

ABHANDLUNGEN

Das neue Vorkaufsrecht bei der Umwandlung

Von Notar *Friedrich Schmidt*, Bayreuth

I. Hintergrund

Durch das 4. Mietrechtsänderungsgesetz vom 21. 7. 1993 BGBl. I 1257 wurde das Mietrecht des BGB mit einem neuen Paragraphen bereichert, nämlich § 570 b BGB. Darin wird dem Mieter bei Umwandlung der Wohnung in eine Eigentumswohnung ein Vorkaufsrecht gewährt. Diese Bestimmung ist ein (vorläufiger?) Schlußpunkt des jahrelangen Konflikts um die Umwandlung von Altbauten in Eigentumswohnungen und die damit verbundenen Probleme des Mieterschutzes. Die wohnungseigentumsrechtliche Klärung brachte der Beschluß des Gemeinsamen Senats der obersten Bundesgerichte vom 30. 6. 1992, in dem nach unterschiedlicher Rechtsprechung¹ und eingehender Diskussion in der Literatur² die Praktiken zur Verhinderung der Umwandlung durch Nichterteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigung als mit dem WEG nicht vereinbar beseitigt wurden. Damit war das WEG in seiner sachenrechtlichen Funktion wieder hergestellt und die Lösung der Probleme auf das Mietrecht verwiesen³. Nach dem Beschluß des Gemeinsamen Senats wurde dessen Anwendung zunächst blockiert mit der Begründung, man müsse erst die schriftliche Begründung abwarten⁴. Man wollte die in Erwartung der Gerichtsentscheidung schon länger begonnene Bemühungen, das WEG zu ändern, rasch abschließen, um der Umwandlung einen Riegel vorzuschieben. In den gesetzgeberischen Bemühungen wurde zunächst versucht, im WEG das Erfordernis baulicher Voraussetzungen im Bereich Wärme- und Schallschutz für die Abgeschlossenheit zu verankern⁵. Offenbar im Bewußtsein der Problema-

tik eines solchen Eingriffs in das WEG sollte dann ein Umwandlungsverbot in der Form einer öffentlich-rechtlichen Genehmigungspflicht eingeführt werden. Diese Genehmigungspflicht wollte man im Baugesetzbuch verankern⁶. Auch dieses Vorhaben kam schließlich nicht zum Tragen. Man besann sich dann doch auf das mietrechtliche Instrumentarium. Als erster Schritt dazu wurde die Möglichkeit geschaffen, in Ballungsgebieten die Kündigungsfrist wegen Eigenbedarfs bzw. berechtigten Interessen i. S. des § 564 b Abs. 2, 3 BGB bei umgewandelten Eigentumswohnungen von fünf auf zehn Jahre auszudehnen⁷. Ein zweiter Schritt ist nunmehr die Einführung des Mietvorkaufsrechts durch das Gesetz vom 21. 7. 1993.

Die nachstehenden Ausführungen decken nicht die gesamte rechtliche Handhabung von § 570 b BGB ab, sondern gehen auf Schwerpunkte ein, bei denen die Problematik in der Praxis besonders evident ist⁸. Dabei soll zunächst auf die rechtliche Technik eines Vorkaufsrechts eingegangen werden.

II. Die Technik des Vorkaufsrechts

Das schuldrechtliche Vorkaufsrecht ist in den §§ 504 bis 514 BGB geregelt. Die darin enthaltene Rechtstechnik gilt gem. § 1098 BGB grundsätzlich auch für das dingliche Vorkaufsrecht der §§ 1094 bis 1104 BGB. Für das Rechtsverhältnis zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufsverpflichteten sowie zum Dritten als dem Käufer, durch dessen Kauf das Vorkaufsrecht ausgelöst wird, sind daher überall die Regelungen der §§ 504 ff. BGB maßgeblich. Dies gilt sowohl bei privatrechtlichen wie bei öffentlich-rechtlichen

¹ Fundstellen im Beschluß, abgedruckt MittBayNot 1992, 387 = DNotZ 1993, 48.

² U. a. *Schmidt* DNotZ 1990, 251, MittBayNot 1990, 306, WE 1992, 2; *Bub*, Festschrift *Bärmann/Weitnauer* 1990, 69; *Deckert* WE 1990, 75, 82; *Pause* NJW 1992, 671; *Galster* WE 1992, 323; zur Mieterproblematik *Blanck* WE 1991, 15; *Peters* WE 1991, 100.

³ Vgl. dazu den Appell von Fischen 28. 10. 1992, abgedruckt bei *Deckert*, Die Eigentumswohnung, Heft 6/1992 (Umschlag).

⁴ So z. B. das Bayer. Staatsministerium des Innern im August 1992 in einer Anweisung an die kreisfreien Städte und die Landratsämter.

⁵ Entwurf des Bundesrats vom 14. 2. 1992 (BT-Drucksache 12/2505 vom 30. 4. 1992).

⁶ Entwurf des Bundesrats vom 27. 11. 1992 (BR-Drucksache 665/92).

⁷ Art. 14 Wohnbaulandgesetz, BGBl. I 466 ff. vom 28. 4. 1993 („Investitionserleichterungs- und Wohnbaulandgesetz“).

⁸ Nach Fertigstellung des Manuskripts zur Veröffentlichung in WE Heft 12/1993 erschienen im Herbst 1993 zwei Aufsätze zu § 570 b BGB und zwar von *Langhein* in DNotZ 1993, 650 und *Brambring* in ZAP Nr. 20 vom 20. 10. 1993. Auf sie konnte damals nicht mehr näher eingegangen werden. In den Grundfragen herrscht weitgehend Übereinstimmung. Der Aufsatz aus WE, der sich auch an nichtjuristische Leser wandte, wurde hier weitgehend übernommen. Neu für MittBayNot ist Abschnitt 4.

Vorkaufsrechten. Letztere sind solche, bei denen die öffentliche Hand (Gemeinde, Staat) im öffentlichen Interesse zum Vorkauf berechtigt ist⁹. Das Vorkaufsrecht des § 570 b BGB ist Mietern, also Privatleuten, gewährt und ist daher voll dem Privatrecht zuzuordnen.

Zur Rechtstechnik nun im Einzelnen:

a) Kaufvertrag

Der Einstieg in ein Vorkaufsverfahren ist ein abgeschlossener Kaufvertrag. Betrifft er ein Grundstück, wozu auch eine Eigentumswohnung gehört, muß er notariell beurkundet sein (§ 313 BGB). Dieser Kaufvertrag muß inhaltlich vollständig sein und daher auch den Kaufpreis und die Zahlungsmodalitäten enthalten. Er muß die Abwicklung durch Erfüllung der Verkäufer- und Käuferpflichten im Sinn der §§ 433 ff. BGB und damit den Rechtsübergang des Eigentums (der Eigentumswohnung) an den Käufer ermöglichen. Ohne einen solchen beurkundeten Kaufvertrag ist kein Vorkaufsverfahren denkbar. Der Vorkaufsberechtigte hat bis dahin keine Rechtsstellung, die ihm ein Handeln ermöglicht; er ist zur Passivität verurteilt, zum Abwarten.

b) Ausübungserklärung

Nach Abschluß eines solchen Kaufvertrages kann der Vorkaufsberechtigte tätig werden. Er kann das Vorkaufsrecht „ausüben“. Dies geschieht durch eine Erklärung gegenüber dem Vorkaufsverpflichteten (§ 505 Abs. 1 S. 1 BGB), also dem Verkäufer. Sie stellt eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung dar¹⁰ und muß somit dem Verkäufer rechtzeitig zugehen. Die Erklärung bedarf nach dem Wortlaut des § 505 Abs. 1 S. 2 BGB keiner Form. Es ist aber sehr fraglich, ob dies beim Vorkauf von Grundstücken noch so gilt. Zu recht weist *Wufka*¹¹ darauf hin, daß diese Bestimmung entstand, als in § 313 BGB nur eine Veräußerungsverpflichtung beurkundungspflichtig war, durch die Änderung des § 313 BGB 1973 aus Gründen des Käuferschutzes aber für die Erwerbspflicht die Beurkundung vorgeschrieben wurde. Die Ausübung eines Vorkaufsrechts ist aber die Begründung einer Erwerbspflicht, für die eine Belehrung durch den Notar über die rechtliche Tragweite eines solchen Schrittes besonders wichtig ist, zumal wenn bei der Begründung des Vorkaufsrechts als solchem wie im Fall des § 570 b BGB kein Notar eingeschaltet ist¹². Folgt man der zutreffenden, von der Rechtsprechung aber noch nicht aufgenommenen Meinung von *Wufka*, muß die Ausübung beurkundet werden. Andernfalls ist zumindest Schriftlichkeit schon aus Beweisgründen anzuraten. Eine Ausübungserklärung an den Käufer zeitigt keine Wirkung. Eine Begründung für die Ausübung ist nicht erforderlich¹³. Die Ausübungserklärung ist bedingungsfeindlich¹⁴, kann also nicht unter einer auch wie gearteten Bedingung oder sonstigen Vorbehalten abgegeben werden.

⁹ Z. B. §§ 24 ff. BauGB, Naturschutz, Denkmalschutz.

¹⁰ *Palandt/Putzo* § 505 Rdnr. 1.

¹¹ DNotZ 1990, 350 ff.

¹² Die Begründung eines rechtsgeschäftlichen Vorkaufsrechts ist beurkundungspflichtig. Damit verteidigt die h. M. (Nachweise bei *Wufka* a. a. O.) auch die Formfreiheit beim Grundstücksverkauf.

¹³ *MünchKomm/Westermann* § 505 Rdnr. 2.

¹⁴ Ebenda.

c) Rechtswirksamkeit

Der beurkundete Vertrag muß rechtswirksam sein. Es müssen alle zum schuldrechtlichen Vertrag erforderlichen Genehmigungen erteilt sein¹⁵. Bei Eigentumswohnungen gehört zu solchen Genehmigungen auch die Verwalterzustimmung, sofern ein Zustimmungserfordernis besteht¹⁶ (dazu unten j). Vor der Erteilung erforderlicher Genehmigungen kann das Vorkaufsrecht nicht ausgeübt werden¹⁷.

d) Ausübungszeitpunkt

Der Vorkaufsberechtigte kann das Vorkaufsrecht ausüben, sobald der Vertrag rechtswirksam ist, nicht vorher. Den Vertragsinhalt braucht er nicht in allen Einzelheiten zu kennen¹⁸. Die Frage der Mitteilung des Vertrages nach § 510 BGB bleibt hiervon unberührt¹⁹. Es ist für ihn allerdings riskant, wenn er das Vorkaufsrecht ohne genaue Kenntnis des Vertragsinhalts ausübt. Ausübung oder Nichtausübung müssen sich grundsätzlich auf ein unbedingtes „Ja“ oder „Nein“ beschränken. Eine Änderung des Vertragsinhalts kann der Vorkaufsberechtigte nicht bewirken und damit auch nicht des Kaufpreises und die Fälligkeitsbestimmungen. Eine Ausübung mit solchen Änderungen wäre insgesamt unwirksam.

e) Wirkung

Mit der wirksamen Ausübung des Vorkaufrechtes kommt der mit dem Dritten geschlossene Kaufvertrag nunmehr mit dem Vorkaufsberechtigten zustande (§ 505 Abs. 2 BGB). Der Vorkaufsberechtigte ist nunmehr Käufer geworden. Für ihn tritt die Zahlungspflicht und Abnahmepflicht nach § 433 BGB ein, der Verkäufer muß an den Vorkaufsberechtigten auflassen. Für die Auflassung muß dann eine eigene Auflassungsurkunde mit dem Verkäufer errichtet werden. Es entsteht ein neuer selbständiger schuldrechtlicher Vertrag zwischen Vorkaufsberechtigtem und Vorkaufsverpflichtetem²⁰. Der Erstvertrag wird aber nicht beseitigt. Es gelten somit von diesem Zeitpunkt an zwei gleichlautende Verträge, der erstbeurkundete mit dem Dritten, dem ursprünglichen Käufer, und der zweite durch das Vorkaufsrecht ausgelöste mit dem Vorkaufsberechtigten. Der Vorkaufsberechtigte tritt nicht in den Vertrag mit dem Dritten ein²¹. Der Verkäufer hat nunmehr gegenüber zwei Personen die Verpflichtung, gem. § 433 Abs. 1 BGB das Eigentum zu verschaffen, bei Grundstücken durch Auflassung nach § 925 BGB. Welcher Verpflichtung er nachkommt, ist grundsätzlich seine Sache. Der Vorkaufsberechtigte kann somit nicht verhindern, daß der Verkäufer an den Dritten erfüllt²².

¹⁵ Wie vor, § 504 Rdnr. 16. Genehmigungen sind z. B. Vormundschaftsgericht, BauGB in Sanierungs- oder Entwicklungsgebieten, Grundstücksverkehrsgesetz, Grundstücksverkehrsordnung in den neuen Bundesländern.

¹⁶ *Palandt/Putzo* § 504 Rdnr. 1; BGHZ 32, 375.

¹⁷ *MünchKomm/Westermann* § 504 Rdnr. 14 m. w. N.; Ausnahme § 6 RSiedlG i. V. mit § 27 GrVG; *Erman/Weitnauer* § 504 Rdnr. 7.

¹⁸ *MünchKomm/Westermann* § 505 Rdnr. 2.

¹⁹ Zur Ausübung ohne Mitteilung BGH DNotZ 1971, 185.

²⁰ Dazu *Erman/Weitnauer* § 505 Rdnr. 3.

²¹ *Palandt/Putzo* § 505 Rdnr. 4.

²² *MünchKomm/Westermann* § 505 Rdnr. 6.

f) Verhältnis zum Dritten

Die in e) geschilderten Wirkungen geben dem Vorkaufsberechtigten grundsätzlich eine schwache Stellung. Zwischen ihm und dem Dritten entstehen in der Regel keine Rechtsbeziehungen. Ist der Dritte Eigentümer bzw. dinglich Berechtigter geworden, so ist er allenfalls auf Schadensersatzansprüche gegenüber dem Verkäufer angewiesen. Im Grundstücksverkehr hilft ihm aber die Vormerkung. Ist das Vorkaufsrecht durch eine Vormerkung nach § 883 BGB gesichert, ist die Auflassung an den Dritten ihm gegenüber relativ unwirksam (§ 883 Abs. 2 BGB) und er kann vom Dritten über § 888 BGB die Auflassung an sich verlangen. Das gleiche gilt beim dinglichen Vorkaufsrecht, das im Grundbuch eingetragen sein muß und damit Vormerkungswirkung hat (§§ 1098 Abs. 2, 1100 BGB). Eine Ausnahme bildet nur das Miterbenvorkaufsrecht des § 2034 BGB, bei dem das Vorkaufsrecht auch nach dinglichem Rechtsübergang gegenüber dem Erbeiterwerb ausgeübt werden kann (§ 2035 BGB).

g) Mitteilung

Nach § 510 BGB hat der Verpflichtete dem Vorkaufsberechtigten unverzüglich den Inhalt des geschlossenen Kaufvertrages mitzuteilen. Einen Hinweis auf das Vorkaufsrecht muß diese Mitteilung nicht enthalten — anders aber im Fall des § 570 b BGB in dessen Absatz 2. Bei mehreren Vorkaufsberechtigten muß die Mitteilung allen gemacht werden. Die Mitteilung soll dem Vorkaufsberechtigten die Ausübung des Vorkaufsrechtes ermöglichen²³ und ist daher erst dann vorzunehmen, wenn der Vertrag rechtswirksam ist²⁴. Die Mitteilung setzt eine Frist in Gang, innerhalb der das Vorkaufsrecht durch eine formfreie Erklärung ausgeübt werden kann. Die Frist beträgt bei Grundstücken, also auch Eigentumswohnungen, zwei Monate (§ 510 Abs. 2 BGB). Als empfangsbedürftige einseitige Erklärung muß die Ausübung dem Verpflichteten innerhalb der Frist zugehen. Zeigt der Verkäufer den Vertrag vor Rechtswirksamkeit an, wird die Frist nicht in Gang gesetzt. Dann ist eine weitere Anzeige der Rechtswirksamkeit erforderlich²⁵. Die Frist ist eine Ausschlussfrist²⁶ und kann nicht verlängert werden, außer vertraglich bei Bestellung eines Vorkaufsrechtes. Bedarf der Vorkaufsberechtigte zum Erwerb und damit für den mit ihm zustande gekommenen Kaufvertrag einer Genehmigung, wie etwa des Vormundschaftsgerichts bei Minderjährigen (§ 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB), muß diese Genehmigung innerhalb der Frist erteilt sein²⁷. Nur mit einer genehmigten Erklärung kann das Vorkaufsrecht ausgeübt werden. Während die Anzeige nach § 510 BGB anstelle des Verkäufers auch vom Käufer = Dritten vorgenommen werden kann (§ 510 Abs. 1 S. 2 BGB), kann die Ausübung nur gegenüber dem Verkäufer erfolgen, sofern nicht dem Käufer oder einem Dritten, z. B. Notar, eine Empfangsvollmacht erteilt ist.

h) Ein Verkaufsfall

Wird das Vorkaufsrecht nicht fristgerecht ausgeübt, erlischt es und kann bei einem erneuten Verkauf nicht mehr ausgeübt werden. Es gilt daher immer nur für den ersten Ver-

kaufsfall nach Entstehen des Vorkaufsrechtes. Eine Ausnahme bildet das dingliche Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle auf Grund der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung des § 1097 BGB. Auf andere Vorkaufsrechte kann dies nicht übertragen werden.

i) Mehrere Berechtigte

Steht das Vorkaufsrecht mehreren gemeinschaftlich zu, so kann es nur im ganzen ausgeübt werden (§ 513 S. 1 BGB; gleichlautend § 502 BGB für das Wiederkaufsrecht). Das bedeutet, daß grundsätzlich sämtliche Vorkaufsberechtigten ausüben müssen. Keiner kann nur für „seinen“ Anteil ausüben. Übt einer nur für sich allein aus, liegt keine wirksame Ausübung vor²⁸. Problematisch ist es, wenn einzelne Vorkaufsberechtigte nicht ausüben wollen. Auch hier gilt zunächst, daß alle geschlossen ausüben müssen, andernfalls keine wirksame Ausübung vorliegt. Einen Ausweg eröffnet hierfür aber § 513 Satz 2 BGB, wonach dann, wenn einer sein Recht nicht ausübt, die übrigen berechtigt sind, das Vorkaufsrecht im ganzen auszuüben. Nach dem Gesetzeswortlaut ist letzteres ein Recht, nicht die automatische Folge davon, daß einer von mehreren nicht ausübt. Das bedeutet, daß der Wille der übrigen, das Vorkaufsrecht selbst im ganzen auszuüben, vorhanden sein muß. Da dies eine Ausnahme von § 510 Satz 1 BGB ist, muß dieser Wille in der Ausübungserklärung oder zumindest aus den Gesamtumständen erkennbar sein. Die in der Praxis oft vorherrschende Ansicht, bei Nichtausübung durch einen Vorkaufsberechtigten komme der Vertrag per se mit den übrigen zustande, die ausgeübt haben, findet im Gesetz keine Stütze²⁹. Diese Ansicht beruht offenbar darauf, daß Vorkaufsrechte für mehrere meist nur für kleinere Personenkreise im Blickfeld stehen, etwa bei eingetragenen Berechtigten oder bei Miterben. Die Rechtsprechung ist für diesen Bereich kaum ergiebig. Bei § 2034 BGB nimmt man an, daß die übrigen Miterben stillschweigend für sich ausüben wollen³⁰. Ergiebiger ist hierzu der gleichlautende Sachverhalt des § 502 BGB zum Wiederkaufsrecht bei mehreren Berechtigten. Die Wiederkaufserklärungen der mehreren behalten zwar ihre Selbständigkeit. Die Unwirksamkeit einer Erklärung berührt dort die Erklärungen der übrigen Beteiligten nur insoweit, als auch sie nunmehr an ihre Erklärungen, welche sie nur mit den anderen gemeinsam abgeben wollten, nicht mehr gebunden sind. Sie können sie aber nach Maßgabe des § 502 S. 2 BGB (entspricht § 513 S. 2 BGB) aufrechterhalten³¹. Es muß also ein Wille zum Ausdruck kommen, das Recht ohne andere Berechtigte auszuüben. In der einfachen Ausübungserklärung kann dieser Wille nicht allgemein gesehen werden. Eine Beurkundung der Ausübung des Vorkaufsrechtes (dazu oben b) könnte hier für manche Klarheit sorgen.

Von dem durch § 513 gewährten Recht der übrigen Vorkaufsberechtigten zur Ausübung, wenn andere Berechtigte

²⁸ Erman/Weitnauer § 513 Rdnr. 1.

²⁹ Reine Passivität genügt nicht, vielmehr ist eine Willensbekundung notwendig, das Recht nicht auszuüben, Staudinger/Mayer-Maly § 502 Rdnr. 5.

³⁰ Vgl. Staudinger/Werner § 2034 Rdnr. 14. Etwas anders ist es beim Grundstücksverkehrsgesetz, wo es auf den Erwerber als Landwirt oder Nichtlandwirt ankommt. Das dort einschlägige Vorkaufsrecht nach dem Reichsiedlungsgesetz läßt aber rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte erlöschen (§ 5 RSG).

³¹ Erman/Weitnauer § 502 Rdnr. 3; vgl. MünchKomm/Westermann § 502 Rdnr. 2.

²³ Darin liegt ihr Schutzzweck, BGH DNotZ 1971, 186.

²⁴ Erman/Weitnauer § 510 Rdnr. 2.

²⁵ MünchKomm/Westermann § 510 Rdnr. 3.

²⁶ Palandt/Putzo § 510 Rdnr. 2.

²⁷ Palandt/Putzo § 505 Rdnr. 1.

nicht ausüben, ist der Fall zu unterscheiden, daß ein oder mehrere Mißberechtigter der Ausübung widersprechen. Dann kann das Vorkaufsrecht auch von den übrigen nicht mehr ausgeübt werden³². Ob dies dem Sinngehalt und Zweck des § 513 S. 2 BGB entspricht, muß allerdings bezweifelt werden.

Üben mehrere ein gemeinschaftliches Vorkaufsrecht nach § 513 BGB aus, taucht die Frage nach ihrem Berechtigungsverhältnis untereinander auf. Grundsätzlich erwerben sie in einem Gesamtrecht als eine Gesamthand³³ bzw. in einem Rechtsverhältnis nach §§ 420 ff. BGB³⁴. Jedenfalls entsteht nicht eo ipso ein Bruchteilverhältnis, das zu einer Eintragung nach Bruchteilen führen würde. Ein Anspruch auf einen Bruchteil (§ 741 BGB) mußte klageweise ohne Mitwirkung der anderen Mitberechtigten durchsetzbar sein, was aber § 513 BGB gerade verhindern will. Die interne Beteiligung wird in der Regel nach gleichen Anteilen pro Person zu bemessen sein. Bei der Auflassung des Verkäufers an die Vorkaufsberechtigten dürfte eine solche nach Mitteilungsverhältnissen zulässig sein. Für die Grundbucheintragung eines Vorkaufsrechts für mehrere ist ein Gemeinschaftsverhältnis nach § 47 GBO nicht anzugeben³⁵. Für die Eintragung nach der Ausübung kann dann wohl nichts anderes gelten. Literatur und Rechtsprechung sind auch hierfür nicht sehr ergiebig.

II) Eigentumswohnungen und Verwallerzustimmung

Werden Eigentumswohnungen verkauft, kann nach der Gemeinschaftsordnung in Verbindung mit der Eintragung im Grundbuch zur Veräußerung die Zustimmung des Verwaller erforderlich sein. Eine Auswirkung auf Vorkaufsrechte besteht darin, daß ein Kaufvertrag über eine Eigentumswohnung erst mit dieser Zustimmung rechtswirksam wird und erst danach nach den allgemeinen Grundsätzen (siehe oben c) ein Vorkaufsrecht ausgeübt werden kann (oben d). Da mit der Ausübung des Vorkaufsrechts ein neuer schuldrechtlicher Vertrag mit dem Vorkaufsberechtigten entsteht (oben e), taucht die Frage auf, welche Wirkung die Zustimmung des Verwaller auf diesen Zweitvertrag hat. Grundsätzlich erstreckt sich eine zum Erstvertrag erteilte Genehmigung auch auf den Zweitvertrag mit dem Vorkaufsberechtigten. Dies liegt daran, daß innerer Grund für die Genehmigung ist, unabhängig davon, wer kauft³⁶. Liegt aber der Genehmigungszweck in der Person des Käufers, kann dieser Grundsatz nicht ohne weiteres gelten. Sonst könnte durch die Einräumung von Vorkaufsrechten der Genehmigungszweck umgangen werden. So stellt sich aber die Situation bei der Zustimmung nach § 12 WEG dar. Die Zustimmung zur Veräußerung kann nur aus wichtigem Grund verweigert werden (§ 12 Abs. 2 WEG). Als wichtiger Grund ist anzuerkennen, wenn die Veräußerung eine gemeinschaftswidrige Gefahr für die anderen Wohnungseigentümer herbeiführen würde, wenn also der in Aussicht genommene Erwerb für die anderen Wohnungseigentümer unzumutbar ist, was im Hinblick auf seine Persönlichkeit oder seine

32 MünchKommWestermann § 513 Rdnr. 1; Staudinger/Mayer-Maly § 513 Rdnr. 4. Eine Ausnahme gelte nur bei Rechtsmißbrauch.
 33 Staudinger/Mayer-Maly § 513 Rdnr. 1, § 502 Rdnr. 2, str.
 34 MünchKommWestermann § 502 Rdnr. 2.
 35 Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, GBO Einl. K. 11.
 36 Z. B. Vormundschafstgericht, GVO, BaUG.

1. Allgemeines

Das Vorkaufsrecht des § 570 BGB ist systematisch in das Mietrecht des BGB eingefügt und damit Teil des zweiten Buches, Siebter Abschnitt, in dem die einzelnen Schuldver-

III. Das Vorkaufsrecht des § 570 b BGB

Die vorstehenden Ausführungen zur Verwallerzustimmung bei Ausübung eines privaten Vorkaufsrechts können sich weder auf eine unmittelbare Rechtsprechung noch auf Literatur stützen. Sie ergeben sich aber aus der inneren Logik des Rechts vom Verkauf und von § 12 WEG. Sie können beim Mietervorkaufsrecht eine wichtige Rolle spielen.

Die vorstehenden Ausführungen zur Verwallerzustimmung bei Ausübung eines privaten Vorkaufsrechts können sich weder auf eine unmittelbare Rechtsprechung noch auf Literatur stützen. Sie ergeben sich aber aus der inneren Logik des Rechts vom Verkauf und von § 12 WEG. Sie können beim Mietervorkaufsrecht eine wichtige Rolle spielen.

Die Veräußerungsbeschränkung stellt eine Vereinbarung der Wohnungseigentümer untereinander dar und ist im Grundbuch einzutragen. Die Bestellung eines Vorkaufsrechts an einer Eigentumswohnung ist dagegen ein Individualakt des betreffenden Wohnungseigentümers, deren Eintragung im Grundbuch nach allgemeinen Grundsätzen erfolgt. Sie stellt keine Veräußerung i. S. des § 12 WEG dar und bedarf keiner Verwallerzustimmung. Für die Person des Vorkaufsberechtigten gibt es daher bei Begründung des Vorkaufsrechts auch keine Kontrolle über § 12 WEG. Bei einem Vorkaufsrecht für den jeweiligen Eigentümer einer anderen Wohnung wäre eine solche Kontrolle auch nicht möglich, weil die konkrete vorkaufsberechtigte künftige Person noch gar nicht feststeht. Der Normzweck des § 12 WEG erfordert daher, daß die Ausübung eines privatrechtlichen Vorkaufsrechts der Zustimmung des Verwaller bedarf, ungeachtet der dem Dritten bereits erteilten Genehmigung. Das bedeutet, daß eine erneute Verwallerzustimmung einzuholen ist. Fraglich ist, ob dies vor Ausübung des Vorkaufsrechts oder anschließend zu geschehen hat. Da mit der Ausübung des Vorkaufsrechts ein zweiter schuldrechtlicher Vertrag mit dem Vorkaufsberechtigten zustande kommt (oben e), liegt nahe, erst für diesen durch die Ausübung des Vorkaufsrechts zustande gekommenen Vertrag dann die Verwallerzustimmung einzuholen, dies umsomehr, als zur Einholung der Zustimmung nur der Veräußerer, nicht der Erwerb, aktiv legitimiert ist (ergibt sich aus § 12 Abs. 1 WEG). Die Zustimmung selbst kann dann aber jedem von beiden erteilt werden³⁹. Gegen die Einholung der Zustimmung zeitlich nach der Ausübung des Vorkaufsrechts steht das Prinzip, daß der Vorkaufsberechtigte innerhalb der Frist zur Vorkaufsausübung erforderliche Genehmigungen bringen muß (dazu oben g). Die Genehmigung nach § 12 WEG ist aber nicht zum Erwerb, sondern zur Veräußerung notwendig, so daß es reichlich genügt, wenn die Verwallerzustimmung nach Ausübung des Vorkaufsrechts eingeholt wird. Der Vorkaufsberechtigte kann sie sich aber schon vorher besorgen und sollte dies aus Gründen der Rechtssicherheit auch tun. Macht er dies nicht, erfährt er dann keine Nachteile wegen etwaiger Passivität des Verkäufers, wenn im Kaufvertrag der Notar beauftragt ist, die Verwallerzustimmung einzuholen. Dies gilt dann auch für den Vorkaufsfall.

Die vorstehenden Ausführungen zur Verwallerzustimmung bei Ausübung eines privaten Vorkaufsrechts können sich weder auf eine unmittelbare Rechtsprechung noch auf Literatur stützen. Sie ergeben sich aber aus der inneren Logik des Rechts vom Verkauf und von § 12 WEG. Sie können beim Mietervorkaufsrecht eine wichtige Rolle spielen.

Eine Versagung der Zustimmung kann beispielsweise auch dann gerechtfertigt sein, wenn ein Wohnungseigentümer eine andere Wohnung erwirbt, der sich schon vorher gemeinschaftswidrig verhalten hat³⁸.

37 Wehnauer WEG § 12 Rdnr. 5 a.
 38 LG Düsseldorf WE 1991, 334; Wehnauer WEG § 12 Rdnr. 1 a.
 39 Barmann/Pick/Merle § 12 Rdnr. 21.

hältnisse geregelt sind. Es gehört daher zum Schuldrecht und gewährt ein schuldrechtliches privates Vorkaufsrecht, für das die Bestimmungen der § 504 ff. BGB gelten. Mangels anderweitiger Aussage des Gesetzes ist eine andere Betrachtung nicht möglich. Dies führt zu einer ganzen Reihe von Konsequenzen und gewollter oder nicht gewollter bzw. bedachter Auswirkungen.

a) Gegenstand des Vorkaufsrechts nach § 570 b BGB sind „vermietete Wohnräume“. Gegenstand des Rechtsverkehrs können Räume grundsätzlich nur sein, wenn Raumeigentum verkauft wird. Nach dem Sachenrecht des BGB kann dies Wohnungseigentum oder ein Dauerwohnrecht sein. Wird also eine vermietete Eigentumswohnung verkauft, gleichgültig ob das Wohnungsgrundbuch schon angelegt ist („Wohnungseigentum begründet ist“) oder noch nicht („begründet werden soll“), ist § 570 b einschlägig. Die Frage, was das „soll“ noch bedeutet oder nicht, wird unten behandelt.

b) Es muß sich um eine Eigentumswohnung handeln, die nicht ursprünglich als solche errichtet wurde, sondern an der erst nach Fertigstellung des Gebäudes und Bezug Wohnungseigentum begründet wurde, sei es nach § 8 WEG, sei es gem. § 3 WEG. Gleichgültig ist, wann dies geschehen ist. Auch ein Gebäude, das vor 20 Jahren umgewandelt wurde, unterliegt dem Vorkaufsrecht.

c) Die Umwandlung muß nach der Überlassung der Wohnung an den Mieter geschehen sein. Die Überlassung (§ 536 BGB) liegt darin, daß der Mieter in die Lage versetzt wird, die Wohnung vertragsgemäß zu gebrauchen, als einem tatsächlichem Vorgang; in der Regel ist dies die Besitzübergabe⁴⁰. Das Datum des Mietvertrages ist damit nicht identisch. Zeitlich nach dieser Überlassung muß Wohnungseigentum begründet worden sein bzw. werden sollen. Soweit — insbesondere bei älteren Objekten — die Wohnungsgrundbücher angelegt sind, ist zu fragen, was mit „begründet“ gemeint ist: Beurkundung der Teilungserklärung oder der Grundbuchvollzug? Vorzug verdient Letzteres, denn die dingliche Entstehung des Wohnungseigentums ist das klare, eindeutige und auch für Dritte (Mieter) erkennbare Kriterium, auf das der BGH auch sonst abstellt⁴¹.

d) Wer Mieter und damit vorkaufsberechtigt ist, ergibt sich aus dem Mietrecht. Ist ein Mietvertrag nicht schriftlich abgeschlossen, kann es u. U. Schwierigkeiten bereiten, die Person(en) festzustellen. Bei einem schriftlichen Mietvertrag ist es einfacher, aber auch nicht immer ganz klar, so z. B. wenn Mieter eine Erbengemeinschaft ist. Erst recht kann es für den Vermieter Schwierigkeiten bereiten, bei einer Rechtsnachfolge eines Mieters im Todesfall die konkreten Personen i. S. des § 569 a BGB zu ermitteln, da diese auch vorkaufsberechtigt sind (§ 570 b BGB). Die richtigen Mieter vollständig zu erfassen ist wichtig, weil der Vermieter an alle nach § 510 BGB anzeigen muß und alle auch im ganzen das Vorkaufsrecht ausüben müssen (dazu oben II g und i).

e) Die Anzeige des Vorkaufsfalles nach § 510 BGB muß an sämtliche Mieter erfolgen. Andernfalls wird die 2-Monatsfrist nicht in Gang gesetzt. Sie kann in den Fällen einer notwendigen Verwalterzustimmung zur Veräußerung erst erfolgen, wenn der Verwalter dem Erstvertrag zugestimmt hat.

Da die Frist mit Zugang beim vorkaufsberechtigten Mieter beginnt, ist aus Gründen der Beweissicherung Einschreiben mit Rückschein zu empfehlen. § 570 b Abs. 2 BGB bestimmt über die Anzeigepflicht des § 510 BGB hinaus auch, daß der Mieter über sein Vorkaufsrecht unterrichtet werden muß. Dies ist zunächst die Information, daß er ein Vorkaufsrecht hat. Ob darüber hinaus die Unterrichtung auch Formalitäten der Ausübung einschließlich der Frist enthalten muß, läßt das Gesetz offen. Als Element des Mieterschutzes gedacht, wird diese Unterrichtungspflicht wenigstens die Angabe der Frist und den Adressaten der Ausübungserklärung enthalten müssen. Eine mangelnde Unterrichtung geht zu Lasten des Verkäufers. Da nach der hier vertretenen Auffassung (oben II j) der Mieter als neuer Käufer eine eigene Verwalterzustimmung benötigt, muß der Mieter auch hierüber unterrichtet werden. Über die Rechtsfolgen einer Ausübung muß nicht belehrt werden.

f) Das Vorkaufsrecht gilt nur für den ersten Verkaufsfall. Übt es der Mieter nicht aus, steht es ihm daher bei einem späteren erneuten Verkauf nicht mehr zu. Dies muß auch gelten, wenn die Anzeige nicht an sämtliche Mieter erfolgt ist und nur die benachrichtigten erklärt haben, daß sie das Vorkaufsrecht nicht ausüben. Deren Verhalten kann nicht dazu führen, daß die nicht benachrichtigten das Vorkaufsrecht für einen weiteren Verkauf behalten. Sind die Mieter überhaupt nicht benachrichtigt, erlischt es ebenfalls als schuldrechtlicher Anspruch gegenüber dem Verkäufer mit Eigentumsübergang auf den Dritten. Der erste Verkaufsfall ist verbraucht.

g) Zählt ein minderjähriger Mieter zu den Vorkaufsberechtigten (z. B. im Fall des § 569 a Abs. 2 BGB als Familienangehöriger des verstorbenen Mieters), muß die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zum Erwerb durch Verkauf (§ 1822 Abs. 1 Nr. 5 BGB) eingeholt werden. Ob sie erteilt werden kann, ist fraglich. Die Vorkaufsberechtigten haften als Gesamtschuldner für den Kaufpreis. Der Minderjährige haftet damit auch für die Anteile der anderen (Ausgleich § 426 BGB) und damit für eine fremde Verbindlichkeit i. S. des § 1822 Nr. 10 BGB⁴², wofür in der Regel keine Genehmigung erteilt wird.

h) Wird das Eigentum an den Erstkäufer übertragen, kann der Vorkaufsberechtigte gegen diesen nur vorgehen, wenn er durch eine Vormerkung im Grundbuch geschützt ist, bzw. Vormerkungsschutz hat (dazu oben II f). § 570 b BGB sieht nichts dergleichen vor. Ohne eine ausdrückliche diesbezügliche gesetzliche Bestimmung kann es eine solche Schutzwirkung nicht geben. Beim gemeindlichen Vorkaufsrecht der §§ 24 ff. BauGB, das ebenfalls schuldrechtlich gestaltet ist, hat der Gesetzgeber dies gesehen und als Schutzmittel eine für jeden Kaufvertrag einzuholende Negativbescheinigung der Gemeinde nach § 28 BauGB vorgeschrieben und damit eine Grundbuchsperrung verhängt. Ähnliches gibt es beim Mietervorkaufsrecht nicht. Wird das Vorkaufsrecht vom Verkäufer negiert, kann der Vertrag vollzogen werden. Der Mieter ist auf Schadensersatzansprüche angewiesen⁴³. Aus dem Gesetz kann nichts anderes entnommen werden.

i) Das Vorkaufsrecht des § 570 b BGB hat eine Parallele im Mietervorkaufsrecht des § 2 b Wohnungsbindungsgesetz. Dieses gewährt dem Mieter von umgewandelten Eigentums-

⁴⁰ Palandt/Putzo § 536 Rdnr. 6.

⁴¹ Z. B. beim faktischen Wohnungseigentümer, BGH NJW 1988, 1087.

⁴² Palandt/Diederichsen § 1822 Rdnr. 24.

⁴³ So für § 2 b WoBindG Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht 10. Aufl. Rdnr. 4180.

wohnungen ein Vorkaufsrecht, wenn sie Sozialwohnungen sind. § 2 b WoBindG und § 570 b BGB sind in Inhalt und Voraussetzungen nicht identisch. Es taucht daher die Frage des Verhältnisses der beiden Regelungen zueinander auf. Sie ist vom Gesetzgeber nicht geklärt. Man wird aber die Bestimmungen des WoBindG als spezielle Regelung für Sozialwohnungen und deren besonderen Schutzbereich gegenüber der allgemeinen Regelung des § 570 b BGB ansehen können. Damit wäre § 570 b BGB bei Sozialwohnungen nicht anwendbar. § 2 b WoBindG geht vor.

j) Vorkaufsberechtigte und dabei vor allem Mieter können Finanzierungsprobleme haben, die nicht immer leicht lösbar sind, wenn mit der Ausübung nunmehr der Kaufpreis fällig wird. Sie müssen dann sofort zahlen. Sie müssen dann vor der Ausübung innerhalb der zwei Monate eine Finanzierung zuwege bringen mit Banken, Bausparkassen, eventuell öffentlichen Darlehensgebern. Das kann viel Zeit in Anspruch nehmen. Abgesehen davon, daß sie sich meist nicht langfristig auf Immobilienerwerb schon eingestellt und keine entsprechenden Ansparungen vorgenommen haben, können sie auch keine dinglichen Sicherungen bieten, die die Geldgeber vor der Auszahlung verlangen. Der Verkäufer muß bei der Bestellung von Grundpfandrechten nicht mitwirken und braucht sich auf Verzögerungen gleich welcher Art nicht einzulassen. Er kann den Verkäufer in Verzug setzen und Rücktritt androhen (§ 326 BGB). Schon an solchen Finanzierungsproblemen kann die Ausübung scheitern.

2. Mietwohnblock

Knackpunkt des § 570 b BGB ist das Wort „soll“ in Abs. 1. Verkauf von „Wohnraum“, der umgewandelt werden „soll“ widerspricht allen kaufrechtlichen und sachenrechtlichen Grundsätzen des BGB. Wohnraum kann nicht isoliert verkauft werden, weil er mit dem Gebäude Bestandteil des Grundstücks ist (§ 94 BGB). Eine selbständige Grundbucheintragung von „Wohnraum“ ist ausgeschlossen. Pate bei § 570 b BGB stand offenbar § 2 b WoBindG, bei dem aber nicht von Wohnraum, sondern einer Eigentumswohnung die Rede ist, die umgewandelt worden ist oder werden soll. „Soll“ trifft daher den Verkauf vor Anlegung der Wohnungsgrundbücher. Warum man in § 570 b BGB den unklarerer Begriff „Wohnraum“ gewählt hat, ist nicht erkennbar. Vom WEG aus gesehen würden Wohnungseigentum und Dauerwohnrecht erfaßt. Darin könnte man noch einen Sinn sehen. Eindeutig ist dies aber nicht. Es taucht daher die Frage auf, ob der Verkauf eines Hauses mit Mietwohnungen, die ja Wohnraum darstellen, schon ein Vorkaufsrecht auslösen kann, wenn — heute, morgen, übermorgen? — daran Wohnungseigentum begründet werden soll. Da „soll“ objektiv und subjektiv verstanden werden kann, könnte bei extremer Auslegung ein Mietervorkaufsrecht für alle umwandelbaren Mietshäuser herauskommen. Eine solche Auslegung würde wesentliche schuldrechtliche und sachenrechtliche Grundsätze des BGB über die Anknüpfung von Rechtsfolgen an bestimmte oder wenigsten bestimmbar Umstände außer acht lassen und es kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden (oder doch?), daß er ein kaum anwendbares und in den Auswirkungen mieterfeindliches Gesetz gewollt hat. Folgende Gründe sind hierfür maßgebend:

a) „Soll“ kann als bloße subjektive Absicht verstanden werden. Beim Verkäufer kann sie kaum rechtserheblich sein, denn er verkauft und wandelt eben nicht mehr um. Auch

eine innere Absicht des Käufers ist rechtlich nicht greifbar und beim Vorkaufsrecht nicht brauchbar, zumal zwischen Vorkaufsberechtigtem und dem Dritten als Käufer keine Rechtsbeziehungen entstehen. „Soll“ kann sich in objektiven Vorbereitungsmaßnahmen äußern wie Planfertigung, Antrag auf Abgeschlossenheitsbescheinigung bis zur Beurkundung der Teilungserklärung (§ 8 WEG) oder eines Teilungsvertrags (§ 3 WEG). Solange solches aber im Kaufvertrag über das ganze Gebäudegrundstück keinen Eingang gefunden hat, gibt es kein brauchbares Kriterium, an das so weitreichende Rechtsfolgen wie Ausübung eines Vorkaufsrechts mit allen Grundsätzen der Bestimmtheit und Bestimmbarkeit angehängt werden können. Aber selbst dann, wenn im Kaufvertrag eine klare Umwandlungsabsicht ausgedrückt ist, kann es kein Mietervorkaufsrecht am ganzen Objekt geben, wie nachstehend gezeigt wird.

b) Da Gegenstand des Kaufvertrages nicht einzelne Wohnräume wären, sondern das ganze Objekt, könnte das Vorkaufsrecht sich nur auf dieses im ganzen erstrecken. Das werden die Mieter kaum wollen, noch ist es sinnvoll, geschweige den Mieterschutz. Folgende Einzelheiten mögen dies belegen⁴⁴:

1) Kein Mieter bekommt seine Wohnung, sondern nur eine Beteiligung am ganzen Haus, weil ein Vorkaufsrecht nur im ganzen, also für den gesamten Kaufvertrag ausgeübt werden kann⁴⁵ (oben II a, e). Mit einer solchen Beteiligung kann er kaum etwas anfangen.

2) Das Vorkaufsrecht müssen sämtliche Mieter geschlossen ausüben (beurkundet? dazu oben II b), andernfalls geht es ins Leere (oben II i). Widerspricht ein Mieter, kann es möglicherweise überhaupt nicht ausgeübt werden (vgl. oben i Abs. 2). Bei willentlicher Nichtausübung einzelner Mieter kann es von den anderen ausgeübt werden, wenn sie es so wollen. Das muß aus der Ausübungserklärung erkennbar sein. Es kann im Extremfall dazu kommen, daß ein einzelner Mieter dann allein vorkauft. Es ist zumindest unsicher, wie Gerichte die Ausübung bzw. Nichtausübung bei mehreren beurteilen werden.

3) Alle Mieter müssen sich innerhalb der Ausübungsfrist einig werden, da es eine Ausschußfrist ist, für die keine Verlängerung möglich ist. Dazu gehört auch die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung bei minderjährigen Mietern (oben III 1 g) oder etwa bei älteren, die nicht mehr geschäftsfähig sind. Dann muß u. U. erst ein Beistand bestellt werden. Für die Genehmigungsfähigkeit gilt das gleiche wie bei Minderjährigen bezüglich der gesamtschuldnerischen Haftung.

4) Als Vorkaufsrecht für den ersten Verkaufsfall ist es bei Nichtausübung verbraucht (oben II h) und besteht gerade dann nicht mehr, wenn es dem Mieter nützlich wäre, dann nämlich, wenn später die tatsächlich umgewandelte Wohnung einzeln verkauft wird.

5) Die vorkaufsausübenden Mieter haften für den Kaufpreis als Gesamtschuldner (Folge des mit ihnen entstehenden Kaufvertrages, oben II e). Das können bei einem größeren Wohnblock Millionenbeträge sein. Abgesehen davon, daß es für die Gemeinschaft der Mieter kaum denk-

⁴⁴ Bei diesen Punkten soll man sich immer vorstellen, daß ein Mietwohnblock mit 30 Mietwohnungen für 3.000.000,— DM verkauft wird.

⁴⁵ Prinzip der Unteilbarkeit des Vorkaufsrechts, MünchKomm/Westermann § 513 Rdnr. 1.

bar ist, innerhalb der Zweimonatsfrist eine Finanzierung mit Grundbuchabsicherung aufzubringen, stellt dies eine enorme Haftungslast für jeden Mieter dar. Einzelfinanzierungen sind nicht denkbar⁴⁶. Noch gravierender wird es, wenn das Vorkaufsrecht — bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen — nur von einem Teil ausgeübt wird, da dieser dann auch den gesamten Preis aufbringen muß.

6) Die Ausübung des Vorkaufsrechts führt zu einer Art gesamthänderischen Eigentümergemeinschaft (oben II i). Unklar ist die interne Beteiligung: Jede Person gleicher Anteil oder jede Mietpartei pro Wohnung ein Anteil, gleich wieviel Personen? Nach diesen Anteilen müssen Kosten und Lasten ausgerichtet werden samt die interne Beteiligung am Kaufpreis.

7) Kauf bricht nicht Miete (§ 571 BGB). Somit werden die Mieter mit Ausübung des Vorkaufsrechts insgesamt Vermieter für alle Einzelmietler. Sie werden im Kollektiv ihre eigenen Vermieter.

Wer soll das organisieren? Wer kündigt künftig wem? Wie steht es mit Lastenverteilung, Reparaturkosten, Hausfrieden?

8) Keiner der neuen Mietereigentümer kommt ohne weiteres zum Alleineigentum seiner Wohnung. Die Mieter müßten eine Umwandlung in Wohnungseigentum erst noch betreiben. Keiner hat aber einen Anspruch auf Mitwirkung gegenüber den anderen, alle müßten geschlossen und freiwillig mitmachen. Wer hat schon erlebt, daß so etwas reibungslos läuft? Weigert sich ein einziger, geht die Umwandlung nicht. Da die Ausübung des Vorkaufsrechts nicht zu Bruchteilseigentum führt⁴⁷, müßten für den Teilungsvertrag nach § 3 WEG erst Bruchteile gebildet werden. Das erfordert dann Verschiebungen gegenüber den Anteilen aus dem Vorkaufsrecht, um die für die Wohnungen nach Wohnfläche zu berechnenden Miteigentumsanteile zu bekommen. Das kann zu Hin- und Herzählungen und Grunderwerbsteuer führen.

9) Kommt eine Umwandlung in Wohnungseigentum durch die Mieter nicht zustande, verbleibt es bei einer problematischen Eigentümergemeinschaft, die dem ständigen Verfall ausgesetzt ist, weil jeder Mitberechtigter jederzeit die Auseinandersetzung und damit die Zwangsversteigerung des ganzen Objekts betreiben kann. Auch Gläubiger eines solchen Mieters können dies bewirken. Alle Rechtssicherheit ist dahin.

10) Sitzt als Mieter in einer Wohnung ein Familienangehöriger⁴⁸ des Eigentümers, hat dieser nach § 570 b Abs. 1 BGB kein Vorkaufsrecht. Die andern müßten für ihn gleichsam mitkaufen. Ihnen müßte er dann bei gelingender Umwandlung seine Wohnung abkaufen, wenn sie dazu bereit sind. Ähnlich ist es, wenn beispielsweise im Erdgeschoß ein Gewerbe betrieben wird. Dieser Mieter hat auch kein Vorkaufsrecht, weil es sich bei ihm nicht um Verkauf von Wohnraum handelt. Er muß sich dann mit allen vorkaufenden Mietern auseinandersetzen, zu denen er bislang keine Rechtsbeziehung hatte. Sie sind nun seine Vermieter.

⁴⁶ Zum Problem der Einzelfinanzierung im übrigen oben III 2 b 6.

⁴⁷ Dies ist zwar streitig. Bejaht man Bruchteilseigentum, passen die Bruchteile aber kaum je wertmäßig für die Bildung von Wohnungseigentum.

⁴⁸ Zum Begriff wohl § 564 d Abs. 2 Nr. 2 S. 1 BGB; dazu *Palandt/Putzo* § 564 b BGB Rdnr. 45.

11) Eine völlige Schiefelage entsteht, wenn vorkaufsberechtigte Mieter da sind, die schon vor dem maßgeblichen Zeitpunkt der Umwandlungsabsicht („soll“) Mieter waren, was wohl nur der Tag der Beurkundung des Kaufvertrages sein kann, und nicht vorkaufsberechtigte, die erst danach eingezogen sind. In größeren Wohnblöcken liegt dies nahe. Nur erstere könnten das Vorkaufsrecht ausüben, müßten somit das ganze Objekt kaufen und werden dann Vermieter für die anderen. Das kann nie gut gehen.

12) Da das Vorkaufsrecht des § 570 b BGB als schuldrechtliches Vorkaufsrecht keinen Vormerkungsschutz gewährt, kann es ein Verkäufer negieren (oben II f), den Vertrag mit seinem Käufer abwickeln und diesen als Eigentümer eintragen lassen. Vorkaufsberechtigte Mieter wären auf Schadensersatzansprüche verwiesen⁴⁹. Die Schadensermittlung und -feststellung dürfte dabei erhebliche Probleme bereiten. Worin liegt der Schaden, wenn nicht nachgewiesen wird, daß sämtliche Berechtigte das Vorkaufsrecht ausgeübt hätten? Bejahendenfalls, daß der Mieter seine Wohnung als Eigentumswohnung bekommen hätte (Auseinandersetzungproblematik oben Nr. 8)? Auch hier eine Fehlannonce für eine Problemlösung im Gesetz.

c) Diese Folgen eines Mietervorkaufsrechts am ganzen Grundstück zeigen, daß § 570 b BGB nicht in Sinne eines solchen depravierenden Mieterrechts verstanden und ausgelegt werden kann. Dies wäre das Gegenteil eines Mieterschutzes, den das Gesetz gerade erreichen will. Die Frage, ob Mieter beim Verkauf eines ganzen Objekts ein Vorkaufsrecht ausüben können, hat das BayObLG im Rahmen des § 2 b WoBindG beschäftigt⁵⁰. Hier wollte ein Mieter (nur) für seine Wohnung das Vorkaufsrecht ausüben. Zu Recht hat das Gericht entschieden, daß dies nicht möglich ist, wenn Kaufgegenstand das gesamte ungeteilte Objekt ist. Es fehlt an dem aussonderbaren und bestimmaren Gegenstand, weshalb auch ein Grundbuchvollzug ausscheidet. Das trifft auch bei § 570 b BGB zu, so daß beim Verkauf des ganzen Grundstücks ein Vorkaufsrecht für eine einzelne Wohnung nicht möglich ist und somit nicht besteht. Die Frage, ob alle Mieter am ganzen Objekt vorkaufen können, tauchte beim WoBindG nicht auf, da dem dortigen Vorkaufsrecht nur Eigentumswohnungen unterliegen, während § 570 b BGB an „vermietete Wohnräume“ anknüpft, im Gesetzeswortlaut also weiter geht. Zu dieser Fallage hat das BayObLG nichts ausgesagt.

d) Aber auch § 570 b BGB mit dem ominösen „soll“ kann nur so verstanden werden, daß Gegenstand eines Kaufvertrages eine Eigentumswohnung sein muß, für die entweder das Wohnungsgrundbuch bereits angelegt oder noch angelegt werden soll, sei es, daß der Grundbuchvollzug noch aussteht, sei es daß die Vorlage zum Grundbuchamt noch nicht geschehen ist und dabei auf die noch nicht vollzogene aber beurkundete Teilungserklärung Bezug genommen wird. Entsprechendes gilt für ein Dauerwohnrecht. Wird der ganze Block verkauft, gibt es das Vorkaufsrecht nur, wenn die aufgeteilten Wohnungen insgesamt verkauft werden und der Käufer als Eigentümer von Eigentumswohnungen eingetragen werden soll und kann. Nur dann kann für die einzelne Wohnung das Vorkaufsrecht ausgeübt

⁴⁹ Siehe Fußnote 41.

⁵⁰ Rechtsentscheid v. 16. 4. 1992 RE-Miet 4/91, DNotZ 1992, 571.

werden⁵¹. Liegen die Voraussetzungen zur Ausübung beim Verkauf des Gesamtobjekts nicht vor, gilt das Vorkaufsrecht für den ersten Verkaufsfall dann und erst dann, wenn eine Eigentumswohnung verkauft wird. Diese Auslegung von § 570 b BGB paßt allein in das System des Grundstücksrechts von BGB und WEG und vor allem des Mieterschutzes, der bezweckt werden soll. Alles andere wäre Steine statt Brot für den Mieter.

IV. Folgen für die notarielle Praxis

Ratschläge für die notarielle Praxis zu geben ist angesichts der aufgezeigten Probleme und weiterer ungeklärter Fragen schwierig. Der nachstehende Versuch zu praktischen und verantwortbaren Lösungen steht daher unter dem Vorbehalt einer nicht immer voraussehbaren Rechtsprechung. Die Aufgaben des Notars erstrecken sich auf drei Pflichtkreise: die Hinweispflichten, die Belehrungspflichten und die Pflichten bei der Vertragsgestaltung⁵². Behandelt wird dabei nur das Vorkaufsrecht nach § 570 b BGB. Wenn dabei vom „Miervorkaufsrecht“ gesprochen wird, ist nur dieses gemeint.

1. Hinweispflicht

Nach § 20 BeurkG ist der Notar verpflichtet, auf ein gesetzliches Vorkaufsrecht hinzuweisen, wenn es „in Betracht kommen könnte“. Der Notar muß also im konkreten Fall mit der Möglichkeit eines solchen Vorkaufsrechts rechnen können. Ein allgemeiner Pauschalhinweis auf gesetzliche Vorkaufsrechte würde der fallorientierten Aufgabe des Notars bei der Beurkundung widersprechen und nur Verwirrung stiften, die gerade zu vermeiden ist. Der Hinweispflicht des Notars entspricht eine Ermittlungspflicht mit den ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnismitteln. Beim Miervorkaufsrecht ist neben der eigenen Urkundstätigkeit im Zusammenhang mit der Umwandlung erste Erkenntnisquelle das Grundbuch. Aus ihm ist das Datum der Entstehung des Wohnungseigentums ersichtlich. So wie bei der Klärung des Sachverhaltes in der Vertragsvorbereitung zu erfragen ist, ob eine vermietete Wohnung verkauft wird, ist der Verkäufer auch danach zu befragen, wann die Wohnung dem Mieter überlassen wurde. Dies kann auch schon bei einem Rechtsvorgänger des Verkäufers geschehen sein. Im Zweifel kann es ratsam sein, den Mietvertrag einzusehen. Wird im Zuge einer Umwandlung verkauft, gibt es insoweit kaum Ermittlungsprobleme, da dann wohl alle Mieter betroffen sind. Bei einem Neubau kann ein Miervorkaufsrecht auch dann in Betracht kommen, wenn Mieter vor Grundbuchvollzug der Teilungserklärung eingezogen sind, ein Fall, der bei langen Vollzugszeiten gerade in den neuen Ländern durchaus eintreten kann.

Das Miervorkaufsrecht ist vom Gegenstand her gesehen immer dann gegeben, wenn eine Eigentumswohnung verkauft wird. Darauf, ob das Wohnungsgrundbuch schon angelegt ist, kommt es nicht an. Wird ein ganzer Mietwohnblock unaufgeteilt verkauft, kommt nach der hier vertretenen Ansicht ein Miervorkaufsrecht trotz des unglücklichen Gesetzeswortlautes nicht in Betracht, so daß auch keine Hinweispflicht besteht. Auch ein Hinweisrecht dürfte ausscheiden, weil der Notar keine falschen Hinweise geben darf. Problematisch wird es, wenn ein Haus zwar ganz verkauft wird, eine Teilungserklärung aber schon vorliegt oder

⁵¹ So auch BayObLG a. a. O. Ob ein Gesamtverkauf durch Vorkaufrechtsausübung in Einzelkäufe aufgespalten werden kann, ist aber doch fraglich.

⁵² Eingehend dazu vor allem Langhein DNotZ 1993, 650.

gar bereits in Wohnungseigentum aufgeteilt ist. Mangels einschlägiger Rechtsprechung ist ein Hinweis, daß ein Miervorkaufsrecht in Betracht kommen „könnte“ (§ 20 BeurkG) ratsam. Ein Hinweis sollte aber dann unterbleiben, wenn nur die Umstände es nahe legen, daß an eine Umwandlung gedacht sei, oder wenn nur reine Absichten bestehen, die noch zu keinen Realisierungsschritten geführt haben⁵³.

Bei allen Hinweisen muß daran gedacht werden, daß zur rechtssicheren Vertragsabwicklung dann auch die Einleitung und Durchführung eines Verfahrens nach §§ 510 ff. BGB zu treten hat, das zur konkreten Ausübung führen kann. Man muß sich dabei jedes Stadium der rechtstechnischen Durchführung, wie sie in Abschnitt II geschildert ist, vergegenwärtigen und die Position des Vorkäufers in der Durchsetzung seines Eigentumsverschaffungsanspruches und der Konkretisierung seiner Zahlungspflicht vorstellen. Überall, wo keine konkrete Einzelwohnung Gegenstand eines Kaufvertrages ist, tauchen hier Schwierigkeiten auf. Ob es dem Schutzzweck des Gesetzes entspricht, das für den ersten Verkaufsfall geltende Vorkaufsrecht schon verbrauchen zu lassen, wenn ein zur Umwandlung anstehender Wohnblock verkauft wird, so daß bei einem späteren Einzelverkauf der Wohnung das Recht nicht mehr besteht, mag bezweifelt werden. Ein Übereifer schon mit Hinweisen kann sich ins Gegenteil verkehren. Dennoch: Einen eindeutigen Pflichtenkreis des Notars bei einem so unklaren Gesetz zu bestimmen und abzugrenzen, ist kaum möglich.

Handelt es sich um eine Sozialwohnung, ist zu § 2 b WoBindG zu belehren, wohl nicht (mehr) zu § 570 b BGB, da ersteres vorgeht⁵⁴ (siehe auch oben III 1 i). Beide Vorkaufsrechte sind rechtstechnisch zu unterschiedlich, als daß sie beide im gleichen Fall angewandt werden könnten. Allerdings ist diese Rechtsfrage noch nicht geklärt.

2. Belehrungspflichten

Mit der Erfüllung der Hinweispflichten auf ein mögliches Vorkaufsrecht ist keine Pflicht verbunden, über den Inhalt eines solchen Vorkaufsrechts zu belehren⁵⁵. Insofern schränkt § 20 BeurkG die Belehrungspflicht ein⁵⁶. Dennoch muß eine zusätzliche Belehrungspflicht insofern einsetzen, als die Vertragabwicklung an dem möglichen Vorkaufsrecht ausgerichtet werden muß. Das führt zu einer Belehrung der Vertragsteile darüber, unter welchen Voraussetzungen das Vorkaufsrecht ausgeübt wird und wie dies geschieht⁵⁷. Dies ist eingebettet in die Betreuungspflicht des Notars nach § 17 BeurkG und die Betreuungstätigkeit des Notars nach § 24 BNotO und mündet dann in die Vertragsgestaltung⁵⁸.

⁵³ Ich vertrete allerdings die Meinung, daß es ein Miervorkaufsrecht nur dann gibt, wenn konkret eine — wenn auch im Grundbuch noch nicht eingetragene — Eigentumswohnung Vertragsgegenstand ist, da nur dann die Gesetzestechnik des Vorkaufsrechts angewandt werden kann. Möglicherweise wird die Rechtsprechung eines Tages dazu kommen. Angesichts des verworrenen Gesetzestextes kann der Notar aber (noch) nicht entsprechend praktizieren.

⁵⁴ Vgl. Palandt/Putzo § 570 b BGB Rdnr. 1. Zum Vorkaufsrecht nach dem WoBindG eingehend Schmidt im Münchener Vertragshandbuch 3. Aufl. Band 4, 1. Halbband S. 310 f.

⁵⁵ Reithmann/Röll/Gebele, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 6. Aufl. Rdnr. 143.

⁵⁶ Ebenda.

⁵⁷ Vgl. auch Langhein a. a. O. S. 665.

⁵⁸ Eingehend zu diesen Aufgaben Reithmann, Vorsorgende Rechtspflege durch Notare und Gerichte, S. 157 ff.

Die Belehrungspflicht besteht jedoch grundsätzlich nur gegenüber den Personen, die an der Beurkundung beteiligt sind und zu denen der Notar deswegen Amtspflichten erfüllt⁵⁹, nicht gegenüber Dritten. Das bedeutet, daß dem Notar gegenüber vorkaufsberechtigten Mietern keine positiven Belehrungs- und Betreuungspflichten auferlegt sind. Er muß daher den Vertrag nicht auf deren Interessen hin ausgestalten⁶⁰. Eine negative Pflicht, keine zum Nachteil des Mieters unwirksamen Klauseln i. S. des § 570 b Abs. 4 BGB zu beurkunden, ist aber zu bejahen. Auch dürfte eine Vertragsgestaltung, die nur darauf abzielt, der Ausübung des Vorkaufsrechts Hindernisse in den Weg zu legen, mit den Pflichten des Notars nicht vereinbar sein.

3. Vertragsgestaltung

Kommt ein Mietervorkaufsrecht in Betracht, gehört es zur Aufgabe des Notars bei der Vertragsgestaltung, die mit dem Vorkaufsrecht zusammenhängenden Probleme in „möglichst kurzer und übersichtlichen Weise ausgewogen zu regeln“⁶¹. Folgende Punkte seien hier angesprochen:

a) Im Kaufvertrag sollen die Mieter benannt werden. Der Auftrag an den Notar, die Anzeige nach §§ 510 Abs. 1, 570 b Abs. 2 BGB vorzunehmen und die Vollmacht, die Erklärungen des Mieters (Ausübung oder Nichtausübung) entgegenzunehmen, dienen dazu, die Durchführung des Verfahrens im Interesse beider Vertragsteile zu sichern. Nicht möglich ist es aber, zu bestimmen, daß die Ausübung nur gegenüber dem Notar erklärt werden kann. Dies wäre eine nach § 570 b Abs. 4 BGB unwirksame Klausel, da § 505 Abs. 1 S. 1 BGB den Verpflichteten als Adressat bestimmt. Erhält der Notar binnen der Zwei-Monatsfrist keine Erklärung vom Mieter, muß er sich daher auch beim Verkäufer vergewissern, daß diesem keine Ausübungserklärung zugegangen ist. Übernimmt der Notar diese Verfahrensaufgabe, ist dies nicht risikolos⁶². Eine Haftung des Notars dafür, daß er die Anzeige an die richtigen und sämtliche Mieter richtet, muß verneint werden; er muß sich grundsätzlich auf die diesbezüglichen Angaben des Verkäufers verlassen können.

b) Die Anzeige an den Mieter kann erst erfolgen, wenn Genehmigungen erteilt sind, insbesondere vorgesehene Verwalterzustimmungen. Es ist angebracht, den Mieter darauf hinzuweisen, daß er bei Ausübung für sich selbst wieder eine eigene Verwalterzustimmung benötigt (dazu oben II j). Ob der Notar dem Mieter eine Beratung über Rechtsfragen zum Vorkaufsrecht anbietet, ist ihm überlassen. Häufig wird Beratungsbedarf bestehen, dem sich der Notar nicht entziehen sollte. Ein Verstoß gegen Pflichten zu den Vertragsteilen kann darin nicht gesehen werden.

c) Der Kaufpreis soll nicht fällig gestellt werden, bevor die Zwei-Monatsfrist abgelaufen ist oder eine Nichtausübungserklärung des Mieters (bei mehreren sämtlicher Mieter) dem Notar schriftlich vorliegt bzw. Schweigen des Mieters feststeht. In letzterem Fall darf der Notar eine Fälligkeitsmitteilung vornehmen, wenn er sich durch Kontakt mit dem Verkäufer überzeugt hat, daß auch dieser keine Ausübungserklärung erhalten hat.

⁵⁹ Ebenda S. 148.

⁶⁰ Es kann daher entgegen der Empfehlung *Brambrings* in DNotI-Report 13/1993 S. 6 eine Kaufpreisverteilung auf die einzelnen Wohnungen bei einem Blockverkauf nicht allgemeine Richtschnur sein.

⁶¹ Ebenda S. 158.

⁶² Dazu auch *Langhein* a. a. O. S. 666 f.

d) Da der Vorkaufsberechtigte den Vertrag gemäß dem beurkundeten Inhalt erfüllen muß, richtet sich die Fälligkeit auch für ihn danach. Eine im Vertrag vorgesehene Fälligkeitsmitteilung muß der Notar daher auch gegenüber dem Vorkäufer abgeben, um die Fälligkeit bei diesem auszulösen⁶³. Ist die Eintragung einer Auflassungsvormerkung vertragliche Fälligkeitsvoraussetzung, dürfte dies grundsätzlich auch beim Vorkäufer gelten. Im Gegensatz zum eingetragenen Vorkaufsrecht, das Vormerkungswirkung hat (beim schuldrechtlichen unmittelbar über § 883 BGB, beim dinglichen nach § 1098 Abs. 2 BGB), wäre der Vorkäufer ohne die Schutzwirkung der Vormerkung und müßte ohne Sicherheit zahlen. Ob der Kaufvertrag die Vormerkungspflicht als Fälligkeitsvoraussetzung nur auf den Hauptkäufer beschränken darf, so daß sie beim Vorkäufer nicht gilt, ist offen. § 570 b BGB dürfte dem nicht entgegenstehen, weil das BGB dem Vorkäufer keinen gesetzlichen Anspruch auf eine Vormerkung gewährt. Eine entsprechende Pflicht zur sicheren Vertragsgestaltung obliegt dem Notar gegenüber dem Vorkaufsberechtigten nicht. Schon wegen längerer Vollzugzeiten beim Grundbuchamt kann eine erneute Vormerkung eine erhebliche zeitliche Verzögerung der Vertragsabwicklung bewirken. Mit einer auf die Vorkaufsfristen abgestellten zeitlich fixierten Pflicht zur Kaufpreishinterlegung könnte man zu einer sinnvollen und angemessenen Vertragsgestaltung kommen.

e) Nach OLG München⁶⁴ tritt die Kaufpreisfälligkeit beim Vorkäufer unabhängig davon ein, ob der Eigentümer auch ihm gegenüber die Auflassung erklärt hat. Dem ist zuzustimmen. Der Kritik von *Grziwotz*⁶⁵, der die Erklärung der Auflassung, wenn sie im Kaufvertrag enthalten ist, als Fälligkeitsvoraussetzung auch gegenüber dem Vorkäufer wegen allgemeiner Zug-um-Zug-Leistungspflicht postuliert, kann nicht beigetreten werden. Die Vorkaufsrechtsbestimmungen des BGB sehen derartiges nicht vor. Das Kaufrecht verbietet die Trennung von Auflassung und Zahlungspflicht nicht. Der Umstand, daß (meist aus Kostenersparnisgründen) die Auflassung nicht ausgesetzt wird, kann nicht zu solchen Folgerungen führen, wenn die Vornahme der Auflassung nicht expressis verbis zur Fälligkeitsvoraussetzung gemacht wird. Der Vollzug der Auflassung wird dagegen regelmäßig von der vorherigen Kaufpreiszahlung abhängig gemacht. Wenn mit dieser kautelarjuristischen Methode statt der Zug-um-Zug-Leistung eine Art Vorleistung des Käufers mit der Kaufpreiszahlung vorgesehen wird, kann der Erklärung der Auflassung nicht die weitreichende Folge beigemessen werden, die *Grziwotz* fordert. Zurückstellung der Auflassung und Erklärung der Auflassung mit Vollzugsaufgabe sind Methoden der Kautelarjurisprudenz zur Sicherung der Kaufpreiszahlung vor Eigentumsumschreibung, die gleichwertig sind und auch in Vorkaufsfällen keine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. Würde man mit dem Zug-um-Zug-Prinzip hier wirklich so ernst machen, dann müßte die gesamte Eigentumsverschaffungspflicht des Verkäufers einbezogen werden, zu der auch die Grundbucheintragung kommt. Das ginge nicht ohne Hinterlegung, womit ein neues Element in den Vertrag eingefügt werden müßte, was das Recht des Vorkaufsrechts aber gerade ausschließt.

f) Eine weitere Frage ist, ob den Verkäufer, der sich dem Käufer gegenüber zur Eintragung von Grundschulden am Vertragsobjekt verpflichtet, um dessen Kaufpreisfinanzie-

⁶³ OLG München MittBayNot 1994, 30.

⁶⁴ A. a. O.

⁶⁵ MittBayNot 1994, 33.

zung zu ermöglichen, eine entsprechende Pflicht auch gegenüber dem Vorkaufsberechtigten bei dessen Finanzierung trifft. Das kann nicht allgemein angenommen werden, vor allem wenn die Belastungspflicht zu einer konkret im Vertrag benannten Bank eingegangen ist und der Auszahlungsanspruch gegenüber der Bank an den Verkäufer abgetreten ist. Die Verneinung einer solchen Belastungspflicht stellt keinen Vorstoß gegen § 570 b Abs. 4 BGB dar, weil für den Verkäufer keine solche gesetzliche Pflicht besteht. Im Vertrag könnte man dies dadurch zum Ausdruck bringen, daß die Belastungspflicht nur gegenüber namentlich zu nennenden Personen gilt.

g) Durch eine im Kaufvertrag vorgesehene Kaufpreishinterlegung zu einem die Zwei-Monatsfrist berücksichtigenden Kalendertag könnten die Probleme Vormerkung + Fälligkeit und Belastung + Finanzierung am einfachsten gelöst werden. Die Auszahlungen aus dem Anderkonto müßten dann auf die Sicherheiten beim Käufer abgestellt werden, die auch gegenüber dem Verkäufer anzuwenden wären. So könnte eine Hinterlegungslösung bei Mietervorkaufsfällen ein praktikables Modell werden. Denkbar wäre, daß die Hinterlegung nur bei Ausübung des Vorkaufsrechts vorgesehen wird. Ein Verstoß gegen § 570 b Abs. 4 BGB kann daran nicht erblickt werden. Schließlich muß der Vorkaufsberechtigte zahlen und er hat keinen Anspruch — auch nicht nach Treu und Glauben —, nach Ausübung des Vorkaufsrechts bei zwei Monaten Überlegungszeit weitere Kaufpreisstundungen zu erhalten.

h) Nach § 505 Abs. 1 S. 2 BGB bedarf die Erklärung zur Ausübung des Vorkaufsrechts nicht der Form des Kaufvertrages. Ob diese Formlosigkeit nach der Novellierung des § 313 BGB bei Grundstücken noch gilt, ist oben bereits erörtert worden (II b). Da der BGH aus Gründen der Rechtssicherheit kürzlich die Beurkundungsbedürftigkeit einer Nachgenehmigung abgelehnt hat⁶⁶, dürfte trotz etwas anders gelagerter Problemlage für das Vorkaufsrecht nichts anderes gelten bzw. zu erwarten sein. Im Kaufvertrag kann allerdings ein Formerfordernis nicht aufgestellt werden. Dies wäre auch ein Verstoß gegen § 570 b Abs. 4 BGB.

i) Mit Ausübung des Vorkaufsrechts bestehen zwei gültige Kaufverträge. Für das Schicksal des Kaufvertrages mit dem Erstkäufer wird angenommen, daß dann, wenn ihm das Vorkaufsrecht bekannt war, dieser Vertrag als unter der aufschiebenden Bedingung der Nichtausübung des Vorkaufsrechts geschlossen anzusehen ist⁶⁷. Diese Handhabung ist sinnvoll, ohne daß eine solche Bedingung im Kaufvertrag ausdrücklich genannt werden müßte. Ein gesetzliches Vorkaufsrecht fällt nicht in den Risikobereich des Verkäufers, so daß bei einem solchen die Parteien nach § 323 BGB frei werden sollen⁶⁸. Dennoch ist aber eine Klausel zweckmäßig, daß bei wirksamer Ausübung des Vorkaufsrechts die Erfüllungsansprüche des § 433 BGB erlöschen und keine gegenseitigen Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden können⁶⁹. Auch Rücktrittsrechte für diesen Fall bieten sich an⁷⁰. Sie haben jedoch den Nachteil, daß positiv gehandelt werden muß, was die Vertragsteile bezüglich des ersten Vertrags meist nicht mehr tun wollen, wenn das Vorkaufsrecht ausgeübt ist.

j) Probleme bereiten auch die Kosten des Erstvertrages. Auch hier ist manches ungeklärt. Kosten, die dem Dritten

entstanden sind, vor allem Notarkosten, kann er bei Nichterfüllbarkeit dem Verpflichteten in Rechnung stellen⁷¹. Sieht wie üblich der Vertrag eine Kostenpflicht des Käufers vor, hat der Vorkaufsberechtigte letztendlich diese Kosten⁷² zu tragen. Die Kostenschuldnerschaft gegenüber dem Notar wird bei Ausübung des Vorkaufsrechts nicht beseitigt. Entsprechendes wie bei den Beurkundungskosten dürfte auch für die Eintragung und Löschung der für den Dritten bewilligten Auflassungsvormerkung gelten⁷³. Der Rechtsklarheit dient es, wenn im Vertrag geregelt wird, wer Kosten trägt, die vom Vorkaufsberechtigten gesetzlich nicht zu erstatten sind. Dazu gehören auch Kosten für Beurkundung, Eintragung und Löschung von Finanzierungsgrundpfandrechten des Erstkäufers. Hierbei kann es ratsam sein, mit der Beurkundung solcher Grundschulden zu warten, bis Klarheit über die Vorkaufsrechtsausübung besteht.

k) Schließlich die Maklerprovision: Eine Provisionszahlungspflicht des Dritten entfällt mit Ausübung des Vorkaufsrechts⁷⁴. Provisionspflichten des Verkäufers bleiben auch bei der Ausübung des Vorkaufsrechts bestehen⁷⁵. Auch hier ist manches ungeklärt. So soll der Vorkaufsberechtigte zur Zahlung verpflichtet sein, wenn sich der Erstkäufer auch gegenüber dem Verkäufer zur Zahlung an den Makler verpflichtet hat, nicht aber, wenn nur die bloße Zahlungspflicht an den Makler im Vertrag ausgedrückt wird⁷⁶ — ein unbefriedigendes Ergebnis. Möglicherweise steht keine vertragliche Regelung zur Verfügung, die zu einer Provisionszahlungspflicht des Vorkaufsberechtigten führt — schlecht für den Makler.

V. Schlußgedanken

Mit den vorstehenden Gedanken, die die Probleme nicht ausschöpfen, soll es sein Bewenden haben. Vorkaufsrechte sind bei Politikern beliebt. Sie vermehren sich je nach Gusto der Politik. „Vorkaufsrecht“ ist ein einfacher und gängiger Begriff und erweckt den Anschein, damit könne man relativ leicht zugreifen oder zugreifen lassen und Probleme lösen⁷⁷. In ein Gesetz ist es leicht und schnell hineingeschrieben⁷⁸. Selten werden dabei das Wesen eines Vorkaufsrechts, seine Rechtstechnik und Funktionsweise berücksichtigt. In der Praxis damit zu arbeiten ist dann sehr schwer, weil das Gesetz nicht stimmig ist. Das Vorkaufsrecht des § 570 b BGB ist leider wieder ein Beispiel hierfür⁷⁹. Möge wenigstens die Rechtsprechung die größten Mängel korrigieren. Bis dahin muß der Notar mit ihnen leben.

Anmerkung der Schriftleitung:

Zum Mietervorkaufsrecht vgl. den zitierten Aufsatz von Langhein, DNotZ 1993, 650, der teilweise — insbesondere bei der Veräußerung noch unaufgeteilter Objekte — zu etwas abweichenden Ergebnissen kommt.

⁶⁶ BGH Urt. v. 25.2.1994 — V ZR 93/93, NJW 1994, 1344 = BB 1994, 817.

⁶⁷ Erman/Grünwald 9. Aufl. § 505 Rdnr. 9 m. w. N.

⁶⁸ Ebenda m. w. N.

⁶⁹ Vgl. dazu Brambring DNotI-Report 1993 Nr. 13 S. 5 ff.

⁷⁰ Langhein DNotZ 1993, 668.

⁷¹ MünchKomm/Westermann § 505 Rdnr. 7.

⁷² Erman/Grünwald § 505 Rdnr. 8, 9.

⁷³ MünchKomm/Westermann a. a. O.; Langhein a. a. O. S. 664.

⁷⁴ Westermann, wie vor, Rdnr. 8.

⁷⁵ Langhein a. a. O. S. 665 m. w. N.

⁷⁶ Staudinger/Mayer-Maly § 505 Rdnr. 15.

⁷⁷ Leider wird der Eigentumseingriff durch Vorkaufsrechte von Verfassungsrechtlern kaum erkannt. Zur Eigentumsgarantie gehört m. E. nicht nur das Recht, über Eigentum zu verfügen, sondern auch an wen. Vorkaufsrechte beschränken letzteres erheblich.

⁷⁸ So ist es erschreckend, mit welcher Leichtigkeit Vorkaufsrechte in den neuen Ländern kreiert werden, eine Folge schlechter Sitten aus den alten Ländern; vgl. dazu die Übersicht von Grauel in MittRhNotK 1993, 243.

⁷⁹ Vgl. auch die negative Bewertung des Gesetzes durch Langhein in DNotZ 1993, 669.

Das Fischereirecht im Fluß: Von selbständigen und beschränkten Fischereirechten

Anmerkungen zum Urteil des BGH vom 25.3.1993¹

Von Notar *Dr. Jörg Mayer*, Pottenstein

1. Die entschiedenen Rechtsfragen

Die landesgesetzlichen Bestimmungen über Fischereirechte stehen nicht gerade im Brennpunkt des juristischen Interesses. Höchststrichterliche Entscheidungen hierzu sind selten. Dies darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß es meist um ganz erhebliche Vermögenswerte geht. Der Zugang zu dieser Rechtsmaterie ist nicht leicht und kann nur dann gelingen, wenn einige Grundbegriffe klar sind. Dies gilt auch für das zu besprechende BGH-Urteil. In sehr ausführlicher und kenntnisreicher Weise hat der BGH hierzu im wesentlichen zu zwei Themenbereichen Stellung genommen:

(1) Wie verändert sich das selbständige Fischereirecht bei einem Aufstau des Gewässers?

Angesichts des Baus zahlreicher Staustufen, Stauseen und Talsperren in den letzten Jahren aus Gründen des Hochwasserschutzes, der Energieerzeugung, Trinkwassergewinnung und der Förderung der Erholung kommt dieser Frage für die gesetzlich noch nicht geregelten Altfälle erhebliche praktische Bedeutung zu.

(2) Kann an einem selbständigen Fischereirecht ein beschränktes dingliches Nutzungsrecht eingeräumt werden, das dem Berechtigten die Fischereiausübung nur mit der Handangel gestattet?

Auch diese Frage hat praktische Bedeutung wenn sich etwa der Verkäufer eines Fischereirechts eine beschränkte Nutzungsmöglichkeit noch vorbehalten möchte². Die Ausführungen des BGH beziehen sich allein auf die Rechtsverhältnisse in Baden-Württemberg. Angesichts der starken Verschiedenheit der einzelnen Regelungen der Landesfischereigesetze können die dort getroffenen Aussagen nicht ohne weiteres verallgemeinert werden. Dies soll im folgenden verdeutlicht werden.

2. Selbständiges Fischereirecht und Gewässer-aufstau

Eine Gewässeränderung durch Aufstau eines Fließgewässers kann ganz erhebliche Konkurrenzprobleme hinsichtlich der Frage mit sich bringen, wem das Fischereirecht an dem neu geschaffenen Gewässer zusteht. Dies beruht vor allem darauf, daß fischereiberechtigt nicht in jedem Fall der Eigentümer des Gewässers ist³, sondern gerade an kleineren Gewässern das Fischereirecht oft Dritten zusteht⁴. Man

spricht hier von sog. *selbständigen Fischereirechten*⁵. Allerdings ist das Eigentümerfischereirecht der gesetzliche Regelfall der Fischereiberechtigung⁶.

Es geht hierbei um erhebliche wirtschaftliche Interessen⁷.

Der Staat oder der sonstige Ausbauunternehmer wird für sich in Anspruch nehmen, daß er durch ganz erheblichen finanziellen Aufwand eine wesentliche Vergrößerung der

³ In der Regel wird der Träger des Gewässerausbauvorhabens auch das Eigentum an den überstauten Gewässergrundstücken haben. War er bereits Eigentümer des gestauten Fließgewässers, das ein selbständiges Grundstück im Rechtssinne ist, so erstreckt sich mit dem dauerhaften Anstau — vorbehaltlich einer Entschädigungspflicht für die überstauten Eigentümer der Ufergrundstücke — sein Eigentum auch auf überstaute Grundstücke, Art. 7 Abs. 1 BayWG. Vgl. hierzu auch *Braun/Keiz*, Fischereirecht in Bayern, Stand Jan. 1994, Art. 3 Rdnr. 7.

⁴ Anders als das Jagdrecht, § 3 Abs. 1 S. 2 BJagdG, ist das Fischereirecht nicht untrennbar mit dem Grund und Boden verbunden.

⁵ Vgl. hierzu die Legaldefinition des Art. 9 Abs. 1 FischG; zum Begriff etwa *Braun/Keiz*, Art. 9 Rdnr. 1 ff.; *Reimann*, MittBayNot 1971, 4. Auch die Fischereirechte der anderen Bundesländer kennen die selbständigen Fischereirechte: § 6 Abs. 3 BWFischG v. 14. 11. 1979, GBl. S. 466, zuletzt geändert durch Gesetz v. 13. 2. 1989, GVBl. S. 101; § 6 Abs. 1 RhPfFischG v. 9. 12. 1974 GVBl. S. 601, zuletzt geändert durch Gesetz vom 7. 12. 1990, GVBl. S. 333; §§ 5, 6 Abs. 1 NRW FischG v. 11. 7. 1972, GV S. 226, zuletzt geändert durch Gesetz v. 6. 11. 1984, GVBl. S. 663; § 4 Abs. 1 Hess FischG v. 19. 12. 1990, GVBl. I S. 776, zuletzt geändert durch Gesetz vom 5. 2. 1992, GVBl. I S. 61; § 2 Abs. 1 NdsFischG v. 1. 2. 1978 GVBl. S. 81, zuletzt geändert durch Gesetz v. 22. 3. 1990 GVBl. S. 101; § 4 Abs. 2 BbgFischG v. 13. 5. 1993, GVBl. S. 178.

⁶ Art. 3 BayFischG; § 5 RhPfFischG; § 4 NRW FischG. Etwas anders ist die Rechtslage in Baden-Württemberg: Nach § 4 BWFischG steht grundsätzlich in Gewässern erster Ordnung dem Land, in Gewässern zweiter Ordnung innerhalb des Gemeindegebiets der Gemeinde und nur in allen anderen Gewässern dem Eigentümer des Gewässerbetts das Fischereirecht in der Regel zu. Da diese Gesetzesbestimmung aber erst relativ neu ist, findet sie grundsätzlich erst auf die seit Inkrafttreten des Gesetzes neu entstandenen Gewässer Anwendung oder wenn ein Rechtsverlust nach § 6 Abs. 6 BWFischG eintritt, *Karremann/Laiblin*, Das Fischereirecht in Baden-Württemberg, Komm., 2. Aufl., 1984, § 4 Rdnr. 1.

