

Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer

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

Nr. 5

MittRhNotK

Mai 1991

Ausgewählte Probleme aus dem Bereich der Grundpfandrechte

– Fortsetzung aus MittRhNotK 1991, 69 ff. –
(von Notarassessor Heiner Roemer, Bonn)

B.

Das abstrakte Schuldversprechen in der Grundschuldbestellung

I. Inhalt und Zweck

Grundschuldbestellungsurkunden enthalten in vielen Fällen neben der Eintragungsbewilligung für die Grundschuld und der dinglichen Zwangsvollstreckungsunterwerfung die sog. Übernahme der persönlichen Haftung nebst der diesbezüglichen Zwangsvollstreckungsunterwerfung. Die Vordrucke der Kreditinstitute können dann etwa wie folgt lauten:

„Der Schuldner übernimmt hiermit die persönliche Haftung für den Betrag der Grundschuld nebst Zinsen. Dies gilt schon vor der Eintragung der Grundschuld im Grundbuch und vor der Vollstreckung in das belastete Grundeigentum. Der Schuldner unterwirft sich wegen des vorgenannten Betrages nebst Zinsen der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in ein gesamtes Vermögen.“

Die Übernahme der persönlichen Haftung für den Grundschuldbetrag stellt ein abstraktes Schuldversprechen i. S. d. § 780 BGB dar¹⁰⁹. Anstelle eines abstrakten Schuldversprechens enthalten die Bestellungsurkunden auch vielfach das Anerkenntnis, einen Betrag in Höhe der Grundschuld nebst Zinsen zu schulden. Ob ein abstraktes Schuldanerkenntnis (§ 781 BGB) oder ein abstraktes Schuldversprechen vorliegt, ist im Ergebnis ohne Bedeutung, da beide die gleichen Rechtswirkungen auslösen. Wenn im folgenden daher von dem abstrakten Schuldversprechen die Rede ist, so gilt das Gesagte ebenso für das abstrakte Schuldanerkenntnis.

Das abstrakte Schuldversprechen setzt einen Vertrag voraus, in dessen Rahmen nur die Erteilung des Versprechens selbst der Schriftform bedarf (§ 780 BGB); die Erklärung des Gläubigers ist hingegen formlos gültig¹¹⁰. Die Grundschuldbestellungsurkunde enthält regelmäßig nur das Schuldversprechen, nicht aber die Annahmeerklärung des Gläubigers. In diesem Fall ist das Versprechen als Angebot zum Abschluß eines Vertrages i. S. d. § 780 BGB zu werten, das der Gläubiger durch widerspruchsfreie Entgegennahme der Ausfertigung der notariellen Urkunde oder spätestens dadurch annimmt, daß er aus dem vollstreckbaren Schuldversprechen die Zwangsvollstreckung betreibt¹¹¹. Der Zugang der Annahmeerklärung ist gem. § 151 S. 1 BGB entbehrlich. Das in der Grundschuldurkunde abgegebene Schuldversprechen dient dem Gläubiger als zusätzliche Sicherheit. Zwar besichert es regelmäßig die gleichen Forderungen wie die Grundschuld auch. Anders als die Grundschuld ermöglicht jedoch das vollstreckbare Schuldversprechen eine Zwangsvollstreckung nicht nur in den belasteten Grundbesitz, sondern in das gesamte Vermögen des Schuldners. Der Gläubiger ist damit nicht in jedem Fall auf das langwierige Verfahren nach dem Zwangsversteigerungsgesetz angewiesen, sondern kann auch Befriedigung in sonstiges Schuldnervermögen (z. B. Arbeitseinkommen) suchen. Prakti-

sche Bedeutung kann diese Möglichkeit u. a. in den Fällen erlangen, in denen der Gläubiger wegen eher geringfügiger Darlehensrückstände die Zwangsvollstreckung betreiben möchte¹¹². Geht der Gläubiger aus dem Schuldversprechen vor, so muß der Schuldner das Nichtbestehen der gesicherten (Darlehens-)Forderung, nicht aber der Gläubiger ihr Bestehen beweisen. Einwendungen gegen die gesicherte Forderung und das Schuldversprechen selbst hat der Schuldner im Wege der Vollstreckungsgegenklage vorzubringen. Hat sich der Schuldner wegen des Anspruchs aus dem Schuldversprechen der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen, so erlangt der Gläubiger folglich eine schnelle Zugriffsmöglichkeit auf das gesamte Vermögen des Schuldners. Ebenso wie bei der Grundschuld, so stellt auch bei dem abstrakten Schuldversprechen der Sicherungsvertrag die Verbindung zwischen Sicherungsmittel (Schuldversprechen) und gesicherter Forderung her¹¹³. Der Verpflichtung des Grundschuldgläubigers, die Grundschuld nach Erledigung des Sicherungszwecks zurückzugewähren, entspricht die Pflicht des Versprechensempfängers zum Verzicht auf die Rechte aus dem Schuldversprechen.

II. Verhältnis des abstrakten Schuldversprechens zur Grundschuld – gegenständliche Erweiterung oder betragsmäßige Verdoppelung der Haftung?

Wie bereits ausgeführt, besichert das in der Bestellungsurkunde enthaltene Schuldversprechen regelmäßig die gleichen Forderungen, zu deren Sicherheit auch die Grundschuld bestellt worden ist. Das Verhältnis des abstrakten Schuldversprechens zur Grundschuld, insbesondere die Auswirkung der Vollstreckung aus der Grundschuld auf das abstrakte Schuldversprechen, ist in letzter Zeit Gegenstand zunehmender Diskussion in Rechtsprechung und Literatur geworden. Betreibt der Gläubiger die Zwangsvollstreckung aus der Grundschuld, so soll nach der neueren 781 BGB) oder ein abstraktes Schuldversprechen vorliegt, ist im Rechtsprechung die Zwangsvollstreckung aus dem Schuldversprechen im Umfang der Befriedigung aus der Grundschuld unzulässig werden, und zwar auch dann, wenn Grundschuld und Schuldversprechen als Sicherheit für alle Forderungen des Gläubigers gegen den Schuldner aus der gegenseitigen Geschäftsbeziehung dienen und Forderungen hieraus noch fortbestehen.

Im Fall der Entscheidung des III. Zivilsenats des BGH vom 3.12.1987¹¹⁴ hatte der Kläger eine Grundschuld von 45.000,- DM nebst 10 % Jahreszinsen bestellt und anerkannt, der beklagten Bank und Grundschuldgläubigerin einen Betrag in eben dieser Höhe zu schulden. Der Kläger unterwarf sich in der Bestellungsurkunde wegen der Ansprüche aus der Grundschuld und dem Schuldanerkenntnis der sofortigen Zwangsvollstreckung. Grundschuld und Schuldanerkenntnis dienten nach der Zweckerklärung zur Sicherung aller gegenwärtigen und künftigen Forderungen der Bank gegen den Kläger. Die Bank bezifferte ihre Forderung mit 200.000,- DM und trat wegen der Grundschuld dem von einem anderen Gläubiger

109 BGH DNotZ 1958, 579; NJW 1976, 567; 1985, 1831 f.; OLG Hamm DNotZ 1987, 500.

110 Palandt/Thomas, 49. Aufl. 1990, § 780 BGB, Anm. 3.

111 OLG Düsseldorf NJW 1987, 195 f.; NJW-RR 1986, 1312 f.

112 Heß, Entwickelt sich das neue AGBG zu einem „Über-BGB“ bzw. zu einer „Über-ZPO“?, BWNotZ, 1978, 1.

113 Reithmann, WM 1985, 441, 443.

114 NJW 1988, 707 = DNotZ 1988, 487, mit Anm. Schmitz-Valkenberg.

eingeleiteten Zwangsversteigerungsverfahren bei. Im Versteigerungstermin zahlte der Kläger auf die Grundschuld einen Teilbetrag von 20.000,- DM. Seine Vollstreckungsabwehrklage, die sich sowohl gegen die Zwangsvollstreckung aus der Grundschuld als auch gegen diejenige aus dem Schuldversprechen richtete, hatte teilweise Erfolg. In Höhe von 20.000,- DM wurde die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt. Da der Teilbetrag von 20.000,- DM auf die Grundschuld gezahlt worden war, ist die Zwangsvollstreckung aus dem dinglichen Titel in dieser Höhe unzulässig geworden. Nach Ansicht des III. Senats hat sich die Zahlung aber auch auf das Schuldversprechen ausgewirkt. Im Umfang der Befriedigung aus der Grundschuld, mithin in Höhe von 20.000,- DM, sei auch die Vollstreckung aus dem Schuldanerkenntnis unzulässig geworden, da der Gläubiger im Zweifel nur einmal einen Betrag in Höhe der Grundschuld verlangen könne¹¹⁵. Der Schuldner, der sich in einer Urkunde mit der Überschrift „Bestellung einer Grundschuld mit dinglicher und persönlicher Zwangsvollstreckungsklausel“ unter gleichzeitiger Anerkennung einer der Höhe nach mit der Grundschuldsumme übereinstimmenden Schuld der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterwerfe, dürfe – so der BGH – davon ausgehen, daß dadurch seine Haftung für die Grundschuldsumme nur gegenständlich (über den belasteten Grundbesitz hinaus auf sein gesamtes Vermögen) erweitert, nicht aber betragsmäßig verdoppelt werde. Wenn der Schuldner die beiden Sicherheiten in Höhe des Grundschuldbetrages kumulativ nebeneinander bestellen und sich in doppelter Höhe der Zwangsvollstreckung unterwerfen solle, müsse dies im Urkundentext oder zumindest mündlich bei der Erörterung des Erklärungsinhaltes klarer zum Ausdruck gebracht werden oder sich – wie im Fall einer Entscheidung des IX. Senats¹¹⁶ – aus den besonderen Umständen des Einzelfalles ergeben. Entsprechendes wird nach Ansicht des III. Senats wohl auch dann zu gelten haben, wenn die Vollstreckung zunächst aus dem Schuldversprechen (Schuldanerkenntnis) betrieben und sodann auf die Grundschuld zurückgegriffen wird.

Demgegenüber ist der IX. Zivilsenat des BGH in seiner Entscheidung vom 18. 12. 1986¹¹⁷ zu einem anderen Ergebnis gelangt. Hier hatte die klagende Bank den Schuldner Kredite in laufender Rechnung gewährt. Die Kredite wurden u. a. durch 14 Grundschulden über insgesamt 4,7 Mio. DM nebst Zinsen gesichert, welche die Schuldner an dem ihnen gehörenden Grundbesitz bestellt hatten. Die Grundschuldbestellungsurkunden enthielten entweder das Anerkenntnis der Schuldner, der Klägerin als Gesamtschuldner einen dem jeweiligen Grundschuldkapital nebst Zinsen entsprechenden Betrag zu schulden, oder ihre Erklärung, als Gesamtschuldner die persönliche Haftung für den Betrag der Grundschuld nebst Zinsen zu übernehmen, dazu in allen Fällen die Unterwerfung der Schuldner unter die sofortige Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen. Nach den formularmäßigen Zweckerklärungen dienten die Grundschulden und die Schuldanerkenntnisse zur Sicherung aller bestehenden und künftigen Ansprüche der Klägerin aus ihrer Geschäftsbeziehung zu den Schuldnern. Nach Beendigung der Geschäftsbeziehung stellte die Klägerin die Kredite fällig und bezifferte ihre Forderungen mit über 4 Mio. DM. Die Vollstreckung in das bewegliche Vermögen der Schuldner blieb erfolglos. Auch bei der Vollstreckung aus den Grundschulden drohte die Klägerin mit mehr als 200.000,- DM auszufallen. Die Klägerin hat im Wege der Anfechtungsklage Duldung der Zwangsvollstreckung in ein Grundstück begehrt, das die Schuldner der Beklagten „im Wege der vorweggenommenen Erbfolge“ übertragen hatten, und sich hierbei in erster Linie auf ein Schuldanerkenntnis über 350.000,- DM gestützt, das in einer der Bestellungsurkunden enthalten war. Der IX. Senat hat keine Bedenken dagegen geäußert, daß die Klägerin bis zur vollständigen Befriedigung ihrer gesicherten Ansprüche die Rechte aus dem Schuldanerkenntnis geltend

macht. Der notariellen Urkunde – so der IX. Senat – sei nicht zu entnehmen, daß die Forderung aus dem Schuldanerkenntnis erlöschen solle, soweit die Klägerin aus der in derselben Urkunde bestellten Grundschuld befriedigt werde. Einen rechtlichen Zusammenhang zwischen diesem Schuldanerkenntnis und der Grundschuld stelle nur der gemeinsame Sicherungszweck her. Nach der Zweckerklärung habe das Schuldanerkenntnis nicht den Grundschuldbetrag, sondern die Kreditverbindlichkeiten der Schuldner aus der bankmäßigen Geschäftsbeziehung mit der Klägerin gesichert. Das Schuldanerkenntnis sei mithin ein selbständiges Sicherungsmittel neben anderen für sämtliche Kreditforderungen der Klägerin gegen die Schuldner. Falle die Klägerin mithin bei der Immobilienvollstreckung mit einem Teilbetrag ihrer gesicherten Ansprüche aus, so könne sie weiterhin bis zu ihrer vollen Befriedigung die Rechte aus dem Schuldanerkenntnis geltend machen.

Der III. Senat war der Ansicht, in der vorstehenden Entscheidung des IX. Senates hätten besondere Umstände des Einzelfalles die Annahme gerechtfertigt, daß der Schuldner dort die beiden Sicherheiten kumulativ nebeneinander bestellt und sich in doppelter Höhe der Zwangsvollstreckung unterworfen habe. Der Senat teilt nicht mit, welche besonderen Umstände er meint. Solche sind auch nicht ohne weiteres ersichtlich, da die Sachverhalte beider Entscheidungen in bezug auf die hier interessierende Problematik weitgehende Parallelen aufweisen¹¹⁸. Vielmehr entsteht der Eindruck, daß die abweichenden Ergebnisse beider Entscheidungen auf unterschiedlichen Ansichten über das Verhältnis des Schuldanerkenntnisses zur Grundschuld beruhen. Der IX. Senat ist offenbar der Ansicht, daß Schuldanerkenntnis und Grundschuld selbständige Sicherungsmittel sind, aus denen der Gläubiger bis zur vollständigen Befriedigung seiner gesicherten Ansprüche vorgehen und vollstrecken kann, sofern sich nicht die Abhängigkeit beider Sicherungsmittel ausdrücklich aus der Urkunde ergibt. Demgegenüber scheint der III. Senat zu verlangen, daß die Unabhängigkeit von Schuldanerkenntnis und Grundschuld eindeutig in der Urkunde selbst oder jedenfalls bei der Erörterung des Erklärungsinhaltes klagend festgestellt werden müsse, andernfalls nur einmal ein Betrag in Höhe des Grundschuldkapitals nebst Zinsen begetrieben werden könne¹¹⁹. Das letzte Wort scheint in dieser Frage noch nicht gesprochen zu sein.

Das Verhältnis des abstrakten Schuldanerkenntnisses zur Grundschuld war auch Gegenstand folgender Entscheidung des OLG Düsseldorf¹²⁰:

Zugunsten der klagenden Bank war eine Grundschuld in Höhe von 120.000,- DM nebst 14,5 % Jahreszinsen bestellt worden. Die Beklagte und ihr Ehemann hatten in der notariellen Bestellungsurkunde anerkannt, der Bank als Gesamtschuldner einen Betrag in Höhe von 120.000,- DM nebst 14,5 % Zinsen zu schulden und sich insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen. Grundschuld und Schuldanerkenntnis sollten zur Sicherung aller gegenwärtigen und künftigen Forderungen der Bank gegen die Eheleute dienen. Neun Jahre später betrieb die Bank aus der Grundschuld die Zwangsversteigerung in das belastete Grundstück. Der Bank wurde auf die Grundschuld der volle von ihr angemeldete Betrag von 21.458,70 DM zugeteilt. Nach Durchführung des Versteigerungsverfahrens ließ die Bank aufgrund des vollstreckbaren Schuldanerkenntnisses eine Sicherungshypothek auf einem anderen Grundstück der Beklagten eintragen, und zwar in Höhe von wiederum 120.000,- DM nebst Zinsen. Mit ihrer Klage beehrte die Bank Duldung der Zwangsvollstreckung in das mit der Sicherungshypothek belastete Grundstück. Unstreitig bestanden noch weitere Forderungen der Bank gegen den Ehemann der Beklagten in Höhe von 250.000,- DM. Das OLG wies die Klage ab. Die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde sei nur zur Befriedigung wegen einer Forderung von 120.000,- DM nebst Zinsen möglich und zulässig gewesen.

115 BGH NJW 1988, 707 f.

116 BGHZ 99, 274, 280 f. = DNotZ 1987, 488 = WM 1987, 498.

117 BGHZ 99, 274 = DNotZ 1987, 488 = WM 1987, 498.

118 Kritisch gegenüber der Argumentation des III. Senats auch Schmitz-Vaickenberg, DNotZ 1988, 489 – Anm. zu BGH DNotZ 1988, 487.

119 Schmitz-Vaickenberg, DNotZ 1988, 489 f. – Anm. zu BGH DNotZ 1988, 487.
120 NJW 1987, 195.

Da die Bank diesen Betrag unter Ausnutzung des dinglichen Titels beigetrieben habe, sei der Titel insgesamt verbraucht. Aus dem vollstreckbaren Schuldanerkenntnis dürfe daher trotz bestehender weiterer Forderungen nicht vorgegangen werden.

Noch weitergehend hat das OLG Celle entschieden, daß, wenn die Grundschuld aufgrund des Zuschlages in der Zwangsversteigerung erlischt (§ 91 ZVG), im Zweifel auch das abstrakte Schuldversprechen wegfällt¹²¹, und zwar selbst dann, wenn der Gläubiger mit der Grundschuld ganz oder teilweise ausgefallen ist. Dies ist unzutreffend¹²². Auch nach Ansicht des III. Senats des BGH darf der Gläubiger nur dann aus dem Schuldversprechen nicht mehr vollstrecken, wenn und soweit er aus der Grundschuld befriedigt worden ist. Fällt er dagegen ganz oder teilweise mit der Grundschuld aus und bestehen noch Forderungen aus dem gesicherten Kreditverhältnis, so kann er auf das Schuldversprechen zurückgreifen¹²³, allerdings nach Ansicht des III. Senats mit der Einschränkung, daß der Gläubiger im Zweifel aus der Urkunde insgesamt nur einmal einen Betrag in Höhe der Grundschuld verlangen kann.

In der Literatur werden zu der hier angesprochenen Problematik unterschiedliche Auffassungen vertreten. Teilweise ist man – wie der III. Senat auch – der Ansicht, daß der Gläubiger den in der Urkunde bezeichneten Grundschuldbetrag insgesamt nur einmal, entweder aus der Grundschuld oder dem vollstreckbaren Schuldversprechen, beanspruchen kann und die persönliche Haftung aus dem vollstreckbaren Schuldversprechen im Falle einer Befriedigung aus der in derselben Urkunde bestellten Grundschuld erlischt¹²³. Teilweise wird vertreten, nur wenn der Schuldner in der Bestellungsurkunde die persönliche Haftung für den Eingang des Grundschuldbetrages übernommen habe, könne der Gläubiger, soweit er aus der Grundschuld befriedigt worden sei, aus dem Schuldversprechen nicht mehr gegen den Schuldner vorgehen. Werde dagegen die Haftung für die Zahlung eines Geldbetrages in Höhe der Grundschuld und/oder in Höhe eines genau bezifferten, der Grundschuldsumme entsprechenden Betrages übernommen, so könne der Gläubiger ungeachtet der Befriedigung aus der Grundschuld wegen weiterer Forderungen aus der Geschäftsverbindung auf das Schuldversprechen zurückgreifen und aus diesem vollstrecken¹²⁴.

Demgegenüber ist folgendes zu bedenken: Aus der Wortwahl „Grundschuldbetrag“ statt „Geldbetrag in Höhe der Grundschuld“ kann nichts Entscheidendes hergeleitet werden. Beide Bezeichnungen meinen nichts anderes als die bloße Begrenzung der Forderung aus dem Schuldversprechen auf den in der Grundschuldbestellungsurkunde genannten Betrag¹²⁵. Das in der Bestellungsurkunde in Höhe der Grundschuld abgegebene Grundschuldversprechen stellt eine zusätzliche Sicherheit neben der Grundschuld dar. Beide besichern regelmäßig die gleichen Forderungen. Werden zwei Sicherheiten bestellt, so kann, wenn die Inanspruchnahme der einen nicht zur vollständigen Befriedigung führt, bis zum Eintritt dieses Erfolges aus der anderen vorgegangen werden. Für Grundschuld und Schuldversprechen gilt im Prinzip nichts anderes. Die Folgerung, daß damit aus beiden Sicherheiten gegebenenfalls insgesamt bis zur Höhe des doppelten Betrages der Grundschuld vollstreckt werden kann, möchte der III. Senat für den Regelfall nicht ziehen. Er verlangt vielmehr, daß diese Konsequenz, sollte sie gewollt sein, im Urkundentext oder zumindest bei der Erläuterung des Erklärungsinhaltes deutlich zum Ausdruck kommen muß¹²⁶. Dem wird man zumindest in den Fällen zustimmen müssen, in denen der Versprechende nicht persönlicher Schuldner der gesicherten Forderung ist. Die Praxis wird

sich jedenfalls auf die in dieser Frage restriktive Rechtsprechung des III. Senats einzustellen haben.

III. Vereinbarkeit mit dem AGBG

1. Verstoß gegen § 11 Nr. 15 AGBG

Nach § 11 Nr. 15 AGBG ist eine Bestimmung unwirksam, durch die der Verwender die Beweislast zum Nachteil des anderen Vertragsteils ändert. Bei einem abstrakten Schuldversprechen muß nicht der Gläubiger das Bestehen der gesicherten Forderung, sondern der Schuldner ihr Nichtbestehen beweisen. Vor allem Stürmer sieht hierin einen Verstoß gegen § 11 Nr. 15 AGBG¹²⁷. Nach ganz herrschender Auffassung verstößt das formularmäßige abstrakte Schuldversprechen jedoch nicht gegen diese Bestimmung¹²⁸. Dem ist zuzustimmen. Es entspricht der Eigenart des abstrakten Schuldversprechens, daß der Gläubiger nur die formgültige Erteilung des Versprechens zu beweisen hat, während der Beweis, daß die zu sichernde Verbindlichkeit nicht besteht und folglich das Schuldversprechen rechtsgrundlos erklärt ist, dem Schuldner obliegt. Diese Beweislastverteilung stellt keine Änderung gegenüber der gesetzlichen Regelung dar, sondern ergibt sich gerade aus der gesetzlichen Regelung des Schuldversprechens selbst¹²⁹. Das abstrakte Schuldversprechen stellt im übrigen ein anerkanntes, gesetzlich ausdrücklich zugelassenes Rechtsinstitut dar. Es kann nicht angenommen werden, daß der AGB-Gesetzgeber die formularmäßige Verwendung des abstrakten Schuldversprechens und Schuldanerkenntnisses, die in der Praxis des Kreditverkehrs eine außerordentlich große Bedeutung haben, gänzlich ausschließen wollte¹³⁰.

2. Verstoß gegen § 9 AGBG

Auch unter dem Aspekt des § 9 AGBG sind in Literatur und Rechtsprechung Bedenken gegen die Wirksamkeit des Schuldversprechens mit Unterwerfungserklärung erhoben worden, die sich insbesondere gegen die formularmäßige Zwangsvollstreckungsunterwerfung in das gesamte Vermögen richten. Die Bedenken sind unterschiedlicher Natur.

a) Nach Stürmer widerspricht die formularmäßige doppelte Vollstreckungsunterwerfung (dinglich wegen der Grundschuld in das Grundstück, persönlich wegen des Schuldversprechens in das gesamte Vermögen) dem gesetzlichen Leitbild der ZPO. Diese sähe als Regelfall vor, daß vor Vollstreckung auf Initiative des Gläubigers ein Rechtsstreit durchzuführen sei, der mit einem Erkenntnisurteil abschließe. Erst aus diesem Urteil könne sodann vollstreckt werden. Im Erkenntnisverfahren sei dem Schuldner rechtliches Gehör zu gewähren. Vorläufig vollstreckbare Urteile seien in vielen Fällen nur gegen Sicherheitsleistung vollstreckbar, das Risiko ungerechtfertigter Vollstreckungen trage der Gläubiger. Die formularmäßige Vollstreckungsunterwerfung des Schuldners weiche von diesem gesetzlichen Leitbild ab und könne vor § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG keinen Bestand haben¹³¹.

Diese Ansicht hat sich ebenfalls nicht durchsetzen können. Nach ganz herrschender, insbesondere auch vom BGH vertretener Ansicht kann der ZPO nicht entnommen werden, daß der „Vollstreckung nach Erkenntnisverfahren“ eine gesetzliche Leitbildfunktion i. S. d. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG zukommt. Die ZPO gestattet sowohl die Zwangsvollstreckung aus Urteilen (§ 704 Abs. 1 ZPO) als auch aus vollstreckbaren notariellen Urkunden (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO). Der Schutz des Schuldners wird bei vollstreckbaren Urkunden durch das Erfordernis der notariellen

121 WM 1985, 1313 f.; WM 1989, 1870.

122 BGH WM 1990, 1927 ff.

123 Gaberdiel, a. a. O., 77; Kolbenschlag, Grundschuld und Übernahme der persönlichen Haftung für den Grundschuldbetrag, DNotZ 1965, 205.

124 Rehbein, WuB I, F 3, Grundpfandrechte, 3.87; Obermüller, WuB I, F 3, Grundpfandrechte, 6.87.

125 Vortmann, EWiR, § 781 BGB, 1/89, 983 – Anm. zu OLG Celle WM 1989, 1870.

126 BGH DNotZ 1988, 487, 489.

127 Die Kreditsicherung der Banken und das neue AGBG, JZ 1977, 431; ders., Die neue Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und ihre Auswirkungen auf die notarielle Praxis, BWNotZ 1977, 112; ders.,

Die formularmäßige Bestellung von Grundpfandrechten und das neue AGBG – eine vorläufige Bestandsaufnahme, 1978, 3; LG Ellwangen BWNotZ 1978, 15.

128 BGH DNotZ 1987, 488, 492 m. v. N.; OLG Stuttgart NJW 1979, 222; Kümpel, Persönliche Haftung und Vollstreckungsunterwerfung bei Grundpfandrechten und das AGB-Gesetz, WM 1978, 746, 749; Rastätter, DNotZ 1987, 459, 461; Reithmann, WM 1985, 441, 443.

129 OLG Hamm DNotZ 1987, 500 f.; v. Westphalen, ZIP 1984, 1, 6.

130 OLG Stuttgart NJW 1979, 222.

131 Stürmer, JZ 1977, 431 f.; ders., BWNotZ 1978, 3.

Beurkundung und die damit verbundene Belehrungspflicht sowie durch die gegenüber Urteilen erweiterte Verteidigungsmöglichkeit des Schuldners (§ 794 Abs. 4 ZPO) in einer ausgewogenen Weise gewährleistet¹³².

Auch im übrigen verstößt die formularmäßige Übernahme der persönlichen Haftung mit Vollstreckungsunterwerfung nach Ansicht des BGH nicht gegen § 9 AGBG. Ob dies auch dann gilt, wenn der Sicherungsgeber (Versprechender) weder Schuldner der gesicherten Darlehensforderung noch in sonstiger Weise an dem Kreditverhältnis beteiligt ist, hat der BGH offen gelassen¹³³.

Die OLG'e Oldenburg und Stuttgart haben die Ansicht vertreten, die gleichzeitige formularmäßige Übernahme der persönlichen Haftung in der Grundschuldbestellungsurkunde durch einen Grundstückseigentümer, der nicht Schuldner der gesicherten Darlehensforderung ist, verstöße gegen § 9 AGBG, weil durch die Grundschuld nur das belastete Grundstück dem Gläubigerzugriff ausgesetzt werde und der Sicherungsgeber nicht damit zu rechnen brauche, ohne gesonderte Vereinbarung auch mit seinem sonstigen Vermögen für die gesicherten Forderungen einstehen zu müssen. In der Entscheidung des OLG Oldenburg¹³⁴ hatten die Beklagte und ihr Ehemann das gemeinsame Grundstück mit einer Grundschuld zugunsten der klagenden Bank belastet und die persönliche Haftung für die Zahlung des Grundschuldbetrages übernommen. Die Erklärungen wurden lediglich notariell beglaubigt. Grundschuld und Schuldversprechen sollten nach der formularmäßigen Zweckerklärung als Sicherheit für alle gegenwärtigen und künftigen Forderungen der Bank gegen den Ehemann dienen. Anlaß der Grundschuldbestellung und der Haftungsübernahme war ein Darlehen, das die Bank dem Ehemann gewährt hatte. Die Bank nahm die Ehefrau im Urkundenprozeß aus dem Schuldversprechen in Anspruch. Das OLG wies die Klage ab.

In der Entscheidung des OLG Stuttgart hatten wiederum Eheleute ihr Grundstück mit einer Grundschuld von 200.000,- DM zugunsten der klagenden Bank belastet, die persönliche Haftung für die Zahlung des Grundschuldbetrages übernommen und sich der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen unterworfen. Die Grundschuld sollte in erster Linie als Sicherheit für einen Kredit von 200.000,- DM dienen, der dem Ehemann in seiner Eigenschaft als Firmeninhaber für betriebliche Zwecke gewährt werden sollte. Die Bank hat im Wege der Anfechtungsklage Duldung der Zwangsvollstreckung begehrt und sich wegen des Titels auf das vollstreckbare Schuldversprechen gestützt. Die Klage hatte keinen Erfolg¹³⁵.

Beide OLG'e begründeten ihre Entscheidung im wesentlichen übereinstimmend wie folgt: Nach Inhalt und Gestaltung sei Gegenstand der notariellen Urkunde in erster Linie die Bestellung einer Grundschuld gewesen. Das Wesen einer Grundschuld liege darin, daß eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen sei (§ 1191 BGB). Eine Haftung mit anderen Vermögenswerten als dem Grundstück begründe die Grundschuld nicht. Hiervon abweichend sei in der notariellen Urkunde auch die persönliche Haftung der Ehefrau bestimmt worden. Dies verstöße gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG und führe zur Unwirksamkeit des Schuldversprechens. Derjenige, der zur Sicherung eines von einem Dritten aufgenommenen Darlehens auf einem ihm und dem Dritten gehörenden Grundstück eine Grundschuld bestelle, dürfe davon ausgehen, daß seine Haftung sich nur auf seinen Miteigentumsanteil an dem Grundstück beschränke. Er brauche nicht damit zu rechnen, daß er ohne besondere Vereinbarung mit der Grundschuldbestellung auch die persönliche Haftung übernehme. Vielmehr dürfe er davon ausgehen, daß er – solle er nicht nur mit seinem Miteigentumsanteil haften – ausdrücklich um den Abschluß eines

entsprechenden Vertrages (Bürgschaft, Schuldnerbeitritt) angegangen werde.

Diese Begründung kann nicht überzeugen. Das Schuldversprechen verstößt nicht deshalb gegen § 9 AGBG, weil der Versprechende in der gleichen Urkunde auch eine Grundschuld bestellt hat und diese nur den Zugriff auf das unbewegliche Vermögen eröffnet. Dies gilt auch dann, wenn ein Dritter und nicht der Versprechende selbst Schuldner der gesicherten Forderung ist. Die beiden OLG'e vermengen denn auch Gesichtspunkte des § 9 AGBG mit solchen des § 3 AGBG. Zwar kann es in der Tat für denjenigen, der im Hinblick auf die Verbindlichkeiten eines Dritten eine Grundschuld bestellt, überraschend sein, wenn er aufgrund des in der Bestellungsurkunde enthaltenen Schuldversprechens nicht nur mit dem belasteten Grundbesitz, sondern mit seinem gesamten Vermögen für die Schuld des Dritten einzustehen hat.

Nur führt dies allein nicht zur Unwirksamkeit des Schuldversprechens gem. § 9 AGBG, sondern allenfalls dazu, daß das Schuldversprechen als überraschende Klausel nicht Vertragsbestandteil wird. Der Überraschungscharakter entfällt jedoch, wenn der Versprechende über Inhalt und Auswirkung des Schuldversprechens belehrt worden ist. Da in der Entscheidung des OLG Oldenburg die Eintragungsbewilligung für die Grundschuld und das abstrakte Schuldversprechen – beides enthalten in einem Formular der Bank – lediglich notariell beglaubigt und nicht beurkundet worden waren, bestand in der Tat die Möglichkeit, daß nicht belehrt worden ist, wozu der Notar auch nicht verpflichtet gewesen wäre. Die Entscheidung mag daher möglicherweise im Ergebnis zutreffend sein, die Begründung überzeugt jedoch nicht. Es bleibt vielmehr festzuhalten, daß die Verbindung von abstraktem Schuldversprechen und Grundschuldbestellung allein nicht gegen § 9 AGBG verstößt^{135a}.

Hiervon zu trennen ist die ganz andere, anschließend zu behandelnde Frage der Wirksamkeit einer erweiterten Sicherungszweckerklärung, die vorsieht, daß das abstrakte Schuldversprechen als Sicherheit für alle bestehenden und künftigen Forderungen des Gläubigers gegen einen Dritten dienen soll. Auf diese Frage konnte es jedoch in den Entscheidungen der OLG'e Oldenburg und Stuttgart gerade nicht ankommen. In beiden Fällen ist der Gläubiger nämlich nicht wegen irgendwelcher späteren, mit dem Anlaß des Schuldversprechens in keinerlei Zusammenhang stehenden künftigen Verbindlichkeiten vorgegangen, sondern hat offenbar wegen solcher Darlehensforderungen vollstrecken wollen, die Anlaß zur Abgabe des Schuldversprechens waren. In Ansehung dieser Verbindlichkeiten lag dem Schuldversprechen ein wirksamer Sicherungszweck auch dann zugrunde, wenn eine weitergehende Sicherung auch aller künftigen Drittverbindlichkeiten unzulässig gewesen wäre¹³⁶.

IV. Abstraktes Schuldversprechen und Zweckerklärung

Soll das abstrakte Schuldversprechen aufgrund formularmäßiger Zweckerklärung neben der Grundschuld als Sicherheit für alle gegenwärtigen und künftigen Forderungen des Gläubigers dienen, so gelten hierfür die gleichen Grundsätze wie bei der erweiterten Zweckerklärung für Grundschulden auch. Es ist daher wiederum zu unterscheiden, ob die Zweckerklärung nur Ansprüche gegen den Sicherungsgeber (Versprechenden) selbst absichern soll – in diesem Fall ist die Zweckerklärung unbedenklich¹³⁷ –, oder ob es darüber hinaus auch als Sicherheit für alle gegenwärtigen und künftigen Forderungen des Gläubigers gegen einen Dritten dienen soll. Wegen der näheren Einzelheiten kann auf die vorstehenden Ausführungen zur Zweckerklärung bei der Grundschuld verwiesen werden; diese gelten

132 BGH DNotZ 1987, 488; Rastätter, DNotZ 1987, 459, 462; Kümpel, WM 1978, 746 f.; Heß, BWNotZ 1978, 1.

133 DNotZ 1987, 488.

134 NJW 1985, 152.

135 OLG Stuttgart NJW 1987, 71.

135a A. A. aber jüngst BGH WM 1991, 758: Bestelle ein Grundstückseigentümer

eine Grundschuld zur Sicherung von Forderungen der Bank gegen einen Dritten, so verstöße eine in dem Grundschuldbestellungsurkunde enthaltene Klausel, durch die der Eigentümer auch die persönliche Haftung für die gesicherten Forderungen übernehme, gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG.

136 Rastätter, DNotZ 1987, 474.

137 Vgl. MittRhNotK 1991, 70 ff.

entsprechend. Wird das Schuldversprechen aus Anlaß eines bestimmten, einem Dritten gewährten Darlehens abgegeben, soll es aber nach der Zweckerklärung auch als Sicherheit für alle künftigen Forderungen des Gläubigers gegen diesen Dritten dienen, so tritt zu den ohnehin bestehenden Bedenken erschwerend hinzu, daß das Schuldversprechen anders als die Grundsuld nicht nur den Zugriff auf das unbewegliche Vermögen, sondern auf das gesamte Vermögen des Sicherungsgebers (Versprechenden) gestattet. Wird die erweiterte Sicherungszweckerklärung eingeschränkt, so ist darauf zu achten, daß die Einschränkung auch den Sicherungszweck des Schuldversprechens erfaßt.

V. Belehrungspflichten des Notars

Der Notar, der eine Grundsuldbestellung mit abstraktem Schuldversprechen beurkundet, hat gem. § 17 BeurkG über die rechtliche Tragweite des Schuldversprechens zu belehren. Hat sich der Schuldner wegen des Schuldversprechens in der notariellen Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterworfen, so hat der Notar darauf hinzuweisen, daß der Gläubiger nicht nur in das mit der Grundsuld belastete Grundstück, sondern darüber hinaus auch in sonstiges Vermögen vollstrecken kann, ohne zuvor den Klageweg beschreiten zu müssen. Soweit das abstrakte Schuldversprechen nach der beurkundeten Sicherungszweckerklärung auch alle bestehenden und künftigen Forderungen des Gläubigers gegen den Schuldner und/oder einen Dritten sichern soll, hat der Notar auch über die hiermit verbundenen Rechtsfolgen zu belehren. Insoweit kann wiederum auf die vorstehenden Ausführungen zur erweiterten Sicherungszweckerklärung bei Grundsulden verwiesen werden.

C.

Die Eigentümergrundsuld

I. Zweck und Anwendungsbereich

Nach § 1196 Abs. 1 BGB kann eine Grundsuld auch für den Eigentümer bestellt werden (sog. ursprüngliche offene Eigentümergrundsuld). Zur Bestellung der Eigentümergrundsuld sind gem. § 1196 Abs. 2 BGB die einseitige Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamt, daß die Grundsuld für ihn eingetragen werden soll, und die Eintragung im Grundbuch erforderlich. Die Erklärung bedarf nach materiellem Recht keiner Form. Für die grundbuchrechtliche Eintragungsbewilligung (§ 19 GBO) ist die Form des § 29 GBO einzuhalten. Die Eigentümergrundsuld kann als Brief- oder Buchrecht eingestellt werden. Da ein Gläubiger für die Übergabe des Briefes nicht vorhanden ist, entsteht die Eigentümergrundsuld bereits mit der Eintragung; § 1117 BGB ist nicht anwendbar¹³⁸.

Die Hauptgründe für die Bestellung einer Eigentümergrundsuld sind folgende¹³⁹:

- Häufig dient die Eigentümergrundsuld als Vorratsgrundsuld im Hinblick auf ein späteres Kreditbedürfnis. Der Eigentümer bestellt sie an bevorzugter Rangstelle. Tritt das Kreditbedürfnis auf, so kann dem Kreditgeber durch Abtretung der Eigentümergrundsuld zügig die gewünschte dingliche Sicherheit verschafft werden. Bereits vor der Abtretung kann der Eigentümer weitere Grundpfandrechte bestellen. Wegen der vorrangigen Eigentümergrundsuld bedarf es hierzu keines Rangvorbehaltes. Häufig wird eine Kette von Eigentümergrundsulden zum Zwecke der späteren Abtretung bestellt.
- Die Eigentümergrundsuld dient darüber hinaus als Mittel zur verdeckten Kreditsicherung. Soll der Grundsuldgläubiger nicht im Grundbuch verlaubar werden, wird die

Grundsuld als Eigentümerbriefgrundsuld bestellt und sofort oder nach Eintragung außgrundbuchlich an den Gläubiger abgetreten. Die Übergabe des Grundsuldbriefes an den Zessionar kann durch eine Vereinbarung gem. § 1117 Abs. 2 BGB ersetzt werden. Der Zessionar erwirbt dann die Grundsuld bereits mit der Eintragung im Grundbuch.

- Der Eigentümer kann ein Interesse daran haben, die Eigentümergrundsuld an wechselnde Gläubiger abzutreten. Die Eigentümergrundsuld ermöglicht eine solche wiederholte Neubegebung. Dies kann ohne Verlautbarung im Grundbuch dadurch geschehen, daß der Gläubiger die ihm abgetretene – zur Fremdgrundsuld gewordene – Eigentümergrundsuld an den Eigentümer zurückabtritt und dieser sodann die Eigentümergrundsuld an einen anderen Gläubiger zediert.

II. Übernahme der persönlichen Haftung und Vollstreckungsunterwerfung

1. Bedeutung

Auch in Urkunden über die Bestellung von Eigentümergrundsulden erklärt der Eigentümer nicht selten die Übernahme der persönlichen Haftung für den Eingang des Grundsuldbeitrages. Ebenso wie die entsprechende Erklärung in der Bestellungsurkunde der Fremdgrundsuld enthält auch hier die Erklärung das Angebot zum Abschluß eines Vertrages i. S. d. §§ 780 f. BGB, mag auch der Vertragsgegner (Gläubiger) zu diesem Zeitpunkt noch nicht feststehen¹⁴⁰. Die Aufnahme der Erklärung in die notarielle Urkunde erfolgt erkennbar im Hinblick auf eine künftige, häufig bereits unmittelbar folgende oder doch bevorstehende Abtretung der Eigentümergrundsuld und richtet sich an den künftigen Gläubiger der Grundsuld¹⁴¹. Abgegeben wird das Angebot mit der Abtretung der Eigentümergrundsuld, deren Bestellungsurkunde das Angebot enthält.

2. Dingliche Unterwerfungsklausel

Der Besteller einer Eigentümergrundsuld kann den jeweiligen Eigentümer der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Grundsuld unterwerfen¹⁴². § 1197 Abs. 1 BGB steht dem nicht entgegen. Zwar kann nach dieser Vorschrift der Eigentümer als Gläubiger nicht die Zwangsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung betreiben. § 1197 Abs. 1 BGB enthält jedoch lediglich eine persönliche Beschränkung der verfahrensrechtlichen Stellung des Eigentümers, die ihn nicht daran hindert, bereits bei Bestellung der Eigentümergrundsuld den jeweiligen Eigentümer dinglich der sofortigen Zwangsvollstreckung zu unterwerfen, mag auch die *Vollstreckung* aus der Grundsuld erst nach deren Umwandlung in ein Fremdgrundpfandrecht zulässig sein¹⁴³.

