

## ABHANDLUNGEN

### Die Kommanditgesellschaft auf Aktien – ein Überblick

Von *Michael Habel*, Notarassessor, Mühldorf und *Thomas Strieder*, Dipl.-Kfm., München

#### I. Einleitung

Seit ihrer Kodifizierung im Jahre 1861 im ADHGB ist die Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA) einheitlich gesetzlich normiert; seit 1937 ist sie als juristische Person anerkannt<sup>1</sup>. Gleichwohl spielte diese Gesellschaftsform, aus der immerhin die Deutsche Bank AG hervorging, bis heute in der Praxis keine nennenswerte Rolle: Lange lag die Zahl der KGaAs bei 27; inzwischen dürfte sie auf etwa 35 bis 40 angestiegen sein. Der Grund für die mangelnde Verbreitung liegt neben dem geringen Bekanntheitsgrad vor allem in der Tatsache der zwingenden unbeschränkten persönlichen Haftung eines der Gesellschafter, welche die Unternehmer abschreckt. Seitdem durch einen Vorlagebeschluß des OLG Karlsruhe<sup>2</sup> und die daraufhin ergangene Entscheidung des BGH vom 24.2.1997<sup>3</sup> klargestellt wurde, daß auch eine juristische Person alleiniger persönlich haftender Gesellschafter der KGaA sein kann, ist das literarische Interesse an dieser Rechtsform sprunghaft angestiegen. Vor allem in der wirtschafts- und steuerberatenden Literatur findet sich in den letzten Monaten eine Flut von Beiträgen zu diesem Thema<sup>4</sup>. Es steht daher zu erwarten, daß es zu einer Welle von Neugründungen von bzw. Umwandlungen in KGaAs kommen wird, die alsbald Gegenstand der notariellen Beurkundungspraxis sein wird<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Zur Geschichte der KGaA vgl. *Elschenbroich*, Diss. Köln, 1959, S. 17 ff. und *Gräf*, Diss. Augsburg, 1993, S. 113.

<sup>2</sup> Wx 20/96, DB 1996, 1767 = AG 1997, 133 mit abl. Anm. *Habel/Strieder*.

<sup>3</sup> II ZB 11/96; MittBayNot 1997, 242 = BB 1997, 1220 mit zust. Anm. *Strieder/Habel*, S. 1375 ff.

<sup>4</sup> Aus der Literatur der letzten zwei Jahre ohne Anspruch auf Vollständigkeit: *Ammenwerth*, Diss. Münster, 1996; *Baumann/Kusch* in: *Festschrift für Boujong*, 1996, S. 3; *Binz/Sorg*, DB 1997, 313; *Claussen*, GmbHR 1996, 73; *Fischer*, DStR 1997, 1519; *Goette*, DStR 1997, 1014; *Haase*, GmbHR 1997, 917; *Habel/Strieder*, AG 1997, 133; dies., *DZW* 1996, 485; *Hartel*, WiB 1997, 298; *Henneker/Lorz*, DB 1997, 1388; *Herfs*, WiB 1997, 688; *Kusterer*, DStR 1997, 11; *Ladwig/Motte*, DStR 1996, 800 und 842; dies., DStR 1997, 1539; *Mayer D.*, MittBayNot 1997, 329; *Mertens* in: *FS Rittner* 1997, 31 ff.; *Niedner*, FAZ v. 27.3.1996 23; *Niedner/Kusterer*, DB 1997, 1451 und 2010; *Priester*, ZHR 160, 250; *Schmidt K.*, ZHR 160, 265; *Sethe*, Diss. Tübingen, 1996; ders., AG 1996, 289; ders., ZIP 1996, 2053; *Strieder*, DB 1996, 2065; *Strieder/Habel*, BB 1995, 1857.

<sup>5</sup> *Goette*, DStR 1997, 1014, 1015; *Ladwig/Motte*, DStR 1996, 800, 804.

Dieser Beitrag wendet sich an alle diejenigen, die bisher mit der KGaA noch nicht befaßt waren, nun aber aufgrund konkreter oder erwarteter Beurkundungsaufträge sich in diese Rechtsform einzuarbeiten haben. Es soll ein grundlegender Überblick über die Strukturprinzipien der KGaA im Sinne eines ersten Einblicks gegeben werden, ebenso ein kurzer Abriss über die steuerlichen Belange, die bekanntlich wesentlich Umwandlungsentscheidungen beeinflussen. Zum Schluß werden noch die weiteren Motive angesprochen, die bei der unternehmerischen Entscheidung zum Gang in die KGaA eine Rolle spielen können, damit der Praktiker die Hintergründe der von ihm zur Beurkundung verlangten gesellschaftsrechtlichen Gestaltung erkennen kann. Von diesem Ansatz ausgehend kann eine vertiefende Darstellung von Einzelproblemen gar nicht, und die Lieferung von Gestaltungsvorschlägen nur sehr eingeschränkt erwartet werden.

#### II. Rechtliche Struktur der KGaA

##### 1. Grundlagen

Rechtliche Normierungen der KGaA finden sich auf dreierlei Weise: Zunächst gelten für die KGaA die speziellen Vorschriften der §§ 278–290 AktG. Gemäß § 278 Abs. 2 AktG findet auf wichtige Teilbereiche das Recht der Kommanditgesellschaft, also §§ 161 ff. HGB und gemäß § 161 Abs. 2 HGB die §§ 109 ff. HGB Anwendung<sup>6</sup>. Hilfsweise gilt schließlich das Recht der Aktiengesellschaft. Die KGaA ist folglich eine gesellschaftsrechtliche Mischform, die Elemente der KG und der AG auf sich vereinigt, wobei die Frage, ob die KGaA eine Abart der KG oder der AG ist, als dogmatische Spielerei offen bleiben kann. Historisch hat sie sich jedenfalls aus der KG entwickelt.

Die KGaA ist als juristische Person rechtsfähig und gemäß § 3 i. V. m. § 278 Abs. 3 AktG Formkaufmann, ohne daß es darauf ankommt, ob ein kaufmännisches Gewerbe betrieben wird<sup>7</sup>. Die KGaA ist daher auch als Holdinggesellschaft denkbar<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> *Kölner Kommentar/Mertens*, § 278, Rdnr. 26.

<sup>7</sup> *Baumbach/Hueck*, AktG, § 278, Rdnr. 8.

<sup>8</sup> Beispiele hierfür sind die *Nolte moebelindustrie Holding GmbH & Co. KGaA* und die *Lindner Holding KGaA*.

Firmenrechtlich gilt gemäß § 279 AktG dasselbe wie bei der AG, so daß neben der grundsätzlich vorgesehenen Sachfirma auch eine Personenfirma zulässig ist; letzteres ist in der Praxis der weitaus häufigste Fall. Der zwingende Rechtsformzusatz in der Firma hat nach h.M. ausgeschrieben zu sein; die Abkürzung „KGaA“ soll nicht reichen<sup>9</sup>. Ist als persönlich haftender Gesellschafter keine natürliche Person beteiligt, so soll nach dem BGH<sup>10</sup> hierauf in der Firma analog § 19 Abs. 5 HGB hingewiesen werden.

Zur Gründung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien<sup>11</sup> sind gemäß § 280 Abs. 1 S. 1 AktG mindestens fünf Personen notwendig<sup>12</sup>. Im Fall des Formwechsels findet diese Bestimmung allerdings keine Anwendung (§ 197 S. 2 Hs. 1 UmwG)<sup>13</sup>. Der Gesellschafterkreis der KGaA besteht notwendig aus zwei Gruppen (§ 278 Abs. 1 AktG), nämlich mindestens einem unbeschränkt persönlich haftenden Gesellschafter (Komplementär) und den Kommanditaktionären, die an der Gesellschaft beteiligt sind, ohne persönlich zu haften.

## 2. Gesellschaftsrechtliche Struktur

Für die gesellschaftsrechtliche Struktur der KGaA gilt gemäß § 278 Abs. 2 und 3 AktG sowohl das Recht der KG als auch das der AG. Dabei ist zwischen der Kapital- und der Führungsstruktur zu unterscheiden<sup>14</sup>: Für letztere, also für das Verhältnis der Komplementäre untereinander, für die Beziehung Komplementäre-Aktionäre und insbesondere für Geschäftsführung und Vertretung gilt KG-Recht. Daher sind die Vorschriften des AktG, die auf den Vorstand verweisen, unanwendbar. Insbesondere gilt § 76 Abs. 3 AktG nicht, so daß auch eine juristische Person alleiniger Komplementär sein kann. Der Verweis auf das HGB bedeutet aber auch, daß die dort getroffenen Regelungen dispositiv sind. Hierin liegt in struktureller Hinsicht der gewichtigste Unterschied zwischen KGaA und AG: im Rahmen der gesamten Führungsstruktur gilt der Grundsatz der Satzungsstrenge (§ 23 Abs. 5 AktG) nicht; vielmehr ist hier weitreichender Gestaltungsspielraum eröffnet<sup>15</sup>.

Anders sieht es im Bereich der Kapitalstruktur aus, bei dem das zwingende Aktienrecht gilt (vgl. § 278 Abs. 3 AktG). Dies gilt insbesondere für die Bestimmungen über das gezeichnete Kapital, die Kapitalaufbringung und -erhaltung. Unter „Kapital“ ist bei der KGaA grundsätzlich das Grundkapital zu verstehen, das – anders als bei der KG – fest beziffert ist und in Aktien zerlegt ist. Neben diesem Kommandit- (Grund-) Kapital kann auch der Komplementär eine Einlage in die Gesellschaft erbringen; dies ist aus steuerlichen Gründen (s. dazu unten III) häufig erwünscht. Es steht damit zusätzliches haftendes Eigenkapital zur Verfügung<sup>16</sup>. Darüber hinaus kann

trotz des mißverständlichen Wortlauts in § 278 Abs. 1 AktG, der von den „übrigen“ Gesellschaftern spricht, auch der Komplementär selbst Kommanditaktien halten<sup>17</sup>. Zu den gesellschaftsrechtlichen Vorteilen und den steuerlichen Nachteilen hiervon siehe unten 3. b und III 2. a.

Das Ausscheiden des einzigen Komplementärs aus der Gesellschaft führt grundsätzlich zu ihrer Auflösung, da sie nicht ohne persönlich haftenden Gesellschafter existieren kann (§ 289 Abs. 1 AktG i.V.m. § 131 Nr. 4 und § 177 HGB)<sup>18</sup>. Die Fortsetzung mit einem oder mehreren Erben ist denkbar<sup>19</sup>. Wegen der im Gegensatz zur KG eigenen Rechtspersönlichkeit der KGaA ist das Kapital bei dieser selbst gebunden; gesamthänderisches Vermögen gibt es bei der KGaA nicht.

## 3. Organe der Gesellschaft

Die KGaA hat zwingend drei Organe, nämlich den oder die persönlich haftenden Gesellschafter (Komplementär), die Hauptversammlung und den Aufsichtsrat.

### a) Komplementär

Der Komplementär ist wie in der KG zur Geschäftsführung der Gesellschaft berechtigt und verpflichtet (Grundsatz der Selbstorganschaft). Jeder Komplementär vertritt die Gesellschaft allein. Für ihn, für seine Befugnisse und Verpflichtungen gilt vorbehaltlich einer anderweitigen statutarischen Regelung KG-Recht. Die Bestimmungen des AktG über den Vorstand gelten für den Komplementär nur, soweit dies ausdrücklich angeordnet ist, vgl. § 283 AktG. Die dort genannte Aufzählung ist abschließend<sup>20</sup>.

Da die Bestimmungen über den Vorstand nicht gelten, kommt es auch zu keiner Wahl oder Ernennung; vielmehr ergeben sich die Befugnisse des Komplementärs bereits unmittelbar aus seiner gesellschaftsrechtlichen Stellung; er ist damit „geborener“ Geschäftsführer. Seine Rechtsstellung ist grundsätzlich weder durch die Hauptversammlung noch durch den Aufsichtsrat entziehbar. Allenfalls die Satzung kann Einschränkungen vorsehen, etwa einzelne von mehreren Komplementären von Geschäftsführung und/oder Vertretung ausschließen oder Gesamtvertretung anordnen. Die Hauptversammlung hat nur unter den engen Voraussetzungen des § 117 bzw. § 127 HGB mit Zustimmung aller anderen Komplementäre<sup>21</sup> die Möglichkeit, dem Komplementär die Geschäftsführungsbefugnis und die Vertretungsmacht zu entziehen. Folglich findet eine echte, sanktionierende Kontrolle der Geschäftsführung bei der KGaA kaum statt.

Der Umfang der Geschäftsführungskompetenz bestimmt sich nach §§ 114–118 HGB. Danach kann der Komplementär, allenfalls bedroht durch den Widerspruch anderer Komplementäre, alle Handlungen vornehmen, die zum gewöhnlichen Betrieb des Geschäftes gehören. Kein anderes Organ hat nach der gesetzlichen Konzeption hierauf Einfluß. Auch die aus dem Aktienrecht bekannte Befugnis des Aufsichtsrates, bestimmte Geschäfte seinem Zustimmungserfordernis zu unterwerfen (§ 111 Abs. 4 S. 2 AktG), gilt nach weit überwiegender Meinung für die KGaA nicht, weil diese keinen Vorstand hat

<sup>9</sup> Dazu, Hüffer, AktG, 3. Aufl. 1997, § 279, Rdnr. 1.

<sup>10</sup> MittBayNot 1997, 242, 245; a.A. im Vorfeld: Habel/Strieder, AG 1997, 134, 135; Strieder/Habel, DB 1994, 1557, 1560.

<sup>11</sup> Eine bestehende KGaA kann nach h.M. aber als Einmangengesellschaft bestehen. Vgl. Hüffer, AktG, § 278 Rdnr. 5 m.w.N.

<sup>12</sup> Kritisch hierzu: Hüffer, AktG, § 280 Rdnr. 2.

<sup>13</sup> Ganske, Umwandlungsrecht, 2. Aufl. 1995, 221; Mayer, D., MittBayNot 1997, 329, 332.

<sup>14</sup> Haase, GmbHR 1997, 917, 919.

<sup>15</sup> Vgl. dazu Geßler/Hefermehl, vor § 218, Rdnr. 25 ff.; Kölner Kommentar/Mertens, vor § 278, Rdnr. 4 f.

<sup>16</sup> A.A. zu letzterem Binz/Sorg, DB 1997, 313, 317, die aber übersehen, daß das in die KGaA eingebrachte Vermögen dort verhaftet bleibt, während auf das Komplementärvermögen auch Drittgläubiger zugreifen können.

<sup>17</sup> Geßler/Hefermehl, § 278, Anm. 10; Hüffer, AktG, § 278 Rdnr. 5.

<sup>18</sup> Hüffer, AktG, § 289, Rdnr. 9.

<sup>19</sup> Durchlaub, BB 1977, 875, 876; Hüffer, AktG, § 289, Rdnr. 8.

<sup>20</sup> Baumbach/Hueck, AktG, § 283, Rdnr. 2.

<sup>21</sup> Hüffer, AktG, § 278, Rdnr. 13; Geßler/Hefermehl, AktG, § 278, Anm. 114.

und diese Kompetenz des Aufsichtsrates in § 283 AktG nicht erwähnt ist. Ebenso hat der Aufsichtsrat nicht das Recht, für den „Vorstand“ eine Geschäftsordnung aufzustellen (§ 77 Abs. 2 S. 1 AktG)<sup>22</sup>. Lediglich für außergewöhnliche Geschäfte, also für solche, die nach Art, Umfang oder Inhalt Ausnahmecharakter tragen, die unternehmensuntypisch oder besonders risikoreich sind, bedarf der Komplementär der Zustimmung der Aktionäre auf der Hauptversammlung (§ 164 HGB)<sup>23</sup>.

Ist persönlich haftender Gesellschafter eine juristische Person oder eine Personengesellschaft<sup>24</sup>, so wird deren Vertretungsorgan durch das für die jeweilige Gesellschaftsform geltende Verfahren bestellt. Dieses vertritt dann mittelbar die KGaA. Das besondere – und für die Praxis reizvolle – daran ist, daß die Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft nicht zugleich Kommanditaktionäre sein müssen und folglich überhaupt nicht an der KGaA beteiligt sind. Damit ist es möglich, daß eine kleine und gesellschaftsfremde Gruppe entscheidet, wer faktisch die Geschäfte der KGaA führt. Im wirtschaftlichen Ergebnis führt dies praktisch zur Drittorganschaft und es kann eine Trennung von Kapital und Herrschaft erreicht werden. Diese Möglichkeit war auch eines der wesentlichen Argumente, das gegen die Zulässigkeit einer juristischen Person als Komplementär der KGaA vorgebracht wurde, sie aber nicht verhindern konnte. Eine echte Gefahr ist hierin auch nicht zu erblicken, da jede Komplementärgesellschaft schon aus steuerlichen Gründen erheblich am Kapital, wenngleich nicht am Grundkapital, der KGaA beteiligt sein wird<sup>25</sup>.

Auch an dieser Stelle sei jedoch wiederum darauf hingewiesen, daß alle diese Regelungen wegen der Geltung des KG-Rechts dispositiv sind. So kann die Geschäftsführung und Vertretung einzelner Komplementäre schon in der Satzung ausgeschlossen oder eingeschränkt werden; desgleichen können solche Maßnahmen nachträglich durch den Aufsichtsrat oder die Hauptversammlung zugelassen werden, was selbst bis hin zu einer völligen Personalkompetenz des Aufsichtsrates, wie wir sie aus der AG kennen, reichen kann, einschließlich des Rechts des Aufsichtsrates, neue Komplementäre in die Gesellschaft aufzunehmen<sup>26</sup>. Ferner können einzelne Maßnahmen über § 164 HGB hinaus an die Zustimmung der Hauptversammlung oder – entsprechend § 111 Abs. 4 AktG – des Aufsichtsrates gekoppelt werden; auch das Gegenteil ist möglich, wenn durch statutarische Regelung auch das Zustimmungsrecht der Aktionäre für außergewöhnliche Geschäfte außer Grundlagengeschäften ausgeschlossen wird. Allein die letztere Variante hat Praxisrelevanz<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> Kölner Kommentar/Mertens, § 278, Rdnr. 61; Geßler/Hefermehl, § 278, Anm. 66.

<sup>23</sup> Hüffer, AktG, § 278, Rdnr. 13; Ladwig/Motte, DStR 1996, 800, 805.

<sup>24</sup> Eine BGB-Gesellschaft kann wie bei der KG nach allgemeinen Grundsätzen nicht Komplementär sein. Hier deutet sich aber eine Änderung der Rechtsprechung an, vgl. BGH, NJW 1998, 376. Für die Frage der Komplementäreigenschaft eines Testamentsvollstreckers sind die gleichen Überlegungen anzustellen wie bei der KG.

<sup>25</sup> Zu weiteren Einzelheiten s. unten 4.

<sup>26</sup> Geßler/Hefermehl, § 278, Anm. 61; Ladwig/Motte, DStR 1996, 800, 805.

<sup>27</sup> Vgl. Binz/Sorg, DB 1997, 313, 315 mit Nachweisen aus einzelnen Satzungen.

## b) Hauptversammlung

Die Hauptversammlung ist wie in der Aktiengesellschaft die Gemeinschaft der Aktionäre. Für das Recht der Hauptversammlung gelten insbesondere die Sonderregelungen in §§ 285 f. AktG.

Stimmberechtigt auf der Hauptversammlung sind alle Aktieninhaber. Für den persönlich haftenden Gesellschafter bedeutet dies zweierlei: seine Gesellschaftseinlage, die nicht in Kommanditaktien besteht, vermittelt ihm kein Stimmrecht. Andererseits kann er, wenn er Aktien halten sollte, sein Stimmrecht wie jeder Aktionär ausüben. Dies gilt nur in den Fällen des § 285 Abs. 1 und Abs. 2 S. 2 AktG nicht. Dieser ordnet im Wege der Enumeration zwingend an, daß dem Komplementär auch für seine Aktien kein Stimmrecht für Fragen, die ihn selbst betreffen, insbesondere seine Kontrolle, zusteht. Das Stimmverbot gilt aber nicht, wenn alle Kommanditisten und Komplementäre identisch sind, also vor allem bei Einmanngesellschaften<sup>28</sup>.

Dieses eingeschränkte Stimmrecht des Komplementärs stellt für diesen jedoch keinen gravierenden Nachteil dar, da gemäß § 285 Abs. 2 S. 1 AktG alle Beschlüsse der Zustimmung sämtlicher – auch der nicht geschäftsführungsbefugten – Komplementäre bedürfen, für die auch in der KG Einstimmigkeit erforderlich ist. Dies gilt vor allem für Grundlagengeschäfte und Satzungsänderungen. Auch für die Feststellung des Jahresabschlusses enthält das Gesetz für die KGaA Sonderregelungen: Anders als bei der Aktiengesellschaft wird der vom Komplementär aufzustellende Jahresabschluß nicht durch Billigung des Aufsichtsrats, sondern von der Hauptversammlung festgestellt, § 286 Abs. 1 AktG. Die Hauptversammlung erhält hier auf Kosten des Aufsichtsrates also mehr Kompetenzen als ihr in der AG zustünden. Die Tatsache, daß die Feststellung der Bilanz – nicht aber der Gewinnverwendungsbeschuß – gemäß § 285 Abs. 2 S. 1 AktG der Zustimmung aller Komplementäre bedarf, schränkt die weitreichende Kompetenz der Hauptversammlung in keiner Weise ein: da die Komplementäre den Jahresabschluß aufstellen, werden sie diesem Abschluß natürlich auch zustimmen<sup>29</sup>. Von Bedeutung kann die Vorschrift folglich nur in den seltenen Fällen sein, in denen unter mehreren Komplementären Uneinigkeit über den Jahresabschluß herrscht. Kommt eine Einigung zwischen persönlich haftenden Gesellschaftern und Aktionären über die Feststellung der Bilanz nicht zustande, so kann die Hauptversammlung nicht die Bilanz selbst ändern und feststellen<sup>30</sup>.

Die gesetzliche Konzeption der Hauptversammlung hat zur Folge, daß gegen den Willen jedes einzelnen Komplementärs keine Entscheidungen in der KGaA getroffen werden können: Für die gewöhnlichen Geschäfte sind die Komplementäre ohnehin zuständig und alle wichtigen Hauptversammlungsbeschlüsse bedürfen deren Zustimmung. Jeder persönlich haftende Gesellschafter hat daher quasi ein Vetorecht, mit dem jegliche Handlung, die seinem Willen widerspricht, verhindert werden kann. Allerdings hat der Komplementär im Rahmen der Hauptversammlung selbst keine Möglichkeit, aktiv in die Entscheidungsfindung einzugreifen; sein Vetorecht gibt ihm lediglich eine Blockademöglichkeit. Will er selbst gestalten, so kann der Komplementär dies nur durch das Halten von

<sup>28</sup> Dreisow, DB 1977, 851, 853.

<sup>29</sup> Niedner/Kustere, DB 1997, 1451, 1453.

<sup>30</sup> Zu den damit zusammenhängenden Problemen vgl. Hüffer, AktG, § 286, Rdnr. 1.

Kommanditaktien in ausreichender Zahl erreichen. In der Praxis haben aus diesem Grunde auch manche Komplementäre selbst so viele Aktien, daß regelmäßig die Präsenzmehrheit gesichert ist. Unterstützt wird dies noch durch die auch bei der KGaA gegebene Möglichkeit, stimmrechtslose Vorzugsaktien<sup>31</sup> oder vinkulierte Namensaktien auszugeben.

Im Gegensatz zu einzelnen Kommanditaktionären hat der Komplementär eine weitere Möglichkeit, Einfluß auf die Entscheidungsfindung auszuüben. Ihm steht nämlich das ordentliche Kündigungsrecht nach § 132 HGB zu<sup>32</sup>. Dieses führt über die in § 289 AktG genannten Fälle hinaus zur Auflösung der Gesellschaft. Hier besteht – ähnlich wie aus der KG bekannt – statutarischer Handlungsbedarf. Zwar sind die Auflösungsgründe in § 289 AktG gegenüber den Regelungen im HGB etwas eingeschränkt, jedoch bedarf es der gleichen Vorkehrungen gegen eine ungewollte Auflösung wie bei der KG, insbesondere für den Fall der (Gläubiger-) Kündigung und des Todes des Komplementärs.

Auch die gesetzlichen Vorgaben zur Hauptversammlung sind jedoch weitestgehend satzungsdispositiv. So kann die Stellung aller oder einzelner Komplementäre geschwächt werden, indem deren Zustimmungserfordernis abbedungen wird. Ebenso sind Erweiterungen möglich, so daß jeder Hauptversammlungsbeschluß der Zustimmung der Komplementäre bedarf<sup>33</sup>. Ferner können die Befugnisse des persönlich Haftenden beschränkt werden, indem die Satzung der Hauptversammlung<sup>34</sup> das Recht einräumt, der Geschäftsführung Weisungen für konkretes Verhalten zu erteilen. Hierin unterscheidet sich die KGaA wesentlich von der AG, bei der der Vorstand bekanntlich weisungsfrei handelt. § 119 Abs. 2 AktG gilt für die KGaA nicht<sup>35</sup>. In der Praxis kommen derartige Einschränkungen der Komplementärsrechte aber kaum vor.

#### c) Aufsichtsrat

Bezüglich der Errichtung und Zusammensetzung des Aufsichtsrates gelten für die KGaA auch die für die AG bestimmten Grundsätze; es gelten ferner die größenorientierten bzw. familiengesellschaftsspezifischen Regelungen in § 76 Abs. 6 BetrVG 1952, vgl. dort Satz 3. Auf die Zusammensetzung des Aufsichtsrates hat der Komplementär nach § 285 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AktG auch dann keinen Einfluß, wenn er Kommanditaktien hält. Diesem Stimmverbot soll ein Entsendeverbot entsprechen<sup>36</sup>. Umgehen läßt sich dies aber wohl dadurch, daß Komplementär eine juristische Person ist und deren – nicht maßgeblich beteiligten – Gesellschaftern, die zugleich Kommanditaktionäre sind, ein Entsenderecht eingeräumt wird.

Bereits in anderen Zusammenhängen wurde mehrfach gezeigt, daß der Aufsichtsrat in der KGaA über außerordentlich geringe Kompetenzen verfügt. Insbesondere hat er nicht die Personalkompetenz des § 84 AktG, da die KGaA eben keinen Vorstand hat. Aus dem gleichen Grunde kann er keine Geschäftsordnung für den „Vorstand“ gemäß § 77 Abs. 2

S. 1 AktG aufstellen. Wegen §§ 114, 115 HGB i.V.m. § 287 Abs. 2 AktG steht die Geschäftsführungskompetenz uneingeschränkt den Komplementären zu, so daß der Aufsichtsrat nicht gemäß § 111 Abs. 4 S. 2 AktG bestimmte Geschäfte an seine Zustimmung binden kann<sup>37</sup>. Zudem gibt es noch einen weiteren mitbestimmungsrechtlichen Vorteil: Nach § 33 Abs. 1 S. 2 MitbestG ist in der KGaA kein Arbeitsdirektor zu bestellen.

Gerechtfertigt ist die geringe Einflußmöglichkeit des Aufsichtsrates mit der unbeschränkten persönlichen Haftung des Komplementärs, mit der sich umfassende Kontroll- und Einwirkungsrechte nicht haftender Dritter nicht in Einklang bringen lassen.

Der schwache Aufsichtsrat und die geringe Mitbestimmung sind bei Familiengesellschaften ein wesentliches Motiv für den Gang in die KGaA<sup>38</sup> anstelle der AG.

Ferner kann bei der KGaA, ebenso wie bei der KG, ein *Beirat* installiert werden. Dessen Kompetenzen sind statutarisch frei regelbar, solange nicht in zwingende Zuständigkeiten eines anderen Organs – insbesondere des Aufsichtsrates – eingegriffen wird.

#### 4. Besonderheiten bei der kapitalistischen KGaA

Von einer kapitalistischen KGaA spricht man, wenn nur juristische Personen oder GmbH & Co. KG's Komplementäre der KGaA sind. Die KGaA ist dann der GmbH & Co. KG angenähert.

Die Zulässigkeit der kapitalistischen KGaA war lange Zeit umstritten, bis der BGH mit der eingangs genannten Entscheidung in Zusammenhang mit der Schukraft Spezialtiefbau KGaA entschieden hat, daß eine GmbH alleiniger Komplementär einer KGaA sein kann. Die Entscheidung gilt nicht nur für die GmbH, sondern für alle anderen Gesellschaften, die nach allgemeinem Gesellschaftsrecht Komplementäre sein können, also auch für Aktiengesellschaften, Genossenschaften und die Kommanditgesellschaft. Bei letzterer ist jedoch zu beachten, daß für die Komplementär-Gesellschaft deren allgemeine Entstehungsvoraussetzungen erfüllt sein müssen. Die KG muß folglich – vorbehaltlich einer geplanten Gesetzesänderung – einen vollkaufmännischen Gewerbebetrieb haben, wozu die bloße Geschäftsführung bei einer KGaA nicht ausreichen dürfte<sup>39</sup>. Ist die Voraussetzung nicht erfüllt, so ist die KG nur eine BGB-Gesellschaft, was im Extremfall zur unbeschränkten persönlichen Haftung der Gesellschafter führen kann<sup>40</sup>. Nachdem sich aus steuerlichen Gründen die KG als alleinige Komplementärin geradezu aufdrängt, wird dem Problem noch erhebliche praktische Bedeutung zukommen.

Die kapitalistische KGaA eröffnet durch die Abschirmwirkung der Komplementärgesellschaft und die völlige Trennung von Kapital und Führung wie keine andere Gesellschaftsform die Möglichkeit der Minderheitenherrschaft bei voller Haftungsbeschränkung. Im Gegensatz zur üblichen GmbH & Co. KG werden nämlich die Gesellschafter der Komplementär-Gesellschaft nicht – zumindest nicht dominant – am Grundkapi-

<sup>31</sup> Beispielsweise die Henkel KGaA (Wertpapier-Kenn-Nummer 604 843).

<sup>32</sup> Zu Einzelheiten vgl. *Knur* in: FS für Flume, 1978, S. 173, 177.

<sup>33</sup> *Binz/Sorg*, DB 1997, 313, 315.

<sup>34</sup> Gleiches gilt für den Aufsichtsrat.

<sup>35</sup> *Gefßler/Hefermehl*, § 278, Anm. 123; *Ladwig/Motte*, DStR 1996, 800, 805; *Knur* in: FS Flume, 1978, S. 185; *Theisen*, DBW 1989, 135, Ziff. II 2.

<sup>36</sup> *Binz/Sorg*, DB 1997, 313, 319.

<sup>37</sup> Ganz h.M.: *Hartel*, DB 1992, 2329, 2330; *Hesselmann*, BB 1989, 2344, 2346; *Hennerkes/May*, DB 1988, 537, 540. A.A.: *Theisen*, DBW 1989, 135, Ziff. III 1 b.

<sup>38</sup> *Kallmeyer*; in: Festschrift Kropff, 1997, S. 145, 153.

<sup>39</sup> *Hartel*, DB 1992, 2329, 2334; *Fischer*, DStR 1997, 1519, 1522.

<sup>40</sup> *Binz/Sorg*, DB 1997, 313, 316.

tal der KGaA beteiligt sein. Durch die beschriebene starke Stellung und die geringen Kontroll- und Einflußmöglichkeiten durch Hauptversammlung und Aufsichtsrat kann theoretisch eine kleine Gruppe von Gesellschaftern an der 50.000,- DM-Komplementär-GmbH die um ein vielfaches größere, unter Umständen börsennotierte KGaA beinahe unbeschränkt leiten. Dies gilt umso mehr, als durch statutarische Gestaltungen die Stellung des persönlich haftenden Gesellschafters zu Lasten von Hauptversammlung und Aufsichtsrat noch weiter gestärkt werden kann.

Diese Gefahren hat der BGH auch erkannt und in seiner Entscheidung durchblicken lassen, daß er jedenfalls bei KGaAs, die sich an ein breites Anlagepublikum wenden, weitere Ausdehnungen der Komplementärbefugnisse zu Lasten der Aktionäre nicht hinzunehmen gedenkt. Insoweit hat er auf seine Rechtsprechung zu den Publikums-KGs hingewiesen. Details hat der BGH als nicht entscheidungserheblich offen gelassen, so daß hier noch vieles unklar ist.

*Ladwig/Motte*<sup>41</sup> wollen der Entscheidung entnehmen, daß die Kommanditaktionäre auf die Auswahl der – zentralen – Person des Geschäftsführers der Komplementärgesellschaft im Sinne einer Billigung Einfluß haben müßten. Diese Ansicht läßt sich mit dem Beschluß jedoch nicht vereinbaren. Schon bei der Publikums-GmbH & Co. gibt es ein solches Recht der Kommanditisten nicht. Hinzu kommt, daß Kommanditaktien im Gegensatz zu Kommanditanteilen in hohem Maße fungibel sind, so daß Aktionäre, die mit der Geschäftsleitung nicht einverstanden sind, leicht aus der Gesellschaft ausscheiden können. Schließlich hat der BGH ausdrücklich die analoge Anwendung von § 4 MitbestG auf die kapitalistische KGaA abgelehnt, da derartige Regelungen Sache des Gesetzgebers seien. Wenn die Kommanditaktionäre aber keinen Einfluß auf den Aufsichtsrat der Komplementärgesellschaft haben, dann wäre es widersprüchlich, ihnen Einfluß auf die Geschäftsführung zu geben<sup>42</sup>. Allenfalls ist ein Anhörungsrecht der Kommanditaktionäre zur Bestellung des Geschäftsführers der Komplementär-Gesellschaft denkbar<sup>43</sup>.

Wesentlich problematischer ist die Frage, ob der BGH die Abbedingung der Zustimmungsbefugnisse der Aktionäre zu außergewöhnlichen Geschäften hinnehmen würde, wie dies in der Praxis zum Teil geschieht. Der vorsichtige Berater wird hier vorerst zur Zurückhaltung mahnen<sup>44</sup>.

Allerdings sollte dem Umstand der Minderheitenherrschaft kein allzu großes Gewicht beigemessen werden. Der Fall, daß sich Unternehmer nur auf die Führung der KGaA beschränken, ohne selbst eine Kapitaleinlage zu leisten, kommt in der Praxis so gut wie nicht vor. Schon aus steuerlichen Gründen werden insbesondere Familiengesellschaften bestrebt sein, große Kapitalanteile in die Gesellschaft als Komplementäreinlage einzubringen. Damit sind auch die Gesellschafter der

Komplementär-Gesellschaft kapitalmäßig stark in der KGaA involviert, was alleine in aller Regel schon ausreicht, um einen Mißbrauch der Leitungsmacht zu Lasten der KGaA auszuschließen.

Als weiteres Regulativ gegen zu starke unkontrollierte Machtkonzentration bei den Komplementär-Gesellschaftern spricht der BGH selbst die gesellschaftlerliche Treuepflicht<sup>45</sup> an. Auf deren genauere Ausgestaltung im Rahmen der KGaA muß aber noch gewartet werden.

Hinsichtlich der Firmierung der kapitalistischen KGaA wendet der BGH § 19 Abs. 5 HGB analog an. In der Praxis stellen sich hier keine Probleme.

### III. Besteuerung

#### 1. Ertragsbesteuerung

##### a) Die Besteuerung der KGaA nach dem Ertrag

Die Kommanditgesellschaft auf Aktien ist eine Kapitalgesellschaft und unterliegt damit wie die Aktiengesellschaft gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG der Körperschaftsteuer. Dies bedeutet für die thesaurierten Gewinne eine Körperschaftsteuerbelastung von 45%. Besonderheiten ergeben sich bei ausgeschütteten Gewinnen. Hier ist die Ausschüttungsbelastung von 30% nur für die Dividenden an die Kommanditaktionäre herzustellen. Auf eine mögliche Kapitalbeteiligung des Komplementärs gezahlte Ergebnisbeiträge mindern den handelsrechtlichen Jahresüberschuß der KGaA<sup>46</sup>. Auch für die steuerliche Gewinnermittlung sind sämtliche Leistungen an den persönlich haftenden Gesellschafter, soweit sie sich nicht auf Einzahlungen auf das Grundkapital beziehen, nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 KStG abzugsfähige Aufwendungen<sup>47</sup>. Die KGaA ist kraft ihrer Rechtsform nach § 2 Abs. 2 S. 1 GewStG gewerbesteuerpflichtig. Hier bestimmt allerdings § 8 Nr. 4 GewStG die Hinzurechnung der „Gewinnanteile, die an persönlich haftende Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft auf Aktien auf ihre nicht auf das Grundkapital gemachten Einlagen oder als Vergütung (Tantieme) für die Geschäftsführung verteilt worden sind“ zum Gewerbeertrag der KGaA.

##### b) Die Besteuerung des persönlich haftenden Gesellschafters nach dem Ertrag

###### α) Eine natürliche Person als Komplementär

Nach § 15 Abs. 1 Nr. 3 EStG werden die Komplementäre einer KGaA wie Mitunternehmer behandelt<sup>48</sup>. Sie sind aber nicht im Verhältnis zu der Gesellschaft oder den Kommanditaktionären Mitunternehmer; insofern werden sie nur als solche behandelt, als ihre Gewinnanteile und Vergütungen direkt als gewerbliche Einkünfte zugerechnet werden<sup>49</sup>. Dadurch erhält der persönlich haftende Gesellschafter die Tarifvergünstigung<sup>50</sup> für gewerbliche Einkünfte nach § 32 c Abs. 1 EStG<sup>51</sup>, denn anders als bei Schachtelbeteiligungen<sup>52</sup> ist die

<sup>41</sup> DStR 1997, 1539, 1540 re.Sp.

<sup>42</sup> Weiter kommt hinzu, daß bei einer KG als Komplementär der Einfluß der Aktionäre sich auf den Geschäftsführer der GmbH erstreckte, die an der KGaA gar nicht beteiligt ist. Geradezu abenteuerliche Konstellationen würden sich ergeben, wenn die GmbH noch an anderen Gesellschaften beteiligt wäre, deren Gesellschafter ebenfalls solche Rechte für sich beanspruchen.

<sup>43</sup> Vgl. auch *D. Mayer*, MittBayNot 1997, 329, 331, der auch nur von Rücksichtnahme spricht und den Fall – zutreffend – unter die Treuepflicht des Komplementärs subsumiert. Ähnlich *Herfs*, WiB 1997, 688, 690.

<sup>44</sup> So auch *Ladwig/Motte*, DStR 1997, 1540, 1541. Scheinbar etwas großzügiger *Goette*, DStR 1997, 1015, „Kommanditaktionäre nicht von jedem Einfluß (...) ausschließen“.

<sup>45</sup> Zu den Treuepflichten im Gesellschaftsrecht: *Wiedemann*, FS Heisius, 1991, S. 949.

<sup>46</sup> Vgl. hierzu *Strieder*, Kommanditgesellschaft auf Aktien, in: *Gnam/Federmann* (Hrsg.): Handbuch der Bilanzierung, Stichw. 77a, Rdnr. 10.

<sup>47</sup> Siehe auch: *Theisen*, DB 1989, 2191, 2195.

<sup>48</sup> *Niedner/Kusterer*, DB 1997, 2010, 2012.

<sup>49</sup> *Schmidt*, EStG, 15. Aufl. 1996, § 15 Anm. 891.

<sup>50</sup> Das heißt eine Deckelung der Einkommensgrenzsteuerbelastung für gewerbliche Einkünfte auf 47%.

Kürzungsvorschrift für gewerbsteuerpflichtige persönlich haftende Gesellschafter<sup>53</sup> nicht im Ausschlußkatalog des § 32 c Abs. 2 S. 2 EStG enthalten<sup>54</sup>. Die KGaA hat die entsprechenden Leistungen an den Komplementär nach § 8 Nr. 4 GewStG dem Gewerbeertrag hinzuzurechnen.

Die von der KGaA erhaltenen Dividenden des Komplementärs stellen bei ihm Einkünfte aus Kapitalvermögen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG dar, sofern die Aktien nicht in einem Betriebsvermögen gehalten werden. Sie unterliegen erst im Veranlagungszeitraum des Zuflusses der individuellen Besteuerung. Der erste Werktag nach dem Gewinnverwendungsbeschluß der Kommanditgesellschaft auf Aktien ist grundsätzlich der hierfür relevante Zeitpunkt<sup>55</sup>. Eine Tarifvergünstigung kommt für diese Einkünfte nicht in Betracht.

Bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen können Abfindungsansprüche auf die Einlage des persönlich haftenden Gesellschafters bei seinem Ausscheiden als außerordentliche Einkünfte zum halben durchschnittlichen Steuersatz der Besteuerung unterworfen werden (§ 16 Abs. 1 Nr. 3 EStG i.V.m. § 34 EStG)<sup>56</sup>.

### *β) Eine Gesellschaft als Komplementär*

Nun ist es auch denkbar, daß eine Gesellschaft als Komplementär fungiert. Hier muß dann zwischen Personengesellschaften und juristischen Personen unterschieden werden.

(1) Sofern eine Personengesellschaft die Stellung des persönlich haftenden Gesellschafters innehat, erzielt diese gewerbliche Einkünfte. Wenn ihre Gesellschafter natürliche Personen sind, ergibt sich nach § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG zwangsläufig eine Mitunternehmerschaft. Damit werden auf der Ebene der Gesellschafter des Komplementärs mittels der einheitlichen und gesonderten Gewinnfeststellung sämtliche Leistungen der Kommanditgesellschaft auf Aktien an den persönlich haftenden Gesellschafter zu gewerblichen Einkünften. Aus diesem Grund greift auch hier die Tarifbegrenzung des § 32 c Abs. 1 EStG.

(2) Auch juristische Personen können persönlich haftende Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft auf Aktien sein. Sie sind damit regelmäßig körperschaftsteuer- und gewerbsteuerpflichtig. Dies gilt für Dividenden, die auf das Bruttokapital gezahlt werden, wie für Tätigkeits- und sonstige Vergütungen. Eine Tarifvergünstigung kommt für juristische Personen nicht in Betracht.

Auf der Ebene der Mitglieder der Körperschaft des persönlich haftenden Gesellschafters kommen grundsätzlich nur Einkünfte an, wenn entsprechende Beschlüsse zur Gewinnausschüttung getroffen werden. Die juristische Person entfaltet eine Abschirmwirkung gegen gewerbliche Einkünfte<sup>57</sup>. Es werden Einkünfte aus Kapitalvermögen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG erzielt, wenn die Beteiligung im Privatvermögen

gehalten wird. Sollten darüber hinaus Vergütungen von dem Komplementär an seinen Gesellschafter gezahlt werden, so sind sie der jeweiligen Einkunftsart<sup>58</sup> zuzuordnen.

Sofern die Beteiligung in einem Betriebsvermögen gehalten wird, resultieren entsprechende gewerbliche Einkünfte bei dem Mitglied der juristischen Person. Hier ist zu beachten, daß sich dann eine gewerbsteuerliche Doppelbelastung ergeben kann, wenn die Beteiligung nicht von dem Schachtelprivileg nach § 9 Nr. 2 a GewStG erfaßt wird.

### *c) Die Besteuerung der Kommanditaktionäre*

Die Aktionäre der KGaA erhalten von der Gesellschaft Dividenden. Diese stellen gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG Einkünfte aus Kapitalvermögen dar, wenn die Beteiligung im Privatvermögen gehalten wird. Soweit es sich bei den Aktien um Betriebsvermögen handelt oder der Aktionär eine Personengesellschaft ist, werden gewerbliche Einkünfte realisiert.

## **2. Erbschaftsteuer**

### *a) Bewertung der Aktien*

Die Bewertung der Aktien ist unabhängig davon, ob diese von einer natürlichen Person als persönlich haftendem Gesellschafter oder von einem „einfachen“ Kommanditaktionär gehalten werden.

Sofern die Aktien der KGaA an einer Wertpapierhandelsbörse notiert werden, ist der Börsenkurs gemäß § 11 Abs. 1 S. 1 BewG am Tage des Anfalls der Erbschaft zur Bewertung heranzuziehen. Wenn die Kommanditaktien nicht an einer Wertpapierbörse gehandelt werden, sind sie nach § 11 Abs. 2 S. 1 BewG mit dem gemeinen Wert anzusetzen. Damit ist dann eine Bewertung nach dem Stuttgarter-Verfahren<sup>59</sup> vorzunehmen<sup>60</sup>. Dies stellt eine Bewertungsmethode für alle nicht notierten Anteile dar, die sowohl die Vermögenssituation als auch die Ertragsaussichten berücksichtigt.

### *b) Bewertung der Komplementäreinlage*

Bei der Bewertung der Komplementäreinlage bei einer KGaA sind die Steuerbilanzwerte des Betriebsvermögens der Gesellschaft nach § 12 Abs. 5 S. 2 ErbStG i.V.m. §§ 95 ff. BewG heranzuziehen<sup>61</sup>. Darüber hinaus besteht ein Freibetrag in Höhe von DM 500 000,- nach § 13a Abs. 2 ErbStG und es kann ein Bewertungsabschlag von 40% in Anspruch genommen werden.

### *c) Bewertung von Gesellschaftsanteilen an Komplementärgesellschaften*

Es wird davon ausgegangen, daß die Gesellschaftsanteile an dem persönlich haftenden Gesellschafter in einem Privatvermögen gehalten werden. Hier muß wieder zwischen Personen und Kapitalgesellschaften unterschieden werden.

#### *α) Personengesellschaften*

Beim Übergang von Gesellschaftsanteilen an Personengesellschaften von Todes wegen oder schenkweise ist nach § 12 Abs. 5 ErbStG i.V.m. § 98 a BewG der anteilige Einheitswert

<sup>51</sup> A.A.: *Fischer*, DStR 1997, 1519, 1522.

<sup>52</sup> § 9 Nr. 2 a GewStG.

<sup>53</sup> § 9 Nr. 2 b GewStG.

<sup>54</sup> Dies erkennt *Fischer*, DStR 1997, 1519, 1522; wie hier: *Glanegger*, in: *Schmidt*, EStG, 15. Aufl., 1996, § 32 c Anm. 14; *Henners/Lorz*, DB 1977, 1388, 1389; *Kusterer*, DStR 1997, 11, 13, der dies allerdings nur für operativ tätige KGaA's gelten lassen will und nicht für Holdinggesellschaften in der gleichen Rechtsform; a.a.O. S. 15 f.

<sup>55</sup> *Heinicke*, in: *Schmidt*, EStG, 15. Aufl. 1996, § 20 Anm. 31.

<sup>56</sup> *Fischer*, DStR 1997, 1519, 1522.

<sup>57</sup> *Fischer*, DStR 1997, 1519, 1523.

<sup>58</sup> Beispielsweise die Geschäftsführervergütung den Einkünften aus nicht selbständiger Tätigkeit (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 EStG) oder Zinszahlungen für ein gewährtes Gesellschafterdarlehen den Einkünften aus Kapitalvermögen (§ 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG).

<sup>59</sup> *Bigge*, in: Beck'sches Handbuch der GmbH, § 11, Anm. 320.

<sup>60</sup> Das Stuttgarter-Verfahren ist geregelt in den Abschnitten 76 ff. VStR.

<sup>61</sup> Vgl. hierzu und zum folgenden: *Fischer*, DStR 1997, 1519, 1521.

am Betriebsvermögen der Komplementärgesellschaft als Erb-anfall dem Begünstigten zuzurechnen. Dies ist regelmäßig günstig für den Steuerpflichtigen, da es sich dabei grundsätzlich um die Steuerbilanzwerte der Wirtschaftsgüter der Gesellschaft handeln wird. Daneben kann der Freibetrag gemäß § 13a Abs. 2 ErbStG in Höhe von DM 500 000,- in Abzug gebracht werden<sup>62</sup>.

#### β) Kapitalgesellschaften

Wenn Gesellschaftsanteile an einer Komplementärkapitalgesellschaft vererbt werden, dann sind diese gemäß § 12 Abs. 1 S. 1 ErbStG mit deren gemeinem Wert im Zeitpunkt des Anfalls der Steuer zu bewerten. Dies wird regelmäßig<sup>63</sup> nach dem Stuttgarter-Verfahren (Abschnitt 76 ff. VStR) erfolgen.

### IV. Motive für den Gang in die KGaA<sup>64</sup>

Bei zukünftigen Neugründungen von oder Umwandlungen in KGaAs wird es sich weit überwiegend um kapitalistische KGaAs handeln, bei denen eine GmbH & Co. KG alleiniger Komplementär ist.

Eine solche Konstruktion bietet den Vorteil, daß, auch auf der Grundlage des Gesetzes ohne statutarische Abweichungen, die Leitungsmacht in der Person der vom Gründer/bisherigen Gesellschafter beherrschten Gesellschaft gehalten werden kann. Selbst bei Abgabe von 100% der Aktien behalten die bisherigen Gesellschafter die unternehmerische Führungsrolle und ihr Vetorecht bei Grundlagenbeschlüssen<sup>65</sup>. Die KGaA bietet alle Vorteile, die Gesellschaften, die persönliche Haftung kennen, aufweisen. Zusätzlich kann durch die Abschirmwirkung der zwischengeschalteten Gesellschaft die persönliche Haftung des Unternehmers ausgeschaltet bzw. auf dessen Einlage begrenzt werden. Diese umfassende Leitungsmacht samt Haftungsbegrenzung kann ferner mit einem Mindestmaß an Kapitaleinsatz verbunden werden, da eine Beteiligung am Grundkapital nicht erforderlich ist.

Das Grundkapital kann vielmehr über die Börse plaziert werden. Dadurch kann der Gesellschaft massiv Eigenkapital zugeführt werden, was vielen Gesellschaften derzeit rechtsformbedingt nicht möglich ist<sup>66</sup>. Gleichzeitig bleibt im

Gegensatz zur Umwandlung in eine AG der beherrschende Einfluß der bisherigen Gesellschafter erhalten.

Die Haftungsbegrenzung und die Eigenkapitalbeschaffung bei gleichzeitigem Behalten der Leitungsmacht sind die zwei wesentlichen Motive für den Gang in die KGaA.

Durch die mit der kapitalistischen KGaA faktisch gegebene Möglichkeit der Fremdgeschäftsführung besteht ferner die Möglichkeit, qualifizierte Führungskräfte in das Unternehmen einzubinden. Dies ist vor allem bei Familiengesellschaften von Bedeutung, wenn sich der Patriarch aus der Unternehmensleitung zurückziehen will und qualifizierter Nachwuchs in der eigenen Familie (noch) nicht vorhanden ist. Zudem können gleichzeitig Nachfolgeprobleme in Familiengesellschaften steuergünstig gelöst werden, ohne daß die Werte des Unternehmens zerschlagen werden müssen. Die KGaA bietet die Möglichkeit, einen (geeigneten und willigen) Nachfolger oder Nachfolgestamm mit der Führung des Unternehmens zu betrauen, während der andere kapitalmäßig an der Gesellschaft beteiligt wird, so daß er auf diese Weise Vermögenswerte zugewandt erhält und an Wertsteigerungen partizipiert, aber gleichwohl das Unternehmen in seinem Bestand erhalten bleibt. Die weitgehende Satzungsfreiheit ermöglicht für jeden Einzelfall eine adäquate Gestaltung, die – etwa durch eine Stärkung des Aufsichtsrates und bestimmte Vorgaben über seine Zusammensetzung – anders als das starre Kleid der AG den Interessen aller Beteiligter gerecht wird<sup>67</sup>. Die Bedeutung der schwachen Aufsichtsratskontrolle und eingeschränkten Mitbestimmung sollte ferner gerade bei Familiengesellschaften nicht unterschätzt werden<sup>68</sup>. Die Sicherung qualifizierter Unternehmensführung und geeignete sowie steuergünstige Nachfolgegestaltungen sind damit weitere Gründe, die KGaA als Rechtsform zu wählen.

Angedacht worden sind ferner bereits Modelle für andere expandierungswillige Rechtsformen, insbesondere für Genossenschaften, um diesen den Zugang zum Kapitalmarkt zu eröffnen, ohne das Förderprinzip aufzugeben<sup>69</sup>. Auch für Fälle, in denen die für einen Börsengang erforderliche Unternehmensbewertung schwierig ist, weil es keine Erfahrungswerte gibt oder der Wert starken Schwankungen unterworfen ist, eignet sich die KGaA, da der Emittent auch dann die Geschäftsleitung innehat, wenn er weniger als die Hälfte der Aktien besitzt. Das Ausweichen auf Vorzugsaktien entfällt dann. Zu denken ist hier insbesondere an Fußballvereine.

<sup>62</sup> Fischer, DStR 1997, 1519, 1523.

<sup>63</sup> Wenn diese Gesellschaft an einer Wertpapierbörse gehandelt wird, dann ist nach § 11 Abs. 1 S. 1 BewG der Börsenkurs für die Bewertung heranzuziehen. Es dürfte aber in der Praxis nicht vorkommen, daß die Komplementärgesellschaft einer KGaA selbst an einer Börse notiert wird.

<sup>64</sup> Zur Vermeidung von Wiederholungen sei hier zugleich auf den Beitrag von D. Mayer, MittBayNot 1997, 329, 330, verwiesen. Ausführlich auch Haase, GmbHR 1997, 917, 921 ff.

<sup>65</sup> Herfs, WiB 1997, 688, 690.

<sup>66</sup> Man denke nur an expandierende Genossenschaften.

<sup>67</sup> Siehe dazu auch Claussen in: FS für Heinsius, 1991, S. 61, 67 ff.

<sup>68</sup> Hennerkes/Lorz, DB 1997, 1388, 1389; Hennerkes/May, DB 1988, 537, 540.

<sup>69</sup> Strieder/Habel, BB 1995, 1857 ff.; Hennerkes/Lorz, DB 1997, 1388, 1393.

# Der „ständige Vertreter“ der Zweigniederlassung einer ausländischen Kapitalgesellschaft

Von Dr. Andreas Heidinger, DNotI, Würzburg

## I. Problemstellung

Durch die elfte europäische Richtlinie des Rates vom 21.12.1989 über die Offenlegung von Zweigniederlassungen, die in einem Mitgliedstaat von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen errichtet wurden, die dem Recht eines anderen Staates unterliegen, wurde u. a. der „ständige Vertreter“ der Pflicht zur Offenlegung unterstellt. Durch § 13e Abs. 2 S. 4 Nr. 3 HGB hat der deutsche Gesetzgeber im Gesetz v. 22.7.1993<sup>1</sup> diesbezüglich die Umsetzung in deutsches Recht betrieben. Im bisherigen deutschen Handels- bzw. Gesellschaftsrecht ist der Begriff des ständigen Vertreters nicht bekannt gewesen. Eine Legaldefinition fehlt auch in dem neugefaßten § 13e HGB. Daher herrscht in der Praxis und bei den Registergerichten Unsicherheit über den Inhalt dieses neuen juristischen Terminus und über dessen registerrechtliche Handhabung.

## II. Die EG-rechtlichen Grundlagen

Um die Ausübung der Niederlassungsfreiheit durch Gesellschaften i.S.d. Art. 58 EWG-Vertrag zu erleichtern, sehen Art. 54 Abs. 3g des EWG-Vertrages und das allgemeine Programm zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit die Koordinierung der Schutzbestimmungen vor, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind.

Dieser Koordinierung dient auch § 13e Abs. 2 S. 4 Nr. 3 HGB. Dabei liegt der EG-rechtliche Ausgangspunkt des § 13e Abs. 2 S. 4 Nr. 3 HGB bereits in der EG-Richtlinie zur Offenlegung gesellschaftsrechtlicher Verhältnisse<sup>2</sup>, in der u. a. in Art. 2 Abs. 1d die Offenlegung der Bestellung, des Ausscheidens sowie der Personalien des gesetzlich vorgeschriebenen Gesellschaftsorgans oder des Mitgliedes eines solchen Organs durch die Mitgliedstaaten gefordert wird<sup>3</sup>. Diese Richtlinie zur Koordination der Offenlegung war nur auf die Gesellschaften als solche anwendbar, jedoch nicht auf ihre Zweigniederlassungen. Die Errichtung einer Zweigniederlassung wurde von der EG-Kommission später neben der Gründung einer Tochtergesellschaft als eine der Möglichkeiten erkannt, die derzeit einer Gesellschaft zur Ausübung des Niederlassungsrechts in einem anderen Mitgliedstaat zur Verfügung stehen. Das Fehlen einer Koordinierung für die Zweigniederlassungen, insbesondere im Bereich der Offenlegung, hat nach Ansicht der EG-Kommission im Hinblick auf den Schutz von Gesellschaftern und Dritten zu Unterschieden geführt zwischen den Gesellschaften, welche sich in anderen Mitgliedstaaten durch die Errichtung von Zweigniederlassungen betätigen, und den Gesellschaften, die dies durch die Gründung von Tochtergesellschaften tun. Solche Unterschiede in den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten konnten die Ausübung des Niederlassungsrechts stören und sollten deshalb u. a. zur Sicherung der Ausübung dieses Rechts beseitigt werden<sup>4</sup>. Zum Schutz der Personen, die über

eine Zweigniederlassung mit einer Gesellschaft in Beziehung treten, sollten in dem Mitgliedstaat, in dem sich die Zweigniederlassung befindet, jedoch Maßnahmen der Offenlegung getroffen werden. Denn der wirtschaftliche und soziale Einfluß einer Zweigniederlassung kann in gewisser Hinsicht demjenigen einer Tochtergesellschaft vergleichbar sein, so daß ein öffentliches Interesse an einer Offenlegung der Gesellschaft auch bei der Zweigniederlassung besteht. Um dies zu realisieren, hat die EG-Kommission in der elften Richtlinie des Rates vom 21.12.1989 über die Offenlegung von Zweigniederlassungen von dem gleichen Verfahren Gebrauch gemacht, das bereits für die Offenlegung von Kapitalgesellschaften in der Gemeinschaft eingeführt worden war<sup>5</sup>.

Daher wurde in der elften Richtlinie Art. 2 Abs. 1e für Zweigniederlassungen von Gesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten und in Art. 8h für Zweigniederlassungen von Gesellschaften aus Drittländern die Pflicht zur Offenlegung auf Urkunden und Angaben über die Bestellung, das Ausscheiden und die Personalien derjenigen erstreckt, die befugt sind, die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten, und zwar

- als gesetzlich vorgeschriebenes Organ der Gesellschaft oder als Mitglied eines solchen Organs sowie
- als ständiger Vertreter der Gesellschaft für die Tätigkeit der Zweigniederlassung.

Dabei ist nach der EG-Richtlinie anzugeben, welchen Umfang die Vertretungsmacht hat und ob die betreffenden Personen diese allein oder nur gemeinschaftlich ausüben können<sup>6</sup>.

In dem Kommissionsvorschlag<sup>7</sup> wird dies folgendermaßen begründet:

Sind für die Tätigkeit der Niederlassung besondere Vertreter der Gesellschaft bestellt, müssen auch deren Personalien der Öffentlichkeit zugänglich sein. Handelt es sich dabei um mehrere Personen, ist zugleich anzugeben, ob sie die Gesellschaft allein oder gemeinschaftlich vertreten können. Der Mitgliedstaat, in welchem die Zweigniederlassung errichtet wird, kann die Hinterlegung einer beglaubigten Unterschrift von den Personen verlangen, welche die Gesellschaft vertreten können.

## III. Die Umsetzung in deutsches Recht im § 13e Abs. 2 S. 4 Nr. 3 HGB

Auf Grundlage der elften EG-Richtlinie hat der deutsche Gesetzgeber mit Gesetz v. 22.7.1993<sup>8</sup> in § 13e Abs. 2 S. 4 Nr. 3 HGB geregelt, daß in der Anmeldung zum Handelsregister u. a. die Personen, die befugt sind, als ständige Vertreter für die Tätigkeit der Zweigniederlassung die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten, unter Angabe ihrer Befugnisse anzugeben sind. In der Regierungs-

<sup>1</sup> BGBl I S. 1282.

<sup>2</sup> ABl. der europäischen Gemeinschaften L 65/9 1968.

<sup>3</sup> 1. Richtlinie 68/151/EWG, ABl. Nr. L 65 v. 14.3.1968, S. 8.

<sup>4</sup> Auch Eyles, Das Niederlassungsrecht der Kapitalgesellschaften in der Europäischen Gemeinschaft, 1990, S. 193 f.

<sup>5</sup> Vgl. dazu Kom (86) 397 endg. Vorschlag für eine elfte Richtlinie des Rates v. 23.7.1986, S. 4.

<sup>6</sup> ABl. der Europäischen Gemeinschaften vom 30.12.1989, L 395/36 ff.

<sup>7</sup> (86) 397 endg. v. 23.7.1986 S. 8.

<sup>8</sup> BGBl I S. 1282.

begründung<sup>9</sup> wird darauf verwiesen, daß durch diese in Abs. 2 S. 4 Nr. 3 vorgeschriebene Anmeldung sichergestellt werden soll, daß auch Handlungsbevollmächtigte zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden. Allerdings seien nicht sämtliche Handlungsbevollmächtigte ständige Vertreter i.S.d. Abs. 2 S. 4 Nr. 3, sondern nur diejenigen, denen ausnahmsweise eine ständige Prozeßführungsbefugnis (§ 54 Abs. 2 HGB) und eine generelle Vertretungsmacht eingeräumt worden sei. Das deutsche Recht (vgl. § 54 HGB) sehe eine derartige Anmeldung einer Handlungsvollmacht bisher nicht vor. Nach Abs. 2 S. 4 Nr. 3 seien auch die Befugnisse des ständigen Vertreters anzumelden. Danach sei nicht nur der Umfang der Vertretungsmacht anzugeben, sondern auch, ob der ständige Vertreter zur alleinigen oder nur zur gemeinsamen Vertretung berechtigt sei. Dies folge für inländische Zweigniederlassungen von Gesellschaften aus Drittstaaten ausdrücklich aus Art. 8 h der Richtlinie. Für inländische Zweigniederlassungen von Gesellschaften aus Mitgliedsstaaten ergebe sich diese Offenlegungspflicht aus Art. 2 Abs. 1 e erster Spiegelstrich der Richtlinie i.V.m. Art. 2 Abs. 1 d der ersten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie. Nach der letztgenannten Vorschrift müsse bei der Offenlegung angegeben werden, ob die zur Vertretung der Gesellschaft befugten Personen die Gesellschaft allein oder nur gemeinschaftlich vertreten können. Dies gelte auch für die ständigen Vertreter der Gesellschaft. Von Abs. 2 S. 4 Nr. 3 werden auch Prokuristen erfaßt, jedoch führe dies nicht zu einer inhaltlichen Änderung der bereits nach §§ 53, 50 Abs. 3 S. 1 HGB bestehenden Anmeldungspflicht.

## 1. Die Person des „ständigen Vertreters“ in der Literatur

Aus der Regierungsbegründung schließt die Literatur fast einheitlich mit nur geringfügigen Nuancen, daß nach § 13 e Abs. 2 S. 4 Nr. 3 HGB bei der Anmeldung anzugeben sind Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte, allerdings letztere nur soweit sie generelle Vertretungsmacht mit dauernder Prozeßführungsbefugnis haben<sup>10</sup>. Dabei wird teilweise auch formuliert, daß jedenfalls Prokuristen von dieser Bestimmung erfaßt werden, aber auch sichergestellt werden soll, daß Handlungsbevollmächtigte zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden, wenn ihnen ausnahmsweise ständige Prozeßführungsbefugnis neben ihrer generellen Vertretungsmacht eingeräumt worden ist<sup>11</sup>. Erfaßt werden in erster Linie Prokuristen, Generalbevollmächtigte und Personen mit einer vergleichbaren rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht<sup>12</sup>. Von dieser Bestimmung werden also zum einen Prokuristen der Zweigniederlassung erfaßt, ohne daß damit aber eine inhaltliche Änderung der sich aus den §§ 53, 50 Abs. 3 S. 1 HGB ergebenden Anmeldepflicht verbunden ist<sup>12a</sup>. Zum anderen erstreckt sich die Bestimmung auf General-

<sup>9</sup> BTDRs. 12/3908 S. 16.

<sup>10</sup> *Ruß*, Heidelberger Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 4. Aufl. 1996, § 13 e Rdnr. 1; *Baumbach/Hopt*, HGB, 24. Aufl. 1995, § 13 e Rdnr. 2; *Plesse*, Neuregelung des Rechts der Offenlegung von Zweigniederlassungen, DStR 1993, 133 ff., 134; *Hüffer*, AktG, 3. Aufl. 1997, Anh. § 45, § 13 e HGB Rdnr. 7; *Seibert*, Neuordnung des Rechts der Zweigniederlassungen im HGB, DB 1993, 1705 ff., 1706.

<sup>11</sup> MünchKomm zum HGB-Bockelmann, 1996, § 13 e, Rdnr. 7.

<sup>12</sup> Gemeinschaftskommentar zum HGB-Achilles, 5. Aufl. 1997, § 13 e Rdnr. 8.

<sup>12a</sup> *Ammon* in: *Röhricht/Graf von Westphalen*, HGB, 1998, § 13 e Rdnr. 10.

bevollmächtigte, deren Vertretungsmacht auf einer umfassenden bürgerlich-rechtlichen Vollmacht beruht<sup>13</sup>. Die eigentliche Zielrichtung der Bestimmung ist es nämlich, sicherzustellen, daß abweichend von der allgemeinen Regel des § 54 HGB auch Handlungsbevollmächtigte zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden<sup>14</sup>.

Künftig kann danach auch ein Handlungsbevollmächtigter eingetragen sein<sup>15</sup>, muß es aber nicht. Die Gesellschaft kann also mit der Einräumung der ständigen Prozeßführungsbefugnis i.S.v. § 54 Abs. 2 HGB den Umfang der Vertretungsmacht eines Handlungsbevollmächtigten und damit auch die Notwendigkeit der Offenlegung steuern<sup>16</sup>.

## 2. Der materielle Inhalt der Regelung über den „ständigen Vertreter“

Dabei besteht Einigkeit darüber, daß es sich bei dem ständigen Vertreter um gewillkürte und nicht um gesetzliche Vertreter handelt<sup>17</sup>. Dies ergibt sich schon aus der Formulierung des § 13 e Abs. 4 HGB<sup>18</sup>, in dem die gesetzlichen Vertreter der Gesellschaft subsidiär für den Fall, daß keine ständigen Vertreter beim Handelsregister gemeldet sind, die Eröffnung oder die Ablehnung eines Konkurses oder ähnlichen Verfahrens zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden haben.

Daraus ist m.E. auch abzuleiten, daß nicht jede Zweigniederlassung zwingend einen „ständigen Vertreter“ i.S.d. § 13 Abs. 2 S. 4 Nr. 2 HGB haben muß. Ein Argument hiergegen könnte sich allenfalls aus den objektiven Kriterien einer Zweigniederlassung ergeben. Der Leiter einer Zweigniederlassung muß nämlich im Außenverhältnis selbständig zu Geschäftsabschlüssen im Namen des Unternehmensträgers befugt sein, um die Zweigniederlassung (da dieser selbst die Rechtsfähigkeit fehlt) zu vertreten<sup>19</sup>. Jedoch würde zur Erfüllung dieses Kriteriums auch ein rechtsgeschäftlicher Vertreter der Gesellschaft genügen, der die Zweigniederlassung nur außergerichtlich vertreten dürfte.

Aus dem oben Gesagten ergibt sich m.E., daß § 13 e Abs. 2 S. 4 Nr. 3 HGB als Umsetzung der elften EG-Richtlinie lediglich eine Regelung beinhaltet, die eine Offenlegungspflicht begründet. Eine Verpflichtung zur Bestellung eines ständigen

<sup>13</sup> *Heymann/Horn-Sonnenschein/Weitemeyer*, HGB, 2. Aufl. 1995, § 13 e Rdnr. 13.

<sup>14</sup> *Heymann/Horn-Sonnenschein/Weitemeyer*, a.a.O., § 13 e Rdnr. 13.

<sup>15</sup> *Hahnefeld*, Neue Regelung zur Offenlegung bei Zweigniederlassungen, DStR, 93, 596 ff., 597.

<sup>16</sup> MünchKomm zum HGB-Bockelmann, a.a.O., § 13 e Rdnr. 7; *Seibert*, Neuordnung des Rechts der Zweigniederlassung im HGB, DB 1993, 1706, vgl. schon *ders.*, a.a.O., GmbHR 1992, S. 738, 740; *Kindler*, Neue Offenlegungspflichten für Zweigniederlassungen ausländischer Kapitalgesellschaften, NJW 1993, 3301 ff., 3305.

<sup>17</sup> *Plesse*, Neuregelung des Rechts der Offenlegung von Zweigniederlassungen, DStR 1993, 133 f., 134; *Seibert*, Die Umsetzung der Zweigniederlassungs-Richtlinie der EG in deutsches Recht, GmbHR 1992, 738 ff., 740.

<sup>18</sup> Vgl. *Seibert* a.a.O., GmbHR 1992, 740.

<sup>19</sup> *Saame*, Die Zweigniederlassung eines ausländischen Unternehmens in Deutschland, Diss. Mainz 1994, S. 27 mit Verweis auf RGZ 50, 428, 429 f.; *Hüffer*, in: Großkommentar HGB 4. Aufl. 1995 vor § 13 Rdnr. 14 (Stand 1.4.1982); *Bumeder*, Die inländische Zweigniederlassung ausländischer Unternehmen im deutschen Register- und Kollisionsrecht, 1971, Rdnr. 141.

