht, alle wirtschaftlich bedeutsamen Geschäfte dem Genehmigungszwang zu unterwerfen; sie greift vielmehr aus der Vielzahl der in Betracht kommenden Geschäfte nur bestimmte als genehmigungspflichtig heraus. Bei der Beurteilung, ob ein in

Frage stehendes Geschäft unter eine der Ziffern der Bestimmungen fällt, ist nach der st. Rspr. des Senats der Kreis der Genehmigungspflichtigen Geschäfte um der Rechtssicherheit willen formal und nicht nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls zu bestimmen (vgl. BGHZ 38, 26, 28; 52, 316, 319 = DNotZ 1970, 298). Maßgebend ist die Art und nicht der Zweck des Geschäfts. Für den vorliegenden Fall folgt daraus, daß die Genehmigungspflicht entfällt, weil der unentgeltliche Erwerb des Geschäftsanteils einer GmbH etwas anderes ist als der Abschluß eines Gesellschaftsvertrages.

6. Scheiterte nach alledem der Erwerb des Geschäftsanteils nicht daran, daß er vom Vormundschaftsgericht nicht genehmigt worden ist, so ist der Rechtsstreit gleichwohl nicht im Sinne der Kl. entscheidungsreif. Denn die Abtretung kann auch aus anderen Gründen unwirksam mit der Folge sein, daß der Anteil sich nicht im Nachlaß befindet (wird ausgeführt).

9. Erbrecht – Vererblichkeit von Nacherbenrechten (OLG Oldenburg, Beschluß vom 7.11.1988 – 5 W 63/88)

BGB § 2208
GBG § 29; 35

Betrifft eine letztwillige Verfügung ausschließlich engste Familienangehörige und enthält sie keine Regelung über die Vererblichkeit des Nacherbenanwartschaftsrechts bzw. den Ausschluß der Vererblichkeit, so bestehen an der Vererblichkeit Bedenken, die es im Wege ergänzender Auslegung durch weitere Ermittlungen auszuräumen gilt.

Zum Sachverhalt:

Aufgrund öffentlichen Testaments ist die Ehefrau des Kaufmanns Rolf A., Helga A., als Eigentümerin und befreite Vorerbin und seine Tochter Monika A. als Nacherbin im Grundbuch eingetragen worden. Nach dem gemeinschaftlichen Erbschein sind die Ast. Erben der 1984 verstorbenen Nacherbin.

Mit der angefochtenen Zwischenverfügung hat das GBA die beantragte Eintragung der Ast. als Nacherben im Wege der Grundbuchberichtigung von der Vorlage eines Erbscheins nach dem Erblasser Rolf A. abhängig gemacht. Das LG hat die dagegen eingelegte Beschwerde zurückgewiesen. Mit der weiteren Beschwerde verfolgen die Ast. ihr Berichtigungsbegehren weiter; der Übergang des Anwartschaftsrechts auf die Erben der eingetragenen Nacherbin sei für das GBA urkundlich nachgewiesen und dadurch offenkundig.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist gem. § 78 GBO zulässig. In der Sache hat sie jedoch keinen Erfolg.

Entgegen der Auffassung der weiteren Beschwerde haben die Ast. den für die Berichtigung des Grundbuchs erforderlichen Nachweis der Unrichtigkeit weder durch öffentliche bzw. öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen, noch ist dieser Nachweis wegen Offenkundigkeit entbehrlich, §§ 22, 29 GBO. Das öffentliche Testament des Erblassers und der Erbschein der Ast. belegen die Vererblichkeit des Anwartschaftsrechts des Nacherben nicht. Dafür streitet nur die gesetzliche Auslegungsregel des § 2108 Abs. 2 S. 1 BGB, wonach im Zweifel das Nacherbrecht vererblich ist (OLG Köln OLGZ 1968, 91). Das gilt aber nur, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist. Bestehen für das GBA Zweifel tatsächlicher Art, die nur durch weitere Ermittlungen über den Willen des Erblassers geklärt werden können, so scheidet eine Berichtigung insoweit aus; das GBA kann dann die Berichtigung von der Vorlage entsprechender Urkunden abhängig machen, die die Unrichtigkeit in ausreichender Form belegen.

Solche Zweifel ergeben sich hier zum einen bereits aus der Testamentsurkunde des Rolf A. selbst. Diese letztwillige Verfügung betrifft ausschließlich engste Familienangehörige – Ehefrau und Tochter. Stirbt in einem solchen Fall der Nacherbe ohne eigene Abkömmlinge und enthält das Testament keine Regelung über die Vererblichkeit des Nacherbenanwartschafts-

rechts bzw. den Ausschluß der Vererblichkeit, so bestehen jedenfalls Bedenken an der Vererblichkeit des Anwartschaftsrechts, die es im Wege der ergänzenden Auslegung durch weitere Ermittlungen auszuräumen gilt (so schon Haagele, Rpfleger 1967, 161, 163 f.; Soergel/Harder, 11. Aufl., § 2108 BGB, Rd.-Nr. 5, je m. w. N.; vgl. auch BGH NJW 1963, 1151; zum Teil abweichend OLG Köln, a.a.O.). Diese in der Testamentsurkunde selbst angelegten Zweifel werden zum anderen durch die notarielle Erklärung der befreiten Vorerbin und Eigentümerin in dem damals von ihr betriebenen Verfahren zur Löschung des Nacherbenvermerks noch verstärkt. Die befreite Vorerbin legt darin nachvollziehbar ihre Überzeugung dar, warum ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen sei. Es kann daher keineswegs von einem Nachweis der Unrichtigkeit i. S. v. § 29 GBO ausgegangen werden; die Ablehnung der begehrten Grundbuchberichtigung ist insoweit zu Recht erfolgt.