⁷ Als praktisches Beispiel seien hier die Fischereirechtsstreitigkeiten um den Sylvensteinspeicher genannt: Nachdem hier der aufstauende Freistaat Bayern vor dem Bayerischen Obersten Landesgericht keinerlei Fischereirecht zugesprochen bekam (BayObLGZ 1973, 39, vgl. hierzu sogleich unter 2.1. (3)), versuchte man durch eine rigorose Gesetzesänderung dem Ausbauunternehmer das alleinige Fischereirecht durch das Gesetz vom 11. 11. 1974 (BayGVBl. S. 610) einzuräumen (hierzu *Leonhardt*, AgrarR 1975, 145 ff.). Der Bayerische Verfassungsgerichtshof (BayVerfGHE 32, 72) hat diese Regelung aber als unzulässige Mischform von Legalenteignung und Enteignung durch Verwaltungsakt verworfen, was zur jetzigen differenzierten Regelung des Art. 5 a BayFischG führte, *Braun/Keiz*, Art. 5 a Rdnr. 2 f.

¹ III — ZR 19/91. Hierzu auch *Reimann*, EWIR 1993, 1189.

² Aus den gleichen Motiven kann sich der Verkäufer ausbedingen, daß eine bestimmte Anzahl von Fischkarten an von ihm zu benennende Personen ausgegeben werden. Diese Vereinbarung kann allerdings nicht durch eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit gesichert werden, da Gegenstand der Verpflichtung ein aktives Tun ist, vgl. BayObLG AgrarR 1988, 196 = Rpfleger 1988, 237 (nur Leitsatz).

befischbaren Wasserfläche und damit auch Wertsteigerung der Fischereiberechtigung herbeigeführt hat⁸, die dem Berechtigten des selbständigen Fischereirechts ohne weiteres Zutun gleichsam wie eine reife Frucht in den Schoß fällt. Der Gewässerausbau muß aber nicht immer zu einer Verbesserung des Fischereirechts führen. Mehr Quantität ist auch am Fischwasser nicht immer mit mehr Qualität verbunden. Man denke etwa an den Fall, daß aus einem hervorragenden Äschen- und Huchenwasser durch einen Aufstau ein leicht verschlammender Stausee entsteht, in dem nur noch Weißfische, Aale und ein paar Zander gedeihen⁹. Also liegt auch hier kein Fall wie der andere, und Justitias ausgleichende Gerechtigkeit ist gefordert.

2.1. Die möglichen Regelungen

Zur Lösung dieses Interessengegensatzes und des Schicksals der selbständigen Fischereirechte beim Gewässerausbau bieten sich theoretisch verschiedene Möglichkeiten an. In den meisten Landesfischereigesetzen wurden mittlerweile entsprechende Regelungen getroffen. Interessant ist die Behandlung von „Altfällen“, wie bei der besprochenen BGH-Entscheidung, wenn die Gewässeränderung noch vor Inkrafttreten der fischereirechtlichen Spezialregelung erfolgte.

Im einzelnen werden folgende Auffassungen vertreten:

(1) Untergang des selbständigen Fischereirechts

Diese rigoroseste Auffassung geht davon aus, daß das selbständige Fischereirecht durch den Aufstau seinen Gegenstand, nämlich den bisherigen Flußlauf, verloren habe, und deshalb wegfallen müsse. Daher sei dem Regelfischereiberechtigten die Geltung zu verschaffen¹⁰. § 7 NRW FischG folgt dieser Auffassung und sieht bei einer Veränderung des Gewässerbettes ein Erlöschen des selbständigen Fischereirechts vor¹¹.

(2) Ausdehnungstheorie

Unter Rückgriff auf das Wesen des selbständigen Fischereirechts als ein Recht an dem Gewässer und nicht an einem Grundstück wird gefolgert, daß sich die räumliche Aus-

dehnung des selbständigen Fischereirechts nach der jeweils andauernden räumlichen Ausdehnung des Gewässers bestimmt. Das selbständige Fischereirecht folgt also grundsätzlich der Gewässeränderung¹². Diese Theorie kann jedoch nur dann angewendet werden, wenn die *Identität* des ursprünglichen mit dem veränderten Gewässer gegeben ist. Wie jedoch das Beispiel Sylvensteinspeicher zeigt (vom Wildfluß Isar zum Stausee), werden an dieses einschränkende Tatbestandselemente geringe Anforderungen gestellt. Der Bayerische Verfassungsgerichtshof¹³ hat in neuerer Zeit diese Ausdehnungstheorie nicht mehr uneingeschränkt gelten lassen und vielmehr betont, es sei verfassungsrechtlich eine Abwägung zwischen den eigentumsrechtlich geschützten selbständigen Fischereirechten einerseits und dem Gewässereigentum der Regelfischereiberechtigten geboten. Bei in der Landschaft abgegrenzten Wasserflächen, die fischereiwirtschaftlich gesondert genutzt werden, verletze die Ausdehnungstheorie die verfassungsrechtlich geschützten Interessen des Gewässereigentümers¹⁴. Dieser Ausdehnungstheorie folgen eine Reihe fischereigesetzlicher Bestimmungen ausdrücklich¹⁵.

(3) Entstehung von Mitberechtigungen des selbständigen Fischereiberechtigten und des Eigentümerfischereiberechtigten

Vermittelnde Auffassungen gehen davon aus, daß beim Gewässeraufstau zwar einerseits das selbständige Fischereirecht fortbesteht¹⁶, aber andererseits daneben dem Eigentümer der überstauten Flächen als Regelfischereiberechtigten ein Fischereirecht zusteht. Hinsichtlich Art und Umfang der so entstehenden Mitberechtigungen bestehen aber noch weiter differenzierende Auffassungen.

a) räumliche bzw. zonale Aufteilung

Hier werden verschiedene Abgrenzungen vertreten¹⁷.

⁸ So haben etwa die Wasserverbände in Ostwürttemberg bislang ohne Erfolg versucht, eine fischereiliche Mitberechtigung an den mit großen staatlichen Zuschüssen gebauten, unterhaltenen und betriebenen Hochwasserrückhaltebecken zu erhalten, *Karremann/Laiblin*, a. a. O., Anh. 4, S. 236 f.

⁹ Ein anschauliches Beispiel ist hierfür leider der Lech, der in eine Kette von Stautufen verwandelt wurde. Es ist nur der Vitalität der Natur zu verdanken, daß in Deutschlands ehemals besten Huchenfluß gelegentlich immer noch beachtliche Donaulachse gefangen werden.

¹⁰ *Freudling*, BayVBl. 1973, 316, 318. Das BayObLG meint hierzu in BayObLGZ 1973, 39, 42, diese Vorstellungen seien zu sehr von der Statik des Grundstücksrechts des BGB geprägt.

¹¹ *Molitor*, Das Fischereigesetz für das Land Nordrhein-Westfalen, 1988, S. 25. Beruht die Veränderung auf einem künstlichen Eingriff, so ist durch den Träger der Maßnahme dem Fischereiberechtigten jedoch der Schaden zu ersetzen.

¹² So bereits RGZ 90, 246, 249 in einer Entscheidung zum preußischem Landrecht sowie das Bayerische Oberste Landesgericht in ständiger Rechtsprechung, BayObLGZ 1972, 177, 182; 1973, 39, 41 f.; zuletzt BayObLGZ 1982, 308, 312. Ebenso *Braun/Keiz*, Art. 5 a Rdnr. 1, Art. 9 Rdnr. 7; *Reimann MittBayNot* 1971, 4, 9: „Die Grenzen . . . in Richtung des Flusses . . . sind . . . variabel.“; *Schwabacher*, Zur Natur selbständiger Gerechtsamkeiten, Diss. Erlangen, 1913, S. 97.

¹³ BayVBl. 1984, 655, 658.

¹⁴ Probleme bereiten hier vor allem die neugeschaffenen Baggerseen in Flußnähe, die oft über ein mehr oder weniger verlandetes Altwasser mit dem Fluß verbunden sind, so der vom Bayerischen Verfassungsgerichtshof entschiedene Fall.

¹⁵ Bereits früher § 10 PrFischG; § 8 Abs. 1 RhPfFischG, § 6 Abs. 3 NdsFischG; § 5 Abs. 1 HessFischG; § 5 Abs. 1 S. 2 BbgFischG; § 5 Abs. 3 BWFischG (im Anschluß an das OLG Stuttgart und die o. g. Rechtsprechung des BayObLG, gilt dies gerade auch für Stauhaltungen um eine Vergrößerung der Zahl der Fischereiberechtigten zu vermeiden, *Karremann/Laiblin*, § 5 Rdnr. 3). Allerdings sehen die zuletzt genannten neueren Fischereigesetze (außer Brandenburg) eine Verpflichtung des Fischereiberechtigten zu einer Vorteilsausgleichung gegenüber dem Träger der Baumaßnahme vor.

¹⁶ Dem liegt die Vorstellung zugrunde, daß die Fischereirechte — ähnlich wie die Dienstbarkeiten des BGB — dem sachrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz unterliegen und ihr Ausübungsbereich räumlich begrenzt ist, vgl. *Staudenmaier*, BWNofZ-1963, 11, 16; *Wiedmann*, Das Fischereirecht bei Gewässeränderungen, Diss. Tübingen, 1967, S. 28 f.

¹⁷ Wie sehr juristische Phantasie angeregt werden kann, zeigen etwa die Ausführungen von *Wiedmann*, a. a. O., S. 55 ff.: Er unterscheidet das alte Fischereirecht im ursprünglichen Bachbett (begrenzt seitlich und horizontal durch den Mittelwasserstand), das Fischereirecht an den überstauten Ufergrundstücken und das Fischereirecht in der Zone über dem alten Bachbett, verwirft aber eine reale Abgrenzung (der Fischereiberechtigte am alten Bachbett könnte dies nur durch Tiefenangeln oder mittels Tauchausrüstung ausüben) und entwirft komplizierte mathematische Berechnungsmethoden zur Bestimmung der ideellen Fischereibeteiligung.

Möglich wäre eine Realteilung in dem Sinne, daß der Inhaber des selbständigen Fischereirechts im Bereich des alten Bachbetts sein Recht behält und an den zusätzlich überstauten Ufergrundstücken das (räumlich getrennte) Regelfischereirecht des Eigentümers entsteht¹⁸.

b) ideelle Mitberechtigung

Diese Lösung hat zwar den Vorteil, daß sie sowohl den Inhaber des selbständigen Fischereirechts als auch den Ausbaunternehmer eine Fischereiberechtigung beläßt und hinsichtlich deren Höhe an die durch die Aufstaumaßnahme eintretende Werterhöhung anknüpfen kann. Sie hat jedoch den Nachteil, daß dadurch eine Mitberechtigung (Koppelfischerei) entsteht und damit zu der unerwünschten Vermehrung der Zahl der Fischereiberechtigten führt. Art. 5 a BayFischG geht bei Errichtung eines dort genannten Wasserspeichers diesen Weg der Schaffung einer Mitberechtigung. Dies führt zugleich dazu, daß die Ausübung der Fischerei durch den einzelnen Fischereiberechtigten selbst ausgeschlossen ist¹⁹. Es kennzeichnet die Qualität unserer Gesetze, daß unklar ist, ob diese erst neu geschaffene Regelung auch bei einem Identitätsverlust durch den Gewässer-aufstau gilt²⁰.

2.2. Die Rechtslage in Württemberg vor Inkrafttreten des neuen Fischereigesetzes

Der BGH hat zunächst die Frage untersucht, ob es sich bei dem aufgestauten Gewässer um ein öffentliches oder privates Gewässer handelt, weil für die Bestimmung des Fischereiberechtigten in Baden-Württemberg danach unterschieden wird²¹. Ein Hochwasserrückhaltebecken sei aber als öffentliches Gewässer anzusehen. An fließenden öffentlichen Gewässern habe aber vor Inkrafttreten des neuen Fischereigesetzes nicht dem Eigentümer des Gewässergrundstücks, sondern grundsätzlich dem Staat das Fischereirecht zugestanden.

Der BGH hat sich weiter nach einer ausführlichen Stellungnahme zu den zu württembergischen Verhältnissen vertretenen Auffassungen dafür ausgesprochen, daß auch hier vor Inkrafttreten des neuen Fischereigesetzes am 1.1.1981 grundsätzlich die *Ausdehnungstheorie* galt. Auch er leitet dies aus der Rechtsnatur des selbständigen Fischereirechts als Belastung des Gewässers her, und da beim Aufstau ja das ursprüngliche Bachbett als Gegenstand des Fischereirechts erhalten bleibe, könne es nicht untergehen²². Der BGH begründet dies auch überzeugend mit einer historischen Interpretation über eine geplante Gesetzesänderung von 1900. Obwohl sowohl das Bayerische Oberste Landesgericht wie auch der BGH ausdrücklich betonten, daß die

Ausdehnungstheorie in der Rechtsprechung des BayObLG in den landesrechtlichen Besonderheiten des Bayerischen Fischereirechts wurzeln, wird doch die Rechtsprechung des Bayerischen Obersten Landesgerichts im Ergebnis bestätigt. Dies gilt auch hinsichtlich des einschränkenden Merkmals, daß bei einem *Identitätsverlust* des Gewässers die Ausdehnungstheorie nicht anwendbar sei. Maßstab für die Identitätswahrung soll allein sein, ob das „aufgestaute Gewässer bei natürlicher Betrachtung der Landschaft noch als verbreiteter Flußlauf erachtet werden kann“²³. Die Tücke juristischer Terminologie zeigt sich an dieser Formulierung wieder besonders deutlich: „natürlich“ ist hier ganz offensichtlich nicht im fischereibiologischen Sinne gebraucht: Denn eine solche Wesensveränderung ist nicht nur nach der Veränderung der Wasserfläche, der Wassermenge, der Fließgeschwindigkeit und der Fauna (Fischarten) zu beurteilen. Diese „natürlichen Parameter“ werden sich bei einem Aufstau immer verändern²⁴. Letztlich wird man aber der Auffassung des BGH in diesem Punkt zustimmen können, zumal sie auch der vom baden-württembergischen Gesetzgeber bei der Novellierung der Fischereirechts getroffenen Grundsatzentscheidung über die Behandlung der Aufstauungsfälle entspricht²⁵. Verfassungsrechtlich hält es der BGH im Anschluß an eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu den Fischereirechten in Baden-Württemberg²⁶ für unbeachtlich, daß die Fischereirechte vom Eigentum an den überfluteten Grundstücken getrennt werden. Da die Substanz des Eigentums am Gewässerbett selbst erhalten bleibt, sei kein Verstoß gegen Art. 14 GG gegeben. Dem Grundstückseigentümer werde dadurch keine Befugnis entzogen, die er schon vorher gehabt habe^{27, 28}. Auch ein Verstoß gegen das Gebot sozialgerechter Eigentumsordnung liege nicht vor, da es sich hier um ein öffentliches Gewässer handle, das nach dem baden-württembergischen Wasserrecht nicht Gegenstand privaten Eigentums sei.

²³ BGH, a. a. O., unter 6. f).

²⁴ Zutreffend *Braun/Keiz*, Art. 5 Rdnr. 5: „Die Rechtsprechung nimmt einen Identitätsverlust durch Aufstau . . . nur sehr zurückhaltend an . . .“.

²⁵ S. o. Fn. 15.

²⁶ BVerfG BWNotZ 1987, 117; ebenso BGH BWNotZ 1987, 119 zur gesetzlichen Regelung des § 5 BWFischG, die aber eine Verpflichtung zur Ausgleichung des Vorteils an den Grundstückseigentümer vorsieht; kritisch hierzu *Röther*, BWNotZ 1987, 118 f. Im Anschluß an den sog. „Naßauskiesungsbeschluß“ des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 58, 300; hierzu etwa *Breuer*, Öffentliches und privates Wasserrecht, 2. Aufl., 1987, Rdnr. 78 ff.) wird somit nicht nur das unterirdische Wasser im Interesse der Sicherung des überragenden Gemeinwohls „Wasserversorgung“ einer öffentlich-rechtlichen Benutzungsordnung unterworfen, sondern es wird auch die öffentlich-rechtliche Regelung der fischereiwirtschaftlichen Nutzung der Oberflächengewässer als zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums angesehen.

²⁷ Die situationsbedingt vorgegebene Nutzungsmöglichkeit des gewässernahen Grundstücks wird offenbar als ein nicht verfassungsrechtlich geschützter Lagevorteil angesehen.

²⁸ Dies soll wohl auch dann gelten, wenn eine Vorteilsausgleichung für den Eigentümer des Gewässergrundstücks — anders als nach § 5 BWFischG — nicht vorgesehen ist. Dies erscheint mir zweifelhaft. Sehen die meisten Landesfischereigesetze eine Ausgleichungsverpflichtung hinsichtlich der Wertsteigerung dann nur aus Billigkeitsgründen vor?

¹⁸ So wohl *Staudenmaier*, BWNotZ 1963, 11, 16, der aber auch eine Miteigentümergeinschaft nach § 1010 BGB für möglich hält bzw. die genaue Festlegung der Fischereirechte dem Planfeststellungsverfahren über den Gewässerausbau zuweisen möchte. Doch das kann dieses öffentlich-rechtliche Planungsverfahren sicherlich nicht leisten.

¹⁹ *Braun/Keiz*, Art. 5 a BayFischG. Möglich ist nur die Ausübung für Rechnung der Anteilberechtigten durch einen ständig hierfür bestellten Vertreter, durch Verpachtung oder durch Anschluß an eine Genossenschaft.

²⁰ Zu Recht bejahend *Braun/Keiz*, Art. 5 a, Rdnr. 7 ff.

²¹ Vgl. hierzu etwa *Schmid*, BWNotZ 1986, 117, 119.

²² So auch *Wiedmann*, a. a. O., S. 32.

3. Begründung eines Handangelrechts und Sicherung durch eine entsprechende Dienstbarkeit

3.1. Beschränkte Fischereirechte

Anliegen aller Fischereigesetze ist die Anhebung der Fischbestände, die durch Umweltverschmutzung, Gewässerverbauung mit Verlust der Laichplätze und Fischunterstände und durch zu starke Befischung stark gelitten haben²⁹. Gerade dem zu großen Befischungsdruck versucht man durch Verbot der Koppelfischerei³⁰ und durch die Reglementierung von beschränkten Fischereirecht zu begegnen³¹. Von *beschränkten Fischereirechten* spricht man, wenn das subjektive Fischereirecht auf die Aneignung bestimmter Wassertiere oder auf die Benützung bestimmter Fangmittel oder ständiger Fangvorrichtungen beschränkt ist³². Hierzu gehören etwa der Fang allein mit sog. Aalkörben, Wurfnetzen, Reusen usw. Gerade die Installation von ständigen Fangmitteln wie Aalkörben kann sehr ergiebig sein und die Unterlieger stark schädigen, weshalb auch von „parasitären Fischereirechten“ gesprochen wird³³. § 6 Abs. 1 S. 2 BWFischG³⁴ bestimmt daher aus verständlichen Gründen, daß beschränkte Fischereirechte nicht mehr neu begründet werden können. Dabei handelt es sich, wie der BGH zu Recht feststellt, um ein Verbotsgesetz im Sinn des § 134 BGB, das zur Nichtigkeit der dagegen verstoßenden Vereinbarung führt³⁵.

3.2. Die Auffassung des BGH

In dem vom BGH entschiedenen Fall war ausdrücklich nur das Recht eingeräumt worden, innerhalb des aufgestauten Gewässers „die Sportfischerei mit der Angel auszuüben“. Der fischereirechtlich etwas bewanderte Leser wird auf den ersten Blick versucht sein, diesen Fall als Einräumung eines beschränkten Fischereirechts anzusehen³⁶. Nimmt man die Legaldefinition des § 3 Abs. 2 BWFischG, wonach das beschränkte Fischereirecht nur die Befugnis gibt, „Fische bestimmter Fischarten, mit bestimmten Fangarten . . . zu fangen . . .“³⁷ so fällt nach dem bloßen Wortlaut die vereinbarte, im Grundbuch zu sichernde Handangelberechtigung eindeutig unter diese Norm.

²⁹ Wie aktuell diese Problematik bereits bei Verabschiedung des Bayerischen Fischereirechts 1908 waren zeigt die Kommentierung von *Weiß*, Das Fischereigesetz für das Königreich Bayern, 1909 Einleitung, S. 13 ff.

³⁰ Diese liegt nach der Legaldefinition des Art. 24 Abs. 1 BayFischG vor, wenn an derselben Gewässerstrecke mehrere Fischereirechte bestehen oder wenn an derselben Gewässerstrecke mehreren Personen ein Fischereirecht zusteht.

³¹ Für Baden-Württemberg vgl. *Karremann/Laiblin*, Einleitung, S. 24; von *Malsen-Waldkirch/Hofer*, Das bayerische Fischereirecht, Kommentar, 1910, Einleitung, S. 125 für das Bayerische Fischereirecht.

³² Zum Begriff vgl. Art. 11 BayFischG; § 3 Abs. 2 BWFischG.

³³ *Bergmann*, Fischereirecht, 1966, 4.4.8.9.

³⁴ Ebenso Art. 11 S. 1 BayFischG.

³⁵ Ebenso zur bayerischen Rechtslage *Braun/Keiz*, Art. 11 Rdnr. 7.

³⁶ So erwähnen etwa die Kommentierungen von *Braun/Keiz*, Rdnr. 2, von *Malsen-Waldkirch/Hofer*, Allgemeines, *Bleyer*, Das bayerische Fischereigesetz, 3. Aufl., 1925, Anm. 1 und *Weiß*, Anm. 1 je zu Art. 11 BayFischG ausdrücklich das Angelrecht als Beispiel für das beschränkte Fischereirecht.

Der BGH sieht dies anders und begründet die Nichtanwendbarkeit dieser Norm im wesentlichen mit drei Argumenten:

(1) dogmatisch-konstruktive Überlegungen

Der BGH räumt zwar ein, daß die vertragliche Vereinbarung hinsichtlich ihrer *tatsächlichen Auswirkungen* eine Beschränkung des Umfangs der Nutzungsgestattung darstelle, die vom Wortlaut der Verbotsnorm erfaßt werde. Die vertraglich getroffene Gestattung sei jedoch nach ihren rechtlichen Grundlagen, insbesondere ihrer rechtlichen Herleitung, nicht mit den beschränkten Fischereirechten vergleichbar, deren Neubestellung nach § 6 Abs. 1 S. 2 BWFischG verboten sei. Das Gericht differenziert dabei nach dem *Belastungsobjekt*³⁸: Beschränkte wie unbeschränkte Fischereirechte belasten grundsätzlich nur das Gewässer. Bei der — hier zu beurteilenden — dinglichen Belastung eines selbständigen Fischereirechts durch ein beschränktes Nutzungsrecht in Form einer Dienstbarkeit stünde aber die Belastung nicht in Beziehung zum Gewässer, sondern zum belasteten Fischereirecht. Es werde dadurch nur ein vom schon existenten Hauptrecht abhängiges „mehr oder minder umfangreiches Nutzungsrecht“ begründet; somit werde daher zu den bestehenden Fischereirechten kein weiteres mehr „hinzugefügt“, sondern nur über ein schon vorhandenes subjektiv dingliches Recht „ohne Erweiterung des Inhalts verfügt“³⁹. Dieser dogmatisch-konstruktiven Überlegung des BGH entspricht die bayerische Rechtsauffassung über die *Rechtsnatur der beschränkten Fischereirechte*. Denn diese werden hier als selbständige Fischereirechte angesehen⁴⁰. Die selbständigen, d. h. also nicht dem Gewässereigentümer zustehenden Fischereirechte, zerfallen demnach in unbeschränkte und beschränkte Fischereirechte, die untereinander im Konkurrenzverhältnis stehen oder aber sich sogar ausschließen können⁴¹. Eine *Belastung eines selbständigen Fischereirechts* mit einer Dienstbarkeit oder einem Nießbrauch ist daher von der *Neubestellung eines Fischereirechts* zu Recht

³⁷ Ebenso verstehen die übrigen Landesfischereigesetze das beschränkte Fischereirecht als ein gegenüber dem allgemeinen Fischereirecht eingeschränktes Aneignungsrecht, wobei die Einschränkung sich sachlich auf das Aneignungsobjekt oder die Aneignungsmethode erstrecken kann; die Beschränkung kann aber auch zeitlich oder nach dem Verwendungszweck erfolgen, vgl. § 10 RhPfFischG, § 9 NRWfischG, Art. 11 BayFischG § 7 BbgFischG; § 8 Abs. 1 S. 1 Nds.FischG; § 5 SchlHFischG.

³⁸ Bereits *Reimann*, MittBayNot 1977, 179, 180 hatte bei der Auslegung des Art. 15 BayFischG, der bestimmt, daß ein Fischereirecht nicht als Dienstbarkeit begründet werden kann, danach differenziert, ob die die Fischereiausübung regelnde Dienstbarkeit an einem Grundstück bestellt wird (dann i. d. R. unzulässig) oder aber an einem selbständigen Fischereirecht.

³⁹ BGH, unter 7. c).

⁴⁰ *Braun/Keiz*, Art. 11 Rdnr. 3; von *Malsen-Waldkirch/Hofer*, Art. 11 Anm. II, So wohl auch *Bergmann* 4.4.8.9 im allgemeinen.

⁴¹ *Braun/Keiz*, Art. 11 Rdnr. 4. Allerdings können beschränkte Fischereirechte selbst nicht ohne ein allgemeines, rechtlich unbeschränktes Fischereirecht sein, sog. Stammrecht (das wiederum ein selbständiges oder aber ein Eigentümerfischereirecht sein kann). Denn als nur partiell berechtigendes Ausübungsrecht muß neben dem beschränkten Fischereirecht auch noch ein uneingeschränktes Aneignungsrecht bestehen.

45 Vgl. hierzu etwa *Palandt/Bassenge*, BGB, 53. Aufl., 1994, § 1018 Rdnr. 13 ff.; *Ertl*, *MittBayNot* 1988, 53, 55 mit weiteren Ausführungen zur Unterscheidung von Dienstbarkeit und Nießbrauch. Im einzelnen ist hier noch vieles offen.
 46 So zur ähnlichen Verweisung in Art. 9 BayFischG *J. Mayer*, *MittBayNot* 1992, 248, 251 m. w. N.
 47 Die Diktion betont leider zu sehr das ökonomische anstatt des auch zu beachtenden ökologischen Elements.
 48 S. o. 3.1. Dies wird von BVerfG *BWNöZ* 1987, 117, 118 als verfassungsrichtlich anzuerkennendes öffentliches Interesse bewertet, das sogar die Einschränkung des Eigentumsrechts rechtfertigt.

Der BGH schließt seine Argumentation mit der Überlegung ab, die Sicherstellung einer geordneten Fischwirtschaft⁴⁷ erfordere nicht zwingend ein Verbot der Belastung grundstücksgleicher Fischereirechte mit weiteren Nutzungsrechten. Diese Begründung erscheint auf den ersten Blick nicht unangreifbar. Allgemeines Ziel der Fischereigesetze ist vielmehr eine Vermehrung der Fischereiberechtigungen zu verhindern⁴⁸. Stellt man auf die *faktischen Auswirkungen* der Belastung eines bereits bestehenden selbständigen Fischereirechts durch Einräumung von weiteren, zur Fischerei berechtigenden Dienstbarkeiten ab, so führt dies sicherlich zur nicht gewollten *Erhöhung des Befristungsdrucks*. Allerdings entsteht das Problem nicht dadurch, daß inhaltlich eingeschränkte Fischereiausübungsberechtigungen geschaffen werden (dieses qualitative Problem ist der Normzweck der

(3) teleologische Überlegungen

Die übrige *systematische Argumentation* des BGH ist ebenfalls nicht unanfechtbar. Das Gericht sieht den Grundsatz des Verbots der Begründung beschränkter Fischereirechte durch § 6 Abs. 1 S. 3 BWFischG durchbrochen, wonach die Vorschriften dieses Gesetzes nur Anwendung finden, soweit sich aus den Absätzen 2 bis 4 des § 6 BWFischG nichts anderes ergibt. Aus der Verweisung des § 6 Abs. 3 BWFischG auf das gesamte formelle und materielle Grundstücksrecht leitet der BGH dann die Belastbarkeit mit Dienstbarkeiten der Rede stehenden Art her. Gesamtverweisungen dieser Art muß man aber dahingehend verstehen, daß sie nur gelten, wenn sich nicht aus ausdrücklichen Bestimmungen des Fischereigesetzes oder aus der besonderen Natur des Fischereigesetzes etwas anderes ergibt⁴⁶. Insoweit muß also der ausdrücklichen Spezialregelung des § 6 Abs. 1 S. 2 BGB schon aus systematischen Gründen grundsätzlich der Vorrang vor dem Dienstbarkeitsrecht des BGB eingeräumt werden. Die entscheidende Frage ist also, ob man — wie der BGH — unter beschränkten Fischereirechten nur selbständige Fischereirechte versteht oder diesen Begriff allein nach dem Umfang der letztlich gestatteten Rechtsausübung bestimmt.

Dienstbarkeiten genügend Anwendungsmöglichkeiten werden, bleiben für die Verwendung anderer Formen von beschränkter Benutzungsdienstbarkeiten ausgeschlossen. Durchbrechung der Verbotssnorm des § 6 Abs. 1 S. 2 BWFischG geschlossen werden; denn selbst wenn dadurch Dienstbarkeiten kann daher noch nicht zwingend auf die Soll. Aus der generellen Zulässigkeit der Belastung mit rechts an bestimmten Grundstücken ausgeschlossen werden Gewässerstücke und die Ausübung des Uferbetriebs vorzukommen, etwa wenn die Befischung einer gewissen letztgenannten Dienstbarkeitsarten wird in der Praxis öfter Gerade die Belastung eines Fischereirechts mit den beiden Dienstbarkeiten zum Ausschluß von Eigentümerrchten⁴⁵.

42 Für Dienstbarkeit und Nießbrauch: von *Malsen-Waldkirch/Hoyer*, Art. 9 Amm. 1 a); *Weiß*, Art. 9 Amm. 5 a); *Reinmann*, *MittBayNot* 1977, 179, 180. Nur die Belastung mit dem Nießbrauch erwannen: *Bleyer*, Art. 9 Amm. 2 a) und *Schmitt*, Das Fischereigesetz für das Königreich Bayern, 1909, Art. 9 Amm. 2. Dies gilt aber nur dann, wenn dadurch kein Koppelfischereirecht entsteht, vgl. dazu sogleich.
 43 Ausdrücklich halten *Karremann/Laiblin*, a. O., Anh. 4, S. 238 die Neubestellung von Nießbrauch, Grund- und beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten für zulässig. *Schmid*, *BWNöZ* 1981, 73, 75 und *BWNöZ* 1986, 117, 125 erwähnt nur den Nießbrauch.
 44 Vgl. hierzu *Schmid*, *BWNöZ* 1978, 21, 23, 25.

Die Argumentation aus der Belastungsfähigkeit mit beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten oder Grunddienstbarkeiten ist allerdings nicht völlig zwingend. Denn das BGB kennt nicht nur Benutzungsdienstbarkeiten, die dem Berechtigten nur die Nutzung in einzelnen Beziehungen gestatten, sondern auch Verbotsdienstbarkeiten und auch die Belastung mit Dienstbarkeiten nach wie vor möglich ist.
 Der BGH stützt seine Auffassung weiter auf die Entstehungsgeschichte des baden-württembergischen Fischereigesetzes. Anders als ursprünglich vorgesehen⁴⁴ wurde eine Bestimmung des Sachenrechts des BGB zu schließen, daß die Belastung mit Dienstbarkeiten auf die allgemeinen Bestimmungen des § 6 Abs. 3 BWFischG auf die allgemeinen Bestimmungen des § 6 Abs. 3 BWFischG auf die Verbindung mit der Verweisung des § 6 Abs. 3 BWFischG auf die allgemeinen Bestimmungen des Sachenrechts des BGB zu schließen, daß die Belastung mit Dienstbarkeiten nach wie vor möglich ist.

(2) historisch-systematische Überlegungen

Rechtsinhaber	Gewässereigentümer	Dritter, unmittelbarer Berechtigter	Fischereirecht	Rechts an einem	Rechts an einem	Rechts an einem	Rechts an einem
Belastungsobjekt	Gewässer	Gewässer	selbständiges Fischereirecht				
Umfang des Ansetzungsrechts	grundsätzlich uneingeschränkt, evtl. durch beschränkte Fischereiteilweise ausgeschlossen	grundsätzlich: unbeschränkt, aber: beschränkte unter Beachtung Rechtsgeschäfts	Rechts an einem				
Neubegründung	nur kraft Entstehung neuer Gewässer (Problem Aufstau von Gewässern)	a) beschränkte nach Form und Inhalt allein möglich b) unbeschränkte nach BGB möglich Fischereirecht: N. an Sachen	nach Form und Inhalt allein möglich				

Ausgehend von der Auffassung des BGH, daß beschränkte und beschränkte Fischereirechte sich in ihrer rechtlichen Grundlage entsprechen, läßt sich folgendes System der *Fischereirechte und dinglichen Nutzungsrechte* entwickeln:

Verbotsvorschrift), sondern daraus, daß es zu einer nicht gewünschten Vielzahl von Fischereiausübungsberechtigten kommt. Dieses *quantitative Problem* wird aber nicht vom Gesetzeszweck der Verbotsnorm des § 6 Abs. 1 S. 2 BWFischG erfaßt⁴⁹. Hier hätte es — wie in Bayern — eines ausdrücklichen Verbots der Vermehrung der Fischereirechte bedurft⁵⁰. Allgemein scheint der BGH die praktischen Probleme zu unterschätzen, die aus der Begründung zahlreicher dinglich gesicherter Fischereinutzungsrechte entstehen. Dies gilt etwa, wenn von vertraglichen Ansprüchen des Inhabers des selbständigen Fischereirechts gesprochen wird, mit denen Unzuträglichkeiten begegnet werden könne. Es ist zu bedenken, daß vielfach solche vertraglichen Vereinbarungen nicht bestehen werden. Vielmehr führt die Aufspaltung in verschiedene Fischereirechte verschiedener Berechtigter dazu, daß die gesetzlich verankerte Hegepflicht behördlicherseits nur schwer gegen den einzelnen durchsetzbar ist. Skepsis ist auch bei dem Hinweis angebracht, daß ein solch beschränktes dingliches Nutzungsrecht die Fischwirtschaft nicht mehr beeinträchtigen könne als die schuldrechtliche Ausübungsüberlassung durch einen Pachtvertrag. Denn zum einen sind die Pachtverträge zeitlich⁵¹ wie auch gerade aus Gründen der Fischhege hinsichtlich der Zahl der zulässigen Pächter beschränkt⁵². Demgegenüber ermöglicht die BGH-Entscheidung in Baden-Württemberg, durch beschränkt persönliche Dienstbarkeiten in Verbindung mit subjektiv-dinglichen Vormerkungen auf Neueintragung von entsprechenden Dienstbarkeiten eine beliebige Vielzahl von dinglich gesicherten beschränkten Fischereiausübungsrechten „auf immerwährende Dauer“ zu schaffen. Zum anderen unterliegen Pachtverträge viel stärker der behördlichen Kontrolle, da sie gegenüber der Fischereibehörde anzeigebedürftig sind^{53, 54}. Die Fischereigesetze sehen hier auch ein eigenes behördliches Beanstandungsverfahren vor⁵⁵.

Betont man die Rechtsnatur der beschränkten Fischereirechte und allgemein die dogmatisch-konstruktive Argumentation und legt im Interesse der Rechtssicherheit Wert auf die Fortführung der bisher geübten Praktiken, kann man sicher der hier vom BGH vertretenen Meinung folgen. Eine allein

⁴⁹ Der BGH legt aber selbst in einer einleitenden Bemerkung den Normzweck zu weit dahingehend aus, daß auch das Entstehen von zu vielen Fischereirechten verhindert werden soll (unter 7. a)).

⁵⁰ Das BWFischG sieht demgegenüber eine Eindämmung der Koppelfischereirechte im wesentlichen nur durch Erwerbsbeschränkungen vor, vgl. § 8 Abs. 1 und 2 BWFischG, vgl. hierzu etwa Schmid, BWNotZ 1986, 117, 125.

⁵¹ Hier gilt die allgemeine Höchstdauer für Pachtverträge nach § 567 BGB, vgl. etwa die Verweisung des § 18 Abs. 2 BWFischG auf die Bestimmungen des BGB.

⁵² Höchstens 6 Mitpächter nach § 18 Abs. 1 S. BWFischG; höchstens 3 Pächter nach Art. 31 Abs. 1 S. 1 BayFischG.

⁵³ § 19 Abs. 1 S. 1 BWFischG; Art. 33, S. 2 BayFischG.

⁵⁴ Interessant ist auch, daß nach bayerischem Recht grundsätzlich nur die Verpachtung nach dem ganzen Inhalt des Fischereirechts zulässig ist, Art. 31 Abs. 4 BayFischG. Es sollen also auch derivative, beschränkt-schuldrechtliche Fischereiausübungsrechte vermieden werden.

⁵⁵ So etwa § 19 Abs. 2 bis 4 BWFischG. Dabei wird auch die Einhaltung des nach § 30 BWFischG aufgestellten Bewirtschaftungsplans überprüft. — In Bayern ist ein Beanstandungsverfahren nicht im Gesetz selber ausdrücklich geregelt, aber in den Verwaltungsvorschriften zum Vollzug fischereirechtlicher Bestimmungen, Bekanntmachung v. 20. 2. 1989 (AllMBl. S. 321) Abschn. 7.4.

an den allgemeinen Zielen der Fischerei orientierte Gesetzesauslegung — die insbesondere die Hegeverpflichtung betont — könnte aber sicherlich auch zu einem anderen Ergebnis kommen, das sogar dem reinen Gesetzeswortlaut eher entspricht⁵⁶.

3.3. Die Rechtslage in Bayern

In Bayern kann eine derartige Vereinbarung bereits aus anderen Gründen nicht getroffen werden. Zwar steht Art. 15 S. 1 BayFischG einer solchen Vertragsbestimmung noch nicht entgegen. Danach dürfen Fischereirechte als Dienstbarkeiten nicht mehr bestellt werden. Nach Wortlaut und Entstehungsgeschichte meint diese Vorschrift aber eindeutig die Begründung von selbständigen Fischereirechten am Gewässer, damit der durch das Fischereigesetz von 1908 eingeführte Typenzwang der Fischereirechte in Zukunft gewahrt werden kann⁵⁷.

Jedoch führt die Einräumung einer Fischereirechtsdienstbarkeit, die nur die Ausübung der Fischerei mit bestimmten Fangmethoden gestattet⁵⁸, wie in dem vom BGH entschiedenen Fall, zur Entstehung von Koppelfischereirechten, denn sowohl der Inhaber des eigentlichen Fischereirechts (im entschiedenen Fall der Wasserverband) wie auch der beschränkt fischereiberechtigte frühere Eigentümer dürfen die Fischerei an derselben Gewässerstrecke ausüben⁵⁹. Dies verstößt gegen die zwingende gesetzliche Bestimmung des Art. 25 Abs. 1 BayFischG⁶⁰, von der auch die Kreisfischereibehörde keine Ausnahme mehr machen kann⁶¹. Dies führt zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts nach § 134 BGB⁶².

4. Die „Natur der Sache“ als Mittel der Problemlösung?

Für die Lösung der eingangs genannten, stark mit der Natur verbundenen Rechtsfragen stellt der BGH⁶³ sehr auf die

⁵⁶ Für die Auffassung des BGH ließe sich allerdings auch bei einer teleologisch ausgerichteten Interpretation anführen, daß die Handangelgestaltung in ihren Auswirkungen sicherlich nicht die schädlichen Konsequenzen hat wie die typischen *beschränkten Fischereirechte*, deren Neubestellung der Gesetzgeber verhindern wollte.

⁵⁷ von Malsen-Waldkirch/Hofer, Anm. zu Art. 15.

⁵⁸ Die Einräumung eines unbeschränkten Nießbrauchs am gesamten Fischereirecht ohne Ausschluß einzelner Nutzungen nach § 1030 Abs. 2 BGB und ohne räumliche Beschränkung auf bestimmte Gewässerabschnitte ist dagegen auch in Bayern zulässig, da der Inhaber des Fischereirechts selbst durch dieses beschränkt dingliche Recht vollständig von der fischereilichen Nutzung ausgeschlossen wird, vgl. Reimann, MittBayNot 1977, 179, 180.

⁵⁹ Braun/Keiz, Art. 11 Rdnr. 4; Reimann, MittBayNot 1977, 179, 180.

⁶⁰ Das baden-württembergische Fischereirecht kennt allerdings kein ausdrückliches Verbot der Begründung von Koppelfischereirechten. Ausgehend von den Absichten des Fischereigesetzgebers (Karremann/Laiblin, a. a. O., Einl., S. 24) wird man sich aber fragen müssen, ob auch hier eine derartige Rechtseinräumung verboten sein soll und deshalb der Vorschrift des § 6 I 2 BWFischG unterfällt.

⁶¹ Braun/Keiz, Art. 25 Rdnr. 13.

⁶² von Malsen-Waldkirch/Hofer, Art. 25 Anm. 5; Braun/Keiz, Art. 25 Rdnr. 2.

⁶³ Zwar wird dies nicht immer „expressis verbis“ eingeräumt, ergibt sich aber aus der Argumentationsweise sehr deutlich. Ausdrücklich führt aber die Entscheidung RGZ 90, 426, 429, der der BGH ja im Ergebnis folgt, „die Natur der Sache“ als Begründung für die Geltung der Ausdehnungstheorie an.

„Natur der Sache“ ab⁶⁴. Wie bei der Erörterung der „Ausdehnungstheorie“ deutlich wird, handelt es sich aber bei der hier vom BGH verlangten „natürlichen Betrachtungsweise“ nicht um eine Beurteilung nach naturwissenschaftlichen, insbesondere fischereibiologischen Erkenntnissen⁶⁵, sondern um eine wertende Betrachtung nach juristischen Vorstellungen.

Die Frage der *Ausdehnung selbständiger Fischereirechte* beantwortet der BGH unter Rückgriff auf das Wesen des selbständigen Fischereirechts als einem Recht am Gewässer. Die Erweiterung des Gewässers soll daher auch zu einer Ausdehnung des dinglichen Nutzungsrechts hieran führen. Die Statik des Grundstücksrechts wird damit verlassen und der Umfang des selbständigen Fischereirechts der *Dynamik* der Gewässerwellen unterworfen^{66, 67}. Doch ist diese Ansicht nicht zwingend logisch notwendig, noch gar naturwissenschaftlich vorgegeben^{68, 69}: Der „Natur der Sache“ lassen sich allenfalls gewisse „Ordnungselemente und Strukturen

⁶⁴ Zur methodischen Erheblichkeit der „Natur der Sache“ im allgemeinen vgl. *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1992, S. 401 ff.

⁶⁵ S. o. 2.2.

⁶⁶ So fast wörtlich die Anhänger der Ausdehnungstheorie. — Der so oft gemachte Vergleich des selbständigen Fischereirechts mit dem Erbbaurecht (statt vieler: *Braun/Keiz*, Art. 9 Rdnr. 3) trifft daher zumindest in diesem Punkt nicht zu.

⁶⁷ Fast scheint man geneigt, dahinter *Heraklits* „Alles fließt“ als Rechtsprinzip zu erkennen. Oder auf unsere Überschrift gewendet: Der jeweilige Ausübungsbereich des selbständigen Fischereirechts ist tatsächlich entsprechend der Gewässerveränderung „im Fluß“. Gilt dies auch für die Interpretation überkommener Begriffe des Fischereirechts im Lichte des ständig zunehmenden Befischungsdrucks?

als Vorformen des Rechts“ entnehmen⁷⁰. Den sich daraus ergebenden — meist nicht völlig konkretisierten — Sachzusammenhängen kommt aber keine eigenständige Kraft zu, sondern die Gestaltung der Sach- und Lebenszusammenhänge beruht auf vorgegebenen Ideen und Entscheidungen⁷¹. Die müßten aber bei der Gesetzesanwendung letztlich den legislativen Vorstellungen entnommen werden, die zum Erlaß der fischereirechtlichen Bestimmungen führten.

Deutlich wird dies bei der zweiten entschiedenen Rechtsfrage. Die rein dogmatisch-konstruktiven Überlegungen zur Rechtsnatur der *beschränkten Fischereirechte*⁷² stehen im Widerspruch zum gesetzgeberischen Regelungszweck, im Interesse der ordnungsgemäßen fischereilichen Nutzung die Entstehung neuer dinglicher Fischereirechte und damit eine Zersplitterung der fischereilichen Berechtigungen zu verhindern.

Ohne die Ausrichtung an diese normativ-legislativen Zwecksetzungen wird man aber auch im Fischereirecht bei praktischen Problemlösungen auf Dauer nicht auskommen.

⁶⁸ Kritisch insoweit zu Recht: gegen die Argumentation des BayObLGZ 1973, 39 ff. aus der Natur der Sache heraus *Freudling*, BayVBl. 1973, 316 ff.

⁶⁹ Es gibt auch naturwissenschaftlich zwingend vorgegebene Erkenntnisse, die die rechtliche Regelung bestimmen: Die beschränkte intellektuelle Erkenntnis von Kinder zwingt dazu, diese gerade im Vertrags- aber auch im Deliktsrecht anders zu behandeln als Erwachsene, vgl. *Larenz*, Methodenlehre, S. 402.

⁷⁰ *Henkel*, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. Aufl., 1977, S. 381.

⁷¹ *G. Küchenhoff*, Wegerecht als Ordnung aus der Natur der Sache, Festschrift für *Hans Peters*, S. 708, 712.

⁷² S. o. 3.2. (3).

Schenkung und unbenannte Zuwendung nach der neuesten Rechtsprechung

Von RegDir Dr. Karl-Heinz M. Bauer, Dillingen*

I. Einleitung

Ein wichtiger Parameter bei der Überlegung, wie ein wirtschaftlicher Sachverhalt zu gestalten ist, ist die bei der rechtlichen Durchführung lastende Steuer. Ein legitimes Interesse des Steuerbürgers und des ihm zur Seite stehenden Steuerberaters, Notars oder Rechtsanwalts ist es, die zu erwartende Steuerlast zu mindern oder sie gar durch eine geschickte Gestaltung zu vermeiden. Die Grenze zur nicht mehr gesetzmäßigen Steuerumgehung zieht § 42 AO — allerdings ein recht stumpfes Schwert, das der Gesetzgeber der Verwaltung an die Hand gegeben hat. So vergleicht selbst einer der höchsten Finanzbeamten, *Victor Sarrazin*, die Rolle, die die Gesetzgebung bei dieser Bekämpfung unerwünschter Steuergestaltung einnimmt mit dem Wettbewerb des Hasen mit dem Igel, wobei in der Realität meist der Gesetzgeber die Rolle des Hasen spielen muß¹. Dies gilt für das Ertragsteuerrecht genauso wie für das Grunderwerbsteuerrecht — man denke an das einheitliche Vertragswerk — oder das Schenkungs- und Erbschaftsteuerrecht. Bei der Gestaltung eines Lebenssachverhalts, den ich hier aufgreife, bestehen jedoch zwei Besonderheiten: erstens hat der Bundesgerichtshof das „Steuersparmodell“ mit seiner Rechtsprechung zu unbenannten Zuwendungen² unbeachtet initiiert und zweitens hat es nicht der Gesetzgeber, sondern der Bundesfinanzhof zuerst einschränkend zugelassen³, dann aber dieses Modell mit der Urteilsreihe vom 2. 3. 1994⁴ gekippt. Die Verwaltung hat überraschend schnell reagiert und mit einem gemeinsamen Erlaß der Länder vom 26. 4. 1994⁵ zur Anwendung des Urteils Stellung genommen.

II. Schenkung und unbenannte (ehebedingte) Zuwendung

1. Begriffsklärung

Worum geht es? Es geht um in der Praxis nicht seltene Fälle. Im Verlauf einer Ehe überläßt ein Partner dem anderen (ärmeren) Partner Vermögensgegenstände — Grundstücke, Kapital, Firmenbeteiligungen — um ihn an den Erträgen der bisherigen Ehe teilhaben zu lassen. So weit, so gut. Dann kommt aber nach einiger Zeit die Ehescheidung. Und jetzt verlangt der Zuwender die Werte

wieder heraus. Nach § 516 BGB ist eine Schenkung eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert, wenn beide Teile darüber einig sind, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt. Liegt eine Schenkung vor, so ist eine Rückgabe nur unter den engen Voraussetzungen des § 530 BGB oder nach Bereicherungsrecht (Herausgabe wegen groben Undanks) möglich. Eine Schenkung wäre auch steuerpflichtig nach § 7 ErbStG.

a) Interessenslage

In einem Akt richterlicher Fortbildung⁶ hat der Bundesgerichtshof das Rechtsinstitut der „unbenannten Zuwendung, auch ehebedingter Zuwendung“ zwischen Ehegatten begründet⁷. Unter Betonung des familienrechtlichen Charakters solcher Zuwendungen wollte der BGH verhindern, daß es bei Scheitern einer Ehe zu einer Rückabwicklung nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung kommt, sondern daß solche Zuwendungen entweder zu einem güterrechtlichen Ausgleichsanspruch (beim gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft) oder aber zu einem Ausgleich nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage führen können. Die ersten Fälle⁸, die der BGH zu entscheiden hatte, waren Fälle, in denen die Ehegatten im Güterstand der Gütertrennung lebten, es folglich bei Scheitern der Ehe keinen Ausgleichsanspruch gab. Hier suchte der BGH eine angemessene Lösung über das Rechtsinstitut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu erreichen. Später⁹ gewährte er ausnahmsweise auch bei dem gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft im Falle des Scheiterns der Ehe einen Anspruch nach § 242 BGB nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, wenn das Festhalten an den bestehenden Zustand einen Verstoß gegen Treu und Glauben darstellen würde und für den Zuwender unzumutbar sei.

b) BGH-Rechtsprechung

Nach der höchstrichterlichen Zivilrechtsprechung¹⁰ ist „der Erwerb eines zugewendeten Gegenstandes, auf den kein Rechtsanspruch besteht, unentgeltlich, wenn er nicht rechtlich abhängig ist von einer den Erwerb ausgleichenden Gegenleistung des Erwerbers. Dabei kommen als rechtliche Abhängigkeit, welche die Unentgeltlichkeit ausschließt und die Entgeltlichkeit begründet, Verknüpfungen sowohl nach Art eines gegenseitigen Vertrages als auch durch Setzung einer Bedingung oder eines entsprechenden Rechtszwecks in Betracht. Eine Schenkung erfordert nicht nur, daß der erworbene Vermögenswert aus dem Vermögen des Zuwenders kommt, sondern darüber hinaus, daß die Zuwendung

* Überarbeitete Fassung eines Vortrags anlässlich der 1. Dillinger Steuerfachtagung am 27. 6. 1994 in Dillingen/Donau

¹ Bekämpfung unerwünschter Steuergestaltungen, DNotZ 1994, 289.

² Vgl. BGH-Urteile vom 6. 12. 1965 II ZR 137/63, NJW 1966, 542; vom 7. 1. 1972 IV ZR 231/69, NJW 1972, 580 [= MittBayNot 1972, 120]; vom 29. 5. 1974 IV ZR 210/72, NJW 1974, 1554 [= MittBayNot 1974, 273].

³ Urteil vom 28. 11. 1984 II R 133/83, BFHE 142, 511, BStBl II 1985, 159 [= MittBayNot 1985, 155].

⁴ II R 59/92, BStBl II 1994, 366 [= MittBayNot 1994, 266]; II R 61/92, II R 47/92, II R 125/92 und II R 6/92.

⁵ In den einschlägigen Fachgremien wurde bereits über die Urteilsreihe konferiert und der gemeinsame Erlaß, zugleich mit der Urteilsveröffentlichung im BStBl I 1994, 297 [= MittBayNot 1994, 282] herausgegeben.

⁶ *Sandweg*, Ehebedingte Zuwendungen und ihre Drittwirkung, NJW 1989, 1965 ff.

⁷ Erstmals in der Entscheidung vom 26. 11. 1981 IX ZR 91/80, GHZ 82, 227 = NJW 1982, 1093

⁸ BGH vom 6. 12. 1965 II ZR 137/63, NJW 1966, 542, vom 8. 7. 1982 IX ZR 99/80, BGHZ 84, 361 [= DNotZ 1984, 172].

⁹ BGH-Urteil vom 26. 11. 1981 IV ZR 91/80, BGHZ 82, 227.

¹⁰ BGH-Urteil vom 27. 11. 1981 IV ZR 164/90, NJW 1992, 564 m. w. N. [= MittBayNot 1992, 150 = DNotZ 1992, 513].

unentgeltlich ist¹¹, und daß auch die Einigkeit über die Unentgeltlichkeit besteht. In diesem Punkte unterscheidet sich ehebedingte Zuwendung und Schenkung: eine Zuwendung unter Ehegatten, der die Vorstellung oder Erwartung zugrundeliegt, daß die eheliche Lebensgemeinschaft Bestand haben werde, oder die sonst um der Ehe willen und als Beitrag zur Verwirklichung oder Ausgestaltung, Erhaltung oder Sicherung der ehelichen Lebensgemeinschaft erbracht wird und die darin ihre Geschäftsgrundlage hat, ist *keine Schenkung*, sondern eine ehebedingte Zuwendung¹². Dabei hat der BGH den Begriff immer weiter gefaßt; es gehören auch solche Zuwendungen dazu, die ein Ehegatte dem anderen im Interesse einer haftungsgemäß günstigen Organisation des Familienvermögens, etwa durch dessen Verlagerung auf den betrieblich nicht haftenden Ehegatten macht¹³ oder deren Zweck ganz allgemein auf die Vermögensbildung in der Hand des begünstigten Ehegatten gerichtet ist¹⁴. Dies ist noch relativ unproblematisch, sofern sich der Streit zwischen den Ehegatten abspielt. Kritischer wird es, wenn Dritte (z. B. Nacherben, Pflichtteilsberechtigte etc.) dadurch berührt werden. Denn unter Eheleuten ergibt sich eine ganz andere Interessenslage als zwischen dem Zuwender und einem Dritten. So hat der BGH ehebedingte Zuwendungen des späteren Gemeinschuldners an seine Ehefrau dennoch als unentgeltliche Verfügung im Sinne der Konkursordnung¹⁵ angesehen¹⁶, ferner hat er die Schenkungsanfechtung nach dem Anfechtungsgesetz¹⁷ zugelassen und schließlich im Urteil vom 27. 11. 1991¹⁸ die unbenannte Zuwendung im Erbrecht der Schenkung nach § 516 gleichgestellt.

2. BFH-Rechtsprechung bis 1994

Bei dieser von der jeweiligen Interessenslage geprägten Rechtsprechung des obersten Zivilgerichts mußte der Bundesfinanzhof genau überprüfen, ob eine Übernahme ins Steuerrecht möglich oder geboten erschien. Eine vollständige Übernahme hätte dazu geführt, daß Zuwendungen unter Ehegatten schenkungssteuerfrei geblieben wären, eine Lösung, die dem Gesetzeszweck des Erbschaftsteuergesetzes sicher nicht entsprochen hätte. In der Begründung zum Entwurf des ErbStG 1974 heißt es:

„Das ErbStG will jede objektive Bereicherung erfassen, die jemand einer anderen Person in der Absicht gewährt, diese andere Person zu bereichern. Daher sind nach geltendem Recht auch die Schenkung zwischen Ehegatten steuerpflichtig“¹⁹.

¹¹ BGH-Urteil vom 7. 1. 1972 IV ZR 231/69, NJW 1972, 580 [= MittBayNot 1972, 120].

¹² Zuletzt BGH-Urteil vom 17. 1. 1990 XII ZR 1/89 FamRZ 1990, 600.

¹³ BGH-Urteil vom 17. 1. 1990 XII ZR 1/89, FamRZ 1990, 600 [= MittBayNot 1990, 178 = DNotZ 1991, 492].

¹⁴ BGH-Urteil vom 15. 2. 1990 IV b ZR 105/87, FamRZ 1989, 599.

¹⁵ § 32 Nr. 2 KO.

¹⁶ BGH-Urteil vom 13. 3. 1978 VIII ZR 241/76, BGHZ 71, 61.

¹⁷ BGH-Urteil vom 28. 2. 1991 IX ZR 74/90, NJW 1991, 1610 [= MittBayNot 1991, 114 = DNotZ 1992, 38].

¹⁸ IV ZR 164/90, NJW 1992, 564 [= MittBayNot 1992, 150 = DNotZ 1992, 513].

¹⁹ BT-Drs. VI 3418, S. 64.

Damit war eine Übernahme des vom BGH geprägten Begriffs der unbenannten Zuwendung in das Steuerrecht vom Gesetzeszweck her nicht möglich. Der Bundesfinanzhof hat daher im Urteil vom 28. 11. 1984²⁰ eine Mittellösung eingeschlagen. Der Leitsatz hieß:

„Es ist den Umständen des Einzelfalles zu entnehmen, ob eine Zuwendung zwischen Ehegatten unentgeltlich oder entgeltlich erfolgt ist. Dabei ist zu berücksichtigen, daß jeder Ehegatte in angemessener Weise an den Früchten des ehelichen Zusammenwirkens zu beteiligen ist“.

Problematisch an diesem Urteil war die Festlegung der Grenze, ab der die Zuwendung nicht mehr Ausgleich für geleistete Mitarbeit, nicht mehr angemessene Beteiligung an den Früchten des ehelichen Zusammenwirkens sein sollte. Wie sollte man ohne größeren Verwaltungsaufwand diese Angemessenheitsgrenze festlegen, ohne zusehr in den Privatbereich der Steuerpflichtigen einzugreifen? Daher wurde das Urteil in der Literatur abgelehnt²¹.

Die Verwaltung hat, nach erheblichen Problemen bei der Anwendung des BFH-Urteils von 1984 eine pragmatische Lösung getroffen. Nach dem gemeinsamen Ländererlaß²², der eine kurze Übergangsregelung vorsah, konnten unbenannte Zuwendungen und *keine* Schenkungen i. S. des § 516 BGB vorliegen, wenn

- sie ein Familienheim zum Gegenstand haben oder
- die Vermögensübertragung der Alterssicherung dienen soll.

Diese beiden Fälle schränkt der Erlass jedoch noch weiter ein: nur

- der gemeinsame Erwerb eines Familienwohnheims aus den Mitteln nur eines Ehegatten,
- die Hingabe von Mitteln zum alsbaldigen Erwerb eines Familienwohnheims und
- die Übertragung des Eigentums oder Miteigentums an einem Familienwohnheim

ist als unbenannte Zuwendung nicht steuerbar. In diesen Fällen ist die Angemessenheit nicht zu prüfen, losgelöst vom jeweiligen Güterstand der Eheleute. In der Praxis der Notare finden sich daher auch diese Formulierungen in den entsprechenden Zuwendungsverträgen.

Was hat nun der BFH in seinen Entscheidungen Neues gebracht?

3. Rechtsprechung des BFH ab 2. 3. 1994

a) Sachverhaltsdarstellung

In einer Serie von 5 Entscheidungen hat der BFH am 2. 3. 1994 die entgegenstehenden Urteile der Finanzgerichte aufgehoben und die Klagen abgewiesen. Weitere zwei Entscheidungen sind mit Urteilen vom 30. 3. 1994^{22a} ebenfalls aufgehoben worden, zwei Revisionsverfahren sind noch anhängig^{22b}. Folgende Sachverhalte liegen den BFH-Urteilen zugrunde:

²⁰ II R 133/83, BFHE 142, 511, BStBl II 1985, 159 [= MittBayNot 1985, 155].

²¹ Moench, UVR 1989, 39; ders. DStR 1989, 299, 303; Sosnitz, UVR 1989, 108, 111.

²² BStBl I 1988, 513 [= MittBayNot 1989, 50].

^{22a} II R 105/93 n. v. gegen FG Münster vom 17. 2. 1993 3 K 1383/89 ERB; II R 84/92 n. v. gegen FG Münster vom 1. 9. 1992 3 K 2298/89 ERB.

^{22b} II R 88/93 und II R 106/93.

1. In der veröffentlichten ausführlichen Entscheidung²³ des BFH übernahm der Ehemann der Klägerin die Kosten des Erwerbs von Wertpapieren im Wert von rd. 1 Million DM. Die Vermögenslage der Eheleute kann man als nicht unbedeutend charakterisieren: der Ehemann besaß zu Anfang der Ehe im Jahre 1962 ein Vermögen von rd. einer halben Million, zum Schenkungszeitpunkt von 82 Millionen, die Ehefrau und Klägerin hatte anfangs nichts, machte aber im Laufe der Ehe eine Erbschaft von 2 Millionen, die sie auch im Jahre 1982, dem Zeitpunkt des Erwerbs des Depots noch besaß. Drei gemeinsame Kinder wurden aufgezogen, die Eheleute lebten im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft. Strittig war im Streitfall, ob die Übernahme der Kosten für den Erwerb der Wertpapiere schenkungssteuerpflichtig war.

2. Im zweiten Fall²⁴ waren Ehemann und Klägerin seit 1954 im gesetzlichen Güterstand verheiratet und hatten 2 gemeinsame Kinder großgezogen. Bei Beginn der Ehe hatte keiner der Ehepartner nennenswerte Vermögen, zum Schenkungszeitpunkt (1988) besaß er eine Beteiligung als Komplementär mit einem (Einheits-)Wert von 2,1 Millionen DM und Grund- und sonstige Vermögen mit einem Wert von rd. 150.000 DM. Die Ehefrau besaß kein Vermögen. Hier übertrug der Ehemann seiner Frau unter späterer Anrechnung auf den Zugewinnausgleich 25 v. H. seiner Firmenanteile, also rd. 600.000 DM des anteiligen Einheitswerts. Gegen den Schenkungssteuerbescheid, der rd. 27.000 DM forderte, legten sie Einspruch und Klage ein. Das FG gab der Klage statt, der BFH hob das Urteil auf und wies die Klage ab.

3. Im dritten Fall²⁵ schenkte die langjährig verheiratete Klägerin ihrem Ehemann KG-Anteile im Wert von rd. 640.000 DM (nominell 230.000 DM) an einer Firma, die der Ehemann technisch und kaufmännisch leitete, der Ehefrau aber im wesentlichen gehörte. In einem privatschriftlichen Vertrag war festgelegt, daß die Hälfte (nominelle 115.000 DM) zwecks angemessener Beteiligung des Ehemanns an den Früchten des ehelichen Zusammenwirkens übertragen wurden. Gegen die Schenkungsteuer in Höhe von 32.000 DM legten sie Einspruch und Klage ein. Der BFH hob das stattgegebene Urteil des FG wieder auf.

4. Im vierten Fall²⁶ ging es um eine Zinsschenkung: die Ehefrau erwarb ein Grundstück für rd. 260.000 DM, der Ehemann gab der Ehefrau ein zinsloses Darlehen (auf Lebenszeit) in dieser Höhe. Das Finanzamt sah darin steuerpflichtige Zinsschenkungen und erließ Schenkungsteuerbescheide, in denen die unverzinslichen Darlehen in den Jahren 1975 bis 1978 erfaßt wurden. Dabei bewertete das FA die Jahreswerte der Nutzungsmöglichkeit jeweils mit 5,5 v. H. der Darlehen bzw. der Darlehenszugänge und kapitalisierte die einzelnen Jahreswerte entsprechend der mutmaßlichen Lebensdauer der 1944 geborenen Klägerin mit Vervielfältigern von 16,160 bis 16,484.

5. Einen ähnlichen Fall einer Zinsschenkung — Gewährung eines unverzinslichen Darlehens — hat der BFH mit Urteil vom 30. 3. 1994 derselben Behandlung unterzogen wie den 4. Fall und die Klage abgewiesen^{26a}.

6. Im sechsten Fall²⁷ übertrug der Ehemann seiner seit 1944 mit ihm verheirateten Frau mit Erbbaurechten belastete Grundstücke. Der Ehemann der Klägerin war Eigentümer eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs, zu dem umfangreicher Grundbesitz gehörte. Ende der 60er Jahre wurde die gesamte landwirtschaftliche Nutzfläche des Hofes in einen Bebauungsplan einbezogen und parzelliert. Anfang der 70er Jahre bestellte der Ehemann dritten Personen an den einzelnen Parzellen Erbbaurechte auf die Dauer von 99 Jahren. Seitdem bestanden seine Einkünfte im wesentlichen aus Erbbauzinsen in Höhe von jährlich über 100.000 DM. Laut notariellem Vertrag, überschrieben als „ehebedingter Zuwendungsvertrag“ hielt sich der Ehemann für verpflichtet,

„meiner Ehefrau ein eigenes Einkommen zu verschaffen und auf Dauer zu sichern . . . , da sie durch ihre Mitarbeit maßgeblich an der Erhaltung des damals landwirtschaftlichen Betriebes mitgewirkt hatte und nun keine Rentenansprüche oder Anwartschaften anderer Art hat“.

Das Finanzamt unterwarf den Kapitalwert (rd. 370.000 DM) der Erbbauzinsansprüche der Schenkungsteuer:

7. Im letzten Fall übertrug der Ehemann seiner Frau ein Grundstück zum Ausgleich für geleistete Arbeit. Auch hier wurde die Unentgeltlichkeit nach der neuen Rechtsprechung durch Urteil vom 30. 3. 1994^{27a} verneint.

8. In einem weiteren Revisionsverfahren²⁸ das beim II. Senat noch anhängig ist, übertrug der Ehemann der Klägerin ein Geschäftsgrundstück, auf dem ein Möbel-einzelhandel betrieben wurde, samt daraufstehenden Gebäuden gegen Übernahme der Verbindlichkeiten, die nicht einmal die Hälfte des Verkehrswertes des Grundstückes (über 1 Million) betragen. Das Finanzgericht Rheinland-Pfalz wies die Klage ab²⁹, der BFH dürfte wohl im Ergebnis — mit anderer Begründung — die Klageabweisung bestätigen.

9. Im derzeit letzten anhängigen Fall³⁰ zahlte der seit 1953 mit der Klägerin verheiratete Ehemann im Jahre 1989 460.000 DM im Vorgriff auf eine spätere Zugewinnausgleichsforderung an seine Ehefrau. Das Gesamtvermögen des Ehemannes, das ausschließlich während der Ehe erworben wurde, betrug zum Schenkungszeitpunkt rd. 14 Millionen DM. Das FG Münster hob den Schenkungssteuerbescheid in Höhe von rd. 7.000 DM auf, der BFH dürfte das Urteil aufheben und die Klage abweisen.

b) Rechtliche Begründung der Entscheidungen

Die Kontinuität der Rechtsprechung ist nicht nur beim Bundesfinanzhof ein hohes Gut, das nicht leichtfertig — auch von der neuen Generation der Bundesfinanzrichter — aufs Spiel gesetzt wird. Daher hätte allein die Kritik an der Angemessenheitsgrenze wohl nicht ausgereicht, die alte Rechtsprechung so total zu kippen. Wenn es auch kein „Donnerschlag“ war, mit dem ein „hochprofitables Steuermodell zerstört wurde“ — so die Zeitschrift Capital in der

²³ II R 59/92 [= MittBayNot 1994, 266].

²⁴ II R 47/92.

²⁵ II R 6/92.

²⁶ II R 125/89 n. v.

^{26a} Siehe Fn. 22a.

²⁷ II R 61/92 n. v.

^{27a} Siehe Fn. 22a.

²⁸ II R 88/93.

²⁹ EFG 1994, 48.

³⁰ II R 106/93.

Juniausgabe³¹, so wird es doch erhebliche Auswirkungen auf die Praxis der Erbschafts- und Schenkungssteuerstellen haben.

Es wären auch keine fiskalpolitischen Argumente, die zu einer Änderung der Rechtsprechung führten, sondern rechtliche Überlegungen:

nach der herrschenden Zivilrechtsprechung lag in allen sieben Fällen eine *objektive unentgeltliche Zuwendung* i. S. des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG vor:

- die *künftige Mitarbeit in Haushalt oder Betrieb* durch die Ehefrau ist keine Gegenleistung im Sinne des Schenkungsrechts; solche Mithilfe ist nach §§ 1360, 1360 a BGB selbst dann, wenn sie über das übliche Maß hinausgeht, dem Partner ohnehin geschuldet, es sei denn, es wäre etwas anderes, etwa durch Abschluß eines Arbeitsvertrages, geregelt. Dies lag in allen Streitfällen nicht vor.
- die *erbrachte Mitarbeit in Haushalt oder Betrieb* kann aus denselben Gründen keine Gegenleistung darstellen, höchstens eine belohnende Schenkung³²
- der *vorweggenommene Zugewinnausgleich* kann ebenfalls nicht als Rechtsgrund herhalten, denn ein Zugewinnausgleich entsteht nur in den vom Gesetz genannten Fällen³³
- ein *vorweggenommener Vorsorgeunterhalt* durch Übertragung von Wirtschaftsgütern begründet ebenfalls nicht eine rechtliche Verpflichtung, die die Unentgeltlichkeit ausschließen würde. Denn ein solcher Anspruch besteht nur bei geschiedenen oder getrennt lebenden Ehegatten³⁴
- *allein der Begriff „unbenannte Zuwendung“* begründet weder eine Entgeltlichkeit noch eine echte „causa“ i. S. d. Zivilrechts. Zivilrechtlich wird dieser Fall in der Literatur³⁵ ähnlich gestellt wie eine Naturalobligation, d. h. grundsätzlich kann die Zuwendung nicht mehr zurückgefordert werden.

Die weitere Voraussetzung, der *subjektive* Tatbestand der Unentgeltlichkeit lag nach Ansicht des BFH ebenfalls vor. Zu dessen Verwirklichung genügt nach der ständigen Rechtsprechung³⁶ der einseitige Wille des Zuwendenden zur Unentgeltlichkeit, d. h. der Zuwendende muß sich der Unentgeltlichkeit seiner Leistung derart bewußt sein, daß er sie ohne Verpflichtung und ohne rechtlichen Zusammenhang mit einer Gegenleistung erbringt.

c) Würdigung

Auf den ersten Blick scheint die Rechtsprechung des BFH nun von der des Bundesgerichtshofs abzuweichen und die Einheit der Rechtsordnung — Zivilrecht-Steuerrecht — um ein weiteres zu zerstören. Indes, der Begriff Schenkung i. S. des § 516 BGB und freigebige Zuwendung im § 7 ErbStG 1974 waren noch nie deckungsgleich: zwar stellt jede Schenkung eine freigebige Zuwendung dar, aber § 7 ErbStG erfaßt nicht nur Schenkungen, sondern auch die „sonstigen freigebigen“ Zuwendungen.

³¹ Capital 6/94, S. 32.

³² BGH-Urteil vom 27. 11. 1991, s. Fn. 10.

³³ Die Ausnahme des § 1385 BGB lag nicht vor.

³⁴ §§ 1578 Abs. 3, 1361 Abs. 1 Satz 2 BGB.

³⁵ Vgl. Sandweg, NJW 1989, 1965 und Schotten, NJW 1990, 2841.

³⁶ BFH-Urteil vom 1. 7. 1992 II R 70/88, BStBl II 1992, 921.

Hinzu kommt, daß selbst der Bundesgerichtshof vorsichtige Rückzieher angesichts der Ausweitung des Begriffs der unbenannten Zuwendung macht: Im Urteil vom 27. 11. 1991³⁷ behandelt der BGH die unbenannten Zuwendungen im Erbrecht „wie Schenkungen“.

Insgesamt gesehen ist die Kehrtwendung des BFH zwar nachteilig für die zuwendungswilligen Ehegatten, andererseits aber für den Rechtsanwender klar und eindeutig. Die auslegungsbedürftige Frage der Angemessenheit ist vom Tisch; gerade dies dient der vielbeschworenen Vereinfachung des Steuerrechts. Der Wille des Gesetzgebers bei Schaffung des ErbStG ist nach langer Zeit Wirklichkeit geworden. Zuwendungen unter Ehegatten sind gleich zu behandeln wie Zuwendungen unter fremden Beteiligten.

III. Folgerungen aus der geänderten Rechtsprechung

1. Standpunkt der Verwaltung

Wie bereits angedeutet, hat die Verwaltungsspitze sehr schnell reagiert: in gleichlautenden Erlassen der obersten Finanzbehörden vom 26. 4. 1994³⁸ ist der gemeinsame Erlaß von 1988 aufgehoben worden. Der Erlaß geht aber erheblich über die entschiedenen Verfahren des BFH hinaus, indem es auch den Fall des Familienheimes als schenkungsteuerpflichtig ansieht. Zwar ist dies nicht ausdrücklich angesprochen, aber mit folgender Formulierung erscheint mir der Wille der Verwaltungsspitze deutlich geworden zu sein, wenn es heißt:

... Auf unbenannte Zuwendungen im Zusammenhang mit dem Erwerb eines Familienwohnheims, die vor dem 3. 5. 1994 ausgeführt worden sind, bleibt der Erlaß³⁹ anzuwenden.

Damit wird auf die Kenntnismöglichkeit des Bundessteuerblattes (Erscheinungstag: 30. Mai) abgestellt und dem Vertrauensschutzgedanken Rechnung getragen. Die Einbeziehung des Familienwohnheimes mußte wohl erfolgen, da schenkungsteuerrechtlich kein Unterschied zwischen der Zuwendung eines Geldbetrags oder eines Grundstücks, das man selbst bewohnt, besteht. Die in der Literatur geäußerte Hoffnung, die Verwaltung werde den Erlaß diesbezüglich beibehalten⁴⁰, hat sich leider nicht erfüllt. Aus Gründen der verfassungsrechtlichen Gleichbehandlung war m. E. die Gleichstellung auch geboten; den Schutz der Familie nach Art. 6 GG allein auf diesen Spezialfall des Familienwohnheims zu beziehen, wäre bei der strengeren Auffassung des BVerfG zum Gleichbehandlungsgrundsatz im Steuerrecht wohl nicht vertretbar gewesen.

2. Beratungspraxis

Notarielle Verträge, mit denen von Ehegatte zu Ehegattin oder umgekehrt Vermögensteile übertragen wurden, wiesen bisher in der Regel an zwei Stellen den Hinweis auf die ehebedingte Motivation auf. Die Überschrift von Musterverträgen lautet „ehebedingte Zuwendung“, in einer der Vertragsklauseln heißt es dann:

„Die Übertragung erfolgt im Hinblick auf die zwischen den Vertragsteilen bestehende Ehe“.

³⁷ S. Fn. 10.

³⁸ BStBl I 1994, 297 [= MittBayNot 1994, 282].

³⁹ Gemeint ist der Erlaß vom 10. 11. 1988 [= MittBayNot 1989, 50].

⁴⁰ Dötsch, DStR 1994, 638, 642.

Ferner ist üblicherweise ein Widerruf für den Fall der Scheidung oder des Vorversterbens des Beschenkten enthalten, der durch eine Vormerkung, wenn es um Grundstücke geht, gesichert ist. Zur Absicherung enthalten die Verträge schließlich in den Schlußklauseln noch den Vermerk:

„Die Kosten ... etwaiger Verkehrssteuern trägt der Erwerber“.

Diese oder ähnliche Musterverträge, wie sie sich in Rechts- handbüchern, Formularverträgen für Notare etc. finden, dürften seit März 1994 ihre Sicherungsfunktion in schenkungssteuerrechtlicher Hinsicht nicht mehr erfüllen. Der Bundesfinanzhof hat in seinen Entscheidungen ausdrücklich klargestellt, daß die ehebedingte Zuwendung keine causa, sondern nur eine steuerrechtlich unbeachtete Motivation darstellt. Dabei ist es — wie der neue gemeinsame Erlaß sagt — auch gleichgültig, was nun übertragen wird. Auch das Familienwohnheim, das zum vorweggenommenen Ausgleich eines — noch nicht, auch nicht ansatzweise bestehenden — Zugewinnausgleichs übertragen wird, wird bei konsequenter Anwendung der BFH-Rechtsprechung objektiv und subjektiv unentgeltlich zugewendet. M. E. fordert die Beratungsmaxime beim Notar und die Sorgfaltspflicht bei Steuerberatern und Rechtsanwälten den Hinweis an den Mandanten, daß zwar das Familienwohnheim derzeit von der Rechtsprechung noch nicht konkret entschieden ist, aber die Verwaltung in Zukunft, d. h. nach dem 31. 5. 1994 dies ebenfalls versteuern will. Auf die Risiken bei einer Übertragung müßte der Mandant hingewiesen werden. Zudem ist das Urteil des BFH bereits im BStBl amtlich veröffentlicht und bereits in einer führenden Fachzeitschrift, dem DStR, von einem zum Entscheidungsgremium des BFH gehörenden Richter⁴¹ besprochen; ferner war diese Urteilsserie Thema eines Vortrags von Frau *Dr. Hofmann*, der Vorsitzenden des II. Senats des BFH, auf der Münchener Steuerfachtagung im März 1994. Damit wird das Urteil als in der Fachwelt genügend bekannt vorausgesetzt, was einen Haftungsrückgriff bei ungenügender Beratung zur Folge haben dürfte.

Im eigenen Interesse ist hier also Vorsicht geboten. Bei ehebedingten Zuwendungsverträgen würde ich den Hinweis auf die neueste Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs und die eingehende Beratung dazu aufnehmen.

Ist die ehebedingte Zuwendung damit endgültig gestorben? Es gibt noch zwei Möglichkeiten Steuern zu vermeiden. Ausgangspunkt ist die Überlegung, daß keine Schenkung vorliegt, wenn der Erwerber einen Rechtsanspruch hat, der durch den Erwerb ausgeglichen wird.

⁴¹ S. Fn. 10.

Erste Möglichkeit:

Die Eheleute, die im gesetzlichen Güterstand der Zugewinn- gemeinschaft leben, können, wenn sie steuerfrei Güter über- tragen möchten, den Güterstand der Gütertrennung verein- baren; in diesem Moment entsteht kraft Gesetzes ein Zugewinnausgleichsanspruch, der schenkungsteuerfrei aus- zugleichen ist. Man sollte dann aber, so die Vorsitzende des II. Senats des Bundesfinanzhofs, Frau *Dr. Hofmann*, nicht am gleichen Tag wieder in den gesetzlichen Güterstand zurückkehren⁴². Hierin würde die Verwaltung wohl einen Mißbrauchstatbestand sehen.

Die zweite Möglichkeit:

Ein Ehegatte kann mit seinem Partner (oder Partnerin) einen Verzicht auf den künftigen Unterhaltsanspruch vereinbaren und als Gegenleistung z. B. das Familienwohn- heim übertragen.

Die zivilrechtliche Problematik bei beiden Modellen liegt in der Endgültigkeit der Verfügungen; anders als bei der ehe- bedingten Zuwendung würde im Fall einer Ehescheidung das Rechtsinstitut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nicht greifen. Steuerrechtlich dürften diese Konstruktionen wohl nicht angreifbar sein. Bei einigem Nachdenken findet man also Wege, *legal* Steuern zu sparen!

IV. Zusammenfassende Thesen

1. Schenkung und unentgeltliche Zuwendung sind keine deckungsgleichen Begriffe.
2. Die unbenannte Zuwendung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist keine Schenkung.
3. Die unbenannte Zuwendung als Akt richterlicher Fort- bildung des Bundesgerichtshofs ist nicht in das Schen- kungsteuerrecht übernehmbar.
4. Die unbenannte Zuwendung im Schenkungsteuerrecht ist eine objektiv und subjektiv unentgeltliche Zuwen- dung nach § 7 ErbStG.
5. Der gemeinsame Ländererlaß vom 26. 4. 1994 erfaßt zu Recht die Übertragung des Familienheimes unter Ehe- gatten.
6. Die Beratungspraxis muß sich auf die geänderte Rechtslage einstellen.
7. Aufhebung des Güterstandes oder Verzicht auf künftigen Unterhaltsanspruch können ggf. die schenkung- steuerliche Folge vermeiden.

⁴² In Capital Heft 6/94, S. 32.

Kein Genuß ohne Reue?

— gleichzeitig Anmerkung zu BGH, Urteil vom 27. 4. 1994 — IV ZR 132/93 —
(in diesem Heft, Seite 340)

Von Notar *Dr. Bernd Wegmann*, Kemnath

I. Einleitung

„Kein Genuß ohne Reue!“ — Diese Einsicht galt bisher nur für exzessive Lebensführung. Nach dem Urteil des BGH vom 27. 4. 1994 ist man versucht, die Auswirkungen von vorbehaltenen Nutzungsrechten auf den Lauf der 10-Jahresfrist nach § 2325 Abs. 3, Halbs. 1 BGB schlagwortartig so darzustellen.

Durch den nachfolgenden kurzen Beitrag soll versucht werden, die Folgen dieses Urteils für die kautelare Gestaltung differenzierter darzustellen. In eine Diskussion, ob das Urteil so richtig und überzeugend ist, soll nicht eingetreten werden.

II. Sachverhalt, der der Entscheidung zugrundelag

Der Entscheidung des BGH lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Veräußerer hatte an den Erwerber ein Miet- und Geschäftshaus sowie ein Einfamilienhaus überlassen und übereignet. An beiden Grundstücken hatte er sich zu Lebzeiten den — totalen — Nießbrauch vorbehalten. Ferner hatte er ein Rücktrittsrecht für den Fall vereinbart, daß der Erwerber vor dem Veräußerer verstarb oder den Grundbesitz zu Lebzeiten des Veräußerers ohne dessen vorherige Zustimmung veräußerte oder belastete.

III. Begründung der Entscheidung

Zur Begründung einer Entscheidung wiederholte der BGH zunächst seine frühere Rechtsprechung, wonach eine Leistung im Sinn von § 2325 Abs. 3, Halbs. 1 BGB frühestens vorliegt, sobald die Umschreibung im Grundbuch vollzogen ist. Weiter, daß eine Schenkung nicht als geleistet gilt, wenn der Erblasser „den Genuß des verschenkten Gegenstands nach der Schenkung nicht auch tatsächlich entbehren muß“.

Schließlich wird nunmehr anhand dieser Kriterien näher präzisiert, daß eine Leistung im Sinn des § 2325 Abs. 3 BGB nur dann vorliegt, wenn der Veräußerer seine Rechtstellung als Eigentümer endgültig tatsächlich aufgibt und zusätzlich darauf verzichtet, den verschenkten Gegenstand im wesentlichen weiterhin zu nutzen. Gleichgültig sei es, ob diese Nutzung aufgrund vorbehaltenen dinglicher Rechte oder durch Vereinbarung schuldrechtlicher Ansprüche erfolge.

IV. Schlußfolgerung

Damit steht, wie im entschiedenen Fall fest, daß der totale Vorbehalt eines Nießbrauchs der Leistung i. S. des § 2325 Abs. 3 BGB entgegensteht. Damit steht aber auch fest, daß eine nichtwesentliche Weiternutzung des Veräußerers unschädlich ist. Nachfolgend wird versucht, darzustellen, bei welchen Vertragsgestaltungen der Veräußerer keine wesentliche Nutzungsbefugnis mehr behält.

V. Auswirkung der Rechtsprechung auf die Vertragsgestaltung

1. Nießbrauchsfälle

Obwohl feststeht, daß der totale Nießbrauch am gesamten Überlassungsgegenstand einer Leistung entgegensteht, ergeben sich bei der Vereinbarung eines Nießbrauchs noch offene Fragen.

a) Totalvorbehalt des Nießbrauchs an einzelnen überlassenen Gegenständen

Fraglich ist, ob der Vorbehalt des Nießbrauchs an einem von mehreren überlassenen Gegenständen dazu führt, daß die Überlassung aufgespalten werden kann in Bestandteile, bzgl. deren die Leistung erfolgt ist und Bestandteile, bzgl. deren die Leistung nicht erfolgt ist, oder ob für den Gesamtgegenstand der Überlassung eine Leistung im Sinn des § 2325 Abs. 3 BGB vorliegt oder nicht.

Beispiele:

(1) *Der Veräußerer eines in Eigentumswohnungen aufgespaltenen Sechsfamilienhauses behält sich den Nießbrauch an einer der sechs Eigentumswohnungen vor, während die Nutzung der weiteren fünf Eigentumswohnungen dem Erwerber zustehen sollen.*

(2) *Alternative: Der Veräußerer ist Minderheitsgesellschafter einer GmbH und zugleich Eigentümer des Betriebsgrundstücks, das auf die speziellen Verhältnisse der GmbH zugeschnitten ist und dieser gegen einen Pachtzins zur Nutzung überlassen wird. Er überträgt an den Erwerber seinen GmbH-Anteil und den Grundbesitz und behält sich lediglich den Nießbrauch am Grundbesitz vor.*

M. E. ist hier wie folgt zu differenzieren: Wenn die überlassenen Gegenstände nicht in einem so engen wirtschaftlichen Zusammenhang stehen, daß ein Bestandteil nicht ohne den anderen Bestandteil übertragen würde, kommt eine Aufspaltung des Überlassungsvertrags in Betracht und ist für jeden einzelnen Überlassungsgegenstand zu ermitteln, ob er an den Erwerber im Sinn des § 2325 Abs. 3 BGB geleistet wurde oder nicht. M. E. ist bei einzelnen von mehreren Eigentumswohnungen die Trennung ohne weiteres möglich.

Im Beispielfall (1) oben wäre damit eine der sechs veräußerten Eigentumswohnungen, und zwar diejenige, bzgl. deren der Nießbrauch vorbehalten wurde, noch nicht „geleistet“, die weiteren fünf dagegen schon.