Vertreters ergibt sich aus dieser Norm gerade nicht<sup>20</sup>. Daher bildet der ständige Vertreter keine weitere zusätzliche handelsrechtliche Vollmacht, wie die Prokura oder die Handlungsvollmacht mit einem gesetzlich vorgegebenen bestimmten Umfang der Vertretungsmacht. Vielmehr muß umgekehrt gefragt werden, ob ein gewillkürter Vertreter der Zweigniederlassung existiert, der den in § 13 e Abs. 2 S. 4 Nr. 3 HGB geregelten Mindestanforderungen entspricht, um als ständiger Vertreter eintragungspflichtig und damit auch eintragungsfähig zu werden. Die Erteilung der Prokura und der Handlungsvollmacht für die inländische Zweigniederlassung bestimmt sich dabei weiterhin nach inländischem Recht<sup>21</sup>. Der Umfang der Vertretungsmacht muß aber sowohl die gerichtliche als auch außergerichtliche Vertretung der Gesellschaft für die Tätigkeit der Zweigniederlassung umfassen. Das bedeutet m.E., daß diese Vertretung begrenzt sein kann auf die Zweigniederlassung, wie z.B. bei der Niederlassungsprokura. Möglich erscheint jedoch auch eine weite Vertretungsmacht, die nicht nur auf die Vertretung für die Geschäfte der Zweigniederlassung beschränkt ist, wenn sie nur zumindest auch deren gerichtliche und außergerichtliche Vertretung umfaßt.

Darüber hinaus muß die Vertretung *ständig* in dem Sinne sein, daß sie auf eine gewisse Dauer und nicht nur auf eine einmalige Handlung oder eine begrenzte Zeit angelegt ist<sup>22</sup>.

### 3. Keine gesteigerte Vertretungsmacht des ständigen Vertreters

Nach § 13 e Abs. 3 HGB hat der ständige Vertreter selbst jede Änderung in seiner Person oder seiner Vertretungsbefugnis zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Damit verleiht das Gesetz dem ständigen Vertreter begrenzt auf diese Anmeldekompetenz scheinbar eine Rechtsstellung, die weiter geht als diejenige eines Prokuristen. Denn § 53 Abs. 3 HGB bestimmt, daß das Erlöschen der Prokura, ebenfalls wie deren Erteilung, nur von dem Inhaber des Handelsgeschäfts selbst zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden kann. § 13 e Abs. 3 HGB kann aber nicht die Kompetenz des Prokuristen dergestalt erweitern, daß er das Erlöschen seiner Prokura selbst anmeldet. Prokuristen der Zweigniederlassung erfüllen zwar alle Voraussetzungen eines „ständigen Vertreters“ und werden daher von der Anmeldepflicht nach § 13 e Abs. 2 S. 4 Nr. 3 HGB erfaßt, ohne daß damit jedoch eine inhaltliche Änderung der sich aus den §§ 53, 50 Abs. 3 S. 1 HGB ergebenden Anmeldepflicht verbunden wäre<sup>23</sup>. Ein Prokurist, der ständiger Vertreter ist, kann m. E. also selbst zwar nicht das Erlöschen seiner eigenen Stellung als Prokurist und damit als ständiger Vertreter anmelden, demgegenüber aber die Neuanschaffung eines anderen ständigen Vertreters, soweit dieser nicht wieder Prokurist ist, durchführen. Dies betrifft auch nur die verfahrensrechtliche Anmeldebefugnis, nicht hingegen die Befugnis, selbst einen ständigen Vertreter für die Zweigniederlassung rechtsgeschäftlich zu bevollmächtigen, also z.B. einen Prokuristen zu bestellen. Die Regierungsbegründung<sup>24</sup> führt dazu aus, daß § 13 e Abs. 3 HGB bei inländischen Zweigniederlassungen von Aktienge-

sellschaften und GmbH's mit Sitz im Ausland die Anmeldung jeder Änderung der in Abs. 2 S. 4 Nr. 3 genannten Personen oder der Vertretungsbefugnis einer dieser Personen vorsieht. Dies diene, wie Abs. 2 S. 4 Nr. 3, der Umsetzung von Art. 2 Abs. 1 e zweiter Spiegelstrich und Art. 8 h zweiter Spiegelstrich der Richtlinie in deutsches Recht. Durch diese Vorschrift solle gewährleistet werden, daß auch Änderungen in Bezug auf einen Handlungsbevollmächtigten zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden. Hinsichtlich der ebenfalls von Abs. 3 erfaßten Prokuristen werde das bisher geltende Recht (vgl. § 53 Abs. 3 HGB) inhaltlich nicht geändert. Die ausdrückliche Regelung des Abs. 3 sei aber erforderlich, weil die Vorschriften des § 81 Abs. 1 AktG und des § 39 Abs. 1 GmbHG nur die gesetzlich vorgeschriebenen Organe der Gesellschaft erfassen, nicht aber auch andere ständige Vertreter der Gesellschaft für die Tätigkeit der Zweigniederlassung. Eine bloße Verweisung auf § 81 Abs. 1 AktG bzw. 39 Abs. 1 GmbHG hätte daher insoweit zur Umsetzung der Richtlinie nicht ausgereicht. Falls der einzige noch verbliebene ständige Vertreter aus seinem Amt ausscheidet, treffe die in Abs. 3 vorgesehene Anmeldepflicht selbstverständlich die gesetzlichen Vertreter der Gesellschaft. Einer entsprechenden gesetzlichen Regelung bedürfe es dazu nicht. § 13 Abs. 3 HGB schließt also im Ergebnis nur die von §§ 53 Abs. 3 HGB, 81 Abs. 1 AktG und § 39 Abs. 1 GmbHG für die sonstigen ständigen Vertreter – also weder Prokurist noch gesetzlicher Vertreter – gelassene Lücke.

### 4. Erweiterte Pflichten des ständigen Vertreters

§ 13 e Abs. 4 HGB regelt eine Pflicht des ständigen Vertreters, die Eröffnung oder die Ablehnung der Eröffnung eines Konkurs-, Vergleichs- o. ä. Verfahrens über das Vermögen der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Subsidiär sind dazu die gesetzlichen Vertreter der Gesellschaft verpflichtet. Damit geht allerdings keine Konkursantragspflicht, sondern nur eine Anmeldepflicht beim Registergericht einher. Dadurch wird dem ständigen Vertreter eine weitere Anmeldeverpflichtung auferlegt, die ansonsten ein Prokurist, Handlungsbevollmächtigter o. ä. zumindest im Land der jeweiligen Zweigniederlassung nicht hätte. Die Anmeldepflicht nach § 13 e Abs. 3 HGB trifft m. E. auch den Prokuristen, obwohl er nicht als ständiger Vertreter ausdrücklich im Handelsregister ausgewiesen ist allein, weil er ständiger Vertreter der Zweigniederlassung ist.

Einhellige Meinung ist es allerdings, daß der ständige Vertreter nicht die Zweigstelle selbst zum Handelsregister anmelden kann. Hierzu bedarf es vielmehr der Mitwirkung der gesetzlichen Vertreter der Muttergesellschaft in vertretungsberechtigter Zahl<sup>25</sup>.

### IV. Die registermäßige Behandlung des ständigen Vertreters

§ 13 e Abs. 2 S. 4 HGB betrifft vom Wortlaut her nur, was bei der Anmeldung einer Zweigniederlassung zum Handelsregister anzugeben ist, nicht den Inhalt der Eintragung ins Handelsregister selbst.

<sup>20</sup> Ebenso Hüffer, AktG, a.a.O., Anh. § 45, § 13 e HGB Rdnr. 7 mit Verweis auf Regierungsbegründung BTDr. 12/3908 S. 16 linke Spalte; Kindler, a.a.O., NJW 1993, 3301, 3305; Seibert, a.a.O., GmbHR, 1992, 738, 740 rechte Spalte.

<sup>21</sup> Gemeinschaftskommentar zum HGB-Achilles, a.a.O., § 13 e Rdnr. 8, m. Verweis auf BGHZ 43, 21, 26.

<sup>22</sup> Heymann/Horn-Sonnenschein/Weitemeyer, HGB, a.a.O., § 13 e Rdnr. 13.

<sup>23</sup> Heymann/Horn-Sonnenschein/Weitemeyer, a.a.O., § 13 e Rdnr. 13.

<sup>24</sup> BTDr. 12/3908, S. 16.

<sup>25</sup> Vgl. § 13 e Abs. 2 S. 1 HGB; zu den verschiedenen Modellen der gesetzlichen Vertretung in den verschiedenen Ländern vgl. ausführlich Saame, Die Zweigniederlassung eines ausländischen Unternehmens in Deutschland, Diss. Mainz 1994, S. 71 ff.: Wer bei ausländischen Unternehmen Organ ist, ist durch rechtsvergleichende Qualifikation des jeweiligen Unternehmens und der Funktion in der Organisation zu ermitteln.

## 1. Die Eintragung in das Handelsregister

In § 43 Nr. 6 lit.o HRV ist vorgesehen, daß bei einer Zweigniederlassung einer Aktiengesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz im Ausland die ständigen Vertreter nach § 13 e Abs. 2 S. 4 Nr. 3 HGB mit Vornamen, Familiennamen und Wohnort unter Angabe ihrer Befugnisse auch im Handelsregister einzutragen sind<sup>26</sup>.

Da das Gesetz bei der Anmeldung auch die Angabe der Befugnisse des ständigen Vertreters verlangt, wird nicht nur der Umfang der Vertretungsmacht angegeben werden müssen, sondern auch, ob er zur Alleinvertretung oder nur zur Gesamtvertretung berechtigt ist<sup>27</sup>. Um die von der EG-Richtlinie geforderte Offenlegung auch bezüglich dieser Angaben zu realisieren, müssen diese m.E. auch ins Handelsregister eingetragen werden. Die Eintragung des ständigen Vertreters in Spalte 6 des Handelsregisters ist m.E. genauso wie beim Prokuristen oder sogar beim gesetzlichen Vertreter der Kapitalgesellschaften nicht konstitutiv, sondern nur deklaratorisch.

## 2. Die Doppeleintragung der Prokuristen und der gesetzlichen Vertreter

Nach dem oben Gesagten ist die bei Zweigniederlassungen einer ausländischen Kapitalgesellschaft registerrechtlich verbreitete Praxis, einen Prokuristen sowohl in Spalte 5 als Prokuristen als auch in Spalte 6 als ständigen Vertreter einzutragen, m.E. bedenklich. Der Forderung der EG-Richtlinie sowie des HGB nach Offenlegung im Handelsregister genügt m.E. bereits die Eintragung als Prokurist. Durch den kraft Gesetz festgeschriebenen Umfang der Vertretungsmacht eines Prokuristen ist er nicht nur Prokurist, sondern auch „ständiger Vertreter“ für die Tätigkeit der Zweigniederlassung und als solcher den interessierten Verkehrskreisen ersichtlich. Einer zusätzlichen Benennung als „ständiger Vertreter“ durch Eintragung in der Spalte 6 des Handelsregisters bedarf es m.E. nicht. Die interessierten Verkehrskreise können sich auch allein aufgrund der Eintragung als Prokurist umfassend über die Vertreter der Gesellschaft für die Tätigkeit der Zweigniederlassung informieren, die diese gerichtlich und außergerichtlich ständig vertreten dürfen. Nach dem handelsregisterrechtlichen Grundsatz, daß Überflüssiges nicht eingetragen werden darf, besteht konsequenterweise sogar ein Eintragungsverbot<sup>28</sup>.

Die teilweise zu beobachtende Eintragung gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft als ständige Vertreter der Zweigniederlassung halte ich ebenfalls für bedenklich. Sowohl die elfte EG-Richtlinie als auch die Umsetzung in § 13 e HGB zielen m.E. auf die Offenlegung gewillkürter, rechtsgeschäftlicher Vertretung der Zweigniederlassung. Daher kann die Eintragungsfähigkeit eines gesetzlichen Vertreters der Gesellschaft nur dann als ständiger Vertreter im deutschen Handelsregister korrekt sein, wenn ihm zusätzlich neben seiner gesetzlichen Vertretungsmacht rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht für die Geschäfte der Zweigniederlassung in dem erforderlichen Umfang gewährt wäre. Ob dies überhaupt zulässig wäre, be-

urteilt sich nach den Regelungen der gesetzlichen Vertretung in dem Land des Sitzes der Gesellschaft. Nach deutschem Recht ist es höchst umstritten, ob einem gesetzlichen Vertreter einer Kapitalgesellschaft daneben zusätzlich rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht erteilt werden kann<sup>28a</sup>. Jedenfalls dient eine solche zusätzliche Eintragung eines gesetzlichen Vertreters als ständiger Vertreter i.S.d. § 13 e Abs. 2 S. 4 Nr. 3 HGB nicht der Offenlegung, sondern eher der Verwirrung der Verkehrskreise. Denn die gesetzlichen Vertreter sind aus der Registereintragung der Zweigniederlassung einschließlich ihrer Vertretungsmacht aus Spalte 6 bereits ersichtlich. Mit dem gleichen Argument wie beim Prokuristen muß m.E. auch hier die Doppeleintragung unzulässig sein. Sowohl die elfte EG-Richtlinie selbst als auch § 13 e Abs. 4 HGB stellt den ständigen Vertreter gerade dem gesetzlichen Vertreter gegenüber.

Demgegenüber hängt die Eintragungsfähigkeit eines Handelsvertreters oder eines Generalbevollmächtigten insbesondere von dem konkret vorliegenden Umfang der Vertretungsmacht ab. Dieser ist m.E. dann auch in Spalte 6 des Handelsregisters bei der Eintragung als „ständiger Vertreter“ mit aufzuführen. Allein in diesen Fällen bewirkt die Eintragung des ständigen Vertreters im Handelsregister eine Offenlegung über diejenige hinaus, die sowieso schon vor der elften EG-Richtlinie im deutschen Recht bestand.

## 3. Die einzureichenden Unterlagen

Wie sich aus der elften EG-Richtlinie (Art. 2 Abs. 1 e sowie 8 h) ergibt, erstreckt sich die Pflicht zur Offenlegung „mindestens auf folgende Urkunden und Angaben“. Dabei werden ausdrücklich die Bestellung, das Ausscheiden und die Personalien des ständigen Vertreters genannt. Nach § 43 Nr. 6 lit. o HRV ist der ständige Vertreter einer Zweigniederlassung mit Vornamen, Familiennamen und Wohnort und Angabe seiner Befugnisse ins Handelsregister einzutragen. Fraglich ist, welche „Urkunden“ das Registergericht zur Anmeldung des ständigen Vertreters verlangen kann.

Beim Geschäftsführer einer GmbH nach § 39 Abs. 2 GmbHG sowie beim Vorstand der Aktiengesellschaft nach § 81 Abs. 2 AktG sind die Urkunden über die Bestellung oder die Beendigung der Vertretungsbefugnis in Urschrift oder öffentlich beglaubigter Abschrift mit einzureichen, um diese zu den Registerakten zu nehmen. Mündliche Erklärungen müssen, etwa in Form eines Bestätigungsschreibens, schriftlich dokumentiert werden<sup>29</sup>. Dabei sind auch Beweisurkunden über mündliche Erklärungen Urschriften<sup>30</sup>. Die geforderte Beifügung von Urkunden soll dem Registergericht die materielle Prüfung der Anmeldung ermöglichen<sup>31</sup>. Unmittelbarer Zweck dieser Normen ist also nicht, wie bei der EG-Richtlinie, die Offenlegung.

Demgegenüber sind bei der Anmeldung der Prokuraerteilung keinerlei Unterlagen über dessen Bestellung mit beizufügen<sup>32</sup>. Das Registergericht hat nur bei begründeten Bedenken die Richtigkeit der ihm mitgeteilten Tatsache, wie z.B. die Prokuraerteilung, nachzuprüfen<sup>33</sup>. Auch die Beachtung

<sup>26</sup> *Enthaler*, Gemeinschaftskommentar zum HGB, 5. Aufl. 1997, nach §§ 8–16 HGB S. 123.

<sup>27</sup> *Heymann/Horn-Sonnenschein/Weitemeyer*, a.a.O., § 13 e Rdnr. 13; für Angabe z.B. der alleinigen oder nur gemeinsamen Vertretung auch *Baumbach/Hopt*, HGB, 29. Aufl., 1995, § 13 e Rdnr. 2.

<sup>28</sup> Vgl. dazu sehr instruktiv: BGH, DNotZ 1989, 236, der die Beschränkung der Filialprokura ins Handelsregister der Zweigniederlassung nicht für eintragungsfähig hält.

<sup>28a</sup> Ausdrücklich verneinend: BGH NJW 1975, 1117.

<sup>29</sup> *Rowedder-Koppensteiner*, GmbHG, 3. Aufl. 1997, § 39 Rdnr. 8.

<sup>30</sup> *Hachenburg-Mertens*, GmbHG, 8. Aufl. 1997, § 39 Rdnr. 12.

<sup>31</sup> *Hüffer*, AktG, a.a.O., § 81 Rdnr. 7; für den GmbH-Geschäftsführer ebenso: *Rowedder-Koppensteiner*, GmbH-Gesetz, 3. Aufl. 1997, § 39 Rdnr. 8.

<sup>32</sup> *Gustavus*, Handelsregister-Anmeldungen, 3. Aufl. 1996, A 3, S. 8.

des § 46 Nr. 7 GmbHG ist vom Registergericht nicht zu prüfen<sup>34</sup>.

Für den „ständigen Vertreter“ der Zweigniederlassung einer ausländischen Kapitalgesellschaft fehlt es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung. Zwar muß § 13 e HGB richtlinienkonform ausgelegt werden. Dies genügt m.E. aber nicht, um bei der Anmeldung des ständigen Vertreters die gleichen Unterlagen zu verlangen wie bei der Anmeldung der gesetzlichen Vertreter einer Kapitalgesellschaft. Der „ständige Vertreter“ steht konzeptionell dem deutschen Prokuristen näher als den gesetzlich vorgeschriebenen Organen. Auch die Umsetzung der elften EG-Richtlinie verlangt nicht die Einreichung von Unterlagen im gleichen Umfang wie bei den gesetzlichen Vertretern. Denn das Ziel der elften EG-Richtlinie, nämlich die Offenlegung der ständigen Vertreter, wird auch mit der Eintragung der dort geforderten Angaben über den ständigen Vertreter ins Handelsregister ohne Einreichung weiterer Unterlagen zur Handelsregisterakte erreicht. Als eintragungspflichtige Tatsache unterfällt diese dann dem Vertrauensschutz des § 15 HGB.

Soweit also bezüglich der Bestellung des ständigen Vertreters keine Urkunden vorhanden sind, weil z.B. die Bestellung mündlich erfolgte, können m.E. nicht generell weitere Eintragungsunterlagen in einer bestimmten Form verlangt werden. Bei begründeten Zweifeln des Registergerichts greift aber wieder § 12 FGG, der es ermöglicht, daß beweiskräftige Unterlagen z. B. für die Bestellung nachverlangt werden.

Allerdings sieht die Begründung des Kommissionsvorschlages zur elften EGRichtlinie<sup>35</sup> vor, daß die Hinterlegung einer beglaubigten Unterschrift von den Personen verlangt werden

<sup>33</sup> *Baumbach/Hopt*, a.a.O., § 8 Rdnr. 7; RGZ 127, 156; 140, 181; BayObLG, DB 73, 1340; 77, 1085.

<sup>34</sup> BGHZ 62, 189.

<sup>35</sup> (86) 397 endg. v. 23.7.1986 S. 8.

kann, welche die Gesellschaft vertreten. Dies ist zwar in der deutschen Richtlinienumsetzung ebenfalls nicht ausdrücklich geregelt, erscheint aber nach dem Zweck der Umsetzung der EG-Richtlinie geboten. Daher muß m.E. jeder ständige Vertreter, wie der Prokurist, Geschäftsführer oder Vorstand, seine Namensunterschrift zur Aufbewahrung beim Registergericht zeichnen (vgl. §§ 53 Abs. 2 HGB, 39 Abs. 4 GmbHG, 81 Abs. 4 AktG).

## V. Ergebnis

Die Regelung des „ständigen Vertreters“ in § 13 e Abs. 2 S. 4 Nr. 3 HGB als Umsetzung der EG-Richtlinie schafft nach dem oben Gesagten im deutschen Handelsrecht keine neue, bisher nicht bekannte besondere Vertretungsmacht mit einem gesetzlich bestimmten Umfang für Zweigniederlassungen ausländischer Unternehmen.

Vielmehr dient § 13 e HGB nur der Offenlegung dergestalt, daß der zur ständigen außergerichtlichen und gerichtlichen Vertretung der Zweigniederlassung berechnigte Vertreter – nur soweit dies nicht anderweitig im Handelsregister als Prokurist oder gesetzlicher Vertreter schon geschehen ist – bei der Handelsregisteranmeldung der Zweigniederlassung anzugeben und demgemäß als „ständiger Vertreter“ im Handelsregister in Spalte 6 einzutragen sind. Eintragungspflichtig sind neben den Personalien auch die Befugnisse des ständigen Vertreters, was auch Angaben über die Allein- oder Gesamtvertretungsbefugnis umfaßt.

Bei Anmeldungen bezüglich des ständigen Vertreters sind nicht generell Urkunden über die Bestellung oder Beendigung der Vertretungsbefugnis in Urschrift oder beglaubigter Abschrift mit einzureichen, vielmehr sind nur die gleichen Anforderungen zu stellen, wie an die Anmeldung eines Prokuristen.

# Verdinglichte Ermächtigungen in der Teilungserklärung

– zugleich Besprechung des Beschlusses des BayObLG vom 24.7.1997, 2Z BR 49/97 –\*

Von Notar Dr. Manfred Rapp, Landsberg a.L.

*Rechtliche Veränderungen innerhalb einer Wohnungseigentümergeinschaft sind rein faktisch umso schwieriger, je mehr Wohnungseigentümer der Gemeinschaft angehören. Verträge, mit denen der Inhalt oder der Gegenstand des Sondereigentums und spiegelbildlich damit der Umfang des Gemeinschaftseigentums geändert werden sollen, bedürfen der Mitwirkung aller Wohnungseigentümer. Zwischenmenschliche Beziehungsstörungen innerhalb einer Gemeinschaft oder auch nur das Desinteresse einzelner Wohnungseigentümer können deshalb sachgerechte Veränderungen innerhalb der Gemeinschaft verhindern. Bei der Gestaltung von Wohnungseigentum wird deshalb seit langem versucht, solche notwendigen oder auch nur zweckmäßigen Veränderungen durch entsprechende Gestaltung der Gemeinschaftsordnung ohne die tatsächliche Mitwirkung aller Wohnungseigentümer zu ermöglichen. Der Schlüssel hierzu ist die „verdinglichte Ermächtigung“, die es einem oder mehreren Wohnungseigentümern ermöglicht, mit dinglicher Wirkung Veränderungen innerhalb der Wohnungseigentümergeinschaft herbeizuführen. Der Beschluß des BayObLG vom 24.7.1997 befaßt sich mit zwei Varianten solcher Veränderungen: Mit der Umwandlung von Wohnungseigentum in Teileigentum sowie der Umwandlung von Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum und umgekehrt.*

## I. Umwandlung von Wohnungseigentum in Teileigentum und umgekehrt

1. Nach § 1 Abs. 1 WEG kann an Wohnungen das Wohnungseigentum, an nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen eines Gebäudes das Teileigentum begründet werden. Einen neutralen Oberbegriff für Wohnungseigentum und Teileigentum gibt es von Gesetzes wegen nicht; eingebürgert hat sich im juristischen Sprachgebrauch das „Raumeigentum“<sup>1</sup>. Bei der Begründung von Wohnungseigentum/Teileigentum kann der jeweilige Typus nicht offenbleiben. Die Qualifikation als Wohnungseigentum oder Teileigentum ist notwendiger Inhalt des Begründungsvorganges und Inhalt des Sondereigentums aller entstehenden Rechte. Die Festlegung hat deshalb zwangsläufig eine Nutzungsbeschränkung zur Folge: Wohnungseigentum darf nur zu Wohnzwecken, Teileigentum nur zu nicht Wohnzwecken dienenden Nutzungen benutzt werden. Der Eigentümer ist sonach in der künftigen Verwendung seiner Einheit fixiert. Gerade bei gemischt genutzten Einheiten, in denen sich sowohl wohnungsmäßige als auch berufliche/gewerbliche Nutzungen befinden, besteht häufig das Bedürfnis, Wohnungseigentum in Teileigentum oder umgekehrt umzuwandeln<sup>2</sup>. Hierzu ist eine Vereinbarung aller Wohnungseigentümer/Teileigentümer untereinander, die Zustimmung aller betroffenen Drittberechtigten an diesen Einheiten, sowie die entsprechende Eintragung im Grundbuch erforderlich, da der Inhalt des Sondereigentums geändert wird. Das

BayObLG (Gründe 2.a)2.) referiert hier seine eigene ständige Rechtsprechung<sup>3</sup>, die auch von der Literatur<sup>4</sup> geteilt wird. Dieser Auffassung ist zuzustimmen.

2. Das BayObLG läßt es jedoch zu, daß in der Teilungserklärung eine Regelung vereinbart wird, die spätere Wohnungs- und Teileigentümer als Sondernachfolger von der Mitwirkung bei einer solchen Änderungsvereinbarung ausschließt<sup>5</sup>, wobei es sich auf seine Rechtsprechung zur Begründung von Sondernutzungsrechten beruft<sup>6</sup>, die bekanntlich die Mitwirkung derjenigen Wohnungseigentümer, die vom Mitgebrauch einer genau bestimmten gemeinschaftlichen Fläche, an der das Sondernutzungsrecht begründet werden soll, bereits ausgeschlossen sind, für entbehrlich erachtet. Im entschiedenen Falle war in der Teilungserklärung festgelegt worden, daß die Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum „dem jeweiligen Eigentümer eines solchen Teileigentums gestattet“ ist. Das BayObLG charakterisiert diese Bestimmung der Teilungserklärung als „eine Ermächtigung durch die übrigen Eigentümer und deren Rechtsnachfolger zur Umwandlung“ (Gründe 2.a)1.). Auf eine rechtsdogmatische Begründung dieser Auffassung verzichtet jedoch der Senat in seinem Beschluß, zumal er sich auch hierbei im Rahmen der allgemeinen Meinung bewegt.

Das Ergebnis läßt sich nur durch eine dinglich wirkende Ermächtigung begründen. Die Vereinbarung, die die Qualität als Wohnungseigentum oder Teileigentum begründet, ist ein dinglicher Vertrag. Wird beim Gründungsakt festgelegt, daß der vereinbarte, dinglich wirkende Inhalt des Sondereigentums, später einseitig geändert werden kann, so liegt hierin eine Einwilligungserklärung eines jeden Wohnungseigentümers gegenüber jedem anderen Wohnungseigentümer im Sinne des § 185 Abs. 1 BGB. Dadurch wird der nicht allein verfügbare Wohnungseigentümer, der die Umwandlungserklärung und damit die Inhaltsänderungserklärung bezüglich des Sondereigentums abgibt, vom Nichtberechtigten zum Berechtigten<sup>7</sup> im Sinne des § 185 Abs. 1 BGB. Dieser handelt im eigenen Namen, nicht in Vollmacht des Rechtsinhabers. Anders als ein Vertreter braucht der Ermächtigte nicht kenntlich zu machen, daß er über ein fremdes Recht verfügt<sup>8</sup>. Allerdings ist die vorherige Zustimmung (Einwilligung) bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts widerruflich, soweit sich nicht aus den ihrer Erteilung zugrundeliegenden Rechtsverhältnissen ein anderes ergibt (§ 183 S. 1 BGB). Die freie Widerruflichkeit würde das angestrebte Ziel – Veränderung

<sup>3</sup> BayObLG DNotZ 1996, 668; MittBayNot 1994, 41; DNotZ 1992, 714; MittBayNot 1990, 220; DNotZ 1990, 42; DNotZ 1984, 104.

<sup>4</sup> F. Schmidt in FS Bärmann u. Weitnauer, 1985, S. 59; Bärmann/Pick/Merle WEG, 7. Aufl., § 1 Rdnr. 31; Staudinger-Rapp, WEG, § 1 Rdnr. 11.

<sup>5</sup> BayObLG DNotZ 1990, 44; 1996, 668.

<sup>6</sup> BayObLG DNotZ 1986, 87; ebenso OLG Düsseldorf DNotZ 1988, 35; MünchKomm-Röll § 10 Rdnr. 35; Staudinger-Kreuzer WEG § 15 Rdnr. 80.

<sup>7</sup> MünchKomm-Schramm, 3. Aufl., § 185 Rdnr. 24, 29.

<sup>8</sup> Palandt-Heinrichs, BGB, 57. Aufl., § 185 Rdnr. 7; MünchKomm-Schramm § 185 Rdnr. 29.

\* In diesem Heft S. 99.

<sup>1</sup> Diester NJW 1970, 1107; BGB-RGRK-Augustin § 1 WEG Rdnr. 7 ff.; MünchKomm-Röll, 3. Aufl., WEG § 1 Rdnr. 2.

<sup>2</sup> Beck'sches Notarhandbuch-Rapp, 2. Aufl., A III Rdnr. 113.

des Inhalts des Sondereigentums ohne tatsächliche Mitwirkung aller Sondereigentümer – jedoch vereitelt. Man muß deshalb davon ausgehen, daß sich aus dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis – das ist die Begründung von Wohnungseigentum – der Ausschluß der freien Widerruflichkeit gemäß § 183 S. 1 BGB ergibt.

3. Mit den Überlegungen zu §§ 185 Abs. 1, 183 S. 1 BGB ist aber noch nichts bezüglich der Wirkung gegenüber Sonderrechtsnachfolgern ausgesagt. Die Einwilligung des Berechtigten gemäß § 185 Abs. 1 BGB hat zur Voraussetzung, daß der Einwilligende im Zeitpunkt seiner Erklärung der materiell Verfügungsberechtigte ist. Ist auf Seiten eines einwilligenden Verfügungsberechtigten eine Rechtsnachfolge eingetreten, so ist der Rechtsnachfolger an die Einwilligungserklärung seines Rechtsvorgängers nicht mehr gebunden<sup>9</sup>. Im Bereich des Wohnungseigentums kann jedoch etwas anderes vereinbart werden: § 10 Abs. 1 WEG eröffnet für das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander eine dingliche Vertragsfreiheit<sup>10</sup>, die es ermöglicht, Einwilligungserklärungen auch für Sonderrechtsnachfolger verbindlich zu machen. Nach § 10 Abs. 1 S. 2 WEG können abweichende Vereinbarungen getroffen werden, „soweit nicht etwas anderes ausdrücklich bestimmt ist“. Unter diesen anderen Bestimmungen wird man auch allgemeine sachenrechtliche Prinzipien verstehen müssen, wie beispielsweise den Publizitätsgrundsatz oder das Bestimmtheitsprinzip. Diese beiden Grundsätze sind jedoch bei einer verdinglichten Ermächtigung zur Umwandlung von Wohnungseigentum in Teileigentum und umgekehrt nicht verletzt. Die Ermächtigung ist als Inhalt der Gemeinschaftsordnung im Grundbuch eingetragen und damit publiziert; die aufgrund der Ermächtigung möglichen Rechtshandlungen sind auch sachenrechtlich eindeutig bestimmt.

4. Die verdinglichte Ermächtigung gemäß §§ 185 Abs. 1 BGB, 10 Abs. 1 WEG ist keine isolierte Erscheinung im Wohnungseigentumsrecht. Sie existiert auch im allgemeinen Sachenrecht, wenn auch dort nur ausnahmsweise. So bestimmt § 876 S. 1 BGB, daß zur Aufhebung eines Rechtes, das mit dem Rechte eines Dritten belastet ist, die Zustimmung des Dritten erforderlich ist. Steht das aufzuhebende Recht dem jeweiligen Eigentümer eines anderen Grundstücks zu, so ist, wenn dieses Grundstück mit dem Rechte eines Dritten belastet ist, die Zustimmung des Dritten erforderlich, es sei denn, daß dessen Recht durch die Aufhebung nicht berührt wird (§ 876 S. 2 BGB). Diese Zustimmungserklärung ist jeweils unwiderruflich (§ 876 S. 3 BGB). § 876 BGB ist kraft Verweisung ferner anwendbar bei Inhalts- und Rangänderungen (§§ 877, 880 Abs. 3 BGB). Die Unwiderruflichkeit bedeutet, daß auch der Rechtsnachfolger des Zustimmenden an die Erklärung gebunden ist<sup>11</sup>.

*Beispiel:* Ein Grundschuldgläubiger an einem Wohnungseigentum hat der nachträglichen Einräumung eines Sondernutzungsrechtes, was zu einer entsprechenden Beeinträchtigung des Gemeinschaftseigentums führt, gegenüber dem Grundbuchamt zugestimmt. Nach Abgabe der Zustimmungserklärung tritt der Grundschuldgläubiger seine Grundschuld an einen Dritten ab. Erst danach erfolgt die dingliche Begrün-

dung des Sondernutzungsrechtes. Die Zustimmung des neuen Grundschuldgläubigers ist nicht erforderlich<sup>12</sup>.

Der Beispielfall läßt sich nur durch eine dinglich wirkende Ermächtigung erklären. Das Verfügungsgeschäft, dem der Dritte zuzustimmen hat, ist die Einräumung des Sondernutzungsrechtes. Verfügungsberechtigt ist nach allgemeinem Grundsätzen der neue Grundschuldgläubiger. Er ist jedoch an die Zustimmungserklärung seines Rechtsvorgängers gemäß § 876 S. 3 BGB gebunden. Eine dingliche Ermächtigung macht also eine Verfügungshandlung nicht entbehrlich; sie bewirkt lediglich, daß eine den Formvorschriften entsprechende Verfügungshandlung auch gegenüber einem nach materiellem Recht berechtigten Sonderrechtsnachfolger wirksam ist. Bei Grundbuchrechten sind jedoch die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb zu berücksichtigen: Ergibt sich aus dem Grundbuch nicht, daß eine den Rechtsnachfolger gemäß § 876 S. 3 BGB bindende Zustimmung abgegeben wurde, kann dieser im Rahmen des § 892 Abs. 1 BGB gutgläubig ein Recht erwerben<sup>13</sup>. Ein gutgläubiger Erwerb ist deshalb nur dann ausgeschlossen, wenn die Zustimmungserklärung als Inhaltsänderung des betroffenen Rechtes mit einem „Zustimmungsvermerk“ in das Grundbuch eingetragen wird<sup>14</sup>. Damit wird auch dem sachenrechtlichen Publizitätsprinzip Rechnung getragen. Genau diesen Grundsätzen entspricht jedoch eine Zustimmungserklärung der Wohnungseigentümer zu künftigen Inhaltsänderungen bezüglich des Sondereigentums im Rahmen des § 10 Abs. 1 WEG. Der Inhalt der Zustimmung – im entschiedenen Falle des BayObLG Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum – ist aus dem Grundbuch ersichtlich. Die entsprechende Gemeinschaftsordnung ist als Inhalt des Sondereigentums gemäß §§ 8 Abs. 2, 5 Abs. 4, 10 Abs. 1 WEG in das Grundbuch eingetragen.

## II. Umwandlung von Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum

Die vom BayObLG im Beschluß vom 24.7.1997 zu prüfende Gemeinschaftsordnung hat ein Alltagsproblem von Wohnungseigentümergeinschaften aufgegriffen und einer pragmatischen Lösung zuzuführen versucht. Häufig sollen größere Wohnungen unterteilt werden, wobei im Bereich der bisherigen Eingangstüre ein Vorflur entsteht, von dem aus die Eingänge zu den unterteilten Wohnungen gebildet werden. Der Vorflur befindet sich dabei räumlich im Bereich des bisherigen Sondereigentums der großen Wohnung vor der Unterteilung. Er kann jedoch nicht Sondereigentum bleiben, da er den Zugangsbereich für zwei Wohnungseigentumseinheiten darstellt, deshalb gemeinschaftlich (zumindest von den beiden anliegenden Wohnungseigentümern) genutzt wird und daher nach § 5 Abs. 2 WEG zwingend Gemeinschaftseigentum sein muß<sup>15</sup>. Die Unterteilung setzt deshalb die Umwandlung von Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum voraus. Der Verfasser der geprüften Gemeinschaftsordnung ging dabei wohl davon aus, daß sich diese Umwandlung kraft Gesetzes vollzieht, wenn er davon spricht, daß „durch solche

<sup>9</sup> MünchKomm-Schramm § 185 Rdnr. 32.

<sup>10</sup> Staudinger-Kreuzer, WEG, § 10 Rdnr. 25 ff., 98.

<sup>11</sup> Weitere Fälle der Bindung eines Rechtsnachfolgers finden sich in §§ 1071, 1178 Abs. 2 S. 2, 1183, 1245 Abs. 1 S. 2, 1255 Abs. 2, 1276 Abs. 1.

<sup>12</sup> OLG Hamm, DNotZ 1995, 633; Staudinger-Gursky § 876 Rdnr. 34; Palandt-Bassenge § 876 Rdnr. 5.

<sup>13</sup> Staudinger-Gursky § 876 Rdnr. 34; MünchKomm-Wacke § 876 Rdnr. 10; OLG Hamm DNotZ 1995, 633.

<sup>14</sup> Staudinger-Gursky a.a.O.

<sup>15</sup> BGHZ 114, 386; BayObLG DNotZ 1988, 316; Staudinger-Rapp WEG § 6 Rdnr. 4.

Unterteilungen bisheriges Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum überführt wird (z.B. gemeinschaftlicher Vorraum vor den neuen Eingangstüren der Sondereigentumseinheiten“). Dies entspricht der Auffassung von *Röll*<sup>16</sup>, der annimmt, daß sich Sondereigentum nicht außerhalb der Ummauerung der beiden unterteilten Wohnungen befinden könne und deshalb mit der baulichen Veränderung sich die Umwandlung von Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum kraft Gesetzes vollziehe. Diese Auffassung ist jedoch in der Minderheit geblieben. Nach dem Grundsatz, daß niemandem Gemeinschaftseigentum aufgezwungen werden kann, ist davon auszugehen, daß eine Grenzveränderung zwischen Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum, auch bei der Vorflurfrage, nur durch formpflichtige Einigung gemäß § 4 Abs. 1 WEG und entsprechende Grundbucheintragung bewirkt werden kann<sup>17</sup>. Es wird danach Sondereigentum an die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer aufgelassen. Verkäufer ist der bisherige Sondereigentümer (der Eigentümer der zu unterteilenden Einheit), Erwerber ist die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer nach dem Verhältnis der Miteigentumsanteile. Eine dinglich wirkende Ermächtigung für den Erwerb von Eigentum im Rahmen des § 185 Abs. 1 BGB gibt es jedoch nicht<sup>18</sup>. Einer solchen Erwerbsermächtigung stehen sachenrechtliche Grundprinzipien entgegen: Es gibt „keinen objektiv gegenständlich vermittelten eindeutigen Bezug des Geschäfts auf einen bestimmten Erwerber“<sup>19</sup>. Nach dem subjektiven, nach außen nicht in Erscheinung tretenden Willen des Handelnden müßte bestimmt werden, für wen der Erwerb sich vollzieht. Dies widerspricht dem sachenrechtlichen Publizitätsprinzip. Für Grundstücksrechte kommt hinzu, daß es die hierbei gültigen Formvorschriften nicht gestatten, einen anderen Berechtigten als denjenigen in das Grundbuch einzutragen, in dessen Namen gehandelt worden ist. Danach ist es ausgeschlossen, daß an einen „Erwerbsermächtigten“ Grundbesitz aufgelassen wird und beim Grundbuchvollzug nicht dieser, sondern eine (in der Urkunde gar nicht als handelnde Person aufgetretene) Wohnungseigentümergeinschaft eingetragen wird. Dem BayObLG ist deshalb voll darin zuzustimmen, daß die gesetzlichen Formvorschriften für die Umwandlung von Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum und umgekehrt, wie sie sich im § 4 WEG finden, nicht durch Vereinbarung der Wohnungseigentümer im Sinne des § 10 Abs. 1 WEG außer Kraft gesetzt werden können. Die Auflassung und Grundbucheintragung kann danach weder durch einen vereinbarungsgemäß kraft Gesetzes sich vollziehenden Eigentumswechsel noch durch eine formfreie Vereinbarung ersetzt werden.

### III. Umwandlung von Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum

Zur Frage, ob Gemeinschaftseigentum mit der Rechtsfigur der Verfügungsermächtigung gemäß § 185 Abs. 1 in Sondereigentum umgewandelt werden kann, gab der vom BayObLG zu beurteilende Fall keinen Anlaß. Die geprüfte Bestimmung der Teilungserklärung bezog sich nur auf die

<sup>16</sup> DNotZ 1993, 158.

<sup>17</sup> BayObLGZ 1987, 394.

<sup>18</sup> BGHZ 114, 100; 34, 125; *Larenz/Wolf*, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 1997, S. 866, 973; *MünchKomm-Schramm* § 185 Rdnr. 47; der Fall des § 1357 BGB stellt eine Ausnahme von diesem Prinzip dar.

<sup>19</sup> *MünchKomm-Schramm* a.a.O.

Umwandlung von Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum, nicht jedoch umgekehrt. Das BayObLG hätte deshalb keine Veranlassung gehabt, erst recht nicht im Leitsatz, sich mit dieser, tatsächlich anders zu behandelnden Problematik, zu befassen.

Soll Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum umgewandelt werden, sind verfügungsberechtigt auf der Veräußererseite alle Wohnungseigentümer, auf der Erwerberseite steht ein Sondereigentümer. Unter materiell rechtlichen Gesichtspunkten ist eine Verfügungsermächtigung gemäß § 185 Abs. 1 BGB ohne weiteres möglich. Ist danach einer der Wohnungseigentümer ermächtigt, über das gemeinschaftliche Eigentum zu verfügen, so bewirkt die auf diese Weise vorgenommene Auflassung mit Grundbucheintragung den unmittelbaren Rechtsverlust bezüglich des Gemeinschaftseigentums und den Rechtserwerb auf der Sondereigentumsseite. Die Verdinglichung einer solchen Verfügungsermächtigung würde bedeuten, daß auch Sonderrechtsnachfolger einzelner Wohnungseigentümer an die vom Rechtsvorgänger erteilte Verfügungsermächtigung gebunden sind. Mit § 185 Abs. 1 BGB kann diese Wirkung nicht herbeigeführt werden. Eine allgemeine Verdinglichung der Verfügungsermächtigung besteht nicht. § 185 Abs. 1 BGB ist nur dann anwendbar, wenn im Zeitpunkt der Vollendung des Rechtserwerbes der materiell noch Verfügungsberechtigte, der die Einwilligung erteilt hat, in diesem Status vorhanden ist. Liegt, wie bei einem Grundstück, ein mehraktiger Erwerbstatbestand vor (Einigung und Eintragung im Grundbuch) und geht die Verfügungsberechtigung nach der Einigung, aber vor der Eintragung im Grundbuch verloren, so liegt die Verfügung eines Nichtberechtigten im Sinne des § 185 Abs. 1 BGB vor<sup>20</sup>. Für die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer kann jedoch im Rahmen des § 10 Abs. 1 WEG etwas anderes vereinbart werden. Das BayObLG lehnt dies u.a. mit der Begründung ab, diese Regelung unterfalle nicht dem § 10 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 WEG und könne deshalb nicht mit Bindungswirkung gegenüber Sondernachfolgern in die Gemeinschaftsordnung aufgenommen und durch Eintragung in das Grundbuch zum Inhalt des Sondereigentums gemacht werden. Die Abgrenzung zwischen Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum betreffe das Grundverhältnis der Mitglieder der Gemeinschaft und die sachenrechtliche Zuordnung, nicht jedoch das „Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander“. Als „entscheidend“ bezeichnet es das BayObLG (Gründe 2.b)2.), daß diese Rechtsvorgänge unter die §§ 873, 925 BGB sowie § 4 Abs. 1 und 2 WEG fallen, nicht unter die §§ 10 bis 29 WEG.

Versteht man jedoch unter dem „Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander“ die Rechte und Verpflichtungen, die die Wohnungseigentümer untereinander haben, so läßt sich hier zwanglos das Recht eines Wohnungseigentümers gegenüber anderen Wohnungseigentümern einordnen, in den allgemeinen sachenrechtlichen Genzen über Gemeinschaftseigentum zu verfügen. Hinzu kommt, daß sowohl Veränderungen bezüglich des Inhaltes des Sondereigentums als auch Rechtsgeschäfte über Veränderungen bezüglich des Gegenstandes des Sondereigentums Verfügungsgeschäfte im sachenrechtlichen Sinne darstellen. Der Unterschied zwischen einem Verfügungsgeschäft bezüglich des Inhaltes des Sondereigentums und bezüglich des Gegenstandes des Sondereigentums besteht lediglich in der Formfrage: Vereinbarungen über den Inhalt des Sondereigentums sind formfrei möglich, jedoch in das Grundbuch einzutragen; Vereinbarungen über

<sup>20</sup> BayObLG DNotZ 1973, 611; *MünchKomm-Schramm* § 185 Rdnr. 26.

den Gegenstand des Sondereigentums, also Änderungen zwischen den Bereichen des Sondereigentums und des Gemeinschaftseigentums, unterliegen dem Formzwang der §§ 4 Abs. 1 WEG, 925 BGB, müssen jedoch, in gleicher Weise, wie Inhaltsveränderungen, in das Grundbuch eingetragen werden. Strukturell besteht danach zwischen diesen beiden Verfügungsgeschäften kein Unterschied. Es ist deshalb nicht einzusehen, wieso bei Verfügungsgeschäften über den Inhalt des Sondereigentums eine dingliche Ermächtigung möglich sein soll, bezüglich des Gegenstandes des Gemeinschaftseigentums/Sondereigentums jedoch nicht.

Auch die systematische Gesetzesauslegung bestätigt das vorstehende Ergebnis. § 15 Abs. 1 WEG läßt Vereinbarungen der Wohnungseigentümer über den Gebrauch des Sondereigentums und des gemeinschaftlichen Eigentums zu, § 21 Abs. 3 WEG Regelungen über die Verwaltung desselben. Das WEG formt hier die Regelungen des Gemeinschaftsrechtes näher aus, wobei § 746 BGB es den Teilhabern gestattet, die „Verwaltung und Benutzung des gemeinschaftlichen Gegenstandes“ zu regeln. Darüberhinausgehende Regelungsmöglichkeiten bestehen jedoch im Recht der Bruchteilsgemeinschaft nicht<sup>21</sup>. Wären die Möglichkeiten der Vereinbarung im Wohnungseigentumsrecht auf diejenigen Fälle beschränkt, in denen das Gesetz ausdrücklich eine solche zuläßt, bedürfte es der generellen Zulassung vom Gesetz abweichender Vereinbarungen gemäß § 10 Abs. 1 S. 2 WEG nicht.

Eine erhebliche Bedeutung für die Praxis hat die Frage bei der abschnittswisen Begründung von Wohnungseigentum. Unter den verschiedenen Möglichkeiten, mit denen hier Wohnungseigentum begründet werden kann<sup>22</sup>, ist die Lösung mit dem überdimensionalen Miteigentumsanteil zwischenzeitlich die geläufigste. Danach wird das Gebäude in einem ersten Bauabschnitt mit den üblichen Miteigentumsanteilen aufgeteilt, mit einer Einheit jedoch wird ein übergroßer Miteigentumsanteil verbunden. Bei der Begründung von Wohnungseigentum in weiteren Bauabschnitten besteht alsdann das Problem, daß diese weiteren Gebäude im Aufteilungsplan für den

ersten Bauabschnitt (naturgemäß) nicht vorgesehen sind und daß deshalb bezüglich der weiteren Bauwerke kraft Gesetzes gemeinschaftliches Eigentum der Wohnungseigentümer des ersten Bauabschnittes besteht<sup>23</sup>. Es gilt hier der allgemeine Grundsatz der §§ 93 f. BGB. Wohnungen im zweiten Bauabschnitt können zu Wohnungseigentum nur dadurch gemacht werden, daß sie durch dinglichen Vertrag gemäß § 4 Abs. 1 WEG unter Verbindung mit einem Miteigentumsanteil am Grundstück von Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum überführt werden. Zu diesem Verfügungsgeschäft kann ein Wohnungseigentümer, nämlich der Inhaber des überdimensionalen Miteigentumsanteils, im Sinne des § 185 Abs. 1 BGB ermächtigt werden. Diese Ermächtigung widerspricht auch nicht allgemeinen sachenrechtlichen Prinzipien: Sie ist im Grundbuch eingetragen und damit publiziert sowie, wegen ihrer Bezugnahme auf die Aufteilungspläne, sachenrechtlich bestimmt. Die Ermächtigung bezieht sich darauf, neu entstehendes, außerhalb des bisherigen Gebäudes befindliches Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum unter Einhaltung der entsprechenden Formen umzuwandeln.

#### IV. Zusammenfassung

Das BayObLG hat mit seinem Beschluß vom 24.7.1997 eine dinglich wirkende Ermächtigung bezüglich Inhaltsveränderungen in Ansehung des Sondereigentums bestätigt. Die Gemeinschaftsordnung kann es daher zulassen, daß Änderungen bezüglich des Inhaltes des Sondereigentums durch bestimmte Wohnungseigentümer mit dinglicher Wirkung für die übrigen Wohnungseigentümer vorgenommen werden. Die Sonderrechtsnachfolger sind an diese vorweg erteilten Ermächtigungen gebunden. Bezüglich des Gegenstandes des Sondereigentums können solche Ermächtigungen nicht für den Erwerb aus dem Gemeinschaftseigentum erteilt werden. Für die Verfügung über Gemeinschaftseigentum sind jedoch Ermächtigungen im Sinne des § 185 Abs. 1 BGB möglich. Die Entscheidung des BayObLG vom 24.7.1997 stellt hierfür kein gegenteiliges Präjudiz dar, da der dort gelegene Sachverhalt eine Entscheidung dieser Rechtsfrage nicht erfordert hat.

<sup>21</sup> MünchKomm-Schmidt §§ 744, 745 Rdnr. 4, der jedoch einen strengen Gegensatz zwischen Verwaltung und Verfügung nicht anerkennen mag.

<sup>22</sup> Röhl DNotZ 1977, 69; Schmidt BWNotZ 1989, 50.

<sup>23</sup> BayObLG DNotZ 1996, 299; 1995, 607; F. Schmidt FS Bärmann u. Weitnauer 1990, S. 558.

## Mauer- und Deckendurchbrüche in Eigentumswohnanlagen

– zugleich Anmerkung zu den Entscheidungen des BayObLG vom 17.7.1996 – 2Z BR 58/96<sup>1</sup> –  
und vom 15.1.1998 – 2Z BR 30/97<sup>2</sup>

Von Notar a.D. Dr. Ludwig Röhl, Günzburg

In unserer Zeit ist das einzig Beständige die Veränderung. Das gilt mit Einschränkungen auch für Eigentumswohnanlagen. Nach Jahren und Jahrzehnten entsprechen oft die dingliche Aufteilung und die Gemeinschaftsordnung nicht mehr den neuen Verhältnissen und den Ansprüchen der Benutzer. Dies wird von der Rechtsprechung manchmal nicht so gesehen. Geringste Abweichungen vom status quo werden als schädlich betrachtet und daher nicht zugelassen. Das gilt vor allem auch für Mauer- und Deckendurchbrüche. Hierzu sind in der letzten Zeit zwei Entscheidungen des BayObLG ergangen. Der Beschluß vom 17.7.1996 will Mauerdurchbrüche zwischen benachbarten Wohnungen des gleichen Eigentümers selbst dann von der Zustimmung aller Eigentümer in der Wohnanlage abhängig machen, wenn es sich um eine nicht tragende Wand handelt. Die Entscheidung vom 15.1.1998 bringt im Hinblick auf Mauer- und Deckendurchbrüche eine Erleichterung. Ist zu einer Änderung der dinglichen Aufteilung eine bauliche Maßnahme erforderlich, so kann das Grundbuchamt den Nachweis der Zustimmung aller Eigentümer hierzu nicht verlangen.

### 1. Der Beschluß vom 17. Juli 1996.

In die Trennmauer zwischen zwei nebeneinander liegenden Wohnungen des gleichen Eigentümers sollte eine 1,2 Meter breite Öffnung durchgebrochen werden. Es war streitig, ob es sich um eine tragende Mauer handelte. Auf Antrag eines anderen Eigentümers entschied das BayObLG, daß ein solcher Durchbruch auf jeden Fall unzulässig sei.<sup>3</sup> Einen ähnlichen Standpunkt vertrat auch das KG.<sup>4</sup>

Beide Gerichte stützten ihre Meinung darauf, daß nach Ausführung des Durchbruchs beide Wohnungen im Sinne des § 3 Abs. 2 WEG nicht mehr abgeschlossen seien. Das widerspreche der Teilungserklärung und sei von den anderen Wohnungseigentümern nicht hinzunehmen. Darauf, ob es sich um eine tragende Mauer handele, komme es nicht an.

Diese Meinung ist nach der hier vertretenen Ansicht weder mit dem Wortlaut noch mit dem Zweck des Gesetzes zu vereinbaren.<sup>5</sup> § 3 Abs. 2 Satz 1 WEG bestimmt, daß Sonder Eigentum nur eingeräumt werden soll, wenn die Wohnungen oder sonstigen Räume in sich abgeschlossen sind. Diese Vorschrift betrifft schon ihrem Wortlaut nach nur die Einräumung von Sondereigentum. Ob sie auch für nachträgliche bauliche

Veränderungen analog anzuwenden ist, bestimmt sich nach dem Zweck des Gesetzes. Hier ist zunächst zu bedenken, daß der Gesetzgeber ganz bewußt das Abgeschlossenheitserfordernis nur als Sollvorschrift ausgestaltet hat.<sup>6</sup> Ist die Wohnung durch den Mauerdurchbruch nicht mehr von der Nachbarwohnung abgeschlossen, so besteht daher das Sondereigentum wie bisher weiter, das Grundbuch wird nicht unrichtig.<sup>7</sup> Der Zweck der Gesetzesvorschrift ist klar: Einmal soll die Intimsphäre gewahrt bleiben, dem Eigentümer einer anderen Wohnung soll der Zutritt verwehrt werden, durch Mauern einer gewissen Qualität soll es auch verhindert sein, daß Gespräche in der Nachbarwohnung mitgehört werden, außerdem soll ein Lärmschutz gesichert sein. Diese Argumente betreffen nur die beiden benachbarten Wohnungen, nicht andere Wohnungseigentümer und entfallen, falls eine einheitliche Benutzung stattfindet, also wenn der gleiche Eigentümer beide Wohnungen bewohnt oder der gleiche Mieter. Im Gegenteil, es ist für die anderen Wohnungseigentümer angenehmer, wenn der Eigentümer der verbundenen Wohnungen bzw. sein Mieter nicht immer über den im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Gang gehen muß, wenn er von der einen Wohnung zur anderen Wohnung gelangen will, dies gilt vor allem nachts. Der Schutzzweck des § 3 Abs. 2 WEG trifft daher nicht zu, diese Bestimmung ist hier nicht anzuwenden.

Die Berufung auf § 3 Abs. 2 WEG hätte der Eigentümer leicht dadurch verhindern können, daß er beide Wohnungen zu einer einzigen zusammengelegt hätte. Das wäre ohne Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer möglich gewesen.<sup>8</sup> Das BayObLG wollte aber auch diesen Ausweg verschließen. Es führte nämlich aus, daß durch eine Zusammenlegung eine intensivere Benutzung stattfinden könnte, weil nämlich mehr Personen in der größeren Wohnung wohnen könnten als in beiden kleineren. Darauf, ob tatsächlich eine solche Nutzung beabsichtigt sei, komme es nicht an. Mit diesem Argument könnte man allerdings jeden Mauerdurchbruch zwischen zwei Wohnungen verbieten, ohne daß irgendeine Nachprüfung stattfinden müßte. Das war offensichtlich bezweckt.

Dieses Argument kann aber nicht zutreffen. Einmal gibt es keinen Erfahrungssatz in der Richtung, daß in einer größeren Wohnung die Menschen enger aufeinander wohnen als in zwei kleineren mit gleicher Gesamtfläche. In der Praxis dürfte eher das Gegenteil zutreffen. Wer zu seiner bisherigen Wohnung eine benachbarte weitere Wohnung hinzunimmt, will komfortabler wohnen, mehr Raum pro Person nutzen. Wenn

<sup>1</sup> BayObLG vom 17.7.1996 MittBayNot 1997, 366 = WE 1997, 118.

<sup>2</sup> BayObLG vom 15.1.1998, in diesem Heft S. 97.

<sup>3</sup> In der hier besprochenen Entscheidung, ferner BayObLG vom 2.2.1995 NotZ 1995, 620 = MittBayNot 1995, 281 (mit Anm. Rapp).

<sup>4</sup> KG vom 10.1.1990 OLGZ 1990, 155 = WE 1990, 91.

<sup>5</sup> So auch *Bärmann-Pick-Merle* Kommentar zum WEG 7. Aufl. 1997 § 22 Rdnr. 121; Rapp MittBayNot 1995 282.

<sup>6</sup> BayObLG vom 30.4.1980, Rpfleger 1980, 295; Röhl, Rpfleger 1983, 380; *Weitmaier* Kommentar zum WEG 8. Aufl. 1995 § 3 Rdnr. 64; *Bärmann-Pick-Merle* wie Fn. 5 § 3 Rdnr. 37.

<sup>7</sup> Rapp MittBayNot 1995, 282.

<sup>8</sup> KG vom 27.6.1989 OLGZ 1989, 385 = Rpfleger 1989, 500 = WE 1990, 22; Röhl WE 1997, 412 = Röhl in Festschrift für Seuß 1997, S. 253; MünchKomm-Röhl 3. Aufl. 1997 § 3 Rdnr. 26.

eine Überbelegung später tatsächlich stattfinden sollte, kann dagegen vorgegangen werden. Sowohl das BayObLG<sup>9</sup> als auch das OLG Frankfurt<sup>10</sup> haben dafür Richtlinien aufgestellt. Es kann aber kein Eigentümer Rechte daraus geltend machen, daß in ferner Zukunft einmal eine Überbelegung stattfinden könnte. Das würde über das für ein gemeinsames Zusammenleben erforderliche Maß hinausgehen (§ 14 Nr. 1 WEG), das eine gegenseitige Rücksichtnahme der Wohnungseigentümer voraussetzt und eine Berufung auf gar nicht vorhandene, ganz unwahrscheinliche abstrakte Möglichkeiten ausschließt. Die bauliche Frage und das Benutzungsproblem in ferner Zukunft sind als sachfremd zu trennen.

§ 22 Abs. 1 WEG, wonach eine bauliche Maßnahme grundsätzlich der Zustimmung aller Eigentümer bedarf ist nur einschlägig, soweit es sich um eine tragende Mauer handelt, die nach § 5 Abs. 2 WEG im Gemeinschaftseigentum steht. Dann ist zu prüfen, ob der Mauerdurchbruch die anderen Eigentümer beeinträchtigt (§ 22 Abs. 1 Satz 2 WEG). Das ist aber zu verneinen, wenn die Statik des Gebäudes nicht berührt wird und auch sonst keine berechtigten Einwände gegen den Durchbruch bestehen. In diesem Falle ist dem einzelnen Eigentümer die bauliche Maßnahme erlaubt. Handelt es sich aber nicht um eine tragende Mauer, so steht sie im Mitsondereigentum der Eigentümer beider durch sie getrennten Wohnungen,<sup>11</sup> nicht im Gemeinschaftseigentum, § 22 Abs. 1 WEG ist daher schon seinem Wortlaut nach nicht anwendbar.

Falls ein Mauerdurchbruch stattfinden soll, sollten auf jeden Fall beide Wohnungen zu einer einzigen zusammengelegt werden. Das Argument aus § 3 Abs. 2 WEG entfällt dann. Hat der Mauerdurchbruch schon längere Zeit bestanden, so kann sowohl gegen ein Verlangen auf Rückgängigmachung der Baumaßnahme<sup>12</sup> als auch wegen der Benutzungsfrage<sup>13</sup> u. U. Verwirkung eingewandt werden. Eine Zusammenlegung kann auch dann stattfinden, wenn die Wohnungen verschiedenen Eigentümern gehören. Allerdings müssen in diesem Falle die Eigentums- und Belastungsverhältnisse an beiden Wohnungen vereinheitlicht werden (§§ 5, 6 GBO).<sup>14</sup>

<sup>9</sup> BayObLG vom 9.2.1994 NJW 1994, 1662 = WE 1995, 32: Nicht mehr als zwei Personen pro Zimmer und mindestens 10 m<sup>2</sup> Wohnfläche pro Person über 6 Jahren.

<sup>10</sup> OLG Frankfurt vom 11.5.1994 OLGZ 1994, 532: Etwa 50 m<sup>2</sup> für zwei nicht familiär miteinander verbundene Personen oder eine Familie bis zu 5 Personen.

<sup>11</sup> OLG Zweibrücken vom 7.11.1986 DNotZ 1988, 703 = WE 1987, 61; *Bärmann-Pick-Merle* wie Fn. 5, § 5 Rdnr. 66; *Weitnauer* wie Fn. 6, § 5 Rdnr. 36.

<sup>12</sup> OLG Hamm vom 14.11.1989 OLGZ 1990, 159 = WE 1990, 101: Verwirkung nach 10 Jahren; OLG Köln vom 22.1.97 WE 1997, 430: 5 Jahre reichen für die Verwirkung nicht aus.

## 2. Der Beschluß vom 15. Januar 1998.

Dieser Entscheidung lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Über einer Wohnung befand sich ein Speicherraum, der aber im Sondereigentum eines anderen Wohnungseigentümers stand. Der Eigentümer dieses Speicherraums verkaufte einen Teil hiervon an den Eigentümer der darunterliegenden Wohnung. Um den veräußerten Speicherraum über diese Wohnung betreten zu können, waren ein Deckendurchbruch und der Einbau einer Wendeltreppe erforderlich. Die beiden Eigentümer legten dem Grundbuchamt die notarielle Urkunde, eine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung sowie den geänderten Aufteilungsplan vor, welcher die neue Abgrenzung des Sondereigentums enthielt und beantragten die Eintragung der Rechtsänderung in die Wohnungsgrundbücher. Das Grundbuchamt machte den Vollzug dieser Erklärungen von der Vorlage der Zustimmungserklärung aller Eigentümer der Wohnanlage abhängig, da es sich nach seiner Ansicht nicht ausschließen ließ, daß der Deckendurchbruch eine solche Zustimmung erforderte.

Das BayObLG entschied, daß eine solche Zustimmung im Grundbuchverfahren nicht erforderlich sei. Es seien die gleichen Grundsätze anwendbar wie bei einem Neubau. Dort könne die Aufteilung zu Wohnungseigentum eingetragen werden ohne daß das Gebäude bereits errichtet sei (§ 3 Abs. 1, § 8 Abs. 1 WEG). Das Grundbuchamt müsse daher die Eintragung vornehmen. Mögliche Unterlassungs- oder Beseitigungsansprüche berührten die durch die Grundbucheintragung geschaffene dingliche Rechtslage nicht. Andererseits würden solche Ansprüche durch die Grundbucheintragung nicht ausgeschlossen.

Dem Beschluß des BayObLG vom 15.1.1998 ist voll zuzustimmen. Das WEG sieht hinsichtlich der Baufrage neben dem Teilungsplan und der Abgeschlossenheitsbescheinigung nach § 7 Abs. 4 WEG keine weiteren Nachweise vor.

Die Entscheidung hat über den von ihr betroffenen Sachverhalt hinaus Bedeutung, stellt sie doch klar, daß im Grundbuchverfahren für eine Änderung einer Teilungserklärung dieselben Grundsätze gelten wie bei der Neuerrichtung eines Gebäudes. Der Nachweis des notwendigen Umbaus und seiner Voraussetzungen ist im Grundbuchverfahren nicht erforderlich.

<sup>13</sup> BayObLG vom 19.7.1990 WE 1991, 292; BayObLG vom 4.7.1993 NJW-RR 1993, 1165: Verwirkung jedenfalls nach 17 Jahren im konkreten Fall; OLG Köln vom 27.1.1995 NJW-RR 1995, 851: im konkreten Fall schon nach 3 1/2 Jahren.

<sup>14</sup> Vgl. hierzu *Röll* WE 1997, 420 = *Röll* in Festschrift für Seuß 1997, S. 253; die Notwendigkeit einer Vereinheitlichung der Belastungen wird verneint von KG vom 27.6.1989 OLGZ 1989, 385 = *Rpfleger* 1989, 500 = WE 1990, 22.

# Beschaffung von Lösungsunterlagen – Vollzugstätigkeit nach § 146 Abs. 1 KostO oder sonstige Nebentätigkeit nach § 147 Abs. 2 KostO?

– zugleich Anmerkung zur Entscheidung des PfälzOLG Zweibrücken vom 13.5.1997 – 3 W 56/97 –, in diesem Heft S. 121

Von NR i. N. Werner Tiedtke, Prüfungsabteilung der Notarkasse, München

Das PfälzOLG Zweibrücken hat sich mit seiner Entscheidung vom 13.5.1997 (bisher veröffentlicht in ZNotP 1997, 76 mit ablehnender Anmerkung von Tiedtke) in eine Fülle von Entscheidungen eingereiht, wonach neben der Beurkundungsgebühr für die Beschaffung der zur Lastenfreistellung des Kaufgrundstücks erforderlichen Lösungsunterlagen eine Vollzugsgebühr gemäß § 146 Abs. 1 Satz 1, 1. Hs. KostO anfällt (so auch OLG Celle, DNotZ 1987, 738; OLG Düsseldorf, JurBüro 1994, 753; OLG Schleswig, JurBüro 1965, 398; OLG Schleswig, DNotZ 1988, 194 mit ablehnender Anmerkung von Groth; OLG Frankfurt/Main, JurBüro 1985, 1391; OLG Frankfurt/Main, DNotZ 1990, 321 mit ablehnender Anmerkung von Lappe; LG Darmstadt, JurBüro 1984, 749 mit zustimmender Anmerkung von Mümmler; LG Lübeck, JurBüro 1989, 1429; OLG Bremen, Kostenrechtsprechung Nr. 66 mit ablehnender Anmerkung von Lappe; Mümmler, JurBüro 1985, 193; Rohs/Wedewer KostO 3. Aufl. § 146 Rdnr. 27; Göttlich/Mümmler KostO 13. Aufl. S. 1095).

Demgegenüber wird im Schrifttum der Standpunkt vertreten, bei der Einholung von Lösungsunterlagen handle es sich um eine sonstige betreuende Nebentätigkeit mit der Folge, daß ggf. neben der Gebühr nach § 146 Abs. 1 KostO eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO anfällt (Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann KostO 13. Aufl. – nachfolgend Korintenberg – § 146 Rdnr. 26, § 147 Rdnr. 60; PrüfAbt. der Notarkasse, MittBayNot 1969, 114; Faßbender/Grauel/Kemp/Ohmen/Peter Rdnr. 1442; Streifzug durch die KostO 4. Aufl., Rdnr. 763; ferner Lappe in einer Anmerkung zu OLG Hamm, DNotZ 1990, 326; OLG Köln, MittRhNotK 1996, 101; LG Düsseldorf, MittRhNotK 1988, 74 im offenen Widerspruch zu OLG Düsseldorf, MittRhNotK 1988, 74).

Gegen die Anwendung des § 146 Abs. 1 KostO spricht bereits der nach der hier vertretenen Auffassung klare Wortlaut des § 146 KostO. Daraus ergibt sich, daß eine Vollzugsgebühr anfällt, wenn der Notar u. a. bei der Veräußerung von Grundstücken auf Verlangen der Beteiligten zum Zwecke des Vollzugs tätig wird. Unter dem Begriff *Vollzugstätigkeit* sind aber eindeutig nicht die sich aus dem zugrundelegenden schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäft ergebenden Regelungen der Rechtsverhältnisse der Beteiligten zu verstehen, sondern ausschließlich Maßnahmen, die zur Herbeiführung der Rechtswirksamkeit und Vollzugsfähigkeit des schuldrechtlichen und/oder dinglichen Geschäfts erforderlich sind (vgl. hierzu insbesondere Korintenberg § 146 Rdnr. 18 mit zahlreichen Hinweisen auf die vorhandene Rechtsprechung und Literatur).

Derartige Vollzugstätigkeiten sind z.B. die Erwirkung der erforderlichen Genehmigungen nach dem BauGB, GrdstVG, Vormundschaftsgericht usw., die Einholung einer Genehmigung der Kirchenoberbehörde, der Umlegungsbehörde, auch die Beschaffung von Zustimmungserklärungen des Erbbaurechtausgebers bei Verkauf eines Erbbaurechtes oder die Zustimmung des Verwalters bei Veräußerung einer Eigentumswohnung, soweit die Beschaffung dieser Zustimmungserklärungen ohne Übersendung von Entwürfen erfolgt, die Beschaffung einer Bescheinigung über ein gesetzliches Vorkaufsrecht usw. (Korintenberg § 146 Rdnr. 18). Die Aufzählung der

typischen Vollzugstätigkeiten nach § 146 Abs. 1 KostO ließe sich mit weiteren Beispielen fortsetzen.

Keine Vollzugstätigkeiten im Sinne des § 146 Abs. 1 KostO sind sonstige gebührenpflichtige Tätigkeiten des Notars, die der Abwicklung der gegenseitigen schuldrechtlichen Verpflichtungen der Vertragspartner dienen. Derartige *Nebengeschäfte* sind nach § 147 Abs. 2 KostO abzurechnen. Nach der einhelligen Rechtsprechung handelt es sich bei den nachfolgenden Beispielfällen um Nebengeschäfte, für die ggf. neben der Vollzugsgebühr eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO anfällt:

Auftragsgemäße Überwachung der Fälligkeit des Kaufpreises und/oder die Überwachung der Urkundenvorlage zum Grundbuchamt zum Zwecke des Vollzugs der Eigentumsumschreibung (OLG Zweibrücken, MittBayNot 1992, 146; BayObLG, MittBayNot 1983, 255 m. Anm. der PrüfAbt. der Notarkasse, KG, JurBüro 1984, 1556), Abwicklung von Treuhandaufträgen der Grundpfandrechtsgläubiger, Antrag auf Genehmigung einer Schuldübernahme nach §§ 415, 416 BGB (Korintenberg § 147 Rdnr. 75; OLG Düsseldorf, JurBüro 1978, 580; OLG Düsseldorf, JurBüro 1980, 119), Entgegennahme einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung gemäß § 1829 BGB und Verschaffung der Rechtswirksamkeit im Wege des Selbstkontrahierens (Korintenberg § 147 Rdnr. 64; Göttlich/Mümmler S. 229), Verpfändungsanzeige nach § 1280 BGB. Auch hier handelt es sich nur um die Aufzählung einiger typischer Fälle, die unter § 147 Abs. 2 KostO fallen. Es handelt sich bei diesen Fällen um Tätigkeiten, die nicht den grundbuchamtlichen Vollzug der Eigentumsumschreibung hemmen, sondern um solche, die ausschließlich die Erfüllung der schuldrechtlichen Verpflichtungen der Beteiligten betreffen. Die Eintragungsreife wird durch die Beschaffung der Lösungsunterlagen nicht berührt. Der Vollzug der Eigentumsumschreibung würde auch ohne Vorlage der Lösungsunterlagen erfolgen (vgl. insbesondere Schallhorn, JurBüro 1972, 7; Lappe, DNotZ 1990, 326).