10. Erbrecht/Notarrecht – Herausgabe eines aufgehobenen Erbvertrages

(OLG Köln, Beschluß vom 14.12.1988 – 2 Wx 23/88 – mitgeteilt von Richter am OLG Torsten Schmidt-Eichhorn, Köln)

BeurkG §§ 45; 54
BNotO § 25
BGB §§ 2256; 2277

1. Im Beschwerdeverfahren nach § 54 BeurkG kann der Notar den Beschwerdeführer nicht als Bevollmächtigter vertreten.
2. Der notarielle Erbvertrag hat auch nach seiner Aufhebung in amtlicher Verwahrung zu verbleiben. Dem mit der Aufhebung des Vertrages begründeten Verlangen, seine Urschrift an die Vertragsschließenden herauszugeben oder zu vernichten, darf der Notar daher nicht entsprechen.

Zum Sachverhalt:

Die Bf. sind Eheleute. Sie haben am 7. 6. 1972 vor Notar X. einen Erbvertrag geschlossen, der sich in der Verwahrung des Notars befindet. Unter dem 3. 9. 1986 haben sie den Notar gebeten, die Urschrift des Erbvertrages an sie herauszugeben oder zu vernichten. Beides hat der Notar mit Schreiben vom 8. 9. 1986 abgelehnt. Gegen diese Ablehnung haben die Bf. unter dem 4. 8. 1987 Beschwerde erhoben. Sie haben vorgetragen, der Erbvertrag sei durch ein von ihnen gemeinschaftlich errichtetes privatschriftliches Testament aufgehoben worden. Sie legten Wert darauf, daß die im Erbvertrag vom 7. 6. 1972 getroffenen Verfügungen nicht nach ihrem Tode ihren Kindern bekannt würden.

Das LG hat die Beschwerde zurückgewiesen. Es hat ausgeführt, nach der abschließenden Regelung des § 25 Abs. 2 BNotO müsse der Notar einen Erbvertrag, bei dem – wie im vorliegenden Fall – die besondere amtliche Verwahrung ausgeschlossen sei, selbst verwahren und nach Eintritt des Erfalles an das Nachlaßgericht abliefern. Das verbiete eine Aushändigung der Urschrift des Vertrages an die Bf.. Ein Anspruch auf Herausgabe oder Vernichtung des Erbvertrages ergebe sich auch nicht aus dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung. Ein Eingriff in dieses Grundrecht liege schon deshalb nicht vor, weil die Bf. durch den Abschluß des Erbvertrages vor einem Notar zumindest konkludent in die nach dem Gesetz vorgeschriebene weitere Behandlung des Vertrages eingewilligt hätten.

Gegen diesen Beschluß wenden sich die Bf. mit der weiteren Beschwerde, die zunächst durch Schriftsatz des Notars in ihrem Namen eingelegt worden ist. Nachdem der Senat auf Bedenken dagegen hingewiesen hatte, daß der Notar die Bf. im vorliegenden Verfahren vertritt, haben sie ihre jetzigen Verfahrensbevollmächtigten für sie bestellt.

Aus den Gründen:

1. Die weitere Beschwerde ist zulässig, §§ 54 Abs. 2 BeurkG; 27, 29 FG.

Zwar genügt die von dem Notar als Vertreter der Bf. unterzeichnete Beschwerdeschrift aus zwei Gründen nicht den Anforde-

rungen der §§ 54 Abs. 2 S. 1 BeurkG; 29 Abs. 1 S. 2 und 3 FGG. Im Beschwerdeverfahren nach § 54 BeurkG hat der Notar die Stellung einer ersten Instanz (vgl. Huhn/v. Schuckmann, 2. Aufl., § 54 BeurkG, Rd.-Nr. 7; Keidel/Kuntze/Winkler, Freiwillige Gerichtsbarkeit, Teil B, 12. Aufl., § 54 BeurkG, Rd.-Nr. 9, je m. w. N.), gegen deren Entscheidung das LG und – mit der weiteren Beschwerde – das OLG angerufen werden können. Er kann daher nicht zugleich den oder die Bf. im Beschwerdeverfahren vor dem LG oder OLG vertreten (vgl. Seybold/Hornig, 5. Aufl., § 15 BNotO, Rd.-Nr. 96 für den – insoweit gleichgelagerten – Fall der Beschwerde nach § 15 Abs. 1 BNotO). Zudem muß nach § 29 Abs. 1 S. 2 FGG, wenn die weitere Beschwerde durch Einreichung einer Beschwerdeschrift eingelegt wird, diese Schrift von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Die Vertretung des Bf. durch einen Notar genügt nach § 29 Abs. 1 S. 3 FGG nur, wenn dieser in der Angelegenheit für den Bf. einen Antrag bei dem Gericht erster Instanz gestellt hat. Diese Voraussetzung ist hier nicht erfüllt.

Der Formmangel kann in den Fällen des § 29 FGG indes durch Nachreichung einer formgerechten Beschwerdeschrift geheilt werden (vgl. Keidel/Kuntze/Winkler, Teil A, 12. Aufl. 1987, § 29 FGG, Rd.-Nr. 36). Dies ist hier durch den Schriftsatz der jetzigen Verfahrensbevollmächtigten der Bf. geschehen.

2. In der Sache bleibt die weitere Beschwerde ohne Erfolg. Die Entscheidung des LG beruht nicht auf einer Verletzung des Gesetzes, §§ 54 Abs. 2 S. 1 BeurkG; 27 FGG; 550 ZPO.

a) Es begegnet keinen rechtlichen Bedenken, daß das LG die Erstbeschwerde als Rechtsbehelf nach § 54 BeurkG angesehen und behandelt hat. Die Bf. wenden sich nicht gegen die Verweigerung einer Beurkundungstätigkeit nach den §§ 20 bis 22 BNotO, gegen die die Beschwerde nach § 15 BNotO gegeben ist, sondern gegen eine Entscheidung, die der Notar nach der Beurkundung getroffen hat. Die Verweigerung der Herausgabe einer Urkunde durch den Notar kann im Beschwerdeverfahren nach § 54 BeurkG angefochten werden (vgl. Huhn/v. Schuckmann, § 45 BeurkG, Rd.-Nr. 12; Keidel/Kuntze/Winkler, § 45 BeurkG, Rd.-Nr. 11).

b) Der Notar hat es zu Recht abgelehnt, dem Antrag der Bf. entsprechend die Urschrift des Erbvertrages an sie herauszugeben oder zu vernichten.