Bei dem Beispielfall (2) ist entscheidend, ob auf den Nutzungszusammenhang beim Nutzenden abgestellt wird (hier die Gesellschaft) oder ob die Verhältnisse beim Übertragenden entscheidend sind. Ich neige der letztgenannten Ansicht zu, weil damit die Verhältnisse bei einem Beteiligten des Überlassungsvertrags entscheidend sind. Nachdem für das Grundstück ein gesondertes Nutzungsentgelt bezahlt wird, kann seine „Leistung“ getrennt von der des GmbH-Anteils bewertet werden. Der GmbH-Anteil ist also „geleistet“, das Betriebsgrundstück nicht.

b) *Quoten- und Bruchteilsnießbrauch*

Beide haben zivilrechtlich gemeinsam, daß dem Nießbraucher nur ein Bruchteil der Nutzungen zusteht. Belastungsgegenstand ist beim Bruchteilsnießbrauch auch nur derjenige Bruchteil des Grundbesitzes, der den Nutzungen entspricht. Beim Quotennießbrauch dagegen ist der gesamte Gegenstand belastet und dient als Sicherheit. Wesentlich ist, daß bei beiden Formen des Nießbrauchs dem Nießbraucher nicht die gesamten Nutzungen zur Verfügung stehen. Ein Teil der Nutzungen verbleibt beim Grundstückseigentümer. Nach der Entscheidung des BGH darf der Veräußerer nicht die wesentliche Nutzungsbefugnis haben. Eine Nutzungsquote von unter 50% wird deshalb stets unschädlich sein. Nutzungsquoten von über 50% sind m. E. riskant.

In Fällen, in denen mehrere Einheiten überlassen werden (siehe oben Beispielfall I) ergibt sich damit für den Vertragsgestalter gegenüber dem Vollnießbrauch an einem einzelnen isolierbaren Überlassungsgegenstand die interessante Gestaltungsalternative, einen Quotennießbrauch zu einer unwesentlichen (unter 50%-igen Quote) an der Gesamtheit der überlassenen Gegenstände zu bestellen.

2. **Wohnungsrecht**

Streitgegenständlich war im entschiedenen Fall ein vorbehaltenener Nießbrauch. Nach den Urteilsgründen kommt es aber darauf an, daß der Veräußerer nicht berechtigt sein darf, das Objekt im wesentlichen weiterhin zu nutzen. Das heißt, es wird nicht unterschieden, ob eine Eigen- oder Fremdnutzung vorliegt.

a) *Wohnrecht an einer von mehreren Wohnungen im Objekt*

Nachdem der Veräußerer sich nur des wesentlichen Nutzungsrechts begeben muß, liegt eine Leistung bezüglich des gesamten überlassenen Grundbesitzes vor, wenn sich der Veräußerer an einer von mehreren Wohnungen eines Hauses das Wohnungsrecht vorbehält, gleichgültig, ob der die Ausübung der Nutzung Dritten überlassen kann oder nicht.

b) *Wohnrecht am gesamten überlassenen Wohnraum — Ausübung des Wohnungsrechts kann Dritten überlassen werden*

Der totalen Nießbrauchsbestellung vergleichbar sind Sachverhalte, in denen Wohnungsrechte bestellt werden, deren Ausübung Dritten überlassen werden kann (siehe dazu § 1092 Abs. 1, S. 2 BGB), wenn das Wohnungsrecht das gesamte Gebäude, das auf dem Grundstück aufsteht, erfaßt und das Gebäude Wohnzwecken zu dienen bestimmt ist. Die (nicht dinglich ausschließbare) Mitnutzungsbefugnis des Grundstückseigentümers an dem nichtbebauten Teil des Grundstücks dürfte in der Regel unwesentlich sein. Die Gestaltung führt also nicht zu einer „Leistung“. Eine Ausnahme ist nur möglich, wenn große Teile des Grundbesitzes ertragreich an Dritte vermietet oder verpachtet sind.

c) *Ausübung des Wohnungsrechts kann Dritten nicht überlassen werden*

Diskussionsbedürftig ist, ob die Bestellung eines Wohnungsrechts an dem gesamten Objekt zu einer Leistung im Sinn des § 2325 Abs. 3 BGB führt, wenn die Ausübung Dritten nicht überlassen werden kann. Nach dem Sachverhalt des Urteils muß der Veräußerer darauf verzichten, den verschenkten Gegenstand „im wesentlichen weiterhin zu nutzen“. In den Urteilsgründen wird aber weiter ausgeführt, daß es entscheidend darauf ankommt, daß der Veräußerer „den Genuß“ entbehren muß. Ausdrücklich wird angeführt, daß zum Eigentum die Befugnis gehört, es zu

nutzen (anderen die Nutzung einzuräumen oder zu verwehren). Wenn zu dem „Genuß“ eines Hauses die Eigen- und die Fremdnutzung gehört, kann argumentiert werden, daß ein durchaus wesentlicher Teil des Genusses des Veräußerers beschränkt wird, wenn er sich auf die Eigennutzung beschränken muß. Deshalb besteht eine argumentative Chance, wenngleich mit einem hohen rechtlichen Risiko, bei einem Wohnungsrecht, dessen Ausübung Dritten nicht überlassen werden kann, von einer Leistung im Sinn des § 2325 Abs. 3 BGB zu sprechen, selbst wenn das Wohnungsrecht das ganze oder nahezu ganze auf dem Grundstück aufstehende Gebäude erfaßt.

Wenig adäquat erscheint es demgegenüber, auf die tatsächliche Nutzungslage vor der Veräußerung abzustellen: Demzufolge wäre bei vorheriger Fremdvermietung des Objekts und bei nunmehr vorbehaltener Eigennutzung ohne Möglichkeit, das Objekt anderen zur Nutzung zu überlassen eine Leistung gegeben, bei vorher und nachher bestehender Eigennutzung nicht. Eine solche Auslegung könnte dazu führen, den Leistungsbegriff aufzuweichen, da vertragliche Gestaltungsmaßnahmen (z. B. Zwischenvermietungen an den vorgesehenen Erwerber für eine kurze Dauer) dazu führen würden, das gewünschte Ergebnis zu erzielen.

3. **Dauernde Last**

Statt sich ein Nutzungsrecht vorzubehalten und auf Grund des vorbehaltenen Nutzungsrechts die Erträge aus dem Objekt zu erzielen (z. B. durch einen Nießbrauch) kann ein wirtschaftlich vergleichbares Ergebnis erzielt werden, in dem der Erwerber sich verpflichtet, dem Veräußerer eine dauernde Last zu zahlen und diese durch eine Reallast im Grundbuch zu sichern.

Diese Vereinbarung steht m. E. einer „Leistung“ nicht entgegen: Die Vereinbarung einer Zahlungsverpflichtung ändert an der Tatsache nichts, daß der Veräußerer das veräußerte Objekt nicht mehr nutzen kann. Auch die Tatsache, daß die Zahlungsverpflichtung durch eine Reallast gesichert wird, führt nicht zu einer Nutzungsbefugnis des Veräußerers.

4. **Dauernde Last, gekoppelt mit einem Mietvertrag**

Die Erkenntnis in Abschnitt 3. läßt befürchten, daß eine aus anderen Gründen ungeliebte und für den Veräußerer riskante Vertragsgestaltung (siehe dazu meinen weiteren Beitrag in diesem Heft) Aktualität gewinnt: Die Kombination der dauernden Last (die nach den Feststellungen oben unschädlich ist) mit einem Mietvertrag. Schon aus den Urteilsgründen wird allerdings ersichtlich, daß der BGH hier sicherlich nicht von einer Leistung ausginge: Nach den Ausführungen des BGH muß der Veräußerer darauf verzichten, den verschenkten Gegenstand „... durch Vereinbarung schuldrechtliche Ansprüche“ im wesentlichen weiterhin zu nutzen. Dies bedeutet, daß ein mietvertraglicher Nutzungsanspruch gleichgestellt wird einem dinglich vorbehaltenen Nutzungsrecht. M. E. gelten damit für die Kombination Mietvertrag/dauernde Last die Ausführungen für das Wohnungsrecht oben entsprechend.

VI. **Zusammenfassung und Ausblick**

Die Ausführungen oben haben gezeigt, daß „maßvoller Genuß“ auch im Rechtsleben nicht schädlich ist. Eingeschränkte Wohnungsrechte am Grundbesitz, dauernde Lasten, Bruchteils- und Quotennießbrauch (mit Nutzungsquoten bis 50%) führen zur Leistung im Sinn des § 2325 Abs. 3 BGB.

Ende der Kombination Mietvertrag/dauernde Last?

— zugleich Anmerkung zu BFH, Urteil vom 13. 10. 1993 — X R 86/89 —
(in diesem Heft, Seite 362)

Von Notar Dr. Bernd Wegmann, Kemnath

I. Einleitung

Änderungen der Steuergesetzgebung und der Steuerrechtsprechung wirken auf die Vertragsgestaltung. Der Wegfall der Nutzungswertbesteuerung des „Wohnens im eigenen Haus“ nach §§ 21 Abs. 2, 21 a EStG a. F. bewirkte, daß der Erwerber von Grundbesitz, der dem Veräußerer ein unentgeltliches Nutzungsrecht an diesem Grundbesitz einräumt, steuerlich teilweise schlechter gestellt wurde als vor der Gesetzesänderung: Wenn der Veräußerer die Anschaffungskosten/Herstellungskosten getragen hatte, scheidet die Fortführung des Sonderausgabenabzugs nach § 10 e EStG daran, daß § 11 d EStDV nicht für anwendbar erklärt wurde. Wenn der Erwerber die Herstellungskosten für die Schaffung von Wohnraum des Veräußerers getragen hat, kommt eine Geltendmachung der Kosten nur in den Grenzen des § 10 h EStG in Betracht.

In dieser Situation schien die Kombination dauernde Last/Mietvertrag die Alternative schlechthin für das klassische Wohnrecht des Veräußerers zu sein. In Vertragshandbüchern wurde das Kombinationsmodell dargestellt, zugleich aber recht pauschal auf die Gefahren gegenüber dem klassischen Wohnungsrecht hingewiesen¹. In der Praxis wurden sämtliche Warnungen in den Wind geschlagen; wegen der erhofften positiven steuerlichen Wirkung wurden sogar bestehende Wohnungsrechte abgelöst durch die Vereinbarung einer dauernden Last und die Koppelung mit einem Mietvertrag über den Wohnraum, der vorher unentgeltlich genutzt wurde.

II. Nachteile der Gestaltung²

Das Kombinationsmodell weist gegenüber dem Wohnungsrecht gravierende Nachteile auf. Speziell die Sicherheit für den Veräußerer ist schlechter. Daneben bestehen auch einkommensteuerliche Risiken.

1. Zivilrechtliche Nachteile

Folgende zivilrechtliche Nachteile entstehen dem Veräußerer durch die Kombination Mietvertrag/dauernde Last gegenüber dem vorbehaltenen Wohnungsrecht:

(1) Bei der Zwangsversteigerung steht dem Ersteigerer nach § 57 a ZVG ein Recht zur Sonderkündigung des Mietvertrags zu³.

(a) Dagegen kann der Veräußerer nur geschützt werden, in dem er sich ein (durch Auflassungsvormerkung gesichertes) Rücküberrightsrecht für den Fall vorbehält, daß Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in den Grundbesitz ein-

geleitet werden. In der Praxis steht ein solcher Rücküberrightsanspruch aber ggf. der steuerlichen Anerkennung entgegen (siehe dazu unten).

(b) Wenn ein solches Rücküberrightsrecht nicht vereinbart wird und der Mietzins wegen § 21 Abs. 2 EStG n. F. geringer als die marktübliche Miete vereinbart wird, muß sich der Veräußerer mit dem (dinglich durch eine Reallast gesicherten) Betrag der dauernden Last eine Ersatzwohnung zu höheren Kosten beschaffen, wenn bei der Versteigerung das Sonderkündigungsrecht nach dem Zwangsversteigerungsgesetz ausgeübt wird.

(2) Selbst wenn ursprünglich eine zur Deckung einer Vergleichsmiete ausreichende dauernde Last vereinbart wurde, riskiert der Veräußerer, daß der Erwerber bei einer Verschlechterung seiner wirtschaftlichen Situation eine Reduzierung der dauernden Last fordert, die Miete aber unverändert bleibt. Kautelare Abhilfen (Mindesthöhe der dauernden Last⁴ oder durch die Entwicklung der Miete eingeschränkte Schwankungsbreite der dauernden Last) gefährden die steuerliche Anerkennung (siehe dazu unten).

2. Steuerliche Risiken

Steuerlich wurde die Kombination Mietvertrag/dauernde Last ohne eine wirklich sichere „Rechtsgrundlage“ vereinbart: Nur ein Schreiben des Baden-Württembergischen Finanzministeriums an den Württembergischen Notarverein erkannte die Gestaltung unter bestimmten Voraussetzungen ausdrücklich an⁵.

In jüngster Vergangenheit wurde das Modell durch die Finanzverwaltung, speziell in Nordbayern, in Frage gestellt. Gegen diese Gestaltung wurden verschiedene — unterschiedlich überzeugende — Einwendungen vorgebracht:

(1) Die Miete sei ohne weiteres mit der dauernden Last zu saldieren. Nur ein evtl. die Miethöhe übersteigender Betrag sei als Sonderausgabe anzuerkennen.

Diese Argumentation verkennt, daß zivilrechtlich ein Saldierungsverbot gegen dauernde Lasten besteht, die Bestandteile eines Altenteils sind (§ 850 b Abs. 1 Nr. 3 ZPO, § 394 BGB). Wenn die Beteiligten nicht selbst Saldierungen vornehmen, ergibt sich aus diesem zivilrechtlichen Aufrechnungsverbot m. E. auch ein steuerliches Saldierungsverbot.

(2) Die Vereinbarung eines Rücküberrightsanspruchs bei der Einleitung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen dient als Argument dafür, einen Steuerumgehungstatbestand nach § 42 AO anzunehmen⁶. Als Umgehung wird die

¹ S. etwa Spiegelberger in Münch. Vertragshandbuch, Band 4, 2. Halbbd., 1992, Formular VII.1 mit Anm. I; Wohnungsrecht „sicherste und einfachste Gestaltung für den Übergeber“; Langenfeld, Grundstückszuwendungen, 1991, Rdnr. 311.

² Umfassend dazu Wegmann, Grundstücksüberlassung, 1994, Rdnrn. 348 ff.

³ Die Kündigungsschutzbestimmungen für den Mieter werden dadurch aber nicht berührt, s. BGHZ 84, 90, 100 f.

⁴ S. dazu auch Spiegelberger, a. a. O., Anm. 5.5. und ders., Vermögensnachfolge, 1994, Rdnr. 153.

⁵ BWNotZ 1985, 33.

⁶ Bei genauer Lektüre des o. a. zitierten Schreibens des Bad.Württ. Finanzministeriums ergibt sich, daß ein Rückforderungsrecht für den Fall der Einleitung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen nicht ausdrücklich als steuerunschädlich angesehen wurde; s. auch Spiegelberger in Münch. Vertragshandbuch, a. a. O., Anm. 3.

Gestaltung ebenfalls angesehen, wenn nur die Entwicklung der Miethöhe zu Änderungen der dauernden Last nach § 323 ZPO führen kann.

Dieses Argument läßt sich nicht völlig von der Hand weisen: Wenn die Beteiligten wollen, daß Vertragsverhältnisse steuerrechtlich als verselbständigt anerkannt werden, geht es nicht an, diese so zu verknüpfen, daß das Schicksal des einen Vertragsverhältnisses Auswirkungen auf das andere Vertragsverhältnis hat. Solche Auswirkungen bestehen aber ohne weiteres, wenn nur eine Änderung der Miethöhe zu einer Änderung der dauernden Last führt. Nicht ganz klar ist der Fall bei dem Rückübergangsrecht: Das rechtliche Schicksal (bzw. Risiko) des einen Vertragsverhältnisses, nämlich des Mietvertrags wirkt sich nicht auf das korrespondierende Vertragsverhältnis, die dauernde Last aus, sondern auf die zugrundeliegende Überlassung überhaupt.

(3) Die vereinbarten Konditionen des Vertrags halten einem Fremdvergleich nicht stand oder die Vereinbarung wird nicht so durchgeführt wie vereinbart⁷.

Mit diesen Kriterien, die allgemein zu beachten sind, wenn Verträge unter nahen Familienangehörigen anerkannt werden sollen⁸, vermag die Finanzverwaltung in der Praxis häufig dem Kombinationsmodell die Anerkennung zu versagen: Weil die Gestaltung kompliziert ist, wird sie von den Beteiligten, die nur auf das vorteilhafte Ergebnis abstellen, häufig nicht begriffen und nicht so praktiziert, wie dies vereinbart wurde. Steuerlich ist etwa die Vereinbarung von Warmmieten in Regionen riskant, wenn Kaltmieten zzgl. Nebenkosten üblich sind. Der Anerkennung steht es auch entgegen, wenn mögliche Mietanpassungen nicht vorgenommen werden, obwohl diese bei Fremden durchsetzbar wären oder wenn die dauernde Last nicht an den Lebenshaltungskostenindex angepaßt wird, obwohl die Voraussetzungen nach dem Vertrag gegeben wären oder wenn über Nebenkostenvorauszahlungen nicht abgerechnet wird.

III. Steuerliche Risikoerhöhung durch das Urteil des BFH vom 13. 10. 1993

Am 13. 10. 1993 erließ der BFH ein Urteil, das in einem Spezialfall ausdrücklich die Kombination Mietvertrag/dauernde Last nicht mehr anerkennt. Dieses Urteil kann darüberhinaus m. E. als Indiz dafür gewertet werden, daß die Anerkennung des gesamten Kombinationsmodells gefährdet ist.

Der Entscheidung des BFH vom 13. 10. 1993 lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein ursprünglich vorbehaltenes Wohnungsrecht wurde aufgegeben gegen die Vereinbarung einer dauernden Last; ergänzend zu dieser Gestaltung wurde zwischen dem früheren Wohnungsberechtigten und dem Grundstückseigentümer ein Mietvertrag über die Wohnung abgeschlossen, die der frühere Wohnungsberechtigte bis dahin unentgeltlich benutzt hat.

Der BFH hatte in seiner Entscheidung vom 25. 11. 1992⁹ noch entschieden, daß wiederkehrende Leistungen zur Ablösung eines Nutzungsrechts dauernde Lasten sein können, wenn das dingliche Nutzungsrecht Gegenstand einer Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen war. Wäh-

rend die bloße Ablösung eines Wohnungsrechts gegen eine dauernde Last steuerlich noch als Sonderausgabe anerkannt wurde, wird nunmehr bei einer hinzutretenden Vereinbarung eines Mietverhältnisses über die früher unentgeltlich genutzte Wohnung der Gestaltung die steuerliche Anerkennung versagt. Dogmatisch wurde dies nicht mit § 42 AO begründet, sondern damit, daß bei Ablösung des Wohnungsrechts durch Kombination dauernde Last/Mietvertrag keine Versorgungsleistung im Steuerrechtssinne vorliegt. Nur solche Versorgungsleistungen werden von § 12 Nr. 2 EStG ausgenommen¹⁰.

Damit steht für den Vertragsgestalter fest, daß die Ablösung eines Wohnungsrechts durch die Kombination Mietvertrag/dauernde Last in Zukunft keine Chance mehr auf steuerliche Anerkennung hat.

Darüberhinaus kann aber m. E. auch gefolgert werden, daß der BFH die Kombination Mietvertrag/dauernde Last generell nicht anerkennen will: Die Argumentation, steuerrechtlich als dauernde Lasten anerkennenswerte Versorgungsleistungen anlässlich von Vermögensübergaben liegen nicht vor, wenn in der Realität diese Versorgungsleistungen mit einem schuldrechtlichen Nutzungsverhältnis gekoppelt werden, sondern stattdessen ein nicht als Sonderausgabe abzugsfähiges vorbehaltenes Nutzungsrecht, läßt sich auf die ursprüngliche Vermögensübergabe mit Kombination Mietvertrag/dauernde Last unschwer übertragen.

IV. Verzicht auf die Vereinbarung eines sofortigen Mietvertrags — ein Ausweg?

Weil die Finanzverwaltung meines Wissens bisher nur Fälle aufgegriffen hat, bei denen anlässlich der Vermögensübergabe die dauernde Last sofort mit dem Mietvertrag gekoppelt wurde und weil die Entscheidung des BGH auch nur unmittelbar zu einem Sachverhalt erging, in dem in einer Vereinbarung das Wohnungsrecht aufgehoben, die dauernde Last vereinbart und das Mietverhältnis begründet wurde, wird von Steuerberatern zum Teil empfohlen, bei der Vermögensübergabe selbst noch keinen Mietvertrag zu vereinbaren, sondern lediglich die dauernde Last zu vereinbaren und den Mietvertrag erst zu einem späteren Zeitpunkt abzuschließen.

Dem Notar ist klar, daß nach der Rechtsprechung des BGH eine solche Vorgehensweise gegen § 313 BGB verstößt: Wenn auch nur nach dem Willen eines Beteiligten die Vermögensübergabe mit dem Mietvertrag „stehen und fallen“ sollte¹¹, ist die Beurkundung einer Verknüpfung zwischen Mietvertrag und dauernder Last unumgänglich. Ein solcher Verknüpfungswille ist m. E. zu vermuten, wenn der Veräußerer in dem veräußerten Anwesen wohnt.

Dem Steuerberater solche „zivilen Feinheiten“ klarzumachen, fällt zum Teil schwer. Gegen diese Gestaltung bestehen aber m. E. auch steuerliche Einwände, die den Steuerberater vielleicht eher von der Sinnlosigkeit eines solchen „Auswegs“ überzeugen: Nach der Rechtsprechung

⁷ S. dazu auch *Wegmann*, a. a. O., Rdnr. 348 ff.

⁸ BFH BStBl. II 1992, 507, 398 u. 469.

⁹ DStR 1993, 683.

¹⁰ BFH BStBl. II 1992, 803, 904 f.; umfangreiche Auseinandersetzung mit dieser Rechtsprechung: *Weber-Grellet*, DStR 1993, Beihefter 31, 4 ff.

¹¹ S. dazu *Kanzleiter* in Münch. Komm., 3. Aufl., Rdnrn. 51 ff. zu § 313 BGB mit umfangreichen Rechtsprechungsnachweisen.

des Bundesfinanzhofs werden Verträge zwischen nahen Verwandten nur anerkannt, wenn sie formell wirksam geschlossen werden¹².

Ob die zivilrechtliche Heilung nach § 313 S. 2 BGB zur steuerlichen Anerkennung eines zunächst nicht anerkenntenswerten Vertragsverhältnisses führt, ist zu bezweifeln.

V. Zusammenfassung und Ausblick

M. E. sollte aus dieser Entscheidung durch den Notar die Konsequenz gezogen werden, daß die Kombination Mietvertrag/dauernde Last in Zukunft nicht mehr empfohlen wird. Wenn sie ausdrücklich gewünscht wird, sollte auf die steuerlichen und zivilrechtlichen Risiken hingewiesen werden. Sonst sollte das klassische Wohnungsrecht beurkundet werden. Unzulässig und wohl auch steuerschädlich ist die Beurkundung von Übergabe und dauernder Last ohne Mietverhältnis, obwohl tatsächlich ein Kombinationsmodell durchgeführt werden soll.

¹² BFH BS tBl II 1992, 507.

Einen schwachen steuerlichen Hoffnungsschimmer für das Wohnungsrecht sehe ich noch am finanzgerichtlichen Horizont: Der BFH hat jüngst entschieden, daß Wohnraum auch dann als selbstgenutzt angesehen wird, wenn er einem Kind überlassen wird, dem gegenüber eine Unterhaltspflicht besteht¹³. § 10 e EStG kann ggf. bei solchen Sachverhalten angewandt werden, wenn der BFH diese Rechtsprechung dahingehend fortentwickelte, daß ein unentgeltliches Wohnungsrecht einer „sittlichen Unterhaltspflicht“ entsprechend § 33 Abs. 2 EStG gegenüber dem Veräußerer entspricht, könnte der Erwerber Kosten für die Schaffung von Wohnraum für den Veräußerer nach § 10 EStG geltend machen, auch wenn die Voraussetzungen nach § 10 h EStG nicht vorliegen¹⁴.

¹³ BFHE 173, 345.

¹⁴ Derzeit scheinen die Chancen dafür freilich nicht allzu hoch, nachdem der BFH § 10 e EStG nicht anwendet, wenn die Wohnung der getrennt lebenden Ehefrau zur Nutzung überlassen wird, BFHE 173, 352.

Bürgerliches Recht

1. BGB § 275; DDR: GrdstVVO §§ 2, 5 Abs. 2 F: 11. Januar 1963 (*Unwirksamkeit eines in der DDR nicht vollzogenen „Uraltvertrags“*)

War eine bei Inkrafttreten der Grundstücksverkehrsverordnung noch nicht erklärte Auflassung wegen eines zwingenden Versagungsgrundes nun nicht mehr genehmigungsfähig, ist der Verkäufer von seiner Eigentumsverschaffungspflicht jedenfalls dann frei geworden, wenn er sich insoweit nicht in Verzug befand.

BGH, Urteil vom 25. 3. 1994 — V ZR 171/92 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 5. 4. 1946 verkaufte die Mutter des Beklagten von dem ihr gehörenden Grundstück eine noch abzuvermessende, auf dem Teilungsentwurf vom 12. 1945 mit Nr. 1 bezeichnete Parzelle dem Rechtsvorgänger der Klägerin. Der Kaufpreis von 2.408 RM wurde bar bezahlt. Die Auflassung sollte erfolgen, sobald die Katasternummer feststeht. Der Besitz ging sogleich über.

Die Verkäuferin starb 1948 und wurde von dem Beklagten allein beerbt. Die Parzellierung erfolgte im Dezember 1952. Die Auflassung unterblieb. Im Jahre 1980 veräußerte der Beklagte die verkaufte Parzelle an die Eheleute B. Diese wurden als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen und veräußerten das Grundstück im Jahre 1986 weiter.

Die Klägerin verlangt von dem Beklagten Schadensersatz in Höhe von 472.800 DM nebst Zinsen. Die Klage hatte vor dem Kreisgericht keinen, vor dem Bezirksgericht dagegen Erfolg. Die Revision führte zur Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht vertritt die Auffassung, der Beklagte habe die Erfüllung des — wegen eingetretener Hemmung der Frist nicht verjährten — Eigentumsverschaffungsanspruchs durch die Weiterveräußerung des Grundstücks im Jahr 1980 unmöglich gemacht. Er habe deshalb der Klägerin gem. § 90 Abs. 3 ZGB den dadurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Dieser Anspruch sei ebenfalls nicht verjährt.

Dies hält der rechtlichen Prüfung nicht stand.

II. 1. Zutreffend geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, daß der Kaufvertrag vom 5. 4. 1946 formwirksam geschlossen wurde.

2. Zu Unrecht nimmt das Berufungsgericht jedoch an, der Beklagte habe durch die Veräußerung der Parzelle im Jahre 1980 die Erfüllung des Kaufvertrages von 1946 unmöglich gemacht.

Zwar kann die Weiterveräußerung einer Sache deren Übereignung dann unmöglich machen, wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, sie sich wieder zu beschaffen (st. Rspr., vgl. Senatsurteil vom 29. 1. 1993, V ZR 160/91, WM 1993, 1155, 1156). Dies setzt jedoch voraus, daß der Eigentumsverschaffungsanspruch zu diesem Zeitpunkt noch bestanden hat. Dies ist dann nicht mehr der Fall, wenn — wie hier — die für die noch ausstehende Auflassung erforderliche behördliche Genehmigung schon vorher nicht mehr zu erlangen war.

a) Eine Leistung, die behördlicher Genehmigung bedarf, wird nachträglich unmöglich, wenn die Genehmigung entweder endgültig versagt wird (BGHZ 37, 233, 240 [= DNotZ 1963, 226]; Senatsurteile vom 7. 2. 1969, V ZR 112/65, NJW 1969, 837 [= DNotZ 1969, 476] und vom 11. 3. 1994, V ZR 48/93; BGH, Urteil vom 15. 10. 1992, IX ZR 43/92, NJW 1993, 648, 651) oder wenn sie nicht mehr zu erlangen ist, bzw. ihre Erteilung völlig unwahrscheinlich geworden ist. Denn der durch die Genehmigungsbedürftigkeit eingetretene Schwebezustand ist jedenfalls dann beendet, wenn den Parteien nach den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann, die Genehmigung nachzusuchen (BGHZ 76, 242, 248). Das war hier schon lange vor der Weiterveräußerung des Grundstücks der Fall.

b) Es kann offenbleiben, ob außer der bei Vertragsschluß im Jahr 1946 beabsichtigten Grundstücksteilung auch der Kaufvertrag aufgrund des Gesetzes über die Aufschließung von Wohnsiedlungsgebieten vom 22. 9. 1933 (RGBl I S. 659) oder sonstiger Bestimmungen (vgl. die Zusammenstellung bei *Staudinger/Seuffert*, BGB 11. Aufl. Bd. III, Einleitung, Rdnr. 33) einer behördlichen Genehmigung bedurfte. Denn der Beklagte ist jedenfalls durch das Inkrafttreten der Verordnung über den Verkehr mit Grundstücken vom 11. 1. 1963 (GVVO; GBl II S. 159) gemäß der damals in der DDR noch geltenden Bestimmung des § 275 BGB von der Pflicht zur Übereignung des Eigentums freigestellt. Nach § 2 der Verordnung unterlag nämlich die — noch nicht erfolgte — Auflassung nunmehr in jedem Fall einer behördlichen Genehmigung, weil die Bestimmung auch auf Rechtsvorgänge Anwendung fand, die bis zu ihrem Inkrafttreten noch nicht entschieden waren (§ 20 GVVO). Eine Genehmigung war jedoch nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen wegen Vorliegens der zwingenden Versagungsgründe nach § 5 Abs. 2 Buchstaben c und f GVVO nicht zu erlangen. Im Sinne dieser Bestimmungen hätte der Käufer als Einwohner West-Berlins und Angehöriger der dortigen Kriminalpolizei „die ordnungsgemäße Verwaltung und volkswirtschaftlich erforderliche Nutzung des Grundstücks nicht gewährleistet“ und durch den Erwerb „gesellschaftliche Interessen“ verletzt. Die GVVO vom 15. 12. 1977 (GBl I S. 73) hat diese Versagungsstatbestände in § 3 Abs. 4 Buchstaben a und d aufrechterhalten.

c) Bei Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit der Auflassung geht es entgegen der Ansicht der Klägerin nicht um heute „außer acht zu lassendes Teilungsunrecht“, sondern um die Frage, ob und wann nach damaliger Rechtslage in der DDR Unmöglichkeit der Vertragserfüllung eingetreten ist. Insoweit bleibt nach dem Einigungsvertrag für das vor dem 3. 10. 1990 entstandene Schuldverhältnis, also auch für die Frage der Genehmigungsbedürftigkeit und -fähigkeit, das für das Beitrittsgebiet bisher geltende Recht maßgebend (Art. 232 § 1 EGBGB i. V. mit § 2 Abs. 2 Satz 2 EGBGB). Dies ist verfassungsrechtlich unbedenklich (vgl. Senatsurteil vom 4. 3. 1994, V ZR 287/92, zur Veröffentlichung vorgesehen). Soweit der Bundesgerichtshof eine in der ehemaligen DDR vertretene Gesetzesanwendung bei der jetzigen Beurteilung für unmaßgeblich erklärt hat (vgl. Urteil vom 1. 12. 1993, IV ZR 261/92, NJW 1994, 582, 583 [= MittBayNot 1994, 146]), betraf dies Fälle, in denen der

Gesetzgeber für die Zukunft die Weitergeltung des bisherigen DDR-Rechts angeordnet hat. Ein solcher Tatbestand liegt hier nicht vor.

3. Ist mithin davon auszugehen, daß die Auflassung nicht genehmigungsfähig war, wurde dem Beklagten die Erfüllung seiner Pflicht zur Eigentumsverschaffung nachträglich unmöglich, und zwar aus einem Umstand, den keine Partei zu vertreten hatte (BGHZ 76, 242, 248). Etwas anderes hätte möglicherweise nur dann zu gelten, wenn der Beklagte sich bei Inkrafttreten der GVVO vom 11. 1. 1963 in Verzug befunden hätte (§ 287 Satz 2 BGB). ... Dies hat die Klägerin jedoch nicht dargelegt. Weder die von ihr behauptete Tatsache, die Mutter des Beklagten sei jährlich brieflich zur Übereignung aufgefordert worden, noch der von dem Beklagten eingeräumte Umstand, daß der Rechtsvorgänger der Klägerin Maßnahmen unternommen habe, um den Vertrag durchzusetzen, lassen erkennen, der Käufer habe nach der im 12. 1952 erfolgten Grundstücksteilung den Beklagten als Erben der 1948 verstorbenen Verkäuferin gemahnt, das Grundstück aufzulassen. Die Unmöglichkeit der Eigentumsverschaffung ist nicht dadurch wieder entfallen, daß die Versagungsgründe der GVVO mit dem Einigungsvertrag Anl. II B Kap. III Sachgebiet B Abschn. II 1 aufgehoben wurden und die Genehmigung nach der nunmehr geltenden Neufassung der GVVO vom 3. 8. 1992 (BGBl I S. 1477) jetzt zu erteilen wäre. Denn diese Änderung der GVVO erfaßt nur diejenigen Rechtsverhältnisse, die bei Inkrafttreten der neuen Norm noch in der Schwebe waren, und nicht solche, die — wie hier — bereits unter der Herrschaft des früheren Rechts ihren Abschluß gefunden hatten (BGHZ 76, 242, 248).

2. AGBG § 9; BGB §§ 765, 930, 1191 (*Sicherungsgrundschuld ohne Freigabeklausel wirksam*)

- a) Die formularmäßige Bestellung von Sicherungsgrundschulden ist ohne Freigabeklausel wirksam. Das gilt auch dann, wenn dem Gläubiger daneben bestimmte Sachen sicherungsübereignet werden.
- b) Ein formularmäßiger Sicherungsvertrag, der als solcher ohne Freigabeklausel wirksam ist, bedarf einer entsprechenden Regelung auch dann nicht, wenn der Gläubiger neben den dinglichen Sicherheiten noch Bürgschaften erhält.

BGH, Urteil vom 28. 4. 1994 — IX ZR 248/93 —, mitgeteilt von D. Bundschuh, Vorsitzender Richter am BGH

Aus den Gründen:

III. ... 1. Die Vereinbarung über die Bestellung der Sicherungsgrundschulden war ebenfalls ohne eine Freigabeklausel mit zahlenmäßig bestimmter Deckungsgrenze wirksam.

a) Was der Senat in seinen Urteilen vom 13. 1. 1994 (IX ZR 79/93 = ZIP 1994, 305; IX ZR 2/93 = ZIP 1994, 309 [= DNotZ 1994, 467]) zur Sicherungsübereignung bestimmter Sachen ausgeführt hat, gilt bei Bestellung von Grundschulden entsprechend. Hier ist ebenfalls das „Sicherungsgut“ von Anfang an klar umrissen. Der Sicherungsgeber kann in der Regel mit vertretbarem Aufwand ermitteln, welchen Wert das dingliche Recht bei Vertragsschluß besitzt, und in etwa überblicken, wie sich dieser Wert vor-

aussichtlich entwickeln wird. Bei Sicherungsgrundschulden an vorderer Rangstelle ist deren Wert durch den Nennbetrag häufig sogar exakt bestimmt. Der Bundesgerichtshof ist schon bisher mit Recht davon ausgegangen, daß eine Freigabeverpflichtung nach billigem Ermessen — wie sie hier aus Nr. 19 Abs. 6 AGB-Banken folgt — die berechtigten Interessen des Sicherungsgebers insoweit hinreichend berücksichtigt (vgl. BGH, Urteil vom 20. 10. 1980 — II ZR 190/79, NJW 1981, 571 [= DNotZ 1981, 378]; BGHZ 109, 240, 247).

b) Sind die Sicherungsübereignung der Fahrzeuge und die Bestellung der Grundschulden je für sich ohne Freigabeklausel mit zahlenmäßig bestimmter Deckungsgrenze wirksam, so bedarf es einer solchen auch nicht deshalb, weil der Beklagten sowohl Grundschulden bestellt als auch Gegenstände sicherungsübereignet wurden. Ein erweitertes Schutzbedürfnis der Gesellschaft war dadurch nicht entstanden; denn die Verbindung dieser beiden Sicherungsformen erschwerte nicht die Feststellung, von wann ab eine erhebliche andauernde Übersicherung der Bank entsteht. Auch der Umstand, daß die Grundschulden hier zugleich private Darlehen der Grundstückseigentümer sicherten, hat insoweit keine Bedeutung, weil die Hauptschuldnerin dadurch nicht gehindert war, bei Eintritt der Übersicherung Rückübereignung von Fahrzeugen oder Entlassung der Grundstückseigentümer aus der dinglichen Haftung für die Gesellschaftsschulden zu verlangen.

2. Einer zahlenmäßig bestimmten Deckungsgrenze im Formularvertrag bedurfte es schließlich auch nicht deshalb, weil die beklagte Gläubigerin Bürgschaften als weitere Sicherheiten für ihre Forderungen erhalten hatte. (*Wird ausgeführt.*)

3. BGB § 765; AGBG § 3 (*Formularmäßige Haftungserweiterung bei Bürgschaft als überraschende Klausel*)

Die Erweiterung der Haftung durch eine formularmäßige Bürgschaftserklärung, die ein Bürge aus Anlaß der Gewährung eines Tilgungsdarlehens durch eine Bank abgibt, auf alle bestehenden und künftigen Verbindlichkeiten des Hauptschuldners ist grundsätzlich überraschend.

BGH, Urteil vom 1. 6. 1994 — XI ZR 133/93 —, mitgeteilt von D. Bundschuh, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin, eine Bank, nimmt den Beklagten zu 1) als Hauptschuldner und dessen Ehefrau (künftig: Beklagte) als Bürgin auf Zahlung von 430.720,12 DM zuzüglich Zinsen in Anspruch.

Am 7. 3. 1983 gewährte die Rechtsvorgängerin der Klägerin dem Ehemann der Beklagten ein Tilgungsdarlehen über 200.000 DM mit einer Laufzeit von 47 Monaten zur Finanzierung einer Kommanditbeteiligung. Aus Anlaß dieses inzwischen getilgten Darlehens übernahm die nicht berufstätige Beklagte am gleichen Tage gegenüber der Rechtsvorgängerin der Klägerin formularmäßig eine selbstschuldnerische Bürgschaft

„zur Sicherung aller bestehenden und künftigen, auch bedingten oder befristeten Forderungen ... gegen den Hauptschuldner ... an Hauptsumme, Zinsen und Kosten aus ihrer Geschäftsverbindung (insbesondere aus laufender Rechnung, Krediten und Darlehen jeder Art und Wechseln) sowie aus Wechseln, die von Dritten hereingegeben werden, Bürgschaften, Abtretungen oder gesetzlichem Forderungübergang“.

Zur Finanzierung einer anderen Kapitalbeteiligung gewährte die S. Kreditanstalt dem Ehemann der Beklagten im Jahre 1984 ein

Darlehen über 536.800 DM. Als Sicherheit diene eine Zahlungsgarantie, die die Rechtsvorgängerin der Klägerin aufgrund eines Avalkreditvertrages mit dem Ehemann der Beklagten übernahm. Nach Inanspruchnahme aus der Garantie verlangt die Klägerin Ersatz der Aufwendungen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat ihr stattgegeben. Die Revision des beklagten Ehemannes hat der Senat nicht angenommen. Die Revision der beklagten Ehefrau führte zur Wiederherstellung des klageabweisenden landgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat eine Bürgenhaftung der Beklagten für die Aufwendungsersatzverpflichtung ihres Ehemannes für gegeben erachtet. . . .

II. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Erstreckung der aus Anlaß des Tilgungsdarlehens vom 7. 3. 1983 übernommenen Bürgschaft auf alle bestehenden und künftigen Forderungen der Rechtsvorgängerin der Klägerin aus ihrer Geschäftsverbindung mit dem Ehemann der Beklagten in der als Allgemeine Geschäftsbedingung anzusehenden vorformulierten Bürgschaftserklärung ist überraschend und deshalb nicht Vertragsbestandteil geworden (§ 3 AGBG).

1. Überraschenden Charakter hat eine Regelung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen dann, wenn sie von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht und dieser mit ihr den Umständen nach vernünftigerweise nicht zu rechnen braucht. Die Erwartungen des Vertragspartners werden dabei von allgemeinen und von individuellen Begleitumständen des Vertragsschlusses bestimmt (BGHZ 102, 152, 158 f. [= DNotZ 1988, 484]; 109, 197, 201 [= MittBayNot 1990, 103 = DNotZ 1990, 554]; BGH, Urteil vom 21. 11. 1991 — IX ZR 60/91, WM 1992, 135, 137; BGH, Urteil vom 17. 3. 1994 — IX ZR 102/93, WM 1994, 784, 785).

Die Erwartung eines Sicherungsgebers vom Umfang seiner Haftung wird wesentlich durch den Anlaß der Sicherheitsbestellung geprägt. Ist Anlaß die Gewährung eines bestimmten Darlehens an einen Dritten, so erwartet der Sicherungsgeber nicht und braucht damit vernünftigerweise auch nicht zu rechnen, auch für alle anderen schon begründeten oder zukünftig erst entstehenden Schulden des Kreditnehmers eintreten zu müssen.

a) In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Zweckerklärung bei Sicherungsgrundschulden ist deshalb anerkannt, daß die formularmäßige Erweiterung der dinglichen Haftung des Sicherungsgebers für alle bestehenden und künftigen Verbindlichkeiten des Dritten grundsätzlich gegen § 3 AGBG verstößt. Das gilt auch dann, wenn der Dritte der Ehegatte des Sicherungsgebers ist. Der überraschende Charakter entfällt erst, wenn Sicherungsgeber und Dritter persönlich und wirtschaftlich so eng verbunden sind, daß das Risiko künftiger von der Grundschuldbestellung erfaßter Verbindlichkeiten für den Sicherungsgeber berechenbar und vermeidbar ist, wenn im Rahmen von Verhandlungen auf die Erweiterung der dinglichen Haftung hingewiesen worden ist, oder wenn der Sicherungsgeber ein mit Kreditgeschäften vertrautes Unternehmen ist (vgl. BGHZ 100, 82, 85 f. [= MittBayNot 1987, 187 = DNotZ 1987, 493]; 102, 152, 159 f. [= DNotZ 1988, 484]; 103, 72, 80; 106, 19, 23 f. [= MittBayNot 1989, 83 = DNotZ 1989, 609]; 109, 197, 201 ff. [= MittBayNot 1990, 103 = DNotZ 1990, 554]; Senatsurteile vom 13. 11. 1990 — XI ZR 217/89,

WM 1991, 60, 61 f., vom 9. 7. 1991 — XI ZR 218/90, WM 1991, 1748, 1750 [= MittBayNot 1992, 42 = DNotZ 1992, 94], vom 18. 2. 1992 — XI ZR 126/91, WM 1992, 563, 564 [= MittBayNot 1992, 258 = DNotZ 1992, 563] und vom 14. 7. 1992 — XI ZR 256/91, WM 1992, 1648, 1649).

b) Diese Grundsätze können auch bei formularmäßigen Bürgschaftserklärungen, die aus Anlaß der Gewährung eines bestimmten Tilgungsdarlehens abgegeben werden, Geltung beanspruchen. Ein Bürge ist nicht weniger schutzwürdig als der Besteller einer Sicherungsgrundschuld, zumal der Bürge mit seinem gesamten Vermögen haftet. Alles spricht dafür, daß grundsätzlich auch ein Bürge, der aus Anlaß eines Tilgungsdarlehens mit fester Höhe und Laufzeit eine Bürgschaft übernimmt, erwartet und billigerweise erwarten darf, nur für dieses Darlehen eintreten zu müssen. In einem solchen Fall hat die kreditgebende Bank ihr Risiko auf einen bestimmten Betrag begrenzt. Angesichts dessen besteht für einen Bürgen grundsätzlich keinerlei Anlaß für die Annahme, die Bank wünsche von ihm gleichwohl eine der Höhe nach unbeschränkte Sicherheit für alle gegenwärtigen und alle künftigen Verbindlichkeiten des Hauptschuldners aus der Geschäftsverbindung. Ein solches über das schutzwürdige Sicherungsbedürfnis der Bank weit hinausgehendes Ansinnen zur Übernahme einer unkalulierbaren unbeschränkten Haftung mit dem gesamten Vermögen ist so ungewöhnlich, daß ein Bürge damit grundsätzlich nicht zu rechnen braucht (vgl. OLG Düsseldorf WM 1984, 82, 83 ff.; *Reinicke/Tiedtke* JZ 1985, 485, 486 f.; *dies.* JZ 1986, 426, 429 f.). Der Überraschungseffekt liegt in einem solchen Fall ebenso wie bei der Bestellung einer Grundschuld mit formularmäßig weiter Zweckerklärung in dem Widerspruch zwischen der durch den besonderen Anlaß der Bürgschaftübernahme zutage getretenen Zweckvorstellung des Bürgen und der davon in einem nicht zu erwartenden Ausmaß abweichenden Reichweite der vorformulierten Bürgschaftserklärung.

Der überraschende Charakter einer solchen Erklärung kann nicht mit einem Hinweis auf § 765 Abs. 2 BGB, auf die weite Verbreitung der in Rede stehenden Formulklausel in der Bankpraxis oder auf die Möglichkeit zur Kündigung einer Bürgschaft generell in Abrede gestellt werden. . . .

4. ErbbauVO § 1 Abs. 1 (Inhalt eines Erbbaurechts)

Ein Erbbaurecht kann mit dem Inhalt bestellt werden, daß der Erbbauberechtigte jede baurechtlich zulässige Art von Bauwerken errichten darf (Fortführung des Senatsurteils BGHZ 101, 143 [= MittBayNot 1987, 246 = DNotZ 1988, 161]).

BGH, Urteil vom 22. 4. 1994 — V ZR 183/93 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin bestellte durch notariellen Vertrag vom 3. 5. 1973 der Firma F. OHG, deren Gesamtrechtsnachfolgerin die Beklagte ist, ein Erbbaurecht für die Dauer von 99 Jahren. Der im Grundbuch vollzogene Vertrag enthält folgende Bestimmung:

„Der Erbbauberechtigte darf auf und unter der Oberfläche des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks Bauwerke entsprechend seinen Erfordernissen . . . errichten. . . .

Die öffentlich-rechtlichen Bau- und ähnlichen Vorschriften müssen bei Errichtung des Bauwerks voll eingehalten werden.“

Vereinbart war ein — durch Eintragung einer Reallast gesicherter — Erbbauzins von jährlich 16.680 DM. Er sollte sich bei einer Änderung der Lebenshaltungskosten eines Vier-Personen-Arbeitnehmerhaushalts mittleren Einkommens um mehr als 10% im gleichen prozentualen Verhältnis ändern.

Aufgrund dieser Klausel, die von der Landeszentralbank genehmigt worden ist, hat die Klägerin für das Jahr 1987 Nachzahlung eines Erbbauzins von 7.154,16 DM nebst Prozeßzinsen verlangt. Das Landgericht hat die Beklagte unter Abweisung der weitergehenden Klage zur Zahlung von 6.939,12 DM verurteilt. Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung der Beklagten die Klage in vollem Umfang abgewiesen.

Die zugelassene Revision der Klägerin hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Das Berufungsgericht hält die Klage für unbegründet, weil der Erbbaurechtsvertrag nichtig sei. Zur wirksamen Bestellung eines Erbbaurechts sei erforderlich, daß der Vertrag die ungefähre Beschaffenheit des Bauwerks oder der Bauwerke bezeichne, die der Erbbauberechtigte errichten dürfe. Dafür genüge nicht die hier getroffene Vereinbarung, er dürfe „Bauwerke entsprechend seinen Erfordernissen“ auf dem Grundstück errichten. Eine hinreichende Konkretisierung ergebe sich auch nicht daraus, daß der Erbbauberechtigte nach dem Vertrag die Bauvorschriften einhalten muß.

Dagegen wendet sich die Revision zu Recht.

1. Schon nach der älteren Rechtsprechung des Senats müssen bei Bestellung eines Erbbaurechts dingliche Einigung und Grundbucheintragung nur deutlich machen, wie die Bebauung des Grundstücks ungefähr beschaffen sein soll (BGHZ 47, 190 [= DNotZ 1967, 756]; Urteil vom 14. 2. 1969, V ZR 119/65, WM 1969, 564, 566 [= DNotZ 1969, 487]; Beschluß vom 13. 7. 1973, V ZB 8/73, WM 1973, 1071, 1072 [= MittBayNot 1973, 354 = DNotZ 1974, 90]; Urteil vom 14. 3. 1975, V ZR 184/82, WM 1975, 544). Damit sollte dem Bedürfnis Rechnung getragen werden, die Bestellung von Erbbaurechten auch für noch nicht in den Einzelheiten feststehende Bauvorhaben zu ermöglichen (BGHZ 47, 190, 192). Als notwendig ist deshalb lediglich die Angabe der Gattungsart des Bauwerks angesehen worden, z. B. „ein Wohnhaus“ oder „mehrere Wohnhäuser“ (BGHZ 47, 190, 193 [= DNotZ 1967, 756]). Doch ist auch eine solche Anforderung noch zu eng, weil sie ohne Not die Bestellung eines Erbbaurechts dann ausschließen würde, wenn sich der Erbbauberechtigte nicht bereits im Vertrag auf die Art der Bebauung festlegen will oder kann. Daher hat es der Senat in BGHZ 101, 143 [= MittBayNot 1987, 246 = DNotZ 1988, 161] als ausreichend erachtet, wenn die dingliche Einigung die Errichtung von Gebäuden nach Maßgabe eines künftigen Bebauungsplans gestattet. Einen ähnlichen Inhalt hat, was das Berufungsgericht verkennt, die im vorliegenden Fall getroffene dingliche Einigung.

Sie erlaubt zwar dem Erbbauberechtigten nicht nur die Errichtung von Gebäuden, sondern auch von sonstigen Bauwerken „entsprechend seinen Erfordernissen“; sie bestimmt aber, daß die öffentlich-rechtlichen Bauvorschriften eingehalten werden müssen. Somit haben sich die Vertragsparteien darauf geeinigt, daß jedes baurechtlich zulässige Bauwerk errichtet werden darf. Dies genügt dem Berufungsgericht nicht, weil das derzeit in einem Flächennutzungsplan als gewerbliche Baufläche ausgewiesene Erbbaugrundstück, sofern Ausnahmegenehmigungen erteilt und Baulasten übernommen würden, in vielfältiger Art bebaut

werden könnte. Das widerspräche jedoch nicht der dinglichen Einigung, da sie jede baurechtlich zulässige Art von Bauwerken erlaubt.

Dem stehen, soweit überhaupt beachtlich, die Gründe nicht entgegen, aus denen das Erfordernis hergeleitet wird, den in § 1 Abs. 1 ErbbaurechtsVO nur allgemein umschriebenen Inhalt eines Erbbaurechts — veräußerliches und vererbliches Recht, auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks ein Bauwerk zu haben — im Bestellsungsvertrag näher zu bezeichnen. Dadurch soll zum einen die Feststellung ermöglicht werden, ob das Bauwerk bei Erstreckung des Erbbaurechts auf einen für die Bebauung nicht benötigten Teil des Grundstücks gem. § 1 Abs. 2 ErbbaurechtsVO wirtschaftlich die Hauptsache bleibt (BGHZ 47, 190, 191/192 [= DNotZ 1967, 756]). Was dies betrifft, so bestehen hier keine Zweifel. Dem Erbbauberechtigten ist die Befugnis eingeräumt, eine Vielzahl von Bauwerken zu errichten; daraus ist ersichtlich, daß die Bauwerke im Verhältnis zum Grundstück wirtschaftlich die Hauptsache sind (vgl. BGHZ 101, 143, 147 [= MittBayNot 1987, 246 = DNotZ 1988, 161]). Zum andern soll der für eine Belastung des Erbbaurechts mit Grundpfandrechten maßgebliche Beleihungswert wenigstens einigermaßen erkennbar sein (BGHZ 47, 190, 191). Diesem Gesichtspunkt kommt jedoch, worauf der Senat in BGHZ 101, 143, 147 hingewiesen hat, keine ausschlaggebende Bedeutung zu. Denn gleichgültig, mit welcher Genauigkeit dingliche Einigung und Grundbucheintragung die Art des Bauwerks bezeichnen, das der Erbbauberechtigte errichten darf, so ist damit immer nur dessen privatrechtliche Befugnis festgelegt, das Grundstück als Baugrund für das bezeichnete Bauwerk zu nutzen. Ob der Erbbauberechtigte so aber tatsächlich auch bauen kann, bestimmt sich nach den öffentlich-rechtlichen Bauvorschriften. Daher vermag ein Kreditgeber den Beleihungswert des Erbbaurechts nur durch die Prüfung zu ermitteln, welche Art von Bauwerken diese Vorschriften für das Erbbaugrundstück zulassen.

Die Bezeichnung der Art des Bauwerks in der dinglichen Einigung und in der Grundbucheintragung soll auch gewährleisten, daß zwischen Grundstückseigentümer und Erbbaurechtsnehmer sowie etwaigen Rechtsnachfolgern hinreichende Klarheit über Inhalt und Umfang der Berechtigung zur Nutzung des Grundstücks besteht (*Knothe*, Das Erbbaurecht, 1987, S. 126). Das ist aber der Fall, wenn der Erbbauberechtigte befugt ist, jede baurechtlich zulässige Art von Bauwerken zu errichten.

Die Bestellung eines Erbbaurechts mit diesem Inhalt ist daher wirksam (so auch, bezogen allerdings nur auf „Gebäude“, v. *Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts, 1987, S. 31 Rdnr. 23). Eine entsprechende Regelung sieht auch § 41 des Entwurfs eines Gesetzes zur Sachenrechtsbereinigung im Beitrittsgebiet vor. Danach kann ein Erbbaurechtsvertrag mit dem Inhalt abgeschlossen werden, daß der Erbbauberechtigte jede baurechtlich zulässige Zahl und Art von Gebäuden oder Bauwerken errichten darf.

2. Das der Rechtsvorgängerin der Beklagten bestellte Erbbaurecht ist auch nicht aus anderen Gründen unwirksam. Der in den Vorinstanzen erhobene Einwand, das Erbbaugrundstück lasse sich angesichts seiner geringen Breite (zwischen sechs und zehn Metern) nicht bebauen, ist nach den im Berufungsurteil getroffenen Feststellungen unrichtig. Daher liegt hier nicht der Fall einer von vornherein auf Dauer bestehenden baurechtlichen Unmöglichkeit der Be-

bauung und einer etwa deswegen nichtigen Erbbaurechtsbestellung vor (vgl. dazu BGHZ 96, 385 und die dagegen gerichtete Kritik von Kohler, JR 1989, 317 ff). Ein sogenanntes Nachbarerbbaurecht, d. h. ein die Errichtung grenzüberschreitender Bauwerke zulassendes Erbbaurecht, hat die Klägerin nach dem Inhalt des Vertrages nicht bestellt. Auf die Frage der Zulässigkeit eines solchen Rechts braucht deshalb nicht eingegangen zu werden.

3. Das angefochtene Urteil ist mithin aufzuheben. Der Rechtsstreit ist zur Endentscheidung reif (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO).

Die im Erbbaurechtsvertrag enthaltene Anpassungsklausel rechtfertigt den Anspruch der Klägerin auf Nachzahlung eines Erbbauzinses für das Jahr 1987 in der vom Landgericht zuerkannten Höhe von 6.939,12 DM. An diese nur schuldrechtlich wirkende Klausel (BGHZ 22, 220 [= DNotZ 1957, 300]; 81, 135, 144) ist die Beklagte als Gesamtrechtsnachfolgerin der ursprünglichen Erbbaurechtsnehmerin schon vor Erhöhung der eingetragenen Erbbauzinsrealast gebunden. Die vereinbarte Erbbauzinsanpassung war nach deren Voraussetzung und Höhe am 1. 1. 1987 berechtigt, wie das Landgericht unangegriffen festgestellt hat. Die Vorschrift des § 9 a ErbbauVO, auf die sich die Beklagte berufen hat, steht dem Erhöhungsanspruch schon deswegen nicht entgegen, weil sich der Zweck des Erbbaurechts nicht auf die Errichtung von Wohngebäuden beschränkt und das Grundstück bislang auch nicht für Wohnzwecke genutzt wird.

5. BGB § 1026; GBO § 46 (*Ausübungsbereich einer Dienstbarkeit*)

Zu den rechtlichen Auswirkungen der lastenfremen Abschreibung einer Grundstücksteilfläche, auf welche die Ausübung einer Dienstbarkeit rechtsgeschäftlich beschränkt ist, ohne Löschung der Dienstbarkeit an dem Restgrundstück, und der anschließenden Zuschreibung einer Fläche zum Restgrundstück, die den Ausübungsbereich der Dienstbarkeit einschließt.

BayObLG, Beschluß vom 11. 11. 1993 — 2 Z BR 78/93 —, mitgeteilt von Johann Demharter, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten zu 1 sind als Miteigentümer des Grundstücks Flst. 788 im Grundbuch eingetragen. In Abteilung II ist seit dem 17. 3. 1970 ein „Abwasserkanaleinlegungs- und -belassungsrecht, Instandhaltungs- und Betretungsrecht“ für den Beteiligten zu 2, einem Zweckverband zur Abwasserbeseitigung, gebucht. Nach der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung gilt „als Grundstücksbereich für die Kanal- und gegebenenfalls Kabelverlegung . . . die derzeit gewählte Trasse“. Zum Zeitpunkt der Eintragung war der Kanal bereits verlegt.

Mit notariellem Vertrag vom 18. 9. 1979 ließen die Beteiligten zu 1 eine laut Veränderungsnachweis Nr. 666 weggemessene Teilfläche von 128 m² an die Eigentümerin des benachbarten Grundstücks Flst. 788/1 auf. Nach übereinstimmendem Vortrag der Beteiligten verläuft in dieser Teilfläche der Abwasserkanal. Außerdem ließen die Beteiligten zu 1 weitere Teilflächen auf.

Mit Schreiben vom 19. 8. 1981 teilte der Urkundsnotar dem Beteiligten zu 2 mit, daß die Erwerberin der Teilfläche von 128 m² in dem zugrunde liegenden Vertrag die Rechte in Abteilung II des Grundbuchs übernommen habe, soweit die Vertragsfläche hiervon betroffen sei; die Dienstbarkeit sei daher nicht neu zu bestellen,

sondern zu übertragen. Weiter bat der Notar, für die nicht betroffenen Flächen die Freigabe zu erklären. Der Beteiligte zu 2 erklärte am 1. 9. 1981 gegenüber dem Grundbuchamt, daß er die gemäß dem Veränderungsnachweis Nr. 666 aus dem Flurstück 788 und aus einem weiteren Flurstück weggemessenen Flächen aus dem Verband der für ihn eingetragenen Dienstbarkeiten entlasse und die lastenfremde Abschreibung im Grundbuch bewillige und beantrage. Am Schluß des Schreibens heißt es:

Auf Flur Nr. 788/1 ist die bestehende Dienstbarkeit aus Flur Nr. 788 zu übertragen.

Auflassung und Bestandteilszuschreibung der Teilfläche von 128 m² wurden am 28. 1. 1985 in das Grundbuch des Grundstücks Flst. 788/1 eingetragen; die Dienstbarkeit zugunsten des Beteiligten zu 2 wurde dabei nicht mit eingetragen.

Zu notarieller Urkunde vom 15. 12. 1988 ließ der jetzige Eigentümer des Grundstücks Flst. 788/1 u. a. eine gemäß Veränderungsnachweis Nr. 814 vermessene und als Zuflurstück zu Flst. 788 ausgewiesene Teilfläche von 159 m² an die Beteiligten zu 1 auf. In dieser Teilfläche verläuft nach dem übereinstimmenden Vortrag der Beteiligten die Kanaltrasse. In Abschnitt III der Urkunde heißt es:

Sämtliche zugemessenen Grundstücke und Teilflächen werden zum Bestandteil jeweils desjenigen Grundstücks erklärt, dem sie zugemessen wurden. Die entsprechenden Eintragungen im Grundbuch werden bewilligt und beantragt.

Etwaige in Abteilung II des Grundbuchs eingetragene Belastungen an denjenigen Grundstücken, denen Grundstücke bzw. Teilflächen zugemessen wurden, werden auf die zugemessenen Flächen im bisherigen Rangverhältnis und ohne Ausdehnung der Ausübungsbereiche ausgedehnt. Die entsprechenden Eintragungen im Grundbuch werden bewilligt und beantragt.

Auflassung und Bestandteilszuschreibung wurden am 31. 5. 1989 in das Grundbuch des Grundstücks Flst. 788 eingetragen.

Die Anregung der Beteiligten zu 1, die Eintragung der Dienstbarkeit als inhaltlich unzulässig zu löschen, da die Ausübungsstelle zum notwendigen Inhalt des Rechts gehöre, aber nicht einmal annähernd genau festgelegt sei, blieb in allen Rechtszügen erfolglos. Der Senat führte in seinem Beschluß vom 12. 10. 1992 (MittBayNot 1992, 399) aus, daß die Ausübungsstelle durch den tatsächlichen Verlauf der Kanaltrasse rechtsgeschäftlich festgelegt und damit bestimmt genug bezeichnet sei. Auf den genannten Beschluß wird Bezug genommen.

Am 15. 6. 1992 haben die Beteiligten zu 1 erneut beantragt, die Dienstbarkeit des Beteiligten zu 2 „von Amts wegen“ zu löschen. Die Kanaltrasse verlaufe nicht in dem ursprünglich belasteten Grundstück Flst. 788, sondern in einem erst später zugeschriebenen Grundstücksteil. Daran laste die Dienstbarkeit aber nicht. Deshalb sei sie auch als gegenstandslos zu löschen.

Das Grundbuchamt hat den Löschantrag der Beteiligten zu 1 mit Beschluß vom 22. 6. 1992 zurückgewiesen. Die Beteiligten zu 1 haben dagegen „Beschwerde“ eingelegt, der das Grundbuchamt — Rechtspfleger und Richter — nicht abgeholfen hat. Gleichzeitig mit dem Nichtabhilfebeschluß hat das Grundbuchamt am 19. 11. 1992 im Grundbuch (Abteilung II Spalte 5) das Kanalrecht „gemäß Bewilligung vom 15. 12. 1988 auf die gemäß VN 814 zugemessene Teilfläche erstreckt“.

Das Landgericht hat die Beschwerde mit Beschluß vom 28. 5. 1993 zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1, mit der sie ihren Löschantrag weiterverfolgen.

Das zulässige Rechtsmittel führt zur Aufhebung der Entscheidung der Vorinstanzen und zur Zurückverweisung der Sache an das Grundbuchamt.

Aus den Gründen:

...

3. . . . a) Ursprünglich war das ganze Grundstück Flst. 788 mit der Dienstbarkeit zugunsten des Beteiligten zu 2 belastet; ein Fall für die Anwendung von § 7 GBO lag ent-

gegen der Ansicht der Beteiligten zu 1 zu keinem Zeitpunkt vor. Durch die Abschreibung der Teilfläche von 128 m im Jahre 1985 ist der Rest dieses Grundstücks (im folgenden Stammgrundstück genannt) nach § 1090 Abs. 2, § 1026 BGB von der Dienstbarkeit frei geworden; sie ist an dem Stammgrundstück kraft Gesetzes erloschen, denn die Ausübung der Dienstbarkeit war — wie der Senat in dem Beschluß vom 12. 10. 1992 ausgeführt hat — rechtsgeschäftlich auf die abgeschriebene Teilfläche beschränkt (vgl. BayObLGZ 1988, 102/107 [= DNotZ 1989, 164]; *Palandt/Bassenge* BGB 52. Aufl. § 1026 Rdnr. 2; *Meikel/Böttcher* GBR 7. Aufl. § 22 Rdnr. 53). Nach dem übereinstimmenden Vortrag der Beteiligten verläuft der Kanal ausschließlich über die 1985 abgeschriebene Teilfläche. Dies ergibt sich auch aus dem vom Beteiligten zu 2 vorgelegten Kartenausschnitt, in dem zwei Kanalschächte eingezeichnet sind.

An dem Trennstück von 128 m² ist die Dienstbarkeit dagegen nicht erloschen. Infolge der Nichtübertragung auf das Blatt des Grundstücks Flst. 788/1 gilt sie zwar gem. § 46 Abs. 2 GBO als gelöscht; dies hatte aber nicht die Aufhebung des Rechts zur Folge, da die materiellrechtlichen Voraussetzungen des § 875 BGB nicht vorlagen (vgl. BGHZ 60, 46/50 f. [= MittBayNot 1973, 87 = DNotZ 1973, 367]; BayObLGZ 1961, 23/36 [= DNotZ 1961, 317]; 1988, 124/127 [= MittBayNot 1988, 191 = DNotZ 1989, 243]; *Horber/Demharter* § 46 Rdnr. 15 und 20). Die an das Grundbuchamt gerichtete Erklärung des Beteiligten zu 2 vom 1. 9. 1981 ist, wie das Landgericht ohne Rechtsfehler festgestellt hat, nicht als Aufgabe der Dienstbarkeit an dem Trennstück auszulegen; der letzte Satz der Erklärung schließt eine solche Auslegung zweifelsfrei aus, wenn sich auch aus den vorhergehenden Sätzen das Gegenteil zu ergeben scheint.

b) Die Zuschreibung der vom Grundstück Flst. 788/1 gemäß Veränderungsnachweis Nr. 814 abgeschriebenen Teilfläche von 159 m² zum Grundstück Flst. 788 im Jahre 1989 hat, vorbehaltlich eines gutgläubigen lastenfrieren Erwerbs durch die Beteiligten zu 1, zur Folge gehabt, daß die Dienstbarkeit wiederum an dem Grundstück Flst. 788 lastete. Denn aus den Veränderungsnachweisen Nr. 666 und 814 ergibt sich, daß die im Jahre 1985 abgeschriebene Teilfläche im vollen Umfang in der nunmehr zugeschriebenen Teilfläche enthalten ist. Entgegen der Ansicht des Landgerichts ist das Grundbuch aber dadurch nicht wieder richtig geworden. Denn die Dienstbarkeit kann nunmehr nur noch an der Teilfläche des Grundstücks Flst. 788 lasten, die gemäß dem Veränderungsnachweis Nr. 666 beschrieben und gemäß dem Veränderungsnachweis Nr. 814 als Teil der dort ausgewiesenen Fläche von 159 m² wieder zugeschrieben wurde; auf das übrige Grundstück (Stammgrundstück und die über 128 m² hinaus zugeschriebene Teilfläche von 31 m² erstreckte sich die Belastung auf Grund der Bestandteilszuschreibung nicht (vgl. *Palandt/Bassenge* § 890 Rdnr. 7). Nach dem Eintragungsvermerk in der Hauptspalte von Abteilung II in Verbindung mit der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung ist aber das Stammgrundstück Flst. 788 mit der Dienstbarkeit belastet. Der Eintragungsvermerk aus dem Jahre 1970 verlautbare also auch nach der Bestandteilszuschreibung nicht den richtigen Rechtszustand; eine Teillöschung oder Teilberichtigung kommt nicht in Betracht. Denn aus dem Vermerk geht nicht hervor, daß allenfalls noch ein Teil der gemäß dem Veränderungsnachweis Nr. 814 zugemessenen Teilfläche von 159 m² mit der Dienstbarkeit belastet ist; der Vermerk weist vielmehr aus-

schließlich die nicht mehr bestehende Belastung des Stammgrundstücks aus. Die Eintragung ist daher ohne Rücksicht darauf zu löschen, ob die Beteiligten zu 1 die zugeschriebene Fläche von 128 m² gutgläubig lastenfrieren erworben haben.

c) Der Senat kann aber das Grundbuchamt nicht anweisen, die Dienstbarkeit zu löschen, da die Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht in der gebotenen Form nachgewiesen ist. An diesen Nachweis sind im Falle des § 22 GBO strenge Anforderungen zu stellen; er ist in der Form des § 29 GBO zu führen (BayObLG MittBayNot 1991, 219 [= DNotZ 1992, 303]; *Horber/Demharter* § 22 Rdnr. 37 und 42, jeweils m. w. N.). Der hier erforderliche Nachweis, daß die Ausübungsstelle der Dienstbarkeit ausschließlich auf der im Jahre 1985 abgeschriebenen Teilfläche liegt, ist gem. § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO durch öffentliche Urkunden zu erbringen. Dies kann durch amtliche Bescheinigungen des Vermessungsamts geschehen, denen ebenso wie dem im Zuge der Landesvermessung erstellten Kartenwerk die Eigenschaft öffentlicher Urkunden zukommt (BayObLGZ 1988, 102/108 m. w. N. [= DNotZ 1989, 164]; 1991, 139/144 [= MittBayNot 1991, 171 = DNotZ 1992, 670]; BayObLG DNotZ 1993, 598/599 [= MittBayNot 1993, 285]; *Horber/Demharter* § 29 Rdnr. 37; *Meikel/Böttcher* § 22 Rdnr. 127). Die von den Beteiligten vorgelegten Flurkarten reichen aber für den Nachweis nicht aus. Einmal lassen sie mangels einer Bescheinigung des Vermessungsamts nicht erkennen, daß die Kanalschächte und damit der Kanalverlauf vom Vermessungsamt eingemessen wurden; des weiteren sind die Ausschnitte aus der Flurkarte zwar gesiegelt und von einem Beamten des Vermessungsamts unterschrieben (vgl. dazu BayObLGZ 1991, 139/144 [= MittBayNot 1991, 171 = DNotZ 1992, 670]), sie sind aber nur in unbeglaubigter Fotokopie vorgelegt worden. Dieser kommt nicht die Eigenschaft einer Urkunde zu (vgl. *Horber/Demharter* § 29 Rdnr. 57). Die Beweisanforderungen können nicht wegen des übereinstimmenden Vortrags der Beteiligten über den Verlauf der Kanaltrasse herabgesetzt werden; dies würde mit den strengen Beweisregeln des Grundbuchantragsverfahrens, in dem grundsätzlich nur urkundliche Beweise zulässig sind, nicht zu vereinbaren sein. Eine Lockerung der Beweisanforderungen kommt nur dort in Betracht, wo es praktisch unmöglich ist, Urkunden beizubringen (vgl. BGHZ 57, 84/95 [= MittBayNot 1992, 25 = DNotZ 1972, 90]; BayObLGZ 1986, 208/211 [= MittBayNot 1986, 266]; *Horber/Demharter* § 1 Rdnr. 51 m. w. N. und § 29 Rdnr. 63. Dies ist hier nicht der Fall.

6. BGB § 133; GBO § 20 (*Bindung des Grundbuchamtes an Wortlaut der Auflassung*)

1. Das Grundbuchamt kann — anders als das Prozeßgericht — eine Auflassung nicht abweichend vom Wortlaut der beurkundeten Eintragungunterlagen auslegen, solange der Wortlaut nicht offensichtlich unrichtig oder unvollkommen ist.
2. Das Grundbuchamt darf die Eintragung einer nach dem Wortlaut der Urkunde eindeutigen Auflassung nur dann ablehnen, wenn es aufgrund von Umständen außerhalb der Urkunde sicher weiß, daß durch die Eintragung das Grundbuch unrichtig würde.

BayObLG, Beschluß vom 17. 2. 1994 — 2 Z BR 138/93 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Den Beteiligten zu 1 und zu 2, jeweils ein Ehepaar, gehört je ein landwirtschaftliches Anwesen, die gemeinsame Grenzen haben. Zur Bereinigung von Grenzstreitigkeiten schlossen die Beteiligten im Rahmen eines Zivilprozesses am 15. 5. 1991 vor dem Landgericht einen Vergleich, in dessen Abschnitt unter Nr. I 1 sich die Beteiligten zu 2 verpflichteten, ein gemäß Veränderungsnachweis neu gebildetes Wegegrundstück Flst. 1029/1 sowie einen Miteigentumsanteil von 1/2 an

- a) Flst. 871 (Weiher) zu 680 m²,
- b) Flst. 984/2 (Weiher) zu 440 m²,

an die Beteiligten zu 1 zu Eigentum in Gütergemeinschaft zu übertragen. In Nr. I 3 des Vergleichs heißt es dann weiter: „Die Parteien sind über den Eigentumsübergang gemäß Ziffer I.1 einig. Sie bewilligen die Eintragung der Auflassung an die Kläger im angegebenen Gemeinschaftsverhältnis im Grundbuch.“

In Abschnitt B unter Nr. I räumten die Beteiligten zu 1 den Beteiligten zu 2 am Wegegrundstück Flst. 1029/1 ein dingliches Geh- und Fahrrecht ein und verpflichteten sich unter Nr. II 1, den Beteiligten ein Grundstück sowie den Miteigentumsanteil an einem Teil eines anderen Grundstücks zu Eigentum zu übertragen.

1991 haben die Beteiligten zu 1 die Eintragung der im Abschnitt A des Vergleichs erklärten Auflassungen beantragt, 1993 haben die Beteiligten zu 2 die Eintragung der im Abschnitt B erklärten Auflassungen und der bewilligten Grunddienstbarkeit beantragt. Dabei haben die Beteiligten zu 2 darauf hingewiesen, daß das Weihergrundstück Flst. 871 nach einem Veränderungsnachweis des Vermessungsamts von 1987 nur noch 490 m² umfaßt. Demgemäß erfasste die Auflassung im Vergleich vom 15. 5. 1991 nur das kleinere Grundstück; dem Antrag der Beteiligten zu 1 auf Eintragung der Auflassung für den Miteigentumsanteil am größeren Grundstück könne deshalb nicht stattgegeben werden. Im Grundbuch ist dieser Veränderungsnachweis bis heute nicht vollzogen, das Flst. 871 ist nach wie vor mit 680 m² ausgewiesen.

Mit Zwischenverfügung vom 17. 5. 1993 hat das Grundbuchamt beanstandet, den Eintragungsanträgen der Beteiligten zu 1 und 2 stehe § 16 Abs. 2 GBO entgegen. Denn zwischen den Anträgen der Beteiligten zu 1 und der Beteiligten zu 2 bestehe ein innerer Zusammenhang, da die Bewilligungen in einem einheitlichen gerichtlichen Vergleich erklärt worden seien. Nach den Darlegungen im Eintragungsantrag der Beteiligten zu 2 könne nicht ausgeschlossen werden, daß die Vergleichsparteien bei der Auflassung des Weihergrundstücks Flst. 871 von verschiedenen Grundstücksflächen ausgegangen seien. In diesem Fall wäre die Auflassung nicht wirksam, weil keine übereinstimmenden Willenserklärungen vorlägen. Da somit ein Teil des Vergleichs nicht vollziehbar sei, könnten wegen des inneren Zusammenhangs auch die übrigen Anträge nicht vollzogen werden. . . .

Aus den Gründen:

Das nach § 78 GBO zulässige Rechtsmittel der Beteiligten zu 1 ist begründet und führt zur Aufhebung der Beschwerdeentscheidung und der Zwischenverfügung. . . .

2. Die Entscheidung des Landgerichts und die Zwischenverfügung halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Ob tatsächlich zwischen den Eintragungsanträgen der Beteiligten zu 1 und denen der Beteiligten zu 2 der von § 16 Abs. 2 GBO vorausgesetzte Zusammenhang besteht, so daß den Anträgen nur insgesamt oder gar nicht stattgegeben werden könnte, braucht nicht entschieden zu werden; denn das von den Vorinstanzen beanstandete Eintragungshindernis besteht in Wirklichkeit nicht.

a) Zur Vornahme einer Eintragung im Grundbuch ist stets die Bewilligung des betroffenen Teils nach § 19 GBO und ein Eintragungsantrag nach § 13 Abs. 1 GBO erforderlich.

Soll eine Auflassung eingetragen werden, so ist nach § 20 GBO zusätzlich der Nachweis der dinglichen Einigung beider Teile erforderlich. Auf die Streitfrage, ob neben der dinglichen Einigungserklärung stets auch eine eigene ausdrückliche Bewilligung vorliegen muß oder ob die Bewilligung in der Regel in der Einigungserklärung enthalten ist, braucht im vorliegenden Fall nicht eingegangen zu werden, weil die Beteiligten in Abschnitt A unter Nr. I 3 des Vergleichs neben der Einigung auch die Bewilligung ausdrücklich erklärt haben.

b) Der in § 20 GBO verlangte Nachweis der dinglichen Einigung geschieht nach § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO durch Vorlage einer öffentlichen Urkunde, die erkennen läßt, daß die Beteiligten die Auflassung gem. § 925 Abs. 1 Satz 1 BGB bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile erklärt haben.

Zwar ist die Auflassung wie jede Willenserklärung der Auslegung zugänglich, doch sind dabei im Grundbucheintragungsverfahren durch den Bestimmtheitsgrundsatz und durch das Erfordernis urkundlich belegter Eintragungsunterlagen Grenzen gesetzt. Während das Prozeßgericht bei der Auslegung einer Auflassung alle Umstände zu berücksichtigen hat und durch Beweiserhebung aufklären darf, ist dem Grundbuchamt eine über den Urkundeninhalt hinausgehende Ermittlung verwehrt (BayObLGZ 1974, 112/115 m. w. N. [= MittBayNot 1975, 16 = DNotZ 1974, 441]). Die Auslegungsbefugnis des Grundbuchamts ist gegenüber dem Recht und der Pflicht des Prozeßgerichts, den wirklichen Willen zu erforschen (§ 133 BGB), dahin eingeschränkt, daß die Erklärung in ihrem beurkundeten Wortlaut ein maßgebliches Gewicht behält und — selbst naheliegenden — Zweifeln am Erklärungsinhalt bereits dann nicht nachgegangen werden kann, wenn zur Behebung solcher Zweifel nicht offenkundige Umstände außerhalb der Eintragungsunterlagen zu berücksichtigenden wären.

c) Diese Grundsätze hat das Grundbuchamt im vorliegenden Eintragungsverfahren nicht beachtet. Die im gerichtlichen Vergleich vom 15. 5. 1991 in Abschnitt A unter Nr. I 1 und 3 von den Beteiligten erklärte Auflassung bezieht sich eindeutig auf das Grundstück Flst. 871 in einem Umfang von 680 m², wie es im Grundbuch noch heute eingetragen ist. Dies entspricht auch der Vorschrift des § 28 GBO. Anhaltspunkte dafür, daß die Beteiligten gemeinsam oder die Beteiligten zu 2 einseitig in Abweichung vom niedergelegten Wortlaut das Grundstück Flst. 871 in dem Zchnitt gemeint haben könnten, wie er sich nach Vollzug des Veränderungsnachweises von 1987 ergeben würde, lassen sich dem Vergleich und dem Eintragungsantrag der Beteiligten zu 1 nicht entnehmen. . . .

d) Dem Hinweis der Beteiligten zu 2 auf den Veränderungsnachweis von 1987 für das Grundstück Flst. 871 wäre vom Grundbuchamt nur dann nachzugehen, wenn sich daraus mit Sicherheit ergäbe, daß durch die Eintragung der Auflassung gemäß dem Antrag der Beteiligten zu 1 das Grundbuch inhaltlich unrichtig würde (BayObLGZ 1987, 359/360 [= MittBayNot 1988, 33 = DNotZ 1988, 313]). Das ist hier jedoch nicht der Fall. Das Vorhandensein des Veränderungsnachweises von 1987 kann auf den wahren Willen der Beteiligten zu 1 und 2 unterschiedliche Auswirkungen gehabt haben: Entweder wollten beide Seiten das Grundstück im bisherigen Bestand auflassen oder sie wollten übereinstimmend das Grundstück im künftigen Bestand auflassen (falsa demonstratio) oder die Beteiligten zu 2 meinten, ihre Erklärungen bezögen sich auf das künftige Grundstück,

oder die Beteiligten zu 2 erklärten erkennbar, daß sie das Grundstück nur im künftigen Bestand übereignen wollten. Nur im letzten Fall läge ein Dissens und damit eine materiell-rechtlich nichtige Einigungserklärung vor (§ 154 Abs. 1 BGB). In den anderen Fällen lagen materiell wirksame Einigungen vor. Ein einseitiger Irrtum der Beteiligten zu 2 könnte allenfalls eine Anfechtung nach § 119 BGB rechtfertigen, die aber nicht erklärt wurde und wegen § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB auch nicht mehr erklärt werden könnte.

Demnach steht nicht sicher fest, daß die beantragte Eintragung das Grundbuch unrichtig machen würde.

7. GG Art. 140; Bay. Stiftungsgesetz Art. 20, 37; GBO § 35 (Nachweis des Rechtsübergangs bei Erlöschen einer kirchlichen Stiftung)

1. Erlischt eine kirchliche Stiftung (der katholischen Kirche), so ist die Berichtigung des Grundbuchs auf die entsprechende Diözese als Gesamtnachfolgerin von der Vorlage eines Erbscheins (bzw. eines dem Erbschein entsprechenden Zeugnisses) abhängig. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Stiftungssatzung nicht vorgelegt werden kann.
2. Offen bleibt, ob eine Religionsgemeinschaft kraft ihrer Autonomie in eigenen Angelegenheiten die Rechtsnachfolge für diesen Fall unmittelbar regeln, also das Bestimmungsrecht durch Satzung, ausschließen kann. In Bayern gibt es jedenfalls keine entsprechende Rechtsnorm der katholischen Kirche.

BayObLG, Beschluß vom 24. 2. 1994 — 2 Z BR 119/93 = BayObLGZ Nr. 8 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Katholische Kirchenstiftung F. ist im Grundbuch als Eigentümerin mehrerer Grundstücke eingetragen. Das Bayerische Staatsministerium für Unterricht, Kultus, Wissenschaft und Kunst hob die Stiftung auf Antrag der Beteiligten, der Erzdiözese München und Freising, mit Verfügung vom 29. 8. 1991 auf. In dem an die Vertretungsbehörde der Beteiligten gerichteten Aufhebungsschreiben heißt es u. a., daß die Erfüllung des Stiftungszwecks unmöglich geworden und die Stiftung antragsgemäß aufzuheben sei. Das vorhandene Restvermögen falle an die Beteiligte (Art. 20 Abs. 1 StG).

Unter Berufung auf die Aufhebung hat die Beteiligte am 12. 9. 1991 beantragt, sie im Wege der Berichtigung als neue Eigentümerin der Grundstücke in das Grundbuch einzutragen. Die Gründungsurkunde der Stiftung oder eine Satzung (Verfassung) konnte nicht vorgelegt werden. Das Nachlaßgericht stellte mit Beschluß vom 1. 9. 1992 fest, daß ein anderer Rechtsnachfolger als die Beteiligte nicht vorhanden sei.

Das Grundbuchamt hat den Eintragungsantrag mit Zwischenverfügung vom 10. 11. 1992 beanstandet. Die Berichtigung hänge, wie bei der Eintragung des Staates als gesetzlichem Erben, von der Vorlage eines Erbscheins ab. Der Feststellungsbeschluß des Nachlaßgerichts reiche nicht aus.

Die Beteiligte hat dagegen Erinnerung eingelegt, der das Grundbuchamt (Rechtspfleger und Richter) nicht abgeholfen hat.

Das Landgericht hat das Rechtsmittel gegen die Zwischenverfügung. Auch die weitere Beschwerde hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

1. ...
2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung stand. Die Vorinstanzen haben die Eintragung der Beteiligten als Eigentümerin der Grundstücke zu

Recht von der Vorlage eines „Erbscheins“, hier in der Gestalt eines Zeugnisses über den Anfall des Vermögens der Katholischen Kirchenstiftung F. an die Beteiligte, abhängig gemacht.

a) Bei der Katholischen Kirchenstiftung F. handelte es sich um eine rechtsfähige Stiftung des öffentlichen Rechts im Sinne von Art. 1 Abs. 2, Art. 36 bis 40 des Stiftungsgesetzes vom 26. 11. 1954 (BayRS 282 K). Die Stiftung wurde durch Verfügung des zuständigen Staatsministeriums (Art. 6 Abs. 2, Art. 17 Abs. 1 Satz 1, Art. 18 Satz 1 StG; § 87 Abs. 1 BGB) auf Antrag und damit im Einvernehmen mit der betreffenden Kirche (Art. 37 Abs. 2 StG) aufgehoben; sie ist damit erloschen (vgl. *Staudinger/Coing* BGB 12. Aufl. Rdnr. 1, *BGB-RGRK/Steffen* 12. Aufl. Rdnr. 1, jeweils zu § 88). Für diesen Fall bestimmt Art. 20 Abs. 1 StG, daß das Vermögen einer kirchlichen Stiftung an die entsprechende Kirche fällt, wenn kein Anfallsberechtigter bestimmt ist; hierbei finden die Vorschriften über eine dem Fiskus als gesetzlichem Erben anfallende Erbschaft entsprechende Anwendung. Der Anfall an die „entsprechende Kirche“ vollzieht sich im Falle des Art. 20 Abs. 1 StG wie der Anfall an den Fiskus gem. den §§ 88, 46 BGB im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (BayObLG Entscheidungen in Kirchensachen (EiK) 12, 8/10; *Staudinger/Coing* Rdnr. 5, *BGB-RGRK/Steffen* Rdnr. 3, *MünchKomm/Reuter* BGB 3. Aufl. Rdnr. 2, *Soergel/Neuhoff* BGB 12. Aufl. Rdnr. 4, jeweils zu § 88; *Voll/Störle* Bayerisches Stiftungsgesetz 2. Aufl. Art. 20 Anm. 2), eine Liquidation findet nicht statt. Die Eintragung des Rechtsnachfolgers ist Grundbuchberichtigung.

b) Die Eintragung der Beteiligten als Rechtsnachfolgerin der Katholischen Kirchenstiftung F. hängt von der Vorlage eines Erbscheins ab; es gilt hier gem. Art. 20 Abs. 1 StG, § 88 Satz 2 i. V. m. § 46 Satz 1 BGB das gleiche wie beim Anfall einer Erbschaft an den Fiskus als gesetzlichen Erben. Denn die hierfür geltenden Vorschriften finden entsprechende Anwendung. Rechtsprechung und Literatur vertreten einhellig die Meinung, daß die gesetzliche Erbfolge des Fiskus gem. § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO nur durch einen Erbschein nachgewiesen werden kann und daß die in § 1964 BGB vorgesehene Feststellung des Nachlaßgerichts, ein anderer Erbe als der Staat sei nicht vorhanden, trotz der daran geknüpften Vermutungswirkung den Erbschein nicht ersetzen kann (vgl. *BayObLGZ* 1989, 8/11 f. m. w. N.; außerdem *Güthe/Triebel* GBR 6. Aufl. § 35 Rdnr. 4). Das „Entsprechende“ gilt für den Nachweis, daß das Stiftungsvermögen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge an die Beteiligte gefallen ist. Art. 20 Abs. 1 StG und die dort in Bezug genommenen Vorschriften gelten gem. Art. 37 Abs. 3 StG auch für kirchliche Stiftungen.

c) Die Argumente der Beteiligten rechtfertigen keine andere Beurteilung der Rechtslage.