Gerade auf die Vollzugsvoraussetzungen der Eigentumsumschreibung stellt die Rechtsprechung bei der Einordnung der Gebühren nach § 146 Abs. 1 oder § 147 Abs. 2 KostO ab (vgl. z. B. Korintenberg § 146 Rdnr. 23). Besonders deutlich wird dies für den Gebührenanfall bei der auftragsgemäßen Anfrage nach dem Bestehen von gesetzlichen Vorkaufsrechten. Holt der Notar eine Bescheinigung der Gemeinde über das gesetzliche Vorkaufsrecht nach dem BauGB ein, handelt es sich um eine Vollzugstätigkeit nach § 146 Abs. 1 KostO (nur  $\frac{1}{10}$  Gebühr), da zum Vollzug der Eigentumsumschreibung notwendig (Streifzug Rdnr. 980). Dagegen fällt eine  $\frac{5}{10}$  Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO an, wenn der Notar eine Bescheinigung über das Bestehen eines Vorkaufsrechtes nach dem BayNatSchG einholt (Korintenberg § 147 Rdnr. 105; Streifzug Rdnr. 768). Das Bestehen eines Vorkaufsrechtes nach dem BayNatSchG ist für den Vollzug der Eigentumsumschreibung kein Hindernis.

Die Notarkasse hält weiterhin an ihrer Auffassung fest, daß für die auftragsgemäße Einholung von Lösungserklärungen zur Lastenfreistellung des Kaufgrundstücks eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO anfällt und nicht eine Vollzugsgebühr nach § 146 Abs. 1 KostO. Zur Frage des Geschäftswertes wird auf Streifzug Rdnr. 764 hingewiesen.

**Gregor Basty, Der Bauträgervertrag, 3., überarbeitete und erweiterte Auflage 1997, Carl Heymanns Verlag KG, Köln Berlin Bonn München, 372 Seiten, DM 94,-**

Die Tatsache, daß ein Buch innerhalb von vier Jahren in drei Auflagen erscheint, deutet zum einen auf dessen Qualität und zum zweiten auf Änderungen der gesetzlichen Lage hin. Beides trifft bei der anzuzeigenden Neuauflage von „Der Bauträgervertrag“ von *Gregor Basty* in vollem Umfang zu. Insbesondere die beiden Novellen der Makler- und Bauträgerverordnung vom 6.9.1995 und vom 14.2.1997 haben eine rasche Neubearbeitung wünschenswert erscheinen lassen. Der Umfang des Werks ist dabei von 308 auf 372 Seiten angewachsen. Neben einem etwas großzügigerem Druckbild und der für den schnellen Zugriff hilfreichen drucktechnischen Hervorhebung von Schlüsselbegriffen, ist dies vor allem auf umfangreiche Überarbeitungen und Ergänzungen zurückzuführen. Beispielhaft herausgegriffen seien nur die Ausführungen zu Verbraucherverträgen gemäß § 24 a AGB-Gesetz (Rdnr. 3 ff.), der Anwendbarkeit der MaBV auf den Verkauf unbebauter Bauplätze samt Erschließungsarbeiten (Rdnr. 16), zum Tausch mit dem Bauträger (Rdnr. 28 ff.), Besonderheiten bei Verträgen in Sanierungsgebieten (Rdnr. 61 f.), zur erforderlichen Baugenehmigung bzw. genehmigungsfreien Vorhaben (Rdnr. 220 ff.) sowie zu Sonderfragen bei Altbauvorhaben (Rdnr. 312 ff.). Auch sind in den Formulareil Formulierungsvorschläge für ein Freigabeversprechen gemäß § 3 MaBV und eine Bürgschaft gemäß § 7 MaBV aufgenommen worden.

Die insbesondere an den Problemen der Vertragsgestaltung orientierte Konzeption ist unverändert beibehalten worden. Folgende Problembereiche erscheinen mir dabei besonders erwähnenswert:

1. Entgegen einer in jüngerer Zeit zunehmenden Kritik in der Literatur (vgl. nur *Grziwotz*, NJW 1994, 2745; *Speck*, MittRheinNotK 1995, 119; *Blank*, DNotZ 1996, 501; *Reithmann*, NJW 1997 1816; *Marcks*, MaBV, 6. Aufl. 1998, § 7, Rdnr. 3) hält *Basty* (Rdnr. 241 ff.; Rdnr. 339 ff.) auch bei Stellung einer Bürgschaft zurecht am Vorleistungsgebot des Bauträgers fest. Durch die gewerberechtliche Regelung der MaBV wurde das gesetzliche Leitbild der Zahlung nach Baufortschritt gem. § 641 BGB, § 16 VOB/B nicht geändert. Dem Verordnungsgeber fehlte zur Regelung zivilrechtlicher Fragen schon die Gesetzgebungskompetenz, so daß § 8 AGB-Gesetz nicht eingreift. Mithin ist jede Fälligkeitsregelung neben den Regeln der MaBV auch am AGB-Gesetz und hierbei insbesondere an den §§ 9 Abs. 2 Nr.1 und 11 Nr. 2 a AGB-Gesetz zu messen. Dies gilt umso mehr, als der Käufer beim Bauträgervertrag gegenüber dem Besteller beim einfachen Werkvertrag insofern schlechter steht, daß das Bauwerk erst nach Schlußabrechnung in sein Eigentum übergeht.

Aus dem Vorleistungsgebot folgert *Basty*, daß es trotz einer Bürgschaftssicherung gemäß § 7 MaBV regelmäßig dem AGB-Gesetz widerspricht, wenn der Auftraggeber unverzüglich zur Zahlung der gesamten Vertragssumme verpflichtet ist (Rdnr. 340 ff.). Auch dann sind in der Regel Abschlagszahlungen notwendig, die allerdings nicht starr dem Ratenplan des § 3 Abs. 2 MaBV entsprechen müssen. Mit Vorauszahlungen über den Baufortschritt hinaus verlöre nämlich der

Käufer sein für die Durchsetzung einer zügigen Baudurchführung wesentliches Zurückbehaltungsrecht. Darüber hinaus hätte er nicht die Möglichkeit, bis zu einer ggf. erforderlichen Mängelbeseitigung entsprechende Kaufpreisteile zurückzuhalten. Da es dem Bauträger nach der MaBV gewerberechtlich gestattet ist, sofort die gesamte Vertragssumme entgegenzunehmen, erscheint es allerdings unbedenklich, wenn dem Käufer das Recht eingeräumt wird, eine Bürgschaft gemäß § 7 MaBV zu verlangen und freiwillig den gesamten Kaufpreis vorauszubezahlen. Dies ist insbesondere dann sinnvoll, wenn der Käufer aus steuerlichen Gründen (z.B. Fördergebietsgesetz) ein dringendes Eigeninteresse an der sofortigen Zahlung hat (so auch *Basty*, Rdnr. 248 ff.).

Zwar erscheint nicht abschließend geklärt, ob die Bürgschaft gemäß § 7 MaBV, wie von *Basty* (Rdnr. 337) festgestellt, generell keine Schadensersatz- und Gewährleistungsansprüche sichert. Bei einer Gesamtrückabwicklung (Rücktritt oder Wandelung) ist dies natürlich richtig, weil die Bürgschaft keine über die vom Käufer geleisteten Zahlungen hinausgehenden Beträge abdeckt. In diesem Fall sind etwaige Schadensersatzansprüche also tatsächlich nicht gesichert. Daran würde sich allerdings auch bei einer Zahlung nach Baufortschritt nichts ändern. Kommt es aber nicht zu einer Rückabwicklung, sondern wegen Mängeln zur Minderung oder Ersatzvornahme der Nachbesserung durch den Käufer, so ist immerhin bedenkenswert, auch die daraus folgenden Zahlungsansprüche als „Ansprüche auf Rückgewähr der Vermögenswerte des Auftraggebers“ i.S.d. § 7 MaBV zu verstehen. Gleiches könnte für etwaige Verzögerungsschäden bei schuldhaft verspäteter Bauausführung gelten. Es erscheint an sich nicht gerechtfertigt, daß der Käufer diese Ansprüche – zum Vorteil der finanzierenden Bank – außerhalb der Bürgschaft liquidieren muß. Versteht man den von der Bürgschaft umfaßten Sicherungsumfang so weit (in diesem Sinne wohl *Marcks*, MaBV, § 7, Rdnr. 7 und *Speck*, MittRhNotK 1995, 134, insbes. Fn. 208), dann würde der Verlust des Zurückbehaltungsrechts den Käufer nicht unangemessen benachteiligen. Er hätte ja anderweitig Sicherheit. Gegen die Annahme eines so weiten Sicherungsumfangs spricht allerdings, daß dann konsequenterweise die Bürgschaft (über die gesamte Vertragssumme) über den Wortlaut des § 7 Abs. 1 S. 3 MaBV hinaus auch bei vollständiger Fertigstellung und dem Vorliegen der Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 MaBV erst nach Beseitigung sämtlicher Mängel zurückzugeben wäre. Andernfalls würde über den zulässigen Wechsel der Sicherungsart gemäß § 7 Abs. 1 S. 4 MaBV das Zurückbehaltungsrecht des Käufers doch ausgehöhlt. Solange jedenfalls nicht sicher geklärt ist, daß der nach der Verordnung notwendige Inhalt der Bürgschaft nach § 7 MaBV tatsächlich immer so weit geht, sind die Bedenken von *Basty* voll gerechtfertigt. Gegebenenfalls müßte der konkrete Wortlaut der Bürgschaft den weiten Umfang ausdrücklich klarstellen. Eine derartige Bürgschaft entspräche dann aber wohl den auch von *Basty* (Rdnr. 252 und 343) als Alternative vorgeschlagenen ergänzenden Erfüllungs- und Gewährleistungsbürgschaften.

2. Die am 1.6.1997 in Kraft getretene Änderung der MaBV hat wesentliche Änderungen der Kaufpreisfälligkeit mit sich gebracht. An die Stelle der vormals fest vorgeschriebenen sechs Raten ist nun in § 3 Abs. 2 S. 2 MaBV ein flexiblerer Ratenplan von insgesamt 13 Bauabschnitten getreten. Aller-

dings ist dem Bauträger gemäß § 3 Abs. 2 S. 1 MaBV nur die Entgegennahme von maximal sieben Raten gestattet. Aufgrund einer durchaus mehrdeutigen Formulierung in der Verordnungsbegründung (BR-Drucks. 1004/96, S. 7) wird teilweise angenommen, diese sieben Raten müßten bereits im notariellen Vertrag starr fixiert sein (so z. B. *Uerlings*, DNotI-Report 1997, 148; *Herrmanns*, ZfIR 1997, 578; *Marcks*, § 3, Rdnr. 23; wohl auch Bauträgermerkblatt der Landesnotarkammer Bayern in der Fassung vom 1. August 1997). Demgegenüber tritt *Basty* (Rdnr. 266) mit überzeugenden Argumenten für die Zulässigkeit einer „flexiblen Fälligkeitsregelung“ ein, bei der der Bauträger die Zusammensetzung der Raten nach freiem Ermessen nachträglich bestimmt (§ 315 BGB). Anhand konkreter Beispiele aus der Praxis wird nachgewiesen, daß ohne diese Möglichkeit die von der Neufassung angestrebte Flexibilisierung des Ratenplans auf halbem Wege stehen bliebe. Insbesondere bei nicht vorhersehbaren Verzögerungen einzelner Gewerke bestünde keine Möglichkeit zur einseitigen Anpassung des einmal vereinbarten Ratenplans.

*Basty* weist zurecht darauf hin, daß flexible Fälligkeitsregelungen auch ansonsten im Baubereich (insbesondere gemäß § 16 Abs. 1 VOB/B) allgemein üblich und rechtlich unangefochten sind. Dabei ist für den Auftraggeber nie exakt vorhersehbar, wann terminlich genau die Fälligkeit einzelner Raten eintreten wird. Dies wird vielmehr vom Baurhythmus und damit vom Werkunternehmer bestimmt. Daran ändert sich im übrigen auch bei der Vereinbarung eines starren Ratenplans nichts. Warum im Unterschied dazu die Teilleistungen im Bauträgervertrag vorab fest fixiert werden müßten, ist nicht ersichtlich. Ein Anhaltspunkt im Verordnungstext selbst findet sich jedenfalls nicht. Es wäre auch überaus fraglich, ob § 34c Abs. 3 S. 2 GewO dem Ordnungsgeber dafür eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage bietet. Nach der Ermächtigungsnorm kann die Verordnung lediglich die Befugnis zur Entgegennahme von Vermögenswerten des Auftraggebers einschränken, nicht aber weitergehend der Vertragsinhalt geregelt werden. Die Beschränkung auf sieben Teilraten dient wohl in erster Linie der Vereinfachung der Abwicklung für die beteiligten Kreditinstitute. Desweiteren ist für den Käufer die Zahl der Zeitpunkte eingeschränkt, zu denen er den Bautenstand überprüfen muß.

3. Mit der am 1.6.1997 in Kraft getretenen Änderung der MaBV ist es bei Neubauvorhaben nicht mehr zulässig, die auf nicht geschuldete Arbeiten entfallenden Raten bereits mit Baubeginn entgegenzunehmen. Vielmehr sind gemäß § 3 Abs. 2 S. 3 MaBV „sofern einzelne der in Satz 2 Nr. 2 genannten Leistungen nicht anfallen“ diese Beträge „auf die übrigen Raten“ zu verteilen. Fraglich erscheint dabei, welche „übrigen Raten“ gemeint werden. Sind es nur die Raten des § 3 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 MaBV, die auf die im eigentlichen Baugewerke entfallen (so wohl *Marcks*, § 3, Rdnr. 44) oder ist auch die Baubeginnrate des § 3 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 MaBV mit einzubeziehen? Der Text der Verordnung ist insoweit nicht eindeutig. *Basty* (Rdnr. 306 f.) entscheidet sich meines Erachtens völlig zurecht für die Auslegung, auch die Baubeginnrate mit in die Verteilung einzubeziehen. Andernfalls würde diese Rate, die ja die Kosten des Grunderwerbs und der vorausgehenden Planung abdecken soll, zu Lasten des Bauträgers zu stark eingeschränkt. Mit dem Wegfall von Gewerken verringert sich ja auch die für den gesamten Ratenplan maßgebliche Vertragssumme. Der Aufwand für Grundstück und Pla-

nung wird damit im Verhältnis zur Vertragssumme größer. Der Ratenplan der MaBV enthält eine abstrakt generelle Bewertung der verschiedenen Gewerke untereinander. Diese sollte beim Wegfall einzelner Leistungen nicht verschoben werden.

Besonders augenfällig wird der Unterschied zwischen beiden Auslegungsmöglichkeiten dann, wenn etwa nur die Erstellung des Rohbaus geschuldet wird („Ausbauhaus“). Bezieht man nur die Raten gemäß § 3 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 MaBV in die Berechnung ein, dürfte der Bauträger bei Baubeginn 30% und nach Fertigstellung des Rohbaus Zug um Zug mit Übergabe den Rest von 70% der Vertragssumme entgegennehmen. Nach der Gegenansicht sind die entfallenden 42% verhältnismäßig auf die beiden verbleibenden Raten zu verteilen, so daß bei Baubeginn (gerundet) 51,72% und nach Fertigstellung 48,28% der Vertragssumme entgegengenommen werden dürfen. Letzteres entspricht der allgemeinen Bewertung der MaBV, die den Wert des Grundstücks (samt Planung) und den des Rohbaus annähernd gleichsetzt.

4. Im Gegensatz zu *Basty* (Rdnr. 389 ff.) halte ich die Übernahme noch nicht abgerechneter Erschließungs- und Anschlußkosten durch den Käufer häufig für die interessengerechtere Lösung. Zwar ist ihm zuzustimmen, daß die Erwartung des Käufers, zum „Festpreis“ zu erwerben, auch die Erschließungskosten mit einschließt. Abweichende Vereinbarungen müssen also durch entsprechend deutliche Formulierungen im Kaufvertrag ausdrücklich klargestellt sein.

Da der Zeitpunkt der endgültigen Rechnungsstellung insbesondere in Neubaugebieten jedoch häufig nicht absehbar ist, gerät eine Regelung, bei der die Erschließungs- und Anschlußkosten in dem Kaufpreis enthalten sind, leicht in Widerspruch zum Vorleistungsgebot. Auch ein im Vertrag vorgesehener Einbehalt der letzten Rate bis zur Bezahlung der Erschließungskosten ist häufig deshalb keine befriedigende Lösung, weil damit einerseits deren Fälligkeit weit hinausgeschoben, andererseits ihre Sicherungsfunktion für Mängel stark entwertet wird.

Eine wirksame Sicherung des Käufers gegen eine spätere erneute Inanspruchnahme durch den Erschließungsträger ist schwer durchführbar (so auch *Basty* Rdnr. 399). Das für eine Einbeziehung der Erschließungskosten angeführte Argument der besseren Kalkulierbarkeit für den Käufer ist m. E. nicht durchschlagend. Der Bauträger wird vorsichtigerweise einen Betrag einkalkulieren, der seine Kosten in jedem Fall deckt. Sind die Kosten später niedriger, erfolgt keine Rückzahlung an den Käufer. Daher erscheint es mir vorzugswürdig, den Käufer nur mit den letztlich tatsächlich anfallenden Kosten zu belasten. Eine Größenordnung für die zu erwartenden Beträge wird im Regelfall beim Erschließungsträger ermittelt werden können, so daß dann jedenfalls eine grobe Kalkulation möglich ist.

Insgesamt ist festzustellen daß es *Basty* wieder gelungen ist, für nahezu alle aktuellen Probleme der Gestaltung von Bau-trägerverträgen eine wissenschaftlich fundiert begründete und in der Praxis vollziehbare Lösung anzubieten. Wer mit Bau-trägerverträgen zu tun hat, wird angesichts der vielfachen Änderungen der MaBV an der Anschaffung der Neuauflage dieses Standardwerks auch nach so kurzer Zeit nicht vorbeikommen.

Notar *Dr. Jens Eue*, Kulmbach

**Dieter Gebel (Vizepräsident des Finanzgerichts Rheinland-Pfalz), Gesellschafternachfolge im Schenkungs- und Erbschaftsteuerrecht, Anteilsübertragungen unter Lebenden – Anteilserwerb von Todes wegen, 2., neubearbeitete und erweiterte Auflage 1997, Erich Schmidt Verlag Berlin Bielefeld München, 368 Seiten DM 79,80 / ÖS 583,- / sfr 72,50**

Die Gesellschafternachfolge ist der in der steuerrechtlichen Praxis wichtigste Fall der Unternehmensnachfolge. Das Werk von *Gebel* behandelt sowohl die Gesellschafternachfolge bei Personengesellschaften wie auch bei Kapitalgesellschaften. Die 1. Auflage des Werkes war 1994 erschienen, die 2. Auflage wurde bereits nach drei Jahren erforderlich, im wesentlichen aufgrund des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichtes vom 22.6.1995 und der daraufhin gebotenen Änderungen im Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht. Die vorliegende 2. Auflage berücksichtigt diese Änderungen umfassend. Sie konnte von den zahlreichen Erlassen, die zum neuen Erbschaftsteuerrecht ergangen sind (vgl. MittBayNot 1997, Beilage zu Heft 4), nur die Gleichlautenden Erlasse der Obersten Finanzbehörden der Länder zur schenkungsteuerlichen Behandlung von Leistungen von Gesellschaftern und Dritten an Kapitalgesellschaften vom 15.3.1997 (BStBl. I 1997, 350) verwenden.

Nach einer Einführung (Abschnitt A), in der die zivilrechtlich möglichen Nachfolgegestaltungen in das System des Erbschaftsteuerrechtes eingefügt werden, behandelt Verfasser in Abschnitt B die Veränderungen im Personenbestand einer Gesellschaft durch un- oder teilentgeltliche Rechtsgeschäfte unter Lebenden, und zwar zunächst bei Personengesellschaften, dann bei Kapitalgesellschaften. Methodisch richtig stellt er zunächst die gesellschaftsrechtlichen Grundlagen dar und wertet sie dann erbschaftsteuerrechtlich. Dabei werden solche in der Praxis bedeutende und schwer zu steuernde Probleme

**Weirich, Grundstücksrecht, 2. Auflage 1996, Verlag C. H. Beck, München, 576 Seiten, DM 64,-**

Notar a. D. *Weirich* hat in 2. Auflage\* in der Reihe Juristische Kurzlehrbücher für Studium und Praxis sein Grundstücksrecht vorgelegt. In dem Werk werden auf 576 Seiten nicht nur Fragen des materiellen Grundstücksrechts, sondern auch das Grundbuch und sein Verfahren dargestellt. Zielgruppe des Werks sind in erster Linie Studenten im höheren Semester, die sich einen Überblick über das Grundstücksrecht verschaffen wollen. Diesem Kreis kommt *Weirich* durch seine verständliche Sprache, klare Gliederung und einprägsamen Beispiele entgegen. So kann der Leser z. B. auch ein lebendes Grundbuchblatt abgedruckt sehen.

Aber auch der Notar, der sich schnell einen kurzen Überblick z. B. über Zwangsvollstreckungsfragen verschaffen will, findet, was er sucht (vgl. Randziffern 568 ff.). So werden die relativen Rangverhältnisse mit ihren Auswirkungen auf die Verteilung des Versteigerungserlöses an Hand eines Beispiels durchgearbeitet. *Weirich* lockert den Abschnitt über das Grundbuchverfahrensrecht durch eine interessante historische Einführung in das Grundbuchwesen (Randziffer 281) auf und gibt einen Überblick über die heutige Organisation eines Grundbuchamtes.

Entsprechend dem Ziel des Autors, eine Einführung für Studenten zu schreiben, sind die spezifisch notariellen Probleme des Grundstücksrechts relativ kurz behandelt. So werden in

\* Vgl. die Besprechung der 1. Auflage durch *Reithmann* in MittBayNot 1987, 20.

behandelt wie die Übertragung des Geschäftsanteils mit Buchwertklausel, das Ausscheiden des Gesellschafters gegen Abfindung unter Wert, die freigebige Zuwendung durch überhöhte Abfindung, die mittelbare Anteilschenkung, die Unterbeteiligung und der Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen. Die Darstellung im Bereich der Kapitalgesellschaften erfolgt nach dem gleichen Schema. Abschnitt C ist der Gesellschafternachfolge im Todesfall gewidmet. Es wird hier wiederum zunächst die Rechtslage bei der Personengesellschaft, sodann diejenige bei der Kapitalgesellschaft erörtert. *Gebel* stellt dabei ebenfalls zunächst die unterschiedlichen Möglichkeiten der zivilrechtlichen Gestaltung dar, daran anschließend qualifiziert er sie erbschaftsteuerlich. Besondere Aufmerksamkeit widmet er den in der Praxis häufig anzutreffenden qualifizierten Nachfolgeklauseln. Die Fragen, die sich aus § 13 a ErbStG ergeben, wurden berücksichtigt. Abschnitt D erfaßt die Erwerbe von Anteilen an ausländischen Personen- und Kapitalgesellschaften.

Der Schwerpunkt der Darstellung liegt im Erbschaftsteuerrecht. Es wurden aber auch ertragsteuerliche Aspekte miteinbezogen, allerdings nicht systematisch. Vorteilhaft ist, daß Verfasser die erbschaftsteuerlichen Folgen einer Nachfolgeordnung nicht isoliert darstellt, sondern sich stets auf den konkreten handels- und gesellschaftsrechtlichen Vorgang bezieht.

Das Werk von *Gebel* ist auf hohem Niveau geschrieben. Es verzichtet auf allgemeine Ausführungen, die Probleme werden knapp und präzise dargestellt und unverzüglich unter Heranziehen der entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen, der Rechtsprechung und der Verwaltungsvorschriften gelöst. Das Buch ist für den Praktiker, der mit dieser speziellen Art der Unternehmensnachfolge zu tun hat und auch die steuerliche Beratung übernehmen will, von großem Wert.

Notar Prof. Dr. Wolfgang Reimann, Passau

dem Abschnitt über den Grundstückskaufvertrag die Fragen des Irrtums der Beteiligten (§§ 119 ff. BGB) recht ausführlich diskutiert, während Gestaltungsprobleme nur gestreift werden. Der Student wird aber in die für ihn sicher unbekanntesten Techniken der Sicherung von Verkäufer und Käufer beim Grundstückskauf ausführlich eingeführt (Randziffern 205 ff.). Für den Notar so wichtige Fragen wie die Gestaltung einer angemessenen Regelung über noch nicht abgerechnete Erschließungskosten finden sich allerdings nicht.

Durchaus lesenswert sind die Ausführungen zu den Besonderheiten des Grundstücksrechts der neuen Bundesländer (Randziffern 1346 ff.). Hier wird dem Notar, der sich bisher noch weniger mit diesem Gebiet befaßt hat, eine knappe Einführung geboten, die erfreulicherweise nicht auf die immer noch notwendigen Warnungen zu typischen Ost-Risiken der Vertragsgestaltung (Bodenreform, Gebäudeeigentum) verzichtet. Dieses Kapitel stammt aus der Feder von Notar *Dr. Hügel* aus Weimar.

Das Werk vermittelt einen profunden Überblick über das Grundstücksrecht, wobei die reiche praktische Erfahrung des Autors den Text wohltuend lebendig werden läßt. Es erleichtert dem jungen Juristen den Zugang zu der zunächst scheinbar spröden Materie des Grundstücksrechts. Dem Buch ist eine weite Verbreitung zu wünschen, um neben der Vermittlung von bestimmten Kenntnissen auch Interesse beim qualifizierten Nachwuchs für ein besonders notarielles Rechtsgebiet zu wecken und damit das Notariat als Ganzes für die Zukunft zu sichern.

Notar Dr. Andreas Albrecht, Heilsbronn

**Wietek, Verfügungen von Todes wegen zugunsten behinderter Menschen, Eigenverlag des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge, Frankfurt am Main, Dissertationen, Diplomarbeiten, Dokumentationen 37, 1996, 191 Seiten, DM 22,80**

Der Wunsch, die mit der Versorgung eines behinderten Kindes verbundenen Lasten der Allgemeinheit aufzuerlegen, ist Vater des „Behindertentestaments“. Mit diesem bezwecken die Eltern des Behinderten, ihren Nachlaß von solchen Versorgungslasten freizuhalten, um dem behinderten Kind aus dadurch geschonten Mitteln zusätzliche Vorteile zuzuwenden und im übrigen das Erbe möglichst ungeschmälert anderen Familienangehörigen zu erhalten. Zugleich sollen die Sozialhilfeansprüche des Kindes durch den Erbfall keine Beeinträchtigung erfahren. Angesichts leerer öffentlicher Kassen ist die Inanspruchnahme staatlicher Leistungen bei gleichzeitiger Schonung des eigenen Vermögens ein Thema für emotionale Diskussionen.

Nach zwei Urteilen des Bundesgerichtshofes und einer ganzen Reihe literarischer Stellungnahmen liegt nun, von Prof. Dr. Bertram Schulin in Konstanz betreut, die erste Dissertation vor, die das für die notarielle Praxis interessante „Behindertentestament“ untersucht. Ihr Ziel ist in erster Linie die Durchdringung der bereits judizierten Sachverhalte (S. 2). Diese betrafen jeweils, bei Unterschieden im Detail, die Einsetzung des behinderten Kindes nur als Vorerben für einen Miterbeile, der den Pflichtteil des Kindes übersteigt, bei gleichzeitiger Anordnung einer umfassenden Verwaltung des Vorerbeils durch einen Testamentsvollstrecker („Standardtyp“, vgl. *Nieder*, NJW 1994, S. 1264, 1267).

Den eindeutigen Schwerpunkt bilden die Kapitel 2 und 3 der Arbeit (S. 11–152), in denen *Wietek* leicht lesbar die gesamte einschlägige Rechtsprechung und Literatur zunächst im Überblick darbiert und anschließend äußerst gründlich argumentativ würdigt. Er unterscheidet hierbei – systematisch gut vertretbar – drei Ansätze, die für die Sozialhilfeträger nachteiligen Wirkungen des „Behindertentestaments“ zu beseitigen. Alle diese Ansätze verwirft er im Ergebnis im Einklang mit der Rechtsprechung des BGH. Das „Behindertentestament“ ist danach weder insgesamt noch in bezug auf einzelne Anordnungen (§ 2085 BGB) sittenwidrig gemäß § 138 BGB (Sittenwidrigkeitsansatz). Dies gilt insbesondere für die Aufrechterhaltung der Sozialhilfebedürftigkeit des Behinderten sowie die Vereitelung eines Zugriffs der Sozialhilfe auf den Nachlaß. Mit den Fällen, in denen der Verzicht des Bedürftigen auf privatrechtliche Ansprüche für sittenwidrig und nichtig gemäß § 138 BGB gehalten wird, ist die Problematik nicht vergleichbar, weil das „Behindertentestament“ keinen Verzicht des Behinderten auf Vermögen enthält, das gemäß §§ 11 Abs. 1 Satz 1, 28 Abs. 1 Satz 1, 88 f. BSHG zur Bedarfsdeckung eingesetzt werden muß (S. 89–100).

Auch im Erbrecht finden sich keine Vorschriften, die nach *Wietek* die Unwirksamkeit des „Behindertentestaments“ begründen können (erbrechtlicher Ansatz). Entgegen der herrschenden Meinung im Schrifttum hält er auch die vollständige Thesaurierung der Nachlaßfrüchte durch den Testamentsvollstrecker für zulässig (S. 119–122). Auf eine abweichende Entscheidung des Reichsgerichts (LZ 1918, Sp. 1268–1270) geht er nicht ein. Soweit hierzu eine eindeutige Anordnung des Erblassers vorliegt, spricht aber § 2216 Abs. 2 Satz 1 BGB für seine Ansicht. Eine Unbeachtlichkeit des Erblasserwillens gemäß oder entsprechend § 2216 Abs. 2 Satz 2 BGB wird ebenfalls überzeugend verneint (S. 124 ff., 131 f.).

Der dritte Ansatz wird als primär sozialhilferechtlicher Ansatz bezeichnet. Hier erteilt *Wietek* mit fundierter Begründung einem Übergang des Ausschlagungsrechts aus § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB auf den Sozialhilfeträger eine Absage (S. 134–141). Hingegen wischt er den Vorschlag einer objektiven Auslegung des § 88 Abs. 1 BSHG, wonach zur Bedarfsdeckung einzusetzendes Vermögen auch dann verwertbar ist, wenn es der Testamentsvollstreckung unterfällt, etwas zu einfach vom Tisch. Daß ein solcher Regelungsinhalt jedenfalls möglich ist, zeigt der von ihm selbst behandelte Art. 139 EGBGB (S. 108–110). Richtig ist sein Ergebnis aber deshalb, weil ein so schwerwiegender Eingriff in zivilrechtlich begründete Rechtspositionen nur aufgrund eindeutiger gesetzlicher Anordnung angenommen werden kann. Eine solche enthält § 88 Abs. 1 BSHG gewiß nicht. Bestätigt wird diese Auslegung durch eine einstweilige Anordnung des OVG Bautzen (NJW 1997, S. 2898, 2899, in diesem Heft S. 127), das eine hälftige Mitvorerbschaft an einem Nachlaß von 181.000,- DM Wert nicht als verwertbares Vermögen i. S. v. § 88 Abs. 1 BSHG ansah, weil diese durch Testamentsvollstreckung beschränkt war und nach dem Willen des Erblassers nicht zur Bestreitung der allgemeinen Unterbringungskosten, sondern „zur bestmöglichen Versorgung“ eingesetzt werden sollte. Die Möglichkeit, daß das Vermögen trotz angeordneter Testamentsvollstreckung verwertbar i. S. v. § 88 I BSHG sein könnte, wurde vom Gericht nicht einmal erwogen.

Dafür, daß es nicht bei der für Erblasser und deren Berater erfreulichen vollständigen Wirksamkeit des „Behindertentestaments“ bleibt, sorgt der Autor mit seinen eigenen Lösungsvorschlägen, einem ersten „de lege lata“, einem zweiten „de lege ferenda“. De lege lata hält er die Anordnung der Vorerbschaft und der Dauertestamentsvollstreckung gemäß § 242 BGB für treuwidrig, soweit sie den Zugriff des Sozialhilfeträgers auf den Nachlaß auch für den Wert des Pflichtteils verschließt (S. 160). Anders als im Fall einer beschränkten Nichtigkeit gemäß § 138 BGB soll der Nachlaß in Höhe des Pflichtteils aber nur für den allgemeinen Lebensunterhalt, nicht hingegen für den behinderungsbedingten Mehraufwand herangezogen werden, weil Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG insoweit eine Gleichstellung mit nicht behinderten Menschen gebietet (S. 160 f.). Schlagwortartig zusammengefaßt lautet seine These, daß vorhandenes Privatvermögen für den regulären Lebensunterhalt eingesetzt werden muß, während behinderungsbedingte Kosten unabhängig vom Vermögen des Betroffenen durch das Kollektiv zu tragen sind (S. 164). De lege ferenda schlägt er zum Abschluß der Arbeit die Durchführung dieser These im gesamten System der Sozialleistungen unter dem Begriff „Behindertenlastenausgleich“ vor (S. 177–191).

Auch wenn die Modifikation der Rechtsfolge im geltenden BSHG keine Grundlage findet, soll sich die Kritik der Lösung allein auf die teilweise Außerkraftsetzung des „Behindertentestaments“ durch § 242 BGB beschränken. Schon *Wieteks* Argument, der nach den §§ 2303 ff. BGB objektiv angemessene Interessenausgleich zwischen dem Erben und seinen Unterhaltsschuldern werde sonst gestört, vermag einen Zugriff des Sozialhilfeträgers im Wege des Regresses nicht zu rechtfertigen, da ein solcher allen anderen Unterhaltsschuldnern bereits durch § 852 ZPO verschlossen ist. Begründet wird so wegen § 90 Abs. 1 Satz 4 BSHG allein ein Sonderrecht des Sozialhilfeträgers als „Unterhaltsschuldner im weitesten Sinne“ (S. 159).

Bei weitem schwerer wiegt jedoch die mangelhafte Begründung der Anwendung des § 242 BGB. Die Annahme eines Treueverhältnisses mit der Rechtsfolge der teilweisen Außerkraftsetzung der §§ 2115, 2214 BGB, 771, 773 ZPO bedarf

gewiß einer engeren Verbindung als die des Erblassers zur Allgemeinheit („Gemeinschaft der Steuerzahler“, S. 158). Will man tatsächlich die Steuerzahler durch § 242 BGB schützen, so wäre zudem zu prüfen, ob insoweit nicht die mit dem Erbfall entstehende Erbschaftssteuerschuld bereits einen Ausgleich herstellt, insbesondere wenn Freibeträge und der niedrige Steuersatz des Behinderten verlorengehen. Auch bleibt unberücksichtigt, daß der Bundesgerichtshof für den Fall des Unterhaltsverzichts die Anwendung des § 242 BGB zum Schutz der Sozialhilfeträger ausdrücklich ablehnt (BGH FamRZ 1992, S. 1403, 1405.) Darüber hinaus ist bereits der Ansatz verfehlt, im Verhältnis zwischen Privaten akzeptierte zivilrechtliche Gestaltungen dann mit Mitteln des Zivilrechts in Frage zu stellen, wenn sie unter Anwendung des BSHG zu unerwünschten Leistungen der Sozialhilfe oder einem ungenügenden Sozialhilferegriß führen. Der Fehler sitzt in diesem Fall eindeutig im BSHG und muß demzufolge dort durch entsprechende Gesetzesauslegung oder, wo diese nicht möglich ist, durch Gesetzesänderung beseitigt werden. Gerade der Regriß als staatlicher Eingriff in eine bereits bestehende Rechtsposition des Nacherben bedarf zudem einer eindeutigeren Rechtsgrundlage als ausgerechnet § 242 BGB.

Offen läßt *Wietek*, ob § 242 BGB die Wirkungen des „Behindertentestaments“ nur im Verhältnis zur Sozialhilfe oder auch in bezug auf den Behinderten selbst suspendiert, mit anderen Worten, ob auch dem Behinderten selbst der Nachlaß in Höhe des Pflichtteils ungehindert zusteht. Damit hängt die Frage zusammen, ob dem auf diese Weise vermögenden Behinderten nach §§ 11 Abs. 1 Satz 1, 88 f. BSHG schon keine Hilfe zum Lebensunterhalt zu gewähren ist oder nur der Regriß in den Vorerbteil mit Wirkung gegen den Nacherben und den Testamentvollstrecker ermöglicht wird. Auch wenn meines Erachtens schon der Lösungsansatz nicht trägt, ist doch zu bedauern, daß der Autor die Konsequenzen seiner Lösung nicht bis zum Ende ausarbeitet.

Ungeachtet dieser Kritik kann die Lektüre dieser zudem äußerst preiswerten Arbeit all denen uneingeschränkt empfohlen werden, die eine umfassende Information zum bisherigen Stand von Rechtsprechung und Literatur zum „Behindertentestament“ nebst gründlicher Analyse derselben suchen und ggf. zudem Überlegungen zur Fortbildung des Sozialrechts aufgeschlossen gegenüberstehen.

Notarassessor *Stefan Bandel*, München

---

**Busse, Jürgen, Die neue Bayerische Bauordnung, Handkommentar, 2., völlig überarbeitete Auflage, 1997, Verlagsgruppe Jehle-Rehm, München, DM 58,-**

Zu Jahresbeginn 1998 ist zum zweiten Male seit 1994 eine „neue“ Bayerische Bauordnung in Kraft getreten. Die komplette Kommentierung von *Dr. Jürgen Busse*, Direktor im Bayerischen Gemeindetag, ist für die Praxis geschrieben und soll eine Hilfestellung für die Anwendung der neuen Bayerischen Bauordnung geben. Der Autor beschränkt sich jedoch nicht auf eine Neukommentierung der geänderten Vorschriften der BayBO, er hat auch andere Vorschriften völlig neu kommentiert. Die Abstandsflächenzeichnungen zu Art. 6, gefertigt durch *Helmut Rauscher*, Baudirektor beim Landratsamt Starnberg, wurden ebenfalls überarbeitet.

Von Bedeutung für die notarielle Praxis sind insbesondere die geänderten Sicherungen im Rahmen der Wegeerschließung von begrenzter Länge (§ 4 Abs. 2 BayBO), der Wegeerschließung von Grundstücken in Außenbereichslage (§ 4 Abs. 3 BayBO), der Kinderspielplätze (Art. 8 Abs. 2 S. 1 BayBO) und der Stellplätze und Garagen (Art. 52 Abs. 4 S. 2 BayBO). Hierfür soll abweichend von der bisherigen Doppelsicherung eine Einfachversicherung durch eine Grunddienstbarkeit oder durch eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zugunsten des Rechtsträgers der Bauaufsichtsbehörde ausreichen (vgl. *Jäde/Weiss*, BayVBl. 1998, 7/15 f.). *Busse* (Art. 4 Rdnr. 6) geht davon aus, daß eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit ausreicht, sofern nur die Bebaubarkeit einer bestimmten Fläche des Nachbargrundstücks auszuschießen ist. Falls mit der zu sichernden bauaufsichtlichen

Anforderung eine Unterhaltspflichten auslösende Benutzbarkeit des Nachbargrundstücks einhergeht, müsse dagegen die Form der Grunddienstbarkeit gewählt werden. Entgegen seiner Auffassung fordern *Jäde/Weiss* (BayVBl. 1998, 7/15 f.) bei einer Grunddienstbarkeit zusätzlich die Verpflichtung beider Eigentümer, diese nur im Einvernehmen mit der Bauaufsichtsbehörde aufzuheben und diese Verpflichtung einem etwaigen Erwerber der beteiligten Grundstücke weiterzugeben. Die mit dieser Vorgehensweise angeblich erreichte Regulierung ist nicht ersichtlich. *Busse* weist auch im Rahmen der weiterhin außerhalb des Grundbuchs möglichen Übernahme der Abstandsfläche nach Art. 7 Abs. 5 BayBO (Rdnr. 8) darauf hin, daß es nicht eindeutig geklärt ist, ob eine Nachbarzustimmung auch eine zivilrechtliche Bindungswirkung enthalte. Das BayObLG (BayObLGZ 1990, 204/205 ff.) hat in einem öffentlich-rechtlichen Rechtsverzicht unter Geltung des alten Rechts keinen Verzicht auf private Abwehrrechte gesehen. Insofern empfiehlt sich – auch im Abstandsflächenrecht – die Beibehaltung der bisherigen „Doppelsicherung“, sie kann zudem die in Bayern bis 1994 zu Recht gegenüber anderen Bundesländern, die Baulasten kennen, immer positiv hervorgehobene Vollständigkeit des Grundbuchs ansatzweise erhalten.

Notare haben nicht ständig mit dem Baurecht zu tun. Ist dies der Fall, so bietet die prägnante Kommentierung von *Busse* eine wertvolle und praxisnahe Hilfestellung. Sie ist gerade für Notare eine echte Alternative zu den Großkommentaren.

Notar *Dr. Dr. Herbert Grziwotz*, Regen

## Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 528, 426 Abs. 1 (*Rückgewähranspruch nach § 528 BGB bei mehreren Beschenkten*)

1. **Zwischen mehreren gleichzeitig Beschenkten besteht hinsichtlich des Rückgewähranspruchs nach § 528 Abs. 1 BGB eine gesamtschuldnerartige Beziehung, die bei der Inanspruchnahme eines Beschenkten einen internen Ausgleichsanspruch entsprechend § 426 Abs. 1 BGB auslöst (im Anschluß an BGH, Urteil vom 13.2.1991 – IV ZR 108/90, NJW 1991, 1824 = MDR 1991, 908) Das gilt auch dann, wenn die ihnen jeweils zugewandten Gegenstände nicht gleichartig sind.**
2. **Der interne Ausgleich unter den Beschenkten wird nicht davon berührt, ob der Rückgewähranspruch von dem Schenker oder – aufgrund einer Überleitung durch Verwaltungsakt – von dem Träger der Sozialhilfe geltend gemacht wird.**
3. **Der Schenker kann nicht abschließend bestimmen, wer von den Beschenkten die Nachteile des auf seiner Seite eingetretenen Notbedarfs tragen soll. Der Rückgewähranspruch nach § 528 Abs. 1 BGB entsteht mit dem Eintritt der Notlage des Beschenkten; er ist nicht an eine Entscheidung des Schenkers geknüpft.**
4. **Dem Anspruch auf Rückgewähr nach § 528 Abs. 1 BGB kann grundsätzlich der Aufwand für freiwillige Pflege- oder Betreuungsleistungen gegenüber dem Schenker nicht entgegeng gehalten werden.**

BGH, Urteil vom 28.10.1997 – X ZR 157/96 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH

### *Aus dem Tatbestand:*

Der Kläger verlangt von dem Beklagten, seinem Bruder, anteilige Freistellung von einer Inanspruchnahme durch den Landeswohlfahrtsverband H. als Träger der Sozialhilfe.

Mit notariellem Vertrag vom 17.3.1988 übertrugen die Eltern der Parteien dem Beklagten unter Vorwegnahme späterer Erbfolge (§ 2 des notariellen Vertrages) das ihnen gehörende Hausgrundstück, wobei sie sich ein Wohnrecht auf Lebenszeit an der im Erdgeschoß gelegenen Wohnung vorbehalten. In dem Übertragungsvertrag verpflichtete sich der Beklagte, unter Begründung eines unmittelbaren Forderungsrechtes für seinen Bruder, dem Kläger, diesem innerhalb von 6 Wochen einen Ausgleich von 80.000,- DM zu zahlen, den dieser in der Folge von ihm erhielt.

Nach der Übertragung des Grundstücks und der Zahlung des Geldbetrages wurden die Eltern der Parteien pflegebedürftig und mußten deshalb in ein Pflegeheim übersiedeln. Zur Deckung der mit dem Aufenthalt in dem Pflegeheim verbundenen Kosten reichten ihre Einnahmen einschließlich der Einkünfte aus der Vermietung der Erdgeschoßwohnung in dem dem Beklagten übertragenen Haus nicht aus. Der fehlende Betrag wurde vom Landeswohlfahrtsverband H. übernommen, der im Anschluß hieran den Anspruch der Eltern gegen den Kläger nach § 90 BSHG auf sich überleitete und ihn zur Erstattung der aufgewendeten Pflegekosten heranzog. Eine Inanspruchnahme des Beklagten erfolgte nicht, da gegen diesen nach Ansicht des Landeswohlfahrtsverbandes H. unter Berücksichtigung von Aufwendungen, Eigenleistungen und Pflegeleistungen gegenüber seinen Eltern ein Erstattungsanspruch nach § 528 BGB nicht bestehe. Hierüber ist ein Bescheid des Landeswohlfahrtsverbandes ergangen, der dem Beklagten zugegangen ist.

Da der Kläger Herausgabe der Schenkung verweigerte, hat ihn der Landeswohlfahrtsverband H. im Wege der Klage in Anspruch genommen. Diese Klage hatte das Landgericht Kassel mit Urteil vom 1.7.1992 dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt; die dagegen gerichtete Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht Frankfurt zurückgewiesen.

Der Kläger meint, der Beklagte müsse ihn im Innenverhältnis nach dem Rechtsgedanken des § 426 BGB anteilig in Höhe der Hälfte von der Inanspruchnahme durch den Landeswohlfahrtsverband H. freistellen. Der Beklagte ist dem unter anderem mit der Begründung entgegengetreten, er habe unter Berücksichtigung seiner Aufwendungen und Leistungen in Wahrheit kein Geschenk erhalten, dessen Rückgabe von ihm verlangt werden könne. Seine Ausgaben überstiegen den Wert des Hausgrundstücks.

Das Landgericht hat die Klage des Klägers gegen seinen Bruder abgewiesen. Auf das dagegen gerichtete Rechtsmittel des Klägers hat das Berufungsgericht den Beklagten antragsgemäß zur Freistellung verurteilt. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision begehrt der Beklagte die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung. Die Revision hatte keinen Erfolg.

### *Aus den Gründen:*

I. (...)

II. Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, daß der Kläger von dem Beklagten Ausgleich entsprechend § 426 BGB verlangen kann. Zwischen den Parteien besteht eine gesamtschuldnerartige Beziehung, die einen solchen Ausgleichsanspruch auslöst.

1. Ebenso wie der Kläger haftet auch der Beklagte gegenüber seinen Eltern nach § 528 Abs. 1 BGB auf Rückgewähr der empfangenen Zuwendung.

a) Wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat und von der Revision auch nicht in Zweifel gezogen wird, hat der Beklagte das Grundstück jedenfalls zur Hälfte im Wege einer Schenkung im Sinne des § 516 BGB von seinen Eltern erhalten. Dabei kann dahinstehen, ob Gegenstand des notariellen Vertrages wegen der Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung eines Ausgleichs von 80.000,- DM an den Kläger eine gemischte Schenkung war oder ob diese Zahlungsverpflichtung – wie das Berufungsgericht meint – eine mit der Schenkung verbundene Auflage darstellt. Unbeschadet dieser genauen rechtlichen Einordnung handelt es sich in Höhe des diesen Betrag übersteigenden Werts des Hausgrundstücks um eine Zuwendung der Eltern des Beklagten an diesen, für die sie von ihm keine Gegenleistung erhalten haben und die – wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt hat – nach dem übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien insoweit auch als unentgeltliche Übertragung gedacht war.

An dieser Einordnung ändert das den Eltern vorbehaltene Wohnrecht an der Erdgeschoßwohnung im vorliegenden Fall nichts, da es nach den Feststellungen des Berufungsgerichts lediglich eine inhaltliche Beschränkung des übertragenen Rechts, nicht aber eine Gegenleistung des Beklagten für die Übertragung bildet.

b) Frei von Rechtsfehlern hat das Berufungsgericht auch im Verhältnis zum Beklagten die Voraussetzungen des § 518 Abs. 1 BGB bejaht. Nach seinen von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen leben die Eltern der Parteien in einem Pflegeheim. Die damit verbundenen Kosten, die ihren angemessenen Unterhaltsbedarf bestimmen, können sie aus

eigenen Mitteln nicht mehr bestreiten. Ihr Einkommen einschließlich der Einnahmen aus der Vermietung der Wohnung im Erdgeschoß des dem Beklagten zugewandten Hauses reichen dafür nicht aus, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt hat.

c) Diese nach den Zuwendungen eingetretene Notlage löste zugunsten der Eltern den Rückgewähranspruch nach § 528 Abs. 1 BGB aus, der sich jeweils gegen den Empfänger der unentgeltlichen Zuwendungen richtet. Dieser Anspruch ist begrenzt einerseits durch den Wert bzw. den Gegenstand der Zuwendung und andererseits durch den Unterhaltsbedarf des Schenkers (vgl. BGH, Urteil vom 17.1.1996 – IV ZR 184/94, NJW 1996, 987 = MDR 1996, 348 [= MittBayNot 1996, 192]).

Diesen Anspruch konnte der Landeswohlfahrtsverband auf sich überleiten, nachdem er den ungedeckten Teil der Kosten übernommen hatte (vgl. zur Übertragbarkeit im Wege der Überleitung nach § 90 BSHG, BGHZ 94, 141, 142; 96, 380, 381 u. 125, 283, 285; s.a. *Haarmann*, FamRZ 1996, 522; BVerwG, Urteil vom 25.6.1992 – 5 C 37.88, NJW 1992, 3312). Dabei war er – wie die Schenker – nicht gezwungen, jeden der zur Herausgabe Verpflichteten heranzuziehen; ebensowenig mußte er seine Inanspruchnahme auf einen der jeweils empfangenen Zuwendung entsprechenden Anteil beschränken. Nach § 528 Abs. 1 BGB haftet jeder der zur Herausgabe Verpflichteten in voller Höhe mit der Maßgabe, daß der Gläubiger die Leistung von allen lediglich einmal verlangen kann (BGH, Urteil vom 13.2.1991 – IV ZR 108/90, NJW 1991, 1824 = MDR 1991, 908).

d) Nach diesen Grundsätzen zur Herausgabe verpflichtet ist auch der Beklagte, der ebenso wie der Kläger Empfänger einer unentgeltlichen Zuwendung seiner Eltern ist.

Ohne Erfolg macht die Revision geltend, eine Haftung des Beklagten scheide hier wegen der zeitlichen Abfolge der Zuwendungsakte und deren jeweiligem Vollzug aus. Dabei kann dahinstehen, ob § 528 BGB trotz des Fehlens konkreter Zeitangaben als Ausdruck einer mit zunehmender Dauer erstarkenden Position des Schenkers verstanden werden kann, oder ob die Regelung lediglich den Empfänger früherer Zuwendungen vor den Nachteilen späterer, in größerer zeitlicher Nähe zum Eintritt der Bedürftigkeit vorgenommener Freigebigkeiten des Schenkers schützen will (vgl. dazu u. zum Stand der Diskussion *Heiter*, JR 1995, 313, 314 ff.). Die Vorschrift ordnet ihrem Inhalt nach die Rückabwicklung zeitlich unterschiedlicher Schenkungen bei Bedürftigkeit des Schenkers in einer umgekehrten zeitlichen Reihenfolge an. Die zuletzt erbrachte Schenkung wird – auch wegen ihrer größeren zeitlichen Nähe zu der eingetretenen Notlage – als erste zur Deckung des Bedarfs herangezogen. Erst wenn danach ein ungedeckter Bedarf verbleibt, kann zu dessen Befriedigung auf die zeitlich frühere zurückgegriffen werden.

Eine nach dieser Regelung gestaffelte Inanspruchnahme setzt daher Zuwendungen zu unterschiedlichen Zeitpunkten voraus. Unbeschadet der Frage, ob dabei jeweils der Abschluß des Verpflichtungsgeschäftes oder aber dessen Vollzug maßgeblich ist, liegt ein solcher Fall hier schon deshalb nicht vor, weil beide Schenkungen durch den gleichen notariellen Vertrag als Bestandteile eines einheitlichen und gleichzeitigen Rechtsgeschäftes zur vorweggenommenen Regelung der Erbfolge vorgenommen wurden. Eine auch für den Anwendungsbereich des § 528 BGB relevante Aufspaltung nach den Zufälligkeiten der späteren Vertragsabwicklung wäre mit der Natur dieses einheitlichen Rechtsgeschäftes und mit dem erkennbaren Willen der Beteiligten nicht zu vereinbaren.

Eine zeitliche Verschiebung der dem Kläger zugedachten Schenkung läßt sich insbesondere nicht daraus ableiten, daß die Ausgleichszahlung des Beklagten an ihn erst nach 6 Wochen fällig sein sollte. Unabhängig von dieser Bestimmung des Übertragungsvertrages hat der Kläger mit dessen Abschluß die Schenkung bereits in Form einer – betagten – Forderung gegen den Beklagten erhalten. Im Verhältnis zu den Schenkern war die Zuwendung damit endgültig bewirkt; sie hatten nichts mehr zu veranlassen und konnten sie – von gesetzlich geregelten Sonderfällen abgesehen – auch nicht mehr rückgängig machen.

e) Eine Haftung des Beklagten auf den Notbedarf seiner Eltern entfällt auch nicht deshalb, weil er – wie die Revision geltend macht – vom Landeswohlfahrtsverband nicht in Anspruch genommen worden ist. Von einer solchen Inanspruchnahme hängt schon nach dem Wortlaut des § 528 Abs. 1 BGB das Entstehen des dort geregelten Anspruchs nicht ab. Seine Begründung ist entgegen der Auffassung der Revision auch nicht in das Belieben des Schenkers gestellt. Zwar kann dieser sich einschränken und auf diese Weise durch eine Reduzierung seines Bedarfs dafür sorgen, daß dem Beschenkten das Geschenk verbleibt. Hat er jedoch Hilfe in Anspruch genommen und sich nicht im Interesse des Beschenkten mit einem unangemessen niedrigen Unterhalt zufriedengegeben bzw. – wie bei der infolge des Eintritts einer Pflegebedürftigkeit nicht zu vermeidenden Aufnahme in ein Pflegeheim – damit nicht zufriedengeben können, sind die Voraussetzungen des § 528 BGB gegeben und der Anspruch entstanden. Dessen Zweck ist unter anderem, eine Inanspruchnahme der Allgemeinheit für den Notbedarf des Schenkers zu verhindern. Auch diese Zweckbestimmung schließt aus, seine Entstehung vom Willen des Schenkers abhängig zu machen. Bestätigt wird dies durch die Möglichkeit der Überleitung des Anspruchs aus § 528 Abs. 1 BGB nach § 90 BSHG, die in einem dem Sinn der Vorschrift zuwiderlaufenden Maße beschränkt würde, hinge die Entstehung des überleiteten Anspruchs vom Willen des Schenkers ab. Damit fehlt zugleich eine Grundlage für die Annahme, die Begründung des Rückforderungsanspruchs könnte an einen Akt des Trägers der Sozialhilfe gebunden sein, zumal nichts dafür zu erkennen ist, daß diesem nach dem Willen des Gesetzgebers ein weitergehender Einfluß auf die Entstehung des Rechts eingeräumt werden sollte als dem Schenker.

2. Damit liegen die Voraussetzungen einer gesamtschuldnerischen Haftung der Parteien im Außenverhältnis vor (so auch im Ergebnis für das interne Verhältnis unter mehreren Beschenkten *Heiter*, JR 1995, 313, 317 m.w.N.). Diese ist nach § 421 BGB gekennzeichnet dadurch, daß der Gläubiger von jedem Schuldner die volle Leistung verlangen kann, die zu ihrer Erbringung Verpflichteten sie insgesamt jedoch nur einmal erbringen müssen.

a) Das ist hier wegen der Verpflichtung sowohl des Klägers als auch des Beklagten nach § 528 BGB auf Rückgewähr der Fall. Im Außenverhältnis zum Beschenkten haften sie jeweils nicht nur anteilig auf Rückgewähr des Empfangenen, sondern jeweils für sich bis zur Obergrenze des angemessenen Unterhaltsbedarfs des § 528 Abs. 1 BGB (BGH, Urteil vom 13.2.1991 – IV ZR 108/90, NJW 1991, 1824 = MDR 1991, 908). Aus dieser beiderseitigen Haftung auf den Gesamtbedarf ergibt sich zugleich die – für die Annahme einer Gesamtschuld im Sinne des § 421 BGB wesentliche – Gleichstufigkeit (vgl. dazu BGH, Urteil vom 24.9.1992 – IX ZR 195/91, MDR 1993, 292 [= MittBayNot 1993, 9]); Urteil vom 20.12.1990 – IX ZR 268/89, WM 1991, 399 = MDR 1991, 849) ihrer Verbindlichkeit.

b) Soweit die Revision meint, eine gesamtschuldnerische Verbindung zwischen den Parteien scheide hier wegen unterschiedlichen Inhalts der beiderseitigen Verpflichtungen aus, verkennt sie zum einen die Voraussetzungen einer Gesamtschuld, die eine inhaltlich identische Verpflichtung der Schuldner nicht zwingend voraussetzt. Zum anderen liegt hier bei beiden zur Rückgewähr verpflichteten Zuwendungsempfängern eine ihrem Inhalt nach gleichartige Schuld vor. Der Beklagte schuldet seinen Eltern ebenso wie der Kläger die Zahlung einer Geldrente in Höhe des ungedeckten Notbedarfs, die bei beiden lediglich der Höhe nach durch den Wert des empfangenen Geschenks begrenzt ist.

Der Herausgabeanspruch nach § 528 Abs. 1 BGB ist einerseits durch den Wert der empfangenen Leistung, andererseits durch den jeweiligen Bedarf des verarmten Schenkers begrenzt. Das hat zur Folge, daß dieser Anspruch, wenn ein fortlaufender Unterhaltsbedarf zu decken ist, auf wiederkehrende (Geld-)Leistungen des Beschenkten in einer dem angemessenen Bedarf entsprechenden Höhe bis zur Erschöpfung des Gegenstandes der Schenkung gerichtet ist (BGH, Urteil vom 17.1.1996 – IV ZR 184/94, NJW 1996, 987 = MDR 1996, 348 – FamRZ 1996, 483 [= MittBayNot 1996, 192]); vgl. a. BVerwG, Urteil vom 25.6.1992 – 5 C 37.88, NJW 1992, 3312). Für die Anwendung der Ersetzungsbefugnis nach § 528 Abs. 1 Satz 2 BGB bleibt dann kein Raum mehr. Aus der Vorschrift folgt vielmehr unmittelbar ein Anspruch auf Zahlung einer Geldrente.

Eine unzumutbare Belastung des Empfängers einer Schenkung enthält diese Konkretisierung seiner Herausgabepflicht auch dann nicht, wenn er den Gegenstand der Zuwendung zur Erfüllung der Verpflichtung aus § 528 Abs. 1 BGB veräußern muß. Die Notwendigkeit einer solchen Veräußerung geht über die nach § 528 Abs. 1 BGB geschuldete Rückgewähr nicht hinaus; in beiden Fällen wird ihm der Gegenstand der Zuwendung wieder entzogen, wobei ihm bei einer Veräußerung ein etwaiger Überschuß unmittelbar verbleibt. Bleibt der bei einem Verkauf erzielte Erlös hinter dem Wert des Gegenstandes zurück, entfällt in diesem Umfang auf seiner Seite die Bereicherung mit der Folge, daß sich seine Herausgabepflicht entsprechend verringert.

c) Entgegen der Auffassung der Revision scheidet die Annahme einer Gesamtschuld hier auch nicht an einer gebotenen vorrangigen Inanspruchnahme des Empfängers einer Geldzuwendung. Für einen solchen Vorrang ist dem Gesetz nichts zu entnehmen. Zwar ist der Revision zuzugeben, daß nach Sinn und Zweck des § 528 BGB, den Schenker vor Not zu schützen, in der Regel der einfachste und schnellste Weg gewählt werden sollte. Daraus läßt sich jedoch nicht ableiten, daß die Rückabwicklung in erster Linie Geldgeschenke betrifft und andere wegen möglicher Schwierigkeiten bei der Bewertung des zugewendeten Objekts unberücksichtigt bleiben oder allenfalls nachrangige Berücksichtigung finden können. Das Gesetz geht vielmehr von der grundsätzlichen Gleichwertigkeit der zu einem Zeitpunkt vorgenommenen unentgeltlichen Zuwendungen aus, die alle in gleichem Maße zur Deckung des jetzt aufgetretenen Notbedarfs herangezogen werden sollen.

d) Daß es dem Gläubiger des Anspruchs aus § 528 Abs. 1 BGB freisteht, welchen von mehreren Beschenkten er zunächst in Anspruch nimmt, steht entgegen der Auffassung der Revision einer Gesamtschuld ebenfalls nicht entgegen. Eine Befugnis des Gläubigers zur Auswahl unter den Schuldnern ist, wie sich aus § 421 BGB ergibt, für die Gesamtschuld typisch. Bei ihr kann er sowohl einen Schuldner auf die

gesamte Leistung in Anspruch nehmen, als alle jeweils in unterschiedlicher oder gleicher Höhe heranziehen. Ihm ist lediglich verwehrt, von allen zusammen mehr zu fordern, als ihm zusteht.

Keine Grundlage bietet das Gesetz demgegenüber für die Auffassung der Revision, nach der Ausübung des Wahlrechts durch den Gläubiger in Form der Inanspruchnahme eines Schuldners könnten die übrigen wegen der Regelung des § 528 Abs. 2 BGB intern zum Ausgleich nicht herangezogen werden. Die Vorschrift betrifft allein die Beziehung zwischen dem Schenker und zu unterschiedlichen Zeiten beschenkten Personen. Bei diesen legt sie die Reihenfolge der Inanspruchnahme fest, die weder dem Belieben des Schenkers oder seines Rechtsnachfolgers überlassen wird, noch bei Schenkungen zu unterschiedlichen Zeitpunkten interne Ausgleichsansprüche unter den Bedachten zuläßt. Auf das Verhältnis gleichzeitig Beschenkter läßt sie sich nicht übertragen, weil hier eine dem § 528 Abs. 2 BGB entsprechende Festlegung der Rangfolge der Inanspruchnahme durch das Gesetz fehlt. Wird hier einer der Beschenkten auf volle Zahlung des Notbedarfs in Anspruch genommen, tilgt er damit zugleich ranggleiche Verpflichtungen der anderen Beschenkten.

e) Die besondere Regelung des § 528 Abs. 1 BGB und seine gesetzliche Ausgestaltung schließen entgegen der Auffassung der Revision einen Ausgleichsanspruch nicht aus. Einer ausdrücklichen Erwähnung des Gesamtschuldverhältnisses einschließlich des internen Ausgleichs bedurfte es insoweit nicht. Mangels abweichender Regelungen gelten bei mehreren zur Leistung Verpflichteten die §§ 421 ff. BGB. Erforderlich war eine Regelung nur in dem Umfang, in dem ein Gesamtschuldnerverhältnis einschließlich des damit verbundenen Ausgleichs ausgeschlossen werden sollte. Eine solche Regelung hat der Gesetzgeber in § 528 Abs. 2 BGB für die Rangfolge zu unterschiedlichen Zeitpunkten für beschenkte Personen getroffen. Diese Sonderregelung legt eher den Umkehrschluß nahe, daß bei gleichrangiger Haftung ein Gesamtschuldnerausgleich möglich sein soll.

f) Dem Berufungsgericht ist auch darin beizupflichten, daß sich nur bei einem Gesamtschuldnerausgleich unter mehreren gleichzeitig Bedachten sachgerechte Ergebnisse erzielen lassen. Die Befriedigung des gesamten Notbedarfs eines verarmten Schenkers durch einen von mehreren gleichzeitig Beschenkten tilgt auch die Verbindlichkeiten der übrigen im Verhältnis zum Schenker. Diese Befreiung der übrigen Schuldner von ihrer Verpflichtung verlangt nach der Interessenlage regelmäßig einen internen Ausgleich. Bei einer gemeinsamen Verpflichtung im Außenverhältnis erscheint es grundsätzlich nicht angemessen, daß einer der Schuldner die mit der Befriedigung des Gläubigers verbundenen wirtschaftlichen Einbußen im Ergebnis allein lediglich deshalb trägt, weil er als erster zur Zahlung herangezogen worden ist. Das gilt um so mehr, als diese Inanspruchnahme weitgehend vom Zufall und Belieben des Gläubigers abhängt. Zur Vermeidung dieses dem Gerechtigkeitsideal widersprechenden Ergebnisses ordnet § 426 BGB einen den Haftungsanteilen mehrerer Schuldner entsprechenden internen Ausgleich an, der sich bei Fehlen sonstiger Verteilungsregelungen in Form einer gleichmäßigen Belastung aller Verpflichteten äußert. Für die Haftung nach § 528 Abs. 1 BGB gilt, soweit nicht Sonderregelungen wie § 528 Abs. 2 BGB eingreifen, nichts anderes. Das hat bereits das Berufungsgericht zutreffend dargelegt.

Bei den gegen diese Würdigung gerichteten Rügen verkennt die Revision, daß es nach dem Grundsatz der Privatautonomie zwar im Belieben des Schenkers steht, wem er ihm gehörende

Gegenstände zuwendet und ob dies überhaupt geschieht. Da das Gesetz die Entstehung des Rückgewähranspruchs nicht an eine Entscheidung des Schenkers, sondern an den objektiven Eintritt des Notbedarfs knüpft, kann ihm nicht überlassen bleiben, wer im Ergebnis die wirtschaftlichen Nachteile eines Notbedarfs tragen soll. Greift § 528 BGB ein, nimmt das Gesetz einer Schenkung die schuldrechtlichen Wirkungen, indem es den Beschenkten zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet, so als habe er dieses ohne Rechtsgrund erhalten (BGH, Urteil vom 13.2.1991 – IV ZR 108/90, NJW 1991, 1824 = MDR 1991, 908). Das läßt es nicht zu, die Rangfolge der Heranziehung in sein Belieben zu stellen. Mit dem Abschluß der jeweiligen Schenkungsverträge bzw. deren Vollzug hat der Schenker die Verpflichtung zur Übertragung der Zuwendung übernommen und diese mit deren Vollzug aus seinem Vermögen in das des Beschenkten übergeleitet. Von beiden kann er sich nur unter den im Gesetz genannten engen Voraussetzungen lösen. Dazu gehört eine Aufhebung des Vertrages nach seinem Belieben nicht. Auch insoweit kann aus dem Fehlen einer § 528 Abs. 2 BGB entsprechenden Regelung nichts anderes hergeleitet werden. Der Festlegung einer Rangordnung der Inanspruchnahme bedurfte es nur, soweit mehrere Beschenkte nicht gleichmäßig zur Deckung des Unterhaltsbedarfs eintreten sollten. Sie ist hingegen entbehrlich, wenn alle im gleichen Umfang haften, da sich dann die notwendigen Regelungen für das Innenverhältnis der Schuldner untereinander bereits aus den §§ 421 ff. BGB ergeben.

Das Bestehen eines gesamtschuldnerischen Ausgleichsanspruchs wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, daß im Außenverhältnis nur der Rückforderungsanspruch gegen den Kläger auf den Landeswohlfahrtsverband übergeleitet worden ist, derjenige gegen den Beklagten aber zunächst noch bei den verarmten Schenkern verblieben ist. Der interne Ausgleichsanspruch ist ein Anspruch zwischen den Gesamtschuldnern und kann nicht durch nachträgliche Rechtsgeschäfte des Gläubigers oder seiner Rechtsnachfolger einseitig zu Lasten eines der Gesamtschuldner verändert werden (vgl. BGH, Urteil vom 11.6.1992 – IX ZR 161/91, NJW 1992, 2286 m.w.N. u. Urteil vom 28.9.1993 – III ZR 170/91, BGHR § 426 Abs. 1 S. 1 BGB – Ausgleichung 9 für den Fall der Entlassung von mehreren Gesamtschuldnern aus dem Haftungsverhältnis durch den Gläubiger; s. a. Urteil vom 20.12.1990 – IX ZR 268/89, WM 1991, 399 = MDR 1991, 849).

3. Bei dem damit gebotenen Gesamtschuldnerausgleich haften der Kläger und der Beklagte im Innenverhältnis zu gleichen Teilen. Gründe, die eine von der Zweifelsregelung des § 426 Abs. 1 BGB abweichende Verteilung der Haftung im Innenverhältnis gebieten könnten, hat das Berufungsgericht zutreffend verneint.

a) Auf einen unterschiedlichen Wert der ihnen zugewandten Gegenstände läßt sich eine solche Differenzierung nicht stützen. Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts betrug der Wert des Grundstücks bei dessen Übertragung auf den Beklagten etwa das Doppelte der dem Kläger zugewandten Geldsumme. Nach Zahlung des Ausgleichs haben beide Parteien damit in etwa wertmäßig das gleiche erhalten. Diese Verteilung hat nach den Feststellungen des Berufungsgerichts dem Willen der Schenker entsprochen.

b) Von der Ehefrau des Beklagten erbrachte Pflegeleistungen und Aufwendungen können im Rahmen des Gesamtschuldnerausgleichs mit der Folge der Verringerung seines Haftungsanteils nicht berücksichtigt werden. Sie hätten einem

Anspruch des Schenkers auf Ausgleich seines Notbedarfs durch Rückgewähr des Schenkungsgegenstandes nicht entgegengesetzt werden können. Damit scheiden sie hier zugleich als Grundlage für eine von der Zweifelsregelung des § 426 Abs. 1 BGB abweichende Haftungsverteilung aus.