3. Persönliche Unterwerfungsklausel

Fraglich ist hingegen geworden, ob der Eigentümer sich in der Bestellungsurkunde zur Eigentümergrundsuld auch persönlich – wegen des Anspruchs aus dem Schuldversprechen – der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfen kann. Das KG hat entschieden, daß die in der Urkunde über die Bestellung einer Eigentümergrundsuld enthaltene Erklärung des Eigentümers, er wolle dem künftigen Inhaber der Grundsuld auch persönlich haftbar sein und unterwerfe sich wegen dieser persönlichen Schuld der sofortigen Zwangsvollstreckung, mangels Bestimmtheit der Gläubigerbezeichnung nicht Grundlage für die Erteilung einer Vollstreckungsklausel sein könne¹⁴⁴. Diese Auffassung, die im übrigen einer langjährigen Praxis widerspricht, ist abzulehnen¹⁴⁵. Das Gesetz fordert in § 794a Abs. 1 Nr. 5 ZPO nur die Bestimmtheit des Anspruchs, nicht aber die Bestimmtheit des Gläubigers¹⁴⁶. Das KG beachtet

138 Weirich, Grundstücksrecht, 1985, Rd.-Nr. 696.

139 Vgl. Reithmann, DNotZ 1982, 67, 82 ff.

140 BGH DNotZ 1958, 579, 581; NJW 1976, 567 f.

141 BGH NJW 1976, 567 f.; Zawar, Die Eigentümergrundsuld im Spiegel der neuen Rechtsprechung, NJW 1976, 1823.

142 BGHZ 64, 316, 319; Palandt/Bassenge, a.a.O., § 1197 BGB, Anm. 1c.

143 BGHZ 64, 316, 319.

144 KG DNotZ 1975, 718.

145 Lichtenberger, Abschied von der Eigentümergrundsuld?, MittBayNot 1976, 109, 112 f.; Zawar, NJW 1976, 1823f.

146 Lichtenberger, MittBayNot 1976, 112.

zudem nicht hinreichend den Zusammenhang zwischen der Bestellung der Eigentümergrundschuld mit persönlicher Unterwerfungserklärung und der anschließenden, den Gläubiger eindeutig bestimmenden Abtretungserklärung. Die Entscheidung des KG kann auch nicht mit dem Argument gestützt werden, eine gegenteilige Ansicht führe zur Zulassung einer Vorrats-Zwangsvollstreckungsunterwerfung, die dem deutschen Recht fremd sei¹⁴⁷. Von einer Vorrats-Zwangsvollstreckungsunterwerfung kann nur dann die Rede sein, wenn die Unterwerfung abstrakt gegenüber jedermann erklärt würde. Dies ist aber ersichtlich nicht der Fall, da die Unterwerfung nur gegenüber einem Gläubiger erfolgt, mag dieser im Zeitpunkt der Unterwerfungserklärung auch noch nicht namentlich feststehen¹⁴⁸.

Bleibt schließlich noch zu klären, ob der Gläubiger, der wegen der Forderung aus dem abstrakten Schuldversprechen die Erteilung der Vollstreckungsklausel begehrt, die Annahme des Angebotes (auf Abschluß eines Vertrages i. S. d. §§ 780 f. BGB) nach § 726 ZPO nachweisen muß. Der BGH, der dies zunächst zu fordern schien¹⁴⁹, hat in einer späteren Entscheidung klargestellt, daß der Nachweis der Annahme in der Regel nicht gefordert werden kann, sondern sich schlüssig daraus ergibt, daß der Gläubiger die Erteilung der Vollstreckungsklausel beantragt¹⁵⁰.

III. Gesetzlicher Lösungsanspruch bei der Eigentümergrundschuld

1. Bedeutung und Reichweite

Nach § 1179a BGB kann der Gläubiger einer nach- oder gleichrangigen Hypothek vom Eigentümer die Löschung (gemeint ist: Aufhebung i. S. d. § 875 BGB¹⁵¹) einer vor- oder gleichrangigen Hypothek verlangen, wenn und soweit sich diese mit dem Eigentum in einer Person vereinigt. Gem. § 1179b BGB hat derjenige, der als Gläubiger einer Hypothek im Grundbuch eingetragen ist, gegen den Eigentümer den Anspruch auf Löschung dieser Hypothek, wenn sie im Zeitpunkt ihrer Eintragung mit dem Eigentum in einer Person vereinigt ist oder eine solche Vereinigung später eintritt (sog. Lösungsanspruch am eigenen Recht). Während § 1179a BGB der Rangverbesserung des begünstigten Rechts dient, kann der Gläubiger mit Hilfe des Lösungsanspruchs aus § 1179b BGB den Schwierigkeiten entgegen, die auftreten könnten, wenn von ihm nach Tilgung der gesicherten Forderung die Berichtigungsbewilligung zur Umschreibung in eine Eigentümergrundschuld verlangt würde¹⁵². Angesichts der Möglichkeit eines zwischenzeitlichen Eigentumswechsels, der Abtretung von Teileigentümerrechten oder deren Pfändung kann es rechtlich und tatsächlich problematisch sein, den gegenwärtigen materiell Berechtigten des Eigentümerrechts zu ermitteln.

Die Aushändigung der Berichtigungsbewilligung an einen Nichtberechtigten könnte Schadensersatzansprüche auslösen. Diesen Erschwernissen kann sich der Gläubiger mit Hilfe des Lösungsanspruchs aus § 1179b BGB entziehen¹⁵³.

Die Lösungsansprüche aus § 1179a und § 1179b BGB haben jeweils die Wirkung einer Vormerkung: Der Inhaber des Anspruchs ist gem. § 1179a Abs. 1 S. 3 BGB so gesichert, als wäre mit der Eintragung des begünstigten Rechts eine Lösungsvormerkung eingetragen worden. Über die Verweisungsnorm

des § 1192 BGB finden die Vorschriften der §§ 1179a und 1179b BGB auch auf die Grundschuld Anwendung¹⁵⁴.

Abweichend von den vorstehenden Grundsätzen unterliegt die Eigentümergrundschuld nach § 1196 Abs. 3 BGB dem gesetzlichen Lösungsanspruch erst dann, wenn sie bereits einmal Fremdgrundschuld war und anschließend wieder Eigentümergrundschuld wird. Mit dieser Regelung soll die Funktionsfähigkeit der Eigentümergrundschuld als Kreditsicherungsmittel erhalten bleiben, was nicht möglich wäre, wenn sie bereits mit ihrer Entstehung dem gesetzlichen Lösungsanspruch ausgesetzt wäre¹⁵⁵. Durch § 1196 Abs. 3 BGB allein kann jedoch dieses gewünschte Ergebnis nicht erreicht werden. Bereits die erstmalige Abtretung und Valutierung wird erschwert, wenn der Zessionar vom Eigentümer den Nachweis verlangt, daß die Eigentümergrundschuld nicht schon vorab einmal außerbuchlich abgetreten worden ist¹⁵⁶. Diesen Nachweis kann der Eigentümer nur schwerlich erbringen. Selbst wenn er gelänge, wäre damit nur wenig gewonnen. In der Praxis wird nämlich die Eigentümergrundschuld häufig bestellt, um eine wiederholte Begebbarkeit zu ermöglichen: Die Eigentümergrundschuld wird an den ersten Gläubiger abgetreten, nach Erledigung des Sicherungszwecks an den Eigentümer zurückübertragen und sodann von diesem wieder an einen anderen Gläubiger abgetreten. § 1196 Abs. 3 BGB schließt den gesetzlichen Lösungsanspruch lediglich bis zur Erstabtretung aus. Der Lösungsanspruch entsteht jedoch, wenn das infolge Abtretung zur Fremdgrundschuld gewordene vormalige Eigentümerrecht an den Eigentümer zurückabgetreten wird¹⁵⁷. Dies gilt unabhängig davon, ob der ersten Abtretung eine gesicherte Forderung zugrundelag oder nicht¹⁵⁸. Entscheidend ist allein, ob die Grundschuld sich nach erfolgter Erstabtretung später wieder mit dem Eigentum in einer Person vereinigt. Den Gläubigern nach- oder gleichrangig eingetragener Grundpfandrechte, deren Rechte nach dem 1. 1. 1978¹⁵⁹ bestellt worden sind, steht der Lösungsanspruch gegenüber der rückabgetretenen Eigentümergrundschuld auch dann zu, wenn diese vor dem 1. 1. 1978 eingetragen worden ist¹⁶⁰. Bereits bei einer zweiten Abtretung der Eigentümergrundschuld kann daher der Zessionar, wenn die Grundschuld zuvor einmal an den Eigentümer zurückabgetreten worden war, gegenüber den Gläubigern nach- oder gleichrangig Grundpfandrechte die Grundschuld nicht wirksam erwerben¹⁶¹. Die Eigentümergrundschuld ist folglich nur dann zur mehrfachen Abtretung geeignet, wenn entweder der gesetzliche Lösungsanspruch nachrangiger Grundpfandrechtsgläubiger ausgeschlossen¹⁶² oder die Grundschuld nach Erledigung des Sicherungszwecks nicht an den Eigentümer zurückübertragen, sondern von dem bisherigen Inhaber der Grundschuld unmittelbar an den neuen Kreditgeber abgetreten wird¹⁶³.

2. Ausschluß des Lösungsanspruchs

a) Der gesetzliche Lösungsanspruch nach § 1179a BGB kann gem. § 1179a Abs. 5 BGB ausgeschlossen werden. Der Ausschluß erfüllt die gegenteilige Funktion der Lösungsvormerkung alten Rechts. Während diese der Verbesserung der nach- oder gleichrangigen Grundpfandrechte diene, führt der Ausschluß des Lösungsanspruchs zu einer Rangwahrung des vor- oder gleichrangigen Rechts, demgegenüber der Ausschluß eingetragen ist¹⁶⁴. Da bei Grundschulden eine Vereini-

147 So aber Wolfsteiner, MittBayNot 1976, 35 f. – Anm. zu KG MittBayNot 1975, 271.

148 Lichtenberger, MittBayNot 1976, 113.

149 DNotZ 1958, 579, 582.

150 BGH NJW 1976, 567 f.; vgl. bereits Hieber, DNotZ 1958, 583 – Anm. zu BGH DNotZ 1958, 579.

151 Jerschke, Lösungsansprüche gegenüber Grundpfandrechten nach neuem Recht, DNotZ 1977, 709, 712.

152 BGH NJW 1980, 228.

153 BGH NJW 1980, 228; Jerschke, DNotZ 1977, 709, 721; MünchKomm/Eickmann, a.a.O., § 1179b BGB, Rd.-Nr. 2.

154 Jerschke, DNotZ 1977, 709, 722.

155 Staudinger/Scherübl, a.a.O., § 1196 BGB, Rd.-Nr. 24; Weirich, Der gesetzliche Lösungsanspruch und die Lösungsvormerkung, JA 1980, 131; Jerschke, DNotZ 1977, 709, 723.

156 Jerschke, DNotZ 1977, 723; Reithmann, Soll die Lösungsvormerkung

abgeschafft werden?, ZRP 1977, 86; Weirich, JA 1980, 131.

157 BGH DNotZ 1987, 510, 512; Jerschke, DNotZ 1977, 723; Weirich, JA 1980, 131.

158 Schelter, DNotZ 1987, 518 – Anm. zu BGH DNotZ 1987, 510 und OLG Braunschweig DNotZ 1987, 515. Der BGH (DNotZ 1987, 510, 513) hat die Frage offengelassen, es aber als „zumindest zweifelhaft“ bezeichnet, ob die Eigentümergrundschuld nur dann dem Lösungsanspruch unterliegt, wenn ihrer Abtretung an den ersten Zessionar eine gesicherte Forderung zugrundelag.

159 Dem Tag des Inkrafttretens der §§ 1179a und b BGB.

160 BGH DNotZ 1987, 510, m. Anm. Schelter.

161 BGH DNotZ 1987, 510, 512.

162 Jerschke, DNotZ 1977, 709, 723; Schelter, DNotZ 1987, 517; Weirich, a.a.O., Rd.-Nr. 698 (Fn. 138).

163 Reithmann, DNotZ 1982, 67, 82, Fn. 29.

164 Schelter, DNotZ 1987, 517 – Anm. zu BGH DNotZ 1987, 510 und OLG Braunschweig DNotZ 1987, 515.

gung von Grundschuld und Eigentum nur selten eintritt¹⁶⁵, hat der Ausschluß des Lösungsanspruchs gegenüber Fremgrundschulden nur geringe praktische Bedeutung¹⁶⁶. Anders verhält es sich dagegen bei der Eigentümergrundschuld. Diese soll – wie dargelegt – nach erfolgter Erstabtretung häufig später an den Eigentümer zurückübertragen und anschließend von diesem an einen neuen Kreditgeber abgetreten werden. Da ein solches Verfahren infolge der Rückabtretung der Grundschuld zu einer – wenn auch nur vorübergehenden – Vereinigung von Eigentum und Grundschuld in einer Person führt und damit den gesetzlichen Lösungsanspruch nach- oder gleichrangig eingetragener Grundpfandrechtsgläubiger auslöst, eignet es sich nur dann zur Kreditsicherung, wenn der Lösungsanspruch gegenüber der Eigentümergrundschuld ausgeschlossen wird.

b) Der Lösungsanspruch eines gleich- oder nachrangig eingetragenen Gläubigers eines Fremdgrundpfandrechts gegenüber einer vor- oder gleichrangigen Eigentümergrundschuld kann gem. § 1179a Abs. 5 BGB entweder bereits bei Bestellung des Fremdgrundpfandrechts oder nachträglich¹⁶⁷, d. h. nach dessen Eintragung ausgeschlossen werden. Materiell-rechtlich erfordert der Ausschluß jeweils eine Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Grundpfandrechtsgläubiger sowie die Eintragung des Ausschlusses im Grundbuch. In verfahrensrechtlicher Hinsicht genügt im ersten Fall die Bewilligung des Eigentümers, während bei einem nachträglichen Ausschluß der Gläubiger des Fremdgrundpfandrechts, dessen Lösungsanspruch aufgehoben werden soll, den Ausschluß bewilligen muß. Wird der Ausschluß bei Bestellung des Fremdgrundpfandrechts bewilligt, so entsteht dieses von vornherein ohne gesetzlichen Lösungsanspruch. Der nachträgliche Ausschluß führt zu einer Inhaltsänderung des Grundpfandrechts, so daß hier die Vorschrift des § 877 BGB zu beachten ist. Drittberechtigte müssen daher einem nachträglichen Ausschluß in grundbuchmäßiger Form zustimmen¹⁶⁸. Eine Zustimmung gleich- oder nachrangig eingetragener Grundpfandrechtsgläubiger ist nicht erforderlich¹⁶⁹.

c) Über § 1179a Abs. 5 BGB kann nicht nur der gesetzliche Lösungsanspruch eines Fremdgrundpfandrechts, sondern auch der Lösungsanspruch einer Eigentümergrundschuld ausgeschlossen werden, und zwar sowohl gegenüber einem Fremdgrundpfandrecht¹⁷⁰ als auch gegenüber einer vor- oder gleichrangigen Eigentümergrundschuld¹⁷¹.

Die Möglichkeit, den Lösungsanspruch gegenüber einer vor- oder gleichrangigen Eigentümergrundschuld auszuschließen, gewinnt vor allem in den Fällen der gleichzeitigen Bestellung mehrerer Eigentümergrundschulden praktische Bedeutung. Der Ausschluß des Lösungsanspruchs gegenüber vor- oder gleichrangigen Fremdgrundpfandrechten kann ebenfalls im Interesse des Eigentümers liegen, wenn er die Rückübertragung dieser Rechte auf sich anstrebt, um sie unter Wahrung ihres Ranges anschließend durch Abtretung erneut als Kreditsicherheit zu verwenden¹⁷².

Zwar wird teilweise vertreten, ein Eigentümergrundpfandrecht könne nicht begünstigtes Recht des gesetzlichen Lösungsanspruchs sein, da der Eigentümer keinen Lösungsanspruch gegen sich selbst haben könne¹⁷³. Folgerichtig könnte auch nicht der Lösungsanspruch einer Eigentümergrundschuld ausgeschlossen werden, und zwar weder gegenüber einem Fremdgrundpfandrecht noch gegenüber einer Eigentümergrundschuld. Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen.

Der Grundsatz, daß niemand sein eigener Schuldner sein kann, ist ein solcher des Schuldrechts. Der Lösungsanspruch ist jedoch gesetzlicher Inhalt des Grundpfandrechts¹⁷⁴. Auf Grundpfandrechte aber findet der vorgenannte Grundsatz gerade keine Anwendung, wie die gesetzliche Regelung der Eigentümergrundschuld belegt¹⁷⁵. Der Lösungsanspruch nach § 1179a BGB ist Inhalt auch der Eigentümergrundschuld und kann folglich gem. § 1179a Abs. 5 BGB ausgeschlossen werden. Das gilt auch für den Ausschluß gegenüber einer vor- oder gleichrangigen Eigentümergrundschuld¹⁷⁶. Zwar entsteht der Lösungsanspruch gegenüber einer Eigentümergrundschuld gem. § 1196 Abs. 3 BGB erst dann, wenn die Grundschuld bereits einmal Fremdgrundschuld war und sich anschließend wieder mit dem Eigentum in einer Person vereinigt. Hieraus kann jedoch nicht gefolgert werden, der Lösungsanspruch sei bis zur erstmaligen Abtretung der Eigentümergrundschuld gegenstandslos und könne vorher nicht im Grundbuch eingetragen werden¹⁷⁷. Auch bei einer Fremdgrundschuld steht der Lösungsanspruch unter der gesetzlichen Bedingung, daß das vor- oder gleichrangige Recht Eigentümergrundpfandrecht wird. Bei der Eigentümergrundschuld tritt nach § 1196 Abs. 3 BGB lediglich als weitere Rechtsbedingung hinzu, daß die Grundschuld zuvor einem anderen als dem Eigentümer zugestanden haben muß¹⁷⁸. Es liegt zudem im Interesse der Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Eigentümergrundschuld, wenn der Ausschluß des Lösungsanspruches bereits vor der erstmaligen Abtretung der Grundschuld im Grundbuch eingetragen werden kann.

Der Möglichkeit, den Lösungsanspruch einer Eigentümergrundschuld gegenüber vor- oder gleichrangigen Eigentümergrundschulden auszuschließen, steht auch nicht entgegen, daß der Ausschluß gem. § 1179a Nr. 5 BGB zu „vereinbaren“ ist. Hieraus kann nicht geschlossen werden, daß der Ausschluß erst dann erfolgen kann, wenn Eigentümer und Gläubiger verschiedene Personen sind. Vielmehr genügt in diesem Fall die einseitige Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamt, wie auch bei der Bestellung der Eigentümergrundschuld (§ 1196 Abs. 2 BGB) eine entsprechende einseitige Erklärung ausreicht¹⁷⁹.

d) Ebenso wie der Anspruch nach § 1179a BGB kann auch der Lösungsanspruch aus § 1179b BGB ausgeschlossen werden (§ 1179b Abs. 2 i.V.m. § 1179a Abs. 5 BGB). Dies gilt auch bei der Eigentümergrundschuld¹⁸⁰. Im Interesse des Eigentümers, die Eigentümergrundschuld als Mittel zur Kreditsicherung zu erhalten, liegt es, auch diesen Anspruch am eigenen Recht auszuschließen.

IV. Verzinslichkeit der Eigentümergrundschuld

Die Verzinslichkeit der Eigentümergrundschuld und die damit zusammenhängenden Fragen sind nach wie vor nicht völlig geklärt.

Unstreitig ist, daß auch die Eigentümergrundschuld als verzinsliche bestellt und eingetragen werden kann¹⁸¹. Diese Möglichkeit setzt § 1197 Abs. 2 BGB gerade voraus¹⁸². Als Beginn der Verzinsung kann bei der Bestellung der Eigentümergrundschuld der Tag ihrer Eintragung, aber auch ein früherer Zeitpunkt (z. B. der Tag der Eintragungsbewilligung) vereinbart und im Grundbuch eingetragen werden¹⁸³. Insoweit bestehen keine Unterschiede zwischen einer Eigentümergrundschuld und

165 Zu den einschlägigen Fallgruppen vgl. Jerschke, DNotZ 1977, 709, 722.

166 Schelter, DNotZ 1987, 517.

167 Die Zulässigkeit eines nachträglichen Ausschlusses des Lösungsanspruchs hat der Gesetzgeber als selbstverständlich vorausgesetzt. Ihre ausdrückliche gesetzliche Hervorhebung erschien ihm daher entbehrlich, vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 8/89, 13 f.

168 Haegele/Schöner/Stöber, GBR, 9. Aufl. 1989, Rd.-Nr. 2627; Jerschke, DNotZ 1977, 709, 725.

169 Schelter, DNotZ 1987, 518; Jerschke, DNotZ 1977, 709, 725; Haegele/Schöner/Stöber, a.a.O., Rd.-Nr. 2627.

170 OLG Braunschweig DNotZ 1987, 515.

171 OLG Düsseldorf MittRhNotK 1988, 120; LG Wuppertal MittRhNotK 1988, 19.

172 OLG Braunschweig DNotZ 1987, 515, 517.

173 MünchKomm/Eickmann, a.a.O., § 1196 BGB, Rd.-Nr. 20.

174 OLG Düsseldorf MittRhNotK 1988, 120 f.; OLG Braunschweig DNotZ 1987, 515, 517; Schelter, DNotZ 1987, 518.

175 OLG Düsseldorf MittRhNotK 1988, 120 f.; OLG Braunschweig DNotZ 1987, 515, 517.

176 OLG Düsseldorf MittRhNotK 1988, 120 f.

177 Zutreffend OLG Düsseldorf MittRhNotK 1988, 120 f.; LG Wuppertal MittRhNotK 1988, 19.

178 OLG Düsseldorf MittRhNotK 1988, 120 f.

179 LG Nürnberg-Fürth (13 T 5861/86), zitiert nach Schelter, DNotZ 1987, 518.

180 OLG Düsseldorf MittRhNotK 1988, 120 f.; LG Wuppertal MittRhNotK 1988, 19.

181 BGHZ 64, 316, 320; BayObLGZ 1978, 136, 138; Zawar, NJW 1976, 1823, 1825.

182 BayObLGZ 1978, 136, 138; OLG Köln NJW 1959, 2167 f.

183 BayObLGZ 1978, 136, 138; Zawar, NJW 1976, 1823, 1825.

einer Fremddrugschuld, bei der unstreitig Zinsen für die Vergangenheit vereinbart und grundbuchlich verlaubar werden können, ohne daß dem § 1197 Abs. 2 BGB entgegenstände¹⁸⁴.

Die in § 1197 Abs. 2 BGB angeordnete Zinsbeschränkung greift auch dann nicht ein, wenn der Eigentümer für eine bislang unverzinsliche Eigentümergrundschuld die Eintragung von Zinsen mit rückwirkendem Beginn und die gleichzeitige Eintragung der Grundschuldabtretung mit diesen Zinsen beantragt¹⁸⁵. Da die Zinsen und die Abtretung in diesem Fall gleichzeitig – wenn auch unter Voreintragung der Zinsen (§ 39 GBO) – eingetragen werden müssen, entstehen die Zinsen als dingliche Belastung erst in dem Zeitpunkt, zu dem auch die Abtretung der Eigentümergrundschuld im Grundbuch eingetragen wird¹⁸⁶. Dann aber stellt sich die Sachlage nicht anders dar als im Falle der Bestellung einer Fremddrugschuld, bei der anerkanntermaßen Zinsen für die Vergangenheit eingetragen werden können¹⁸⁷.

Im übrigen aber ist umstritten, ob bei einer Abtretung der Eigentümergrundschuld Zinsen nur für die Zeit ab Abtretung oder auch für einen früheren, vor der Zession liegenden Zeitraum abgetreten werden können. Die aufgetretenen Meinungsunterschiede haben ihren Grund in der Vorschrift des § 1197 Abs. 2 BGB. Danach gebühren dem Eigentümer Zinsen nur, wenn das Grundstück auf Antrag eines anderen zum Zwecke der Zwangsverwaltung in Beschlag genommen ist, und nur für die Dauer der Zwangsverwaltung. Teile der Literatur und bis zu seiner Entscheidung vom 2. 7. 1987 insbesondere das BayObLG haben hieraus den Schluß gezogen, bei einer Abtretung der Eigentümergrundschuld könnten Grundschuldzinsen nur für die Zeit ab Abtretung übertragen werden. Die Abtretung von Zinsen für die Vergangenheit, z. B. ab dem Zeitpunkt der Eintragung der Eigentümergrundschuld, sei nicht möglich¹⁸⁸. Nach § 1197 Abs. 2 BGB stünden dem Eigentümer – vom Fall der Zwangsverwaltung abgesehen – keine Zinsen für die Eigentümergrundschuld zu; solche könnten folglich auch nicht abgetreten werden. Die Zinsbeschränkung entfalle erst, und zwar mit Wirkung ex nunc, mit der Abtretung der Eigentümergrundschuld; Zinsen für einen vor der Zession liegenden Zeitraum könnten daher nicht abgetreten werden¹⁸⁹.

Dem kann nicht zugestimmt werden. § 1197 Abs. 2 BGB beruht auf folgenden Erwägungen:

Der Eigentümer, dem ohnehin die Nutzungen des Grundstücks zustehen, kann keine Zinsen von sich selbst fordern. Zinsen gebühren dem Eigentümer nur dann, wenn ihm die Nutzungen infolge der Zwangsverwaltung des Grundstücks entzogen werden¹⁹⁰.

Nachrangige Berechtigte sollen durch dem Eigentümer selbst zustehende Zinsen, auf die bei einer Zwangsversteigerung eine Zuteilung erfolgen müßte, nicht ungerechtfertigt benachteiligt werden¹⁹¹.

Keine dieser beiden Erwägungen steht einer Abtretung der Zinsen für den Zeitraum vor der Abtretung der Eigentümergrundschuld entgegen. Die erste nicht, weil infolge der Abtretung der Eigentümergrundschuld die Beschränkungen des § 1197 Abs. 2 BGB entfallen sind¹⁹². Nur dem Eigentümer soll für die Dauer seiner Rechtsinhaberschaft die Geltendmachung des Zinsrechts versagt bleiben. Die Eigentümergrundschuld ist

jedoch durch Abtretung zur Fremddrugschuld geworden. Diese aber unterliegt hinsichtlich der Verzinsung nicht den Beschränkungen des § 1197 Abs. 2 BGB. Es geht nicht etwa um ein Wiederaufleben des Zinsrechts, wie das BayObLG meint. Das Zinsrecht ist zu keinem Zeitpunkt erloschen, sondern war – als bestehendes Recht – für die Dauer der Vereinigung von Grundschuld und Eigentum in einer Person nur zeitweise in der Geltendmachung gehemmt. Tritt der Eigentümer das Zinsrecht ab, so entfällt für den Zeitraum, der von der Abtretung erfaßt wird, das Nebeneinander von Nutzungen und Zinsen, das § 1197 Abs. 2 BGB ausschließen will¹⁹³.

Auch der zweite Grund für die Zinsbeschränkung des § 1197 Abs. 2 BGB greift nicht ein. Nachrangige dingliche Berechtigte werden durch die Abtretung der Zinsen auch für die Vergangenheit nicht ungerechtfertigt benachteiligt. Eine solche Benachteiligung läge nur vor, wenn gerade der Eigentümer aus seinem Eigentümerrecht Zinsen beanspruchen könnte und ihm deshalb darauf etwas in der Zwangsversteigerung zugeteilt werden müßte¹⁹⁴. Dies aber ist infolge der Abtretung der Eigentümergrundschuld gerade nicht der Fall.

Hinzu kommt folgendes: Die Eigentümergrundschuld soll dem Eigentümer die Möglichkeit der Kreditsicherung verschaffen. Von dieser Möglichkeit macht der Eigentümer durch Abtretung der Eigentümergrundschuld Gebrauch. Die Eigentümergrundschuld ist damit zur künftigen Abtretung bestimmt¹⁹⁵. Wirtschaftlich gesehen wird eine Belastung des Grundstücks nicht durch die Bestellung, sondern erst durch die Abtretung der Eigentümergrundschuld herbeigeführt. Diese ist der eigentliche Belastungsvorgang¹⁹⁶. Insoweit besteht daher kein Unterschied zur Bestellung der Fremddrugschuld, bei der unstreitig Zinsen für einen vor der Eintragung des Rechts liegenden Zeitraum eingetragen werden können.

Darüber hinaus führte die frühere Ansicht des BayObLG auch zu verfahrensrechtlichen und praktischen Schwierigkeiten. Die Eigentümergrundschuld wird regelmäßig als Briefrecht bestellt und außerhalb des Grundbuches durch Erteilung (d. h. Aushändigung) der Abtretungserklärung und Briefübergabe abgetreten. Der genaue Zeitpunkt der Abtretung (Wirksamwerden der Abtretung) hängt damit von tatsächlichen Vorgängen (Briefübergabe, Aushändigung der Abtretungserklärung) ab, die häufig nicht durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde belegt sind¹⁹⁷. Könnten Zinsen aus Eigentümergrundschulden nur ab dem Zeitpunkt der Abtretung abgetreten werden, so führte dies zu Beweisschwierigkeiten, die z. B. im Rahmen des § 727 ZPO bei der Erteilung der Vollstreckungsklausel aktuell würden. Begnüge man sich für die Eintragung des Zinsbeginns mit dem Datum der Abtretungserklärung¹⁹⁸, so würde das Grundbuch regelmäßig unrichtig werden, da durch die Abtretungserklärung allein das Recht nebst Zinsen nicht übergeben konnte, sondern die Aushändigung der Abtretungserklärung und die Briefübergabe hinzutreten mußten¹⁹⁹. Vor allem im Hinblick auf diese praktischen Schwierigkeiten hat das BayObLG kürzlich seine bisherige Rechtsprechung aufgegeben und erkennt nunmehr an, daß Eigentümergrundschulden auch mit Zinsen für die Vergangenheit (in der Entscheidung: Zinsen ab Eintragung der Grundschuld) abgetreten werden können²⁰⁰. Soweit die Literatur an der gegenteiligen Auffassung festhält²⁰¹, kann ihr aus den dargelegten Gründen nicht gefolgt werden.

184 BGH NJW 1986, 314 f.; Lichtenberger, MittBayNot 1976, 109, 111; Münch Komm/Eickmann, a. a. O., § 1115 BGB, Rd.-Nr. 29.

185 BGH NJW 1986, 314; Palandt/Bassenge, a. a. O., § 1197 BGB, Anm. 1 b.

186 BGH NJW 1986, 314.

187 BGH NJW 1986, 314.

188 BayObLG DNotZ 1976, 44; 1979, 220.

189 BayObLG DNotZ 1979, 221 f.

190 Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. III, 734; OLG Köln WM 1984, 1475; MünchKomm/Eickmann, a. a. O., § 1197 BGB, Rd.-Nr. 4.

191 Lichtenberger, DNotZ 1979, 222 f. – Anm. zu BayObLG DNotZ 1979, 221.

192 Lichtenberger, DNotZ 1979, 222, 224.

193 Lichtenberger, DNotZ 1979, 222, 224; MünchKomm/Eickmann, a. a. O., § 1197 BGB, Rd.-Nr. 9.

194 Lichtenberger, DNotZ 1979, 222, 224.

195 Der BGH hat in einem anderen Zusammenhang (Wirksamkeit der Abtretung

einer Eigentümergrundschuld nach Eintragung einer Auflassungsvormerkung) zu Recht hervorgehoben, daß die Eigentümergrundschuld „nach ihrem Sinn und Zweck den Keim der Veräußerung und damit der Umwandlung in eine Fremddrugschuld in sich trägt“, BGHZ 64, 316, 321.

196 Lichtenberger, MittBayNot 1976, 109, 111; ders., DNotZ 1979, 222, 224 – Anm. zu BayObLG DNotZ 1979, 221.

197 Lichtenberger, MittBayNot 1976, 109 f.

198 So BayObLG DNotZ 1976, 44.

199 Lichtenberger, MittBayNot 1976, 109 f.

200 BayObLG Rpfleger 1987, 364; im Ergebnis ebenso Lichtenberger, MittBayNot 1976, 109, 111; ders., DNotZ 1979, 222, 224 – Anm. zu BayObLG DNotZ 1979, 221; ferner Wilke, Abtretung von Zinsen einer Eigentümergrundschuld, WM 1980, 858; MünchKomm/Eickmann, a. a. O., § 1197 BGB, Rd.-Nr. 9; OLG Köln WM 1984, 1475; OLG Celle Rpfleger 1989, 323; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1989, 217.

201 Bayer, Rpfleger 1988, 138 – Anm. zu BayObLG Rpfleger 1987, 364.

V. Nachverpfändung bei Eigentümergrundschulden²⁰²

Soll die Grundschuld nachträglich auf ein weiteres Grundstück des Eigentümers erstreckt werden und folglich eine Gesamtgrundschuld entstehen, so ist zu unterscheiden:

1. Steht die Grundschuld noch dem Eigentümer zu, ist sie also noch nicht abgetreten worden, so ergeben sich keine Besonderheiten. Für das durch die Nachverpfändung hinzukommende Grundstück ist die Pfanderstreckung materiell-rechtlich Neubestellung einer Eigentümergrundschuld. Sie entsteht folglich durch einseitige Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamt, daß das weitere Grundstück mit der eingetragenen Grundschuld nachbelastet werden soll und durch die Eintragung der Nachbelastung im Grundbuch²⁰³. Verfahrensrechtliche Voraussetzungen sind der Antrag (§ 13 GBO) und die Bewilligung (§ 19 GBO) des Eigentümers.

2. Ist die Eigentümergrundschuld abgetreten und damit zur Fremdgrundschuld geworden, so ist wiederum zu differenzieren:

a) Ist die Abtretung im Grundbuch eingetragen, so ergeben sich keine Abweichungen gegenüber einer gewöhnlichen Nachverpfändung bei Fremdgrundschulden. Materiell-rechtlich erforderlich sind daher die Einigung zwischen Eigentümer und Gläubiger sowie die Eintragung der Nachverpfändung im Grundbuch (§ 873 BGB), bei Briefrechten ferner die Übergabe des Briefes, die durch Aushändigungsabrede gem. § 1117 Abs. 2 BGB ersetzt werden kann²⁰⁴. Die Eintragung setzt die Bewilligung des betreffenden Eigentümers (§ 19 GBO) und den Antrag des Eigentümers oder des Gläubigers (§ 13 GBO) voraus.

b) Ist die Eigentümergrundschuld außergrundbuchlich abgetreten und die Abtretung auch in der Folgezeit nicht im Grundbuch eingetragen worden, so können die Beteiligten die Nachverpfändung folgendermaßen herbeiführen:

(1) Sie können die Abtretung nachträglich im Grundbuch verlautbaren lassen und sodann die Pfandunterstellung in der vorstehend zu 2a) beschriebenen Weise vornehmen. Das Grundbuchamt trägt die Grundschuld im Grundbuch des nachverpfändeten Grundstücks als Fremdgrundschuld mit dem Mithaftvermerk ein.

(2) Der Zessionar kann die Grundschuld außerhalb des Grundbuches treuhänderisch an den Eigentümer zurückübertragen, dieser anschließend das Grundstück wie oben zu 1. dargestellt nachverpfänden und sodann die Gesamteigentümergrundschuld wieder – auch außergrundbuchlich – an den Gläubiger abtreten²⁰⁵. Hierbei ist allerdings stets an die Gefährdung durch den gesetzlichen Lösungsanspruch zu denken, sofern dieser nicht ausgeschlossen worden ist oder vor Rückabtretung der Grundschuld an den Eigentümer der Verzicht nachrangig eingetragener Gläubiger auf den Lösungsanspruch eingeholt wird. Abgesehen hiervon eröffnet dieser Weg der Nachverpfändung die Möglichkeit treuwidriger Verfügung des Eigentümers über die Eigentümergrundschuld.

(3) Schließlich kann das nachzuverpfändende Grundstück dem mit der Grundschuld belasteten Grundbesitz als Bestandteil zugeschrieben werden (§ 890 Abs. 2 BGB)²⁰⁶. Die auf dem Hauptgrundstück lastenden Grundpfandrechte erstrecken sich sodann kraft Gesetzes auf das zugeschriebene Grundstück (§ 1131 BGB). Die Wiederaufhebung der Bestandteilszuschrei-

bung ist jedoch nur durch Teilung des einheitlichen Grundstücks möglich und kann der Genehmigungspflicht nach § 19 BauGB unterliegen²⁰⁷. Zudem erfaßt die Pfanderstreckung infolge Bestandteilszuschreibung alle auf dem Hauptgrundstück eingetragenen Grundpfandrechte, ein Ergebnis, das gerade vermieden werden soll, wenn das Hauptgrundstück mit mehreren Grundpfandrechten belastet ist und das zuzuschreibende Grundstück nur mit einem dieser mehreren Rechte nachbelastet werden soll. Aus diesen Gründen dürfte die Bestandteilszuschreibung in der Regel nicht der geeignete Weg zur Pfanderstreckung sein.

3. Schwierigkeiten ergeben sich, wenn ein Grundstück für eine außergrundbuchlich abgetretene Eigentümergrundschuld nachverpfändet werden soll und keiner der vorstehend unter 2 b) geschilderten Möglichkeiten gewählt wird. Die Beteiligten mögen etwa eine Nachverpfändung durch Bestandteilszuschreibung oder eine treuhänderische Rückabtretung zum Zwecke der Pfandunterstellung ablehnen und sich auch gegen eine nachträgliche Eintragung der Abtretung aussprechen, etwa weil sie die Kosten dieser Eintragung vermeiden oder den Fremdgrundschuldcharakter oder den Namen des Gläubigers nicht offenlegen wollen.

In diesen Fällen könnte folgendes Verfahren der Nachverpfändung in Betracht kommen:

Der Eigentümer, der nach wie vor als Inhaber der Grundschuld eingetragen ist, kann als formell Berechtigter die Nachverpfändung bewilligen und beantragen und der Gläubiger ihm den Brief zum ausschließlichen Zweck der Vorlage beim Grundbuchamt aushändigen. Das Grundbuchamt, dem die Abtretung nicht bekannt ist, wird sodann im Grundbuch des nachverpfändeten Grundstücks die Grundschuld als Eigentümergrundschuld unter Angabe der Mithaftstelle eintragen. Der Brief wird anschließend dem Gläubiger wieder ausgehändigt. Reicht allerdings der Gläubiger selbst den Brief beim Grundbuchamt ein mit der Auflage, ihn nur an den Einreicher zurückzugeben oder legt der Eigentümer den Brief vor mit der Auflage, ihn nur an den Gläubiger auszuhändigen, so können für das Grundbuchamt Zweifel entstehen, ob der Bewilligende Inhaber der Grundschuld ist. Diese Zweifel können nach der Rspr. des BayObLG das Grundbuchamt zu einer Zwischenverfügung und – wenn die Zweifel nicht beseitigt werden – zu einer Zurückweisung des Eintragungsantrages berechtigen²⁰⁸. Hiervon abgesehen aber ist der grundbuchliche Vollzug der vorstehend geschilderten „verdeckten“ Nachverpfändung durchführbar²⁰⁹.

Materiell-rechtlich ist dieser Weg der Nachverpfändung jedoch durchaus problematisch. Einigung und Eintragung müssen nach § 873 BGB einander entsprechen²¹⁰. Gläubiger und Eigentümer einigen sich hier zwar darüber, daß das Grundstück mit der Fremdgrundschuld nachbelastet werden soll. Da aber im Grundbuch noch der Eigentümer als Inhaber der Grundschuld eingetragen ist, wird auf dem nachbelasteten Grundstück wiederum eine Grundschuld des Eigentümers eingetragen²¹¹. Einigung und Eintragung weichen folglich voneinander ab. Die Divergenz führt nach h. M. dazu, daß das von den Beteiligten gewünschte Gläubigerrecht nicht entsteht²¹². Das auf dem nachzuverpfändenden Grundstück als Gesamteigentümergrundschuld eingetragene Recht ist auch nicht etwa Eigentümergrundschuld, die der Eigentümer noch nachträglich an den Gläubiger abtreten könnte, um den Mangel zu heilen. Ein Gesamtgrundpfandrecht kann nicht aus Eigentümer- und Fremdgrundschuld bestehen²¹³. Da somit eine Eigentümer-

202 Der Aufsatz von Ertl, Verdeckte Nachverpfändung und Pfandfreigabe von Grundstücken, DNotZ 1990, 684, konnte nicht mehr berücksichtigt werden.

203 Lwowski, Verdeckte Nachverpfändung bei einer Eigentümerbriefgrundschuld, DNotZ 1979, 328 f.

204 Haegele/Schöner/Stöber, a.a.O., Rd.-Nr. 2648.

205 Kaempfe, Pfanderstreckung bei Eigentümergrundschulden, MittBayNot 1971, 347; Wilke, WM 1980, 858 f.; Zavar, NJW 1976, 1823, 1825.

206 Beck, Zur „verdeckten Nachverpfändung“ von Grundstücken, NJW 1970, 1781; Haegele/Schöner/Stöber, a.a.O., Rd.-Nr. 2649.

207 Haegele/Schöner/Stöber, a.a.O., Rd.-Nrn. 2649, 665.

208 Rpfleger 1983, 17.

209 Lwowski, DNotZ 1979, 328.

210 Palandt/Bassenge, a.a.O., § 873 BGB, Anm. 4a; Staudinger/Ertl, 12. Aufl. 1983, § 873 BGB, Rd.-Nr. 182; Baur, Sachenrecht, 14. Aufl. 1987, § 19 A II, B III 1.

211 Wilke, WM 1980, 858 f.

212 Kaempfe, MittBayNot 1971, 347; Zavar, NJW 1976, 1823, 1825; Lwowski, DNotZ 1979, 328; Haegele/Schöner/Stöber, a.a.O., Rd.-Nr. 2363; Bedenken auch bei Wilke, WM 1980, 858 f.

213 Lwowski, DNotZ 1979, 328 f.; Westermann, Verdeckte Nachverpfändung von Grundstücken, NJW 1970, 1023, 1025.

grundschild nicht entstanden ist, kann sie auch nicht an den Gläubiger abgetreten werden. Die Folge ist: Die Nachverpfändung ist unwirksam²¹⁴.