(1) Es kommen hier neben der Beteiligten andere, in der Satzung (Gründungsurkunde, Verfassung) der Stiftung bestimmte Anfallsberechtigte in Betracht; die Rechtslage unterscheidet sich insoweit nicht grundsätzlich von der bei der gesetzlichen Erbfolge des Staates. Die Regelung in Art. 20 Abs. 1 StG ist auch mit der Rechtslage gemäß den §§ 45, 46 und 88 BGB durchaus vergleichbar; es ist einhellige Meinung, daß der Fiskus sein Recht auch in diesem Fall durch einen Erbschein nachweisen muß (vgl. *OLG Hamm OLGZ* 1966, 109; *Staudinger/Coing* § 46 Rdnr. 4; *Palandt/Heinrichs* BGB 53. Aufl. §§ 45 bis 47 Rdnr. 4;

Horber/Demharter GBO 20. Aufl. Rdnr. 10, *Güthe/Triebel* Rdnr. 4, jeweils zu § 35). Da die Satzung der erloschenen Stiftung nicht vorgelegt werden kann, ist die Forderung des Grundbuchamts nach einem dem Erbschein entsprechenden Zeugnis berechtigt. Die Ansicht der Beteiligten, ihre Rechtsnachfolge stehe kraft Gesetzes fest, trifft nicht zu. Die Feststellung des Bayerischen Staatsministeriums für Unterricht, Kultus, Wissenschaft und Kunst im Aufhebungsbescheid ist rechtlich nicht verbindlich; es fällt nicht in die Zuständigkeit der Genehmigungsbehörde, über die Rechtsnachfolge in ein Stiftungsvermögen zu bestimmen. Da nach dem Gesetz für das Vermögen der erloschenen Stiftung mehrere Anfallsberechtigten in Betracht kommen, ist die Rechtsnachfolge der Beteiligten nicht „offenkundig“; ob der Nachweis der Erbfolge in einem solchen Falle überflüssig wäre, ob § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO also im Rahmen von § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO überhaupt herangezogen werden könnte (so z. B. *Horber/Demharter* § 35 Rdnr. 8; offengelassen in BGHZ 84, 196/199 [= MittBayNot 1983, 17 = DNotZ 1983, 315]), kann somit dahingestellt bleiben.

(2) Zu Unrecht beruft sich die Beteiligte auf die Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 27. 8. 1906 (BayObLGZ 7, 414) und vom 13. 5. 1952 (BayObLGZ 1952, 111). In der ersten Entscheidung (kritisch dazu *Meikel/Roth* GBR 7. Aufl. § 35 Rdnr. 28; vgl. auch *KEHE/Herrmann* GBR 4. Aufl. § 35 Rdnr. 17) ist (ebenso wie in BayObLGZ 30, 33) ausgeführt, daß die Vorlegung der in § 36 (jetzt § 35) GBO erwähnten Urkunden dann nicht erforderlich sei, wenn die Erbfolge beim Grundbuchamt offenkundig ist. Gerade das ist sie aber, wie bereits ausgeführt, im vorliegenden Fall nicht. . . .

c) Aus der staatlich anerkannten Autonomie der Kirchen ergibt sich kein andere rechtliche Beurteilung.

(1) Nach Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 der deutschen Verfassung vom 11. 8. 1919 (Weimarer Reichsverfassung) ordnet und verwaltet jede Religionsgesellschaft ihre Angelegenheiten selbständig innerhalb der Schranken der für alle geltenden Gesetze. Das Gleiche bestimmt Art. 142 Abs. 3 der Bayerischen Verfassung. In dem Konkordat zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Bayerischen Staat (Art. 1 § 2) wird das Recht der katholischen Kirche anerkannt, im Rahmen ihrer Zuständigkeit Gesetze zu erlassen und Anordnungen zu treffen, die ihre Mitglieder binden; der Staat verspricht, die Ausübung dieses Rechts weder zu hindern noch zu erschweren. In Art. 10 § 4 des Konkordats werden u. a. die Güter der Kirchenstiftungen innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes gewährleistet. Aus allen diesen Bestimmungen ergeben sich aber keine Besonderheiten, soweit die Kirche am allgemeinen Rechtsverkehr teilnimmt. Auch die Kirche selbst nimmt insoweit für sich keine Sonderrechte in Anspruch (vgl. C I C 1983, Can. 1290; *Mörsdorff* Kirchenrecht 12. Aufl. Band II § 205 / S. 524 f.). Beantragt sie eine Eintragung in das Grundbuch, so richten sich die Voraussetzungen dafür allein nach den staatlichen Gesetzen, also nach den Vorschriften der Grundbuchordnung. Auch die Frage, unter welchen Voraussetzungen Eigentum von einem Rechtsträger auf einen anderen übergeht, betrifft allein den staatlichen Regelungsbereich (vgl. BVerfG Eik 18, 251; OLG Düsseldorf NJW 1954, 1767/1768; OLG Hamm Eik 17, 398 = Rpfleger 1980, 148; OLG Oldenburg Eik 12, 274 = DNotZ 1972, 492; *Bertermann* MDR 1966, 881/884).

(2) Die Geltung der staatlichen Vorschriften im Grundbucheintragungsverfahren schließt nicht aus, daß die Kirchen durch normative Regelungen im Rahmen ihrer Zuständigkeit und Autonomie mittelbar Einfluß auf den Rechtsverkehr und die Rechtsanwendung nehmen. So sind kirchliche Vertretungsregelungen und Veräußerungsverbote auch von den staatlichen Behörden und den Gerichten zu beachten (vgl. BayObLGZ 1973, 328/329 [= MittBayNot 1974, 8 = DNotZ 1974, 226]; 1985, 325/330 f. [= MittBayNot 1986, 145 = DNotZ 1986, 435]); es wird auch für rechtlich möglich gehalten, durch ein kirchliches Gesetz oder durch die Verschmelzung von Kirchengemeinden Eigentum wirksam von einer kirchlichen Körperschaft auf eine andere übergehen zu lassen und damit das Grundbuch unrichtig zu machen (OLG Hamburg Eik 20, 75 = Rpfleger 1982, 373; LG Fulda Eik 20, 172). Aus der Autonomie der Kirchen und aus der ihnen in Art. 38 StG eingeräumten Obhut über die kirchlichen Stiftungen folgt auch das Recht, in einem gewissen Rahmen die Rechtsverhältnisse solcher Stiftungen zu regeln (vgl. vor allem Art. 39 StG). Es kann offen bleiben, ob sie in diesem Rahmen auch, unmittelbar durch Rechtsetzung oder mittelbar durch Einflußnahme auf die Satzung kirchlicher Stiftungen, bestimmen können, an wen das Vermögen einer erloschenen Stiftung fällt, und ob sie auf diese Weise die gesetzliche Regelung des Art. 20 Abs. 1 StG für kirchliche Stiftungen auf einen Anfallsberechtigten einengen können. Denn solche Regelungen gibt es, soweit ersichtlich, nicht. Die zu Art. 39 StG ergangenen Diözesanerlasse der bayerischen Erzbischöfe und Bischöfe für kirchliche Stiftungen (KiStiftO, vgl. die Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums für Unterricht und Kultus vom 9. 5. 1988, KWMBI. I S. 212) enthalten dazu keine Regelung; die Geltung von Art. 20 des Bayerischen Stiftungsgesetzes ist in Art. 2 Nr. 2 KiStiftO vielmehr ausdrücklich anerkannt. Auch die in Art. 2 Nr. 1 für anwendbar erklärten Bestimmungen des Codex Juris Canonici sagen dazu nichts. Nach Can. 123 regelt sich „nach dem Erlöschen einer öffentlichen juristischen Person . . . die Zuordnung ihrer Güter und Vermögensrechte . . . durch das Recht und die Statuten“; der unmittelbare Anfall an eine „höhere juristische Person“ tritt nur hilfsweise ein. Inhaltlich unterscheidet sich diese Regelung nicht von der in Art. 20 Abs. 1 StG.

d) Die Erklärung der Beteiligten vom 12. 2. 1993 „in Vertretung der Katholischen Kirchenstiftung F. und im eigenen Namen als Stiftungsaufsichtsbehörde“ macht ein dem Erbschein entsprechendes Zeugnis nicht überflüssig. Die Erklärung ist als Berichtigungsbewilligung im Namen der Katholischen Kirchenstiftung F. auszulegen. Die Berichtigungsbewilligung (§ 19 GBO) macht den Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit gem. § 22 GBO grundsätzlich entbehrlich; das Grundbuchamt hat die in der Bewilligung dargestellten Tatsachen, aus denen sich die Unrichtigkeit des Grundbuchs ergeben soll, grundsätzlich nicht zu prüfen (*KEHE/Ertl* § 22 Rdnr. 67). Die Unrichtigkeit ist aber, wenn die Umschreibung des Eigentums begehrt wird, schlüssig darzulegen (BayObLG DNotZ 1991, 598/599). Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Voraussetzung hier gegeben wäre. Denn die Berichtigung des Grundbuchs auf Grund Bewilligung ist im Fall der Erbfolge teilweise durch die Natur der Sache, im übrigen (etwa bei Eintritt der Nacherbfolge zu Lebzeiten des Vorerben) durch die Sondervorschrift des § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO ausgeschlossen. Das Gleiche gilt hier. Der Anfall der Grundstücke an die Beteiligte im Wege der Gesamtsrechtsnachfolge außerhalb des

Grundbuchs setzt das Erlöschen der Katholischen Kirchenstiftung F. voraus. Für ein erloschenes Rechtssubjekt können aber keine Erklärungen (Bewilligungen oder Anträge) mehr abgegeben werden.

Die Beteiligte kann sich in diesem Zusammenhang nicht auf ihr Recht berufen, die Katholische Kirchenstiftung F. zu vertreten (Art. 42 KiStiftO); dadurch wird ein Nachweis für ihre Rechtsnachfolge nach den Grundsätzen der Vollmacht über den Tod hinaus nicht entbehrlich. Einmal ist schon fraglich, ob die sich aus der Stiftungsordnung ergebende Vertretungsmacht überhaupt über das Erlöschen der Stiftung hinaus wirken kann. Auf keinen Fall aber macht die Vollmacht über den Tod hinaus den Nachweis der Erbfolge durch Erbschein dann entbehrlich, wenn es um die Eintragung der Erbfolge selbst und nicht um den Vollzug einer Verfügung über einen Nachlaßgegenstand geht (KG JFG 12, 274/278 f.; *Horber/Demharter* § 35 Rdnr. 9).

8. BGB § 883; GBO § 19 (*Keine materielle Prüfungsbefugnis des Grundbuchamtes*)

Für die Eintragung einer Auflassungsvormerkung genügen grundsätzlich die Bewilligung des Grundstückseigentümers zugunsten einer bestimmt bezeichneten Person und ein Eintragungsantrag; bloße Zweifel an der Wirksamkeit oder Zweckmäßigkeit des zugrundeliegenden Anspruchs können die Zurückweisung des Eintragungsantrags nicht rechtfertigen.

BayObLG, Beschluß vom 24. 3. 1994 — 2 Z BR 24 und 25/94 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Der Beteiligte zu 1 ist Eigentümer von sechs Eigentumswohnungen. Er bot mit notarieller Urkunde vom 30. 5. 1991 die Eigentumswohnungen zu festgelegten Preisen Käufern an, die von einer A. GmbH (Benennungsberechtigte) benannt werden; es dürfen auch Käufer für ideelle Anteile benannt werden. Der Beteiligte zu 1 erklärte sich an dieses Angebot bis 30. 6. 1992 für gebunden.

Laut notarieller Urkunde vom 30. 12. 1992 UR. Nr. 693/92 verlängerte S., die als vollmachtlose Vertreterin des Beteiligten zu 1, der Benennungsberechtigten und der Beteiligten zu 2 handelte, das Angebot des Beteiligten zu 1 unter bestimmten Bedingungen bis 31. 12. 1993 und nahm es namens der Benennungsberechtigten für die Beteiligten zu 3–11 an, die danach unterschiedlich große Miteigentumsanteile an zwei Eigentumswohnungen erwerben sollen. Für die Erwerbsverträge ist auf Urkunden anderer Notare verwiesen. Die Beteiligte zu 2 soll im Innenverhältnis zu den Erwerbenden als Grundbuchtreuhandlerin fungieren. Weiter wurde u. a. in der Urkunde hinsichtlich der beiden Eigentumswohnungen eine „Eigentumsübertragungsvormerkung“ für die Beteiligte zu 2 bewilligt und zur Eintragung im Grundbuch beantragt. Die Beteiligte zu 2 trat ihre Rechte aus dieser Vormerkung an die in der Urkunde genannten Erwerber im Umfang des jeweils erworbenen Anteils ab und bewilligte und beantragte die Eintragung der Abtretungen im Grundbuch.

Der Beteiligte zu 1 genehmigte in grundbuchmäßiger Form die Erklärungen von S. in der Urkunde vom 30. 12. 1992.

Am 6. 7. 1993 haben die Beteiligten beim Grundbuchamt die Eintragung der Auflassungsvormerkungen für die Beteiligte zu 2 und der Teilabtretungen an die Beteiligten zu 3–11 beantragt.

Das Amtsgericht — Grundbuchamt — hat am 12. 7. 1993 die Eintragungsanträge zurückgewiesen. Das Landgericht hat die Erinnerung/Beschwerde der Beteiligten mit Beschluß vom 3. 1. 1994 zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel ist überwiegend begründet, da nur ein behebbares Eintragungshindernis besteht, so daß die angefochtenen Entscheidungen aufzuheben sind und das Grundbuchamt eine Zwischenverfügung zu erlassen hat.

1. Das Landgericht hat — teilweise durch Bezugnahme auf den Beschluß des Grundbuchamts und die Nichtabhilfeentscheidung des Amtsgerichts — ausgeführt:

Mangels Vorlage der Erwerbsurkunden könne nicht geprüft werden, ob zwischen dem Beteiligten zu 1 und den Beteiligten zu 3–11 wirksame Kaufverträge zustande gekommen seien. Außerdem fehlten formgerechte Genehmigungserklärungen der Benennungsberechtigten und der Beteiligten zu 2 für die Urkunde vom 30. 12. 1992. Außerdem sei eine Annahme des Angebots des Beteiligten zu 1 bis zum 30. 6. 1992 nicht nachgewiesen. Eine verspätete Annahme könne zwar ein neues Angebot der Käufer darstellen; dieses müsse dann aber vom Verkäufer angenommen werden.

Gegen die Wirksamkeit der Erklärungen von S. ergäben sich auch Bedenken aus § 181 BGB. Es sei auch unverständlich und ein kostenträchtiger Umweg, zuerst für die Beteiligte zu 2 Auflassungsvormerkungen und für die Beteiligten zu 3–11 nur Teilabtretungen dieser Vormerkungen anstatt unmittelbar für die Beteiligten zu 3–11 Vormerkungen einzutragen. Auch sei aus der Urkunde nicht klar erkennbar, wie die Beteiligte zu 2 als Zwischeneigentümerin eingetragen werden solle, wenn bereits Auflassungen zugunsten der Beteiligten zu 3–11 erklärt worden seien.

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand:

a) Beantragt ist bisher nur die Eintragung zweier Auflassungsvormerkungen für die Beteiligte zu 2 und der teilweisen Abtretung der Rechte aus diesen Vormerkungen an die Beteiligten zu 3–11. Ob die übrigen Erklärungen in der Urkunde vom 30. 12. 1992 vollziehbar sind, also im Grundbuch eingetragen werden können, ist im vorliegenden Verfahren nicht zu prüfen.

b) Nach § 19 GBO ist eine Vormerkung im Grundbuch einzutragen, wenn der Eigentümer sie bewilligt und er oder der Vormerkungsberechtigte nach § 13 Abs. 1 GBO ihre Eintragung beantragt hat. Ob die zu sichernde Forderung tatsächlich besteht, hat das Grundbuchamt nicht zu prüfen (BayObLGZ 1993, 1/2 f.; KG Rpfleger 1972, 94/95 [= MittBayNot 1972, 119 = DNotZ 1972, 173]; *Haegle/Schöner/Stöber* Grundbuchrecht 10. Aufl. Rdnr. 1514; *Horber/Demharter* GBO 20. Aufl. Anh. zu § 44 Rdnr. 134). Es genügt vielmehr, daß der zu sichernde Anspruch vormerkungsfähig ist; es muß sich also um einen Anspruch handeln, der auf eine Rechtsänderung hinsichtlich eines im Grundbuch eingetragenen Rechts abzielt (BayObLG NJW-RR 1993, 472 [= MittBayNot 1993, 84]; KG Rpfleger 1972, 94; *Horber/Demharter* Anh. zu § 44 Rdnr. 133). Nur wenn dem Grundbuchamt positiv bekannt ist, daß der zu sichernde Anspruch nicht entstanden ist und auch nicht mehr entstehen kann, hat das Grundbuchamt die beantragte Eintragung abzulehnen, weil es nicht dazu beitragen darf, daß das Grundbuch unrichtig wird (KG Rpfleger 1972, 94/95; *Haegle/Schöner/Stöber* a. a. O.; *Horber/Demharter* Anh. zu § 44 Rdnr. 134).

c) Die von den Vorinstanzen aufgeführten Eintragungshindernisse betreffen fast alle Zweifel an der Wirksamkeit des Eigentumsverschaffungsanspruchs der Beteiligten zu 2 und

der Beteiligten zu 3 – 11. Keiner der dargelegten Umstände führt zur eindeutigen und endgültigen Unwirksamkeit des zu sichernden Anspruchs.

Am 30. 12. 1992 war zwar die ursprünglich bestimmte Angebotsfrist abgelaufen; doch hat in der Urkunde vom 30. 12. 1992 S. die Angebotsfrist bis 31. 12. 1993 verlängert und der Beteiligte zu 1 hat die in seinem Namen abgegebenen Erklärungen genehmigt. Auch § 181 BGB steht der Wirksamkeit der von S. für die Beteiligten abgegebenen Willenserklärungen nicht entgegen. Ein Verstoß gegen § 181 BGB würde nur zur schwebenden Unwirksamkeit führen, die durch die nach § 177 Abs. 1 BGB ohnehin erforderlichen Genehmigungen beseitigt wird, weil darin zugleich stillschweigend die Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens liegt (*Palandt/Heinrichs* BGB 53. Aufl. § 181 Rdnr. 15).

Ob es billiger und einfacher wäre, die Vormerkung nicht für die Beteiligte zu 2 als Zwischenerwerberin, sondern unmittelbar für die Beteiligten zu 3 – 11 einzutragen, steht nicht zur Beurteilung des Grundbuchamts.

Demgemäß steht der Eintragung der Vormerkungen für die Beteiligte zu 2 an sich kein Hindernis entgegen. Allerdings ist nach § 16 Abs. 2 GBO davon auszugehen, daß sie nicht ohne die Teilabtretungen eingetragen werden sollen. Deren Eintragung steht ein Hindernis entgegen, das jedoch behoben werden kann. Deshalb ist der Erlaß einer Zwischenverfügung geboten.

d) Die Vormerkung kann nicht getrennt von der gesicherten Forderung übertragen werden. Als streng akzessorisch geht sie vielmehr mit der Übertragung der gesicherten Forderung kraft Gesetzes auf den neuen Gläubiger über (*Haegele/Schöner/Stöber* Rdnr. 1516). Dadurch wird das Grundbuch unrichtig. Die Eintragung der Abtretung geschieht demgemäß nach § 22 Abs. 1 GBO. Es muß also entweder die Abtretung und damit die Unrichtigkeit des Grundbuchs in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden oder es muß der Vormerkungsberechtigte als der Betroffene nach § 19 GBO die Eintragung der Berichtigung, hier also der Abtretung, bewilligen. Letzteres ist hier durch S. in der Urkunde vom 30. 12. 1992 geschehen, die allerdings als Vertreterin ohne Vertretungsmacht gehandelt hat. Deshalb ist die Bewilligung für die Eintragung der Teilabtretungen erst wirksam, wenn die Beteiligte zu 2 die entsprechende Erklärung von S. genehmigt. Dem Grundbuchamt muß diese Genehmigung in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden, zusätzlich die Vertretungsmacht derjenigen Person, die die Genehmigung der Beteiligten zu 2 erklärt.

9. BGB § 892 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2; GBO § 53; FiG Art. 9, 14; Bek. v. 15. 3. 1909 über die Eintragung der Fischereirechte in das Grundbuch § 28; VO v. 7. 10. 1982 über die grundbuchmäßige Behandlung von Bergwerkseigentum und von Fischereirechten § 7 (*Amtswiderspruch zur Verhinderung von Gutgläubenserwerb*)

1. Das im Fischereigrundbuch als Fischereirecht in einem bestimmten Gewässer „mit allen Nebenbächen“ eingetragene Recht weist ein Fischereirecht auch in den Nebenbächen aus, wenngleich die Eintragung mangels Angabe von Gemarkung und Flurstücksnummer der Nebenbäche nicht den Vorschriften über die Eintragung von Fischereirechten in das Grundbuch entspricht. (nur Leitsatz.)

- 2. Wird ein im Fischereigrundbuch als Fischereirecht in einem bestimmten Gewässer ohne Erstreckung auf Nebenbäche eingetragenes Recht geteilt und ein Teil im Fischereigrundbuch mit dem Zusatz „mit allen Nebenbächen“ eingetragen, wird das Grundbuch insoweit unrichtig; die Unrichtigkeit ergibt sich unmittelbar aus dem Grundbuch. Ist für das Gewässergrundstück ein Grundbuch nicht angelegt, kann das Fischereirecht in einem Nebenbach aufgrund der Eintragung im Fischereigrundbuch gutgläubig erworben werden. (nur Leitsatz.)**
- 3. Das Grundbuchamt darf eine Eintragung nicht vornehmen, wenn feststeht, daß sich der Rechtserwerb nur kraft guten Glaubens des Erwerbers vollziehen kann.**

BayObLG, Beschluß vom 24. 3. 1994 — 2 Z BR 20/94 = BayObLGZ 1994 Nr. 14 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus den Gründen:

...
a) Bei dem im Jahr 1980 für den Beteiligten zu 1 unter der laufenden Nummer 1 eingetragenen Fischereirecht handelt es sich ebenso wie bei dem Fischereirecht mit der laufenden Nummer 5, als dessen Mitberechtigter der Beteiligte zu 1 seit dem Jahr 1977 im Grundbuch eingetragen war, um ein selbständiges, frei veräußerliches und vererbliches Fischereirecht im Sinn von Art. 1 Abs. 1, Art. 9 Abs. 1 des Fischereigesetzes für Bayern (FiG) vom 15. 8. 1908 (BayRS 793-I-E). Für das selbständige Fischereirecht gelten die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften; die für den Erwerb des Eigentums geltenden Vorschriften sind entsprechend anzuwenden (Art. 9 Abs. 1, 2 FiG).

Das selbständige Fischereirecht erhält ein Grundbuchblatt nur auf Antrag oder wenn das Recht veräußert oder belastet werden soll (Art. 14 Abs. 2 FiG). § 20 GBO ist entsprechend anwendbar (Art. 14 Abs. 4 FiG).

b) Für das dem Beteiligten zu 1 aufgelassene Fischereirecht ist im Jahr 1980 ein Fischereigrundbuch angelegt worden, in dem das Fischereirecht unter der laufenden Nummer 1 als selbständiges, grundstückgleiches Recht gebucht ist. Für das betroffene Gewässer ist dagegen ein Grundbuch nicht angelegt; das selbständige Fischereirecht ist daher nicht als Belastung des Gewässergrundstücks gebucht; davon ist auszugehen, weil in dem vorliegenden Fischereigrundbuch keine Verweisung auf das Gewässergrundbuch und die dortige Eintragung des Fischereirechts enthalten ist (BayObLGZ 1990, 226/229 [= MittBayNot 1990, 309]). ...

d) Das Grundbuch ist unrichtig, soweit es ein Fischereirecht des Beteiligten zu 1 in den Nebenbächen der Ach und damit auch im Schönen Bach ausweist. Dies steht fest; es ergibt sich aus dem Vergleich der Eintragung des Fischereirechts mit der laufenden Nummer 5 in dem geschlossenen Grundbuch und der daraus hervorgehenden Eintragung des Fischereirechts mit der laufenden Nummer 1 in dem aktuellen Grundbuch.

e) Zugunsten des Beteiligten zu 2 (dieser hatte das Recht vom Beteiligten zu 1 aufgelassen erhalten) gilt der Inhalt des Grundbuchs, das ein Fischereirecht des Beteiligten zu 1 am Schönen Bach ausweist, als richtig, es sei denn, die Unrichtigkeit ist dem Beteiligten zu 2 bekannt oder ein Amtswiderspruch ist eingetragen (§ 892 Abs. 1 Satz 1 BGB). Damit ist noch nicht die Frage beantwortet, in

welchem Umfang der gute Glaube des Beteiligten zu 2 an die Richtigkeit der Eintragung im Fischereigrundbuch geschützt ist. Grundsätzlich ist nämlich davon auszugehen, daß für Bestand, Inhalt und Umfang des Fischereirechts das Grundbuch des Gewässergrundstücks maßgebend ist, während das Fischereigrundbuch den Inhaber und die Belastungen verlaubar. Wenn aber wie hier ein Gewässergrundbuch nicht angelegt ist, ist der Schutz des guten Glaubens an die Richtigkeit und Vollständigkeit der Eintragung im Fischereigrundbuch nicht auf die Inhaberschaft und die Belastung des Fischereirechts beschränkt, sondern erstreckt sich auch auf Inhalt und Umfang des Fischereirechts (BayObLGZ 1990, 226/231 f. [= MittBayNot 1990, 309]). Der Beteiligte zu 2 würde damit, sofern er in dem nach § 892 Abs. 2 BGB maßgebenden Zeitpunkt gutgläubig war, das Fischereirecht am Schönen Bach durch Eintragung als Berechtigter kraft seines guten Glaubens erwerben.

f) Das Grundbuchamt darf jedoch den Beteiligten zu 2 nicht als Berechtigten des Fischereirechts im Schönen Bach in das Grundbuch eintragen. Dadurch würde zwar, weil eine Bösgläubigkeit des Beteiligten zu 2 nicht feststeht, für das Grundbuchamt auch nicht feststehen, daß das Grundbuch unrichtig würde; vielmehr würde das jetzt unrichtige Grundbuch bei gutgläubigem Erwerb durch den Beteiligten zu 2 richtig werden. Der wahre Berechtigte des Fischereirechts im Schönen Bach würde aber durch den gutgläubigen Erwerb dieses Fischereirechts durch den Beteiligten zu 2 einen Rechtsverlust erleiden. Dies durch seine Eintragungstätigkeit zu bewirken, kann nicht Sache des Grundbuchamts sein. In der Rechtsprechung und in großen Teilen des Schrifttums wird daher seit eh und je die Auffassung vertreten, daß das Grundbuchamt nicht dabei mitwirken darf, durch seine Eintragungstätigkeit einen Rechtserwerb herbeizuführen, der nur kraft guten Glaubens stattfindet (KG JFG 18, 205/208; Rpfleger 1973, 21 [= DNotZ 1973, 301]; BayObLGZ 1954, 97/99 [= DNotZ 1954, 394]; OLG Düsseldorf MittBayNot 1975, 224/225; OLG Frankfurt Rpfleger 1991, 361; *Palandt/Bassenge* BGB 53. Aufl. § 892 Rdnr. 34; BGB-RGRK/*Augustin* 12. Aufl. § 892 Rdnr. 125; *Güthe/Triebel* GBO 6. Aufl. § 19 Rdnr. 33; *Horber/Demharter* § 13 Rdnr. 12, § 19 Rdnr. 59, § 22 Rdnr. 52; *Meikel/Streck* GBR 7. Aufl. § 53 Rdnr. 85; *Stöber* GBO-Verfahren und Grundstückssachenrecht Rdnr. 226 a ff.). In neuerer Zeit wird demgegenüber im Schrifttum vermehrt die Meinung vertreten, das Grundbuchamt dürfe eine Eintragung nicht ablehnen, auch wenn es weiß, daß sich die Rechtsänderung nur kraft guten Glaubens vollziehen könne (*Ertl* Rpfleger 1980; 41/44; *Böttcher* Rpfleger 1983, 187/190; *KEHE/Ertl* GBR 4. Aufl. § 19 Rdnr. 96 ff.; *Meikel/Böttcher* Anh. zu § 18 Rdnr. 44 ff.; *Haegele/Schöner/Stöber* GBR 10. Aufl. Rdnr. 352; *MünchKomm/Wacke* BGB 2. Aufl. § 892 Rdnr. 69 f.). Der Senat vermag sich dieser Meinung nicht anzuschließen. Sie wird vor allem mit dem Normzweck des § 892 Abs. 1, 2 BGB und damit begründet, der Erwerber müsse gegen die Zufälligkeiten der Dauer des Eintragungsverfahrens geschützt werden; nach Stellung des Eintragungsantrags müsse er ohne Gefahr die Gegenleistung an den Veräußerer erbringen können.

Richtig ist, daß ein Erwerb, der sich kraft guten Glaubens vollzieht, zu einem in jeder Hinsicht rechtmäßigen Erwerb führt. Die rechtsändernde Wirkung tritt aber erst mit der Eintragung im Grundbuch ein. Hier geht es darum, ob diese Rechtswirkung durch die Eintragungstätigkeit des Grundbuchamts herbeigeführt werden darf, wenn das

Grundbuchamt weiß, daß ohne den guten Glauben ein Rechtserwerb nicht möglich wäre. Richtig ist auch, daß der durch § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB bezweckte Schutz des gutgläubigen Erwerbers durch § 892 Abs. 2 BGB noch verstärkt wird und der Erwerber insbesondere durch die Dauer des Eintragungsverfahrens, auf die er keinen Einfluß hat, keinen Nachteil erleiden soll. Richtig ist aber auch, daß der gutgläubige Erwerber, solange er nicht im Grundbuch eingetragen ist, sich nicht darauf verlassen kann, er werde in jedem Fall eingetragen werden. Erkennt das Grundbuchamt die Unrichtigkeit des Grundbuchs, ist es nicht nur nicht gehindert, sondern sogar verpflichtet, einen Amtswiderspruch einzutragen, sofern die weitere Voraussetzung des § 53 GBO vorliegt, nämlich Verletzung gesetzlicher Vorschriften im Zusammenhang mit der die Grundbuchunrichtigkeit herbeiführenden Eintragung. Der Amtswiderspruch hindert aber einen gutgläubigen Erwerb, ohne daß es auf den Zeitpunkt der Eintragung des Amtswiderspruchs ankäme; eine vergleichbare Regelung, wie sie § 892 Abs. 2 BGB für die Antragstellung vorsieht, gibt es nicht. Im vorliegenden Fall dürften die Voraussetzungen für die Eintragung eines Amtswiderspruchs vorliegen, so daß auch dadurch ein gutgläubiger Rechtserwerb des Beteiligten zu 2 ohne weiteres verhindert würde. Durch die gesetzliche Regelung ist damit der Schutz des gutgläubigen Erwerbers nicht absolut ausgestaltet.

Hinzu kommt, daß dem berechtigten Schutz des gutgläubigen Erwerbers, der sich aus dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs ableitet und der im Interesse eines reibungslosen Rechtsverkehrs unverzichtbar ist, der nicht minder berechtigte Schutz desjenigen gegenübersteht, der durch einen gutgläubigen Erwerb einen Rechtsverlust erleidet. Eine wesentliche Aufgabe des Grundbuchamts ist es gerade, einen solchen Rechtsverlust durch Verfügung eines Nichtberechtigten zu verhindern. Deshalb hat das Grundbuchamt in jedem Fall von Amts wegen zu prüfen, ob derjenige, der die Eintragung einer Rechtsänderung im Grundbuch bewilligt, auch hierzu berechtigt ist. In dem Spannungsverhältnis zwischen dem Schutz des wahren Berechtigten und dem des gutgläubigen Erwerbers kommt dem Grundbuchamt, das erkennt, daß sich eine Rechtsänderung nur kraft guten Glaubens vollziehen könnte, eine Schlüsselstellung zu. Der Senat hält es im Hinblick auf die Aufgabenstellung des Grundbuchamts nicht für zulässig, daß dieses sehenden Auges einen Rechtsverlust des wahren Berechtigten durch seine Eintragungstätigkeit herbeiführt, ohne daß ein Verhalten des Berechtigten zur Grundbuchunrichtigkeit beigetragen hat. Entscheidend ist, daß der gutgläubige Erwerber vor seiner Eintragung im Grundbuch noch keine endgültig gesicherte Rechtsposition hat. Bei der notwendigen Interessenabwägung gibt der Senat in diesem Stadium dem Schutz des wahren Berechtigten vor einem Rechtsverlust den Vorrang.

Anmerkung der Schriftleitung:

Zur Problematik von Amtswiderspruch und Gutglaubenserwerb vgl. zuletzt *Reuter*, MittBayNot 1994, 115, 116, der die Gegenmeinung vertritt.

10. GBO §§ 35, 74, 82 f.; FGG § 20 Abs. 1 (*Voraussetzungen der Grundbuchberichtigung nach dem Tod des eingetragenen Eigentümers; Durchführung des Grundbuchberichtigungszwangsverfahrens*)

- 1. Hat der Richter des Nachlaßgerichts die Erteilung eines Erbscheins in den Nachlaßakten bereits verfügt, die Herausgabe einer Ausfertigung jedoch von der Zahlung eines Kostenvorschusses abhängig gemacht, so liegt ein wirksamer Erbschein als Grundlage für eine Grundbuchberichtigung im Sinne des § 35 Abs. 1 S. 1 GBO noch nicht vor.**
- 2. In ein Beschwerdeverfahren in dem die Ablehnung einer beantragten Grundbuchberichtigung angegriffen wird, kann nicht erstmals als weiterer Verfahrensgegenstand die Grundbuchberichtigung im Amtsverfahren nach den §§ 82 f. GBO eingeführt werden.**
- 3. Ein Titelgläubiger, dem die Erben des eingetragenen Eigentümers bekannt sind und der den Erbanteil seines Schuldners gepfändet hat, ist gegen die Ablehnung der Einleitung des Amtsverfahrens nach den §§ 82 f. GBO nicht beschwerdeberechtigt.**

OLG Hamm, Beschluß vom 11. 10. 1993 — 15 W 194/93 —, mitgeteilt von *Dr. Karldieter Schmidt*, Vorsitzender Richter am OLG Hamm

Aus dem Tatbestand:

Als Eigentümer der eingangs bezeichneten Miteigentumsanteile ist im Grundbuch der iranische Staatsangehörige Dr. M. Y. S. eingetragen. Dieser war verheiratet mit Frau H. S., geb. B.; aus der Ehe sind drei Söhne hervorgegangen. Über die gesetzliche Erbfolge des eingetragenen Eigentümers, der eine letztwillige Verfügung nicht hinterlassen hat, ist über mehrere Jahre ein Erbscheinsverfahren geführt worden, das durch den Beschluß des Senats vom 29. 4. 1992 abgeschlossen worden ist. Der Senat hat in seiner Entscheidung den Vorbescheid des Amtsgerichts E. vom 14. 12. 1989 lediglich aus verfahrensrechtlichen Gründen aufgehoben, in der Sache jedoch die dort festgestellte gesetzliche Erbfolge (beschränkt auf das im Inland befindliche Vermögen) gebilligt. Die gesetzliche Erbfolge führt danach unter Berücksichtigung einer Erhöhung des Erbteils der überlebenden Ehefrau gem. § 1371 Abs. 1 BGB in bezug auf den unbeweglichen Nachlaß zu Erbquoten für die Mutter des Erblassers zu $\frac{1}{6}$ Anteil, für die überlebende Ehefrau zu $\frac{1}{4}$ Anteil und für die drei Söhne zu je $\frac{7}{36}$ Anteil.

Der Beteiligte hat in seiner Eigenschaft als Notar am 18. 12. 1992 einen Erbscheinsantrag der Mutter des Erblassers, Frau N. E. beurkundet. Für seine Tätigkeit hat er Frau E. eine vollstreckbare Kostenberechnung über einen Betrag von 4.218,91 DM erteilt und unter dem 26. 2. 1993 wegen dieser Kosten nebst zwischenzeitlich entstandener Vollstreckungskosten die Pfändung und Überweisung des Erbanteils der Frau E. beantragt. Diesem Antrag ist durch Beschluß des Rechtspflegers vom 17. 3. 1993 entsprochen worden, wobei versehentlich nur die Überweisung, nicht jedoch die Pfändung des Erbanteiles ausgesprochen worden ist.

Auf der Grundlage des von ihm vorgelegten und den Miterben zugestellten Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses vom 17. 3. 1993 hat der Beteiligte mit Schriftsatz vom 6. 4. 1993 bei dem Grundbuchamt beantragt, im Wege der Grundbuchberichtigung aufgrund der Erbfolge als neue Eigentümer einzutragen: die Schuldnerin (Mutter des Erblassers) zu $\frac{1}{6}$, die Ehefrau des Erblassers zu $\frac{3}{8}$ und seine drei Söhne zu je $\frac{11}{72}$ sowie ferner die Pfändung und Überweisung des Erbanteils der Schuldnerin. Der Beteiligte hat weiter vorgetragen, der Erbschein sei bereits bei dem Amtsgericht — Nachlaßgericht — E. beantragt und bewilligt worden. Die Erteilung des Erbscheins sei lediglich deshalb noch nicht erfolgt, weil die Gerichtsgebühren für die Erbscheinserteilung noch nicht bezahlt seien bzw. weil ein Kostenansatz wegen Ungewißheit über den der Gebührenberechnung zugrundezulegenden Wert noch nicht erfolgt sei.

Der Rechtspfleger des Grundbuchamtes hat durch Beschluß vom 14. 4. 1993 den Eintragungsantrag zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt, dem Vollzug der beantragten Berichtigung stehe entgegen, daß ein Erbschein bislang nicht wirksam erteilt sei. Ferner fehle in dem vorgelegten Pfändungs- und Überweisungsbeschuß des Amtsgerichts E. vom 17. 3. 1993 der Ausspruch der Pfändung des Erbanteils der Schuldnerin.

Gegen diesen Beschluß hat der Beteiligte mit Schriftsatz vom 21. 4. 1993 Erinnerung eingelegt, mit der er darauf hingewiesen hat, zwischenzeitlich habe das Vollstreckungsgericht einen berichtigten Pfändungs- und Überweisungsbeschuß erlassen. Ferner müsse für die Grundbuchberichtigung hier genügen, daß der Erbschein von dem Nachlaßgericht bereits bewilligt sei. Die Erteilung einer Ausfertigung sei lediglich wegen der bestehenden Unklarheiten über den Geschäftswert für die Gebührenberechnung bislang unterblieben.

Der Rechtspfleger hat der Erinnerung mit Verfügung vom 26. 4. 1993 nicht abgeholfen und zur Begründung an seiner Auffassung festgehalten, eine Grundbuchberichtigung könne ohne die bislang nicht erfolgte wirksame Erteilung eines Erbscheins nicht vorgenommen werden.

Der Beteiligte hat daraufhin zu dem Vorgang mit Schriftsatz vom 6. 5. 1993 erneut Stellung genommen und dabei klargestellt, daß im Wege der Grundbuchberichtigung die Miterben in ungeteilter Erbengemeinschaft eingetragen werden sollten. Ferner hat er nunmehr hilfsweise sein Berichtigungsbegehren auch auf die §§ 82 ff. GBO gestützt. Nach diesen Vorschriften sei das Grundbuchamt gehalten, von Amts wegen die Grundbuchberichtigung vorzunehmen, nachdem seit dem Tod des eingetragenen Eigentümers bereits mehrere Jahre verstrichen seien.

Der Richter des Amtsgerichts hat mit Verfügung vom 24. 5. 1993 seinerseits der Erinnerung nicht abgeholfen und zur Begründung darauf hingewiesen, daß eine Erbscheinsausfertigung weiterhin nicht vorliege. Ferner entsprächen die in dem bewilligten, aber noch nicht ausgefertigten Erbschein ausgewiesenen Erbquoten für das unbewegliche Vermögen nicht dem von dem Beteiligten gestellten Antrag.

Das Landgericht hat das nunmehr als Beschwerde geltende Rechtsmittel durch Beschluß vom 11. 6. 1993 zurückgewiesen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten, die er mit Anwaltschriftsatz vom 28. 6. 1993 bei dem Landgericht eingelegt hat.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist nach § 78 GBO statthaft sowie gem. § 80 Abs. 1 S. 2 GBO formgerecht eingelegt. Die Beschwerdebefugnis des Beteiligten folgt bereits daraus, daß seine erste Beschwerde ohne Erfolg geblieben ist.

In der Sache ist das Rechtsmittel unbegründet, weil die Entscheidung des Landgerichts nicht auf einer Verletzung des Gesetzes beruht (§ 78 S. 1 GBO).

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das Landgericht zutreffend von einer nach § 71 Abs. 1 GBO zulässigen Erstbeschwerde des Beteiligten ausgegangen, soweit sein Grundbuchberichtigungsantrag vom 6. 4. 1993 zurückgewiesen worden ist. Zu Recht hat das Landgericht lediglich den beteiligten Notar als Pfändungsgläubiger des Erbanteils der Frau E. als Verfahrensbeteiligten angesehen. Der Grundbuchberichtigungsantrag des Beteiligten vom 6. 4. 1993 zielt ausdrücklich allein darauf ab, die Grundbuchberichtigung der Eigentümereintragung als Voraussetzung für die ebenfalls im Wege der Berichtigung einzutragende Pfändung des Erbanteils der Frau E. einzutragen. Dementsprechend hat der Beteiligte in seinen folgenden Schriftsätzen — insoweit jeweils zutreffend — darauf hingewiesen, daß sich seine

Antragsberechtigung als Titelgläubiger aus § 14 GBO erbe. Daß der Beteiligte in seiner Eigenschaft als Notar nach Beurkundung des Erbscheinsantrages der Frau E. den Grundbuchberichtigungsantrag vom 6. 4. 1993 gem. § 15 GBO auch in deren Namen hat stellen wollen, läßt sich seinen Eingaben auch nicht andeutungsweise entnehmen.

In der Sache hält die Entscheidung des Landgerichts rechtlicher Nachprüfung stand. Nach § 35 Abs. 1 S. 1 GBO kann der (gem. § 22 Abs. 1 GBO erforderliche) Nachweis der Erbfolge nur durch einen Erbschein geführt werden. Das Landgericht hat zu Recht ausgeführt, daß ein solcher Erbschein bislang nicht erteilt sei. Es entspricht völlig einhelliger Auffassung, daß ein Erbschein erst dann erteilt ist und damit die Vermutung der Richtigkeit des in ihm bezeugten Erbrechts (§ 2365 BGB) auslöst, wenn dem Antragsteller durch das Nachlaßgericht dessen Urschrift oder eine Ausfertigung ausgehändigt worden ist (BayObLGZ 1960, 192 = NJW 1960, 1722; Palandt/Edenhofer, BGB, 52. Aufl., § 2353 Rdnr. 28; Horber/Demharter, GBO, 19. Aufl., § 35 Anm. 9; Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann — KEHE —, Grundbuchrecht, 4. Aufl., § 35 GBO Rdnr. 31). Bis zur Erteilung des Erbscheines in dieser Form ist die Anordnung des Rechtspflegers oder Richters, daß ein Erbschein mit einem bestimmten Inhalt zu erteilen sei, ein ausschließlich gerichtsinerner Vorgang, der die Wirkungen eines erteilten Erbscheines nicht auslöst. Eine andere Beurteilung ist auch nicht unter Berücksichtigung der von dem Beteiligten herangezogenen Entscheidungen des Kammergerichts (Rpfleger 1981, 497 f.) und der damit übereinstimmenden früheren Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts (BayObLGZ 1960, 501 ff. = Rpfleger 1961, 437) geboten. Diesen Entscheidungen liegt nämlich der Sachverhalt zugrunde, daß das Nachlaßgericht einem Antrag des Erben entsprechend die Nachlaßakten dem Grundbuchamt unter Bezugnahme auf die in den Akten befindliche, den Wortlaut des zu erteilenden Erbscheins wiedergebende Bewilligungsanordnung zum Nachweis der Erbfolge zuliebt. In einem solchen Fall bleibt die in den Nachlaßakten befindliche Bewilligungsanordnung gerade nicht ein gerichtsinerner Vorgang. Vielmehr will das Nachlaßgericht dem Antrag des Erben entsprechend den bewilligten Erbschein gemäß seinem Zweck, die Vermutung für das zu bezeugende Erbrecht auszulösen (§ 2365 BGB) und dem Grundbuchamt eine Grundlage für die Eintragung (§ 35 Abs. 1 S. 1 GBO) zu verschaffen, in Verkehr setzen. Um einen solchen Sachverhalt handelt es sich hier indes nicht. Das Nachlaßgericht hat seine Akten nicht dem Grundbuchamt zugeleitet. Nach dem eigenen Vorbringen des Beteiligten hat das Nachlaßgericht vielmehr bislang von der Ausfertigung einer Ausfertigung des Erbscheins abgesehen, weil es die Erteilung des Erbscheines von der Zahlung eines die Gerichtskosten deckenden Vorschusses abhängig machen will und im Hinblick darauf derzeit noch ein Verfahren auf Festsetzung des der Gebührenberechnung zugrunde zu legenden Geschäftswertes anhängig ist.

Zu Recht hat das Landgericht festgestellt, daß die Vorlage eines Erbscheines als Voraussetzung für die Grundbuchberichtigung auch nicht nach § 35 Abs. 3 Satz 1 GBO entbehrlich ist.

Nach dieser Vorschrift kann das Grundbuchamt zum Zweck der Berichtigung des durch die Erbfolge unrichtig gewordenen Grundbuchs nur dann von der Vorlage eines Erbscheines absehen und sich mit anderen Beweismitteln begnügen, wenn das Grundstück oder der Miteigentums-

anteil von geringem Wert ist und die Beschaffung des Erbscheines nur mit unverhältnismäßigem Aufwand von Kosten oder Mühe möglich ist. Indessen ist eine Ermessensentscheidung im Sinne dieser Vorschrift dem Grundbuchamt vorliegend schon deshalb verschlossen, weil die genannten Miteigentumsanteile ersichtlich nicht von geringem Wert sind. Dafür trägt der Beteiligte selbst nichts vor. Im übrigen muß schon im Hinblick auf den Inhalt der betreffenden Grundbücher, nicht zuletzt wegen der erheblichen Belastungen, die jeweils in Abt. III eingetragen sind, von einem erheblichen Wert der Miteigentumsanteile ausgegangen werden. Darüber hinaus hat das Landgericht rechtlich einwandfrei ausgeführt, daß im Hinblick auf die noch ausstehende abschließende Wertfestsetzung und die sodann anzusetzende Gerichtsgebühr für die Erteilung des Erbscheines nicht von einem unverhältnismäßigen Aufwand an Kosten oder Mühe für die Erbscheinserteilung ausgegangen werden könne. Denn die Vorschrift des § 35 Abs. 3 S. 1 GBO hat ersichtlich nicht den Sinn, den Beteiligten die für die Erteilung eines Erbscheines zu erhebenden Gerichtskosten zu ersparen. Demgegenüber greift der Einwand des Beteiligten nicht durch, Frau E. als Antragstellerin halte sich bereits seit längerer Zeit im außereuropäischen Ausland auf und sei im übrigen auch ersichtlich nicht in der Lage, die Gerichtskosten für die Erbscheinserteilung aufzubringen. In diesem Zusammenhang bedarf es keiner näheren Prüfung, ob Frau E. im Hinblick auf ihre persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse durch den Antrag auf Bewilligung von Prozeßkostenhilfe gegebenenfalls (vorläufig) Befreiung von den Gerichtskosten für die Erbscheinserteilung erlangen könnte. Entscheidend ist, daß der Beteiligte als Titelgläubiger nach § 792 ZPO selbst berechtigt ist, die Erteilung eines Erbscheins zu beantragen, wobei er gem. § 107 Abs. 3 KostO eine Kostenvergünstigung in Anspruch nehmen kann, wenn er glaubhaft macht, den Erbschein nur für die Berichtigung des Grundbuchs verwenden zu wollen. Im Hinblick auf diese eigene Antragsbefugnis des Titelgläubigers können die mit der auf diesem Wege möglichen Erwirkung eines Erbscheins verbundenen Kosten nicht als unverhältnismäßiger Aufwand im Sinne des § 35 Abs. 3 S. 1 GBO gewertet werden.

Das Landgericht hat ferner das Berichtigungsbegehren des Beteiligten auch nach Maßgabe der §§ 82 ff. GBO als sachlich unbegründet erachtet. Indessen lagen die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für eine Sachentscheidung des Beschwerdegerichts insoweit nicht vor. Vielmehr war die Erstbeschwerde des Beteiligten, soweit sie auf eine Grundbuchberichtigung nach diesen Vorschriften gerichtet ist, bereits unzulässig. Denn eine Entscheidung des Beschwerdegerichts kann nur zu demjenigen Verfahrensgegenstand getroffen werden, der bereits dem Amtsgericht zur Entscheidung vorlag. Ein neuer Antrag, der einen anderen Verfahrensgegenstand betrifft, kann nicht in das Beschwerdeverfahren eingeführt werden (vgl. u. a. BGHZ 27, 310, 316 = NJW 1958, 1080 sowie BGHZ 75, 375, 378 = NJW 1980, 891; Meikel/Streck, Grundbuchrecht, 7. Aufl., § 74 GBO Rdnr. 6 sowie KEHE, § 74 Rdnr. 6 jeweils m. w. N.). Im vorliegenden Fall hat der Beteiligte zunächst mit seinem Schriftsatz an das Grundbuchamt vom 6. 4. 1993 ausschließlich einen Grundbuchberichtigungsantrag im Antragsverfahren der GBO gestellt. Das Grundbuchamt hatte deshalb lediglich zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für den Vollzug der beantragten Grundbuchberichtigung vorlagen. Erst nachdem er mit seinem Schriftsatz vom 21. 4. 1993 gegen den ablehnenden Beschluß des

Rechtspflegers vom 14. 4. 1993 Erinnerung eingelegt und der Rechtspfleger dieser nicht abgeholfen hatte, hat der Beteiligte mit weiterem Schriftsatz vom 6. 5. 1993 seinen Antrag hilfsweise auch darauf gerichtet, die Grundbuchberichtigung solle nach den §§ 82 ff. GBO vorgenommen werden. Dabei handelt es sich indessen nicht lediglich um einen ergänzenden rechtlichen Gesichtspunkt, der der ursprünglich beantragten Grundbuchberichtigung gegebenenfalls zum Erfolg hätte verhelfen können. Vielmehr hat der Beteiligte insoweit einen neuen Verfahrensgegenstand eingeführt, der mit dem ursprünglichen Grundbuchberichtigungsantrag nicht identisch ist. Denn bei dem Verfahren des Grundbuchberichtigungszwangs nach den §§ 82 ff. GBO handelt es sich nicht um ein Antragsverfahren, sondern um ein Amtsverfahren der GBO. Dieses Verfahren dient in erster Linie dem öffentlichen Interesse daran, die Unzuträglichkeiten zu beheben, die sich ergeben können, wenn hinsichtlich der Eintragung des Eigentümers ein Rechtsübergang außerhalb des Grundbuchs stattgefunden hat und gleichwohl eine Berichtigung der Eintragung wegen Fehlens des Antrages eines dazu Berechtigten über längere Zeit unterbleibt. Nur in beschränktem Umfang dient dieses Verfahren auch der Wahrung schützenswerter Interessen einzelner Personen (vgl. *Meikel/Ebeling*, a. a. O., § 82 GBO Rdnr. 2, 18, 19). Ein Antrag auf Durchführung dieses Amtsverfahrens hat also nur die Bedeutung einer Anregung, auf die das Grundbuchamt gehalten ist von Amts wegen zu prüfen, ob Anlaß zur Einleitung des Grundbuchberichtigungszwangsverfahrens besteht. Zwar kann auch dieses Amtsverfahren nach § 82 a S. 1 GBO zu einer Grundbuchberichtigung führen. Diese ist jedoch von wesentlich anderen Voraussetzungen abhängig als diejenige, die im Antragsverfahren erfolgt. Es handelt sich deshalb um einen ganz anderen Verfahrensgegenstand, über den der Rechtspfleger des Grundbuchamtes nicht zu entscheiden hatte. Dieser neue Verfahrensgegenstand hätte deshalb dem Landgericht im Rahmen des Erstbeschwerdeverfahrens nur angefallen sein können, wenn die Annahme gerechtfertigt wäre, daß der Richter des Amtsgerichts im Rahmen seiner Abhilfeentscheidung auch die Anregung des Beteiligten zur Durchführung des Verfahrens nach den §§ 82 ff. GBO zurückweisen wollte. Es sprechen jedoch schon keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, daß der Richter sich insoweit über die auch für das Verfahren nach den §§ 82 ff. GBO bestehende funktionelle Zuständigkeit des Rechtspflegers (§ 3 Nr. 1 h RpflG) hätte hinwegsetzen wollen. Hinzu kommt, daß die von dem Richter in seiner Nichtabhilfeverfügung vom 12. 5. 1993 angegebenen Gründe sich ausschließlich auf den Grundbuchberichtigungsantrag nach § 22 GBO und die Erforderlichkeit der Erteilung eines Erbscheines durch das Nachlaßgericht erstrecken.

Im übrigen hätte das Landgericht auf der Grundlage seines eigenen Standpunktes auch die Beschwerdeberechtigung des Beteiligten für die Erstbeschwerde nicht als gegeben erachten dürfen. Nach § 20 Abs. 1 FGG steht die Beschwerde nur demjenigen zu, dessen Recht durch die Verfügung beeinträchtigt ist. In bezug auf die Einleitung des Grundbuchberichtigungszwangsverfahrens ist insoweit anerkannt, daß die Beschwerdeberechtigung einer Einzelperson auch gegen die Ablehnung der Einleitung des Verfahrens bestehen kann, wenn diese, etwa im Hinblick auf ein beschränktes dingliches Recht an dem Grundstück oder in bezug auf einen Anspruch auf Verschaffung eines dinglichen Rechts aus einem Verpflichtungsgeschäft, ein rechtlich geschütztes Interesse daran hat zu wissen, gegen wen er

seine Ansprüche geltend zu machen hat; beschwerdeberechtigt kann auch der Miteigentümer eines Grundstücks sein, der klären lassen möchte, wer die übrigen Miteigentümer sind (KG JFG 17, 418 = JW 1937, 479 sowie JFG 14, 448 = JW 1937, 480). Alle Fälle sind jedoch dadurch gekennzeichnet, daß die die Anregung zur Einleitung des Verfahrens gebende Einzelperson selbst die Erben des eingetragenen Eigentümers nicht kennt und deshalb auf die im Verfahren nach den §§ 82 ff. GBO durchzuführende Amtsermittlung durch das Grundbuchamt angewiesen ist, um ihre Rechte geltend machen zu können. Demgegenüber ist ein Beschwerderecht zu verneinen für denjenigen, der die Erben des eingetragenen Eigentümers kennt und überdies selbst sowohl im Hinblick auf die Erbscheinserteilung als auch zur Durchführung der Grundbuchberichtigung antragsberechtigt ist (so offenbar auch *Meikel/Ebeling*, a. a. O., § 82 Rdnr. 19). Das Amtsverfahren nach den §§ 82 ff. GBO hat nämlich nicht den Zweck, das Antragsverfahren zu verdrängen und einen Beteiligten der Verpflichtung zu entheben, die für die Grundbuchberichtigung im Antragsverfahren erforderlichen Unterlagen zu beschaffen. Insbesondere schützen die §§ 82 ff. GBO nicht das Interesse einer Einzelperson, die Gerichtskosten für eine erforderliche Erbscheinserteilung zu ersparen. So liegt es hier bei dem Beteiligten, der aufgrund seiner Befassung mit der Beurkundung des Erbscheinsantrages für Frau E. damit vertraut ist, in welcher Weise der eingetragene Eigentümer nach dem Ergebnis des vorangegangenen Erbscheinsverfahrens gesetzlich beerbt worden ist, und der — wie bereits ausgeführt — sowohl hinsichtlich der Erbscheinserteilung als auch der Grundbuchberichtigung selbst antragsberechtigt ist. ...

11. BGB §§ 883, 885 Abs. 2, 877, 876 (*Inhaltsänderung einer Vormerkung bei Verlängerung der Bindungsfrist eines Angebots*)

Verlängern die Vertragsparteien bei einem Kaufvertragsangebot die Frist, innerhalb derer das Angebot unwiderruflich ist, ist die Eintragung der für den Käufer bestellten Vormerkung in Form einer Ergänzung der Bezugnahme im Grundbuch zu berichtigen. Jedenfalls wenn nach Fristablauf der Anbietende nur berechtigt ist, unter Einhaltung einer Frist, innerhalb derer die Annahme noch möglich ist, den Widerruf des Angebotes zu erklären, ist die Zustimmung später eingetragener Gläubiger zu der Inhaltsänderung der Vormerkung nicht erforderlich.

OLG Karlsruhe, Beschluß vom 20. 12. 1993 — 11 Wx 10/93 —

Anmerkung der Schriftleitung:

Beachte zur Abgrenzung OLG Frankfurt/Main MittBayNot 1994, 133 = DNotZ 1994, 247 und OLG Köln MittBayNot 1976, 67 = DNotZ 1976, 375, ferner die umfassende Darstellung von *Promberger*, DNotZ 1994, 249.

12. BGB §§ 873, 879, 894; GBO § 17 (*Keine Entstehung eines Rechts an einem Grundstück bei Eintragung an abredewidriger Rangstelle*)

Wird eine Grundschuld entgegen der von den Beteiligten getroffenen Rangbestimmung gleichrangig mit anderen Rechten eingetragen, so entsteht die Grundschuld mangels einer Übereinstimmung von Einigung und Eintragung nicht.

(Leitsatz der Schriftleitung)

OLG München, Urteil vom 1. 2. 1994 — 13 U 3170/91 —, mitgeteilt von Notar *Dr. Hermann Amann*, Berchtesgaden

Tatbestand der Schriftleitung:

Die jetzige Klägerin ist Testamentsvollstreckerin nach der 1991 verstorbenen früheren Klägerin. Die Erblasserin hatte 1979 ein Grundstück an Herrn B. verkauft und übereignet. Dabei hatte sie sich einen durch Vormerkung gesicherten Rückkaufungsanspruch und eine Reallast einräumen lassen. Der Käufer bestellte im Zusammenhang mit dem Kauf (augenscheinlich bei einem zweiten Notar) eine Grundschuld für die beklagte Bank. In der Grundschuldbestellungsurkunde wurde bestimmt, die Grundschuld solle Rang nach den Rechten der Verkäuferin erhalten, wobei jedoch abschließend vermerkt war, die Rangbestimmung habe nur eine schuldrechtliche Bedeutung. Der Notar, der den Kauf beurkundet hatte, legte den Antrag auf Eigentumsumschreibung und Eintragung der Rechte der Verkäuferin mit einer großen Ziffer „I“ gekennzeichnet, die Grundschuld mit einer „II“ gekennzeichnet dem Grundbuchamt zur Eintragung vor. Gleichwohl trug das Grundbuchamt Grundschuld, Reallast und Rückkaufungsvormerkung gleichrangig ein.

1989 übte die Erblasserin ihr Rücktrittsrecht aus und wurde wieder Eigentümerin des Grundstücks. Zur Ablösung der Grundschuld bezahlte sie unter Vorbehalt der Rückforderung an die Beklagte 410.284,68 DM. Mit der Klage begehrt die Klägerin die Rückzahlung dieser Summe, da die Grundschuld jedenfalls ihr gegenüber nicht wirksam entstanden sei.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, da die Rangbestimmung nur eine schuldrechtliche Wirkung habe und auch kein Vertrag zugunsten der Erblasserin vorgelegen habe.

Die Berufung der Klägerin hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Berufung ist weitgehend — bis auf Teile des Zinsanspruchs — begründet.

I. Die Klägerin hat in Höhe des von der Erblasserin auf die Grundschuld geleisteten Ablösungsbetrags von unstreitig DM 410.284,68 einen Anspruch gegen die Beklagte aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 Abs. 1 S. 1 i. Alt. BGB).

Rechtsgrund für die Leistung der Erblasserin an die Beklagte war die zu Gunsten der Beklagten im Gleichrang mit den Rechten der Erblasserin eingetragene Grundschuld. Diese Grundschuld ist jedoch nicht wirksam entstanden.

1. Gem. § 873 Abs. 1 BGB vollzieht sich der Erwerb eines Rechts an einem Grundstück durch Einigung des Berechtigten und des Erwerbers über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundstück, wobei Einigung und Eintragung sich inhaltlich decken müssen. Dies gilt auch für den Rang eines Grundstücksrechts, falls die Beteiligten eine Rangvereinbarung getroffen haben.

Bei Würdigung der von den Parteien vorgetragenen Tatsachen kommt der Senat zu dem Ergebnis, daß sich die am Grundschuldbestellungsvorgang Beteiligten, nämlich der

Käufer und die Beklagte, auf einen Nachrang der Grundschuld nach der für die Erblasserin einzutragenden Reallast und Rückkaufungsvormerkung geeinigt haben.

Die Einigung ist ein auf eine dingliche Rechtsänderung gerichteter abstrakter, grundsätzlich formfreier Vertrag, der durch Angebot und Annahme zustande kommt, wobei die Willenserklärungen der Beteiligten nach den §§ 133, 157 BGB so auszulegen sind, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern (vgl. *Palandt-Bassenge*, BGB, 53. Aufl., Rdnr. 10 zu § 873).

Mit Schreiben an die Beklagte vom 27. 7. 1979 übersandte der Notar — offensichtlich namens und in Vollmacht der Eheleute B. — der Beklagten Ausfertigungen der Grundschuldbestellung vom selben Tag. Gleichzeitig bestätigte der Notar ein (angeblich) mit der Beklagten geführtes, von dieser bestrittenes Telefongespräch vom 20. 7. 1979, „wonach ihr Grundpfandrecht in Abt. II Rang nach einer Reallast und einer Rückkaufungsvormerkung erhalten“ sollte, wie es auch ausdrücklich am Schluß der übersandten Grundschuldbestellungsurkunde heißt. Aus dieser für den Käufer B. abgegebenen Erklärung geht deutlich dessen Wille hervor, für die Beklagte ein gegenüber der Reallast und der Auflassungsvormerkung für die Erblasserin nachrangiges Grundpfandrecht zu Gunsten der Beklagten begründen zu wollen. Daran ändert nichts, daß es in der Grundschuldbestellungsurkunde, nicht aber im Begleitschreiben vom 27. 7. 1979, noch heißt, die Rangbestimmung habe nur schuldrechtliche Bedeutung. Die Bedeutung dieses Satzes beschränkt sich — für die geschäftserfahrene Beklagte erkennbar — darauf, eine Zurückweisung des Antrags auf Eintragung der Grundschuld für den Fall zu verhindern, daß die Grundschuld in Abt. III des Grundbuchs zunächst nicht an der bedingenen ersten, sondern nur an schlechterer Rangstelle eingetragen werden konnte.

Daß der Käufer B. nur eine gegenüber der Reallast und Rückkaufungsvormerkung nachrangige Grundschuld für die Beklagte begründen wollte, ergab sich auch aus seinen Verpflichtungen gegenüber der Verkäuferin des Grundstücks (also der Erblasserin und früheren Klägerin). (*Wird ausgeführt.*)

Es besteht demnach kein Zweifel, daß der Käufer B. sich mit der Beklagten dinglich nur auf die Entstehung einer nachrangigen Grundschuld einigen wollte und daß die Beklagte dies erkannt hat.

Dieses Angebot des Käufers B. hat die Beklagte angenommen. Jedenfalls muß ihr Verhalten nach Zugang des Schreibens vom 27. 7. 1979 vom „Empfängerhorizont“ des Käufers B. bzw. der in seinem Namen und mit seiner Vollmacht handelnden Notare aus nach Treu und Glauben so verstanden werden. Die Beklagte hat unstreitig diesem Schreiben nicht widersprochen, was sie nach Treu und Glauben aufgrund der vorangegangenen Vertragsverhandlungen hätte tun müssen, wenn sie mit dem Inhalt nicht einverstanden gewesen wäre. Vor allem aber hat die Beklagte bald nach Erhalt dieses Schreibens, nämlich am 17. 7. 1979, einen Teilbetrag des dem Käufer B. versprochenen Darlehens i. H. v. DM 58.685,— dem Notar zur Ablösung der damals in Abt. III des Grundbuchs an erster Rangstelle eingetragenen Grundschuld der S. Bank überwiesen. Die Beklagte hat damit nicht nur zum Ausdruck gebracht, daß der bis dahin ausgehandelte Darlehensvertrag vollzogen werden konnte, sondern auch, daß sie mit der vom Käufer B. angebotenen nachrangigen dinglichen Sicherung einverstanden war. . . .

Aber selbst wenn die Beklagte — für den Käufer B. ohnehin nicht erkennbar — mit der Entstehung der von B. angebotenen nachrangigen Grundschuld nicht einverstanden gewesen wäre, fehlt jedenfalls die erforderliche dingliche Einigung der am Bestellvorgang Beteiligten, daß die Grundschuld — wie eingetragen — im Gleichrang mit den Rechten der Verkäuferin entstehen sollte, da, — wie dargelegt — der Wille des Käufers B. eindeutig und auch für die Beklagte erkennbar dahin ging, die Grundschuld nur im Nachrang nach den Rechten der Verkäuferin begründen zu wollen.

Da sich der Käufer B. — wäre er damit einverstanden gewesen, daß alle Rechte im Gleichrang entstehen — einer Vertragsverletzung im Verhältnis zur Verkäuferin schuldig gemacht und sich einem Schadensersatzanspruch oder der Gefahr des Rücktritts der Verkäuferin vom Kaufvertrag ausgesetzt hätte, kann auch bei entsprechender Anwendung des § 139 BGB nicht angenommen werden, daß die am Grundschuldbestellvorgang Beteiligten die Grundschuld jedenfalls mit dem gesetzlichen Rang des § 879 Abs. 1 BGB entstehen lassen wollten (vgl. BGH NJW-RR 1990, 206 m. w. N. [= MittBayNot 1990, 102]).

Unrichtig ist demnach auch die Annahme der Beklagten, die Einigung der Beteiligten sei nach § 879 Abs. 2 BGB erst nachträglich, als die Grundschuld bereits im Gleichrang mit den anderen Rechten eingetragen war, zustande gekommen. Dafür fehlt jeder tatsächliche Anhaltspunkt. . . .

Der Senat geht demnach davon aus, daß sich die am Bestellvorgang Beteiligten über den Nachrang der Grundschuld geeinigt haben, zumindest aber eine Einigung über den Gleichrang aller Rechte nicht zustande gekommen ist. Da sich Einigung und Eintragung demnach nicht decken, ist die zu Gunsten der Beklagten eingetragene Grundschuld in Wirklichkeit nicht entstanden (vgl. BGH a. a. O.).

Darauf, ob die Beklagte, wie die Klägerin behauptet, schon bei einem Telefonat am 20. 7. 1979 mit einem Nachrang der zu ihren Gunsten zu begründenden Grundschuld einverstanden war und ob die Person, die dieses (von der Beklagten bestrittene) Telefongespräch auf ihrer Seite geführt hat, für die Abgabe einer solchen Erklärung überhaupt bevollmächtigt gewesen wäre, kommt es demnach nicht mehr an. . . .

2. Da die für die Beklagte eingetragene Grundschuld nicht wirksam entstanden ist, durfte die Beklagte ihre Löschung nicht von der Zahlung eines Ablösungsbetrags abhängig machen. Die von der Erblasserin unter Vorbehalt der Rückforderung geleistete Ablösungszahlung ist also rechtsgrundlos erfolgt und kann deshalb zurückgefordert werden (vgl. BGH a. a. O.).

3. Ein Verzicht der Erblasserin auf ihren vertraglichen Anspruch auf lastenfreie Rückübereignung, wie die Beklagte meint, liegt nicht vor. Die Erblasserin war nicht verpflichtet, sich auf einen Rechtsstreit mit dem Konkursverwalter der damaligen Grundstückseigentümerin oder mit der Beklagten wegen Löschung der Grundschuld einzulassen. Da sie das Grundstück rasch weiterveräußern wollte, durfte sie die Grundschuld unter Vorbehalt der Rückforderung des an die Beklagte Geleisteten ablösen.

4. Auf die Frage, ob der zwischen dem Käufer und der Beklagten abgeschlossene Vertrag unmittelbar zu Gunsten der Erblasserin wirkte, kommt es unter diesen Umständen nicht mehr an. Nicht entscheidungserheblich ist auch die

von der Beklagten aufgeworfene Frage, ob § 879 BGB ein Rechtsgrund im Sinne des § 812 BGB für die aus dieser Norm resultierende bessere Rangstelle eines Grundpfandrechts ist. Diese Frage, die der BGH im Anschluß an die h. M. bejaht (vgl. BGHZ 21, 98/100 [= DNotZ 1956, 480]), würde erst relevant, wenn — entsprechend § 139 BGB — ein Grundpfandrecht für die Beklagte überhaupt wirksam entstanden wäre. Das ist, wie dargelegt, nicht der Fall. . . .

Anmerkung:

Das Urteil des OLG München besitzt für die Praxis weiteren Erkenntniswert, wenn man sich die eigentliche Ursache des Rechtsstreits vergegenwärtigt. Die frühere Klägerin, die ich künftig als „Verkäuferin“ bezeichne, hatte sich beim Verkauf ihres Grundstücks Rechte vorbehalten, die in der Kaufurkunde durch Reallast und Rückübereignungsvormerkung gesichert wurden. Nach Abschluß des Kaufvertrags bestellte der Käufer im eigenen Namen ohne Mitwirkung der Verkäuferin eine Grundschuld am verkauften Grundbesitz. Der Notar legte dem Grundbuchamt gleichzeitig vor

- die Kaufurkunde zur Eigentumsumschreibung, Eintragung der Reallast und der Rückübereignungsvormerkung „mit einer großen Ziffer I“,
- die Grundschuldbestellungsurkunde zur Eintragung der vom Käufer bestellten Grundschuld „mit einer großen Ziffer II“.

Das Grundbuchamt trug Reallast, Vormerkung und Grundschuld gleichzeitig ein, und zwar die Grundschuld im Gleichrang mit den vorbehaltenen Rechten der Verkäuferin.

Dieser Gleichrang entsprach nicht den Bestimmungen des Kaufvertrags und im konkreten Fall nicht einmal denjenigen der Grundschuldbestellungsurkunde. Wäre er wirksam entstanden, so hätte er u. a. dazu geführt, daß die Verkäuferin ihre Vormerkung gegen die Grundschuldgläubigerin nicht mehr hätte durchsetzen können. Jedenfalls hat der eingetragene Gleichrang einen langen Rechtsstreit verursacht. Die Verkäuferin mußte den Eindruck gewinnen, der Notar oder das Grundbuchamt habe etwas falsch gemacht.

Nach meiner Erfahrung beruft sich das Grundbuchamt in solcher — glücklicherweise nicht häufiger — Situation darauf, daß

1. der Gleichrang eine zwingende Folge der §§ 17, 45 Abs. 1 und 2 GBO sei, nämlich eine Folge daraus, daß alle Anträge gleichzeitig gestellt seien (vgl. *Horber/Demharter*, 20. Aufl. 1993, § 45 GBO Rdnr. 30),
2. eine nur schuldrechtliche Rangbestimmung in der Grundschuldbestellungsurkunde nicht unter § 45 Abs. 3 GBO falle und daher an diesem Gleichrang nichts ändern könne (vgl. *Horber/Demharter* § 45 GBO Rdnr. 33),
3. die Anbringung der Ziffer I auf der Kaufvertragsurkunde und der Ziffer II auf der Grundschuldbestellungsurkunde nicht als Rangbestimmung im Sinne des § 45 Abs. 3 GBO ausgelegt werden könne,
4. der Notar nach § 15 GBO zu einer derartigen Rangbestimmung gar nicht legitimiert sei (h. M., vgl. *Horber/Demharter* § 15 GBO Rdnr. 15; a. M. *KEHE/Hermann*, 4. Aufl. 1991, § 15 GBO Rdnr. 28, *KEHE/Eickmann* § 45 GBO Rdnr. 14).

Zusätzlich wird der Rechtspfleger noch auf eine Entscheidung des BayObLG zu einem ähnlichen Fall hinweisen: Dort hatte das BayObLG die allein vom Käufer getroffene in der Grundschuldurkunde enthaltene Bestimmung, die Grundschuld solle erste Rangstelle erhalten, als ausreichend angesehen, um diese vom Käufer allein bestellte Grundschuld im Range vor den im Kaufvertrag dem Verkäufer vorbehaltenen Rechten einzutragen (MittBayNot 1982, 240 = RPfleger 1982, 334).

Diese Entscheidung des BayObLG ist allerdings auf breite Ablehnung gestoßen (*Bauch* Rpfleger 1983, 421; *Bielau* Rpfleger 1982, 425; *Horber/Demharter* § 45 GBO Rdnr. 32; *Meikel/Böttcher* 7. Aufl. 1992 § 45 GBO Rdnr. 99 m. w. N.). Dennoch ist an Vorsorgemaßnahmen zu denken, die z. B. darin bestehen könnten, daß der Notar

- sich eine rechtsgeschäftliche Vollmacht erteilen läßt, „Rangbestimmungen zu treffen“ oder (umfassender) „die Beteiligten im Grundbuchverfahren uneingeschränkt vertreten“,
- seine Rangbestimmung gem. § 45 Abs. 3 GBO nicht (nur) mittels römischer Ziffern zum Ausdruck bringt, sondern (zusätzlich) verbal

oder

- die Grundschuld dem Grundbuchamt später vorlegt als den Kaufvertrag, wodurch er jedoch das Risiko eines haftungsträchtigen Rangverlustes gegenüber sonstigen Rechten Dritter heraufbeschwört.

Was nützen der Verkäuferin indessen alle diese Maßnahmen, wenn z. B. ein anderer Notar die Grundschuldbestellung des Käufers beurkundet hat, diese gleichzeitig oder früher vorgelegt hat, in dieser wiederum nur eine schuldrechtliche und keine dingliche Rangbestimmung im Sinne des § 45 Abs. 3 GBO enthalten ist oder sogar eine Rangbestimmung, die dem Kaufvertrag widerspricht (wie in dem vom BayObLG MittBayNot 1982, 240 entschiedenen Fall)? Stellen dann die §§ 17, 45 Abs. 1 und 2 GBO die Verkäuferin schutzlos gegen beliebige Grundpfandrechte und andere dingliche Rechte, die der Käufer ohne jede Mitwirkung der Verkäuferin bestellt?

Spontan drängt sich der Gedanke auf, daß der Voreintragungsgrundsatz (§ 39 GBO) die Verkäuferin gegen solche kaufvertragswidrige Belastungen schützen könnte. Nimmt man § 39 GBO wörtlich, so erlaubt er nur eine Eintragsreihenfolge, bei der Eigentumsübergang und damit verbundene Vorbehaltsrechte des Verkäufers vor der vom Käufer bestellten Grundschuld eingetragen werden (vgl. *Bauch* Rpfleger 1983, 423). Die Kommentarliteratur sieht jedoch § 39 GBO auch dann als gewahrt an, wenn der Eigentumsübergang auf den Käufer und die von ihm bewilligte Grundschuld gleichzeitig eingetragen werden (*Horber/Demharter* § 39 GBO Rdnr. 16; *KEHE/Herrmann* § 39 Rdnr. 33). Dadurch nimmt sie — ohne es zu begründen — dem § 39 GBO eine Schutzfunktion, die er ohne weiteres entfallen könnte, wenn man ihn ernsthaft als Voreintragungsgrundsatz verstünde.

Die Sicherheitslücke, die § 39 GBO aufgrund der herrschenden Auslegung aufweist, könnte allerdings § 19 GBO schließen: Der Käufer kann gem. § 19 GBO eine Grundschuld nur bewilligen, wenn er zuvor Eigentümer geworden ist, also als solcher im Grundbuch eingetragen ist. Seine Eintragung als Eigentümer vermag er jedoch nur zu erreichen, wenn gleichzeitig (§ 16 Abs. 2 GBO) mit der Eigen-

tumsumschreibung und damit vor der Grundschuld die vorbehaltenen Rechte der Verkäuferin eingetragen werden (vgl. *Horber/Demharter* § 16 GBO Rdnr. 11). Anders ausgedrückt: Erst wenn der Antrag auf Eigentumsumschreibung und die damit nach § 16 Abs. 2 GBO verbundenen Anträge auf Eintragung der Vorbehaltsrechte der Verkäuferin vollzogen sind, erlangt der Käufer die Bewilligungsberechtigung für eine nur von ihm bestellte Grundschuld (ebenso *Bauch* Rpfleger 1983, 423; *KEHE/Ertl* § 19 GBO Rdnr. 81 und wohl auch *Horber/Demharter* § 17 GBO Rdnr. 16). Bis dahin fehlt dem Käufer für eine solche Grundschuld die Bewilligungsberechtigung, ohne daß die §§ 17, 45 GBO oder eine gem. § 45 Abs. 3 GBO getroffene Rangbestimmung diese ersetzen könnten. Es kommt demgemäß auch nicht auf den vielfach für entscheidend gehaltenen Umstand an, ob die Parteien des Kaufvertrags eine stillschweigende Rangbestimmung getroffen haben (so allerdings *Horber/Demharter* § 45 GBO Rdnr. 32; *Bauch* Rpfleger 1983, 423; *Bielau* Rpfleger 1983, 425; *Meikel/Böttcher* § 45 GBO Rdnr. 99). Die Judikatur des BayObLG zeigt leider, mit welch überraschenden Ergebnissen man rechnen muß, wenn man auf eine solche stillschweigende Rangbestimmung abstellt (vgl. BayObLG MittBayNot 1982, 240 = RPfleger 1982, 334 einerseits — MittBayNot 1976, 65 = RPfleger 1976, 302 sowie MittBayNot 1992, 391 = RPfleger 1993, 13 andererseits). Solange die Anträge auf Eintragung des Eigentumsübergangs und der Vorbehaltsrechte der Verkäuferin gem. § 16 Abs. 2 GBO verbunden bleiben, hindert schon die fehlende Bewilligungsberechtigung des Käufers jede gleichrangige oder vorrangige Eintragung einer nur von ihm bestellten Grundschuld oder eines nur von ihm bestellten anderen Rechts.

Ergebnis: Der Zivilrechtsstreit, den das OLG München entscheiden mußte, beruht darauf, daß das Grundbuchamt die Grundschuld eingetragen hat, bevor die Bewilligungsberechtigung des Käufers für die Grundschuld entstanden war. Wer den Notaren Vorsorgemaßnahmen gegen einen derart gravierenden Verfahrensfehler des Grundbuchamts zumutet, überspannt m. E. die Anforderungen. Wenn das Grundbuchamt auf den Zeitpunkt achtet, zu dem die Bewilligungsberechtigung des Käufers entsteht, erübrigen sich nicht nur ausdrückliche oder stillschweigende Rangbestimmungen, sondern auch Gerichtsentscheidungen wie diejenige des OLG München.

Notar *Dr. Hermann Amann*, Berchtesgaden

13. GBO § 23 (Löschungserleichterung bei Rückkauflassungsvormerkung)

Die Eintragung eines Löschungserleichterungsvermerks zu einer Rückkauflassungsvormerkung im Grundbuch ist entsprechend § 23 Abs. 2 GBO zulässig, wenn der durch die Vormerkung gesicherte Rückkauflassungsanspruch nur von dem Berechtigten zu Lebzeiten geltend gemacht werden kann und nur für den Fall seiner Geltendmachung vererblich sein soll und wenn die Vormerkung unbeschränkt bestellt ist (Abgrenzung zu BGHZ 117, 390 ff. [= MittBayNot 1992, 193 = DNotZ 1992, 569]).

OLG Köln, Beschluß vom 9.2.1994 — 2 Wx 52/93 —, mitgeteilt von *Lothar Jaeger*, Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht Köln

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten zu 1. sind zu je 1/5-Anteil Eigentümer des eingangs bezeichneten Grundbesitzes, den sie von den Beteiligten zu 2., ihren Eltern, durch Übertragungsvertrag vom 4. 1. 1993 erworben haben.

In dem Vertrag heißt es unter Ziffer II 4.:

„Die Erwerber verpflichten sich, den übertragenen Grundbesitz oder reale oder ideelle Bruchteile desselben ohne Zustimmung ihrer Eltern . . . nicht zu belasten und nicht zu veräußern. . . Diese Verpflichtung gilt für die Lebensdauer des Längstlebenden der Eheleute . . . Diese können die Übertragung auf sich bei Verletzung der vorstehend übernommenen Verpflichtung sowie ferner dann fordern, wenn der übertragene Grundbesitz im Wege der Zwangsvollstreckung beschlagnahmt oder über das Vermögen eines Grundstückseigentümers das Konkurs- oder gerichtliche Vergleichsverfahren eröffnet oder die Eröffnung mangels Masse abgelehnt wird. Die Eheleute . . . sind Gesamtgläubiger des Übertragungsanspruchs im Sinne des § 428 BGB mit der Maßgabe, daß mit dem Tode des Zuerstversterbenden der Berechtigten dem Überlebenden von ihnen das Rückforderungsrecht alleine zusteht.“

Der zu Lebzeiten der Eheleute . . . bzw. des Längstlebenden von ihnen schriftlich geltend gemachte Übertragungsanspruch geht auf die Erben des Längstlebenden der Eheleute . . . über. Im übrigen erlischt das Übertragungsrecht mit dem Tode des Längstlebenden . . . und ist nicht vererblich. . . Der Übertragungsanspruch wird durch Eintragung einer Vormerkung im Grundbuch gesichert.“

Unter Ziffer IV des Übertragungsvertrages heißt es unter anderem:

„ Rückübertragungsvormerkung
Die Erwerber bewilligen für die Eheleute . . . als Gesamtberechtigte im Sinne des § 428 BGB auf dem übertragenen Grundbesitz eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eigentumsübertragung bei Ausübung des in Teil II 4. vereinbarten bedingten Übertragungsanspruches in das Grundbuch mit der Maßgabe einzutragen, daß das Recht nach dem Tode eines der Berechtigten dem Überlebenden von ihnen alleine zusteht und daß zur Löschung des Rechts der Nachweis des Todes der Berechtigten genügt.“

Die Beteiligten haben die Eintragung der bewilligten sogenannten Vorlöschklausel bei der Auflassungsvormerkung beantragt. Das Amtsgericht hat diesen Antrag durch Beschluß zurückgewiesen.

Die dagegen gerichtete Beschwerde der Beteiligten hat das Landgericht durch die angefochtene Entscheidung zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde führte zur Aufhebung der Vorentscheidungen.

Aus den Gründen:

Entgegen der Ansicht der Vorinstanzen liegen die Voraussetzungen für die beantragte Eintragung des Vermerks bei der Auflassungsvormerkung, daß zur Löschung des Rechts der Nachweis des Todes des Berechtigten genügt („Löschungserleichterungsvermerk“, „Löschbarkeitsklausel“ oder „Vorlösch(ungs)klausel“), in entsprechender Anwendung des § 23 Abs. 2 GBO vor.

1) Das Landgericht nimmt wie schon das Amtsgericht ohne Rechtsfehler an, daß die Auflassungsvormerkung unbedingt ohne eine Beschränkung auf die Lebenszeit der Beteiligten zu 2. bewilligt worden ist. Dies wird von der weiteren Beschwerde nicht in Frage gestellt und entspricht auch der von dem antragstellenden Notar für die Beteiligten gegebenen Erläuterung (zu deren Zulässigkeit vgl. etwa Herrmann in: *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann (KEHE) Grundbuchrecht*, 4. Aufl., GBO § 15 Rdnr. 31 m. w. N.).

2) Die Vorinstanzen verneinen die Möglichkeit der Eintragung eines Löschungserleichterungsvermerks mit dem Argument, der gesicherte Anspruch sei jedenfalls nicht

für jeden Fall auf die Lebenszeit der Beteiligten zu 2. beschränkt, entstehe der gesicherte Rückkaufungsanspruch, weil er von den oder dem Berechtigten noch zu Lebzeiten geltend gemacht werde und gehe er dann auf die Erben über, so erlange der Erbe einen durch die Vormerkung gesicherten unbedingten Anspruch. Amtsgericht und Landgericht haben sich für ihre Auffassung auf *Tiedtke (DNotZ 1992, 539 ff., 544 f.)* berufen.

Dieser Begründung für die Ablehnung der Eintragung des Löschungserleichterungsvermerks vermag der Senat nicht zu folgen.