Die Voraussetzungen, unter denen nach § 45 Abs. 1 S. 1 BeurkG die Aushändigung einer Urschrift erfolgen kann, liegen nicht vor. Nach dieser Vorschrift soll die Urschrift einer Niederschrift nur ausgehändigt werden, wenn dargelegt wird, daß sie im Ausland verwendet werden soll und sämtliche Personen zustimmen, die eine Ausfertigung verlangen können. Daß die Urschrift des Erbvertrages vom 7. 6. 1972 zur Verwendung im Ausland benötigt werde, machen die Bf. nicht geltend. Wie das LG zutreffend dargelegt hat, könnte durch die Anwendung von § 45 Abs. 1 BeurkG ihrem Begehren auch nicht Rechnung getragen werden, weil der Notar im Falle der Herausgabe der Urschrift nach dieser Vorschrift gem. § 45 Abs. 1 S. 2 und 3 BeurkG eine Ausfertigung der Urkunde zurückbehalten soll, die an die Stelle der Urschrift tritt.

Einer Herausgabe der Urschrift des Erbvertrages wie ihrer Vernichtung steht § 25 Abs. 2 BNotO entgegen. Die Vorschrift bestimmt, daß ein Erbvertrag in der Verwahrung des Notars verbleibt, wenn die Beteiligten die besondere amtliche Verwahrung (nach § 2277 BGB) ausgeschlossen haben, und daß die Urkunde nach dem Eintritt des Erbfalls von dem Notar an das Nachlaßgericht abzuliefern ist. Diese eindeutige gesetzliche Regelung schließt nach ganz herrschender und richtiger Ansicht (vgl. OLG Hamm Rpfleger 1974, 157 = DNotZ 1974, 460; Erman/Hense, 7. Aufl., § 2277 BGB, Rd.-Nr. 1; Keidel/Kuntze/Winkler, § 34 BeurkG, Rd.-Nr. 17; MünchKommMusielak, § 2277 BGB, Rd.-Nr. 9; Palandt/Edenhofer, 48. Aufl., § 2277 BGB, Anm. 2b; Soergel/Wolf, 11. Aufl., § 2277 BGB, Rd.-Nr. 7; Staudinger/Kanzleiter, 12. Aufl., § 2300 BGB, Rd.-Nr. 4;

Steffen, AgrarR 1974, 274; zur entsprechenden Rechtslage vor Inkrafttreten der BNotO vgl. auch KGJ 29, A 78, 79 f.; OLG Königsberg SeuffArch. 71, 164; OLG Stuttgart, Recht 1918 Nr. 386; KG DNotZ 1938, 450, 451) eine Herausgabe der Urschrift des Erbvertrages an die Beteiligten – vom hier nicht gegebenen Fall des § 45 Abs. 1 S. 1 BeurkG abgesehen – aus, und zwar auch dann, wenn die Vertragschließenden den Erbvertrag inzwischen nach § 2290 Abs. 1 und 4 BGB oder – wie im Streitfall entsprechend der Behauptung der Bf. mangels gegenteiliger tatrichterlicher Feststellungen für das Verfahren der weiteren Beschwerde zu unterstellen ist – durch ein gemeinschaftliches Testament nach § 2292 BGB aufgehoben haben. Die gegenteilige Auffassung wird, soweit ersichtlich, lediglich von Kersten/Bühling/Faßbender, Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 19. Aufl., 2. Halbbd. 1987, § 105, Rd.-Nr. 864) sowie von Huhn/v. Schuckmann, § 34 BeurkG, Rd.-Nr. 18) vertreten. Huhn/v. Schuckmann führen – ohne nähere Begründung – aus, wenn die Beteiligten den Wunsch äußerten, die Urkunde über einen aufgehobenen Vertrag zur Vermeidung unerwünschter Folgen zurückzuerhalten, sei dem Notar die Möglichkeit einzuräumen, die Urkunde gegen Aufnahme eines entsprechenden, den Wunsch der Bet. dokumentierenden Vermerks auszuhändigen, wenn er sich davon überzeugen könne, daß der Vertrag ohne Zweifel wirksam aufgehoben ist. Sofern diese Auffassung – was angesichts der von Huhn/v. Schuckmann gewählten Formulierung („ist dem Notar die Möglichkeit einzuräumen . . .“) nicht zweifelsfrei sein mag – auf die Rechtslage de lege lata und nicht de lege ferenda bezogen ist, vermag ihr der Senat nicht zuzustimmen. Sie findet in Wortlaut und Sinn des § 25 Abs. 2 BNotO keine Stütze. Entsprechendes gilt für die von Faßbender nur durch den nicht näher ausgeführten Hinweis auf das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung begründete Auffassung, der Notar werde die Urschrift eines vollständig aufgehobenen Erbvertrages auf Verlangen der Bet. herausgeben, damit der Vertragsschluß ungeschehen gemacht werden könne. Nach dem Wortlaut des § 25 Abs. 2 BNotO ist die Verpflichtung des Notars, den vor ihm abgeschlossenen Erbvertrag, sofern der Vertrag nicht in amtliche Verwahrung genommen wird, selbst zu verwahren und nach Eintritt des Erbfalls an das Nachlaßgericht abzuliefern, nicht auf den Fall beschränkt, daß der Erbvertrag in Kraft bleibt. Der Notar hat auch aufgehobene Erbverträge zu verwahren und nach Eintritt des Erbfalls dem Nachlaßgericht zu übermitteln. Aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift ergibt sich nichts anderes.