Zu einem anderen Ergebnis gelangt man nur dann, wenn man mit H. P. Westermann die Grundsätze über das „Geschäft, wen es angeht“ heranzieht und annimmt, die Nachverpfändung sei „als für den derzeitigen Inhaber des ursprünglichen Rechts bewirkt anzusehen“, die Eintragung sei als eine Eintragung für den, den es angeht, aufzufassen²¹⁵. Diese, wie Westermann selbst einräumt, „nicht zu leugnende dogmatische Kühnheit der Konstruktion“ erscheint jedoch für die Praxis zu unsicher. Die Grundsätze des Geschäfts, wen es angeht, eignen sich nicht für das formelle Grundbuchrecht.

Als Ergebnis ist daher festzuhalten:

Eine *verdeckte* Nachverpfändung ist nur in der Weise möglich, daß entweder

a) die Grundschild außerhalb des Grundbuches an den Eigentümer treuhänderisch zurückübertragen wird, dieser so dann die Nachverpfändung bewilligt und eintragen läßt und anschließend die Gesamteigentümergrundschild wieder an den Eigentümer außergundbuchlich abtritt, oder

b) das weitere Grundstück, auf das sich die Grundschild erstrecken soll, dem belasteten Grundbesitz als Bestandteil zugeschrieben wird.

Die Kostenordnung in den neuen Bundesländern – Hinweise für Notare

(von Notar Dr. Holger Schmidt, Viersen)

I. Einleitung

II. Gebührenermäßigung

1. Örtliche und sachliche Voraussetzungen
2. Umfang der Ermäßigung
3. Höchst- und Mindestgebühren sowie Höchstwerte
4. Weitere Ermäßigungstatbestände

III. Sonstige neue Gebührenbestände

1. Option für den Güterstand des FGB
2. D-Markbilanzgesetz
3. Ehenamen
4. Gebäudeeigentum
5. Land- und forstwirtschaftliche Grundstücke

IV. Rechtsmittel gegen Kostenentscheidungen

I. Einleitung

Nach dem Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands (sog. Einigungsvertrag)¹ wurden die ehemaligen Länder der DDR gem. Art. 23 GG am 3. 10. 1990 Länder der Bundesrepublik Deutschland. Gleichzeitig trat in diesen neuen Bundesländern sowie in dem Teil des Landes Berlin, in welchem das Grundgesetz bisher nicht galt, das Bundesrecht in Kraft, soweit in dem Einigungsvertrag (EV) nicht etwas anderes bestimmt ist (vgl. Art. 1, 3, 8 EV).

Danach gilt die Kostenordnung (KostO) seit dem Beitrittstage auch für die fünf neuen Bundesländer, allerdings mit einigen erheblichen Abweichungen, von denen die 20 %ige Gebührenermäßigung die wesentlichste ist. Die Vereinigung hat auch zu bestimmten notariellen Geschäften geführt, die es bisher nicht gab, wie z. B. die Option für den Güterstand des FGB.

II. Gebührenermäßigung

1. Örtliche und sachliche Voraussetzungen

Nach Anl. I, Kap. III, Sachgebiet A, Abschn. III, Nr. 20 EV sind die Gebühren unter den nachstehenden Voraussetzungen um 20 % zu ermäßigen.

a) Die Beurkundung muß durch einen Notar der neuen Bundesländer vorgenommen worden sein. Wenn also ein in der bisherigen Bundesrepublik zugelassener Notar an seinem Heimatort einen Grundstückskaufvertrag über ein in Leipzig gelegenes Grundstück beurkundet, erfolgt keine Gebührenermäßigung. Das gilt selbst dann, wenn dieser Notar aufgrund einer Ausnahmeregelung nach § 11 Abs. 2 BNotO in einem der fünf neuen Bundesländer die Beurkundung vornimmt. Er nimmt insoweit „sein“ Kostenrecht mit. Auch die Gerichte und Liegenschaftsdienste haben bei Sitz in den neuen Bundesländern die Gebührenermäßigung zu gewähren.

b) Der Kostenschuldner muß seinen Wohnsitz oder Sitz der Hauptniederlassung, bei einer Handelsgesellschaft den Sitz der Gesellschaft, im begetretenen Gebiet haben. Gemeinden haben weder einen Wohnsitz noch einen Sitz einer Hauptniederlassung. Sie sind auch keine Handelsgesellschaften. Ihnen steht deshalb die 20 %ige Ermäßigung nicht zu. Die Begründung für dieses Ergebnis ist, daß der Gesetzgeber nur Privatpersonen und Gesellschaften die Ermäßigung gewähren wollte, nicht aber Gemeinden und sonstigen staatlichen Stellen. Diesen stehen – sofern die Voraussetzungen erfüllt sind – die Ermäßigungen nach § 144 KostO zu. Auch Kirchen haben keinen Sitz der Hauptniederlassung, so daß auch diese nicht die 20 %ige Ermäßigung beanspruchen können.

Schwieriger ist die Frage bei Gesellschaften mit Doppelsitz zu beantworten. Hier wird man wohl die Ermäßigung gewähren müssen.

Die Gebühren sind *nur* zu ermäßigen, wenn der begünstigte Kostenschuldner *kraft Gesetzes* die Kosten zu tragen hat. Gesetzliche Bestimmungen über die Kostentragungspflicht sind:

§ 449 BGB (Kauf eines Grundstücks oder eines Rechts an einem Grundstück): Kostenschuldner ist der Käufer

§ 448 Abs. 2 BGB (Rechtskauf wie Abtretung eines Gesellschaftsanteils an einer GmbH): Kostenschuldner ist der Verkäufer

§ 449 BGB (Tauschvertrag): Kostenschuldner ist hier jeder Erwerber im Verhältnis seines Erwerbs

§ 426 Abs. 1 BGB (Es gibt für das entsprechende Rechtsgeschäft, wie z. B. bei der unentgeltlichen Grundstücksüberlassung, keine gesetzliche Sondervorschrift): Schuldner sind die Beteiligten zu gleichen Teilen

§ 435 BGB (Lastenfreistellung): Kostenschuldner ist der Verkäufer.

Die Ermäßigung tritt also nur ein, wenn der gesetzliche Kostenschuldner seinen Wohnsitz im begetretenen Gebiet hat. Kommt z. B. der Käufer eines Grundstücks aus München, so

214 Vgl. die Nachweise in Fn. 212. Nach OLG Frankfurt (WM 1989, 864) wird der Mangel geheilt und die Nachverpfändung wirksam, wenn der Eigentümer ihre Eintragung nach treuhänderischer Rückabtretung der Grundschild an ihn noch einmal bewilligt.

215 Westermann, NJW 1970, 1023, 1028.

1 BGBl. 1990 II, 885 ff.

erhält er selbst dann keine Ermäßigung, wenn das fragliche Grundstück in Leipzig liegt und der Vertrag vor einem Notar in einem der neuen Bundesländer beurkundet wird.

Eine Ermäßigung kann im vorstehenden Falle auch nicht dadurch erreicht werden, daß der Verkäufer mit Wohnsitz in dem beigetretenen Gebiet die Kostenhaftung übernimmt. Eine abweichende Vereinbarung über die Kostentragung hat auf die Möglichkeit der zu gewährenden Ermäßigung keinen Einfluß. Es gelten insoweit die Grundsätze des § 144 Abs. 3 KostO.

Soweit Rechtsvorschriften der ehemaligen DDR, die als Bundesrecht nach dem Einigungsvertrag weitergelten, eine weitergehende Befreiung von Gebühren vorsehen als die Vorschriften in den alten Bundesländern, sind diese Rechtsvorschriften nicht anwendbar.

2. Umfang der Ermäßigung

Die 20 %ige Ermäßigung gilt nicht für die reinen Beurkundungsgebühren, sondern auch für alle übrigen Gebühren, wie für die Vollzugsgebühr nach § 146 KostO und die Betreuungsgeldgebühr nach § 147 KostO sowie die Hinterlegungsgebühr nach § 149 KostO. Auch die Gerichte haben die Gebühren entsprechend für alle ihre Tätigkeiten zu ermäßigen. In Berlin gilt eine Zweiteilung. Die Notare im Westteil der Stadt sind von der Ermäßigung nicht berührt.

3. Höchst- und Mindestgebühren sowie Höchstwerte

Bei Höchstwerten bestimmen diese den Ermäßigungsbetrag und nicht der höhere wirkliche Wert²: Erteilt beispielsweise der A dem B in notarieller Urkunde Vollmacht für den Kauf eines Grundstückes in Leipzig zu einem Preis von 2.000.000,- DM, so ist der Höchstwert für diese Urkunde nach § 41 Abs. 1 KostO 1.000.000,- DM. Die dafür anfallende Gebühr beträgt nach § 38 Abs. 2 Nr. 4 KostO 805,- DM. Dieser Betrag ist dann um 20 % zu ermäßigen, also auf 644,- DM. Höchstgebühren, wie in § 45 oder § 58 KostO bestimmt, werden um 20 % ermäßigt, unabhängig davon, ob der Geschäftswert höher ist. Bei einer Unterschriftsbeglaubigung unter einer vorgelegten Urkunde beträgt also die Höchstgebühr bei Vorliegen der 20 %igen Ermäßigungsvoraussetzungen 200,- DM. Die Mindestgebühr nach § 33 KostO beträgt auch im beigetretenen Gebiet 15,- DM³. Hier erfolgt keine Ermäßigung. Gleiches gilt auch für Auslagen. Diese können in vollem Umfang geltend gemacht werden.

Der Bundesminister der Justiz ist ermächtigt, durch Rechtsvorschriften den Ermäßigungssatz zur Anpassung an die wirtschaftlichen Verhältnisse neu festzulegen oder aufzuheben. Zur Zeit gibt es im Bundesjustizministerium in dieser Richtung keine Überlegungen.

4. Weitere Ermäßigungstatbestände

Die 20 %ige Ermäßigung ist nicht die einzige zulässige Ermäßigung im Beitrittsgebiet. Auch weitergehende Ermäßigungen, wie die des § 144 KostO, finden Anwendung. Die nach § 144 KostO ermäßigten Gebühren werden allerdings nicht noch um weitere 20 % nach dem Einigungsvertrag ermäßigt. Beide Tatbestände ergänzen sich nur. Die 20 %ige Ermäßigung gilt dort, wo die Ermäßigung nach § 144 KostO der Höhe nach nicht zur Anwendung kommt. Bekanntlich gilt diese Gebührenermäßigung erst ab einem Betrag von 50.000,- DM. Allerdings bildet nicht – wie vielfach angegeben wird⁴ – dieser Betrag genau die

Grenze für die 20 %ige Ermäßigung nach dem Einigungsvertrag und der Ermäßigung nach § 144 KostO. Da nach § 144 Abs. 1 S. 2 KostO die nach einem niedrigeren Geschäftswert (hier 50.000,- DM) zu erhebende Gebühr nicht unterschritten werden darf⁵, liegt die Grenze bei einem Wert von 70.000,- DM. Bei einem Wert von 60.000,- DM beträgt nämlich die um 20 % ermäßigte ²⁰/₁₀-Gebühr (360 \cdot 72 =) 288,- DM, während bei Anwendung des § 144 KostO eine Gebühr von 320,- DM anfällt.

Auch die Ermäßigung nach § 56 D-Markbilanzgesetz (DMBiG) geht vor. Nach diesem Gesetz ermäßigen sich die Gebühren um 50 % für die Geschäfte, die anlässlich der Feststellung der Eröffnungsbilanz und der Neufestsetzung der Kapitalverhältnisse nach dem DMBiG entstehen. Übersteigt bei einer Beurkundung von Versammlungen die so zu berechnende Gebühr 2.000,- DM, ermäßigt sich der 2.000,- DM übersteigende Betrag um weitere 25 %. Fließen die Gebühren dem Notar selbst zu, ermäßigt sich die Gebühr entsprechend § 144 Abs. 1 KostO. Es handelt sich dabei um eine Rechtsfolgenverweisung, d. h. die Tatbestandsvoraussetzungen des § 144 KostO selbst brauchen nicht erfüllt zu sein.

§ 56 DMBiG enthält weiter eine Gebührenermäßigung bei Umwandlung von Gesellschaften und Neufestsetzung des Nennkapitals. Die Ermäßigung erstreckt sich nicht auf die Zusatzgebühr für Beurkundung außerhalb des Amtsbezirkes.

III.

Sonstige neue Gebührenbestände

1. Option für den Güterstand des FGB

Nach dem Einigungsvertrag⁶ kann jeder Ehegatte aus dem beigetretenen Gebiet, sofern er nicht vorher einen Ehevertrag geschlossen hatte, bis zum 2. 10. 1992 mit einer Erklärung für die Fortgeltung des bisherigen gesetzlichen Güterstandes der DDR optieren⁷. Jedem beliebigen Kreisgericht gegenüber muß nur eine entsprechende notariell beurkundete Erklärung⁸ abgegeben werden. Öffentliche Beglaubigung der Urkunde reicht nicht aus. Der Geschäftswert für die Option, für die Anmeldung zum Güterrechtsregister und für die Eintragung in diesem Register beträgt 5.000,- DM⁹. Es kommt also nicht auf den Wert des Vermögens beider Ehegatten an. Schulden werden auch nicht abgezogen.

Die Fortgeltungserklärung ist eine einseitige Erklärung. Die Gebühr ergibt sich deshalb aus § 36 Abs. 1 KostO (¹⁰/₁₀). Dies gilt auch dann, wenn beide Ehegatten diese Erklärung abgeben¹⁰. Auf diese Gebühr findet mangels anderer gesetzlicher Regelungen die vorstehend erwähnte 20 %ige Ermäßigung Anwendung¹¹, immer vorausgesetzt, die sonstigen Voraussetzungen der Ermäßigung sind erfüllt. Die Einreichung der Erklärung bei dem Gericht ist eine gebührenfreie Nebentätigkeit. Wird mit der Fortgeltungserklärung ein Antrag auf Eintragung in das Güterrechtsregister verbunden, so ist ein gleicher Gegenstand nach § 44 Abs. 1 KostO anzunehmen, so daß keine zusätzliche Gebühr zu erheben ist. Für die Eintragung in das Güterrechtsregister wird nach § 81 KostO die volle Gebühr – ggf. mit der 20 %igen Ermäßigung – erhoben (§ 18 KostO). Gibt nur ein Ehegatte die Erklärung ab, ist diese dem anderen bekanntzumachen. Für die Zustellung werden Gebühren oder Auslagen nach § 137 Abs. 2 KostO nicht erhoben¹².

2 Vgl. hierzu im einzelnen im Zusammenhang mit § 144 KostO H. Schmidt, Das Kostenrechtsänderungsgesetz zum 1. 7. 1989 – Eine kritische Betrachtung zu den Änderungen der §§ 143 und 144 KostO, MittRhNotK 1989, 211.

3 Vgl. Anl. I, Kap. III, Sachgebiet A, Abs. 3, Nr. 20.

4 Vgl. z. B. Böhringer, Modalitäten des Grundstücksvertrages in den neuen Bundesländern, BWNotZ 1991, 30, 37; ders., Modifiziertes Gesellschafts- und Registerrecht in den neuen Bundesländern, BWNotZ 1991, 37, 40.

5 Würde z. B. bereits bei einem Geschäftswert von 55.000,- DM die 20 %-Ermäßigung nach § 144 KostO eingreifen, wäre diese Gebühr dann geringer als bei einem Geschäftswert von 50.000,- DM. Vgl. im einzelnen dazu H. Schmidt, MittRhNotK 1990, 211.

6 Anl. I, Kap. III, Sachgebiet B, Abs. 2, Art. 234, § 4 Abs. 2 des Vertrages

zwischen der BRD und der DDR.

7 Vgl. hierzu im einzelnen Faßbender, Beurkundungen bei Beteiligung von Bürgern der ehemaligen DDR, MittRhNotK 1990, 209; Böhringer, Die Güterstands-Optionserklärung nach Art. 234 § 4 EGBGB, DNotZ 1991, 223.

8 § 4 Abs. 3 S. 2.

9 § 4 Abs. 6 der in Fn. 6 genannten Vorschrift. Vgl. hierzu auch Böhringer, DNotZ 1991, 236.

10 Die von Faßbender in MittRhNotK 1990, 210, vertretene gegenteilige Auffassung wird von ihm nicht mehr aufrecht erhalten.

11 Lappe, Notarkosten nach dem Einigungsvertrag, DNotZ 1991, 247; Böhringer, DNotZ 1991, 236.

12 Art. 234 § 4 EGBGB.

2. D-Markbilanzgesetz

Unternehmen mit Sitz in der ehemaligen DDR, die als Kaufleute nach § 238 HGB zur Buchführung verpflichtet sind, haben mit Wirkung zum 1. 7. 1990 eine Inventarliste und eine Eröffnungsbilanz aufzustellen. Für die Beurkundung des Beschlusses über die Feststellung der Eröffnungsbilanz fällt eine Gebühr nach § 47 KostO an. Der Geschäftswert ergibt sich nach Lappe¹³ nicht aus dem halben Stufenwert gem. § 27 Abs. 1 KostO, sondern aus der Bilanzsumme.

3. Ehenamen

Nach Art. 234 § 3 EGBGB können Ehegatten, die vor dem Wirksamwerden des Beitritts die Ehe geschlossen haben, unter dort näher bestimmten Umständen den Geburtsnamen des Mannes oder der Frau als Ehenamen führen. Diese Erklärungen zum Ehenamen bedürfen nach Art. 234 § 3 Abs. 3 EGBGB der öffentlichen Beglaubigung. Entwirft der Notar die Erklärung, erhält er eine $\frac{10}{10}$ -Gebühr nach § 145 Abs. 1 KostO i.V.m. § 36 Abs. 1 KostO. Beglaubigt er nur die Unterschrift unter einem ihm vorgelegten Entwurf, fällt die $\frac{1}{4}$ -Gebühr nach § 45 Abs. 1 KostO an. Der Geschäftswert beträgt nach § 30 Abs. 3 KostO 5.000,- DM.

4. Gebäudeeigentum

Nach Art. 231 § 5 EGBGB bleibt das im Gebäudegrundbuchblatt eingetragene Gebäudeeigentum selbständiges Rechtsobjekt und kann damit Vertragsgegenstand sein. Das Gebäudeeigentum wird nach Art. 233 § 4 Abs. 1 EGBGB als grundstücksgleiches Recht insoweit behandelt, als es um die entsprechende Anwendung der Bestimmungen des BGB geht. Die Übertragung erfolgt demgemäß durch notarielle Urkunde. Die Gebührenstufe ist nach § 36 Abs. 2 KostO $\frac{20}{10}$. Der Geschäftswert ergibt sich nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 19, 20 KostO in der Regel aus dem Kaufpreis.

Beantragt der Eigentümer des Grund und Bodens sowie des Gebäudeeigentums, das er z. B. nachträglich erworben hat, die Vereinigung in *einem* Grundbuchblatt und die Löschung des Nutzungsrechtes, handelt es sich nicht um eine Verfügung über das Eigentum, sondern um eine bloße Änderung im Eigentum.

Eine entsprechende Erklärung ist vergleichbar mit der für die Grundstücksvereinigung nach § 890 Abs. 1 und 2 BGB. Der Vereinigungsantrag löst nach § 38 Abs. 2 Nr. 5a KostO eine $\frac{5}{10}$ -Gebühr aus. Der Geschäftswert ist nach § 30 Abs. 1 KostO

zu schätzen. Vom zusammengerechneten Wert des Grund und Bodens sowie der Gebäude ist ein Prozentsatz von 10 bis 20 % zu nehmen.

5. Land- und forstwirtschaftliche Grundstücke

Bei land- und forstwirtschaftlichen Betrieben tritt an die Stelle des vierfachen Einheitswertes i. S. v. § 19 Abs. 4 KostO des vierfachen Ersatzwirtschaftswertes i. S. d. mit dem Einigungsvertrag¹⁴ erlassenen § 125 BewG.

Zum land- und forstwirtschaftlichen Vermögen i. S. d. Kostenrechts gehören abweichend von § 125 BewG auch die Wohngebäude einschließlich des dazugehörigen Grund und Bodens. Diese werden demnach mit dem vierfachen Einheitswert, das übrige land- und forstwirtschaftliche Vermögen mit dem vierfachen Ersatzwirtschaftswert veranschlagt. Wegen der Einzelheiten vgl. den nur in den neuen Bundesländern geltenden § 125 BewG.

IV.

Rechtsmittel gegen Kostenentscheidungen

Die Kostenrechnung des Notars wird mit der Beschwerde nach § 156 Abs. 1 KostO zum Kreisgericht angefochten¹⁵. Gegen dessen Entscheidung ist weitere Beschwerde zum Bezirksgericht gegeben¹⁶. In Gesamtberlin, also auch für den Ostteil, gilt für alle Notare der Rechtsweg des § 156 KostO, d. h. Landgericht und dann Kammergericht.

Wesentlich schwieriger ist die Frage zu beantworten, wo Rechtsmittel gegen Kostenentscheidungen des Liegenschaftsdienstes eingelegt werden müssen. Die Führung der Grundbücher fällt nicht in die Zuständigkeit der Kreisgerichte. Die Grundbücher werden vielmehr in der Regel von den Außenstellen der Liegenschaftsdienste bei den einzelnen Städten oder Gemeinden geführt. Es ist deshalb daran zu denken, den Gebührenbescheid als Verwaltungsakt vor dem Verwaltungsgericht anzugreifen¹⁷. Man wird jedoch auch hier dieselben Grundsätze anwenden müssen, die für die Grundbuchämter in Baden gelten, die bei den Gemeindeverwaltungen geführt werden¹⁸. Gegen die Kostenberechnungen des Liegenschaftsdienstes findet entsprechend §§ 141, 142 i.V.m. § 14 Abs. 1 KostO die Erinnerung zum Kreisgericht statt, in dessen Bezirk dieser liegt. Gegen diese Entscheidung ist die Beschwerde zum Bezirksgericht nach § 14 Abs. 2 S. 1 KostO gegeben. Eine weitere Beschwerde ist ausgeschlossen.

13 DNotZ 1991, 249.

14 Nach Maßgabe 20 Buchst. d.

15 Anl. I, Kap. III, Sachgebiet A, Abs. 3 e.

16 A.a.O., Buchst. h.

17 Verwaltungsgerichte sind in den neuen Bundesländern jedoch nicht als eigenständige Gerichte vorhanden. Sie sind vielmehr bei den Kreisgerichten als Verwaltungsgerichte angesiedelt.

18 Vgl. LG Heilbronn Justiz 1976, 211.

Rechtsprechung

1. Allgemeines – Mithaftung der vermögenslosen Ehefrau für Betriebskredite des Ehemannes
(BGH, Urteil vom 22.1.1991 – XI ZR 111/90)

AGBG §§ 3; 9
BGB §§ 138; 607

- 1. Beantragen mehrere Personen gemeinsam die Bewilligung eines Kontokorrentkredits und seine Abwicklung über ein Gemeinschaftskonto mit Einzelzeichnungsbezeichnung, so verstößt eine Formalklausel, in der sich die Antragsteller gegenseitig bevollmächtigen, in unbegrenzter Höhe weitere Verbindlichkeiten zu Lasten des gemeinschaftlichen Kontos einzugehen, gegen §§ 3, 9 Abs. 1 AGBG.**
- 2. Zur Frage, unter welchen Umständen es als sittenwidrig zu bewerten ist, wenn eine Bank bei Bewilligung eines Betriebskredits die einkommens- und vermögenslose Ehefrau des Betriebsinhabers zur Übernahme der Mithaftung veranlaßt.**

Zum Sachverhalt:

Die 1958 geborene Bekl. und ihr früherer Ehemann sind Griechen, wohnen aber schon seit längerer Zeit in Deutschland. Ihre Ehe, aus der zwei – 1974 und 1977 geborene – Kinder stammen, wurde während des Rechtsstreits geschieden. Die Bekl. erhält für sich und die bei ihr lebenden Kinder Sozialhilfe. Auch während der Ehe war sie nicht berufstätig. Ihr Ehemann arbeitete zunächst als Pelznäher in einer N. Firma. 1981 machte er sich selbständig und betrieb ein Pelzhandelsgeschäft. Dafür unterhielt er bei der Kl. zunächst ein Einzelkonto. Später benötigte er für eine Geschäftserweiterung Kredit. Auf seine Veranlassung erschien im Juni 1984 der Zeuge W. als Vertreter der Kl. in der damaligen ehelichen Wohnung der Bekl. Beide Eheleute unterschrieben dort einen Antrag auf einen Betriebsmittelkredit von 50.000,- DM. Zur Abwicklung des Kredits wurde das bestehende Einzelkonto in ein gemeinschaftliches Geschäftskontokorrentkonto mit Einzelzeichnungsbezeichnung umgewandelt. In dem im Juni 1984 von beiden Eheleuten unterzeichneten Antragsformular heißt es u. a.:

„Jeder von uns ist berechtigt, Verbindlichkeiten zu Lasten des gemeinschaftlichen Kontos einzugehen.“

Anfang 1985 bewilligte die Kl. eine Erhöhung des Betriebsmittelkredits um 15.000,- DM; der entsprechende Antrag wurde im Februar 1985 wiederum von beiden Eheleuten unterschrieben. Später überzog der Ehemann der Bekl. den eingeräumten Kreditrahmen beträchtlich, so daß sich per 30. 4. 1986 ein Schuldsaldo von 132.981,08 DM ergab. Daraufhin kündigte die Kl. das Kreditverhältnis. Nach Verwertung von Sicherheiten hat sie mit der Klage von der Bekl. – als Gesamtschuldnerin mit ihrem früheren Ehemann – die Zahlung dieses Betrages nebst 9 % Zinsen verlangt. Das LG hat der Klage stattgegeben. Das OLG hat die Verurteilung der Bekl. bestätigt. Mit der Revision verfolgt die Bekl. ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Abweisung der Klage.

- Das Berufungsgericht ist, ohne den Inhalt der Vertragsformulare im einzelnen zu würdigen, davon ausgegangen, daß sich daraus eine gesamtschuldnerische Haftung beider Eheleute ergibt. Die Bekl. war sich dieser Bedeutung ihrer Unterschrift nach den Feststellungen des Berufungsgerichts auch bewußt.
- Die im Juni 1984 vereinbarte Mithaftung der Bekl. ist wegen Verstoßes gegen § 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO gem. § 134 BGB nichtig.
- Soweit die Bekl. zur Zahlung von mehr als 65.000,- DM nebst Zinsen verurteilt worden ist, scheiden die Kreditvereinbarungen vom Juni 1984 und Februar 1985 als Anspruchsgrundlage aus. Die Kl. kann sich gegenüber der Bekl. insoweit auch nicht auf die Mitunterzeichnung des Kontoänderungsantrags vom 15. 6. 1984 stützen, dessen Formularbedingungen die Bestimmung enthalten, daß jeder Einzelzeichnungsberechtigte eines Gemeinschaftskontos auch berechtigt ist, Verbindlich-

keiten zu Lasten des gemeinschaftlichen Kontokorrentkontos einzugehen, für die nach Nr. 2 (3) der AGB-Banken alle Mitinhaber als Gesamtschuldner haften.

Die in dieser Bestimmung liegende Bevollmächtigung der Kontoinhaber untereinander zur gegenseitigen Mitverpflichtung (Liesecke, WM 1961, 546, 553; Schaudwet, Bankenkotokorrent und AGB, 86) wird im Schrifttum einengend ausgelegt; danach beschränkt sich die Vollmacht auf vorübergehende Kontoüberziehungen im banküblichen Rahmen, berechtigt aber nicht zu Kreditaufnahmen oder -erweiterungen in unbegrenzter Höhe (Liesecke, WM 1961, 546, 553; Bruchner/Bunte, Aktuelle AGB-rechtliche Fragen im Bankgeschäft, 156 ff. m. w. N.).

Das Berufungsgericht folgt dieser Auffassung nicht, wenn es die vom Ehemann bewirkte Erhöhung des Schuldsaldos auf das Doppelte des bewilligten Kreditbetrages als von der Vollmacht der Bekl. gedeckt ansieht. Bei einer derartig weiten Auslegung hält die vorliegende Klausel der Überprüfung nach den Bestimmungen des AGBG nicht stand:

a) Zu bejahen sind dann schon die Voraussetzungen des § 3 AGBG. Nach den Umständen des Vertragsschlusses brauchte die Bekl. nicht damit zu rechnen, daß das Kontoänderungsformular eine so weitgehende Vollmachterteilung enthielt. Anlaß der Umwandlung des Einzelkontos in ein Gemeinschaftskonto war die Darlehensgewährung über 50.000,- DM. Aus der Feststellung des Berufungsgerichts, der Bekl. seien bei dieser Gelegenheit die Begriffe Gemeinschaftskonto und Einzelzeichnungsbezeichnung erläutert worden, ergibt sich nicht, daß der übrige Formularinhalt, insbesondere auch die hier streitige Klausel, besprochen worden ist; der Zeuge W., auf dessen Aussagen das Berufungsgericht seine Feststellungen stützt, hat sich hieran im Gegenteil gerade nicht erinnern können. Die streitige Klausel war in dem umfangreichen, sehr eng und klein gedruckten Text des Antragsformulars in keiner Weise hervorgehoben worden. Danach muß es als verbotene Überrumpelung gewertet werden, wenn die Kl. aus diesen Formularbedingungen das Recht herleiten will, die Bekl. nicht nur für die Rückzahlung der ausdrücklich bewilligten Kredite in Anspruch zu nehmen, sondern auch für von ihrem Ehemann veranlaßte und von der Kl. geduldeten Kontobelastungen, die den vereinbarten Kreditrahmen weit überschreiten.

b) Im übrigen hält die streitige Klausel in der Auslegung des Berufungsgerichts auch der Inhaltskontrolle nach § 9 Abs. 1 AGBG nicht stand. Durch AGB-Klauseln, in denen sich mehrere Darlehensnehmer gegenseitig bevollmächtigen, weitere Darlehen füreinander aufzunehmen, werden die Kreditnehmer unangemessen benachteiligt, weil ihnen dadurch unkalkulierbare Haftungsrisiken aufgebürdet werden; das ist für Ratenkreditverträge allgemein anerkannt (BGH WM 1989, 1086 = DNotZ 1989, 621 m. zahlr. N.). Für den vorliegenden Fall kann nichts anderes gelten.

4. Alle vertraglichen Vereinbarungen der Parteien sind in der – vom Berufungsgericht gebilligten – Auslegung der Kl. auch wegen Verstoßes gegen § 138 Abs. 1 BGB unwirksam. Die Bekl. wurde durch die von der Kl. geforderte Mithaftung für die Geschäftskreditschulden ihres Ehemannes in sittenwidriger Weise finanziell überfordert. Das gilt für den ersten Kredit von 50.000,- DM ebenso wie für dessen spätere Aufstockung um 15.000,- DM und die Kontoänderung, die nach den AGB der Kl. zur unbeschränkten Haftung der Bekl. für alle künftigen Kontoüberziehungen des Ehemannes führen sollte.

a) Die Bekl. übernahm mit diesen Vereinbarungen Verpflichtungen, die sie, wenn nicht völlig unwahrscheinliche Veränderungen ihrer persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse eintreten, niemals erfüllen können. Sie verfügte bei Abschluß der Vereinbarungen 1984/1985 als nicht berufstätige Hausfrau über keine eigenen Einkünfte und kein nennenswertes Vermögen. Eine Verbesserung war damals nicht zu erwarten.

ten und hat sich bisher auch nicht ergeben; nach ihrer Scheidung muß die Bekl. nunmehr allein ihre 1974 und 1977 geborenen Kinder betreuen; sie erhält Sozialhilfe. Falls ihr in der Zukunft mit zunehmendem Alter der Kinder eine entgeltliche Arbeitstätigkeit möglich sein sollte, wird ihr Arbeitseinkommen aufgrund ihrer persönlichen Verhältnisse voraussichtlich so gering sein, daß ihr in absehbarer Zeit keine Tilgung der durch Verzinsung ständig wachsenden Schuld möglich sein wird; das war auch bei Abschluß der Vereinbarungen bereits vorauszu- sehen. Die Bekl. lebt als Griechin in Deutschland, sie hat nur ganz kurze Zeit eine deutsche Schule besucht und keine abgeschlossene Berufsausbildung, da sie sehr früh heiratete und bereits mit 16 Jahren ihr erstes Kind bekam.

b) Nach der bisherigen Rspr. des BGH ist ein Kreditvertrag mit Rücksicht auf die Vertragsfreiheit als Teil der Privatautonomie nicht allein deswegen als sittenwidrig und daher nichtig zu erachten, weil der vermögenslose Darlehensnehmer die übernommenen Zahlungsverpflichtungen voraussichtlich nie oder nur unter besonders günstigen Bedingungen erfüllen kann (BGHZ 107, 92; WM 1989, 595; vgl. ferner BGH WM 1989, 245; BGH WM 1989, 667 und BGH WM 1990, 59).

Die zitierten Urteile, insbesondere die des IX. Zivilsenats, sind im Schrifttum, aber auch von Instanzgerichten teilweise sehr heftig kritisiert worden (vgl. Reinicke/Tiedtke, ZIP 1989, 613; Honsell, JZ 1989, 495 und EWIR § 138 BGB, 2/90, 129; Wochner, BB 1989, 1354; Schwintowski, ZBB 1989, 91; Reifner, ZIP 1990, 427; LG Münster NJW 1990, 1668 f., 1671). Wie weit diese Kritik berechtigt ist, braucht hier nicht umfassend geprüft und abschließend entschieden zu werden. Im vorliegenden Fall zumindest bejaht der erkennende Senat die Voraussetzungen des § 138 Abs. 1 BGB aus folgenden Gründen:

c) Bereits im Urteil des III. Zivilsenats vom 16. 3. 1989 (WM 1989, 595) ist anerkannt worden, daß die finanzielle Überforderung des Darlehensnehmers jedenfalls zusammen mit anderen Geschäftsumständen es rechtfertigen kann, einem Darlehensvertrag aufgrund einer Gesamtwürdigung die rechtliche Wirksamkeit zu versagen. Die Privatautonomie ist ein Strukturelement der freiheitlichen Gesellschaftsordnung; in ihrem Rahmen getroffene Regelungen hat der Staat grundsätzlich zu respektieren (BVerfG NJW 1990, 1469 f.). Wie das BVerfG jedoch in der zitierten Entscheidung betont hat, sind Beschränkungen der Privatautonomie unentbehrlich, insbesondere wenn einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht hat, daß er vertragliche Regelungen faktisch einseitig setzen kann. In solchen Fällen gestörter Vertragsparität ist der Richter zur Anwendung des § 138 BGB und anderer Generalklauseln, die als Übermaßverbote wirken, verpflichtet (BVerfG NJW 1990, 1469 f.). Dabei muß allerdings stets beachtet werden, daß jede Begrenzung der Vertragsfreiheit zum Schutze des einen Teils gleichzeitig in die Freiheit des anderen eingreift; den konkurrierenden Rechtspositionen ist ausgewogen Rechnung zu tragen (BVerfG NJW 1990, 1469 f.).

d) Insbesondere folgende Umstände rechtfertigen es hier, die auf Verlangen der Kl. zustande gekommenen Vereinbarungen über die Mithaftung der Bekl. gem. § 138 Abs. 1 BGB als nichtig zu bewerten:

aa) Die streitigen Kredite waren allein für den Gewerbebetrieb des Ehemannes bestimmt; der Ehemann hatte sich an die Kl. gewandt, weil er sein Pelzhandelsgeschäft erweitern wollte. Die Bekl. war an den unternehmerischen Entscheidungen ihres Mannes nicht beteiligt; sie kümmerte sich – wie dem Bankvertreter W. nach seiner Zeugenaussage bekannt war – überhaupt nicht um das Geschäft, sondern betreute nur den Haushalt und die Kinder. Mag der Gewerbebetrieb letztlich auch dazu dienen, dem Ehemann die Erfüllung seiner Familienunterhaltungspflichten zu ermöglichen oder zu erleichtern, so flossen der Bekl. persönlich doch aus der Kreditgewährung keine unmittelbaren Vorteile zu.

bb) Ein schutzwürdiges Interesse der Kl. an einer Mithaftung der Bekl. ist nicht anzuerkennen. Eine Erfüllung der Darlehens-

nehmerverpflichtungen konnte sie nur vom Ehemann erwarten, nicht von der Bekl., die bei Vertragsschluß weder über eigenes Einkommen noch Vermögen verfügte und aufgrund ihrer persönlichen Verhältnisse auch in überschaubarer Zukunft nicht wesentlich zur Schuldtilgung würde beitragen können. Der Kl. erwachsen also, wenn sie trotzdem – ihrem Antragsformular folgend, also gewohnheitsmäßig – die Forderung nach einer persönlichen Mithaftung der Ehefrau erhob, daraus kaum greifbare Vorteile. Das Ziel, eventuellen Vermögensverschiebungen vom Kreditnehmer auf den Ehepartner vorzubeugen (vgl. v. Rottenburg, ZHR 1989, 162, 172), ist keine Rechtfertigung für die ohne konkreten Anlaß regelmäßig erhobene Forderung nach voller Mithaftung; gegen dolose Vermögensverschiebungen bieten das Anfechtungsgesetz und § 826 BGB angemessenen Schutz.

cc) Die Kl. konnte ihre trotzdem erhobene Forderung nach einer Mitverpflichtung der Bekl. nur durchsetzen, indem sie die Kreditgewährung an den Ehemann davon abhängig machte und diesen dadurch veranlaßte, seinen auf der ehelichen Bindung beruhenden Einfluß auf die Bekl. für die Durchsetzung der Forderung der Kl. einzusetzen. Nach ihrer Schilderung gab die Bekl. ihre anfängliche Weigerung, den Kreditantrag vom Juni 1984 mitzuunterschreiben, erst auf, nachdem ihr Ehemann ihr erklärt hatte, sie könne ihm mit ihrer Unterschrift ihre Liebe be- weisen.

Aufgrund einer Gesamtwürdigung aller gegebenen Umstände sind die Vereinbarungen, auf die das Berufungsgericht die Verurteilung der Bekl. gestützt hat, als sittenwidrig zu bewerten. Es kann nicht hingenommen werden, daß Banken die Gewährung von Krediten an verheiratete Kreditnehmer ohne konkreten rechtfertigenden Grund auch dann von einer unbeschränkten persönlichen Mitverpflichtung seiner Ehefrau abhängig machen, wenn diese nach ihren persönlichen Verhältnissen voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, sich von den übernommenen, sogar nach einer Scheidung weiter bestehenden Belastungen jemals aus eigener Kraft wieder zu be- freien.

2. Schuldrecht – Wahlrecht des Gläubigers gem. § 3 Abs. 1 S. 3 MaBV und vertragliche Fälligkeitsregelung (OLG Düsseldorf, Urteil vom 28. 5. 1990 – 18 U 268/89 – rechtskräftig)

MaBV § 3

Soll die Fälligkeit des in einem Bauträgervertrag vereinbarten Kaufpreises aufgrund einer Freistellungserklärung des Globalgläubigers eintreten, in der sich dieser gem. § 3 Abs. 1 S. 3 MaBV das Recht vorbehält, entweder die geleisteten Kaufpreisteilbeträge zurückzuzahlen oder den Grundbesitz aus der Haftung zu entlassen, muß dieses Wahlrecht des Gläubigers ausdrücklich in die Fälligkeitsregelung des Bauträgervertrages aufgenommen werden.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Der bekl. Notar beurkundete im November 1985 und im Januar 1986 jeweils Kaufverträge. Mit den beiden Verträgen erwarb die Kl. jeweils eine Eigentumswohnung nebst zugehöriger Garage im Haus L.-Straße 1 in N. zum Kaufpreis von 312.500,- DM und 332.500,- DM. Die erworbenen Objekte waren Teil einer größeren Baumaßnahme, die in Bauträgerschaft errichtet wurde. Bauträger war der Veräußerer der ersten Wohnung, Herr H., dem die Sparkasse S. eine Globalsicherheit in Form einer Grundschuld in Höhe von 1,2 Mio. DM, mit 20 % verzinst, zwecks Errichtung der Baumaßnahme gewährt hatte.

Nach dem Text der beiden Verträge war der Kaufpreis jeweils in Raten zu zahlen, und zwar nach Beginn der Erdarbeiten 30 %, nach Rohbaufertigstellung 28 %, nach Fertigstellung der Rohinstallation einschließlich Innenputz mit Ausnahme der Beiputzarbeiten 17,5 %, nach Fertigstellung der Schreiner- und Glaserarbeiten mit Ausnahme des Einsatzes der Türblätter 10,5 %, nach Bezugsfertigkeit und Besitzübergabe 10,5 % und nach vollständiger Fertigstellung 3,5 %. Hierzu war verein-

bart, daß der Veräußerer dem Erwerber schriftlich den jeweiligen Bautenstand mitteilen sollte und ihn zur Zahlung der jeweiligen Kaufpreistraten auffordern sollte. Zur Fälligkeit des Kaufpreises heißt es in beiden Verträgen unter II 2:

„Fälligkeit des Kaufpreises:

Der Kaufpreis ist entsprechend den Bestimmungen der Makler- und Bauträgerverordnung fällig, wenn

...

...

...

die Freistellung des Kaufgegenstandes von allen Belastungen und Beschränkungen, die der Auflassungsvormerkung des Erwerbers im Rang vorgehen oder gleichstehen und nicht übernommen werden, gesichert ist, und zwar auch für den Fall, daß das Bauvorhaben nicht vollendet werden sollte, ...

Der Notar wird das Vorliegen der vorgenannten Voraussetzungen mit Ausnahme der Erteilung der Baugenehmigung und des Beginns der Erdarbeiten schriftlich mitteilen.“

Der Kaufpreis sollte – nach Weisung des Notars – auf die von dem Notar angegebenen Konten gezahlt werden. Die Verträge enthalten weiter eine Unterwerfungserklärung zum Zwecke sofortiger Zwangsvollstreckung aus der Urkunde.

Die Sparkasse S. gab im März 1986 bezüglich beider Objekte jeweils eine Freistellungserklärung ab. Sie verpflichtete sich zur Entlassung des jeweiligen Objektes aus der Pfandhaft unter einzelnen genau genannten Bedingungen. Es heißt in den einzelnen Freigabeerklärungen jeweils unter II 4:

„Das Bauvorhaben muß endgültig fertiggestellt sein.“

Unter III heißt es weiter:

„Der Käufer haftet mit dem von ihm erworbenen Kaufobjekt nur mit dem Teilbetrag aus der Grundschuld in Höhe seines Kaufpreises, wobei sich die Haftung um die fälligen und auf das Konto des Bauträgers bei der Sparkasse gezahlten Kaufpreisteile vermindert.“

Unter IV heißt es weiter:

„Sollte das Bauvorhaben aus Gründen, die der Käufer nicht zu vertreten hat, nicht vertragsgemäß vollendet werden, ist die Sparkasse nach eigenem Ermessen berechtigt, wahlweise entweder gemäß nachfolgenden Buchstaben A oder B zu verfahren:

A.