Da § 528 Abs. 1 BGB den Schenkungen des verarmten Schenkers die schuldrechtliche Wirkung nimmt mit der Folge, daß der Beschenkte sie wie eine rechtsgrundlos empfangene Leistung herauszugeben hat, können dieser Verpflichtung nur solche Aufwendungen entgegengehalten werden, die auch sonst bei einem Bereicherungsausgleich zu berücksichtigen wären.

Dazu gehören die geltend gemachten Aufwendungen nicht. Daß es sich insoweit im Synallagma zu der Zuwendung stehende Ausgaben handelt, die über einen Saldenausgleich unmittelbar zu einer Reduzierung des Herausgabeanspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung führen könnten, wird nicht geltend gemacht und ist auch nicht ersichtlich. Auch die Revision führt nicht aus, daß diese Aufwendungen die im notariellen Vertrag vereinbarte Gegenleistung für die Übertragung des Grundstücks gewesen sind. Das Berufungsgericht hat eine solche Wechselbeziehung verneint. Mit seiner Einordnung des Vertrages als Schenkung wäre das unvereinbar. Dieser Vertragsauslegung ist die Revision nicht entgegengetreten.

c) Dem Ausgleichsverlangen des Klägers kann der Beklagte auch nicht mit Erfolg entgegengehalten, daß bei dessen Erfüllung das mit der Schenkung verfolgte Anliegen der Eltern nicht mehr gewahrt werden könnte, das Hausgrundstück im Besitz der Familie zu halten. Zu Recht weist die Revisionsurwidmung darauf hin, daß dieses Ziel bei einer Inanspruchnahme nach § 528 Abs. 1 BGB keine Berücksichtigung finden kann. Da der Beschenkte nach dieser Vorschrift so behandelt wird, als habe er den Gegenstand der Zuwendung ohne Rechtsgrund erhalten, unterliegt dieser bis zur Befriedigung des Unterhaltsbedarfs des Schenkers wirtschaftlich wieder dessen Zugriff. Aus ihm oder seiner Verwertung soll dieser Unterhaltsbedarf so gedeckt werden, als sei der Gegenstand der Zuwendung noch in der Verfügungsgewalt des Schenkers. Dem kann der Beschenkte nur durch eine Zahlung in Höhe des auf ihn entfallenden Unterhaltsanteils entgegen. Ist er hierzu nicht in der Lage, muß das Objekt der Zuwendung gegebenenfalls verwertet werden.

d) Der Kläger handelt auch nicht arglistig, wenn er trotz der ihm bekannten Zielsetzung seiner Eltern Ausgleichsansprüche gegen seinen Bruder geltend macht und damit den Verbleib des Grundstücks im Familienbesitz zumindest gefährdet.

Auch wenn dem Kläger der Wunsch seiner Eltern bekannt war und er diesen durch die Entgegennahme der Zuwendung akzeptiert hat, kann ihm ein Verstoß gegen Treu und Glauben nicht schon deshalb vorgeworfen werden, weil er nicht bereit ist, die durch den erhöhten Bedarf seiner Eltern entstandenen zusätzlichen Kosten allein zu tragen und so seinem Bruder den ungestörten Genuß der ihm zugewandten Schenkung zu erhalten.

2. BGB § 249 Satz 1 (*Anspruch auf Rückgängigmachung eines Vertrages aus c.i.c.*)

- 1. Die Rückgängigmachung eines Vertrages unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluß setzt einen Vermögensschaden voraus.**
- 2. Ein Vermögensschaden tritt nicht automatisch mit der Eingehung des Vertrages ein, sondern bedingt, daß der Vertragsschluß für den Betroffenen unter Berücksichtigung der für die Schadensfeststellung allgemein anerkannten Grundsätze wirtschaftlich nachteilig gewesen ist.**

BGH, Urteil vom 26.9.1997 – V ZR 29/96 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH

*Aus dem Tatbestand:*

Mit notariellem Vertrag vom 28.4.1989 erwarben die Kläger im Treuhandmodell von der Beklagten eine Eigentumswohnung in L. für 76.837 DM. Zur Finanzierung des Kaufpreises sowie der Nebenkosten nahmen sie bei der Bank ein Darlehen über 100.000 DM auf, das über eine Lebensversicherung, die die Kläger ebenfalls abschlossen, getilgt werden soll.

Geworben wurden die Kläger für das Vertragswerk von dem Zeugen C., der seinerzeit Mitarbeiter einer inzwischen illiquide gewordenen Firma W. Marktforschung GmbH war, über die die Beklagte ihre Objekte vermarktete.

Die Kläger verlangen Freistellung von den Verpflichtungen aus dem Kreditvertrag, Zug um Zug gegen lastenfreie Rückübertragung der Eigentumswohnung, sowie die Feststellung, daß die Beklagte ihnen den Schaden ab 1.1.1993 zu ersetzen haben, der im Zusammenhang mit dem Kauf der Eigentumswohnung steht. Sie haben dazu behauptet, der Zeuge C. habe ihnen versichert, der Kauf sei für sie ohne jede finanzielle Belastung, da die Kosten durch Mieteinnahmen und Steuervorteile gedeckt wurden. Tatsächlich hätten sie jedoch jährliche Unkosten von mindestens 2.112 DM.

Land- und Oberlandesgericht haben der Klage stattgegeben. Die Revision führte zur Bestätigung des Feststellungsurteils, zum Erlaß eines Grundurteils hinsichtlich des Freistellungsanspruchs und im übrigen zur Aufhebung und Zurückverweisung.

*Aus den Gründen:*

I. Das Berufungsgericht hält die geltend gemachten Ansprüche unter dem Gesichtspunkt einer Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsschluß für begründet. Dies hält den Angriffen der Revision im wesentlichen stand.

II. 1. Das Berufungsgericht billigt die Auffassung des Landgerichts, daß nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme davon auszugehen sei, daß der Zeuge C. den Klägern „zugesichert“ habe, der Kauf der Eigentumswohnung sei für sie letztlich kostenlos, weil Zinsen und Tilgung durch Mieteinnahmen und Steuerersparnis ausgeglichen würden. Es erblickt hierin als Grundlage für die Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsschluß eine schuldhaft falsche Zusage, die sich die Beklagte nach § 278 BGB zurechnen lassen müsse.

Insoweit läßt die revisionsrechtliche Prüfung keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Beklagten erkennen.

a) Unbedenklich ist die Auffassung der Vorinstanzen, daß sich die Beklagte ein schuldhaftes Verhalten des Zeugen C. zurechnen lassen muß. Die Revision nimmt dies auch hin.

b) Die Schadensersatzhaftung nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo setzt zunächst eine Verletzung von Sorgfaltspflichten voraus, die sich aus der Aufnahme von Vertragsverhandlungen ergeben. Diese Voraussetzung ist hier gegeben.

aa) Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Zeuge C. – wie es im Urteil des Landgerichts anklingt, auf das das Berufungsgericht zur Begründung verweist – den Klägern Zusicherungen (§ 459 Abs. 2 BGB) oder vertraglich bindende „Zusagen“ gemacht hat. Es ist auch nicht – wie die Revision meint – ein „selbständiges Garantieverprechen“ erforderlich. Entscheidend ist vielmehr allein, daß der Zeuge objektiv unrichtige Angaben gemacht hat, die für den Kaufentschluß der Kläger von Bedeutung waren. Dieses Verhalten stellt entgegen der Auffassung der Revision unabhängig davon eine Verletzung vorvertraglicher Pflichten dar, ob die Firma W. Marktforschung GmbH aufgrund Beratungsvertrages zu einer wirtschaftlich umfassenden und objektiven Beratung verpflichtet war. Macht nämlich der Verkäufer oder eine Person, deren er sich zur Erfüllung seiner vorvertraglichen Pflichten bedient, Angaben, die für den Kaufentschluß des anderen Teils von Bedeutung sein können, so müssen diese Angaben richtig sein. Anderenfalls verletzt er Sorgfalts- und Aufklärungspflichten (vgl. Senat, BGHZ 74, 103, 110; BGH, WM 1988, 95, 96).

bb) Daß die Angaben des Zeugen C. über die mit dem Erwerb der Immobilie verbundenen Kosten unrichtig waren, hat das Berufungsgericht aufgrund der erstinstanzlich durchgeführten Beweisaufnahme für erwiesen erachtet. Es ist dabei davon ausgegangen, daß die Kläger – unabhängig von dem Streit der Parteien über die Schadensberechnung im einzelnen – nach Abzug von Mieteinnahmen und Steuerersparnis mindestens 200 DM monatlich zuzahlen mußten, um die Kosten des Erwerbs aufzubringen. Der Beweisaufnahme hat es – dem Landgericht folgend – entnommen, daß der Zeuge C. den Klägern demgegenüber den Kauf als kostenneutral dargestellt hat.

Die Feststellung über die monatliche Belastung greift die Revision nicht an. Gegen die Beweiswürdigung wendet sie sich insoweit, daß sie rügt, die Vorinstanzen hätten der Aussage des Zeugen C. nicht entnehmen dürfen, er habe den Klägern verbindlich zugesagt, der Kauf sei für sie angesichts der Mieteinnahmen und der Steuerersparnis kostenlos. Darauf kommt es indes nicht an. Anknüpfungspunkt für die Haftung aus culpa in contrahendo ist – wie dargelegt – nicht eine vertragliche Zusage, sondern eine schuldhaft Sorgfaltspflichtverletzung durch falsche Angaben zu den Auswirkungen des Vertrages. Insoweit wird das Beweisergebnis durch die Ausführungen der Revision nicht erschüttert.

c) Das Landgericht hat angenommen, daß dem Zeugen C. ein Verschulden zur Last fällt. Das ist im Ergebnis nicht zu beanstanden. Aufgrund der getroffenen Feststellungen ist allerdings davon auszugehen, daß dem Zeugen nicht lediglich Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist – wie das Landgericht gemeint hat –, sondern Vorsatz. Wer nämlich – wie hier der Zeuge – in Kenntnis der für die Berechnung wesentlichen Bezugsgrößen, und damit ohne Anhaltspunkt für den von ihm angepriesenen kostenlosen Erwerb, „ins Blaue hinein“ falsche Angaben macht, rechnet mit der Möglichkeit ihrer Unrichtigkeit und handelt bedingt vorsätzlich (vgl. BGHZ 63, 382, 388; Senat NJW 1981, 864, 865).

d) Soweit die Revision die Auffassung des Landgerichts bekämpft, die unrichtigen Angaben des Zeugen C. seien für den Kaufentschluß der Kläger kausal geworden, bleibt sie ebenfalls erfolglos.

Falsch ist schon ihr Ausgangspunkt, beweispflichtig für die Ursächlichkeit seien die Kläger. Nach feststehender Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist, wer vertragliche oder vorvertragliche Aufklärungspflichten verletzt, darlegungs-

und beweispflichtig dafür, daß der Schaden auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre, der Geschädigte also den Hinweis unbeachtet gelassen und auch bei wahrheitsgemäßen Tatsachenangaben den Vertrag so wie geschehen geschlossen hätte (vgl. BGH WM 1984, 221, 222; Senat WM 1988, 48, 50; BGHZ 111, 75, 81 f.; 124, 151, 159 f.). Diesen Beweis hat die Beklagte nicht geführt.

aa) Die Ursächlichkeit wäre zu verneinen, wenn die Kläger den – zutreffende Angaben enthaltenden – Prospekt über das Kaufobjekt ausgehändigt erhalten hätten. Dies ist nach der von dem Berufungsgericht geteilten Beweiswürdigung des Landgerichts nicht der Fall. Selbst wenn insoweit Zweifel verbleiben sollten, so hat die Beklagte jedenfalls nicht den Beweis des Gegenteils erbracht. Dies macht auch die Revision nicht geltend.

bb) Die Ursächlichkeit zwischen Pflichtverletzung und Vertragsschluß wird auch nicht dadurch beseitigt, daß die notarielle Urkunde vom 10.2.1989, in der die Kläger das Angebot zum Abschluß eines Treuhandvertrages und von Geschäftsbesorgungsverträgen abgegeben haben, folgenden Hinweis enthält: „Auch wurde darauf hingewiesen, daß nach überschlagener Rechnung die monatlichen Mieteinnahmen, nach Fertigstellung der Wohnung, die erforderlichen Finanzierungsaufwendungen bei Weitem nicht decken.“ Allerdings kann dieser deutlichen Warnung vor den Risiken des Geschäfts nicht deswegen die Erheblichkeit für die Entschließung der Kläger abgesprochen werden, weil diese – wie das Landgericht gemeint hat – als einfache Menschen kaum so flexibel gewesen seien, den einmal gefaßten Kaufentschluß angesichts des Hinweises noch einmal umzustoßen. Diese Auffassung, die sich zudem nicht auf konkrete Feststellungen zur Persönlichkeit der Kläger stützt, verkennt, daß die rechtsgeschäftlich maßgeblichen Erklärungen erst vor dem Notar abgegeben werden und daß die dem Notar auferlegte Belehrungspflicht (§ 17 BeurkG) gerade dazu dient, die Grundlagen für eine den eigenen Interessen Rechnung tragende Entscheidung zu schaffen, mögliche Irrtümer auszuräumen und Fehleinschätzungen zu vermeiden.

Der notarielle Hinweis ist allein jedoch nicht geeignet, die Ursächlichkeit zwischen Pflichtverletzung und Abgabe der zum Kauf führenden Erklärungen der Kläger zu beseitigen. Er hätte allerdings bei ihnen Zweifel wecken können, ob die Angaben des Zeugen C. sachlich richtig waren. Er stand diesen Angaben jedoch nicht generell entgegen, da er nur eine Beziehung zwischen Mieteinnahmen und Finanzierungsaufwand herstellte und auf eine deutliche Unterdeckung aufmerksam machte. Der Steuervorteil, den abzuschätzen der Notar keine Grundlagen hatte, bleibt hingegen außer Betracht. Nach den Angaben des Zeugen C. konnten die Kläger weiterhin der Annahme sein, „unter dem Strich“ bleibe jedenfalls keine Kostenbelastung. Das war zwar bei sorgfältiger Überlegung nicht sehr wahrscheinlich; daß die Kläger hiervon jedoch weiterhin ausgingen, ist nicht ausgeschlossen. Soweit die Revision anmerkt, den Klägern sei es gerade um eine Deckung der Zinsen durch die Mieteinnahmen gegangen, ist dies dem dazu angeführten Sachvortrag nicht zu entnehmen.

2. Zu Recht – wenn auch ohne Auswirkung auf das Endergebnis – merkt die Revision hingegen an, daß die Vorinstanzen sich nicht mit der Frage beschäftigt haben, ob den Klägern durch die schuldhafte Pflichtverletzung ein Schaden entstanden ist.

a) Die Kläger begehren die Rückgängigmachung des Vertrages unter dem Gesichtspunkt der Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsschluß. Sie machen damit einen Schadensersatzanspruch geltend mit der Rechtsfolge der Naturalrestitution (§ 249 BGB). Voraussetzung dafür ist das Vorliegen eines Vermögensschadens.

aa) Das Landgericht hat angenommen, die Kläger hätten angesichts ihres geringen Einkommens kein Interesse gehabt, sich zusätzliche Kosten aufzulasten. Ob damit bereits ein Vermögensschaden dargelegt ist, erscheint zweifelhaft. Zunächst einmal wird durch diese Feststellung belegt, daß die Kläger bei Kenntnis des wahren Sachverhalts von dem Vertragsschluß abgesehen hätten, daß also die Eingehung des Vertrages auf die unrichtigen Angaben des Zeugen C. zurückzuführen ist. Daraus folgt nicht mehr, als daß die Kläger den Vertrag unter pflichtwidriger Einwirkung auf ihre Entschließungsfreiheit eingegangen sind, was unter Umständen eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gerechtfertigt hätte (§ 123 BGB), was aber noch nicht besagt, daß den Klägern auch ein Vermögensschaden entstanden ist, der die Rechtsfolgen eines Schadensersatzanspruchs auslöst.

bb) Der Bundesgerichtshof geht allerdings – ebenso wie schon das Reichsgericht (RGZ 79, 194, 197) – in ständiger Rechtsprechung davon aus, daß der durch Irreführung oder mangelnde Aufklärung zum Abschluß eines Vertrages bestimmte Vertragspartner neben einer möglichen Anfechtung wegen arglistiger Täuschung auch die Rückgängigmachung des Vertrages unter den Voraussetzungen der culpa in contrahendo oder einer deliktsrechtlichen Anspruchsnorm verlangen kann. Einen Vorrang des Anfechtungsrechts vor einer auf Schadensersatz gerichteten Haftung verneint er. Das gilt auch dann, wenn im Einzelfall eine Anfechtung nicht in Betracht kommt, weil die Frist versäumt ist (§ 124 BGB) oder weil es an der Arglist fehlt (s. nur BGH NJW 1962, 1197; BGH NJW 1968, 986; BGH NJW 1969, 1625; Senat NJW 1974, 849; BGH NJW 1979, 1983). Diese Rechtsprechung ist in der Literatur zum Teil auf Kritik gestoßen. Es ist eingewandt worden, sie bedeute eine Aushöhlung des Anfechtungsrechts, da die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs – anders als die Anfechtung – weder von der Einhaltung kurzer Fristen, noch vom Vorliegen einer vorsätzlichen Pflichtverletzung abhängt (*Medicus*, JuS 1965, 209; *Liebs*, AcP 174, 26; *MünchKomm-BGB/Kramer*, 3. Aufl., § 123 Rdnr. 30 b m.w.N.; *Soergel/Wiedemann*, BGB, 12. Aufl., vor § 275 Rdnr. 199 m.w.N.). Der Bundesgerichtshof hat seine Auffassung zum einen damit begründet, daß Anfechtung und Schadensersatzanspruch unterschiedliche Rechtsfolgen hätten. Während die Anfechtung „dinglich“ wirke (gemeint ist nicht die – im Einzelfall fragwürdige – Erstreckung auf das Erfüllungsgeschäft, sondern die unmittelbare Nichtigkeit des Vertrages nach § 142 BGB), habe der Schadensersatzanspruch nur die Verpflichtung zur Rückgängigmachung zur Folge (BGH NJW 1962, 1197, 1198). Diesem Argument wird man entgegenhalten können, daß die Unterschiede eher konstruktiver Natur sind und die mit der Nichtigkeit verbundene Drittwirkung bei einer schuldrechtlichen Rückabwicklung über die Vorschrift des § 404 BGB erreicht wird (vgl. *Medicus*, JuS 1965, 209, 212). Zum anderen hat er aber auch auf die unterschiedlichen Voraussetzungen hingewiesen: Die Anfechtung schützt die freie Selbstbestimmung auf rechtsgeschäftlichem Gebiet gegen unerlaubte Mittel der Willensbeeinflussung, und zwar unabhängig vom Eintritt eines Schadens; die Rückgängigmachung nach c.i.c.-Grundsätzen oder aufgrund deliktsrechtlicher Normen verlangt auf der Tatbestandsseite den Eintritt eines Schadens (vgl. Senat NJW

1979, 1983, 1984; ebenso *Schubert*, AcP 168, 470, 504 ff., 505). Will man diese Unterschiede nicht verwischen und zudem die für Schadensersatzansprüche anerkannten Grundsätze aufgeben, so wird man an der Voraussetzung festhalten müssen, daß die Rückgängigmachung des Vertrages von einem durch die im Verhandlungsstadium begangene schuldhaftige Sorgfaltspflichtverletzung entstandenen Vermögensschaden abhängt.

b) aa) Ob ein Vermögensschaden vorliegt, beurteilt sich grundsätzlich nach der sog. Differenzhypothese, also nach einem Vergleich der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit derjenigen, die sich ohne jenes Ereignis ergeben hätte (vgl. Senat NJW 1981, 976; BGHZ (GSZ) 98, 212, 217, jeweils m.w.N.). Auf den konkreten Fall bezogen bedeutet dies, daß die Vermögenslage der Kläger zu vergleichen ist, und zwar die Gesamtvermögenslage (vgl. nur BGHZ 86, 128, 130 ff.; *Lange*, Schadensersatz, 2. Aufl., § 1 D), wie sie sich nach Abschluß der auf den Erwerb der Eigentumswohnung gerichteten Verträge darstellt, mit der Vermögenslage, wie sie sich ohne diese Verträge entwickelt hätte. Zu einem Schaden kommt man infolgedessen dann, wenn bei diesem Vergleich ein rechnerisches Minus verbleibt, wenn also der Vertragsschluß für die Kläger wirtschaftlich nachteilig gewesen ist. Das ist grundsätzlich dann der Fall, wenn die erworbene Eigentumswohnung den Kaufpreis nicht wert ist oder wenn trotz Werthaltigkeit des Kaufgegenstandes die mit dem Vertrag verbundenen Verpflichtungen und sonstigen Nachteile durch die Vorteile nicht ausgeglichen werden. Bei dieser Gegenüberstellung sind die Rechnungsposten allerdings, gemessen am Schutzzweck der Haftung und an der Ausgleichsfunktion des Schadensersatzes, wertend zu bestimmen (vgl. BGHZ (GSZ) 98, 212, 217 m.w.N.). Die Differenzhypothese hat sich einer normativen Kontrolle zu unterziehen, die sich einerseits an der jeweiligen Haftungsgrundlage, konkret also an dem sie ausfüllenden haftungsbegründenden Ereignis, und andererseits an der darauf beruhenden Vermögensminderung orientiert (vgl. BGHZ 99, 182, 196) und die dabei auch die Verkehrsanschauung berücksichtigt (vgl. BGHZ (GSZ) 98, 212, 213 ff., 223; *Soergel/Mertens*, BGB, 12. Aufl., vor § 249 Rdnr. 45; *Lange*, Schadensersatz, 2. Aufl., § 1 III 2).

bb) Es erscheint zweifelhaft, ob diese an sich anerkannten Grundsätze bei der Prüfung von Schadensersatzansprüchen mit dem Ziel der Vertragsrückabwicklung in der Vergangenheit stets angewendet worden sind. Neben Entscheidungen, in denen dies offensichtlich geschehen ist (vgl. Senat WM 1982, 428, 429; BGH WM 1988, 1685, 1688; BGH WM 1989, 681, 683 f.; BGH NJW 1991, 694, 695; BGHZ 115, 213, 221; s. auch OLG Stuttgart, WM 1987, 1260, 1262; OLG Köln, WM 1987, 1292, 1293), finden sich auch solche Urteile, in denen die Frage jedenfalls nicht zum Gegenstand der Erörterung gemacht worden ist (vgl. BGH NJW 1962, 1197; BGH NJW 1968, 986; BGHZ 69, 53; Senat NJW 1979, 1983; BGH, ZIP 1986, 984; BGH NJW-RR 1990, 229), mag auch im Einzelfall ein Vermögensschaden vorgelegen haben (etwa in den Fällen BGH NJW 1962, 1197; BGH NJW 1968, 986; vgl. auch Senat WM 1982, 428; BGH, WM 1985, 463). Ob angesichts dieses vielschichtigen Befundes zum Teil eine Rückabwicklung des Vertrages nach c.i.c.-Grundsätzen für möglich gehalten wird, auch ohne daß der durch Fehlinformationen veranlaßte Vertragsschluß wirtschaftlich nachteilig gewesen ist und damit zu einem Vermögensschaden geführt hat, läßt sich nicht sicher feststellen. Eine Begründung dafür fehlt jedenfalls. Der Senat hielt eine Verpflichtung zur Rückgängigmachung eines Vertrages unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei

Vertragsschluß ohne die nach allgemein anerkannten Grundsätzen getroffene Feststellung eines Vermögensschadens nicht für zulässig. Eine solche Lösung kann insbesondere auch nicht der Entscheidung des Reichsgerichts entnommen werden, auf der die dargestellte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes fußt (RGZ 97, 194, 197).

cc) Im konkreten Fall erlaubt der durch die Bezugnahme des Berufungsgerichts auf die Schriftsätze der Parteien unterbreitete Sachvortrag die Feststellung, daß den Klägern ein Vermögensschaden entstanden ist. Dazu lassen sich zwei Überlegungen anstellen.

Ist – was zwischen den Parteien streitig ist – der Kaufgegenstand den Kaufpreis wert, so kann ein Vermögensschaden schon darin liegen, daß der von dem schuldhaften Pflichtverstoß Betroffene in seinen konkreten Vermögensdispositionen beeinträchtigt ist. Der Schadensersatzanspruch dient dazu, den konkreten Nachteil des Geschädigten auszugleichen; der Schadensbegriff ist mithin im Ansatz subjektbezogen (vgl. *Lange*, a.a.O. § 1 III 2; *Soergel/Mertens*, BGB, 12. Aufl., vor § 249 Rdnr. 20 ff.). Wird jemand durch ein haftungsbegründendes Verhalten zum Abschluß eines Vertrages gebracht, den er sonst nicht geschlossen hätte, kann er auch bei objektiver Werthaltigkeit von Leistung und Gegenleistung dadurch einen Vermögensschaden erleiden, daß die Leistung für seine Zwecke nicht voll brauchbar ist (vgl. *Hagen*, Die Drittschadensliquidation im Wandel der Rechtsdogmatik, S. 165; *Lange*, a.a.O. § 1 III 2; *Staudinger/Medicus*, BGB, 12. Aufl., § 249 Rdnr. 9; in dieser Richtung z.B. BGH, NJW 1994, 663, 664). Insoweit besteht eine Vergleichbarkeit zur strafrechtlichen Bewertung solcher Konstellationen im Rahmen des Betrugstatbestandes (vgl. nur BGHSt 16, 321, 325 ff.). Die Bejahung eines Vermögensschadens unter diesem Aspekt setzt allerdings voraus, daß die durch den unerwünschten Vertrag erlangte Leistung nicht nur aus rein subjektiv willkürlicher Sicht als Schaden angesehen wird, sondern daß auch die Verkehrsanschauung bei Berücksichtigung der obwaltenden Umstände den Vertragsschluß als unvernünftig, den konkreten Vermögensinteressen nicht angemessen und damit als nachteilig ansieht.

Ein solcher Schaden kommt im konkreten Fall in Betracht, da für die Kläger angesichts ihrer beschränkten finanziellen Verhältnisse ein Immobilienerwerb, selbst wenn er – objektiv besehen – wirtschaftlich vernünftig gewesen sein sollte, subjektiv nur dann sinnvoll war, wenn sich dadurch keine nachhaltige Beeinträchtigung der sonstigen Lebensführung ergab. Ob der Sachvortrag der Parteien ausreicht, um unter diesem Gesichtspunkt einen Vermögensschaden zu bejahen, bedarf jedoch nicht der Entscheidung.

Ein Schaden ergibt sich nämlich schon aufgrund einer Gegenüberstellung der Vor- und Nachteile des eingegangenen Vertrages. Da Mietinnahmen und Steuerersparnis die Unkosten der Kläger – auch nach den von der Beklagten angestellten Berechnungen – nicht decken, führt die Gegenüberstellung nur dann nicht zu einem Vermögensschaden, wenn die nicht kompensierten Aufwendungen der Kläger durch eine Wertsteigerung der Eigentumswohnung aufgewogen werden und wenn ggf. dieser Vorteil – bei wertender Betrachtung (vgl. nur Senat, BGHZ 77, 151, 153 ff.; BGHZ 91, 206, 210) – auf Seiten der Kläger, und damit zugunsten der Beklagten, zu berücksichtigen ist. Dem Sachvortrag der hierfür darlegungs- und ggf. beweispflichtigen Beklagten (vgl. nur BGHZ 94, 195, 217 m.w.N.) kann nicht entnommen werden, daß eine die Unkosten ausgleichende Wertsteigerung in die Differenzberechnung einzustellen ist. Von einem Vermögensschaden der Kläger ist daher auszugehen.

III. Der Schadensersatzanspruch wird nicht durch ein mitwirkendes Verschulden der Kläger berührt (§ 254 Abs. 1 BGB).

Allerdings weist die Revision zu Recht darauf hin, daß die Kläger angesichts des deutlichen Hinweises auf eine mögliche Deckungslücke in dem Notarvertrag schuldhaft gegen eigene Belange verstoßen haben, indem sie diesem Hinweis nicht die nötige Beachtung geschenkt haben. Dies kann die Beklagte den Klägern jedoch nicht entgegenhalten. Bei einem Schadensersatzanspruch wegen Erteilung einer unrichtigen Auskunft kann sich der Schädiger nämlich in aller Regel nicht mit dem Einwand entlasten, der Geschädigte habe sich auf die Richtigkeit seiner Angaben nicht verlassen dürfen. Dies widerspräche dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB), der in § 254 BGB lediglich eine besondere Ausprägung erhalten hat (vgl. BGH WM 1965, 287, 288; BGH WM 1978, 946, 948; BGH NJW-RR 1988, 855, 856). Dies gilt vor allem dann, wenn – wie hier – die Beklagte (bedingt) vorsätzlich gehandelt hat, während den Klägern nur ein fahrlässiger Verstoß gegen eigene Belange zur Last fällt (vgl. BGHZ 98, 148, 158)

4. Nicht zu beanstanden ist, daß die Kläger den Anspruch auf die Befreiung von den Verbindlichkeiten aus dem zur Finanzierung des Erwerbs eingegangenen Kreditvertrag gerichtet haben. Der Senat kann die dahingehende Verurteilung jedoch nur dem Grunde nach bestätigen. Das Berufungsgericht hat nämlich nicht bedacht, daß die Kläger so zu stellen sind, als hätten sie den Vertrag nicht geschlossen. Das bedeutet u. a., daß die ihnen zugeflossenen Mieteinnahmen ebenso zu berücksichtigen sind wie die Steuervorteile, soweit diese ihnen trotz Rückabwicklung verbleiben. Wegen dieser Einzelheiten der Rückabwicklung ist daher der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Soweit das angefochtene Urteil die Feststellung einer weitergehenden Schadensersatzpflicht enthält, spielen diese Rückabwicklungsmodalitäten keine Rolle. Die Revision unterliegt daher insoweit der Zurückweisung.

---

3. BGB § 249 Satz 1 (*Unterlassene Aufklärung über Sozialbindung einer Wohnung begründet Schadensersatzanspruch*)

**Zum Vertrauensschaden des Käufers bei Unterbleiben der Aufklärung über die Sozialbindung der gekauften Wohnung und im Falle der unzutreffenden Angabe des Verkäufers, die Mieterträge und Steuerersparnisse machten die laufenden Unkosten der Finanzierung wett (im Anschluß an Senatsurteil vom 26.9.1997, V ZR 29/96, in diesem Heft S. 93).**

BGH, Urteil vom 19.12.1997 – V ZR 112/96 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH

*Aus dem Tatbestand:*

Die Beklagte (frühere Beklagte zu 1) war Eigentümerin einer Reihe renovierungsbedürftiger, damals der Sozialbindung unterliegender Wohnungen. Sie vertrieb diese Wohnungen in einem „Altbau-Sanierungsmodell“, für das sich der Ehemann der Klägerin durch ein an seinem Wohnort tätiges Unternehmen gewinnen ließ. Er schloß mit der früheren Beklagten zu 2 einen Treuhandvertrag und, vertreten durch diese, mit der Beklagten am 14.6.1989 einen Kaufvertrag über eine der Wohnungen ab. Den Kaufpreis, den Sanierungsaufwand und die durch das „Modell“ verursachten Unkosten finanzierte er mit Fremdmitteln. Er nahm hierzu ein Darlehen über 107.000 DM auf, das aus einer gleichzeitig abgeschlossenen Lebensversicherung getilgt werden sollte.

Die Klägerin verlangt aus abgetretenem Recht ihres Ehemannes Schadensersatz. Sie hat vorgetragen, diesem sei die Sozialbindung, die zur Unverkäuflichkeit der Wohnung geführt habe, verschwiegen worden. Außerdem sei ihm vorgespiegelt worden, daß das Geschäft im Hinblick auf Mieteinnahmen und Steuerersparnisse „plus/minus null aufgehe“.

Die Klägerin hat beantragt, den Beklagten und die frühere Beklagte zu 2 gesamtschuldnerisch zur Zahlung von 107.000 DM nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückübertragung des Wohnungseigentums zu verurteilen sowie deren Verpflichtung festzustellen, jeden darüber hinausgehenden Schaden zu ersetzen. Das Landgericht hat die Beklagte (im wesentlichen) antragsgemäß verurteilt und die Klage im übrigen abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision strebt die Beklagte die Abweisung auch des gegen sie gerichteten Anspruchs an. Das Rechtsmittel blieb ohne Erfolg.

*Aus den Gründen:*

I. Das Berufungsgericht stellt fest, das mit dem Vertrieb der Wohnungen beauftragte Unternehmen habe es schuldhaft unterlassen, den Ehemann der Klägerin auf die bestehende Mietpreisbindung hinzuweisen. Die Beklagte sei daher wegen Verschuldens bei Vertragsschluß verpflichtet, den Kaufvertrag rückgängig zu machen und entstandene Aufwendungen zu ersetzen. Ob die Mietpreisbindung noch bestehe, sei unerheblich. Es komme nur darauf an, daß das Vertrauen des Ehemanns beim Kaufabschluß enttäuscht und dieser durch die unvollständige Information zum Kauf bestimmt worden sei.

Dies hält der Revision im Ergebnis stand.

II. Das Berufungsgericht macht allerdings keine näheren Ausführungen zum Vorliegen eines Schadens.

1. Der Senat hat in seiner, erst nach Erlaß des Berufungsurteils verkündeten Entscheidung vom 26.9.1997 (V ZR 29/96, in diesem Heft S. 93) Anlaß gesehen, auf die unterschiedlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen von Willensmängeln und zum Schadensersatz verpflichtenden Verstößen gegen vorvertragliche Aufklärungspflichten hinzuweisen. Das Anfechtungsrecht des § 123 BGB, mit dem er sich zu befassen hatte, schützt die freie Selbstbestimmung auf rechtsgeschäftlichem Gebiet gegen unlautere Mittel der Willensbeeinflussung. Dieser Schutz, der in der Rechtsmacht besteht, die Nichtigkeit des Geschäfts herbeizuführen (§ 142 BGB), ist vom Eintritt eines Schadens unabhängig. Die Voraussetzungen, unter denen er gewährt wird (vorsätzliches Handeln des Erklärungsempfängers oder eines Dritten in Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis des Empfängers der Erklärung), würden unterlaufen, wenn bei der Rückgängigmachung des Vertrags unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens beim Vertragsschluß der Eintritt eines Schadens als Anspruchsvoraussetzung vernachlässigt würde. Dies entspricht, wie in dem Urteil vom 26.9.1997 im einzelnen dargelegt ist, schon immer der Rechtsprechung des Senats, war aber nicht stets deutlich hervorgetreten.

Die Überlegungen des Senats gelten in gleicher Weise für das Verhältnis der Anfechtung wegen Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Sache, nämlich der Sozialbindung der Wohnung, von der das Berufungsgericht für den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ausgeht (§ 119 Abs. 2 BGB), zum Schadensersatzanspruch wegen fahrlässigen Verschuldens beim Vertragsschluß. Allerdings läßt sich der Anfechtungstatbestand des § 119 Abs. 2 BGB, anders als die Täuschung oder Drohung unter den Voraussetzungen des § 123 Abs. 1 BGB, nicht als besonderer Fall des Verschuldens bei Vertragsschluß begreifen. Er knüpft nicht an einen Beitrag des Erklärungsempfängers zum Irrtum des Erklärenden an und macht, falls ein solcher doch vorliegt, Verschulden nicht

zur Bedingung; der Ursachenbeitrag des Erklärungsempfängers zum Irrtum des Anfechtungsberechtigten mildert allenfalls dessen Haftung (§ 122 Abs. 2 BGB). So gesehen besteht, anders als bei der Täuschung oder Drohung, nicht die Gefahr, daß der Anfechtungstatbestand durch einen Schadensersatzanspruch, der geringere Anforderungen an das Verschulden des Erklärungsempfängers stellt, unterlaufen wird. Andererseits kommt die Rückgängigmachung des Vertrags wegen Verschuldens bei Vertragsschluß auch in Fällen in Frage, in denen dem Irrenden die Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB versagt wird, weil Gegenstand seines Irrtums nicht eine Eigenschaft der Person oder Sache, sondern ein Beweggrund ist, dem das Gesetz die Anerkennung als Willensmangel verweigert. Träte beim vorvertraglichen Pflichtverstoß der Schaden als Anspruchsvoraussetzung zurück, würde diese Entscheidung teilweise revidiert, nämlich in den Fällen, in denen der Pflichtverstoß des Erklärungsempfängers beim Erklärenden einen Beweggrund betrifft, der nicht nach § 119 Abs. 2 BGB privilegiert ist. In den Fällen, in denen der Pflichtverstoß zugleich einen Irrtum nach § 119 Abs. 2 BGB begründet, würde der Irrende über einen Schadensersatzanspruch auf Rückgängigmachung des abgeschlossenen Vertrages der Notwendigkeit entgehen, die Anfechtung unverzüglich nach der Kenntnisnahme des Anfechtungsgrundes zu erklären (§ 121 Abs. 1 BGB). Denn diesem sind zeitliche Grenzen lediglich in den Vorschriften über die Verjährung gesetzt (vgl. Senat WM 1981, 309, 310).

2. Das Berufungsgericht befaßt sich mit einem Schaden des Ehemanns der Klägerin zwar unter dem Gesichtspunkt der durch die Mietpreisbindung bedingten Schwierigkeit, die gekaufte Wohnung weiterzuveräußern. Es läßt jedoch offen, ob ein darin liegender Schaden (nachstehend zu III 1), was die Beklagte bestreitet, bei Schluß der Berufungsverhandlung noch vorlag, und begnügt sich stattdessen mit der Erwägung, das enttäuschte Vertrauen des Ehemannes habe diesen zum Vertragsschluß bestimmt. Dies würde zur Begründung eines Schadensersatzanspruches nicht genügen.

III. Das Berufungsurteil kann jedenfalls aus anderen Gründen aufrechterhalten bleiben (§ 563 ZPO).

1. Richtig ist der Ansatzpunkt des Berufungsgerichts, daß die Sozialbindung, auch wenn die Wohnung, was die Beklagte unter Beweisanspruch behauptet, gleichwohl den Kaufpreis wert war, einen Schaden darstellt.

a) Beim Vergleich der Gesamtvermögenslage mit und ohne das haftungsbegründende Ereignis, der zur Ermittlung des Schadens erforderlich ist, kann die vom Käufer hingebene Geldleistung dem Verkehrswert der empfangenen Sache, d. h. dem Wert, den sie für alle dem maßgeblichen Verkehrskreis Angehörigen hat, gegenübergestellt werden. Dies ist aber nicht die einzige Vergleichsmöglichkeit. Der Käufer kann auch geltend machen, daß die empfangene Leistung gerade für seine Zwecke nicht oder nicht voll geeignet ist und der Vermögensvergleich deshalb zu seinem Nachteil ausfällt. (*Wird ausgeführt*).

b) Die Klägerin hat vorgetragen, ihr Ehemann habe die Eigentumswohnung ausschließlich als jederzeit wiederverkäufliche Vermögensanlage angeschafft. Das ist eine objektiv nachvollziehbare, vom Sicherungszweck der Aufklärungspflicht über die Sozialbindung erfaßte Verwendungsabsicht. Ihre Verfehlung stellt einen ersatzfähigen Schaden dar. Die summenmäßige Schadensermittlung wäre im Streitfall nicht erforderlich gewesen. Da der Ehemann, nach der Abtretung der Schadensersatzforderung die Klägerin, Anspruch auf Befreiung von dem abgeschlossenen Vertrag und auf Ersatz unnützer Aufwendungen erhebt (BGH, Urteil vom 8.12.1988,

VII ZR 83/88, BGHR BGB vor § 1/Verschulden bei Vertragsschluß, Vertrauensschaden 2), geht der erforderliche Minderwert der empfangenen Leistung (Erschwernisse beim Weiterverkauf) in der Gesamtabrechnung des Schadens auf.

2. a) Das Berufungsurteil stützt sich zwar unmittelbar auf die bei Vertragsschluß bestehende Sozialbindung der Wohnung, es hat in seine Feststellungen aber auch das Beweisergebnis der ersten Instanz zu dem weiteren Streitpunkt einbezogen, nämlich der Vorspiegelung, Mieterträge und Steuerersparnisse machten die laufenden Unkosten der Finanzierung wett. (*Wird ausgeführt*).

Mithin ist von der tatrichterlichen Feststellung auszugehen, daß dem Ehemann der Klägerin vorgespiegelt worden war, die laufenden Kosten der Finanzierung würden durch die Erträge und Steuerersparnisse wettgemacht.

b) Der Senat ist in seiner Entscheidung vom 26. 9.1997 (oben II 1) davon ausgegangen, daß dem Käufer in einem solchen Falle ein ersatzfähiger Vertrauensschaden entstanden ist, wenn sich laufende Aufwendungen, Erträge und Ersparnisse nicht ausgleichen und der entstandene Fehlbetrag auch nicht durch einen anderen Vermögensvorteil, etwa eine Wertsteigerung des erworbenen Objekts, wettgemacht ist. So liegen die Dinge hier: (*Wird ausgeführt*).

3. Entgegen der Auffassung der Revision liegt ein Mitverschulden des Geschädigten (§ 254 BGB) nicht vor.

Bei einem Schadensersatzanspruch wegen der Erteilung einer unrichtigen Auskunft kann sich der Schädiger nämlich in aller Regel nicht mit dem Einwand entlasten, der Geschädigte habe sich auf die Richtigkeit seiner Angaben nicht verlassen dürfen. Dies widerspräche dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB), der in § 254 BGB lediglich eine besondere Ausprägung erfahren hat (vgl. BGH, Urteil vom 7.1.1965, VII ZR 28/63, WM 1965, 287, 288; vom 1.12.1987, X ZR 36/86, NJW-RR 1988, 855, 856). Dies gilt vor allem dann, wenn, wie hier die Beklagte, der Schädiger für vorsätzliches Verschulden einzustehen hat und den Geschädigten allenfalls der Vorwurf trifft, die eigenen Belange fahrlässig außer acht gelassen zu haben (vgl. BGHZ 98, 148, 158).

4. GBO § 19; WEG §§ 3 Abs. 2, 7 Abs. 4 (*Deckendurchbruch ohne Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer*)

**Überträgt ein Wohnungseigentümer einen Teil seines Sondereigentums auf einen anderen, erfordert die Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch nicht deswegen die Bewilligung der übrigen Wohnungseigentümer und dinglich Berechtigten, weil die Abgeschlossenheit des um den hinzuerworbenen Raum vergrößerten Wohnungseigentums nur durch einen Durchbruch der im Gemeinschaftseigentum stehenden Decke hergestellt werden kann.**

BayObLG, Beschluß vom 15.1.1998 – 2 Z BR 30/97 = BayObLGZ 1998 Nr. 2 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG und Notar *Dr. Hans-Rainer Gebhard*, München

*Aus dem Tatbestand:*

Die Beteiligten sind die Wohnungseigentümer zweier Dachgeschoßwohnungen in einer Wohnanlage, die aus zwei Häusern mit insgesamt 24 Wohnungen besteht. Der Beteiligten zu 1 gehört die Wohnung Nr. 10. Zu dieser gehört auch das Sondereigentum an dem gesamten über dem Dachgeschoß liegenden Speicherraum des Hauses. Der Speicherraum ist nur vom Sondereigentum der Wohnung Nr. 10

über eine Treppe zu erreichen. Den Beteiligten zu 2 gehört die im selben Haus gelegene Wohnung Nr. 12. Mit notariellem Kaufvertrag vom 22.9.1994 erwarben sie von der Beteiligten zu 1 einen im beige-fügten Lageplan rot eingezeichneten Teil des zum Wohnungseigentum Nr. 10 gehörenden Speicherraums mit der Absicht, diesen durch eine Wendeltreppe mit ihrer darunterliegenden Wohnung Nr. 12 zu verbinden. Die Beteiligten zu 2 verbanden das Sondereigentum an dem erworbenen Teil des Speicherraums mit ihrem Miteigentumsanteil an der Wohnung Nr. 12. Die Miteigentumsanteile wurden nicht verändert. Die Beteiligten einigten sich über den Eigentumsübergang und erteilten dem Urkundsnotar Vollmacht zur Abgabe der Eintragungsbewilligung. Am 13.3.1996 erklärte der Urkundsnotar gegenüber dem Grundbuchamt, aufgrund der ihm erteilten Vollmacht bewillige er die Eintragung des Eigentumsübergangs und beantrage den gesamten Vollzug seiner Urkunde einschließlich der Pfandfreigabe. Er legte die Freigabeerklärung der Grundpfandrechtsgläubigerin des Wohnungseigentums Nr. 10 vor sowie die Änderungsbescheinigung der Landeshauptstadt München vom 25.1.1996 zu den Bescheinigungen vom 20.7.1978 und 10.5.1990, mit der die Wohnung Nr. 12 gemäß dem beiliegenden Aufteilungsplan als in sich abgeschlossen bescheinigt wurde. In diesem Aufteilungsplan ist der veräußerte Speicheranteil mit der Nr. 12 bezeichnet und rot umrandet; innerhalb des umrandeten Bereichs ist eine nach unten führende Treppe eingezeichnet. Im Aufteilungsplan für das Dachgeschoß ist in einem Zimmer der Wohnung Nr. 12 eine zum Speicher führende Treppe eingezeichnet.

Mit Zwischenverfügung vom 26.3.1996 hat das Grundbuchamt die Vorlage von Zustimmungserklärungen sämtlicher Wohnungseigentümer und dinglich Berechtigter an den Wohnungen verlangt, weil vom Einbau einer Treppe in der Wohnung Nr. 12 Gemeinschaftseigentum betroffen sei. Das Landgericht hat die Erinnerung/Beschwerde der Beteiligten durch Beschluß vom 9.12.1996 zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten, die Erfolg hatte.

#### Aus den Gründen:

1. (...)

2. a) Die Übertragung eines Teils des Sondereigentums von einem Wohnungseigentümer auf einen anderen ohne gleichzeitige Veränderung der Miteigentumsanteile ist ungeachtet der Bestimmung des § 6 Abs. 1 WEG möglich und bedarf grundsätzlich nicht der Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer. Erforderlich ist materiellrechtlich gemäß § 4 Abs. 1 und 2 WEG die Einigung der beteiligten Wohnungseigentümer in der Form der Auflassung (§ 925 Abs. 1 BGB) und wegen § 6 Abs. 2 WEG, §§ 877, 876 BGB die Zustimmung der an demjenigen Wohnungseigentum dinglich Berechtigten, dessen Sondereigentum verkleinert oder sonst nachteilig beeinträchtigt wird (vgl. BayObLGZ 1996, 149/154 [= MittBayNot 1996, 374] und 1984, 10/12 f. [= MittBayNot 1984, 86], jeweils m.w.N.). Für die Eintragung im Grundbuch ist gemäß § 19 GBO die Bewilligung des Eigentümers dieser Wohnung und der daran dinglich Berechtigten erforderlich. Wenn ein Sondereigentumsraum von einer abgeschlossenen Wohnung abgetrennt und einer anderen zugeordnet wird, ist außerdem wegen § 3 Abs. 2, § 7 Abs. 4 WEG grundsätzlich für beide betroffenen Wohnungen eine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung und regelmäßig ein neuer Aufteilungsplan vorzulegen (vgl. BayObLGZ 1997 Nr. 69; BayObLG NJW-RR 1994, 716 f. [= MittBayNot 1994, 224]).

b) Aus dem mit der Abgeschlossenheitsbescheinigung vorgelegten geänderten Aufteilungsplan ergibt sich, daß die Abgeschlossenheit des um den hinzuerworbenen Speicheranteil vergrößerten Sondereigentums der Wohnung Nr. 12 mittels einer durch einen Deckendurchbruch geführten Verbindungstreppe zwischen dem Speicherraum und der darunterliegenden Wohnung Nr. 12 hergestellt werden soll. Diese Maßnahme erfordert einen Eingriff in das Gemeinschaftseigentum, denn Geschoßdecken stehen zwingend im gemeinschaftlichen Eigentum (vgl. BayObLG NJW-RR 1994, 1169

und NJW-RR 1994, 82). Das Landgericht hält aus diesem Grund die Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer für erforderlich (so auch *Tasche* DNotZ 1972, 710/716; wohl auch *Streblow* MittRhNotK 1987, 141/148, differenzierend aber S. 152). Dem kann nicht gefolgt werden, weil die übrigen Wohnungseigentümer zwar tatsächlich, nicht aber rechtlich nachteilig betroffen sind.

Die Durchbrechung einer Geschoßdecke innerhalb des Sondereigentumsbereichs berührt weder die Abgrenzung zwischen Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum, noch wird dadurch das Gemeinschaftseigentum in seiner rechtlichen Ausgestaltung inhaltlich verändert. Die übrigen Wohnungseigentümer werden daher durch die Grundbucheintragung nicht im Sinn von § 19 GBO in ihrer dinglichen Rechtsstellung als Mitberechtigte am Gemeinschaftseigentum betroffen (vgl. *Haegele/Schöner/Stöber* Grundbuchrecht 11. Aufl. Rdnr. 2977a; *Kolb* MittRhNotK 1996, 254/255; *Röll* MittBayNot 1996, 275/276).

c) Die fehlende Zustimmung (Bewilligung) der übrigen Wohnungseigentümer und dinglich Berechtigten steht damit der beantragten Grundbucheintragung grundsätzlich nicht entgegen. An dieser wäre das Grundbuchamt nur gehindert, wenn feststände, daß dadurch das Grundbuch unrichtig würde. Denn daran dürfte das Grundbuchamt nicht mitwirken (vgl. *Demharter* GBO 22. Aufl. Anhang zu § 13 Rdnr. 29 m.w.N.). Dies ist aber hier nicht der Fall. Das Grundbuchamt hat nicht zu prüfen, ob die zur Herstellung der Abgeschlossenheit erforderlichen Baumaßnahmen tatsächlich durchgeführt worden sind oder werden (vgl. *Haegele/Schöner/Stöber* Rdnr. 2977a). Kann eine zur Verbindung der Sondereigentumsräume hergestellte bauliche Veränderung nicht durchgeführt oder muß sie nachträglich rückgängig gemacht werden, wird dadurch die rechtliche Zuordnung des Speicherraums zum Sondereigentum der Wohnung Nr. 12 nicht berührt, weil das Abgeschlossenheitsgebot des § 3 Abs. 2 WEG nur eine Sollvorschrift ist (vgl. BayObLGZ 1981, 332/336; OLG Köln NJW-RR 1994, 717).

Die Rechtslage ist vergleichbar der in dem häufig vorkommenden Fall, daß Wohnungseigentum durch Grundbucheintragung vor Errichtung des Gebäudes begründet wird; das Gesetz läßt dies ausdrücklich zu (§ 3 Abs. 1, § 8 Abs. 1 WEG). Auch in diesem Fall besteht die Möglichkeit, daß abweichend von den Plänen gebaut wird; in vielen Fällen geschieht dies auch. Dies berührt aber grundsätzlich nicht die rechtliche Ausgestaltung durch Teilungsvertrag oder -erklärung samt Aufteilungsplan und führt auch nicht zur Grundbuchunrichtigkeit (vgl. *Weitmauer* WEG 8. Aufl. § 3 Rdnr. 41 ff.).

d) Mögliche Unterlassungs- oder Beseitigungsansprüche in bezug auf den Deckendurchbruch (§ 22 Abs. 1, § 14 Nr. 1, § 15 Abs. 3 WEG, § 1004 Abs. 1 BGB; vgl. BayObLG NJW-RR 1992, 272/273 und 1994, 1169) berühren die durch die Grundbucheintragung geschaffene dingliche Rechtslage nicht. Andererseits schließt diese solche Ansprüche auch nicht aus. Die Grundbucheintragung betrifft und schützt nämlich ausschließlich rechtliche, nicht tatsächliche Verhältnisse, die allein Gegenstand solcher Ansprüche sein könnten (vgl. *Weitmauer* § 3 Rdnr. 37).

#### Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu den Beitrag von *Röll*, in diesem Heft S. 81.

5. BGB §§ 873, 877, 925; WEG §§ 4 Abs. 1 und 2, 5 Abs. 4, 10 Abs. 1 und 2 (*Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum; Umwandlung von Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum I*)

**1. Die Umwandlung eines Teileigentums in ein Wohnungseigentum oder umgekehrt bedarf der Mitwirkung aller Wohnungs- und Teileigentümer und der Eintragung in das Grundbuch; die Mitwirkung von Sondernachfolgern ist aber entbehrlich, wenn sie durch Vereinbarung oder vereinbarungseretzende Regelung im Sinne der § 5 Abs. 4, § 8 Abs. 2, § 10 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 WEG ausgeschlossen worden ist (Bestätigung von BayObLGZ 1989, 28 ff. [= MittBayNot 1989, 149 = DNotZ 1990, 42]; Abgrenzung zum Senatsbeschuß vom 13.1.1994, WuM 1994, 222 = WE 1995, 28).**

**2. Die vorweggenommene Zustimmung oder die Ermächtigung, Sondereigentum in gemeinschaftliches Eigentum umzuwandeln oder umgekehrt, kann nicht mit einer die Sondernachfolger bindenden Wirkung als „Inhalt des Sondereigentums“ vereinbart werden.**

BayObLG, Beschluß vom 24.7.1997 – 2 Z BR 49/97 = BayObLGZ 1997 Nr. 41 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG und Notar *Dr. Hartmut Schöner*, München

#### *Aus dem Tatbestand:*

Die Beteiligten sind als Miteigentümer eines Grundstücks zu Bruchteilen im Grundbuch eingetragen. Zu notarieller Urkunde vom 9.5.1996 teilten sie das Grundstück in 18 gemeinschaftliche Miteigentumsanteile, jeweils verbunden mit dem Sondereigentum an nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen, auf; nach dem in Bezug genommenen Aufteilungsplan sollen zwei Läden mit Lager- und anderen Nebenräumen (Nr. 1 und 2 im Erdgeschoß), fünf Büros mit Nebenräumen (Nr. 3 – 7 im Obergeschoß und Dachgeschoß) und 11 Keller (Nr. 8–18) gebildet werden. In Abschnitt IV der Teilungserklärung, den „Vereinbarungen nach § 10 Abs. 2 WEG (Gemeinschaftsordnung)“, deren Eintragung in das Grundbuch als Inhalt des Sondereigentums bewilligt und beantragt wird, ist unter anderem bestimmt:

#### „§ 1 Zweckbestimmung

In den Teileigentumseinheiten ist – vorbehaltlich etwa erforderlicher öffentlich-rechtlicher Genehmigungen – jede berufliche und gewerbliche Tätigkeit gestattet; mit den im Aufteilungsplan enthaltenen Bezeichnungen als Laden oder Büro ist somit keine Nutzungsvereinbarung verbunden. Die Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum ist – vorbehaltlich der öffentlich-rechtlichen Zulässigkeit – dem jeweiligen Eigentümer eines solchen Teileigentums gestattet; das Gleiche gilt umgekehrt für die Umwandlung von Wohnungs- in Teileigentum; insoweit ist mit der Bezeichnung als Wohnungs- bzw. Teileigentum nie eine Zweckbestimmung vereinbart.

...

#### § 4 Bauliche Veränderungen

...

Sondereigentümer sind berechtigt, ihre Sondereigentumseinheiten ohne Zustimmung der übrigen Eigentümer zu unterteilen; dies gilt auch, wenn und soweit durch solche Unterteilungen bisheriges Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum überführt wird (z.B. gemeinschaftlicher Vorraum vor den neuen Eingangstüren der Sondereigentumseinheiten).“

Das Grundbuchamt hat den Vollzugsantrag der Beteiligten mit Zwischenverfügung vom 5.7.1996 beanstandet. Es hält unter Hinweis auf den Senatsbeschuß vom 13.1.1994 (WuM 1994, 222 = WE 1995, 28) die Regelung in § 1 Satz 2 GO, daß dem jeweiligen Eigentümer die Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum sowie umgekehrt ohne Mitwirkung der übrigen Eigentümer gestattet und daß mit

der Bezeichnung als Wohnungs- oder Teileigentum nie eine Zweckbestimmung vereinbart sei, nicht für eintragungsfähig; das Gleiche gelte für die Ermächtigung in § 4 Abs. 2 Halbs. 2 GO zur Überführung von Sondereigentum in gemeinschaftliches Eigentum ohne Zustimmung der übrigen Eigentümer. Denn die in der Teilungserklärung getroffene Festlegung, daß ein Sondereigentum Wohnungs- oder Teileigentum sei, stelle einen notwendigen Teil des dinglichen Begründungsakts von Raumeigentum dar und sei damit einer Vereinbarung der Eigentümer im Sinne von § 10 Abs. 2, § 15 Abs. 1 WEG nicht zugänglich. Die Bestimmung könne auch nicht als Vollmacht, die alle Eigentümer dem jeweiligen Eigentümer einer bestimmten Einheit erteilen, eingetragen werden. Denn im Rahmen einer Gemeinschaftsordnung könnten nur Vollmachten für Angelegenheiten erteilt werden, die die Gemeinschaft selbst im Rahmen des § 10 Abs. 2 WEG regeln könne.

Zur Überführung von Sondereigentum in gemeinschaftliches Eigentum seien neben Abgeschlossenheitsbescheinigung und Aufteilungsplan die Einigung des betroffenen Eigentümers mit allen übrigen Eigentümern in der Form der Auflassung sowie die Zustimmung der dinglich Berechtigten an dem betroffenen Wohnungs- oder Teileigentum erforderlich. Die Umwandlung betreffe wiederum nicht das Verhältnis der Eigentümer untereinander und falle nicht unter § 10 Abs. 2 WEG. Ermächtigungen, die sich darauf bezögen, könnten gleichfalls nicht über § 5 Abs. 4, § 10 Abs. 2 WEG als Inhalt des Sondereigentums in das Grundbuch eingetragen werden.

Die Beteiligten haben gegen die Zwischenverfügung in diesen Punkten Erinnerung eingelegt, der Grundbuchrechtspflegerin und -richter nicht abgeholfen haben. Das Landgericht hat das Rechtsmittel zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

Das zulässige Rechtsmittel ist hinsichtlich der ersten Beanstandung begründet, hinsichtlich der zweiten Beanstandung jedoch nicht.

#### *Aus den Gründen:*

1. (...)

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält nur teilweise der rechtlichen Nachprüfung stand. Zu Recht verneinen die Vorinstanzen die Eintragungsfähigkeit von § 4 Abs. 2 Halbs. 2 GO; der Eintragung von § 1 Satz 2 GO steht jedoch kein rechtliches Hindernis im Wege.

a) Die in § 1 Satz 2 GO vorgesehene Regelung kann als Inhalt des Sondereigentums in die Teileigentumsgrundbücher eingetragen werden.

(1) Durch § 1 Satz 2 GO soll für jeden Eigentümer die Möglichkeit geschaffen werden, sein Teileigentum ohne Mitwirkung der übrigen Eigentümer in Wohnungseigentum umzuwandeln und umgekehrt; die Bestimmung wirkt wie eine Ermächtigung durch die übrigen Eigentümer und deren Rechtsnachfolger zur Umwandlung. Die Räume, an denen Sondereigentum begründet werden soll, sind in der Teilungserklärung als „nicht zu Wohnzwecken dienende Räume“, im Aufteilungsplan ergänzend als „Laden und Lagerraum“, „Büro“ (mit Nebenräumen) und „Keller“ bezeichnet. Bei den Bezeichnungen in der Teilungserklärung handelt es sich um die rechtsverbindliche Festlegung der Zweckbestimmung der einzelnen Einheiten (vgl. BayObLG WuM 1994, 222 f.); das Sondereigentum an Räumen (in Verbindung mit dem Miteigentumsanteil, zu dem es gehört) kann nach dem Wohnungseigentumsgesetz entweder als Wohnungseigentum (§ 1 Abs. 1 und 2 WEG) oder als Teileigentum (§ 1 Abs. 1 und 3 WEG) begründet werden. Geht das Gesetz somit von zwei in Betracht kommenden Formen des Raumeigentums aus, so unterscheiden sich diese jedoch nur in ihrer Zweckbestimmung, d. h. in der Art der zulässigen Nutzung.

(2) Durch die genannte Bestimmung der Gemeinschaftsordnung soll die materielle Änderung der Zweckbestimmung

ermöglicht werden. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats stellt die Umwandlung eines Teileigentums in Wohnungseigentum eine Inhaltsänderung des jeweiligen Sondereigentums aller Wohnungs- und Teileigentümer im Sinne von §§ 873, 877 BGB dar, die deren Mitwirkung und der Eintragung in das Grundbuch bedarf (BayObLGZ 1983, 79/84; 1989, 28/30 [= MittBayNot 1989, 149 = DNotZ 1990, 42]; BayObLG Rpfleger 1986, 177; MittBayNot 1991, 220; 1996, 208 f.; NJW-RR 1997, 586 f.; ebenso OLG Braunschweig MDR 1976, 1023; OLG Köln ZMR 1997, 376 f.). Das Erfordernis der Mitwirkung kann aber durch eine Regelung in der Teilungserklärung, die spätere Wohnungs- und Teileigentümer als Sondernachfolger von der Mitwirkung ausschließt, abbedungen werden (BayObLGZ 1989, 28/31 f. [= MittBayNot 1989, 149 = DNotZ 1990, 42]; BayObLG NJW-RR 1997, 586 f.; vgl. auch BayObLG MittBayNot 1996, 208 f.). Es gilt hier nichts anderes als für die Begründung von Sondernutzungsrechten ohne die Mitwirkung von Wohnungseigentümern, die von dem Mitgebrauch einer genau bestimmten gemeinschaftlichen Fläche, an der das Sondernutzungsrecht begründet werden soll, ausgeschlossen sind (vgl. BayObLGZ 1985, 124 ff. [= MittBayNot 1985, 745 = DNotZ 1986, 87]; 1985, 378 ff.). Durch die Entscheidung des Senats vom 13.1.1994 hat sich daran entgegen der Ansicht der Vorinstanzen nichts geändert.

(3) Der Senat hat die Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum und umgekehrt im Sinne einer materiellen Änderung der Zweckbestimmung in den zitierten Entscheidungen als Regelung mit Vereinbarungsscharakter gemäß § 10 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2, teilweise auch gemäß § 15 Abs. 1 WEG eingeordnet. In dem Senatsbeschluss vom 13.1.1994 (vgl. auch Senatsbeschluss vom 25.6.1997, 2Z BR 90/96 = BayObLGZ 1997, 191 [= MittBayNot 1997, 367]) ist ausgeführt, daß es sich bei der Festlegung als Teileigentum oder Wohnungseigentum nicht um eine Vereinbarung der Wohnungseigentümer untereinander im Sinne dieser Vorschriften handle, sondern um einen notwendigen Teil des dinglichen Akts zur Begründung von Teileigentum; dies ist auf die Kritik von *Weitnauer* (WE 1995, 158) und *Fr. Schmidt* (WE 1996, 212) gestoßen. Ob die Entscheidung vom 13.1.1994 in Widerspruch zu den zitierten früheren Entscheidungen oder zu den Entscheidungen vom 15.2.1996 (MittBayNot 1996, 208 = DNotZ 1996, 666 = WuM 1996, 357) und vom 28.11.1996 (NJW-RR 1997, 586) steht, kann hier auf sich beruhen. Denn entgegen der Ansicht der Vorinstanzen läßt sich dieser Entscheidung für die hier auf ihre Eintragungsfähigkeit zu überprüfende Regelung, ob die Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer bei einer späteren Umwandlung von Teil- in Wohnungseigentum und umgekehrt von vornherein in der Gemeinschaftsordnung abbedungen werden kann, nichts entnehmen. Auch in der Entscheidung vom 13.1.1994 ist ausgeführt, daß die Umwandlung von Wohnungseigentum in Teileigentum oder umgekehrt materiellrechtlich der Mitwirkung aller Wohnungs- und Teileigentümer nach den §§ 873, 877 BGB sowie der Eintragung in das Grundbuch bedarf; damit besteht in der Sache kein Unterschied zu Vereinbarungen im Sinne von § 10 Abs. 1 Satz 2 und § 15 Abs. 1 WEG, die als Inhalt des Sondereigentums (§ 10 Abs. 2 WEG) in das Grundbuch eingetragen sind oder eingetragen werden sollen. Auch hier wird die Erforderlichkeit der Mitwirkung aller Wohnungs- und Teileigentümer materiellrechtlich mit der (entsprechenden) Anwendung der §§ 873, 877 BGB begründet (BGHZ 91, 343/345 f. [= MittBayNot 1984, 129 = DNotZ 1984, 695]; BayObLGZ 1985, 124/127 [= MittBayNot 1985, 745 = DNotZ 1986, 87]). Es wäre damit sachlich nicht ge-

rechtfertigt, hier keine vorweggenommene Zustimmung oder Ermächtigung für die Umwandlung, die alle späteren Sondernachfolger bindet, zuzulassen. In welcher Form die Umwandlung vorzunehmen ist, ist in § 1 Satz 2 GO nicht geregelt. Anders wäre es dann, wenn die Umwandlung von Wohnungseigentum in Teileigentum und umgekehrt der Form des § 4 Abs. 1 und 2 WEG, § 925 Abs. 1 BGB bedürfte. Dies ist indes entgegen der Ansicht des Landgerichts nicht der Fall, da hier weder der Miteigentumsanteil noch die Grenzen von Sondereigentum und gemeinschaftlichem Eigentum verändert werden.

(4) Eintragungsfähig ist auch die Bestimmung, daß im Zusammenhang mit der Gestattung der Umwandlung von Teil- in Wohnungseigentum und umgekehrt „insoweit ... mit der Bezeichnung als Wohnungs- bzw. Teileigentum nie eine Zweckbestimmung vereinbart“ sei. Die Eintragungsfähigkeit dieser Klausel wäre freilich im Hinblick auf die Senatsentscheidung vom 13.1.1994 fraglich, wenn sie so auszulegen wäre, daß für die verschiedenen Einheiten überhaupt keine Zweckbestimmung oder Festlegung als Wohnungs- oder Teileigentum getroffen werden soll. Dieser Sinn kommt der Klausel, die der Senat selbständig auslegen kann (BGHZ 113, 374/378 f.), nicht zu. Sie ist vielmehr nur im Zusammenhang mit der ganzen in § 1 Satz 2 GO getroffenen Regelung zu sehen und bedeutet nicht, daß die Festlegung als Teileigentum oder Wohnungseigentum bei der Eintragung überhaupt entbehrlich sein soll. Eine Zweckbestimmung, die gleichzeitig ein Recht als Wohnungs- oder Teileigentum festlegt, kann auch anderen Bestimmungen der Teilungserklärung oder dem Aufteilungsplan entnommen werden (vgl. BayObLGZ 1982, 1/4 f.; BayObLG WE 1989, 109; *Weitnauer/Lüke* WEG 8. Aufl. § 15 Rdnr. 8). Hier liegt eine Zweckbestimmung jedenfalls in der Klausel, daß in den Teileigentumseinheiten jede berufliche und gewerbliche Tätigkeit gestattet ist.

b) Zu Recht haben die Vorinstanzen dagegen die Eintragungsfähigkeit von § 4 Abs. 2 GO verneint, soweit er die Überführung von Sondereigentum in gemeinschaftliches Eigentum ohne Zustimmung der übrigen Eigentümer, also auch der Sondernachfolger der Beteiligten, zulassen will. Denn diese Umwandlung fällt nicht in den Regelungsbereich des § 10 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 WEG, kann somit nicht mit Bindungswirkung gegenüber Sondernachfolgern in die Gemeinschaftsordnung aufgenommen und durch Eintragung in das Grundbuch zum Inhalt des Sondereigentums gemacht werden; dies ist indes mit der beanstandeten Regelung bezweckt.