Die gesetzliche Regelung, daß ein Erbvertrag entweder in der (einfachen) amtlichen Verwahrung des Notars bleiben oder in die besondere amtliche Verwahrung des Gerichts gegeben werden muß, dient dem Zweck, die Urkunde vor Verfälschungen und Verlust zu bewahren und die spätere Eröffnung nach dem Tode des Erblassers sicherzustellen (vgl. OLG Hamm, a.a.O.). Die in § 45 Abs. 1 BeurkG normierte Ausnahme von der Verpflichtung, die Urschrift zu verwahren, die bei einem Erbvertrag regelmäßig nur dann gegeben sein wird, wenn er – zulässigerweise (vgl. §§ 2276 Abs. 2 BGB; 34 Abs. 2 BeurkG sowie Palandt/Edenhofer, § 2278 BGB, Anm. 2c m. w. N.) – zugleich vertragsmäßige Abmachungen unter Lebenden enthält, steht dieser Zweckbestimmung nicht entgegen. Denn dem Verlust wie dem Verfälschungsrisiko wird im Falle der Herausgabe der Urschrift eines Erbvertrages nach § 45 Abs. 1 S. 1 BeurkG dadurch vorgebeugt, daß der Notar eine Ausfertigung der Urkunde zurückbehält (§ 45 Abs. 1 S. 2 BeurkG), die an die Stelle der Urschrift tritt (§ 45 Abs. 1 S. 3 BeurkG) und daher gem. § 25 Abs. 2 S. 2 BNotO nach Eintritt des Erbfalls an das Nachlaßgericht abzuliefern ist.

Der vorstehend dargestellte Zweck der Vorschrift entfällt nicht, wenn an den Notar die Bitte um Herausgabe der Urkunde verbunden mit der Behauptung herangetragen wird, der Erbvertrag sei zwischenzeitlich aufgehoben worden. Durch eine dieser Bitte entsprechende Herausgabe an die Bet. würde der Erbvertrag außer Kraft gesetzt. Nur ein vor einem Notar oder nach § 2249 BGB als Nottestament errichtetes Testament gilt nach § 2256 Abs. 1 BGB als widerrufen, wenn es auf Verlan-

gen des Erblassers aus der besonderen amtlichen Verwahrung zurückgegeben wird. Auf einen Erbvertrag, dessen Aufhebung in den §§ 2290 ff. BGB abschließend geregelt ist, ist die Vorschrift des § 2256 Abs. 1 BGB schon für den Fall der Rückgabe aus der besonderen amtlichen Verwahrung – in die einfache Verwahrung des Notars – nicht anwendbar (vgl. OLG Königsberg SeuffArch. 71, 164; KG DNotZ 1938, 450, 451; OLG Hamm Rpfleger 1974, 157; MünchKomm/Burckart, § 2256 BGB, Rd.-Nr. 2; Erman/Hense, § 2256 BGB, Rd.-Nr. 9; Palandt/Edenhofer, § 2256 BGB, Anm. 1, und § 2277 BGB, Anm. 2b; Soergel/Harder, § 2256 BGB, Rd.-Nr. 10; Staudinger/Firsching, § 2256 BGB, Rd.-Nr. 4). Auch die Rückgabe eines Erbvertrages aus der einfachen Verwahrung des Notars führt nicht zur Aufhebung des Vertrages. Ein vom Notar herausgegebener Erbvertrag bliebe daher in Kraft, wenn die dem Notar bei Begründung des Herausgabeverlangens vorgetragene Aufhebung – etwa wegen eines Formmangels des die Aufhebung nach § 2292 BGB enthaltenen gemeinschaftlichen Testaments – nicht wirksam geworden ist. Die Prüfung und Klärung der Frage, ob ein Erbvertrag wirksam aufgehoben ist, obliegt – nach dem Tode des Erblassers – dem Nachlaßgericht und gegebenenfalls dem Prozeßrichter. Diese Prüfung ist nicht Aufgabe des Notars. Ihm wird auch regelmäßig die Möglichkeit fehlen, mit hinreichender Sicherheit festzustellen, ob eine rechtswirksame Aufhebung des Erbvertrages vollzogen worden ist (vgl. OLG Hamm Rpfleger 1974, 157 = DNotZ 1974, 460). Deshalb entfällt der Zweck des § 25 Abs. 2 BNotO, dem Verlust und der Verfälschung des Erbvertrages vorzubeugen und seine Eröffnung durch das Nachlaßgericht sicherzustellen, nicht schon dann, wenn dem Notar gegenüber seine Aufhebung geltend gemacht wird.

Der Schutzzweck des § 25 Abs. 2 BNotO entfällt zudem selbst bei einem zweifelsfrei wirksam aufgehobenen Erbvertrag nicht, weil er durch eine – jederzeit mögliche – vertragsmäßige Aufhebung des Aufhebungsvertrages oder des den Erbvertrag aufhebenden gemeinschaftlichen Testaments mit seinem ursprünglichen Inhalt wieder in Kraft gesetzt werden kann (vgl. Erman/Hense, § 2290 BGB, Rd.-Nr. 4; MünchKomm/Musielak, § 2290 BGB, Rd.-Nr. 9; Palandt/Edenhofer, § 2290 BGB, Anm. 4; Soergel/Wolf, § 2290 BGB, Rd.-Nr. 10; Staudinger/Kanzleiter, § 2290 BGB, Rd.-Nr. 19). Im Hinblick auf diese Möglichkeit besteht daher das von § 25 Abs. 2 BNotO geschützte Interesse, die Urkunde vor Verfälschung und Verlust zu schützen, auch nach einer wirksamen Aufhebung des Erbvertrages fort. Sofern – wie hier – nicht die Voraussetzungen des § 45 Abs. 1 BeurkG gegeben sind, ist daher wegen dieses fortbestehenden Interesses die Herausgabe der Urschrift des Erbvertrages an die Bet. ebenso ausgeschlossen wie die Vernichtung der Urkunde.

c) Das vorstehend wiedergegebene Ergebnis begegnet entgegen der Auffassung der Bf. keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