Die auf dem vorbezeichneten Konto vorbehaltslos eingegangenen Kaufpreistraten werden zinslos bis zum anteiligen Bau- und Bodenwert des Kaufobjektes an den Einzahler zurückgezahlt, und zwar Zug um Zug gegen Hereingabe der ordnungsgemäßen Löschungsunterlagen für

1. ...

2. ...

B.

Die Sparkasse wird das Kaufobjekt aus der Pfandhaft für die Grundschuld freigeben.

Sollte sich die Sparkasse zur Freigabe des Kaufobjektes entschließen, ist der Käufer verpflichtet, die bis dahin fällig gewordenen Kaufpreistraten gem. Kaufvertrag einschließlich eventueller durch verspätete Zahlungen angefallener Verzugszinsen unverzüglich auf das Konto Nr. ... einzuzahlen.“

Mit Schreiben vom 9. 4. 1986 teilte der Bekl. der Kl. folgendes mit:

„... übersende ich Ihnen je eine Abschrift der Freistellungserklärungen der Sparkasse N. zur gefälligen Kenntnisnahme. Die aufgrund der Kaufverträge vom Notar mitzuteilenden Fälligkeitsvoraussetzungen liegen vor. Der Kaufpreis ist gem. der Makler- und Bauträgerverordnung fällig und zahlbar. Die Fälligkeit der einzelnen Kaufpreistraten wird Ihnen durch den Veräußerer mitgeteilt. ... Zahlungen auf das Sparkonto ... bei der Sparkasse S. ... aufgrund der erfolgten Kaufpreisabtretung ...“

Das per Einschreiben/Rückschein an die Kl. gerichtete Schreiben wurde bei der Post nicht abgeholt. Es wurde laut eines Vermerks des Bekl. erneut per Einschreiben mit Rückschein versandt, ebenfalls wieder nicht abgeholt. Der Vermerk enthält weiter den Hinweis auf ein Telefonat, in dem der Bekl. der Kl. mitteilte, daß die Fälligkeit des Kaufpreises bereits eingetreten sei. Die entsprechenden Unterlagen ließ der Bekl. dann durch einen Rechtsanwalt an den Rechtsanwalt der Kl. senden.

Aufgrund der Mitteilung des Bekl. über die Fälligkeitsvoraussetzungen veranlaßte die Kl. die Finanzierungsbanken, Beträge in Höhe von

161.700,- DM bzw. 100.485,- DM jeweils auf das vom Bekl. für die Zahlung angegebene Konto bei der Sparkasse S. auszuzahlen.

Zu dieser Zeit waren die Wohnungen noch nicht bezugsfertig. Es standen noch Arbeiten aus. Die Kl. beauftragte ihrerseits Handwerker mit der Fertigstellung der Wohnungen, einen Schreinermeister, Malermeister, eine Installationsfirma, einen Elektriker, Steinmetz etc., ließen eine Einbauküche einrichten. Die Kl. erbrachte keine weiteren Zahlungen. Die Kaufobjekte wurden von der Sparkasse S. nicht weiter mit Zahlungen bedient. Die Sparkasse leitete aus der Globalgrundschuld die Zwangsversteigerung der beiden Wohnungen ein. Sie zahlte an die empfangsberechtigten Handwerker nicht weiter. Nach Fertigstellung der Wohnungen zog die Kl. kurzfristig ein; die Wohnungen wurden aber aufgrund gerichtlich erwirkter Titel geräumt.

Die Kl. nimmt den Bekl. auf Schadenersatz wegen Verletzung der ihm als Notar obliegenden Amtspflichten in Anspruch. Sie hat als Schadenspositionen u. a. die an die Finanzierungsbanken bis zur Rückzahlung der Darlehen fällig gewordenen Zinsen und die Kosten der beauftragten Handwerker geltend gemacht. Die Höhe des Schadens beläuft sich nach Angaben der Kl. auf etwa 228.000,- DM.

Die Kl. hat vorgetragen, der Bekl. habe zu Unrecht die Fälligkeitsmitteilung gemacht. Die Freistellungserklärung der Sparkasse S. habe nicht den in den Notarverträgen vorgesehenen Inhalt. Dort sei die Fälligkeit von der Freistellung des Kaufgegenstandes von allen Belastungen und Beschränkungen, die der Auflassungsvormerkung des Erwerbers im Rang vorgehen, abhängig gemacht worden. Die „Freistellungserklärung“ der Sparkasse S. sei keine solche, vielmehr lediglich eine Ankündigung, eine Haftentlassung unter weiteren Bedingungen und Voraussetzungen demnächst zu erklären. Die Sparkasse habe sich insbesondere vorbehalten, die Haftentlassung nicht auszusprechen, wenn das Bauvorhaben nicht endgültig fertiggestellt werde.

Die Kl. hat weiter behauptet, Bautenstandsmitteilungen nicht erhalten zu haben. Als Schaden hat sie die oben näher bezeichneten Zinsaufwendungen ihrer Finanzierungsbanken für die Bereitstellung der Gelder bis zur Rückführung geltend gemacht und die Kosten der von ihr beauftragten Handwerker und sonstigen Bauleute, Kosten der Einbauküche, Notarkosten, Kosten des beauftragten Innenarchitekten etc. sowie Umzugskosten geltend gemacht. Sie hat behauptet, dieser eigene Aufwand sei wegen „steckengebliebener Arbeiten“ nötig gewesen. Sie hat auch geltend gemacht, sich anderweitig nicht schadlos halten zu können, darüber hinaus eingewendet, eine Berufung auf die Subsidiarität der Notarhaftung sei nicht möglich, da ein Amtsgeschäft nach § 24 BNotO vorliege. Die Kl. hat vollständigen Ursachenzusammenhang mit der fehlerhaften Fälligkeitsmitteilung des Bekl. behauptet und vorgetragen, sämtliche Aufwendungen und Investitionen seien nicht verloren, wenn der Bekl. die Freistellungserklärung der Sparkasse mit einem im Verträge festgesetzten Inhalt weitergegeben hätte. Die Sparkasse hätte dann die Zwangsversteigerung nicht betreiben können. Durch den entsprechenden Fehler des Bekl. habe die Sparkasse ein Wahlrecht erhalten und somit die Möglichkeit gehabt, die Zwangsvollstreckung zu betreiben.

Der Bekl. hat geltend gemacht, die Kl. habe sich den Schaden selbst zuzuschreiben. Sie habe fällige Raten nur teilweise und verspätet gezahlt, habe das Fälligkeitsschreiben nicht abgeholt; es hätten nur noch geringe Restarbeiten ausgestanden. Die Kl. habe zudem durch Beauftragung eigener Handwerker entgegen dem Inhalt der Notarverträge in das Baugeschehen eingegriffen. Die Sparkasse S. habe alles versucht, die Kaufverträge zur Durchführung zu bringen und der Kl. Eigentum zu verschaffen, die Kl. ihrerseits habe dies durch überzogene Kaufpreiskürzungen verhindert. Die Freistellungserklärungen hätten im übrigen dem Inhalt des Vertrages sowie der Makler- und Bauträgerverordnung entsprochen.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Dagegen richtet sich die Berufung der Kl.

Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung hatte teilweise Erfolg. Sie führt zur teilweisen Abänderung des angefochtenen Urteils.

I. Der Kl. steht gegen den Bekl. ein Schadensersatz zu, weil er mit der Übersendung der Fälligkeitsmitteilung, der er Abschriften der beiden Freistellungserklärungen der Sparkasse S. zur Kenntnisnahme beigefügt hatte, eine der Kl. gegenüber bestehende Amtspflicht verletzt hat (§ 19 Abs. 1 S. 1 BNotO).

1. Der Bekl. hatte es gem. Abschn. II, Ziff. 2 der beiden beurkundeten Verträge übernommen, das Vorliegen der im einzelnen genannten Voraussetzungen der Fälligkeit des Kaufpreises mit Ausnahme der Erteilung der Baugenehmigung und des Beginns der Erdarbeiten sowie des jeweiligen Bautenstandes schriftlich mitzuteilen. Er hat damit einen Betreuungsauftrag

i. S. d. § 24 BNotO übernommen. Der Senat folgt der in der Berufungserwiderung geäußerten Auffassung des Bekl. nicht, es handele sich um eine Tätigkeit i. S. d. § 20 Abs. 1 S. 2 BNotO, der als Beispiele der dortigen Aufgaben Beurkundungen sowie die Zustellung von Erklärungen nennt. Zwar hat der Bekl. die Freistellungserklärung übersandt, er war gleichwohl nicht etwa nur Bote zur Weiterleitung der Erklärungen. Wie der Vertrag im weiteren und auch der Inhalt des Begleitschreibens ergibt, oblag es ihm, die Voraussetzungen der Fälligkeit des Kaufpreises entsprechend zu prüfen und zu bestätigen. Hierzu gehörten als weitere Voraussetzungen auch, daß eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen war, die Gemeinde erklärt hatte, daß ihr ein Vorkaufs- bzw. Grunderwerbsrecht nicht zustehe etc. Der Kaufpreis sollte auf vom Notar angegebene Konten gezahlt werden. Der Bekl. hatte demnach weitergehende Pflichten als etwa nur die Weiterleitung eines Schreibens. Er mußte eigenverantwortlich bewerten und beurteilen, ob die vertraglichen Voraussetzungen der Fälligkeit vorlagen. Dieser Auftrag ist als Betreuungsauftrag i. S. d. § 24 BNotO zu bewerten (vgl. BGH WM 1984, 1230 = DNotZ 1985, 48; Seybold/Hornig, 5. Aufl., § 24 BNotO, Rd.-Nrn. 18 f.; Arndt, 2. Aufl., § 14 BNotO, Anm. 2 B 2.3 und § 24 BNotO, Anm. 2 2.2; BGH WM 1985, 1109, 1111 m. w. N.). Daß der Notar hier nur einen Teil der Fälligkeitsvoraussetzungen feststellen sollte, ihm nicht auch die Bautenstandsmitteilung als weitere Voraussetzung der Fälligkeit der jeweiligen Kaufpreisrate oblag, ist unerheblich.

2. Die sich aus diesem Betreuungsauftrag ergebenden Pflichten hat der Bekl. verletzt.

a) Der Notar hat die Amtspflicht, wahr zu bezeugen und dabei auch einen falschen Anschein zu vermeiden (vgl. BGH a. a. O.). Der Bekl. durfte die Fälligkeit nur bestätigen, wenn die vertraglich festgesetzten Voraussetzungen vorlagen. Die Fälligkeitsbestätigung mußte insoweit inhaltlich richtig sein, wobei es auf die Übereinstimmung zwischen dem Notarvertrag und der Bestätigung ankommt, auf die der Empfänger vertraut. Dies war nicht der Fall, denn nach beiden Verträgen war es Voraussetzung der Fälligkeit, daß der Kaufgegenstand von allen Belastungen und Beschränkungen, die der Auflassungsvormerkung des Erwerbers im Rang vorgehen oder gleichstehen und nicht übernommen werden, gesichert ist, und zwar auch für den Fall, daß das Bauvorhaben nicht vollendet werden sollte.

b) Der Bekl. wendet ein, er habe in seinem Schreiben mitgeteilt, der Kaufpreis sei gem. der Makler- und Bauträgerverordnung fällig und zahlbar, und dies stimme insoweit mit dem Text der beurkundeten Verträge überein. Daran ist richtig, daß der Vertrag nur hinsichtlich § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 MaBV übereinstimmt; ein Hinweis auf das in § 3 Abs. 1 S. 3 der genannten Verordnung dem Kreditgeber (Globalpfandgläubiger) eingeräumte Wahlrecht, für den Fall, daß das Bauvorhaben nicht vollendet wird, anstelle der Freistellung die geleisteten Zahlungen bis zum anteiligen Wert des Vertragsobjektes zurückzuzahlen, enthalten die beurkundeten Verträge nicht. Das wäre aber notwendig gewesen, um die Fälligkeit zu diesem Zeitpunkt schon herbeiführen zu können. In § 3 Abs. 1 S. 5 HS 2 MaBV heißt es weiter: „Andernfalls (wenn die Freistellungserklärungen nicht schon bei Abschluß des Notarvertrages vorliegen = Zusatz des Senats) muß der Vertrag einen ausdrücklichen Hinweis auf die Verpflichtung des Gewerbetreibenden zur Aushändigung der Erklärungen und deren notwendigen Inhalte enthalten.“ Das bedeutet, daß der Bekl. das Wahlrecht, um es wirksam zu vereinbaren und die Fälligkeit demnach herbeiführen zu können, im Text der Vertragsurkunde hätte aufnehmen müssen (vgl. Marcks, 3. Aufl., § 3 MaBV, Anm. 19; Marcks, DNotZ 1975, 389 f., 398). Denn das Wahlrecht ist nicht zwingendes Recht, welches dem Kreditinstitut immer zusteht. In § 3 Abs. 1 S. 3 MaBV heißt es: „... kann sich der Kreditgeber vorbehalten ...“. Das bedeutet, daß der Kreditgeber die Freistellung auch ohne das Wahlrecht zusichern kann.

c) Damit ist aber ein Vertrag zustande gekommen, der eine Fälligkeit erst nach Sicherung der Freistellung vorsieht, und zwar

auch für den Fall, daß das Bauvorhaben nicht vollendet wird. Die Fälligkeitsmitteilung wäre daher nur dann richtig gewesen, wenn der Bekl. vorher abgeklärt hätte, unter welchen Voraussetzungen die Freistellung erfolgen werde, das Kreditinstitut dann auf das Wahlrecht verzichtet hätte oder aber der Bekl. den Vertrag vollständig in Übereinstimmung mit § 3 MaBV abgefaßt hätte.

Es ist nicht näher ersichtlich, warum die Kl. sich auf den Inhalt des Vertrages nicht soll berufen können, zumal ein Vertrag mit diesem Inhalt (ohne daß Wahlrecht des Kreditgebers aus § 3 Abs. 1 S. 3 MaBV) möglich ist und ebenfalls die Fälligkeit herbeiführen kann, wenn der Kreditgeber auf das Wahlrecht verzichtet und die Freistellungserklärung abgibt.

d) Daraus folgt weiter, daß die Fälligkeitsmitteilung, auch wenn ihr die Freigabeerklärungen beigelegt waren, inhaltlich unrichtig waren und vom Vertragsinhalt abwichen.

3. Demnach muß der Bekl. der Kl. den Schaden ersetzen, der entstanden ist im Vertrauen auf die Richtigkeit der Fälligkeitsmitteilung. Die Ursächlichkeit einer Amtspflichtverletzung für den Schaden hängt nach st. Rspr. des BGH von der Beantwortung der Frage ab, wie die Dinge verlaufen wären, wenn der Notar pflichtgemäß gehandelt hätte, und wie sich die Vermögenslage des Betroffenen in diesem Fall darstellen würde (BGH VersR 1986, 444 f., 447 m. w. N. = DNotZ 1986, 406). Zur Feststellung des Ursachenzusammenhangs zwischen pflichtwidriger Handlung und Schaden ist nur die pflichtwidrige Handlung hinzuzudenken, weitere Umstände dürfen nicht hinzugeacht werden. Aufgrund der so zu prüfenden Kausalität stehen der Kl. die folgenden Positionen zu (wird ausgeführt).

Anmerkung der Schriftleitung: Der BGH hat die gegen das Urteil des OLG Düsseldorf gerichtete Revision nicht angenommen und in seinem Beschluß vom 21. 3. 1991 (IX ZR 161/90) ausgeführt:

Dieses Rechtsmittel hat im Ergebnis keine Aussicht auf Erfolg. Der Bekl. hat seine aus § 24 Abs. 1 BNotO fließenden Amtspflichten verletzt, als er die Fälligkeitsbestätigung der Kl. erteilte, obwohl durch die Schreiben der Sparkasse S. eine Freistellung der erworbenen Grundstücke von der Grundschuld der Sparkasse nur unter Voraussetzungen zugesagt war, die sich mit denen, die in den Verträgen für die Fälligkeit des Kaufpreises vereinbart waren, nicht deckten. Der Bekl. hätte nach den im Senatsurteil BGHZ 96, 157 = DNotZ 1986, 406 dargelegten Grundsätzen eine Fälligkeitsbestätigung nicht ausstellen dürfen. Ohne sie wären die festgestellten Schäden nicht eingetreten.

Anmerkung (von Notarassessor Dr. Thomas Knoche, LL.M., Köln)

Der dem Urteil des OLG Düsseldorf zugrunde liegende Sachverhalt war nach dem Recht der Makler- und Bauträgerverordnung in der alten Fassung vom 11. 6. 1975 (BGBl. I, 1351) zu beurteilen. Inzwischen ist die Neufassung der Verordnung vom 7. 11. 1990 (BGBl. I, 2479) in Kraft getreten. Die Entscheidung hat dadurch aber nichts an Aktualität verloren, da sich die maßgeblichen Vorschriften in keiner Weise geändert haben.

Das Gericht hat entscheidend darauf abgestellt, ob die Fälligkeitsmitteilung des beklagten Notars, die eine Teilzahlung des Kaufpreises ausgelöst hat, dem Inhalt des abgeschlossenen Bauträgervertrages entsprach. Das OLG Düsseldorf hat diese Frage verneint und dazu im wesentlichen ausgeführt:

Der Vertrag stimme nur bezüglich § 3 Abs. 1 S. 1 Ziff. 3 MaBV mit der Verordnung überein. In dieser Bestimmung sei nur von der Lastenfreistellung die Rede. Der Hinweis auf das in § 3 Abs. 1 S. 3 MaBV dem Kreditgeber eingeräumte Wahlrecht, für den Fall der Nichtvollendung des Bauvorhabens anstelle der Freistellung die geleisteten Zahlungen bis zum anteiligen Wert des Vertragsobjektes zurückzuzahlen, fehle in dem beurkundeten Bauträgervertrag. Gerade die Aufnahme auch dieses Wahlrechtes sei aber erforderlich gewesen, um die Fälligkeit des Kaufpreises aufgrund einer Freistellungserklärung, die dieses

Wahlrecht enthalte, auslösen zu können. Dies folge auch aus dem Wortlaut des § 3 Abs. 1 S. 5 MaBV. Deshalb – so folgert das Gericht – decke sich die Fälligkeitsermittlung nicht mit dem Inhalt des Vertrages. Der Notar habe die Fälligkeit mitgeteilt, obwohl die vertraglichen Fälligkeitsvoraussetzungen nicht vorgelegen hätten.

Diese Begründung erscheint aus mehreren Gründen unzutreffend.

Die vertragliche Fälligkeitsregelung lautete wie folgt:

„Der Kaufpreis wird entsprechend den Bestimmungen der Makler- und Bauträgerverordnung fällig, wenn ... die Freistellung des Kaufgegenstandes von allen Belastungen und Beschränkungen, die der Auflassungsvormerkung des Erwerbers im Range vorgehen oder gleichstehen und nicht übernommen werden, gesichert ist, und zwar auch für den Fall, daß das Bauvorhaben nicht vollendet werden sollte, ...“

Das Berufungsgericht hält das für nicht ausreichend und stellt sich auf den Standpunkt, die Lastenfreistellungsregelung des § 3 Abs. 1 MaBV, die das Wahlrecht des Globalgläubigers umfasse, erfordere die vollständige Wiedergabe dieser Bestimmung im Vertrag.

Dieser weitgehenden Auffassung kann nicht gefolgt werden. Sie ist formal und führt in der Sache zu einer Beurkundungsbedürftigkeit der Bestimmungen der MaBV. Die von dem Gericht vorgenommene Auslegung des Bauträgervertrages bleibt bei dessen Wortlaut stehen, der einfach den Bestimmungen des § 3 Abs. 1 MaBV gegenübergestellt und auf Deckungsgleichheit untersucht wird. Bei den Vorschriften, die im Vertrag nicht wörtlich wiedergegeben worden sind, wird das Fehlen entsprechender vertraglicher Absprachen angenommen. Dieses sehr mechanistische Vorgehen wird den Anforderungen der §§ 133, 157 BGB, die eine Berücksichtigung der Interessen der Bet. und der Verkehrssitte erfordern, nicht gerecht.

Von Bedeutung ist zunächst, daß der Vertrag die Fälligkeit des Kaufpreises nicht allein von einer „Sicherung der Lastenfreistellung“, sondern von einer Lastenfreistellung auf der Grundlage der Vorschriften der MaBV abhängig macht. Auf diese Rechtsverordnung wird zum einen zu Beginn der Fälligkeitsregelung ausdrücklich hingewiesen. Zum anderen deckt sich der Wortlaut des Vertrages teilweise mit dem des § 3 Abs. 1 MaBV. Da die Vorschrift des § 3 Abs. 1 MaBV in keiner Weise eingeschränkt wird, ist die gesamte Bestimmung zugrunde zu legen. Dazu zählt auch das Wahlrecht des Kreditinstituts gem. § 3 Abs. 1 S. 3 MaBV. Dadurch wird klar, daß die Bet. eine inhaltliche Übereinstimmung zwischen § 3 Abs. 1 MaBV und der vertraglichen Fälligkeitsregelung gewollt und erklärt haben.

Das Berufungsgericht hat diesen Schluß nicht gezogen. Dieser Beurteilung scheint die – unausgesprochene – Wertung zugrunde zu liegen, die Lastenfreistellung einerseits und die Rückzahlung der bereits geleisteten Beträge andererseits seien unterschiedliche Dinge. Die Rückzahlung sei im Verhältnis zu der Freistellung ein „aliud“. Hintergrund dieser Vorstellung könnte sein, daß die Freistellung den Kaufgegenstand und die Rückzahlung den Kaufpreis betrifft. Dieser Unterschied spielt aber im Zusammenhang mit § 3 Abs. 1 MaBV keine durchschlagende Rolle. Die beiden Möglichkeiten – Lastenfreistellung und Rückzahlung der bereits geleisteten Beträge – stehen vielmehr gleichwertig nebeneinander. Die Sicherung des Käufers erfolgt bei Durchführung des Vertrages durch Lastenfreistellung des erworbenen Grundbesitzes und bei Rückabwicklung des Vertragsverhältnisses durch Rückzahlung der bereits gezahlten Raten. Beide Alternativen schützen den Käufer vor dem Verlust seiner bereits geleisteten Zahlungen. Dies ist auch das Ziel des § 3 MaBV, der in Abs. 1 die Entgegennahme von Vermögenswerten des Auftraggebers (= Kaufpreiszahlungen) von den dann beschriebenen Sicherheiten abhängig macht. Lastenfreistellung und Rückzahlung der bereits geleisteten Kaufpreisteilbeträge unterscheiden sich möglicherweise, wie dieser Fall zeigt, in Ansehung der Sicherung von Aufwendungen, die der Käufer im Vertrauen auf den Voll-

zug des Erwerbs tätigt. Die Bewahrung des Käufers vor diesen Schäden ist aber nicht Anliegen des § 3 MaBV.

Folgerichtig behandelt § 3 Abs. 1 MaBV den Fall der (Teil-)Rückzahlung der bereits geleisteten Beträge unter dem Gesichtspunkt der „Freistellung des Kaufgrundbesitzes“. Diese rechtliche Wertung des Ordnungsgebers kann auch der beurkundende Notar der Vertragsgestaltung zugrunde legen. Aus diesem Grunde reicht es aus, die vertragliche Lastenfreistellung des § 3 Abs. 1 MaBV eindeutig und ohne Einschränkung wie im vorliegenden Sachverhalt anzubinden. Dem Notar kann nicht vorgeworfen werden, den Aufbau und die zugrunde liegende Wertung einer einschlägigen Verordnung in seinen Vertrag übernommen zu haben.

Auch im rechtswissenschaftlichen Schrifttum wird zwischen Lastenfreistellung und Rückzahlung der bereits gezahlten Beträge nicht unterschieden. Die (Teil-)Rückzahlung durch das Kreditinstitut wird immer – das entspricht dem Aufbau der Vorschrift – unter dem Stichwort „Lastenfreistellung“ abgehandelt (vgl. dazu etwa Marcks, 4. Aufl. 1988, § 3 MaBV, Rd.-Nrn. 12–19; Marcks, Verordnung zur Änderung der Verordnung zur Durchführung des § 34c der Gewerbeordnung, DNotZ 1975, 389, 395 ff.; Locher/Köble, Baubetreuungs- und Bauträgerrecht, 4. Aufl. 1985, Rd.-Nr. 52; Reithmann/Brych/Manhart, Kauf vom Bauträger und Bauherrenmodelle, 5. Aufl. 1983, Rd.-Nr. 381; Brych/Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, 1989, Rd.-Nr. 81; Hofbauer, 1980, § 3 MaBV, Anm. 2 c).

Möglicherweise hat sich das Berufungsgericht durch § 3 Abs. 1 S. 5 MaBV an dieser sach- und interessengerechten Auslegung des Vertrages gehindert gesehen. Dabei hat das Gericht aber verkannt, daß es sich bei dieser Vorschrift nur um eine formale, das Verfahren betreffende Bestimmung handelt (vgl. statt aller Marcks, a.a.O., Rd.-Nr. 19). Was materiell-rechtlich Inhalt des Vertrages ist, kann ungeachtet des § 3 Abs. 1 S. 5 MaBV allein dem Vertrag entnommen werden, der eben gem. §§ 133, 157 BGB auszulegen ist.

Nicht auszuschließen ist im vorliegenden Fall, daß die in § 3 Abs. 1 S. 5 HS 2 MaBV beschriebene Verfahrensweise – Verpflichtung des Bauträgers zur Aushändigung der Erklärungen und deren notwendigen Inhalt – außer acht gelassen worden ist. Dabei könnte es sich um eine Amtspflichtverletzung handeln, die jedenfalls grundsätzlich zu Schadensersatzansprüchen führen kann. Im vorliegenden Fall ist diese Möglichkeit aber bereits deshalb ausgeschlossen, weil dem Käufer vom Notar mit der Fälligkeitsmitteilung eine Abschrift der Freistellungserklärung des Kreditinstituts übersandt worden ist. Die Auffassung des OLG Düsseldorf, die der BGH in seinem Beschluß ohne jede Problematisierung bestätigt hat, führt letztlich zu dem schwer einsehbaren Ergebnis, daß ein Bauträgervertrag nur dann zu den Bedingungen des § 3 MaBV, d. h. also mit dem Wahlrecht des Kreditgebers, abgeschlossen werden kann, wenn diese Bestimmung vollständig wiedergegeben und beurkundet wird. Eine deutliche schlagwortartige Bezeichnung ist nach dieser Rspr. nicht (mehr) ausreichend.

Nicht geprüft hat das Gericht die Frage, ob es überhaupt erforderlich war, das Wahlrecht des Globalgläubigers in den Kaufvertrag aufzunehmen, um die Fälligkeit des Kaufpreises durch eine Freistellungserklärung, die dieses Wahlrecht vorsieht, auszulösen. Dies ist nach meiner Auffassung nicht der Fall. Das Wahlrecht des Gläubigers und die Fälligkeit des Kaufpreises durch eine Freistellungserklärung, die dieses Wahlrecht beinhaltet, müssen nicht in dem Notarvertrag niedergelegt sein, sondern können – insbesondere bei dem vom OLG Düsseldorf unterstellten Fehlen diesbezüglicher vertraglicher Absprachen – auf den Bestimmungen des § 3 Abs. 1 S. 1 Ziff. 3 u. S. 3 MaBV beruhen. Diese Vorschriften regeln die Rechtsbeziehung zwischen Verkäufer und Käufer unmittelbar, eine „Umsetzung“ dieser Normen in den Bauträgervertrag ist nicht erforderlich. Dieses Nebeneinander vertraglicher und (materiell-)gesetzlicher Regelungen, die dann in ihrer Gesamtheit die vertraglichen Rechte und Pflichten festlegen, ist nichts Ungewöhnliches. Auf den vorliegenden Sachverhalt übertragen bedeutet das: Die Freistellung des Kaufgegenstandes war sowohl nach

den Bestimmungen der MaBV als auch nach Inhalt des Vertrages Fälligkeit voraussetzung. Da die MaBV dem Gläubiger das Recht einräumt, die Freistellungsverpflichtung auch durch die Rückzahlung der bereits geleisteten Kaufpreisteilbeträge zu erfüllen, und die Verordnung ferner eine Freistellungserklärung, die dieses Wahlrecht vorsieht, als fälligkeit auslösend ansieht, war eine vertragliche Regelung dieses Sachverhalts entbehrlich. Die Rechtsfolgen lassen sich der zwischen den Bet. unmittelbar wirkenden Rechtsverordnung entnehmen. Aus diesem Grunde kommt es auf die vom OLG Düsseldorf vorgenommene – im Ergebnis unzutreffende – Auslegung des Bauträgervertrages überhaupt nicht an. Vom OLG Düsseldorf und vom BGH hätte man zumindest eine Auseinandersetzung mit diesem Gesichtspunkt erwarten dürfen.

Man wird das rechtskräftige Urteil, das sachlich nicht befriedigen kann, gleichwohl in der Praxis beachten und für die Vertragsgestaltung die entsprechenden Folgerungen ziehen müssen.

3. Liegenschaftsrecht/ErbbauVO – Auswechslung eines erbbauberechtigten GbR-Gesellschafters als zustimmungsbedürftige Veräußerung

(OLG Köln, Beschluß vom 22. 2. 1991 – 11 T 52/90 – mitgeteilt von Notar Dr. Ralf Tönnies, Köln)

ErbbauVO § 5

Der Wechsel der erbbauberechtigten Personen durch Auswechslung eines erbbauberechtigten GbR-Gesellschafters steht einer Veräußerung des Erbbaurechts gleich, so daß sich insoweit ein Zustimmungserfordernis nach § 5 ErbbauVO auch auf diesen Fall erstreckt.

(Leitsatz nicht amtlich)

Aus den Gründen:

Der Wechsel der erbbauberechtigten Personen durch Auswechslung eines der erbbauberechtigten Gesellschafter der GbR bedarf nach dem eingetragenen Inhalt des Erbbaurechts der schriftlichen Zustimmung der Eigentümerin. Nach dem eingetragenen Inhalt des Erbbaurechts ist die schriftliche Zustimmung des Eigentümers zur Veräußerung des Erbbaurechts erforderlich. Der Wechsel der erbbauberechtigten Personen durch Auswechslung eines erbbauberechtigten Gesellschafters der GbR steht einer Veräußerung des Erbbaurechts gleich, so daß sich insoweit ein Zustimmungserfordernis auf diesen Fall erstreckt.

Eine Veräußerung des Erbbaurechts ist jede Übertragung des Erbbaurechts durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden (MünchKommV. Oefele, 2. Aufl., § 5 ErbbauVO, Rd.-Nr. 6). Eine Veräußerung des Erbbaurechts i. S. d. vorgenannten Definition läge einwandfrei vor, wenn die beiden erbbauberechtigten Gesellschafter der GbR das Erbbaurecht rechtsgeschäftlich auf eine dritte Person übertragen hätten. Einer solchen Veräußerung des Erbbaurechts ist der Fall gleichzustellen, daß der Übergang des Erbbaurechts dadurch erfolgt, daß einer der erbbauberechtigten Gesellschafter aus der GbR austritt, das Erbbaurecht damit dem verbleibenden Gesellschafter gem. § 738 Abs. 1 BGB anwächst, eine weitere Person in die GbR eintritt und sie damit im Wege der Abwachsung eine gesamthänderische Beteiligung an dem das maßgebliche Gesellschaftsvermögen darstellenden Erbbaurecht erwirbt. Daß dieser Fall der Veräußerung des Erbbaurechts gleichzustellen ist und es zum wirksamen Übergang des Erbbaurechts auf den neuen Gesellschafter in gesamthänderischer Verbundenheit mit dem verbleibenden Gesellschafter gleichfalls der schriftlichen Zustimmung des Eigentümers bedarf, ergibt eine Abwägung der beteiligten Interessen.

Der Sinn der in dem Zustimmungserfordernis liegenden Verfügungsbeschränkung besteht darin, die zweckwidrige Veräußerung des Erbbaurechts und die Veräußerung an unzuverlässige

Erwerber verhindern zu können (Palandt/Bassenge, 48. Aufl., § 5 ErbbauVO, Anm. 2). Der Eigentümer hat ein Interesse daran, zweckwidrige Veräußerungen des Erbbaurechts sowie eine Veräußerung an unzuverlässige Erwerber wirksam verhindern zu können, weil das Erbbaurecht lediglich in zeitlich begrenztem Rahmen eingeräumt wird, zudem häufig, wie auch im vorliegenden Fall, Heimfallrechte bestehen und zudem der oder die erbbauberechtigten Personen Pflichten aus dem Erbbaurechtsvertrag zu erfüllen haben, beispielsweise die Zahlung des Erbbaupachtzinses. Das Interesse des Eigentümers daran, in der Lage zu sein, zweckwidrige Veräußerungen des Erbbaurechts sowie die Veräußerung des Erbbaurechts an unzuverlässige Personen verhindern zu können, wird durch die Vereinbarung i. S. d. § 5 ErbbauVO sichergestellt, daß es zur Veräußerung des Erbbaurechts der Zustimmung des Eigentümers bedarf.

Dieses Sicherungsbedürfnis des Eigentümers, welches der Gesetzgeber durch die Schaffung von § 5 ErbbauVO anerkannt hat, würde umgangen werden, wenn man den Übergang des Erbbaurechts im Falle der Auswechslung eines erbbauberechtigten Gesellschafters nicht einer zustimmungsbedürftigen Veräußerung des Erbbaurechts i. S. d. § 5 ErbbauVO gleichstellen würde. Die aufgezeigten Interessen des Eigentümers, einen Übergang des Erbbaurechts auf unzuverlässige Erbbauberechtigte oder in zweckwidriger Weise verhindern zu können, hat der Eigentümer gleichermaßen, ob er das Erbbaurecht einer Person oder zweien in gesamthänderischer Verbundenheit einräumt. Wird das Erbbaurecht zwei Personen in gesamthänderischer Verbundenheit eingeräumt, scheint die Rechtsposition des Eigentümers auf den ersten Blick ebenso sicher zu sein, als wenn eine einzelne Person erbbauberechtig wäre. Denn in dem Fall, daß beide Gesellschafter das Erbbaurecht veräußern wollen, greift das Zustimmungserfordernis bereits nach dem Wortlaut des § 5 ErbbauVO ein. Über seinen Anteil an dem Gesellschaftsvermögen, zu dem vorliegend das Erbbaurecht maßgeblich gehört, kann der Gesellschafter gem. § 719 Abs. 1 BGB nicht verfügen. Im Hinblick auf diese aufgrund der gesetzlichen Regelung bestehende Rechtslage ist es für den juristischen Laien bereits überraschend, daß die Übertragung des Gesellschaftsvermögens im Falle der Auswechslung eines Gesellschafters möglich ist. Dafür, daß dies ohne eine Zustimmung des Eigentümers gem. § 5 ErbbauVO möglich sein soll, sprechen vorliegend keine einleuchtenden Gründe. Es sind nämlich keine gegenüber den Interessen des Eigentümers, eine zweckwidrige Veräußerung des Erbbaurechts oder eine Veräußerung an unzuverlässige Erbbauberechtigte durch Versagen seiner Zustimmung verhindern zu können, schutzwürdigen Belange der erbbauberechtigten Gesellschafter erkennbar, die vorliegend ein Leerlaufen bzw. Umgehen des Zustimmungserfordernisses rechtfertigen könnten.

Es besteht zwar grundsätzlich ein anzuerkennendes Bedürfnis der Gesellschafter bürgerlichen Rechts daran, einzelne Gesellschafter frei auszuwechseln zu können. Gewichtig erscheint demgegenüber jedoch das Interesse des Eigentümers daran, den Übergang des Erbbaurechts an unzuverlässige Erbbauberechtigte oder in zweckwidriger Weise verhindern zu können. Dies erscheint jedenfalls dann sachgerecht, wenn das Erbbaurecht das wesentliche Vermögen der GbR ausmacht und der Gesellschaftszweck darin liegt, dieses Erbbaurecht zu nutzen. In diesem Fall verdankt die GbR ihre Existenz allein dem Umstand, daß der Eigentümer sich bereit fand, bestimmten Personen, verbunden in GbR, ein Erbbaurecht einzuräumen. Insofern erscheint es auch sachgerecht, daß der Eigentümer über das Zustimmungserfordernis die Möglichkeit erhält, weitere Gesellschafter, die er für unzuverlässig hält, von der Ausnutzung des Erbbaurechts und damit von der GbR fernzuhalten. Die Interessen der in der GbR verbundenen Personen daran, über den Bestand der Gesellschaft auch frei bestimmen zu können, ist demgegenüber von untergeordneter Bedeutung. Die Gesellschafter, denen zunächst in GbR ein Erbbaurecht eingeräumt wurde, wußten, daß dies u. a. deshalb geschah, weil der Eigentümer sie für zuverlässig hielt und darauf vertraute, daß sie das Erbbaurecht im Rahmen des vereinbarten Zwecks

nutzen würden. Insoweit erscheint es angemessen, daß der Eigentümer sie bei einer geplanten Auswechslung eines Gesellschafters an der Zweckbindung des Erbbaurechts und an dem Erfordernis der Zuverlässigkeit der Gesellschafter über das Zustimmungserfordernis festhalten kann. Hierdurch werden die Gesellschafter der GbR auch nicht rechtlos gestellt, es ist ohne weiteres davon auszugehen, daß der Eigentümer seine Zustimmung zur Übertragung des Erbbaurechts durch Auswechslung eines Gesellschafters erteilen wird, wenn dadurch das Erbbaurecht nicht in zweckwidriger Weise ausgenutzt werden soll und der neu eintretende Gesellschafter zuverlässig ist.

Das Erbbaugrundbuch ist somit durch die Eintragung, nach deren Inhalt der Bet. zu 1) erbbauberechtigt in GbR mit Herrn S. war, während Herr T. als Erbbauberechtigter gelöscht wurde, unrichtig geworden, weil infolge des Fehlens der schriftlichen Zustimmung der Bet. zu 2), der Grundstückseigentümerin, zu dem Gesellschafterwechsel kein wirksamer Übergang des Erbbaurechts auf die GbR, bestehend aus dem Gesellschafter S. und dem Bet. zu 1), stattgefunden hatte.

Anmerkung (von Notar Dr. Ralf Tönnies, Köln)

Obwohl die den Beschluß tragenden Billigkeitserwägungen auf den ersten Blick einzuleuchten scheinen – wie könnte man auch ein Interesse des Eigentümers an zuverlässigen Erbbauberechtigten verneinen? –, ist der offensichtlich am Ergebnis orientierte Beschluß aus dem einfachen Grunde abzulehnen, daß Eintritt und Austritt eines GbR-Gesellschafters rein tatsächlich keine Veräußerung eines Erbbaurechts (oder eines ideellen Anteils daran) i. S. d. § 5 ErbbauVO darstellen. Für den ähnlich gelagerten Fall, daß der Miterbe eines Erbbaurechts seinen Erbanteil abtritt, hat das BayObLG schon im Jahre 1968 entschieden, daß die Zustimmung nach § 5 ErbbauVO nicht erforderlich ist (BayObLGZ 1967, 408). Gründe dafür, warum bei einem GbR-Gesellschafterwechsel etwas anderes gelten sollte, sind nicht ersichtlich. Der Gesellschafter einer GbR vermag über seinen Anteil an den einzelnen, zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen gem. § 719 Abs. 1 BGB ebensowenig zu verfügen wie ein Erbe gem. § 2033 Abs. 2 BGB über seinen Anteil an einzelnen Nachlaßgegenständen. Der Ein- und Austritt eines GbR-Gesellschafters kann somit – selbst wenn es gewollt wäre – nach zwingendem Recht nicht als Verfügung über einzelne Gegenstände bzw. Anteile daran ausgestaltet werden.

Der vom Gericht angesprochene Umgehungsgedanke vermag schon allein deshalb nicht zu überzeugen, da das Gericht nicht einmal angedeutet hat, die Rechtsform der GbR sei zwecks Umgehung des Zustimmungserfordernisses gewählt worden. Der Sachverhalt gibt in dieser Richtung keinerlei Anhaltspunkte. Die Bet. haben mit dem Ein- und Austritt zweier Gesellschafter den einzig denkbaren Weg gewählt, um den von ihnen gewünschten Erfolg zu erreichen. Von einer Umgehung der „eigentlich“ gewünschten Übertragung eines ideellen Anteils kann daher keine Rede sein.

Die Folgen des Beschlusses – hält man ihn für richtig – wären über das Erbbaurecht hinaus für den gesamten Grundstücksverkehr weitreichend. Behandelt man den Wechsel im GbR-Gesellschafterbestand wie die Veräußerung eines Miteigentumsanteils, erscheint der Schritt zur Anwendung sämtlicher privater und behördlicher Genehmigungserfordernisse, gesetzlicher und privater Vorkaufrechte sowie schließlich zur Beurkundungsbedürftigkeit etwaiger Ein- und Austritte nach § 313 BGB zumindest naheliegend.