(1) Zur Umwandlung von Sondereigentum in gemeinschaftliches Eigentum bedarf es gemäß § 4 Abs. 1 und 2 WEG der Einigung aller Wohnungs- und Teileigentümer in der Form der Auflassung (§ 925 Abs. 1 BGB) und der Eintragung in das Grundbuch (BayObLGZ 1987, 390/394; *KEHE/Ertl* GBR 4. Aufl. Einl. Rdnr. E 52; *Augustin* WEG § 5 Rdnr. 43; *Weitnauer* § 4 Rdnr. 3); gemeinschaftliches Eigentum kann niemandem „aufgedrängt“ werden (BayObLG a.a.O.). Da es sich beim Sondereigentum an Gebäudeteilen oder an Räumen um echtes Alleineigentum, beim gemeinschaftlichen Eigentum um Miteigentum aller Mitglieder der Gemeinschaft an Grundstück und wesentlichen Gebäudebestandteilen handelt (BGHZ 49, 250/251; *Weitnauer* Rdnr. 24 vor § 1), wäre zu der Umwandlung die Einigung aller Miteigentümer in Auflassungsform schon nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 873, 925 BGB erforderlich. Die Änderung der Aufteilung von gemeinschaftlichem Eigentum und Sondereigentum betrifft das Grundverhältnis der Mitglieder der Gemeinschaft und die sachenrechtliche Zuordnung der Flächen, Gebäude-

teile und Räume (BayObLGZ 1986, 444/446). Sie betrifft nicht das „Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander“ im Sinne von § 5 Abs. 4, § 10 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 WEG; dies ergibt sich auch aus der Gegenüberstellung von § 5 Abs. 4 und § 5 Abs. 3 WEG. Nach dieser Bestimmung können die Wohnungseigentümer (auch nachträglich) vereinbaren, daß Bestandteile des Gebäudes, die Gegenstand des Sondereigentums sein können, zum gemeinschaftlichem Eigentum gehören. Das Gesetz hebt eine solche Vereinbarung, für die auch die Formvorschrift des § 4 Abs. 1 und 2 WEG gilt (*Augustin* Rdnr. 33, *Niedenführ/Schulze* Rdnr. 22, *Soergel/Stürner* BGB 12. Aufl. Rdnr. 1d, jeweils zu § 5 WEG), klar von der Vereinbarung „über das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander“ im Sinne von § 5 Abs. 4, § 10 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 WEG ab. Rechtsgeschäfte, die Änderungen an gemeinschaftlichem und Sondereigentum betreffen, können somit nicht im Wege der Vereinbarung oder der einseitigen Erklärung mit Vereinbarungscharakter zum „Inhalt des Sondereigentums“ im Sinne dieser Vorschriften gemacht werden. Damit scheiden auch Ermächtigungen oder vorweggenommene Zustimmungen dazu aus (vgl. *Augustin* § 10 Rdnr. 27). Andernfalls würden die Grenzen zwischen der rein sachenrechtlichen Zuordnung und dem in den §§ 10 – 29 WEG geregelten Gemeinschaftsverhältnis einschließlich der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums, das seinem Wesen nach schuldrechtlicher Natur ist, auch wenn Bestimmungen darüber als „Inhalt des Sondereigentums“ in das Grundbuch eingetragen werden können (vgl. BayObLGZ 1991, 313/318 [= *MittBayNot* 1992, 50]; BayObLG WuM 1985, 234 f.; *Weitnauer/Lüke* Rdnr. 29 und 35, *Niedenführ/Schulze* WEG 4. Aufl. Rdnr. 16 und 17; jeweils zu § 10), in unzulässiger Weise überschritten werden. Auch die „Änderung der Miteigentumsquoten“ ist entgegen der Ansicht von *Niedenführ/Schulze* (§ 10 Rdnr. 25) einer Vereinbarung im Sinne von § 10 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 WEG nicht zugänglich (vgl. *Belz* Handbuch des Wohnungseigentums 3. Aufl. Rdnr. 39; OLG Stuttgart BWNNotZ 1986, 61).

(2) Ob man in der Umwandlung von Sondereigentum in gemeinschaftliches Eigentum oder umgekehrt eine „Inhaltsänderung des Miteigentums aller Wohnungseigentümer“ (so BayObLGZ 1974, 118/122) oder eine „Inhaltsänderung der derzeit bestehenden Wohnungseigentumsrechte“ (so BayObLGZ 1992, 40/42 [= *MittBayNot* 1992, 199 = DNotZ 1992, 426]; = *Rpfleger* 1992, 292) sieht, ist lediglich eine Frage der Terminologie. Entscheidend ist, daß diese Rechtsvorgänge unter die §§ 873, 925 BGB sowie § 4 Abs. 1 und 2 WEG fallen, nicht unter die §§ 10 – 29 WEG. Deshalb sind sie einer Vereinbarung mit der Ermächtigung oder vorweggenommenen Zustimmung, die auch die Sondernachfolger der beteiligten Eigentümer bindet, nicht zugänglich. Der abweichenden Meinung von *Rapp* (*Beck'sches* Notarhandbuch, 2. Aufl., Abschnitt A III Rdnr. 38 und 39 = S. 289 f.) und *Röll* (*WE* 1993, 16/18) vermag der Senat aus den genannten Gründen nicht zu folgen. Etwas anderes ergibt sich auch aus Entscheidungen des Senats, auf die sich die Beteiligten berufen, nicht. Es ging dort um die Begründung von Sondernutzungsrechten (z. B. BayObLGZ 1985, 124 ff. [= *MittBayNot* 1985, 745 = DNotZ 1986, 87]) oder die Erleichterung von baulichen Veränderungen, also um Angelegenheiten, die in den § 15 Abs. 1, § 22 Abs. 1 WEG geregelt sind. Das von den Beteiligten mit § 4 Abs. 2 Halbs. 2 GO erstrebte Ziel läßt sich häufig durch Vollmachten in den Veräußerungsverträgen und durch Eigentumsvormerkungen (vgl. BayObLGZ 1992, 40/43 [= *MittBayNot* 1992, 199 = DNotZ 1992, 426]) erreichen. Den von den Beteiligten gewählten Weg sieht der Senat aus

systematischen und dogmatischen Gründen als nicht gangbar, eine Bindung von Sondernachfolgern „mit dinglicher Wirkung“ rechtlich nicht für möglich an. Daran vermag auch ein praktisches Bedürfnis bei der „stufenweisen Begründung von Wohnungseigentum“ (vgl. dazu *Röll* a.a.O., 16/18; *Rapp* a.a.O.; *Fr. Schmidt* *MittBayNot* 1996, 30/33) nichts zu ändern.

#### Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu den Beitrag von *Rapp*, in diesem Heft S. 77

6. WEG § 10 Abs. 2; BGB § 873, 876, 877; GBO § 19 (*Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum II*)

1. **Die Umwandlung eines Teileigentums in Wohnungseigentum bedarf materiellrechtlich der Zustimmung aller Wohnungseigentümer und der nachteilig betroffenen dinglich Berechtigten. Grundbuchrechtlich ist deren Bewilligung erforderlich.**
2. **Das Zustimmungs- und Bewilligungserfordernis kann in der Teilungserklärung durch eine Regelung abbedungen werden, die die späteren Wohnungseigentümer und deren Sondernachfolger sowie die dinglich Berechtigten von der Mitwirkung ausschließt. Notwendig ist, daß diese Regelung als Inhalt des Sondereigentums in das Grundbuch eingetragen wird.**

BayObLG, Beschluß vom 27.11.1997 – 2Z BR 136/97 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

#### Aus dem Tatbestand:

Durch Teilungserklärung vom 8.7.1996 begründete der damalige Eigentümer des Grundstücks Flst. 150/18 an diesem Wohnungs- und Teileigentum. In Nr. XIV der Teilungserklärung ist bestimmt, daß bauliche Veränderungen nur mit schriftlicher Zustimmung des Verwalters vorgenommen werden dürfen und für den Wiederaufbau die gesetzlichen Bestimmungen gelten. Nr. XXIII der Teilungserklärung lautet wie folgt:

Die im Aufteilungsplan mit Nr. 11 bezeichnete Teileigentumseinheit soll ausgebaut und in Wohnungseigentum umgewandelt werden. Zum späteren Ausbau und zur Umwandlung in Wohnungseigentum ist keine Zustimmung der Miteigentümer und der dinglich Berechtigten erforderlich. ...

In Nr. XVIII der Teilungserklärung bewilligte und beantragte der teilende Grundstückseigentümer die Begründung von Wohnungs- und Teileigentum sowie die Bestimmungen gemäß Nr. VII bis XVII als Inhalt des Sondereigentums in das Grundbuch einzutragen. Die Wohnungs- und Teileigentumsgrundbücher wurden am 22.8.1996 angelegt; dabei wurde wegen des Inhalts des Sondereigentums auf die Teilungserklärung vom 8.7.1996 Bezug genommen. Am 9.10.1996 wurde als Eigentümer aller Wohnungs- und Teileigentumsrechte der Beteiligte zu 1 im Grundbuch eingetragen.

Die Beteiligten zu 2 sind seit 25.2.1997 als Eigentümer des als Dachboden bezeichneten Teileigentums Nr. 11 eingetragen.

Durch notarielle Urkunde vom 23.4.1997 haben die Beteiligten bewilligt und beantragt, das Teileigentum Nr. 11 in Wohnungseigentum umzuwandeln und im Grundbuch als Wohnung zu bezeichnen. In der Urkunde ist ausgeführt, gemäß Nr. XXIII der Teilungserklärung seien Zustimmungen der Miteigentümer und der dinglich Berechtigten nicht erforderlich. Das Grundbuchamt hat durch Zwischenverfügung vom 19.6.1997 den Eintragungsantrag beanstandet und unter ande-

rem die Vorlage von Zustimmungserklärungen sämtlicher Miteigentümer, des Berechtigten einer Auflassungsvormerkung und aller dinglich Berechtigten verlangt. Die Erinnerung/Beschwerde hiergegen hat das Landgericht durch Beschluß vom 11.8.1997 zurückgewiesen. Dagegen wenden sich die Beteiligten mit der weiteren Beschwerde.

Inzwischen hat das Grundbuchamt den Eintragungsantrag am 23.9.1997 zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde blieb erfolglos.

*Aus den Gründen:*

1. (...)

2. Die Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats stellt die Umwandlung eines Teileigentums in Wohnungseigentum eine Inhaltsänderung des jeweiligen Sondereigentums aller Wohnungs- und Teileigentümer im Sinn der §§ 873, 877 BGB dar. Außer der Eintragung in das Grundbuch bedarf die Umwandlung daher der Mitwirkung aller Wohnungs- und Teileigentümer und gemäß §§ 876, 877 BGB auch der nachteilig betroffenen dinglich Berechtigten. Das Erfordernis der Mitwirkung kann aber durch eine Erklärung in der Teilungserklärung, die die späteren Wohnungs- und Teileigentümer als Sondernachfolger von der Mitwirkung ausschließt, abbedungen werden. Dann ist weder die Mitwirkung der übrigen Wohnungs- und Teileigentümer erforderlich noch die der dinglich Berechtigten einschließlich der Berechtigten einer Auflassungsvormerkung. Dem materiellrechtlichen Mitwirkungserfordernis der übrigen Wohnungs- und Teileigentümer sowie der dinglich Berechtigten entspricht verfahrensrechtlich die Notwendigkeit ihrer Eintragungsbewilligung gemäß § 19 GBO (BayObLGZ 1997, 233 = MittRhNotK 1997, 360 mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen; *Demharter* GBO 22. Aufl. Anhang zu § 3 Rdnr. 67).

b) Durch die in Nr. XXIII der Teilungserklärung vom 8.7.1996 getroffene Bestimmung wurde die erforderliche Zustimmung der übrigen Wohnungs- und Teileigentümer sowie ihrer Rechtsnachfolger und damit auch der dinglich Berechtigten abbedungen. Die Erklärung wirkt aber nicht gegen die Sondernachfolger des teilenden Grundstückseigentümers als dem ursprünglichen Eigentümer aller Wohnungs- und Teileigentumsrechte, weil sie nicht als Inhalt des Sondereigentums in das Grundbuch eingetragen wurde (§ 10 Abs. 2 WEG).

Nach dem Wortlaut der Teilungserklärung vom 8.7.1996 wurde die in Nr. XXIII getroffene Regelung nicht zum Inhalt des Sondereigentums gemacht. Die Eindeutigkeit der insoweit in Nr. XVIII der Teilungserklärung enthaltenen Erklärungen schließt eine Auslegung aus (*Demharter* § 19 Rdnr. 28 m.w.N.). Insbesondere kann Nr. XXIII auch nicht als bloße Ergänzung der Nr. XIV angesehen werden, so daß sie wie diese zum Inhalt des Sondereigentums gemacht wäre. Bei der Auslegung ist auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt (vgl. *Demharter* a.a.O.). Danach kommt eine Auslegung mit dem von den Beteiligten angestrebten Ziel nicht in Betracht.

7. WEG § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 (*Umwandlung von Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum II*)

**Wird an einem im Grundbuch als Sondereigentum ausgewiesenen Raum (hier: Keller) das Sondereigentum aufgehoben und an dem Raum gemeinschaftliches Eigentum begründet, so ist zur Eintragung der Änderung im Grundbuch ein berechtigter amtlicher Aufteilungsplan dann ausnahmsweise nicht erforderlich, wenn der betroffene Raum auch ohne einen solchen in der Eintragungsbewilligung eindeutig und zweifelsfrei bezeichnet werden kann.**

BayObLG, Beschluß vom 9.12.1997 – 2Z BR 157/97 = BayObLGZ 1997 Nr. 69 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

*Aus dem Tatbestand:*

Die Beteiligten sind die Wohnungseigentümer einer Wohnanlage. Zu den Wohnungen Nr. 1, 6 und 16 gehören die jeweils mit derselben Nummer bezeichneten Keller. Zu notarieller Urkunde vom 4.10.1996 änderten die Beteiligten die Teilungserklärung vom 26.6.1996 dahin ab, daß sie das Sondereigentum an den Kellern Nr. 1, 6 und 16 aufgehoben; diese Keller sollen gemeinschaftliches Eigentum werden.

Das Grundbuchamt hat durch Zwischenverfügung den Eintragungsantrag beanstandet und unter anderem die Vorlage eines amtlich berechtigten Aufteilungsplans für das Kellergeschoß verlangt. Die Erinnerung/Beschwerde dagegen hat das Landgericht zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

Das Rechtsmittel hat Erfolg.

*Aus den Gründen:*

1. (...)

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

a) Bei der Anlegung von Wohnungsgrundbüchern im Zusammenhang mit der Begründung von Wohnungseigentum ist der Eintragungsbewilligung gemäß § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 WEG ein Aufteilungsplan beizufügen. Durch die nach § 7 Abs. 3 WEG zulässige Bezugnahme bei der Grundbucheintragung auf die Eintragungsbewilligung zur näheren Bezeichnung von Gegenstand und Inhalt des Sondereigentums wird der Aufteilungsplan als Anlage der Eintragungsbewilligung infolge doppelter Bezugnahme Gegenstand der Grundbucheintragung (BayObLGZ 1980, 226/229; BayObLG Rpfleger 1982, 21; *Demharter* GBO 22. Aufl. Anhang zu § 3 Rdnr. 34; *Weitmauer* WEG 8. Aufl. § 7 Rdnr. 12).

Dem Aufteilungsplan kommt Bedeutung bei der Bezeichnung des Gegenstands des Sondereigentums zu. Aus der von der Baubehörde mit Unterschrift und Siegel oder Stempel versehenen Bauzeichnung muß die Aufteilung des Gebäudes sowie die Lage und Größe der im Sondereigentum und der im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Gebäudeteile ersichtlich sein; dabei sollen alle zu demselben Wohnungseigentum gehörenden Einzelräume mit der jeweils gleichen Nummer gekennzeichnet sein (§ 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 WEG). Der Aufteilungsplan sichert damit die Einhaltung des das Sachen- und Grundbuchrecht beherrschenden Bestimmtheitsgrundsatzes (BGHZ 130, 159/166; BayObLGZ 1980, 226/229; *Weitmauer* § 7 Rdnr. 20), der klare und eindeutige Erklärungen und dementsprechende Grundbucheintragungen verlangt (*Demharter* Anhang zu § 3 Rdnr. 5). Allein durch eine Beschreibung im Text der Eintragungsbewilligung ist in der Regel eine dem Bestimmtheitsgrundsatz genügende zweifelsfreie Bezeichnung der im Sondereigentum und der im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Gebäudeteile

und ihre Abgrenzung voneinander nicht möglich (vgl. OLG Hamm Rpfleger 1976, 317/319). Durch die Beschreibung in der Eintragungsbewilligung wird erst im Zusammenhang mit dem Aufteilungsplan eindeutig festgelegt, was Sondereigentum und was gemeinschaftliches Eigentum ist und wie diese gegeneinander abgegrenzt sind; dabei dürfen Eintragungsbewilligung und Aufteilungsplan nicht in Widerspruch zueinander stehen (vgl. BGHZ 130, 159/166 ff.).

b) Wenn nach Begründung von Wohnungseigentum und Anlegung der Wohnungsgrundbücher die sich aus der Eintragungsbewilligung und dem Aufteilungsplan ergebende Zuordnung einzelner Gebäudeteile zum Sondereigentum oder zum gemeinschaftlichen Eigentum nachträglich geändert wird, ist zur Eintragung im Grundbuch grundsätzlich sowohl eine entsprechende Eintragungsbewilligung als auch ein geänderter Aufteilungsplan erforderlich. Von diesem Grundsatz gibt es aber Ausnahmen. Auf die Vorlage eines von der Baubehörde mit Unterschrift und Siegel oder Stempel versehenen berechtigten Aufteilungsplans kann ausnahmsweise dann verzichtet werden, wenn durch die Beschreibung der Änderung in der Eintragungsbewilligung im Zusammenhang mit dem vorhandenen Aufteilungsplan Umfang und Ausmaß der Änderung des Gegenstands von Sondereigentum und gemeinschaftlichem Eigentum eindeutig und zweifelsfrei festgelegt werden. Dann wäre es bloßer Formalismus, erneut einen geänderten behördlichen Aufteilungsplan zu verlangen.

Ein solcher Ausnahmefall liegt hier vor. In dem bei Begründung des Wohnungseigentums vorgelegten und zum Inhalt des Grundbuchs gewordenen Aufteilungsplan sind die Keller Nr. 1, 6 und 16 in dem Kellergeschoßplan eingezeichnet und mit den entsprechenden Nummern versehen; sie sind dadurch im Zusammenhang mit der Eintragungsbewilligung als Sondereigentum der mit denselben Nummern versehenen Wohnungen ausgewiesen. In der in der Eintragungsbewilligung vom 4.10.1996 enthaltenen Erklärung, daß das Sondereigentum an diesen Kellern aufgehoben wird und die davon betroffenen Räume zum Gemeinschaftseigentum werden sollen, ist eindeutig und zweifelsfrei bestimmt, was künftig Sondereigentum und was Gemeinschaftseigentum ist. Dem grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz ist damit Genüge getan, ohne daß dazu die Vorlage eines berechtigten Aufteilungsplans erforderlich wäre. Dieser könnte sich von dem ursprünglichen Plan nur dadurch unterscheiden, daß die bei den betroffenen drei Kellern eingezeichneten Nummern entfernt sind, durch die die Zugehörigkeit der Keller zum Sondereigentum der jeweils mit derselben Nummer gekennzeichneten Wohnung verlaubar wird. Da die Abgeschlossenheit der einzelnen Wohnungen nicht in Frage steht, braucht ein berechtigter Aufteilungsplan auch unter diesem Gesichtspunkt nicht vorgelegt zu werden (vgl. dazu BayObLG NJW-RR 1994, 716/717).

c) Die beabsichtigte Änderung ist im Grundbuch dadurch zum Ausdruck zu bringen, daß bei den Wohnungseigentumsrechten Nr. 1, 6 und 16 im Bestandsverzeichnis in der Hauptspalte jeweils das Wort „Keller“ gerötet wird (§ 3 Abs. 6 WGV) und in der Spalte 6 die Änderung des Gegenstands des Sondereigentums verlaubar wird (§ 3 Abs. 5 WGV). Der Vermerk kann etwa lauten: „Der Gegenstand des Sondereigentums ist bezüglich der Keller Nr. 1, 6 und 16 geändert; unter Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung vom 4.10.1996 eingetragen am ...“ (vgl. dazu das Muster, Anlage 1 zur WGV, letzte Eintragung in Spalte 6 des Bestandsverzeichnisses). Dieser Vermerk ist in allen Wohnungsgrundbüchern anzubringen.

8. GBMaßnG § 18, GBO §§ 19, 22, 29 (*Erforderlichkeit der Löschungsbewilligung auch im Rahmen des § 18 Abs. 1 GBMaßnG*)

**§ 18 Abs. 1 GBMaßnG läßt auch bei Bagatellrechten keine Löschung ohne Bewilligung des Betroffenen zu (Bestätigung des Senatsbeschlusses vom 1.4.1987 – 2Z BR 42/87–).**

BayObLG, Beschluß vom 20.11.1997 – 2Z BR 91/97 –, mitgeteilt von Notar *Dr. Christoph Münch*, Dettelbach

*Aus dem Tatbestand:*

An Grundstücken der beiden Beteiligten ist seit dem 26.4.1933 eine „Schuldenregelungshypothek ohne Brief für 880 Reichsmark Tilgungsforderung der A.H. Wwe's Erben in B.; (Nachlaßpfleger: W.G. ...)“ eingetragen; die Eintragung beruht auf einem Ersuchen des Entschuldungsamts K. im Zusammenhang mit der Durchführung eines Schuldensetzungsverfahrens nach dem Schuldenregelungsgesetz vom 1.6.1933 (RGBl I S. 331). Die Beteiligten haben nunmehr die Löschung des Rechts beantragt und der Löschung zugleich zugestimmt. Sie haben vor dem Notar und Verfahrensbevollmächtigten an Eides Statt versichert, daß die Tilgungsforderung beglichen sei, da die Ermittlung der Erben des im Grundbuch genannten Gläubigers mit verhältnismäßig hohen Kosten verbunden sei, haben sie „um Erlaß dieser Nachweispflicht“ gebeten.

Das Grundbuchamt hat den Antrag zurückgewiesen. Das Landgericht hat das Rechtsmittel der Beteiligten, dem Grundbuchrechtspfleger und -richter nicht abgeholfen haben, zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde der Beteiligten hatte keinen Erfolg.

*Aus den Gründen:*

1. (...)

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Eine Hypothek ist auf Antrag zu löschen, wenn der Betroffene die Löschung bewilligt (§ 19 GBO) oder die Unrichtigkeit der Eintragung durch öffentliche Urkunden nachgewiesen wird (§§ 22, 29 Abs. 1 GBO). Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt.

b) Für Hypotheken, die für eine Tilgungsforderung aufgrund des Gesetzes zur Regelung der landwirtschaftlichen Schuldverhältnisse vom 1.6.1933 (– Schuldenregelungsgesetz – RGBl I S. 331) in das Grundbuch eingetragen wurden, sah bereits Art. 4 Abs. 2 Nr. 4 der 9. Verordnung zur Durchführung der landwirtschaftlichen Schuldenregelung vom 24.11.1937 (RGBl I S. 1305) eine Formerleichterung vor: Für die Bewilligung der Löschung und die Zustimmung des Eigentümers genügte die Schriftform. Nunmehr ist § 18 des Gesetzes über Maßnahmen auf dem Gebiete des Grundbuchwesens (GBMaßnG) vom 20.12.1963 (BGBl I S. 986) auf eine Hypothek über 880 RM anwendbar, auch wenn bei dem eingetragenen Recht entgegen der Ansicht der Vorinstanzen nach § 18 Abs. 2 Satz 2 2. Hs., § 8 Abs. 6 GBMaßnG von einem Umstellungsbetrag von 880 DM auszugehen ist, da die unbekanntem Gläubiger nicht gehört werden können (vgl. OLG Hamm Rpfleger 1983, 146). Denn durch Art. 3 Abs. 3 des Registerverfahrenbeschleunigungsgesetzes vom 20.12.1993 (BGBl I S. 2182) ist die Löschungserleichterung auf umgestellte Hypotheken bis zu 5 000 DM ausgedehnt worden. Die Erleichterung gegenüber der Grundbuchordnung betrifft jedoch nur die Form der Löschungsbewilligung, macht diese selbst aber nicht entbehrlich.

c) Der Senat vermag sich der abweichenden Meinung des Landgerichts Köln (MittRhNotK 1982, 252, zustimmend

*Keim MittBayNot 1985, 247*) nicht anzuschließen; dies hat er bereits in dem Beschluß vom 1.4.1987 (kurz mitgeteilt in *Rpfler 1987, 357*) dargelegt. Das Landgericht Köln führt aus, daß es bei Bagatellrechten (dort waren es nach Angaben des Landgerichts 36 DM), bei denen die Person der Gläubiger unbekannt und deren Ermittlung schwierig und kostenträchtig sei, noch von der Vorschrift des § 18 GBMaßnG gedeckt sei, wenn die Antragsteller eidesstattlich versicherten, daß der Schuldbetrag längst an die Gläubiger gezahlt, diese inzwischen verstorben und Rechtsnachfolger nicht zu ermitteln seien. Der Senat sieht darin aber nach wie vor eine über den eindeutigen Wortlaut und den Zweck des Gesetzes hinausgehende, unzulässige richterliche Rechtsfortbildung (in diesem Sinn auch *Haegele/ Schöner/Stöber* GBR 11. Aufl. Rdnr. 4320 Fn. 7). Eine Vorschrift, die für die Löschungsbewilligung eine Formerleichterung gewährt, kann nicht dahin ausgelegt werden, daß sie die Bewilligung überhaupt entbehrlich macht. Durch die eidesstattliche Versicherung der Antragsteller kann sie nicht ersetzt werden; diese ist auch als Beweismittel (Nachweis der Unrichtigkeit gemäß § 22 GBO) im Grundbuchantragsverfahren von wenigen Ausnahmen abgesehen (vgl. § 35 Abs. 3 GBO; *Demharter* GBO 22. Aufl. § 29 Rdnr. 23) nicht geeignet.

Daran hat sich auch durch § 18 GBMaßnG nichts geändert, der nur die strenge Formvorschrift des § 29 GBO abmildert, den Kreis der zugelassenen Beweismittel (Urkunden) aber nicht erweitert hat. Dies ergibt sich auch aus der Gegenüberstellung von § 18 Abs. 1 Satz 1 (Formerleichterung für Löschungen) und Abs. 1 Satz 2 (Nachweis der Erbfolge); nur hier kann der Antragsteller zur Versicherung an Eides Statt zugelassen werden.

Den Antragstellern verbleibt somit nur der gewöhnliche Weg des Aufgebotsverfahrens nach § 1170 BGB, §§ 946 ff. ZPO. Dessen Voraussetzungen sind hier sicherlich gegeben, nachdem schon 1939 nicht bestimmte Personen, sondern die offenbar noch unbekanntes Erben der A. H. als Hypothekengläubiger eingetragen wurden (zur Zulässigkeit einer solchen Eintragung vgl. *BayObLGZ 1994, 158/161 m.w.N.* [= *MittBayNot 1994, 435*]). Der vom Landgericht vorgeschlagene Weg, „den Nachlaßpfleger anzuschreiben und dessen Löschungsbewilligung zu erbitten“, dürfte nicht gangbar sein, da seit der Eintragung der Hypothek nahezu 59 Jahre vergangen sind. Der Senat hält aber die Löschungsbewilligung der Erben oder ihrer Rechtsnachfolger auch unter den vom Landgericht genannten Voraussetzungen nicht für entbehrlich. Er verkennt nicht, daß der mit dem Aufgebotsverfahren verbundene Arbeitsaufwand und die dadurch verursachten Kosten möglicherweise außer Verhältnis zu dem Betrag des eingetragenen, wahrscheinlich schon getilgten Rechts stehen, ob dieser Betrag nun mit 88 DM oder mit 880 DM angenommen wird. Doch ist im Grundbuchantragsverfahren kein Raum für Billigkeitserwägungen; außerdem ist nicht ersichtlich, welcher irgendwie ins Gewicht fallende Nachteil für die Beteiligten daraus entstehen soll, daß das Recht weiterhin eingetragen bleibt.

9. GBO § 3 Abs. 4, 5; WEG § 7 Abs. 1 (*Buchung von Miteigentumsanteilen am herrschenden Grundstück*)

**Ein selbständiges Straßengrundstück kann bei der Bildung von Wohnungseigentums- und separaten Teileigentumseinheiten als Bestandteil nach § 3 Abs. 4, 5 GBO gebucht und nur den jeweiligen Wohnungseigentumseinheiten zugeordnet werden; die Teileigentumseinheiten können von der Zuordnung ausgenommen werden.**

(*Leitsatz der Schrifileitung*)

OLG Celle, Beschluß vom 9.6.1997 – 4 W 68/97 –

*Aus dem Tatbestand:*

Die Beschwerdeführerin hat eine aus mehreren Mehrfamilienhäusern bestehende Anlage errichtet und beabsichtigt, diese in Wohnungseigentum aufzuteilen. Die Anlage besteht aus 44 Wohnungen und 44 Stellplätzen. Im Kellerbereich der Wohnhäuser sind Hobbyräume gebaut worden, deren Anzahl jedoch nicht ausreicht, jeder Wohnung einen Hobbyraum zuzuordnen. Die Pkw-Stellplätze sind als einzelne Grundstücke herausgemessen. Die Wohnhäuser und die Stellplätze werden über eine Wohnstraße erreicht, die ebenfalls ein eigenes Grundstück bildet.

Die Beschwerdeführerin beabsichtigt, an den Wohnungen Wohnungseigentum zu bilden und an den Hobbyräumen im Kellerbereich Teileigentum.

Die Klägerin hat vorgesehen, daß zu jeder Eigentumswohnung und zu jedem Stellplatzgrundstück ein Miteigentumsanteil an der Wohnstraße gehört. Entsprechend der Anzahl der Wohnungen und Stellplätze (88) soll jeder Eigentumswohnung und jedem Stellplatz ein Miteigentumsanteil von  $\frac{1}{88}$  an dem Wohnstraßengrundstück zugeordnet werden, nicht jedoch auch dem jeweiligen Teileigentum an den Hobbyräumen. Zugunsten der jeweiligen Eigentümer der Hobbyräume soll zu Lasten der Wohnstraße eine Grunddienstbarkeit (Wege-recht) bestellt werden.

Das Grundbuchamt hat die entsprechenden Eintragungsanträge zurückgewiesen. Die dagegen gerichtete Beschwerde hatte keinen Erfolg. Die weitere Beschwerde ist begründet.

*Aus den Gründen:*

Die Ansicht des Grundbuchrechtspflegers sowie des Landgerichtes in der angefochtenen Entscheidung, die Eintragung von Miteigentumsanteilen am Straßengrundstück habe entgegen dem anders lautenden Antrag der Beschwerdeführerin sowohl in den Wohnungs- als auch den Teileigentumsgrundbüchern zu erfolgen, ist nicht frei von Rechtsfehlern. Zutreffend ist allerdings der Ausgangspunkt, daß sich das Stammgrundstück in den Wohnungs- und Teileigentumsgrundbüchern fortsetzt. Die aus diesem rechtlichen Ausgangspunkt gezogene Schlußfolgerung, Miteigentumsanteile an dem Wohnstraßengrundstück könnten nicht allein dem Wohnungseigentum zugeordnet werden, ist jedoch unzutreffend. Nach einhelliger Ansicht in Rechtsprechung und Literatur kann nicht nur der jeweilige Eigentümer eines anderen Grundstücks, sondern auch der einzelne Inhaber eines Wohnungs- oder Teileigentums Berechtigter eines subjektiv-dinglichen Rechts (BGHZ 107, 289 = *Rpfl 1989, 452*; OLG Hamm *Rpfl. 1980, 469*; *Demharter*, GBO, 22. Aufl., § 9 Rdnr. 3; *Bärmann/Pick/Merle*, WEG, 7. Aufl., § 1 Rdnr. 100; *Palandt-Bassenge*, BGB, 57. Aufl., Überblick 2 zu § 1 WEG) und damit das einzelne Wohnungs- oder Teileigentum herrschendes Grundstück sein. Soweit ersichtlich, hat die Rechtsprechung dies bislang nur für den Fall der Grunddienstbarkeit entschieden. Der Senat hat aber keine Bedenken, das einzelne Wohnungseigentum auch dann als herrschendes Grundstück i. S. des § 3 Abs. 4 GBO anzusehen, wenn dem einzelnen Wohnungseigentum ein Miteigentumsanteil an dem Wohn-

straßengrundstück zugeordnet werden soll. Wenn der jeweilige Eigentümer eines Wohnungseigentums Berechtigter eines subjektiv dinglichen Rechtes sein kann und das Raumeigentum als herrschendes Grundstück anzusehen ist (BGH a.a.O.), so ist kein Grund ersichtlich, diese Rechtsfolge auf die Bestellung einer Grunddienstbarkeit zu beschränken. Gerade der zur Entscheidung anstehende Fall zeigt, daß diese Gleichbehandlung sachgerecht ist. Die als Zufahrt zu den einzelnen Wohnungs- und Teileigentumseinheiten benötigte Straße ist ein selbständiges Grundstück, so daß das Recht der jeweiligen Eigentümer des Wohnungs- oder Teileigentums, diese Straßen zu benutzen, regelungsbedürftig war. Die Beschwerdeführerin hätte dieses Recht zum Befahren des Straßengrundstückes durch Grunddienstbarkeiten zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Wohnungs- und Teileigentums regeln können und wäre berechtigt gewesen, dieses Recht nur bestimmten Eigentümern zu gewähren. Diese Lösung hätte den Nachteil, daß der Eigentümer des Straßengrundstückes eine dritte Person geblieben wäre, nicht jedoch die einzelnen Eigentümer der Wohnungseigentumsanlage, die ein vorrangiges Interesse an dieser Wohnstraße haben. Rechtliche Schwierigkeiten wären bei dieser Konstellation vorgezeichnet, insbesondere im Hinblick auf die Unterhaltungspflicht an der Wohnstraße. Diese Schwierigkeiten will die Beschwerdeführerin dadurch vermeiden, daß sie dem einzelnen Eigentum an den Wohnungen und Stellplätzen Miteigentumsanteile an dem Straßengrundstück übertragen will. Es begegnet deswegen keinen rechtlichen Bedenken, von der Zuordnung von Miteigentumsanteilen an dem Straßengrundstück die Teileigentumsanteile auszunehmen, wie dies auch im Fall der Bestellung von Grunddienstbarkeiten (Wege-rechten) zulässig gewesen wäre.

Gegen dieses Ergebnis spricht nicht die vom Landgericht für seine Ansicht angeführte Fundstelle bei *Haegle/Schöner/Stöber* (Grundbuchrecht, 10. Aufl., Rdnr. 2870). In dieser Fundstelle wird der hier zur Entscheidung stehende Fall nicht kommentiert, daß das einzelne Wohnungs- oder Teileigentum herrschendes Grundstück sein soll. Kommentiert wird vielmehr der Fall, daß Rechte, insbesondere Dienstbarkeiten, die auf einem Grundstück lasten, bei Bildung von Wohnungseigentum nicht auf einem Miteigentumsanteil bestehen bleiben und gleichzeitig in allen übrigen Wohnungs- oder Teileigentumsgrundbuchblättern gelöscht werden.

10. BGB §§ 313, 554 (*Vertragliche Vereinbarungen über die Ausübung eines bereits dinglich eingeräumten entgeltlichen Wohnungsrechts*)

**Vertragliche Vereinbarungen über die Ausübung eines bereits dinglich eingeräumten entgeltlichen Wohnungsrechts unterliegen nicht dem Formzwang des § 313 BGB. Zur Freiheit der Vertragsparteien, Inhalt und Umfang des Wohnungsrechts zu bestimmen gehört auch die vertragliche Festlegung der Möglichkeit der vorzeitigen Beendigung des entgeltlichen, auf Lebenszeit des Berechtigten eingeräumten Wohnungsrechts. Die Festlegung eines einseitigen Kündigungsrechts in Anlehnung an § 554 Abs. 1 Satz 1 BGB ist rechtlich nicht zu beanstanden und stellt auch keine unzulässige Umgehung mietrechtlicher Bestimmungen dar, wenn an die Stelle eines Mietvertrages die Bestellung eines entgeltlichen dinglichen Wohnungsrechts tritt; § 554 BGB findet auf eine solche Vereinbarung über die Ausübung eines dinglichen Wohnungsrechts keine Anwendung. Das dem Eigentümer vertrag-**

**lich vorbehaltene Recht, die Löschung des entgeltlichen Wohnungsrechts im Falle des Verzuges des Wohnungsberechtigten mit der Zahlung des Nutzungsentgelts verlangen zu dürfen, verstößt nicht gegen den Charakter des lebenslänglich vorgesehenen gegen Zahlung eines Entgelts gewährten Wohnungsrechts, weil in diesem Falle die Äquivalenz der beiderseitigen vertraglichen Leistungen erheblich gestört ist.**

OLG Köln, Beschluß vom 11.8.1997 – 19 W 35/97 –, mitgeteilt von *Lothar Jaeger*, Vorsitzender Richter am OLG Köln

11. BGB §§ 1821 Abs. 1 Nr. 1, 1643 Abs. 1 (*Keine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung bei Belastungen im Zusammenhang mit dem Grundstückserwerb*)

**§ 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB schützt nur bereits vorhandenes Grundvermögen und findet auf Belastungen im Zusammenhang mit dem Grundstückserwerb keine Anwendung. Das gilt auch für Grundschuldbestellungen, durch die Mittel für andere Zwecke als die Kaufpreisfinanzierung beschafft werden sollen.**

BGH, Urteil vom 7.10.1997 – XI ZR 129/96 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH

*Aus dem Tatbestand:*

Die Parteien streiten um eine Grundschuld. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Im Jahre 1981 erwarb der alleinsorgeberechtigte Vater des damals noch minderjährigen Beklagten für diesen mit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung ein Hausgrundstück in A. Der Vater schenkte dem Beklagten den Kaufpreis von 330.000 DM und nahm seinerseits bei der Klägerin zwei Darlehen von 297.000 DM sowie von 18.000 DM auf, von denen das erste zur Teilfinanzierung des Kaufpreises und das zweite zur Finanzierung von Renovierungsarbeiten an dem Grundstück bestimmt war. Beide Darlehensverträge sahen die Mithaftung des Beklagten vor, der die Verträge bereits im Jahre 1981 mit unterschrieb und nach Eintritt seiner Volljährigkeit erneut unterzeichnen sollte. Zur Absicherung der beiden Darlehen bestellte der Vater des Beklagten als dessen gesetzlicher Vertreter zugunsten der Klägerin eine Grundschuld in Höhe von 317.000 DM an dem Grundstück. Weder für die Darlehensverträge noch für die Grundschuldbestellung wurde eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung eingeholt. Nach Eintritt seiner Volljährigkeit unterschrieb der Beklagte im Jahre 1984 Kopien der Annahmeerklärungen beider Darlehensverträge.

Nachdem die Klägerin die Darlehen im Jahre 1987 wegen erheblicher Zinsrückstände zur sofortigen Rückzahlung gekündigt hatte, ging sie aus der Grundschuld gegen den Beklagten vor. Sie erstritt gegen ihn drei rechtskräftige Urteile, in denen er zur Duldung der Zwangsvollstreckung aus der Grundschuld in Höhe von insgesamt 75.000 DM verurteilt wurde. Im vorliegenden Rechtsstreit verlangt sie die Duldung der Zwangsvollstreckung wegen eines Teilbetrags von 242.000 DM nebst Zinsen.

Der Beklagte ist der Klage entgegengetreten und hat widerklagend beantragt, die Klägerin zur Einwilligung in die Löschung der Grundschuld zu verurteilen. Er ist der Ansicht, die Grundschuldbestellung sei mangels vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung unwirksam gewesen und auch durch seine Unterzeichnung der Kopien der Annahmeerklärungen beider Darlehen im Jahre 1984 nicht wirksam geworden.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen und die Klägerin unter Abweisung der Widerklage im übrigen verurteilt, in Höhe eines Teilbetrages von 242.000 DM nebst Zinsen die Löschung der Grundschuld zu bewilligen.

Mit der Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Revision hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

I. (...)

II. Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten rechtlicher Überprüfung im entscheidenden Punkt nicht stand.

Einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nach § 1643 Abs. 1 in Verbindung mit § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB bedurfte die Bestellung der Grundschuld, wie die Revision mit Recht rügt, entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht. Die Grundschuld ist daher von Anfang an wirksam zustande gekommen, weshalb es auf die Frage einer nachträglichen Genehmigung durch den Beklagten nicht ankommt.

Es ist seit der grundlegenden Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ 108, 356, 363 ff. allgemein anerkannt, daß die Nummern 1 bis 4 des § 1821 Abs. 1 BGB nur das dem Mündel bzw. Minderjährigen bereits gehörende Grundvermögen schützen und auf Belastungen, die im Zusammenhang mit dem Erwerb eines Grundstücks erfolgen, keine Anwendung finden. Das gilt nicht nur für die Bestellung eines Grundpfandrechts zur Finanzierung des Grundstückskaufpreises, sondern auch für alle anderen im Zusammenhang mit dem Grundstückserwerb vorgenommenen Belastungen wie zum Beispiel Nießbrauchsbestellungen (BGHZ 24, 372, 374 f.; *Staudinger/Engler*, 12. Aufl., § 1821 Rdnr. 44, 45; *Erman/Holzhauser*, 9. Aufl., § 1821 Rdnr. 9; jeweils m.w.N.). Bei einer Grundschuldbestellung, die im Zusammenhang mit dem Grundstückserwerb geschieht, kann es daher – jedenfalls dann, wenn die Grundschuld den Erwerbspreis nicht übersteigt – entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht darauf ankommen, ob dadurch Mittel für die Kaufpreisfinanzierung oder für andere Zwecke beschafft werden sollen.

Im vorliegenden Fall ist der erforderliche Zusammenhang zwischen Grundstückserwerb und Grundschuldbestellung zu bejahen, weil der Vater des Beklagten von Anfang an beabsichtigt hatte, für diesen ein mit der Grundschuld zu belastendes Grundstück zu erwerben, und weil die Grundschuld auch in engem zeitlichem Zusammenhang mit dem Grundstückserwerb bestellt wurde.

#### Hinweis der Schriftleitung:

Zu dieser Problematik erscheint demnächst ein Beitrag von *Gschößmann*.

12. BGB §§ 107, 1821 Abs. 1 Nr. 1 und 4 (*Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung bei Grundstücksschenkung mit Rückübertragungsverpflichtung an Minderjährigen*)

**Ein Vertrag, durch den einem Minderjährigen ein Grundstück (hier: Wohneigentum) geschenkt wird, bedarf der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nach § 1821 Abs. 1 Nr. 4 BGB, wenn sich der Schenker nicht nur die Rechte nach §§ 528, 530 vorbehält, sondern für weitere Fälle ein Rückübertragungsanspruch Dritter begründet wird und sich der Minderjährige verpflichtet, an der Rückübertragung mitzuwirken. Eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigungspflicht ist schon dann zu bejahen, wenn auch nur Zweifel bestehen können, ob der Minderjährige nur mit dem geschenkten Gegenstand haftet.**

OLG Köln, Beschluß vom 10.11.1997 – 14 Wx 10/97 –, mitgeteilt von *Lothar Jaeger*, Vorsitzender Richter am OLG Köln

Aus dem Tatbestand:

Am 24.1.1995 hat der Beteiligte zu 4) einen Notarvertrag beurkundet, wonach der Beteiligte zu 2) – nach Begründung von Raumeigentum durch diesen Vertrag – eine Eigentumswohnung an den minderjährigen Beteiligten zu 1), vertreten durch seine Eltern, die Beteiligten zu 3), schenkweise überträgt. Gemäß Ziff. B 1. des Notarvertrages hat sich der Beteiligte zu 2) ein Nießbrauchsrecht zugunsten der Beteiligten zu 3) vorbehalten. Gemäß Ziff. B 2 ist den Beteiligten zu 3) ein Eigentumsübertragungsanspruch „analog § 513 BGB“ eingeräumt worden für die Fälle der Veräußerung und Belastung des Wohneigentums ohne ihre Zustimmung und für die Fälle der Zwangsvollstreckung in das Wohneigentum oder der Eröffnung des Konkurs- oder Vergleichsverfahrens über das Vermögen des Wohnungseigentümers. Der Minderjährige hat sich verpflichtet, bei der Rückübertragung mitzuwirken. Zu Gunsten der Beteiligten zu 3) ist insoweit eine Auflassungsvormerkung eingetragen worden.

Der Notar hat beim Vormundschaftsgericht den Antrag auf Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zu diesem Vertrag gestellt.

Durch Verfügung vom 1.2.1995 teilte das Vormundschaftsgericht dem Notar mit, angesichts des unentgeltlichen Erwerbs und des lediglich rechtlichen Vorteils des Minderjährigen sei keine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich.

Das Vormundschaftsgericht – Rechtspfleger und Abteilungsrichter – haben der dagegen gerichteten Erinnerung nicht abgeholfen.

Das Landgericht hat die nunmehr als Beschwerde anzusehende Erinnerung zurückgewiesen.

Die gegen diese Entscheidung eingelegte weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1) bis 4) hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Vorinstanzen haben im Ergebnis zu Unrecht das Erfordernis einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bei der gegebenen Sachlage verneint.

1. Der Ergänzungspfleger bedarf gemäß §§ 1643 Abs. 1, 1821 Abs. 1 Nr. 4 BGB der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Es handelt sich nicht um ein Geschäft, durch das der Minderjährige lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt und zu dem es deshalb der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters nicht bedarf (§ 107 BGB).

Eine Schenkung mit einer Belastung oder einer bei der Übertragung vollzogenen Belastung (*MünchKomm-Schwab*, 3. Aufl. (1992, § 1821, Rdnr. 23) ist allerdings lediglich rechtlich vorteilhaft, weil die bestehende Belastung am Vorteil nichts ändert und es keinen Unterschied macht, ob die Belastung schon besteht oder mit dem Erwerb zu bewilligen ist. In beiden Fällen muß der Minderjährige aus dem Vermögen, das er vor Abschluß des Vertrages besaß, nichts aufgeben und seine Verpflichtungen bleiben auf das unentgeltlich zugewendete beschränkt (*BayObLG NJW* 1967, 1912; *Klüsener Rpfleger* 1981, 461, 466 m.w.N. Daraus folgt, daß der Nießbrauchsvorbehalt keine Genehmigungsbedürftigkeit begründen kann (LG Bonn MittRhNotK 1974, 115; *Staudinger/Engler*, 12. Aufl. (1993, § 1821 Rdnr. 46). Nichts anderes gilt, wenn sich der Schenker lediglich die gesetzlichen Rechte nach §§ 528, 530 BGB vorbehält, da die Haftung des Minderjährigen dann gemäß § 531 Abs. 2 auf die Herausgabe des Geschenkten nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung beschränkt bleibt.

Ebenso ist das Rechtsgeschäft als lediglich rechtlich vorteilhaft anzusehen, wenn der Schenker sich aus sonstigen Gründen (z. B. wie hier bei Zwangsvollstreckung in den geschenkten Gegenstand) ein Rücktrittsrecht vorbehält und die Haftung des Minderjährigen entsprechend § 531 Abs. 2 BGB beschränkt bleibt (LG Hechingen BWNotZ 1995, 67), selbst

wenn die Rückübertragung an einen Dritten zu erfolgen hat (LG Saarbrücken MittRhNotK 1990, 109).

Nach Auffassung des Senats ist die Rechtslage auch nicht anders zu beurteilen, wenn der Schenker für diese Fallgestaltungen einem Dritten (hier den Eltern des Beschenkten) einen Rückübertragungsanspruch einräumt (offengelassen vom LG Saarbrücken MittRhNotK 1990, 109), wenn nur die Haftung des Minderjährigen derart beschränkt bleibt, daß er zuverlässig nicht über den Verlust des geschenkten Gegenstandes hinaus belastet werden kann.

Im Streitfall ist durch den Notarvertrag aber nicht zuverlässig gesichert, daß die Haftung des Beschenkten auf das unentgeltlich Zugewandte beschränkt bleibt. Insoweit genügt eine abstrakte Haftungsgefahr und es ist entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht darauf abzustellen, ob im Einzelfall eine solche Haftung wahrscheinlich oder hinreichend konkret dargetan ist (wie hier BayObLG DNotZ 1975, 219, 221 [= MittBayNot 1974, 256 f.]). Im Notarvertrag heißt es zwar unter B Nr. 2, daß der Rückübertragungsanspruch „analog § 513 BGB“ eingeräumt wird, es fehlt aber eine ausdrückliche Haftungsbeschränkung und im Notarvertrag ist bereits die Pflicht des Minderjährigen zur Mitwirkung an der Rückübertragung begründet. Auch wenn man die Erwähnung des § 513 BGB als Schreibfehler ansieht und dafür § 531 BGB liest, bleiben Zweifel, ob sich aus der Formulierung „analog“ ergibt, daß die Haftungsbeschränkung dieser Vorschrift auch für die im Vertrag geregelten Fälle der Rückübertragungspflicht gelten soll.

Nach Auffassung des Senats muß aber in allen Zweifelsfällen eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigungspflicht bejaht werden, denn sie hat gerade den Zweck zu überprüfen, ob der Minderjährige nach den Umständen ein vertretbares Risiko eingeht. Über die Fallgestaltung der uneingeschränkten Rückübertragungspflicht hinaus (BayObLG DNotZ 1975, 219 [= MittBayNot 1974, 256]) ist daher auch in diesen Fällen eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht entbehrlich. Es kann daher dahinstehen, ob schon die persönliche Verpflichtung, an der Rückübertragung mitzuwirken, der Übernahme einer persönlichen Rückübertragungsverpflichtung gleichzustellen ist, die der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf (LG Bonn MittRhNotK 1974, 115, 116; *Klüsener* Rpfleger 1981, 461, 407).

### Hinweis der Schriftleitung:

Zu dieser Problematik erscheint demnächst ein Beitrag von *Gschöfmann*.

13. FGG §§ 13a, 55, 62, 69 f.; BGB § 1821 Abs 1 Nr. 1 und 4 (*Doppelvollmacht bei Betreuung*)

- 1. Zur Erteilung einer sog. Doppelvollmacht für den Notar zur Entgegennahme und Mitteilung einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, durch die der notariell beurkundete Verkauf eines Grundstücks des Betreuten durch den Betreuer wirksam werden soll.**
- 2. Eine vorläufige Betreuung endet mit dem in ihr angegebenen Zeitpunkt; ab diesem Zeitpunkt ist die Hauptsache eines Beschwerdeverfahrens erledigt.**

BayObLG, Beschluß vom 29.10.1997 – 3Z BR 196/97 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

### Aus dem Tatbestand:

Das Vormundschaftsgericht führte für den Betroffenen vom 15.7.1996 bis 15.1.1997 eine vorläufige Betreuung u. a. mit dem Aufgabenkreis der Vermögenssorge, insbesondere der Vertretung bei Grundstücksverkäufen.

Mit notariellem Vertrag vom 30.8.1996 und Nachtrag vom 2.9.1996 verkaufte der durch seinen Betreuer vertretene Betroffene mehrere Grundstücke an die Gemeinde. In beiden Vertragsurkunden hat der Betreuer für den Betroffenen erklärt:

Der Notar, seine Vertreter und Nachfolger im Amt werden, befreit von § 181 BGB, bevollmächtigt, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einzuholen, entgegenzunehmen, dem anderen Vertragsteil mitzuteilen und die Mitteilung für diesen entgegenzunehmen.

Schließlich wurde vom Notar darauf hingewiesen, daß der Vertrag erst wirksam und im Grundbuch erst vollzogen werden könne, wenn er durch das Vormundschaftsgericht genehmigt und diese Genehmigung vom Betreuer dem anderen Vertragsteil mitgeteilt werde.

Am 3.9.1996 hat das Vormundschaftsgericht (Rechtspfleger) die in den Kaufvertragsurkunden für den Betroffenen abgegebenen Erklärungen genehmigt. Mit Beschluß vom 17.1.1997 hat das Landgericht die Beschwerden des Betroffenen gegen die Anordnung der vorläufigen Betreuung und gegen die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung als unzulässig verworfen. Gegen diese Entscheidung richten sich die weiteren Beschwerden. Diese hatten keinen Erfolg.

### Aus den Gründen:

1. Nach § 55 Abs. 1 FGG, der gemäß § 69e FGG auf die Betreuung entsprechend anzuwenden ist, kann eine Verfügung, durch welche die Genehmigung zu einem Rechtsgeschäft erteilt wird, vom Vormundschaftsgericht nicht mehr geändert werden, wenn die Genehmigung einem Dritten gegenüber wirksam geworden ist. Ist die Genehmigung für das Vormundschaftsgericht nicht mehr abänderbar, kann auch ein Beschwerdegericht sie nicht mehr ändern (§ 62, § 69e Satz 1 FGG). Ein gegen die Genehmigung gleichwohl eingelegtes Rechtsmittel ist als unzulässig zu verwerfen (vgl. BayObLGZ 1964, 137/142 f.; BayObLG Rpfleger 1991, 457/458, FamRZ 1995, 302, BtPrax 1997, 199 m.w.N.; *Jansen* FGG 2. Aufl. § 62 Rdnr. 2). So liegt der Fall hier.

2. Die vorliegenden Kaufverträge bedurften zu ihrer Wirksamkeit der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung (§ 1821 Abs. 1 Nr. 1 und 4, § 1908i Abs. 1 Satz 1 BGB).

a) Das Vormundschaftsgericht hat Ausfertigungen des Genehmigungsbeschlusses dem Betreuer und dem beurkundenden Notar zugeleitet, da diesem in den Kaufvertragsurkunden von den Vertragsschließenden eine sog. Doppelvollmacht erteilt worden war (zur Zulässigkeit einer Doppelvollmacht vgl. BayObLGZ 1989, 242/247 m.w.N.; SchlHOLG OLG-Report 1997, 160; *Bassenge/Herbst* FGG/RPflg 7. Aufl. § 55 FGG Rdnr. 8; *Damrau/Zimmermann* Betreuung und Vormundschaft 2. Aufl. § 1829 BGB Rdnr. 9; *Jansen* § 55 Rdnr. 12; *Keidel/Kuntze* FGG 13. Aufl. § 55 Rdnr. 9). Danach war hier der Notar ermächtigt, für die Vertragsschließenden die Genehmigungen entgegenzunehmen, diese an die Beteiligten mitzuteilen und diese Mitteilungen wiederum in Empfang zu nehmen.

b) Weitere Wirksamkeitsvoraussetzung ist allerdings, daß der Notar seinen Willen über die Entgegennahme und die Mitteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nach außen erkennbar macht (vgl. BayObLG BtPrax 1997, 199/200). Hierzu fehlen Feststellungen in der Entscheidung des Landgerichts. Der Senat stellt dazu fest, daß ausweislich der am 14.10.1997 vorgelegten Urkunde über die Grundbucheintragung der Notar unter dem 4.9.1996 auf den Kauf-

vertragsurkunden jeweils vermerkt hat, er habe vom Genehmigungsbeschuß des Vormundschaftsgerichts vom 3.9.1996 aufgrund der erteilten Vollmachten mit Wirkung für alle und gegen alle Beteiligte Kenntnis genommen und Mitteilung gegeben und von dieser Mitteilung wieder Kenntnis genommen.

c) Allerdings ist anerkannt, daß eine Beschwerde zulässig sein kann und eine Änderung einer wirksam gewordenen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung in Betracht kommt, wenn ein Beteiligter, um einem Betreuten das selbständige Beschwerderecht arglistig abzuschneiden, das Wirksamwerden der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung mißbräuchlich herbeigeführt hat (vgl. BayObLG Rpfleger 1991, 457/458).

Für eine solche Fallgestaltung gibt es aber im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte. Richtig ist zwar, daß ein Betreuer bei Abschluß von Grundstückskaufverträgen eine Doppelvollmacht dem Notar dann nicht erteilen soll, wenn der Betreute gegen den Verkauf ist, insbesondere insoweit bereits einen Rechtsanwalt mit der Wahrnehmung seiner Interessen beauftragt hat. Etwas anderes kann aber z. B. gelten, wenn eine Verzögerung zu nicht wiedergutzumachenden Nachteilen für den Betroffenen führen würde. Diese Fragen können jedoch nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sein. Sie sind vielmehr vom Vormundschaftsgericht nach § 1837 BGB dahin zu prüfen, ob sich der Betreuer möglicherweise einer Pflichtwidrigkeit dadurch schuldig gemacht haben könnte, daß er ohne zwingenden Grund durch Erteilung einer Doppelvollmacht dem Betroffenen die Beschwerdemöglichkeit gegen die Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung abgeschnitten hat.

---

14. BGB §§ 2221, 2218, 2038 (*Kosten für Testamentsvollstreckung an Miterbenanteil*)

**Die Kosten einer nur für einen Miterbenanteil angeordneten Testamentsvollstreckung sind nach dem Gesetz von allen Miterben in der ungeteilten Erbengemeinschaft zu tragen.**

BGH, Urteil vom 22. 1.1997 – IV ZR 283/95 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH

*Aus dem Tatbestand:*

Die Kläger haben als Testamentsvollstrecker insgesamt 158.000 DM Honorar erhalten. Diese Vergütung wurde allein von dem Miterben getragen, für dessen hälftigen Erbanteil Testamentsvollstreckung angeordnet worden ist. Die Kläger sind der Meinung, der Beklagte als weiterer Miterbe zu  $\frac{1}{2}$  müsse die Hälfte des Honorars aufbringen. Sie verlangen daher die Zahlung von 79.000 DM nebst 4% Zinsen seit Rechtshängigkeit.

Die am 6.6.1986 verstorbene Erblasserin hinterließ im wesentlichen Grundvermögen im Wert von rund 55 Mio. DM, dessen Vermietung erhebliche Erträge abwirft. In ihrem notariellen Testament setzte sie den Beklagten, ihren zweiten Ehemann, und ihren behinderten Sohn aus erster Ehe, S., je zur Hälfte zu Erben ein. Das Testament enthält unter anderem folgende Bestimmungen:

Aus Gründen, die in der Person meines Sohnes S. ... liegen, bestimme ich ferner, daß nach meinem Tode weder mein geschiedener Ehegatte noch ein von ihm bestimmter Dritter oder gar im Fall der Entmündigung von S. ein Vormund Bestimmungen über den Erbteil von S. soll treffen können, die meinem letzten Willen widersprechen. Ich ordne deshalb über den  $\frac{1}{2}$ -Anteil des Nachlasses, der meinem Sohn S. ... zufallen soll, Testamentsvollstreckung an, und zwar als Dauertestamentsvollstreckung.

...

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen (NJW-RR 1996, 455 = ZEV 1996, 184). Die Revision hatte Erfolg.

*Aus den Gründen:*

Das Berufungsgericht stellt zunächst rechtsfehlerfrei fest, daß dem Testament auch im Wege der Auslegung nicht zu entnehmen ist, von wem die Vergütung der Testamentsvollstrecker getragen werden soll.

Jedoch ergibt sich die Zahlungspflicht des Beklagten aus dem Gesetz.

1. Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist bei Fehlen einer Regelung im Testament aus dem Gesetz zu schließen, daß die Kosten der Testamentsvollstreckung zu Lasten des Miterben gehen, dessen Erbteil der Testamentsvollstreckung unterliegt. Nur zwischen ihm und dem Testamentsvollstrecker bestehe ein gesetzliches Schuldverhältnis, auf das im übrigen wesentliche Vorschriften des Auftragsrechts entsprechend anzuwenden seien. Da die Vergütung ein Entgelt für die Leistung des Testamentsvollstreckers darstelle, habe nur derjenige die Vergütung aufzubringen, zu dessen Gunsten der Testamentsvollstrecker etwas leiste. Aus der Verwaltung eines Erbanteils könnten den anderen Miterben grundsätzlich keine Kosten erwachsen.

2. Dagegen wendet sich die Revision mit Recht.

a) Zwar finden gemäß § 2218 BGB Vorschriften des Auftragsrechts entsprechende Anwendung auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Testamentsvollstrecker und dem Erben. Dennoch besorgt der Testamentsvollstrecker kein Geschäft des Erben. Er ist Inhaber eines auf dem Willen des Erblassers beruhenden privaten Amtes und deshalb von Weisungen des Erben unabhängig; für die Erfüllung seiner Aufgaben genießt er – als Person und als Institution – das besondere Vertrauen des Erblassers (BGHZ 25, 275, 279 ff. [= MittBayNot 1958, 39]; Urteil vom 14.12.1994 – IV ZR 184/93 – ZEV 1995, 110 = NJW-RR 1995, 577 unter 2 a). Der Erblasser kann die Rechte des Testamentsvollstreckers gemäß § 2208 BGB beschränken. Es ist anerkannt, daß dies auch durch Anordnung der Testamentsvollstreckung nur für den Erbteil eines Miterben geschehen kann (BGH, Urteil vom 14.2.1962 – IV ZR 92/60 – LM BGB § 2085 Nr. 3; MünchKomm/Brandner, BGB 2. Aufl. § 2208 Rdnr. 11; *Muscheler*, AcP 195 (1995) 35, 52 f.). Eine solche Testamentsvollstreckung ist weder gegenständig noch inhaltlich beschränkt; ihre Grenzen ergeben sich vielmehr an den Vorschriften über die Erbengemeinschaft (§§ 2033 ff. BGB; so *Staudinger/Reimann*, BGB 13. Aufl. § 2208 Rdnr. 16). Solange die Erbengemeinschaft nicht vollständig auseinandergesetzt ist, bezieht sich die Verwaltung des Erbteiltestamentsvollstreckers auf den gesamten Nachlaß; er steht mithin in einem gesetzlichen Schuldverhältnis zu allen (auch den vollstreckungsfreien) Erben (*Muscheler*, a.a.O. S. 52, 55).

Denn die Verwaltung des Erbteils berechtigt den Testamentsvollstrecker zur Ausübung grundsätzlich aller Miterbenrechte innerhalb der Erbengemeinschaft. Der Testamentsvollstrecker kann Ansprüche, die zum Nachlaß gehören, gemäß § 2039 BGB allein geltend machen. Wenn er im Rahmen von § 2038 Abs. 1 Satz 2 2. Halbs. BGB zur Erhaltung von Nachlaßgegenständen notwendige Verträge mit Dritten schließt, verpflichtet er damit alle Miterben. Verweigert er dagegen den anderen Miterben die Mitwirkung an derartigen, zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses erforderlichen Maßnahmen, haftet er nicht nur dem Miterben, dessen Erbteil

er verwaltet, sondern auch den anderen Miterben unmittelbar auf Schadensersatz aus § 2219 BGB (*Muscheler*, ZEV 1996, 185; v. *Morgen*, ZEV 1996, 170, 171). Auch bei der gewöhnlichen Verwaltung des Nachlasses gemäß § 2038 Abs. 1 Satz 1 BGB sowie bei Verfügungen über Nachlaßgegenstände gemäß § 2040 Abs. 1 BGB sind die vollstreckungsfreien Miterben auf die Mitwirkung des Erbteiltestamentsvollstreckers angewiesen. Da er unentgeltlichen Verfügungen grundsätzlich nicht zustimmen darf (§ 2205 Satz 3 BGB), hat dies Auswirkungen auf die ganze Erbengemeinschaft. Auch für die anderen Miterben kann sich ein wichtiger Grund ergeben, der sie berechtigt, die Entlassung des Testamentsvollstreckers gemäß § 2227 BGB beim Nachlaßgericht zu beantragen.

b) Danach läßt sich die Beschränkung der Testamentsvollstreckung auf einen Erbanteil nicht als Beschränkung nur dieses Erbteils werten. Vielmehr wirkt die vom Erblasser angeordnete Erbteiltestamentsvollstreckung als Beschränkung auch für die vollstreckungsfreien Miterben, solange die Erbengemeinschaft besteht. Wenn der Erblasser – wie hier – die Auseinandersetzung auf Dauer ausschließt, kann er mit Hilfe eines von den Erben unabhängigen, testamentarischen Richtlinien verpflichteten Testamentsvollstreckers auch dann maßgeblichen Einfluß auf die Verwaltung im ganzen nehmen, wenn die Testamentsvollstreckung nur für einen Erbteil angeordnet ist.

Deshalb kann auch der Vergütungsanspruch des Erbteiltestamentsvollstreckers aus § 2221 BGB, solange die Erbengemeinschaft besteht, nicht als Erbteilsschuld angesehen werden, die nur dem einzelnen, unter Testamentsvollstreckung gestellten Miterben auferlegt wäre; vielmehr handelt es sich um eine gemeinschaftliche Nachlaßverbindlichkeit im Sinne von §§ 2046 Abs. 1, 2058 BGB und um gemeinschaftliche Kosten der Verwaltung im Sinne von §§ 2038, 748 BGB. Für die Erfüllung der gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten gilt im Innenverhältnis unter den Miterben § 426 BGB. Die Höhe ihrer Beiträge bestimmt sich nach ihren Erbanteilen. Die Ansicht des Berufungsgerichts, nach der Natur der Sache habe nur derjenige Miterbe die Kosten der Testamentsvollstreckung im Innenverhältnis zu tragen, für dessen Erbteil die Testamentsvollstreckung angeordnet ist, beruht auf einer Fehleinschätzung der Sach- und Rechtslage während des Bestehens der Erbengemeinschaft.

c) Auch die Interessenlage spricht dafür, daß alle Miterben die Kosten einer Erbteiltestamentsvollstreckung für die Dauer des Fortbestehens der ungeteilten Erbengemeinschaft zu tragen haben. Denn der Wille des Erblassers geht regelmäßig dahin, daß der Nachlaß insgesamt durch die nur für einen Erbteil angeordnete Testamentsvollstreckung in seinem Sinne verwaltet wird. Um dieses Ziel zu erreichen, braucht nicht für alle Miterben Testamentsvollstreckung angeordnet zu werden. Das gilt insbesondere, wenn der Erblasser davon ausgehen kann, daß sie von sich aus an der Verwaltung des ungeteilten Nachlasses in seinem Sinne mitwirken werden. Letztlich müssen aber auch die vollstreckungsfreien Miterben die auf einen anderen Erbanteil beschränkte Testamentsvollstreckung im Rahmen der gesamthänderischen Verbundenheit aller Miterben bis zur endgültigen Erbauseinandersetzung hinnehmen. Dem Willen eines Erblassers, dessen Anordnung der Testamentsvollstreckung über den ganzen Nachlaß nur bezüglich eines Erbteils unwirksam ist, kann es aus solchen Gründen entsprechen, die Testamentsvollstreckung beschränkt auf die übrigen Erbteile aufrechtzuerhalten (BGH, Urteil vom 14.2.1962, a.a.O.). Dieser Sachlage würde man nicht gerecht, wenn der Erbteiltestamentsvollstreckter für

seine Vergütung, die er mangels unmittelbarer Verwaltung des gesamten Nachlasses nicht aus dem Nachlaß entnehmen kann, auf eine Pfändung und Verwertung des seiner Verwaltung unterliegenden Erbanteils angewiesen wäre; er müßte deshalb die vorzeitige Erbauseinandersetzung betreiben, die der Erblasser gerade ausgeschlossen wissen wollte (vgl. *Muscheler*, ZEV 1996, 185, 186).

d) Das Berufungsgericht kann sich für seine Auffassung nur auf eine Minderheit von Autoren berufen (*MünchKomm/Brandner*, § 2221 Rdnr. 3; *AK-BGB/Finger*, § 2221 Rdnr. 7). Die herrschende Meinung in der Literatur vertritt dagegen die Auffassung, daß die Testamentsvollstreckervergütung von allen Miterben gemeinschaftlich zu tragen ist, auch wenn sich die Testamentsvollstreckung auf einen Erbanteil beschränkt (*Planck/Flad*, BGB 4. Aufl. § 2221 Anm. 4; *Staudinger/Reimann*, § 2221 Rdnr. 14; *Soergel/Damrau*, BGB 12. Aufl. § 2221 Rdnr. 1; *RGRK/Kregel*, BGB 12. Aufl. § 2221 Rdnr. 2, *Haegeler/Winkler*, Der Testamentsvollstreckter 12. Aufl. Rdnr. 642; v. *Morgen*, ZEV 1996, 170, 172 f.; *Muscheler*, AcP 195 (1995) 35, 73 und ZEV 1996, 185 f.).

3. Über die Höhe der Testamentsvollstreckervergütung besteht im Rahmen der im vorliegenden Verfahren geltend gemachten Beträge zwischen den Parteien kein Streit. Danach ist die Klage in vollem Umfang begründet.

#### Anmerkung:

Der Erblasser, der in seiner Verfügung von Todes wegen Testamentsvollstreckung anordnet, kann die Einzelheiten der Vergütung bestimmen. Fehlt eine Regelung, so ist eine angemessene Vergütung geschuldet (§ 2221 BGB). Mangels abweichender Anordnung belastet die Vergütung den Nachlaß, mithin die Erben als Gesamtschuldner.

Ist nur für einen Erbteil Testamentsvollstreckung angeordnet, so haben nach nahezu einhelliger Auffassung in der Literatur alle Miterben auch die Vergütung des nur für einen Erbteil eingesetzten Testamentsvollstreckers zu tragen (Nachweise *Haegeler/Winkler*, Der Testamentsvollstreckter, 14. Aufl. 1996 Rdnr. 639). Für diesen in der Praxis häufigen Fall hatte die Entscheidung des OLG Hamburg vom 12.9.1995 Verunsicherung hervorgerufen, nach der vorbehaltlich abweichender Regelung im Testament nur der von der Testamentsvollstreckung betroffene Miterbe die Vergütung schuldet (NJW-RR 1996, 455 = ZEV 1996, 184 mit abl. Anm. *Muscheler*). Das vorliegende Urteil des BGH vom 22.1.1997, das diese Entscheidung aufhebt, stellt die für die Praxis notwendige Sicherheit wieder her, indem es klarstellt, daß die Kosten einer nur für einen Miterbenanteil angeordneten Testamentsvollstreckung von allen Miterben in ungeteilter Erbengemeinschaft zu tragen sind. Allein diese Meinung findet im System der erbrechtlichen Bestimmungen eine Begründung.

Da der Nachlaß auf mehrere Erben als Ganzes in deren gemeinschaftliches Vermögen übergeht (§§ 1922, 2032 BGB), kann ein einzelner Miterbe über seinen Anteil an einzelnen Nachlaßgegenständen nicht verfügen (§ 2033 Abs. 2 BGB). So wie jeder einzelne Miterbe an und durch die anderen gesamthänderisch gebunden ist, gilt dies auch, wenn ein Miterbe durch die Anordnung einer Testamentsvollstreckung beschränkt ist, hinsichtlich des Testamentsvollstreckers; denn an die Stelle des Miterben tritt für die Verwaltung der Testamentsvollstreckter. Alle Grundsätze, die der Testamentsvollstreckter zu beachten hat, wirken sich so auch auf die anderen Miterben aus – man könnte von einer Drittwirkung auf die anderen Miterben sprechen: Es sei hier an den Grundsatz der

ordnungsmäßigen Verwaltung erinnert, den der Testamentsvollstrecker als oberstes Gebot zu beachten hat (§ 2216 BGB), oder das grundsätzliche Verbot unentgeltlicher Verfügungen (§ 2205 Satz 3 BGB). Während für die Miterben diese Regeln nicht gelten, wenn sie sich nur einig sind, haftet der Testamentsvollstrecker bei Verletzung für den daraus entstehenden Schaden (§ 2219 BGB) und kann von dieser Pflicht nicht befreit werden (§ 2220 BGB). Darüber hinaus kann der Erblasser in diesem Rahmen eine Vielzahl von Testamentsvollstrecker zu beachtender Anordnungen treffen.