Darin, daß die Verwahrung eines Erbvertrages gesetzlich anders geregelt ist als die eines – auf Wunsch des Erblassers jederzeit aus amtlicher Verwahrung herauszugebenden (§ 2256 BGB) – Testaments, liegt kein Verstoß gegen den Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG). Art. 3 Abs. 1 GG gebietet, Gleiches gleich und Ungleiches seiner Eigenart entsprechend verschieden zu behandeln (vgl. BVerfGE 42, 64, 72; 71, 255, 271). Dabei ist es grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, diejenigen Sachverhalte auszuwählen, an die er dieselbe oder eine abweichende Rechtsfolge knüpft, die er also im Rechtssinne als gleich oder ungleich ansehen will (vgl. BVerfGE 50, 57, 77; 71, 255, 271; 75, 108, 157; 76, 256, 330). Der Gleichheitssatz ist (nur) verletzt, wenn sich ein vernünftiger, aus der Natur der Sache folgender oder sonstwie einleuchtender Grund für die vom Gesetzgeber vorgenommene Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden läßt (vgl. BVerfGE 55, 114, 128; 71, 255, 271; 76, 256, 329). Das BVerfG kann nur die Einhaltung dieser äußersten Grenzen der gesetzgeberischen Freiheit nachprüfen, nicht aber, ob der Gesetzgeber im Einzelfall die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung gefunden hat (vgl. BVerfGE 26, 302, 310; 31, 119, 130; 50, 57, 77; 71, 255, 271;

76, 256, 330). Entsprechend ist die Vorprüfung durch die Fachgerichte nach Art. 100 Abs. 1 GG begrenzt.

Der Gesetzgeber stellt mit dem Erbvertrag und dem gemeinschaftlichen Testament unterschiedliche Formen der Regelung der Erbfolge zur Verfügung. Es ist daher im Ausgangspunkt unbedenklich, daß er diese unterschiedlichen Formen auch verschieden ausgestaltet. Es fehlt auch nicht an einem einleuchtenden Grund dafür, daß das Gesetz dem Verfälschungsrisiko nur bei einem Erbvertrag, nicht aber bei einem Testament dadurch vorbeugt, daß die Verwahrung der Urkunde bis zum Eintritt des Erbfalls vorgeschrieben ist. Gem. § 34 Abs. 1 S. 4 BeurkG soll der Notar veranlassen, daß ein vor ihm errichtetes Testament unverzüglich in besondere amtliche Verwahrung gegeben wird. Aus dieser Verwahrung ist das Testament zwar auf Verlangen des Erblassers jederzeit zurückzugeben, § 2256 Abs. 2 BGB. Die Herausgabe des Testaments hat indes die Wirkung, daß das Testament als widerrufen gilt (§ 2256 Abs. 1 S. 1 BGB), so daß die Gefahr einer Verfälschung nach Rückgabe, der vorzubeugen wäre, beim notariellen Testament nicht besteht. Ein nach § 2248 BGB in besondere amtliche Verwahrung gegebenes privatschriftliches Testament ist zwar auf Verlangen jederzeit zurückzugeben, ohne daß seine Wirksamkeit durch diese Rückgabe berührt wird (§ 2256 Abs. 2 und 3 BGB). Bei ihm wird das Verfälschungsrisiko indes dadurch gemindert, daß es vom Erblasser bzw. im Fall des gemeinschaftlichen Testaments von Eheleuten durch einen der Ehegatten in seinem vollen Wortlaut handschriftlich abgefaßt sein muß, §§ 2247, 2267 BGB.

Auch das durch Art. 1 Abs. 1; 2 Abs. 1 GG gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner Ausprägung als sogenanntes Recht auf informationelle Selbstbestimmung wird durch § 25 Abs. 2 BNotO nicht verletzt. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht umfaßt in dieser Ausprägung die Befugnis des einzelnen, über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten selbst zu bestimmen (vgl. BVerfGE 65, 1, 41 ff.; BVerfGE NJW 1988, 2031). Es schließt daher nicht aus, daß eine von dem Betroffenen selbst zu bestimmter Verwendung abgegebene Erklärung dieser Verwendung auch zugeführt wird. Mit dem Abschluß des Erbvertrages unter der Geltung des § 25 Abs. 2 BNotO haben die Bf. in die Verwahrung der Urkunde durch den Notar zum Zwecke ihrer späteren Übergabe an das Nachlaßgericht eingewilligt. Darin, daß die Urkunde später dem Nachlaßgericht bekanntgegeben werden solle, damit dieses die abgegebenen Erklärungen seinen gegebenenfalls zu treffenden Entscheidungen – etwa über die Erteilung eines Erbscheins – zugrundelegt, liegt gerade ein Zweck des Abschlusses eines Erbvertrages.

Es kann dahinstehen, ob der Gesetzgeber infolge der Gewährleistung des Erbrechts (Art. 14 Abs. 1 GG), die das Recht einschließt, sein Vermögen zu vererben, i. V. m. dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung gehalten ist, eine Form wirksamer letztwilliger Anordnungen zur Verfügung zu stellen, die nicht in amtliche Verwahrung zu nehmen sind und deshalb vom Erblasser bei einem Sinneswandel jederzeit vernichtet werden können. Denn eine derartige Möglichkeit steht mit der Form des – auch gemeinschaftlichen – Testaments zur Verfügung. Eheleuten, die gemeinsame – gegebenenfalls beide bindende – Verfügungen von Todes wegen treffen wollen, steht die Wahl zwischen dem Abschluß eines Erbvertrages und der Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments frei. Entschließen sie sich zum Abschluß eines Erbvertrages, so werden sie nicht dadurch in ihren Selbstbestimmungsrecht beeinträchtigt, daß dieser Vertrag anders als ein Testament, dessen Errichtung sie auch hätten wählen können, nach der gesetzlichen Regelung in die Verwahrung des Notars zu nehmen und dort zu belassen ist.

Da der Senat somit die Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Regelung bejaht, kommt eine Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG an das BVerfG nicht in Betracht.

(Vgl. zu dieser Entscheidung die Besprechung von Faßbender, Zur Vernichtbarkeit eines aufgehobenen Erbvertrages, Mitt-RhNotK 1989, 125 ff.)

11. Erbrecht/Notarrecht – Herausgabe eines aufgehobenen Erbvertrages

(BVerfG, Beschluß vom 6. 4. 1989 – 1 BvR 337/89 – mitgeteilt vom Notar Dr. Anton Moll, Jülich)

GG Art. 14; 6; 3; 2
BNotO § 25

Die Bestimmung des § 25 Abs. 2 BNotO, die den Notar zur Verwahrung und Ablieferung auch aufgehobener Erbverträge verpflichtet, ist verfassungsgemäß.