4. Gesellschaftsrecht/GmbHG – Zur Frage der befreienden Wirkung der Leistung einer Bareinlage aus einer Kapitalerhöhung auf ein im Debet geführtes Bankkonto der Gesellschaft

(BGH, Urteil vom 24. 9. 1990 – II ZR 203/89)

GmbHG §§ 55; 57 Abs. 2; 7 Abs. 2

Zum Sachverhalt:

Der Kl. ist Konkursverwalter über das Vermögen der H. Fensterbau GmbH, die Bekl. deren alleinige Gesellschafterin. Der GmbH war von der Stadtsparkasse W. (SSK) auf dem dort geführten Girokonto, dem einzigen Bankkonto der GmbH, ein Überziehungskredit bis zur Höhe von 550.000,- DM eingeräumt worden, der u. a. durch eine selbstschuldnerische Bürgschaft der Bekl. bis zum Betrag von 200.000,- DM gesichert war. Anfang Januar 1986 betrug der Sollstand dieses Kontos ca. 517.000,- DM bis 540.000,- DM. Am 10. 1. 1986 hielt die Bekl. eine Gesellschafterversammlung ab und beschloß die Erhöhung des Stammkapitals der GmbH um 100.000,- DM auf 150.000,- DM. Der sofort in voller Höhe einzuzahlende Erhöhungsbetrag wurde von der Bekl. übernommen. Die dafür erforderlichen Mittel erhielt die Bekl. von ihrer Mutter aufgrund eines Darlehens in Form eines Verrechnungsschecks, der bei der SSK eingereicht und dem Girokonto der GmbH gutgeschrieben wurde. Unter dem Datum des 16. 1. 1986 meldete der Geschäftsführer der GmbH, der Ehemann der Bekl., die Erhöhung des Stammkapitals zur Eintragung in das Handelsregister an und versicherte, der Einzahlungsbetrag sei per Gutschrift vom 15. 1. 1986 auf das Konto der GmbH eingezahlt worden, die Geldeinlage sei durch Verbindlichkeiten nicht vorbelastet und befinde sich endgültig zu seiner freien Verfügung als Geschäftsführer der GmbH. Die Kapitalerhöhung wurde eingetragen. Im Oktober 1986 wurde über das Vermögen der GmbH das Konkursverfahren eröffnet.

Der Kl. verlangt von der Bekl. im Wege der Teilklage die Zahlung von 10.000,- DM nebst Zinsen mit der Begründung, der eingezahlte Betrag von 100.000,- DM sei nicht als wirksame Erfüllung der von der Bekl. bei der Kapitalerhöhung übernommenen Bareinlageverpflichtung anzusehen. Die Kapitalerhöhung sei neben anderen zur Verminderung der Überziehungsverbindlichkeit getroffenen Maßnahmen allein deshalb beschlossen und durchgeführt worden, weil die SSK, die den dem Girokonto gutgeschriebenen Betrag sofort durch Verrechnung mit dem bestehenden Sollsaldo vereinnahmt habe, im Januar 1986 den Kreditrahmen nach vorheriger Ankündigung auf 200.000,- DM gesenkt habe, wodurch die Bekl. in die Gefahr gekommen sei, von der SSK aufgrund ihrer Bürgschaft persönlich in Anspruch genommen zu werden. Die Klage hatte in zweiter Instanz Erfolg. Mit der Revision, deren Zurückweisung der Kl. beantragt, verfolgt die Bekl. ihren in den Vorinstanzen gestellten Klageabweisungsantrag weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision hat Erfolg.

I. Das Berufungsgericht läßt es dahingestellt, ob die Rückführung der Kreditschuld der GmbH bei der SSK auf einer dahingehenden Forderung dieses Kreditinstituts unter entsprechender Reduzierung des Kreditrahmens beruhte und ob die Sparkasse nach der Einzahlung weitere Kontoüberziehungen gestattet hätte. Desgleichen läßt es offen, ob die Einzahlung von der Bekl. oder ihrem Ehemann als Geschäftsführer geleistet worden ist und ob sich die GmbH im Zeitpunkt der Durchführung der Kapitalerhöhung bereits in einer finanziellen Krise befand, die geeignet war, die von der Bekl. zur Verfügung gestellten Sicherheiten für den von der GmbH in Anspruch genommenen Kredit zu eigenkapitalersetzenden Leistungen i. S. d. §§ 32a, b GmbHG und der Senatspr. zu qualifizieren. Nach seiner Ansicht kommt es auf diese von den Parteien erörterten Streitfragen nicht an, weil die Verwendung der von der Bekl. für die Kapitalerhöhung zur Verfügung gestellten Geldleistung jedenfalls nicht im Belieben des Geschäftsführers der GmbH gestanden habe, so daß der eingezahlte Betrag entgegen § 8 Abs. 2 GmbHG nicht endgültig in dessen freie Verfügung gelangt sei. Da die Einlageleistung nach dem eigenen Vorbringen der Bekl. aufgrund eines Anfang 1986 gefaßten Gesellschafter- und Familienbeschlusses der Reduzierung der Verbindlichkeiten der GmbH bei der SSK habe dienen sollen, für die sich die Bekl. selbstschuldnerisch verbürgt hatte, sei der Geschäftsführer der GmbH gegenüber der Bekl. bei der Verwendung des Schecks, den er nach dem zweitinstanzlichen Vorbringen der Bekl. von ihrer Mutter erhalten haben sollte, in einer Weise gebunden gewesen, daß in Wirklichkeit eine Sacheinlage, nämlich die teilweise Befreiung von einer Kreditschuld gegenüber der SSK, vorliege. Dies begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

II. Der Umstand, daß der Geschäftsführer der GmbH gehalten war, den eingezahlten Betrag zur teilweisen Rückführung des Kontokorrentkredits der Gesellschaft bei der SSK zu verwenden und zu diesem Zwecke auf dem laufenden Konto der

GmbH bei diesem Kreditinstitut einzuzahlen, steht weder der Tilgungswirkung der Einlageleistung entgegen, noch macht er die bei Anmeldung abgegebene Erklärung des Geschäftsführers, der eingezahlte Betrag stehe endgültig zu seiner freien Verfügung (§§ 57 Abs. 2; 8 Abs. 2 GmbHG i.V.m. § 7 Abs. 2 GmbHG), unrichtig. Wie vor allem im neueren Schrifttum zutreffend herausgearbeitet worden ist, sind schuldrechtliche Verwendungsabsprachen, durch die die Geschäftsführung der Gesellschaft verpflichtet wird, mit den in Vollzug einer Kapitalerhöhung eingezahlten Mitteln in bestimmter Weise zu verfahren, aus der Sicht der Kapitalaufbringung unschädlich, wenn sie weder mittelbar noch unmittelbar dazu bestimmt sind, die eingezahlten Mittel wieder an den Einleger zurückfließen zu lassen, sondern allein der Umsetzung von Investitionsentscheidungen der Gesellschafter oder sonstiger, der Weisung der Gesellschafter unterliegender geschäftspolitischer Zwecke dienen. Dies gilt auch dann, wenn die Bindung der Gesellschaft nicht gegenüber einem Dritten, sondern dem Einleger selber besteht (so vor allem K. Schmidt, AG 1986, 106, 109 ff.; Hommelhoff/Kleindiek, ZIP 1987, 477, 486; dort auch auf S. 481 zu – vorwiegend älteren – Gegenstimmen; Fischer/Lutter/Hommelhoff, 12. Aufl., § 7 GmbHG, Rd.-Nr. 11; Hachenburg/Ulmer, 8. Aufl., § 7 GmbHG, Rd.-Nr. 51; ferner auch Scholz/Winter, 7. Aufl., § 7 GmbHG, Rd.-Nr. 30 mit Fn. 45a). Es dürfte in der Praxis eher die Ausnahme sein, daß eine Kapitalerhöhung beschlossen wird, ohne daß damit ein ganz bestimmter, schon vorher feststehender Zweck verfolgt wird.

So bezeichnet schon das RG (RGZ 157, 213, 224) den Gedanken als richtig, daß bei Kapitalerhöhungen meistens schon vorher Bestimmung über die Verwendung des auf die Erhöhung einzuzahlenden Kapitals getroffen wird. Nicht selten wird es sich sogar so verhalten, daß die Geschäftsleitung (Geschäftsführung oder Vorstand) allein um der Erreichung dieses geschäftspolitischen Ziels willen an die Gesellschafter- oder Hauptversammlung mit dem Anliegen der Aufbringung zusätzlicher Mittel durch Vornahme einer Kapitalerhöhung herantritt. Besonders augenfällig wird dies, wenn bereits die Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit der Kapitalerhöhung damit begründet wird, daß mit den auf diese Weise zusätzlich hereinzuholenden Mitteln ein bestimmter Beteiligungserwerb finanziert oder – sei es aus eigenem Antrieb der Gesellschaft zwecks Verbesserung der Kreditwürdigkeit oder zwecks Abbaus von Zinsbelastungen, sei es auf Verlangen des Kreditinstituts zur Abwendung einer drohenden Kreditkündigung – eine Schuldentilgung vorgenommen werden soll. Vor diesem vor allem rechtstatischen Hintergrund muß es als unschädlich gelten, wenn die Gesellschafterversammlung einer GmbH – gleichgültig von welcher Seite die Initiative zu der Kapitalerhöhung im konkreten Fall ausgegangen ist – die von ihr mit der Kapitalerhöhung verbundene Investitionsentscheidung in eine bindende Weisung an ihre nach GmbH-Recht ohnehin grundsätzlich zur Befolgung von Gesellschafterbeschlüssen verpflichtete Geschäftsführung umsetzt, mit den im Wege der Kapitalerhöhung zusätzlich bereitgestellten Mitteln auch tatsächlich wie vorgesehen zu verfahren, so daß selbst eine ausdrückliche Weisung der Bekl. an den Geschäftsführer der GmbH, die Mittel aus der Kapitalerhöhung zwecks Zurückführung des Kontokorrentkredits auf das debitorische Konto der Gesellschaft bei der SSK einzuzahlen, für sich allein kein Verstoß gegen §§ 57 Abs. 2; 8 Abs. 2 GmbHG hätte begründen können.

Auch die Einzahlung auf diesem Konto als solche hätte nur dann gegen das Gebot der freien Verfügung der Geschäftsführung verstoßen, wenn die Bekl. selber den Betrag unmittelbar diesem Konto hätte gutschreiben lassen, so daß die Sparkasse die eingezahlten Mittel sofort ohne Einwirkungsmöglichkeit des Geschäftsführers mit dem Schuldsaldo verrechnet hätte und die Gesellschaft wegen gleichzeitiger Kündigung oder Rückführung des Kreditrahmens auf den neuen Saldo keine Möglichkeit besessen hätte, über Mittel in entsprechender Höhe frei zu verfügen (vgl. Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 7 GmbHG, Rd.-Nrn. 34, 53; Scholz/Winter, a.a.O., § 7 GmbHG, Rd.-Nr. 35 i.V.m. Rd.-Nr. 30; Fischer/Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 7 GmbHG, Rd.-Nr. 11 u. § 56a GmbHG, Rd.-Nr. 4; K. Schmidt, AG

1986, 106, 110; Hommelhoff/Kleindiek, ZIP 1987, 477, 491; Priester, DB 1987, 1473 ff.; OLG Frankfurt ZIP 1984, 836 f.; im Ergebnis auch OLG Hamm GmbHR 1985, 326 f.; siehe ferner OLG Düsseldorf WM 1984, 586 ff. und BGHZ 96, 231, 241 f. = DNotZ 1986, 368). Davon kann im vorliegenden Fall jedoch nicht ausgegangen werden. Der Kl. hat zwar vorgetragen, die Kapitalerhöhung sei vorgenommen worden, weil die Sparkasse eine entsprechende Reduzierung des der Gesellschaft eingeräumten Kontokorrentkredits bei Androhung der Kreditkündigung gefordert habe, hat aber im übrigen das Vorbringen der Bekl., der zur Gutschrift auf dem debitorischen Konto eingereichte Scheck sei dem Geschäftsführer der GmbH von seiner Schwiegermutter im Auftrage der Bekl. ausgehändigt worden, nur hinsichtlich der Dispositionsfreiheit des Geschäftsführers, nicht aber hinsichtlich der Scheckübergabe an ihn als solcher bestritten.

III. Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts wird die von der Bekl. auf das erhöhte Kapital geleistete Bareinlage auch nicht dadurch zu einer unwirksamen verdeckten Sacheinlage, daß die im Vollzug der Kapitalerhöhung eingezahlten Mittel aufgrund der von dem Berufungsgericht angenommenen Bindung des Geschäftsführers dazu bestimmt waren, der GmbH die teilweise Befreiung von einer durch die Bekl. verbürgten Kredit-schuld zu verschaffen. Die zuvor abgesprochene Verwendung der auf eine Kapitalerhöhung zu erbringenden Bareinlage zur Tilgung einer Gesellschaftsschuld gegenüber einem Dritten ist jedenfalls so lange nicht geeignet, die tatsächlich zu Händen des Geschäftsführers geleistete Barzahlung zu einer Sacheinlage zu machen, wie dieser nicht zugleich derart gebunden ist, daß ihn der Einleger an jeder anderen, wenn auch absprachewidrigen Verwendung der Mittel hindern kann (vgl. BGHZ 96, 231, 241 f. = DNotZ 1986, 368). Im vorliegenden Fall wäre der Geschäftsführer der Gesellschaft nicht gehindert gewesen, den ihm von der Bekl. oder in ihrem Auftrag von deren Mutter übergebenen Scheck ungeachtet der behaupteten Absprachen auch für andere, dringendere Zwecke der Gesellschaft zu verwenden. Ebenso wäre der Scheck in dieser Phase, mag dieser Möglichkeit auch nur geringe praktische Bedeutung zukommen, wenigstens für kurze Zeit einem Zugriff von Gläubigern der GmbH ausgesetzt gewesen.

Es verhält sich auch nicht etwa so, daß die Bekl. infolge der Bestimmung der Einlageleistung zur Rückführung des von ihr verbürgten Bankkredits der GmbH im Ergebnis in Wahrheit kein neues Kapital in Form einer Barleistung zugeführt, sondern lediglich ihren durch die Inanspruchnahme aus der Bürgschaft aufschiebend bedingten Bürgenregreßanspruch gegen die GmbH eingebracht hat. Eine solche Bewertung des Gesamtvorganges als Einbringung einer Eventualforderung der Bekl. gegen „ihre“ Gesellschaft käme allenfalls dann in Betracht, wenn die Bekl. die GmbH durch die Zurückführung des von ihr verbürgten Kreditsaldos bei der SSK tatsächlich von ihrem (bedingten) Bürgenregreßanspruch befreit hätte. Diese Voraussetzung ist jedoch im vorliegenden Fall nicht erfüllt. Durch die von der Bekl. geleistete Einzahlung wurde die Kreditschuld der GmbH gegenüber der SSK lediglich von ca. 540.000,- DM auf ca. 440.000,- DM zurückgeführt. Da auch dieser verminderte Saldo noch erheblich über dem auf 200.000,- DM begrenzten Höchstbetrag der von der Bekl. übernommenen Bürgschaft lag, wurde die (Bürgschafts-)Verbindlichkeit der Bekl. gegenüber der Sparkasse durch die Einzahlung der neuen Stammeinlage nicht verringert. Die Bekl. blieb der Sparkasse vielmehr weiterhin auf die volle Bürgschaftssumme verhaftet und erwarb für den Fall ihrer Inanspruchnahme als Bürgin einen Regreßanspruch in Höhe der von ihr geleisteten Zahlung. Wenn aber der bedingte Regreßanspruch der Bekl. gegen die Gesellschaft durch ihre Einlageleistung weder dem Grunde noch der Höhe nach berührt wurde, kann auch nicht die Rede davon sein, daß sie diesen Anspruch in die Gesellschaft eingebracht habe.

Auf diese Bewertung muß es ohne Einfluß bleiben, daß die SSK noch weitere Kreditsicherheiten besaß. Ganz davon abgesehen, daß diese Sicherheiten zum größeren Teil nicht von der Bekl., sondern von dritter Seite gestellt worden waren, änderte

auch die Existenz dieser Sicherheiten nichts an der Haftung der Bekl. aus ihrer Bürgschaft und damit an ihrem Recht, bei Inanspruchnahme aus derselben Erstattung von der Gesellschaft zu verlangen. Ein Recht, bei vorübergehendem Zurückbleiben des Kreditsaldos hinter dem Wert der Gesamtheit der gestellten Sicherheiten teilweise Befreiung von der Bürgschaftsverpflichtung zu beanspruchen, ist in der Bürgschaftsurkunde entgegen der Annahme der Revisionserwiderung nicht vorgesehen. Die Bürgschaftsbedingungen sehen (in Ziff. 2) eine Ermäßigung der Haftung des Bürgen innerhalb der laufenden Abrechnungsperiode nur für den Fall vor, daß die Bürgschaftssumme zeitweilig infolge Zinsen, Kosten und Provisionen den Höchstbetrag von 200.000,- DM überschritten hatte. Das Recht der Sparkasse, die Bekl. ohne Rücksicht auf das Vorhandensein weiterer Sicherheiten so lange vollen Umfangs aus der von ihr übernommenen Bürgschaft in Anspruch zu nehmen, wie der Kreditsaldo über dem Höchstbetrag der Bürgschaft lag, wurde dadurch (so ausdrücklich Ziff. 3 der Bürgschaftsbedingungen) nicht berührt.

Bei der Würdigung des rechtlichen Charakters der von der Bekl. auf das erhöhte Kapital geleisteten Bareinzahlung hat auch die spätere weitere Zurückführung des Kredites durch die Verwertung des verpfändeten Wertpapierdepots der Mutter der Bekl. außer Betracht zu bleiben. Für die Bewertung, ob die Bekl. der GmbH im Zuge der Kapitalerhöhung eine Barzahlung oder lediglich eine Sachleistung in Form der Befreiung von einer (Eventual-)Verbindlichkeit zugeführt hat, können im gegebenen Zusammenhang allein die Verhältnisse bei Erbringung der Einlage, d. h. im Zeitpunkt der Gutschrift des Gegenwertes der Einlage auf dem Gesellschaftskonto, maßgebend sein. Eine spätere Abtragung des Kredites aus anderen Mitteln als denjenigen der erhöhten Einlage vermag diese rechtliche Würdigung regelmäßig nicht mehr zu beeinflussen.

IV. An der vorstehenden rechtlichen Beurteilung würde sich auch dann nichts ändern, wenn sich die GmbH – wozu das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen hat – bei Durchführung der Kapitalerhöhung bereits in der Krise befand und die Bürgschaft der Bekl. deshalb verlorengegangenes Eigenkapital ersetzte. Dies könnte lediglich zur Folge haben, daß die Bekl., da die durch ihre Bürgschaft gesicherte Gesellschaftsverbindlichkeit gegenüber der Sparkasse aus dem Gegenwert ihrer Einlageleistung, d. h. aus Gesellschaftsmitteln, getilgt wurde, der GmbH zur Erstattung eines Betrages in der Höhe verpflichtet wäre, in der sie durch die Rückzahlung der Gesellschaftsschuld zu Lasten des Gesellschaftsvermögens von ihrer eigenkapitalersetzenden Bürgschaft freigeworden wäre. Eine solche Befreiung ist jedoch, wie oben unter III. dargelegt, durch die Rückführung des Kredites auf ca. 440.000,- DM nicht eingetreten, da die Bekl. der Sparkasse auch danach weiterhin in vollem Umfang aus ihrer Höchstbetragsbürgschaft verpflichtet blieb. Ob und ggf. in welchem Umfang die Bekl. durch spätere Zahlungen der Gemeinschuldnerin aus Gesellschaftsmitteln von ihrer kapitalersetzenden Bürgschaftsverbindlichkeit freigeworden ist und deshalb der Gesellschaft aus diesem Rechtsgrund verpflichtet wurde, und inwieweit sie dieser Verpflichtung inzwischen bereits genügt hat, ist nicht Gegenstand des gegenwärtigen Rechtsstreits, in dem lediglich die angeblich nicht geleistete Einlage der Bekl. aus der Kapitalerhöhung geltend gemacht wird, und bedarf deshalb vorliegend keiner Erörterung und Entscheidung.

V. Danach war die Klage unter Aufhebung des Berufungsurteils abzuweisen.

5. Gesellschaftsrecht/GmbHG – Zahlung einer Bareinlage auf ein debitorisches Konto der Gesellschaft (BGH, Urteil vom 3.12.1990 – II ZR 215/89)

GmbHG § 8 Abs. 2

Auch eine von dem Gesellschafter unmittelbar auf ein debitorisches Bankkonto der Gesellschaft geleistete Zahlung seiner Einlage verstößt im allgemeinen nur dann gegen das

Gebot, die Einlagemittel zur freien Verfügung der Geschäftsführung zu leisten (§ 8 Abs. 2 GmbHG), wenn die Gesellschaft infolgedessen, insbesondere wegen gleichzeitiger Kündigung oder Rückführung des bisher eingeräumten Kreditrahmens auf den neuen Saldo, keine Möglichkeit erhält, über Mittel in entsprechender Höhe zu verfügen (Ergänzung zu BGH WM 1990, 1820 = MittRhNotK 1991, 115).

Zum Sachverhalt:

Der Kl. ist der Konkursverwalter der Fliesen-L. GmbH (Gemeinschuldnerin), über deren Vermögen am 1. 3. 1989 das Konkursverfahren eröffnet worden ist. Die Gemeinschuldnerin war im Dezember 1979 von der Bekl. zusammen mit ihrem Ehemann gegründet worden, die beide jeweils mit Alleinvertretungsmacht unter Befreiung vom Verbot des § 181 BGB auch zu Geschäftsführern bestellt wurden. Von dem Stammkapital der Gesellschaft übernahm die Bekl. einen Betrag von 20.000,- DM, ihr Ehemann von 80.000,- DM. Beide Geschäftsanteile waren jeweils zu $\frac{1}{4}$ in bar einzuzahlen. Sowohl die Eröffnungsbilanz zum 1. 1. 1980 als auch die Bilanz per 31. 12. 1986 weisen offene Stammeinlagen in Höhe von 75.000,- DM aus. Am 15. 1. 1987 ist auf dem mit ca. 325.000,- DM im Debet stehenden Geschäftsgirokonto der Gemeinschuldnerin bei der Stadtparkasse K. ein in zwei Teilbeträgen eingegangener, von dem Ehemann der Bekl. eingezahlter Betrag von 270.000,- DM verbucht worden. Der Ehemann der Bekl. ist im Januar 1988 verstorben. Die Bekl. ist seine Alleinerbin. Nach einer Aufstellung der Stadtparkasse K. vom 10. 2. 1988 betragen zu diesem Zeitpunkt die Kreditverpflichtungen der jetzigen Gemeinschuldnerin 495.556,62 DM zuzügl. eines Avalkredits in Höhe von 239.077,54 DM. Für alle Kredite hatten die Bekl. und ihr Ehemann persönlich die Mitverpflichtung übernommen.

In dem vorliegenden Rechtsstreit verfolgt der Kl. gegen die Bekl. den Anspruch auf Zahlung der Stammeinlagen in Höhe von 100.000,- DM. Aus seinen Unterlagen sei nicht ersichtlich, daß die Gesellschafter die sofort in bar zu erbringende Zahlung von insgesamt 25.000,- DM geleistet hätten. Die im Januar 1987 von dem verstorbenen Ehemann der Bekl. geleisteten Zahlungen von 270.000,- DM seien nicht als auf die Stammeinlagen erbracht anzusehen. Da sie ohne eine entsprechende Zweckbestimmung geleistet worden seien, sei davon auszugehen, daß sie zur Auffüllung des im Debet stehenden Firmenkontos vorgenommen worden seien. Eine etwaige spätere Verrechnungsanweisung des verstorbenen Ehemannes der Bekl. sei rechtlich nicht wirksam.

Die Klage hatte vor dem LG hinsichtlich der nicht sofort in bar zu zahlenden Stammeinlagen in Höhe von 75.000,- DM Erfolg. Das OLG hat die Bekl. auf ihre Berufung nur zur Zahlung ihrer eigenen restlichen Stammeinlage von 15.000,- DM verurteilt und die Klage hinsichtlich der auf die Stammeinlage ihres verstorbenen Ehemannes entfallenden weiteren 60.000,- DM abgewiesen. Mit seiner Revision begehrt der Kl. die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

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

I. Nach Ansicht des Berufungsgerichts hat der Ehemann der Bekl. durch die von ihm am 15. 1. 1987 geleisteten Zahlungen auf das Geschäftskonto der Gesellschaft seine Verpflichtung zur Leistung seiner noch offenen Stammeinlage von 60.000,- DM wirksam getilgt. Da der überwiesene Betrag von insgesamt 270.000,- DM sowohl zur Erfüllung seiner restlichen Einlageverbindlichkeit in der genannten Höhe als auch zum Ausgleich einer damals noch bestehenden Verpflichtung zur Rückzahlung eines von der Gesellschaft gewährten Darlehens in Höhe von 158.028,87 DM ausgereicht habe und weitere Schulden des Ehemanns gegenüber der Gesellschaft nicht vorhanden gewesen seien, sei, ohne daß es dazu einer besonderen der Leistung beigegebenen Zweckbestimmung bedurft habe, davon auszugehen, daß der Ehemann der Bekl. mit seiner Zahlung seine Verpflichtungen aus Stammeinlage und Darlehen habe erfüllen wollen und der etwaige noch verbleibende Überschuß als zusätzliche Kapitalzuführung an die überschuldete GmbH gedacht gewesen sei. Dieser Tilgungswirkung stehe auch nicht entgegen, daß die Zahlung auf ein im Debet stehendes Konto der Gesellschaft geleistet worden sei und die kontoführende Sparkasse den eingezahlten Betrag unmittelbar mit dem der Gesellschaft von ihr gewährten Kredit, der damit auf rund 78.000,- DM zurückgeführt worden sei, verrechnet habe. Dies hält rechtlicher Prüfung im Ergebnis nicht Stand.

II. Allerdings scheidet die schuldbeitragende Wirkung der von dem verstorbenen Ehemann der Bekl. geleisteten Einzahlung

nicht schon daran, daß diese auf ein debitorisches Konto der Gesellschaft erfolgt ist und die Sparkasse die eingezahlten Mittel sofort mit dem Sollsaldo der GmbH verrechnet hat. Eine Leistung der Einlage auf das im Debet geführte laufende Geschäftskonto der Gesellschaft verstößt im allgemeinen nur dann gegen das Gebot, die Einlagemittel zur freien Verfügung der Geschäftsführung zu leisten (§ 8 Abs. 2 GmbHG), wenn die Gesellschaft infolgedessen, insbesondere wegen gleichzeitiger Kündigung oder Rückführung des bisher eingeräumten Kreditrahmens auf den neuen Saldo, keine Möglichkeit erhält, über Mittel in entsprechender Höhe zu verfügen (vgl. Hachenburg/Ulmer, 8. Aufl., § 7 GmbHG, Rd.-Nrn. 34, 53; Scholz/Winter, 7. Aufl., § 7 GmbHG, Rd.-Nr. 35 i. V. m. Rd.-Nr. 30; Fischer/Lutter/Hommelhoff, 12. Aufl., § 7 GmbHG, Rd.-Nr. 11; K. Schmidt, AG 1986, 106, 110; Hommelhoff/Kleindiek, ZIP 1987, 477, 491; Priester, DB 1987, 1473 ff.; OLG Frankfurt ZIP 1984, 836 f.; möglicherweise zu weitgehend OLG Hamm GmbHR 1985, 326 f.; vgl. auch BGH WM 1990, 1820 = MittRhNotK 1991, 115). Davon kann im vorliegenden Fall nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht ausgegangen werden. Zwar war der der Gemeinschuldnerin eingeräumte Kredit nach der ursprünglichen Vereinbarung bis zum 30. 4. 1987 befristet gewesen. Der Kl. hat jedoch keine Umstände vorgetragen, die konkret dafür sprechen könnten, daß die Sparkasse nicht bereit gewesen wäre, ihr bisheriges Kreditengagement ausdrücklich oder stillschweigend auch über diesen Termin hinaus fortzusetzen. Daß diese Bereitschaft tatsächlich bestand, zeigt der Umstand, daß das Konto der GmbH bei der Sparkasse auch über den genannten Termin hinaus im Soll geführt worden ist, ohne daß die Bank auf Rückführung des verbliebenen Saldos gedrängt hätte, der im Gegenteil in der Folge wieder von 78.000,- DM bis auf 112.200,- DM per 1. 2. 1988 angestiegen ist. Entgegen der Ansicht der Revision ist es in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung, ob diese Bereitschaft der Sparkasse, der GmbH nach der vorübergehenden Rückführung des Kreditsaldos eine erneute Inanspruchnahme von Kredit zu ermöglichen, auf ausdrücklicher Abmachung oder stillschweigender Gestattung beruhte. Entscheidend ist allein, daß es unter den gegebenen Umständen an jedem Anhaltspunkt fehlt, der zu der Annahme berechtigen könnte, die Einzahlung des von dem Ehemann der Bekl. geleisteten Betrages auf das im Debet stehende Konto der GmbH und die damit verbundene Verrechnung der eingezahlten Summe mit dem Sollsaldo dieses Kontos habe die Gesellschaft daran gehindert, über den zur Verfügung gestellten Betrag wenigstens bis zur Höhe des auf die Einlageschuld entfallenden Teils zu verfügen. Angesichts dessen muß es als unschädlich gelten, daß die GmbH später infolge des Niedergangs ihres Geschäftsbetriebes im Zuge der tödlichen Erkrankung des Ehemannes der Bekl. ihren offensichtlich fortbestehenden Kredit bei der Sparkasse nicht mehr bis zur vollen Höhe der von dem Ehemann der Bekl. geschuldeten Einlageleistung ausgeschöpft hat.

III. Auch aus allgemeinen Gesichtspunkten kann der Leistung des Ehemannes der Bekl. die Eignung zur Tilgung einer offenstehenden Einlageverbindlichkeit nicht von vornherein abgesprochen werden.

Nach § 362 BGB ist zur Erfüllung einer Verbindlichkeit grundsätzlich nur erforderlich, daß die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird. Erbringt der Schuldner mithin den geschuldeten Leistungserfolg, so tritt die Erfüllungswirkung regelmäßig als objektive Folge der Leistungsbewirkung ein, ohne daß weitere Umstände hinzutreten müßten. Voraussetzung ist lediglich, daß die Leistung einem bestimmten Schuldverhältnis zugeordnet werden kann. Dazu reicht es aus, daß die bewirkte Leistung die allein geschuldete ist und daneben keine andere, gleichartige Schuld besteht, auf welche die Leistung daneben oder stattdessen erbracht worden sein könnte, und der Schuldner nicht selbst eine abweichende Bestimmung trifft (vgl. dazu auch MünchKomm/Heinrichs, 2. Aufl., § 362 BGB, Rd.-Nrn. 6 ff.). Was für das Bestehen *einer* Verbindlichkeit gilt, muß sinngemäß auch dann gelten, wenn mehrere Verbindlichkeiten vorhanden sind. Werden diese mehreren Verbindlichkeiten durch die Leistung des Schuldners vollständig abgedeckt, so

bedarf es auch hier keiner Tilgungsbestimmung. Die tatsächliche Erbringung der geschuldeten Leistung für sämtliche offenen Verbindlichkeiten führt vielmehr ohne weiteres zu deren Erlöschen. Es ist nicht einzusehen, welchen Sinn in solchen Fällen die Forderung nach einer zusätzlichen Tilgungsbestimmung des Schuldners bei der Leistung haben sollte. Auch aus der Entscheidung BGHZ 51, 157, 160 f. ergibt sich nichts anderes. Die Forderung, wonach der Schuldner bei der Leistung zu bestimmen habe, welche Schuld durch sie tilgt werden solle (a. a. O. BGHZ 51, 160), wird dort nur im Hinblick darauf erhoben, daß bei Bestehen mehrerer Verbindlichkeiten nicht offen bleiben darf, auf welche oder gar auf wessen Schuld die Leistung angerechnet werden soll (so deutlich BGHZ 51, 161). Diese Forderung verliert dagegen ihren Sinn, wenn die bewirkte Leistung sämtliche den Umständen nach vernünftigerweise in Betracht kommenden Verbindlichkeiten abdeckt, weil dann kein Rest mehr offen bleibt, auf den sich eine Tilgungsbestimmung beziehen kann.

Im vorliegenden Fall schuldete der Ehemann der Bekl. der GmbH zum Zeitpunkt seiner Leistung 158.028,27 DM aus Darlehen und 60.000,- DM aus offener Einlageverpflichtung. Weitere Verbindlichkeiten des Ehemannes gegenüber der GmbH bestanden – läßt man den Gesichtspunkt möglicher eigenkapitalersetzender Mithaftung (vgl. dazu unter IV.) an dieser Stelle zunächst außer Betracht – nicht. Mit der Zahlung der 270.000,- DM waren diese beiden Verbindlichkeiten in vollem Umfang abgedeckt. Bei vernünftiger Betrachtung kann deshalb (mit der vorstehend gemachten Einschränkung einer möglichen abweichenden Beurteilung wegen Bestehens einer zusätzlichen Verpflichtung aus Eigenkapitalersatz) kein Zweifel bestehen, daß der Ehemann mit seiner Leistung gezahlt hat, was er der Gesellschaft schuldete. Die Annahme, der Ehemann habe der GmbH 270.000,- DM ohne Rechtsgrund zuzuführen und seine Verbindlichkeiten gegenüber der GmbH daneben fortbestehen lassen wollen, liegt bei lebensnaher Betrachtung so fern, daß sie nicht das Erfordernis einer Tilgungsbestimmung zu begründen vermag. Einer solchen Bestimmung bedurfte es lediglich insoweit, als noch eine Erklärung (Leistungsbestimmung) des Ehemannes zu erwarten war, welchen Rechtsgrund er der Zahlung des überschießenden Betrages von rund 50.000,- DM zuweisen wollte.

Für die Annahme, der Zweck der Zahlung sei in der Schwebe geblieben, weil der Ehemann hinsichtlich seiner gesamten Leistung die notwendige Bestimmung unterlassen habe, auf welche seiner Verbindlichkeiten die von ihm geleistete Zahlung in welcher Höhe angerechnet werden solle, ist mithin im vorliegenden Fall kein Raum.

Eine andere rechtliche Beurteilung hätte nur dann angebracht sein können, wenn der Ehemann der Bekl. (anstatt seine Schulden gegenüber der GmbH zu tilgen) ausdrücklich bestimmt hätte, die von ihm geleistete Zahlung solle in ihrem gesamten Umfang als ein der Gesellschaft gewährtes Darlehen gelten. In diesem Fall wäre die Bestimmung einer späteren (teilweisen) Umbuchung auf Einlage in der Sache eine Aufrechnung des Darlehensrückzahlungsanspruchs des Ehemannes gegen seine Einlageverbindlichkeit, die im Hinblick auf den Grundsatz der realen Kapitalaufbringung auf Bedenken stoßen könnte. Für das Vorliegen einer solchen Absicht des Ehemannes der Bekl. sind aber keine Anhaltspunkte ersichtlich.

IV. Das Rechtsmittel muß jedoch Erfolg haben, weil das Berufungsgericht ungeprüft gelassen hat, ob sich nicht im vorliegenden Fall eine andere rechtliche Beurteilung aus dem Gesichtspunkt eigenkapitalersetzender Gesellschafterleistungen ergibt und die Klage aus diesem Grunde hätte abgewiesen werden müssen.

Es ist zwischen den Parteien zu keinem Zeitpunkt streitig gewesen, daß die Bekl. und ihr Ehemann die volle persönliche Mithaftung für sämtliche Verbindlichkeiten der GmbH bei der Stadtparkasse K. übernommen hatten. Darüber hinaus hat die Bekl. niemals in Abrede gestellt, daß die GmbH sowohl am 31. 12. 1985 als auch am 31. 12. 1986 erheblich überschuldet war.

Auch wenn hierin kein Zugeständnis einer tatsächlich bestehenden Überschuldung der Gesellschaft i. S. d. § 138 Abs. 3 ZPO liegen sollte, liegt es im vorliegenden Falle nahe anzunehmen, daß die GmbH in der kritischen Zeit überschuldet oder kreditunwürdig war. Schon im Jahre 1985 hatte die GmbH ausweislich der vorgelegten Bilanzen und des Berichts des vorläufigen Vergleichsverwalters vom 1. 2. 1988 einen Verlust von 148.632,42 DM erlitten. Zusammen mit einem Verlustvortrag aus dem Vorjahr von 41.513,55 DM betrug der Bilanzverlust mithin am 31. 12. 1985 190.145,97 DM, der sich bis zum Jahresende 1986 um weitere 12.758,37 DM auf 202.904,34 DM erhöhte. Ihm stand lediglich ein Stammkapital von nominell 100.000,- DM gegenüber. Dies ist ein schwerwiegendes Indiz, daß die Gesellschaft bei der kurze Zeit später, am 15. 1. 1987, erfolgten Einzahlung überschuldet oder doch kreditunwürdig war. Sollte das Berufungsgericht bei der danach erforderlichen erneuten Prüfung zu dem Ergebnis gelangen, daß von einer Überschuldung der Gesellschaft auszugehen ist, so käme es nicht darauf an, ob und in welchem Umfang die Gesellschaft noch über eigene Sicherheiten verfügte, die sie der Stadtparkasse hätte zur Verfügung stellen können, und inwieweit dies die Annahme einer Kreditwürdigkeit der Gesellschaft ausschließen könnte. Wie der Senat verschiedentlich nicht nur für die gesetzliche Regelung der §§ 32a ff. GmbHG (BGH WM 1985, 115; WM 1989, 60, 62), sondern auch und gerade für die auf eine entsprechende Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG gegründete Rspr. zum Eigenkapitalersatz (BGHZ 76, 326, 329 = DNotZ 1980, 639; BGHZ 81, 252, 255) ausgesprochen hat, hat eine der GmbH im Zustande der Überschuldung gewährte oder belassene Gesellschaftshilfe (unter Einschluß einer von dem Gesellschafter übernommenen Mithaftung oder einer von ihm gestellten Sicherheit für einen der Gesellschaft gewährten Fremdkredit) die Funktion haftenden Eigenkapitals, das ihr so lange zu belassen ist, wie es nach den fortgeschriebenen Buchwerten der jeweils letzten Jahresbilanz verlorenes Stammkapital oder eine über diesen Verlust hinausgehende Überschuldung abdeckt (vgl. BGH WM 1989, 16 = DNotZ 1990, 120; BGH WM 1990, 233 f. m.N. auch aus dem Schrifttum). Auf eine daneben bestehende Kreditwürdigkeit käme es in diesem Falle nicht an.

Des weiteren hat die Bekl. lediglich geltend gemacht, ihr verstorbener Ehemann und sie selbst hätten von einer Überschuldung seinerzeit nichts gewußt, da beide Bilanzen erst im Jahre 1987 von dem Steuerberater der Gesellschaft erstellt worden seien. Dieser Vortrag wäre jedoch nicht geeignet, die Voraussetzungen, unter denen die Umqualifizierung von Gesellschaftersicherheiten in Eigenkapitalersatz eintreten kann, auszuschließen. Nach der Rspr. des Senats ist es für die Umqualifizierung einer Gesellschaftshilfe in haftendes Eigenkapital nicht erforderlich, daß die Gesellschafter die inzwischen eingetretene Überschuldung oder Kreditwürdigkeit ihrer Gesellschaft positiv gekannt haben. Es genügt jedenfalls, daß ihnen diese Umstände und der daraus nunmehr folgende Eigenkapitalcharakter ihrer Gesellschaftshilfe bekannt sein konnten und mußten, was im Normalfall ohne weiteres vorauszusetzen ist (vgl. BGHZ 75, 334, 339 = DNotZ 1980, 373). Die Bekl. hat keine Umstände geltend gemacht, die dazu geeignet sein könnten, das Vorliegen dieser Voraussetzung im gegebenen Fall auszuschließen. Die Tatsache, daß die Bilanzen für die Jahre 1985 und 1986 förmlich erst im Frühjahr 1987 aufgestellt worden sind, reicht dazu allein nicht aus. Sollte die Gesellschaft schon seit Jahren mit Verlusten in der oben angegebenen Größenordnung gearbeitet haben und infolgedessen überschuldet gewesen sein, so konnte dies dem verstorbenen Ehemann der Bekl. und der Bekl. selber bei gebührender Aufmerksamkeit für den Geschäftsgang des Geschäftsunternehmens auch dann nicht entgehen, wenn die förmlichen Bilanzen für die genannten Jahre im Januar 1987 noch nicht vorlagen.

Sollte die von der Bekl. und ihrem Ehemann übernommene Mithaftung für alle Kreditverbindlichkeiten der GmbH jedenfalls im Januar 1987 verlorengegangenes Stammkapital der Gesellschaft ersetzt haben, so waren, da die Gesellschafter die schon geraume Zeit vorher eingetretene Überschuldung der GmbH nicht zum Anlaß genommen hatten, die Gesellschaft zu

liquidieren oder von ihr Befreiung von ihrer Mithaftung zu verlangen, die Voraussetzungen erfüllt, unter denen eine Hilfeleistung des Gesellschafters für seine notleidend gewordene GmbH nach der Senatsrspr. als Eigenkapitalersatz gilt, ohne daß zusätzlich der Frage nachgegangen werden müßte, ob die übernommene Mithaftung schon von vornherein, d. h. bereits vom Zeitpunkt ihrer Übernahme an, wie die Revision annimmt und wofür im vorliegenden Fall einiges spricht, als Krisenfinanzierung gedacht war (vgl. dazu BGHZ 81, 252, 256; BGH WM 1986, 1554).

Erbringt der Gesellschafter in dieser Lage eine Leistung an die Gesellschaft, die zur Rückführung des Kredites der Gesellschaft dienen soll, für den er selbst eine eigenkapitalersetzende Mithaftung übernommen hat, so ist im Regelfall davon auszugehen, daß er nicht seine rückständige Einlagenverbindlichkeit, sondern seine daneben bestehende Verpflichtung erfüllt, die Gesellschaftsverbindlichkeit abzulösen, die er durch seine nunmehr als Eigenkapitalersatz geltende Mithaftung gesichert hat. Dies folgt daraus, daß er nach der Rspr. des Senats zu §§ 30, 31 GmbHG der Gesellschaft zur Erstattung eines entsprechenden Betrages verpflichtet wäre, wenn diese den so gesicherten Kredit selbst zurückgezahlt hätte, bevor ihr Stammkapital wieder durch Eigenmittel gedeckt war (BGHZ 81, 252). Es kann im Ergebnis keinen Unterschied machen, ob der Gesellschafter erst eine Leistung an die Gesellschaft erbringt und diese sodann daraus die gesellschaftsbesicherte Verbindlichkeit ablöst oder ob er sogleich unmittelbar mit Zustimmung der Gesellschaft auf die Kreditverbindlichkeit zahlt. Dies muß jedenfalls dann gelten, wenn der Gesellschafter bei der Leistung nicht ausdrücklich eine anderweitige Zweckbestimmung getroffen hat.