Im Anschluß an *Muscheler* (AcP 195 (1995), 35, 73; ZEV 1996, 185) führt der BGH aus, daß die vom Erblasser angeordnete Erbteilstamentvollstreckung somit als Beschränkung auch für die vollstreckungsfreien Miterben wirkt, solange die Erbengemeinschaft besteht. Letztlich müssen diese die auf den anderen Erbteil beschränkte Testamentsvollstreckung im Rahmen der gesamthänderischen Verbundenheit aller Miterben bis zur endgültigen Erbauseinandersetzung dulden. Der BGH weist zutreffend darauf hin, daß der Erblasser die Auseinandersetzung auf Dauer ausschließen kann und damit mit Hilfe eines von den Erben unabhängigen, testamentarischen Richtlinien verpflichteten Testamentsvollstreckers maßgeblichen Einfluß auf die Verwaltung *im ganzen* nehmen kann, auch wenn die Testamentsvollstreckung nur für *einen* Erbteil angeordnet ist. Im Einzelfall eröffnet dies für den Erblasser eine interessante Möglichkeit: Wenn zwar alle Erben den Ausschluß der Auseinandersetzung akzeptieren, aber einzelne Erben mit der Anordnung von Testamentsvollstreckung – etwa aus in der Person des Testamentsvollstreckers liegenden Gründen – nicht einverstanden sind, kann der Erblasser mittelbar auch diese an die für einen Testamentsvollstrecker geltenden Grundsätze binden, wenn er nur für einen anderen Miterben Testamentsvollstreckung anordnet; für die davon unmittelbar nicht betroffenen Erben greift § 2306 BGB nicht ein, d. h. sie können sich nicht darauf berufen, daß die Testamentsvollstreckung als nicht angeordnet gilt, bzw. nicht auslagern und den Pflichtteil verlangen.

Solange die Erbengemeinschaft besteht, ist der Vergütungsanspruch des Testamentsvollstreckers somit auch in diesem Fall eine gemeinschaftliche Nachlaßverbindlichkeit i. S. von §§ 2046 Abs. 1, 2058 BGB und rechnet zu den Kosten der Verwaltung i. S. von §§ 2038 Abs. 2 Satz 1, 748 BGB. Sämtliche Miterben haften somit im Außenverhältnis als Gesamtschuldner gemäß § 2058 BGB mit der Möglichkeit des internen Rückgriffs im Innenverhältnis gemäß § 426 BGB entsprechend der Höhe des jeweiligen Erbteils.

In sonstigen Fällen sind viele Fragen nicht so eindeutig geklärt (vgl. *Haegle/Winkler* a.a.O. Rdnr. 639 – 641). Sind *Vermächtnisse* vom Testamentsvollstrecker zu erfüllen, so ist grundsätzlich davon auszugehen, daß die Vergütung den Nachlaß, also den oder die Erben trifft. Sind dagegen *Vermächtnisse* in Höhe eines Bruchteils des reinen Nachlasses festgelegt, so geht die Vergütung wohl prozentual auf Rechnung der Vermächtnisnehmer. Auch wird mindestens teilweise die Belastung der Vermächtnisnehmer mit der Vergütung dann als gewollt anzunehmen sein, wenn die *Vermächtnisse* im Verhältnis zu dem den Erben verbleibenden Restnachlaß unverhältnismäßig hoch sind.

Der Anspruch des *Nacherben*-Testamentsvollstreckers richtet sich nicht gegen den Vorerben.

Der Vergütungsanspruch bei *Vermächtnisvollstreckung* besteht grundsätzlich gegen den Vermächtnisnehmer, wobei aber auch an die Möglichkeit zu denken ist, daß der Ver-

mächtnisanspruch nach dem Willen des Erblassers die volle Kostentragung durch den Erben einschließt (*Skibbe*, Festschrift für Brandner 1996, S. 769, 775). Ist ein Testamentsvollstrecker nur zur Erfüllung der einem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerden ernannt (§ 2223 BGB), so wird die Vergütung nur auf Rechnung des Vermächtnisnehmers gehen.

Aus all dem ist für die Praxis der Schluß zu ziehen, daß der Erblasser und damit der Notar bei Beurkundung einer Verfügung von Todes wegen mit Testamentsvollstreckung gut daran tut, auch diesen Fragen Aufmerksamkeit zu schenken und eindeutig zu bestimmen, wer die Vergütung der Testamentsvollstreckung zu tragen hat.

Notar *Dr. Karl Winkler*, München

15. BGB §§ 2078, 2079, 2278, 2280, 2281, 2289, 2297, 2349, 2352 (*Anfechtung eines Erbvertrages*)

- 1. Der Irrtum des Erblassers über die Bindungswirkung eines von ihm geschlossenen Erbvertrages kann ihn gemäß § 2078 Abs. 1 BGB zur Anfechtung berechtigen.**
- 2. Zur Beweiswürdigung notarieller Urkunden und zum Umfang der Ermittlungspflicht, wenn in einem solchen Fall die Vertragsmäßigkeit der Verfügungen im Erbvertrag ausdrücklich festgelegt ist.**
- 3. Ein Irrtum des Erblassers über den erbvertraglichen Ausschluß des Anfechtungsrechts wegen Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten (§ 2079 BGB) kann ihn als Rechtsirrtum zur Anfechtung gemäß § 2078 BGB berechtigen. Beide Anfechtungsgründe stehen selbständig nebeneinander.**
- 4. Die ergänzende Auslegung des Erbvertrags kann bei vollständiger Abfindung des Verzichtenden die Erstreckung auf die Abkömmlinge auch dann ergeben, wenn im Erbvertrag eine Ersatzerbenregelung festgelegt ist.**

BayObLG, Beschluß vom 23.4.1997 – 1 Z BR 140/96 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

*Aus dem Tatbestand:*

Der im Alter von 76 Jahren verstorbene Erblasser war zweimal verheiratet und hatte keine Kinder. Die Beteiligte zu 1, mit der er seit 29.8.1990 verheiratet war, ist seine Witwe. Die erste Ehefrau des Erblassers ist im Jahr 1983 vorverstorben.

Die Beteiligten zu 2 bis 4 sind die Kinder der ersten Ehefrau aus deren erster Ehe; die Beteiligten zu 5 bis 8 sind die Kinder der Beteiligten zu 4. Zum Nachlaß gehört Grundbesitz sowie ein gewerbliches Unternehmen.

Am 25.7.1952 schlossen der Erblasser und seine erste Ehefrau einen notariellen Ehe- und Erbvertrag, in dem sie Gütertrennung vereinbarten und der Erblasser seine erste Ehefrau als Alleinerbin sowie deren Kinder aus erster Ehe und aus der Ehe noch hervorgehende Kinder als Ersatzerben einsetzte.

Am 18.12.1975 errichtete der Erblasser gemeinsam mit seiner ersten Ehefrau einen weiteren notariellen Erbvertrag, in dem sie den Erbvertrag vom 25.7.1952 aufhoben und folgendes vereinbarten:

„II.

Ohne Rücksicht auf gegenwärtige oder künftige Pflichtteilsberechtigte setzen wir uns gegenseitig zu alleinigen und ausschließlichen Erben ein.

### III.

Der Längstlebende von uns bestimmt zu seinen Erben

- a) ... (Beteiligter zu 2),
- b) ... (Beteiligte zu 3),
- c) ... (Beteiligte zu 4),

– zu je einem Drittel –. Zu Ersatzerben bestimmt der Längstlebende von uns jedem seiner Erben dessen Abkömmlinge nach Stämmen zu gleichen Teilen. Sind solche nicht vorhanden, so soll sein Anteil den übrigen Erben anwachsen.

Der Längstlebende von uns ist berechtigt, nach dem Ableben des Erstversterbenden von uns durch einseitige letztwillige Verfügung die Erbeinsetzung der Kinder ... (Beteiligte zu 2 bis 4) in den Quoten oder in sonstiger Weise abzuändern oder aufzuheben. Eine Abänderung zugunsten anderer Personen als ... (Beteiligte zu 2 bis 4) oder ehelichen Abkömmlingen derselben ist jedoch nicht möglich.

### IV.

Wir nehmen die von jedem von uns getroffenen Bestimmungen wechselseitig erbvertragsmäßig an.

### V.

Über das Pflichtteilsrecht wurden wir vom amtierenden Notar belehrt. Ebenso über die Wirkung der von uns getroffenen Bestimmungen und über das Wesen des Erbvertrages.“

Nach dem Tod seiner ersten Ehefrau hat der Erblasser die Alleinerbschaft auf Grund des Erbvertrags vom 18.12.1975 angenommen. Die Beteiligten zu 2 bis 4 haben mit schriftlichen Erklärungen vom 24.2.1984 auf Pflichtteilsansprüche nach ihrer Mutter verzichtet. Mit der Beteiligten zu 4 schloß der Erblasser zu notarieller Urkunde am 20.9.1989 in Österreich einen „Übergabsvertrag“, demzufolge die Beteiligte zu 4 ein Hotel in Österreich (Übergabsgut) als Erbteil nach dem Erblasser und ihrer vorverstorbenen Mutter erhielt und dafür auf ihre Ansprüche aus dem Erbvertrag vom 18.12.1975 ausdrücklich verzichtete. Der Erblasser nahm den Verzicht an. Zu notariell beglaubigter Urkunde vom 18.8.1995 erklärte die Beteiligte zu 4, daß sie und ihr Stamm im Hinblick auf den Nachlaß ihrer Mutter und des Erblassers abgefunden seien.

Am 18.12.1989 räumte der Erblasser der Beteiligten zu 1 zu notarieller Urkunde unter anderem ein unentgeltliches Wohnrecht ein. Hierbei erteilte der Notar folgende vom Erblasser sowie von der Beteiligten zu 1 unterzeichnete Belehrung:

... Da Herr ... (Erblasser) durch Erbvertrag bindend als seine Erben bereits die erstehelichen Kinder seiner verstorbenen Ehefrau eingesetzt hat, können diese Zuwendungen gemäß § 2287 BGB eventuell von den Vertragserben herausverlangt werden. Hierüber wurden die Beteiligten eingehend vom Notar belehrt. Sie bestanden auf Beurkundung in der vorliegenden Form.“

Am 25.7.1994 errichtete der Erblasser ein notarielles Testament, in dem er die Beteiligte zu 1 zu seiner Alleinerbin einsetzte. Es lautet in Nr. I und IV wie folgt:

#### „I. Testierfreiheit

Über meinen Nachlaß kann ich frei bestimmen. Sämtliche von mir vorhandenen Verfügungen von Todes wegen hebe ich auf.

#### IV. Bindung

Mit ist bekannt, daß ich über mein Vermögen frei verfügen und dieses Testament jederzeit ändern oder aufheben kann.“

Gestützt auf das notarielle Testament vom 25.7.1994 hat die Beteiligte zu 1 die Erteilung eines Erbscheins als Alleinerbin beantragt. Demgegenüber haben die Beteiligten zu 2 und 3 einen Erbschein beantragt, der sie als Miterben je zur Hälfte aufgrund des Erbvertrags vom 18.12.1975 ausweisen soll. Sie halten die Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1 für unwirksam; im übrigen machen sie geltend, daß ihnen der Anteil der Beteiligten zu 4 durch Anwachsung zugefallen sei.

Mit Schriftsatz vom 24.8.1995 hat die Beteiligte zu 1 den Erbvertrag vom 18.12.1975 angefochten. In erster Linie stützt sie die Anfechtung auf einen Irrtum des Erblassers über die Bindungswirkung des Erbvertrages. Sie behauptet, der Erblasser habe die Klausel, welche den vertragsmäßig bindenden Charakter der Verfügungen festlege

sowie die entsprechenden Belehrungen des Notars nicht verstanden. Im Testament vom 25.7.1994 sei er nämlich von der Vorstellung ausgegangen, über seinen Nachlaß frei verfügen zu können.

Hilfsweise stützt sie die Anfechtung auf einen Irrtum des Erblassers über die Bedeutung der Nr. II des Erbvertrags vom 18.12.1975, wonach die gegenseitige Erbeinsetzung „ohne Rücksicht auf gegenwärtige oder künftige Pflichtteilsberechtigten“ getroffen worden sei. Sie behauptet, der Erblasser habe irrtümlich angenommen, daß durch diese erbvertragliche Regelung eine Anfechtung wegen Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten auch für die Schlußerbeneinsetzung ausgeschlossen sei. Deshalb habe er nach seiner zweiten Eheschließung es unterlassen, den Erbvertrag gemäß § 2079 BGB anzufechten. Der Erblasser sei außerdem davon ausgegangen, daß der Erbvertrag durch die zweite Eheschließung automatisch außer Kraft trete. Schließlich hat die Beteiligte zu 1 mit Schriftsatz vom 19.12.1995 auch den Ehe- und Erbvertrag vom 25.7.1952 gemäß § 2079 BGB angefochten.

Das Nachlaßgericht hat mit Vorbescheid vom 1.2.1996 einen Erbschein angekündigt, der die Beteiligten zu 2 und 3 als Miterben je zur Hälfte aufgrund des Erbvertrages vom 18.12.1975 ausweist. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Beteiligten zu 1 hat das Landgericht mit Beschluß vom 23.5.1996 zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1. Das Rechtsmittel hatte keinen Erfolg.

#### Aus den Gründen:

1. (...)

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung (§ 27 Abs. 1 Satz 1 FGG, § 550 ZPO) stand. Das Beschwerdegericht hat zu Recht angenommen, daß der vom Nachlaßgericht angekündigte, die Beteiligten zu 2 und 3 aufgrund des Erbvertrags vom 18.12.1975 i.V.m. §§ 2352, 2094 Abs. 1 BGB ausweisende Erbschein der Erbrechtslage entspricht.

a) Ohne Erfolg beruft sich die Rechtsbeschwerdeführerin auf das formwirksame (§ 2231 Nr. 1, § 2232 Satz 1 BGB) notarielle Testament vom 25.7.1994, in dem der Erblasser sie als seine Alleinerbin (§ 1937 BGB) eingesetzt hat. Denn eine spätere Verfügung von Todes wegen ist gemäß § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam, soweit sie das Recht des in einem früheren Erbvertrag vertragsmäßig (§ 2278 BGB) Bedachten beeinträchtigen würde und der Erblasser nicht zum Rücktritt gemäß § 2297 BGB berechtigt ist. Das Beschwerdegericht hat aus diesem Grund die Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1 vom 25.7.1994 als unwirksam angesehen. Es hat die Überzeugung gewonnen, daß der Erblasser aufgrund der im formgültigen (§ 2276 BGB) Erbvertrag vom 18.12.1975 enthaltenen Schlußerbeneinsetzung in seiner Testierfreiheit insoweit wirksam beschränkt war.

b) Die hiergegen gerichtete Rüge der Verletzung materiellen Rechts ist unbegründet.

aa) Das Beschwerdegericht hat die Regelung in Nr. III Abs. 1 des Erbvertrages, wonach der Längstlebende zu seinen Erben die Kinder der ersten Ehefrau bestimmt, als vertragsmäßig bindende Verfügungen im Sinn von § 2278 Abs. 1 BGB (vgl. BayObLGZ 1961, 206/209) angesehen. Dies entspricht der in Nr. IV des Erbvertrags ausdrücklich festgelegten und eindeutig bestimmten vertragsmäßigen Bindung.

bb) Den Inhalt der unter Nr. III Abs. 1 des Erbvertrages getroffenen Regelung hat das Beschwerdegericht dahin ausgelegt, daß die Ehegatten eine Schlußerbfolge (§ 2280 i.V.m. § 2269 Abs. 1 BGB) angeordnet haben.

(1) Die Auslegung einer erbvertragsmäßigen Verfügung im Sinn von § 2278 BGB, durch die zu ermitteln ist (§§ 133, 157 BGB), was die Vertragsteile im maßgebenden Zeitpunkt der

Errichtung des Erbvertrags erklärt haben, und wie das Erklärte aus der Sicht des anderen Teils zu verstehen war (BGHZ 106, 359/361; BayObLGZ 1994, 313/319 und 1995, 120/123; *Palandt/Edenhofer* BGB 56. Aufl. Überblick vor § 2274 Rdnr. 8 m.w.N.), obliegt dem Gericht der Tatsacheninstanz (vgl. BGHZ 80, 246/249 und 86, 41/45; BayObLG FamRZ 1989, 1353/1354) und unterliegt nur einer eingeschränkten rechtlichen Überprüfung durch das Rechtsbeschwerdegericht (vgl. BayObLGZ 1995, 120/123 m.w.N.).

(2) Das nach diesem Maßstab rechtsfehlerfreie Auslegungsergebnis des Beschwerdegerichts bindet das Gericht der weiteren Beschwerde. Deshalb ist davon auszugehen, daß der Erblasser nicht Vorerbe (§ 2100 BGB), sondern alleiniger Vollerbe seiner ersten Ehefrau wurde, daß deren Kinder beim Tod ihrer Mutter zwar enterbt waren, dafür aber – vorbehaltlich der Nr. III Abs. 3 und 4 des Erbvertrages – den Erblasser als zuletzt verstorbenen Ehegatten beerben sollten.

cc) Das Beschwerdegericht hat auch die von den Ehegatten unter Nr. III Abs. 3 und 4 des Erbvertrages vereinbarte Änderungsbefugnis ohne Rechtsfehler ausgelegt.

(1) Ein solcher erbvertraglicher Vorbehalt, der es dem Erblasser ermöglichen soll, in bestimmtem Rahmen über die Vergabe des Nachlasses einseitig und anders als im Erbvertrag vorgesehen zu verfügen, ist nach den Grundsätzen der Vertragsfreiheit jedenfalls dann zulässig, wenn – wie hier – mindestens eine bindende Verfügung bestehenbleibt (vgl. BGHZ 26, 204/208; BGH NJW 1982, 441/442; BayObLGZ 1961, 206/210; BayObLG FamRZ 1991, 1359/1360; *Staudinger/Kanzleiter* BGB 12. Aufl. Rdnr. 12 m.w.N. *Soergel/Wolf* BGB 12. Aufl. Rdnr. 7, MünchKomm/*Musielak* BGB 2. Aufl. Rdnr. 15 und 18, jeweils zu § 2278; *Palandt/Edenhofer* Rdnr. 3, *Dittmann/Reimann/Bengel* Testament und Erbvertrag 2. Aufl. § 2289 Rdnr. 21 f., jeweils zu § 2289). Bei dem Vorbehalt, vom Erbvertrag abweichende Verfügungen treffen zu dürfen, handelt es sich – wovon das Beschwerdegericht ausgeht – in der Regel nicht um einen Rücktrittsvorbehalt im Sinn von § 2293 BGB (vgl. *Palandt/Edenhofer* Rdnr. 2, MünchKomm/*Musielak* Rdnr. 3, *Staudinger/Kanzleiter* Rdnr. 7, jeweils zu § 2293). Im vorliegenden Fall wurde dem Erbvertragsteil gerade nicht das Recht eingeräumt, beliebige andere Verfügungen zu treffen (vgl. BayObLG FamRZ 1989, 1353/1354).

(2) Den Inhalt des Änderungsvorbehalts (Nr. III Abs. 3 und 4 des Erbvertrags) hat das Beschwerdegericht rechtlich einwandfrei als ein auf die Kinder der ersten Ehefrau und deren eheliche Abkömmlinge beschränktes Recht zu späteren abweichenden letztwilligen Verfügungen ausgelegt.

(3) Für das Rechtsbeschwerdegericht steht damit fest, daß der Erblasser nicht ermächtigt war, nach dem Tod seiner ersten Ehefrau die vertragsmäßige Schlußerbeneinsetzung durch Testament vom 25.7.1994 einseitig aufzuheben (§§ 2293, 2297 Satz 1, § 2298 Abs. 3, §§ 2254, 2258 BGB). Infolgedessen hat das Beschwerdegericht zu Recht angenommen, daß die Alleinerbensetzung der Beteiligten zu 1 die erbvertragliche Rechtsstellung der Schlußerben beeinträchtigt und somit gemäß § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam ist.

3. Das Beschwerdegericht hat die von der Beteiligten zu 1 erklärte Anfechtung der im Erbvertrag vom 18.12.1975 enthaltenen Schlußerbeneinsetzung als unbegründet angesehen. Auch die hiergegen gerichteten Einwendungen greifen nicht durch.

a) Mit der am 25.8.1995 und damit vor Ablauf eines Jahres nach dem Erbfall (§ 2082 Abs. 1 und 2 BGB) eingegangenen Anfechtungserklärung vom 24.8.1995 hat die hierzu berechnete Beteiligte zu 1 (§ 2080 Abs. 1, § 1931, 1937 BGB) gegenüber dem Nachlaßgericht (§ 2081 Abs. 1 BGB) verschiedene Anfechtungsgründe geltend gemacht. Sie stützt ihre Anfechtung in erster Linie auf einen angeblichen Irrtum des Erblassers über die Bindungswirkung des Erbvertrags gemäß §§ 2078, 2281 Abs. 1 BGB. Außerdem behauptet die Beteiligte zu 1, der Erblasser habe nach seiner Wiederheirat eine auf §§ 2079, 2281 Abs. 1 BGB gestützte Anfechtung nur deshalb unterlassen, weil er irrtümlich von einem Ausschuß des Anfechtungsrechts durch die in Nr. II des Erbvertrags vom 18.12.1975 enthaltene Regelung ausgegangen sei und weil er zudem angenommen habe, daß der Erbvertrag durch die Wiederheirat von selbst außer Kraft trete.

b) Die auf einen Irrtum des Erblassers bei Errichtung des Erbvertrags gestützte Anfechtung gemäß § 2078 BGB wird zwar durch die gleichzeitig erklärte Anfechtung wegen des Hinzutretens einer neuen Pflichtteilsberechtigten gemäß § 2079 BGB nicht ausgeschlossen, weil es sich hierbei um zwei selbständige Anfechtungstatbestände handelt (vgl. *Soergel/Loritz* § 2079 Rdnr. 1), die auf verschiedenen tatsächlichen Voraussetzungen beruhen. Die auf § 2078 BGB gestützte Anfechtung scheidet hier aber schon daran, daß das Beschwerdegericht ohne Rechtsfehler zu dem Ergebnis gelangt ist, der behauptete Irrtum des Erblassers zum Umfang der Bindungswirkung des Erbvertrags habe tatsächlich nicht vorgelegen.

aa) Zutreffend ist das Beschwerdegericht davon ausgegangen, daß ein zur Anfechtung gemäß § 2281 Abs. 1 i.V.m. § 2078 Abs. 1, § 119 Abs. 1 BGB mit der Rechtsfolge der Nichtigkeit (§ 142 Abs. 1 BGB) berechtigender Inhaltsirrtum auch darin liegen kann, daß sich der Erblasser bei Abschluß eines Erbvertrags über dessen rechtliche Tragweite, insbesondere über die bei ihm im Gegensatz zum Testament bestehende Bindungswirkung im unklaren war (vgl. OLG Hamm OLGZ 1966, 497/498; *Palandt/Edenhofer* Rdnr. 3, *Soergel/Loritz* Rdnr. 12, jeweils zu § 2078 m.w.N.).

bb) Das Beschwerdegericht hat die Überzeugung gewonnen, daß sich der Erblasser beim Abschluß des Erbvertrags über die Bindungswirkung der Schlußerbeneinsetzung nicht im unklaren gewesen ist.

cc) Die hiergegen gerichteten Einwendungen der Rechtsbeschwerdeführerin sind unbegründet.

(1) Die Frage, ob eine letztwillige Verfügung von einem Inhaltsirrtum im Sinn von § 2078 Abs. 1 BGB beeinflusst war, liegt auf tatsächlichem Gebiet (vgl. BayObLG ZEV 1994, 369/370 m.w.N.). Das Gericht der weiteren Beschwerde hat die Feststellung des der landgerichtlichen Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalts und dessen Würdigung nur auf Rechtsfehler zu überprüfen (vgl. BayObLG NJW 1990, 1857/1858).

(2) Entgegen dem Vortrag der Rechtsbeschwerdeführerin hat das Beschwerdegericht weder das „Beweisthema“ verkannt noch die Beweisanforderungen zu niedrig angesetzt. Zwar kommt es für die Beantwortung der Frage, ob eine Erbvertragspartei sich irrte, nicht auf eine verständige (objektive) Würdigung an, sondern auf die subjektiven Vorstellungen des Vertragserblassers mit allen Besonderheiten seiner Persönlichkeit (vgl. BGH FamRZ 1983, 898/899). Wird aber wie

hier ein Irrtum des Erblassers behauptet, der im Gegensatz zum Wortlaut und Inhalt des von ihm errichteten Erbvertrags sowie zum Inhalt späterer notarieller Urkunden steht, so ist es aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wenn das Beschwerdegericht als Hauptkenntnisquelle auf den Wortlaut und Inhalt dieser Urkunden abgestellt hat.

(3) Soweit das Beschwerdegericht bei der Einbeziehung der zeitlich nach dem Erbvertrag errichteten Urkunden Rückschlüsse auf den rechtsgeschäftlichen Willen des Erblassers zur Zeit der Erbvertragserrichtung gezogen (vgl. BGH FamRZ 1987, 475/476; BayObLG NJW-RR 1996, 1351) und hierbei den zeitnäher zum Erbvertrag liegenden notariellen Verträgen aus dem Jahr 1989 (Übergabsvertrag vom 20.9.1989 sowie Vertrag vom 18.12.1989) größeres Gewicht beigemessen hat als dem späteren, erst nach der Wiederverheiratung errichteten Testament vom 25.7.1994, ist diese Gewichtung aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Das Beschwerdegericht trifft als Gericht der Tatsacheninstanz seine Feststellungen unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts des Verfahrens aus freier Überzeugung in sinngemäßer Anwendung des § 286 ZPO und beurteilt auch den Wert einzelner Beweismittel grundsätzlich frei (vgl. *Keidel/Amelung* FGG 13. Aufl. § 12 Rdnr. 188).

Hierbei hat es auch die Beweiskraft der notariellen Urkunden zutreffend bewertet, zumal das Gesetz den Urkundenbeweis als das sicherste Beweismittel (vgl. *Zöller/Geimer* ZPO 20. Aufl. Vorbem. vor § 415 Rdnr. 9) ansieht. Aufgrund der formellen Beweiskraft der notariellen Urkunden (vgl. BGH DNotZ 1986, 78/79) durfte das Beschwerdegericht davon ausgehen, daß die beurkundeten Erklärungen tatsächlich abgegeben wurden (vgl. *Thomas/Putzo* ZPO 20. Aufl. § 415 Rdnr. 5). Soweit es aufgrund seiner freien Beweiswürdigung dem Inhalt der vorliegenden notariellen Urkunden (vgl. *Thomas/Putzo* a.a.O.) entnommen hat, dem Erblasser sei noch beim Abschluß des Übergabsvertrags vom 20.9.1989 die Bindungswirkung der erbvertraglichen Schlußerbeneinsetzung bewußt gewesen, da die Beteiligte zu 4 in diesem Vertrag auf ihre Ansprüche aus dem Erbvertrag vom 18.12.1975 ausdrücklich verzichtet und der Erblasser diesen Verzicht angenommen hat, sind Rechtsfehler nicht erkennbar. Das Beschwerdegericht hat alle wesentlichen Umstände berücksichtigt. Es durfte darauf abstellen, daß sämtliche notariellen Urkunden aus der Zeit von 1975 bis mindestens einschließlich 1989 belegen, daß der Erblasser über die bindende Wirkung der Schlußerbeneinsetzung seiner Stiefkinder beim Abschluß des Erbvertrags im Jahr 1975 Bescheid wußte. Zu Recht hat es hervorgehoben, daß schon nach dem auch für einen Laien eindeutigen Wortlaut des Erbvertrags (Nr. III) eine Abänderung der Schlußerbeneinsetzung zugunsten anderer Personen als der Kinder der ersten Ehefrau ausdrücklich ausgeschlossen ist, daß die Ehegatten die von ihnen getroffenen Bestimmungen wechselseitig erbvertragsmäßig angenommen haben (Nr. IV) und daß die Vertragsschließenden über die Wirkung der von ihnen getroffenen Bestimmungen sowie über das Wesen des Erbvertrages vom amtierenden Notar belehrt worden sind (Nr. V des Erbvertrags). Zudem hat der Erblasser am 18.12.1989 eine notarielle Belehrung über die Bindungswirkung der Schlußerbeneinsetzung unterzeichnet. Ein geheimer Vorbehalt des Erblassers, die Rechtsfolgen seines Verhaltens nicht zu wollen, wäre unbeachtlich (§ 116 Satz 1 BGB). Soweit die Rechtsbeschwerdeführerin sich darauf beruft, daß der Erblasser im Testament vom 25.7.1994 davon ausgegangen sei, über seinen Nachlaß frei verfügen zu

können, setzt sie ihre abweichende Überzeugung an die Stelle der vom Beschwerdegericht gezogenen Schlußfolgerungen (§ 27 Abs. 1 FGG, § 561 Abs. 2 ZPO). Ein erst nach der Errichtung entstandener Irrtum kann nicht ursächlich für die im Jahr 1975 verfügte Schlußerbeneinsetzung sein.

dd) Unbegründet ist auch die Rüge der Rechtsbeschwerdeführerin, das Beschwerdegericht habe seine Ermittlungspflicht (§§ 12, 15 Abs. 1 FGG) dadurch verletzt, daß es von einer Vernehmung der Urkundsnotare sowie weiterer Zeugen abgesehen hat. (*Wird ausgeführt.*)

c) Das Beschwerdegericht hat die Anfechtung des Erbvertrags vom 18.12.1975 auch insoweit als unbegründet angesehen, als die Beteiligte zu 1 sich darauf beruft, als Pflichtteilsberechtigte (§ 2303 Abs. 2 BGB) übergangen worden zu sein. Auch hiergegen wendet sich die Rechtsbeschwerdeführerin ohne Erfolg.

aa) Zutreffend hat das Beschwerdegericht darauf abgestellt, daß eine auf § 2079 Satz 1 BGB gestützte Anfechtungserklärung der Beteiligten zu 1 (vgl. BayObLGZ 1989, 327/330 m.w.N.) nur dann wirksam sein kann, wenn das Anfechtungsrecht des Erblassers (§ 2281 Abs. 2079 Satz 1 BGB) bei seinem Tode (24.6.1995) noch nicht erloschen war (§ 2285 BGB).

bb) Gemäß § 2283 Abs. 1 BGB kann die Anfechtung durch den Erblasser nur binnen Jahresfrist erklärt werden. Diese beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem der Erblasser von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt (§ 2283 Abs. 2 Satz 1 BGB), d.h. alle Tatsachen kennt, die für die Anfechtung erforderlich sind (BayObLGZ 1990, 95/98 f.). Dies sind, wenn wie hier der überlebende Ehegatte nach dem Tod des anderen Ehegatten eine vertragsmäßig bindende Schlußerbeneinsetzung in einem Erbvertrag anfechten kann, weil er erneut geheiratet hat (§ 2281 Abs. 1, § 2079 Satz 1 BGB), der Tod der ersten Ehefrau, die Annahme der Erbschaft nach deren Tod, die Tatsache der Wiederverheiratung und das Vorhandensein des Erbvertrags mit der Schlußerbeneinsetzung (§§ 2280, 2269 Abs. 1, § 2278 BGB). Zutreffend hat das Beschwerdegericht festgestellt, daß die Anfechtungsfrist frühestens mit dem Zeitpunkt der Wiederverheiratung am 29.8.1990 (§ 2281 Abs. 1 BGB Halbsatz 2) in Lauf gesetzt wurde. Es hat auch beachtet, daß der Beginn der Frist davon abhängt, daß sich der Anfechtungsberechtigte bei der zweiten Eheschließung ohne weitere Gedächtnishilfe an die Schlußerbeneinsetzung erinnern würde, falls er sich mit der Frage der Nachlaßregelung befassen sollte (vgl. BayObLG FamRZ 1995, 1024/1025 m. Anm. *Leipold* ZEV 1995, 99; BGB-RGRK/*Johannsen* 12. Aufl. § 2271 Rdnr. 46). Hier lag der Erbvertragsabschluß im Jahr 1975 zwar lange Zeit zurück. Das Beschwerdegericht hat aber zu Recht darauf abgestellt, daß der Erblasser durch die ihm am 18.12.1989 erteilte notarielle Belehrung an den von ihm selbst abgeschlossenen Erbvertrag und an die Bindungswirkung der darin enthaltenen Schlußerbeneinsetzung erinnert wurde. Ohne Rechtsfehler durfte es annehmen, daß dem Erblasser im Zeitpunkt der zweiten Eheschließung alle Tatsachen bekannt waren, die ein Anfechtungsrecht gemäß § 2079 BGB hätten begründen können. Für ihn endete deshalb die Anfechtungsfrist gemäß §§ 2283 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1, § 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2 BGB ein Jahr nach der zweiten Eheschließung vom 29.8.1990. Der Erblasser selbst hat zu seinen Lebzeiten keine Anfechtung des Erbvertrags erklärt. Die Beteiligte zu 1 ist gemäß § 2285 BGB an eine Fristversäumnis des Erblassers gebunden.

cc) Die Einwendung der Rechtsbeschwerdeführerin, der Lauf der Anfechtungsfrist sei durch einen Irrtum des Erblassers gehemmt worden, ist unbegründet. Das gilt sowohl für ihre Behauptung, der Erblasser habe angenommen, der Erbvertrag trete mit der zweiten Eheschließung von selbst außer Kraft als auch für die weitere mit der ersten an sich in Widerspruch stehende Behauptung, er habe geglaubt, daß eine Anfechtung gemäß § 2079 BGB durch die in Nr. II des Erbvertrags getroffene Bestimmung „ohne Rücksicht auf gegenwärtige oder künftige Pflichtteilsrechte“ ausgeschlossen sei.

(1) Das Beschwerdegericht hat zutreffend ausgeführt, daß für den Beginn der Anfechtungsfrist ein Rechtsirrtum nur dann beachtlich ist, wenn er die Unkenntnis einer die Anfechtung begründenden Tatsache zur Folge hat. Dagegen ist er unbeachtlich, wenn es sich nur um eine rechtsirrtümliche Beurteilung des Anfechtungsstatbestandes selbst handelt (BGH FamRZ 1970, 79/81; BayObLGZ 1990, 95/99 f.; BayObLG MittBayNot 1991, 84/85 f.; OLG Hamm OLGZ 1971, 312/314 ff.; *Palandt/Edenhofer* § 2283 Rdnr. 1). Für beide von der Rechtsbeschwerdeführerin vorgetragene Behauptungen hat das Beschwerdegericht einen für den Lauf der Anfechtungsfrist unbeachtlichen Rechtsirrtum angenommen. Auch hiergegen wendet sich die Rechtsbeschwerdeführerin ohne Erfolg.

(2) Geht man zugunsten der Rechtsbeschwerdeführerin aufgrund des Testaments vom 25.7.1994 davon aus, daß der Erblasser sich der auch nach der zweiten Eheschließung weiterbestehenden Bindungswirkung des Erbvertrags nicht bewußt war, weil er glaubte, mit der zweiten Eheschließung trete der Erbvertrag unmittelbar außer Kraft, und nimmt man an, daß er demgemäß auch nicht gewußt habe, er könne den Erbvertrag gemäß § 2079 BGB wegen eines neuen Pflichtteilsberechtigten anfechten, liegt kein Tatsachenirrtum vor. Vielmehr handelt es sich – wie das Beschwerdegericht zutreffend erkannt hat – bei der Fehleinschätzung der weiterhin bestehenden Bindungswirkung des Erbvertrags um einen Rechtsirrtum, nämlich eine Rechtsunkenntnis des Erblassers, die den Lauf der Anfechtungsfrist nicht hindert (vgl. BayObLGZ 1990, 95/99 f.).

(3) Geht man dagegen aufgrund der weiteren Behauptung der Rechtsbeschwerdeführerin davon aus, der Erblasser habe angenommen, ein durch Wiederheirat entstandenes Anfechtungsrecht gemäß §§ 2079, 2303 Abs. 2 BGB sei dadurch ausgeschlossen, daß die Ehegatten sich gemäß Nr. II des Erbvertrags „ohne Rücksicht auf gegenwärtige oder künftige Pflichtteilsrechte“ gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt haben (vgl. BGH NJW 1983, 2247/2249 für eine ähnliche Klausel), wäre schon der Tatbestand des § 2079 BGB nicht erfüllt. Denn das Anfechtungsrecht aus § 2079 Satz 1 BGB ist auch in Fällen, in denen ein Anfechtender wie hier erst nach Errichtung der letztwilligen Verfügung pflichtteilsberechtigter wurde (§ 2303 Abs. 2 BGB), nur dann gegeben, wenn der Erblasser den Pflichtteilsberechtigten im Sinn von § 2079 Satz 1 BGB übergegangen hat.

Weder der Erblasser (vgl. § 2281 Abs. 1 BGB) noch der Pflichtteilsberechtigte (§ 2080 Abs. 1 BGB) kann mit Erfolg anfechten, wenn der Erblasser bewußt eine endgültige Regelung ohne Rücksicht auf etwa noch hinzutretende Pflichtteilsberechtigte treffen wollte (vgl. BayObLGZ 1993, 389/395 f. m.w.N.; *Palandt/Edenhofer*, *Soergel/Loritz* jeweils Rdnr. 3 zu § 2079).

Offenbleiben kann auch die vom Beschwerdegericht nicht mehr geprüfte Frage, ob dem Vorbringen der Beteiligten zu 1

zu entnehmen ist (vgl. BayObLGZ 1989, 327/330), daß sie den Erbvertrag vom 18.12.1975 auch wegen eines Inhaltsirrtums des Erblassers über die Bedeutung der in Nr. II enthaltenen Regelung anfechten will. Ein Irrtum über den Ausschluß des Anfechtungsrechts nach § 2079 BGB kann als Rechtsirrtum den Erblasser gemäß § 2281 Abs. 1 i.V.m. § 2078 Abs. 1 BGB, die Beteiligte zu 1 gemäß § 2080 BGB zur Anfechtung berechtigen. Auch wenn im vorliegenden Fall für eine so begründete Anfechtung die Anfechtungsfrist nicht abgelaufen ist, durfte das Beschwerdegericht von einer Prüfung insoweit absehen. Denn eine Anfechtung des Ausschlusses des Anfechtungsrechts aus § 2079 BGB hätte im vorliegenden Fall nicht die Unwirksamkeit des gesamten Erbvertrags oder der Schlußerbeneinsetzung zur Folge, weil gemäß § 2298 Abs. 3 BGB ein anderer Wille der Vertragspartner anzunehmen ist. Aufgrund des gesamten Inhalts des Erbvertrags hätte die auf einen Irrtum über den Inhalt der Nr. II des Erbvertrags gestützte Anfechtung zur Folge, daß nur die Klausel über den Ausschluß des Anfechtungsrechts eines „gegenwärtigen oder künftigen Pflichtteilsberechtigten“ gemäß § 142 Abs. 1 BGB nichtig wäre. Der Erbvertrag im übrigen bliebe wirksam.

d) Schließlich hat das Beschwerdegericht ohne Rechtsfehler angenommen, daß die Beteiligte zu 4 als Schlußerbin ausschied, ohne daß die Beteiligten zu 5 bis 8 an ihre Stelle getreten sind.

aa) Die notariell beurkundete Zuwendungsverzichtserklärung (§§ 2347, 2348, 2352 BGB) der Beteiligten zu 4 erstreckt sich nicht kraft Gesetzes auf ihre Abkömmlinge (Beteiligte zu 5 bis 8); denn die Vorschrift des § 2349 BGB, wonach sich die Wirkung eines Erbverzichts auch auf die Abkömmlinge des Verzichtenden erstreckt, gilt nur für den Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht, dagegen nicht für erbvertragliche Zuwendungen (§ 2352 BGB; vgl. BayObLG Rpfleger 1984, 65; OLG Köln FamRZ 1990, 99/100; *Palandt/Edenhofer* § 2352 Rdnr. 6; MünchKomm/Strobel § 2352 Rdnr. 14; *Soergel/Damrau* § 2349 Rdnr. 2; a. A.: vgl. *Staudinger/Schotten* BGB 13. Bearbeitung § 2352 Rdnr. 31 ff., 38; *Schotten* ZEV 1997, 1, 4; *Mayer* ZEV 1995, 41/45 sowie ZEV 1996, 127/131; *Lange/Kuchinke* Lehrbuch des Erbrechts 4. Aufl. § 7 III 2 b und c).

bb) Hier ist dem Erbvertrag bereits durch ergänzende Auslegung zu entnehmen, daß sich der Verzicht auf eine erbvertragliche Zuwendung auch auf die Abkömmlinge des Verzichtenden erstreckt. Das gilt auch dann, wenn im Erbvertrag – wie hier – eine Ersatzregelung für die Schlußerbin festgelegt ist. Hier hat das Nachlaßgericht die im Erbvertrag vom 18.12.1975 (Nr. III Abs. 2) bestimmte Ersatzerbenregelung (§ 2096 BGB) ergänzend dahin ausgelegt, daß sie jedenfalls nicht für den Fall gewollt sei, daß einer der als Schlußerben Bedachten bereits zu Lebzeiten Vermögenswerte in Höhe seines Erbteils erhalten hat. Für diese Auslegung spricht, daß es den Ehegatten in erster Linie darauf ankam, andere Personen als die erstehelichen Kinder der Ehefrau des Erblassers von der Schlußerbin auszuschließen. Das Beschwerdegericht, das sich der rechtlich einwandfreien Auslegung des Nachlaßgerichts angeschlossen hat, ist somit ohne Rechtsfehler zu dem Ergebnis gelangt, daß die Beteiligte zu 4 unter vollständiger Abfindung auf Ihre Rechtsstellung als Schlußerbin verzichtet hat, daß die Beteiligten zu 5 bis 8 nicht als Miterben an ihre Stelle getreten sind und daß dieser Anteil den Beteiligten zu 2 und 3 angewachsen ist (§ 2094 Abs. 1 Satz 1 BGB).

## Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht

16. BGB §§ 705, 730 Abs. 1 (*Auseinandersetzungsanspruch einer GbR als Gesellschafterin einer aufgelösten GbR*)

- 1. Eine (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann Gesellschafterin einer anderen Gesellschaft bürgerlichen Rechts sein.**
- 2. Grundsätzlich können nach Auflösung der Gesellschaft die auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhenden Ansprüche nur noch im Rahmen einer abschließenden Auseinandersetzungsrechnung berücksichtigt werden. Eine Ausnahme gilt nicht nur dann, wenn bereits vor der Beendigung der Auseinandersetzung mit Sicherheit feststeht, daß ein Gesellschafter jedenfalls einen bestimmten Betrag verlangen kann oder die gesellschaftliche Treuepflicht verletzt ist, sondern auch dann, wenn sich aus Sinn und Zweck der gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen ergibt, daß sie im Falle der Auflösung der Gesellschaft ihre Selbständigkeit behalten sollen.**

BGH, Urteil vom 2.10.1997 – II ZR 249/96 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH

*Aus dem Tatbestand:*

H. (Kläger zu 1; dieser hat gegen das angefochtene Urteil keine Revision eingelegt) und M. (Kläger zu 2) kauften am 14. 10.1992 mit notariellem Vertrag als Gesellschafter einer am selben Tag gegründeten Gesellschaft bürgerlichen Rechts mehrere Grundstücke für rund 14,8 Mio. DM, um sie zu bebauen. Sie wurden durch Auflassungsvormerkungen gesichert, haben aber bisher kein Eigentum an den Grundstücken erworben. Am 17.10.1993 trat die Beklagte zu 1 „in die bestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit aufschiebender Bedingung der Zustimmung der Geschäftsleitung ... mittels einer noch abzuschließenden Vereinbarung“ ein. Sie sollte mit 90% am Vermögen sowie am Gewinn und Verlust beteiligt werden. Die „Neugesellschaft“ sollte „alle bisher angefallenen Kosten der Gesellschaft“ übernehmen und damit „den von den Altgesellschaftern privat getragenen Aufwand durch Aufnahme von Darlehen“ ausgleichen. Die Alt- und Neugesellschafter unterwarfen sich nach dem Neueintritt der Beklagten zu 1 „einem neuen Gesellschaftsvertrag gemäß Anlage 3“; in dieser Anlage ist der Beklagte zu 2 nicht als „Neugesellschafter“ aufgeführt.

Mit Vertrag vom 10.3.1994 schlossen „M. und H. in Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ (im folgenden: „M. und H.“), die Beklagte zu 1 und der Beklagte zu 2 einen Gesellschaftsvertrag „GbR W.-Ho.“ der die „Planung und die Bebauung der Grundstücke, die Übernahme der technischen und kaufmännischen Baubetreuung, die Vermietung und die Vermarktung der bebauten oder unbebauten Grundstücke oder von Teilen derselben“ vorsah und die Tätigkeitsbereiche der Gesellschafter näher regelte. Die Beklagte zu 1 erhielt einen Anteil von 60%, der Beklagte zu 2 einen solchen von 30% und die am Vertragsabschluß beteiligte Gesellschaft bürgerlichen Rechts „M. und H.“ den Restanteil von 10%. Mit Schreiben vom 21.4.1994 wies die Beklagte zu 1 darauf hin, daß eine Genehmigung des Projekts durch ihren Vorstand nicht vorliege, und kündigte die Vereinbarung vorsorglich. Am 17.5.1994 berief sich auch der Beklagte zu 2 darauf, ein Vertrag sei nicht wirksam zustandegekommen, und kündigte ebenfalls vorsorglich.

Der Kläger zu 2 ist der Ansicht, die Beklagten seien der Gesellschaft wirksam beigetreten. Er nimmt sie wegen anteiliger Notarkosten sowie auf Freistellung von Verbindlichkeiten gegenüber dem Finanzamt Eb. wegen der Grunderwerbsteuern in Anspruch. Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Die Revision des Klägers zu 2 führte zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

*Aus den Gründen:*

A. Die Klage ist nach Meinung des Berufungsgerichts schon deshalb unbegründet, weil die Verträge vom 17.9.1993 und vom 10.3.1994 formunwirksam seien. Dies greift die Revision mit Erfolg an.

I. Entgegen den von den Revisionserwiderungen vorgetragenen Ansichten ist die „M. und H.“ Gesellschaft bürgerlichen Rechts aktivlegitimiert; die Beklagten sind passivlegitimiert.

1. Die „M. und H.“ Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann Inhaberin des gegen die Beklagten geltendgemachten Anspruchs sein.

a) Sie war nicht gehindert, weitere Gesellschafter aufzunehmen und nach der von den Parteien gewählten Konstruktion dadurch Mitgesellschafterin der „GbR W.-Ho.“ zu werden, deren Zweck die Bebauung und Verwertung der fraglichen Grundstücke in E. war und die deshalb ebenfalls eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Sinne der §§ 705 ff. BGB darstellte.

Als Gesamthandsgemeinschaft ihrer Gesellschafter kann die (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach heutiger Auffassung als Teilnehmerin am Rechtsverkehr grundsätzlich, d.h. soweit nicht spezielle rechtliche Gesichtspunkte entgegenstehen, jede Rechtsposition einnehmen. So ist sie in der Regel befugt, als Gründerin oder spätere Gesellschafterin einer juristischen Person aufzutreten (vgl. BGHZ 116, 86, 88 ff. – zur Genossenschaft). Die herrschende Meinung erkennt ihr zutreffend auch die Fähigkeit zu, Gesellschafterin einer anderen Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu sein (vgl. RGZ 136, 236, 240; 142, 13, 21; *Happ/Brunckhorst* 21; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. § 59 I 1 b S. 1731 und § 45 I 2 a S. 1307; *MünchKomm.-Ulmer*, BGB, 3. Aufl. § 705 Rdnr. 67).

b) Nach dem bisherigen Vortrag der Parteien liegt es nahe, die von den Klägern geltend gemachten Ansprüche auf Ersatz ihrer Aufwendungen als Teile einer Auseinandersetzungsforderung zu bewerten, die durch die Auflösung der „GbR W.-Ho.“ entstanden sein könnte. Die Parteien gehen davon aus, daß diese Gesellschaft – ihre Existenz vorausgesetzt – sich inzwischen jedenfalls im Stadium der Abwicklung befindet. § 15 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages vom 10.3.1994, wonach die verbleibenden Gesellschafter die Gesellschaft fortführen, ist nicht anwendbar, weil nach den Kündigungen durch die Beklagten nur noch eine Gesellschafterin, nämlich die „M. und H.“ GbR, verbliebe.

Im Stadium der Abwicklung sind gemäß § 732 Abs. 1 BGB die gemeinschaftlichen Schulden zu berichtigen (§ 732 Abs. 1 BGB; § 17 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages vom 10.3.1994). Dazu zählen auch die Sozialverbindlichkeiten der Gesamthand gegenüber einzelnen Gesellschaftern, die ihren Rechtsgrund im Gesellschaftsvertrag haben (*MünchKomm.-Ulmer* a.a.O. § 733 Rdnr. 6). Hat die Gesellschaft „GbR W.-Ho.“ die bereits angefallenen Kosten der Gesellschaft „M. und H.“ übernommen (vgl. dazu unten B), könnte letztere verlangen, daß die Kosten entsprechend der vertraglichen Regelung aufgeteilt werden. Zwar werden die Einzelansprüche der Gesellschafter grundsätzlich zu unselbständigen Rechnungsposten der Auseinandersetzungsbilanz (vgl. Senatsurteil vom 10.5.1993 – II ZR 111/92, ZIP 1993, 919, 920 m.w.N.). Eine Ausnahme ist allerdings dann anzunehmen, wenn schon vor der Beendigung der Auseinandersetzung

zung mit Sicherheit feststeht, daß ein Gesellschafter jedenfalls einen bestimmten Betrag verlangen kann (Senatsurteil vom 24.10.1994 – II ZR 231/94, BGHR BGB § 730 Abs. 1 – Auseinandersetzungsrechnung 4 m.w.N.) oder wenn die gesellschaftliche Treuepflicht verletzt ist (BGHZ 10, 91, 101; (Senatsurteil vom 22.2.1971 – II ZR 100/68, WM 1971, 723, 725). Einzelsprüche gegen andere Gesellschafter können auch dann gesondert weiterverfolgt werden, wenn sich aus dem Sinn und Zweck der gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen ergibt, daß sie im Falle der Auflösung der Gesellschaft ihre Selbständigkeit behalten sollen.

2. Die Kläger haben die Klage als Gesamthänder erhoben. Daß nur der Kläger zu 2, nicht aber sein Mitgesellschafter das Revisionsgericht angerufen hat, ist rechtlich unerheblich. Der Kläger zu 2 konnte selbständig ein Rechtsmittel einlegen (vgl. *Zöller/Vollkommer*, ZPO, 20. Aufl. § 62 Rdnr. 32; MünchKomm.-*Schilken*, ZPO, § 62 Rdnr. 52; vgl. auch BGH, Urteil vom 12.1.1996 – V ZR 246/94, NJW 1996, 1060, 1061 m.w.N.). Er verlangt weiterhin Zahlung an sich und seinen Mitgesellschafter.

II. Der Meinung des Berufungsgerichts, die Gesellschaftsverträge vom 17.9.1993 und vom 10.3.1994 seien wegen Verstoßes gegen § 313 BGB formunwirksam, kann – in Übereinstimmung mit der Revision – nicht gefolgt werden.

1. Nach § 313 Satz 1 BGB bedarf ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, der notariellen Beurkundung. Dies trifft auf einen Gesellschaftsvertrag, der den Zweck einer Grundstücksgesellschaft mit „Verwaltung und Verwertung“ beschreibt, einen Verkauf der Grundstücke aber nicht bindend festlegt, nicht zu (vgl. BGH, Urteil vom 13.2.1996 – XI ZR 239/94, WM 1996, 537, 538 = ZIP 1996, 547, 548 m.w.N.).

So liegt der Fall hier. Als Zweck der Gesellschaft ist weder in dem Vertrag vom 10.3.1994 noch in dem vom 17.9.1993 der Erwerb und die Veräußerung der fraglichen Grundstücke genannt. In dem notariell beurkundeten Vertrag vom 14.10.1992 wird als Zweck der „M. und H.“ Gesellschaft „der Erwerb, die Bebauung und Vermarktung der im nachstehenden Grundstückskaufvertrag näher bezeichneten Grundstücke in E.“ angeführt. Der Erwerb der Grundstücke war mit diesem Kaufvertrag aber bereits in die Wege geleitet, so daß es weiterer Verpflichtungserklärungen später beitretender Gesellschafter nicht bedurfte. Überdies war eine Verpflichtung zur Veräußerung der Grundstücke in den fraglichen Verträgen nicht vorgesehen. Als „Vermarktung“ stellten sich die Vertragspartner auch die „Vermietung“ oder die Nutzung über Fondsanteile vor (§ 1 Abs. 3, § 5 Abs. 2 Punkt 2.06 des Vertrages vom 10.3.1994).

2. Hinzukommt, daß Verkäufe aller Art der Einstimmigkeit bedurften (§ 8 Abs. 5 des Gesellschaftsvertrages). Müssen alle Gesellschafter an dem Veräußerungsvorgang mitwirken, so ist auch deshalb, entsprechend der Funktion der Formvorschrift, die Vertragspartner vor übereilten Bindungen auf dem Grundstücksmarkt zu schützen, für das Eingreifen von § 313 BGB kein Raum (vgl. MünchKomm.-*Ulmer* a.a.O., § 705 Rdnr. 35 m.w.N.).

3. Endlich ist die Verpflichtung, Grundstückseigentum zu erwerben oder zu veräußern, nicht Gegenstand eines Vertrages, mit dem sich jemand verpflichtet, in eine Personengesellschaft mit Grundbesitz einzutreten, aus ihr auszuschneiden oder Anteile an ihr zu übertragen oder zu erwerben. Der Erwerb oder Verlust der (gesamthänderischen) Mitberechtigung

an einem Gesellschaftsgrundstück ist vielmehr in diesen Fällen nur eine gesetzliche Folge des Erwerbs oder Verlusts der Mitgliedschaft und die Konsequenz davon, daß das Gesellschaftsvermögen auch bei einem Mitgliederwechsel stets dem jeweiligen Gesellschafterkreis zugeordnet bleibt (§ 738 Abs. 1 Satz 1 BGB). Für rechtsgeschäftliche Verfügungen über das Eigentum an Gegenständen des Gesellschaftsvermögens (wie Grundstücken) ist insoweit kein Raum (vgl. BGHZ 86, 367, 369 f.). Für eine Anwendung des § 313 BGB im Bereich der gesellschaftsrechtlichen Übertragungsakte sind daher allenfalls die Fälle einer bewußten Umgehung der Vorschrift in Betracht zu ziehen, wo etwa Grundstücksgesellschaften nur zu dem Zweck gegründet werden, um mit Hilfe der hier verfügbaren rechtlichen Konstruktionsmöglichkeiten Grundvermögen außerhalb des Grundbuches und ohne förmliche Zwänge beweglicher verlagern zu können (vgl. BGHZ 86, 367, 371). Für einen solchen Ausnahmefall fehlt jeder Anhaltspunkt.

B. Der Anspruch gegen die Beklagte zu 1 ist begründet, wenn er sich aus dem Gesellschaftsvertrag vom 10.3.1994 in Verbindung mit der Vereinbarung vom 17.9.1993 ableiten läßt. Das könnte der Fall sein.

I. Im Revisionsverfahren ist davon auszugehen, daß die Beklagte zu 1 der „M. und H.“ Gesellschaft in der Form wirksam beigetreten ist, daß sich eine „verschachtelte“ Gesellschaft bürgerlichen Rechts ergab.

1. Nach der Vereinbarung vom 17.9.1993 sollte die „Neugesellschaft“ die „bisher angefallenen Kosten“ der „M. und H.“ Gesellschaft übernehmen, wenn ein Vertrag geschlossen wird, aufgrund dessen die Beklagte zu 1 in die bestehende Gesellschaft eintritt.

Der Gesellschaftsvertrag „GbR W.-Ho.“ vom 10.3.1994 ist – das ist im Revisionsverfahren mangels gegenteiliger Feststellungen zu unterstellen – diese entsprechende Vereinbarung. Dafür spricht, daß nach dem Gesellschaftsvertrag vom 10.3.1994 die Gesellschaft „am 14.10.1992 begonnen“ und das erste Kalenderjahr am 31.12.1992 geendet hat (§ 2 Abs. 4 und 5 des Gesellschaftsvertrages), und daß die „Bilanzen der Jahre 1992 und 1993“ als Anlage 1 beiliegen (§ 4 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages vom 10.3.1994). Damit wird deutlich, daß in Wahrheit nicht eine neue Gesellschaft gegründet wurde, sondern die Beklagten in eine bereits bestehende Gesellschaft eintraten.

2. Im Revisionsverfahren ist weiterhin zu unterstellen, die zuständigen Organe der Beklagten hätten der Vereinbarung vom 17.9.1993 wirksam zugestimmt. Die – als Hilfsbegründung zu verstehenden – Ausführungen des Berufungsgerichts zu diesem Punkt halten den Angriffen der Revision nicht stand.

Entgegen der Meinung des Berufungsgerichts kann der Vortrag des Klägers nicht als unsubstantiiert behandelt werden. Eine Partei genügt ihrer Darlegungslast, wenn sie Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht als entstanden erscheinen zu lassen, wobei unerheblich ist, wie wahrscheinlich die Darstellung ist und ob sie auf eigenem Wissen oder einer Schlußfolgerung aus Indizien besteht. Der Pflicht zur Substantiierung ist mithin nur dann nicht genügt, wenn das Gericht aufgrund dieser Darstellung nicht beurteilen kann, ob die gesetzlichen Voraussetzungen der an eine Behauptung geknüpften Rechtsfolge erfüllt sind (vgl. BGH, Urteil vom 29.9.1992 – X ZR 84/90, BGHR ZPO § 253 Abs. 2 Nr. 2 – Substantiierung 5 m.w.N.).

Diesen Voraussetzungen genügt das Vorbringen des Klägers. Er hat unter Beweisanship ausgeführt, der zuständige Direktor

und der Vorstand der Beklagten zu 1 hätten dem Vertrag vom 17.9.1993 zugestimmt; diese seien auch im übrigen genau unterrichtet gewesen und hätten entschieden, daß der Vertrag vom 10.3.1994 ebenfalls unterzeichnet werden solle. Erweist sich dieser Vortrag als zutreffend, sind die Verträge wirksam zustande gekommen.

3. Liegt eine wirksame Zustimmung vor, ist die „Kostenregelung“ der Vereinbarung vom 17.9.1993 damit in Kraft getreten (§§ 158 Abs. 1, 184 Abs. 1 BGB) und Bestandteil des Vertrages vom 10.3.1994 geworden. Die Gesellschaft „GbR W. -Ho.“ schuldete damit der Gesellschaft „M. und H.“ die Erstattung der dieser entstandenen Kosten.

C. Ein Anspruch gegen den Beklagten zu 2 könnte sich ebenfalls ergeben, wenn dieser aus dem Gesellschaftsvertrag vom 10.3.1994 haftet oder persönlich zur Leistung verpflichtet ist.

Der Beklagte zu 2 war zwar nicht Vertragspartner der Vereinbarung vom 17.9.1993. Diese ist jedoch unter den dargestellten Voraussetzungen Bestandteil des Gesellschaftsvertrages vom 10.3.1994 geworden. Kannte sie der Beklagte zu 2, so hat er dies durch den Abschluß des Gesellschaftsvertrages gebilligt. Kannte er sie nicht, so fehlt es an einer Vereinbarung, kraft derer er für die Altschulden der Gesellschaft haftet. Aus dem Gesetz kann eine solche Haftung nicht abgeleitet werden (vgl. BGHZ 74, 240).

D. Damit die Parteien erforderlichenfalls ihren Sachvortrag ergänzen können und das Berufungsgericht die fehlenden weiteren Feststellungen treffen kann, ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zurückzuverweisen.

---

17. GmbHG §§ 10, 44; HdlRgVfg § 43 Nr. 4 (*Keine Eintragung eines Stellvertreterzusatzes für GmbH-Geschäftsführer in das Handelsregister*)

#### **Der stellvertretende Geschäftsführer einer GmbH ist ohne den Stellvertreterzusatz in das Handelsregister einzutragen.**

BGH, Beschluß vom 10.11.1997 – II ZB 6/97 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH

#### *Aus dem Tatbestand:*

Die Beschwerdeführerin, eine GmbH, hat nach § 4 Abs. 1 ihrer Satzung „einen oder mehrere Geschäftsführer oder stellvertretende Geschäftsführer ...“. Sie meldete zur Eintragung in das Handelsregister an, daß Herr S. H. durch den Aufsichtsrat der Gesellschaft zum stellvertretenden Geschäftsführer bestellt worden sei. Das Amtsgericht hat mit Zwischenverfügung die von der Anmelderin begehrte Eintragung des Stellvertreterzusatzes abgelehnt, der dagegen eingelegten Erinnerung nicht abgeholfen und sie als Beschwerde dem Landgericht vorgelegt. Dieses hat mit Beschluß die Beschwerde zurückgewiesen. Dagegen hat die Gesellschaft weitere Beschwerde eingelegt. Sie meint nach wie vor, die Eintragung des Stellvertreterzusatzes in das Handelsregister sei – entsprechend der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur – zulässig.

Das Bayerische Oberste Landesgericht möchte die weitere Beschwerde zurückweisen, sieht sich aber hieran durch die Entscheidungen der Oberlandesgerichte Düsseldorf vom 28.2.1969 (3 W 39/69, NJW 1969, 1259 [= MittBayNot 1969, 159]) und

Stuttgart vom 15.7.1960 (8 W 143/60, NJW 1960, 2150) gehindert und hat deshalb die Sache dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

Die weitere Beschwerde, über die der BGH nach § 28 Abs. 3 FGG zu entscheiden hatte, blieb erfolglos.

#### *Aus den Gründen:*

Auszugehen ist von der Funktion des Handelsregisters, die darin liegt, Tatsachen und Rechtsverhältnisse der Kaufleute und Handelsgesellschaften zu verlautbaren, die für den Rechtsverkehr von wesentlicher Bedeutung sind. In das Handelsregister einzutragen sind die kraft Gesetzes anmeldepflichtigen oder eintragungsfähigen Tatsachen, darüber hinaus nur solche, für deren Eintragung ein erhebliches Bedürfnis des Rechtsverkehrs besteht. Mit Rücksicht auf die strenge Formulierung des Registerrechts ist aber mit gesetzlich nicht vorgesehenen Eintragungen Zurückhaltung geboten (vgl. Sen.Beschluß vom 30.1.1992 – II ZB 15/91, ZIP 1992, 395 = NJW 1992, 1452 [= MittBayNot 1992, 218]). Insbesondere darf dadurch das Handelsregister nicht unübersichtlich werden oder zu Mißverständnissen Anlaß geben. Letzteres läßt sich aber bei der Eintragung des Stellvertreterzusatzes nicht ausschließen.

1. Gemäß § 44 GmbHG gelten die für Geschäftsführer gegebenen Vorschriften auch für deren Stellvertreter (vgl. auch § 94 AktG). Dies bedeutet, daß ein stellvertretender Geschäftsführer im Außenverhältnis dieselbe Stellung wie ein ordentlicher Geschäftsführer hat. Seine Vertretungsmacht ist ebenso wie diejenige eines ordentlichen Geschäftsführers gemäß § 37 Abs. 2 Satz 2 GmbHG im Außenverhältnis nicht beschränkbar, etwa auf den Fall, daß ein ordentlicher Geschäftsführer verhindert ist, mag auch seine Geschäftsführungsbefugnis (im Innenverhältnis) einer entsprechenden Beschränkung unterliegen. Dabei kann hier dahinstehen, ob eine solche Beschränkung im Wege der Auslegung aus der Bestellung zum („nur“) stellvertretenden Geschäftsführer folgt (so *Scholz/Schneider*, GmbHG, 8. Aufl. § 44 Rdnr. 8; *Rowedder/Koppensteiner*, GmbHG, 3. Aufl. § 44 Rdnr. 3) oder einer entsprechenden Regelung im Gesellschaftsvertrag bedarf (vgl. *Lutter/Hommelhoff* a.a.O. § 44 Rdnr. 2). Denn jedenfalls für die Publizitätsfunktion des Handelsregisters kann es nur auf die Außenbefugnisse des Geschäftsführers ankommen. Betriebsinterne Hierarchien zu verlautbaren, ist nicht Zweck des Handelsregisters.

2. Entgegen der Ansicht des OLG Düsseldorf und des OLG Stuttgart (jeweils a.a.O.) läßt sich die Eintragungsfähigkeit des Stellvertreterzusatzes nicht daraus herleiten, daß der stellvertretende Geschäftsführer in § 44 GmbHG, bzw. das stellvertretende Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft in § 94 AktG (früher § 85 AktG, 1937) als „rechtliche Institution“ anerkannt sei. Gegen eine gesetzgeberische Absicht, mit dem Stellvertreter eine besondere Kategorie zu schaffen, spricht vielmehr gerade die ausdrückliche Gleichstellung mit ordentlichen Geschäftsführern bzw. Vorstandsmitgliedern, womit der Gesetzgeber ersichtlich nur eine vorgefundene Erscheinung auf rechtlich sicheren Boden stellen wollte. Nach der für die Eintragung ins Handelsregister maßgebenden Gesetzesbestimmung des § 10 Abs. 1 GmbHG sind nur „die Personen der Geschäftsführer“ und die Art ihrer Vertretungsbefugnis (z.B. Einzel- oder Gesamtvertretung) anmelde- und eintragungspflichtig (vgl. auch § 81 Abs. 1 AktG). § 43 Nr. 4 HRV verdeutlicht dies lediglich – als Konsequenz aus §§ 44 GmbHG, 94 AktG – dahin, daß auch die Stellvertreter von Vorstandsmitgliedern bzw. Geschäftsführern (in

Sp. 4 des Registers ) einzutragen sind, ohne daß damit gesagt wird, daß sie „als Stellvertreter“ einzutragen seien. Wollte man hieraus gegenteiliges entnehmen (so z. B. *Hüffer*, AktG, 2. Aufl. § 94 Rdnr. 3), würde das auf eine obligatorische Eintragung des Stellvertreterzusatzes hinauslaufen, die mit § 10 GmbHG nicht in Einklang stünde.

Entgegen der Ansicht der Oberlandesgerichte Düsseldorf und Stuttgart (jeweils a.a.O.) läßt sich eine fakultative Eintragung des Stellvertreterzusatzes (auf Antrag) auch nicht damit begründen, daß es für einen Dritten wichtig sein könne zu wissen, ob er mit einem nur stellvertretenden Geschäftsführer in Verbindung trete, weil er sich unter Umständen die Einrede der Arglist entgegenhalten lassen müsse, wenn er die Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis des Stellvertreters bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen können. Diese Argumentation läuft darauf hinaus, daß mit dem Stellvertreterzusatz ein der Rechtssicherheit abträglicher Mißtrauenstatbestand gesetzt würde, der mit der Gleichstellung von ordentlichen und stellvertretenden Geschäftsführern gemäß § 44 GmbHG unvereinbar ist.

3. Ein Bedürfnis für die fakultative Eintragung des Stellvertreterzusatzes ist auch bei Gesellschaften mit Aufsichtsrat (wie bei der Beschwerdeführerin offensichtlich der Fall) nicht mit einem Kontrollinteresse der Öffentlichkeit im Hinblick auf § 105 AktG (so aber *Baubach/Hueck/Zöllner*, GmbHG, 16. Aufl. § 44 Rdnr. 14) zu rechtfertigen. Einem Kontrollinteresse hinsichtlich der gemäß § 105 Abs. 2 AktG zeitlich begrenzt zulässigen Bestellung eines Aufsichtsratsmitglieds zum stellvertretenden Vorstandsmitglied kann durch die Eintragung der Bestattungsdauer besser Rechnung getragen werden. Im übrigen ist nicht ersichtlich, daß der im vorliegenden Fall zur Eintragung in das Handelsregister angemeldete Geschäftsführer Aufsichtsratsmitglied ist.

4. Gegen die Eintragungsfähigkeit des Stellvertreterzusatzes spricht schließlich, daß dieser im Rechtsverkehr zu dem Mißverständnis einer nachrangigen Vertretungsbefugnis Anlaß geben kann (so auch *Geßler/Hefermehl*, AktG, § 94 Rdnr. 3; insoweit zustimmend *Hüffer* a.a.O. § 94 Rdnr. 3). Dagegen läßt sich nicht einwenden, daß die wahre Rechtslage ohne weiteres aus § 44 GmbHG zu entnehmen sei (wie die Beschwerdeführerin meint). Die derzeitige Fassung des für den Umfang der Eintragung maßgebenden § 10 Abs. 1 GmbHG beruht auf Art. 2 Abs. 1 lit. d der ersten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 9.3.1968 (ABl. Nr. L 65/8 vom 14.3.1968) und dem zu ihrer Durchführung erlassenen Koordinierungsgesetz vom 15.8.1969 (BGBl. I, 1146). Danach sollen u.a. die Befugnisse der mit der Vertretung von Handelsgesellschaften betrauten Personen für jedermann ohne Schwierigkeiten dem Handelsregister zu entnehmen sein, und zwar auch für denjenigen, der mit den jeweiligen nationalen Vorschriften nicht vertraut ist (vgl. EuGH, Urteil vom 12.11.1974 – Rechtssache 32/74, BB 1974, 1500; Sen.Beschluß vom 5.12.1974 – II ZB 11/73, WM 1975, 8 [= MittBayNot 1995, 131]), was aber bei Eintragung des Stellvertreterzusatzes nicht gewährleistet wäre. Dessen Nichteintragung entspricht daher auch einer richtlinienkonformen Auslegung der §§ 10 GmbHG, 43 Nr. 4 HRV. Einer Vorlage der Sache an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften gemäß Art. 177 Abs. 3 EWG-Vertrag bedarf es bei dieser Rechtslage nicht.