(Leitsatz nicht amtlich)

Aus den Gründen:

1. Die Rüge der Bf., § 25 Abs. 2 BNotO und die darauf gestützte angegriffene Entscheidung verletzen ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht in seiner Ausprägung als Recht auf informationelle Selbstbestimmung, geht fehl. Soweit der Abschluß eines notariellen Vertrages zur Preisgabe persönlicher Daten führt, ist das die Folge der freiwilligen Wahl dieses rechtsgeschäftlichen Gestaltungsmittels durch die Vertragspartner. Den Ausführungen der angegriffenen Entscheidung ist insoweit nichts hinzuzufügen.

2. Art. 14 Abs. 1 GG ist nicht verletzt. Die Verfügungsbefugnis der Bf. über den Tod hinaus als solche wird durch die Notwendigkeit, eine von dem Gesetzgeber vorgeschriebene Form zu wählen, nicht berührt.

3. Art. 6 Abs. 1 GG gibt dem einzelnen ein Abwehrrecht gegen störende und schädigende Eingriffe des Staates in seine Familie (vgl. BVerfGE 6, 386, 388). § 25 Abs. 2 BNotO ist keine ehe- und familienbezogene Regelung. Die Vorschrift regelt vielmehr die Pflichten des Notars, wenn ein Erbvertrag in seine Verwahrung gegeben wird. Auch der Erbvertrag als solcher ist keine Form der Verfügung von Todes wegen, die speziell auf Ehepaare zugeschnitten wäre. Die Beschwerdeführer haben die Ursache für die nun von Ihnen gefürchteten Auswirkungen des Erbvertrages auf das Verhältnis ihrer Kinder untereinander sowohl durch die Wahl des Mittels (Erbvertrag statt Testament) als auch durch den Inhalt des Vertrages selbst gesetzt. In der gesetzlichen Regelung, daß das darüber errichtete Dokument aufzubewahren ist, liegt kein Eingriff in den Schutzbereich der Familie.

4. Eine Verletzung von Art. 3 GG ist ebenfalls nicht ersichtlich. Dies hat das Gericht in der angegriffenen Entscheidung mit überzeugenden Gründen dargelegt.

(Vgl. zu dieser Entscheidung die Besprechung von Faßbender, Zur Vernichtbarkeit eines aufgehobenen Erbvertrages, Mitt-RhNotK 1989, 125 ff.)

12. Erbrecht/Notarrecht – Herausgabe eines aufgehobenen Erbvertrages

(OLG Hamm, Beschluß vom 4. 4. 1989 – 15 W 457/88 – mitgeteilt von Notar Dr. Hermann Josef Faßbender, Alsdorf)

BeurkG §§ 34; 45
BNotO §§ 25; 51
BGB § 2277

Hat das AG einen Erbvertrag in amtliche Verwahrung genommen, können die Beteiligten nach dessen Aufhebung vom AG nicht die Herausgabe der Urschrift verlangen. Offen bleibt, ob dies auch bei Verwahrung des Erbvertrages durch den Urkundsnotar gilt.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Die Bet. haben 1964 vor dem inzwischen verstorbenen Notar einen Erbvertrag geschlossen, der von dem AG in amtliche Verwahrung genommen worden ist. Ein Ergänzungserbvertrag der Bet. aus dem Jahr 1981

ist ebenfalls in amtliche Verwahrung genommen worden. Die Bet. haben sodann einen weiteren Erbvertrag geschlossen, in dem sie die beiden erwähnten früheren Erbverträge aufgehoben haben.

Die Bet. haben bei dem AG den Antrag gestellt, ihnen die Erbverträge aus den Jahren 1964 und 1981 aus der amtlichen Verwahrung auszuhandigen. Diesen Antrag hat der Notar an das AG weitergeleitet und zur näheren Begründung ausgeführt, daß den Bet. nach der zweifelsfreien Aufhebung ihrer früheren Erbverträge das Recht eingeräumt werden müsse, diese Urkunden aus der amtlichen Verwahrung zurückzunehmen. Es sei davon auszugehen, daß der Urkundsnotar auf der Grundlage des verfassungsrechtlich geschützten Rechtes der informationellen Selbstbestimmung die von ihm verwahrte Urkunde an die Vertragsschließenden nach vollständiger Aufhebung des Erbvertrages auszuhandigen habe. Diese Entscheidung müsse anstelle des verstorbenen Notars das Nachlaßgericht treffen. Die Bet. legten besonderen Wert darauf zu vermeiden, daß der Inhalt ihrer aufgehobenen Erbverträge durch Verbleib in den Gerichtsakten und spätere Eröffnung als Verfügung von Todes wegen bekannt werde.

Der Rechtspfleger des AG hat den Antrag zurückgewiesen. Hiergegen haben die Bet. Beschwerde eingelegt, der der Rechtspfleger und der Richter des AG nicht abgeholfen haben. Das LG hat die Beschwerde zurückgewiesen.

Hiergegen richtet sich die bei dem OLG eingelegte weitere Beschwerde der Bet.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist nach § 27 FGG statthaft und gem. § 29 Abs. 1 S. 3 FGG formgerecht eingelegt.

In der Sache bleibt das Rechtsmittel indessen ohne Erfolg, weil die Entscheidung des LG nicht auf einer Verletzung des Gesetzes beruht (§ 27 FGG).