Das Ergebnis wäre im vorliegenden Fall aber auch dann kein anderes, wenn entgegen den vorstehenden Ausführungen davon auszugehen wäre, daß der Ehemann der Bekl. bei der am 19. 1. 1987 erfolgten Zahlung zumindest eine konkludente Bestimmung getroffen hat, wonach ein Teilbetrag seiner Leistung als Erfüllung seiner rückständigen Einlage gelten solle. Es liegt zwar, ohne daß dies im gegebenen Zusammenhang entschieden zu werden braucht, nahe anzunehmen, daß er bei einem solchen Vorgehen als Folge der seiner Leistung beigegebenen Tilgungsbestimmung seine (ursprüngliche) Stammeinlageverpflichtung zum Erlöschen gebracht hätte. In diesem Falle wäre aber die Rückführung der Kreditschuld im Ergebnis aus Mitteln der Gesellschaft erfolgt. Infolgedessen wäre nunmehr zwar die Einlageschuld des Ehemannes der Bekl. erfüllt. Statt dessen wäre jedoch seine Verbindlichkeit gegenüber der Gesellschaft aus eigenkapitalersetzender Mithaftung entsprechend §§ 30, 31 GmbHG nach wie vor offen. Hätte also der Ehemann der Bekl. bei seiner am 15. 1. 1987 geleisteten Zahlung infolge einer ihr beigegebenen (mindestens konkludenten) Zweckbestimmung seine ursprüngliche Einlageschuld getilgt, so könnte, da die Bekl. als Rechtsnachfolgerin ihres verstorbenen Mannes für dessen Verbindlichkeiten einzustehen hat, die Abweisung der Klage aus diesem Grunde keinen Bestand haben.

6. Gesellschaftsrecht/GmbH – Befreiung des GmbH-Geschäftsführers von § 181 BGB bei Vereinigung aller Anteile in dessen Hand

(BGH Beschluß vom 8. 4. 1991 – II ZR 3/91 – mitgeteilt von Notar Wolfgang Welskop, Duisburg-Rheinhausen)

BGB § 181

Die Befreiung des Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB bleibt auch dann bestehen, wenn aus einer Mehrpersonengesellschaft später eine Einmann-GmbH wird und der Geschäftsführer der alleinige Gesellschafter der Gesellschaft ist. Eine Satzungsbestimmung diesen Inhalts kann deshalb auch nicht in das Handelsregister ein-

getragen werden. Der Auffassung des BayObLG (BayObLGZ 1987, 153 = DNotZ 1989, 32; BayObLGZ 1989, 375) wird nicht gefolgt.

(Leitsätze nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Der Gesellschaftsvertrag der am 5. 7. 1989 von den Gesellschafterinnen E. und M. errichteten und im Dezember 1989 in das Handelsregister eingetragenen beschwerdeführenden GmbH sieht in § 6 Abs. 3 vor, daß einem oder einzelnen Geschäftsführern durch Beschluß der Gesellschafterversammlung Alleinvertretungsbefugnis und/oder Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erteilt werden kann. Nachdem die Gesellschafterversammlung bereits am 5. 7. 1989 von dieser Ermächtigung zugunsten der Gesellschafterin E. in vollem Umfang Gebrauch gemacht hatte, wurde bei Eintragung der Gesellschaft folgender Text in das Handelsregister aufgenommen:

„Durch Gesellschafterbeschluß kann Geschäftsführern die Befugnis erteilt werden, die Gesellschaft allein zu vertreten oder im Namen der Gesellschaft mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten Rechtsgeschäfte vorzunehmen. Die Geschäftsführerin E. ist stets alleinvertretungsberechtigt und befugt, im Namen der Gesellschaft mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten Rechtsgeschäfte vorzunehmen.“

Am 13. 6. 1990 erwarb E. auch den Geschäftsanteil ihrer Mitgesellschafterin M. Am selben Tage faßte sie u. a. den notariell beurkundeten Gesellschafterbeschluß, den Gesellschaftsvertrag in § 6 Abs. 3 durch den Satz zu ergänzen: „Dies gilt auch für den Fall, daß sich sämtliche Geschäftsanteile in einer Hand vereinigen.“ Gleichzeitig beschloß sie, daß ihr, nachdem sich sämtliche Geschäftsanteile in ihre Hand vereinigt hätten, als Geschäftsführerin Alleinvertretungsbefugnis unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB eingeräumt werde. Diese Beschlüsse meldete sie am selben Tage durch den beurkundenden Notar zur Eintragung in das Handelsregister an.

Das AG – Registergericht – hat den Antrag zurückgewiesen, soweit mit ihm die Eintragung begehrt wird (1), daß die Ermächtigung zur Erteilung der Alleinvertretungsbefugnis und zur Befreiung von Geschäftsführern von den Beschränkungen des § 181 BGB auch dann gilt, wenn sich alle Geschäftsanteile der Gesellschaft in der Hand eines Gesellschafters oder daneben der Gesellschaft befinden und der Gesellschafter zugleich deren alleiniger Geschäftsführer ist, und (2), daß sich alle Geschäftsanteile der Gesellschaft in der Hand der alleinigen Geschäftsführerin E. befinden und ihre Alleinvertretungsbefugnis sowie ihre Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB auch künftig gilt. Nach Ansicht des Registergerichts sind die gefaßten Gesellschafterbeschlüsse nicht einzutragen, weil sie die bestehende und bereits eingetragene Vertretungsregelung, die ungeachtet der Vereinigung sämtlicher Geschäftsanteile in der Hand der Geschäftsführerin E. fortgelte, weder erweiterten noch sonst veränderten. Es will deshalb die vorgenommene Änderung des § 6 Abs. 3 der Satzung lediglich als Mitteilung („... ist der Gesellschaftsvertrag in § 6 ergänzt worden“) in das Handelsregister eintragen.

Die hiergegen von dem Notar namens der GmbH eingelegte Beschwerde wurde mit Beschluß des LG als unbegründet zurückgewiesen. Dagegen wendet sich die Gesellschaft mit der eingelegten weiteren Beschwerde. Das OLG Düsseldorf, das die Rechtsauffassung der Vorinstanzen teilt, hält die Beschwerde für unbegründet (MittRHNotK 1991, 24). Es sieht sich jedoch an ihrer Zurückweisung durch die Beschlüsse des BayObLG (BayObLGZ 1987, 153 ff. = WM 1987, 982 ff. = DNotZ 1989, 32 und BayObLGZ 1989, 375, 378 ff. = GmbHR 1990, 213 ff.) gehindert und hat deshalb die Sache dem BGH zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

Die Voraussetzungen für die Vorlage gem. § 28 Abs. 2 FGG sind gegeben. Das BayObLG hat in den genannten Beschlüssen den Standpunkt vertreten, die einem bestimmten Geschäftsführer einer mehrgliedrigen GmbH durch die Satzung oder aufgrund der Satzung erteilte und im Handelsregister eingetragene Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erlösche, wenn eine Einmann-GmbH entstanden ist, deren Alleingesellschafter dieser Geschäftsführer ist. Von diesen Entscheidungen müßte das vorliegende Gericht abweichen, wenn es die weitere Beschwerde zurückweisen will, weil es mit den Vorinstanzen von einem Fortbestehen der bereits in der mehrgliedrigen Gesellschaft erteilten Befreiung ausgeht, welche die Eintragung einer neuerlichen Befreiung nicht zuläßt.

Die weitere Beschwerde ist unbegründet.

Nach der derzeit bestehenden Eintragung im Handelsregister ist die Geschäftsführerin E. stets alleinvertretungsberechtigt

und befugt, im Namen der Gesellschaft mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten Rechtsgeschäfte vorzunehmen. Da die Geschäftsführerin mithin bereits von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit und diese Befreiung, wie in § 10 Abs. 1 S. 2 GmbHG vorgeschrieben (vgl. BGHZ 87, 59 = DNotZ 1983, 233), im Handelsregister eingetragen ist, enthält die Anmeldung, wie das AG und das vorliegende OLG mit zutreffender Begründung ausgeführt haben, soweit sie die Befreiung von Frau E. von den Beschränkungen des § 181 BGB betrifft, keine Änderung oder Erweiterung der bestehenden und eingetragenen Vertretungsregelung. Die Anmeldung wiederholt vielmehr nur etwas, was ohnehin gilt und in dem bisherigen Inhalt der Registereintragung zutreffend und vollständig zum Ausdruck kommt. Für eine weitere Eintragung desselben Inhaltes ist damit kein Raum.

Das Vorliegen einer Änderung ergibt sich auch nicht daraus, daß die im Handelsregister verlaubliche Befreiung in einem Zeitpunkt erteilt worden ist, in dem die GmbH noch einen weiteren Gesellschafter hatte. Die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB, die einem Geschäftsführer einer mehrgliedrigen GmbH – sei es unmittelbar durch den Gesellschaftsvertrag, sei es wie im vorliegenden Fall aufgrund einer in ihm enthaltenen Ermächtigung durch Beschluß der Gesellschafterversammlung – erteilt worden ist, bleibt auch dann bestehen, wenn sich die GmbH später in eine Einmann-Gesellschaft verwandelt, deren Geschäftsführer mit dem einzigen Gesellschafter personengleich ist. Der Bestand der GmbH ist unabhängig von der personellen Zusammensetzung und der Zahl ihrer Gesellschafter. Das Ausscheiden des einzigen Mitgeschafters und die Vereinigung sämtlicher Geschäftsanteile in einer Hand berühren daher weder die Identität der Gesellschaft noch verändern sie ihren rechtlichen Charakter. Ebensowenig erfahren dadurch Inhalt und Umfang der bisherigen Vertretungsmacht ihres Geschäftsführers einschließlich der ihm erteilten Befreiung von § 181 BGB eine rechtliche Änderung. Der rechtliche Inhalt seiner Vertretungsmacht besteht in der letztgenannten Beziehung vorher wie nachher darin, daß er die Gesellschaft auch beim Abschluß von Rechtsgeschäften mit sich selber oder als Vertreter eines Dritten vertreten kann.

Der gegenteiligen Auffassung des BayObLG, wonach die einem bestimmten Geschäftsführer einer mehrgliedrigen GmbH durch die Satzung erteilte und im Handelsregister eingetragene Befreiung von § 181 BGB bei Entstehen einer Einmann-Gesellschaft mit diesem Geschäftsführer als einzigem Gesellschafter erlischt und deshalb durch eine entsprechende Satzungsänderung neu erteilt werden muß, vermag der Senat nicht zu folgen. Sie ist weder aus dem Wortlaut noch aus dem Sinn des Gesetzes zu rechtfertigen und ist auch im Schrifttum überwiegend auf Ablehnung gestoßen (vgl. Reinicke/Tiedtke, WM 1988, 441 ff. und GmbHR 1990, 200 ff.; Tiedtke, ZIP 1991, 355 ff.; Baums, WuB 11, C, § 35 GmbHG, 2.87; Finken, EWiR, § 35 GmbHG, 1/89, 1205; Baumbach/Hueck/Zöllner, 15. Aufl., § 35 GmbHG, Rd.-Nr. 79; vgl. ferner Priester, EWiR, § 181 BGB, 2/91, 235 – zustimmende Anm. zum Vorlagebeschluß des OLG Düsseldorf). Der Regelungsgehalt des § 35 Abs. 4 GmbHG erschöpft sich in der Entscheidung des Gesetzgebers, daß das aus § 181 BGB folgende Verbot, Insigengeschäfte vorzunehmen, auch dann gilt, wenn der alleinige Geschäftsführer zugleich der einzige Gesellschafter der GmbH ist. Die Einfügung dieser Bestimmung durch die GmbH-Novelle 1980 hat mithin lediglich den Meinungsstreit, in dem auch die höchstrichterliche Rspr. wechselnde Standpunkte vertreten hatte (vgl. dazu BGHZ 33, 189 = DNotZ 1961, 488 einerseits sowie BGHZ 56, 97 = DNotZ 1971, 670 und BGHZ 75, 358 = DNotZ 1980, 632 andererseits), über die Frage beendet, ob § 181 BGB auch für Rechtsgeschäfte des geschäftsführenden Alleingeschafters einer GmbH mit sich selber gilt. Eine gesetzliche Regelung über die Befreiung des Gesellschafter-Geschäftsführers der Einmann-GmbH von den damit auch für ihn geltenden Beschränkungen des § 181 BGB enthält diese Bestimmung ersichtlich nicht. Damit kann aus ihr auch nichts für die Entscheidung der Frage hergeleitet werden, ob die in einer mehrgliedrigen Gesellschaft erteilte Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB auch

nach deren Verwandlung in eine Einmann-Gesellschaft fortgilt. Diese Frage beantwortet sich vielmehr allein anhand der oben dargelegten allgemeinen Strukturprinzipien des GmbH-Rechts.

Etwas anderes ist entgegen der Ansicht des BayObLG auch aus den Gesetzesmaterialien nicht zu entnehmen. Wenn in dem Bericht des Rechtsausschusses (zit. nach Deutler, Das Neue GmbH-Recht, GmbH-Novelle 1980, 79 f.) die Entscheidung für die Anwendbarkeit des § 181 BGB (anstelle des im Regierungsentwurf vorgesehenen Schriftformprinzips) mit der Erwägung begründet wird, Insihgeschäfte sollten „nur wirksam sein, wenn sie dem Einmann-Gesellschafter-Geschäftsführer durch den Gesellschaftsvertrag ausdrücklich gestattet sind. Durch die Publizität des Gesellschaftsvertrages (§ 9 HGB) werden Gläubiger der Gesellschaft auf die Möglichkeit solcher Geschäfte und damit von Vermögensverlagerungen zwischen dem Gesellschafter und der Gesellschaft hingewiesen und können sich darauf einstellen“, so zieht der Rechtsausschuß damit lediglich die Konsequenz, die sich aus seiner Sicht aus der von ihm befürworteten Geltung des § 181 BGB auch in der Einmann-GmbH ergibt, ohne daß dadurch diese Konsequenz selber zum Inhalt der gesetzlichen Regelung wird. Der Umstand, daß die Gesellschaftsgläubiger nicht einmal auf die Publizität der Registerakten (§ 9 HGB) angewiesen sind, weil sich die Befreiung bereits aus der Handelsregistereintragung selbst ergibt, wird dabei noch nicht in Rechnung gestellt, weil die Eintragungspflicht der Befreiung nach § 10 Abs. 1 S. 2 GmbHG erst später durch die Rspr. des Senats klargestellt worden ist (BGHZ 87, 59 = DNotZ 1983, 233). Es liegt auf der Hand, daß der Rechtsausschuß dabei von der allein in seinem Blickfeld liegenden Situation einer bereits als Einmann-Gesellschaft bestehenden GmbH ausgegangen ist, in der dem Alleingesellschafter (erstmalig) eine bisher noch nicht bestehende Ermächtigung zur Vornahme von Insihgeschäften mit der Gesellschaft erteilt werden soll, was in der Tat regelmäßig nur durch eine entsprechende Satzungsänderung (vgl. BGHZ 33, 189, 193 = DNotZ 1961, 488) möglich ist. Eine Entscheidung des Gesetzgebers, daß die in der Satzung bereits enthaltene Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB oder eine entsprechende Ermächtigung ihre Gültigkeit nach Vereinigung sämtlicher Geschäftsanteile in der Hand des einzigen Gesellschafters-Geschäftsführers verlieren soll und deshalb nunmehr erneut in die Satzung aufgenommen werden muß, weil es zur Wirksamkeit der Befreiung stets „eines der Publizität zugänglichen Gesellschaftsvertrages einer Einmann-GmbH“ bedarf, an dem es fehle, wenn die Befreiung bereits zu einer Zeit erteilt worden ist, als die Gesellschaft noch mehrgliedrig war, ist dieser kurzen Bemerkung des Rechtsausschusses (so aber BayObLGZ 1987, 158 = DNotZ 1989, 32) jedenfalls nicht zu entnehmen, ganz davon abgesehen, daß ein solcher Wille des Gesetzgebers keinen hinreichenden Ausdruck im Gesetz gefunden hat.

Ebensowenig vermag der Senat dem BayObLG darin zu folgen, daß der vom Gesetz bezweckte Schutz der Interessen der Gesellschaftsgläubiger das Erlöschen der in der mehrgliedrigen Gesellschaft erteilten Befreiung nach deren Verwandlung in eine Einmann-Gesellschaft zwingend gebiete, weil die Befreiung, wenn sie bestehen bliebe, einen viel weitergehenden Inhalt erhielte, als sie ihn zur Zeit der Mehrgliedrigkeit der GmbH hatte. Es mag zwar zutreffen, daß die Gefahr, daß der von den Beschränkungen des § 181 BGB befreite Gesellschafters-Geschäftsführer sein Amt zum Vorteil für sich selber und zum Nachteil der GmbH ausübt, größer ist, wenn er der alleinige Gesellschafter ist, als in einer mehrgliedrigen GmbH, bei der er auf einen Mitgesellschafter und dessen mögliche Reaktionen Rücksicht nehmen muß. Daraus kann ein Interesse der Gesellschaftsgläubiger resultieren zu erfahren, ob sie es nach wie vor mit einer mehrgliedrigen oder einer inzwischen eingliedrig gewordenen GmbH zu tun haben. Dies rechtfertigt aber nicht die von dem BayObLG gezogene Schlußfolgerung. Unzutreffend ist bereits, wie schon eingangs ausgeführt, die Annahme, daß die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB aus den genannten Gründen einen anderen weitergehenden Inhalt als vor der Vereinigung sämtlicher Geschäftsanteile

in der Hand des Geschäftsführers erhalte. Nicht der Inhalt und der rechtliche Umfang der Befugnis zum Selbstkontrahieren ändern sich, sondern allenfalls die Gefahren, die sich aus ihrem Gebrauch ergeben können. Die größer gewordene Möglichkeit zu einem Mißbrauch einer (gleichgebliebenen) Vertretungsmacht ist aber etwas anderes als eine Erweiterung ihres rechtlichen Umfanges. Was den Gesellschaftsgläubigern bei unverändertem Fortbestand der noch in der mehrgliedrigen Gesellschaft erteilten Befreiung von § 181 BGB und der sie verlautbarnden Handelsregistereintragung vorenthalten wird, ist mithin nicht eine zwischenzeitliche außerhalb des Handelsregisters eingetretene Erweiterung der bestehenden Vertretungsmacht des Geschäftsführers, sondern eine Veränderung im Gesellschafterbstand, die den Fortbestand der unveränderten und zutreffend eingetragenen Vertretungsmacht potentiell gefährlicher machen mag. Dies zeigt, daß es in der Sache nicht um eine inhaltlich zutreffende Verlautbarung der in der Gesellschaft bestehenden Befugnis des Geschäftsführers zum Selbstkontrahieren, sondern um einen Teilaspekt des Schutzes der Interessen der Gesellschaftsgläubiger an der Unterrichtung über den aktuellen Gesellschafterbstand der GmbH geht. Die Berücksichtigung dieses Interesses liegt jedoch außerhalb des Regelungs- und Schutzbereiches sowohl des § 35 Abs. 4 GmbHG als auch des § 10 Abs. 1 S. 2 GmbHG, die in ihrem Zusammenspiel lediglich die Gleichstellung der ein- mit der mehrgliedrigen GmbH hinsichtlich des Verbots des Selbstkontrahierens anordnen und – wenn auch mit rechtstechnischen Unterschieden im einzelnen – sicherstellen, daß eine Befreiung von diesem Verbot im Handelsregister verlautbart wird. Es liegt auf der Hand, daß denjenigen, die erwägen, mit einer GmbH in geschäftliche Beziehungen zu treten oder solche bereits aufgenommen haben, aus den verschiedensten tatsächlichen wie rechtlichen Gründen daran gelegen sein kann, im Interesse der besseren Einschätzung der mit ihrer Geschäftsbeziehung zu der GmbH möglicherweise verbundenen Risiken und Gefahren aus zuverlässiger Quelle zu erfahren, wer gegenwärtig die Gesellschafter der GmbH, d. h. die hinter ihr stehenden natürlichen Personen, sind. Das gilt aber gleichermaßen für die mehrgliedrige wie für die eingliedrige GmbH, bei der im übrigen die typischerweise erhöhten Gefahren für die Vermögenslage der Gesellschaft, etwa durch Verschiebung wirtschaftlicher Werte, keineswegs ausschließlich aus einer etwaigen Befreiung ihres alleinigen Gesellschafters-Geschäftsführers von § 181 BGB, sondern bereits aus dessen unkontrollierter Alleinstellung als solcher folgen. So kann das Gesellschaftsvermögen ebenso nachhaltig auch auf anderen Wegen, etwa durch überhöhte Gewinnausschüttungen oder Verschiebung von Werten an dem Alleingesellschafter nahestehende Personen, wie vor allem auch durch rein tatsächliche Zugriffe, nachhaltig ausgehöhlt werden. Das Bedürfnis, über den augenblicklichen Gesellschafterbstand unterrichtet zu sein, um die Tragweite einer bestehenden und aus dem Handelsregister ersichtlichen Befreiung des Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB besser abschätzen zu können, stellt mithin nicht mehr als einen Ausschnitt aus den zahlreichen Gründen dar, die ein solches Interesse an der Unterrichtung über die gegenwärtige personelle Zusammensetzung der Gesellschafter begründen können. Gleichwohl schützt das Gesetz dieses Interesse, wenn überhaupt, so doch lediglich in äußerst geringem Umfang. Angaben über die Zahl der jeweils vorhandenen Gesellschafter sind den Eintragungen im Handelsregister von vornherein nicht zu entnehmen (vgl. auch BGHZ 87, 59, 62 = DNotZ 1983, 233). Die in § 19 Abs. 4 S. 2 GmbHG speziell für den Fall der Vereinigung aller Geschäftsanteile in einer Hand vorgesehene unverzügliche Anzeige dient anderen Zwecken und ist auch nur dann vorgesehen, wenn die damit vollzogene Umwandlung in eine Einmann-Gesellschaft innerhalb von 3 Jahren nach Eintragung der Gesellschaft erfolgt. Im übrigen verlangt das Gesetz (§ 40 GmbHG) von den Geschäftsführern, und zwar ohne Unterscheidung zwischen ein- oder mehrgliedrigen Gesellschaften, lediglich, daß sie einmal im Jahr zusammen mit dem Jahresabschluß eine auf den neuesten Stand berichtigte Gesellschafterliste einreichen, die ohne Prüfung ihrer materiellen Richtigkeit (vgl. Fischer/Lutter/Hommelhoff,

12. Aufl., § 40 GmbHG, Rd.-Nr. 6) zu den Handelsregisterakten genommen wird und dort infolge der Publizität der Registerakten von den Gesellschaftsgläubigern eingesehen werden kann. Ein darüber hinausgehendes Interesse, sich jederzeit aus dem Handelsregister auch über die im Laufe des Jahres eingetragenen Änderungen im Gesellschafterbestand zu unterrichten, wird hingegen vom Gesetz ebensowenig geschützt und anerkannt, wie es einen Schutz vor künftigen Veränderungen der Zusammensetzung der Gesellschafter einer GmbH gibt. Ein registerrechtlicher Schutz des Vertrauens auf einen bestimmten unveränderten Gesellschafterbestand einer GmbH ist dem Gesetz mithin grundsätzlich fremd.

Es besteht, wie gleichfalls bereits in dem Beschluß des AG – Registergericht – zutreffend ausgeführt ist, kein Anlaß anzunehmen, das Gesetz habe hiervon gerade für den speziellen Fall eine Ausnahme machen wollen, daß sich das Vertrauen darauf bezieht, daß der laut Registereintrag von den Beschränkungen des § 181 BGB befreite Geschäftsführer nicht der alleinige Gesellschafter ist, sondern zumindest ein weiterer Gesellschafter vorhanden ist, der in der Lage wäre, die Amtsführung des Geschäftsführers zu überwachen. Dagegen würde die von dem BayObLG vertretene Ansicht dazu führen, daß die Publizitätsfunktion des § 10 Abs. 1 S. 2 GmbHG system- und gesetzwidrig erheblich beeinträchtigt würde, wenn die im Handelsregister eingetragene Befreiung des Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB durch die Vereinigung sämtlicher Geschäftsanteile in der Hand des Geschäftsführers unwirksam würde. Da ein Außenstehender, wie bereits dargelegt, nicht wissen kann, ob die GmbH weiterhin mehrgliedrig ist oder sich inzwischen in eine Einmann-Gesellschaft verwandelt hat, und dies allenfalls, wenn die Gesellschafterliste vollständig und richtig ist und die Veränderung nicht gerade im Laufe des letzten Geschäftsjahres eingetreten ist, durch Einsicht in die Registerakten in Erfahrung bringen kann, könnten die Gesellschaftsgläubiger aus der Eintragung einer Befreiung des Geschäftsführers im Handelsregister nicht erkennen, ob sie noch gilt oder nicht. Dies würde gegen das aus § 10 Abs. 1 S. 2 GmbHG folgende zwingende gesetzliche Verbot verstoßen, daß sich der Umfang der Vertretungsbefugnis bereits aus der Registereintragung selber ergeben muß (BGHZ 87, 59, 63 = DNotZ 1983, 233).

Nach alledem ist die weitere Beschwerde zurückzuweisen.

7. Familienrecht – Mehrfache Adoptionseinwilligungen eines Elternteils

(OLG Hamm, Beschluß vom 14. 2. 1991 – 15 W 30/91 – mitgeteilt von Richter am OLG Konrad Arps, Hamm)

BGB § 1747

Die unwiderrufliche Einwilligung der Mutter eines nichtehelichen Kindes in eine bestimmte (Inkognito-)Adoption hindert die Mutter rechtlich nicht daran, nachträglich in eine anderweitige Adoption wirksam einzuwilligen.

Zum Sachverhalt:

A. wurde am 1. 2. 1987 nichtehelich von Frau F., der Tochter der Bet. zu 1), geboren. Da die Kindesmutter zu diesem Zeitpunkt erst 16 Jahre und 9 Monate alt war, ruhte ihre elterliche Sorge für A. (§ 1673 Abs. 2 S. 1 BGB) und trat Amtsvormundschaft des Jugendamtes ein (§ 1773 Abs. 1 i. V. m. § 1791 c BGB). Mit der Volljährigkeit der Kindesmutter endete die Amtsvormundschaft des Jugendamtes und trat stattdessen die Amtspflegschaft mit dem Wirkungskreis nach § 1706 BGB ein. Nach einer vorausgegangenen einstweiligen Anordnung entzog das AG der Kindesmutter das Aufenthaltsbestimmungsrecht für A. und übertrug es dem beteiligten Jugendamt als Pfleger.

Nach mehreren vorausgegangenen Gesprächen mit einem Vertreter des Jugendamtes erklärte die Kindesmutter am 15. 3. 1990 zur Urkunde des Notars N. ihre unwiderrufliche Einwilligung in die (Inkognito-)Adoption ihres Kindes A. durch die in der Adoptionsliste des Kreises K. unter Nr. ... eingetragenen Eheleute. Diese Erklärung ging im Mai 1990 bei dem für den Wohnsitz dieser Adoptionsbewerber zuständigen AG ein. Seit diesem Zeitpunkt bemühen sich auch die Eltern der Kindesmutter, die Bet. zu 1), darum, A. zu sich zu nehmen und ihn selbst zu adoptieren.

Aufgrund der Adoptionseinwilligung der Kindesmutter vom 15. 3. 1990 ruht ihre elterliche Sorge für A. und ist das beteiligte Jugendamt Amtsvormund geworden (§ 1751 Abs. 1 BGB).

Die vom Jugendamt ausgewählten Adoptiveltern haben das Kind A., zu dem sie seit März 1990 Kontakt hatten, am 30. 5. 1990 in Adoptionspflege ganz zu sich genommen.

Seit April 1990 hat das beteiligte Jugendamt als Vormund des Kindes jeden Kontakt zwischen A. und den Bet. zu 1) sowie auch zu den Großeltern väterlicherseits – die sich in einer notariellen Urkunde vom 15. 7. 1990 ebenfalls zur Adoption bereit erklärt haben – unterbunden, weil solche Besuchskontakte das Inkognito der in Aussicht genommenen Adoption gefährden, das Kind verunsichern und sein wachsendes Gefühl der Zugehörigkeit zu den neugewonnenen Eltern stören würden. Ein Antrag der Bet. zu 1), dem beteiligten Jugendamt aufzugeben, ihnen einen Umgang mit ihrem Enkelkind zu gestatten, ist durch Beschluß des AG zurückgewiesen worden. Die dagegen von den Bet. zu 1) eingelegte erste und die weitere Beschwerde sind erfolglos geblieben.

Im vorliegenden Verfahren erstreben die Bet. zu 1) nunmehr ihrerseits die Adoption ihres Enkelkinds. Sie haben in der notariellen Verhandlung vom 15. 7. 1990 beantragt, die Annahme A.'s als gemeinschaftliches Kind durch sie auszusprechen. In derselben Urkunde haben sie außerdem beantragt, die Zustimmung des beteiligten Jugendamtes zu dieser Kindesannahme vormundschaftsgerichtlich zu ersetzen (§ 1746 Abs. 3 BGB). Außerdem haben sie vorsorglich beantragt, auch die Zustimmung der Kindesmutter zu der von ihnen beabsichtigten Adoption vormundschaftsgerichtlich zu ersetzen.

Das beteiligte Jugendamt ist den Anträgen der Bet. zu 1) entgegengetreten. Es ist der Auffassung, dem Adoptionsantrag der Bet. zu 1) könne schon aus Rechtsgründen nicht stattgegeben werden, weil ihm die unwiderrufliche Adoptionseinwilligung der Kindesmutter zur Adoption durch ein bestimmtes Ehepaar entgegenstehe und auch das Erfordernis einer vorangegangenen angemessenen Pflegezeit (Adoptionspflege) hinsichtlich der Bet. zu 1) nicht erfüllt sei.

Das AG hat die Anträge der Bet. zu 1) auf Ersetzung der Einwilligung des beteiligten Jugendamtes sowie der Kindesmutter in die beantragte Adoption und auf Ausspruch der Annahme des betroffenen Kindes durch die Bet. zu 1) zurückgewiesen, weil sie aus den vom Jugendamt geltend gemachten rechtlichen Gründen keinen Erfolg haben könnten.

Gegen diese Entscheidung haben die Bet. zu 1) Beschwerde eingelegt und ihr Begehren weiterverfolgt. Sie haben ergänzend vorgetragen, die Kindesmutter, die sich früher energisch gegen eine Adoption durch ihre Eltern – die Bet. zu 1) – ausgesprochen hatte, sei nunmehr mit dieser Adoption einverstanden. Ihre – der Kindesmutter – notarielle Einwilligungserklärung in die oben erwähnte Inkognitoadoption sei nur durch erhebliche Einflußnahme seitens des beteiligten Jugendamtes zustande gekommen und daher anfechtbar. Das LG hat die Beschwerde der Bet. zu 1) zurückgewiesen und die Entscheidung des AG bestätigt. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Bet. zu 1).

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel der Bet. zu 1) führt in bezug auf zwei Anträge zur Aufhebung der Entscheidungen des LG und des AG und zur Zurückverweisung der Sache zur erneuten Behandlung und Entscheidung an das AG; hinsichtlich des weiteren Antrages ist es unbegründet.

Der Senat ist mit drei verschiedenen Verfahrensgegenständen befaßt. Dabei handelt es sich einmal um den Adoptionsantrag vom 15. 7. 1990 (§ 1752 Abs. 1 BGB), weiterhin um den Antrag auf Ersetzung der Einwilligung des beteiligten Jugendamtes gem. § 1746 Abs. 3 BGB und schließlich um den „vorsorglich“ gestellten Antrag, die Einwilligung der Kindesmutter in die Adoption durch die Ast. zu ersetzen (§ 1748 Abs. 1 BGB). Gegen die Zurückweisung derartiger Anträge ist gleichermaßen die unbefristete erste und weitere Beschwerde gegeben.

Die weitere Beschwerde genügt ferner der gesetzlichen vorgeschriebenen Form und ist auch im übrigen zulässig nach §§ 27, 29 FGG.

I. Der Ersetzungsantrag nach § 1748 Abs. 1 BGB

Die Entscheidung des LG über diesen Verfahrensgegenstand ist rechtlich nicht zu beanstanden. Mit Recht hat es auch die Zurückweisung des Antrages durch das AG deswegen bestätigt, weil die Bet. zu 1) zur Antragstellung nach § 1748 Abs. 1 BGB nicht berechtigt sind. Das Antragsrecht auf gerichtliche Ersetzung der Einwilligung eines Elternteils in die Adoption steht nach dem eindeutigen Wortlaut und Sinn des § 1748 Abs. 1 BGB ausschließlich dem Kinde selbst – gegebenenfalls durch

seinen gesetzlichen Vertreter – zu. Das entspricht auch der einheitlichen Ansicht in Rspr. und Schrifttum.

Da die angefochtene Beschwerdeentscheidung zu diesem Verfahrensgegenstand auch sonst nicht auf einer Verletzung des Gesetzes beruht (§ 27 FGG), mußte der Senat die weitere Beschwerde der Bet. zu 1) hinsichtlich dieses Gegenstandes als unbegründet zurückweisen.

II. Der Ersetzungsantrag nach § 1746 Abs. 3 BGB

Die zu diesem Verfahrensgegenstand ergangene Beschwerdeentscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Seiner Sachentscheidung hat das LG richtig die Vorschrift des § 1746 BGB zugrundegelegt. Nach Abs. 1 dieser Vorschrift ist zur Adoption die Einwilligung des Kindes erforderlich. Für ein Kind, das – wie hier – geschäftsunfähig oder noch nicht 14 Jahre alt ist, kann nur sein gesetzlicher Vertreter die Einwilligung erteilen. Die gesetzliche Vertretung bei der Mitwirkung zu einer Adoption fällt in den Aufgabenbereich des Amtspflegers nach § 1706 Nr. 1 BGB, wonach der Pfleger diejenigen Angelegenheiten wahrzunehmen hat, welche die Feststellung der Vaterschaft und „alle sonstigen Angelegenheiten, die die Feststellung oder Änderung des Eltern-Kindes-Verhältnisses“ oder des Familiennamens des Kindes betreffen. Berufen zur Vertretung des Kindes A. in der Frage der Einwilligung in die Adoption durch die Bet. zu 1) ist demnach das beteiligte Jugendamt als Amtspfleger; es hat die fragliche Einwilligung bisher verweigert.

Diese Einwilligung kann nach § 1746 Abs. 3 BGB durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden, wenn sie „ohne triftigen Grund“ verweigert wird.

Die Vorinstanzen haben hier einen triftigen Grund i. S. d. Gesetzes für die Weigerung des Jugendamtes bejaht und dies mit folgender Erwägung begründet: Die notarielle Einwilligungserklärung der Kindesmutter vom 15. 3. 1990 sei mit ihrem Zugang beim zuständigen AG wirksam und damit zugleich unwiderruflich geworden (§ 1750 Abs. 2 S. 2 BGB). Die Unwiderruflichkeit dieser Erklärung habe zur Folge, daß die Kindesmutter aus rechtlichen Gründen nicht mehr in eine andere Adoption (also auch nicht in eine Adoption durch die Bet. zu 1) einwilligen könne. Infolgedessen sei auch eine Ersetzung dieser Einwilligung rechtlich ausgeschlossen. Ohne die Einwilligung der Kindesmutter oder ihre gerichtliche Ersetzung könne jedoch die von den Bet. zu 1) begehrte Adoption niemals zustandekommen. Schon allein wegen dieses rechtlichen Hindernisses verweigere das beteiligte Jugendamt als Amtspfleger die Einwilligung in die Adoption durch die Bet. zu 1) mit triftigem Grunde jedenfalls solange, wie die notarielle Einwilligungserklärung der Kindesmutter nicht wirksam angefochten sei.

Mit diesen Erwägungen haben die Vorinstanzen der unwiderruflichen Einwilligung der Kindesmutter eine zu weitgehende rechtliche Bedeutung beigemessen. Die Annahme, daß diese Einwilligungserklärung die Kindesmutter rechtlich daran hindere, in die Adoption von A. durch einen anderen Annehmenden oder durch andere Annehmende einzuwilligen, findet im Gesetz keine Stütze, im Gegenteil: die Befugnis der Mutter eines nichtehelichen Kindes, nach erfolgter unwiderruflicher Einwilligung in eine bestimmte Adoption gleichwohl noch in eine Annahme des Kindes durch einen anderen Annehmenden einzuwilligen, ist im Gesetz ausdrücklich geregelt, und zwar in § 1747 Abs. 2 BGB. Danach ist die Annahme eines nichtehelichen Kindes durch Dritte nicht auszusprechen, wenn der (nichteheliche) Vater (die Ehelicherklärung oder) die Annahme des Kindes beantragt hat. Dem Adoptionsantrag des nichtehelichen Vaters ist damit, solange darüber nicht entschieden ist, eine Sperrwirkung in bezug auf einen etwa schon anhängigen Adoptionsantrag eines Dritten beigelegt. Diese Sperrwirkung besteht nur dann nicht, wenn die Mutter selbst ihr nichteheliches Kind annimmt. Beantragt sie diese Adoption nicht, dann bedarf es ihrer Einwilligung in die Adoption durch den nichtehelichen Vater ebenso wie bei einer Adoption durch beliebige Dritte. Daraus folgt, daß sie durch die bereits erklärte Einwilligung in eine Adoption durch Dritte rechtlich nicht gehindert ist,

auch in eine Adoption durch einen anderen Annehmenden einzuwilligen.

Die rechtliche Möglichkeit der Abgabe mehrerer Einwilligungserklärungen ist auch für andere Fälle anerkannt. Da die Einwilligung nach § 1750 Abs. 2 S. 1 BGB nicht unter einer Bedingung erteilt werden kann, ist es zwar ausgeschlossen, in die Adoption durch einen bestimmten Annehmenden für den Fall einzuwilligen, daß die Adoption durch einen zunächst vorgesehenen anderen Annehmenden nicht zustandekommen sollte. Möglich ist es aber, von vornherein alternativ in die Annahme durch mehrere bestimmt bezeichnete Annehmende einzuwilligen (MünchKomm/Lüderitz, § 1747 BGB, Rd.-Nrn. 15–17; Palandt/Diederichsen, § 1747 BGB, Rd.-Nr. 9). Kann hiernach eine Einwilligungserklärung gleichzeitig für mehrere bestimmte Adoptionswillige erklärt werden, dann ist nicht einzusehen, weshalb die Einwilligungen nicht auch nacheinander sollten erklärt werden können.

Einer späteren weiteren Adoptionseinwilligung steht ferner nicht entgegen, daß die elterliche Sorge eines Elternteils mit seiner unwiderruflichen Einwilligung in eine bestimmte Adoption ruht (§ 1751 Abs. 1 S. 1 BGB). Denn das Einwilligungsrecht ist anerkanntermaßen kein Ausfluß des Rechts der elterlichen Sorge, sondern des durch Art. 6 GG verfassungsrechtlich geschützten natürlichen Elternrechts (vgl. z. B. MünchKomm/Lüderitz, § 1747 BGB, Rd.-Nr. 3; Soergel/Roth-Stielow, § 1747 BGB, Rd.-Nr. 1; Palandt/Diederichsen, § 1747 BGB, Rd.-Nr. 1).

Angesichts dieser Rechtslage kann nach Auffassung des Senats in § 1747 Abs. 2 BGB nicht etwa eine Ausnahmeregelung in dem Sinne gesehen werden, daß nur für den speziellen Fall der Adoption eines Kindes durch seinen nichtehelichen Vater eine weitere Einwilligungserklärung der Kindesmutter zugelassen werden soll. Vielmehr ist der besondere Regelungsgehalt dieser Vorschrift nur darin zu sehen, daß sie dem nichtehelichen Vater einen Vorrang gegenüber Dritten bei der Adoption seines Kindes gewährt.

Die Vorinstanzen haben demnach dem Ersetzungsantrag der Bet. zu 1) gem. § 1746 Abs. 3 BGB rechtsfehlerhaft mit der Begründung den Erfolg versagt, ein triftiger Grund zur Verweigerung der Zustimmung des Kindes A. durch seine Großeltern mütterlicherseits, die Bet. zu 1), ergebe sich schon aus der Unwiderruflichkeit der notariellen Einwilligung der Kindesmutter, die bisher nicht wirksam angefochten worden sei.

Die Zurückweisung dieses Antrages erweist sich auch nicht etwa aus anderen Gründen als zumindest im Ergebnis zutreffend.

Ein derartiger Grund kann nicht darin gesehen werden, daß in dem maßgeblichen Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Beschwerdeentscheidung die erforderliche Einwilligungserklärung der Kindesmutter weder formgerecht erklärt noch gerichtlich ersetzt war und auch ein zulässiger Ersetzungsantrag des Kindes A. nach § 1748 BGB nicht vorlag. Denn angesichts der im Beschwerdeverfahren vorgelegten formlosen Erklärung der Kindesmutter, nunmehr in eine Adoption durch ihre Eltern, die Bet. zu 1), einzuwilligen, war durchaus mit der Abgabe einer formgerechten Einwilligungserklärung nach § 1747 Abs. 2 S. 1 BGB zu rechnen, und mit dieser Einwilligungserklärung wäre die Frage nach ihrer etwaigen gerichtlichen Ersetzung gegenstandslos geworden.

Aus den dargelegten Gründen mußten die Entscheidungen des LG und des AG über den Ersetzungsantrag nach § 1746 Abs. 3 BGB aufgehoben und die Sache insoweit an das AG zur erneuten Behandlung und Entscheidung zurückverwiesen werden.

III. Der Annahmeantrag gem. § 1752 Abs. 1 BGB

Das LG hat die Zurückweisung des Adoptionsantrages durch das AG mit der Begründung bestätigt, die nach § 1747 Abs. 2 S. 1 BGB erforderliche Einwilligung der Kindesmutter könne wegen der Unwiderruflichkeit ihrer schon abgegebenen anderweitigen Adoptionseinwilligung nicht mehr wirksam erklärt und folglich auch nicht gerichtlich ersetzt werden, und deshalb verweigere auch das beteiligte Jugendamt seine nach § 1746

Abs. 3 BGB erforderliche Einwilligung mit triftigem Grund, so daß die beantragte Adoption nicht möglich sei.

Diese Erwägungen sind rechtsfehlerhaft, wie vorstehend unter II. näher ausgeführt ist; sie tragen daher die Zurückweisung des Adoptionsantrages der Bet. zu 1) nicht. Die Zurückweisung erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als im Ergebnis zutreffend (wird ausgeführt).