Der Löschungserleichterungsvermerk gem. § 23 Abs. 2 GBO darf allerdings nur dann in das Grundbuch eingetragen werden, wenn bei einem auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkten dinglichen Recht seiner Art nach Rückstände von Leistungen möglich sind. In diesem Fall erübrigt sich die gem. § 23 Abs. 1 GBO zur Löschung des Rechts nötige Bewilligung des Rechtsnachfolgers, wenn im Grundbuch eingetragen ist, daß zur Löschung der Nachweis des Todes des Berechtigten genügt (§ 23 Abs. 2 GBO). Kommen Rückstände nicht in Betracht, bedarf es einer solchen die Löschung vereinfachenden Eintragung nicht, weil dann allein der Todesnachweis die Löschung ermöglicht (§ 22 Abs. 1 Satz 1 GBO); ist aber die Eintragung einer Löschungserleichterung nach § 23 Abs. 2 GBO nicht gestattet und nach § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO überflüssig, so muß sie unterbleiben (BGH, Beschluß vom 26. 3. 1992 — V ZB 16/91 = BGHZ 117, 390, 391 f. = NJW 1992, 1683 = MittBayNot 1992, 193 mit Anmerkung von *Ertl* Seite 195 ff. [= DNotZ 1992, 569]; zu dieser Entscheidung ferner *Tiedtke a. a. O.*)

Nach Auffassung des Senats ist im vorliegenden Fall eine entsprechende Anwendung des § 23 Abs. 2 GBO geboten.

Das Landgericht meint, es fehle bereits an dem Merkmal eines auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkten Rechts. Richtig ist daran, daß das „Recht“, nämlich die Vormerkung, schon nach der Vereinbarung der Beteiligten unbeschränkt sein soll und daß der Rückkaufungsanspruch, wenn er aufgrund der Geltendmachung noch zu Lebzeiten der oder eines Berechtigten entsteht, unbeschränkt auf die Erben übergeht. Hinzuzufügen ist, daß auch das zweite Merkmal des § 23 Abs. 1 GBO, daß Rückstände von Leistungen nicht ausgeschlossen sind, nicht unmittelbar erfüllt ist. Der Rückstand betrifft nur den schuldrechtlichen Rückkaufungsanspruch, nicht das hier in Frage stehende Recht, nämlich die Auflassungsvormerkung, zu der der Löschungserleichterungsvermerk eingetragen werden soll. Der Senat hat auch schon früher ausgeführt, daß Rückstände aus der Vormerkung selbst begrifflich nicht denkbar sind (Senat, Beschluß vom 30. 1. 1985 — 2 Wx 41/84 = MittRhNotK 1985, 196 = Rpfleger 1985, 290).

Deshalb kann § 23 GBO nicht unmittelbar angewendet werden. Geboten ist aber eine entsprechende Anwendung (so für die vorliegende Fallgestaltung auch *Ertl a. a. O.* Seite 197; vgl. ferner Senat a. a. O.; a. A. *Tiedtke a. a. O.* Seite 544 f.). Dafür spricht folgendes:

Die durch die Vereinbarung der Beteiligten geschaffene Lage gleicht derjenigen, der § 23 GBO Rechnung tragen will. Wie der Senat in seinem Beschluß vom 6. 12. 1993 (2 Wx 44/93 — zur Veröffentlichung vorgesehen) ausgeführt hat, enden die Wirkungen eines Rechts, das auf die

Lebenszeit des Berechtigten in der Weise beschränkt ist, daß nach dem Tode des Berechtigten Rückstände von bereits fällig gewordenen Leistungen bestehen können, die an die Erben des Berechtigten zu erbringen sind, nicht mit dem Tod des Berechtigten. In diesen Fällen besteht das dingliche Recht auch wegen der Rückstände, es erlischt erst, wenn die Rückstände beglichen sind (so schon Motive zum BGB, Bd. III, Seite 206, 207; vgl. ferner *Böttcher MittRhNotK* 1987, 219, 220; *Ertl MittBayNot* 1992, 195, 196; *Tiedtke* a. a. O. S. 540 f.). Darin liegt der Sinn der Regelung des § 23 GBO. Gerade weil das Recht im Hinblick auf die möglichen Rückstände weiterbestehen kann, reicht der Nachweis des Todes des Berechtigten für eine Löschung ohne Bewilligung (§ 22 GBO) nicht aus. Vielmehr ist nach § 23 Abs. 1 Satz 1 GBO grundsätzlich eine Löschungsbewilligung des Rechtsnachfolgers erforderlich. Das Gesetz trägt allerdings — sofern kein Löschungserleichterungsvermerk nach § 23 Abs. 2 GBO eingetragen ist — dem Interesse des Eigentümers an einer baldigen Löschung des Rechts und dem entgegenstehenden Interesse des Rechtsnachfolgers des Berechtigten daran, daß eine Löschung nicht erfolge, ohne daß sein etwaiger Anspruch auf rückständige Leistungen befriedigt ist, in der Weise Rechnung, daß es dem Rechtsnachfolger eine Frist von einem Jahr zur Geltendmachung seiner Rechte und zur Erhebung des Widerspruchs gegen die Löschung einräumt (vgl. schon Motive a. a. O. Seite 207). Das Gesetz nimmt damit in Kauf, daß unter Umständen ein wegen vorhandener Rückstände fortbestehendes Recht nach Fristablauf oder im Fall des § 23 Abs. 2 GBO wegen des eingetragenen Löschungserleichterungsvermerks alleine aufgrund des Nachweises des Todes des Berechtigten gelöscht wird.

Dem entspricht die Situation im vorliegenden Fall: Die Entstehung des Rückkaufanspruchs ist davon abhängig, daß die Beteiligten zu 2. ihn zu Lebzeiten geltend machen. Nur der bereits zu Lebzeiten der Berechtigten entstandene Anspruch kann auf die Erben übergehen. Der so übergegangene, vom Verpflichteten noch zu erfüllende Anspruch gleicht dem „Rückstand“ im Sinne des § 23 GBO aus einem mit dem Versterben des Berechtigten erloschenen Stammrecht. Die Vormerkung ist — wie ausgeführt — gerade nicht auf die Lebenszeit der Berechtigten beschränkt, dies aber nur deshalb, damit die mit der Vormerkung bezweckte Sicherung auch den auf die Erben übergegangenen noch zu erfüllenden Anspruch erfaßt. Insoweit liegen im weiteren Sinne auch „Rückstände“ der Vormerkung vor.

Die Zulassung des Löschungserleichterungsvermerks ist bei der vorliegenden Fallgestaltung auch sinnvoll. Der Löschungserleichterungsvermerk hat eine ausschließlich verfahrensrechtliche Natur, er gewährt im Grundbuchverfahren eine formellrechtliche Erleichterung der Lösbarkeit des eingetragenen Rechts für den Fall des Todes des Berechtigten (BGHZ 66, 341, 347 f. [= *MittBayNot* 1976, 65 = *DNotZ* 1976, 490]; *BayObLGZ* 1983, 113, 117 [= *MittBayNot* 1983, 170 = *DNotZ* 1985, 41]; *Böttcher* a. a. O. Seite 219; *Horber/Demharter*, 19. Aufl., § 23 Anm. 6 a; *Ertl* in: *KEHE* a. a. O. § 23 Rdnr. 34; *ders.* *MittBayNot* 1992, 195, 197). Es besteht ein Bedürfnis der Beteiligten, diese erleichterte Löschungsmöglichkeit auch in Fällen der vorliegenden Art zu vereinbaren. Gerade dann, wenn bei entsprechender Vertragsgestaltung der Rückkaufanspruchsanspruch gesichert durch die Vormerkung unbeschränkt auf die Erben übergeht, kann der Grundstücks-

erwerber eine alsbaldige Löschung der Vormerkung nach dem Tod der Berechtigten nur aufgrund des eingetragenen Löschungserleichterungsvermerks erreichen; eine Löschung nach § 22 GBO ist dann (was *Tiedtke* a. a. O. Seite 544 nicht ausreichend berücksichtigt) gerade nicht möglich. Daß die Vereinbarung der Beteiligten für diesen Fall eine Abweichung zwischen Grundbuchstand und materieller Rechtslage nach sich ziehen kann, nimmt das Gesetz mit der Regelung in § 23 GBO — wie ausgeführt — gerade in Kauf.

3) Eine Vorlage der Sache an den Bundesgerichtshof gem. § 79 Abs. 2 GBO ist nicht geboten. Mit der vorstehenden Rechtsansicht weicht der Senat nicht von der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 26. 3. 1992 (a. a. O.) ab. Zwar lautet der Leitsatz der Entscheidung u. a.:

„Eine Auflassungsvormerkung kann nicht mit dem Inhalt eingetragen werden, daß zu ihrer Löschung der Nachweis des Todes des Berechtigten genügt.“

Ferner heißt es in den Gründen der Entscheidung u. a. (BGHZ 117, 390, 392):

„Für die Löschung einer sich auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkenden Auflassungsvormerkung ist seit langem umstritten, ob im Sinne des § 23 GBO Leistungsrückstände denkbar sind und deshalb diese Vorschrift entsprechend angewendet werden kann (...). Der Senat schließt sich entgegen dem Vorlagebeschluß der ablehnenden Auffassung an.“

Der Bundesgerichtshof hat die Frage aber offensichtlich nicht für die vorliegende Fallgestaltung entschieden, bei der die Vormerkung ausdrücklich unbeschränkt bestellt wird und der gesicherte Anspruch in der Weise auf die Lebenszeit der Berechtigten beschränkt ist, daß er nur bei noch zu deren Lebzeiten erfolgter Geltendmachung auf die Erben übergeht. Zum Sachverhalt in der von ihm entschiedenen Sache hat der Bundesgerichtshof ausgeführt (a. a. O. Seite 391):

„Das vorliegende Gericht geht davon aus, die bewilligte Rückkaufanspruchsformerkung, nicht auch der gesicherte Anspruch, solle sich auf die Lebenszeit der Beteiligten zu 1 beschränken. An diese Auslegung ist der Senat, was die Zulässigkeit der Vorlage betrifft, gebunden ... Somit stellt sich die Rechtsfrage, ob die Vormerkung, wie bewilligt und beantragt, mit der Klausel eingetragen werden kann, daß zur Löschung der Nachweis des Todes der Berechtigten genügt.“

In den Gründen der Entscheidung wird die vorliegende Fallgestaltung folgerichtig nicht erörtert. Die Ausführungen des Bundesgerichtshofs betreffen vielmehr nur zwei Fallgestaltungen (so zutreffend *Ertl* a. a. O. Seite 195, 197), nämlich die, bei der die Vormerkung und der Anspruch zeitlich beschränkt sind und die, bei der nur die Vormerkung zeitlich beschränkt ist. ...

Beide Argumentationsketten betreffen die vorliegende Fallgestaltung offensichtlich nicht. Am Ende seiner Ausführungen deutet der Bundesgerichtshof auch an, daß in dem von ihm entschiedenen Fall die Beteiligten durch eine andere Formulierung ihrer Erklärungen eine ihren Interessen Rechnung tragende Bedeutung hätten geben können, die der im vorliegenden Fall entspricht (a. a. O. Seite 393 f.; vgl. ferner *Ertl* a. a. O. Seite 197 und insbesondere auch *Streuer* *Rpfleger* 1986, 245, 247 und *Haegerle* *Rpfleger* 1971, 315, auf die beide der Bundesgerichtshof sich bezieht; vgl. auch *Tiedtke* a. a. O. Seite 544 oben). Der Bundesgerichtshof führt dazu schließlich aus (a. a. O. Seite 394):

„Wenn das die Beteiligten, wie die Beschwerdebegründung nahelegt, nicht gewollt haben, vielmehr ein vor dem Tod der Berechtigten entstehender Rückauflassungsanspruch über den Tod hinaus durch die bewilligte Vormerkung gesichert sein soll, muß das urkundlich in Abänderung der Löschungsklausel klargestellt werden.“

Eine solche „Klarstellung“ liegt im hier zu entscheidenden Fall gerade vor.

Der vom Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung zitierte Beschluß des OLG Düsseldorf (MittRhNotK 1975, 485 ff.), der seinerzeit die Vorlage an den Bundesgerichtshof veranlaßt hat, betraf ebenfalls ausschließlich eine befristete Auflassungsvormerkung, so daß auch insoweit eine Vorlage nicht geboten ist.

Zur Vorlage der Sache an den Bundesgerichtshof nötigt auch nicht die Rechtsprechung, wonach sich die Löscherleichterung des § 23 Abs. 2 GBO nicht auf ein Recht bezieht, welches erst nach dem Tode des Berechtigten zu erbringende Leistungen erfaßt (BayObLG a. a. O. betreffend eine Reallast, welche auch Beerdigungs- und Grabpflegekosten sichert; dazu kritisch *Ertl* in *KEHE* a. a. O. § 23 Rdnr. 33). Die Vormerkung ist kein etwa mit einer Reallast zu vergleichendes dingliches Recht, sondern ein Sicherungsmittel eigener Art (vgl. *Palandt/Bassenge*, 53. Aufl., § 883 Rdnr. 2 m. w. N.). Die von der genannten Rechtsprechung behandelten Ansprüche (Beerdigungs- und Grabpflegekosten) waren zudem nicht solche, die — wie der Rückauflassungsanspruch im vorliegenden Fall — schon vor dem Tod des Berechtigten entstehen konnten. . . .

14. GBO § 49 (*Altenteil i. S. d. § 49 GBO*)

Ein Altenteil im Sinne des § 49 GBO liegt bei einer Bündelung von Rechten zu Versorgungszwecken vor, ohne daß es auf den Rechtsgrund seiner Entstehung oder die Eignung des Altenteilsgrundstücks zur Existenzsicherung ankommt (im Anschluß an BGH, Beschluß vom 3. 2. 1994 — V ZB 31/93 [= MittBayNot 1994, 217] unter Aufgabe der im Beschluß vom 26. 10. 1993 — 3 W 111/93 — [= MittBayNot 1994, 136] geäußerten Rechtsansicht).

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluß vom 28. 4. 1994 — 3 W 46/94 —, mitgeteilt von Notar *Dr. Gerald Wolf*, Waldfischbach-Burgalben

Aus den Gründen:

Die Vorinstanzen sind bei ihrer Entscheidung der Rechtsprechung des Senats zum Begriff des Leibgedinges und den diesbezüglichen Eintragungsvoraussetzungen gem. § 49 GBO gefolgt (Beschluß vom 26. 10. 1993 — 3 W 111/93 —; NJW-RR 1994, 209 [= MittBayNot 1994, 136] mit zahlreichen weiteren Nachweisen und Darstellung des Streitstandes). Der Bundesgerichtshof hat sich nunmehr mit Beschluß vom 3. 2. 1994 (— V ZB 31/93 [= MittBayNot 1994, 217] zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung bestimmt) hierzu grundlegend und umfassend geäußert. Der Senat folgt diesen Ausführungen. Die Rechtslage stellt sich danach wie folgt dar:

Anders als im Zusammenhang mit Art. 96 EGBGB ist im Sinne des § 49 GBO die Überlassung eines Grundstücks zwar häufig der Anlaß, nicht aber auch begrifflich Voraussetzung eines Altenteils. Der Rechtsgrund, dem das Altenteil im Einzelfall seine Entstehung verdankt, ist für seine Begriffsbestimmung nicht wesentlich. Maßgeblich sind

allein die seinen Inhalt ausmachenden Rechte. Diese Rechte sind im wesentlichen Ansprüche auf Sach- und Dienstleistungen, die aus und auf einem Grundstück zu gewähren sind, der allgemeinen und persönlichen Versorgung des Berechtigten dienen und die — regelmäßig lebenslängliche — Verknüpfung des Berechtigten mit dem belasteten Grundstück bezwecken; sie ruhen als Reallasten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten auf dem Grundstück, aus dem sie zu befriedigen sind. In der Verknüpfung miteinander bilden sie das Altenteil (Leibgedinge). Die erweiterte Bezugsmöglichkeit gem. § 49 GBO rechtfertigt sich daraus, daß ein derartiges selbständiges Rechtsgebilde wegen seines durch den Versorgungszweck bedingten und damit typisierten Inhalts in aller Regel durch die gleichen dinglichen Rechte (beschränkte persönliche Dienstbarkeit, Reallast) gesichert wird und deren Wiedergabe im Grundbuch selbst daher auch durch den Grundsatz der Grundbuchklarheit nicht zwingend geboten ist.

Ist in diesem Zusammenhang sonach die Überlassung eines Grundstücks zwar wohl die Regel, nicht aber ein Begriffsmerkmal, so folgt schon hieraus, daß auch in den Fällen, in denen es neben der Versorgungsleistung tatsächlich zu einer Grundstücksüberlassung kommt, die Zweckbestimmung des zu überlassenden Grundstücks und seine Eignung zur Sicherung wenigstens eines Teils der wirtschaftlichen Existenz des Übernehmers nicht Voraussetzung der vereinfachten Eintragung nach § 49 GBO sein kann (ebenso *Horber/Demharter* § 49 Rdnrn. 3 und 8).

Auch nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift kommt es nur darauf an, daß es sich um eine Bündelung von Rechten handelt, die typischerweise zu Versorgungszwecken als Altenteil im Grundbuch eingetragen werden. Schon dann wird derjenige, der in das Grundbuch Einsicht nimmt, durch den Text der Grundbucheintragung hinreichend darauf hingewiesen, daß er zur vollständigen Information über den Grundbuchinhalt auch den Text der Eintragungsbewilligung zur Kenntnis nehmen muß. Welche schuldrechtlichen Vereinbarungen die Beteiligten neben der dinglichen Absicherung des Versorgungsberechtigten getroffen haben, ist dagegen für die angestrebte Entlastung des Grundbuchs unerheblich. Vielmehr würde der Entlastungs- und Vereinfachungseffekt zu teuer erkauft, wenn das Grundbuchamt jeweils umständliche Ermittlungen und Wertungen darüber anstellen müßte, ob die Gesamtheit der Vereinbarungen etwa den Charakter eines Austauschvertrages trägt und ob das zu belastende Grundstück, wenn es gleichzeitig dem Schuldner der Versorgungsleistungen überlassen wird, diesem mindestens teilweise die wirtschaftliche Existenz sichern soll und sichern kann. Derartige Ermittlungen, die sich u. a. z. B. auf den Verkehrswert erstrecken müßten, würden das Grundbuchamt mit Aufgaben belasten, die dem formellen Grundbuchrecht fremd sind und zu einer vermeidbaren Verzögerung und Verteuerung des Verfahrens führen würden.

Das Grundbuchamt wird nunmehr unter Beachtung dieser Rechtsauffassung erneut über den Antrag auf Eintragung des Leibgedingsrechts zu befinden haben. Von einer eigenen abschließenden Sachentscheidung hat der Senat abgesehen, nachdem das Grundbuchamt eine Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen bisher — soweit ersichtlich — ausschließlich unter dem Gesichtspunkt des § 49 GBO unter Hinweis auf die nunmehr überholte Rechtsprechung des Senats vorgenommen hat und ihm deshalb die weitere eigenverantwortliche Bearbeitung vorbehalten bleiben soll.

15. BGB § 1170; ZPO §§ 982 ff. (*Aufgebotsverfahren bei unbekanntem Aufenthalt des Grundpfandrechtsgläubigers zulässig*)

Ein Aufgebotsverfahren zum Ausschluß eines Grundpfandrechtsgläubigers nach § 1170 BGB ist auch dann zulässig, wenn der Aufenthalt des seinem Namen nach bekannten Gläubigers oder seiner Erben nicht zu ermitteln ist.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

LG Erfurt, Beschluß vom 20. 12. 1993 — 1 T 134/93 —

Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist zulässig und begründet.

Den Antragstellern steht ein Anspruch auf Durchführung des Aufgebotsverfahrens zum Zwecke der Ausschließung der Hypothekengläubigerin gem. § 1170 Abs. 1 BGB in Verbindung mit den §§ 982 ff. ZPO zu. Nach § 1170 Abs. 1 BGB hat der Eigentümer eines Grundstücks Anspruch auf Durchführung des Aufgebotsverfahrens zum Zwecke der Ausschließung des Hypothekengläubigers, wenn er glaubhaft macht, daß das Grundstück in seinem Alleineigentum steht, der Gläubiger unbekannt ist, seit der letzten Eintragung in das Grundbuch 10 Jahre verstrichen sind und das Recht des Gläubigers nicht innerhalb dieser Frist von dem Eigentümer in einer nach § 208 ZPO zur Unterbrechung der Verjährung geeigneten Weise anerkannt worden ist. Durch Vorlage der eidesstattlichen Versicherung vom 24. 5. 1993 haben die Antragsteller glaubhaft gemacht, daß sie Alleineigentümer des Grundbesitzes . . . sind, und daß dieses Grundstück mit einer Hypothek in Höhe von . . . nebst 4% Zinsen belastet ist. Sie haben weiter glaubhaft gemacht, daß die Belastung am 16. 10. 1952 eingetragen worden ist und mithin die 10-Jahresfrist, die mit der letzten sich auf die Hypothek beziehenden Grundbucheintragung beginnt, abgelaufen ist, ohne daß in diesem Zeitraum Eintragungen im Grundbuch erfolgt sind. Desweiteren haben sie glaubhaft gemacht, daß in den letzten 10 Jahren in keiner Weise das Weiterbestehen der Forderung oder der Hypothek anerkannt worden ist.

Entgegen der Auffassung des Kreisgerichts ist auch der Hypothekengläubiger unbekannt im Sinne des § 1170 Abs. 1 BGB. Wann jemand als unbekannt im Sinne dieser Vorschrift zu gelten hat, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten. Nach einer früher überwiegend vertretenen Auffassung (vgl. etwa LG Bückeburg, Rpfleger 1958, 320; Zöller, Kommentar zur ZPO, § 985, Rdnr. 1; Palandt-Bassenge, § 1170, Rdnr. 2) muß dem Antragsteller die Person des Gläubigers unbekannt sein. Nach dieser Auffassung ist es nicht ausreichend, daß der Aufenthalt des Gläubigers unbekannt ist. Zur Begründung dieser restriktiven Auslegung wird auf den Wortlaut des § 1170 Abs. 1 BGB verwiesen und ausgeführt, für eine ausdehnende Auslegung sei kein Raum, da der Eigentümer in dem Fall des bloßen Unbekanntseins des Aufenthalts die Klage aus § 894 BGB öffentlich zustellen lassen könne. Demgegenüber wird in neuerem Schrifttum (vgl. etwa Stein-Jonas-Schlosser, ZPO Kommentar, § 985 Rdnr. 2; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO Kommentar, § 985 Anmerkung 1; Münchener Kommentar-Eickmann, Kommentar zum BGB, § 1170, Rdnr. 2-6) inzwischen überwiegend die Auffassung vertreten, daß ein Anspruch auf Durchführung eines Aufgebotsverfahrens nach § 1170 Abs. 1 BGB nicht nur dann besteht, wenn der Gläubiger in der Person unbekannt ist, sondern auch dann, wenn er zwar in der Person bekannt, aber unbekanntem Aufenthaltsort ist.

Die Kammer schließt sich der im neueren Schrifttum überwiegend vertretenen Meinung an, daß die Vorschrift des § 1170 BGB sowohl im Falle des Unbekanntseins der Person des Gläubigers wie auch bei unbekanntem Aufenthalt des Gläubigers gilt. Diese Interpretation beruht im wesentlichen auf einer systematischen Auslegung dieser Norm. Die Bestimmung ist als umfassende sachenrechtliche Ausformung des Verwirkungsgedankens (Münchener Kommentar-Eickmann, Kommentar zum BGB, § 1170 Rdnr. 1) zu verstehen. Nach § 1170 Abs. 2 BGB erwirbt der Eigentümer das dingliche Recht mit dem Erlaß des Ausschlußurteils, weil sich der Hypothekengläubiger 10 Jahre lang nicht um sein Recht gekümmert hat. Von dieser Bedeutung des § 1170 BGB ausgehend kann es keinen Unterschied machen, ob die Person des Gläubigers oder nur dessen Aufenthalt unbekannt ist. In beiden Fällen muß der Gläubiger mit seinem Recht weichen, um dem Eigentümer die ungehinderte Verwertung seines Eigentums zu ermöglichen. Eine restriktive Anwendung der Vorschrift auf die Fälle des Unbekanntseins der Person des Gläubigers würde zudem der gesetzgeberischen Intention, nach Durchführung eines Aufgebotsverfahrens durch ein entsprechendes Ausschlußurteil eine Rechtssicherheit im Hinblick auf den Bestand der Hypothek zu begründen, nicht gerecht werden. Denn im Ergebnis fände § 1170 Abs. 1 BGB nur auf Briefhypotheken Anwendung. Das Unbekanntsein des Gläubigers der Person nach ist nur bei einer Briefhypothek, und zwar nach Maßgabe des § 1154 Abs. 1 BGB, vorstellbar (vgl. Münchener Kommentar-Eickmann, Kommentar zum BGB, § 1170, Rdnr. 6). Hingegen ergibt sich bei der Buchhypothek der Gläubiger regelmäßig aus dem Grundbuch selbst. . . .

Unter Zugrundelegung von Sinn und Zweck der Bestimmung des § 1170 Abs. 1 BGB sowie ihres Wortlauts, der nicht zwischen den Hypothekenarten unterscheidet, kann nicht angenommen werden, daß vom Regelungsgehalt dieser Vorschrift lediglich die Briefhypothek umfaßt sein soll. Damit auch die Buchhypothek in den Schutzbereich des § 1170 Abs. 1 BGB fällt, muß die Norm sowohl bei Unbekanntsein der Person wie auch bei unbekanntem Aufenthalt des Gläubigers gelten.

Soweit die andere Auffassung auf § 894 BGB verweist, verkennt sie, daß diese Verweisung in vielen Fällen dem Schutzzweck des § 1170 Abs. 1 BGB nicht gerecht wird. Eine Klage aus § 894 BGB kann nur dann Aussicht auf Erfolg haben, wenn dem Eigentümer ein solcher Berichtigungsanspruch überhaupt zusteht, d. h., er muß das dingliche Recht bereits nachweisbar erworben haben. Gerade diesen Nachweis braucht der Eigentümer in den Fällen des § 1170 Abs. 1 BGB nicht zu führen. Bei einer Grundschuld wäre der Eigentümer vollends schutzlos, denn vor Rückgewähr des Rechts ist das Grundbuch ohnehin nicht unrichtig, sieht man von den seltenen Fällen der Leistung „auf die Grundschuld“ einmal ab.

Unter Berücksichtigung dieser Rechtsauffassung ist der Aufenthalt der Hypothekengläubigerin den Antragstellern unbekannt. Trotz entsprechender Bemühungen beim Landratsamt, dem Einwohnermeldeamt der Stadt und beim Nachlaßgericht ist der Aufenthaltsort der Hypothekengläubigerin bzw. deren Rechtsnachfolger nicht zu ermitteln gewesen.

16. BGB §§ 502, 513; GBO § 47 (*Beteiligungsverhältnis bei Ankaufsrecht für mehrere Personen*)

Wird ein Ankaufsrecht für mehrere Personen durch eine Vormerkung im Grundbuch gesichert, so bedarf es nicht der Angabe eines Beteiligungsverhältnisses, wenn im Vertrag die analoge Anwendung der §§ 502, 513 BGB vereinbart wird (im Anschluß an BayObLGZ 1967, 275 ff. und BayObLG, MittBayNot 1993, 84 ff.).

(Leitsatz des Einsenders)

LG Augsburg, Beschluß vom 25. 2. 1994 — 4 T 655/94 —, mitgeteilt von Notar Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen

Zum Sachverhalt:

(von der Schriftleitung zusammengefaßt)

Die Beteiligten zu 1) und 2) sind verheiratet. Mit Urkunde vom 17. 12. 1993 vereinbarten sie für ihre Ehe an Stelle der bisherigen Gütertrennung die Geltung des gesetzlichen Güterstandes. Mit Überlassungsvertrag vom selben Tag übertrug die Beteiligte zu 1) auf die Beteiligte zu 3) verschiedene Grundstücke.

In § 6 des notariellen Vertrages haben die Beteiligten ein so bezeichnetes „Rückforderungsrecht“ vereinbart, wonach u. a. im Falle einer unerlaubten Veräußerung der Grundstücke oder des Vorversterbens der Beteiligten zu 3) die Beteiligten zu 1) und 2) die Übertragung des überlassenen Grundbesitzes auf sich verlangen können. Als Beteiligungsverhältnis der Beteiligten zu 1) und 2) untereinander ist bestimmt: „§§ 513, 502 BGB gelten entsprechend.“ Zur Sicherung dieses Anspruchs wurde die Eintragung einer Vormerkung bewilligt und beantragt.

Mit Zwischenverfügung vom 3. 1. 1994 hat das Grundbuchamt beanstandet, daß in § 6 der Urkunde die Angabe eines Beteiligungsverhältnisses zwischen den Beteiligten zu 1) und 2) fehle. §§ 502, 513 BGB seien auch nicht entsprechend anwendbar. Der Beteiligte zu 2) könne richtigerweise keine „Rückauflassung“ fordern, da er vor der Überlassung nie Eigentümer war. Die Entscheidung des BayObLG vom 14. 1. 1993 (= MittBayNot 1993, 84) betreffe nur den Fall, daß die rückforderungsberechtigten Ehegatten in Gütergemeinschaft verheiratet seien.

Hiergegen wendet sich die Erinnerung der Beteiligten.

Aus den Gründen:

Die als Beschwerde zu behandelnde Erinnerung der Beteiligten gegen die Zwischenverfügung des Amtsgerichts Augsburg — Grundbuchamt — vom 19. 1. 1994 (in der auch die frühere Zwischenverfügung vom 3. 1. 1994 teilweise aufrechterhalten wird) ist zulässig (§§ 11 RPflG, 71/I, 15 GBO) und begründet.

Es bedarf im vorliegenden Fall ausnahmsweise *nicht* der Angabe eines Beteiligungsverhältnisses der Eheleute F. untereinander für die Vereinbarung eines Erwerbs des an die Beteiligte zu 3) überlassenen Grundbesitzes.

Entgegen der Meinung von Rechtspfleger und Richter beim Amtsgericht Augsburg — Grundbuchamt — wurde die analoge Anwendung der §§ 502, 513 BGB in § 6 des notariellen Vertrages wirksam vereinbart.

Der vorliegende Fall entspricht dem vom BayObLG mit Beschluß vom 26. 7. 1967 entschiedenen Fall (BayObLGZ 1967, 275 ff.). Dort hatte ein Vater an seine drei Söhne je einen weggemessenen Teil aus einem ihm gehörenden Grundstück übertragen. Die drei erwerbenden Söhne hatten ihrerseits sich gegenseitig ein Ankaufsrecht an den jeweils von ihnen erworbenen Grundstücksteilflächen eingeräumt.

Für diesen Fall hat das BayObLG entschieden, daß ausnahmsweise die Angabe eines Beteiligungsverhältnisses der

drei Söhne gem. § 47 GBO entbehrlich ist, weil § 513 BGB analog anzuwenden ist, insbesondere wenn das — wie auch hier — ausdrücklich vereinbart wurde.

Zur Begründung führt das BayObLG aus:

Im bürgerlichen Recht gilt auf dem Gebiet des Sachenrechts der Grundsatz der Geschlossenheit der dinglichen Rechte.

...

Das gesetzlich nicht geregelte Ankaufsrecht gehört nicht zu den im bürgerlichen Recht zugelassenen dinglichen Rechten. ...

Dagegen kann der aus der Vereinbarung eines Ankaufsrechtes fließende bedingte oder künftige *schuldrechtliche Anspruch* auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück durch Eintragung einer Auflassungsvormerkung nach § 883 Abs. 1 BGB im Grundbuch gesichert werden.

Für das Ankaufsrecht können die §§ 502, 513 BGB analog angewendet werden, obwohl es sich dabei weder um ein Wiederkaufs- noch um ein Vorkaufsrecht handelt. Das Ankaufsrecht ist nämlich wirtschaftlich mit beiden eng verwandt.

Das Ankaufsrecht ähnelt in seiner Ausgestaltung insofern einem Vorkaufsrecht, als seine Ausübung hier wie dort nicht dem freien Belieben der Berechtigten anheimgegeben ist, sondern an ihrem Willen entzogene Umstände geknüpft ist.

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, daß die Beteiligten hier ein solches Erwerbsrecht für die Beteiligten zu 1) und 2) vereinbart haben. Dabei kann es keine Rolle spielen, daß der Erwerb hier unentgeltlich erfolgen soll.

Auch in dem vom BayObLG entschiedenen Fall waren die potentiellen künftigen Erwerber noch nicht im Grundbuch eingetragen, weil sie ihren jeweiligen Anteil ja erst von ihrem Vater als Veräußerer bekommen sollten. Auch in diesem Fall handelt es sich daher nicht um eine „Rückauflassung“, sondern um eine „originäre“ Auflassung.

§ 6 des notariellen Vertrages vom 17. 12. 1993 trägt zwar die Überschrift „Rückforderungsrecht“; im weiteren Text heißt es aber nur, daß die Beteiligten zu 1) und 2) berechtigt sind, die Übertragung (nicht Rückübertragung) des Eigentums an dem an die Beteiligte zu 3) überlassenen Grundbesitz an sich zu verlangen. Es spielt keine Rolle, daß es sich hierbei für die Beteiligte zu 1) um einen Rückerwerb, für den Beteiligten zu 2) dagegen um einen Ersterwerb handelt. Das folgt aus der zitierten Entscheidung des BayObLG. Auch im vorliegenden Fall ist das Recht der Beteiligten zu 1) und 2) auf Erwerb des an die Beteiligte zu 3) überlassenen Grundbesitzes von mehreren alternativen Umständen abhängig, die dem Willen der Beteiligten zu 1) und 2) entzogen sind. Das BayObLG begründet seine Entscheidung mit der Gleichartigkeit des Ankaufsrechtes mit einem Vorkaufsrecht in ihrer Ausübung. Das Ankaufsrecht, dem hier das unentgeltliche Erwerbsrecht entspricht, kann daher nur von beiden Beteiligten zu 1) und 2) im ganzen ausgeübt werden. Erst wenn es für einen dieser beiden Beteiligten erloschen ist oder einer sein Recht nicht ausübt, ist der andere berechtigt, es allein im ganzen auszuüben (§ 513 BGB).

Das entspricht dem Willen der Beteiligten. Sie können dieses Ergebnis nicht durch die Vereinbarung einer Gesamtgläubigerschaft gem. § 428 BGB erreichen. Nach dieser Bestimmung kann nämlich jeder der mehreren Beteiligten bei Vorliegen der von ihrem Willen unabhängigen Umstände

die ganze Leistung fordern. Das wollten die Beteiligten zu 1) und 2) hier gerade nicht. Deshalb haben sie die analoge Anwendung der §§ 502, 513 BGB ausdrücklich vereinbart. Damit wird erreicht, daß das Ausübungsrecht unteilbar ist. Es besteht dann zwischen den mehreren Ankaufsberechtigten (hier: Beteiligte zu 1) und 2)) ein gesamthandartiges Verhältnis hinsichtlich der aus der Ausübung des Rechts entstehenden Übereignungsforderung, eine „notwendige Rechtsgemeinschaft“. Wenn die mehreren Berechtigten also ihr Recht gemeinschaftlich ausüben, erwerben sie ein gesamthandartiges Recht auf Übereignung des Grundstücks. Dabei ist es für die hier zu entscheidende Frage ohne Bedeutung, in welcher Rechtsgemeinschaft sie das Grundstück erwerben (BayObLGZ 1967, 278).

Das BayObLG hat an dieser Rechtsprechung auch in der Entscheidung vom 14. 1. 1993 (MittBayNot 1993, 84 ff.) festgehalten und sich nur darüberhinaus mit dem zusätzlichen Problem befaßt, ob es bei der Zulässigkeit der analogen Anwendung der §§ 502, 513 BGB verbleibt, wenn die Berechtigten in Gütergemeinschaft leben. Dieses zusätzliche Problem ist im vorliegenden Fall aber nicht gegeben, weil die Beteiligten zu 1) und 2) den Güterstand der Zugewinnungsgemeinschaft durch Aufhebung der vorher vereinbarten Gütertrennung gewählt haben.

Die angefochtene Zwischenverfügung war daher aufzuheben.

17. BGB §§ 242, 705, 812 Abs. 1, S. 2 Alt. 2 (*Auseinandersetzung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft*)

Erwerben im Rahmen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft beide Partner hälftiges Miteigentum an einem Grundstück, kann bei der Beendigung der Lebensgemeinschaft derjenige Partner, aus dessen Mitteln der Kaufpreis alleine aufgebracht wurde, die Übertragung des Anteils des anderen Partners auf sich wegen Zweckverfehlung (§ 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB) verlangen. Eine Verrechnung mit Beiträgen zur Haushaltsführung findet nicht statt.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

OLG Karlsruhe, Urteil vom 13. 10. 1993 — 6 U 57/93 —

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger begehrt von der Beklagten die Übertragung ihres Miteigentumsanteils an einem gemeinsamen Baugrundstück.

Die Parteien waren etwa seit Januar 1988 befreundet. Am 8. 11. 1989 zog die Beklagte zum Kläger in dessen Wohnung. Durch Kaufvertrag vom 28. 2. 1991 kauften die Parteien vom Land Baden-Württemberg einen Bauplatz zum Preis von 69.960,00 DM und wurden als hälftige Miteigentümer im Grundbuch eingetragen. Der Kaufpreis wurde aus finanziellen Mitteln des Klägers aufgebracht. Die Eintragung der Beklagten als Miteigentümerin erfolgte aufgrund einer Auflage des verkaufenden Landes, wonach das Grundstück nur an Familien zur Schaffung von Wohnraum überlassen werden sollte. Die Parteien beabsichtigten, das Grundstück mit einem Einfamilienhaus zu bebauen und dieses gemeinsam zu bewohnen. Die nichteheliche Lebensgemeinschaft der Parteien wurde durch Auszug der Beklagten Ende 1991/Anfang 1992 beendet.

Die Berufung der Beklagten blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Berufung ist nicht begründet. Das Landgericht hat die Beklagte zu Recht zur Übertragung ihres Miteigentums am Grundstück auf den Kläger verurteilt. Ihre Verpflichtung

ergibt sich aus § 812 Abs. 1 Satz 2 2. Alternat. BGB. Danach ist sie zur Herausgabe verpflichtet, weil der mit der Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eingetreten ist.

Zwar ist mit der herrschenden Rechtsprechung davon auszugehen, daß bei der Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft solche persönlichen und wirtschaftlichen Leistungen nicht auszugleichen sind, die im Interesse der zwischen den Partnern bestehenden Lebensgemeinschaft und deshalb ohne Rückforderungswillen erbracht sind (BGH NJW 1983, 1055). Dazu zählen die tatsächlich erbrachte Haushaltsführung, die Pflege und Betreuung des kranken Partners sowie die das Übliche nicht übersteigenden finanziellen Beiträge zur gemeinsamen Haushalts- und Lebensführung. Die beiderseitigen Leistungen sind zum Zweck des gemeinsamen Lebens und Wirtschaftens erbracht, und keiner erwartet von dem anderen eine Bezahlung seiner eigenen Leistungen. Persönliche und wirtschaftliche Leistungen, die im Interesse einer solchen Gemeinschaft liegen, werden daher nicht untereinander abgerechnet (vgl. *Schlüter*, FamRZ 1986, 405, 406).

Im Streitfall geht die Verschaffung des Miteigentums für die Beklagte an dem Baugrundstück durch den Kläger über die Zuwendungen im Rahmen der gemeinsamen Lebensführung hinaus, so daß nicht davon ausgegangen werden kann, die Leistung sollte ersatzlos von demjenigen erbracht werden, der hierzu gerade in der Lage war (vgl. BGH FamRZ 1983, 1213; OLG Stuttgart DJ 1985, 201). Vielmehr liegen die Voraussetzungen für einen Rückforderungsanspruch vor, weil der mit der Leistung bezweckte Erfolg nicht eingetreten ist (§ 812 Abs. 1 Satz 2 2. Alternat. BGB).

Obwohl die Beklagte ihren Miteigentumsanteil aufgrund eines Kaufvertrages von der Liegenschaftsverwaltung des Landes Baden-Württemberg erworben hat, handelt es sich hierbei um eine Leistung des Klägers an sie. Zwischen den Parteien ist unstreitig, daß zunächst der Kläger allein den Erwerb des Grundstücks plante und daß die Beklagte lediglich als Miterwerberin in den Vertrag aufgenommen wurde, weil mit der Veräußerung die Schaffung von Familienwohneinheiten gefördert werden sollte und ein Erwerb durch den Kläger allein nicht möglich gewesen wäre. Zwischen den Parteien ist ferner unstreitig, daß der Kaufpreis vom Kläger allein aufgebracht worden ist. Der von der Beklagten hierdurch erlangte Vermögensvorteil braucht nicht mit der vom Kläger als Bereicherungsgläubiger erbrachten Leistung identisch zu sein (vgl. *Palandt*, BGB, 52. Aufl. § 812 BGB Rdnr. 33).

Der mit der Leistung bezweckte Erfolg ist nicht eingetreten. Hierbei kann es sich auch um einen besonderen Erfolg tatsächlicher Art handeln, der nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts von den Beteiligten vorausgesetzt, aber nicht eingetreten ist (vgl. *Palandt* a. a. O. § 812 BGB Rdnr. 86). Mit der Einräumung des Miteigentums an dem Baugrundstück bezweckte der Kläger mit der Beklagten als Zuwendungsempfängerin in dem zu errichtenden Haus eine gemeinsame Lebensführung zu verwirklichen. Über diese Zweckbestimmung bestand zwischen den Parteien auch Einigkeit. Nötig ist insoweit die, auch durch schlüssiges Verhalten mögliche, tatsächliche Willensübereinstimmung zwischen Leistenden und Empfänger über den mit der Leistung bezweckten Erfolg (BGH, NJW 1984, 233 [= MittBayNot 1984, 23 = DNotZ 1985, 83]). Die Beklagte stellt in diesem Zusammenhang nicht in Abrede, daß sie im Augenblick des

Grundstückserwerbs auch selbst noch die Absicht zu einer gemeinsamen Lebensführung mit dem Kläger hatte. Sie hat jedoch diese Absicht spätestens Anfang 1992 erkennbar durch ihren Auszug aus der gemeinsamen Wohnung der Parteien aufgegeben. Da sie nicht mehr zu einer weiteren Lebensgestaltung mit dem Kläger bereit ist, hat sie damit auch die Berechtigung verloren, das ihr hierfür vom Kläger überlassene Miteigentum zu behalten (vgl. *Schlüter*, FamRZ 1986, 405, 413).

Der Einwand der Beklagten, selbst Beiträge zur gemeinsamen Haushaltsführung geleistet zu haben, ist in diesem Zusammenhang unerheblich. Hierbei handelt es sich lediglich um Aufwendungen, die ohne besondere Vereinbarung im Interesse der eheähnlich geführten Lebensgemeinschaft erbracht wurden von demjenigen, der hierzu gerade in der Lage war und die deshalb nicht gegeneinander auf- oder untereinander abgerechnet werden (vgl. BGH FamRZ 1983, 1213; OLG Hamm NJW RR 1990, 1223).

Entgegen der Ansicht der Beklagten ist die Rückforderung nicht gem. § 815 BGB ausgeschlossen. Das Wesen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft wird bestimmt von der Ablehnung der Partner, ihre persönlichen Beziehungen einer rechtlichen Bindung zu unterwerfen, so daß diese unter dem Vorbehalt einer jederzeitigen Trennung stehen. Beendet ein Partner die gemeinsame Lebensführung oder veranlaßt den anderen hierzu, so ist dies lediglich das Gebrauchmachen der von den Partnern gewollten Freiheit und kein Verstoß gegen Treu und Glauben (vgl. *Schlüter*, FamRZ 1986, 405, 414).

Anmerkung:

Das vorliegende Urteil des OLG Karlsruhe zur Vermögensauseinandersetzung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft nach einer Trennung mag im Ergebnis zufriedenstellen. Die Begründung ist dagegen nicht unproblematisch.

1. Das Gericht weicht in der dogmatischen Begründung ohne ausdrücklichen Hinweis von der höchstrichterlichen Rechtsprechung ab¹. Der BGH² und die überwiegende Ansicht in der Literatur³ lehnen einen bereicherungsrechtlichen Ausgleichsanspruch bei Vermögenszuwendungen wegen einer späteren Zweckverfehlung ab, da der Zweck, die Verwirklichung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, (zunächst jedenfalls) erreicht wurde. Die Auseinandersetzung soll nach h. M. vielmehr entsprechend den gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen der §§ 730 ff. BGB durchgeführt werden. Mindestvoraussetzung für einen Auseinandersetzungsanspruch ist es deshalb, daß die Partner die Absicht verfolgt haben, mit dem Erwerb eines Vermögensgegenstandes einen — wenn auch nur wirtschaftlich — gemeinschaftlichen Wert zu schaffen. Bei wesentlichen Bei-

trägen eines Partners, der nicht Miteigentümer eines Hauses oder einer Eigentumswohnung wird, geht der BGH nunmehr von einem derartigen Willen aus⁴.

2. Die drei (männlichen) Richter des OLG Karlsruhe unterscheiden zwischen Beiträgen im Rahmen der gemeinsamen Lebensführung, wozu sie die Haushaltsführung, die Pflege und Betreuung des kranken Partners sowie die das Übliche nicht übersteigenden finanziellen Beiträge zur gemeinsamen Haushalts- und Lebensführung zählen, und Beiträge, die über diesen Rahmen hinausgehen. Diese Differenzierung zwischen Leistungen, die das tägliche Zusammenleben ermöglichen sollen, und solchen, die darüber hinausgehen⁵, erspart den Beteiligten und nicht zuletzt auch den Gerichten eine „Gesamtabrechnung“ bei einer Beendigung der Lebensgemeinschaft. Sie kann freilich auch zu Ungerechtigkeiten führen. Das zeigt die von *Rainer Hausmann*⁶ vertretene Weiterführung dieses Gedankens, der auch ausdrücklichen Vereinbarungen über die Einzelheiten der Haushaltsorganisation die Rechtsverbindlichkeit absprechen will⁷.

Das OLG Oldenburg⁸ hat bereits im Jahre 1986 zutreffend auf die mögliche Ungleichbehandlung hingewiesen, die sich daraus ergeben kann, daß der Partner, der langlebige Güter mit finanziert, durch den späteren Ausgleich bessergestellt wird als der Partner, der für den täglichen Bedarf einkauft, Wohnraum zur Verfügung stellt oder Dienstleistungen erbringt. Demgegenüber führen die Begründung des OLG Karlsruhe und möglicherweise auch die neuere Rechtsprechung des BGH dazu, daß selbst eine langjährige Haushalts- und Betreuungstätigkeit bei der Vermögensauseinandersetzung anlässlich einer Trennung außer Betracht bleiben müßte, während finanzielle Leistungen in langlebige Wirtschaftsgüter meist „honoriert“ würden. Dieses Ergebnis zeigt, wie wenig auch heute noch — trotz der gesetzgeberischen Wertung bei der Zugewinnngemeinschaft — Haushaltsführung und Erwerbstätigkeit wirklich als gleichwertig angesehen werden. Die dogmatische Begründung des Urteils richtet sich insoweit vor allem gegen die nicht oder nicht voll erwerbstätigen Frauen, die in einer nichtehelichen Partnerschaft leben. In deren Augen mag es zynisch klingen, wenn hinsichtlich ihrer Leistungen von rechtlichen „Banalitäten“⁹ gesprochen wird.

3. Aber auch für die Vertragspraxis ergeben sich Probleme. Bisher konnte diese davon ausgehen, daß Zuwendungen unter nichtehelichen Lebensgefährten, die der Verwirklichung der Partnerschaft dienen, schenkungsteuerrechtlich nicht relevant sind¹⁰. Im Hinblick auf die neuere schenkungsteuerrechtliche Behandlung ehebedingter Zuwendun-

¹ Ähnlich bereits OLG Stuttgart, NJW-RR 1993, 1475.

² S. nur BGHZ 77, 55; NJW 1981, 1502; FamRZ 1983, 349; NJW 1983, 2375; FamRZ 1983, 1213; NJW 1986, 51; NJW-RR 1991, 422, 898 und 1049.

³ S. statt vieler MünchKomm/Wacke, nach § 1302 Rdnr. 52; Soergel/Lange, NehelLG Rdnr. 90 ff.; Beitzke/Lüderitz, Familienrecht, 26. Aufl., S. 35; Gernhuber/Coester-Waltjen, Lehrbuch des Familienrechts, 4. Aufl., S. 663 u. Schwab, Familienrecht, 7. Aufl., Rdnr. 727; a. A. Lipp, AcP 180, 1980, 537/586 u. wohl auch Staudinger/Strätz, Anh. zu § 1297 ff. Rdnr. 86.

⁴ BGH NJW 1992, 906 = FamRZ 1992, 408 u. NJW-RR 1993, 774 = FamRZ 1993, 939.

⁵ Vgl. auch Staudinger/Strätz, Anh. zu §§ 1297 ff. Rdnr. 68.

⁶ Nichteheliche Lebensgemeinschaften und Vermögensausgleich, S. 90.

⁷ Kritisch bereits Grziwotz, MittBayNot 1991, 69 f. u. Partnerschaftsvertrag für die nichteheliche Lebensgemeinschaft, 2. Aufl., S. 45.

⁸ NJW 1986, 1817.

⁹ So Hausmann (Fußn. 6), S. 90.

¹⁰ So ausdrücklich BMF-Schreiben v. 3. 1. 1984, IV C 3 — S 3806 — 14/83, DB 1984, 327 sowie Grziwotz, DSr 1993, 149/150 f. und Meincke, ErbStG, 9. Aufl., § 7 Rdnr. 87.

gen¹¹ könnte die zivilrechtliche Unterscheidung von ausgleichspflichtigen und nicht ausgleichspflichtigen Zuwendungen zwischen nichtehelichen Partnern die Idee einer entsprechenden steuerlichen Anknüpfung provozieren. Allerdings läßt der BFH¹² wegen des von ihm — lebensfremd — angenommenen natürlichen Interessengegensatzes zwischen unverheirateten Partnern (derzeit noch) sogar ungewöhnliche Vertragsgestaltungen zu. Die weitere Entwicklung wird zeigen, inwieweit nichtehelichen Partnerschaften schenkungsteuerliche Spielräume zur Verfügung stehen, die sie — unter steuerlichen Aspekten — teilweise gegenüber der Ehe interessanter erscheinen lassen.

Notar Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen

¹¹ BFH, ZEV 1994, 188 = MittBayNot 1994, 266.

¹² BFH, NJW 1988, 2135 u. NJW 1990, 734/736.

18. BGB §§ 1896, 1906 IV (*Umfang einer Altersvorsorgevollmacht*)

Durch Altersvorsorgevollmacht kann die Befugnis zur Entscheidung über freiheitsentziehende Maßnahmen im Sinne von § 1906 IV BGB ohne vormundschaftsgerichtliche Genehmigung geregelt werden. Die Vollmacht muß jedoch die Übertragung gerade dieser Befugnis auf den Bevollmächtigten ausdrücklich enthalten und macht das vormundschaftsgerichtliche Verfahren nur entbehrlich, wenn keine Zweifel an der Geschäftsfähigkeit des Vollmachtgebers bei der Vollmachtserteilung bestehen.

OLG Stuttgart, Beschluß vom 23. 2. 1994 — 8 W 534/93 —, mitgeteilt vom 8. Zivilsenat des OLG Stuttgart und Notar Dr. Wolfgang Reinl, München

Aus dem Tatbestand:

Das Amtsgericht hat durch vorläufige Regelungen freiheitsbeschränkende Maßnahmen gegen den Betroffenen genehmigt, das Landgericht diese Verfahren jedoch wegen des Vorrangs einer privaten Altersvorsorgevollmacht als entbehrlich bewertet und daher die außergerichtlichen Auslagen des Betroffenen der Staatskasse auferlegt. Dagegen richtet sich das Rechtsmittel der Staatskasse.

Am 23. 11. 1992 erteilte der Betroffene seiner Ehefrau und seinem Stiefsohn je einzeln eine uneingeschränkte Generalvollmacht, unter anderem mit dem Zusatz: „Diese Vollmacht berechtigt im weitestmöglichen Umfang auch zu meiner Vertretung in allen persönlichen Angelegenheiten, auch soweit sie meine Gesundheit oder Erkrankungen betreffen (Altersvorsorgevollmacht). Jeder Bevollmächtigte kann insbesondere beliebige Verträge und sonstige Vereinbarungen mit Kliniken, Alten- oder Pflegeheimen abschließen, einseitige Erklärungen abgeben oder entgegennehmen und sonst meinen Aufenthalt bestimmen“.

Die Vollmacht ist — nach dem Hinweis „meine rechte Hand ist geschwächt“ — mit drei leicht gezittert geschriebenen Kreuzen unterzeichnet; die Handzeichen sind notariell beglaubigt.

Mit Schreiben vom 5. 5. 1993 hat das Pflegeheim, in dem sich der Betroffene befindet, beim Amtsgericht die Genehmigung von ständigem Bettgitter nachts und während der Mittagsruhe sowie ständigem Bauchgurt tagsüber als einstweilige Maßregel nach § 1846 BGB beantragt. Das Amtsgericht hat diesem und späteren gleichlautenden Anträgen — nach Anhörungen, bei denen eine Verständigung mit dem Betroffenen nicht mehr möglich war, und nach Einholung eines fachärztlichen Gutachtens — wiederholt entsprochen, zuletzt durch Beschluß vom 31. 8. 1993 mit Wirkung bis zum 14. 9. 1993 wegen der Befristung dieser Maßnahmen auf höchstens drei Monate gem. § 70 h II 2 FGG.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel der Staatskasse ist begründet.

Die Ausgangsfrage, ob durch eine persönliche Altersvorsorgevollmacht einem Bevollmächtigten die Befugnis übertragen werden kann, anstelle des Betroffenen (des Vollmachtgebers) in freiheitsbeschränkende Maßnahmen im Sinne von § 1906 IV BGB einzuwilligen, ohne daß es der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes bedarf, wird vom Landgericht bejaht. Der Senat teilt diese grundsätzliche Bewertung und die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts dazu: Das Gesetz kennt (in § 1896 II 2 BGB) die Ersetzung staatlicher Betreuung durch private Vollmacht als wichtiges Element des Selbstbestimmungsrechtes alternder Menschen, ohne daß sich aus den Materialien hinreichend deutlich eine Beschränkung auf das Gebiet außerhalb des Bereiches der persönlichen Freiheit ergibt. Zu einer solchen Beschränkung zwingen auch weder dogmatische Gründe noch der Vergleich mit rechtsähnlichen Wertungen. Es geht nicht um eine unzulässige Fremdbestimmung im höchstpersönlichen Bereich, sondern um die Frage, ob der Betroffene auf die notwendige Fremdbestimmung noch selbst in der Weise Einfluß nehmen kann, daß er selbst eine Person seines Vertrauens einsetzen kann, um die erheblichen Belastungen des staatlichen Verfahrens zu vermeiden. Die Rechtsmacht des Bevollmächtigten ist daher auch nicht aus staatlicher Fürsorge abgeleitet, die staatlicher Kontrolle bedarf, sondern aus der privaten Autonomie des Vollmachtgebers, die den Vorzug verdient, zumal der Gesetzgeber selbst den Anwendungsbereich des § 1906 IV nicht auf den Aufenthalt in privaten Betreuungsbereichen erstreckt hat. Auf die Ausführungen des Landgerichts im einzelnen wird Bezug genommen.

Gegen eine Vollmacht zur Einwilligung in Maßnahmen des § 1906 IV BGB könnte daher letztlich nur die geringere Sicherheit gegen unberechtigte Freiheitsbeeinträchtigungen, insbesondere die Gefahr von Mißbrauch sprechen. Dieses Bedenken hat Gewicht: Die fraglichen Maßnahmen betreffen einen elementaren Kern der Persönlichkeit, die Auswahl des Bevollmächtigten im privaten Raum erleichtert sachfremde Einflüsse und leichtfertige Entscheidungen und, wenn es um die Notwendigkeit konkreter Einzelmaßnahmen geht, wird das Pflegeheim gegebenenfalls gegen einen Bevollmächtigten eher vermeidbare Freiheitsbeschränkungen durchsetzen können als bei vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung.

Diese Risiken lassen sich jedoch begrenzen. Bei der Abwägung gegenüber den vom Landgericht näher angesprochenen Belastungen, die sonst für jeden Betroffenen durch das vormundschaftsgerichtliche Verfahren entstehen, rechtfertigen sie es nicht, jede derartige Vollmacht als von vornherein unwirksam zu werten.

Solange der Betroffene noch selbst die natürliche Einsichtsfähigkeit hat, die Bedeutung und Tragweite einer Entscheidung über seine persönliche Freiheit beurteilen zu können, kommt es von vornherein nur auf seine eigene Einwilligung an. Die Vollmacht hat dann in diesem Fall noch keine Bedeutung, weil er jeder beeinträchtigenden Maßnahme widersprechen kann und sein Widerspruch vor der Entscheidung des Bevollmächtigten Vorrang hat. Wenn der Betroffene diese Einsichtsfähigkeit verloren hat (und die Persönlichkeit durch Krankheit oder Altersabbau also ohnehin schon entscheidend beeinträchtigt ist), kann der Bevollmächtigte wirksam durch einen Vollmachtbetreuer

nach § 1896 III BGB kontrolliert werden, der aufgrund jedes entsprechenden Hinweises von Amts wegen bestellt werden kann, wenn dazu Anlaß besteht.

Bei der Begründung der Vollmacht muß zudem genügend sichergestellt sein, daß der Betroffene sich über Inhalt und Tragweite seines Entschlusses im Klaren war. Ob die Vollmacht auch die Übertragung der Entscheidungsbefugnis über freiheitsbeschränkende Maßnahmen umfaßt, ist daher nach einem strengen Maßstab zu beurteilen, der keinen ernstlichen Zweifel an der Reichweite der Vollmacht läßt. Hinreichend sicher, daß der Betroffene gerade auch diese Vollmacht zu freiheitsbeschränkenden Maßnahmen erteilen wollte, ist dies nur, wenn sich der Entschluß spezifisch aus der Vollmacht ergibt. Bei einem allgemeineren Vollmachtstext läßt sich nicht ausschließen, daß der Betroffene an diese Tragweite und Folge der Vollmacht nicht gedacht und diese Entscheidung daher nicht bewußt so getroffen hat.

Außerdem kann die Vollmacht nur den Vorrang vor den gesetzlichen Regelungen über die freiheitsbeschränkenden Maßnahmen haben, wenn kein Anlaß besteht, an der Geschäftsfähigkeit des Betroffenen bei der Erteilung der Vollmacht zu zweifeln; bestehen insoweit im Einzelfall Zweifel, ist die Einleitung des vorgesehenen Verfahrens nicht entbehrlich (in dessen Verlauf sich dann freilich ergeben kann, daß die Zweifel unbegründet waren, eine Betreuung bzw. Genehmigung also letztlich doch nicht nötig ist). Dabei geht der Senat davon aus, daß auch diese Vollmacht nicht nur die natürliche Einsichtsfähigkeit voraussetzt, auf die es bei der Einwilligung in einzelne freiheitsbeschränkende Maßnahmen ankommen mag, sondern die rechtliche Geschäftsfähigkeit, weil die Vollmacht auf zeitlich unüberschaubare Dauer wirkt und daher Einsichtsfähigkeit in die Zukunft voraussetzt, die dem Urteilsvermögen bei der rechtlichen Geschäftsfähigkeit gleichkommt.

Diese Anforderungen an die Wirksamkeit der Vollmacht hat das Landgericht im konkreten Fall in rechtsfehlerhafter Weise verkannt. Gerade die Formulierung der Vollmacht als einen „weitest möglichen Umfang“ umfassend läßt es hier rechtlich nicht zu, sie dahingehend auszulegen, daß sie auch die Entscheidung über freiheitsbeschränkende Maßnahmen auf die Ehefrau bzw. den Stiefsohn überträgt. Wie ausgeführt, steht der besondere Charakter einer solchen Vollmacht entgegen, bei dem weiten Rahmen der Vollmachtsfassung genügend sicher festzustellen, daß der Betroffene bewußt und gewollt gerade auch in diesem Punkt Vollmacht geben wollte. Ebensowenig läßt die Verwendung des Begriffes Altersvorsorgevollmacht oder das allgemeine Aufenthaltsbestimmungsrecht die hinreichende Überzeugung zu, daß der Betroffene damit auch das gewollt hat, worum es hier geht. Anders wäre es nur, wenn die Vollmacht ausdrücklich, insbesondere in Anlehnung an den Gesetzeswortlaut des § 1906 IV BGB, den Entzug der Freiheit durch mechanische Einrichtungen, Medikamente oder auf andere Weise angesprochen hätte. Wenn ein Betroffener einen so formulierten Text unterschreibt, bietet dies genügende Gewähr, daß seine Erklärung diese Entscheidung umfaßt (und wirkt dies wegen der warnenden Wirkung dieser konkreten Formulierung leichtfertigen und unbedachten Entscheidungen entgegen).

Des weiteren bestand im konkreten Fall Anlaß, die Geschäftsfähigkeit des Betroffenen bei der Abgabe seiner Erklärung im vormundschaftsgerichtlichen Verfahren nachzuprüfen. Die Erklärung war nicht notariell beurkundet, so daß § 11 BeurkG vom Notar nicht zu beachten war. Nach § 4 BeurkG, der auch bei der notariellen Beglaubigung

von Handzeichen gilt, ist die Beglaubigung nur zu versagen, wenn der Notar von der mangelnden Geschäftsfähigkeit überzeugt ist (*Keidel/Winkler* Rdnr. 38 und 42 zu § 40 BeurkG). Die Form der „Unterschrift“ durch Handzeichen hätte bei dem Betroffenen (der vor seinem Ruhestand Ministerialrat gewesen war) Anlaß zur Prüfung gegeben, ob die Schwächung der rechten Hand auf Gründen beruhte, die auch die Geschäftsfähigkeit tangierten.

Weder der Antrag des Pflegeheims noch die weitere Durchführung des Verfahrens durch das Amtsgericht waren daher entbehrlich.

19. BGB § 2325 Abs. 3 Halbs. 1, Abs. 2 Satz 2 (*Pflichtteilergänzung bei Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt*)

1. Eine Leistung im Sinne von § 2325 Abs. 3 Halbs. 1 BGB liegt vor, wenn der Erblasser nicht nur eine Rechtsstellung als Eigentümer endgültig aufgibt, sondern auch darauf verzichtet, den verschenkten Gegenstand — sei es aufgrund vorbehaltener dinglicher Rechte oder durch Vereinbarung schuldrechtlicher Ansprüche — im wesentlichen weiterhin zu nutzen.
2. Behält sich der Erblasser bei der Schenkung eines Grundstücks den Nießbrauch uneingeschränkt vor, gibt er den „Genuß“ des verschenkten Gegenstands nicht auf; eine Leistung des verschenkten Gegenstands im Sinne von § 2325 Abs. 3 Halbs. 1 BGB liegt daher (trotz Umschreibung im Grundbuch) nicht vor.
3. Auch wenn der Erblasser den „Genuß“ des verschenkten Gegenstands bis zum Erbfall nicht entbehrt hat, kommt es für die Höhe des gem. § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB zu berechnenden Pflichtteilergänzungsanspruchs auf den (den Wert der vorbehaltenen Rechte übersteigenden) wirtschaftlichen Wert des im Zeitpunkt der Schenkung übertragenen Eigentums an, mag dieser Stichtag auch mehr als 10 Jahre vor dem Erbfall liegen (Bestätigung und Ergänzung von BGHZ 118, 49 ff. [= *MittBayNot* 1992, 280 = *DNotZ* 1993, 122]).

BGH, Urteil vom 27. 4. 1994 — IV ZR 132/93 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger verlangt von der Beklagten, seiner Schwester, den Pflichtteil nach der am 13. 6. 1988 gestorbenen Mutter der Parteien. Sie ist von der Beklagten allein beerbt worden.

Die Erblasserin hatte durch notariellen Schenkungsvertrag vom 11. 12. 1973 ein Miet- und Geschäftshaus sowie das von ihr bewohnte Einfamilienhaus der Beklagten übereignet, die am 20. 3. und 8. 5. 1974 im Grundbuch eingetragen wurde. An beiden Grundstücken hatte sich die Erblasserin den Nießbrauch vorbehalten. Ferner stand ihr ein Recht zum Rücktritt zu, falls die Beklagte vor ihr starb oder den Grundbesitz zu Lebzeiten der Erblasserin ohne deren vorherige Zustimmung veräußerte oder belastete. Der Anspruch auf Rückauflassung wurde durch Vormerkung gesichert.

Der Kläger meint, ihm stehe wegen der Grundstücksschenkungen ein Pflichtteilergänzungsanspruch zu, weil die Erblasserin die Grundstücke wirtschaftlich betrachtet nicht schon mehr als zehn Jahre vor ihrem Tod aus ihrem Vermögen ausgegliedert habe. Außerdem macht der Kläger geltend, die Beklagte habe Geldbeträge von der Erblasserin geschenkt erhalten, aber auch unberechtigt von ihren Konten genommen, die jahrelang von der Beklagten verwaltet worden sind.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat sie dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und den Rechtsstreit wegen der Höhe an das Landgericht zurückgewiesen. Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Der Kläger will mit der Anschlußrevision

erreichen, daß die verschenkten Grundstücke dem Nachlaß mit ihrem Wert zur Zeit des Erbfalls hinzugerechnet werden ohne einen Abzug für die Rechte, die sich die Erblasserin vorbehalten hatte.

Aus den Gründen:

Die Revision der Beklagten führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht; die Anschlußrevision des Klägers hat keinen Erfolg.

I. Mit Recht hat das Berufungsgericht die Voraussetzungen des § 2325 Abs. 3 Halbs. 1 BGB hier verneint. Nach dieser Vorschrift bleibt für den Pflichtteilergänzungsanspruch eine Schenkung des Erblassers unberücksichtigt, wenn zur Zeit des Erbfalls zehn Jahre seit der Leistung des verschenkten Gegenstands verstrichen sind. Die insoweit gegen das Berufungsurteil erhobenen Rügen greifen nicht durch.

1. Allerdings geht der Senat in seiner Rechtsprechung zum Niederstwertprinzip (§ 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB) davon aus, daß die Schenkung eines Grundstücks unter Nießbrauchsvorbehalt lediglich in dem Umfang ergänzungspflichtig ist, in dem der Grundstückswert den Wert des dem Erblasser verbliebenen Nießbrauchs übersteigt (BGHZ 118, 49 ff. [= MittBayNot 1992, 280 = DNotZ 1993, 122]; Urteil vom 30. 5. 1990 — IV ZR 254/88 — WM 1990, 1637 f. [= DNotZ 1991, 902]). Daran ist festzuhalten auch im Hinblick auf die in der Literatur (aus unterschiedlichen Gründen) weiterhin vertretene Kritik (zuletzt insbesondere *Soergel/Dieckmann*, BGB 12. Aufl. § 2325 Rdnr. 38 f.; *Reiff*, FamRZ 1992, 803 f.).

Für die Bewertungsvorschrift des § 2325 Abs. 2 BGB ist eine wirtschaftliche Betrachtungsweise geboten. Daher ist zu fragen, wieviel das Grundstück (inflationbereinigt) im Zeitpunkt der Schenkung wert gewesen ist, wenn es in Geld umgesetzt worden wäre. Liegt dieser Betrag unter dem Wert beim Erbfall und kommt es daher gem. § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB auf den Zeitpunkt der Schenkung an, ist der Betrag aufzuteilen in den Wert des Nießbrauchs, den sich der Erblasser vorbehalten hat, einerseits und den verbleibenden Wert des Grundstückseigentums andererseits. Für letzteren kommt es auch auf die Aussicht des Beschenkten an, die uneingeschränkte Nutzung beim Erbfall zu erlangen. Nur den so ermittelten Restwert des Grundeigentums hat der Erblasser im Zeitpunkt der Schenkung wirtschaftlich aus seinem Vermögen ausgegliedert.

2. Diese Grundsätze lassen sich entgegen der Ansicht der Revision jedoch nicht auf § 2325 Abs. 3 Halbs. 1 BGB übertragen. In den obengenannten beiden Entscheidungen zum Niederstwertprinzip hat der Senat bereits vermerkt, damit sei nicht gesagt, wie sich der Nießbrauchsvorbehalt auf den Beginn der Frist des § 2325 Abs. 3 Halbs. 1 BGB auswirke.

a) Von dem fiktiven Nachlaß, aus dem der Pflichtteilergänzungsanspruch berechnet wird, wollte der Gesetzgeber nur solche Schenkungen ausnehmen, deren Folgen der Erblasser längere Zeit hindurch zu tragen und in die er sich daher eingewöhnt hatte. Darin sah der Gesetzgeber eine gewisse Sicherheit vor „bölichen“ Schenkungen, durch die Pflichtteilsberechtigte benachteiligt werden sollen. Deshalb gilt eine Schenkung nicht als im Sinne von § 2325 Abs. 3 Halbs. 1 BGB geleistet, wenn der Erblasser den „Genuß“ des verschenkten Gegenstands nach der Schenkung nicht auch tatsächlich entbehren muß (BGHZ 98, 226, 232 [= MittBayNot 1987, 40 = DNotZ 1987, 315]).

b) Der „Genuß“ eines Hausgrundstücks besteht zwar auch in seinem wirtschaftlichen Wert, wie er für die Zwecke des § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB errechnet und aufgeteilt werden

kann. Es wäre aber nicht nur vom Tatsächlichen her verfehlt, ein Hausgrundstück allein unter dem Gesichtspunkt seines in Geld bemessenen Tauschwertes zu sehen. Auch rechtlich gehört zum Eigentum neben der Möglichkeit, es zu veräußern (oder seine Veräußerung zu verbieten), die Befugnis, es zu nutzen, (anderen die Nutzung einzuräumen oder zu verwehren). Um das Ziel des Gesetzgebers zu erreichen, mit § 2325 Abs. 3 Halbs. 1 BGB nur solche Vermögensstücke aus der Berechnung des Pflichtteilergänzungsanspruchs herauszunehmen, deren „Genuß“ der Erblasser schon zehn Jahre vor dem Erbfall entbehrt hat, kann jedenfalls im vorliegenden Fall nicht von einer Leistung im Sinne von § 2325 Abs. 3 Halbs. 1 BGB ausgegangen werden.

Eine Leistung in diesem Sinne kommt bei einer Grundstücksschenkungen frühestens mit der Umschreibung im Grundbuch in Betracht (BGHZ 102, 289 ff. [= MittBayNot 1988, 78 = DNotZ 1988, 441]). Wird bei der Schenkung aber — wie hier — der Nießbrauch uneingeschränkt vorbehalten, ist der „Genuß“ des verschenkten Gegenstands nicht aufgegeben worden. Darüber hinaus hatte sich die Erblasserin hier im Schenkungsvertrag verpflichtet, auch außergewöhnliche Reparaturen sowie die Vermögenssteuer zu bezahlen. Ob sie sich später daran gehalten hat, ist für die Rechtslage ohne Bedeutung. Eine Leistung im Sinne von § 2325 Abs. 3 Halbs. 1 BGB liegt deshalb hier nicht vor.

Daß die Umschreibung im Grundbuch danach nicht in jedem Fall als Leistung gem. § 2325 Abs. 3 Halbs. 1 BGB zu werten ist, löst die Konturen dieses Begriffs nicht auf (so aber *MK/Frank*, BGB 2. Aufl. § 2325 Rdnr. 24). Eine Leistung in diesem Sinne liegt vielmehr vor, wenn der Erblasser nicht nur seine Rechtsstellung als Eigentümer endgültig aufgibt, sondern auch darauf verzichtet, den verschenkten Gegenstand — sei es aufgrund vorbehaltenen dinglicher Rechte oder durch Vereinbarung schuldrechtlicher Ansprüche — im wesentlichen weiterhin zu nutzen.

3. Aus dem Umstand, daß die Erblasserin die Nutzung hier bis zu ihrem Tode nicht entbehrt hat, folgt zwar, daß die Grundstücke dem Pflichtteilergänzungsanspruch unterliegen. Das bedeutet aber nicht, daß der Erbfall der für ihre Bewertung maßgebliche Stichtag sei, wie der Kläger meint. Das Berufungsgericht hat vielmehr richtig erkannt, daß insoweit § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB anzuwenden ist. Danach ist zunächst zu prüfen, ob die Grundstücke ohne Berücksichtigung der vorbehaltenen Rechte im Zeitpunkt der Umschreibung im Grundbuch inflationbereinigt weniger wert waren als beim Erbfall (dazu vgl. BGHZ 118, 49, 50 [= MittBayNot 1992, 280 = DNotZ 1993, 122]). Ist das der Fall, kommt es auf die Differenz zwischen dem Grundstückswert und dem Wert der vorbehaltenen Rechte im Zeitpunkt der Umschreibung im Grundbuch an, mag dieser Stichtag auch mehr als zehn Jahre vor dem Erbfall liegen.

Die unterschiedlichen Zielvorgaben des Gesetzgebers zu § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB einerseits und zu § 2325 Abs. 3 Halbs. 1 BGB andererseits lassen eine Auslegung dieser Vorschriften von einem einheitlichen Ansatz her nicht zu (so auch *Soergel/Dieckmann* a. a. O. § 2325 Rdnr. 36).

II. Das Berufungsurteil kann jedoch wegen Verfahrensfehlern nicht bestehenbleiben. ...

Anmerkung der Schriftleitung:

Siehe zu dieser Entscheidung auch den Beitrag von *Wegmann*, in diesem Heft S. 307.

20. VermG § 1 Abs. 2; § 2 Abs. 1 Satz 1; § 3 Abs. 1 Satz 1; BGB §§ 1936, 1953; ZGB §§ 369, 404 (*Rückübertragungsansprüche nach Kettenerbausschlagung*)

Im Fall der sogenannten Kettenerbausschlagung (§ 1 Abs. 2 VermG) ist grundsätzlich der erstauschlagende Erbe Berechtigter im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 1 VermG.

BVerwG, Urteil vom 27. 1. 1994 — 7 C 3 u. 8.93 —

Aus dem Tatbestand:

Die Kläger erstreben die Rückübertragung des Eigentums an mehreren bebauten Grundstücken nach § 1 Abs. 2 des Gesetzes zur Regelung offener Vermögensfragen (Vermögensgesetz — VermG). Die Grundstücke gehörten Frau Ottilie R. Nach ihrem Tod im Jahre 1951 schlugen zunächst ihr Ehemann, sodann ihre Söhne Klaus-Dieter und Lothar R. und anschließend eine danach als Erbin berufene Angehörige die Erbschaft aus, so daß die Grundstücke in Volkseigentum gelangten. Die Klägerin ist die Rechtsnachfolgerin des verstorbenen Lothar R., während Klaus-Dieter R. seine Rückübertragungsansprüche an den Kläger abgetreten hat.

Der Beklagte lehnte durch getrennte Bescheide vom 2. 12. 1991 die Anträge auf Rückübertragung mit der Begründung ab, Berechtigter im Sinne des Vermögensgesetzes sei der letztauschlagende Erbe; nur dessen Ausschlagung habe unmittelbar Volkseigentum begründet. Den nach erfolglosen Widersprüchen erhobenen Klagen gab das Verwaltungsgericht Weimar mit Urteilen vom 16. 12. 1992 (ZOV 1993, 131) statt und verpflichtete den Beklagten zur erneuten Bescheidung der Anträge. Zur Begründung führte das Verwaltungsgericht aus, im Fall der „Kettenerbausschlagung“ sei der erstberufene Erbe, Berechtigter gem. § 2 Abs. 1 Satz 1 VermG.

Mit den vom Verwaltungsgericht zugelassenen Revisionen verfolgt der Beklagte seinen bisherigen Standpunkt weiter; die beigelegene Verfügungsberechtigte schließt sich dem an. Die Kläger und der Oberbundesanwalt halten die Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichts für zutreffend.

Der Senat hat die beiden Revisionsverfahren zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden.

Aus den Gründen:

Die Revision ist nicht begründet. Das angegriffene Urteil beruht auf der Erwägung, daß die Kläger als Rechtsnachfolger der Erben, die als erste die Erbschaft ausgeschlagen haben, Berechtigte im Sinne von § 2 Abs. 1 Satz 1 VermG sein können. Die gegen diese Rechtsauffassung gerichteten Angriffe der Revision greifen nicht durch. . . .

Eine Schädigungsmaßnahme im Sinne von § 1 Abs. 2 VermG ist gegeben, wenn ein bebautes Grundstück oder ein Gebäude aufgrund nicht kostendeckender Mieten und infolgedessen eingetretener oder unmittelbar bevorstehender Überschuldung durch Enteignung, Eigentumsverzicht, Schenkung oder Erbausschlagung in Volkseigentum übernommen wurde. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, wird grundsätzlich der vor der Schädigungsmaßnahme bestehende Zustand wiederhergestellt, das heißt, der frühere Eigentümer oder seine Rechtsnachfolger erhalten auf Antrag das Eigentum an dem Vermögenswert zurückübertragen (§ 3 Abs. 1 Satz 1, § 2 Abs. 1 Satz 1 VermG). Dabei verlangt die Vorschrift des § 1 Abs. 2 VermG, daß der Verlust des Eigentums ohne Zwischenerwerb durch einen Dritten zur Begründung von Volkseigentum geführt hat. In den Fällen der Enteignung, des Eigentumsverzichts zugunsten des Volkseigentums und der Schenkung an den Staat liegt ein solcher „unmittelbarer“ Eigentumsübergang auf der Hand. Nicht anders verhält es sich auch bei der Erbausschlagung. Volkseigentum wurde begründet, wenn alle zuvor berufenen

Erben die Erbschaft ausgeschlagen hatten (§§ 1936, 1953 BGB, seit dem 1. 1. 1976 vgl. §§ 369, 404 ZGB). Schlug ein Erbe aus, galt der Anfall der Erbschaft an ihn als nicht erfolgt (§ 1953 Abs. 1 BGB, § 404 Satz 1 ZGB); der Erwerb der Erbschaft war rückwirkend aufgehoben und der nächstberufene Erbe rückte in die Erbenstellung ein. Mit der Ausschlagung des letztberufenen Erben wurde also der Staat kraft Gesetzes Erbe unmittelbar nach dem Erblasser, ohne daß es zu einem Zwischenerwerb der Erbschaft durch die zuvor berufenen Erben gekommen wäre.

In den Fällen der Erbausschlagung ist somit der rückabzuwickelnde Schädigungsvorgang der Anfall der Erbschaft an den Staat. Daraus folgt, daß die Erben, die aus den Gründen des § 1 Abs. 2 VermG ausgeschlagen haben, so gestellt werden müssen, als ob sie nicht ausgeschlagen hätten. Damit bestimmt sich die Berechtigung im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 1 VermG nach Maßgabe des Erbrechtes und der sich daraus im konkreten Fall ergebenden Rangfolge. Der von der Schädigungsmaßnahme betroffene Berechtigte ist folglich der erstauschlagende Erbe (bzw. sein Rechtsnachfolger). Nachfolgende Erben sind nur dann von der Schädigungsmaßnahme betroffen und gem. § 2 Abs. 1 Satz 1 VermG berechtigt, wenn es die vor ihnen berufenen Erben bei den Rechtswirkungen ihrer Ausschlagung belassen, indem sie keinen Antrag nach § 3 Abs. 1 Satz 1, § 30 VermG stellen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn eine Ausschlagungskette infolge der Annahme der Erbschaft durch einen nachberufenen Erben unterbrochen und erst später an einem zum Nachlaß gehörenden Vermögenswert Volkseigentum begründet wird. In derartigen Fällen fehlt es hinsichtlich der vor der Erbschaftsannahme erfolgten Ausschlagungen an der von § 1 Abs. 1 VermG vorausgesetzten Kausalbeziehung zwischen Rechtsverlust und Übergang in Volkseigentum (vgl. auch Erl. der Bundesregierung zum VermG, BT-Drucks. 11/7831, S. 3).

Handels- und Gesellschaftsrecht

21. GmbHG § 11 (*Unterbilanzhaftung bei Kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen*)

Jedenfalls bei Fehlen einer Rangrücktrittsvereinbarung sind eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen auch in der zum Zwecke der Ermittlung einer etwaigen Vorbelastungs- oder Unterbilanzhaftung (BGHZ 80, 129 [= MittBayNot 1981, 192] der Gesellschafter aufzustellenden Vorbelastungsbilanz der GmbH als Verbindlichkeiten zu passivieren.

BGH, Urteil vom 6. 12. 1993 — II ZR 102/93 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger ist Konkursverwalter in dem am 29. 4. 1991 eröffneten Konkursverfahren über das Vermögen der N. Gesellschaft mbH. Die Beklagten sind zusammen mit drei weiteren Personen Gesellschafter der am 7. 7. 1989 gegründeten Gemeinschaftsdarlehnerin. Das Stammkapital der Gesellschaft von 65.000,— DM war durch sofort fällige Bareinlagen aufzubringen. Nachdem die GmbH gemäß Gesellschafterbeschuß vom 6. 8. 1989 das Ladengeschäft eines der anderen Mitgesellschafter zum Preis von 50.000,— DM zuzüglich (als Darlehen tilgungsfrei eingebracht) 15.000,— DM für das Inventar erworben hatte, nahm sie noch vor ihrer erst am 25. 2. 1990 erfolgten Eintragung in das Handelsregister mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter spätestens im September 1989 ihren Geschäftsbetrieb auf. Der am 23. 3. 1990 erstellte Jahres-

abschluß per 31. 12. 1989 weist einen Verlust von 73.165,91 DM und einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag von 8.165,91 DM aus. Bei Fortschreibung der Bilanz auf den 15. 2. 1990, den Tag der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister, ergibt sich unter Berücksichtigung von Darlehen im Gesamtbetrag von 115.270,49 DM, welche die Gesellschafter der GmbH, die über keine aktivierungsfähigen stillen Reserven verfügte, bis dahin zusätzlich zu deren Stammkapital gewährt hatten, eine Unterbilanz von 82.936,35 DM. Scheidet man diese ohne Vereinbarung eines Rangrücktritts verzinslich und kündbar zur Verfügung gestellten Darlehen als Passivposten aus, so ergibt sich statt dessen ein Überschuß von 32.334,14 DM.

Der Kläger nimmt die Beklagten aus dem Gesichtspunkt der Unterbilanzhaftung anteilig auf Deckung des im Eintragungszeitpunkt vorhandenen Fehlbetrags in Anspruch. Die Klage hatte vor dem Berufungsgericht Erfolg. Die zugelassene Revision, mit der die Beklagten die Wiederherstellung des klagabweisenden erstinstanzlichen Urteils erstrebten, blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

I.

II. 1. Nach ganz überwiegender Ansicht des Schrifttums, der sich der Senat anschließt, sind eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen jedenfalls bei Fehlen einer Rangrücktrittsvereinbarung in der Jahresbilanz (§§ 242 ff. HGB) der Gesellschaft als Verbindlichkeiten zu passivieren (vgl. *Scholz/Crezelius*, GmbHG 8. Aufl. Anh. § 42 a Rdnr. 181, 220 f.; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG 13. Aufl. § 42 Rdnr. 40; *Baumbach/Duden/Hopt*, HGB 28. Aufl. § 266 Anm. 131; *Schulze-Osterloh* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG 15. Aufl. § 42 Rdnr. 226; *Roth*, GmbHG 2. Aufl. § 32 a Anm. 3.1.; *Clemm/Nonnenmacher* in *Beck'scher BilanzKomm.* 2. Aufl. § 247 Rdnr. 300; *Fleck*, GmbHR 1989, 313, 314 f.; *Priester* DB 1991, 1917, 1923). Auch Darlehen, die ein Gesellschafter der Gesellschaft anstelle der an sich gebotenen Zuführung von Eigenkapital gewährt, werden ihr von ihrem Gesellschafter nicht als Eigenkapital, sondern ausdrücklich als Fremdkapital zur Verfügung gestellt. Ihre Besonderheit erschöpft sich im wesentlichen darin, daß sie unter ganz bestimmten, zum Teil nur im nachhinein feststellbaren Voraussetzungen einer gesetzlichen Rückzahlungssperre unterliegen, die sich zudem nach dem Gesetz auf das Insolvenzverfahren und das Jahr vor dessen Eröffnung beschränkt und nach den sogenannten Rechtsprechungsregeln (§§ 30, 31 GmbHG in entsprechender Anwendung) jeweils nur soweit und solange gilt, wie die Darlehenssumme eine Unterbilanz oder eine darüber hinausreichende Überschuldung der Gesellschaft abdeckt. Dies ändert jedoch nichts daran, daß auch solche Darlehen tatsächlich mit der Bestimmung ihrer Rückzahlbarkeit gegeben und auch rechtlich zurückzuzahlen sind, sowie und soweit der Nominalbetrag des Stammkapitals durch einen Vermögensüberschuß gedeckt und die Gesellschaft solvent ist. Auch diese wechselnde, häufig nur schwer feststellbare Qualität spricht dagegen, die gesellschaftsrechtliche Umqualifizierung bilanziell vorwegzunehmen (so insbes. *Crezelius* a. a. O.). Es handelt sich mithin grundsätzlich aus der Sicht der Gesellschaft um eine Verbindlichkeit und aus derjenigen der Gesellschafter um eine Forderung, wie auch die gesetzlichen Bilanzierungsvorschriften bestätigen. Nach § 42 Abs. 3 GmbHG sind Verbindlichkeiten gegenüber Gesellschaftern als solche (gesondert) auszuweisen, ohne daß dabei zwischen Darlehen mit oder ohne Eigenkapitalersatzcharakter unterschieden wird. Ebenso wenig zählen eigenkapitalersetzende Darlehen zu den in § 266 Abs. 3 A. HGB aufgezählten Eigenkapitalposten.