Das LG hat zutreffend ausgeführt, daß die Vorschriften über die Verwahrung beurkundeter Erbverträge eine Herausgabe der in amtlicher Verwahrung befindlichen Urschriften an die Vertragsschließenden nicht zulassen. Erbverträge, deren amtliche Verwahrung die Vertragsschließenden nach § 34 Abs. 2 BeurkG ausgeschlossen haben, sind nach näherer Maßgabe der §§ 25 Abs. 2 BNotO; 16 DNot in der Urkundensammlung des Notars zu verwahren. Schließen die Vertragsparteien in zulässiger Weise nachträglich die amtliche Verwahrung aus, kann die Urschrift des Erbvertrages nur entweder offen bei den Gerichtsakten weiterverwahrt oder in die Verwahrung durch den Urkundsnotar zurückgegeben werden. Diese Auffassung des LG stützt sich auf die Entscheidung des Senats (FamRZ 1974, 391 = DNotZ 1974, 460). Sie entspricht der einhelligen Auffassung in der Lit. (Staudinger/Kanzleiter, 12. Aufl., § 2277 BGB, Rd.-Nr. 3; MünchKomm/Musielak, § 2277 BGB, Rd.-Nr. 9; Soergel/Wolf, 11. Aufl., § 2277 BGB, Rd.-Nr. 7; RGRK/Johannsen, 12. Aufl., § 2277 BGB, Rd.-Nr. 4; Dittmann/Reimann/Bengel, Testament und Erbvertrag, 2. Aufl., § 34 BeurkG, Rd.-Nr. 24; Firsching, Nachlaßrecht, 6. Aufl., 107; Keidel/Kuntze/Winkler, FG, 12. Aufl., § 34 BeurkG, Rd.-Nr. 14).

An dieser Auffassung hält der Senat fest. Entgegen der Ansicht der weiteren Beschwerde bietet die vorliegende Fallgestaltung keinen Anlaß zu einer abweichenden Beurteilung. Dabel braucht der Senat keine Entscheidung zu der Rechtsfrage zu treffen, inwieweit ein Notar, in dessen Verwahrung sich die Urschrift eines Erbvertrages befindet, über den Wortlaut des § 45 Abs. 1 BeurkG hinaus berechtigt oder verpflichtet ist, den Vertragsschließenden nach Aufhebung des Erbvertrages die Urschrift aus seiner Urkundensammlung auszuhändigen. Der Umstand, daß der Notar, der den Erbvertrag der Bet. aus dem Jahr 1964 beurkundet hat, verstorben ist, steht der Herbeiführung einer Entscheidung über die Aushändigung dieses Erbvertrages nicht entgegen. Gem. § 51 Abs. 1 BNotO ist zur Verwahrung seiner Urkunden entweder das AG, in dem der verstorbene Notar seinen Amtssitz hatte, oder ein anderer Notar zuständig, dem der Präsident des OLG die Verwahrung der Akten und Bücher übertragen hat. Dem AG oder dem vom Präsidenten des OLG dazu berufenen Notar obliegt es daher zunächst, die Urschrift des Erbvertrages aus dem Jahr 1964 zu der Urkundensammlung des verstorbenen Notars zu nehmen, wenn die Bet. nunmehr nachträglich die amtliche Verwahrung gem. § 34 Abs. 2 BeurkG ausschließen. In die Zuständigkeit des

AG bzw. des dazu berufenen Notars als Aktenverwahrungsstelle fällt jedoch auch die Entscheidung über die Aushändigung der Urschrift einer Urkunde gem. § 45 BeurkG (Seybold/Hornig, 5. Aufl., § 51 BNotO, Rd.-Nr. 27). Darin liegt der Kern des Anliegens der Bet., über das in dem dafür vorgesehenen Verfahrensgang zu entscheiden ist. Der Senat hat bereits in seinem oben erwähnten Beschluß darauf hingewiesen, daß die unter Umständen schwierige Feststellung einer in jeder Hinsicht wirksamen Aufhebung früherer Erbverträge durch einen späteren Erbvertrag nach § 2290 BGB nicht zu dem der Verwahrungsstelle zugewiesenen Aufgabenbereich gehört.

(Vgl. zu dieser Entscheidung die Besprechung von Faßbender, Zur Vernichtbarkeit eines aufgehobenen Erbvertrages, MittRhNotK 1989, 125 ff.)

13. Kostenrecht – Vollzugsgebühr neben Hebegebühr

(OLG Frankfurt, Beschluß vom 27. 4. 1989 – 20 W 73/89 – mitgeteilt von Vors. Richter am OLG Dr. Adolf Pentz, Kronberg)

KostO §§ 146; 149

Neben der Hebegebühr des § 149 KostO fällt eine Vollzugsgebühr nach § 146 KostO an, wenn lastenfreie Übergabe des veräußerten Grundstücks vereinbart worden ist und der Notar Lösungsunterlagen beschafft.

Zum Sachverhalt:

Für die den Gegenstand dieses Verfahrens bildenden Beurkundungen (Erwerb lastenfrei zu übergebender Grundstücke) hat der Notar neben der Hebegebühr des § 149 KostO (Kaufpreiszahlung auf Notaranderkonto) eine $\frac{1}{10}$ -Gebühr nach § 146 KostO dafür erhoben, daß er für wegzufertigende Belastungen Lösungsunterlagen angefordert hat, die die Gläubiger ihm jeweils mit der Auflage übersandt haben, erst nach Überweisung der ihnen zustehenden Forderung über diese Unterlagen zu verfügen.

Die Notaraufsicht meint, bei dieser Tätigkeit handele es sich um eine durch die Hebegebühr des § 149 KostO mit abgeleitete Vollzugstätigkeit, da sie in erster Linie die Voraussetzungen für die Auskehrung des auf dem Notaranderkonto befindlichen Kaufpreises schaffen sollte. Die weisungsgemäß erhobene Beschwerde des Notars hat das LG zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Anweisungsbeschwerde des Notars.

Aus den Gründen:

Die zulässige weitere Beschwerde hat keinen Erfolg.

Da der Notar für die ihm von den Gläubigern erteilte Weisung, über die Lösungsunterlagen erst nach Erfüllung ihrer Forderung zu verfügen, keine Treuhandgebühr nach § 147 KostO in Rechnung stellt (vgl. dazu KG JurBüro 1975, 213 = DNotZ 1975, 752; OLG Köln JurBüro 1984, 271 = MittRhNotK 1984, 29; Mümmler, JurBüro 1985, 363), ist Gegenstand der weiteren Beschwerde allein die Rechtsfrage, ob für die Anforderung von Lösungsunterlagen neben der Hebegebühr des § 149 KostO eine Vollzugsgebühr nach § 146 KostO anfällt. Das ist bei den hier zu prüfenden Beurkundungen der Fall.