8. Erbrecht – Verfügungen über Grundstücke durch den Testamentsvollstrecker bei Anordnung von Vor- und Nacherbschaft

(BayObLG, Beschluß vom 30. 1. 1991 – BReg. 2 Z 1/91 – mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

**BGB §§ 2113; 2205; 2368
GBO §§ 19; 20; 22; 29; 51**

- 1. Ein Testamentsvollstrecker unterliegt dann nicht den Verfügungsbeschränkungen der §§ 2113–2115 BGB, wenn er zugleich für Vor- und Nacherben eingesetzt ist.**
- 2. Ist ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt, so kann die Verfügungsbefugnis oder die sonstige Rechtstellung des Testamentsvollstreckers allein durch das Zeugnis nachgewiesen werden. Zu einer eigenen, ergänzenden oder berechtigenden Auslegung der Verfügungen von Todes wegen ist das GBA nicht berechtigt.**
- 3. Wird zugleich die Eintragung einer Auflassung und die Löschung des Nacherbenvermerks beantragt, dann ist von einer stillschweigenden Bestimmung auszugehen, daß nur beide Eintragungen zusammen vorgenommen werden sollen.**
- 4. Die Löschung des Nacherbenvermerks setzt, wenn sie nicht von den Nacherben und Ersatznacherben bewilligt wird, den Nachweis des endgültigen Erlöschens des Nacherbenrechts in der Form des § 29 Abs. 1 GBO voraus.**

Zum Sachverhalt:

Der 85jährige Rentner F. ist als Eigentümer mehrerer Grundstücke im Grundbuch eingetragen; er hat sie von der 1969 verstorbenen Landwirtin K. geerbt. Im Grundbuch ist weiter vermerkt, daß die Bet. zu 1) und 2) Nacherben je zur Hälfte sind (Kinder von ihnen sind jeweils zu Ersatzerben berufen), daß die Nacherbfolge beim Tode des Vorerben eintritt und daß Testamentsvollstreckung angeordnet ist. Zum Testamentsvollstrecker ist laut Zeugnis des AG der Bet. zu 1) ernannt. Er ist außerdem zum Pfleger für den Eigentümer F. mit dem Wirkungskreis „Vermögenssorge einschließlich Rentensachen sowie alle damit zusammenhängenden Angelegenheiten“ bestellt.

Laut notarieller Urkunde vom 1. 7. 1989 verkaufte F. eines der Grundstücke, einen Wald zu 3920 m², für 15.680,- DM an die Bet. zu 3). An der Beurkundung beteiligt war außer diesen der Bet. zu 1), der „nicht nur im eigenen Namen“, sondern auch als Testamentsvollstrecker und als Pfleger handelte. Die „Vertragsteile“ erklärten weiter die Auflassung und bewilligten und beantragten, diese in das Grundbuch einzutragen. In Abschn. XI der Urkunde erteilte der Bet. zu 1) „zu diesem Vertrag“ seine Zustimmung „als Testamentsvollstrecker sowie höchstvorsorglich als Nacherbe“. Außerdem wurde hier die Löschung des Nacherbenvermerks und des Testamentvollstreckervermerks bei Eintragung der Auflassung beantragt.

Das GBA hat den Vollzug der Eintragungsanträge von der Zustimmung des Bet. zu 2) als weiterem Nacherben abhängig gemacht. Das LG hat das dagegen gerichtete Rechtsmittel zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Bet.

Aus den Gründen:

Das zulässige Rechtsmittel führt zur Aufhebung des Beschlusses des LG und der Zwischenverfügung des GBA.

1. Das LG hat ausgeführt, daß das GBA die Eintragung der Auflassung zu Recht vom Nachweis der Zustimmung des Bet. zu 2) abhängig gemacht habe. Es gibt zunächst den Inhalt des notariell beurkundeten Testaments wieder, soweit es die Anordnung der Testamentsvollstreckung betrifft. Danach hat die Erblasserin den Bet. zu 1) als Testamentsvollstrecker eingesetzt, um

ihren Schwager und Erben F. „in allen Entscheidungen und Vorgängen, die sich für ihn im Zusammenhang mit der Übergabe meines Besitzes und der Erhaltung und Verwaltung desselben ergeben, zu unterstützen“. F. dürfe keine Entscheidungen allein treffen. Es sei ihr ausdrücklicher Wunsch, daß ihr Schwager zu Lebzeiten aus dem geerbten Grundbesitz nur so viel veräußere, um Geldmittel zur Durchführung dringender Reparaturen am Wohngebäude oder zur weiteren Bestreitung seines Lebensunterhalts zur Verfügung zu haben.

Durch die Anordnung der Nacherbfolge sei die Verfügungsbefugnis des Erben F. nach den §§ 2113–2115 BGB eingeschränkt. Der Erbe bedürfe also zur wirksamen Verfügung über das Grundstück nicht nur der Zustimmung des Bet. zu 1), sondern auch des Bet. zu 2). Daran ändere auch die Ernennung des Bet. zu 1) zum Testamentsvollstrecker nichts. Nach allg. M. sei zwar die Verfügungsbefugnis eines Testamentsvollstreckers grundsätzlich unbeschränkt, er sei insbesondere nicht an die Beschränkungen gebunden, die in §§ 2113, 2114 BGB einem Vorerben gegenüber dem Nacherben auferlegt sind. Es müsse aber differenziert werden. Auf einen Testamentsvollstrecker könne nämlich grundsätzlich nur die Verfügungsbefugnis übergehen, die dem Erben ohne Anordnung der Testamentsvollstreckung zustünde. Soweit sich diese also nur auf das Recht des Vorerben beziehe, könne der Testamentsvollstrecker lediglich die dem Vorerben zustehenden Rechte wahrnehmen. In den Fällen des § 2113 BGB bedürfe er also der Zustimmung aller Nacherben. Die Testamentsvollstreckung sei im Testament der Erblasserin nur für den Vorerben angeordnet. Grundsätzlich bestimme der Erblasser den Aufgabenkreis eines Testamentsvollstreckers. Dieser Aufgabenkreis könne mannigfaltig sein oder sich in einzelnen Maßnahmen erschöpfen; auch habe der Testamentsvollstrecker den erkennbaren Willen des Erblassers zu befolgen, ohne allerdings an Weisungen des Erblassers gebunden zu sein.

Aus dem Testament ergebe sich, daß der Testamentsvollstrecker nur unterstützend zum Willen des Vorerben hinzutreten solle. Ferner sei er nur für den Vorerben, nicht auch für die Nacherben eingesetzt. Der Bet. zu 1) sei auch nicht zugleich alleiniger Nacherbe. Somit könne er als Testamentsvollstrecker nicht auch die Rechte des weiteren Nacherben verwalten. Daher sei er in seinem Verfügungsrecht wie der Vorerbe gem. § 2113 BGB beschränkt. Es sei nämlich nicht einzusehen, weshalb der Schutz des Nacherben durch die Ernennung eines Testamentsvollstreckers, der anstelle des Vorerben das Recht zur Verfügung über die Nachlaßgegenstände hat, hinfällig werden solle.

2. Die Entscheidung des LG hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die beantragten Eintragungen einschließlich der Löschungen können nicht von der Zustimmung des Bet. zu 2) abhängig gemacht werden.

a) Die Auflassung, deren Wirksamkeit das GBA nach § 20 GBO zu prüfen hat, ist auf Seiten der Veräußerer nicht vom Bet. zu 1) als Testamentsvollstrecker, sondern vom Vorerben, vertreten durch den Bet. zu 1) als Gebrechlichkeitspfleger, erklärt worden. Der Wortlaut der notariellen Urkunde ist insoweit nicht eindeutig; ein dahingehender Wille der am Vertragsschluß Bet. ergibt sich aber daraus, daß (Eingang der Urkunde) der Bet. zu 1) auch „als Pfleger“ gehandelt hat, daß (Abschn. II) dieser als Verkäufer bezeichnet wird und (Abschn. III) „die Vertragsteile“ die Auflassung erklärt haben. Es läßt sich weiter daraus schließen, daß (Abschn. XII) die Vertragsteile nach Hinweis durch den Urkundsnotar die Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zu dem Vertrag beantragt haben; dies ergäbe keinen Sinn, wenn der Bet. zu 1) im eigenen Namen als Testamentsvollstrecker gehandelt hätte, denn der Testamentsvollstrecker bedarf, wenn der Erbe minderjährig ist oder unter Vormundschaft oder Pflegschaft steht, keiner Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (OLG Hamburg DNotZ 1983, 381; Palandt/Edenhofer, 50. Aufl., § 2205 BGB, Anm. 28).

Aufgrund des vom Nachlaßgericht erteilten Testamentsvollstreckerzeugnisses ist im Grundbuchverfahren davon aus-

zugehen, daß dem Bet. zu 1) die Verwaltung aller Nachlaßgegenstände zusteht und daß er nicht etwa in der Verwaltung des Nachlasses beschränkt ist (§ 2368 Abs. 1 S. 2 BGB, vgl. dazu im einzelnen unten Abschn. 2c [3] und [4]). Nach § 2211 Abs. 1 BGB kann der Erbe über einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlaßgegenstand nicht verfügen; die Verfügung ist unwirksam. Die vom Vorerben erklärte Auflassung ist hier aber gem. § 185 Abs. 1 BGB wirksam, da ihr der Bet. zu 1) als Testamentsvollstrecker in Abschn. XI der notariellen Urkunde zugestimmt hat (Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2211 BGB, Anm. 3; RGRK/Kregel, 12. Aufl., § 2211 BGB, Rd.-Nr. 3 m. w. N.). Der Bet. zu 1) war an der Zustimmung nicht dadurch gem. § 1915 Abs. 1, §§ 1795, 181 BGB gehindert, daß er zugleich Pfleger des Vorerben ist. Denn gem. § 182 Abs. 1 BGB konnte er die Einwilligung in die Auflassung des Bet. zu 3) gegenüber wirksam erklären (vgl. BayObLG „Das Recht“ 1912, Nr. 1136; OLG Hamm NJW 1965, 1489 f. m. w. N. = DNotZ 1966, 102).

b) Das LG nimmt an, daß die Zustimmung des Bet. zu 2) als Nacherbe für die Eintragung der Auflassung erforderlich sei. Dies trifft aber schon deshalb nicht zu, weil auch für den grundbuchmäßigen Vollzug einer Verfügung, die der Vorerbe selbst getroffen hat, die Zustimmung oder Bewilligung des Nacherben nicht nötig ist, wenn nur dessen Recht im Grundbuch vermerkt ist. Denn die Anordnung der Nacherbfolge führt nicht zum Verlust der Verfügungsbefugnis des Vorerben; dies zeigt der Vergleich von § 2113 Abs. 1 BGB mit § 2211 Abs. 1 BGB (Rechtstellung des Erben bei Ernennung eines Testamentsvollstreckers) oder § 1984 Abs. 1 S. 1 BGB (Anordnung der Nachlaßverwaltung). Der Nacherbe ist durch den Vermerk gem. § 51 GBO vor einem Rechtsverlust geschützt. Wenn die Verfügung des Vorerben ohne weiteres im Grundbuch vollzogen werden kann, gilt das Gleiche für eine Verfügung des Testamentsvollstreckers, es sei denn, daß es sich um eine unentgeltliche Verfügung handelt (§ 2205 S. 2 u. 3 BGB).

Die Bet. haben aber zugleich die Löschung des Nacherbenvermerks beantragt. Es ist von der stillschweigenden Bestimmung der Ast. auszugehen, daß die Übertragung des Eigentums nur eingetragen werden soll, wenn zugleich der Nacherbenvermerk und der Testamentsvollstreckervermerk gelöscht werden (§ 16 Abs. 2 GBO). Denn die Bet. haben ein Interesse daran, daß das Grundstück von den Bet. zu 3) endgültig erworben wird und sie bei Eintritt des Nacherbfalls keinen Ansprüchen der Nacherben ausgesetzt sind (vgl. OLG Frankfurt Rpfleger 1980, 107 f.).

c) Der Nacherbenvermerk kann ebenso wie der Testamentsvollstreckervermerk ohne Bewilligung des Bet. zu 2) gelöscht werden; damit steht auch der Eintragung der Auflassung nichts im Wege.

(1) Vor Eintritt der Nacherbfolge kann der Nacherbenvermerk ohne Bewilligung der Nacherben und der Ersatznacherben (vgl. Horber/Demharter, 18. Aufl., § 51 GBO, Anm. 13, m. w. N.) nach § 22 Abs. 1 GBO gelöscht werden, wenn er der Rechtslage nicht mehr entspricht und dies in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachgewiesen wird. Der Nacherbenvermerk entspricht nicht mehr der materiellen Rechtslage, wenn der von ihm erfaßte Gegenstand endgültig aus der der Nacherbfolge unterliegenden Erbschaft ausgeschieden ist. Dies ist wiederum dann der Fall, wenn die Verfügung über den Erbschaftsgegenstand auch ohne Zustimmung der Nacherben endgültig wirksam ist (BayObLGZ 1974, 312, 314 = DNotZ 1975, 417; BayObLG Rpfleger 1988, 525 = DNotZ 1989, 182 = MittRhNotK 1989, 17; OLG Frankfurt Rpfleger 1980, 107 f.; OLG Hamm Rpfleger 1984, 312; Horber/Demharter, a.a.O., Anm. 15c; KEHE/Eickmann, Grundbuchrecht, 3. Aufl., Rd.-Nr. 28, je zu § 51 GBO).

(2) Die Auflassung des Grundstücks bleibt auch bei Eintritt der Nacherbfolge endgültig wirksam; § 2113 BGB ist darauf infolge der Zustimmung des Bet. zu 1) als Testamentsvollstrecker nicht anzuwenden. Es ist im einzelnen streitig, ob und wie sich die in den §§ 2113–2115 BGB ausgesprochenen Beschränkungen der Rechtsstellung des Vorerben auf die Befugnisse eines

Testamentsvollstreckers auswirken. Einhellig vertreten jedoch Rspr. und Lit. die Meinung, daß sie die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers dann nicht einschränken, wenn er zugleich für Vor- und Nacherben eingesetzt ist, seine Rechte also zeitlich nicht auf die Dauer der Vorerbschaft begrenzt sind. In diesem Fall ist allein § 2205 S. 2 u. 3 BGB einschlägig (BGHZ 40, 115, 119 m. w. N. = DNotZ 1964, 623; BayObLG MittBayNot 1983, 229 f.; BayObLGZ 1986, 208, 213; OLG Stuttgart BWNNotZ 1980, 92; Palandt/Edenhofer, a.a.O., Anm. 28; RGRK/Kregel, Rd.-Nr. 19; Erman/Hense/Schmidt, 8. Aufl., Rd.-Nr. 17; Münch-Komm/Brandenr, 2. Aufl., Rd.-Nr. 55; Soergel/Damrau, 11. Aufl., Rd.-Nr. 48; Staudinger/Reimann, 12. Aufl., Rd.-Nr. 60, je zu § 2205 BGB; Haegle/Schöner/Stöber, GBR, 9. Aufl., Rd.-Nr. 3433; v. Lübtow, Erbrecht, Bd. 2, 892; Lange/Kuchinke, Lehrbuch des Erbrechts, 3. Aufl., 490; Brox, Erbrecht, 10. Aufl., Rd.-Nr. 389; Kipp/Coing, Erbrecht, 14. Aufl., 390; a. A. Greiser, DFG 1936; 245, 247 und wohl auch Knecht, DNotZ 1940, 269 ff.).

(3) Entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts ist hier davon auszugehen, daß die angeordnete Testamentsvollstreckung zeitlich nicht auf die Dauer der Vorerbschaft begrenzt ist.

Durch das Zeugnis des Nachlaßgerichts wird ausgewiesen, daß der Bet. zu 1) zum Testamentsvollstrecker ernannt worden ist. Das Zeugnis ist weder eingezogen noch bestehen konkrete Anhaltspunkte dafür, daß es nach § 2368 Abs. 3 HS 2 BGB kraftlos geworden ist. Es weist sonach mit der Vermutungswirkung der §§ 2365, 2368 Abs. 3 BGB aus, daß die Testamentsvollstreckung einheitlich für die Vor- und Nacherbschaft angeordnet (BayObLGZ 1959, 128, 132 f.) und daß der Testamentsvollstrecker in der Verwaltung des Nachlasses und damit in der Verfügung über Nachlaßgegenstände nicht beschränkt ist. Denn solche Beschränkungen hätten, ebenso wie eine zeitliche Begrenzung der Testamentsvollstreckung, gem. § 2368 Abs. 1 S. 2 BGB im Zeugnis angegeben werden müssen (vgl. KG OLGE 40, 158; KG NJW 1964, 1905 = DNotZ 1965, 480; RGRK/Kregel, a.a.O., Rd.-Nr. 3, Erman/Schlüter, Rd.-Nr. 3, Staudinger/Firsching, Rd.-Nr. 20, je zu § 2368 BGB). Da solche Angaben fehlen, wird vermutet, daß dem Testamentsvollstrecker die gesetzlich bestimmten Befugnisse zustehen.

(4) Ist ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt, so wird die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers im Grundbucheintragungsverfahren allein durch das Zeugnis nachgewiesen; auch Beschränkungen des Testamentsvollstreckers gegenüber der gesetzlich eingeräumten Verfügungsbefugnis können sich wegen § 2368 Abs. 1 S. 2 BGB nur aus dem Zeugnis ergeben. Zu einer eigenen, ergänzenden oder berichtenden Auslegung der Verfügungen von Todes wegen ist das GBA entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts nicht berechtigt (s. im einzelnen BayObLGZ 1990, 82, 86 f. = MittBayNot 1990, 253, 255 m. w. N. = MittRhNotK 1990, 171). Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn das GBA neue, vom Nachlaßgericht offenbar nicht berücksichtigte Tatsachen kennt, die die Unrichtigkeit des Erbscheins oder Testamentsvollstreckerzeugnisses in irgendeinem Punkt erweisen und daher die Einziehung erwarten lassen (BayObLG a.a.O.). Diese Ausnahme ist hier nicht gegeben.

d) Die Zustimmung des Bet. zu 2) ist allerdings wegen § 2205 S. 3 BGB nur dann entbehrlich, wenn die Veräußerung des Grundstücks eine entgeltliche Verfügung ist; sonst wäre jedenfalls für die Löschung des Nacherbenvermerks die Zustimmung aller Nacherben nachzuweisen (vgl. BGHZ 57, 84, 94; BayObLG MittBayNot 1989, 163; LG Oldenburg Rpfleger 1985, 197; Erman/Hense/Schmidt, a.a.O., § 2205 BGB, Rd.-Nr. 13). Ob die Veräußerung entgeltlich war, d. h. ob ihr eine gleichwertige Gegenleistung gegenüberstand, hat das GBA ohne Bindung an die Beweisvorschrift des § 29 Abs. 1 GBO an Hand aller Umstände frei zu würdigen (vgl. im einzelnen Horber/Demharter, a.a.O., § 52 GBO, Anm. 11c m. w. N.). An der Entgeltlichkeit der Verfügung bestehen bei Berücksichtigung von Lage, Größe und Wirtschaftsart des Grundstücks keine vernünftigen Zweifel, zumal das Vormundschaftsgericht den Verkauf und damit auch die Übereignung des Grundstücks genehmigt hat.

9. Erbrecht – Zur sog. partiellen Testierunfähigkeit
(BayOblG, Beschluß vom 31.1.1991 – BReg. 1 Z 37/90 – mitgeteilt von Richter am BayOblG Johann Demharter, München)

BGB § 2229 Abs. 4

Eine Testierunfähigkeit kann nicht teilweise (partiell) bestehen, sondern nur in vollem Umfang, auch wenn sich krankhafte Störungen der Geistestätigkeit nur in einzelnen Lebensbereichen auswirken.

Zum Sachverhalt:

Im Jahre 1982 verstarb die Erblasserin im 53. Lebensjahr an den Folgen eines Verkehrsunfalles noch an der Unfallstelle. Sie war unverheiratet und hatte keine Kinder. Bis zu ihrem Tode bewohnte sie das von ihren Eltern ererbte Anwesen mit 27 Tagwerken Grund und landwirtschaftlichen Gebäuden. Die Bet. zu 1) ist das einzige Geschwister der Erblasserin. Diese hinterließ zwei handschriftlich verfaßte und von ihr unterschriebene Testamente. Das erste wurde von der Bet. zu 1) mit der Erklärung, es sei im Nachlaß gefunden worden, dem Nachlaßgericht vorgelegt. Das Testament lautet:

...15.10.1978

Testament

Das ist mein letzter Wille

Zu meinen Erben bestime ich
E. (Bet. zu 2).

Für das Wohnhaus samt anliegenden Grund mein ganzes Bargeld.
Und von der Gewane 71...

3 ha.
zur pflege meiner lieben Täubchen u. den anderen Tieren.

Für die Gewane 1...
Herr J.

Für die Gewane 60
u. den noch übrigen Grund i. der Gewane 71 dem Kirchlichen Ordinariat R. (Bet. zu 5).

Die Unterschrift ist rot durchgestrichen. Auch der Text ist von der letzten Zeile mit den Worten „Ordinariat R.“ bis zu dem Namen „E.“ von unten nach oben durchgestrichen; über dem Strich befindet sich in nahezu vertikaler Anordnung in roter Schrift das Wort „Ungültig“. Auf der Rückseite des Blattes befindet sich folgender handschriftlicher und von der Erblasserin unterschriebener Text:

Meine Schwester F. (Bet. zu 1) u. seine Angehörigen schlise ich von der Erbschaft volkomen aus da ich vermute das Sie meinen frühen Tot persönlich verübt hat oder mindestens die anführerin war weil...

Die Erblasserin hatte 1980 beim AG ein weiteres Testament in amtliche Verwahrung gegeben. Es lautet auf dem ersten Blatt:

...1.1.1980

Testament

Das ist mein letzter Wille

zu meinen Erben bestimme ich

E. (Bet. zu 2)

Für das Wohnhaus samt anliegenden Grund
mein ganzes Bargeld und vom Flurstück ... (3 ha) dem geterten Hauptweg entlang.

Das Flurstück (41 ha)

B. (früherer Bet. zu 3)

Den gesamten übrigen Grund das Bischöfliche Ordinariat R. (Bet. zu 5)

Das zweite, ebenfalls von der Erblasserin geschriebene und unterzeichnete Blatt hat folgenden Inhalt:

...1.1.1980

Testament

Das ist mein letzter wille

Meine Schwester F. (Bet. zu 1) und seine Angehörigen schlise ich von der Erbschaft volkomen aus da ich vermute das Sie meinen unglücks-Tot persönlich verübt hat oder mindestens die anführerin war weil...

Vor dem Nachlaßgericht machte die Bet. zu 1) geltend, ihre Schwester seitestierunfähig gewesen. Sie hat beantragt, ihr einen Erbschein zu erteilen, wonach sie die alleinige gesetzliche Erbin sei. Die Bet. zu 2) und 5) sowie der damalige Bet. zu 3), der Sohn und Rechtsvorgänger der

jetzigen Bet. zu 3) und 4), haben demgegenüber einen Erbschein beantragt, wonach die Erblasserin aufgrund ihrer letztwilligen Verfügung vom 1.1.1980 beerbt worden sei von der Bet. zu 2) zu $\frac{9}{24}$, vom damaligen Bet. zu 3) zu $\frac{1}{24}$ und von dem Bet. zu 5) zu $\frac{14}{24}$. Nach Beweisaufnahme hat das Nachlaßgericht angekündigt, es werde der Bet. zu 1) einen Allein-erbschein erteilen, wenn gegen diesen Beschluß keine Beschwerde eingelegt werde. Die von den anderen Bet. dagegen eingelegten Beschwerden hat das LG zurückgewiesen. Dagegen haben die Bet. zu 2) bis 5) weitere Beschwerde eingelegt. Die Bet. zu 1) hat beantragt, die Rechtsmittel zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

Die weiteren Beschwerden sind zulässig und begründet.

1. Das LG hat ausgeführt: Die Testierfähigkeit habe wegen Vorliegens einer geistigen Störung für einen bestimmten gegenständig abgegrenzten Lebensbereich ganz gefehlt; mithin habe eine partielle Testierunfähigkeit vorgelegen. Da die im Haus der Erblasserin aufgenommenen Tonbänder nicht verwertbar seien, müßten sie auch „im Rahmen“ der ergänzenden gutachtlichen Stellungnahmen und des neuen Gutachtens außer Betracht bleiben. Das Gutachten des Instituts für Rechtsmedizin habe das Gericht nicht davon überzeugt, daß bei der Erblasserin „eine schleichend verlaufende Psychose aus dem schizophrenen Formenkreis“ vorgelegen habe. Aus diesem Grunde sei das weitere Gutachten erholt worden. Dieses Gutachten sei auch von den Tonbandaufnahmen nicht beeinflusst, da der Sachverständige sie nicht abgehört habe. Dieser gelangte zu dem Ergebnis, daß bei der Erblasserin mit großer Wahrscheinlichkeit über Jahre hinweg eine Psychose aus dem Formenkreis der Schizophrenie mit in den Testamenten bewiesener Wahnsymptomatik bestanden habe. Dieser Grad von Wahrscheinlichkeit reiche aber nicht aus, weil hier erhebliche Zweifel blieben, ob tatsächlich Testierunfähigkeit gegeben gewesen sei. Die Frage der generellen Testierunfähigkeit könne aber dahingestellt bleiben, weil der Sachverständige überzeugend und nachvollziehbar darlege, daß gegenüber der Schwester aufgrund einer krankhaften Wahnvorstellung eine partielle Testierunfähigkeit vorgelegen habe. Dies habe dazu geführt, daß die Testierfähigkeit letztlich ganz ausgeschlossen gewesen sei. Entscheidend seien die in beiden Testamenten enthaltenen Zusätze, aus denen sich die Überzeugung der Erblasserin ergebe, daß die Schwester ihren Tod „persönlich verübt“ habe oder mindestens die „Anführerin“ gewesen sei. Diese Überzeugung der Erblasserin sei bei psychiatrischer Wertung eindeutig als Wahn und mithin krankhaft anzusehen. Diesen „Wahneinfall“ habe sie mit einer erlebten Eigenbeziehung verbunden, nämlich mit dem Vorfall, daß ein Kind sie mit einer Spielzeugpistole erschreckt habe. Hätte die Erblasserin diesen Vorfall richtig verarbeitet, so hätte sie ihn vergessen müssen. Dieser Vorfall sei Jahre vor Errichtung der beiden Testamente geschehen. Der hier „zum Tragen gekommene krankhafte Wahn“ sei daher bereits längere Zeit „verarbeitet“ worden. Auch der letzte inhaltlich gleiche Satz der beiden Testamentszusätze sei „nur im Rahmen einer krankhaften Wahnfunktion“ zu erklären. Die Kammer schließe sich dem Ergebnis des Sachverständigen an, daß bei der Erblasserin gegenüber ihrer Schwester eine partielle Testierunfähigkeit vorgelegen habe, weil sie nicht mehr in der Lage gewesen sei, sich über die Tragweite ihrer letztwilligen Verfügungen ein klares Urteil zu bilden und frei von Einflüssen interessierter Dritter zu handeln. Es sei möglich, daß die Testierfähigkeit wegen Vorliegens einer geistigen Störung für einen bestimmten Lebensbereich, nämlich im Verhältnis zur Schwester, ganz fehlen könne. Nachdem ein Zusammenhang zwischen der Enterbung der Schwester und den krankhaften Wahnvorstellungen bestehe, sei schlechthin Testierunfähigkeit anzunehmen gewesen.

2. Die weiteren Beschwerden erweisen sich als begründet, weil das LG den angefochtenen Vorbescheid nicht hätte aufrechterhalten dürfen. Die Entscheidung des LG beruht auf Rechtsfehlern (§ 27 FGG, § 550 ZPO).

a) Zutreffend ist das LG letztlich davon ausgegangen, daß die Feststellung einer sog. partiellen Testierunfähigkeit nur dann zur Nichtigkeit eines Testaments führt, wenn infolgedessen eine Testierunfähigkeit i. S. v. § 2229 Abs. 4 BGB schlechthin

gegeben ist. Auch dadurch unterscheidet sich die Testierfähigkeit von einer Geschäftsunfähigkeit, die aus § 104 Nr. 2 BGB abgeleitet wird. Diese kann sich auf einen bestimmten, gegenständig abgegrenzten Kreis von Angelegenheiten beschränken (Palandt/Heinrichs, 50. Aufl., § 104 BGB, Rd.-Nr. 5 m. w. N.), somit auf einzelne oder mehrere Rechtsgeschäfte. Die Testierfähigkeit kann sich hingegen nur allgemein auf die Errichtung und Aufhebung von Testamenten beziehen, nicht auf einen bestimmten Teil oder eine bestimmte Art von Testamenten, insbesondere auch nicht auf Testamente mit einem bestimmten Inhalt. Der Gesetzgeber hat die Testierfähigkeit unabhängig von der Geschäftsfähigkeit geregelt, dabei auf alle Fälle krankhafter Störung der Geistestätigkeit, auf die Geistesschwäche und die Bewußtseinsstörung abgestellt sowie gefordert, daß der Testierende deshalb nicht in der Lage gewesen sein dürfe, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln (vgl. § 2229 Abs. 4 i. V. m. § 104 Nr. 2 BGB). Diese Fähigkeit kann für ein Testament nur in vollem Umfang entweder gegeben oder ausgeschlossen sein. Wirken sich krankhafte Geistesstörungen nur in einzelnen Lebensbereichen aus, kann die Testierfähigkeit bei der Testamenterrichtung nur ganz, nicht aber teilweise (partiell) fehlen. Sollte der Senat in früheren Entscheidungen (FamRZ 1985, 539) eine teilweise (partielle) Testierfähigkeit für möglich gehalten haben (vgl. Palandt/Edenhofer, a. a. O., § 2229, Rd.-Nr. 9), so wird hieran nicht festgehalten. Wird der Lebensbereich, in dem krankhafte Störungen der Geistestätigkeit auftreten, in dem Testament berührt (vgl. Dittmann/Reimann/Bengel, Testament und Erbvertrag, 2. Aufl., § 2229 BGB, Rd.-Nr. 39), kann im Einzelfall die Testierfähigkeit ausgeschlossen sein, dann aber völlig. Dies hat der Senat im 1984 entschiedenen Fall bejaht. Ein Begriff der partiellen Testierfähigkeit kann jedenfalls nur dahin verstanden werden, daß eine Geistesstörung, die sich lediglich auf einen bestimmten Lebensbereich auswirkt, zur Testierunfähigkeit führen kann. Diese darf dann aber nur bejaht werden, wenn die Voraussetzungen des § 2229 Abs. 4 BGB in vollem Umfang erfüllt sind.

b) Ein Rechtsfehler ist dem LG dadurch unterlaufen, daß es angenommen hat, die „Frage der generellen Testierfähigkeit“ könne dahingestellt bleiben, weil der Sachverständige „überzeugend und nachvollziehbar“ eine partielle Testierfähigkeit gegenüber der Schwester dargelegt habe. Damit ist gegen § 2229 Abs. 4 BGB verstoßen, weil das LG nicht auf dessen Voraussetzungen abgestellt hat, nämlich auf die wegen einer Geistesstörung fehlende Fähigkeit, die Bedeutung der abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln. Das LG hat sich vielmehr mit der Feststellung begnügt, die Erblasserin habe gegenüber ihrer Schwester an einer krankhaften Wahnvorstellung gelitten. Die Entscheidung des LG beruht aber nicht auf diesem Fehler (§ 27 FGG, § 550 ZPO), weil in den weiteren Ausführungen doch noch zutreffend auf die Testierunfähigkeit „schlechthin“ abgestellt wird.

c) Die Entscheidung des LG beruht aber auf dem Rechtsfehler, daß allein aufgrund der Feststellungen des Sachverständigen, denen zufolge die Erblasserin partiell testierunfähig gewesen sei, das Testament als unwirksam angesehen wird. Damit hat das LG die Beweisanforderungen zu niedrig angesetzt.

aa) Das LG hat nicht festgestellt, daß der Erblasserin wegen ihrer vom Sachverständigen angenommenen, gegenüber der Schwester bestehenden „Psychose aus dem Formenkreis der Schizophrenie“ die von § 2229 Abs. 4 BGB verlangte Einsichtsfähigkeit gefehlt habe und daß sie deshalb ihren Willen nicht habe frei verwirklichen können. Das LG hat sich statt dessen mit einer pauschalen Feststellung der Testierunfähigkeit begnügt und sich dabei auf das von dem Sachverständigen gefundene Ergebnis gestützt, die Erblasserin sei „partiell testierunfähig“ gewesen. Diese Feststellung genügt für sich allein den Anforderungen des § 2229 Abs. 4 BGB nicht. Sie oblag auch nicht dem Sachverständigen. Dieser hatte vielmehr die Tatsachen zu begutachten und die Folgerungen zu ziehen, die für die rechtlichen Voraussetzungen des § 2229 Abs. 4 BGB erforderlich oder erheblich sind (§ 15 Abs. 1 S. 1 FGG, § 403 ZPO).

(1) Die in § 2229 Abs. 4 umschriebene Einsichtsfähigkeit setzt voraus, der Testierende müsse eine allgemeine Vorstellung davon haben, daß er ein Testament errichtet und welchen Inhalt es hat, auch daß er die Tragweite der letztwilligen Verfügung und ihre Auswirkung auf die Betroffenen klar erkennen und beurteilen kann (Dittmann/Reimann/Bengel, a. a. O., § 2229 BGB, Rd.-Nr. 28 m. w. N.). Daß dies der Erblasserin nicht möglich gewesen sei, hat das LG nicht festgestellt. Der Inhalt des Testaments und der Zusatz auf der Rückseite sprechen vielmehr dafür, daß die Erblasserin sich sehr wohl dessen bewußt war, was sie testamentarisch verfügt hat, und daß dies ihrem Willen entsprach.

(2) Der Testierende muß sich allerdings über die sittliche Berechtigung seiner letztwilligen Anordnung ein klares Urteil bilden können. Auch dieses Erfordernis steht hier der Einsichtsfähigkeit nicht entgegen. Es entspricht nicht einem sittlichen Bedürfnis, Schwester oder Bruder als Erben einzusetzen. Geschwister werden von Erblassern oft wirksam enterbt, ohne daß hierfür ein rechtfertigender Grund vorliegen müßte oder verlangt wird. Auch insoweit fällt die getroffene Verfügung nicht aus dem Rahmen, der den Wertvorstellungen des BGB zugrundeliegt (§§ 1924 ff. BGB), das den Geschwistern keinen Pflichtteilsanspruch einräumt (§ 2303 BGB).

(3) Daß die Erblasserin infolge ihrer Psychose von den irrigen, wahnhaften Vorstellungen ausging, die Schwester sei an ihrem „frühen Unglückstod“ schuld und habe sie wiederholt absichtlich durch ihren Sohn erschreckt, ist für die Testierfähigkeit und die von ihr vorausgesetzte Einsichtsfähigkeit zunächst unerheblich. Derartige Willens- oder Bewußtseinsmängel sind als irriige Annahme i. S. v. § 2078 Abs. 2 BGB zu behandeln. Allein der Umstand, daß die Erblasserin mit ihrer Schwester verfeindet war und sie zutiefst gehaßt hat, nahm ihr nicht die Testierfähigkeit, auch wenn dieser Haß in eine Psychose gesteigert war. Ein Erblasser muß seine letztwilligen Verfügungen nicht durch vernünftige und von Dritten nachvollziehbare Gründe rechtfertigen. Es ist allein sein Wille entscheidend. Dies folgt aus der vom Gesetz grundsätzlich gewährleisteten Testierfreiheit (vgl. Palandt/Edenhofer, Überblick 3 vor § 2064 BGB und Einl. 8 vor § 1922 BGB). Wird der im Testament erklärte Wille durch einen Irrtum beeinflusst, kann eine letztwillige Verfügung durch Anfechtung beseitigt und die Rechtslage dem mutmaßlichen Willen des Erblassers angepaßt werden (§ 2078 Abs. 1 u. 2 BGB). Die Testierfähigkeit muß aus diesem Grund nicht in Frage gestellt werden.

bb) Ob die Voraussetzungen des § 2229 Abs. 4 BGB vorliegen, ist eine Frage, die im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet liegt (st. Rspr.; z. B. BayObLGZ 1982, 309, 312 m. w. N.). Sie darf im Verfahren der weiteren Beschwerde daher nur in beschränktem Umfang nachgeprüft werden (BayObLG FamRZ 1988, 1099 f. m. w. N.). Die Voraussetzungen dafür liegen vor, weil das LG die Beweisanforderungen zu niedrig angesetzt hat. Es kann zwar davon ausgegangen werden, daß das LG die Testierunfähigkeit zutreffend als Ausnahme angesehen hat. Ein Erblasser ist nämlich so lange als testierfähig anzusehen, bis die Testierunfähigkeit zur vollen Gewißheit des Gerichts feststeht (allg. M.: z. B. BayObLGZ 1982, 309, 312 und BayObLG FamRZ 1988, 1099 f.). Das LG hätte aber darüber hinaus beachten müssen, daß bei einer krankhaften Störung der Geistestätigkeit auf die konkrete Ursache abzustellen ist, nämlich ob die Störung z. B. auf Schwachsinn, Arteriosklerose, herabgesetzter Urteilsfähigkeit, Rauschgifteinfluß oder auf Psychopathie beruht. Daran fehlt es. Dem Gutachten mußte der Zusammenfassung zufolge entnommen werden, daß eine Psychose aus dem Formenkreis der Schizophrenie nur „mit großer Wahrscheinlichkeit“ bestanden habe. Dies ist nicht geeignet, dem Gericht die notwendige Gewißheit zu vermitteln. Als „zweifelhafte“ hat der Gutachter lediglich das Bestehen einer „krankhaften Wahnvorstellung“ festgestellt. Dies fällt im weiteren Sinne in den Bereich der Psychopathie. Daß aber allein daraus die Testierunfähigkeit ohne weiteres abzuleiten sei, wie der Sachverständige dies getan hat, kann nicht als ausreichend angesehen werden. Es verstößt gegen die Erkenntnis, daß im

Bereich der Psychopathie die Testierfähigkeit in der Regel nicht ausgeschlossen ist und selbst bei einem besonders hohen Grad von Psychopathie nur ausnahmsweise die Testierfähigkeit gegeben ist (BayObLGZ 1956, 377, 381 ff.; Dittmann/Reimann/Bengel, a.a.O., § 2229 BGB, Rd.-Nr. 23 m. w. N.). Das Gutachten, zwar von einem Nervenarzt erstellt, war daher in seinem Ergebnis nicht geeignet, die Überzeugung des Gerichts zu begründen, bei der Erblasserin hätten die Voraussetzungen des § 2229 Abs. 4 BGB vorgelegen. Hierfür wäre notwendig gewesen, daß der Sachverständige und das Gericht die Überzeugung erlangten, daß die Erblasserin nicht fähig gewesen sei, die Tatsache der Testamenterrichtung und die vorgenommene ausdrückliche Enterbung zu erkennen, deren Wirkung zu erfassen und nach diesen Erkenntnissen frei von Einflüssen dritter Personen zu handeln.

3. Der Beschluß des LG muß aufgehoben werden. Die Entscheidung beruht auf den dargestellten Fehlern (§ 27 S. 1 FGG) (wird ausgeführt).

10. Kostenrecht – Geschäftswert eines notariellen Mustervertragsentwurfs

(OLG Hamm, Beschluß vom 6. 12. 1990 – 15 W 323/89 – mitgeteilt von Richter am OLG Konrad Arps, Hamm)

KostO §§ 146 Abs. 1; 30 Abs. 1

Der Senat schließt sich unter Aufgabe seiner bisherigen Ansicht der Meinung an, daß der Geschäftswert eines Mustervertragsentwurfs nach § 30 Abs. 1 KostO zu schätzen ist (wie OLG Frankfurt JurBüro 1980, 116 und OLG Düsseldorf JurBüro 1983, 1241 = DNotZ 1984, 118).

Zum Sachverhalt:

Der Bet. zu 1) hatte seit 1981 die Absicht, auf einem Grundstück ein größeres Bauvorhaben durchzuführen, bei dem 14 Reiheneigenheime errichtet und verkauft werden sollten. Wegen der für die Verwirklichung dieses Planes notwendigen juristischen Schritte wandte er sich an den Notar N., den Bet. zu 2). Als ein Bebauungsentwurf vorlag, eine Bauvoranfrage positiv beschieden und der Baugenehmigungsantrag eingereicht worden war, machte der Bet. zu 2) dem Bet. zu 1) den Vorschlag, für die abzuschließenden Kaufverträge einen Entwurf zu fertigen. Der Bet. zu 1) war damit einverstanden, weil – so sein Vorbringen – an Hand der Entwürfe am besten die Verwirklichung seiner Pläne fortbetrieben werden könnte. Der Bet. zu 2) fertigte sodann einen Entwurf und übersandte ihn im August 1986 dem Bet. zu 1). Der Entwurf enthielt keine Angaben über die Person des Verkäufers und – naturgemäß – des Käufers, es fehlten die grundbuchrechtlichen Angaben über das zu bebauende Grundstück bis auf den Umstand, daß der Veräußerer Eigentümer des Grundstücks sei, die grundbuchrechtlichen Angaben über die zu bebauenden und zu verkaufenden Parzellen und Angaben über die Höhe des Kaufpreises. Vermerkt ist in dem Entwurf, daß 14 Einfamilienwohnhäuser gebaut werden sollten und daß ein Notaranderkonto unter der Bezeichnung (Name des Bet. zu 1) eingerichtet werden sollte. Hinsichtlich der Verteilung der Erschließungskosten und hinsichtlich der Haftung, Gewährleistung und Verjährung wurden in dem Entwurf jeweils in sich vollständige alternative Regelungen getroffen. § 7 des Entwurfs enthält Regelungen über die Grundstücksbelastungen, die von dem Bet. zu 1) als unvollständig angesehen werden.

Der Bet. zu 1) beabsichtigte, die zu errichtenden Reihenhäuser für je 350.000,- DM zu verkaufen. Es bestand bei ihm ferner die Absicht, die Bebauung und den Verkauf der Häuser durch die noch zu gründende X-GmbH durchführen zu lassen; Alleingesellschafter sollte der Bet. zu 1) werden.