Für die Vorbelastungsbilanz gilt im Ergebnis nichts anderes. Zwar handelt es sich bei ihr nicht um eine (laufende) Jahresbilanz, sondern um eine Vermögensbilanz. Dies bedeutet aber lediglich, daß sie im Hinblick auf ihre besondere Zweckbestimmung außerhalb des Bilanzzusammenhanges steht, indem das Gesellschaftsvermögen grundsätzlich nach Fortführungsgrundsätzen mit seinen wirklichen Werten so zu bewerten ist, als würde es im Zeitpunkt der Eintragung der Gesellschaft (erstmalig) als Einlage eingebracht (vgl. *Schulze-Osterloh* a. a. O. § 41 Rdnr. 44; ähnl. *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG 8. Aufl. § 11 Rdnr. 89; *Scholz/Crezelius* § 42 a Rdnr. 46). Die Vorbelastungsbilanz steht damit der Eröffnungsbilanz nahe, auf die nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung (§ 242 Abs. 1 Satz 2 HGB) die auf die Bilanz bezüglichen für den Jahresabschluß geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden sind. Auch unter materiell-rechtlichen Gesichtspunkten müssen für die Vorbelastungsbilanz hinsichtlich der Pflicht zur Passivierung eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen als Verbindlichkeiten die gleichen Grundsätze gelten wie für die Jahresbilanz. Denn obwohl sie Vermögens- und nicht Erfolgsbilanz ist, unterscheidet sie sich ihrer Zweckbestimmung nach wesentlich von der Überschuldungsbilanz, bei der nach einer Minderheitsmeinung im Schrifttum, zu der hier nicht Stellung zu nehmen ist, von einem Ansatz eigenkapitalersetzender Darlehen als Verbindlichkeiten auch bei Fehlen einer Rangrücktrittsvereinbarung abzusehen sein soll (so insbes. *Hachenburg/Ulmer* a. a. O. § 63 Rdnr. 46 a m. w. N. u. *Fleck* a. a. O. S. 322 f.; a. A. allerdings der Regierungsentwurf zur GmbH-Novelle und die Begründung dazu, BT-Drucks. 8/1347 S. 40 u. die bisher ganz überwiegende Meinung, vgl. dazu die Nachw. bei *Fleck* a. a. O. Fn. 98 u. bei *Hachenburg/Ulmer* a. a. O. Fn. 121 sowie *Schulze-Osterloh* a. a. O. § 63 Rdnr. 15 m. umfängl. w. N.). Der Zweck der Überschuldungsbilanz erschöpft sich in der Feststellung, ob die Gläubiger der Gesellschaft (noch) aus dem am Stichtag vorhandenen verwertbaren Gesellschaftsvermögen befriedigt werden können oder ob zur Vermeidung einer weiteren Verschlechterung ihrer Befriedigungsaussichten umgehend die Durchführung eines Insolvenzverfahrens beantragt werden muß (*Hachenburg/Ulmer* a. a. O. § 63 Rdnr. 29; *Fleck* a. a. O. S. 313, 321). Die Vorbelastungs- oder Unterbilanzhaftung soll dagegen gewährleisten, daß der Gesellschaft das ihr von ihren Gesellschaftern versprochene, in ihrer Satzung verlautbarte Stammkapital wenigstens im Augenblick ihrer Eintragung tatsächlich seinem Werte nach unversehrt zur Verfügung steht (BGHZ 80, 129, 136 f. [= MittBayNot 1981, 192]; Sen.Urt. v. 23. 11. 1981 — II ZR 115/81, WM 1982, 40). Dementsprechend ist der Anspruch aus der Unterbilanz grundsätzlich wie ein Anspruch auf Leistung fehlender Bareinlagen zu behandeln und unterliegt deshalb denselben strengen Regeln der Kapitalaufbringung wie die ursprüngliche Einlageschuld (*Hachenburg/Ulmer* a. a. O. § 11 Rdnr. 84, *Scholz/K. Schmidt* a. a. O. § 11 Rdnr. 128; *Lutter/Hommelhoff* a. a. O. § 11 Rdnr. 12; die Geltung der kurzen fünfjährigen Verjährungsfrist, vgl. BGHZ 105, 300, 304 ff. [= MittBayNot 1989, 98 = DNotZ 1989, 516] beruht auf andersartigen Erwägungen). Infolgedessen würde der mit der Vorbelastungsbilanz verfolgte Zweck festzustellen, ob der Gesellschaft das ihr zugesagte Stammkapital am Eintragungstichtag tatsächlich seinem Werte nach effektiv zur Verfügung steht, verfehlt, wenn als Fremdkapital gewährte Gesellschafterleistungen nur deshalb keiner Passivierungspflicht als Verbindlichkeiten der Gesellschaft

unterlägen, weil sie aufgrund ihres Eigenkapitalersatzcharakters unter bestimmten Voraussetzungen vom Gesetz ähnlich wie haftendes Eigenkapital zusätzlich zu diesem in der Gesellschaft gebunden werden. Denn da der Umfang der Unterbilanzhaftung durch die Vermögensverhältnisse der Gesellschaft im Zeitpunkt der Eintragung fixiert wird, auch wenn er möglicherweise erst nachträglich durch die Aufstellung einer inhaltlich zutreffenden Bilanz ermittelt wird, hätte das Unterbleiben der Passivierung eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen als Verbindlichkeiten in der Vorbelastungsbilanz zwangsläufig zur Folge, daß sich die Gesellschafter von ihrer Verpflichtung, der Gesellschaft wenigstens im Zeitpunkt der Eintragung das satzungsmäßige Stammkapital ungeschmälert zur Verfügung zu stellen, durch Hingabe eines Darlehens befreien könnten und die Gesellschaft ihr Stammkapital nicht in Gestalt der ihr zugesagten Bareinlagen (oder auch einer etwaigen im Gesellschaftsvertrag vereinbarten Sacheinlage), sondern mindestens teilweise nur in Form eines Darlehens erhielte. Dies verstieße gegen zwingende Grundsätze des Kapitalaufbringungsrechts. Da beide Ansprüche unter diesem Gesichtspunkt, wie dargelegt, denselben strengen Regeln unterliegen müssen, kann die Verbindlichkeit aus der Unterbilanzhaftung ebensowenig durch die Hingabe eines Darlehens erfüllt werden wie die ursprüngliche Einlageschuld. Andernfalls würde das der als selbständige juristische Person ins Leben tretenden Gesellschaft zustehende Stammkapital unter Verstoß gegen den Grundsatz der realen Kapitalaufbringung endgültig nicht aufgebracht. Dies liegt auf der Hand, wenn der Gesellschafter bei zwischenzeitlichem Fortfall der eigenkapitalersetzenden Bindung das Darlehen später aus der Gesellschaft abzieht. Da in diesem Falle seine Verpflichtung zur Leistung oder Auffüllung des im Zeitpunkt der Eintragung fehlenden Stammkapitals selbst bei einer späteren Verschlechterung der Vermögensverhältnisse der Gesellschaft nicht wieder aufleben könnte, hätte sich der Gesellschafter seiner Verbindlichkeit zur Leistung seiner Einlage durch die vorübergehende Gewährung eines Darlehens endgültig entledigt. Bei dieser Sachlage macht schon allein der Umstand, daß sich die Gesellschafter auch bei der Hingabe von eigenkapitalersetzenden Darlehen deren späteren Abzug zumindest bei Besserung der Vermögenslage der Gesellschaft offenhalten, die Berücksichtigung solcher Darlehen als Verbindlichkeiten in der auf den Eintragungszeitpunkt als Stichtag aufzustellenden Vorbelastungsbilanz der Gesellschaft unumgänglich.

Nichts anderes könnte aber im Ergebnis auch dann gelten, wenn es nicht zu einem späteren Abzug des Darlehens kommt, weil die auf der eigenkapitalersetzenden Funktion beruhende Rückzahlungssperre bis zur Geltendmachung des Anspruchs aus der Unterbilanzhaftung fortbesteht. In diesem Falle liefe das Unterbleiben der Passivierung vom Ergebnis her gesehen auf eine zum Stichtag der Vorbelastungsbilanz ohne weiteres eintretende „Verrechnung“ des eigenkapitalersetzenden Darlehens mit der Einlageverbindlichkeit oder doch jedenfalls, was in der Sache keinen Unterschied macht, auf eine automatische Anrechnung des eigenkapitalersetzenden Darlehens auf die Einlageschuld hinaus. Sinn und Zweck der gesetzlichen wie der von der Rechtsprechung entwickelten Eigenkapitalersatzregeln liegen aber gerade darin, daß eine in die Krise geratene Gesellschaft nur mit zusätzlich zu ihrem Stammkapital eingeschossenen, ähnlich wie haftendes Eigenkapital in der Gesellschaft gebundenen Gesellschaftermitteln fortgesetzt werden darf. Dies schließt es aus, daß ein Gesellschafter

seine Bareinlageschuld im Wege der An- oder Verrechnung mit einem Darlehen erfüllen kann, das als Ersatz für fehlendes Stammkapital ähnlich wie dieses rechtlich in der Gesellschaft gebunden ist (BGHZ 90, 370, 374).

Bei dieser Rechtslage ist es rechtlich nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht die (unterstellt) eigenkapitalersetzenden Darlehen, welche die Gemeinschuldnerin schon vor ihrer Eintragung in das Handelsregister von ihren Gesellschaftern erhalten hatte, bei der Feststellung des Vorhandenseins einer Unterbilanz im Eintragungszeitpunkt als Passiva, und zwar als Verbindlichkeiten, berücksichtigt hat. Einwendungen gegen die vom Berufungsgericht errechnete Höhe der die Beklagten danach treffenden Unterbilanzhaftung hat die Revision nicht geltend gemacht.

2. Ohne Bedeutung für die Entscheidung des Rechtsstreites ist es schließlich, ob die Vermögensverhältnisse der Gesellschaft zu irgendeinem Zeitpunkt vor Konkurseröffnung so beschaffen waren, daß eine Verrechnung der Darlehensforderungen der Beklagten gegen ihre Einlageverbindlichkeiten aus Differenzhaftung zulässig gewesen wäre (BGHZ 90, 370, 374 ff.; BGHZ 15, 52, 57, 60 [= DNotZ 1955, 87]). Nach den ausdrücklichen Feststellungen des Berufungsgerichts, gegen die auch die Revision keine Einwendungen erhebt, hat eine Verrechnung mit Zustimmung der Gesellschaft zu keinem Zeitpunkt stattgefunden. Einer einseitigen — nach den wiederum von der Revision nicht beanstandeten Feststellungen des Berufungsgerichts frühestens für den Zeitpunkt nach Konkurseröffnung in Betracht kommenden — Aufrechnungserklärung der Beklagten müßte die Wirksamkeit schon im Hinblick auf das auch im Konkurs geltende (vgl. *Scholz/U. H. Schneider* a. a. O. § 19 Rdnr. 58 m. w. N.) Aufrechnungsverbot des § 19 Abs. 2 Satz 1 GmbHG versagt bleiben.

22. HGB § 230; BGB §§ 138, 723 (*Unzulässige Ausschlussklausel bei atypischer stiller Gesellschaft*)

Ist eine als atypische stille Gesellschaft errichtete Publikums-Gesellschaft so ausgestaltet, daß die stillen Gesellschafter das Anlagekapital aufbringen und der Geschäftsinhaber weder am Gewinn noch am Verlust nennenswert beteiligt ist, sondern eine Vergütung und Aufwändungsersatz erhält, dann ist eine gesellschaftsvertragliche Bestimmung grundsätzlich unwirksam, die dem Geschäftsinhaber das einseitige Recht gibt, die kapitalanlegenden Gesellschafter nach freiem Ermessen „hinauszukündigen“.

BGH, Urteil vom 17. 2. 1994 — II ZR 191/92 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

23. GmbHG § 19 Abs. 2, 5 (*Erbringung der Stammeinlage bei GmbH*)

1. Die Tilgung einer dem Gesellschafter oder einem von ihm maßgeblich beeinflussten Unternehmen gegen die GmbH zustehenden Darlehensforderung, die mit Mitteln aus einer Resteinlageverpflichtung oder in engem zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit deren Erfüllung vorgenommen wird, ist der Gesellschaft — soweit nicht die Grundsätze der verdeckten Sacheinlage eingreifen — nur erlaubt, wenn die Darlehensforderung liquide, fällig und vollwertig ist.

Ob die Beteiligten eine den wirtschaftlichen Erfolg des verdeckten Rechtsgeschäfts umfassende Abrede treffen müssen, bleibt offen. Besteht ein enger zeitlicher und sachlicher Zusammenhang zwischen beiden Zahlungen, stellt das ein beweiskräftiges Indiz für eine solche Abrede dar.

2. Im Falle der Überschuldung der Gesellschaft ist die Gläubigerforderung offensichtlich nicht vollwertig. Eine Überschuldung der GmbH ist an Hand eines Vermögensstatus mit Bilanzansätzen zu Verkehrs- oder Liquidationswerten festzustellen.
3. Zur Frage der Unwirksamkeit der Tilgung einer Darlehensforderung bei Zahlung des Mindesteinlagebetrages bzw. der Resteinlageschuld, wenn die Grundsätze zur verdeckten Sacheinlage eingreifen.

BGH, Urteil vom 21. 2. 1994 — II ZR 60/93 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger, Konkursverwalter über das Vermögen der K. GmbH in F., verlangt von dem Beklagten, einem Gesellschafter der Gemeinschaftschuldnerin, die Zahlung von 50.000,— DM aus einer nach seiner Ansicht noch nicht erfüllten Einlageforderung. Der Beklagte und sein Mitgesellschafter, die beide eine Stammeinlage von je 25.000,— DM an der Gemeinschaftschuldnerin hielten, erhöhten mit Beschluß vom 29. 9. 1986 deren Stammkapital um einen Betrag von 200.000,— DM, von dem der Beklagte 100.000,— DM übernahm. Zur Erfüllung seiner Einlageverpflichtung zahlte der Beklagte der Gemeinschaftschuldnerin am 18. 11. 1986 und am 30. 6. 1987 je 50.000,— DM. Der am 30. 6. 1987 gezahlte Betrag wurde am 6. 7. 1987 zur Tilgung eines Darlehens verwendet, das der Gemeinschaftschuldnerin am 30. 12. 1986 von der S. KG eingeräumt worden war. Deren Gesellschafter waren damals der Beklagte als Komplementär und eine Kommanditistin, die eine Einlage von 2.000,— DM innehatte.

Die Parteien streiten darüber, ob der Beklagte mit der Zahlung vom 30. 6. 1987 seine Einlageschuld wirksam getilgt hat. Der Kläger verneint das unter dem Gesichtspunkt der verdeckten Sacheinlage, der fehlenden Vollwertigkeit der Darlehensforderung der S. KG und ihres Charakters als Eigenkapitalersatz.

Landgericht und Berufungsgericht haben der Klage stattgegeben.

Die Revision des Beklagten führte zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz.

Aus den Gründen:

I. 1. Das Berufungsurteil ist zu dem Ergebnis gelangt, die auf die Resteinlageschuld geleistete Zahlung habe den Beklagten deswegen nicht von seiner Bareinlageverpflichtung befreien können, weil die Gemeinschaftschuldnerin sofort nach Eingang der Zahlung ihre Darlehensverbindlichkeit gegenüber der S. KG, an welcher der Beklagte als Komplementär maßgeblich beteiligt gewesen sei, getilgt habe und diese Forderung nicht vollwertig gewesen sei. Eine Aufrechnung sei unter diesen Umständen ebenso unzulässig gewesen wie die Tilgung der beiden Forderungen durch Hin- und Herzahlen. Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

a) Nach § 19 Abs. 2 Satz 1 GmbHG können die Gesellschafter von der Verpflichtung zur Leistung der Einlage nicht befreit werden. Gem. § 19 Abs. 1 Satz 2 GmbHG ist nur ihnen — vorbehaltlich der in § 19 Abs. 5 GmbHG normierten Ausnahmen — die Aufrechnung gegen den Einlageanspruch untersagt. Der Gesellschaft hingegen erlaubt der Wortlaut dieser Vorschrift — soweit nicht § 19 Abs. 5

GmbHG eingreift — eine einseitige oder im Einvernehmen des Gesellschafters vorgenommene Aufrechnung. Da die gesetzliche Regelung jedoch der Sicherung der Aufbringung des Stammkapitals und damit dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger dient, wird der Gesellschaft die Aufrechnung gegen die Gesellschafterforderung — von dem Fall ihrer Gefährdung oder Uneinbringlichkeit abgesehen — einschränkend nur unter der Voraussetzung erlaubt, daß die Forderung liquide, fällig und vollwertig ist (BGHZ 15, 52, 59 [= DNotZ 1955, 87]; 42, 89, 93 [= DNotZ 1965, 490]; 90, 370, 373; BGH, Urteil vom 15. 6. 1992 — II ZR 229/91, ZIP 1992, 992, 995). Derselben Einschränkung unterliegt die Tilgung der Gesellschafterforderung dann, wenn der Umgehungstatbestand des Hin- und Herzählens verwirklicht wird (*Scholz/Priester*, GmbHG, 7. Aufl., § 56 Rdnr. 44 i. V. m. Rdnr. 33), wobei es letztlich dahingestellt bleiben kann, ob mit diesem Verhalten der Tatbestand des Befreiungsverbot (§ 19 Abs. 2 Satz 1 GmbHG) oder derjenige der Aufrechnung (§ 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG) umgangen wird (zur Argumentation vgl. BGHZ 113, 335, 343 [= MittBayNot 1991, 125 = DNotZ 1991, 843] für die Umgehung des Verbotes verdeckter Sacheinlagen). Die Frage, ob ein Umgehungsgeschäft durch Hin- und Herzahlen bereits dann angenommen werden kann, wenn zwischen den beiden Zahlungsvorgängen ein zeitlicher und sachlicher Zusammenhang besteht (vgl. u. a. *Lutter/Hommelhoff* a. a. O., § 19 Rdnr. 35 m. w. N.), oder ob die Beteiligten zusätzlich eine den wirtschaftlichen Erfolg des verdeckten Rechtsgeschäfts umfassende Abrede treffen müssen (vgl. dazu u. a. *Ulmer* in ZHR 154 (1990), 128, 131 ff., 139 f.; *Scholz/U. H. Schneider* a. a. O., § 19 Rdnr. 126; *Scholz/Winter* a. a. O., § 5 Rdnr. 77 ff.; *Mülbert*, ZHR 154 (1990), 145, 187 ff.; offengelassen in BGHZ 110, 47, 65; 113, 335, 343 f. [= MittBayNot 1991, 125 = DNotZ 1991, 843]; BGH, Urteil vom 13. 4. 1992 — II ZR 227/90, ZIP 1992, 995, 999), braucht in diesem Zusammenhang nicht entschieden zu werden. Besteht nämlich, wie vom Berufungsgericht für den vorliegenden Fall festgestellt, zwischen beiden Zahlungen ein enger zeitlicher und sachlicher Zusammenhang, stellt das auf jeden Fall ein beweiskräftiges Indiz dafür dar, daß eine solche Abrede getroffen worden ist (*Ulmer*, ZHR 154 (1990), 141; *Scholz/Winter* a. a. O., § 5 Rdnr. 80 m. w. N. in Fn. 250/232; vgl. auch *Henze*, ZHR 154 (1990), 105, 114). Der Beklagte hat dieses Indiz nicht entkräftet. Denn wie vom Berufungsgericht ausdrücklich festgestellt worden ist, hat er nähere Angaben zu diesem Fragenbereich verweigert.

b) Der Umgehungstatbestand setzt nicht voraus, daß der Einlageschuldner und der Gläubiger der getilgten Forderung identisch sind. Das hat der Senat für die verdeckte Sacheinlage bereits mehrfach entschieden (BGHZ 96, 231, 240 [= DNotZ 1986, 368]; BGHZ 110, 66 ff.; BGHZ 113, 335, 345 f. [= MittBayNot 1991, 125 = DNotZ 1991, 843]; vgl. auch BGH, Urteil vom 13. 4. 1992 — II ZR 227/90, ZIP 1992, 995, 999; zur Personenverschiedenheit von Gesellschafter und Zahlungsempfänger bei dem Kapital ersetzenden Darlehen und allgemein bei unzulässigen Zahlungen nach § 30 GmbHG vgl. zuletzt BGH, Urteil vom 18. 2. 1991 — II ZR 259/89, ZIP 1991, 366 f. m. w. N.). Entgegen der Ansicht der Revision kann das Fehlen der Personenidentität nicht darauf beschränkt werden, daß zwischen Einlageschuldner und Darlehensgläubiger ein Treuhandvertrag abgeschlossen worden ist (BGHZ 110, 66 ff.), der Gesellschafter die Erfüllung der Einlageverpflichtung mit Mitteln bewirkt, die ihm vom Darlehensgläubiger zur Verfügung

gestellt worden sind (BGHZ 113, 335, 345 f.), oder der Einlagebetrag zur Tilgung eines von einem Dritten zur Verfügung gestellten Zwischenfinanzierungskredites verwendet wird, mit dem ein Kredit des Einlageschuldners getilgt worden ist (BGHZ 96, 231, 240; BGH, Urteil vom 13. 4. 1992 — II ZR 227/90, ZIP 1992, 995, 999). Diesen Entscheidungen liegt die Überlegung zugrunde, daß der Einlageschuldner durch die Leistung an den Dritten in gleicher Weise begünstigt wird wie in dem Falle, daß an ihn selbst geleistet worden wäre. Aus diesem Grunde hat der Senat eine nach § 30 GmbHG unzulässige Leistung auch für den Fall angenommen, daß die Zahlung nicht an den Gesellschafter selbst, sondern an ein Unternehmen bewirkt wird, an dem er maßgeblich beteiligt ist (BGHZ 81, 311, 315 f.; BGH, Urteil vom 20. 3. 1986 — II ZR 114/85, ZIP 1987, 1050, 1051). Dieser Gedanke trifft in gleicher Weise auf Leistungen zu, mit denen das Befreiungs- bzw. Aufrechnungsverbot im Sinne des § 19 Abs. 2 Satz 1 und 2 GmbHG umgangen wird.

Eine solch maßgebliche Beteiligung des Beklagten an der Darlehensgläubigerin, der S. KG, hat das Berufungsgericht auf der Grundlage des Vortrages der Parteien festgestellt. Danach waren im maßgebenden Zeitpunkt an dieser Gesellschaft ein Kommanditist mit einer auf 2.000,— DM beschränkten Einlage und der Beklagte als deren alleiniger Komplementär beteiligt.

c) Dem Berufungsgericht kann aber insoweit nicht gefolgt werden, als es ausführt, infolge der bei der Gemeinschuldnerin eingetretenen Überschuldung sei die Darlehensforderung der S. KG bei ihrer Tilgung am 6. 7. 1987 nicht mehr vollwertig gewesen. Zu Recht rügt die Revision, daß das Berufungsgericht diese Feststellung in verfahrensfehlerhafter Weise getroffen hat. (*Wird ausgeführt.*)

Eine gegen die Gesellschaft bestehende Gläubigerforderung ist dann nicht vollwertig, wenn ihr Vermögen im Zeitpunkt der Befriedigung dieser Forderung nicht ausreicht, um alle fälligen Forderungen ihrer Gläubiger zu erfüllen. In diesem Fall sind alle Gläubigerforderungen in ihrem Wert gemindert; eine einzelne Forderung könnte nur auf Kosten der anderen Gläubigerforderungen vollständig befriedigt werden. Jeder Gesellschaftsgläubiger kann der Wertminderung seiner Forderung durch eine Wertberichtigung oder Abschreibung in seiner Bilanz Rechnung tragen (BGHZ 90, 370, 373; RGZ 134, 262, 268 f.; RG JW 1938, 1400, 1401). Liegt im Zeitpunkt der Zahlung eine Überschuldung der Gesellschaft vor, ist es offensichtlich, daß die Gegenforderung nicht vollwertig ist (BGHZ 90, 370, 373; *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, 8. Aufl., § 19 Rdnr. 62; *Scholz/U. H. Schneider* a. a. O., § 19 Rdnr. 76; *Baumbach/Hueck* a. a. O., § 19 Rdnr. 18; *Lutter/Hommelhoff* a. a. O., § 19 Rdnr. 21). Ob die Gesellschaft in dem maßgebenden Zeitpunkt überschuldet war, ist anhand eines Vermögensstatus der Gesellschaft (Überschuldungsbilanz) festzustellen, in dem ihre Vermögenswerte mit den Verkehrs- oder Liquidationswerten ausgewiesen sind. Etwa vorhandene stille Reserven sind demnach zu berücksichtigen. Diese werden in der von den Beklagten überreichten, zum 30. 6. 1987 aufgestellten Bilanz mit 341.481,75 DM beziffert. In der Bilanz vom 30. 6. 1987, die der Kläger vorgelegt hat und auf der das von ihm bekanntgegebene, zum 6. 7. 1987 ermittelte Zwischenergebnis beruht, ist dieser Betrag nicht enthalten. Dieser Unterschied ist offensichtlich darauf zurückzuführen, daß der von dem Kläger überreichten Bilanz per 30. 6. 1987 und den von ihm zum 6. 7. 1987 ermittelten

Zahlen die für die Jahre 1986 und 1987 nach § 42 GmbHG aufgestellten Jahresschlußbilanzen zugrundeliegen, in denen die Vermögenssituation der Gesellschaft nach fortgeführten Buchwerten niedergelegt ist (vgl. dazu im einzelnen BGHZ 109, 334, 337 ff.). Eine solche ist jedoch nicht maßgebend, soweit auf die Überschuldung der Gesellschaft abgestellt wird, wie das im vorliegenden Falle geschehen ist.

d) Ergeben die Feststellungen des Berufungsgerichts, daß die Gemeinschuldnerin im Zeitpunkt der Zahlung nicht überschuldet war, sondern lediglich an Kapitalmangel litt oder ihr Reinvermögen einschließlich der noch offenen Einlageforderungen das in dem Gesellschaftsvertrag ausgewiesene Stammkapital unterschritt, kommt es darauf an, ob bei rechtzeitiger Abwicklung noch alle Gläubiger aus dem Gesellschaftsvermögen — vollständig — hätten befriedigt werden können. Kann eine entsprechende Feststellung getroffen werden, könnte die Forderung des Beklagten noch als vollwertig und ihre Tilgung als zulässig angesehen werden (vgl. BGHZ 90, 370, 374).

2. Das Berufungsgericht hält die Tilgung der Darlehensforderung ferner deswegen für unzulässig, weil das Darlehen der Gemeinschuldnerin als Kapitalersatz gedient habe. Bei der finanziellen Situation der Gesellschaft hätte ihr der Beklagte als ihr Gesellschafter wie ein ordentlicher Kaufmann in Höhe des Darlehensbetrages Eigenkapital zuführen müssen. Die Tilgung dieses Darlehens sei unter diesen Umständen nicht wirksam. Auch dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats kommt einem Darlehen, das ein Gesellschafter der GmbH gewährt, der er angehört, eigenkapitalersetzender Charakter zu, wenn es zur Abwendung der Konkursantragspflicht bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung oder in einem Zeitpunkt gewährt wird, in dem die Gesellschaft, ohne zahlungsunfähig oder überschuldet zu sein, von dritter Seite keinen Kredit zu marktüblichen Bedingungen hätte erhalten können und deshalb ohne die Gesellschafterleistung hätte liquidiert werden müssen (vgl. grundlegend BGHZ 31, 258, 272; 76, 326, 329 f. [= DNotZ 1980, 639]).

Eigenkapitalersetzenden Charakter nimmt ein Darlehen ferner dann an, wenn es der Gesellschaft unter wirtschaftlich gesunden Verhältnissen gewährt, nach Eintritt der „wirtschaftlichen Krise“ in Form einer der aufgeführten Tatbestände jedoch nicht abgezogen wird, obwohl der Gesellschafter dazu in der Lage gewesen wäre (BGHZ 75, 334, 337 [= DNotZ 1980, 373]; 76, 326, 331).

b) Das Berufungsurteil enthält keine Feststellungen darüber, daß die Gemeinschuldnerin in dem Zeitpunkt, in dem ihr das Darlehen eingeräumt worden ist, zahlungsunfähig war oder von dritter Seite keinen Kredit zu marktüblichen Bedingungen mehr erhalten hätte. Auch für einen nach der Krediteinräumung, jedoch vor Fälligkeit und Tilgung der Forderung liegenden Zeitpunkt trifft das Berufungsgericht keine derartige Feststellung. (*Wird ausgeführt.*)

3. Das Berufungsgericht hält den Beklagten weiter deswegen für verpflichtet, den umstrittenen Betrag zurückzahlen, weil seine Einlageschuld aufgrund der Zahlung vom 30. 6. 1987 nach den Grundsätzen der verdeckten Sacheinlage nicht erloschen sei. Denn wenige Tage nach der Zahlung, am 6. 7. 1987, sei ein Darlehen der S. KG abgelöst worden, das diese der Gemeinschuldnerin am 30. 12. 1986 in Höhe von 50.000,— DM gewährt habe. Diese Ablösung

müsse sich der Beklagte zurechnen lassen, weil er damals der alleinige Komplementär der Kommanditgesellschaft gewesen sei. Unter diesen Umständen habe der gesamte Vorgang unter Beachtung der für die Leistung von Sacheinlagen maßgebenden Vorschriften abgewickelt werden müssen. Auch dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

a) Zutreffend ist jedoch der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, daß die Regelung des § 19 Abs. 5 GmbHG über den Wortlaut der Vorschrift hinaus nicht nur Ansprüche auf Vergütung für die Überlassung von Vermögensgegenständen erfäßt, sondern auch andere Forderungen, insbesondere Darlehensforderungen, die dem Einlageschuldner gegen die Gesellschaft zustehen und die vor der die Einlageforderung begründenden Erhöhung des Stammkapitals (§§ 55 ff. GmbHG) entstanden sind (sog. Altforderungen, vgl. BGHZ 113, 335, 341 [= MittBayNot 1991, 125 = DNotZ 1991, 843]; *Hachenburg/Ulmer* a. a. O., § 19 Rdnr. 94 ff.; *Ulmer*, ZHR 154 (1990), 128, 138 f.; *Scholz/U. H. Schneider* a. a. O. § 19 Rdnr. 132 ff.; *Scholz/Priester*, GmbHG, 7. Aufl., § 56 Rdnr. 41; *Baumbach/Hueck* a. a. O., § 19 Rdnr. 28; *Lutter/Hommelhoff* a. a. O., § 19 Rdnr. 34; *Rowedder*, GmbHG, 2. Aufl., § 19 Rdnr. 34). Der Einwand, die Vorschrift sei umgangen worden, kann zwar in diesen Fällen nicht darauf gestützt werden, hinter dem rechtsgeschäftlichen Verhalten des beteiligten Gesellschafters und der Gesellschaft verberge sich eine Sachleistung. Jedoch hätte die Forderung selbst als Sacheinlage mit der Folge eingebracht werden können, daß sie — bei Übertragung auf die Gesellschaft durch Konfusion, im übrigen durch Erlaß des Gesellschafters — erloschen und dadurch die Gesellschaft von einer Verbindlichkeit befreit worden wäre (BGHZ 110, 47, 60; 113, 335, 341; aus dem Schrifttum vgl. *Lutter*, FS *Stiefel*, 1987, S. 505, 515 ff.; *Ulmer*, ZHR 154 (1990), 128, 138 f. m. w. N.)

b) Zu Recht hat das Berufungsgericht auch keine Feststellungen darüber getroffen, ob in dem Kapitalerhöhungsbeschuß vom 29. 9. 1986 Regelungen darüber enthalten sind, nach denen die Übernehmer der Stammeinlagen vor Anmeldung der Kapitalerhöhung zur Eintragung in das Handelsregister einen höheren als den Mindesteinlagebetrag im Sinne der §§ 56 a, 7 Abs. 2 Satz 2 GmbHG — unter Umständen sogar den gesamten auf die übernommenen Stammeinlagen entfallenden Betrag — einzuzahlen hatten. Fänden die Grundsätze der verdeckten Sacheinlage auf den vorliegenden Fall Anwendung, wäre mit der Zahlung vom 30. 6. 1987 die Einlageverbindlichkeit auf keinen Fall wirksam getilgt worden, gleichgültig, ob sie insgesamt vor der Anmeldung der Kapitalerhöhung zur Eintragung in das Handelsregister zu erfüllen war oder ob der Beklagte eine Resteinlageschuld beglichen hat, die erst für die Zeit nach der Anmeldung fälliggestellt worden ist. Soll im Falle der Verpflichtung zur Leistung vor der Anmeldung die Tilgung der Einlageschuld wirksam vorgenommen werden, setzt das voraus, daß die von dem Gesellschafter erbrachte Zahlung als Leistung auf die Einlageforderung anzusehen ist und die Leistung zur endgültig freien Verfügung der Geschäftsführer erfolgt. Wird der bar gezahlte Betrag der Gesellschaft mit der Maßgabe zur Verfügung gestellt, daß er umgehend zur Begleichung einer Gesellschafterforderung verwendet wird, tritt bereits keine Erfüllungswirkung ein. Denn es fehlt an der Leistung der zugesagten Bareinlage, weil der in Wahrheit angestrebte und auch bewirkte Erfolg der Leistung nicht die im Kapitalerhöhungsbeschuß verlaubliche Zahlung der Bareinlage ist, sondern eine Sacheinlage in Form einer Forderungseinbringung (BGHZ 113, 335, 347; OLG Hamburg, ZIP 1988, 372, 272; *Hachenburg/*

Ulmer a. a. O., § 5 Rdnr. 148, § 19 Rdnr. 112; *Scholz/U. H. Schneider* a. a. O., § 19 Rdnr. 141; *Scholz/Winter* a. a. O., § 5 Rdnr. 80 b; *Baumbach/Hueck* a. a. O., § 5 Rdnr. 18 f., § 19 Rdnr. 30; *Lutter/Hommelhoff* a. a. O., § 5 Rdnr. 43; auf die Unwirksamkeit der bei der Zahlung getroffenen Tilgungsbestimmung entsprechend § 27 Abs. 3 Satz 1 AktG abstellend *Mülbert*, ZHR 154 (1990), 145, 181 f., 187 sowie *Ihrig*, ZHR 153 (1989), 354, 357). Ferner fehlt es an einer Leistung zur (endgültig) freien Verfügung der Geschäftsführer, weil die auf die Einlageschuld gezahlten Mittel der Gesellschaft nur vorübergehend verbleiben und alsbald wieder an den Einlageschuldner zurückfließen, so daß der Vorgang der Mittelaufbringung nicht als abgeschlossen angesehen werden kann (BGHZ 113, 335, 348 ff.; *Ulmer*, ZHR 154 (1990), 128, 137 f.).

Soll eine Resteinlageschuld beglichen werden, kommt der in § 7 Abs. 2, 8 Abs. 2 GmbHG normierte Gedanke der „Leistung zur (endgültig) freien Verfügung der Geschäftsführer“ mangels Anwendbarkeit dieser Bestimmungen zwar nicht zum Tragen. Die Erfüllungswirkung tritt aber auch hier nicht ein, weil es im Hinblick auf die in § 19 Abs. 5 GmbHG getroffene Regelung bzw. deren Umgehung an einer Leistung der zugesagten Bareinlage fehlt (vgl. im einzelnen *Mülbert*, ZHR 154 (1990), 145, 186 f.).

c) Ob die Regelung des § 19 Abs. 5 GmbHG auch auf nach der Einlageforderung entstandene Darlehensforderungen (sog. Neuforderungen) erstreckt werden kann, wird im Schrifttum unterschiedlich beantwortet. Die Anwendbarkeit wird mit der Begründung verneint, Zweck der Vorschrift des § 19 Abs. 5 GmbHG sei es zu verhindern, daß ohne Verlautbarung in der nach § 5 Abs. 4 Satz 1 GmbHG vorgeschriebenen Form an die Stelle der (Bar-)Einlageleistung Erfüllungssurrogate treten. Dieser Normzweck greife bei Darlehen, die nach der Kapitalerhöhung gewährt worden seien, deswegen nicht ein, weil der Gesellschaft im Zeitpunkt der Darlehensgewährung Geld zugeflossen, nicht aber eine Sachleistung erbracht worden sei (*Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, 7. Aufl., § 19 Rdnr. 62; *Scholz/Winter* a. a. O., § 5 Rdnr. 78; *Henze* a. a. O. S. 123).

Der Senat hat dazu noch keine Stellung genommen. Er hat lediglich im Hinblick auf Gehaltsforderungen eines geschäftsführenden Gesellschafters unter Berufung auf *Bösebeck* (JW 1938, 1401, 1402) entschieden, daß erst nach der Gesellschaftsgründung entstehende Forderungen, deren Aufrechnung bei der Gründung „vorabgesprochen“ wird, von der Norm des § 19 Abs. 5 GmbHG erfäßt werden. Eine Aufrechnung ist auch in einem solchen Falle nur dann wirksam, wenn die Voraussetzungen des § 5 Abs. 4 Satz 1 GmbHG erfüllt sind (BGH, Urteil vom 21. 9. 1978 — II ZR 214/77, WM 1978, 1271 [= DNotZ 1979, 46]). Dieser Entscheidung hat sich das Schrifttum überwiegend angeschlossen (*Hachenburg/Ulmer* a. a. O., 8. Aufl., § 19 Rdnr. 97; *Baumbach/Hueck* a. a. O., § 19 Rdnr. 30; *Scholz/U. H. Schneider* a. a. O., § 19 Rdnr. 135; *Lutter/Hommelhoff* a. a. O., § 19 Rdnr. 34; *Rob. Fischer*, Anm. zu LM GmbHG § 19 Nr. 1).

Teilweise sind die Grundsätze dieser Entscheidung auch auf Darlehensneuforderungen übertragen worden (*Scholz/U. H. Schneider* a. a. O., § 19 Rdnr. 135; *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, 8. Aufl., § 56 Rdnr. 45).

Der Senat braucht diese Frage für den vorliegenden Fall jedoch nicht zu entscheiden. . . .

24. HGB § 22 (*Einwilligung in die Firmenfortführung durch Erwerber*)

Die nach § 22 Abs. 1 HGB erforderliche ausdrückliche Einwilligung des bisherigen Geschäftsinhabers in die Firmenfortführung kann allein aus der Übertragung des Handelsgeschäfts nicht entnommen werden.

BGH, Urteil vom 27. 4. 1994 — VIII ZR 34/93 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

25. GmbHG §§ 66, 74 (*Amtsniederlegung eines GmbH-Liquidators*)

1. Die Amtsniederlegung eines Liquidators ist grundsätzlich sofort wirksam; hierfür muß weder ein wichtiger Grund vorliegen noch behauptet werden.

2. Der Einmann-Gesellschafter-Liquidator hat eine Amtsniederlegung gegenüber dem Registergericht zu erklären.

3. Die Anmeldung des Liquidators, daß die Liquidation beendet und die Firma (Gesellschaft) erloschen sei, enthält auch ohne ausdrückliche Erklärung die Niederlegung des Liquidatorenamtes und die Anmeldung von dessen Beendigung.

BayObLG, Beschluß vom 13. 1. 1994 — 3 Z BR 311/93 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Im Handelsregister sind die X-GmbH i. L. und der Beteiligte als ihr Liquidator eingetragen.

Die Anmeldung des Beteiligten vom 6. 8. 1993, er habe das Amt des Liquidators niedergelegt, hat das Amtsgericht mit Beschluß vom 13. 10. 1993 zurückgewiesen. Der hiergegen eingelegten Erinnerung des Anmelders haben Rechtspfleger und Registerrichter nicht abgeholfen. Das Landgericht hat die Erinnerung als Beschwerde behandelt und als unbegründet zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist begründet.

...

3. Die Entscheidung läßt Rechtsfehler erkennen.

a) Entgegen der Auffassung der Vorinstanzen kann der Liquidator sein Amt jederzeit und fristlos niederlegen, wenn die Satzung hierzu keine Regelung enthält. Für eine wirksame Amtsniederlegung ist ein wichtiger Grund nicht erforderlich, auch nicht die Behauptung eines solchen (h. M. vgl. OLG Köln GmbHR 1983, 304; *Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh GmbHG* 15. Aufl. Rdnr. 31, *Scholz/Karsten Schmidt GmbHG* 7. Aufl. Rdnr. 51, *Rowedder/Rasner GmbHG* 2. Aufl. Rdnr. 17, *Hachenburg/Hohner GmbHG* 7. Aufl. Rdnr. 4, je zu § 66; für den vergleichbaren Fall der Amtsniederlegung eines Geschäftsführers BGHZ 121, 257 [= *MittBayNot* 1993, 222]). Die Amtsniederlegung wird grundsätzlich wirksam, sobald sie dem Erklärungsgegner zugeht. Das sind zunächst die übrigen Liquidatoren; falls solche nicht vorhanden sind, die Gesellschafter (vgl. *Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh* § 66 Rdnr. 30 m. w. N.). Ist, wie hier, bei einer Einmann-GmbH der Gesellschafter alleiniger Liquidator, kann er sein Amt nur durch Erklärung gegenüber dem Registergericht niederlegen (vgl. *Rowedder/Rasner* a. a. O.). In einem solchen Fall

kann deshalb die Anmeldung der Amtsniederlegung nicht, wie das Amtsgericht meint, mit der Begründung zurückgewiesen werden, der Liquidator sei hierfür nicht antragsberechtigt.

b) Die Vorinstanzen haben den nach Aktenlage für die Entscheidung zusätzlich maßgeblichen Sachverhalt weder festgestellt noch gewürdigt.

Der Liquidator hat mit notariell beglaubigter Urkunde vom 17. 3. 1993 zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet, daß die Liquidation beendet und die Firma erloschen sei. Diese Anmeldung ist am 22. 3. 1993 beim Registergericht eingegangen. Eine solche Anmeldung schließt regelmäßig die Niederlegung des Liquidatorenamtes und die Anmeldung von dessen Beendigung in sich (vgl. BGHZ 53, 264/267 [= *MittBayNot* 1970, 54 = *DNotZ* 1970, 427]; *Scholz/Karsten Schmidt* § 67 Rdnr. 9). In einem solchen Fall bedarf es daher einer besonderen Anmeldung der Beendigung des Liquidatorenamtes selbst dann nicht, wenn die Liquidatoren ihr Amt auch noch ausdrücklich niedergelegt haben. Deshalb war die besondere Anmeldung der Niederlegung des Amtes vom 6. 8. 1993 zwar unschädlich, aber auch unerheblich, da hier die Beendigung des Liquidatorenamtes auch ohne weitere Anmeldung einzutragen ist und eine förmliche Entscheidung über eine solche Anmeldung dann regelmäßig entbehrlich wird (vgl. *Hachenburg/Hohner* § 74 Rdnr. 30 m. w. N.).

26. GmbHG §§ 35, 65, 66, 67 (*Liquidatorenanmeldung bei einer GmbH*)

1. Die Auflösung der GmbH ist von den Geschäftsführern anzumelden, wenn die Eintragung im Handelsregister konstitutiv wirkt, hingegen von den Liquidatoren, wenn der Eintragung nur deklaratorische Wirkung zukommt.

2. Offen bleibt, ob eine von § 35 Abs. 2 Satz 2 GmbHG (Gesamtvertretung) für die Geschäftsführer in der Satzung enthaltene abweichende Vertretungsregelung auch für die geborenen Liquidatoren gilt.

3. Die Anmeldepflicht der Liquidatoren besteht auch dann, wenn es sich um geborene Liquidatoren handelt und sich auch die Art ihrer Vertretungsbefugnis nicht geändert hat.

4. Über eine einheitliche Anmeldung kann grundsätzlich nur in vollem Umfang einheitlich entschieden werden; ein Teilvollzug, verbunden mit einer teilweisen Ablehnung der Anmeldung, ist regelmäßig unzulässig. (nur Leitsatz).

BayObLG, Beschluß vom 31. 3. 1994 — 3 Z BR 23/94 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG und Notar *Dr. Hans Wolfsteiner*, München

Aus den Gründen:

I. ...

II. 2. b.) (1) Zur Anmeldung der Auflösung der Gesellschaft sind nur dann die Geschäftsführer befugt, wenn die Auflösung eine Satzungsänderung (z. B. wegen § 60 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG) voraussetzt, die erst mit der Eintragung im Handelsregister Wirksamkeit erlangt. In allen anderen Fällen der vertraglichen Auflösung (§ 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG), in denen, wie hier, die Wirksamkeit bereits mit Beschlußfassung eintritt, wirkt die Eintragung nur deklaratorisch.

torisch. Anmeldepflichtig sind dann nach § 78 GmbHG die Liquidatoren in vertretungsberechtigter Zahl. Nach § 66 Abs. 1 GmbHG werden bei Auflösung der Gesellschaft die bisherigen Geschäftsführer zu Liquidatoren, es sei denn, daß nach Satzung oder durch einen Beschluß der Gesellschafter andere Personen zu Liquidatoren bestellt sind. Werden die bisherigen Geschäftsführer zu Liquidatoren, weil es an einer abweichenden Regelung fehlt, so gilt nach nunmehr überwiegender Meinung eine von § 35 Abs. 2 Satz 2 GmbHG für die Geschäftsführer in der Satzung enthaltene abweichende Vertretungsregelung auch für sie als Liquidatoren (vgl. *Scholz/K. Schmidt GmbHG* 7. Aufl. Rdnr. 5, *Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh GmbHG* 15. Aufl. Rdnr. 4, *Rowedder/Rasner GmbHG* 2. Aufl. Rdnr. 3, je zu § 68; a. A. *Lutter/Hommelhoff GmbHG* 13. Aufl. Rdnr. 2, *Hachenburg/Hohner GmbHG* 7. Aufl. Rdnr. 6, je zu § 68). Nach der Eintragung im Handelsregister waren die Geschäftsführer jeweils einzelvertretungsberechtigt. Nach der dargestellten Auffassung, für die vieles spricht, konnte also der frühere Geschäftsführer X als einzelvertretungsberechtigter Liquidator die Auflösung der Gesellschaft wirksam anmelden.

(2) Die vom Landgericht angeordnete Eintragung, Liquidatoren seien X und Y, ist schon deshalb unzulässig, weil insoweit eine Anmeldung nicht vorliegt und nur vom Gericht bestellte Liquidatoren von Amts wegen eingetragen werden können. Ist das Gericht der Auffassung, daß neben dem Anmelder weitere Personen geborene Liquidatoren sind, so muß es, um eine entsprechende Eintragung vornehmen zu können, eine dahingehende Anmeldung gegebenenfalls erzwingen (§ 14 HGB).

Zur Eintragung in das Handelsregister ist aber auch immer anzumelden, welche Vertretungsbefugnis die Liquidatoren haben (vgl. *Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh* § 67 Rdnr. 3). Dem Beschluß des Landgerichts ist jedoch nicht zu entnehmen, ob eine Gesamt- oder Einzelvertretungsberechtigung der Liquidatoren einzutragen sein soll. Die Vertretungsbefugnis der Liquidatoren muß, wie die der Geschäftsführer, ausdrücklich, vollständig und generell formuliert sein (vgl. *Baumbach/Hueck* § 8 Rdnr. 15); auch deshalb wäre die angeordnete Eintragung in dieser Form unzulässig.

(3) Der Auffassung des Landgerichts, der frühere Geschäftsführer Y sei als Liquidator einzutragen, vermag der Senat aber auch aus materiell-rechtlichen Gründen nicht zu folgen. Das Landgericht geht von einer wirksamen Kündigung des Geschäftsführervertrages zum 31. 12. 1992 aus und meint, da die Kündigung zeitgleich mit der Auflösung der Gesellschaft wirksam geworden sei, sei der frühere Geschäftsführer Y bei Auflösung noch Geschäftsführer gewesen und somit Liquidator geworden. Es übersieht aber dabei, daß die geborenen Liquidatoren regelmäßig ihr Dienstverhältnis mit der GmbH fortsetzen (vgl. *Lutter/Hommelhoff* § 66 Rdnr. 9), dieses Dienstverhältnis aber ebenso wie einen Geschäftsführervertrag kündigen oder das Liquidatorenamt niederlegen können. Die Kündigung des Dienstvertrages bedeutet stets auch Amtsniederlegung als Liquidator (vgl. *BGH BB* 1968, 230). Bei dieser Sachlage kommt es nicht darauf an, welches Amt durch die Kündigung zum 31. 12. 1992 beendet worden ist, das Geschäftsführer- oder das Liquidatorenamt. Jedenfalls wurde der Dienstvertrag mit der GmbH wirksam gekündigt, so daß damit entweder das Geschäftsführer- oder ein etwaiges Liquidatorenamt beendet worden ist. Eine Eintragung des früheren Geschäftsführers Y als Liquidator kommt daher nicht in Betracht.

c) Soweit das Amtsgericht die Anmeldung unter Nr. 1 zurückgewiesen und der Anmelder auch hiergegen Beschwerde eingelegt hat, fehlt eine Entscheidung des Landgerichts. Insoweit ist lediglich darauf hinzuweisen, daß die Beendigung der Geschäftsführerstellung schon deshalb einzutragen ist, weil die bisherigen Geschäftsführer unabhängig davon, ob sie Liquidatoren wurden oder nicht, mit der Auflösung der Gesellschaft als zwingende gesetzliche Folge ihre Vertretungsbefugnis als Geschäftsführer verloren haben (vgl. *Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh* § 65 Rdnr. 5; *Lutter/Hommelhoff* § 65 Rdnr. 2).

27. HGB § 14, GmbHG §§ 67, 69 (*Anmeldung der Auflösung einer GmbH*)

1. **Werden die Auflösung der Gesellschaft und die ersten Liquidatoren zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet, so liegt darin gleichzeitig die Erklärung des Anmelders, daß die Vertretungsbefugnis der bisherigen Geschäftsführer erloschen ist.**
2. **Das Registergericht kann in einem solchen Fall eine zusätzliche förmliche Anmeldung über die Beendigung der Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer weder verlangen noch erzwingen.**

BayObLG, Beschluß vom 31. 3. 1994 — 3 Z BR 8/94 = BayObLGZ 1994 Nr. 20 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Im Handelsregister ist die Bauunternehmung A-GmbH mit dem Sitz in B eingetragen. Als gemeinschaftlich vertretungsberechtigte Geschäftsführer waren zuletzt eingetragen der weitere Beteiligte X und Y.

Am 8. 7. 1993 hat der weitere Beteiligte zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet, daß die Gesellschaft mit Beschluß der Gesellschafterversammlung vom 30. 6. 1993 aufgelöst und der bisherige Geschäftsführer X zum alleinigen, einzelvertretungsberechtigten Liquidator bestellt worden ist. Diese Anmeldung ist seit 31. 8. 1993 im Handelsregister eingetragen.

2. Mit Verfügung vom 8. 7. 1993 hat das Registergericht den Liquidator aufgefordert, in öffentlich beglaubigter Form anzumelden, daß der bisherige Geschäftsführer Y nicht mehr vertretungsberechtigt ist. Da der Liquidator dieser Aufforderung nicht nachgekommen ist, hat ihn das Registergericht mit Verfügung vom 30. 9. 1993 unter Androhung eines Zwangsgeldes von 1000 DM aufgefordert, die Anmeldung binnen 3 Wochen vorzunehmen oder die Unterlassung durch Einspruch zu rechtfertigen. Den gegen diese Verfügung fristgerecht eingelegten Einspruch hat das Registergericht — Rpfleger — mit Beschluß vom 21. 10. 1993 verworfen, ein Zwangsgeld von 1000 DM festgesetzt und ein weiteres Zwangsgeld von 2000 DM angedroht. Die hiergegen eingelegte befristete Erinnerung, welcher der Registerrichter nicht abgeholfen und die er an das Beschwerdegericht weitergeleitet hat, hat das Landgericht als sofortige Beschwerde behandelt und das Rechtsmittel mit Beschluß vom 21. 12. 1993 als unbegründet zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung richtet sich die sofortige weitere Beschwerde des Anmelders.

Aus den Gründen:

Das zulässige Rechtsmittel ist begründet.

1. Das Landgericht hat ausgeführt: . . .
2. Dieser Auffassung vermag der Senat im Ergebnis nicht zu folgen.

a) Nach § 66 Abs. 1 GmbHG werden bei Auflösung der Gesellschaft die bisherigen Geschäftsführer zu Liquidatoren, es sei denn, daß nach der Satzung oder durch einen Beschluß der Gesellschafter andere Personen zu Liquidatoren bestimmt werden. Treffen die Gesellschafter durch Beschluß für die Liquidatorenbestellung eine von der gesetzlichen Bestimmung des § 66 Abs. 1 GmbHG abweichende Regelung, ist umstritten, ob dann der Wegfall der Vertretungsbefugnis der bisherigen Geschäftsführer in analoger Anwendung von § 39 Abs. 1 GmbHG zusätzlich zur Anmeldung der Liquidatoren zum Handelsregister anzumelden ist. Insbesondere das OLG Köln und ihm teilweise folgend die Kommentarliteratur vertreten die Auffassung, der Wegfall der Vertretungsbefugnis der früheren Geschäftsführer sei in einem solchen Fall zur Löschung im Handelsregister anzumelden, wenn die GmbH durch einen nicht satzungsändernden Beschluß der Gesellschafter aufgelöst und eine von § 66 Abs. 1 GmbHG abweichende Liquidatorenbestellung beschlossen worden ist (vgl. OLG Köln GmbHR 1985, 23 [= MittBayNot 1984, 203]; *Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh GmbHG* 15. Aufl. § 67 Rdnr. 4 und § 69 Rdnr. 14; *Lutter/Hommelhoff GmbHG* 13. Aufl. § 67 Rdnr. 6 und § 69 Rdnr. 9; *Scholz/K. Schmidt GmbHG* 7. Aufl. § 67 Rdnr. 8; siehe aber auch § 69 Fn. 92). Nach anderer Meinung ist die Beendigung der Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer allein aus der Eintragung der Auflösung der Gesellschaft nach § 65 Abs. 1 GmbHG aus dem Register ausreichend ersichtlich, so daß insoweit eine gesonderte Anmeldung nicht in Betracht kommt; § 39 Abs. 1 GmbHG wird für den Bereich der Liquidation ersetzt durch die Sondervorschrift des § 67 Abs. 1 GmbHG (so insbesondere *Keidel/Schmatz/Stöber Registerrecht* 5. Aufl. Rdnr. 767; ferner *Rowedder/Rasner GmbHG* 2. Aufl. § 67 Rdnr. 2 und § 69 Rdnr. 7; *Scholz/K. Schmidt* § 69 Rdnr. 30 Fn. 92).

Obwohl vieles für die zuletzt genannte Auffassung spricht, muß die Frage hier nicht abschließend entschieden werden, da bei dem hier gegebenen Sachverhalt jedenfalls ein Registerzwangsverfahren nach § 14 HGB nicht in Betracht kommt. Die Begründung der Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln, in der ein Anmeldezwang aus der analogen Anwendung von § 39 Abs. 1 GmbHG hergeleitet wird, vermag in wesentlichen Punkten nicht zu überzeugen.

(1) Entgegen der Meinung dieses OLG stehen in einem solchen Fall einer Amtslöschung nach § 142 Abs. 1 Satz 1 FGG jedenfalls Rechtsgründe nicht entgegen. Die Auffassung, eine Registereintragung sei im Sinne dieser Vorschrift immer nur dann unzulässig, wenn sie entweder sachlich unrichtig oder auf einen Verstoß gegen Verfahrensvorschriften zurückzuführen sei (vgl. OLG Köln a. a. O.), verkennt, daß eine Amtslöschung auch in Betracht kommt, wenn eine Eintragung, die zunächst sachlich richtig war, nachträglich unrichtig geworden ist (vgl. OLG Hamm OLGZ 1977, 53/54 [= MittBayNot 1976, 183]; *Keidel/Winkler FGG* 13. Aufl. § 142 Rdnr. 10, 11). Diese Sachlage ist hier gegeben, weil mit dem Auflösungsbeschluß die Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer weggefallen ist. Obwohl somit einem Amtslöschungsverfahren Rechtsgründe nicht entgegenstehen, hält der Senat die Durchführung eines Amtslöschungsverfahrens aus verfahrensökonomischen Gründen nicht für angezeigt.

(2) Nicht ohne weiteres ersichtlich ist, warum ein Anmeldezwang nur für einen nicht satzungsändernden Gesellschafterbeschuß, wie das OLG Köln meint, gelten soll. Der Hin-

weis, es sei häufig zweifelhaft, ob ein Auflösungsbeschluß eine Satzungsänderung darstelle, da die Abgrenzungskriterien unsicher seien (vgl. OLG Köln a. a. O. S. 24 Spalte 2), ändert nichts an der Sachlage, daß die Vertretungsbefugnis der bisherigen Geschäftsführer mit der Wirksamkeit des Auflösungsbeschlusses wegfällt. Liegt ein satzungsändernder Beschluß vor, tritt die Auflösung mit der dann konstitutiv wirkenden Eintragung ein. Damit endet auch die Vertretungsbefugnis der bisherigen Geschäftsführer. Das ist gegenüber der nur deklaratorisch wirkenden Eintragung eines nicht satzungsändernden Auflösungsbeschlusses lediglich eine Frage des Zeitpunkts, aber kein Kriterium dafür, ob die Beendigung der Vertretungsbefugnis anzumelden ist. Im übrigen wird das Registergericht, trotz schwieriger Abgrenzungskriterien, für den Fall, daß andere Liquidatoren als die bisherigen Geschäftsführer bestellt sind, schon wegen der Anmeldebefugnis entscheiden müssen, ob die Eintragung des Auflösungsbeschlusses deklaratorisch oder konstitutiv wirkt: Anmeldebefugnis sind nämlich dann entweder die bestellten Liquidatoren oder die bisherigen Geschäftsführer.

(3) Die für den Fall der Nichtlöschung der Geschäftsführerbestellung vom OLG Köln beschworene Verwirrung des Rechtsverkehrs, vor allem dann, wenn „der Auflösungsbeschluß rückgängig gemacht“ wird, wird überschätzt. Denn „die Rückgängigmachung“ eines eingetragenen Auflösungsbeschlusses fordert einen Fortsetzungsbeschluß, der die Rückverwandlung in eine werbende Gesellschaft bedeutet und damit auch die Vertretung der Gesellschaft durch neu zu stellende Geschäftsführer regeln muß. Mit der Eintragung des Fortsetzungsbeschlusses im Handelsregister ist auch anzumelden und einzutragen, wer die Gesellschaft nunmehr als Geschäftsführer vertritt.

c) Hält man es in dem Fall der Auflösung der Gesellschaft für erforderlich, daß zusätzlich neben der Auflösung auch das Erlöschen der Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer anzumelden sei, so mögen dafür weniger rechtliche Erwägungen sprechen, sondern allenfalls solche der Registerklarheit. Hierzu bedarf es aber keiner ausdrücklich dahingehenden Anmeldung, wenn die Auflösung der Gesellschaft und die vertretungsberechtigten Liquidatoren angemeldet werden. Nicht entscheidend ist, ob es dem Anmeldenden zumutbar ist, den Satz, die Vertretungsbefugnis der bisherigen Geschäftsführer ist erloschen, hinzuzufügen. Maßgebend ist vielmehr, ob ein solcher Satz auf Grund einer bestehenden Anmeldepflicht vom Anmelder im Rahmen von § 14 HGB erzwungen werden kann, oder ob das Ende der Vertretungsbefugnis mit der Auflösung der Gesellschaft nicht bereits angemeldet ist.

(1) Diese Frage hat das Oberlandesgericht Köln ersichtlich nicht geprüft, obwohl hierzu insbesondere im Hinblick auf BGHZ 53, 264/267 [= MittBayNot 1970, 54 = DNotZ 1970, 427] Anlaß bestanden hätte. In diesem Beschluß hat der BGH für einen vergleichbaren Fall entschieden, daß in der Anmeldung, die Liquidation sei abgeschlossen, regelmäßig auch die Erklärung des Liquidators liege, er sehe sein Amt als beendet an. Nach Auffassung des Senats liegt in der Anmeldung, die Gesellschaft sei aufgelöst, immer auch die Erklärung des Anmelders, daß die Vertretungsbefugnis der bisherigen Geschäftsführer erloschen ist. Dies gilt als zwingende Rechtsfolge für alle Fälle der Auflösung einer GmbH, und zwar unabhängig davon, ob die bisherigen Geschäftsführer zu Liquidatoren werden oder durch Satzung oder Gesellschafterbeschuß andere Personen als

Liquidatoren bestellt sind. Ferner ist unerheblich, ob die Eintragung der Auflösung der Gesellschaft konstitutiv oder nur deklaratorisch wirkt.

(2) Die Sicherheit des Rechtsverkehrs verlangt, daß die Anmeldung als Grundlage der Eintragung einen klaren und bestimmten Inhalt hat; Zweifel des Registergerichts über die einzutragenden Tatsachen müssen ausgeschlossen sein. Hierzu ist es aber nicht erforderlich, bestimmte gesetzliche Formulierungen zu übernehmen; denn die Anmeldung ist als Verfahrens Antrag auslegungsfähig. Es genügt, daß der Anmeldung im Wege der Auslegung die einzutragende registerfähige Tatsache zweifelsfrei zu entnehmen ist (vgl. Ammon, Die Anmeldung zum Handelsregister, DStR 1993, 1025/1026 m. w. N.). Diese Voraussetzung ist gegeben, wenn die Auflösung der Gesellschaft zur Eintragung angemeldet wird. Daraus muß das Registergericht bereits entnehmen, daß damit auch die Beendigung der Vertretungsbefugnis der bisherigen Geschäftsführer als zwingende rechtliche Folge der Auflösung erklärt worden ist. Somit kann das Registergericht auch auf Grund einer solchen Anmeldung die bisherigen Geschäftsführer löschen. Eine ausdrückliche, genau diesen Wortlaut enthaltende Anmeldung kann das Registergericht nicht verlangen. Es fehlt an einer gesetzlichen Grundlage, wenn man davon ausgeht, daß eine analoge Anwendung von § 39 Abs. 1 GmbHG ausscheidet, weil diese Bestimmung durch die Sonderregelung des § 67 Abs. 1 GmbHG ersetzt ist. Eine solche Anmeldung, die einen — überflüssigen — Formalismus darstellen würde, kann daher auch nicht mit Mitteln des Registerzwangs durchgesetzt werden.

(3) Einer Vorlage an den BGH gem. § 28 Abs. 2 FGG bedarf es mit Rücksicht auf die Entscheidung des OLG Köln nicht, weil auch der Senat davon ausgeht, daß die Beendigung der Vertretungsbefugnis der bisherigen Geschäftsführer anzumelden ist. Er hält es allerdings in Übereinstimmung mit dem BGH (a. a. O.) nicht für erforderlich, eine Rechtsfolge ausdrücklich anzumelden, die sich zwingend aus einer bereits angemeldeten Tatsache ergibt.

3. Bei dieser Sachlage sind die Beschlüsse der Vorinstanzen aufzuheben; die Sache ist an das Registergericht zur erneuten Entscheidung zurückzugeben.

Öffentliches Recht

28. GBO §§ 19, 20; BauGB § 19 Abs. 4 Nr. 3 (*Keine Teilungsgenehmigung bei sofortiger Weiterveräußerung durch Gemeinde*)

Erwirbt eine Gemeinde für den Straßenbau einen Grundstücksteil, um ihn ohne Zwischeneintragung an eine Privatperson weiter zu übertragen, die gleichfalls Grund für den Straßenbau abtritt, so ist die Teilung des Grundstücks nicht genehmigungspflichtig; es greift der Befreiungstatbestand des § 19 Abs. 4 Nr. 3 BauGB ein.

BayObLG, Beschluß vom 29. 12. 1993 — 2 Z BR 92/93 —, mitgeteilt von Johann Demharter, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligte zu 1, eine Gemeinde, will für den Bau einer Gemeindeverbindungsstraße zahlreiche Grundstücke und Teilflächen erwerben, u. a. von den Beteiligten zu 2 bis 4. Die Beteiligte zu 2 übertrug in einem notariellen Tauschvertrag auf die Beteiligte

zu 1 zwei Teilflächen von 6 und 2 m², die laut Vertrag „zur Weiterveräußerung an die Beteiligten zu 4 bzw. den Beteiligten zu 3 vorgesehen“ sind. Der Beteiligte zu 3 übertrug in entsprechender Weise auf die Gemeinde eine Teilfläche von 46 m², die zur Weiterveräußerung an die Beteiligte zu 2 vorgesehen ist. Die Gemeinde übertrug die noch zu erwerbenden Teilflächen dementsprechend in den notariellen Tauschverträgen weiter auf die Beteiligten zu 2 bis 4. Die Auflassung ist jeweils erklärt, die Eintragung in das Grundbuch bewilligt und beantragt. In dem Veränderungsnachweis des Vermessungsamts sind die Teilflächen aus Zuflurstücke zu den Flurstücken der Beteiligten zu 2 bis 4 ausgewiesen, denen sie zugemessen sind und grundbuchmäßig als Bestandteil zugeschrieben werden sollen.

Das Grundbuchamt hat den Antrag, den Veränderungsnachweis zu vollziehen und die Auflassungen einzutragen, mit Zwischenverfügung vom 29. 3. 1993 beanstandet: Zu den drei genannten Grundstücksteilungen sei die Teilungsgenehmigung vorzulegen; der Zwischenerwerb der Zuflurstücke durch die Gemeinde stelle eine unzulässige Umgehung des § 19 BauGB dar; die Zuflurstücke würden letzten Endes von der Gemeinde an die Enderwerber weiterveräußert.

Das Landgericht hat das dagegen gerichtete Rechtsmittel der Beteiligten mit Beschluß vom 7. 6. 1993 zurückgewiesen. Die Beteiligten haben weitere Beschwerde eingelegt.

Aus den Gründen:

Das zulässige Rechtsmittel ist begründet.

1. Das Landgericht hat ausgeführt: Das Grundbuchamt habe zu Recht angenommen, daß die Auflassung der drei Teilflächen nur eingetragen werden dürfe, wenn die Teilungsgenehmigung vorliege. (*Wird ausgeführt.*)

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Teilung der Grundstücke bedarf gem. § 19 Abs. 4 Nr. 3 BauGB keiner Genehmigung.

a) Die Auflassung der Teilflächen kann nur dann in das Grundbuch eingetragen werden (§§ 19, 20 GBO), wenn die Grundstücke geteilt und die Teilflächen gem. § 2 Abs. 3 GBO abgeschrieben werden. Wegen dieser Grundstücksteilung im Sinne von § 19 Abs. 2 BauGB (i. d. F. der Bek vom 8. 12. 1986, BGBl I S. 2253, zuletzt geändert durch Gesetz vom 22. 4. 1993, BGBl I S. 466) darf das Grundbuchamt, sofern nicht der Vorgang gem. § 19 Abs. 1 BauGB von vornherein keiner Genehmigung bedarf, die Eintragungen grundsätzlich erst vornehmen, wenn der Genehmigungsbescheid oder das behördliche Zeugnis, daß eine Genehmigung nicht erforderlich sei, vorgelegt ist (§ 23 Abs. 1, Abs. 2 BauGB).

(1) Die Teilung bedarf nach § 19 Abs. 4 Nr. 3 BauGB aber dann keiner Genehmigung, wenn eine Gemeinde als Erwerber, Eigentümer oder Verwalter beteiligt ist. Diese Ausnahmevorschrift ist zwar eng auszulegen (vgl. OLG Hamm Rpfleger 1974, 190/191 [= MittBayNot 1974, 103]), sie greift hier aber entgegen der Ansicht der Vorinstanzen ein. Die Gemeinde ist als „Erwerber“ an den Rechtsvorgängen beteiligt, für die das Grundbuchamt die Teilungsgenehmigung verlangt, die drei Teilflächen sind an sie aufgelassen worden. Damit ist sie Erwerberin der Teilflächen, auch wenn der Erwerb nur dem Zweck dient, die Trennstücke an Beteiligte, die ihrerseits Grund für den Straßenbau abtreten, weiter zu veräußern. Darauf, daß die Beteiligte zu 1 nicht in das Grundbuch eingetragen werden soll und somit nicht zwischenzeitlich Eigentümerin der Teilflächen wird, ist nicht entscheidend abzustellen; die Eintragung der Beteiligten zu 1 als Eigentümerin wäre im übrigen deshalb nicht möglich, weil die Teilflächen im Veränderungsnachweis als

Zufurstücke zu den Flurstücken der Beteiligten zu 2 bis 4 ausgewiesen sind, denen sie zugemessen wurden und nunmehr grundbuchmäßig als Bestandteile zugeschrieben werden sollen. Als „Erwerber“ im Sinn von § 19 Abs. 4 Nr. 3 BauGB ist nicht nur der Erwerber des Eigentums anzusehen. Es genügt, daß die Gemeinde Eigentümerin werden könnte, wenn die vermessungstechnischen Voraussetzungen geschaffen würden. Ausreichend ist deshalb, daß sie Zwischenerwerberin der Teilflächen ist.

(2) Auch wenn man auf den Sinn und Zweck der Ausnahmeregelung abstellt, ist ihre Anwendung entgegen der Ansicht des Landgerichts hier nicht ausgeschlossen. Die §§ 19 bis 23 BauGB dienen der Sicherung der Bauleitplanung; es soll verhindert werden, daß durch Grundstücksteilungen eine städtebaulich unerwünschte Parzellierung von Baugrundstücken entsteht und eine vernünftige Planung durch zu kleine oder ungünstig geschnittene Grundstücke erschwert oder vereitelt wird. Ferner bezweckt das Genehmigungserfordernis den Schutz der Vertragsparteien eines Kaufvertrags über einen Grundstücksteil; insbesondere soll der Erwerber davor geschützt werden, daß er ein als Bauland gekauftes Grundstück später nicht bebauen kann (*Brügelmann/Dürr BauGB Rdnr. 2 vor § 19; Ernst/Zinkahn/Bielenberg BauGB § 19 Rdnr. 15*). Die Ausnahmebestimmung des § 19 Abs. 4 Nr. 3 und 4 BauGB findet ihren Grund darin, daß durch die Beteiligung der genannten juristischen Personen des öffentlichen Rechts an dem Rechtsvorgang der Genehmigungsvorbehalt als überflüssig erscheint; der Gesetzgeber geht davon aus, daß sich diese Körperschaften grundsätzlich gesetzeskonform verhalten und keine von § 20 BauGB mißbilligten Teilungen vornehmen (*Schlez BauGB 3. Aufl. Rdnr. 23, Gaentzsch BauGB Rdnr. 23, Ernst/Zinkahn/Bielenberg Rdnr. 91, jeweils zu § 19*). Diese Erwägungen treffen auch zu, wenn die Gemeinde als Zwischenerwerber auftritt, um den Ausgleich für Landabtretungen im Wege des Tausches von Grundflächen zu ermöglichen oder zu erleichtern und um einheitliche Preise für den Ankauf zu gewährleisten. Zu Recht weisen die Beteiligten in diesem Zusammenhang auf § 144 Abs. 1 Satz 3 KostO hin, der die Gebührenermäßigung beim Erwerb eines Grundstücks durch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts davon abhängig macht, daß eine Weiterveräußerung an einen gebührenmäßig nicht begünstigten Dritten nicht beabsichtigt ist. Voraussetzung für die Genehmigungsfreiheit nach § 19 Abs. 4 Nr. 3 BauGB ist dagegen nur, daß die Körperschaft als Veräußerer oder Erwerber der Teilfläche beteiligt ist; was sie mit dem erworbenen Grundstück vorhat, spielt keine Rolle. Für eine Umgehung des Genehmigungserfordernisses gibt es keine Anhaltspunkte.

b) Die Zwischenverfügung des Grundbuchamts und der Beschluß des Landgerichts können somit keinen Bestand haben.

29. BGB § 463 Satz 2, § 839 (*Haftung einer Gemeinde bei Erbbaurechtsbestellung auf „Altlastengrundstück“*)

1. **Zur Frage, wann ein arglistiges Verschweigen der möglichen Schadstoffbelastung eines für eine Wohnhausbebauung veräußerten Grundstücks anzunehmen ist.**
2. **Zum Sorgfaltsmaßstab, der einzuhalten ist, wenn ein ehemaliges Industriegelände durch Bebauungsplan als Wohngebiet ausgewiesen wird (hier: das Gelände einer Chemiefabrik und eines Gaswerks).**

3. **Zur Frage, ob und inwieweit Aufwendungen, die für die Sanierung eines durch Altlasten kontaminierten Grundstücks getätigt werden, in den Schutzbereich der Amtshaftung der Gemeinde wegen der planerischen Ausweisung des betreffenden Altlastengeländes als Wohngebiet fallen.**

BGH, Urteil vom 14. 10. 1993 — III ZR 156/92 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Kläger erwarben durch Vertrag vom 2. 9. 1986 von der beklagten Stadt das Erbbaurecht an vier zusammenhängenden Grundstücken, die im Bereich des sogenannten „P.-Parks“ in der beklagten Stadt belegen sind. Sie haben den Grundbesitz aufgrund einer im Einvernehmen mit der Beklagten erteilten Baugenehmigung des Kreises O. vom 4. 11. 1986 inzwischen mit einem in drei Eigentumswohnungen aufgeteilten Wohnhaus bebaut. In dem Erbbaurechtsvertrag ist unter anderem bestimmt, daß die Beklagte keine Gewähr für Sachmängel, einschließlich der Beschaffenheit des Untergrundes, leiste.

Auf dem Gelände des späteren P.-Parks waren seit 1880 eine Anilin- und chemische Fabrik sowie seit 1903 ein Gaswerk (Verkokung von Kohle) betrieben worden, das außerdem Teer als Ausgangsstoff für die Herstellung von Farben lieferte. Nach Veräußerung der Anlage an die IG-F. AG im Jahre 1926 wurde die Chemieproduktion eingestellt, die Gasproduktion jedoch bis zum Jahre 1939 fortgesetzt; sie diente nunmehr in erster Linie der öffentlichen Gasversorgung in der beklagten Gemeinde. Die IG-F. AG veräußerte im Jahre 1941 das Gelände nebst Gebäuden an den Reichsfiskus (Heer). Das Gelände wurde nach Abbruch der Gebäude eingeebnet und mit einer Kaserne bebaut, die nach Kriegsende von den amerikanischen Streitkräften bis 1972 weiter benutzt wurde. In den Jahren 1975 bis 1979 erwarb die beklagte Gemeinde das Gelände. Sie stellte mit Beschluß vom 27. 3. 1979 den Bebauungsplan Nr. 54 auf, der 14 Grundstücke, darunter den späteren Grundbesitz der Kläger, als reines Wohngebiet auswies.

Der Bebauungsplan wurde am 28. 8. 1980 rechtswirksam. In den Jahren 1983 bis 1986 ließ die Beklagte auf dem Gelände Kanalisation und Hausanschlüsse verlegen.

Im November 1986 begannen die Kläger mit der Ausführung ihres Bauvorhabens. Bei Aushub der Baugrube stießen sie auf lockeres Auffüllmaterial. Sie entschlossen sich, im Interesse einer sicheren Gründung die Baugrube vier Meter tief bis auf den gewachsenen Boden auszuheben und die Fundamente entsprechend zu verstärken. Im weiteren Verlauf der Bebauung wurde festgestellt, daß der gesamte P.-Park aufgrund der früheren industriellen Nutzung stark mit verschiedenen Giftstoffen kontaminiert ist. Nach einer zeitweisen durch das Kreisbauamt verfügten Stilllegung des Bauvorhabens der Kläger ist das Haus seit Ende 1988 bewohnt. Das gesamte Gelände, einschließlich des Grundstücks der Kläger, wurde entsprechend dem Vorschlag eines vom Hessischen Minister für Umwelt und Reaktorsicherheit eingeholten Sachverständigen-gutachtens mit einer 10 bis 15 cm starken Schicht unverseuchten Mutterbodens abgedeckt und Gras eingesät. Eine durchgreifende Sanierung, die die Aufbringung einer mindestens 50 cm starken Schicht unbelasteten Bodens erfordern würde, hat bisher nicht stattgefunden. Das Gelände des P.-Parks wurde durch Verfügung des Regierungspräsidiums D. vom 28. 3. 1991 zur Altlast im Sinne des Hessischen Abfallwirtschafts- und Altlastengesetzes (HAbfAG) erklärt.

Die Kläger verlangen nunmehr von der Beklagten Schadensersatz aus Amtspflichtverletzung und aus weiteren Rechtsgründen. Sie lasten der Beklagten an, diese habe die Verseuchung des Geländes weder bei der Aufstellung des Bebauungsplans noch bei der Erteilung des Einvernehmens zu der Baugenehmigung berücksichtigt und bei Abschluß des Erbbaurechtsvertrages verschwiegen.

Das Landgericht hat durch Grundurteil den Klageanspruch mit der Maßgabe für gerechtfertigt erklärt, daß wegen Mitverschuldens der

Kläger solche Aufwendungen als Schaden nicht ersatzfähig seien, die nach dem 16. 6. 1987 entstanden seien und deren Entstehen von den Klägern nach dem 16. 6. 1987 noch hätte verhindert werden können. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Auf die Anschlußberufung der Kläger hat das Berufungsgericht den Klageanspruch in vollem Umfang (also ohne die vom Landgericht vorgenommene Kürzung wegen Mitverschuldens) dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die Revision der Beklagten blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

I. 1. Allerdings steht den Klägern ein vertraglicher Mängelgewährleistungsanspruch aus dem Erbbaurechtsvertrag mit der Beklagten vom 2. 9. 1986 nicht zu. . . .

2. In dem Vertrag vom 2. 9. 1986 ist die Haftung der Beklagten für Sachmängel, einschließlich der Beschaffenheit des Untergrundes, wirksam abbedungen worden. Daß die Beklagte die Kontamination des Grundstücks arglistig verschwiegen hat (§ 463 Satz 2 BGB), läßt sich nicht feststellen.

a) Bei einer Täuschung durch Verschweigen eines offenbarungspflichtigen Mangels handelt arglistig, wer einen Fehler mindestens für möglich hält, gleichzeitig weiß oder damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, daß der Vertragsgegner den Fehler nicht kennt und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte. Damit erfaßt das Tatbestandsmerkmal der Arglist nicht nur ein Handeln des Veräußerers, das von betrügerischer Absicht getragen ist, sondern auch solche Verhaltensweisen, bei denen es an einer betrügerischen Absicht fehlt, die vielmehr auf bedingten Vorsatz — im Sinne eines (bloßen) „Fürmöglichhaltens“ und „Inkaufnehmens“ — reduziert sind und mit denen kein moralisches Unwerturteil verbunden sein muß (Senatsurteil BGHZ 117, 363, 368 m. w. N. [= DNotZ 1993, 325]).

b) Hiervon ausgehend hat der Senat entschieden, daß die dem Veräußerer bekannte Eigenschaft des zu veräußernden Geländes als ehemalige *Mülldeponie* bereits für sich allein genommen einen offenbarungspflichtigen Mangel der Kaufsache darstellte, weil immer die Möglichkeit in Rechnung gestellt werden mußte, daß auf einer Deponie auch Abfälle gelagert wurden, die wegen ihrer chemischen Zusammensetzung eine besondere Gefährdung schufen (a. a. O.). Mit einer solchen Situation ist indes die hier in Rede stehende Veräußerung eines ehemaligen Industriegeländes nicht ohne weiteres vergleichbar. Nicht jedes Industriegelände, dessen Nutzung schon Jahrzehnte zurückliegt, ist von vornherein als altlastenverdächtig einzustufen (vgl. Senatsbeschlüsse vom 9. 7. 1992 — III ZR 78/91 und III ZR 105/91 = UPR 1992, 438; Senatsurteil vom 13. 7. 1993 — III ZR 22/92; für BGHZ vorgesehen). Zwar lagen — wie im folgenden noch auszuführen sein wird — im vorliegenden Fall Anhaltspunkte für eine Schadstoffbelastung des Geländes vor, die der Beklagten erkennbar waren. Die Beklagte war auch durch ein Schreiben der Hessischen Landesanstalt für Umwelt vom 14. 11. 1980 ausdrücklich darauf hingewiesen worden, daß bei ehemaligen Gaswerkgrundstücken Schadstoffe, besonders zyanidhaltige Reinigermasse, eine Verunreinigung des Untergrundes bewirken könnten, was Sanierungsmaßnahmen solcher Grundstücke gezeigt hätten. Es mag dahinstehen, ob dieses Schreiben geeignet war, der Beklagten eine zurechenbare Kenntnis — im Sinne eines „Fürmöglichhaltens“ oder „Inkaufnehmens“ (s. o.) — über etwaige *konkrete* Gift

stoffbelastungen zu vermitteln. Zum Zeitpunkt der Bestellung des Erbbaurechts (September 1986) wurde der — positive — Kenntnisstand der Beklagten jedenfalls dadurch geprägt, daß bei der zwischenzeitlichen Verlegung der Kanalisation und der Versorgungsleitungen in dem Plangebiet keine Schadstoffbelastungen zutage getreten waren. Insoweit unterscheidet sich der hier zu beurteilende Sachverhalt von demjenigen, der dem Senatsurteil BGHZ 117, 363, 368 [= DNotZ 1993, 325] zugrunde gelegen hatte, wo der Verkäuferin die Kenntnis eines Bodengutachtens zuzurechnen gewesen war, das eindeutige Hinweise auf das Vorhandensein von Deponiegut enthielt.

c) Zu Unrecht beruft sich die Revisionserwiderung für ihre gegenteilige Auffassung darauf, daß ein anderer Bauinteressent mit Schreiben vom 11. 9. 1985 bei der Beklagten angefragt hatte, ob Erkenntnisse über chemische Ablagerungen vorlägen, und mit Schreiben der Beklagten vom 24. 9. 1985 die Antwort erhalten hatte, daß dies nicht der Fall sei; Anhaltspunkte für Schäden im Untergrund seien zumindest nicht erkennbar gewesen, als der Kanal verlegt worden sei. Diesem Antwortschreiben ist weder zu entnehmen, daß nach Auffassung seines Verfassers die Möglichkeit solcher Schäden in Rechnung gestellt wurde, noch daß die Beklagte unter keinen Umständen gewillt war, den an sie herangetragenen Bedenken nachzugehen. Vielmehr ist die Auffassung des Landgerichts zu billigen, die Beklagte habe unwiderlegt darauf verweisen können, daß ihr keine diesbezüglichen Erkenntnisse vorlägen und daß insbesondere auch die durchgeführten Kanalarbeiten keine Hinweise auf Verunreinigungen erbracht hätten.

d) In zusammenfassender Würdigung dieses Sachverhalts ist dem Tatrichter darin zuzustimmen, daß die — bloße — Erkennbarkeit der Schadstoffbelastung lediglich einen Fahrlässigkeitsvorwurf gegen die Beklagte begründen konnte, ohne daß die Schwelle zum bedingten Vorsatz im Sinne der vorstehend wiedergegebenen Grundsätze überschritten worden wäre.

II. Den Klägern steht gegen die Beklagte jedoch ein Amtshaftungsanspruch (§ 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG) wegen der Überplanung des Altlastengeländes zu.

1. In der „Altlastenrechtsprechung“ des Senats ist seit langem anerkannt, daß die Amtsträger einer Gemeinde die Amtspflicht haben, bei der Aufstellung von Bebauungsplänen Gesundheitsgefahren zu verhindern, die den zukünftigen Bewohnern des Plangebiets aus dessen Bodenbeschaffenheit drohen (st. Rspr., Senatsurteile BGHZ 106, 323; 108, 224; 109, 380; 113, 367; 117, 363 [= DNotZ 1993, 325]).

2. Die Feststellungen, mit denen die Vorinstanzen ihre Auffassung begründet haben, die planerische Ausweisung des hier in Rede stehenden „P.-Parks“ zu Wohnzwecken sei eine schuldhaftige Amtspflichtverletzung der beklagten Gemeinde gegenüber den Klägern gewesen, halten revisionsrechtlicher Nachprüfung stand.

a) In seinen neueren Altlastenentscheidungen hat der Senat den bei der Planung einzuhaltenden Sorgfaltsstandard wie folgt definiert: Die Gemeinde unterliegt nicht etwa einer Gefährdungshaftung für unerkennbare Schadstoffbelastungen. Sie schuldet auch keine uferlose Überprüfung des zu beplanenden Areals gleichsam „ins Blaue hinein“. Was die planende Stelle nicht „sieht“ und was sie nach den ihr zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen auch nicht zu „sehen“ braucht, kann von ihr nicht berücksichtigt werden

und braucht von ihr auch nicht berücksichtigt zu werden. Überzogene Anforderungen an die Prüfungspflicht dürfen nicht gestellt werden (Senatsurteil BGHZ 113, 367, 371; Senatsbeschlüsse vom 9. 7. 1992 — III ZR 78/91 und III ZR 105/91 = UPR 1992, 438; vgl. auch Senatsurteil vom 13. 7. 1993 — III ZR 22/92, für BGHZ vorgesehen, zum entsprechenden Sorgfaltsmaßstab bei der Erteilung einer Baugenehmigung). Unter Zugrundelegung dieses Maßstabes hat der Senat bisher in sämtlichen Altlastenentscheidungen, bei denen es auf diese Frage ankam, die jeweilige Auffassung der Tatsacheninstanzen über das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Amtspflichtverletzung bestätigt.

aa) Bejaht wurde eine Pflichtverletzung in den Entscheidungen BGHZ 106, 323 (Fall „Bielefeld“), 108, 224 (Fall „Osnabrück“), 109, 380 (Fall „Dortmund-Dorstfeld“), 113, 367 (Fall „Dinslaken“) und 117, 363 (Fall „Bielefeld II“ [= DNotZ 1993, 325]).

bb) Verneint wurde eine Pflichtverletzung in den Senatsbeschlüssen vom 9. 7. 1992 (III ZR 87/91 = UPR 1992, 439, Fall „Siegburg“), III ZR 78/91 und III ZR 105/91 a. a. O. (Fall „Gladbeck“) sowie in dem die Erteilung einer Baugenehmigung betreffenden Senatsurteil vom 13. 7. 1993 a. a. O. (Fall „Recklinghausen“).

cc) In den Senatsurteilen vom 17. 12. 1992 (III ZR 114/91 = UPR 1993, 143, Fall „Rosengarten“) und vom 25. 2. 1993 (III ZR 47/92, Fall „Grefrath“, zur Veröffentlichung vorgesehen) kam es auf die Frage einer Amtspflichtverletzung nicht an, da die geltend gemachten Schäden ihrer Art nach nicht ersatzfähig waren (sie fielen jeweils nicht in den Schutzbereich der bei der Bauleitplanung wahrzunehmenden Pflichten).

b) Im vorliegenden Fall lagen hinreichende Anhaltspunkte vor, die der Beklagten zu eingehenden Bodenuntersuchungen hätten Anlaß geben müssen. (*Wird ausgeführt.*)

dd) In diesem Punkte besteht ein wesentlicher Unterschied zu dem Fall „Recklinghausen“. Dort ging es lediglich um die Bergehalde eines früheren Zehengeländes, bei der das Bergematerial selbst nicht schadstoffbelastet war. Damit ist der vorliegende Fall nicht zu vergleichen, in dem von vornherein auf jegliche Klärung etwaiger Schadstoffbelastungen aus der früheren Chemiefabrik verzichtet worden war. . . .