18. BGB § 29; GmbHG § 51 (*Bestellung eines Notgeschäftsführers für eine GmbH*)

- 1. Voraussetzung für die Bestellung eines Notgeschäftsführers für eine GmbH ist, daß ein für die organische Vertretung der GmbH unentbehrlicher Geschäftsführer fehlt oder aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen an der Geschäftsführung verhindert ist.**
- 2. Wird in einer GmbH ein Gesellschafter zu einer Gesellschafterversammlung nicht eingeladen, sind die in einer solchen Versammlung gefaßten Beschlüsse grundsätzlich nichtig.**

(*Leitsatz 1. der Schriftleitung*)

BayObLG, Beschluß vom 28.8.1997 – 3 Z BR 1/97 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

19. BGB, § 181; GmbHG §§ 15, 68 (*Befreiung des GmbH-Liquidators vom Verbot des § 181 BGB*)

**Die im Gesellschaftsvertrag einer GmbH festgelegte Freistellung des Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB gilt nicht für dessen Rechtsstellung als Liquidator, wenn darüber eine Regelung im Gesellschaftsvertrag fehlt.**

OLG Hamm, Beschluß vom 2.1.1997 – 15 W 195/96 –, mitgeteilt von *Dr. Karldieter Schmidt*, Vorsitzender Richter am OLG Hamm

20. PartGG § 1; WPO § 44 b (*Eintragung einer Partnerschaftsgesellschaft*)

- 1. Die Eintragung einer Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten und Wirtschaftsprüfern, die nicht die Voraussetzung für die Anerkennung einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft nach §§ 27 ff. WPO aufweist, ist zulässig.**
- 2. § 44 b Nr. 1 WPO schränkt das Grundrecht der freien Berufsausübung (Art. 12 I, 2 GG) nicht ein.**

LG München I, Beschluß vom 4.12.1997 – 13 T 16594/97 –, mitgeteilt von der 13. Zivilkammer des LG München I

*Aus dem Tatbestand:*

Am 9.11.1995 wurde die Partnerschaft der Rechtsanwälte X. und Y. in das Partnerschaftsregister eingetragen. Am 25.7.1996 erfolgte die Eintragung einer Änderung durch den Hinzutritt weiterer Rechtsanwälte und zweier Steuerberater sowie die Eintragung einer Erweiterung des Gegenstands auf die gemeinschaftliche Ausübung des Berufs des Rechtsanwalts und des Steuerberaters.

Mit notarieller Urkunde vom 30.4.1997 meldete die Partnerschaft eine erneute Änderung zur Eintragung an:

„1. Der Gegenstand der Partnerschaft ist geändert und lautet nunmehr wie folgt:

Gegenstand der Partnerschaft ist die gemeinsame Berufsausübung von Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern, soweit gesetzlich zulässig.

Nicht Gegenstand der Partnerschaft ist die Durchführung von Prüfungen von Jahresabschlüssen und die Erteilung von Bestätigungsvermerken hierzu.

2. Der Name der Partnerschaft ist geändert in:  
... Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater.“

Entsprechend der Anregung im Begleitschreiben des Notars holte das Amtsgericht die Stellungnahme der Hauptstelle der Wirtschaftsprüferkammer in D. ein. Diese Beteiligte hält die Beteiligung eines Wirtschaftsprüfers an einer Nur-Partnerschaft für nicht eintragungsfähig aufgrund des in § 1 Abs. 3 PartGG aufgenommenen Berufsvorbehalts, da gemäß § 27 Abs. 1 WPO die Partnerschaftsgesellschaft nur als Wirtschaftsprüfungsgesellschaft zugelassen sei. Die Voraussetzungen für eine derartige Anerkennung lägen jedoch nicht vor, da die Zahl der Wirtschaftsprüfer unter den persönlich haftenden Gesellschaftern überwiegen müßte. Die in § 44 b WPO geregelte sonstige gemeinsame Berufsausübung sehe diese Ausübung in der Form einer eingetragenen Partnerschaft nicht vor. Berufsrechtlich würde zudem ein unzulässiges Anstellungsverhältnis vorliegen im Sinn von § 43 a Abs. 3 Nr. 2 WPO, da sich der Wirtschaftsprüfer in ein ihn selbstbindendes Vertragsverhältnis begeben. Die Partnerschaft sei ferner nicht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, sondern der OHG in Form einer partiellen Rechtsfähigkeit angenähert. Aus der Zulässigkeit des Zusammenschlusses von Wirtschaftsprüfern in einer Sozietät gemäß § 44 b WPO könne daher nicht auf eine Zulässigkeit der Kooperation in der Form einer Partnerschaftsgesellschaft geschlossen werden.

Rechtspflegerin und Amtsrichter halfen der Erinnerung gegen die abgelehnte Eintragung nicht ab. Die als Beschwerde geltende Erinnerung hatte Erfolg.

#### Aus den Gründen:

Die beantragten Änderungen im Partnerschaftsregister sind eintragungsfähig. Nach dem Berufsrecht der Wirtschaftsprüfer ist auch die Eintragung einer Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten und Wirtschaftsprüfern, die nicht die Voraussetzung für die Anerkennung als Wirtschaftsprüfungsgesellschaft aufweist, zulässig (*M. Hensler*, PartGG, § 1 Rdnr. 156 m.w.N., *Meilicke/v. Westphalen*, PartGG, § 1 Rdnr. 110–112; *Michalski/Römermann*, PartGG, § 1 Rdnr. 112/113, *Seibert* DB 1994, 2481/2383, *Eggesicker*, BB 1995, 2049, a.A. *Burret* WPK-Mitteilungen 1994, 207).

In einer Partnerschaft nach dem PartGG können sich gemäß § 1 Abs. 1 PartGG Angehörige freier Berufe zur Ausübung ihrer Berufe zusammenschließen, wobei Wirtschaftsprüfer ausdrücklich hierzu zählen (§ 1 Abs. 2 PartGG). Jedoch kann gemäß § 1 Abs. 3 PartGG die Berufsausübung in der Partnerschaft durch Vorschriften über einzelne Berufe ausgeschlossen oder besonderen Voraussetzungen unterworfen werden. Für Wirtschaftsprüfer existiert mit der Wirtschaftsprüferordnung (WPO) vom 1.1.1995 eine derartige berufsspezifische Regelung.

Nach § 43 a Abs. 1 WPO dürfen Wirtschaftsprüfer ihren Beruf entweder selbständig in einer eigenen Praxis oder in gemeinsamer Berufsausübung gemäß § 44 b WPO ausüben. Vorliegend streben die Partner der Antragstellerin eine gemeinsame Berufsausübung gemäß § 44 b WPO an, da in der Partnerschaft mehrere Rechtsanwälte zusammen mit derzeit einem Wirtschaftsprüfer tätig werden sollen.

Nach § 44 b Abs. 1 WPO dürfen Wirtschaftsprüfer ihren Beruf mit natürlichen und juristischen Personen sowie mit Personengesellschaften, die der Berufsaufsicht einer Berufskammer eines freien Berufes im Geltungsbereich der WPO unterliegen und ein Zeugnisverweigerungsrecht gemäß § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO besitzen, örtlich und überörtlich in Gesellschaften bürgerlichen Rechts (Sozietäten) gemeinsam ausüben. Eine Sozietät mit Rechtsanwälten ist sonach gestattet. Die Aus-

übung in der Form einer Partnerschaftsgesellschaft ist an dieser Stelle hingegen nicht vorgesehen, anders als in den §§ 27 ff. WPO, in denen ausdrücklich nach Schaffung des PartGG die Partnerschaftsgesellschaft als weitere Rechtsform neben der AG, KG auf Aktien, GmbH, OHG und KG aufgenommen wurde, um auch ihr die Anerkennung als Wirtschaftsprüfungsgesellschaft zu ermöglichen. Die Voraussetzungen hierfür sind vorliegend jedoch nicht gegeben. Dies hätte erfordert, daß alle oder überwiegend (§ 28 WPO) die persönlich haftenden Gesellschafter Wirtschaftsprüfer sind. Hier soll jedoch eine Partnerschaft eingetragen werden, in der unter anderem auch Wirtschaftsprüfer tätig werden.

Daraus, daß in §§ 27 ff. WPO die Partnerschaftsgesellschaft in die Vorschriften über die Anerkennung als Wirtschaftsprüfungsgesellschaft aufgenommen worden ist, nicht hingegen in die Regelung der gemeinsamen Berufsausübung in § 44 b WPO, folgt jedoch nicht zwingend, daß diese Kooperationsform in einer Nur- bzw. interprofessionellen-Partnerschaftsgesellschaft unzulässig und damit nicht eintragungsfähig ist. Die Kammer folgt nicht der Entscheidung des Amtsgerichts Mannheim (*Brak-Mitt.* 1997, 93 ff.), die von einer Art *numerus clausus* hinsichtlich der möglichen Betätigungsformen von Wirtschaftsprüfern ausgeht.

Das PartGG erlaubt ausdrücklich in § 1 Abs. 2 PartGG, daß Wirtschaftsprüfer sich in einer Partnerschaft betätigen. § 1 Abs. 3 PartGG sagt hingegen nicht, daß das verboten ist, was nicht ausdrücklich berufsrechtlich erlaubt ist, sondern formuliert vielmehr den umgekehrten Fall, daß das verboten ist, was ausdrücklich berufsrechtlich untersagt wird. Daher muß es für die Tätigkeit eines Wirtschaftsprüfers in einer interprofessionellen Partnerschaft, die nicht als Wirtschaftsprüfungsgesellschaft im Sinne von §§ 27 ff. WPO anerkannt werden kann, ein ausdrückliches Verbot in der WPO ergeben. Dies ist aber nicht der Fall.

Das Grundrecht der freien Berufsausübung kann nur auf der Grundlage eines Gesetzes eingeschränkt werden, Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG. Ein den rechtsstaatlichen Anforderungen genügendes gesetzliches Verbot muß klar und eindeutig formuliert sein, damit für die Betroffenen die Rechtslage erkennbar ist und sie ihr Verhalten danach einrichten können (*BayObLG NJW* 95, 199 ff. zur *Anwalts-GmbH* [= *MittBayNot* 1994, 565], § 59 a BRAO). Diesen Anforderungen genügt die Regelung in § 44 Abs. 1 WPO nicht, da ein Ausschluß anderer Berufsausübungsalternativen aus dem Wort „dürfen“ allein nicht sicher entnommen werden kann. Das Bayerische Oberste Landesgericht stützt seine Argumentation für die Zulässigkeit eines Zusammenschlusses von Rechtsanwälten in einer GmbH gerade auf die Existenz des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes, das zeige (§ 1 PartGG), daß andere rechtliche Formen der gemeinsamen Berufsausübung gesetzlich nicht ausgeschlossen sind. So stellt die amtliche Begründung klar, daß diese Vorschrift, § 59 a BRAO, die wörtlich nur von Sozietäten spricht, nicht beschränkt ist auf die bürgerlich rechtliche Gesellschaft als Kooperationsform.

Nicht anders sind § 56 Steuerberatungsgesetz und § 44b WPO zu sehen, die wie § 59 a BRAO die gemeinsame Berufsausübung in der Form der Sozietät zulassen (*Seibert*, DB 94, 2381/2383). Im Gesetzgebungsverfahren zum Partnerschaftsgesellschaftsgesetz nahm der Rechtsausschuß (*Bt-Drucks.* 12/7642, Seite 12 ff.) in den Artikeln 7 und 8 des Entwurfs zum PartGG lediglich hinsichtlich der Vorschriften über die Anerkennung als Steuerberatungs- bzw. Wirtschaftsprüfungs-

## Beurkundungs- und Notarrecht

gesellschaft eine angleichende Änderung vor, nicht jedoch bei der allgemeinen Berufsausübungsregelung. Dem liegt jedoch nicht eine bewußte und gewollte Differenzierung zugrunde, sondern allenfalls die Verknennung eines zumindest klarstellenden Regelungsbedürfnisses, denn der Rechtsausschuß ging davon aus, daß für Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, die in einer normalen Partnerschaftsgesellschaft ohne Anerkennung als Berufsgesellschaft zusammengeschlossen sind, der Zugang zu dieser Kooperation schon nach § 1 Abs. 2 PartGG eröffnet ist (*Martin Henssler*, PartGG, § 1 Rdnr. 156 bis 157; *Seibert*, a.a.O.; *Michalski/Römermann*, PartGG, § 1 Rdnr. 110 bis 111). Die Anerkennungsmöglichkeit als Berufsgesellschaft mußte hingegen wegen der eindeutigen Enumeration der zur Verfügung stehenden Rechtsformen in §§ 27 ff. WPO auf die Partnerschaftsgesellschaft erweitert werden. Dem folgend normiert § 5 Abs. 2 PartRegVerO, daß zum Namen der Partnerschaft auch die Berufsbezeichnungen aller in der Partnerschaft vertretenen Berufe gehören (§ 2 Abs. 1 PartGG) und dies auch für Partnerschaften, an denen Wirtschaftsprüfer beteiligt sind, gilt, es sei denn, es handelt sich um eine anerkannte Wirtschaftsprüfungsgesellschaft (*Eggesiecker*, BB 1995, 2049/2052 Nr. 6; § 31 WPO).

Die Zulässigkeit einer interprofessionellen Nur-Partnerschaft unter Beteiligung von Wirtschaftsprüfern steht auch nicht in Widerspruch zu § 43 a Abs. 3 Ziffer 2 WPO, der die Tätigkeit des Wirtschaftsprüfers aufgrund eines Anstellungsvertrages bis auf einige konkret benannte Ausnahmen untersagt. Der Ansicht der Wirtschaftsprüferkammer, daß sich der Wirtschaftsprüfer in der Partnerschaftsgesellschaft in einem „außerberuflichen Anstellungsverhältnis“ befindet, stellt eine rechtliche Konstruktion dar, der nicht gefolgt werden kann. Auch wenn sich Wirtschaftsprüfer zu einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft im Sinne von § 27 WPO, zu der auch die Partnerschaftsgesellschaft gehört, zusammenschließen, besteht ein die Wirtschaftsprüfer bindendes Vertragsverhältnis, das jedoch eine unabhängige Arbeitsweise nicht hindert. In einer Partnerschaft herrscht grundsätzlich keine Weisungsgebundenheit. Partner sind grundsätzlich gleichrangig. Ein Anstellungsverhältnis setzt eine dienstvertragliche bzw. arbeitsvertragliche Grundlage voraus, ein Gesellschafter kann hingegen nicht als Angestellter allein aufgrund seiner Stellung als Gesellschafter bezeichnet werden.

Im übrigen ist die Partnerschaft wesensverwandt mit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Die Abweichungen aufgrund des PartGG bestehen im wesentlichen darin, daß nur bestimmte Berufe sich in einer Partnerschaft zusammenschließen können (vgl. § 1 Abs. 1 und 2 PartGG), während die sonstigen Unterschiede vor allem die Haftung im Innenverhältnis (§ 6 PartGG) betreffen sowie in § 10 PartGG die Haftung nach Liquidation mit dem Verweis auf § 160 HGB. Daher war es gesetzgeberisch nur konsequent, in § 1 Abs. 4 PartGG auf die Regelungen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu verweisen, was ein weiteres Zeichen für die Regelungsnähe ist. Diese enge Verwandtschaft beider Gesellschaftsformen zeigt, daß grundsätzliche Differenzierungsgründe betreffend die Zulässigkeit einer Berufsausübung in Form der Sozietät oder Partnerschaft nicht bestehen.

Der Beschluß des Amtsgerichts München vom 4.8.1997 war daher aufzuheben und die Sache an das Registergericht zurückzuverweisen zur Entscheidung über den Eintragungsantrag unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen.

21. BNotO § 23, § 24 Abs. 1 Satz 1, § 15 Abs. 1 Satz 2 (*Pfändung in Notaranderkonto*)

### Zur Frage der Pflichtwidrigkeit bei Weigerung des Notars, ein Anderkonto wegen Pfändung der Forderung auszukehren.

BayObLG, Beschluß vom 5.9.1997 – 3Z BR 114/97 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

#### Aus dem Tatbestand:

Mit notariellem Vertrag vom 6.2.1995 verkaufte der Beschwerdeführer dem Ehepaar B. ein Grundstück. Die Käufer verpflichteten sich, den Kaufpreis in Höhe von 3.350.000 DM auf ein Anderkonto des beurkundenden Notars einzuzahlen. Die Vertragsparteien wiesen den Notar an, das Anderkonto nach Eintritt bestimmter Voraussetzungen auszukehren, u.a. wenn die Freistellung des Kaufgegenstandes von nicht übernommenen Belastungen sichergestellt ist und dem Notar von allen die Zwangsversteigerung des Grundstücks betreibenden Gläubigern unwiderrufliche Rücknahmeerklärungen vorliegen. Der Beteiligte legte Beschwerde ein mit dem Ziel, den Notar anzuweisen, einen Betrag von 173.061,90 DM aus dem Anderkonto an den Beschwerdeführer auszuzahlen.

Der Notar half der Beschwerde nicht ab. Durch Zahlungen an die Gläubiger und an den Beschwerdeführer sei das Anderkonto bis auf einen Betrag von 118.092,22 DM ausgekehrt (Stand: 6.11.1996). Diesen Betrag habe er noch nicht ausbezahlt, weil mittlerweile zugunsten eines Gläubigers des Beschwerdeführers sowohl dessen Kaufpreisanspruch gegen die Käufer als auch dessen Anspruch auf Auskehrung gegenüber dem Notar in Höhe von 107.045 DM gepfändet worden sei. Hinsichtlich des restlichen Betrags von 11.047,22 DM stehe ihm, dem Notar, aufgrund des Notargeschäftes ein Entnahmerecht für seine Gebühren zu.

Das Landgericht wies die Beschwerde gegen die Weigerung des Notars, das Anderkonto an den Beschwerdeführer auszukehren, zurück. Die hiergegen gerichtete weitere Beschwerde blieb erfolglos.

#### Aus den Gründen:

1. ...

2. Zutreffend hat das Landgericht angenommen, daß der Notar die Auszahlung des Guthabens verweigern durfte.

a) Der Notar ist nach § 23 BNotO zuständig, u.a. Geld „zur Aufbewahrung oder zur Ablieferung an Dritte zu übernehmen“. In diesen Fällen, in denen er als Vertrauensperson eingeschaltet wird, stellt seine Tätigkeit eine „sonstige Betreuung der Beteiligten auf dem Gebiet vorsorgender Rechtspflege“ im Sinne des § 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO dar (vgl. *Volhard* DNotZ 1987, 523/525), bei der er gegenüber mehreren Beteiligten mit unterschiedlichen Interessen Amtspflichten übernimmt (vgl. BayObLGZ 1995, 204/208 [= MittBayNot 1995, 331/332]; *Reithmann* WM 1991, 1493).

Durch die Übernahme der Einrichtung eines Anderkontos zum Zwecke der Hinterlegung eines Geldbetrags wird der Notar verpflichtet, die Hinterlegungsanweisungen eigenverantwortlich und sorgfältig zu erledigen (vgl. BGH DNotZ 1987, 556, BayObLG a.a.O.). Mit der Einbezahlung des Kaufpreises in Höhe von 3.350.000 DM durch die Käufer auf das Anderkonto des beurkundenden Notars traf diesen somit im vorliegenden Fall die Verpflichtung, entsprechend den Hinterlegungsanweisungen im Kaufvertrag zu verfahren.

b) Nach den Anweisungen im notariellen Kaufvertrag vom 6.2.1995 durfte der Notar das Anderkonto erst auskehren, wenn das Grundstück von nicht in dieser Urkunde über-

nommenen Verpflichtungen freigestellt ist und dem Notar von allen die Zwangsversteigerung betreibenden Gläubigern unwiderrufliche Rücknahmeerklärungen gemäß § 29 ZVG vorliegen. Nach Auskunft des Notars, welcher der Beschwerdeführer nicht widersprochen hat, verblieb nach Befriedigung der zu berücksichtigenden Gläubiger von dem von den Käufern einbezahlten Kaufpreis ein Restbetrag von 118.092,22 DM auf dem Anderkonto. Nach den im Kaufvertrag getroffenen Anweisungen konnte dieser Betrag zur Auskehrung gelangen.

Dennoch darf der Notar die Auszahlung dieses Restbetrags verweigern.

aa) Nach den Feststellungen des Landgerichts liegen mittlerweile Pfändungsbeschlüsse eines Gläubigers vor, mit denen die Kaufpreisforderung des Beschwerdeführers gegen die Käufer und dessen Anspruch auf Auskehrung des Anderkontos gegenüber dem Notar in Höhe von 107.045 DM gepfändet wurde. Aufgrund dieser Pfändungen darf der Beschwerdeführer die Forderungen in dieser Höhe nicht mehr einziehen (§ 829 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Das Landgericht hat daher zu Recht angenommen, daß der Notar den gepfändeten Betrag infolge der durch die Pfändung eingetretenen Beschlagnahme nicht an den Beschwerdeführer auszahlen darf (vgl. BGH NJW 1989, 230 [= MittBayNot 1988, 244]).

bb) Auch die Annahme des Landgerichts, hinsichtlich des restlichen Betrags von 11.047,22 DM könne sich der Notar auf sein Entnahmerecht gemäß § 149 Abs. 1 Satz 3 KostO berufen, begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Nach Abschnitt IV Nr. 2 des notariellen Kaufvertrags vom 6.2.1995 trägt der Verkäufer, also der Beschwerdeführer, die Kosten der Hinterlegung. Der Beschwerdeführer hat hinsichtlich der Höhe der Gebühren keine Einwendungen erhoben.

c) Die Weigerung des Notars, das auf dem Anderkonto bestehende restliche Guthaben an den Beschwerdeführer auszukehren, ist nach Erlaß der Pfändungsbeschlüsse somit nicht als pflichtwidrig zu beurteilen. Allein hierüber ist im Verfahren nach § 15 Abs. 1 Satz 2 BNotO zu befinden (vgl. BayObLG a.a.O.).

## Kostenrecht

22. KostO §§ 146 Abs. 1, 147 Abs. 2 (*Beschaffung und Verwaltung von Lösungsunterlagen*)

**Die Beschaffung und Verwaltung von Lösungsunterlagen im Zusammenhang mit einem Grundstücksveräußerungsvertrag betrifft den Vollzug des Veräußerungsgeschäfts und löst eine Gebühr nach § 146 KostO aus, neben der oder an deren Stelle eine Gebühr aus § 147 Abs. 2 KostO nicht verlangt werden kann.**

Pfälzisches Oberlandesgericht Zweibrücken, Beschluß vom 13. Mai 1997 – 3 W 56/97 –, mitgeteilt vom 3. Zivilsenat des Pfälz. OLG Zweibrücken

*Aus dem Tatbestand:*

Gegenstand der weiteren Beschwerde ist allein (noch) die Frage, ob die Beteiligten zu 1) dem Beteiligten zu 2) für die von ihm zur Einholung der Lösungsbeurteilung der Sparkasse ... entfaltete Tätigkeit gemäß § 147 Abs. 2 KostO eine 5/10-Gebühr aus einem Gegenstandswert von 378.000,- DM schulden.

*Aus dem Gründen:*

Entgegen der Ansicht des Landgerichts unterfällt die Tätigkeit des Notars bei der Einholung von Lastenfreistellungserklärungen bereits nicht dem Gebührentatbestand des § 147 Abs. 2 KostO. Zwar wird eine entsprechende Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum zum Teil vertreten (vgl. etwa PrüfAbt MittBayNot 1969, 114; Bayer. Notarkasse, Streifzug durch die Kostenordnung 3. Aufl. Rdnr. 445; KG JurBüro 1975, 213, 219; krit. auch *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO 13. Aufl. § 146 Rdnr. 26 und § 147 Rdnr. 93, jeweils m.w.N.). Nach herrschender Ansicht, der auch der Senat folgt, betrifft jedoch die Beschaffung und Verwaltung von Lösungsunterlagen im Zusammenhang mit einem Grundstücksveräußerungsvertrag den Vollzug des Veräußerungsgeschäfts. Sie löst eine Gebühr aus § 146 Abs. 1 KostO aus. Neben ihr oder an ihrer Stelle kann eine Gebühr aus § 147 Abs. 2 KostO nicht verlangt werden (vgl. dazu SchlHOLG JurBüro 1965, 398, 399 und JurBüro 1987, 1394; OLG Düsseldorf JurBüro 1994, 497 und JurBüro 1985, 1230, jeweils mit zust. Anmerkung *Mümmeler*; OLG Frankfurt JurBüro 1985, 1391; OLG Hamm JurBüro 1988, 1052, *Hartmann*, Kostengesetze 27. Aufl. § 146 KostO Rdnr. 19; *Rohs/Wedewer*, KostO § 146 Rdnr. 30, jeweils m.w.N.).

Mithin kann der Beteiligte zu 2) von den Beteiligten zu 1) für sein gesamtes Tätigwerden im Zusammenhang mit der Lastenfreistellung einschließlich der Überwachung der Weisungen der Grundpfandrechtsgläubigerin lediglich eine 5/10-Gebühr aus einem Geschäftswert von 180.000,- DM, d.h. einen Betrag von 190,- DM zuzüglich 15% Mehrwertsteuer verlangen. Seine Kostenrechnung ist demnach auf eine Gesamtsumme von 218,50 DM zu ermäßigen.

Soweit die Beteiligten zu 1) eine darüber hinausgehende Aufhebung der Kostenrechnung des Beteiligten zu 2) erstreben, bleibt ihr Rechtsmittel ohne Erfolg. Aus der erstmals im Verfahren der weiteren Beschwerde vorgelegten Kostenrechnung vom 27.8.1996, die der Beteiligte zu 2) der Erwerberin des Wohnungseigentums erteilt hat, kann zugunsten der Beteiligten zu 1) nichts hergeleitet werden. Die Kostennote vom 27.8.1996 muß schon deshalb unberücksichtigt bleiben, weil im Verfahren der weiteren Beschwerde neues Tatsachenvorbringen ausgeschlossen ist (vgl. *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* a.a.O. § 156 Rdnr. 89 m.w.N.). Im übrigen wäre sie aber auch inhaltlich nicht geeignet, den streitgegenständlichen Gebührenanspruch in Frage zu stellen. Daß die der Erwerberin für die Kaufpreisüberwachung in Rechnung gestellten Gebühren auf § 147 Abs. 2 KostO gestützt werden und gegebenenfalls mehrfach anfallen können, ist allgemein anerkannt (vgl. etwa *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* a.a.O. § 147 Rdnr. 90 m.w.N.; Senat in MittBayNot 1982, 146 und Beschluß vom 29.7.1993 – 3 W 163/93, jeweils m.w.N.). Dabei handelt es sich nicht um Maßnahmen zum Zwecke des Vollzugs des Beurkundungsgeschäfts i.S.v. § 146 Abs. 1 KostO (vgl. OLG Düsseldorf FGPrax 1995, 164, 165). Infolgedessen stehen die gegenüber der Erwerberin des Wohnungseigentums berechneten Gebühren nach § 147 Abs. 2 KostO der Geltendmachung der Gebühr aus § 146 Abs. 1 KostO gegenüber den Beteiligten zu 1) nicht entgegen.

## Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu den Beitrag von *Tiedtke*, in diesem Heft S. 83.

23. KostO § 27 Abs. 1; UmwG § 193 (*Geschäftswert bei Formwechsel*)

**Der Geschäftswert eines Beschlusses, mit dem formwechselnd eine Kapitalgesellschaft in eine Personenhandels-gesellschaft umgewandelt wird, bemißt sich nach § 27 Abs. 1 KostO; ein solcher Beschluß hat keinen bestimmten Geldwert zum Gegenstand, da Vermögen nicht übertragen wird.**

BayObLG, Beschluß vom 31.10.1997 – 3Z BR 134/97 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*; Richter am BayObLG

*Aus dem Tatbestand:*

1. Die A GmbH wurde aufgrund Gesellschafterbeschuß vom 29.8.1996 in die A GmbH & Co. KG, die Beteiligte, umgewandelt. Der Gesellschafterbeschuß wurde vom beteiligten Notar beurkundet und die Umwandlung durch Formwechsel zum Handelsregister angemeldet.

2. Mit Kostenberechnung vom 15.10.1996 stellte der Notar der Beteiligten Kosten von insgesamt 13.858,31 DM in Rechnung, in denen u.a. eine doppelte Gebühr für die Beurkundung des Umwandlungsbeschlusses nach § 47 KostO in Höhe von 10.000 DM (Höchstgebühr) und ein Mehrwertsteuerbetrag von 1.807,61 DM enthalten waren. In einem Begleitschreiben vom 16.10.1996 zur Kostenberechnung wies der Notar darauf hin, daß er hinsichtlich der Bewertung des Umwandlungsbeschlusses von den Aktiva der Bilanz in Höhe von 11.646.000 DM und nicht vom sog. halben Stufenwert des Einheitswerts des Betriebsvermögens – dieser habe 5.610.000 DM betragen – nach § 27 Abs. 1, § 26 Abs. 2 und 3 KostO, jeweils in der bis zum 31.12.1996 geltenden Fassung, ausgegangen sei.

3. Mit Schreiben vom 21.10.1996 beanstandete die Beteiligte dem Notar gegenüber die Kostenberechnung, soweit dieser für die Beurkundung des Umwandlungsbeschlusses eine Gebühr von 10 000 DM angesetzt habe. Der Notar beantragte die Entscheidung des Landgerichts.

4. Das Landgericht hat die Beschwerde der Beteiligten gegen die Kostenberechnung des Notars vom 15.10.1996 zurückgewiesen.

Die hiergegen gerichtete weitere Beschwerde hatte Erfolg.

*Aus den Gründen:*

1. Vorweg ist festzustellen, daß sich das Landgericht zu Recht darauf beschränkt hat, die Kostenberechnung (nur) insoweit zu überprüfen, als diese mit der Beschwerde beanstandet worden ist. Denn der Gegenstand der Entscheidung in einem Verfahren nach § 156 KostO wird durch die Beanstandung des (Erst-) Beschwerdeführers bestimmt (BayObLGZ 1987, 186/190 m.w.N. [= MittBayNot 1987, 270/271]; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* – nachfolgend *Korintenberg* – KostO 13. Aufl. § 156 Rdnr. 58). Die Erstbeschwerde hatte lediglich die Bewertung des Umwandlungsbeschlusses und die Höhe der daraus resultierenden Gebühr nach § 47 KostO gerügt. Sie ist vom Landgericht zu Unrecht zurückgewiesen worden.

2. a) § 27 KostO bestimmt den Geschäftswert von Beschlüssen; § 47 KostO legt den Gebührensatz fest, der bei Beschlüssen zu erheben ist. § 27 KostO findet nur Anwendung bei Beschlüssen, deren Gegenstand keinen bestimmten Geldwert hat, während die allgemeinen Wertvorschriften der §§ 18 bis 30 KostO eingreifen, wenn Beschlüsse einen bestimmten Geldwert haben (vgl. *Korintenberg* § 27 Rdnr. 1).

b) Die Umwandlung einer GmbH in eine Personenhandels-gesellschaft durch Formwechsel (§§ 190 f. UmwG) ist eine

Angelegenheit ohne bestimmten Geldwert und daher nach § 27 Abs. 1, § 26 Abs. 2 und 3 KostO – hier jeweils in der bis zum 31.12.1996 geltenden Fassung – zu bewerten (vgl. OLG Stuttgart MittBayNot 1960, 290).

Nach § 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG besteht der formwechselnde Rechtsträger in der in dem Umwandlungsbeschuß bestimmten Rechtsform weiter. Die Identität des Rechtsträgers bleibt somit unberührt, nur die äußere Form ändert sich. Vermögen wird nicht übertragen, so daß sich der Geschäftswert auch nicht nach einem bestimmten Geldwert richten kann (vgl. *Rohs/Wedewer* KostO 3. Aufl. § 27 a.F. Rdnr. 36 a; *Korintenberg* § 26 Rdnr. 43, § 27 Rdnr. 59; *Göttlich/Mümmeler* KostO 12. Aufl. Stichwort „Umwandlung“ S. 1149/1150; *Lutter/Decher* UmwG Vor § 190 Rdnr. 24; *Reimann* MittBayNot 1995, 1/4; a.A. *Widmann/Mayer* UmwG § 193 Rdnr. 63, die in den Fällen des „rechtsformtypübergreifenden Formwechsels“ wegen der „kompletten Neuordnung der Vermögensverhältnisse“ einen Beschluß mit bestimmtem Geldwert sehen, und – ohne Begründung – *Schmidt* MittBayNot 1996, 24). Der Auffassung der Notarkasse, daß sich der Wert nach § 39 Abs. 1 KostO stets nach dem Aktivvermögen des formwechselnden Rechtsträgers bestimme, da grunderwerbssteuerliche und bilanzrechtliche Gesichtspunkte gegen den Gedanken der Identitätswahrung sprächen, der Formwechsel vielmehr als fiktiver Vermögensübergangsbeschluß anzusehen sei, ist durch die Entscheidung des Bundesfinanzhofs in MittBayNot 1997, 124 im wesentlichen der Boden entzogen. Der Bundesfinanzhof hat keine ernstlichen Zweifel daran, daß die formwechselnde Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personenhandelsgesellschaft mangels Rechtsträgerwechsels nicht der Grunderwerbssteuer unterliegt. An der zivilrechtlichen Kontinuität des Rechtsträgers ändere sich auch nicht dadurch etwas, daß der neue Rechtsträger nicht selbst Träger des Unternehmensvermögens ist, dieses vielmehr seinen Gesellschaftern zur gesamten Hand zusteht.

3. Der Geschäftswert für die Beurkundung des Umwandlungsbeschlusses bestimmt sich somit nicht nach dem Aktivvermögen des formwechselnden Rechtsträgers, sondern gemäß § 27 Abs. 1 Satz 2 KostO a.F. nach dem halben Stufenwert des § 26 Abs. 3 KostO a.F. Der angefochtene Beschluß des Landgerichts ist deshalb aufzuheben. Da der Notar den maßgeblichen Einheitswert des Betriebsvermögens (mit 5.610.000 DM) angegeben hat, kann der Senat in der Sache selbst entscheiden. Ausgehend von einem Geschäftswert von 130.000 DM ergibt sich eine doppelte Gebühr nach § 47 KostO in Höhe von 640 DM, so daß sich die Mehrwertsteuer auf 403,60 DM und die Gesamtsumme der Kosten-schuld auf 3.094,31 DM ermäßigen. Auf diese Beträge ist die Kostenberechnung des Notars vom 15.10.1996 abzuändern.

#### **Anmerkung:**

Die Entscheidung des BayObLG vom 31.10.1997 betraf den Geschäftswert eines Formwechselbeschlusses (§ 193 UmwG) nach § 27 Abs. 1 KostO in der Fassung vor dem 27.6.1997. Gegenstand der Entscheidung war die Umwandlung einer GmbH in eine KG (hier GmbH & Co. KG). Strittig war bis zur Neufassung des § 27 KostO mit Wirkung zum 27.6.1997 die Frage, ob ein Formwechselbeschluß einen bestimmten

oder einen unbestimmten Geldwert hat, wenn z. B. eine Kapitalgesellschaft in eine Gesellschaft anderer Rechtsform umgewandelt wird. Teilweise wurde die Auffassung vertreten, ein derartiger „rechtsformtypübergreifender Formwechsel“ hätte einen bestimmten Geldwert, der nach dem Aktivvermögen des formwechselnden Rechtsträgers zu bewerten wäre (*Schmidt*, MittBayNot 1996, 24; *Widmann/Mayer* UmwG § 193 Rdnr. 63). Begründet wurde diese Auffassung damit, daß es sich bei einem Formwechsel um einen fiktiven Vermögensübergangsbeschluß handelt, wenn der Formwechsel in einen Rechtsträger neuer Rechtsform erfolgt.

Das BayObLG hat mit dem vorliegenden Beschluß festgestellt, daß auch bei einem Formwechsel eines Rechtsträgers in eine andere Rechtsform von einem Beschluß ohne bestimmten Geldwert auszugehen ist, da keine ernsthaften Zweifel daran bestehen, daß die Identität des Rechtsträgers gewahrt bleibt (vgl. auch *Reimann*, MittBayNot 1995, 1 f.; *Korintenberg* § 26 Rdnr. 43, § 27 Rdnr. 59; *Rohs/Wedewer* KostO 3. Aufl. § 27 a.F. Rdnr. 36a; *Lutter/Decher* UmwG Vorbemerkung § 190 Rdnr. 24). Das BayObLG begründet seine Auffassung im wesentlichen auch mit der Entscheidung des BFH (MittBayNot 1997, 124), wonach auch der Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft mangels Rechtsträgerwechsels nicht der Grunderwerbsteuer unterliegt. An der zivilrechtlichen Kontinuität des Rechtsträgers ändert sich auch nicht etwa dadurch etwas, daß der neue Rechtsträger nicht selbst Träger des Unternehmervermögens ist, dieses vielmehr seinen Gesellschaftern zur gesamten Hand zusteht.

Aufgrund der Entscheidung des BayObLG ist hinsichtlich der Wertbestimmung eines Formwechselbeschlusses, der vor dem 27.6.1997 beurkundet wurde, zu unterscheiden:

- a) bei Beurkundung bis einschließlich 31.12.1996, gemäß § 27 Abs. 1, § 26 Abs. 2 und 3 KostO, Geschäftswert in Höhe des halben Stufenwertes aus dem Wert des Betriebsvermögens des formwechselnden Rechtsträgers, höchstens gemäß § 27 Abs. 3 KostO 1 Mio. DM.
- b) bei Beurkundung vom 1.1.1997 bis einschließlich 26.6.1997, gemäß § 27 Abs. 1, § 26 Abs. 4 KostO, je nach dem, um welchen Rechtsträger es sich handelt, z. B.
  - aa) bei einer Kapitalgesellschaft, 1% des eingetragenen Grund- oder Stammkapitals, min. 50.000,- DM und höchstens 1 Mio. DM,
  - bb) bei einer Personenhandelsgesellschaft ein Betrag in Höhe von 50.000,- DM.

Mit der Änderung des § 27 KostO (Einfügung eines neuen Abs. 2) mit Wirkung vom 27.6.1997 (Bundesgesetzblatt Nr. 40/97 I, 1429) richtet sich der Geschäftswert für jeden Formwechselbeschluß nunmehr nach dem Wert des Aktivvermögens des formwechselnden Rechtsträgers, gemäß § 18 Abs. 3 KostO ohne Abzug der Verbindlichkeiten. Zur Bewertung wird auf Streifzug durch die KostO 4. Aufl. Rdnr. 573 f. hingewiesen.

Zu beachten ist, daß die nach § 47 KostO zu erhebende <sup>20/10</sup> Gebühr höchstens 10.000,- DM beträgt.

NR i. N. *Werner Tiedtke*,

Prüfungsabteilung der Notarkasse, München

24. BauGB §§ 2 Abs. 3, 1 Abs. 6; BGB § 138 Abs. 1 (*Nichtigkeit eines Einheimischenmodell-Vertrages*)

1. **Auch bei städtebaulichen Verträgen ist die Abgrenzung zwischen öffentlich-rechtlichen und zivilrechtlichen Verträgen nach allgemeinen Kriterien vorzunehmen. Bleibt das planerische Ziel der Gemeinde nur Motivation, handelt es sich beim Einheimischenmodell um einen zivilrechtlichen Vertrag.**
2. **Verbindet eine Gemeinde den Abschluß eines Einheimischenmodell-Vertrages mit einer rechtswidrigen Erteilung ihres Einvernehmens nach § 36 BauGB, so ist der Vertrag wegen eines Verstoßes gegen das Kopplungsverbot nichtig.**
3. **Die Berufung auf die Nichtigkeit des Einheimischenmodell-Vertrages nach Erteilung der bauaufsichtlichen Genehmigung ist nicht treuwidrig. In diesem Fall ist von der Nichtigkeit auch die „erkaufte“ bauaufsichtliche Genehmigung (Vorbescheid, Baugenehmigung) erfaßt.**

(*Leitsätze des Einsenders*)

VG München, Urteil vom 18.11.1997 – M 1 K 96.5647 – (rechtskräftig), mitgeteilt von Notar *Dr. Dr. Herbert Grziwotz*, Regen

*Aus dem Tatbestand:*

Die Kläger begehren die Feststellung, daß der notarielle Vertrag zwischen dem Kläger zu 1 und der beklagten Gemeinde nichtig ist (Klageantrag I). Außerdem beantragen sie, die Beklagte zu verurteilen, der Löschung einer zu ihren Gunsten bestehenden Auflassungsvormerkung aus den beiden Verträgen zuzustimmen (Klageantrag II).

Der Kläger zu 1 war zunächst Alleineigentümer des zunächst ungeteilten Grundstücks, später erwarb die Klägerin zu 2 einen Miteigentumsanteil.

Unter dem 24.8.1987 beantragte der Kläger zu 1 die Erteilung eines Vorbescheids hinsichtlich der Bebaubarkeit dieses Grundstücks. Die Beklagte erteilte ihr Einvernehmen lediglich für die Bebauung im südlichen Grundstücksteil (sog. Haus A). Für die Bebauung des Grundstücksteils nördlich des Grundstücks (nordwestlicher Teil des Grundstücks) versagte sie dagegen ihr Einvernehmen. Dementsprechend wurde dem Kläger am 9.1.1989 durch das Landratsamt auch nur ein Vorbescheid für die Bebauung mit dem Haus A auf dem südlichen Grundstücksteil erteilt. Im übrigen wurde der Antrag abgelehnt. Nach der Auffassung von Landratsamt und Beklagtem befindet sich das Grundstück wenigstens in dem Bereich nördlich des Grundstücks im Außenbereich.

Der Kläger zu 1 beantragte unter dem 10.12.1990 erneut die Erteilung eines Vorbescheids zur Errichtung eines Zweifamilienwohnhauses auf dem nordwestlichen Teilstück des Grundstücks welches jetzt das Grundstück bildet. Für den neuen Antrag erteilte die Beklagte ihr Einvernehmen am 21.1.1991 unter der Bedingung, daß zwischen der Beklagten und dem Kläger zu 1 ein Vertrag zur Sicherung des Baulands für den heimischen Bedarf abgeschlossen wird.

Am 5.5.1991 schlossen der Kläger zu 1 und der gesetzliche Vertreter der Beklagten vor dem Notar X. einen Vertrag zur Sicherung des Baulands für den heimischen Bedarf. Vertragsgegenstand war das heutige Grundstück. Sinngemäß regelt der Vertrag folgendes: Der Kläger zu 1 verpflichtete sich darin, Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte, welche eine Veräußerung des Grundstücks zum Gegenstand haben, nur mit vorheriger schriftlicher Zustimmung der Beklagten abzuschließen. Die Beklagte verpflichtete sich in diesem Zusammenhang, die Zustimmung zu einer Veräußerung zu erteilen, wenn die Veräußerung dem örtlichen Bedarf dient. Wann ein solcher örtlicher Bedarf gegeben ist, wurde im Vertrag näher definiert (Veräußerung an Personen, die einen bestimmten sozialen Bezug zur Beklagten haben). Diese Verpflichtung sollte zehn Jahre lang gelten, gerechnet ab bezugsfertiger Bebauung.

Die Parteien vereinbarten weiter ein Vorkaufsrecht der Beklagten für den Fall, daß der Kläger zu 1 das Grundstück ohne Einwilligung der Beklagten veräußert, sowie ein Ankaufsrecht falls der Kläger zu 1 seiner – ebenfalls im Vertrag – versprochenen Bauverpflichtung nicht nachkommt. In beiden Fällen sollte der Kauf durch die Beklagte zum vereinbarten Höchstpreis von 120 DM/m<sup>2</sup> (zuzüglich tatsächlich geleisteter Erschließungsaufwendungen) erfolgen können. Zur Sicherung dieser Ansprüche der Beklagten bewilligten und beantragten die beiden Vertragsteile die Eintragung einer Vormerkung nach § 883 BGB auf Verschaffung des Eigentums zugunsten der Beklagten.

Unter dem 23.7.1991 wurde dem Kläger zu 1 durch das Landratsamt dann ein Vorbescheid erteilt, durch den die Erteilung einer Baugenehmigung zur Errichtung eines Zweifamilienhauses auf dem heutigen Grundstück in Aussicht gestellt wurde.

Am 16.12.1991 beantragten die Kläger zu 1 und 2 die Erteilung einer Baugenehmigung zur Errichtung eines Einfamilienhauses mit Doppelgarage auf dem Grundstück. Nachdem die Gemeinde ihr Einvernehmen zu dem Vorhaben erteilt hatte, wurde mit Bescheid des Landratsamts vom 24.2.1992 hierfür die Baugenehmigung erteilt. Mit Bescheid des Landratsamts vom 24.1.1996 wurde die Geltungsdauer der Baugenehmigung bis 24.2.1998 verlängert.

Die Auflassungsvormerkung wurde am 11.11.1992 in das Grundbuch eingetragen.

Mit Schreiben vom 6.12.1995 verlangten die Kläger von der Beklagten die Befreiung vom Baulandsicherungsvertrag mit der Begründung, daß die Beklagte der Teilung eines benachbarten Grundstücks zugestimmt habe, ohne eine Einheimischensicherung zu verlangen. Mit Beschluß vom 19.12.1995 lehnte der Gemeinderat der Beklagten die Aufhebung des Vertrags ab.

Am 29.2.1996 wiederholten die Bevollmächtigten der Kläger das Begehren. Die Beklagte lehnte dies erneut ab und begründete die Ablehnung damit, daß die Kläger ohne den Vertrag zur Einheimischensicherung keinen Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung gehabt hätten.

Unter dem 10.6.1996 ließen die Kläger durch ihre Bevollmächtigten Klage gegen die Gemeinde zum Landgericht erheben mit dem Ziel, die Nichtigkeit der notariellen Verträge feststellen zu lassen und die Gemeinde zur Zustimmung zur Löschung der Auflassungsvormerkung zu verurteilen. Begründet wurde die Klage damit, daß die Kläger einen Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung gehabt hätten und die Einräumung des Vor- und Ankaufsrechts deswegen gegen das Koppelungsverbot verstoße und daher nichtig sei. Die Beklagte beantragte dagegen Klageabweisung und begründete dies damit, daß die Kläger ohne Abschluß des notariellen Vertrags keinen Anspruch auf die Erteilung des Vorbescheids und der Baugenehmigung gehabt hätten.

Mit Beschluß vom 10.10.1996 verwies das Landgericht den Rechtsstreit an das Verwaltungsgericht München, weil es sich hier nach Auffassung des Landgerichts um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit im Sinne von § 40 VwGO handle. Die Klage ist zulässig und begründet.

#### Aus den Gründen:

##### I. Die Klage ist zulässig.

1. Der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten ist gemäß § 17 a Abs. 2 Sätze 1 und 3 GVG eröffnet, nachdem der Rechtsstreit vom Landgericht an das Verwaltungsgericht München verwiesen wurde. Diese Verweisung ist – obwohl nach der Auffassung des Gerichts rechtsfehlerhaft – bindend.

Bei der Streitigkeit handelt es sich nämlich um eine zivilrechtliche Streitigkeit. Entscheidend für die Abgrenzung zwischen öffentlich-rechtlichem und zivilrechtlichem Vertrag sind Gegenstand und Zweck des Vertrags (vgl. Gemeinsamer Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes, Beschluß v. 10.4.1986, GmS-OBG 1/85; BVerwGE 74, 368/370). Es kommt auf die wahre Natur des behaupteten Anspruchs an, also darauf, ob der Streitgegenstand eine unmittelbare Folge des öffentlichen Rechts oder des Zivilrechts ist (vgl. *Kopp*,

Verwaltungsgerichtsordnung, RdNr. 6 zu § 40 VwGO m.w.N.). Hier geht es den Klägern darum, aus einem Vertrag loszukommen, der ihnen verschiedene Veräußerungsbeschränkungen auferlegt und der Gemeinde ein Vor- und Ankaufsrecht einräumt. Die unmittelbare Zwecksetzung des Vertrags ist zivilrechtlicher Art. Es geht um eine Verwertung des Grundstücks bzw. um ein Recht zum Grundstückserwerb durch die Gemeinde. Die landesplanerischen Ziele der Gemeinde und die Erteilung des Vorbescheids an den Kläger zu 1 waren dagegen nur die Motivation, gewissermaßen die Geschäftsgrundlage des Vertrags (vgl. BVerwG v. 11.2.1993, BayVBl. 1993 405 [406]).

2. Die Kläger können für ihren Klageantrag zu 1 ein Feststellungsinteresse im Sinne von § 43 Abs. 1 VwGO geltend machen. Da die Voraussetzungen des § 43 Abs. 1 VwGO im wesentlichen inhaltsgleich sind mit denen des § 256 Abs. 1 ZPO, kann das Gericht hier seine eigene Verfahrensordnung anwenden.

Die Kläger haben ein rechtliches Interesse an der Feststellung, daß der Vertrag nichtig ist. Unter einem rechtlichen Interesse ist jedes nach vernünftigen Erwägungen nach Lage des Falles aufgrund einer gesetzlichen Regelung oder nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen anzuerkennende schutzwürdige Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art zu verstehen. Hierunter fallen auch private Interessen, wenn diese hinreichend gewichtig sind (vgl. *Kopp* Verwaltungsgerichtsordnung, Rdnr. 23 zu § 43 VwGO m.w.N.).

Hier geht es den Klägern darum, ihre wirtschaftliche Bewegungsfreiheit in Bezug auf das Grundstück zu erhalten, es also nach Belieben verkaufen, bebauen oder von einer Bebauung freihalten zu können, ohne daß wirtschaftlich nachteilige Folgen drohen (Verlust des Grundeigentums, Ankauf durch die Gemeinde zu einem Preis unter Verkehrswert, Vertragsstrafe). Dieses Interesse reicht für ein Feststellungsinteresse aus.

Es besteht auch deswegen ein Interesse an der Feststellung, weil eine tatsächliche Unsicherheit vorliegt: Die Beklagte bestreitet, daß der Vertrag nichtig ist und ist nicht bereit, dem Verlangen der Kläger nach Lösung vom Vertrag nachzukommen.

Auch die Subsidiarität der Feststellungsklage (§ 43 Abs. 2 VwGO) steht dem Klageanspruch nicht entgegen. Die Kläger können ihr Rechtsschutzziel nicht durch eine Gestaltungs- oder Leistungsklage erreichen. Die Löschung der Auflassungsvormerkung umfaßt nur einen kleinen Teilbereich des Feststellungsanspruchs, nämlich nur die dingliche Sicherung des Vor- und Ankaufsrechts der Gemeinde (§ 883 Abs. 1 BGB). Auch wenn die dingliche Sicherung entfällt, der schuldrechtliche Anspruch der Beklagten selbst bleibt davon unberührt. Hinzu kommt, daß der notarielle Vertrag weitere Belastungen enthält, wie z. B. das Strafgedinge unter Ziffer IV, die mit der Vormerkung nichts zu tun haben.

##### II. Die Klage ist begründet.

Der notarielle Vertrag vom 5.6.1991 ist nichtig und die Kläger können sich auf die Nichtigkeit berufen.

1. Der notarielle Vertrag ist nichtig, weil er gegen § 138 Abs. 1 BGB verstößt. Nachdem die Voraussetzungen des § 138 Abs. 1 BGB strenger sind als die des § 9 AGBG kann dahingestellt bleiben, ob es sich bei dem Vertrag um einen Formularvertrag im Sinne von § 1 Abs. 1 AGBG handelt, obwohl hier vieles dafürsprechen würde.

Die Nichtigkeitsgründe des § 138 Abs. 1 BGB sind vielseitig. Ein Fall des sittenwidrigen Rechtsgeschäfts ist das Rechtsgeschäft, das gegen das Koppelungsverbot verstößt. Ein solcher Verstoß gegen das Koppelungsverbot liegt vor, wenn eine Leistung mit einer nicht dazugehörigen Gegenleistung verbunden wird und durch diese Verbindung einer der Vertragspartner oder Dritte benachteiligt werden oder diese Verbindung im Widerspruch zur Rechtsordnung steht.

Daß ein solches Geschäft nichtig ist, regelt für den öffentlich-rechtlichen Vertrag ausdrücklich Art. 59 Abs. 2 Nr. 4 i.V.m. Art. 56 Abs. 1 BayVwVfG. Diese gesetzliche Bestimmung ist die Umsetzung dessen in ein förmliches Gesetz, was über viele Jahre hinweg Obergerichte zur Anwendung des § 138 BGB in der Erscheinungsform der unzulässigen Koppelungsgeschäfte entwickelt haben (vgl. BayVGH v. 7.10.1975, BayVBl. 1976, 237; BGH v. 12.05.1972, VRSP. 24 S. 714 [= MittBayNot 1972, 258]). Somit kann hier vom Ergebnis her auf den Rechtsgedanken des Art. 59 Abs. 2 Nr. 4 i.V.m. Art. 56 Abs. 1 BayVwVfG zurückgegriffen werden.

a) Hier war nach dem Willen der Beteiligten die Verbindung von Einvernehmenserteilung und Baulandsicherungsvertrag gewollt, wie der Gemeinderatsbeschluß vom 21.1.1991 zeigte, der den Abschluß des Vertrags als Bedingung für die Erteilung des Einvernehmens nannte. Ohne Baulandsicherungsvertrag hätte die Beklagte weder dem Vorbescheidsantrag noch dem späteren Bauantrag zugestimmt.

Unerheblich ist dabei, daß in den notariellen Verträgen auf diese Verknüpfung nicht Bezug genommen wird. Das entspricht der gängigen Praxis bei Baulandsicherungsverträgen: Bedingt durch § 2 Abs. 3 BauGB, wonach auf die Aufstellung eines Bebauungsplans kein Anspruch besteht und durch die Auffassung, daß Gemeinden sich in ihrer Abwägungsentscheidung nach § 1 Abs. 6 BauGB nicht durch einen Baulandsicherungsvertrag vorweg binden dürfen, taucht in diesen Verträgen üblicherweise an keiner Stelle irgendeine Verpflichtung der Gemeinde auf, zur Verwirklichung des Bauvorhabens beizutragen. Tatsächlich ist aber von allen Beteiligten die Aufstellung des Bebauungsplans oder hier die Erteilung des Einvernehmens als Gegenleistung der Gemeinde, wenigstens als Geschäftsgrundlage für den Vertrag gewollt. Das Koppelungsverbot ist auch bei solchen „hinkenden“ Austauschverträgen zu beachten (vgl. OVG Rheinland-Pfalz v. 28.11.1991, BauR 1992, 479). Das gilt ebenfalls für den hier vorliegenden Fall, in dem die Leistung der Gemeinde auch insofern keine echte Gegenleistung war, als der Bauwerber aus dem positiven Einvernehmen keinen Rechtsanspruch auf Erteilung des Vorbescheids herleiten kann. Den Vorbescheid erteilte hier das Landratsamt, welches sich aber auf das Geschäft zwischen den Klägern und der Beklagten einließ und die öffentlichen Belange durch den Abschluß des Baulandsicherungsvertrages offenbar als kompensiert ansah, wie die Stellungnahme vom 10.12.1996 zeigt. Das Vorgehen der Beteiligten entspricht einer nicht seltenen Praxis von Landratsämtern und Gemeinden, die dazu dienen soll, einzelnen, „einheimischen“ Bauwerbern ein Baurecht außerhalb der gesetzlichen Vorschriften und außerhalb der Instrumente der Bauleitplanung zu verschaffen.

b) Diese Koppelung ist deswegen unzulässig, weil der Baulandsicherungsvertrag und die Einvernehmenserteilung nichts miteinander zu tun haben. Wenn die Gemeinde ihr Einvernehmen im Gegenzug zum Abschluß eines Baulandsicherungsvertrages erteilt und deswegen nicht mehr auf die Beeinträchtigung von öffentlichen Belangen oder auf sonstige planungsrechtliche Vorschriften eingeht, dann handelt sie rechtswidrig.

aa) Die Erteilung des Einvernehmens durch die Gemeinde und folgend die Erteilung des Vorbescheids und der Baugenehmigung standen im Widerspruch zu § 35 Abs. 2, 3 BauGB.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Zulässigkeit des Vorhabens ist hier die Zeit des Abschlusses des Vertrages. Bei der Feststellungsklage ergibt sich dieser Zeitpunkt aus dem Inhalt des Klageantrags (vgl. *Pietzner/Ronellenfisch* „Das Assessorexamen im öffentlichen Recht“, Rdnr. 24 zu § 20). Hier berufen sich die Kläger auf die Nichtigkeit eines Vertrages, welche sich aus § 138 BGB herleitet. § 138 BGB gehört zu den Bestimmungen, die in Zusammenhang mit der Bindungswirkung von Rechtsgeschäften stehen, so daß auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen ist (vgl. *Palandt* Rdnr. 9 zu § 138 BGB).

Im Juni 1991 stellte sich die planungsrechtliche Situation so dar, daß sich das Grundstück der Kläger im Außenbereich im Sinne von § 19 Abs. 1 Nr. 3 BauGB befand. (...)

Durch das Vorhaben werden öffentliche Belange des § 35 Abs. 3 BauGB beeinträchtigt, so daß die Einvernehmenserteilung ebenso wie die Erteilung des positiven Bauvorbescheids im Widerspruch zum Bauplanungsrecht standen. Unbestritten handelt es sich hier um ein sonstiges Vorhaben, das nur im Einzelfall im Außenbereich zugelassen werden kann, wenn öffentliche Belange nicht beeinträchtigt werden (§ 35 Abs. 2 BauGB). Hier werden durch das Vorhaben eine ganze Reihe von öffentlichen Belangen beeinträchtigt: Zum einen widerspricht es den Darstellungen des Flächennutzungsplans, der in diesem Bereich „Fläche für Landwirtschaft“ vorsieht. Weiter steht dem Vorhaben die natürliche Eigenart der Landschaft entgegen. Eine Wohnbebauung ist dem landwirtschaftlich geprägten Außenbereich wesensfremd. Schließlich wird – wie oben schon ausgeführt – eine vorhandene Splittersiedlung durch das Vorhaben erweitert. Besondere Gründe, das Vorhaben im Einzelfall trotzdem zulassen zu können, sind hier nicht ersichtlich.

bb) Für die Beeinträchtigung der öffentlichen Belange spielt es keine Rolle, ob dies durch das Vorhaben eines „Einheimischen“ oder eines „Fremden“ geschieht. Der Baulandsicherungsvertrag steht in keinem Zusammenhang mit den Fragen, die bei der Erteilung des Einvernehmens durch die Gemeinde zu prüfen sind.

Die Gemeinde hat im Rahmen ihrer Einvernehmenserteilung nur zu prüfen, ob das Vorhaben nach den planungsrechtlichen Bestimmungen der §§ 30 ff. BauGB zulässig ist (vgl. BVerwG v. 7.7.1996, BayVBl. 1986, 729). Es handelt sich hierbei also um eine reine Rechtsfrage, die zu entscheiden weder im Ermessen der Gemeinde steht noch ihrer Planungshoheit unterliegt (vgl. BVerwG v. 25.11.1980, NJW 1981, 1747).

Hierin liegt der wesentliche Unterschied zu den Baulandsicherungsverträgen, die im Rahmen der Bauleitplanung zulässig sind (vgl. § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 BauGBMaßnG). Die Baulandsicherung für Einheimische ist in diesen Fällen Planrechtfertigung, also Ausdruck eines städtebaulichen Ziels und dieses Ziel setzt sich nicht automatisch gegen andere Ziele durch. Öffentliche Belange, ähnlich denen des § 35 Abs. 3 BauGB, fließen zusammen mit dem Ziel, Bauland für Einheimische zu sichern, in den Abwägungsvorgang ein. Die Aufstellung eines Bebauungsplans oder der Erlass einer Satzung im Sinne von § 34 Abs. 4 BauGB, § 4 Abs. 2 a BauGBMaßnG sind Entscheidungen der planenden Verwaltung und das Verfahren hierzu ist final bestimmt. Solchen Finalprogrammen ist es eigen, daß das Ergebnis, also die Rechtsfolge, nicht von vornherein feststeht, sondern im Laufe

des Entscheidungsprozesses erst gefunden werden muß. Der Gemeinde steht dementsprechend ein Planungsspielraum zu. Hier ist es der Gemeinde erlaubt, eine Entwicklung zu gestalten und nicht nur einen Rechtssatz auszuführen. Dagegen handelt es sich bei der Einvernehmenserteilung um eine konditional bestimmte Rechtsfolge, die keinen Gestaltungsspielraum zuläßt und auf die ein städtebaulicher Vertrag deswegen keinen Einfluß nehmen kann (vgl. *Ernst/Zinkahn/Bielenberg* Rdnr. 42 zu § 6 BauGBMaßnG; *Busse*, Kooperation im Bauplanungsrecht, BayVBl. 1994, 358; OVG Rheinland-Pfalz v. 28.11.1991, BauR 1992, 479).

c) Das Koppelungsverbot gilt auch in dem Fall, in dem die Kläger durch die Erteilung des Vorbescheids bzw. der Baugenehmigung aufgrund der Koppelung etwas erhalten haben, was ihnen von Gesetzes wegen gar nicht zustand. Es ist nämlich nicht so, daß das Koppelungsverbot nur die Individualinteressen des Vertragspartners schützen will. Das Koppelungsverbot als Unterfall des Verbots sittenwidriger Rechtsgeschäfte will auch die der Rechtsordnung immanenten rechtsethischen Werte und Prinzipien schützen (vgl. *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, Rdnr. 3 zu § 138 BGB; *Larenz*, Allgemeiner Teil § 22 III a). Wenn es um das Verhalten der öffentlichen Verwaltung geht, dann sind diese grundlegenden Prinzipien der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) und die Beachtung des Gleichheitssatzes nach Art. 3 Abs.1 GG. In der Zusammenschau dieser beiden Prinzipien bedeutet das hier, daß die Verwaltung die Gewährung einer „überobligationsmäßigen“ Leistung nicht davon abhängig machen darf, daß sie vom Bürger eine Leistung empfängt, auf die sie keinen Anspruch hat und die nicht in Zusammenhang mit der von ihr gewährten „Gegenleistung“ stehen. Die Behörde könnte so ihre Machtstellung einseitig ausnutzen. Würde man dies anders sehen, könnte man sich rechtswidriges Handeln der öffentlichen Hand erkaufen, was einen eklatanten Verstoß gegen rechtsstaatliche Prinzipien darstellen würde. Alleine dieser (objektive) Inhalt des Rechtsgeschäfts ist die Ursache seiner Nichtigkeit (vgl. BayVGh v. 7.10.1975, BayVBl.1976, 237 (238); BGH v. 21.11.1957 BGHZ 26, 84 [87]; BGH v. 12.5.1972, VRSpr 24, 713 [714 f.] [= MittBayNot 1972, 258]).

2. Die Kläger können sich hier auf die Nichtigkeit berufen, obwohl ihnen das Landratsamt in Bezug auf das rechtswidrige erteilte Einvernehmen der Gemeinde zunächst einen positiven Vorbescheid, dann eine Baugenehmigung zur Errichtung eines Einfamilienhauses erteilt hatte. Das Berufen auf die Nichtigkeit stellt keine unzulässige Rechtsausübung dar, weil auch diese „Gegenleistung“ von der Nichtigkeit erfaßt ist.

a) Die Beklagte erwiderte auf das Vorbringen der Kläger mit guten Gründen, daß es nicht angehen könne, wenn der Baulandsicherungsvertrag für nichtig erklärt wird, die Kläger aber andererseits den unberechtigten Vorteil der Baugenehmigung für sich beanspruchen können. Dem erwiderte die Klägerseite im wesentlichen, daß den Klägern ja kein Vorwurf der Sittenwidrigkeit gemacht werden könne und die Frage nach der Gültigkeit der Baugenehmigung nicht in Zusammenhang mit der Klage stehe.

Da hier ein Fall vorliegt, in dem die Sittenwidrigkeit im Rechtsgeschäft selbst begründet ist und nicht im Verhalten einer der Vertragsparteien, ist es grundsätzlich nicht unbillig, wenn den Klägern auch die Nichtigkeit des empfangenen Vorteils entgegengehalten wird. Wie oben ausgeführt, dient die Nichtigkeit nicht dem Schutz des Vertragspartners, sondern den elementaren Prinzipien der Rechtsordnung.

b) Den Klägern kann hier nicht der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegengehalten werden. Üblicherweise unterliegt die Nichtigkeitsfeststellung nach § 138 BGB dieser Beschränkung ohnehin nicht, weil die Nichtigkeit von Amts wegen zu beachten ist. Das Problem einer unzulässigen Rechtsausübung dadurch, daß derjenige, der sich auf die Nichtigkeit beruft, die Gegenleistung voll ausgenutzt hat, stellt sich in der Regel erst bei der Rückabwicklung, also bei der Anwendung der §§ 812 ff. BGB (vgl. *Palandt*, Rdnr. 25 vor § 812 BGB; BVerwG v. 18.12.1973, NJW 1974, 2247 [2248]; OVG Münster v. 6.10.1977, NJW 1978, 152). Das „Prinzip der verteilenden Gerechtigkeit“ gebietet es, daß Austauschverträge im Falle der Nichtigkeit vollständig rückabgewickelt werden.

Dieser Rechtsgedanke ist auf den vorliegenden Fall ausnahmsweise anwendbar, obwohl es nur um die Feststellung der Nichtigkeit und nicht um einen Anspruch aus §§ 812 ff. BGB geht. Die Kläger haben die Leistung in Form des positiven Vorbescheids und folgend der Erteilung einer Baugenehmigung erhalten. Im Gegenzug dazu ist bereits eine Leistung an die Beklagte in der Weise erfolgt, daß die Kläger der Beklagten durch die notarielle Urkunde ein Vor- und ein Ankaufsrecht einräumten und sich zugunsten der Beklagten einem Strafgedinge unterwarfen. Wenigstens im Hinblick auf das Vor- und das Ankaufsrecht bedarf es zum tatsächlichen Rechtsverlust der Kläger nur noch einer einseitigen Erklärung der Beklagten. Seitens der Kläger wurde alles getan, was die Rechtsänderung herbeiführen kann. Insoweit haben sie im rechtlichen Sinne geleistet, also der Gemeinde einen Vermögensvorteil bewußt und gewollt zugewendet. Ähnliches gilt für die Einräumung des Strafgedinges zugunsten der Gemeinde.

Die bloße Feststellung der Nichtigkeit entspricht hier einer Rückgewährung der Leistung. Eine andere Art der Rückabwicklung ist hier nur schwer vorstellbar. Denkbar wäre allenfalls ein Verzicht der Beklagten auf Ausübung ihrer Rechte aus dem Vertrag. Dies ist aber nur ein unvollkommener Schutz, weil die Beklagte ausweislich der Ziffer III des notariellen Vertrags vom 5.6.1991 berechtigt ist, die Ausübung von Ankaufs- und Vorkaufsrecht auf Dritte zu übertragen. Ein Rechtsverzicht bindet nur die Beklagte, nicht diesen Dritten. Auch durch die Bewilligung zur Löschung der Auflassungsvormerkung erfolgt keine echte Rückgewähr der Leistungen, weil es sich bei der Auflassungsvormerkung nur um ein Mittel zur dinglichen Sicherung des schuldrechtlichen Anspruchs handelt.

Hinzu kommt, daß Begünstigte aus dem Vertrag eine Gemeinde, also eine Stelle der öffentlichen Verwaltung ist. Diese ist gemäß Art. 20 Abs. 3 GG dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung unterworfen, so daß die Kläger davon ausgehen können, daß die Beklagte nach erfolgter Nichtigkeitsfeststellung keine Rechte mehr aus dem Vertrag geltend machen wird.

c) Die Kläger haben keine ausnutzbare Gegenleistung im Rechtssinne erhalten, weil der Vorbescheid und die daraus folgende Baugenehmigung nichtig sind. Die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts nach § 138 Abs. 1 BGB erfaßt grundsätzlich das gesamte Rechtsgeschäft, also Leistung und Gegenleistung, es sei denn, es liegt ein Fall des § 139 BGB vor. Das ist hier nicht anzunehmen, weil der Baulandsicherungsvertrag ausdrücklich eine Bedingung für die Einvernehmenserteilung sein sollte und sich auf die Kläger ohne die Einvernehmenserteilung nicht auf den Baulandsicherungsvertrag eingelassen hätten.

Es kann dahingestellt bleiben, ob dieser Zusammenhang nicht schon dazu führte, daß Baulandsicherungsvertrag, Einvernehmenserteilung und Genehmigungserteilung als echtes gegenseitiges Rechtsgeschäft anzusehen sind. Die Nichtigkeit kann sich nämlich über das unmittelbar nichtige Rechtsgeschäft hinaus auch auf solche Rechtsgeschäfte erstrecken, die mit dem nichtigen in Zusammenhang stehen; und wenn ein Dritter durch das andere Rechtsgeschäft geschädigt wird, bzw. wenn die beiden Geschäfte miteinander stehen und fallen sollten (vgl. BGH v. 17.5.1988, NJW 1989, 26; v. 10.1.1990, NJW-RR 1990, 442). Das gilt auch, wenn ein Teil des Rechtsgeschäfts nicht in Vertragsform ergangen ist, sondern als Verwaltungsakt (vgl. BayVGh v. 7.10.1975; BayVBl. 1976, 237 [238]). Hier muß man davon ausgehen, daß das Rechtsgeschäft, das mit dem Baulandsicherungsvertrag stehen und fallen sollte, nicht nur die Einvernehmenserteilung zum Vorbescheid und zur nachfolgenden Baugenehmigung war, sondern auch der Vorbescheid und die Baugenehmigung selbst, nachdem sich das Landratsamt auf das „Geschäft“ zwischen den Klägern und der Beklagten eingelassen hat und durch Abschluß des Baulandsicherungsvertrags die beeinträchtigten öffentlichen Belange gleichsam als kompensiert ansah, wie die Stellungnahme des Landratsamts vom 10.12.1996 zeigt. Durch die Bindungswirkung des Vorbescheids setzt sich die Baulandsicherung im Rahmen des Vorbescheidsverfahrens in der Baugenehmigung fort.