Für seine Entwurfstätigkeit hat der beteiligte Notar dem Bet. zu 1) eine Kostenberechnung erteilt, der für den Entwurf eines Kaufvertrages für 14 Reihenhäuser ein Geschäftswert von 4,9 Mio. DM zugrundeliegt. Mit der Kostenrechnung wird der Gebührentatbestand des § 145 Abs. 1 KostO geltend gemacht.

Der Bet. zu 1) hat gegen die Kostenberechnung Einwendungen erhoben. Er hat den Geschäftswert von 4,9 Mio. DM beanstandet und gemeint, gerechtfertigt sei lediglich ein Geschäftswert von 350.000,- DM entsprechend dem erwarteten Verkaufserlös für ein einzelnes Reihenhäuser. Außerdem hat er die tatsächlichen Voraussetzungen des Gebührentatbestandes nach § 145 Abs. 1 KostO bestritten. Der beteiligte Notar ist den Einwendungen des Bf. entgegengetreten. Das LG hat die Kostenrechnung abgeändert und einen Geschäftswert in Höhe von 2 Mio. DM zugrundegelegt.

Gegen diese Entscheidung hat der beteiligte Notar weitere Beschwerde eingelegt. Der Notar wendet sich gegen die Herabsetzung des Geschäftswertes auf 2 Mio. DM durch das LG und erstrebt eine Bestätigung seiner Kostenberechnung.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde des Notars ist form- und fristgerecht eingelegt worden und auch sonst zulässig nach § 156 KostO. Sachlich bleibt sie jedoch erfolglos, weil die angefochtene Beschwerdeentscheidung nicht auf einer Verletzung des Gesetzes beruht, § 156 Abs. 2 S. 4 KostO.

In der umstrittenen Rechtsfrage, nach welchem Geschäftswert die Gebühr gem. § 145 Abs. 1 KostO für einen Rahmenentwurf zum Abschluß mehrerer im wesentlichen gleichlautender Kaufverträge zu berechnen ist, hat das LG die bisher von ihm selbst, vom Senat und wohl auch überwiegend vertretene Rechtsauffassung aufgegeben, daß die zusammengerechneten Werte aller geplanten Verkäufe maßgeblich seien. Es hat sich der Auffassung angeschlossen, der Geschäftswert müsse nach § 30 Abs. 1 KostO geschätzt werden (so OLG Frankfurt JurBüro 1980, 116; Bank, JurBüro 1980, 1317; OLG Düsseldorf JurBüro 1983, 1241 = DNotZ 1984, 118).

Auch der Senat gibt seine bisherige Ansicht in dieser Frage auf und schließt sich der letztgenannten Meinung an, wofür folgende Erwägungen bestimmend sind:

Das Gesetz – die KostO – enthält keine ausdrückliche Bestimmung darüber, wie der Geschäftswert eines selbständigen Urkundenentwurfs nach § 145 Abs. 1 KostO zu berechnen ist. Einigkeit besteht in Rspr. und Schrifttum jedenfalls darüber, daß der Geschäftswert so zu bestimmen ist, wie wenn die entworfenen Erklärungen beurkundet würden. Denn nach § 145 Abs. 1 S. 1 KostO wird für den Entwurf „die für die Beurkundung bestimmte Gebühr erhoben“. Diese Vorschrift geht also davon aus, daß – weil sie die Beurkundungsreife voraussetzt – grundsätzlich statt des Entwurfs auch unmittelbar eine Beurkundung stattfinden könnte, die nur wegen der eigenständigen Bedeutung des Entwurfs zunächst unterbleibt. Von derartigen Entwürfen unterscheidet sich jedoch der Musterentwurf eines Vertrages grundlegend. Ein solcher Musterentwurf kann und soll so, wie er als abgeschlossene Leistung vom Notar erfordert und erstellt wird, überhaupt nicht beurkundet werden. Es handelt sich nicht um einen in den Einzelheiten noch unvollständigen Text eines konkreten Verkaufs an einen konkreten Käufer, sondern um den vollständigen Text eines abstrakten Verkaufs an einen Käufertyp (Bank, a.a.O.). Daher kann zunächst nicht der Meinung des OLG Schleswig (JurBüro 1977, 847) gefolgt werden, daß der Notar in derartigen Fällen tatsächlich nur einen Entwurf für einen Verkauf gefertigt habe, so daß ein Einzelkaufpreis, und zwar der höchste, zugrunde zu legen sei. Nicht aufrechtzuerhalten ist ferner die bisher auch vom Senat vorgenommene „sinngemäße“ Anwendung des § 44 Abs. 2a KostO. Nach dieser Bestimmung wird die Gebühr nach den zusammengerechneten Werten berechnet, wenn mehrere in einer Verhandlung beurkundete Erklärungen verschiedene Gegenstände haben. Ein Musterentwurf der hier in Rede stehenden Art hat aber nicht mehrere Erklärungen mit verschiedenen Gegenständen zum Inhalt, sondern den abstrakten Verkauf an einen Käufertyp als einheitlichen Gegenstand. Ein solcher Entwurf geht auch nicht davon aus, daß später einmal alle in Aussicht genommenen Käufer in einer einzigen Beurkundungsverhandlung zusammen auftreten sollen, was den Tatbestand des § 44 Abs. 2a KostO auslösen würde. Für die direkte Anwendung dieser Kostenvorschrift ist daher erst recht kein Raum.

Vielmehr ist mit den OLGe Frankfurt und Düsseldorf (jeweils a.a.O.) davon auszugehen, daß sich der Geschäftswert der Gebühr nach § 145 Abs. 1 KostO für Musterentwürfe der hier in Rede stehenden Art aus den Vorschriften der KostO nicht ergibt und auch sonst nicht feststeht, so daß auf § 30 Abs. 1 KostO zurückzugreifen ist, der bei genügenden tatsächlichen Anhaltspunkten eine Schätzung erlaubt.

Als sachgerechte Gesichtspunkte für die Ausübung des Schätzerermessens sind das abstrakt höchste Haftungsrisiko des

Notars, die konkrete Regreßgefahr sowie der Umfang und die Schwierigkeit der Leistung des Notars anzusehen und gegeneinander abzuwägen (OLG Frankfurt und OLG Düsseldorf und Bank, jeweils a.a.O.). Unter dem erstgenannten Gesichtspunkt erscheint es, entgegen bisheriger Betrachtung, nicht gerechtfertigt, sämtliche erwarteten Einzelkaufpreise deswegen zusammenzurechnen, weil sich die Verantwortung und das Haftungsrisiko des Notars auf jeden etwaigen Schaden erstreckt, der durch die Verwendung des Entwurfs bei einer konkreten Vertragsbeurkundung entstehen könne. Soweit der Notar später selbst Verträge nach dem Entwurf beurkundet, wird seine eigene Entwurfshaftung durch die eigene Beurkundungshaftung überlagert. Wird aufgrund des Mustervertrages ein Einzelvertrag von einem anderen Notar beurkundet, so obliegt auch diesem eine eigene Prüfungspflicht, deren Verletzung eine Haftung begründet. In diesem Fall haften der Entwurfsnotar und der Urkundsnotar als Gesamtschuldner (vgl. auch BGH NJW 1990, 2882 ff.; Rinsche, Die Haftung des Rechtsanwalts und Notars, 3. Aufl., Rd.-Nr. II 106), so daß den Entwurfsnotar im Innenverhältnis in der Regel nicht mehr als die hälftige Mithaftung treffen dürfte. Demnach dürfte sich das Haftungsrisiko des Entwurfsnotars allenfalls auf die halbe Summe aller erwarteten Einzelverkaufspreise belaufen.

Bei der somit nach § 30 Abs. 1 KostO gebotenen Schätzung des Gegenstandswertes hat das LG im vorliegenden Falle alle wesentlichen Gesichtspunkte berücksichtigt und gegeneinander abgewogen, und zwar das abstrakt höchste Haftungsrisiko, die konkrete Regreßgefahr sowie den Umfang und die Schwierigkeit der Leistung des Notars. Es hat dazu ausgeführt: Das Haftungsrisiko bei einem Entwurf für mehrere Rechtsgeschäfte sei sicherlich höher als das bei einem Entwurf für nur ein Rechtsgeschäft. Vorliegend sei zu beachten, daß der vom beteiligten Notar gefertigte Entwurf 14 Kaufverträge mit einem wahrscheinlichen Wert von je 350.000,- DM habe zugrundegelegt werden sollen. Wenn, wie hier, nur der Entwurf eines Vertragsrahmens gefertigt werde, so seien oftmals Ergänzungen und Änderungen erforderlich, die eine Mehrarbeit des Notars bedeuteten. Bei Beachtung dieser Umstände und der eigenen Vorstellungen, die der beteiligte Notar zunächst selbst von der Höhe des Geschäftswertes gehabt habe, schätze die Beschwerdekammer den Geschäftswert im vorliegenden Falle auf 2 Mio. DM. Dieser Wert liege knapp unter der Hälfte der geschätzten Höhe des Gesamtwertes aller abzuschließenden Kaufverträge mit 4,9 Mio. DM.

Die Schätzung des Geschäftswertes nach § 30 Abs. 1 KostO ist in das „freie“ (genauer: pflichtgemäße) Ermessen des Gerichts gestellt. Ermessensentscheidungen unterliegen im Rechtsbeschwerdeverfahren nur einer beschränkten Nachprüfung. Nachzuprüfen ist lediglich, ob das Gericht von seinem Ermessen keinen oder einen rechtlich fehlerhaften, dem Sinn und Zweck des Gesetzes zuwiderlaufenden Gebrauch gemacht hat, ob es von ungenügenden oder verfahrenswidrig zustande gekommenen Feststellungen ausgegangen ist oder wesentliche Umstände unberücksichtigt gelassen hat (Keidel/Kuntze/Winkler, 12. Aufl., § 27 FGG, Rd.-Nr. 27 m. w. N.). Einen hier nach beachtlichen Rechtsfehler läßt die angefochtene Beschwerdeentscheidung nicht erkennen. Das LG hat alle wesentlichen Schätzfaktoren berücksichtigt und keinen erheblichen Umstand außer acht gelassen. Es durfte bei der Bewertung auch die eigenen Vorstellungen des Notars berücksichtigen, die sich mit seinem Wertansatz von 2 Mio. DM in einer früheren Kostenrechnung, die dann durch die hier in Rede stehende Kostenrechnung ersetzt wurde, niedergeschlagen haben.

Wenn die OLGe Frankfurt und Düsseldorf sowie Bank (jeweils a.a.O.) in Fällen der hier gegebenen Art einen Geschäftswert nach dem halben Wert aller geplanten Verkäufe für durchweg gerechtfertigt halten, so ist darin lediglich eine Art Faustregel zu sehen, wie die Genannten auch ausgeführt haben. Im vorliegenden Falle war das LG dadurch nicht gehindert, mit seiner Wertfestsetzung knapp unter der Hälfte des geschätzten Gesamtbetrages aller angenommenen Kaufpreise zu bleiben.

Im Rahmen der Nachprüfung durch den Senat beruht die angefochtene Beschwerdeentscheidung auch sonst nicht auf einer Verletzung des Gesetzes, so daß die weitere Beschwerde des beteiligten Notars zurückgewiesen werden mußte.

11. Steuerrecht/Erbschaftsteuer – Anrechnung ausländischer Erbschaftsteuer

(BFH, Urteil vom 6. 3. 1990 – II R 32/86)

ErbStG 1974 § 21 Abs. 1 S. 1 u. 4

Wird die ausländische Steuer als Nachlaßsteuer erhoben, so ist i. S. d. § 21 Abs. 1 S. 1 ErbStG 1974 als auf den Erwerber entfallende ausländische Steuer diejenige anzusehen, die anteilig auf die von ihm als Nachlaßbegünstigten (Erbbegünstigten) erworbene Rechtsposition entfällt.

Zum Sachverhalt:

Im Jahre 1975 ist der US-amerikanische Staatsbürger S. verstorben. Nach den Feststellungen des FG „erwarb die Kl. aufgrund Testaments des Erblassers aus dem Jahr 1974

- a) 50 common shares der X. Corp. und
- b) den Anspruch auf Einkommen und Dividende an den einem Trust treuhänderisch übertragenen 5400 preferred shares (= Vorzugsaktien) der X. Corp.“

Nach Beendigung des Ertragsbezugsrechtes sollten die Kinder der Kl. diese Vorzugsaktien erhalten. Der übrige Nachlaß ging auf eine Reihe anderer Personen über. Der Wert des gesamten Nachlasses betrug \$ 1.257.696,99. Die darauf entfallende amerikanische Nachlaßsteuer belief sich auf \$ 392.588,88. Das FG hat ausgeführt, daß der auf den Erwerb der Kl. entfallende Anteil der Steuer \$ 103.525,69 (common shares) und \$ 63.927,06 („Nießbrauch“ an trustgebundenen Vorzugsaktien) betrage.

In ihrer deutschen Erbschaftsteuererklärung beantragte die Kl. die auf sie entfallende anteilige amerikanische Erbschaftsteuer auf die deutsche Erbschaftsteuer anzurechnen. Diesen Antrag lehnte das damals zuständige FA ab und setzte gegen die Kl. Erbschaftsteuer in Höhe von 818.650,- DM fest. Mit dem hiergegen erhobenen Einspruch hatte die Kl. insoweit Erfolg, als das FA in der Einspruchsentscheidung die Erbschaftsteuer aus Gründen, die nicht mehr streitig sind, auf 389.350,- DM herabsetzte. Im übrigen wies es den Einspruch als unbegründet zurück.

Mit der Klage begehrt die Kl. die Anrechnung der amerikanischen Erbschaftsteuer auf die deutsche Erbschaftsteuer unter gleichzeitiger Erhöhung der der deutschen Erbschaftsteuer unterliegenden Bemessungsgrundlage um die amerikanische Steuer selbst.

Das FG hat der Klage stattgegeben und die Steuer unter Änderung des Erbschaftsteuerbescheids und der Einspruchsentscheidung auf 208.873,- DM herabgesetzt. Zur Begründung seiner Entscheidung hat es ausgeführt, die amerikanische Erbschaftsteuer sei sowohl nach Art. 11 Abs. 3 Buchst. a des Abkommens zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Nachlaß-, Erbschaft- und Schenkungsteuer vom 3. 12. 1980 – künftig: DBA-ErbSt – (BGBl. II 1982, 846) als auch nach § 21 Abs. 1 und 4 des ErbStG 1974 auf die deutsche Steuer anzurechnen. Unzutreffend sei der Einwand des FA, die Kl. habe die amerikanische Nachlaßsteuer rechtlich und wirtschaftlich nicht getragen, „denn der Anteil am hinterlassenen Vermögen“ sei „durch die Zahlung der Auslandssteuer geschmälert worden“.

Mit der vom Senat zugelassenen Revision betragt das FA, die Klage unter Aufhebung der angefochtenen Entscheidung abzuweisen.

Aus den Gründen:

Die Revision des FA ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des finanzgerichtlichen Urteils sowie zur Zurückverweisung der Sache an das FG zu anderweitiger Verhandlung und Entscheidung.

1. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben, weil die Aussagen des FG zum tatsächlichen Bereich in sich widersprüchlich sind und seine Entscheidung nicht zu tragen vermögen. Das FG hat in tatsächlicher Hinsicht zunächst dargestellt, die Kl. hätte die

ihr vom Erblasser in seinem Testament letztwillig zugewendeten Vermögenswerte erhalten. Unvereinbar sind mit dieser Aussage die weiteren Ausführungen des FG, der Anteil der Kl. am hinterlassenen Vermögen sei durch die Zahlung der Auslandssteuer gemindert worden.

2. Soweit das FG die Anrechnung der Nachlaßsteuer aufgrund der Vorschriften des inzwischen in Kraft getretenen (vgl. BGBl. II 1986, 860) DBA-ErbSt gestützt hat, vermag der Senat dem FG nicht zu folgen. Das FG hat dabei übersehen, daß dieses Abkommen nach dessen Art. 17 Abs. 2 nicht anwendbar ist, weil der Erblasser vor dem 1.1.1979 verstorben ist.

3. Im Ergebnis folgt der Senat der Rechtsauffassung des FG, die festgesetzte und bezahlte Nachlaßsteuer sei entsprechend der Teilhabe der Kl. an dem dieser Steuer unterliegenden Reinvermögen nach § 21 Abs. 1 S. 1 u. 4 ErbStG 1974 anrechenbar.

a) Das durch das ErbStG 1974 abgelöste ErbStG 1959 sah in § 9 vor, daß in Fällen, in denen bei unbeschränkter Erbschaftsteuerpflicht zu dem steuerpflichtigen Erwerb Auslandsvermögen gehört, auf Antrag die dafür rechtskräftig festgesetzte ausländische Erbschaftsteuer auf die deutsche Erbschaftsteuer insoweit anzurechnen ist, als das Auslandsvermögen auch der deutschen Erbschaftsteuer unterliegt. Zu dieser Vorschrift hat der Senat in st. Rspr. ausgeführt, daß zu den ausländischen Erbschaftsteuern im dort genannten Sinn nicht nur Erbanfallsteuern, sondern auch ausländische Nachlaßsteuern, wie beispielsweise die federal estate tax der USA gehört. Auch die Nachlaßsteuern seien auf den Übergang des Vermögens des Erblassers gelegt (vgl. z. B. SEC 2001 Internal Revenue Code) und würden somit im Ergebnis auch für den Erwerb des Nachlaßvermögens gezahlt, wenngleich Steuerschuldner der executor sei (vgl. BFHE 77, 227 = BStBl. II 1963, 402, und BFHE 127, 432 = BStBl. II 1979, 438). In den Entscheidungen BFHE 105, 44 = BStBl. II 1972, 462 und BFHE 136, 133 = BStBl. II 1982, 597) hat der Senat schließlich ausgesprochen, daß derjenige, dem der Erblasser eine lebenslängliche Berechtigung an den Erträgen eines Trustvermögens zugewandt hat, berechtigt sei, einen dem Kapitalwert der voraussichtlichen Erträge entsprechenden Teil der auf das in den Trust gegangene Nachlaßvermögen entfallenden amerikanischen Erbschaftsteuer von der deutschen Erbschaftsteuer abzuziehen. Er hat in diesem Zusammenhang auch darauf hingewiesen, daß in bestimmten Fällen zur Berechnung der Nachlaßsteuer das Nachlaßvermögen zwischen dem remainderman und dem Vorberechtigten aufzuteilen ist. Letztlich sind die Entscheidungen von der Überlegung getragen, daß bei Trusterrichtung aufgrund letztwilliger Verfügung mit aufeinanderfolgenden Berechtigungen der Erstberechtigte kraft seines life interests während der Dauer seiner Berechtigung der einzige ist, dem gegenwärtige materielle Rechte gegenüber dem Trustvermögen zustehen.

b) nach § 21 Abs. 1 S. 1 u. 4 ErbStG 1974 ist im Falle unbeschränkter Erbschaftsteuerpflicht (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG 1974) bei Erwerben, die in einem ausländischen Staat zu einer der deutschen Erbschaftsteuer entsprechenden Steuer (ausländischen Steuer) herangezogen werden, auf Antrag die festgesetzte, auf den Erwerber entfallende, gezahlte und keinem Ermäßigungsanspruch unterliegende ausländische Steuer insoweit auf die deutsche Erbschaftsteuer anzurechnen, als das Auslandsvermögen auch der deutschen Steuer unterliegt, sofern die deutsche Steuer innerhalb von fünf Jahren seit der Entstehung der ausländischen Steuer entsteht. Aus der Bezeichnung der anrechenbaren Steuer als einer der deutschen Erbschaftsteuer entsprechenden Steuer kann nicht geschlossen werden, daß nur Erbanfallsteuern anrechnungsfähig seien. Eine ausländische Steuer entspricht vielmehr immer dann der deutschen Erbschaftsteuer, wenn sie auf den Übergang des Nachlasses gelegt ist, sei es als Erbanfallsteuer, sei es als Nachlaßsteuer. Es besteht auch kein Anhaltspunkt dafür, daß eine ausländische Steuer nur dann i. S. d. § 21 Abs. 1 S. 1 ErbStG 1974 auf den Erwerber entfällt, wenn er Steuerschuldner ist oder (im Falle der Nachlaßsteuer) unmittelbar wirt-

schaftlich belastet wird (so z. B. Petzoldt, Kommentar zum Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, 2. Aufl., § 21 ErbStG, Rd.-Nr. 9, und Troll, Kommentar zum Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, 3. Aufl., § 21 ErbStG, Rd.-Nr. 3). Im Falle einer Nachlaßsteuer ist es ausreichend, daß diese den Nachlaß und damit alle Teile des Nachlasses belastet. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der einzelne Erwerber als sog. legatee vom Erblasser genau bezeichnete Gegenstände oder Beträge erhält oder ob er als sog. residuary legatee den nach Erfüllung der genau bezeichneten Zuwendungen verbleibenden Überrest erhält. Denn in jedem Falle erhält er einen Teil des Nachlasses, der als solcher durch die Nachlaßsteuer belastet ist. Es ist deshalb nicht entscheidend, ob die einzelne Zuwendung durch den Erblasser konkret bezeichnet wird oder ob es zu ihrer Feststellung noch besonderer Berechnungen bedarf wie bei der Einsetzung auf den Überrest.

Bei der vom Senat vertretenen Auffassung werden vergleichbare Fälle bei der Erbanfallsteuer und bei der Nachlaßsteuer auch gleichbehandelt. Vergleichbar sind bei der Erbanfallsteuer dabei die Fälle, in denen angeordnet ist, daß die Erbanfallsteuer der Vermächtnisnehmer vom Nachlaß zu tragen ist (vgl. § 10 Abs. 2 ErbStG 1974).

4. Mangels Spruchreife ist die Sache an das FG zurückzuverweisen. Spruchreife fehlt schon aus den unter 1. angeführten Gründen; zudem hat das FG nicht in überprüfbarer Weise Feststellungen darüber getroffen, welcher Anteil der Nachlaßsteuer auf den der deutschen Erbschaftsteuer unterliegenden Erwerb der Kl. entfällt.

12. Steuerrecht/Erbschaftsteuer – Tatbestand der Schenkung auf den Erbfall

(BFH, Urteil vom 5.12.1990 – II R 109/86)

**ErbStG 1974 §§ 3 Abs. 1 Nr. 2 S. 1; 7; 32
BGB § 2301
AO 1977 § 122**

1. **Der Tatbestand der Schenkung auf den Todesfall ist auch dann erfüllt, wenn die Rechtsfolgen des Erfüllungsgeschäfts mit dem Tode des Schenkers (Erblassers) ohne weitere Rechtshandlungen eintreten.**
2. **Schenkungen auf den Todesfall i. S. d. § 3 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 ErbStG 1974 setzt voraus, daß die Zuwendung zu einer Bereicherung führt, was nach bürgerlich-rechtlichen Maßstäben zu beurteilen ist, und daß die Bet. sich über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung einig sind (Änderung der Rspr.).**

Zum Sachverhalt:

Frau A. war an der A-GmbH & Co. KG mit einem Kommanditanteil in Höhe von 240.000,- DM beteiligt. Weiter war sie am Stammkapital der persönlich haftenden Gesellschafterin dieser KG, der Beteiligungsgesellschaft A-mbH, deren Stammkapital 20.000,- DM betrug, mit zwei Geschäftsanteilen in Höhe von 16.000,- DM und 4.000,- DM beteiligt. 1980 schloß der Kl., der Prokurist der KG war, mit Frau A. einen notariell beurkundeten Vertrag, in dem es heißt:

„Frau A. überträgt hiermit mit Wirkung ab ihrem Todestage dem dies annehmenden Herrn... ihre Beteiligungen, und zwar: a) ihren Kommanditanteil in Höhe von 240.000,- DM... b) ihre Geschäftsanteile von 16.000,- DM und 4.000,- DM... Die Bet. gehen mit der vorstehenden Vereinbarung eine Bindung derart ein, daß jede weitere Verfügung, die Frau A. während der Schwebezeit bis zum Eintritt der Bedingung über die vorbezeichneten Beteiligungen trifft, insoweit unwirksam ist, als sie die vom Eintritt der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde und daß Herr... Schadensersatz verlangen kann, wenn die Vereitelung oder Beeinträchtigung des Übergangs der Beteiligungen von Frau A. schuldhaft verursacht sein sollte, sofern die Vorschriften zugunsten derjenigen Anwendung finden, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten.“

Weiter vereinbarten der Kl. und Frau A., daß der Kl. für die Übertragung der Beteiligungen 18.000,- DM in den Nachlaß der Frau A. zu zahlen habe, und zwar in 36 Monatsraten zu je 500,- DM. Die erste Rate war in

dem auf den Todestag folgenden Monat fällig. In Abschn. III des Vertrages heißt es schließlich:

„Die mit dieser Urkunde und ihrer Durchführung verbundenen Kosten und Steuern trägt Frau A.“

Frau A. verstarb 1981. Das zuständige AG bestellte den Prozeßbevollmächtigten des Kl. zum Testamentsvollstrecker über ihren Nachlaß.

Das FA betrachtete die vertraglichen Vereinbarungen als Schenkung auf den Todesfall und setzte wegen dieses Erwerbs des Kl. Erbschaftsteuer in Höhe von 124.272,- DM durch vorläufigen Erbschaftsteuerbescheid fest. Diesen Bescheid gab es dem nunmehrigen Prozeßbevollmächtigten des Kl. in dessen Eigenschaft als Testamentsvollstrecker bekannt.

Der Kl. hat gegen diesen Bescheid Einspruch eingelegt. Das FA hat den Einspruch des Kl. zurückgewiesen. Die Einspruchsentscheidung hat es dem Bevollmächtigten des Kl. zugestellt.

Mit der Klage hat der Kl. begehrt, den Erbschaftsteuerbescheid sowie die Einspruchsentscheidung aufzuheben. Zur Begründung der Klage hat er vorgetragen, es liege keine Schenkung auf den Todesfall, sondern ein ganz normaler Kaufvertrag vor, lediglich der Zeitpunkt des Übergangs der gekauften Beteiligung sei auf einen späteren Zeitpunkt vereinbart worden. Im übrigen vertritt er die Auffassung, das FA habe zu Unrecht die Erbschaftsteuer in die Berechnungsgrundlage einbezogen.

Des weiteren hat er vorgetragen, die Bekanntgabe des Erbschaftsteuerbescheids an den Testamentsvollstrecker habe ihm gegenüber keine Wirksamkeit erlangt.

Das FG hat der Klage stattgegeben. Zur Begründung seiner Entscheidung hat es ausgeführt, der angefochtene Bescheid habe nicht rechtswirksam an den Testamentsvollstrecker bekanntgegeben werden können, weil der strittige Erwerb nicht zum Nachlaß gehöre; insbesondere sei er nicht vom Überleben des Kl. abhängig gemacht worden.

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

Aus den Gründen:

Die Revision des FA führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils sowie zur Zurückverweisung der Sache an das FG zu anderweitiger Verhandlung und Entscheidung.

1. Im Ergebnis zutreffend ist das FG davon ausgegangen, daß der ursprüngliche Verwaltungsakt dem Kl. gegenüber nicht wirksam geworden war.

a) Nicht zu folgen vermag der Senat allerdings der Auffassung des FG, die Vereinbarung zwischen Frau A. und dem Kl. aus dem Jahr 1980 habe keinesfalls zu einem Erwerb des Kl. geführt, der als Erwerb von Todes wegen der Erbschaftsteuer unterliegt (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG 1974), weil er nicht (ausdrücklich) von der Bedingung abhängig gemacht worden sei, daß der Kl. Frau A. überlebe. Insoweit hat das FG gegen §§ 133, 157 BGB verstoßen. Denn der Vertrag regelt seinem ganzen Inhalt nach die Nachfolge des Kl. in die Gesellschafterstellung von Frau A. nach deren Ableben. Zwar enthält die vertragliche Vereinbarung nicht wörtlich die Bedingung, daß der Kl. Frau A. überleben müsse, doch enthält er keinen Anhaltspunkt dafür, daß Frau A. bei Vorversterben des Kl. ihre gesellschaftsrechtliche Stellung auf dessen Erben überleiten wollte. Vielmehr wird die Beziehung auf die Person des Kl. allein schon dadurch verdeutlicht, daß seine Eigenschaft als Prokurist der KG und damit als mit den Verhältnissen der Gesellschaft Vertrauten ausdrückliche Erwähnung findet (vgl. BGHZ 99, 97 = DNotZ 1987, 322).

Nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 ErbStG 1974 gilt als Erwerb von Todes wegen der Erwerb aufgrund Schenkung auf den Todesfall. Das Gesetz verweist dazu auf § 2301 BGB. Aus der letztgenannten Vorschrift ergibt sich nicht, daß aus einem Schenkungsversprechen unter Überlebensbedingung keine schuldrechtlichen, sondern erbrechtliche Ansprüche herzuleiten sind. § 2301 BGB zieht in seinen beiden Absätzen lediglich die Grenze zwischen der Anwendbarkeit der Formvorschriften des Erbrechts, indem es das noch nicht vollzogene Schenkungsversprechen dem Erbrecht unterstellt, und der Anwendbarkeit des Schenkungsrechts, indem es die vollzogene Schenkung auf den Todesfall von den Formvorschriften des Erbrechts freistellt. Dabei ist i. S. d. § 2301 Abs. 2 BGB eine Schenkung auch dann vollzogen, d. h. der zugewendete Gegenstand geleistet, wenn die Rechtsfolgen des Erfüllungsgeschäfts mit dem Tode des

Schenkers eintreten, ohne daß noch irgendeine weitere Rechtshandlung erforderlich ist (vgl. dazu BGHZ 8, 23, 31 = DNotZ 1953, 275 und BGH NJW 1978, 423 = DNotZ 1978, 298 = MittRhNotK 1977, 216).

§ 2 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG 1925/1951 hatte die als Erwerb von Todes wegen geltende Schenkung auf den Todesfall zusammen mit „jedem anderen Erwerb“ geregelt, auf den die für Vermächtnisse geltenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts Anwendung finden. Hieraus hat der RFH den Schluß gezogen, daß nur die nicht vollzogene Schenkung unter Überlebensbedingung (§ 2301 Abs. 1 BGB) erbschaftsteuerrechtlich den Erwerb von Todes wegen zugeordnet sei (RFHE 29, 137, 152). Diese Beurteilung hat durch die Trennung der beiden Tatbestände in den Nrn. 2 u. 3 des § 3 Abs. 1 ErbStG 1974 an Gewicht verloren; sie war aber schon aufgrund der bisherigen Fassung nicht überzeugend (vgl. Meincke/Michel, 8. Aufl., § 3 ErbStG, Rd.-Nr. 37 und Kegel, Zur Schenkung von Todes wegen, 1972, 9 ff.).

Der erkennende Senat ist der Auffassung, daß eine Schenkung unter Überlebensbedingung auch dann eine Schenkung i. S. d. § 3 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 ErbStG 1974 ist, wenn die Rechtsfolgen des Erfüllungsgeschäfts mit dem Tode des Schenkers ohne weitere Rechtshandlungen eintreten. Davon ist auch die spätere Rspr. des RFH ausgegangen (vgl. RFHE 38, 81, 86 und RFH RStBl. 1939, 495). Die Schenkung unter Überlebensbedingung ist nur dann als Schenkung unter Lebenden i. S. d. § 7 ErbStG 1974 anzusehen, wenn der Vollzug durch Leistung des Gegenstandes noch zu Lebzeiten des Schenkers (auflösend bedingt) erfolgt.

Der BFH hat auf der Grundlage des Gutachtens des RFH (RFHE 29, 137) entschieden, die Schenkung auf den Todesfall i. S. d. Erbschaftsteuerrechts sei keine Schenkung i. S. d. bürgerlichen Rechts, weil es sich bei ihr dem Wesen nach um Erberrsetzung handle, weshalb Bereicherung und Bereicherungswille nicht zu den Tatbestandsmerkmalen der Schenkung auf den Todesfall gehören (BFHE 72, 641 = BStBl. III 1961, 234). Dieser Entscheidung vermag der Senat nicht zu folgen. Die dort vorgenommene Beurteilung rechtfertigt sich weder aus dem Wortlaut des § 3 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 ErbStG 1974, der die Schenkung auf den Todesfall lediglich erbschaftsteuerrechtlich den Erwerb von Todes wegen zuordnet, ohne die Voraussetzungen eigenständig zu bestimmen, noch steht sie in Übereinstimmung mit der bürgerlich-rechtlichen Beurteilung des (zur Schenkung auf den Todesfall führenden) Schenkungsversprechens unter Überlebensbedingung. Dieses bzw. die auf ihm beruhende Schenkung setzt das Bewußtsein der Unentgeltlichkeit voraus. Daraus folgt, daß der Tatbestand des § 3 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 ErbStG 1974 nur erfüllt ist, wenn die Zuwendung zu einer Bereicherung führt, was nach bürgerlich-rechtlichen Maßstäben zu beurteilen ist, und wenn sich die Bet. darüber einig waren, daß die Zuwendung weder in rechtl. Zusammenhang mit einer Gegenleistung (oder einem Gemeinschaftszweck) steht, noch zur Erfüllung einer bestehenden Verbindlichkeit (und sei es auch einer Naturalobligation) erfolgt (vgl. BFHE 128, 266 = BStBl. II 1979, 631 = MittRhNotK 1980, 17).

Im Hinblick auf das auffallende Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung geht der Senat – vorbehaltlich weiterer Feststellungen des FG – davon aus, daß die Vertragsparteien dieses erkannt haben (vgl. BFHE 148, 69 = BStBl. II 1987, 80).

b) Ungeachtet dessen, daß der Erwerb des Kl. – freigebiges Handeln auf Seiten von Frau A. unterstellt – als Erwerb von Todes wegen anzusehen ist, konnte das FA aber den Erbschaftsteuerbescheid nicht nach § 32 Abs. 1 S. 1 ErbStG 1974 durch Bekanntgabe an den Testamentsvollstrecker dem Kl. gegenüber wirksam machen. Wie der Senat in den Entscheidungen vom 14. 11. 1990 (BFHE 162, 380 = BStBl. II 1991, 49) und (BFHE 162, 385 = BStBl. II 1991, 52) ausgeführt hat, kann § 32 Abs. 1 S. 1 ErbStG 1974 im Hinblick auf die bürgerlich-rechtlich vorgeprägte Funktion des Testamentsvollstreckers nicht dahingehend verstanden werden, daß dem Testamentsvollstrecker

abweichend von § 122 Abs. 1 AO 1977 die Erbschaftsteuerbescheide als Zugangsvertreter für alle diejenigen Personen, denen aus Anlaß des Erbfalls ein der Erbschaftsteuer unterliegender Erwerb von Todes wegen angefallen ist, mit Wirkung für und gegen diese bekanntzugeben sei. Die nicht eindeutige Vorschrift ist unter Berücksichtigung der zivilrechtlich begründeten Zielvorstellung (vgl. BT-Drucks. VI/3418, 76) einschränkend dahingehend auszulegen, daß Erbschaftsteuerbescheide,

sofern der Testamentsvollstrecker der ihm in § 31 Abs. 5 ErbStG 1974 auferlegten Erklärungspflicht nachgekommen ist, diesem als Zugangsvertreter mit Wirkung lediglich für diejenigen Personen bekanntzugeben ist, die als Erben am Nachlaß teilhaben.

2. Die Entscheidung des FG ist jedoch aus anderen Gründen aufzuheben (wird ausgeführt).

Mitteilung

Steuerrecht/Erbschaftsteuer – Anrechnung ausländischer Nachlaßsteuer

(FinMin. NW, Schreiben vom 25. 1. 1991 – S 3831 – 2 – V A 2)

Wird eine ausländische Erbschaftsteuer als Nachlaßsteuer erhoben, so ist nach dem BFH-Urteil vom 6. 3. 1990 (BStBl. II, 786 = MittRhNotK 1991, 129) als die auf den Erwerber entfallende ausländische Steuer i. S. d. § 21 Abs. 1 ErbStG diejenige Steuer anzusehen, die anteilig auf die von ihm als Nachlaßbegünstigten (Erbbegünstigten) erworbene Rechtsposition entfällt. Es reicht nach Auffassung des BFH aus, daß diese Nachlaßsteuer den Nachlaß als solchen und damit alle Nachlaßteile (gleichmäßig) belastet. Eine unmittelbare wirtschaftliche Belastung des Erwerbers ist für eine Anrechnung nicht erforderlich.

Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn ein Pflichtteil von dem um die ausländische Nachlaßsteuer verminderten Nachlaßwert berechnet worden ist, oder ein Vermächtnis nach dem Testament des Erblassers nicht um die anteilige ausländische Nachlaßsteuer gekürzt werden darf. Die anteilige ausländische Nachlaßsteuer ist dann allerdings nach § 10 Abs. 2 ErbStG dem Erwerb des Pflichtteilsberechtigten oder des Vermächtnisnehmers hinzuzurechnen.

Dieser Erlaß ergeht im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der anderen Länder und ist auf alle noch nicht bestandskräftig abgeschlossenen Fälle anzuwenden.

Die entgegenstehende Weisung in meinem Erlaß vom 11. 2. 1977 – S 3802 – 5 – V A 2 – wird hiermit aufgehoben.

Buchbesprechung

Weingärtner, Vermeidbare Fehler im Notariat. Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1989, 99 Seiten

Das mit 99 Seiten recht schmale Bändchen kann und will schon wegen seines Umfangs kein Leitfaden für die notarielle Praxis sein (vgl. dazu auf den Bereich der DONot Weingärtner/Schöttler, DONot, 4. Aufl. 1987), noch kann es alle praxisrelevanten Haftpflichtgefahren erörtern (vgl. dazu etwa die „Haftpflicht-ecke“ in der DNotZ). Der Verfasser hat es sich vielmehr zur Aufgabe gesetzt, „die typischen Fehler aufzuzeigen, die erfahrungsgemäß bei Geschäftsprüfungen immer wieder zu Beanstandungen, zu disziplinarrechtlichen Maßnahmen oder auch zu Schadensersatzklagen gegen Notare führen“. Beim Leser soll das „Problembewußtsein“ geweckt werden.

Da wegen der sachlichen Unabhängigkeit des Notars nicht schon jede schadenstiftende Pflichtverletzung disziplinarrechtlich relevant ist und umgekehrt die Dienstaufsicht nicht erst bei Eintritt eines Schadens einschreitet, nimmt das Buch zunächst ein weites Feld in Angriff und beschränkt sich sodann notgedrungen auf vermeidbare, besser: häufig vorkommende Fehler.

Der Verfasser gibt zunächst einen kurzen Überblick über Geschäftsprüfungen und mögliche Dienstaufsichtsmaßnahmen. Hieran schließt sich die Erörterung einiger allgemeiner Mitwirkungsverbote (z. B. Teilnahme an strafbaren Handlungen, Beurkundung trotz Kenntnis des unredlichen Zwecks, Beurkundung von nichtigen Rechtsgeschäften) und solcher insbesondere nach der BRAO an. Fehler bei der Führung der Bücher und formale Mängel (hierzu wird auch der Fall gezählt, daß ein Notar aus Kulanz gegenüber einem Rechtsanwalt jeder Partei in Abwesenheit der jeweils anderen nacheinander den die Auflassung enthaltenden Kaufvertrag vorliest, die Urkunde indessen die gleichzeitige Anwesenheit vorspiegelt) bei der Beurkundung folgen. Im Abschnitt „Besondere Einzelprobleme“ widmet sich das Buch sodann vor allem solchen Verstößen, die nicht ohne weiteres dienstaufsichtsrechtlich relevant sind, z. B. im Zusammenhang mit der Einbeziehung der VOB, dem Beglaubigungsverfahren und allgemeiner sowie steuerlichen Belehrungspflichten. In den allgemeinen Bemerkungen zu den

Kosten wird auf das Zitiergebot hingewiesen und vor unzulässigen Gebührenvereinbarungen gewarnt.

Die Bildung von Fallgruppen soll die Anschaulichkeit der Darstellung erhöhen, was z. B. in Rd.-Nrn. 103 ff. – eidesstattliche Versicherung – gut gelingt. Daneben werden allerdings auch abstrakte Fragen etwa der DONot behandelt. Dies macht Überschneidungen mit dem oben zitierten Werk des Verfassers unvermeidlich (z. B. werden aus DONot, Rd.-Nr. 313 Passagen teilweise wörtlich in Rd.-Nrn. 110 f. übernommen). Einige Abschnitte, z. B. Rd.-Nr. 10 über die Teilnahme des Notars an Kreditbetrug und Steuerbetrug oder die sog. Fernbeglaubigung in Rd.-Nr. 109 und sonstige vorsätzliche Verstöße, Rd.-Nrn. 68, 123, dürften kaum noch typische Fehler behandeln. Für die Praxis durchaus hilfreich sind z. B. die Anmerkungen in Rd.-Nr. 20 zum sog. Patiententestament; das selbst gesetzte Thema des Buches dürften sie indessen nicht treffen. Angemessen ist die relativ breite Behandlung von Fehlern beim Verwahrungsgeschäft in Rd.-Nrn. 127 ff. Solche Verstöße führen häufig zu ersatzpflichtigen Schäden und disziplinarrechtlichen Konsequenzen zugleich. Vielfach lauten vertragliche Auszahlungsanweisungen dahin, daß die „vertragsgemäße Eigentumsumschreibung sichergestellt“ sein müsse. Hierzu zitiert der Verfasser die Entscheidung des KG DNotZ 1967, 576, wonach das Zuwarten des Notars bis zum Vollzug der Eintragung als nicht pflichtwidrig anzusehen ist. Hilfreich wären Hinweise darauf gewesen, daß der Notar es überhaupt schon vermeiden sollte, eine solche, nur scheinbar bequeme Anweisung selbst in den Vertrag aufzunehmen. Hier werden nicht selten typische Fehler gemacht, wenn der Notar sich mit der etwa bei Rangbescheinigungen üblichen Prüfung der Grundbuchlage zufrieden gibt und die Auflage sodann bereits als erfüllt ansieht, vor allem, wenn keine Auflassungsvormerkung eingetragen ist (vgl. dazu BGHZ 28, 128; Rademacher, MittRhNotK 1983, 81, 88; Basty, DNotZ 1991, 18, 22).

Das Buch ist aus einem Vortrag vor dem deutschen Anwaltsinstitut e. V. hervorgegangen. So läßt die Darstellung – was bei einem Vortragskonzept noch verzeihlich wäre – hier und da die unwünschenswerte Sorgfalt vermissen. Dabei stören auch manche Kleinigkeiten. So werden die einzelnen Steuerarten durch-