III. Der Schaden, den die Kläger erlitten haben, ist indessen nur insoweit ersatzfähig, als er in den Schutzbereich der bei der Planung wahrzunehmenden, auf die Abwehr von Gesundheitsgefahren gerichteten Amtspflicht fällt.

1. Damit sind (nur) solche Schäden gemeint, bei denen eine unmittelbare Beziehung zu der Gesundheitsgefährdung besteht, die — anders ausgedrückt — dadurch verursacht werden, daß die vom Boden ausgehende Gefahr zum völligen Ausschluß der Nutzungsmöglichkeit der errichteten oder noch zu errichtenden Wohnungen führt (Senatsurteil vom 17. 12. 1992 a. a. O. m. w. N.). Das bloße Vermögensinteresse, welches darin besteht, daß ein unbelastetes Grundstück einen höheren Marktwert hat als ein belastetes, wird durch die Pflicht, bei der Planung die Anforderungen an gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse zu berücksichtigen, nicht geschützt (a. a. O.). Ebensovienig hat die planerische Ausweisung eines Grundstücks zu Wohnzwecken den Schutzzweck, jede gewünschte gärtnerische Nutzung dieses Grundstücks zu gewährleisten (Senatsurteil vom 25. 2. 1993 a. a. O.). Davon zu unterscheiden ist indessen die weitere

Frage, ob eine Sanierung des Gartens aus Gründen der Herstellung gesunder Wohnverhältnisse erforderlich ist (s. dazu im folgenden).

2. Bei dem Wohnhaus der Kläger besteht nach den tatrichterlichen Feststellungen die Besonderheit, daß aufgrund der durchgeführten Sanierungsmaßnahmen, insbesondere der Tiefergründung der Fundamente und des Abtransports des belasteten Aushubs, die Gesundheitsgefährdungen weitgehend beseitigt sind. Die dafür erforderlichen Mehraufwendungen sind ersatzfähig, soweit sie unmittelbar der Beseitigung der Gesundheitsgefahren dienen. Das gleiche gilt für zukünftige Aufwendungen, die für die Beseitigung eines nach den Feststellungen des Sachverständigen Prof. Dr. A. etwa noch bestehenden gesundheitlichen „Restrisikos“ notwendig sind. Der Senat hat in BGHZ 109, 380, 393 ausgeführt, die zwischenzeitliche Herstellung gesunder Wohnverhältnisse in dem Plangebiet durch die plangebende Gemeinde betreffe unmittelbar die durch die verletzte Amtspflicht geschützten Belange der Planbetroffenen. Ihre Berücksichtigung bei der Schadensbemessung in dem Sinne, daß die Geschädigten sich die durch die Sanierung bewirkten Vorteile auf den Schadensersatz anspruchsmindernd anrechnen lassen müssen, entspricht gerade wegen der damit verfolgten öffentlich-rechtlichen Ziele dem Sinn und Zweck der für die fehlerhafte Planung verhängten Sanktion (*Krohn*, Festschrift für *Konrad Gelzer* [1991] S. 281, 286). Dann aber ist es nicht gerechtfertigt, die Mehraufwendungen, die der Geschädigte selbst erbringt, um die an sich der plangebenden Gemeinde als der Schädigerin obliegenden Aufgaben zu erfüllen, aus dem Schadensersatzanspruch auszuklamern. Es handelt sich dann nicht lediglich um Schadenspositionen, die ihrer Art nach außerhalb des Schutzbereichs der Pflicht liegen, bei der Bauleitplanung die Anforderungen an gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse zu berücksichtigen. Insoweit unterscheidet sich der vorliegende Fall von dem dem Senatsurteil BGHZ 113, 367 zugrundeliegenden, wo es um den Abtransport von Deponiegut gegangen war, von dem jedoch keine Gesundheitsgefahren ausgingen. Erst recht ist der vorliegende Fall nicht mit dem Senatsurteil vom 17. 12. 1992 (a. a. O.) vergleichbar, wo es um das bloße Vermögensinteresse ging (s. o.) und wo ausdrücklich klargestellt worden war, daß Ersatz von Aufwendungen für Schutzmaßnahmen nicht beansprucht wurde.

3. Allerdings fällt die Herstellung der *Standfestigkeit* des Gebäudes in den (ausschließlichen) Verantwortungsbereich des Eigentümers. Es ist nämlich grundsätzlich nicht Zweck der allgemeinen Bauleitplanung, den Eigentümern der Grundstücke Baugrundrisiken abzunehmen (BGH, Urteil vom 18. 9. 1987 — V ZR 219/85 = WM 1988, 200, 203 = BGHR BGB § 839 Abs. 1 Satz 1 Gemeinderat 1; Senatsurteil BGHZ 113, 367, 372). Die Gemeinde erzeugt mit der planerischen Ausweisung eines Geländes zu Bauzwecken kein allgemeines Vertrauen dahin, daß das betreffende Gebiet nach seiner Bodenbeschaffenheit und -struktur für eine Bebauung geeignet ist. Daher hat die Rechtsprechung eine Ersatzpflicht bei Aufwendungen, die nicht durch die Giftstoffbelastung, sondern aus sonstigen Gründen, insbesondere wegen mangelnder Standsicherheit, für die Baureifmachung erforderlich werden können, stets verneint (Senatsurteil BGHZ 113, 367, 372, 374). Soweit die Mehraufwendungen der Kläger dadurch verursacht worden sind, daß der Boden nicht hinreichend tragfähig war, müssen die Kläger die erforderlichen Aufwendungen selbst tragen. Dies gilt selbst dann, wenn die mangelnde Standfestigkeit darauf

beruhte, daß in dem Boden Altlasten lagern. Auch wenn in einem solchen Fall die aus statischen Gründen erforderliche Herstellung der Standfestigkeit zugleich den Zweck verfolgt und erreicht, das Eindringen von Schadstoffen in das Gebäude abzuwehren, fallen die erforderlichen Aufwendungen dem Eigentümer selbst zur Last (Senatsbeschuß vom 9. 7. 1992 — III ZR 87/91 = BGHR BGB § 839 Abs. 1 Satz 1 Baugenehmigung 8 = UPR 1992, 439; ebenso Senatsurteil vom 17. 12. 1992 a. a. O.). . . .

Anmerkung:

Wenn man berücksichtigt, daß die erste in der amtlichen Sammlung des Bundesgerichtshofs veröffentlichte Entscheidung zum Problembereich der Altlasten vom 26. 1. 1989 stammt¹, kann man dem III. Zivilsenat dieses Gerichts den Respekt dafür nicht versagen, daß er es geschafft hat, die Altlastenproblematik in kurzer Zeit einer angemessenen Lösung zuzuführen. Die Gemeinden dürfen danach Flächen, deren Böden erheblich mit umweltgefährdenden Stoffen belastet sind (§ 5 Abs. 3 Nr. 3, § 9 Abs. 5 Nr. 3 BauGB), einer Nutzung auf der Grundlage von Bauleitplänen nur zuführen, wenn die von den Schadstoffen ausgehenden Gefahren beherrscht oder deren Ursachen beseitigt werden können². Die Risiken für die planende Gemeinde bleiben jedoch überschaubar, da der Kreis der geschützten Personen und der geschützten Vermögensinteressen begrenzt bleibt³. Die jüngste Entscheidung vom 14. 10. 1993⁴ faßt den Stand der Rechtsprechung nochmals zusammen.

1. Parallel hierzu ist auch eine weitgehende Klärung hinsichtlich des Begriffs „Altlast“ zu verzeichnen. Die Legaldefinitionen in den Landesabfallgesetzen⁵ verstehen darunter Altablagerungen oder Altstandorte, sofern von ihnen Gefährdungen für die Umwelt, insbesondere die menschliche Gesundheit, ausgehen oder zu erwarten sind. Die Anforderungen an das Vorliegen einer Altlast sind allerdings unterschiedlich⁶. Das bayerische Recht definiert Altlasten dadurch, daß zur Beseitigung der von ihnen ausgehenden Gefährdungen Sanierungsmaßnahmen zur Wahrung des Wohls der Allgemeinheit erforderlich sind (Art. 26 Abs. 4 BayAbfAlG). Von praktischer Bedeutung sind vor allem wilde Abfallablagerungen und stillgelegte Deponien sowie marode Anlagen bestehender oder ehemaliger Betriebe, insbesondere der chemischen Industrie⁷.

2. Nach bisherigen Untersuchungen gibt es in Deutschland 130 000 Altlasten-Verdachtsflächen, davon 60 000 in den

neuen Ländern⁸. Angesichts dieser Zahlen wird jedes Grundstücksgeschäft zu einem Risiko⁹. Die entdeckte Altlast ist für den Eigentümer eines Grundstücks nicht nur lästig, sondern kann zur wirtschaftlichen Katastrophe führen¹⁰, haftet er doch grundsätzlich als Zustandsstörer für die Kosten einer notwendigen Sanierung¹¹. Rückgriffsansprüche desjenigen, der aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften in Anspruch genommen wurde, gegen andere „Störer“ gibt es nur vereinzelt¹². Auch die zivilrechtliche Sachmängelgewährleistung hilft einem Grundstückskäufer kaum. Ist sie nicht ohnehin — wie dies üblicherweise geschieht¹³ — vertraglich ausgeschlossen, verjähren Ansprüche gem. § 477 BGB innerhalb eines Jahres. Es bleibt deshalb im Regelfall dabei, daß der Erwerber das Risiko der Verwendbarkeit des gekauften Grundstücks trägt¹⁴. Rückstellungen für Sanierungsaufwand darf er allerdings erst dann bilden, wenn die die Verpflichtung begründenden Tatsachen der zuständigen Behörde bekannt geworden sind oder dies doch unmittelbar bevorsteht¹⁵. Grunderwerbsteuerlich handelt es sich nur dann um eine Gegenleistung, wenn der Erwerber eine hinreichend konkretisierte Verpflichtung des Veräußerers zur Altlastensanierung ausdrücklich übernimmt¹⁶.

Eine weitergehende Haftung des Grundstücksveräußerers besteht, wenn dieser das Bestehen einer Altlast arglistig verschwiegen hat. Diesen Fall erfassen vertragliche Gewährleistungsausschlüsse nicht (§ 476 BGB); für die Verjährung gilt die Frist von dreißig Jahren¹⁷. Gemeinden werden diesbezüglich nicht anders behandelt als private Verkäufer¹⁸.

⁸ S. dazu Süddeutsche Zeitung v. 25. 10. 1993, S. 23. Vgl. zu Zahlen in Mecklenburg-Vorpommern LKV 1993, 94.

⁹ Ähnlich Pape, NJW 1994, 409/412.

¹⁰ Zu Sanierungsmaßnahmen s. nur Fischer/Köchling, Praxisratgeber Altlastensanierung, 1993; Gossow, Altlastensanierung, 1992 u. Thimet, Die Sanierung von Altlasten, 1993, insbes. S. 129 ff.

¹¹ Zum Auswahlermessens bei mehreren Störern zuletzt VG Karlsruhe, NVwZ 1993, 1018; OVG Schleswig, NVwZ-RR 1994, 75 u. BayVG, BayVbl. 1994, 22. Zur Legalisierungswirkung behördlicher Genehmigungen s. nunmehr Roesler, Die Legalisierungswirkung gewerbe- und immissionsschutzrechtlicher Genehmigungen vor dem Hintergrund der Altlastenproblematik, 1993. In den neuen Bundesländern scheinen die Behörden Erkenntnisse, die sie im Freistellungsverfahren (Art. 1 § 4 Abs. 3 URG-DDR) aufgrund der Antragsunterlagen gewonnen haben, zu Sanierungsverfügungen zu benutzen (so Müggelborg, LKV 1993, 157). Zum Sonderproblem der Altlasten im Konkurs s. Stoll, ZIP 1992, 1437 ff. u. K. Schmidt, NJW 1993, 2833 ff.

¹² Einen Ausgleich sehen z. B. vor § 22 WHG sowie § 21 HessAbfAG; § 20 ThAbfAG u. § 10 SächsEGAB; s. zum Problem ferner bereits Kormann, UPR 1983, 281 ff.

¹³ Vgl. nur v. Hoffmann, Das Recht des Grundstückskaufs, 1982, S. 245 f.

¹⁴ Vgl. BGH, NVwZ 1993, 91/92 u. OLG Dresden, MittRhNotK 1994, 37 sowie Raeschke-Kessler, NJW 1993, 2275/2280.

¹⁵ BFH, NJW 1994, 543. Vgl. dazu auch Crezelius, NJW 1994, 981 ff.; Eilers, DStR 1994, 121 ff. u. Oser/Pfitzer, DB 1994, 845 ff.

¹⁶ FinMin.NW, Erl. v. 08. 07. 1993 — S 4521 — 26 — VA2, MittRhNotK 1993, 266 u. Bayer. FinMin., Schreiben v. 13. 7. 1993 — 37 — S 4500 — 32/5 — 43 474, MittBayNot 1994, 182.

¹⁷ § 477 BGB; s. nur Palandt/Putzo, BGB, 53. Aufl. 1994, § 463 Rdnr. 5.

¹⁸ BGHZ 109, 327 = NJW 1990, 975.

¹ BGHZ 106, 323 = NJW 1989, 976. Kurz zu dieser Rechtsprechung Raeschke-Kessler, NJW 1993, 2275 f.

² S. dazu nur Steiner, in: FS f. Gelzer, 1993, S. 137/139 ff.

³ Ähnlich Broß, VerwArch. Bd. 85, 1994, 129/151.

⁴ Veröffentlicht auch in NJW 1994, 253 = DB 1994, 209 = MittRhNotK 1994, 31 = DNotI-Report 2/1994, S. 7 (LS).

⁵ Z. B. § 22 LAbfGBW; Art. 26 BayAbfAlG; § 16 HessAbfAG; § 18 NdsAbfG; § 28 LAbfGNW; § 25 RhPfAbfWAG; § 25 BraLABfVG; § 22 AbfAlGM-V; § 29 AbfGLSA u. § 126 ThAbfAG; vgl. auch § 8 Abs. 2 SächsEGAB u. kurz dazu Peine, NVwZ 1993, 958.

⁶ Vgl. dazu kurz Kretz, VBIBW 1992, 41 ff. u. UPR 1993, 41/43 f.

⁷ S. nur das Abkommen zwischen dem Bund und den jungen Ländern zur Finanzierung der ökologischen Altlastensanierung, abgedruckt in LKV 1993, 164 f.

Ausreichend ist, wenn der Verkäufer das Vorhandensein der Altlast mindestens für möglich hält und gleichzeitig damit rechnet, der Käufer würde den Vertrag nicht oder nicht so geschlossen haben. Unerheblich ist auch, ob der Veräußerer im einzelnen die Art und die Gefährlichkeit der Altlast kennt; wenn er einen diesbezüglichen Verdacht hegt, kann eine Aufklärungspflicht in Betracht kommen. Hinsichtlich der Offenbarungspflicht (aufgelassene Mülldeponie: ja, ehemaliges Industriegelände: nein) scheint sich eine Einzelfallrechtsprechung anzubahnen. Insofern darf man gespannt sein, wie bei früheren Tankstellengrundstücken entschieden werden wird.

Eine Vertragsgestaltung, die eine gerechte Verteilung des Altlastenrisikos zwischen Verkäufer und Käufer versucht, ist kaum möglich¹⁹. Es bestehen bereits Bedenken, ob die öffentlich-rechtliche Terminologie der „Altlast“ für den Grundstückskauf angemessen ist, oder ob nicht besser von „Bodenverunreinigungen“ bzw. „Bodenbelastungen“ gesprochen werden sollte²⁰. Probleme bereitet aber vor allem die sinnvolle Begrenzung des Haftungsumfanges und der Haftungsfolgen. Ist eine umfassende „Altlastengarantieerklärung“ des Verkäufers gewünscht, so trifft den Notar jedenfalls keine Pflicht, auf die damit verbundenen wirtschaftlichen Risiken hinzuweisen²¹. Umgekehrt, d. h. bei einem pauschalen Haftungsausschluß für Altlasten, gilt dies in gleicher Weise. Häufig werden differenzierte Freistellungsklauseln des Inhalts vereinbart, daß bezogen auf bestimmte Grundstücksnutzungen und daraus resultierende Gefährdungen eine Regelung der Verantwortlichkeit erfolgt²². Besteht nur ein Altlastenverdacht, ist es nur möglich, die mit dem Grundstückserwerb verbundenen Risiken einzugrenzen, was eine Wirtschaftlichkeitsbetrachtung unter Einbeziehung der künftigen Nutzungsabsichten voraussetzt. Verbleibt dann noch ein „Restrisiko“, das die Parteien nicht bedacht haben, kann die Berufung auf einen vereinbarten Gewährleistungsausschluß gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn die Äquivalenz der beiderseitigen Leistungen hierdurch so erheblich gestört wird, daß dies für den belasteten Vertragspartner nach den gesamten Umständen des Falles eine ungewöhnliche Härte bedeutet²³.

¹⁹ Ebenso *Raeschke-Kessler*, NJW 1993, 2275/2280. Zu Ansätzen s. *Grziwotz*, MittBayNot 1990, 282/291 ff.; *ders.*, Baulanderschließung, 1993, S. 247 ff. u. zuletzt *Schürmann*, MittRhNotK 1994, 1/18 ff.

²⁰ Vgl. auch § 5 Abs. 5 WertV '88 sowie dazu *Kleiber/Simon/Weyers*, WertV '88, 3. Aufl. 1993, § 5 Rdnr. 17 u. *Kleiber*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg*, BauGB, § 5 WertV Rdnr. 110. Zum Begriff Bodenbelastungen s. auch § 8 Abs. 2 SächsEGAB. Zur Altlasteneigenschaft bei einer Realteilung s. VGH Kassel, NJW 1993, 2195.

²¹ Zutreffend LG Mönchengladbach, MittRhNotK 1994, 42.

²² Zu Musterformulierungen s. *Grziwotz*, Baulanderschließung, S. 248 ff. und zuletzt *Schürmann*, MittRhNotK 1994, 1/19 ff.

²³ Vgl. BGH, NJW-RR 1992, 714/715 = MittRhNotK 1994, 36 u. LG Köln, MittRhNotK 1994, 40, das bei einem Kauf aufgrund eines Bodengutachtens das Risiko stärkerer Kontaminationen dem Käufer zuweisen will. S. dazu bereits *Grziwotz*, Baulanderschließung, S. 250 u. nunmehr ebenso *Schürmann*, MittRhNotK 1994, 1/24.

²⁴ BGHZ 106, 323 = NJW 1989, 976; BGHZ 108, 224 = NJW 1990, 381; BGHZ 109, 380 = NJW 1990, 1038; BGHZ 110, 1 = NJW 1990, 1042; BGHZ 113, 367 = NJW 1991, 2701; BGHZ 117, 363 = NJW 1992, 1953; BGH, NJW 1993, 933; NVwZ 1994, 91 u. MittBayNot 1994 (in diesem Heft S. 352) = NJW 1994, 253. Vgl. auch BGH, NJW 1993, 384; UPR 1992, 438 u. NJW 1993, 2615.

3. Die Altlastenentscheidungen des BGH²⁴ betrafen zwar fast ausschließlich Grundstücksgeschäfte; es handelt sich aber um eine Amtshaftungsrechtsprechung. Haftungen ergaben sich aus Verletzungen der gemeindlichen Pflicht, bei der Aufstellung von Bebauungsplänen Gesundheitsgefährdungen zu verhindern, die den zukünftigen Bewohnern des Plangebiets aus dessen Bodenbeschaffenheit drohen. Der Schutzzweck der Amtspflicht beschränkt sich auf Gefährdungen, die unmittelbar mit der Benutzung des Grundstücks zu Wohnzwecken verbunden ist. Ausgeklammert sind Schäden, die auf einer darüber hinausgehenden Nutzung (z. B. gärtnerische Nutzung zum Anbau von Gemüse) beruhen, und reine Vermögensschäden (z. B. Grundstück auf ehemaliger Deponie, von der keine Gefährdungen ausgehen und Mehraufwendungen, die durch Aushub und Abtransport des Deponieguts sowie Bodengrünungsmaßnahmen verursacht sind)²⁵. In Übereinstimmung mit der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung²⁶ geht der BGH davon aus, daß die Gemeinde keine allgemeine Prüfungspflicht für sämtliche Planungsgebiete trifft²⁷. Sie schuldet insbesondere keine Überprüfung des Plangebiets gleichsam „ins Blaue hinein“²⁸. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Kenntnis der Gemeindeorgane ist die Beschlussfassung über den Bebauungsplan.

4. Das geplante Bundes-Bodenschutzgesetz²⁹ enthält in § 4 Nr. 2 und 3 nunmehr bundeseinheitliche Definitionen der altlastenverdächtigen Flächen und der Altlasten; in seinem Dritten Teil (§§ 17 – 26) befaßt es sich mit den Altlasten. Von Bedeutung ist insbesondere § 18 BBodSchG-E, der den Verursacher einer Altlast sowie dessen Gesamtrechtsnachfolger, den Grundstückseigentümer und den Inhaber der tatsächlichen Gewalt über ein Grundstück zur Altlastenbeseitigung verpflichtet. Hierzu kommen neben Dekontaminierungs- auch gleichwertige Sicherungsmaßnahmen in Betracht. § 35 BBodSchG-E befaßt sich mit der Kostentragungspflicht veranlaßter Maßnahmen. Der Grundstückseigentümer, der weder Verursacher ist noch bei Begründung des Eigentums Kenntnis von der Altlast oder den sie begründenden Umständen hatte oder hätte haben können, ist nicht kostentragungspflichtig, wenn die Kosten den Wert des Grundstücks nach Durchführung der Maßnahmen übersteigen (§ 25 Abs. 4 BBodSchG-E). Den internen Ausgleich mehrerer Verantwortlicher regelt schließlich § 25 Abs. 6 BBodSchG-E³⁰. Danach haben mehrere Verpflichtete unabhängig von ihrer Heranziehung untereinander einen Ausgleichanspruch. Die Verpflichtung zum Ausgleich sowie der Umfang des zu leistenden Ausgleichs hängen davon ab, inwieweit die Gefahr oder der Schaden von dem jeweils Beteiligten verursacht worden ist.

Notar Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen

²⁵ S. die Nachw. Fußn. 24.

²⁶ *Bielfeldt*, DÖV 1989, 67/68.

²⁷ S. nur BGHZ 106, 323/327. Ebenso die h. M. (z. B. *Stangl*, JuS 1993, 280/281; *Raeschke-Kessler*, NJW 1993, 2275/2278 f. u. bereits *Grziwotz*, Baulanderschließung, S. 256), a. A. *Schürmann*, MittRhNotK 1994, 1/11.

²⁸ *Krohn*, in: FS f. *Gelzer*, 1991, S. 281/291.

²⁹ Vgl. den Referentenentwurf des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit v. 22. 9. 1993 (WA III 1-73102/0) sowie kurz dazu LKV 1993, 165 u. *Kretz*, UPR 1993, 41/43 (allerdings noch zu einer früheren Fassung).

³⁰ Zum ordentlichen Rechtsweg s. *Raeschke-Kessler*, NJW 1993, 2275/2282.

Kostenrecht

30. KostO § 36 Abs. 2, § 42; GmbHG § 11 (*Parteiwechsel von GmbH i. G. zu Gründungsgesellschaftern ist neuer Vertrag*)

Ist eine Vorgesellschaft (GmbH in Gründung) Kaufvertragspartei und wird sie in einer Nachtragsurkunde gegen die Gründungsgesellschafter ausgetauscht, so liegt hierin eine neue Vertragsbeurkundung und nicht lediglich eine Änderung i. S. des § 42 KostO.

BayObLG, Beschluß vom 31. 3. 1994 — 3 Z BR 290/93 = BayObLGZ 1994 Nr. 21 —, mitgeteilt von Notar *Dr. Gerhard Bunte*, Nürnberg

Aus dem Tatbestand:

1. Mit notarieller Urkunde vom 31. 1. 1991 verkaufte die Beteiligte zu 4) drei Grundstücke sowie — zusammen mit der Beteiligten zu 5) — die ideellen Miteigentumsanteile eines weiteren Grundstücks an den Beteiligten zu 1) und die Firma A-Immobilien-GmbH in Gründung als GbR-Gesellschafter (Gesellschaft des bürgerlichen Rechts). Die Auflassung wurde erklärt. Gesellschafter und Gründer der A-Immobilien-GmbH waren die Beteiligten zu 2) und 3). Die gegründete GmbH gelangte nicht zur Eintragung und somit nicht zur Entstehung.

Mit „Nachtrag“ vom 17. 4. 1991 zur Kaufvertragsurkunde vom 31. 1. 1991 beurkundete der beteiligte Notar, daß sämtliche bisher für die A-Immobilien-GmbH in Gründung getätigten Rechtsgeschäfte und abgegebenen Erklärungen die Gründungsgesellschafter als GbR-Gesellschafter trafen. Sämtliche Erklärungen der Vorurkunde würden für den Erwerb der BGB-Gesellschaft, bestehend aus dem Beteiligten zu 1) und der Gesellschaft bürgerlichen Rechts der Gründungsgesellschafter, wiederholt. Insbesondere erklärten die Vertragsteile die Auflassung und bewilligten und beantragten die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch.

2. Der Notar berechnete den Beteiligten zu 1), 2) und 3) für den „Nachtrag“ zunächst je eine 5/10 Gebühr gem. § 38 Abs. 2 Nr. 6 Buchst. a KostO. Auf Anweisung der Notarkasse stellte er den genannten Vertragsteilen hierfür mit Kostenberechnungen vom 2. 8. 1992 Kost.-Reg.-Nr. 4239, 001, 002 und 003 anteilig jeweils (u. a.) eine 20/10 (Vertrags-) Gebühr nach § 36 Abs. 2 KostO in Rechnung. Die Kostenberechnungen wurden unter dem 9. 11. 1992 jeweils hinsichtlich der zitierten Gebührenvorschriften (vgl. § 154 Abs. 2 KostO) berichtigt.

Gegen die sie betreffenden Kostenberechnungen erhoben die Beteiligten zu 1) und 2) Einwendungen. Sie vertraten die Auffassung, daß hinsichtlich der Nachtragsurkunde kein neues Geschäft getätigt, sondern allenfalls eine Änderung i. S. des § 42 KostO vorgenommen worden sei, da kein neuer Vertragspartner eingeführt, sondern lediglich hinsichtlich eines Gesellschafters eine Klarstellung vorgenommen worden sei. Die A-GmbH in Gründung habe als Vorgesellschaft eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts dargestellt, deren Gesellschafter die dann in der Nachtragsurkunde ausdrücklich aufgeführten Gründungsgesellschafter gewesen seien, so daß sich an der Identität der BGB-Gesellschaft nichts geändert habe. Der Notar hätte i. ü. zumindest darauf hinweisen müssen, daß für die Nachtragsbeurkundung eine Gebühr nach § 36 Abs. 2 KostO entstehe.

Der Notar hält seine (nachträgliche) Kostenberechnung für zutreffend.

Das Landgericht hob die Kostenberechnungen des Notars vom 2. 8. 1992 auf, soweit sie die darin bezeichneten Nachberechnungen enthalten. . . .

3. Gegen die ihm am 26. 11. 1993 zugestellte landgerichtliche Entscheidung hat der Notar am 4. 12. 1993 weitere Beschwerde eingelegt, mit der er weiterhin die Zurückweisung der Beschwerden anstrebt.

Aus den Gründen:

1. Die zulässige weitere Beschwerde des Notars (§ 156 Abs. 2 Satz 2 KostO) ist sachlich auch begründet.

Da in der Nachtragsurkunde vom 17. 4. 1991 auf der Käuferseite Vertragspartner ausgetauscht wurden, ist die Berechnung einer Vertragsgebühr nach § 36 Abs. 2 KostO in den Notarkostenberechnungen vom 2. 8. / 9. 11. 1992 gerechtfertigt.

a) Im Anschluß an eine zum Zwecke der Gründung einer GmbH errichtete Vorgründungsgesellschaft, die Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder OHG ist (vgl. *Lutter/Hommelhoff GmbHG* 13. Aufl. § 11 Rdnr. 23), entsteht mit dem Abschluß des notariellen Gesellschaftsvertrages eine Vorgesellschaft, die GmbH in Gründung. Diese ist Trägerin von Rechten und Pflichten und kann nach außen hin im Rechtsverkehr auftreten (BGHZ 80, 129/132 [= *MittBayNot* 1981, 192]; BayObLGZ 1985, 368/370 [= *MittBayNot* 1986, 37 = *DNotZ* 1986, 177]; *Scholz/K. Schmidt GmbHG* 8. Aufl. Rdnr. 27 f., *Hachenburg/Ulmer GmbHG* 8. Aufl. Rdnr. 45 und 47, *Lutter/Hommelhoff* Rdnr. 2 f., *Baumbach/Hueck GmbHG* 15. Aufl. Rdnr. 7 und 11, je zu § 11). Die Vorgesellschaft ist insbesondere grundbuchfähig (BGHZ 45, 338/348 [= *DNotZ* 1967, 381]; BayObLGZ a. a. O. und 1979, 172 [= *DNotZ* 1979, 502]).

b) Wie sich aus der notariellen Kaufvertragsurkunde vom 31. 1. 1991 ergibt, war Kaufvertragspartei (u. a.) die „Firma A-Immobilien-GmbH i. Gr. mit dem Sitz in B“ als GbR-Gesellschafterin. Die Angestellte C. hatte „als alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführerin“ der Fa. A-Immobilien-GmbH den Inhalt der Urkunde genehmigt. Nach den notariellen Feststellungen in der Nachtragsurkunde vom 17. 4. 1991 waren die jeweiligen Auflassungsvormerkungen auch für die Firma A-Immobilien-GmbH in Gründung eingetragen worden. Es steht somit fest, daß Käuferpartei des Kaufvertrags vom 31. 1. 1991 die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, bestehend aus dem Beteiligten zu 1) und der Vorgesellschaft A-GmbH geworden war und nicht die — namentlich nicht aufgeführten — Gründungsgesellschafter der GmbH als Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Wenn letztere in der Nachtragsurkunde an Stelle der (fehlgeschlagenen) GmbH in Gründung auf der Käuferseite auftraten, so liegt hierin eine Auswechslung des Vertragspartners und damit die Beurkundung eines neuen Vertrages i. S. des § 36 Abs. 2 KostO und nicht nur eine Änderung oder Ergänzung des ursprünglichen Vertrags nach § 42 KostO (BayObLG *JurBüro* 1980, 914 [= *MittBayNot* 1980, 38]; *KG DNotZ* 1955, 496/498; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann KostO* 12. Aufl. Rdnr. 19, *Rohs/Wedewer KostO* 3. Aufl. Rdnr. 5, je zu § 42; *Göttlich/Mümmler KostO* 11. Aufl. Stichwort „Änderung (Ergänzung) beurkundeter Erklärungen“ S. 24). Dies ergibt sich i. ü. auch aus der Tatsache, daß die Auflassung in der Nachtragsurkunde ausdrücklich noch einmal erklärt wurde.

Auch der Ansatz einer 5/10 Gebühr für die bloße Auflassung nach § 38 Abs. 2 Nr. 6 Buchst. a KostO ist nicht möglich, weil diese Bestimmung voraussetzte, daß das der Auflassung zugrunde liegende Rechtsgeschäft bereits beurkundet ist.

c) Hinsichtlich des neu beurkundeten Kaufvertrags vom 17. 4. 1991 ist der Beteiligte zu 1) Kostengesamtschuldner, da auch seine Erklärungen beurkundet worden sind (§ 2

Nr. 1, § 5 KostO). Der Notar war vorliegend nicht verpflichtet, von sich aus auf die für seine Tätigkeit anfallenden Kosten hinzuweisen (BayObLG DNotZ 1989, 708 [= MittBayNot 1988, 247]). Im übrigen könnten die Folgen einer insoweit unrichtigen Sachbehandlung nur eintreten, wenn die Tätigkeit des Notars bei richtiger Belehrung nicht weiter in Anspruch genommen worden wäre, wofür kein Anhalt besteht.

2. Die — allein angefochtene (vgl. BayObLGZ 1991, 418/419 f. [= MittBayNot 1992, 230]; 1987, 186/190 [= MittBayNot 1987, 270]) — Ansetzung einer 20/10 Vertragsbeurkundungsgebühr nach § 36 Abs. 2 KostO in den notariellen Kostenberechnungen vom 2. 8./9. 11. 1992 erweist sich somit als gerechtfertigt, so daß die hiergegen gerichteten Beschwerden der Beteiligten zu 1) und 2) unter Aufhebung des landgerichtlichen Beschlusses vom 29. 10. 1993 als unbegründet rückzuweisen sind.

31. KostO § 19 Abs. 4 (*Gartenbaubetrieb als privilegiertes Unternehmen nach § 19 Abs. 4 KostO*)

Auch wenn in einem Gärtnereibetrieb die Pflanzen überwiegend in Gewächshäusern gezogen werden, steht dies der Anwendung des Landwirtschaftsprivilegs des § 19 Abs. 4 KostO nicht entgegen.

BayObLG, Beschluß vom 31. 3. 1994 — 3 Z BR 40/94 = BayObLGZ 1994 Nr. 18 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Mit notariellem Übergabevertrag vom 26. 7. 1991 übergab der Beteiligte zu 2) — unter Ausnahme einer Teilfläche von ca. 450 m² — seinen Grundbesitz, auf dem er mit seinem Sohn, dem Beteiligten zu 1), unter der Bezeichnung „A & Sohn GbR“ einen Gartenbaubetrieb unterhielt, an diesen. Des weiteren übertrug er dem Beteiligten zu 1) seinen Gesellschaftsanteil an der BGB-Gesellschaft. Der Beteiligte zu 1) bestellte seinen Eltern seinerseits eine Reallast und übernahm die im Grundbuch eingetragenen Belastungen. Des weiteren räumte er seinen Eltern ein Wohnungsrecht ein und verpflichtete sich zur Zahlung eines Geldbetrages von 200 000 DM. Der Beteiligte zu 1) wurde am 4. 12. 1991 als Eigentümer im Grundbuch eingetragen.

2. Mit am 27. 1. 1992 zu Soll gestellter Kostenrechnung berechnete der Kostenbeamte für die Eigentumsumschreibung, die Fortführung des Liegenschaftskatasters und die Eintragung zweier Auflassungsvormerkungen sowie einer Reallast Gebühren in Höhe von insgesamt 3.547,50 DM. Auf den Wertfestsetzungsantrag des Bezirksrevisors hin setzte der Rechtspfleger des Grundbuchamts mit Beschluß vom 23. 6. 1993 den Geschäftswert „für den Übergabevertrag“ auf 4.500.000 DM fest. Zur Begründung wird ausgeführt, daß bei dem großen Umfang der Gewächshäuser im vorliegenden Fall von einem Gewerbebetrieb auszugehen sei; der Geschäftswert entspreche dem zusammengerechneten Boden- und Gebäudewert.

Der Beteiligte zu 1) legte gegen diese Entscheidung Erinnerungen ein mit dem Antrag, den Geschäftswert für die Betriebsübergabe gem. § 19 Abs. 4 KostO mit dem Vierfachen des letzten Einheitswerts anzusetzen. Der Gärtnereibetrieb sei kein Gewerbebetrieb, sondern ein Betrieb der Land- und Forstwirtschaft. Der beigefügte Einheitswertbescheid vom 8. 6. 1984 stellt den Einheitswert „für den Betrieb der Land- und Forstwirtschaft“ zum 1. 1. 1983 auf 66.900 DM fest.

Rechtspfleger und Richter halfen den Erinnerungen nicht ab. Das Landgericht änderte mit Beschluß vom 19. 1. 1994 auf die Beschwerde des Beteiligten zu 1) den amtsgerichtlichen Beschluß vom 23. 6. 1993 dahin ab, daß es den „Geschäftswert für den Übergabe-

vertrag“ auf 267.600 DM (vierfacher Einheitswert des landwirtschaftlichen Vermögens) festsetzte.

Die weitere Beschwerde des Vertreters der Staatskasse blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Die zulässige weitere Beschwerde der Staatskasse (§ 31 Abs. 3 Satz 1, § 14 Abs. 3 Satz 2, Abs. 4 KostO) ist sachlich nicht begründet. Die landgerichtliche Entscheidung hält der im Rechtsbeschwerdeverfahren allein möglichen rechtlichen Nachprüfung (§ 14 Abs. 3 Satz 3 KostO, § 550 ZPO) stand.

a) Auch der Senat hält die Anwendung der Privilegierung des § 19 Abs. 4 KostO auf den vorliegenden Gartenbaubetrieb für gerechtfertigt.

Die Regelung des § 19 Abs. 4 KostO knüpft an den Begriff des land- und forstwirtschaftlichen Betriebs an. Darunter ist die planmäßige Nutzung des Bodens zur Gewinnung pflanzlicher und tierischer Erzeugnisse und die Verwertung der gewonnenen Erzeugnisse zu verstehen (BFH BStBl 1976 II 492/493; *Rössler/Troll* Bewertungsgesetz und Vermögenssteuergesetz 16. Aufl. § 33 BewG Rdnr. 4). Von der gewerblichen Wirtschaft grenzt das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 67, 348/367 f.) die Landwirtschaft dahin ab, daß Grund und Boden nicht der Standort, sondern maßgebender Produktionsfaktor ist. Es ist deshalb anerkannt, daß bodenabhängig produzierende Gärtner, die das Gesamtbild einer Urproduktion bieten, zur Landwirtschaft zählen (BFH a. a. O.; *Göttlich/Mümmeler* KostO 11. Aufl. Stichwort „Grundbesitzwert“ S. 554 f.; *Rössler/Troll* a. a. O. Rdnr. 49 bis 51; *Faßbender* Das Kostenprivileg der Landwirtschaft Rdnr. 34; vgl. auch die Begründung des Gesetzentwurfs des Bundesrates BT-Drucks. 11/2343 S. 9; § 34 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. d BewG; § 201 BauGB sowie den vorliegenden Einheitswertbescheid des Finanzamts Kempten vom 8. 6. 1984). Eine vom Gesetzgeber ursprünglich beabsichtigte Spezialregelung für Gartenbaubetriebe (vgl. die Begründung des Gesetzentwurfs des Bundesrates a. a. O. S. 9) ist nicht ergangen.

b) Vorliegend ist das Rechtsbeschwerdegericht an die rechtsfehlerfrei vorgenommene Beweiswürdigung des Landgerichts als Teil von dessen Tatsachenfeststellung gebunden (vgl. *Jansen* FGG 2. Aufl. § 27 Rdnr. 19). Dieses ist auf Grund eines Augenscheins zum Ergebnis gekommen, daß die Gesamttätigkeit des Beteiligten zu 1) durch die Pflanzenzucht und den Verkauf der eigenproduzierten Pflanzen geprägt wird. In den neun Gewächshäusern und vier Folien-gewächshäusern züchte der Beteiligte zu 1) Blumen, Gemüse und Salat aus Samen und erworbenen Stecklingen. Diese Urproduktion — zu der auch Freilandkulturen kommen — verkaufte er in seinem eigenen Ladengeschäft und an drei Gartencenter. Daneben beziehe er Ware zum Weiterverkauf in einer Größenordnung von ca. 25% des Gesamtumsatzes.

Es handelt sich somit um einen landwirtschaftlichen Betrieb und nicht um einen gewerblichen Gärtnereibetrieb.

c) Die Tatsache, daß der Beteiligte zu 1) seine Erzeugnisse zu einem wesentlichen Teil in Gewächshäusern gewinnt, vermag an diesem Ergebnis nichts zu ändern. § 19 Abs. 4 KostO verweist hinsichtlich der Definition des land- und forstwirtschaftlichen Vermögens auf das Bewertungsgesetz. Nach § 33 Abs. 1 BewG gehören zum land- und forstwirtschaftlichen Vermögen alle Wirtschaftsgüter, die einem Betrieb der Land- und Forstwirtschaft dauernd zu dienen bestimmt sind. Nach Abs. 2 der Bestimmung gehören zu

diesen Wirtschaftsgütern auch Wirtschaftsgebäude, hier Glas- und Foliengewächshäuser. Die Tatsache, daß es sich insoweit um ertragssteigernde Anlagen i. S. des § 60 Abs. 2 BewG handelt, betrifft nur deren Bewertung, nicht aber deren Zugehörigkeit zum landwirtschaftlichen Vermögen. § 60 BewG gehört nämlich im Zweiten Teil, Erster Abschnitt des Bewertungsgesetzes zum Unterabschnitt „B. Land- und forstwirtschaftliches Vermögen.“ Die besondere Art der Bewertung ertragssteigernder Anlagen hat Eingang in den Einheitswert gefunden und wird deshalb auch über § 19 Abs. 4 KostO berücksichtigt. Da § 19 Abs. 4 KostO ausschließlich auf das Bewertungsgesetz verweist, haben die Höfeordnung und die hierzu ergangene Rechtsprechung, die auf Freilandkultur abstellen, außer Betracht zu bleiben (a. A. *Faßbender* a. a. O. Rdnr. 69).

d) Da die Überlassung des Gartenbaubetriebs an den Beteiligten zu 1) vorliegend auch der Betriebsfortführung dient, war das landwirtschaftliche Vermögen gem. § 19 Abs. 4 KostO lediglich mit dem Vierfachen des letzten — hier zum 1. 1. 1983 festgestellten — Einheitswerts und somit mit 267.600 DM zu bewerten. Tatsachen, die nach § 19 Abs. 4 Halbsatz 2 i. V. m. Abs. 3 KostO eine wesentliche Abweichung des Geschäftsgegenstands vom Gegenstand der Einheitsbewertung oder eine wesentliche Veränderung nach dem Feststellungszeitpunkt des Einheitswerts begründen könnten, sind nach der für das Rechtsbeschwerdegericht bindenden Beweiswürdigung des Landgerichts nicht hervorgetreten. Insbesondere sind die Flächen der Erwerbsgärtnerei nach der dem Landgericht erteilten Auskunft der Stadt weder als Bauland noch als Bauerwartungsland anzusehen. Neuen Tatsachenvortrag insoweit im Rahmen der Begründung der weiteren Beschwerde darf das Rechtsbeschwerdegericht nicht berücksichtigen (vgl. *Jansen* § 27 Rdnr. 38).

32. KostO § 19 Abs. 4 (§ 19 Abs. 4 KostO setzt Betriebsfortführung durch den Erwerber voraus)

Die schenkweise Überlassung eines auch weiterhin verpachteten landwirtschaftlichen Betriebs betrifft nicht die Fortführung des Betriebes und führt deshalb nicht zur Kostenprivilegierung des § 19 Abs. 4 KostO.

BayObLG, Beschluß vom 6. 4. 1994 — 3 Z BR 48/94. = BayObLGZ 1994 Nr. 22 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Tatbestand der Schriftleitung:

Mit notariellem Überlassungsvertrag vom 14. 12. 1992 hatte die Betroffene von ihrer Mutter ein landwirtschaftliches Anwesen übertragen erhalten. Das Anwesen ist verpachtet. Zu der Übertragung hatte das Vormundschaftsgericht einen Ergänzungspfleger für die Betroffene bestellt.

Die Betroffene wendet sich gegen die Kostenrechnung für die Einzelpflegschaft. Sie ist der Ansicht, der Wert des Geschäftes sei nicht nach dem Verkehrswert des Anwesens, sondern entsprechend § 19 Abs. 4 KostO nach dem vierfachen Einheitswert zu bestimmen. Erinnerung, Beschwerde und weitere Beschwerde blieben erfolglos.

Aus den Gründen:

1. Die zulässige weitere Beschwerde (§ 14 Abs. 3 Satz 2 KostO) ist sachlich nicht begründet.

Nach § 93 Satz 1 KostO wird bei einer — hier vorliegenden — Pflugschaft für einzelne Rechtshandlungen die volle Gebühr nach dem Wert des Gegenstandes erhoben, auf den

sich die Rechtshandlung bezieht, hier somit des überlassenen Grundbesitzes. Der Überlassungsvertrag betrifft nicht die Fortführung des landwirtschaftlichen Betriebs, so daß die Privilegierung des § 19 Abs. 4 KostO auf die vorliegende Pflugschaft nicht anzuwenden ist.

a) Die Privilegierung des § 19 Abs. 4 KostO ist davon abhängig, daß sämtliche in ihm aufgeführten Beispiele der Überlassung eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebs der Fortführung dieses Betriebes dienen (vgl. die Begründung des Gesetzentwurfes des Bundesrates BT-Drucks. 11/2343 S. 1 und 7 f.; *Rohs/Wedewer* KostO 3. Aufl. Rdnr. 55 c, *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* — nachfolgend *Korintenberg* — KostO 12. Aufl. Rdnr. 71, 79, je zu § 19; *Göttlich/Mümmeler* KostO 11. Aufl. Stichwort „Grundbesitzwert“ S. 553 und 557; *Faßbender* Das Kostenprivileg der Landwirtschaft Rdnr. 24 und 97; *Schmidt MittRhNotK* 1989, 187/189; *Reimann MittBayNot* 1989, 117/119 f.; *Otto* JurBüro 1989, 889/891; *Mümmeler* JurBüro 1989, 1337/1338). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin kommt dem Satzteile „oder die Fortführung des Betriebes in sonstiger Weise ... betrifft“ gegenüber der Betriebsüberlassung durch Übergabevertrag usw. keine selbständige Bedeutung zu. Mit ihm wird lediglich ausgedrückt, daß Übergabevertrag, Erbvertrag usw. nur Beispiele der Fortführung darstellen, die nicht abschließend sind (BT-Drucks. 11/2343 S. 7 und 8; *Göttlich/Mümmeler* a. a. O.; *Hartmann* Kostengesetze 25. Aufl. § 19 KostO Rdnr. 50). Das Wort „oder“ bezieht sich also nicht auf „die Fortführung des Betriebs“, sondern auf „in sonstiger Weise“. Nur diese Auslegung wird auch der mit § 19 Abs. 4 KostO verfolgten agrarpolitischen Zielsetzung gerecht, eine frühzeitige Regelung der Hofnachfolge zu fördern und der Erhaltung leistungsfähiger landwirtschaftlicher Betriebe zu dienen, die vielfach seit Generationen in der Hand bäuerlicher Familien geführt werden (BT-Drucks. 11/2343 S. 6 re. Sp. u.).

§ 19 Abs. 4 KostO privilegiert somit nicht generell ein Rechtsgeschäft über landwirtschaftlichen Grundbesitz (*Korintenberg* § 19 Rdnr. 72).

b) Vorliegend dient die Schenkung nicht der Fortführung des landwirtschaftlichen Betriebs. Privilegiert ist das Geschäft dann, wenn der landwirtschaftliche Betrieb objektiv fortführbar ist und auch fortgeführt werden soll (vgl. BayObLGZ 1991, 382/383 [= *MittBayNot* 1992, 229]). Unstreitig aber war der Betrieb zur Zeit des Abschlusses des Überlassungsvertrages verpachtet und wird von dem Pächter auch unverändert fortgeführt, so daß der Überlassungsvertrag die Fortführung des Betriebs nicht berührt. Die Fortführung des Betriebs — in Eigenverantwortung oder zumindest unter fachlicher Oberaufsicht (vgl. BayObLGZ 1993, 40 [= *MittBayNot* 1993, 228]) — ist der Betroffenen auch gar nicht möglich und von ihr nicht beabsichtigt. Die bloße theoretische Möglichkeit, irgendwann den Betrieb selbst zu führen, begründet die Voraussetzungen der Privilegierung nicht.

c) Der Grundbesitz war somit — wie geschehen — nach § 19 Abs. 2 KostO zu bewerten. Die auf die Angaben eines Notars zurückgehende Annahme eines Verkehrswerts von 5 Mio. DM ist nicht zu beanstanden und wurde von der Beschwerdeführerin auch nicht angegriffen. Die hieraus resultierende Gebühr nach § 93 Satz 1 KostO wurde vom Kostenbeamten nicht zum Nachteil der Betroffenen zu hoch errechnet (vgl. *Rohs/Wedewer* § 92 Rdnr. 23). ...

33. KostO §§ 19 Abs. 2, S. 1; 20 Abs. 1 S. 2 (*Verkehrswertbestimmung eines Grundstücks bei alsbaldigem Weiterverkauf in aufgeteilten Einheiten*)

Läßt der bei einem alsbaldigen Weiterverkauf des Grundstücks erzielte Kaufpreis auf einen den ursprünglichen Kaufpreis deutlich übersteigenden Verkehrswert schließen, so ist der sich nach dem Weiterverkauf ergebende Verkehrswert für die Bewertung maßgeblich. Dies gilt auch, wenn ein einheitliches Objekt erworben und in einzelne Wohnungseigentumseinheiten aufgeteilt verkauft wird.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

OLG Düsseldorf, Beschluß vom 19. 5. 1993 — 10 W 24/93 —

Tatbestand der Schriftleitung:

Die Beschwerdeführerin hatte mit notariellem Kaufvertrag vom 26. 6. 1990 Immobilien zu einem Preis von 1.560.000 DM erworben. Im folgenden wurde Wohnungseigentum begründet; bis zum 11. 10. 1991 wurden aus dem Weiterverkauf der einzelnen Wohnungen über Immobilienhändler insgesamt 2.792.392,50 DM erzielt.

In seiner Kostenrechnung setzte das Grundbuchamt den Wert der von der Beschwerdeführerin erworbenen Grundstücke nach dem Erlös aus den Weiterverkäufen fest.

Auch die hiergegen erhobene weitere Beschwerde blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

1. . . .

Gemäß § 19 Abs. 1 Satz 2 KostO wird der Wert einer Sache durch den Preis bestimmt, der nach ihrer Beschaffenheit im gewöhnlichen Geschäftsverkehr unter Berücksichtigung aller den Preis beeinflussenden Umstände bei einer Veräußerung zu erzielen wäre, wobei ungewöhnliche oder nur persönliche Verhältnisse außer Betracht bleiben. Den zutreffenden Gründen in der angefochtenen Entscheidung zufolge ist der für den Kostenansatz des Amtsgerichts maßgebliche Geschäftswert mit der Summe der Veräußerungserlöse identisch, die in der Zeit zwischen dem 7. 11. 1990 und dem 11. 10. 1991 aus einem Weiterverkauf der betroffenen Immobilien in einem Gesamtumfang von 2.792.392,50 DM erzielt wurden. Der Senat nimmt insoweit zur Vermeidung von Wiederholungen vollinhaltlich Bezug auf die Gründe der angefochtenen Entscheidung des Landgerichts. Diese folgen im wesentlichen den Ausführungen im Beschluß des BayObLG vom 15. 12. 1988 (JurBüro 1989, 824, 825). Auch der Senat macht sich diese Entscheidung zu eigen: Wenn der bei einem alsbaldigen Weiterverkauf des Grundstücks erzielte Kaufpreis darauf schließen läßt, daß der Verkehrswert des Grundstücks deutlich höher ist als der ursprüngliche Kaufpreis, so ist für die Bewertung der in Durchführung des Kaufvertrags vorgenommenen Geschäfte dieser Verkehrswert maßgebend. . . .

2. Die Beschwerdeführerin macht weiterhin ohne Erfolg geltend, der im notariellen Kaufvertrag vom 26. 6. 1990 in Ansatz gebrachte Kaufpreis für die Gesamtmenge der Eigentumswohnungen sei zwangsläufig niedriger ausgefallen als die Summe der Einzelerlöse, die sich bei einer individuellen Veräußerung der Einheiten an verschiedene Abnehmer in der Eolgezeit hätten erzielen lassen. Diese Divergenz läßt umso mehr deutlich werden, daß der im notariellen Kaufvertrag vom 26. 6. 1990 vereinbarte Preis für die Übertragung der Wohnungseigentumsrechte eben *nicht* dem realen Verkehrswert der Immobilien entsprach und deshalb nach Maßgabe der §§ 20 Abs. Satz 2, 19 Abs. 1 KostO auch

nicht als Geschäftswert für die Bestimmung der Gerichtsgebühren im Zusammenhang mit der Vertragsabwicklung zugrunde gelegt werden kann.

Soweit die Beschwerdeführerin in ihrer Rechtsmittelschrift erstmals vorträgt, die nach dem Monat 6. 1990 aus den Individualverkäufen der einzelnen Wohnungseigentumsrechte erzielten höheren Entgelte seien maßgeblich auf „die Geschäftstüchtigkeit der Immobilienhändler“ zurückzuführen, handelt es sich um neue Tatsachen, die im Rechtsbeschwerdeverfahren des § 14 Abs. 3 Satz 3 KostO keine Berücksichtigung finden können.

Anmerkung der Schriftleitung:

Vgl. hierzu aber BayObLG MittBayNot 1992, 155 (= DNotZ 1992, 325): Danach ist bei einer Aufteilung in Wohnungseigentum zur Teilerbauseinandersetzung der Wert des bebauten Grundstücks und nicht die Summe der Werte der einzelnen Wohnungen maßgeblich.

34. KostO §§ 18, 20, 39 Abs. 2, 30 Abs. 1 (*Kauf einer GmbH von der Treuhandanstalt*)

- 1. Auch der Kauf sämtlicher Geschäftsanteile einer GmbH stellt keinen Unternehmenskauf im Sinne des § 20 KostO dar; es handelt sich vielmehr um einen Austauschvertrag nach § 39 Abs. 2 KostO. Die Übernahme einer Einlageverpflichtung von Stammkapital und Freistellung des Veräußerers von der Ausgleichsforderung nach § 24 Abs. 1 DM-Bilanzgesetz ist Teil der Gegenleistung.**
- 2. Übernimmt der Erwerber gegenüber der Treuhandanstalt eine Garantie zur Erhaltung von Arbeitsplätzen, ist der Wert dieser zusätzlichen Gegenleistung nach § 30 Abs. 1 KostO entsprechend ihrer Bedeutung zu schätzen.**
- 3. Zur Bewertung einer mitübernommenen Entsorgungspflicht für „Altlasten“.**

(*Leitsätze der Schriftleitung*)

OLG Dresden, Beschluß vom 23. 6. 1993 — 3 W 45/93 —, mitgeteilt von Notar *Dr. H. Heckschen*, Dresden

Aus dem Tatbestand:

Am 24. 5. 1991 schloß die Fa. G. AG mit der Treuhandanstalt — Niederlassung D. — einen als Unternehmensveräußerungsvertrag bezeichneten Vertrag. Durch den Vertrag verkaufte und übertrug die Treuhandanstalt als alleinige Gesellschafterin sämtliche Gesellschaftsanteile der I-GmbH im Wert von nominal 50.000,00 DM auf die Fa. G. AG. Gem. § 3 des Vertrages war Übergangsstichtag der 1. 7. 1990, 0,00 Uhr. Nach § 4 Abs. 1 des Vertrages betrug der für sämtliche Geschäftsanteile zu zahlende Kaufpreis 950.000,00 DM. Dabei nahm der Kaufpreis gem. § 4 Abs. 3 des Vertrages unter anderem Bezug auf den von der I-GmbH gefertigten, von der K.-Wirtschaftsprüfungsgesellschaft geprüften Entwurf der DM-Eröffnungsbilanz zum 1. 7. 1990, die Anlage des Vertrages war. In § 5 des Vertrages, der mit „Zusicherungen und Garantien hinsichtlich der gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse“ überschrieben war, sicherte und garantierte die Verkäuferin, daß die in dem DM-Eröffnungsbilanz-Entwurf ausgewiesenen Verbindlichkeiten gegenüber Kreditinstituten in Höhe von DM 34.242.823,41 von der Verkäuferin zum Übergangsstichtag übernommen werden (§ 5 b). Unter § 5 d) des Vertrages stand die Fa. G. AG als Käuferin dafür ein, daß die Gesellschaft gegenüber der Verkäuferin auf eine Ausgleichsforderung verzichtet. In § 6 des Vertrages garantierte die

Fa. G. AG als Käuferin weiter, daß die Gesellschaft im Durchschnitt bis 31. 05. 1993 ständig 260 Arbeitnehmer als Beschäftigte aufgrund entsprechender Dienstverträge beschäftigt bzw. weiterbeschäftigt. In § 8 des Vertrages, der mit Zusicherung und Garantien hinsichtlich der Vermögensverhältnisse der I.-GmbH überschrieben war, versicherte und garantierte die Verkäuferin, daß am Übergangstichtag alle ausweislich der Mark-Abschlußbilanz und des Entwurfs der DM-Eröffnungsbilanz der I.-GmbH bezeichneten Vermögensgegenstände des Sachanlagevermögens vorhanden waren (§ 8 a). In § 8 b) des Vertrages stellte die Verkäuferin die Fa. G. AG als Käuferin insoweit von allen Schäden, die durch das Nichtvorhandensein des Sachanlagevermögens gemäß der genannten Bilanzen entstehen, frei. Die Käuferin trat der Verkäuferin eventuelle Ansprüche gegen die im Testat zur Bilanz vom 1. 7. 1990 bezeichneten Wirtschaftsprüfer ab. In § 8 d) des Vertrages übernahm die Fa. G. AG die Haftung für Entsorgungskosten für etwaige Verunreinigung von Grund und Boden bis zum Betrag von DM 2,5 Mio, während die Verkäuferin die darüber hinaus entstehenden Kosten übernahm.

Am 29. 5. 1991 stellte der Notar der Fa. G. AG, die gem. § 9 des Vertrages die Kosten der notariellen Beurkundung zu tragen hatte, eine Kostenrechnung über DM 71.292,18 ausgehend von einem Geschäftswert von DM 34.242.823,41. Diesen Rechnungsbetrag ermäßigte er in einer zweiten Kostenrechnung vom 24. 7. 1991 um 20% auf DM 57.103,71 im Hinblick auf die im Beitrittsgebiet nach dem Einigungsvertrag geltende Ermäßigung. Gegen diese Kostenrechnung legte die Käuferin, die Fa. G. AG, Beschwerde ein, mit der sie die Auffassung vertrat, die Kosten seien aus einem Geschäftswert von DM 950.000,00 zu berechnen.

Das Kreisgericht Dresden setzte mit Beschluß vom 17. 12. 1992 die Notarkosten auf DM 19.159,98 fest und ließ uneingeschränkt die weitere Beschwerde zu.

Gegen diesen Beschluß hat der Notar am 6. 1. 1993 weitere Beschwerde eingelegt, mit der er die Aufhebung des Beschlusses des Kreisgerichts Dresden und die Zurückweisung der Beschwerde der Fa. G. AG gegen seine Kostenrechnung vom 24. 7. 1991 begehrt.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde des Notars sowie die hilfsweise Anschlußbeschwerde der Fa. G. AG sind zulässig. . . .

Die weitere Beschwerde des Notars hat auch zum Teil Erfolg. Denn das Kreisgericht Dresden hat in dem angefochtenen Beschluß zu Unrecht der Berechnung der Notarkosten lediglich einen Geschäftswert von DM 6.054.407,46 zugrunde gelegt. Zwar tritt der Senat der Auffassung des Kreisgerichts bei, daß die in § 5 des notariellen Unternehmensveräußerungsvertrages enthaltene Zusicherung der Verkäuferin, die in der DM-Eröffnungsbilanz ausgewiesenen Verbindlichkeiten zu übernehmen, außer Betracht zu bleiben hat, der Geschäftswert, der den Gebühren des Notars zugrunde zu legen ist, ist indessen im Hinblick auf den Wert der Leistungen der Fa. G. AG mit DM 8.344.407,46 anzusetzen, §§ 39 Abs. 2, 30, 18 KostO.

Nach § 18 KostO werden die Gebühren nach dem Wert berechnet, den der Gegenstand des Geschäfts zur Zeit der Fälligkeit hatte. Bei Verträgen, die den Austausch von Leistungen zum Gegenstand haben, ist dabei nur der Wert des einen Teils und wenn der Wert der Leistungen verschieden ist, ist der höhere maßgebend, § 39 Abs. 2 KostO. Allgemein ist anerkannt, daß Verträge über die Veräußerung von GmbH-Anteilen Austauschverträge im Sinne dieser Vorschrift sind (BGH LM § 8 BRAGO Nr. 6). Zwar liegt beim Erwerb sämtlicher Geschäftsanteile einer GmbH praktisch ein Unternehmenskauf vor, spricht der notarielle Vertrag vorliegend tatsächlich auch von einem

Unternehmensveräußerungsvertrag, der zur Sachmängelhaftung nach den §§ 459 ff. BGB hinsichtlich der Beschaffenheit des Unternehmens führt (BGHZ 65, 246 ff. [= MittBayNot 1975, 256 = DNotZ 1976, 154], Rowedder Rdnr. 15 zu § 15 GmbH-Gesetz), indessen wird § 20 KostO nicht angewendet, weil eine unmittelbare Beteiligung an Sachen und Vermögensmassen nicht erlangt wird, vielmehr über die Anteile an der Gesellschaft vermittelt wird, die ihrerseits als juristische Person Inhaber des Vermögens ist. Ob dieser Unterschied in jedem Fall die Unanwendbarkeit von § 20 KostO zur Folge hat, kann vorliegend dahinstehen.

Ist von § 39 Abs. 2 KostO auszugehen, ist bei verschiedener Wertigkeit der Leistungen der höhere Wert der Leistungen maßgebend. Bei Kaufverträgen über Unternehmen im üblichen Wirtschaftsverkehr ist daher bei der Abtretung sämtlicher Geschäftsanteile der Kapitalgesellschaft der Wert der verkauften Anteile mit dem Wert aller Leistungen des Erwerbers zu vergleichen und der höhere Wert der Leistungen (Geschäftsanteile) oder der Gegenleistung maßgebend. Dabei ist in der Regel der Kaufpreis als objektiver Wert der Anteile zugrunde zu legen (BGH DNotZ 75, 748). Für die Bewertung des Geschäftsanteils hat das Vermögen des Unternehmens entscheidende Bedeutung, bei der Übernahme sämtlicher Geschäftsanteile wie vorliegend bei der Unternehmensveräußerung der Wert der Gesellschaft (*Rohs/Wedewer*, KostO Rdnr. 20 b zu § 30 KostO). Bei der überschuldeten Gesellschaft ist daher vom Interessewert eventuell unter Berücksichtigung des Firmenwerts nach § 30 Abs. 1 KostO, bei der neugegründeten Gesellschaft in der Regel vom Nennbetrag auszugehen (*Korintenberg/Bengel* 12. Auflage KostO Rdnr. 11 zu § 39 KostO).

Geht man hiervon aus, ergibt sich für den Fall der hochüberschuldeten, konkursreifen Gesellschaft, daß sich der Gegenwert für den Kaufpreis nicht nach den Verbindlichkeiten der Gesellschaft richten kann, sondern allein nach dem vorhandenen Aktivvermögen. Es ist abwegig anzunehmen, daß der Kaufpreis für die Verbindlichkeiten gezahlt wird. Er wird vielmehr für das vorhandene Vermögen einschließlich eines eventuellen Firmenwerts gezahlt, dessen Bestimmung bei einer konkursreifen Gesellschaft indessen schwierig ist. Die Übernahme der bestehenden Verbindlichkeiten durch die Käuferin kann daher nicht als die im Rahmen des § 39 Abs. 2 KostO maßgebliche Gegenleistung angesehen werden, vielmehr kann der vom Veräußerer zu erbringende Gegenwert maßgeblich nur aus der Vermögensbilanz entnommen werden. Für die Bestimmung des Gegenwerts im Sinne von § 39 Abs. 2 KostO ist daher vorliegend § 8 des Unternehmensveräußerungsvertrages heranzuziehen, die in § 5 enthaltene Schuldübernahme dagegen ohne Bedeutung. Insoweit ist mit dem Kreisgericht Dresden zu Recht darauf hinzuweisen, daß die Unternehmensveräußerung auch unter dem Gesichtspunkt des besonderen Auftrages der Verkäuferin zur Privatisierung im Beitrittsgebiet zu sehen ist, die Veräußerung daher nicht dem normalen Wirtschaftsverkehr zugeordnet werden kann. Die Veräußerungsfähigkeit der Gesellschaft konnte überhaupt nur durch die Übernahme der Kreditverbindlichkeiten der Gesellschaft herbeigeführt werden. Eine im Austauschverhältnis mit der Leistung der Übernehmerin stehende Gegenleistung liegt damit jedenfalls nicht vor.

Mithin ist bei dem nach § 39 Abs. 2 KostO vorzunehmenden Vergleich von den Leistungen der Fa. G. AG als Käufe-

rin einerseits und dem Wert der Gegenleistung der Verkäuferin, insbesondere unter Berücksichtigung von § 8 des Unternehmensveräußerungsvertrages auszugehen. Der höhere Wert ist sodann als Geschäftswert für die Notarkosten zugrunde zu legen.

Der vereinbarte Kaufpreis von DM 950.000,00 ist zunächst offensichtliche Leistung der Fa. G. AG für die Geschäftsanteile. Die Fa. G. AG hatte aber darüberhinaus nach dem Vertrag noch weitere Leistungen zu erbringen, die zum vereinbarten Kaufpreis hinzuzurechnen sind und in ihrer Gesamtheit den eigentlichen Wert der Käuferleistung bestimmen. Ausweislich der DM-Eröffnungsbilanz war das Stammkapital von DM 50.000,00 nicht eingezahlt, war insoweit zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses am 24. 5. 1991 keine Änderung eingetreten. Nachdem die Fa. G. AG in § 2 Abs. 2 des Vertrages die Verkäuferin von der Einzahlung auf das Stammkapital freistellte, war der Betrag von DM 50.000,00 dem Kaufpreis von DM 950.000,00 hinzuzurechnen (LG Köln, KostRsp KostO § 39 Nr. 42). Wie das Kreisgericht Dresden bereits zutreffend festgestellt hat, stellt sich die in § 5 d) des Vertrages erklärte Einstandspflicht der Fa. G. AG für einen Verzicht der übernommenen Gesellschaft auf die Ausgleichforderung gem. § 24 Abs. 1 DM-Bilanzgesetz als weitere Leistung dar. Ausweislich der Eröffnungsbilanz war die Ausgleichforderung mit DM 5.054.407,46 angesetzt, so daß dieser Betrag den bereits dargestellten Leistungen der Fa. G. AG hinzuzurechnen ist.

Entgegen der Auffassung des Kreisgerichts hatte die Fa. G. AG als Verkäuferin aber noch weitergehende Leistungen zu erbringen, die sich erhöhend auf den Geschäftswert auswirken. In § 6 Abs. 1 des Vertrages hat die Fa. G. AG nämlich die Einstandspflicht übernommen für eine Beschäftigung von durchschnittlich ständig 260 Arbeitnehmer bis 31. 5. 1993. Bezüglich dieser Verpflichtung hatte sie sich sogar einer Vertragsstrafe in Höhe von DM 20.000,00 für jeden fehlenden einzelnen Arbeitnehmer unterworfen. Zwar hat das Vertragsstrafversprechen gem. § 18 Abs. 2 KostO beim Geschäftswert außer Betracht zu bleiben, die Beschäftigungsverpflichtung ist aber eine selbständige Leistung, die bei der Festsetzung des Geschäftswerts zu berücksichtigen ist. Im Hinblick auf die Bedeutung der Beschäftigungsverpflichtung, die bei dem Unternehmensveräußerungsvertrag als wesentlich einzuordnen war, erscheint eine Bewertung von 20% von DM 5,2 Mio, mithin DM 1.040.000,00 durchaus angemessen. Darüber hinaus hatte die Fa. G. AG in § 8 d) Abs. 2 eine Haftungserklärung für Entsorgungskosten bis zum Betrag von DM 2,5 Mio übernommen, die Treuhandanstalt als Verkäuferin die über diesen Betrag hinausgehenden Kosten. Nachdem unstrittig das Betriebsgelände der Gesellschaft in erheblichem Maße verunreinigt war, erscheint dem Senat insoweit ein Betrag von 50%, mithin DM 1.250.000,00 für die Bewertung der übernommenen Verpflichtung angemessen, § 30 Abs. 1 KostO.

Daß das Kreisgericht das in § 7 vereinbarte Veräußerungsverbot bezüglich des Betriebsgrundstücks in D. nicht in Ansatz gebracht hat ist zutreffend, wird im übrigen mit der weiteren Beschwerde nicht gerügt. . . .

Die Gebührenermäßigung ergibt sich daraus, daß gesetzliche Kostenschuldnerin gem. § 448 Abs. 2 BGB die Treuhandanstalt als Verkäuferin war, die Ermäßigung nach Anlage I, Kapitel III, Sachgebiet A zum Einigungsvertrag vom 31. 8. 1990 auch der Fa. G. AG als Käuferin zugute kommt.

35. EStG §§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 1; 12 Nr. 2; HGB § 255 Abs. 1 Satz 1 (*Ablösung eines Wohnungsrechts durch Kombination von Miete und dauernder Last*)

1. Der Verzicht auf ein dingliches Nutzungsrecht an einer Wohnung, dessen monatlicher Nutzungswert 250 DM beträgt, ist keine Vermögensübergabe im Sinne der Rechtsprechung des BFH zur vorweggenommenen Erbfolge. Werden in sachlichem Zusammenhang mit diesem Verzicht abänderbare wiederkehrende Leistungen vereinbart, sind diese nicht als dauernde Last abziehbar.
2. Der Barwert dieser wiederkehrenden Leistungen ist nicht als Anschaffungskosten anzusetzen, wenn in demselben — einheitlichen — Rechtsgeschäft ein „Mietvertrag“ abgeschlossen wird und die wiederkehrenden Leistungen und der Mietzinsanspruch sich im wesentlichen gegenseitig aufheben.

BFH, Urteil vom 13. 10. 1993 — X R 86/89 —

Tatbestand der Schriftleitung:

Die Kläger, ein Ehepaar, wenden sich gegen einen Einkommensteuerbescheid für das Jahr 1984.

Mit notariellem Vertrag vom 1. 12. 1978 hatten die Kläger ursprünglich den Eltern des Ehemannes als Gegenleistung für deren Mitarbeit beim Hausbau ein Wohnungsrecht an der Erdgeschoßwohnung im Haus der Kläger eingeräumt.

Mit privatschriftlichem Vertrag vom 2. 1. 1984 vereinbarten die Kläger und die Eltern „aus steuerlichen Gründen (Änderung der Rechtsprechung)“ die Aufhebung des Wohnungsrechts. Zur Ablösung wurde eine monatliche Zahlung von 250 DM an die Eltern in Form einer — nach § 323 ZPO abänderbaren — dauernden Last vereinbart. Für den Fall einer „steuerlich ungünstigen Behandlung“ durch eine „Rechtsänderung für einen der beiden Teile“ verpflichteten sich die Vertragsteile zu einer erneuten Abänderung der Vereinbarungen, „so daß eine steuerlich günstige Regelung angestrebt wird, wobei die Interessen beider Vertragspartner zu berücksichtigen sind“. Mit Datum vom 1. 1. 1984 wurde gleichzeitig ein Mietvertrag über die bisher aufgrund des Wohnungsrechts genutzten Räume zu einem Mietzins von 300 DM monatlich auf Lebenszeit der Eltern abgeschlossen.

Das Wohnungsrecht wurde am 23. 11. 1984 zur Löschung bewilligt. Mit notarieller Urkunde vom 25. 4. 1985 wurde zugunsten der Eltern eine abänderbare Reallast in Höhe von vorläufig 250 DM entsprechend der Vereinbarung vom 2. 1. 1984 bestellt.

In ihrer Steuerklärung für 1984 beantragten die Kläger, den Betrag von 3000 DM zum Abzug als dauernde Last zuzulassen. Das beklagte Finanzamt lehnte den Abzug ab.

Der hiergegen erhobenen Klage hat das Finanzgericht stattgegeben. Die Revision des Beklagten führte zur Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils und zur Abweisung der Klage.

Aus den Gründen:

1. Wiederkehrende Leistungen zur Ablösung eines Nutzungsrechts können *Anschaffungskosten* des Grundstücks sein. Hierfür gelten die Grundsätze über die Ablösung gegen Einmalbetrag (BFH-Urteile vom 21. 7. 1992 IX R 72/90, BFHE 169, 317, BStBl II 1993, 486, unter 3.; IX R 14/89, BFHE 169, 313, BStBl II 1993, 484; IX R 169/87, BFH/NV 1993, 93) mit der Maßgabe, daß — soweit dies steuerrechtlich erforderlich ist — der Kapitalwert — als AfA-Bemessungsgrundlage — und der Zinsanteil (Ertragsanteil) zu ermitteln sind.

Die wiederkehrenden Zahlungen können aber auch — wie das FG im Streitfall angenommen hat — dauernde Lasten sein, wenn das dingliche Nutzungsrecht Gegenstand einer Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen ist; dies unter der Voraussetzung, daß das Recht für den Inhaber eine existenzsichernde Wirtschaftseinheit ist und der Verzicht einer Hof- und Betriebsübergabe gleichzustellen ist (Senatsurteil vom 25. 11. 1992 X R 34/89, BFHE 170, 76, 79 ff.).

Der Verzicht der Eltern auf das Wohnungsrecht ist keine Vermögensübergabe, wie sie für den Abzug einer dauernden Last nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 1 EStG vorauszusetzen ist (unten 3.). Auch sind die wiederkehrenden Leistungen zur Ablösung des Wohnungsrechts keine im Wege der Absetzung für Abnutzung (AfA) zu verteilenden Anschaffungskosten des Grundstücks (§ 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7 EStG; unten 4.).

2. Aufgrund der Feststellungen des FG vermag der Senat nicht zu beurteilen, ob die Vertragsparteien den Vertrag ernsthaft und mit eindeutigem Inhalt geschlossen und wie vereinbart durchgeführt haben. Zur Durchführung des Vertrages fehlen jegliche Ausführungen des FG. Die Umstände des Einzelfalles hätten zur Prüfung Anlaß gegeben, ob die maßgeblichen Vereinbarungen bereits zu Beginn des Streitjahres 1984 getroffen worden sind. . . .

3. Für den Streitfall entfällt eine Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen, da der Verzicht auf das Wohnungsrecht nicht der Vermögensübergabe gleichzustellen ist.

Ob als dauernde Last abziehbare Versorgungsleistungen anzunehmen sind, hängt davon ab, ob der Vertrag dem Typus des Übergabevertrages zugeordnet werden kann, den das Gesetz dem Rechtsinstitut der dauernden Last zugewiesen hat. Für diesen ist charakteristisch die Verknüpfung der beiderseitigen Lebensverhältnisse infolge der Übertragung von existenzsicherndem Vermögen (vgl. hierzu Senatsurteil vom 11. 3. 1992 X R 141/88, BFHE 166, 564, BStBl II 1992, 499 [= MittBayNot 1992, 298]). Der Große Senat des BFH hat in seinem Beschluß vom 5. 7. 1990 GrS 4-6/89 (BFHE 161, 317, 326 f., BStBl II 1990, 847 [= MittBayNot 1990, 372]) den zivilrechtlichen Übergabevertrag dahin gekennzeichnet, daß Eltern „ihr Vermögen, insbesondere ihren Betrieb oder ihren privaten Grundbesitz“ übertragen und dabei u. a. „für sich einen ausreichenden Lebensunterhalt“ ausbedingen. Die Besonderheit dieses Übergabevertrages hat er darin gesehen, daß er der folgenden Generation das Nachrücken „in eine die Existenz wenigstens teilweise begründende *Wirtschaftseinheit*“ ermöglicht und zugleich die Versorgung des Übergebers aus dem übernommenen Vermögen „zumindest zu einem Teil sichert“.

Der Senat hat in seinem Urteil vom 27. 2. 1992 X R 136/88 (BFHE 167, 375, 379, BStBl II 1992, 609 [= MittBayNot 1993, 231]) ausgeführt, daß sich die rechtliche Umschreibung der „existenzsichernden Wirtschaftseinheit“ am Modellfall der Hof- und Geschäftsübergabe zu orientieren hat, aber auch auf die Wahrung der Rechtskontinuität und die Einfachheit der Rechtsanwendung Bedacht zu nehmen ist.

Das dingliche Wohnungsrecht an einer einzelnen Wohnung ist jedenfalls dann keine Wirtschaftseinheit, wenn sein verhältnismäßig geringer Wert keinen wirklichen Grund für eine Verknüpfung der beiderseitigen Lebensverhältnisse erkennen läßt. So liegt es im Streitfall. Hinzu kommt, daß der hier zu beurteilende Rechtsvorgang nicht den Charakter

der Weitergabe von existenzsicherndem Vermögen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge, sondern der Rückgängigmachung einer — entgeltlichen oder unentgeltlichen — Bestellung eines Nutzungsrechts hat. Die Kläger selbst haben im außergerichtlichen Rechtsbehelfsverfahren und vor dem FG vorgetragen, die wiederkehrenden Leistungen seien eine „wertgleiche Entschädigung“ bzw. eine „entgeltliche Gegenleistung“ für den Verzicht auf das Wohnungsrecht gewesen.

4. Die laufenden Zahlungen in Höhe von monatlich 250 DM führen aber auch nicht zu Anschaffungskosten.

a) Die Ablösung eines Nutzungsrechts führt zu Anschaffungskosten — sei es in der Form eines Einmalbetrages oder wiederkehrender Leistungen —, wenn der Steuerpflichtige *Aufwendungen* tätigt, um das einem Dritten zustehende Nutzungsrecht abzulösen. Ob dies der Fall ist, bestimmt sich nicht allein nach der zivilrechtlichen Qualifikation der von den Vertragsbeteiligten abgegebenen Erklärungen, vielmehr ist der hierdurch gestaltete rechtserhebliche Sachverhalt zu erfassen und seinen Eigenheiten gemäß am Maßstab der anzuwendenden Rechtsnorm zu würdigen (vgl. *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, S. 65; *Kruse* in *Tipke/Kruse*, Abgabenordnung — Finanzgerichtsordnung, § 4 AO 1977 Tz. 73 f. m. w. N.).

Anschaffungskosten setzen voraus, daß die Aufwendungen auch tatsächlich eine Änderung der Rechtslage bewirkt haben. Vor allem bei Verträgen zwischen einander unterhaltspflichtigen Personen bedarf es für den Ausschluß des § 12 Nr. 2 EStG einer „wirtschaftlich ausreichend gewichtigen Leistung“, um Aufwendungen, die nach der Behauptung des Steuerpflichtigen keine freiwilligen Zuwendungen oder Unterhaltsleistungen sind, dem Einkünftebereich zuzuordnen zu können (vgl. Senatsurteil vom 12. 2. 1992 X R 121/88, BFHE 167, 119, 125, BStBl II 1992, 468, unter 6. b).

Sinn und Zweck des steuerrechtlichen Begriffs der Anschaffungskosten gebieten es daher, weniger auf die formalen Erklärungen als auf den mit ihnen bewirkten wirtschaftlichen Sachverhalt abzustellen. Dies gilt insbesondere dann, wenn die formalen Erklärungen ein Bündel von Willenserklärungen sind, die auf ganz oder teilweise einander widersprechende — gegenläufige — Rechtsfolgen abzielen und sich insoweit in ihrer Wirkung aufheben (vgl. zur Anwendung des § 42 der Abgabenordnung — AO 1977 — Senatsurteil vom 16. 3. 1988 X R 27/86, BFHE 153, 46, BStBl II 1988, 629).

Deshalb liegen Anschaffungskosten mangels Aufwendungen nicht vor, wenn beispielsweise der Veräußerer aus privaten Gründen auf die Entrichtung des Entgelts verzichtet (BFH-Urteile vom 20. 12. 1990 XI R 4/86, BFH/NV 1991, 384; vom 30. 1. 1991 XI R 6/84, BFH/NV 1991, 453) oder wenn eine Geldzahlung wieder an den Aufwendenden zurückfließt (BFH-Urteil vom 26. 6. 1991 XI R 5/85, BFH/NV 1992, 24).

b) Bei Anwendung der vorgenannten Grundsätze ist im Streitfall ein Erwerb der vollständigen rechtlichen und wirtschaftlichen Verfügungsmacht gegen Entgelt zu verneinen.

Die Frage, ob den Klägern Aufwendungen für den Erwerb der uneingeschränkten Nutzungsbefugnis entstanden sind, kann nur unter Berücksichtigung aller zwischen ihnen und den Eltern getroffenen Vereinbarungen beantwortet werden. Der steuerrechtlichen Beurteilung ist die Rechtslage

zugrunde zu legen, welche die Vertragsparteien „per saldo“ zivilrechtlich gestaltet haben. Die Kläger selbst haben ausdrücklich erklärt, daß die Vereinbarungen über den Verzicht auf das dingliche Wohnungsrecht gegen lebenslanglich wiederkehrende Leistungen einerseits und der auf Lebenszeit geschlossene Mietvertrag über dieselbe Wohnung gegen ein den wiederkehrenden Leistungen nahezu entsprechendes Entgelt andererseits eine einheitliche Maßnahme waren. Im privatschriftlichen Vertrag vom 2. 1. 1984 und zuletzt nochmals in der notariell beurkundeten „Vereinbarung einer Reallast vom 25. 4. 1985“ haben sie hervorgehoben, daß sie, die Kläger, die wiederkehrenden Leistungen in Höhe von 250 DM im Hinblick auf die Löschung des Wohnungsrechts und den Abschluß des Mietvertrags zahlen bzw. seit Anfang 1984 gezahlt haben.

Nach dem erklärten Willen der Vertragspartner stehen die lebenslanglich zu zahlenden „Ablösezahlungen“ im Zusammenhang mit dem auf Lebenszeit der Eltern abgeschlossenen „Mietverhältnis“. Die Verträge sehen vor, daß alle Vereinbarungen geändert werden können und sollen, „sofern durch Rechtsänderung für einen der beiden Teile eine steuerlich ungünstigere Behandlung eintritt“. Bereits dadurch ist ein rechtlicher Zusammenhang zwischen den Vereinbarungen mit der Wirkung hergestellt worden, daß die jeweiligen Berechtigungen und Ansprüche der Vertragspartner nur aus dem Zusammenhang aller Vereinbarungen bestimmt werden können. Hiernach hatte sich die bisherige Rechtsposition der Eltern lediglich insofern geändert, als sie nicht mehr wie bisher aus eigenem dinglichen Recht die Wohnung nutzten, sondern aufgrund mietweiser Überlassung. Nach dem Gesamtinhalt der Vereinbarungen konnte dies nur bedeuten, daß keine dem gesetzlichen Regelstatut des Wohnungsmietvertrages entsprechende Überlassung zur Nutzung beabsichtigt war, sondern eine — schuldrechtliche — Berechtigung nach Art eines dinglichen Wohnungsrechts, vor allem unter stillschweigendem Verzicht auf eine Kündigung aus berechtigtem Interesse (§ 564b BGB). Nach dem Gesamtzusammenhang der Vereinbarungen entsprach es dem Willen der Vertragschließenden, die Rechtsposition der Eltern gegenüber dem dinglichen Nutzungsrecht nicht zu entwerten. Damit änderte sich für die Kläger in wirtschaftlicher Hinsicht nichts; insbesondere waren sie wie bisher auf die Lebenszeit der Eltern in der wirtschaftlichen Verfügungsbefugnis über die Erdgeschoßwohnung beschränkt. Die Unterscheidung zwischen dinglicher und schuldrechtlicher Nutzungsbefugnis war für die Vertragsbeteiligten eher formaler Natur; gegebenenfalls war ein nochmaliger Wechsel je nach steuerrechtlicher Interessenslage zur Verwirklichung ihres wirtschaftlichen Rahmenkonzeptes eingeplant.