Wird der Notar bei der Veräußerung von Grundstücken auf Verlangen der Bet. zu Zwecken des Vollzugs des Geschäfts tätig, so erhält er nach § 146 KostO eine $\frac{1}{10}$ -Gebühr. Damit enthält § 146 KostO eine Sondervorschrift gegenüber der allgemeinen Vorschrift des § 35 KostO, nach der die für ein Geschäft bestimmte Gebühr auch die Nebengeschäfte einschließt (Rohs/Wedewer, 3. Aufl., § 146 KostO, Rd.-Nr. 4). Sie entsteht nur, wenn der Notar aktiv handelt und nicht nur eine Erklärung oder Unterlage in Empfang nimmt. Hier haben die Vertragsbeteiligten den Notar ausdrücklich beauftragt, die Lösungsunterlagen zu beschaffen. Aber auch wenn keine ausdrückliche Erklärung vorläge, kann davon ausgegangen werden, daß die

Beteiligten bei Grundstücksveräußerungen den Notar ermächtigen wollten, zum Zwecke des Vollzugs des Geschäfts tätig zu werden (Rohs/Wedewer, § 146 KostO, Rd.-Nr. 11; Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, 11. Aufl., § 146 KostO, Rd.-Nr. 10).

Die Beseitigung von Lasten, die auf dem veräußerten Grundstück ruhen, ist jedenfalls dann eine Vollzugstätigkeit, wenn nach dem Vertragsinhalt das Grundstück lastenfrei zu übergeben ist (Rohs/Wedewer, § 146 KostO, Rd.-Nr. 30; OLG Hamm JurBüro 1965, 305; LG Darmstadt JurBüro 1984, 749 m. zust. Anm., Mümmler; OLG Düsseldorf JurBüro 1985, 1230; JurBüro 1988, 82 = DNotZ 1988, 74 und JurBüro 1988, 1205 mit zust. Anm. Mümmler = MittRhNotK 1988, 213). Wenn Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, § 146 KostO, Rd.-Nr. 26 meinen, eine solche Tätigkeit diene nicht unmittelbar dem beurkundenden Veräußerungsgeschäft, vermag der Senat dem jedenfalls dann nicht zu folgen, wenn die Beteiligten ausdrücklich eine lastenfreie Grundstücksübergabe vereinbart haben. Ohne Löschungsbewilligungen kann dann eine vertragsgemäß lastenfreie Umschreibung nicht erfolgen. Ohne einen Auftrag kann der Notar auch Lösungsunterlagen weder einholen noch beschaffen. Dementsprechend hat der beschließende Senat in st. Rspr. (etwa JurBüro 1985, 1391) in Übereinstimmung mit der Rspr. des OLG Düsseldorf (JurBüro 1988, 82 = DNotZ 1988, 453 und JurBüro 1988, 1205 = MittRhNotK 1988, 213) die Gebühr des § 146 KostO neben einer Hebegebühr nach § 149 KostO zugewilligt.

Ohne sich hierbei mit der Vorschrift des § 146 KostO zu befassen, vertritt das OLG Köln (JurBüro 1984, 271 = MittRhNotK 1984, 29; DNotZ 1987, 183 = MittRhNotK 1987, 183 und JurBüro 1988, 83) die Ansicht, neben der Gebühr des § 149 KostO sei eine gesonderte Vergütung für die Beschaffung und Verwahrung von Lösungsunterlagen nicht gerechtfertigt, weil dieser Tätigkeit keine selbständige Bedeutung gegenüber dem Kaufpreishinterlegungsgeschäft zukomme. Solange der Kaufgegenstand nicht lastenfrei gestellt worden sei, trete keine Auszahlungsreife ein.

Dem Wesen des Verwahrungsgeschäfts sei es auch nicht fremd, daß der Notar im Rahmen der Ausführung eines Geschäfts auch zu Dritten in Beziehung trete und auch diese ihm Weisungen erteilen. Im Ergebnis der gleichen Meinung sind auch das OLG Hamm JurBüro 1965, 305; KG JurBüro 1975, 213 = DNotZ 1975, 752; OLG Oldenburg JurBüro 1984, 272 mit zust. Anm. Mümmler; OLG Oldenburg JurBüro 1986, 430. Dabei darf nicht übersehen werden, daß in diesen Entscheidungen geprüft worden ist, ob neben der Gebühr des § 149 KostO auch eine Gebühr des § 147 KostO anfallen kann, was in erster Linie unter dem Gesichtspunkt der Verwahrung und der Befolgung von erteilten Weisungen Dritter geprüft wird; der dabei ebenfalls erwähnten *Beschaffung* von Lösungsunterlagen ist dabei offenbar keine besondere Beachtung geschenkt worden. Der Senat hat deshalb Zweifel, ob diese Entscheidungen zu der von ihm getroffenen Entscheidung in Widerspruch stehen. Es mag zwar sein, daß in zahlreichen Fällen der Notar im Rahmen seiner durch die Hebegebühr des § 149 KostO abgeordneten Verwahrungs- und Auszahlungsverpflichtung Auszahlungen an Grundpfandgläubiger nur gegen Aushändigung von Löschungsbewilligungen vornehmen darf und die Inempfangnahme dieser Lösungsunterlagen deshalb als Nebengeschäft seines Treuhandauftrags zu betrachten ist. Abgesehen davon, daß zwischen Anforderung und Entgegennahme zu unterscheiden ist, kann der Umstand, daß eine Handlung ganz oder teilweise ein Nebengeschäft im Rahmen der durch die Gebühr des § 149 KostO abgeleiteten Tätigkeit ist, nicht ausschließen, daß gleichwohl eine Gebühr nach § 146 KostO erwächst, weil durch diese Bestimmung gerade – abweichend von der Regel – eine Gebühr für ein Nebengeschäft bestimmt worden ist.