Aufgrund der Vereinbarung über die Ablösung des Nutzungsrechts änderten sie die rechtlichen Modalitäten der Nutzungsbefugnis insofern nur geringfügig, als die Eltern für die von ihnen genutzte Wohnung zusätzliche Aufwendungen in Höhe von 50 DM monatlich hatten. Hierdurch wurde ein steuerrechtlich anzuerkennendes Mietverhältnis nicht begründet. Den Klägern wären allenfalls dann Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung zuzurechnen, wenn der von den Eltern gezahlte Betrag insgesamt (300 DM) oder teilweise (50 DM) als Entgelt für die Überlassung der Wohnung zur Nutzung gezahlt würde. Solches ist hinsichtlich des Betrages von 250 DM schon aus den vorstehend genannten Gründen zu verneinen. Die Zahlung der weiteren 50 DM ist nach dem Gesamtinhalt der

einheitlich zu beurteilenden Vereinbarungen eine Zuwendung der Eltern. Da diesen nach wie vor — wenn auch nunmehr auf schuldrechtlicher Grundlage — ein lebenslangliches Nutzungsrecht zusteht und sich die Vertragslage hinsichtlich der Lastentragung (Reparatur- und andere Aufwendungen) nicht geändert hat, fehlt für die Zahlung einer „Miete“ ein wirtschaftlicher, in der Überlassung zur Nutzung liegender Grund, . . .

Anmerkung der Schriftleitung:

Siehe zu dieser Entscheidung auch den Beitrag von *Wegmann*, in diesem Heft Seite 309.

36. EStG § 15 a Abs. 5 Nr. 2, § 21 Abs. 1 Satz 2 (*Ein- geschränkter Verlustabzug bei BGB-Gesellschaften*)

Das Risiko einer Inanspruchnahme des Gesellschafters einer BGB-Gesellschaft für Schulden der Gesellschaft (§ 15 a Abs. 5 Nr. 2 2. Alternative i. V. m. § 21 Abs. 1 Satz 2 EStG) muß, um das Verlustausgleichs- und Abzugsverbot auszuschließen, zwar der Höhe nach nicht dem als sofort ausgleichsfähig und abziehbar geltend gemachten Werbungskostenüberschuß gleichkommen, es muß aber ein — im Verhältnis zu dem Werbungskostenüberschuß — erhebliches Risiko bestehen (Ergänzung zum Senatsurteil vom 17. Dezember 1992 IX R 7/91, BFHE 170, 497)

BFH, Urteil vom 30. 11. 1993 — IX R 60/91 —

Aus dem Tatbestand:

Die vier Kläger und Revisionsbeklagten (Kläger) beauftragten durch Treuhandvertrag vom Dezember 1983 einen Treuhänder, in ihrem Namen und für ihre Rechnung eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) zu gründen, deren Zweck der Erwerb eines Grundstücks und die Errichtung eines Wohn- und Geschäftshauses mit anschließender Vermietung war. Nach dem Finanzierungsplan sollten die Gesamtkosten von rd. 6,8 Mio DM zu etwa einem Drittel durch Eigenkapital und zu zwei Dritteln durch Aufnahme von Darlehen aufgebracht werden. Die Kläger erteilten dem Treuhänder außerdem eine umfassende Vollmacht, in ihrem Namen und für ihre Rechnung sämtliche Verträge abzuschließen und Rechtshandlungen vorzunehmen, die im Zusammenhang mit dem Erwerb des Grundstücks, der Errichtung des Wohn- und Geschäftshauses und der anschließenden Vermietung anfielen. Sowohl nach dem Treuhandvertrag als auch nach der Vollmacht ist der Treuhänder gehalten, bei sämtlichen abzuschließenden Verträgen und Erklärungen dafür Sorge zu tragen, daß der Treugeber lediglich im Verhältnis seines Anteils an der GbR verpflichtet wird. In dem Gesellschaftsvertrag, den der Treuhänder für die Kläger schloß, ist ebenfalls vereinbart, daß die Gesellschafter nur anteilig entsprechend ihrem Anteil an der Gesellschaft haften. Nach diesem Vertrag haben die Gesellschafter Beiträge entsprechend ihrer Beteiligung an der Gesellschaft zu erbringen. Die Gesellschaft ist auf unbestimmte Zeit geschlossen.

Am Ende des Streitjahrs 1983 hatte der Treuhänder für die Kläger das Grundstück erworben und einen Mietvertrag mit dem Hauptmieter abgeschlossen. Für die vorgesehenen Kleinläden lag ein Miet- und Mietgarantievertrag auf fünf Jahre mit einem der Initiatoren vor. Außerdem hatte die Landesbank D. die Finanzierung zugesagt. Der Treuhänder hatte ferner für die Kläger die modelltypischen Verträge über die Baubetreuung, die Mietvermittlung, die Finanzierungsvermittlung und den Generalunternehmervertrag zu einem Festpreis abgeschlossen. Baubeginn war im Dezember 1983.

In ihrer Erklärung zur gesonderten und einheitlichen Feststellung der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung für das Streitjahr 1983 wiesen die Kläger einen Überschuß der Werbungskosten über die Einnahmen von 1 463 336 DM aus. Nach einer Außenprüfung

vertrat der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt — FA —) die Auffassung, der Werbungskostenüberschuß sei — soweit er anzuerkennen sei (1 077 132 DM) — nach § 15 a Abs. 5 Nr. 2 i. V. m. § 21 Abs. 1 Satz 2 des Einkommensteuergesetzes (EStG) nur beschränkt ausgleichsfähig und abziehbar, weil die Haftung der Kläger beschränkt und nach Art und Weise des Geschäftsbetriebs unwahrscheinlich sei. Bei der gesonderten und einheitlichen Feststellung der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung wies das FA deshalb nur einen Teilbetrag des gesamten Werbungskostenüberschusses in Höhe der von den Klägern aus eigenen Mitteln geleisteten Einlagen zuzüglich der Sonderwerbungskosten — insgesamt 616 928 DM — als bei der Einkommensteuer anzusetzen aus. Den Rest (460 204 DM) stellte es als nur verrechenbaren Werbungskostenüberschuß fest und verteilte ihn auf die Kläger.

Die Revision des FA gegen die Aufhebung des Steuerbescheids durch das FG war erfolglos.

Aus den Gründen:

Die Revision ist unbegründet. Das FG hat zutreffend entschieden, daß § 15 a Abs. 5 Nr. 2 i. V. m. § 21 Abs. 1 Satz 2 EStG nicht anwendbar ist, weil die Inanspruchnahme der Kläger für Schulden der Gesellschaft nicht unwahrscheinlich war.

1. Die genannten Vorschriften sind nach ihrem Wortlaut und ihrem Zweck auch auf Immobilienfonds in der Rechtsform einer GbR anwendbar, wenn die persönliche Haftung der Gesellschafter aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ausgeschlossen und ihre Haftung daher der von Kommanditisten vergleichbar ist. Der erkennende Senat hat mit Urteilen vom 17. 12. 1992 IX R 150/89 und IX R 7/91 (BFHE 170, 506 und 497) ausgesprochen, daß diese Vorschriften verfassungsgemäß sind. Auch wenn gegen diese Regelung gewichtige Bedenken hinsichtlich ihrer Reichweite geltend gemacht werden (vgl. *Knobbe-Keuk*, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, 9. Aufl., 1993, 47 f.), ist der Senat an das — verfassungsgemäße — Gesetz gebunden. Der Senat hat nicht darüber zu entscheiden, ob der Anwendungsbereich der Vorschriften aus rechts- und wirtschaftspolitischen Gründen — etwa wegen der besonderen Verhältnisse in den neuen Bundesländern — eingeschränkt werden sollte. Diese Entscheidung hat allein der Gesetzgeber zu treffen. Der Senat hält sich zu einer einschränken- den Auslegung der Vorschriften um so weniger für berechtigt, als nach der Begründung der Bundesregierung zum Gesetzentwurf (BT-Drucks 8/3648, S. 16) Ausnahmen — außer nach § 15 a des Berlinförderungsgesetzes — ausdrücklich abgelehnt werden, weil „jede weitere Ausnahmeregelung zu Berufungen führen würde“.

2. Der Senat hat ferner entschieden, daß § 15 a Abs. 5 Nr. 2 Alternative 1 i. V. m. § 21 Abs. 1 Satz 2 EStG nicht anzuwenden ist, wenn die Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft — wie im Streitfall — persönlich für Schulden der Gesellschaft haften, wenn auch nur beschränkt auf einen Bruchteil der Gesamthandsschuld. Wegen der Begründung im einzelnen wird auf die Entscheidungsgründe der beiden Urteile Bezug genommen. Das FG ist danach zu Recht davon ausgegangen, daß die Haftung der Kläger im Streitfall nicht durch Vertrag ausgeschlossen war, wie es § 15 a Abs. 5 Nr. 2 Alternative 1 EStG voraussetzt.

3. Auch die Entscheidung des FG, die persönliche Inanspruchnahme der Kläger sei nach Art und Weise der Vermietungstätigkeit nicht unwahrscheinlich (§ 15 a Abs. 5 Nr. 2 Alternative 2 EStG), hält den Revisionsangriffen stand.

a) Der erkennende Senat hat in den beiden erwähnten Urteilen im einzelnen dargelegt, nach welchen Gesichtspunkten die Prognoseentscheidung über die Wahrscheinlichkeit oder Unwahrscheinlichkeit einer Inanspruchnahme der Gesellschafter für Gesamthandsschulden zu treffen ist, insbesondere, daß dabei nicht nur auf die Verhältnisse am Ende des Feststellungszeitraums abzustellen, sondern auch die voraussehbare künftige Entwicklung einzubeziehen ist (Abschn. IV 3 des Urteils IX R 7/91). Das FG hat im Streitfall konkrete Umstände festgestellt, die eine persönliche Inanspruchnahme der Kläger für Schulden der Gesellschaft nicht unwahrscheinlich machen. Es hat u. a. hingewiesen auf die Höhe der Sollmieten und der Aufwendungen für Zinsen und Tilgung sowie auf die Höhe der Bewirtschaftungskosten und auf die Risiken, die sich aus einer frühzeitigen Beendigung der Mietverträge und der Belastung mit Grunderwerbsteuer für den Gesamtaufwand ergeben. Diese Tatsachenwürdigung des FG ist möglich und widerspricht weder den Denkgesetzen noch Erfahrungssätzen; sie ist deshalb für das Revisionsgericht bindend (§ 118 Abs. 2 der Finanzgerichtsordnung — FGO —; vgl. *Gräber/Ruban*, Finanzgerichtsordnung, 3. Aufl., § 118 Anm. 40, 41, m. w. N.)

b) Allerdings läßt sich den Feststellungen des FG nicht entnehmen, in welcher Höhe das Risiko bestand und insbesondere, ob dieses Risiko die Höhe der festgestellten Werbungskostenüberschüsse erreichte. Dieser Mangel nötigt indes nicht zur Aufhebung der Vorentscheidung. Nach § 15a Abs. 5 Nr. 2 Alternative 2 EStG ist die Abziehbarkeit negativer Einkünfte beschränkt, „soweit“ die Inanspruchnahme für Schulden der Gesellschaft unwahrscheinlich ist. Für die *erste* Alternative dieser Vorschrift hat der Senat — allerdings für den Sonderfall der Haftungserweiterung auf schuldrechtlicher Grundlage — entschieden, daß die Werbungskostenüberschüsse nur insoweit sofort abziehbar sind, soweit die vertragliche Haftung betragsmäßig reicht (Urteil IX R 150/89, Abschn. II 3). Bei der entsprechenden Anwendung der *zweiten* Alternative des § 15 a Abs. 5 Nr. 2 EStG ist nach der Rechtsauffassung des erkennenden Senats eine Beschränkung auf den Betrag, in dessen Höhe der Haftende aller Wahrscheinlichkeit nach tatsächlich in Anspruch genommen werden wird, dagegen nicht gerechtfertigt. Es genügt für die sofortige Abziehbarkeit der festgestellten negativen Einkünfte, daß das Risiko einer persönlichen Inanspruchnahme betragsmäßig im Verhältnis zu den als sofort abziehbar geltend gemachten Werbungskostenüberschüssen erheblich ist. Diese Auslegung entspricht dem Zweck, den der Gesetzgeber mit der Regelung verfolgt hat: Ein Verlustabzug soll dann nicht zulässig sein, wenn zwar zivilrechtlich eine Haftung besteht, diese aber nicht „mit einem wirtschaftlich ins Gewicht fallenden Risiko“ verbunden ist (BT-Drucks 8/3648, S. 16 f.). Der Senat versteht diese Einschränkung dahin, daß ein dem Grunde und der Höhe nach erhebliches Risiko der Inanspruchnahme bestehen muß; er trägt dabei dem Erfordernis der hinreichenden Bestimmbarkeit der Regelung Rechnung (ebenso vgl. *Wolfgang Jakob* in Festgabe für *Günther Felix*, S. 111, 145, Fußnote 112; *Schmidt/Drenseck*, Einkommensteuergesetz, 12. Aufl., § 15 a Anm. 77 am Ende; *Friele*, Die steuerliche Betriebsprüfung 1985, 73, 74; offengelassen von *Meßmer*, Betriebs-Berater, Beilage 1/1981 zu Heft 4/1981, S. 14).

Daß ein solches erhebliches Risiko für die Kläger bestand, hat das FG in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise festgestellt.

Beurkundungs- und Notarrecht

37. Verordnung über die Tätigkeit von Notaren in eigener Praxis vom 20. 6. 1990 (GBl. der DDR Teil I S. 475 — VONot) § 39; EinigVtr Anl. II Kap. III Sachgeb. A Abschn. III Nr. 2 (*Rechtmäßigkeit der Abgabenerhebung durch die Ländernotarkasse*)

Die Erhebung von Abgaben zur Finanzierung der Aufgaben einer Notarkasse mit länderübergreifender Zuständigkeit (hier: Ländernotarkasse in Leipzig) ist rechtmäßig.

BGH, Beschluß vom 25. 4. 1994 — NotZ 8/93 —

Aus dem Tatbestand:

Der Antragsteller ist Notar innerhalb des Amtsbereichs der Ländernotarkasse, der Antragsgegnerin. Er wendet sich gegen deren Beitragsbescheid für das Jahr 1991. Mit grundsätzlichen Erwägungen bestreitet er die Rechtsgrundlagen der Abgabenerhebung.

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts, die gem. § 39 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung über die Tätigkeit von Notaren in eigener Praxis vom 20. 6. 1990 (DDR-GBl. I S. 475, in der Fassung vom 22. 8. 1990, DDR-GBl. I S. 1328, im folgenden: VONot) errichtet worden ist. Ihr Tätigkeitsgebiet umfaßt in länderübergreifender Zuständigkeit die Bezirke der Notarkammern Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen. Zu ihren Aufgaben gehören, vergleichbar denen der schon seit langem bestehenden Notarkasse in München (§ 113 Teil I Abs. 1 BNotO), insbesondere

- die erforderliche Ergänzung des Berufseinkommens der Notare,
- die Versorgung der ausgeschiedenen Berufsangehörigen im Alter und bei Amtsunfähigkeit sowie die Versorgung ihrer Hinterbliebenen,
- die einheitliche Durchführung der Versicherung nach § 18 VONot und der Versicherungen der Notarkammern nach § 29 Abs. 3 Ziff. 2 VONot sowie
- die Bereitstellung der Haushaltsmittel der in ihrem Gebiet gebildeten Notarkammern.

Nach § 39 Abs. 7 VONot hat die Antragsgegnerin, soweit dies zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist, von den Notaren Abgaben zu erheben, deren Höhe sich nach der Leistungsfähigkeit der betroffenen Berufsangehörigen richten muß. In der Abgabensatzung, die sich die Antragsgegnerin gem. § 39 Abs. 7 durch Beschluß ihres Verwaltungsrates vom 10. 10. 1990 für das von 10. 1990 bis 9. 1991 dauernde Rechnungsjahr 1990/1991 gegeben hat, ist vorgesehen, daß nach Kalendermonaten berechnete Staffelabgaben aus den abgabepflichtigen Notargebühren zu entrichten sind. Von der Abgabepflicht sind bestimmte, in § 3 Abs. 2 der Abgabensatzung beschriebene Gebühren von vornherein ausgenommen. Darüber hinaus bleibt bei der Ermittlung der Abgaben ein prozentual festgelegter Freibetrag außer Betracht.

Die progressiv ausgestalteten Staffeln beginnen bei 10% und enden bei 80% der zu Soll gestellten abgabepflichtigen Gebühren.

Das Bezirksgericht — jetzt Oberlandesgericht — Dresden hat den Abgabenbescheid der Ländernotarkasse aufgehoben. Es hält die Abgabensatzung der Antragsgegnerin, auf der der angefochtene Bescheid beruht, deshalb für nichtig, weil die progressive Abgabenstaffelung zu einer Einkommensumverteilung zu Lasten umsatzstarker Notariate führe, die verfassungsrechtlich insoweit unzulässig sei, als die Abgabe rechtlich auch die Bedeutung eines Sozialversicherungsbeitrages habe. Der Beitrag zur Altersversorgung unterliege der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG; ihr widerspreche die mit der Abgabenprogression notwendigerweise verbundene Einkommensumverteilung jedenfalls insoweit, als es den „umverteilungsfesten“ Teil des Sozialversicherungsbeitrages angehe und der Beitragsleistung keine entsprechende Versicherungsanwart-

schaft gegenüberstehe. Da die Staffelnabgabe eine Ermittlung des in jedem Falle rechtlich bedenklichen Anteils nicht zulasse, verstoße die Satzungsregelung über die Abgabenerhebung insgesamt gegen höherrangiges Recht.

Auf die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin hin hat der Bundesgerichtshof den Beschluß des Bezirksgerichts aufgehoben und den Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen die Abgabenbescheide abgewiesen.

Aus den Gründen:

I. . . .

II. Entgegen der Auffassung des Bezirksgerichts ist der Antrag auf gerichtliche Entscheidung jedoch unbegründet. Der angegriffene Abgabenbescheid ist rechtmäßig. Die ihn rechtfertigende Grundlage in der Abgabensatzung der Antragsgegnerin ist, bezogen auf den maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt, wirksam.

2. Die dem (abgeänderten) Abgabenbescheid zugrunde gelegten satzungsrechtlichen Bestimmungen halten rechtlicher Nachprüfung stand.

a) Insbesondere bestehen an der Wirksamkeit der Ermächtigungsgrundlage zum Erlaß der Abgabensatzung in § 39 Abs. 7 VONot keine begründeten Zweifel.

aa) Sie genügt den Anforderungen des allgemeinen, auch für die Erhebung von öffentlichen Abgaben geltenden Gesetzesvorbehalts. Auf Grund des Zustimmungsgesetzes zum Einigungsvertrag sind die Vorschriften der VONot (mit geringen, hier nicht wesentlichen Änderungen) zu partiell geltendem Bundesrecht geworden. Sie haben damit ebenso wie die übrigen Normen des ehemaligen „DDR-Rechts“, deren Übernahme angeordnet worden ist, ihren Geltungsgrund in einem formellen Gesetz der Bundesrepublik Deutschland. Ob dieser Umstand schon ausreicht, fortgeltendes untergesetzliches Recht der DDR generell in den Rang von nachkonstitutionellem Gesetzesrecht zu heben (vgl. aber BVerfG — 2. Kammer des Ersten Senats — DtZ 1994, 148), kann dahingestellt bleiben. Für Verordnungsrecht, das nach der sog. Wende von der demokratisch legitimierten Regierung (Ministerrat) der DDR erlassen worden ist und inhaltlich Regelungen in formellen Bundesgesetzen entspricht, ist dies jedoch anzunehmen. Beide Voraussetzungen treffen auf die VONot zu. Sie ist nach der „Wende“ ergangen, lehnt sich an die Vorschriften der Bundesnotarordnung an und stimmt in § 39 VONot mit den die Notariatsverfassung in Bayern und die Notarkasse München betreffenden Regelungen der § 113 BNotO überein. Jedenfalls in diesem begrenzten Bereich muß für die Qualifizierung als untergesetzliches Recht oder als formelles, den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts genügendes Gesetzesrecht den Ausschlag geben, daß der Gesetzgeber mit dem Zustimmungsgesetz im Gesetzgebungsverfahren mit den darin enthaltenen formellen und inhaltlichen Prüfungen die Fortgeltung der DDR-Normen angeordnet und damit für die Zukunft die allein entscheidende Geltungsgrundlage in einem formellen Gesetz geschaffen hat.

bb) Aus den spezielleren und engeren Anforderungen des sogenannten Parlamentsvorbehalts ergeben sich ebenfalls keine zur Unwirksamkeit des § 39 Abs. 7 führenden Gründe. . . .

Als Ermächtigungsgrundlage zum Erlaß von Satzungen unterliegt § 39 Abs. 7 VONot zwar nicht dem für Rechtsverordnungen geltenden Gebot hinreichender Bestimmtheit nach Inhalt, Zweck und Ausmaß der Regelung (Art. 80

Abs. 1 Satz 2 GG; BVerfG in ständiger Rechtsprechung, vgl. u. a. BVerfGE 12, 319, 325; 32, 346, 361; 33, 125, 157). Die Übertragung von Satzungsautonomie ist jedoch nicht schrankenlos möglich. Vielmehr müssen die wesentlichen Entscheidungen, insbesondere was Eingriffe in Grundrechtsbereiche angeht, in der Ermächtigungsnorm vom Parlament selbst getroffen werden und dürfen nicht dem Satzungsgeber überlassen bleiben (BVerfGE 47, 46, 79; 61, 260, 275). Dabei richten sich die aus dem Parlamentsvorbehalt abgeleiteten Anforderungen an die Bestimmtheit der Ermächtigung nach der Intensität des vorgesehenen Eingriffs. Berufsrechtliche Regelungen, welche die Freiheit der Berufswahl berühren oder das Gesamtbild der Berufsausübung wesentlich prägen (sog. statusbildende Normen der Berufsausübung) müssen in den Grundzügen vom Gesetzgeber festgelegt werden (BVerfGE 33, 125, 163). Hingegen unterliegen die nicht statusbildenden Regelungen der Berufsausübung geringeren Anforderungen. Insoweit können u. U. auch Ermächtigungsnormen mit nur general-klauselartiger Umschreibung der Zielkonzeption zulässig sein (vgl. *Stürer* DVBl 1989, 1137, 1138 f.). Daran gemessen ist den Geboten des Parlamentsvorbehalts hier genügt. Die Abgabepflicht gegenüber der Antragsgegnerin berührt nicht die Grundpflichten der beruflichen Betätigung eines Notars; es geht um eine sonstige, die Berufsausübung regelnde Maßnahme, die nicht statusbildend wirkt. Auch folgt aus der Abgabepflicht, wie noch darzulegen ist, keine so schwerwiegende Belastung, daß deswegen eine besonders hohe Regelungsgenauigkeit (Regelungsdichte) in der Ermächtigung geboten wäre. Zwar ist in § 39 Abs. 7 VONot hinsichtlich der Abgabenhöhe keine ins einzelne gehende Vorgabe enthalten. Durch die Regelung, daß sich die Abgaben an der Leistungsfähigkeit der Notare auszurichten haben, und insbesondere durch die begrenzende Zweckbestimmung des Abgabenaufkommens zur Finanzierung der der Ländernotarkasse obliegenden Aufgaben sind jedoch die nach den gegebenen Umständen notwendigen wesentlichen Eckwerte (vgl. BVerfGE 12, 319, 325) in der VONot selbst festgelegt. Eine zusätzliche Konkretisierung der Satzungsermächtigung ergibt sich aus Sinn, Regelungszusammenhang und Entstehungsgeschichte des § 39 VONot. Für die Auslegung und inhaltliche Bestimmung solcher Ermächtigungsnormen kann neben dem Aufgabenbereich des zur Rechtssetzung befugten autonomen Rechtsträgers durchaus auch die Entstehungsgeschichte der die Befugnis verleihenden Rechtsgrundlage herangezogen werden (vgl. *Maunz/Dürig* GG Art. 80 Rdnr. 31, 47, 49). Die Einrichtung des „Nurnotariats“ in der DDR und einer Notarkasse durch Erlass der VONot war an der Notariatsverfassung in Bayern und am Beispiel der Notarkasse München ausgerichtet. Das ergibt sich nicht nur aus der Entstehungsgeschichte der VONot (vgl. *Treffkorn* NJ 1991, 304, 305), sondern vor allem auch aus dem § 113 BNotO weitgehend entsprechenden Regelungsinhalt des § 39 VONot. Den Vorstellungen des damaligen Verordnungsgebers, die auch für den (Bundes-)Gesetzgeber des Zustimmungsgesetzes zum Einigungsvertrag bei der Anordnung der Fortgeltung offensichtlich waren, lag in der Notarkasse München und in dem sie betreffenden Regelwerk ein im einzelnen ausgestaltetes Modell zugrunde, an dem die weiteren satzungsrechtlichen Regelungen nach § 39 Abs. 6 und 7 VONot ausgerichtet sein sollten. Bei der Bestimmung des Inhalts der Satzungsermächtigung darf diese offen zu Tage tretende, durch ein konkretes Vorbild bestimmte Konzeption bei Erlass der VONot nicht außer Betracht bleiben.

Unter diesen Umständen konnten die näheren Einzelheiten der Abgabebemessung, wie es zum Zwecke einer besser handhabbaren, an die Entwicklung flexibel angepaßten Regelung ohnehin sachgerecht ist, zulässigerweise der Satzungsgeberin überlassen werden.

cc) Die Ermächtigungsnorm in § 39 Abs. 7 VONot steht auch materiell im Einklang mit der Verfassung (für die vergleichbare Vorschrift des § 113 BNotO im Ergebnis ebenso schon BGH, Beschluß vom 27. 6. 1966 — NotZ 1/66, S. 22); sie bedeutet insbesondere keinen unzulässigen Eingriff in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen der den Regelungen unterworfenen Notare.

Für diese Beurteilung kommt es nicht entscheidend darauf an, ob die an die Antragsgegnerin zu entrichtende Notarabgabe, weil sie nicht eindeutig einer bestimmten nichtsteuerlichen Abgabenart zuzuordnen ist, als „Mischabgabe“, als einheitliche gegenleistungsunabhängige Verbandssonderlast zur Finanzierung wichtiger „gesamverbandsspezifischer“ Aufgaben oder als Abgabentyp eigener Art zu werten ist. In jedem Falle ist ihre materielle Zulässigkeit (auch) daran zu messen, ob für die einzelnen Zwecke, deren Finanzierung sie dient, überhaupt öffentliche Abgaben erhoben werden dürfen. Dies ist der Fall.

Soweit die Notarabgaben dafür vorgesehen sind, die Haushaltsmittel für die Notarkammern im Tätigkeitsbereich der Antragsgegnerin aufzubringen und die einheitliche Durchführung der Schadensversicherungen zu ermöglichen (§ 39 Abs. 3 Nr. 3 und 4 VONot) haben sie den Charakter von Mitgliedsbeiträgen. Daß die Antragsgegnerin in der Rechtsform der öffentlich-rechtlichen Anstalt errichtet ist, im körperschaftsrechtlichen Sinne somit keine Mitglieder haben kann, steht dem nicht entgegen. Denn die materiell rechtfertigende Grundlage leitet sich aus der Mitgliedschaft der betroffenen Notare in den Notarkammern im Zuständigkeitsbereich der Antragsgegnerin ab. Ihr ist lediglich aus Gründen praktischer Zweckmäßigkeit mit dem Ziel einheitlicher Abgabenerhebung die Einziehung auch dieser Mittel übertragen. Gegen die Zulässigkeit solcher verwaltungstechnischer Aufgabenzuweisung ist von Verfassungen wegen nichts zu erinnern. Daß die Notarkammern auch nach den Regelungen der VONot die Voraussetzungen erfüllen, von denen die Zulässigkeit der Zwangsmitgliedschaft in einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft nach verfassungsrechtlichen, aus Art. 2 Abs. 1 GG abgeleiteten Maßstäben abhängt, ist angesichts der den Notarkammern obliegenden Aufgaben (vgl. § 29 Abs. 1, 2 und 5 VONot) offensichtlich. Auch im Lichte des Art. 12 Abs. 1 GG hält die grundsätzliche Statuierung der Beitragspflicht zur Finanzierung der Aufgaben nach § 39 Abs. 3 Nr. 3 und 4 VONot verfassungsrechtlicher Nachprüfung stand (vgl. BGHZ 112, 163 ff.).

Soweit die Mittel für die in § 39 Abs. 3 Nr. 1 VONot genannten Aufgaben in Frage stehen (erforderliche Ergänzung des Berufseinkommens für Notare mit geringem Einkommen), können die Notarabgaben dagegen nicht als mitgliedschaftsabhängiger Beitrag oder als Verbandslast im weiteren Sinne beurteilt werden. Denn bei diesen Aufgaben handelt es sich nicht um solche, die originär („an sich“) den Notarkammern als körperschaftlich strukturierten Einrichtungen zugewiesen sind und für deren Mittelbeschaffung die Antragsgegnerin der Sache nach nur die Funktion eines Mittlers hätte. Ihr ist jedoch insoweit in § 39 Abs. 7 VONot sachlich das Recht zur Erhebung von Sonderabgaben zuerkannt, von Abgaben nämlich, die ohne Zuordnung zu

einem anderen Abgabentypus (Steuern, Beiträge, Gebühren) einem bestimmten Finanzierungszweck dienen sollen.

Die Voraussetzungen, von denen es nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts abhängt, daß die Erhebung solcher Sonderabgaben verfassungsrechtlichen Bestand hat, sind erfüllt. Der über die bloße Mittelbeschaffung hinausreichende Sachzweck der Abgabe (vgl. BVerfGE 82, 159, 179) liegt darin, daß die Einkommensergänzung letztlich mit dazu beitragen soll, ein leistungsfähiges Notariat auch in strukturschwachen Gebieten mit geringem Gebührenaufkommen zu sichern und damit insgesamt eine geordnete vorsorgende Rechtspflege in allen Landesteilen zu gewährleisten. Die der Abgabepflicht unterworfenen Notare stellen zweifelsfrei auch auf Grund des gemeinsamen Berufs und der besonderen rechtlichen Stellung als Träger öffentlicher Ämter eine von der Allgemeinheit und anderen Personengruppierungen abgrenzbare homogene Gruppe dar (vgl. BVerfGE 55, 274, 305 f.; 67, 256, 276; 82, 159, 180). Sie trifft auch auf Grund besonderer Sachnähe eine gegenüber der Allgemeinheit der Steuerzahler und anderen Bevölkerungsgruppen erhöhte, die Belastung rechtfertigende Verantwortung für den Finanzierungszweck (vgl. BVerfGE 55, 274, 306; 67, 256, 276). Den Notaren sind mit den mannigfachen Tätigkeiten auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege Aufgaben zur eigenverantwortlichen und unabhängigen Wahrnehmung übertragen, die originär dem Staat obliegen. Zugleich mit der Übertragung dieser staatlichen Aufgaben sind den Notaren die Gebühren überlassen worden, die von der rechtsuchenden Bevölkerung im Sinne einer Gegenleistung und eines Ausgleichs für die Inanspruchnahme der vorsorgenden Rechtspflege aufzubringen sind. Es ist evident sachgerecht, wenn in erster Linie dieses Gebührenaufkommen und nicht die allgemeiner Staatsfinanzierung dienenden und von der Allgemeinheit aufzubringenden Steuermittel zur Bestreitung der Kosten herangezogen werden, die zur Gewährleistung einer geordneten vorsorgenden Rechtspflege dienen. Zugleich ist damit auch die sachgerechte Verknüpfung gegeben, die zur Rechtfertigung einer Sonderabgabe zwischen den mit ihnen verbundenen Belastungen und Begünstigungen bestehen muß (vgl. BVerfGE 55, 274, 307; 67, 256, 276; 82, 159, 180).

Nicht außer acht gelassen werden darf in diesem Zusammenhang schließlich auch, daß die Belastung der Notare mit den Kosten solcher gruppennützigen Aufgaben dem deutschen Notarrecht nicht fremd ist, sondern einer geschichtlich gewachsenen, durch § 113 BNotO vom Bundesgesetzgeber bestätigten Entwicklung in Bayern und in der Pfalz entspricht (vgl. dazu *Cammerer*, Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 1930, S. 137 f., 153 f.; *Ring* in: 125 Jahre bayerisches Notariat, 1987, S. 96 f.; *Bomhard* MittBayNot 1972, 2 ff.), die Leitbildfunktion für den Verordnungsgeber der VONot hatte.

Dies ist auch insoweit von Bedeutung, als die von der Antragsgegnerin erhobenen Notarabgaben dazu dienen, die Versorgung der Notare im Alter und bei Amtsunfähigkeit sowie die Versorgung der Hinterbliebenen zu gewährleisten (§ 39 Abs. 3 Nr. 2 VONot). Die Antragsgegnerin hat Versorgungsregelungen getroffen, die denen über die Alters- und Hinterbliebenenversorgung der Notarkasse München entsprechen (Anlage zu Art. 16 der Hauptsatzung der Antragsgegnerin in der Fassung vom 13. 10. 1991, Anlage I zu Art. 20 der Satzung der Notarkasse München vom 23. 10. 1964). Sie hat sich damit in den Grenzen des durch den Aufgabenzweck und die Entstehungsgeschichte mit-

stimmten Inhalts der Satzungsermächtigung in § 39 Abs. 6 und 7 (i. V. m. Abs. 3 Nr. 2) VONot gehalten. Daß berufsständische Altersversorgungen mit Zwangsmitgliedschaft und Erhebung dafür bestimmter Abgaben grundsätzlich zulässig und insbesondere mit Art. 2, 3, 12 und 14 GG vereinbar sind, ist für rechtlich verselbständigte Versorgungswerke einzelner Berufe in ständiger Rechtsprechung anerkannt (vgl. BVerfGE 10, 354, 362 ff. und speziell zu den Versorgungswerken der Rechtsanwälte: BVerfG — 2. Kammer des Ersten Senats — NJW 1990, 1653; BVerwG NJW 1991, 1842, 1843 f.; BayVerfGH NJW 1988, 550, 552; OVG Münster NJW 1990, 592 f.; VGH Mannheim NJW 1987, 1350 f.). Entsprechendes gilt auch für die Notarversorgung der Antragsgegnerin. Materiell gerechtfertigt ist die zwangsweise verordnete Teilnahme an der Altersversorgung der Notare vor allem deswegen, weil sie zur Stärkung der Unabhängigkeit im Amt beiträgt, älteren Notaren das frühere Ausscheiden aus dem Beruf ermöglicht und so Bemühungen um eine ausgewogene Altersstruktur des Notarstandes fördert, mithin im Gesamtinteresse der Notare liegt, letztlich aber auch der Gewährleistung einer geordneten vorsorgenden Rechtspflege, eines Gemeinschaftsguts von hohem Rang, dient.

Die Notarversorgung der Antragsgegnerin unterscheidet sich in ihrer Ausgestaltung allerdings wesentlich von anderen berufsständischen Versorgungswerken und insbesondere auch von rechtlich selbständigen Versorgungswerken der Notarkammern (Versorgungswerk der Notarkammer Hamburg, Versorgungswerk der Saarländischen Notarkammer, Versorgungskasse Koblenz, Versorgungswerk Köln für den Bereich der Rheinischen Notarkammer). Anders als diese ist sie nicht durch das sog. Versicherungsprinzip bestimmt, für das die grundsätzliche Äquivalenz von Beitrag und Leistung, die Abhängigkeit des Leistungsanspruchs vom Umfang der erbrachten Beiträge kennzeichnend sind (vgl. BVerfGE 79, 87, 101). Die nach Aufgabenzweck und Entstehungsgeschichte des § 39 Abs. 3 Nr. 2, Abs. 6 und 7 VONot vorgesehene Alters- und Hinterbliebenenversorgung der Notare ist vielmehr entsprechend dem Vorbild der die Notarkasse München betreffenden Regelungen nach den Grundsätzen beamtenrechtlicher, vom Alimentationsprinzip bestimmter Versorgung ausgestaltet (vgl. *Bohrer*, Das Berufsrecht der Notare, 1991, Rdnr. 352; ferner BVerwG NVwZ 1989, 375, 376). So gilt insbesondere, daß die Leistungsanwartschaft entsprechend der beamtenrechtlichen Versorgung nach Grund und Höhe von der Anzahl der Dienstjahre der Notare und nicht von den Abgabenzahlungen abhängt (§§ 1, 3 der Anlage zu Art. 16 der Hauptsatzung der Antragsgegnerin in der Fassung vom 13. 10. 1991, §§ 1, 3 der Anlage I zu Art. 20 der Satzung der Notarkasse München vom 23. 10. 1964). Auch im übrigen entsprechen die Regelungen der „Versorgungssatzungen“ der Notarkasse München und der Antragsgegnerin in ihrem Regelungsgehalt, teilweise sogar in ihrem Wortlaut, den Bestimmungen des Beamtenversorgungsrechts.

Daß der Verordnungsgeber der VONot und mit ihm der Gesetzgeber des Zustimmungsgesetzes zum Einigungsvertrag, wie Sinn, Regelungszusammenhang und Entstehungsgeschichte des § 39 VONot ergeben, im Versorgungsbereich nicht die „versicherungsrechtliche Lösung“, sondern das in Bayern historisch gewachsene Modell beamtenrechtlicher Versorgung gewählt haben, hält sich im Rahmen des für die Rechtssetzung gegebenen Ermessens. Die Entscheidung ist angesichts der besonderen Nähe des Amtes des „Nurnotars“ zum öffentlichen Dienst sachgerecht.

dd) Die Ermächtigungsgrundlage in § 39 Abs. 7 VONot ist darüber hinaus verfassungsrechtlich auch insofern unbedenklich, als im Sinn einer Grundentscheidung festgelegt ist, daß die Beiträge nach der Leistungsfähigkeit zu bemessen sind und davon grundsätzlich selbst eine progressiv an diesem Maßstab ausgerichtete Staffelung der Abgaben abgedeckt ist, wie sie den an die Notarkasse München abzuführenden Abgaben auf Grund der historischen Entwicklung entspricht.

Soweit die Notarabgaben, wie dargelegt, unter dem Teilaspekt des öffentlich-rechtlichen Mitgliedsbeitrags zu betrachten sind, ist die Zulässigkeit einer Differenzierung nach der Leistungsfähigkeit unter den Anforderungen des Gleichheitsprinzips so allgemein anerkannt, daß es der Senat in seiner Rechtsprechung zur Rechtmäßigkeit von Notarkammerbeiträgen umgekehrt als rechtfertigungsbedürftig nach Art. 3 Abs. 1 GG angesehen hat, wenn der Beitrag für alle Mitglieder in gleicher Höhe und nicht entsprechend der Leistungsfähigkeit erhoben wurde (BGH NJW 1991, 2290, 2293 [= DNotZ 1991, 324]; vgl. auch BGHZ 55, 244, 246 f.; BGHR BNotO § 71 Abs. 4 Nr. 1 Beitragsbemessung 1).

Entsprechendes gilt, soweit die Notarabgaben im Hinblick auf die Aufgaben nach § 39 Abs. 3 Nr. 1 VONot als Sonderabgaben zu verstehen sind. Denn Sinn dieser Abgabenart ist es, einen Finanzierungsausgleich innerhalb einer durch gemeinsame Interessen verbundenen Gruppe zu erreichen. Eine Differenzierung nach der Leistungsfähigkeit, selbst in Gestalt einer progressiven Steigerung der Beiträge, entspricht daher ihrem Wesensgehalt.

Soweit die Notarabgaben dazu dienen, die Mittel für die Alters- und Hinterbliebenenversorgung aufzubringen, ist ihre an der Leistungsfähigkeit ausgerichtete Bemessung nach Progressivitätssätzen verfassungsrechtlich ebenfalls nicht unzulässig. Die Bedenken, die das Bezirksgericht im Anschluß an Stimmen im Schrifttum (vgl. *F. Kirchhof* in *Isensee/Kirchhof* [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1990, Bd. IV § 93 Rdnr. 22 m. w. N.) insoweit für durchgreifend erachtet hat, sind unbegründet. Der besondere und eigenständige Charakter der beamtenrechtlich ausgestalteten Notarversorgung der Antragsgegnerin verbietet es, verfassungsrechtliche Schranken sozialversicherungsrechtlicher Regelungen auf sie zu übertragen.

Dies gilt im Ergebnis aber auch dann, wenn man mit dem Bezirksgericht diese besondere Form der Altersversorgung deshalb, weil ihre Kosten von den Notaren — anders als von den Beamten — selbst aufgebracht werden, begrifflich zur Sozialversicherung rechnen wollte (so wohl *Schulin*, Sozialrecht, 4. Aufl., Rdnr. 611).

Der die Sozialversicherung noch finanzierende Solidaritätsgedanke rechtfertigt in Zurückdrängung der Individualäquivalenz nicht nur eine Bemessung der Beitragshöhe nach der Leistungsfähigkeit der Mitglieder (BVerfG — 2. Kammer des Ersten Senats — NJW 1990, 1653), sondern kann sich auch dahin auswirken, daß die Mittel für den Versicherungsschutz leistungsschwacher Mitglieder ganz oder nahezu ganz von den leistungsstarken aufgebracht werden. Ob es sich bei solchen weitgehenden Finanzierungsübernahmen im Rahmen der Sozialversicherung um historisch begründete Ausnahmen handelt und ob das aus dem Versicherungsprinzip abgeleitete Gebot der Entsprechung von Beitragsleistung und Versicherungsschutz eine Einschränkung

durch den Solidargedanken nur insoweit zuläßt, als die Beiträge proportional zum Einkommen nach festen Sätzen und nicht progressiv als Stafflabgaben bemessen werden (vgl. *F. Kirchhof* a. a. O. Randziffer 22), kann letztlich dahingestellt bleiben. Denn selbst bei grundsätzlicher Richtigkeit dieser einschränkenden Auffassung muß eine einkommensabhängige Progression der Beiträge ausnahmsweise dann als zulässig beurteilt werden, wenn besondere Umstände eine Verletzung des Art. 14 GG insoweit ausschließen. Solche besonderen Gründe liegen im Fall der Notarversorgung vor.

Als Träger eines öffentlichen Amtes trifft den Notar in Ausübung seines „staatlich gebundenen“ Berufs eine erhöhte Verpflichtung gegenüber dem damit angestrebten Ziel, eine geordnete Rechtspflege zu sichern. Daraus folgt mittelbar aber auch eine gesteigerte solidarische Verantwortung innerhalb dieses Berufsstandes. Denn der Beistand gegenüber den Berufskollegen besteht nicht vordringlich in der individuellen Begünstigung der sozial Schwächeren, sondern dient auch der Gewährleistung einer funktionstüchtigen vorsorgenden Rechtspflege. Hinzu kommt, daß die teilweise beträchtlichen Einkommensunterschiede innerhalb des Notarstandes durch die Notariatsverfassung mit der Zuweisung von Amtssitzen und der grundsätzlichen Beschränkung der Notartätigkeit auf einen engeren Amtsbereich mit bedingt sind, diese Art der Notariatsverfassung ihrerseits aber gerade in Flächenstaaten wie im Tätigkeitsbereich der Antragsgegnerin wegen der Notwendigkeit gefordert ist, ein gleichmäßiges Angebot vorsorgender Rechtspflege auch in strukturschwachen Gebieten sicherzustellen. Von Einfluß auf die Unterschiede in den Einkommensverhältnissen ist darüber hinaus die nach Geschäftswerten und nicht nach dem individuellen Arbeitsaufwand bestimmte Gebührenbemessung. Diese Besonderheiten tragen dazu bei, daß das Einkommen des einzelnen Notars in stärkerem Maße als dies bei sogenannten freien Berufen der Fall ist, von objektiven, nur begrenzt beeinflussbaren Umständen abhängt. Von Bedeutung in diesem Zusammenhang ist schließlich auch die materielle, im Verhältnis zur rechtssuchenden Bevölkerung begründete Zweckbestimmung des Gebührenaufkommens, aus dem die Notare ihr Einkommen ziehen. Mit ihm sollen die Kosten für die Gewährleistung einer geordneten vorsorgenden Rechtspflege, zu denen letztlich auch der Aufwand für eine angemessene Alters- und Hinterbliebenenversorgung der Notare gehört, jedenfalls mit bestritten werden (vgl. *Cammerer*, Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 1930 S. 137, 140). Diese Gesichtspunkte der begrenzten Abhängigkeit des Einkommens vom individuellen Arbeitsaufwand und der materiellen Zweckbestimmung des Gebührenaufkommens begründen nicht nur eine größere, den Schutz des Art. 14 GG zurückdrängende Verfügbarkeit für Zwecke geordneter vorsorgender Rechtspflege. Sie lassen es darüber hinaus ebenso wie die erhöhte, aus dem öffentlichen Amt folgende Verantwortung der Notare für die Sicherung der vorsorgenden Rechtspflege als sachwidrig erscheinen, für das legitime Ziel, leistungsschwächere Notare zu schonen, nicht das Mittel eines progressiv ausgestalteten standesinternen Finanzierungsausgleichs, sondern Zuschüsse aus dem allgemeinen Staatshaushalt einzusetzen, die von allen leistungsfähigen Staatsbürgern mit den Steuern aufzubringen sind.

b) Die Abgabensatzung hält sich auch in ihrer Einzelausgestaltung im Rahmen der Ermächtigungsgrundlage in § 39 Abs. 7 VONot und verstößt nicht gegen höherrangiges Recht.

aa) Die Belastung mit berufsständischen Abgaben kann nur im Ausnahmefall eine Grundrechtsverletzung nach Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 GG bedeuten. Dies wäre hier nur dann der Fall, wenn die Abgaben so unzumutbar hoch wären, daß die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit der betroffenen Notare unerträglich eingeengt oder ihre Vermögensverhältnisse grundlegend beeinträchtigt würden oder es ihnen unmöglich wäre, den Notarberuf zur Grundlage ihrer Lebensführung zu machen (vgl. BVerfGE 14, 221, 241; 19, 119, 129; 19, 253, 267 f.; 23, 288, 315; 30, 250, 372; 31, 8, 29; BGHZ 83, 190, 194). Dabei richtet sich die Beurteilung, ob ein so weitgehender Eingriff vorliegt, jedenfalls im Lichte des Art. 12 Abs. 1 GG, nicht nach der Lage einiger weniger Berufsangehöriger, sondern danach, ob den betroffenen Berufsangehörigen dadurch *in aller Regel* die Möglichkeit genommen wird, den gewählten Beruf zur wirtschaftlichen Basis ihrer Lebensführung zu machen (vgl. BGH NJW 1991, 2290, 2292). Eine solche „erdrosselnde“ Wirkung kommt der Abgabensatzung in der angewendeten Fassung nicht zu. (*Wird weiter ausgeführt.*)

cc) Die Antragsgegnerin setzt — entsprechend den Satzungsregelungen für die Notarkasse München — für die Berechnung der Notarabgaben bei dem sogenannten Bruttogebührenaufkommen an. Dies hält sich innerhalb des zulässigen Rahmens bei der Umsetzung der Ermächtigungsregelung in § 39 Abs. 7 Satz 3 VONot, die eine Berücksichtigung der Leistungsfähigkeit bei der Abgabebemessung fordert. Ein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist auch insoweit nicht festzustellen. Durch die Freistellung bestimmter Gebühren von der Abgabepflicht und durch die Gewährung eines pauschalen Freibetrags werden die Betriebsausgaben/Unkosten der Sache nach in pauschalierter Form berücksichtigt.

Der in § 39 Abs. 7 Satz 3 VONot vorgeschriebene Maßstab der Leistungsfähigkeit wird dadurch nicht verfehlt. Dieser ist im Bereich der an konkrete Finanzierungszwecke gebundenen und daher in der Mittel-Zweck-Relation zu kontrollierenden Sonderlasten ohnehin nicht mit dem am Nettoeinkommensprinzip ausgerichteten steuerlichen Leistungsfähigkeit voll gleichzusetzen.

dd) Härten durch die Regelung in § 3 Abs. 3 der Abgabensatzung, wonach der Abgabeberechnung die „zum Soll gestellten“ Gebühren ohne Rücksicht auf den tatsächlichen Eingang zugrundegelegt sind, werden in einer dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gerecht werdenden Weise gemindert durch die Aufschiebung des Fälligkeitszeitpunkts (§ 7 Abs. 1 der Abgabensatzung), durch die Stundungsmöglichkeit „wegen nicht zu vertretender außergewöhnlicher Umstände“ (§ 7 Abs. 2 der Abgabensatzung) sowie durch die Absetzbarkeit der uneinbringlichen Gebühren (§ 5 Abs. 3 der Abgabensatzung).

ee) Daß eine Teilbefreiung von der Abgabepflicht für diejenigen Notare nicht vorgesehen ist, die schon anderweitig Vorkehrungen für eine Altersversorgung getroffen haben, unterliegt ebenfalls keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Bei einem beamtenrechtlich ausgestalteten Versorgungssystem wie dem der Antragsgegnerin ist für eine Befreiung kein Raum. Jeder Notar erhält eine Versorgung nach dem Alimentationsprinzip, ähnlich wie jeder Beamte durch den Staat versorgt wird. Auch bei der Beamtenversorgung spielt keine Rolle, ob ein Beamter aus einer vorausgegangenen Tätigkeit schon Versicherungsansprüche erworben hat, die er neben seiner Pension behält.

Das Fehlen einer Teilbefreiung ist unter den maßgeblichen Gesichtspunkten des Verhältnismäßigkeitsprinzips und des rechtsstaatlichen Vertrauensgrundsatzes (vgl. VGH Mannheim NJW 1987, 1350, 1352) selbst dann rechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Versorgungssystem der Antragsgegnerin unter Außerachtlassung seiner Besonderheiten anderen berufsständischen Versorgungswerken gleichgestellt wird. Denn soll nicht die Effektivität einer kollektiven Versorgung in Frage gestellt und die Gemeinschaft mit ungünstigen Versorgungsrisiken überlastet sein, muß vor allem in der Aufbauphase darauf geachtet werden, daß der Grundsatz der Pflichtmitgliedschaft möglichst lückenlos durchgesetzt wird (vgl. BVerfG NJW 1991, 746, 747). Eine rechtliche Verpflichtung, eine generelle Freistellungsmöglichkeit vorzusehen, bestand daher für die Antragsgegnerin auch bei einer solchen Betrachtung nicht. Eine Befreiung war auch nicht aus Gründen des Vertrauensschutzes für diejenigen Notare geboten, die, wie der Antragsteller aus dem ehemaligen Gebiet der Bundesrepublik kamen und in den neuen Bundesländern ein Notaramt übernahmen. Sie mußten damit rechnen, daß sie zu den Kosten für den Aufbau eines neuen Versorgungswerks herangezogen werden.

38. BNotO § 15, BeurkG § 53 (*Pflicht des Notars zur Stellung von Eintragungsanträgen bei Vollzugsreife*)

1. Weigert sich der Notar nach Beurkundung eines Vertrages, der des Vollzuges durch Grundbucheintragung bedarf, die Weisung eines der Vertragsschließenden zu befolgen und die Vertragsurkunde nicht zum Vollzug beim Grundbuchamt einzureichen bzw. den schon gestellten Grundbuchantrag zurückzunehmen, ist die Beschwerde nach § 15 BNotO statthaft.
2. Nach Vollzugsreife darf der Notar von der Einreichung der Vertragsurkunde beim Grundbuchamt nicht schon dann absehen, wenn nur ein Vertragsschließender die Vollzugsvollmacht widerruft.
3. § 53 BeurkG enthebt den Notar der Verpflichtung, die Wirksamkeit des Widerrufs zu prüfen, jedenfalls dann, wenn dieser auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage des beurkundeten Vertrages gestützt wird.
4. Nur wenn es für den Notar in hohem Maße wahrscheinlich ist, daß der beurkundete Vertrag unwirksam ist und durch seinen Vollzug das Grundbuch unrichtig würde, darf er daran nicht mitwirken.

OLG Hamm, Beschluß vom 1. 2. 1994 — 15 W 38/94 —, mitgeteilt von Dr. Karldieter Schmidt, Vorsitzender Richter am OLG Hamm

Tatbestand der Schriftleitung:

Die Beteiligte ist Erbin ihres verstorbenen Ehemannes. Dieser war mit seinem Bruder Gesellschafter einer GmbH & Co. KG. Ferner waren beide Brüder Miteigentümer zu je 1/2 verschiedener, teilweise von der Gesellschaft genutzter Grundstücke.

Mit Notarurkunde vom 27. 10. 1993 vereinbarten die Beteiligte und der überlebende Gesellschafter das Ausscheiden der Beteiligten aus der Gesellschaft und die Aufhebung des Miteigentums an den Grundstücken gegen Zahlung einer Abfindung und Bestellung eines Wohnungsrechts für die Beteiligte. In der Urkunde erklärten die Beteiligten, daß die Bilanzen vorlägen und sie sich über den Wertansatz geeinigt hätten.

Aufgrund neuer Wertgutachten ist die Beteiligte nunmehr jedoch der Ansicht, der Ausgleichsanspruch bezüglich der Grundstücke sei zu ihren Lasten unrichtig errechnet worden.

Mit Anwaltsschreiben vom 6. 12. 1993 erklärte sie am Vertrag — soweit er die Grundstücksübertragungen betreffe — nicht festhalten zu wollen und stellte eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung in Aussicht. Ferner wies die Beteiligte den Urkundsnotar an, die Urkunde nicht weiter zu vollziehen und widerrief mit Schreiben vom 22. 12. 1993 die ihm erteilte Vollzugsvollmacht.

Gleichwohl beantragte der Notar mit Schreiben an das Grundbuchamt vom 28. 12. 1993, den Vertrag vom 27. 10. 1993 im Grundbuch zu vollziehen.

Mit Schriftsatz vom 30. 12. 1993 hat die Beteiligte dagegen Beschwerde gem. § 15 BNotO eingereicht.

Beschwerde und weitere Beschwerde blieben ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel ist unbegründet, weil die angefochtene Beschwerdeentscheidung nicht auf einer Verletzung des Gesetzes beruht (§ 27 FGG).

Das Landgericht ist zutreffend von einer nach § 15 Abs. 2 BNotO zulässigen Erstbeschwerde der Beteiligten ausgegangen.

In § 53 BeurkG ist bestimmt, daß dem Notar im Falle der Beurkundung von Willenserklärungen, zu deren Vollzug eine Grundbucheintragung notwendig ist, die Amtspflicht obliegt, die Urkunde ohne Verzögerung beim Grundbuchamt einzureichen. Lehnt der Notar diese ihm kraft Gesetzes obliegende Vollzugstätigkeit ab, so kann dagegen nach § 15 Abs. 1 BNotO die Entscheidung des Landgerichts angeufen werden, da diese Tätigkeit mit der Urkundstätigkeit in so engem Zusammenhang steht, daß sie noch als deren Bestandteil anzusehen ist (vgl. OLG Frankfurt, DNotZ 1992, 389, 390; *Jansen*, FGG, 2. Aufl., § 53 BeurkG Rdnr. 4). Eine Amtsverweigerung des Notars im vorgenannten Sinne liegt auch dann vor, wenn der Notar sich weigert, den Anweisungen eines Vertragsbeteiligten zu folgen (vgl. OLG Schleswig DNotZ 1993, 67, 68).

Durch die Ablehnung des Notars, den Weisungen der Beteiligten zu folgen, ist diese in ihren Rechten beeinträchtigt (§ 20 Abs. 1 FGG). Der Notar nimmt in dem Beschwerdeverfahren nach § 15 Abs. 1 S. 2 BNotO die Stelle einer ersten Instanz nach Maßgabe der Vorschriften des FGG und nicht die eines Beschwerdegegners und auch nicht die eines Verfahrensbeitrags ein (vgl. Senat DNotZ 1989, 648, 649).

Auch in der Sache selbst beruht die Entscheidung des Landgerichts nicht auf einer Verletzung des Gesetzes (§ 27 FGG).

Das Landgericht hat zu Recht auf die Vorschrift des § 53 BeurkG abgestellt. Die in der Notarurkunde vom 27. 10. 1993 enthaltenen Auflassungserklärungen sind Willenserklärungen im Sinne der vorgenannten Vorschrift, die beim Grundbuchamt nach Eintritt der Vollzugsreife der Urkunde einzureichen sind. Dementsprechend darf der Notar von der alsbaldigen Einreichung der Urkunde zum Vollzug nur absehen, wenn Veräußerer und Erwerber dies verlangen. Nach Vollzugsreife darf der Notar von der Einreichung der Urkunde nicht schon dann Abstand nehmen, wenn nur einer der Beteiligten den Vollzugauftrag zurücknimmt oder widerruft (vgl. OLG Hamm, 28. ZS, DNotZ 1987, 166; Köln OLGZ 1990, 397, 401; *Keidel/Kuntze/Winkler*, FGG, Teil B, 12. Aufl., § 53 BeurkG Rdnr. 19; *Jansen*, FGG, 2. Aufl., § 53 BeurkG Rdnr. 17; *Riedel/Feil*, BeurkG, § 53 Rdnr. 9; *Mecke/Lerch*, BeurkG, 2. Aufl., § 53 Anm. 1; a. A. *Arndt*, BNotO, 2. Aufl., Anhang zu § 19 Anm. 6). Die vor Erlaß des Beurkundungsgesetzes vom

28. 08. 1969 ergangene und nicht immer ganz eindeutige Rechtsprechung zur Beachtlichkeit von an den Notar gerichteten Weisungen (vgl. BGH DNotZ 1958, 29 und DNotZ 1960, 265, 269) ist durch die neue Regelung des § 53 BeurkG überholt (vgl. OLG Hamm DNotZ 1987, 166; *Jansen*, a. a. O.), denn es ist nicht Sache des Notars, die Wirksamkeit des Widerrufs einer solchen Weisung zu überprüfen, zumal § 53 BeurkG ihn gerade dieser schwierigen, im Ergebnis oft zweifelhaften und für ihn mit einem erheblichen Risiko verbundenen Prüfung entheben wollte (vgl. *Jansen*, a. a. O.). Es ist auch sachgerecht, daß derjenige, der sich auf die Unwirksamkeit des geschlossenen Vertrages berufen will, eine der Urkunde entgegenstehende Rechtslage im Prozeßwege geltend machen und zur Verhinderung des Vollzuges der Urkunde gegebenenfalls im Wege der einstweiligen Verfügung ein Erwerbsverbot erwirken muß (vgl. Köln OLGZ 1990, 397, 401; *Jansen*, a. a. O.).

Nur unter besonderen Umständen ist der Notar noch berechtigt, auf den einseitigen Widerspruch eines von mehreren Beteiligten seine Vollzugstätigkeit aufzuschieben, nämlich wenn ihm der Beteiligte einen ausreichend substantiierten und glaubhaft erscheinenden Anfechtungs- oder Unwirksamkeitsgrund eines notariell beurkundeten Vertrages vorträgt, dem der andere Beteiligte nicht oder nur mit fadenscheinigen Behauptungen zu begegnen versucht. Wenn es für den Notar in hohem Maße wahrscheinlich ist, daß durch seine Mitwirkung das Grundbuch unrichtig würde, darf er nicht tätig werden (vgl. *Jansen*, a. a. O., § 53 BeurkG Rdnr. 18).

Bei dem von der Beteiligten unterbreiteten Sachvortrag kann von einer erkennbaren Unwirksamkeit des notariellen Vertrages vom 27. 10. 1993 und davon, daß das Grundbuch unter Mitwirkung des Notars mit einem hohen Grad an Wahrscheinlichkeit unrichtig würde, keine Rede sein. (*Wird ausgeführt.*)

Der Einreichung der Urkunde beim Grundbuchamt durch den Urkundsnotar steht auch nicht entgegen, daß die Beteiligte die ihm in dem Vertrag erteilte Vollmacht mit Schreiben vom 22. 12. 1993 widerrufen hat. Es kann dahinstehen, ob sich ein solcher einseitiger Widerruf der Vollmacht überhaupt auf die Einreichungspflicht des Notars gem. § 53 BeurkG auswirken kann. Vorliegend genügte es für die Antragstellung des Notars, daß er weiterhin vom anderen Vertragsteil bevollmächtigt ist, in dessen Namen er auch den Antrag gestellt hat. Darauf, ob die ebenfalls materiell antragsberechtigten Beteiligte die Vollmacht widerrufen hat, kommt es somit nicht an (vgl. Köln OLGZ 1990, 397, 401).

39. BeurkG § 9 Abs. 1 Satz 2 (*Bezugnahme auf Anlagen zur Niederschrift*)

Die Verweisung auf Anlagen zur Niederschrift muß als Erklärung der Beteiligten protokolliert werden und den Willen erkennen lassen, daß die Erklärungen in der beigefügten Anlage Gegenstand der Beurkundung sein sollen.

BGH, Urteil vom 17. 5. 1994 — XI ZR 117/93 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin verlangt vom Beklagten die teilweise Rückzahlung eines zum Erwerb einer Eigentumswohnung gewährten Darlehens.

Durch notariellen Vertrag vom 24. 12. 1982 erwarb der Beklagte im Bauherrenmodell eine Eigentumswohnung in M. In diesem Vertrag

erteilte er der GL GmbH (künftig GL) Vollmacht, für die Bauzeitfinanzierung einschließlich der Vorfinanzierung von Eigenkapitalbeiträgen Darlehensverträge abzuschließen.

Vertreten durch die Treuhänderin GL, ließ sich der Beklagte bei der B. R.-Z. AG (künftig BRZ) 1983 einen Kredit in Höhe von 134.700 DM einräumen. Dieser Kredit wurde durch Überweisungsaufträge der bevollmächtigten GL jeweils durch Auszahlung an Dritte voll ausgeschöpft.

Die Klägerin, an die die Forderung am 30.12.1985 abgetreten worden ist, hat den Kredit fristlos gekündigt. Sie behauptet, daß die Schuld des Beklagten nach Abzug des Erlöses aus der späteren Zwangsversteigerung seiner Wohnungseinheit noch über 189.000 DM betrage. Hiervon macht sie mit der Klage eine Teilforderung in Höhe von 100.000 DM nebst Zinsen geltend.

Der Beklagte beantragt Klageabweisung. Er bestreitet den Anspruch nach Grund und Höhe und macht geltend: Die BRZ sei Mitinitiatorin des Bauherrenmodells gewesen. Sie sei dafür verantwortlich, daß die Finanzierungsvereinbarungen sittenwidrig seien. Es sei vorhersehbar gewesen, daß eine Endfinanzierung nicht möglich und die Zwangsversteigerung unvermeidlich gewesen sei.

Das Landgericht hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt. Das Berufungsgericht hat seine Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter. Die Revision führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht geht von der Wirksamkeit der vom Beklagten abgeschlossenen Verträge aus. Zur Begründung hat es ausgeführt: Der Kreditvertrag sei nicht wegen Sittenwidrigkeit nichtig. Der Beklagte sei nicht durch unrichtige Prospektangaben zur Beteiligung an dem Bauherrenmodell bestimmt worden. Die von der Klägerin bestrittene Behauptung, das von den Initiatoren des Bauherrenmodells entwickelte Finanzierungskonzept sei nicht ausgereift gewesen, sei nicht substantiiert. Aus dem Treuhand- und Geschäftsbesorgungsvertrag habe sich nicht ergeben, daß dem Beklagten eine Endfinanzierung bereitzustellen gewesen sei. Es sei nicht dargetan, daß sich der Beklagte um ein entsprechendes Darlehen bemüht habe. Die BRZ sei im übrigen an der Konzeption des Bauherrenmodells nicht beteiligt gewesen.

II. Diese Ausführungen tragen für sich allein das Urteil nicht. Die Revision weist mit Recht darauf hin, daß das Berufungsgericht nicht geprüft hat, ob der Beklagte bei Abschluß des Darlehensvertrages wirksam vertreten war. Die notarielle Vollmacht, von der die Treuhänderin GL bei der Begründung der Darlehensverbindlichkeiten Gebrauch gemacht hat, war unwirksam.

1. Der am 24.12.1982 zwischen der GL und dem Beklagten geschlossene Treuhand- und Geschäftsbesorgungsvertrag entbehrte der in § 313 Satz 1 BGB vorgeschriebenen Form. Er war deshalb gem. § 125 Satz 1 BGB nichtig.

Der Treuhandvertrag war beurkundungsbedürftig, weil er mit einem von den Beteiligten beabsichtigten Grundstückserwerb eine rechtliche Einheit bilden sollte. Hierfür ist entscheidend, daß Treuhandvertrag, Grundstückserwerb und die Errichtung der Eigentumswohnung nach den Vorstellungen der Beteiligten untrennbar voneinander abhängig sein sollten (vgl. BGH, Urteil vom 24.9.1987 — VII ZR 306/86, NJW 1988, 132 [= MittBayNot 1988, 28 = DNotZ 1988, 547]). Hiervon geht auch das Berufungsgericht aus. Die Nichtigkeit des Treuhandvertrages erfaßte nach § 139 BGB auch die notariell beurkundete Vollmacht (vgl. dazu unter 2. c).

2. Die notarielle Form wurde nicht eingehalten, weil ein wesentlicher Bestandteil des Treuhandvertrages, die als Anlage beigefügten „Besonderen Bedingungen zum Treuhand- und Geschäftsbesorgungsvertrag“ nicht mitbeurkundet wurden (§§ 1 Abs. 1, 8, 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BeurkG).

a) Bei der Beurkundung von Willenserklärungen muß die Niederschrift die Erklärungen der Beteiligten enthalten. Erklärungen die als Anlage der Niederschrift beigefügt werden, gelten nur dann als in der Niederschrift selbst enthalten, wenn in der Niederschrift auf sie verwiesen wird (§ 9 Abs. 1 Satz 2 BeurkG). Die Verweisung muß als Erklärung der Beteiligten protokolliert werden und den Willen erkennen lassen, daß die Erklärungen in der beigefügten Anlage ebenfalls Gegenstand der Beurkundung sein sollen (vgl. *Keidel/Kuntze/Winkler*, FGG, Teil B, 12. Aufl., § 9 BeurkG, Rdnr. 38 und 39). Die Verweisung muß daher insbesondere klar ergeben, welche Schrift unter den Anlagen gemeint ist, so daß über den Gegenstand der Beurkundung kein Zweifel bestehen kann.

In der Niederschrift des Notars vom 24.12.1982 findet sich kein Hinweis auf die in der Anlage beigefügten „Besonderen Bedingungen zum Treuhand- und Geschäftsbesorgungsvertrag“, in denen das künftige Sondereigentum des Beklagten, nämlich die Wohnung Nr. 336 mit allen wesentlichen Einzelheiten (Lage, Wohnfläche und kalkulierter Gesamtaufwand) bezeichnet ist. Nr. IV. der Niederschrift enthält nur eine Verweisung auf die ebenfalls als Anlage beigefügte Beitrittserklärung des Beklagten zur Gesellschaft der Bauherren. Jeder Hinweis auf eine weitere Anlage fehlt.

b) Der Mangel einer ausreichenden Verweisungserklärung auf die zweite Anlage in der Niederschrift selbst führt dazu, daß diese nicht wirksam beurkundet wurde (vgl. *Keidel/Kuntze/Winkler* a. a. O. § 9 BeurkG Rdnr. 52). Die formelle Nichtigkeit hat auch die Nichtigkeit der nicht ordnungsgemäß beurkundeten Willenserklärungen zur Folge (§ 125 BGB), da hier — wie unter 1. dargelegt wurde — die notarielle Beurkundung nach § 313 BGB vorgeschrieben war. Damit ist der gesamte Treuhandvertrag nichtig (§ 139 BGB). Die durch den Formfehler nicht wirksam vereinbarten „Besonderen Bedingungen zum Treuhand- und Geschäftsbesorgungsvertrag“ sollten nach dem Willen der Vertragspartner bei der Angebotsannahme vollständig ergänzt mitbeurkundet werden (vgl. Abschnitt II Abs. 4 des Treuhandangebotes vom 8.9.1982). Sie enthalten mit der Festlegung der Wohnung und des Kaufpreises die wesentlichen Vertragsbestandteile. Da insoweit keine wirksame Vereinbarung getroffen wurde, ist zugleich die wesentliche Grundlage für den Treuhandvertrag entfallen. Diese Auslegung des Parteiwillens kann der Senat aufgrund der vorliegenden Urkunden und des unstreitigen Sachverhalts selbst vornehmen, da weitere tatsächliche Feststellungen nicht zu erwarten sind (vgl. BGH, Urteil vom 14.12.1990 — V ZR 223/89, NJW 1991, 1180, 1181).

c) Die Nichtigkeit ergreift auch die in Abschnitt II Abs. 4 und 5 der Angebotsannahme enthaltene Vollmacht für die Treuhänderin GL (§ 139 BGB). Sie sollte nach dem Willen der Vertragspartner mit dem Treuhandvertrag ein einheitliches Rechtsgeschäft bilden. Dafür spricht bereits, daß sie in der gleichen Vertragsurkunde enthalten ist. Bei den Treuhand- und Geschäftsbesorgungsverträgen im Zusammenhang mit den Bauerwerbermodellen, die umfassende Vollmachten für den Treuhänder enthalten, ist ein solcher

einheitlicher Wille der Vertragsparteien anzunehmen (vgl. BGHZ 102, 60, 62 = NJW 1988, 697, 698 [= MittBayNot 1988, 29 = DNotZ 1988, 550]). Die in Anlage a I Ziffer 3, Nr. 1 – 16 des Angebotes auf Abschluß eines Treuhand- und Geschäftsbesorgungsvertrages detailliert aufgeführte Bevollmächtigung läßt erkennen, daß die sich daraus ergebende umfassende Tätigkeit der Treuhänderin GL wesentliche Voraussetzung für die Durchführung des Vertragskonzepts war. Auch diese Auslegung kann der Senat selbst vornehmen. Die Vollmacht ist damit insgesamt nach § 139 BGB nichtig. Das gilt insbesondere auch für die Vollmacht der GL zum Abschluß von Darlehensverträgen für den Beklagten mit der Klägerin (Anlage a I, Ziffer 3 Nr. 1 des Treuhandangebotes).

3. Das angefochtene Urteil kann daher keinen Bestand haben. Eine Sachentscheidung war dem Senat jedoch nicht möglich. Die Frage der Wirksamkeit der Vollmacht des Treuhänders ist erstmals in der Revisionsinstanz aufgeworfen worden. Der Klägerin muß deshalb Gelegenheit gegeben werden, den von ihr angekündigten Sachvortrag zum Zustandekommen des Darlehensvertrages trotz formunwirksamer Vollmacht, zu einer Heilung des Mangels oder einer etwaigen nachträglichen Genehmigung durch den Beklagten sowie zu einer verschärften Bereicherungshaftung nachzuholen. Zu diesem Zweck mußte die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

40. BNotO §§ 14 Abs. 1, 74, 75; DONot § 5 Abs. 1; RLNot § 1 Abs. 2 (*Mißbräuchliche Gestaltung des Beurkundungsverfahrens*)

1. Beantwortet ein Notar fortgesetzt Anfragen der Notarkammer nach § 74 Abs. 1 BNotO nicht innerhalb gesetzter Fristen, liegt bereits hierin ein ordnungswidriges Verhalten, das eine Ermahnung rechtfertigt.
2. Der Notar hat das Beurkundungsverfahren so zu gestalten, daß eine Überrumpelung der Beteiligten durch gewerblich tätige Vermittler vermieden wird. Unzulässig ist insbesondere die Vergabe von Terminen für noch unbekannte Beteiligte (sog. Blankotermine) oder außerhalb der üblichen Arbeitszeiten, wodurch es den Vermittlern ermöglicht wird, Interessenten in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit Anwerbesprächen zur Vornahme einer Beurkundung zu veranlassen.

(*Leitsätze der Schriftleitung*)

OLG München, Beschluß vom 20. 4. 1994 — VA-Not. 4/93 —

Aus den Gründen:

I. ...

II. ... Gemäß § 75 Abs. 1 BNotO ist die Notarkammer befugt, Notaren bei ordnungswidrigem Verhalten leichter Art eine Ermahnung auszusprechen. Bevor die Ermahnung ausgesprochen wird, ist der Notar zu hören. Eine Ermahnung darf nicht mehr ausgesprochen werden, wenn seit dem ordnungswidrigen Verhalten 5 Jahre verstrichen sind. Die Ermahnung ist zu begründen.

1. Ein ordnungswidriges Verhalten leichter Art, das eine Ermahnung rechtfertigt, liegt schon darin, daß der Notar die von der Antragsgegnerin (= Notarkammer) im Rahmen der ihr nach § 67 Abs. 1 BNotO zugewiesenen Aufgaben, über Ehre und Ansehen ihrer Mitglieder zu wachen und für

eine gewissenhafte und lautere Berufsausübung der Notare zu sorgen, gem. § 74 Abs. 1 BNotO gestellten Anfragen trotz Mahnung nicht fristgemäß beantwortet hat.

Die Pflicht zur Auskunftserteilung stellt eine Amtspflicht des Notars dar, die durch Unterlassen oder Weigerung verletzt wird, was bei schuldhafter Verletzung eine Ahndung im Dienststrafverfahren zuläßt. Der Notar kann sich zu seiner Entschuldigung nicht darauf berufen, er habe die Auskünfte wegen Arbeitsüberlastung nicht zeitgerecht erteilen können. Es wäre dann zumindest seine Pflicht gewesen, die Antragsgegnerin rechtzeitig von einem Verhinderungsgrund zu unterrichten und um entsprechende Fristverlängerung von sich aus nachzusuchen. Die von der Antragsgegnerin gesetzten Fristen waren angemessen.

2. Ein ordnungswidriges Verhalten des Antragstellers liegt aber vor allem in der von ihm getätigten Art und Weise der Vergabe von Beurkundungsterminen an die gewerbsmäßigen Vertreter von Immobilien und Immobilienbeteiligungen, wodurch es diesen ermöglicht wurde, Beteiligte im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit Anwerbesprächen zur Vornahme einer notariellen Beurkundung zu veranlassen.

Es kann dabei dahinstehen, wie § 5 Abs. 1 DONot auszulegen ist und ob ein Notar danach gehalten ist, in den Abendstunden, an den Wochenenden und Feiertagen eine Beurkundung nur dann vorzunehmen, wenn ein Aufschub mit erheblichen Nachteilen für die Beteiligten verbunden ist — eine Auslegung, für die auch in § 58 Abs. 3 KostO ein Anhaltspunkt gesehen werden könnte. Es geht hier nicht um die Frage, ob der Notar auf Ersuchen einer oder beider Parteien von den Beteiligten bereits hinreichend überlegte Rechtsgeschäfte außerhalb der üblichen Geschäftszeiten beurkundet hat und dies durfte. Vielmehr liegt die Situation hier so, daß er durch die Vergabe von Beurkundungsterminen zum Erwerb von Immobilieneigentum mittels Treuhandverträgen und umfassender Vollmachten sowie zum Beitritt von Immobiliengesellschaften auf Anruf der gewerblichen Vermittler umgehend Beurkundungstermine am Abend und an den Wochenenden vereinbart hat. Die Termine wurden dabei über die Vermittler vereinbart, so daß für die von diesen geworbenen Vertragsparteien der Eindruck entstehen konnte, der Notar stehe mit diesen in enger Geschäftsbeziehung und sei mehr oder weniger in den Vertrieb eingegliedert. Daß gerade derartige Immobilienvermittler bei ihren Verkaufsinteressenten die Erwerbsgeschäfte als dringlich hinstellen und versuchen, alsbald rechtsverbindliche Erklärungen der Interessenten herbeizuführen, ist nichts Ungewöhnliches. Dem Notar kann es deshalb nicht abgenommen werden, wenn er zu seiner Entlastung vorbringt, die Vermittler hätten ihm die Beurkundungen als dringlich geschildert. Daß im Falle B. der Beitritt zu einem Immobilienfonds unbedingt noch am Sonntag beurkundet werden mußte, weil der Fonds alsbald geschlossen werde und die Beteiligte später keine Zeit für die Beurkundung habe erscheint so wenig überzeugend wie, daß die Eheleute S., von Beruf Maschinenschlosser und Stationshilfe, unbedingt am Sonntag ein Wohnungseigentum in E. erwerben wollten, weil sie sonst für einen Notartermin keine Zeit hätten. Auch daß die Eheleute M., von Beruf Landwirt und Maschinenschlosser bzw. Hausfrau, um 19.00 Uhr ein für sie bindendes Angebot zum Abschluß eines Geschäftsbesorgungsvertrages über ein Studentenappartement in O. notariell beurkunden lassen wollten,

nachdem ihnen die Wohnung erst am Nachmittag dieses Tages angeboten worden war, erscheint zunächst ungewöhnlich. Auch wenn man davon ausgeht, daß der Termin tagelang vorher vereinbart gewesen sei — dann wohl, worauf die Antragsgegnerin hingewiesen hat, als Blankotermin —, wie der Notar nunmehr vorträgt, ist doch kein besonderer Grund vorhanden, warum er auf Anruf des Vermittlers einen Abendtermin vereinbaren mußte. Auch im Falle R. gab der Notar auf Ersuchen des Vermittlers abends noch einen sofortigen Termin um 21.00 Uhr.

Nachdem der Notar bereits mit Rundschreiben der Antragsgegnerin vom 9. 3. 1992 und Schreiben vom 25. 3. 1992 darauf hingewiesen wurde, bei der Vergabe von Terminen an Vertriebsbeauftragte sorgfältig darauf zu achten, daß er nicht in die Vertriebsorganisation eingebunden werde, ist zumindest bei der Terminvergabe in den Fällen B. und M. ein schuldhafter Verstoß des Notars gegen seine Pflichten nach § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO, § 1 Abs. 2 Satz 3 der allgemeinen Richtlinien für die Berufsausübung der Notare — wonach der Anschein der Parteilichkeit auch durch eine

von der Regel abweichende Gestaltung des Beurkundungsverfahrens erweckt werden kann — gegeben.

Bei dieser Gestaltung der Geschäftstätigkeit des Notars, der mit seiner Terminvergabe den gewerblichen Vermittlern von sogenannten steuersparenden Kapitalanlagen im Immobilienbereich (Erwerbermodelle, Immobilienfonds etc.) in außergewöhnlichem Maße entgegengekommen ist, kann leicht der Eindruck entstehen, der Notar sei eher in den Anlagenvertrieb eingegliedert als daß er unparteiischer Betreuer aller Beteiligten ist. So haben es auch die schwerdeführenden Beteiligten empfunden.

Die Frage, ob der Notar bei den Beurkundungen seiner Pflicht zur Belehrung ausreichend genügt hat, braucht, da die Ermahnung jedenfalls schon im Hinblick auf die vorgenommene Terminvergabe gerechtfertigt ist, hier ebenfalls nicht weiter untersucht zu werden. Da jedoch in mehreren Fällen, die an der Beurkundung Beteiligten Inhalt und Tragweite ihrer beurkundeten Erklärungen nicht ausreichend erfaßt haben, sind zumindest Bedenken in dieser Hinsicht nicht unbegründet.

Schriftleiter: Notar a.D. Dr. Oliver Vossius, Ottostraße 10, 80333 München

ISSN 0941-4199

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Tel.: 0 89 / 5 51 66-0, Telefax: 0 89 / 55 16 62 34 bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 65,- DM einschließlich Versandkosten und wird in einem Betrag am 1. 7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 12,- DM einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Sinngemäße Anwendung des § 15 a Abs. 5 Nr. 2 2. Alt. EStG bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung von Gesellschaften bürgerlichen Rechts;

hier: Anwendung der BFH-Urteile vom 17. 12. 1992 — IX R 150/89, IX R 7/91 [= MittBayNot 1993, 317] — und vom 30. 11. 1993 — IX R 60/91 — (BStBl 1994 II S. 490, 492, 496)

Schreiben des BMF vom 30. 6. 1994 — IV B 3 — S 22536 — 12/94, BStBl I 1994, 355

Bezug: Sitzung der obersten Finanzbehörden des Bundes und der Länder vom 4. bis 6. 5. 1994 (ESt III/94 — TOP 18 —)

Die sinngemäße Anwendung des § 15 a Abs. 5 EStG bei Gesellschaftern einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit Einkünften aus Vermietung und Verpachtung (§ 21 Abs. 1 Satz 2 EStG) setzt voraus, daß ihre Haftung nach der gewählten tatsächlichen und rechtlichen Gestaltung der eines Kommanditisten vergleichbar ist. Liegt diese Voraussetzung vor, ist der Ausgleich und Abzug von negativen Einkünften aus Vermietung und Verpachtung über den Betrag der Einlage des jeweiligen Gesellschafters hinaus ausgeschlossen, soweit die Inanspruchnahme des Gesellschafters für Schulden der Gesellschaft im Zusammenhang mit dem Betrieb nach Art und Weise des Geschäftsbetriebs unwahrscheinlich ist. Der BFH hat mit Urteilen vom 17. 12. 1992 — IX R 150/89 — (BStBl 1994 II S. 490), — IX R 7/91 — (BStBl 1994 II S. 492) und vom 30. 11. 1993 — IX R 60/91 — (BStBl 1994 II S. 496) entschieden, daß eine Inanspruchnahme der Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts unwahrscheinlich i. S. des § 15 a Abs. 5 Nr. 2 2. Alt. EStG ist, wenn der kalkulierte Gesamtaufwand durch Eigenkapital und im wesentlichen dinglich gesichertes Fremdkapital gedeckt und eine Kostenerhöhung bei normalem Verlauf der Dinge nicht zu erwarten ist. Der Gesellschafter habe persönliche Haftungsrisiken, die konkret bestehen, darzulegen, die nicht aus dem Gesellschaftsvermögen — unter Umständen sogar nach Zuführung von weiterem Eigenkapital durch Einlagenerhöhung oder durch Aufnahme neuer Gesellschafter oder von zusätzlichem Fremdkapital — gedeckt werden könnten.

Unter Bezugnahme auf das Ergebnis der Erörterungen mit den obersten Finanzbehörden der Länder sind die BFH-Urteile vom 17. 12. 1992 — IX R 150/89 — (BStBl 1994 II S. 490), — IX R 7/91 — (BStBl 1994 II S. 492) und vom 30. 11. 1993 — IX R 60/91 — (BStBl 1994 II S. 496 [= MittBayNot 1993, 317]) mit folgender Maßgabe anzuwenden:

Bei der Auslegung des Begriffs der nicht unwahrscheinlichen Inanspruchnahme nach § 15 a Abs. 5 Nr. 2 2. Alt. EStG ist an die Auslegung des Begriffs der nicht unwahrscheinlichen Vermögensminderung nach § 15 a Abs. 1 Satz 3 EStG anzuknüpfen. Eine Vermögensminderung nach § 15 a Abs. 1 Satz 3 EStG ist bei gegenüber der Pflichteinlage höherer Hafteinlage nur dann unwahrscheinlich, wenn die finanzielle Ausstattung der KG und deren gegenwärtige sowie zu erwartende Liquidität im Verhältnis zu dem vertraglich festgelegten Gesellschaftszweck und dessen Umfang so außergewöhnlich günstig ist, daß die finanzielle Inanspruchnahme des zu beurteilenden Kommanditi-

sten nicht zu erwarten ist (BFH-Urteil vom 14. 5. 1991, BStBl 1992 II S. 164; BMF-Schreiben vom 20. 2. 1992, BStBl I S. 123). Nach der Systematik der Regelung ist die Möglichkeit des Verlustausgleichs bzw. Verlustabzugs nicht an die Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme geknüpft, sondern der Verlustausgleich und der Verlustabzug wird nur ausgeschlossen, wenn festgestellt wird, daß die Inanspruchnahme unwahrscheinlich ist. Der Regeltatbestand geht demnach von dem Risiko der Inanspruchnahme nach Art und Weise des Geschäftsbetriebs aus.

Die Haftung eines Gesellschafters einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann nicht anders beurteilt werden als die eines Kommanditisten, dessen eingetragene Haftsumme die geleistete Einlage übersteigt. Kann nicht festgestellt werden, ob das Risiko der Inanspruchnahme des Gesellschafters einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts für Gesellschaftsschulden unwahrscheinlich ist, ist von der Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme auszugehen.

Die Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme ist nicht deswegen ausgeschlossen, weil

- die Haftung des Gesellschafters der Gesellschaft bürgerlichen Rechts quotaal beschränkt ist,
- das dem Immobilienfonds zugrundliegende Vertragswerk ein geschlossenes Finanzierungskonzept vorsieht, wonach der voraussichtliche Finanzbedarf durch Eigenkapital und die Aufnahme von dinglich gesichertem Fremdkapital gedeckt ist,
- Einnahmen und Ausgaben so kalkuliert sind, daß nach Beendigung der Bauphase kein Ausgabenüberschuß entsteht.

Die Inanspruchnahme ist jedoch unwahrscheinlich, wenn durch entsprechende vertragliche Gestaltungen ein wirtschaftlich ins Gewicht fallendes Haftungsrisiko des Gesellschafters nicht mehr verbleibt, d. h. die Gesamtkosten einschließlich der Kosten der Finanzierung durch Garantie- und vergleichbare Verträge abgedeckt sind oder die Haftung des Gesellschafters auf einen bestimmten Höchstbetrag begrenzt wird. Dabei ist nicht auf den Inhalt des einzelnen Vertrags, sondern auf die Gesamtheit der Vereinbarungen abzustellen. Neben Garantieverträgen sind auch Versicherungsverträge in die Prüfung mit einzubeziehen. Die Unwahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme kann bei folgenden Vereinbarungen in Betracht kommen:

- Übernahme der Verkehrssicherungspflichten durch den Bauunternehmer,
- Höchstzinsgarantien während und nach der Bauphase,
- Mietgarantien, sonstige Garantieverträge und vergleichbare Verträge, soweit die Haftung des Gesellschafters auf einen bestimmten Höchstbetrag begrenzt wird,
- Ausschluß einer Nachschußpflicht sowie Bindung des Geschäftsbesorgers, den Gesellschafter nur bis zu einer bestimmten Höhe in Anspruch zu nehmen,
- Schuldübernahme durch einen Dritten, soweit ein Rückgriffsanspruch gegen den Gesellschafter ausgeschlossen ist.

Bürgschaften eines Dritten mindern dagegen die Haftung der Gesellschafter nicht, soweit wegen des Rückgriffsanspruchs des Bürgen die Gesellschafter belastet bleiben.