Hinzu kommt, daß es gerade dem Zweck des Verbots von solchen Koppelungsgeschäften zum Nachteil der Rechtsordnung entspricht, daß auch der als Gegenleistung gewährte Verwaltungsakt nichtig ist. Es handelt sich hierbei – über die Rechtsfolgen des § 138 Abs. 1 BGB hinaus – um einen Fall des Art. 44 Abs. 2 Nr. 6 BayVwVfG (vgl. *Kopp*, Verwaltungsverfahrensgesetz, Rdnr. 50 zu § 44 VwVfG). Grund der Sittenwidrigkeit ist ja gerade der „erkaufte“ Vorbescheid. Darauf, daß den Klägern selbst kein Sittenverstoß vorzuwerfen ist, kommt es nicht an. Es gehört zum Wesen einer geordneten rechtsstaatlichen Verwaltung, daß öffentliche Aufgaben nur unter Beachtung des geltenden Rechts und ausschließlich orientiert an den der Verwaltung gestellten Zielen, am öffentlichen Wohl und an den Einzelinteressen, deren Wahrnehmung der Verwaltung in dem konkreten Verwaltungsverfahren anvertraut ist, frei von jeglicher Rücksicht auf rein wirtschaftliche Vor- und Nachteile der öffentlichen Hand erfüllt werden (vgl. BayVGh v. 7.10.1975, BayVBl. 1976, 237 [238]).

Zudem sind die Kläger hier nicht schutzwürdig, weil sie selbst sich auf die Nichtigkeit des für sie nachteiligen Teils des Rechtsgeschäfts berufen. Das Berufen auf die Nichtigkeit darf nicht dazu führen, daß ein Rechtsgeschäft nur insoweit für nichtig erklärt wird, als dies den Klägern von Vorteil ist.

3. Dem Klageantrag unter II. war als notwendige Folge der Nichtigkeitsfeststellung stattzugeben. Die Auflassungsvormerkung ist das akzessorische Sicherungsmittel für die eingeräumten Rechte der Beklagten, das Grundstück erwerben zu dürfen (§ 883 Abs. 1 BGB). Entfällt der zu sichernde Anspruch, weil er nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist, so besteht ein Anspruch auf Beseitigung der Vormerkung aus § 886 BGB, der auch auf die dauernde Einwendung der Nichtigkeit anwendbar ist.

25. BSHG § 88 Abs. 1 (*Erbschaft als einzusetzendes Vermögen nach BSHG*)

**Eine Erbschaft steht nicht als einzusetzendes Vermögen im Sinne des § 88 Abs. 1 BSHG zur Verfügung, wenn dem Erblasserwillen zu entnehmen ist, daß der Nachlaß nicht für die Bestreitung der allgemeinen Unterbringungskosten eines im Heim lebenden Behinderten verwendet werden soll (sog. Behindertentestament). Auch bei einem notariell errichteten Testament sind zur Ermittlung des wahren Willens des Erblassers die gesamten Umstände zu berücksichtigen, die bei der Abfassung der letztwilligen Verfügung von Bedeutung waren.**

SächsOVG, Beschluß vom 2.5.1997 – 2 S 682/96 –

*Aus dem Tatbestand:*

Der geistig und körperlich behinderte Antragsteller lebt seit dem 15.5.1995 in einem Sonderpflegeheim. Zuvor war er ab dem 13.6.1993 in einem Krankenhaus für Psychiatrie und Neurologie untergebracht. Seine Mutter, die den Antragsteller und seine ebenfalls behinderte Schwester bis zu diesem Zeitpunkt betreut hatte, hatte sich wegen einer schweren Erkrankung längerfristig in stationäre Behandlung begeben müssen.

Am 14.11.1993 verstarb die Mutter des Antragstellers. Sie hatte bereits am 17.3.1992 ein notarielles Testament errichtet, mit dem sie den Antragsteller und seine Schwester zu gleichen Teilen als befreite Vorerben einsetzte. Eine Erbaueinandersetzung sollte nicht stattfinden. Nacherbe nach dem letztversterbenden Vorerben sollte der „S.-e.V.“ werden. Ferner wurde bis zum Tod des letztversterbenden Vorerben Dauertestamentsvollstreckung angeordnet. Hinsichtlich der Verwendung des Nachlasses bestimmte die Erblasserin, daß dieser dazu dienen soll, ihren Kindern „die bestmögliche Betreuung, Pflege und Unterbringung zu ermöglichen, ohne Rücksicht darauf, ob zur Finanzierung dieser Maßnahme der Nachlaß in seinem Bestand angegriffen wird oder nicht“. In dem Testament heißt es weiter: „Der Nachlaß soll verwendet werden besonders für:

- die Einrichtung des eigenen Zimmers nach persönlichem Geschmack meiner Kinder,
- persönliche Anschaffung, wie z.B. Musikgeräte, Videogerät, Fernseher, andere technische Geräte entsprechend der technischen Entwicklung und ihren Wünschen und Bedürfnissen,
- modische und zweckentsprechende Kleidung,
- ärztliche Behandlung, Therapien und Medikamente, die von der Krankenkasse nicht (vollständig) gezahlt werden, z.B. Brille, Zahnersatz usw.,
- Beitragszahlungen zur Todesfallversicherung

Nach dem am 3.2.1994 erstellten Nachlaßverzeichnis belief sich der Wert des Nachlasses auf rund 181.000,- DM.

Mit Schreiben vom 5.12.1994, das nicht mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen war und laut Absendevermerk am gleichen Tage an den damaligen Betreuer des Antragstellers abgesandt wurde, stellte der Antragsgegner die Gewährung der Sozialhilfe zum 1.12.1994 mit der Begründung ein, der Antragsteller verfüge über erhebliches Vermögen aus dem Nachlaß seiner Mutter. Auf die weiteren Anträge des Antragstellers auf Übernahme der Unterbringungskosten vom 22.12.1995 und 24.5.1996 verwies der Antragsgegner auf die Bestandskraft des Bescheides vom 5.12.1994.

Demgegenüber führte die Bevollmächtigte des Antragstellers mit Schreiben vom 5.8.1996 aus, daß kein bestandskräftiger Bescheid über die Einstellung der Sozialhilfe vorliege, weil das Schreiben vom 5.12.1994 weder dem damaligen Betreuer noch dem Antragsteller zugegangen sei. Der Antragsgegner habe die Kosten für die Heimunterbringung des Antragstellers zu tragen, weil der Antragsteller kein verfügbares Vermögen besitze.

Am 16.8.1996 erhob der Antragsteller beim Verwaltungsgericht L. einen Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes, mit dem er die Übernahme der anfallenden Unterbringungskosten durch den Antragsgegner anstrebt.

Die gegen die Ablehnung dieses Antrags gerichtete Beschwerde hatte Erfolg.

#### *Aus den Gründen:*

Nach § 123 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 VwGO i.V.m. §§ 920 ff. ZPO kann eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis erlassen werden, wenn glaubhaft gemacht wird, daß der geltend gemachte Anspruch besteht (Anordnungsanspruch) und die Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint (Anordnungsgrund). Im Hinblick darauf, daß auch eine nur vorläufige Verpflichtung des Antragsgegners zur Übernahme der Kosten der Heimunterbringung zu einer Vorwegnahme der Hauptsache führen würde, erscheint es im vorliegenden Fall angemessen, bis zur abschließenden Entscheidung im Klageverfahren eine darlehensweise Übernahme der vom Antragsteller nicht aus seinen monatlichen Renteneinkünften zu bestreitenden Kosten der Unterbringung anzuordnen.

Ein Anordnungsanspruch des Antragstellers auf Gewährung von Hilfe zur Pflege durch Übernahme der Kosten seiner Unterbringung im Sonderpflegeheim in X. ergibt sich dem Grunde nach aus §§ 27 Abs. 1 Nr. 9, 28, 68 Abs. 1 BSHG. Der Antragsteller bedarf aufgrund seiner körperlichen und geistigen Behinderung für die gewöhnlichen und regelmäßig wiederkehrenden Verrichtungen im Ablauf des täglichen Lebens auf Dauer erheblicher Hilfen. Der Antragsteller kann seinen Bedarf auch nicht mittels eigener Einkünfte oder aus eigenem Vermögen decken. Seine Einkünfte erschöpfen sich in einer monatlichen Rente von 674,- DM. Verwertbares Vermögen i.S.v. § 88 Abs. 1 BSHG besitzt der Antragsteller nicht. Zwar wurde der Antragsteller durch das Testament seiner Mutter vom 17.3.1992 zu gleichen Teilen mit seiner Schwester als befreiter Vorerbe eines Vermögens eingesetzt, dessen Wert sich im Zeitpunkt der Erstellung des Nachlaßverzeichnisses am 3.2.1994 auf rund 181.000,- DM belief. Über dieses Vermögen kann der Antragsteller aber nicht frei verfügen, weil die Erblasserin in § 3 des Testamentes Testamentsvollstreckung gemäß §§ 2209, 2210 BGB angeordnet und eine Erbauseinandersetzung untersagt hat (vergleiche zur Wirkung der Testamentsvollstreckung BGH, Urteil vom 20.10.1993, NJW 1994, 248, 249 [= MittBayNot 1994, 49 ff.]).

Der Antragsteller hat auch keinen – ggf. gerichtlich – durchsetzbaren Anspruch gegen die eingesetzte Testamentsvollstreckerin auf Verwertung des auf ihn anteilig entfallenden Nachlasses zum Zwecke der Bestreitung seiner Heimkosten. Einem solchen Einsatz des Nachlasses stehen die von der Erblasserin im Testament getroffenen Anordnungen hinsichtlich der Verwendung des Erbes entgegen. Denn die Auslegung der letztwilligen Verfügung der Erblasserin ergibt, daß der Nachlaß nicht zur Begleichung der vom Sozialhilfeträger nach dem BSHG zu tragenden Kosten dienen soll. Hierauf weisen schon die im Testament gewählten Formulierungen hin. Danach ist der Nachlaß dazu bestimmt, den als Vorerben eingesetzten Kindern „die bestmögliche Betreuung, Pflege und Unterbringung zu ermöglichen“, wobei das „wichtigste Anliegen“ der Erblasserin war, daß ihre Kinder „niemals getrennt werden und innerhalb eines Heimes beide gemeinsam ein Zweibettzimmer bewohnen können.“

Zwar mag es sein, daß der objektive Wortsinn des Testamentes auch ein Verständnis der letztwilligen Verfügung dahingehend ermöglicht, daß die finanzielle Sicherstellung der Lebensgrundlage – die Unterbringung im Heim – ebenfalls mit Hilfe des Nachlasses erreicht werden soll. Denn die angeordnete Verwendung des Nachlasses „zur bestmöglichen Versorgung“ der Kinder der Erblasserin beinhaltet logischerweise als grundlegende Voraussetzung auch die Unterbringung im Pflegeheim. Die Auslegung eines Testamentes darf sich jedoch nicht vorrangig am Wortlaut orientieren, sondern hat unter Berücksichtigung des Gesamtinhaltes der Erklärung zu erfolgen. Dabei ist, da es sich bei einer letztwilligen Verfügung nicht um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, nicht vom Empfängerhorizont einer das Testament lesenden Person auszugehen, sondern es ist in erster Linie das subjektive Verständnis des Erblassers – der wirkliche Wille (§ 133 BGB) – hinsichtlich der von ihm verwandten Begriffe zu ermitteln. Der Wortsinn der gebrauchten Ausdrücke ist unter Heranziehung und Auswertung aller Umstände, auch solcher außerhalb des Textes „zu hinterfragen“ (BGH, Urteil vom 7.10.1992, NJW 1993, 256, BGH, Urteil vom 27.2.1985, BGHZ 94, S. 36, 38 [= MittBayNot 1985, 131 ff.]).

Gelingt es trotz Auswertung aller Umstände nicht, sich vom tatsächlichen wirklichen Willen zu überzeugen, muß sich das Gericht notfalls damit begnügen, den Sinn zu ermitteln, der dem mutmaßlichen Willen am ehesten entspricht (BGH, Urteil vom 8.12.1982, BGHZ 80, S. 41, 45).

Die Auswertung der gesamten Umstände ergibt, daß die Erblasserin den Nachlaß nicht zur Bestreitung der allgemeinen Unterbringungskosten zur Verfügung stellen wollte.

Hätte sie den Nachlaß auch hierfür vorgesehen, so wäre ein Testament vollkommen entbehrlich gewesen, denn der Verbrauch des Erbes wäre als gesetzliche Folge des Erbfalles ohne jegliche besondere Regelung eingetreten. Die Erblasserin hat vielmehr durch die Tatsache der Errichtung eines Testamentes und der darin verfügten Zielsetzung „mein wichtigstes Anliegen ist es, ...“ zum Ausdruck gebracht, daß das Vermögen dazu verwendet werden soll, den Kindern eine Versorgung zu bieten, die auf Dauer über das gesetzliche Mindestmaß hinausgeht. Die Erblasserin wollte überdies erkennbar ihre Kinder nicht nur wenige Jahre lang optimal betreut wissen, sondern ging davon aus, daß das Vermögen ggf. sogar für eine Verbesserung der gesamten noch verbleibenden Lebensdauer der Kinder ausreichen wird. Hierauf deuten sowohl die Einsetzung eines Nacherben für verbliebenes Vermögen als auch die Anordnung der lebenslangen Unterbringung der Kinder in einem Zweibettzimmer hin. Die Mutter des Antragstellers, die mehr als 30 Jahre lang zwei behinderte Kinder versorgt und bereits vor Erstellung des Testamentes Kontakt mit dem Träger des Pflegeheimes aufgenommen hatte, in dem ihre Kinder leben sollten und derzeit auch leben, war sich nach der Lebenserfahrung darüber im klaren, daß die Bestreitung aller Kosten für die Unterbringung beider Kinder, deren Lebenserwartung in Anbetracht ihres Alters nicht unerheblich ist, das vorhandene Vermögen binnen weniger Jahre aufzehren würde. Aus dem genannten Grund kann auch aus der „beispielhaften“ Aufzählung konkreter Verwendungszwecke nicht der Schluß gezogen werden, daß alle Kosten der Versorgung des Antragstellers aus dem Erbe bestritten werden sollen. Bei der exemplarischen Aufzählung handelt es sich ausschließlich um Leistungen, die nicht zu den vom Sozialhilfeträger im Wege der Hilfe zum Lebensunterhalt bestrittenen Aufwendungen gehören. Die finanziellen Mittel für der-

artige „Luxusaufwendungen“ wäre nach wenigen Jahren aufgebraucht, wenn das Kapital auch für die Grundversorgung bestimmt wäre.

Die Tatsache, daß das Testament es dem Antragsteller und seiner Schwester unter Beteiligung der Testamentsvollstreckerin ausdrücklich erlaubt, auch die Substanz ihres ererbten Vermögens anzugreifen, steht der dargestellten Auslegung der letztwilligen Verfügung durch den Senat nicht entgegen. Die Bestimmung zu befreiten Vorerben wird durch das vom Senat als richtig empfundene Verständnis des wahren Willens der Erblasserin nicht sinnentleert. Denn in Anbetracht der geringen Größe des Erbteils war für die Erblasserin vorhersehbar, daß nicht stets die Nutzungen aus dem Nachlaß ausreichen werden, um die von ihr bezweckten Maßnahmen zu finanzieren. Es wird vielmehr früher oder später auch ein unmittelbarer Eingriff in das Vermögen erforderlich sein.

Gegen die dargestellte Auslegung des Testaments kann auch nicht mit Erfolg eingewandt werden, daß die Absicht der Erblasserin im Verfügungstext deutlicher hätte zum Ausdruck gebracht werden müssen. Zwar ist an keiner Stelle davon die Rede, daß für die Grundbedürfnisse des Antragstellers der Träger der Sozialhilfe aufkommen soll. Da – wie dargelegt – aber nicht in erster Linie auf den Wortlaut, sondern den – sei es auch nur unvollkommen – zum Ausdruck gebrachten Willen der Erblasserin abzustellen ist, kann es hierauf entscheidend nicht ankommen. Es genügt, wenn zureichende Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, daß die Erblasserin es ungeachtet des dies nur unvollständig erkennbar machenden Wortlautes des Testamentes bei der Einstandspflicht der Sozialhilfe in dem aus dem BSHG ersichtlichen Umfang belassen wollte. Derartige Anhaltspunkte sind in den obigen Ausführungen dargelegt worden.

Das Testament ist auch nicht etwa deshalb der dargelegten Auslegung entzogen, weil die Erblasserin sich bei seiner Formulierung mit dem Notar einer rechtskundigen Person bedient hat. Denn wenn es auch sein mag, daß der unter Mitwirkung eines Notars – eher als der ohne sachkundige Hilfe – erstellte Urkundentext geeignet ist, den wahren Willen des Erblassers inhaltlich richtig und erschöpfend wiederzugeben, gilt dies doch nicht ausnahmslos. Dementsprechend ist anerkannt, daß auch notarielle letztwillige Verfügungen auslegungsfähig sind, solange sie nur ein Zurückbleiben des Gewollten hinter dem Erklärten erkennen lassen. So verhält es sich hier (OLG Hamm, Beschluß vom 16.3.1993, FamRZ 1994, 1188; vgl. BGH, Urteil vom 9.4.1981, NJW 1981, 1736 [= MittBayNot 1982, 31 f.]).

Auch läßt der Umstand, daß sog. Behindertentestamente bereits Gegenstand von juristischen Abhandlungen und höchstrichterlicher Rechtsprechung gewesen sind, nicht den Schluß zu, daß ein Notar stets, wenn er ebenfalls eine derartige Urkunde aufsetzen will, die in diesen Veröffentlichungen gebrauchten Formulierungen einsetzt.

Gegen die vom Senat für richtig gehaltene Auslegung der letztwilligen Verfügung kann auch nicht mit Erfolg geltend gemacht werden, eine solchermaßen ausgelegte Urkunde sei gemäß § 138 BGB nichtig, weil der Sozialhilfeträger trotz vorhandenem Vermögen gegenüber dem Erben leistungspflichtig werde und die Erbschaft einem Zugriff des Sozialhilfeträgers entzogen werde. Der Senat folgt dem Bundesgerichtshof darin, daß derartige Testamente wirksam sind (BGH, Urteil vom 21.3.1990, NJW 1990, 2055 [= MittBayNot

1990, 245 ff.]); zuletzt BGH, Urteil vom 20.10.1993, a.a.O. mit zahlreichen Hinweisen auf zustimmende Stellungnahmen in der Literatur).

Die unter dem Schutz der Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG stehende Testierfreiheit erlaubt es dem Erblasser, frei über seinen Nachlaß zu verfügen und schließt eine gesetzliche Verpflichtung des Verfügenden aus, dem Behindernden den unbeschränkten Nachlaß zuzuwenden, um dessen Bedürftigkeit abzuwenden oder dem Sozialhilfeträger Rückgriffsmöglichkeiten zu eröffnen. Eine Sittenwidrigkeit wegen Umgehung des Nachranggrundsatzes des § 2 Abs. 1 BSHG liegt nicht vor, weil die Subsidiarität der Sozialhilfe im BSHG selbst in nicht unerheblichem Umfang durchbrochen wird. Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil die Verfügung aus anerkanntswerten Zielen der Erblasserin erfolgt ist (ebenso *Brühl* in: Bundessozialhilfegesetz, Lehr- und Praxiskommentar, 4. Aufl., § 88 Rdnr.105).

Dem glaubhaft gemachten Anordnungsanspruch steht auch nicht die Bestandskraft des Bescheides über die Einstellung der Sozialhilfe vom 5.12.1994 entgegen. Inwieweit der Bescheid vom 5.12.1994 wirksam und bestandskräftig geworden ist, muß einer Überprüfung im Hauptsacheverfahren überlassen bleiben. Der Antragsteller hat den Zugang des Bescheides bestritten. Die Zugangsfiktion des § 37 Abs. 2 1. Halbsatz SGB X greift aus diesem Grunde nicht ein. Den nach § 37 Abs. 2 2. Halbsatz SGB X der Behörde obliegenden Nachweis des Zugangs hat der Antragsgegner bislang nicht geführt. Desweiteren bleibt zu prüfen, wieweit die Bindungswirkung des Bescheides in Anbetracht des jedenfalls mit Schreiben vom 25.5.1996 erneut gestellten Antrages auf Übernahme der Unterbringungskosten reicht.

Demnach hat der Antragsteller einen Anordnungsanspruch dem Grunde nach glaubhaft gemacht. Ob eventuelle Leistungen der Testamentsvollstreckerin auf die Kosten der Heimunterbringung anzurechnen sind, soweit mit ihnen auch Grundbedürfnisse abgedeckt werden z.B. durch Anschaffung modischer und zweckentsprechender Kleidung, kann im Rahmen der einstweiligen Anordnung der Kostenübernahme auf Darlehensbasis offenbleiben.

Der Antragsteller hat auch einen Anordnungsgrund für die vom Senat erlassene einstweilige Anordnung glaubhaft gemacht. Bei der Höhe der im Raume stehenden Pflegekosten wäre mutmaßlich bis zur abschließenden Entscheidung in der Hauptsache der auf den Antragsteller entfallende Anteil der Erbschaft bereits aufgebraucht. Die Absicht der Erblasserin, ihre Kinder aufgrund einer sachgerechten Verwaltung des Nachlasses möglichst lange zu versorgen, würde vereitelt. Die Testamentsvollstreckerin sähe sich der Notwendigkeit ausgesetzt, die langfristig angelegte Vermögensverwaltung aufzugeben und das Vermögen zu verbrauchen. Gegenüber dem dadurch drohenden finanziellen Schaden wiegen die dem Antragsgegner aus der darlehensweisen Gewährung der Sozialhilfe entstehenden Nachteile deutlich geringer. Dies gilt umso mehr, als das Vermögen des Antragstellers dadurch, daß der Antragsgegner sich bislang geweigert hat, die für die Zeit vom 15.5.1995 bis 31.7.1997 entstandenen Heimkosten zu übernehmen, bereits zu mehr als der Hälfte aufgebraucht ist. Die Antragsgegnerin müßte daher in wenigen Monaten ohnehin die Unterbringungskosten übernehmen. Überdies besteht bei einem weiteren Ausbleiben der Kostenübernahme offensichtlich eine Gefährdung der gewohnten Unterbringung des Antragstellers, weshalb eine vorläufige Absicherung rückwirkend ab 16.8.1996 nötig ist.

## Anmerkung:

Die vorstehend abgedruckte, in einem Beschwerdeverfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ergangene Entscheidung des Sächsischen Verwaltungsgerichtshofes nimmt – soweit erkennbar – erstmals aus höherer verwaltungsrechtlicher Perspektive zum sogenannten *Behindertentestament* Stellung.

Der „Urtypus“ dieser Verfügung von Todes wegen bei Vorhandensein eines geistig und/oder körperlich behinderten Abkömmlings geht zurück auf ein durch *Bengel* etwa im Jahr 1976 beurkundetes gemeinschaftliches Testament, das in der Folgezeit insbesondere durch Organisationen der Behindertenfürsorge (Lebenshilfe e.V.) in anonymisierter Form übernommen und bundesweit „empfohlen“ wurde. Es wurde in der 2. Auflage von *Dittmann/Reimann/Bengel*, Testament und Erbvertrag (1986), Abschnitt D Rdnr. 272 ausführlich dargestellt und ist in nur geringfügig veränderter Fassung Gegenstand der bekannten Grundsatzentscheidung des BGH, MittBayNot 1990, 245 m. Anm. *Reimann*.

Ziel der testierenden Elterngeneration ist es hierbei, den behinderten Abkömmling nach ihrem Ableben durch ergänzende Zuwendungen aus dem Nachlaß besser zu stellen als er hypothetisch stünde, wenn er lediglich die gesetzlichen Leistungen nach dem Pflegeversicherungsgesetz (SGB XI) und die Ansprüche nach dem BSHG (Hilfe zur Pflege als Hauptanwendungsfall der Hilfe in besonderen Lebenslagen) geltend machen könnte.

Dies setzt allerdings voraus, daß der Nachlaß – auch soweit er im gesamthänderischen oder Alleineigentum des behinderten Abkömmlings steht – von einer Verwertungspflicht verschont bleibt, da diese lediglich zum teilweisen Ausgleich des fiskalischen Defizits der Sozialleistungsträger führt, den Behinderten jedoch in keiner Weise besser stellt. So läge es etwa, wenn unter Zugrundelegung des klassischen „Berliner Testaments“ bereits beim ersten Sterbefall ein Pflichtteilsanspruch des behinderten Abkömmlings entsteht, den der Sozialleistungsträger als nicht mehr von Gestaltungserklärungen irgendwelcher Art abhängigen Geldanspruch (§ 2317 Abs. 1 BGB) gemäß § 90 Abs. 1 Satz 1 und 4 BSHG ohne weiteres durch Verwaltungsakt auf sich überleiten kann und geltend machen wird.

Zur Vermeidung solcher Pflichtteilsansprüche, die lediglich zu einer für den Behinderten konsequenzlosen Entleerung des Nachlasses führen, ist daher bereits auf den ersten Sterbefall der behinderte Abkömmling zum Miterben einzusetzen, und zwar als (in der Regel nicht befreiter) *Vorerbe*. Nacherbe sei beispielsweise der weitere, nicht behinderte Abkömmling, der überlebende Ehegatte oder ein gemeinnütziger Verein der Behindertenhilfe. Zusätzlich wird *Dauertestamentsvollstreckung* (§ 2209 BGB) angeordnet über die Vorerbschaft und insbesondere die hieraus zu gewinnenden Erträge, die ja gemäß §§ 2124, 2130, 100 BGB sonst freies Eigenvermögen des Vorerben werden, verbunden mit klaren Verwaltungsanweisungen an den Testamentsvollstrecker (§ 2216 Abs. 2 BGB), die den staatlichen Leistungskatalog ergänzende Zuwendungen aus den Erträgen dem behinderten Vorerben sichern.

Die Quote, zu welcher der behinderte Vorerbe bereits auf den ersten Sterbefall eingesetzt wird, muß auf jeden Fall höher sein als dessen Pflichtteilsquote, da sonst die vorerwähnten Beschränkungen der Nacherbschaft und der Testamentsvoll-

streckung als nicht angeordnet gelten, mithin also schlichte Miterbeinsetzung vorliegt, die den Weg zu einem Regreß des Sozialleistungsträgers durch Verwertung dieses einsatzpflichtigen Vermögens im Weg der Auseinandersetzungseröffnung eröffnet (§ 88 Abs. 1 BSHG). Wird der behinderte Vorerbe daher zu einer Quote eingesetzt, die zwischen der Pflichtteilsquote und der gesetzlichen Erbquote liegt, besteht zwar das abstrakte Risiko einer Ausschlagung mit der wiederum unerwünschten Folge eines konsequenzlos überleitbaren Pflichtteilsanspruchs (§ 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB). Der lediglich körperlich Behinderte wird jedoch diese Ausschlagung bei bewußter Abwägung der Alternativen nicht erklären (eine Überleitung des Ausschlagungsrechts selbst als Gestaltungserklärung auf den Sozialleistungsträger kann im Rahmen des auf Ansprüche beschränkten § 90 Abs. 1 BSHG bekanntlich nicht erfolgen); der für den geistig behinderten Vorerben bestellte (oder gemäß §§ 1944 Abs. 2 Satz 3, 203, 206 BGB zur Inangasetzung der Frist zu bestellende) Betreuer und das zur Genehmigung einer etwaigen Ausschlagung berufene Vormundschaftsgericht (§ 1822 Nr. 2 BGB) werden ebenfalls nicht ausschlagen, da hierbei lediglich die wohlverstandenen Interessen des Betreuten, nicht jedoch die fiskalischen Interessen des Sozialleistungsträgers an der Umsetzung des sozialrechtlichen Subsidiaritätsprinzips Maßstab sein dürfen.

Die Regreßfestigkeit des vorstehend skizzierten „Grundmodells“ des Behindertentestaments stützt sich – dargestellt am BSHG als wichtigstem Anwendungsfall subsidiärer, staatsfinanzierter Sozialfürsorgeleistungen – auf zwei (Gesetzesbegriffe: das Wort „verwertbar“ in § 88 Abs. 1 BSHG und das Wort „Erbe“ in § 92c BSHG. Zu *Lebzeiten* des behinderten Vorerben ist die *Vermögenssubstanz* aus Rechtsgründen unverwertbar im Sinn des § 88 Abs. 1 BSHG, da der Vorerbe zu einer Verfügung (Veräußerung oder Belastung), die auch bei Eintritt der Nacherbfolge wirksam bleibt, nur mit Zustimmung des Nacherben befähigt ist und zudem – sofern sich die Testamentsvollstreckung auch auf die Vermögenssubstanz erstreckt – das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers gemäß § 2205 BGB die eigene Verwertung durch den Hilfeempfänger hindert. Der *Vermögensertrag* des Vorerbenanteils wird zwar – wie dargestellt – Eigenvermögen des Behinderten, ist jedoch ebenfalls nicht verwertbar im Sinn des § 88 Abs. 1 BSHG, da auch insoweit das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers eine eigene Verwertung durch den Hilfeempfänger hindert und dieser keinen auf den Sozialleistungsträger überleitbaren Anspruch gegen den Testamentsvollstrecker auf Herausgabe der Erträge zur Unterhaltssicherung hat, da die klaren Verwaltungsanweisungen gemäß § 2216 Abs. 2 BGB der Pflicht zur ordnungsgemäßen Verwaltung im Sinn des § 2216 Abs. 1 BGB, d. h. ggf. auch der Erfüllung des Nachranggrundsatzes des Sozialfürsorgerechtes, vorgehen (a. A. jedoch *Krampe*, AcP 191, 526 ff.)

*Nach dem Tod* des Vorerben, d. h. mit Eintritt des Nacherbfalles, unterliegt das frühere Vorerbengut der *Substanz* nach ebenfalls nicht dem Regreßzugriff, da dieser gemäß § 92c Abs. 1 BSHG nur den „Erben“ des Hilfeempfängers trifft. Erbe im zivilrechtlichen Sinn ist bekanntlich nicht der Nacherbe im Verhältnis zum Vorerben (§ 2139 BGB), sondern im Verhältnis zum ursprünglichen Erblasser, der jedoch keine Sozialleistungen bezogen hat (Erbe im Sinn des § 92c Abs. 1 BSHG ist übrigens auch nicht der Begünstigte aus Drittzuwendungen auf den Todesfall gemäß §§ 331, 2301 BGB!).

Lediglich die akkumulierten *Erträge* aus dem früheren Vorerbschaftsvermögen, die der Testamentsvollstrecker (z. B. wegen fortschreitender Gebrechlichkeit des Behinderten) nicht mehr bestimmungsgemäß verwenden konnte, unterliegen als dessen Eigenvermögen dem Erbenregreß (Kostenersatzanspruch) gegenüber den Eigenerben des Vorerben (in der Regel also dessen gesetzlichen Erben), die jedoch gemäß § 92c Abs. 2 Satz 2 BSHG auch ohne Erhebung der Dürftigkeitseinrede des § 1990 BGB nur beschränkt auf den Nachlaß haften.

Der BGH (MittBayNot 1990, 245 und DNotZ 1992, 241 jeweils m. Anm. *Reimann*, und erneut ZEV 1994, 35 m. Anm. *Bengel* a.a.O., S. 29 ff. sowie MittBayNot 1994, 49 ff. m. Anm. *Reimann*) und ihm folgend die Instanzgerichte (z. B. LG Konstanz, FamRZ 1992, 360 m. Anm. *Kuchinke*) haben das vorstehend skizzierte Gestaltungsmodell des Behindertentestaments zivilrechtlich vom Vorwurf der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) jedenfalls dem Grunde nach freigestellt. Maßgeblich hierfür war zum einen die Erwägung, daß der gesetzliche Nachrang der Sozialfürsorgeleistung (§§ 2 Abs. 1, 11 Abs. 1 Satz 1 BSHG) gerade beim Bezug von Leistungen der Hilfe in besonderen Lebenslagen (etwa der Hilfe zur Pflege) deutlich abgeschwächt ist: So wird etwa eigenes Einkommen des Hilfeempfängers und der weiteren Mitglieder der Einsatzgemeinschaft des § 28 Abs. 1 BSHG (d. h. des nicht getrennt lebenden Ehegatten bzw. des nichtehelichen Lebensgefährten gemäß § 122 BSHG) geschont, solange es die allgemeine Einkommensgrenze des § 79 Abs. 1 BSHG, ab Pflegebedürftigkeit der Stufe I oder stationärer Pflege gar die erhöhte besondere Einkommensgrenze des § 81 Abs. 1 und bei Bezug von Pflegegeld für Schwerstpflegefälle gar die nochmals erhöhte Einkommensgrenze des § 81 Abs. 2 BSHG nicht übersteigt. Diese Einkommensgrenze setzt sich zusammen aus einem Grundbetrag von etwas über 1.000, 1.500 bzw. 3.000 DM, den angemessenen Wohnaufwendungen sowie weiteren Personenzuschlägen für die vom Hilfeempfänger unterhaltenen Mitglieder der Haushaltsgemeinschaft, erreicht also in der Summe teilweise staunenswerte Höhen. Selbst das darüber hinausgehende Einkommen ist gemäß § 84 Abs. 1 BSHG nur in angemessenem Umfang einzusetzen. Auch das Vermögen der Mitglieder der Einsatzgemeinschaft erfährt in § 88 Abs. 2 BSHG eine über das bürgerliche Unterhaltsrecht deutlich hinausgehende Schonung (wobei insoweit die weitere Privilegierung der Leistungen zur Hilfe in besonderen Lebenslagen lediglich noch in Gestalt erhöhter Freibeträge für Ersparnisse gemäß § 88 Abs. 2 Nr. 8 BSHG in Erscheinung tritt).

In wertender Hinsicht stützt die zivilrechtliche Rechtsprechung die Zulässigkeit des Behindertentestaments jedoch maßgeblich auf die Erwägung, das durch die Erblasser verfolgte Ziel bestehe gerade nicht in der Umkehrung des sozialrechtlichen Subsidiaritätsprinzips um seiner selbst willen, sondern in der verfassungsrechtlich (Testierfreiheit) anzuerkennenden Besserstellung des Behinderten durch eine verantwortungsvolle Gestaltung von Todes wegen, die allerdings zur Vermeidung frühzeitiger Erschöpfung des Nachlasses als notwendigen Reflex die Zurückdrängung sozialhilferechtlicher Verwertungspflichten zur Folge haben muß, indem die Tatbestandsvoraussetzungen der verschiedenen in Betracht kommenden Regreßalternativen jedenfalls hinsichtlich eines Elements („verwertbar“, „Erbe“) nicht eintreten. Diese zivilrechtliche Unbedenklichkeit des Behindertentestaments gilt jedenfalls dann und so lange, als nicht allein aus der Vorerbschaft die

Versorgung des Behinderten ohne Inanspruchnahme nachrangiger Sozialleistungen auf Dauer gesichert werden kann. Insbesondere bei größeren (oder künftig größeren) Vermögen empfiehlt sich daher zur Vermeidung gesetzlicher Erbfolge die Ergänzung des „Behindertentestaments“ um eine weitere, für den Fall dessen Unwirksamkeit geltende Regelung (z. B. auf der Basis des Berliner Testaments).

Während die bisher veröffentlichte Rechtsprechung und die außerordentlich umfangreiche Literatur (vgl. etwa *Smid*, NJW 1990, 409; *Otte*, JZ 1990, 1027; *van de Loo*, NJW 1990, 2852; *Krampe*, AcP 191, 526; *Schubert*, JR 1991, 106; *Pieroth*, NJW 1993, 173 ff.; *Nieder*, NJW 1994, 1264 ff.; *Dittmann/Reimann/Bengel*, Testament und Erbvertrag D Rdnr. 272 ff. u. a.) sich in erster Linie mit der zivilrechtlichen Wirksamkeit des Behindertentestaments und der Erörterung alternativer Lösungen (insbesondere der „Vermächtnislösung“ zur Vermeidung einer sonst bereits beim ersten Sterbefall unumgänglichen Erbengemeinschaft; hierzu etwa *Nieder*, NJW 1994, 1265) beschäftigte, nimmt das vorstehend veröffentlichte Urteil des OVG Bautzen in wünschenswerter Klarheit zur *sozialhilferechtlichen Einordnung* Stellung und bestätigt hierbei die oben getroffene Prognose. Da der Nacherbfall noch nicht eingetreten ist, spielte der Zentralbegriff „Erbe“ in § 92c BSHG (noch) keine Rolle; im Mittelpunkt stand also die Auseinandersetzung mit dem zweiten zentralen Kriterium, nämlich der fehlenden „Verwertbarkeit“ gemäß § 88 Abs. 1 BSHG.

Mit allerdings sehr knappen Ausführungen bejaht das Gericht im Beschwerdebeschuß (entgegen der vorinstanzlichen Entscheidung des VG Leipzig) die Unverwertbarkeit des Vorerbenanteils des behinderten Antragstellers aufgrund der angeordneten Dauertestamentsvollstreckung gemäß §§ 2209, 2210 BGB. Zugleich wird mittelbar bestätigt, daß der Vorerbe keinen allgemeinen Anspruch gegenüber dem Testamentsvollstrecker auf Herausgabe der Erträge zur Sicherung seines Unterhalts habe, etwa gestützt auf die Pflicht des Testamentsvollstreckers zur ordnungsgemäßen Verwaltung im Sinn des § 2216 Abs. 1 BGB (so aber *Krampe*, AcP 191, 526 ff.). Das OVG Bautzen stützt damit (allerdings ohne Zitat) die Ausführungen des BGH (FamRZ 1986, 900), wonach die Früchte des Nachlasses nur dann zur Unterhaltsdeckung heranzuziehen seien, wenn in der Verfügung von Todes wegen nichts anderslautendes geregelt sei (ebenso *Staudinger/Reimann*, § 2216 Rdnr. 25).

Zu der ebenfalls die Verwertbarkeit entziehenden Wirkung der nicht befreiten Vorerbschaft brauchte das OVG Bautzen sich nicht zu äußern, da nach dem klaren Wortlaut des Testaments der behinderte Abkömmling vorliegend zum befreiten Vorerben eingesetzt wurde, so daß ihm (sofern nicht die Testamentsvollstreckung zusätzlich angeordnet wäre) die Verwertung durch entgeltliche Veräußerung oder Belastung rechtlich möglich gewesen wäre. Die Gestaltungsalternative zwischen der (klassischerweise gewählten) nicht befreiten Vorerbschaft (mit der Folge der zusätzlichen Unverwertbarkeit jedenfalls des Vermögensstammes gemäß § 88 Abs. 1 BSHG) und der befreiten Vorerbschaft trifft übrigens eine derzeit aktuelle Kontroverse darüber, ob der nur für den Vorerben bestellte Testamentsvollstrecker (der nicht zugleich Nacherbenvollstrecker gemäß § 2222 BGB ist) mehr Rechte haben könne als der Vorerbe sie ohne Testamentsvollstreckung hätte. Entgegen OLG Stuttgart, BWNNotZ 1980, 92, und *Haegeler/Winkler*, Der Testamentsvollstrecker, Rdnr. 215 (wonach die für den Vorerben geltenden Verfügungsbeschränkun-

gen den Testamentsvollstrecker nicht erfassen, da die §§ 2113 ff. BGB nur das Verhältnis zwischen Vorerbe und Nacherbe regeln) vertritt eine im Vordringen befindliche Ansicht die Auffassung, die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers über den Vorerbenanteil könne nicht mehr Befugnisse umfassen, als sie der Vorerbe selbst habe (so etwa MüKo/Brandner, § 2205 Rdnr. 55; Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung IV, 188). Trifft letztere Auffassung zu, wäre in der Tat die Anordnung einer befreiten Vorerbschaft ratsam.

So erfreulich für die notarielle Praxis die Bestätigung der „grundsätzlichen zivilrechtlichen Unbedenklichkeit“ des Behindertentestaments auch in sozialhilferechtlicher (verwaltungsgerichtlicher) Hinsicht ist, kann doch der Beschluß des OVG Bautzen nicht in allen Punkten überzeugen. Ein wesentlicher Teil der Ausführungen ist der vermeintlich erforderlichen Auslegung des notariellen Testaments gewidmet mit dem Ziel, die in dieser Form allerdings in der Tat nicht ausdrücklich formulierte Anweisung an den Testamentsvollstrecker dort wiederzufinden, der Nachlaß dürfe nicht zur Begleichung der vom Sozialhilfeträger nach dem BSHG zu tragenden Allgemeinkosten, sondern lediglich zur Sicherstellung der über die gesetzlichen Leistungen hinausgehenden Versorgung dienen. Die im Testament aufgeführten Anweisungen an den Vollstrecker (§ 2216 Abs. 2 BGB) enthalten allerdings eine Reihe von Einzelbeispielen, die unter der allgemeinen Zielvorgabe, den Kindern „die bestmögliche Betreuung, Pflege und Unterbringung zu ermöglichen“, zusammengeführt wurden. Dieser testamentarischen Anordnung „bestmöglicher Betreuung, Pflege und Unterbringung“ ist bereits unmittelbar, ohne daß es hierzu einer Auslegung bedürfte, zu entnehmen, daß jedenfalls die Vermögenssubstanz erhalten bleiben muß, da deren Einsatz zur Tragung der allgemeinen Heimkosten in der Gesamtheit eben nicht mehr die „bestmögliche Betreuung“ gewährleisten könnte (so auch Haas, NotBZ 1997, 209). Ein vernünftiger Zweifel am Erblasserwillen oder eine Lückenhaftigkeit der testamentarischen Anordnung ist insoweit aus der Sicht des Zivilrechts nicht recht erkennbar.

Nicht befriedigen kann schließlich auch die im Ergebnis getroffene einstweilige Anordnung, die Sozialhilfeverwaltung habe die Kosten der Heimunterbringung „auf Darlehensbasis“ zu übernehmen, jedenfalls bis zu einer Klärung in der Hauptsache. Trifft die gerichtliche Prämisse, der unter Testamentsvollstreckung stehende (befreite) Vorerbe habe kein „verwertbares“ Vermögen im Sinn des § 88 Abs. 1 BSHG, zu, besteht kein Raum für eine darlehensweise Gewährung der Sozialhilfe. Diese setzt nämlich nach § 89 Satz 1 BSHG voraus, daß an sich gemäß § 88 BSHG für den Bedarf der Hilfesuchenden Vermögen einzusetzen wäre, dessen sofortiger Verbrauch oder Verwertung jedoch eine unbillige Härte bedeuten würde. Gemäß § 88 Abs. 1 BSHG ist aber gerade die Verwertbarkeit, an der es hier fehlt, unabdingbare Voraussetzung für die Pflicht zum Einsatz eines Vermögenswertes. Auch in der Beleihung für Darlehenszwecke läge eine Form des Vermögenseinsatzes, die gemäß § 88 Abs. 1 BSHG gerade nicht geschuldet ist. Zutreffend wäre daher gewesen, im einstweiligen Anordnungsverfahren die Wiederaufnahme der Zahlungen für die stationäre Hilfe zur Pflege (vgl. § 27 Abs. 3 BSHG) als reguläre Sozialhilfeleistung zu verfügen.

Notar Dr. Hans-Frieder Krauß, Hof/Saale

26. EStG §§ 6 Abs. 1 Nr. 1, 6 b Abs. 3; BGB § 951 (*Baumaßnahmen des Ehegatten auf dem Grundstück des anderen Ehegatten*)

**Trägt ein Ehegatte vereinbarungsgemäß alle Aufwendungen für die Errichtung eines Gebäudes auf dem Grund und Boden des anderen Ehegatten und ist zwischen den Eheleuten festgelegt, daß der andere Ehegatte das ihm zuwachsende Eigentum an dem Gebäude ausgleichen muß, dann kann der den Bau finanzierende Ehegatte seine Aufwendungen wie ein materielles Wirtschaftsgut aktivieren. Dem steht nicht entgegen, daß das Gebäude im Betrieb beider Ehegatten genutzt wird.**

BFH, Urteil vom 10.4.1997 – IV R 12/96 –

*Aus dem Tatbestand:*

Die beiden Kläger sind Eheleute. Jedem gehörte ursprünglich ein land- und forstwirtschaftlicher Betrieb. Die Land- und Forstwirtschaft wurde von der Hofstelle des Klägers aus bewirtschaftet. Im Wirtschaftsjahr 1980/81 veräußerte die Klägerin ihren 81 ha großen Hof bis auf eine Fläche von ca. 4 ha. Diese Restfläche und den Veräußerungserlös von rd. 3 Mio. DM führte sie – so die Formulierungen des Finanzgerichts (FG) – dem Betrieb des Klägers zu. Der Veräußerungserlös wurde größtenteils zur Tilgung von Betriebsschulden verwendet; in Höhe des Restbetrages wurde eine Rücklage nach § 6b des Einkommensteuergesetzes (EStG) gebildet und nach entsprechenden Anschaffungen größtenteils gewinnneutral aufgelöst.

Aufgrund einer Vereinbarung vom 1.7.1981 wurden auf dem Grund und Boden des Klägers ein Altenteiler-Wohnhaus (Fertighaus) und ein (schlüsselfertig erworbenes) Betriebsleiter-Wohnhaus errichtet. Die Klägerin sollte dabei als Bauherrin auftreten und sämtliche Baukosten tragen. Tatsächlich beantragte der Kläger die Baugenehmigung für das Altenteilerhaus im eigenen und für das Betriebsleiter-Wohnhaus in beider Namen. Nach Fertigstellung sollte die Klägerin ideelle Eigentumsanteile von 50 v. H. an den entsprechenden Grundstücksparzellen erhalten; dazu kam es aber aus rechtlichen Gründen nicht. Die Klägerin schloß außerdem zusammen mit dem Kläger einen Kaufvertrag über eines der aufzustellenden Fertighäuser ab, trat aber ansonsten nach außen nicht in Erscheinung.

Die Klägerin betrachtete sich als Eigentümerin, zumindest als alleinige Nutzungsberechtigte der beiden Gebäude. Die seinerseits noch nicht verbrauchte § 6b-Rücklage wurde auf die gesamten Anschaffungs- und Herstellungskosten übertragen.

Nach einer Betriebsprüfung erkannte der Beklagte (das Finanzamt – FA –) die § 6b-Rücklage nur mehr zu 50 v. H. an. Er nahm an, die Wohnhäuser seien von beiden Klägern gemeinsam errichtet worden. Der Einspruch blieb erfolglos.

Die Klage hatte keinen Erfolg.

Die Revision ist begründet.

*Aus den Gründen:*

FG und FA sind zu Unrecht davon ausgegangen, daß die Klägerin die gebildete Rücklage nicht gemäß § 6b Abs. 3 EStG in vollem Umfang auf die von ihr allein finanzierten Baumaßnahmen auf den Grundstücken des Klägers hat übertragen können. Die Klägerin konnte ihre entsprechenden Aufwendungen wie ein materielles Wirtschaftsgut aktivieren.

1. Hat ein Ehegatte die Herstellungskosten für ein im Miteigentum beider Ehegatten stehendes Gebäude allein getragen und darf er dieses Gebäude aufgrund einer Vereinbarung mit dem anderen Ehegatten unentgeltlich für seine betrieblichen Zwecke nutzen, kann er die Aufwendungen wie ein materiel-

les Wirtschaftsgut aktivieren und abschreiben (BFHE 176, 267, BStBl II 1995, 281; Senatsurteil vom 9.11.1995 IV R 60/92, BFHE 179, 103, BStBl II 1996, 192, Höchstgerichtliche Finanzrechtsprechung 1996, 242, m. Anm.). In gleicher Weise ist ein materielles Wirtschaftsgut anzunehmen, wenn ein Ehegatte allein die Herstellungskosten für ein auf dem Grund und Boden des anderen Ehegatten errichtetes Gebäude trägt und ihm dieser das alleinige Nutzungsrecht an dem Gebäude eingeräumt hat. Zwar gehören Gebäude regelmäßig zu den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks (§ 94 Abs. 1 Satz 1 mit der Folge, daß der Eigentümer des Grundstücks auch Eigentümer des von einem anderen errichteten Gebäudes wird (§ 946 BGB). Der Ausgleich für den an den eingebauten Sachen eintretenden Rechtsverlust erfolgt durch § 951 BGB. Danach kann derjenige, der den Rechtsverlust erleidet, zwar nicht die Wiederherstellung des früheren Zustandes, wohl aber Vergütung in Geld nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verlangen (§ 951 Abs. 1 BGB).

Obwohl der Rechtsverlust damit nur durch schuldrechtliche Ansprüche ausgeglichen wird, hat die Rechtsprechung seit langem anerkannt, daß Baumaßnahmen eines Steuerpflichtigen auf fremdem Grund und Boden wie materielle Wirtschaftsgüter zu aktivieren sind (vgl. BFHE 142, 90, BStBl II 1984, 805; BFHE 152, 125, BStBl II 1988, 493, sowie BFH/NV 1990, 422, und BFHE 160, 244, BStBl II 1990, 623). Die Finanzverwaltung hatte sich dem angeschlossen (BMF-Schreiben in BStBl I 1985, 188). Sie hat daran nach dem Beschluß des Großen Senats des BFH in BFHE 176, 267, BStBl II 1995, 281 ausdrücklich festgehalten (BMF-Schreiben vom 5.11.1996, BStBl I 1996, 1257 Tz. 1; R 42 Abs. 5 Satz 3 Amtliches Einkommensteuer-Handbuch 1995). Dementsprechend kann auf ein solches Gebäude auch eine Rücklage nach § 6b EStG übertragen werden. Das gilt selbst für ein Gebäude, das ein Mitunternehmer für die betrieblichen Zwecke der Mitunternehmerschaft auf fremdem Grund und Boden errichtet und an dem er allein das Nutzungsrecht hat; das Gebäude ist allein sein Sonderbetriebsvermögen (vgl. BFH/NV 1991, 599).

2. Die Kläger machen zu Recht geltend, daß die Klägerin die nach der Veräußerung ihrer eigenen land- und forstwirtschaftlich genutzten Gebäude und Grundstücke gebildete Rücklage gemäß § 6b Abs. 3 Satz 2 EStG auf die durch ihre Baumaßnahmen geschaffenen Nutzungsrechte übertragen konnte.

a) Das FG hat im angefochtenen Urteil die Auffassung vertreten, bei Baumaßnahmen eines Ehegatten auf dem Grundstück des anderen Ehegatten könne ein alleiniges Nutzungsrecht des Nichteigentümers nur angenommen werden, wenn dieser nicht nur selbst die Herstellungskosten in vollem Umfang trage, sondern er müsse außerdem als Bauherr nach außen auftreten und die Baumaßnahmen selbst durchführen.

b) Dem kann der erkennende Senat auch für den vorliegenden Fall nicht zustimmen.

Nach dem BFH-Urteil in BFHE 152, 125, BStBl II 1988, 493 ist bei Baumaßnahmen eines Ehegatten auf dem Grundstück des anderen Ehegatten ein alleiniges Nutzungsrecht des Bauenden anzunehmen, wenn dieser die Herstellungskosten allein getragen hat, der andere Ehegatte mit der alleinigen betrieblichen Nutzung durch den Bauenden einverstanden ist und in der Übernahme der Baukosten keine Schenkung zu sehen ist (vgl. BFHE 157, 83, BStBl II 1990, 6, und BFH/NV 1991, 525). Danach ist es für die Entstehung des wie ein

Gebäude anzusetzenden Wirtschaftsgutes allein entscheidend, daß ein Anspruch gemäß § 951 BGB gegen den Eigentümer besteht und die Baumaßnahme mit eigenen finanziellen Mitteln des Bauenden durchgeführt wird. Entgegen der Auffassung des FG ist für die Frage der Aktivierung des Wirtschaftsgutes nach den genannten BFH-Urteilen nicht darauf abzustellen, daß der Nutzungsberechtigte nach außen aufgetreten ist, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung und Gefahr gehandelt hat. Allerdings ist Grundvoraussetzung für die Entstehung eines Anspruchs nach § 951 BGB, daß die Baumaßnahme demjenigen zuzurechnen ist, der den Rechtsverlust erleidet. Deshalb waren die vom FA genannten Kriterien in den genannten BFH-Urteilen auch gegeben, weil nur so festgestellt werden konnte, ob die Baumaßnahmen dem Nichteigentümer zuzurechnen waren. Im Streitfall hatte aber der Kläger der Klägerin durch die Vereinbarung vom 1.7.1981 gestattet, die beiden betrieblich genutzten Wohngebäude auf seinem Grund und Boden zu errichten. Auch war festgelegt, daß die Klägerin die gesamten Baukosten tragen mußte und im Innenverhältnis nur sie allein die Bauherrin sein sollte. Nur darauf kommt es an. Unerheblich ist, ob die Klägerin auch nach außen aufgetreten ist.

c) Der erkennende Senat hat in seinen Urteilen in BFHE 179, 103, BStBl II 1996, 192 und BFHE 179, 303, BStBl II 1996, 193 für die Zurechnung des Wirtschaftsgutes Gebäude ebenfalls nur darauf abgestellt, ob ein Ehegatte allein oder ob beide Ehegatten die Baumaßnahmen finanziert hatten. Etwas anderes folgt auch nicht aus den nicht bindenden Hinweisen im Senatsurteil in BFH/NV 1991, 599. Denn dort ging es um die Errichtung von Gebäuden auf im Miteigentum beider Ehegatten stehenden Grundstücken, ohne daß die Frage, wer ein Nutzungsrecht haben solle, geregelt war. Wie aber der Große Senat des BFH in seinem Beschluß in BFHE 176, 267, BStBl II 1995, 281 für eine beiden Ehegatten gehörende Arztpraxis klargestellt hat, will der Ehegatte, der die Praxis allein als Arzt nutzt und die Baumaßnahmen allein finanziert hat, dem anderen Ehegatten nichts zuwenden, sondern er tätigt diese Aufwendungen im eigenen Interesse nur für seinen eigenen Betrieb (vgl. auch Senatsurteil BFH/NV 1996, 306). Das muß folgerichtig selbst dann gelten, wenn – wie im Streitfall – der die Baumaßnahme auf fremdem Grund vereinbarungsgemäß allein finanzierende Ehegatte und der Ehegatte, dem das Grundstück gehört, Mitunternehmer eines gemeinsamen Betriebes sind, es also um das Sonderbetriebsvermögen eines Ehegatten geht. Denn auch im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft bleiben die Vermögen der Ehegatten getrennt (§ 1363 Abs. 2 BGB; Senatsurteil in BFHE 179, 303, BStBl II 1996, 193, unter 4.). Im Streitfall liegt auch keine sogenannte unbenannte (ehebdingte) Zuwendung vor, weil die Klägerin die Baumaßnahmen auf dem Grundstück des Klägers gerade nicht aufgewandt hat, um dem Kläger im Hinblick auf die bestehende Ehe etwas zuzuwenden (vgl. BFHE 173, 432, BStBl II 1994, 366). Durch die Vereinbarung vom 1.7.1981 war nämlich zwischen den beiden Klägern festgelegt worden, daß der Kläger das ihm durch die von der Klägerin allein finanzierten Baumaßnahmen zuwachsende Eigentum an den beiden Gebäuden ausgleichen mußte (vgl. auch BFH-Urteil vom 27.11.1996 X R 92/92, Finanz-Rundschau 1997, 261, mit Anm. *Weber-Grellet*). Dem steht nicht entgegen, daß die Gebäude für den gemeinsamen Betrieb genutzt werden.

27. KStG § 8 Abs. 3 Satz 2 (*Verdeckte Gewinnausschüttung (vGA) durch Überstundenvergütung an Gesellschafter-Geschäftsführer*)

1. Eine vGA i.S. des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG kann auch dann anzunehmen sein, wenn eine Kapitalgesellschaft mit ihrem Gesellschafter Bedingungen vereinbart, die von denen abweichen, die voneinander unabhängige Dritte unter gleichen oder ähnlichen Verhältnissen vereinbart hätten. In diesen Fällen indiziert das vom Fremdvergleich abweichende Verhalten die Veranlassung im Gesellschaftsverhältnis.
2. Mit dem Aufgabenbild eines GmbH-Geschäftsführers verträgt sich keine Vereinbarung über die Vergütung von Überstunden. Dies gilt erst recht dann, wenn die Vereinbarung von vornherein auf die Vergütung von Überstunden an Sonntagen, Feiertagen und zur Nachtzeit beschränkt ist und/oder wenn außerdem eine Gewinnbeteiligung vereinbart ist.

3. Die an einen Gesellschafter-Geschäftsführer geleisteten Überstundenvergütungen sind steuerlich als vGA i.S. des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG zu behandeln.

BFH, Urteil vom 19. März 1997 – I R 75/96 –

28. GrEStG § 18 (*Verletzung der Mitteilungspflicht nach § 18 GrEStG*)

Dem Notar obliegt die Mitteilungspflicht gemäß § 18 GrEStG nicht im Interesse des Finanzfiskus des betroffenen Bundeslandes, sondern ausschließlich im öffentlichen Interesse. Dem Finanzfiskus steht daher bei Verletzung dieser Mitteilungspflicht kein Haftungsanspruch gegen den Notar zu.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

OLG München, Urteil vom 10.4.1997 – 1 U 5533/96 –

---

## HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

---

### 1. Mitteilungspflichten der Notare nach dem Erbschaftsteuergesetz (§ 34 ErbStG)

Notare sind nach § 34 ErbStG i.V.m. § 13 ErbStDV verpflichtet, beglaubigte Abschriften von Schenkungsurkunden an das für die Schenkungsteuerfestsetzung zuständige Finanzamt zu übersenden. Bei der Zuwendung von Grundbesitz ist daneben der zuletzt festgestellte Einheitswert von den Beteiligten zu erfragen und mitzuteilen. Die Bundesnotarkammer hat um Prüfung gebeten, ob die Mitteilungspflicht bezogen auf den Einheitswert entfallen kann, weil ab 1.1.1996 gemäß § 138 BewG die Einheitswerte bei der Erbschaft- und Schenkungsteuer nicht mehr anwendbar sind.

Nach Auffassung der Erbschaftsteuer-Referatsleiter soll gegenwärtig auf die Mitteilung der Einheitswerte nicht verzichtet werden. Wenn zum geschenkten Vermögen Grundbesitz gehört, können die Schenkungsteuerstellen anhand der mitgeteilten Einheitswerte überschlägig prüfen, ob der angezeigte Vorgang als Freistellungsfall zu den Akten genommen oder als Bearbeitungsfall mit Zusendung einer Steuererklärung an den Beschenkten fortgeführt wird. Das BMF hat die Bundesnotarkammer unterrichtet.

Verfügung der OFD Nürnberg vom 4.8.1997 – Az.: 34 – S 3844 – 7/14 – 37 982

### 2. Übergang von Grundstücken bei Umwandlungen, Einbringungen und anderen Erwerbsvorgängen auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage

Finanzministerium Baden-Württemberg, Erlaß vom 19.12.1997, S 4520/2

#### A. Umwandlungen

Nach dem am 1.1.1995 in Kraft getretenen Umwandlungsgesetz (UmwG) können Rechtsträger durch

1. Verschmelzung
  2. Spaltung
  3. Vermögensübertragung
  4. Formwechsel
- umgewandelt werden.

Umwandlungen unterliegen mit Ausnahme des Formwechsels nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG der Grunderwerbsteuer, soweit das Eigentum aus dem Vermögen des übertragenden Rechtsträgers auf den übernehmenden Rechtsträger übergeht.

Die Bemessungsgrundlage bei derartigen Erwerbsvorgängen wurde im Rahmen des Jahressteuergesetzes 1997 neu geregelt (§ 8 Abs. 2 Nr. 2 GrEStG). Die Grunderwerbsteuer bemißt sich danach bei Umwandlungen im Sinne des Umwandlungsgesetzes, die nach dem 31.12.1996 verwirklicht werden (§ 23 Abs. 4 GrEStG), nach den Werten im Sinne des § 138 Abs. 2 oder 3 des Bewertungsgesetzes.

Die nach dem UmwG in Betracht kommenden Fälle sind in der folgenden Zusammenstellung mit Hinweisen zur Entstehung der Steuer aufgeführt.

### **I. Verschmelzung (§ 2 - § 122 UmwG)**

1. *Verschmelzungsfähige Rechtsträger*
  - 1.1 An Verschmelzungen können
    - Personenhandelsgesellschaften (OHG, KG),
    - Kapitalgesellschaften (GmbH, AG, KGaA),
    - eingetragene Genossenschaften,
    - eingetragene Vereine,
    - genossenschaftliche Prüfungsverbände,
    - Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit als übertragende, übernehmende oder neue Rechtsträger beteiligt sein.
  - 1.2 An einer Verschmelzung können ferner beteiligt sein:
    - wirtschaftliche Vereine, soweit sie übertragende Rechtsträger sind,
    - natürliche Personen, die als Alleingesellschafter einer Kapitalgesellschaft deren Vermögen übernehmen.
  2. *Entstehung der Steuer*

Maßgebend ist die Eintragung der Verschmelzung in das Register des Sitzes des übernehmenden Rechtsträgers (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG).

### **II. Spaltung (§ 123 – § 173 UmwG)**

1. *Aufspaltung*

Bei einer Aufspaltung geht das Vermögen eines Rechtsträgers unter dessen Auflösung auf mindestens zwei bestehende oder dadurch gegründete neue Rechtsträger gegen Gewährung von Anteilen an diesen aufnehmenden Rechtsträgern an die bisherigen Anteilsinhaber über.

  - 1.1 Spaltungsfähige Rechtsträger entsprechend wie zu Tz. I.1.1.

Als übertragende Rechtsträger kommen auch wirtschaftliche Vereine in Betracht.
  - 1.2 Entstehung der Steuer  
Maßgebend ist die Eintragung der Spaltung in das Register des Sitzes des übertragenden Rechtsträgers (§§ 130, 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG).
2. *Abspaltung*

Bei einer Abspaltung geht ein Teil des Vermögens eines Rechtsträgers auf einen oder mehrere, schon bestehende oder neu gegründete Rechtsträger gegen Gewährung von Anteilen an den aufnehmenden Rechtsträgern an die bisherigen Anteilsinhaber über.

  - 2.1 Spaltungsfähige Rechtsträger entsprechend wie zu Tz. II.1.1.
  - 2.2 Entstehung der Steuer  
entsprechend wie zu Tz. II.1.2.
3. *Ausgliederung*

Bei einer Ausgliederung geht ein Teil des Vermögens eines Rechtsträgers auf einen oder mehrere schon bestehende oder neu gegründete Rechtsträger

gegen Gewährung von Anteilen an dem aufnehmenden Rechtsträger an den übertragenden Rechtsträger selbst über.

- 3.1 Spaltungsfähige Rechtsträger  
entsprechend wie zu Tz. II.1.1.

Übertragende Rechtsträger können außerdem Einzelkaufleute, Stiftungen sowie Gebietskörperschaften oder Zusammenschlüsse von Gebietskörperschaften, die nicht Gebietskörperschaften sind, sein.

- 3.2 Entstehung der Steuer  
entsprechend wie zu Tz. II.1.2.

Bei Ausgliederung aus dem Vermögen von Gebietskörperschaften oder Zusammenschlüssen von Gebietskörperschaften ist die Eintragung in das Register des Sitzes des übernehmenden Rechtsträgers oder die Eintragung des neuen Rechtsträgers maßgebend (§ 171 UmwG).

### **III. Vermögensübertragung (§ 174 – § 189 UmwG)**

1. *Beteiligte Rechtsträger*

Eine Übertragung ist nur möglich

- von einer Kapitalgesellschaft auf den Bund, ein Land, eine Gebietskörperschaft oder einen Zusammenschluß von Gebietskörperschaften,
- von einer Versicherungs-Aktiengesellschaft auf Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit oder auf öffentlich-rechtliche Versicherungsunternehmen,
- von einem Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit auf Versicherungs-Aktiengesellschaften oder auf öffentlich-rechtliche Versicherungsunternehmen,
- von einem öffentlich-rechtlichen Versicherungsunternehmen auf Versicherungs-Aktiengesellschaften oder Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit.

2. *Entstehung der Steuer*

Maßgebend ist der Zeitpunkt der Eintragung der Vermögensübertragung in das Handelsregister des Sitzes des übertragenden Rechtsträgers (§ 176 Abs. 3 UmwG).

Bei kleineren Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit und bei öffentlich-rechtlichen Versicherungsunternehmen als übertragende Rechtsträger tritt an die Stelle der Registereintragung die Bekanntmachung der Übertragung und ihrer Genehmigung im Bundesanzeiger (§ 186 und § 188 Abs. 3 UmwG).

### **IV. Formwechsel (§ 190 – § 304 UmwG)**

1. Ein Formwechsel ist möglich

- von Personenhandelsgesellschaften (KG, OHG) in Kapitalgesellschaften (GmbH, AG, KGaA) oder eingetragene Genossenschaften,
- von Kapitalgesellschaften in Gesellschaften des bürgerlichen Rechts, Personenhandelsgesellschaften, andere Kapitalgesellschaften oder eingetragene Genossenschaften,

- von eingetragenen Genossenschaften in Kapitalgesellschaften, von rechtsfähigen Vereinen in Kapitalgesellschaften oder eingetragene Genossenschaften,
  - von rechtsfähigen Vereinen in Kapitalgesellschaften oder eingetragene Genossenschaften,
  - von Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit in Aktiengesellschaften,
  - von Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts in Kapitalgesellschaften.
2. Formwechselnde Umwandlungen unterliegen mangels Rechtsträgerwechsels nicht der Grunderwerbsteuer (Hinweis auf BFH-Beschluß vom 4.12.1996 – BStBl 1997 II S. 661).

## **B. Einbringungen und andere Erwerbsvorgänge auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage**

Bei Einbringungen oder anderen Erwerbsvorgängen auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage (z.B. Liquidationen, Anwachsungen), die nach dem 31.12.1996 verwirklicht werden, bemißt sich die Grunderwerbsteuer nach den Werten im Sinne des § 138 Abs. 2 oder 3 Bewertungsgesetz.

Von Einbringungen und anderen Erwerbsvorgängen auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage sind Grundstücksveräußerungen von Gesellschaftern an die Gesellschaft und umgekehrt gegen Kaufpreiszahlung zu unterscheiden. In diesen Fällen bemißt sich die Steuer nach dem Wert der Gegenleistung (§ 8 Abs. 1 GrEStG).

Dieser Erlaß ergeht im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der anderen Länder. Er ist – bis auf folgende Ausnahmen – auf alle Umwandlungsfälle und auf entsprechende, noch nicht bestandskräftige Steuerfestsetzungen anzuwenden.

Für Umwandlungen, zu deren Vorbereitung bereits vor dem 1.1.1995 ein Vertrag oder eine Erklärung beurkundet oder notariell beglaubigt oder eine Versammlung der Anteilshaber einberufen worden ist, bleibt es bei der Anwendung der bis zu diesem Tag geltenden Vorschriften (§ 318 UmwG). Entsprechend richtet sich die Grunderwerbsteuerliche Beurteilung in diesen Fällen noch nach dem Bezugserlaß vom 18.7.1984 in der zuletzt durch Bezugserlaß vom 14.9.1994 geänderten Fassung.

Die Grundbesitzwerte nach § 138 Abs. 2 oder 3 des Bewertungsgesetzes sind als Bemessungsgrundlage erst Erwerbsvorgängen zugrunde zu legen, die nach dem 31.12.1996 verwirklicht wurden (§ 23 Abs. 4 GrEStG). Für Erwerbsvor-

gänge, die vor dem 1.1.1997 verwirklicht worden sind, ist der Bezugserlaß vom 8.8.1995, ggf. auch der Bezugserlaß vom 18.7.1984, weiter anzuwenden.

## **3. Ausscheiden der selbstgenutzten Wohnung aus dem Betriebsvermögen der Land- und Forstwirtschaft aufgrund des Wohneigentumsförderungsgesetzes (WohneigFG)**

### **hier: kostenrechtliche Auswirkungen in Bezug auf § 19 Abs. 4 KostO**

Durch das WohneigFG vom 15.5.1996 (BGBl. I S. 730; BStBl I S. 278 u. S. 528) werden die bislang zum Betriebsvermögen der Land- und Forstwirtschaft gehörenden Wohnungen bzw. Wohngebäude mit Ablauf des 31.12.1998 in das Privatvermögen des Betriebsinhabers überführt (sog. „Privatgutlösung“). Bereits in der gesetzlich festgelegten Übergangszeit bis einschließlich 31.12.1998 war und ist eine entsprechende Entnahme im Vorgriff möglich.

In diesem Zusammenhang weist die Prüfungsabteilung der Notarkasse darauf hin, daß die Überführung von Wohngebäuden in das Privatvermögen aufgrund des WohneigFG (i.V.m. den dadurch geänderten Bestimmungen des EStG) ausschließlich in ertragssteuerlicher Hinsicht erfolgt. In Bezug auf die Notarkosten bei der Bewertung landwirtschaftlicher Übergaben und die Anwendung der Sonderbestimmung des § 19 Abs. 4 KostO ergeben sich hieraus jedoch keine Konsequenzen, da die Bestimmungen des Bewertungsgesetzes (BewG) durch das WohneigFG nicht berührt worden sind (vgl. *Schmidt* Komm. zum EStG 15. Aufl., § 10 e Rdnr. 244; *Stephan* DB 1986, 1195; *Rössler/Troll* Komm. zum BewG 16. Aufl., § 33 Rdnr. 79 a).

Gemäß § 34 Abs. 3 BewG gehören die Wohnung des Land- und Forstwirts sowie die Altenteilerwohnung nach wie vor zum notwendigen Betriebsvermögen des land- und forstwirtschaftlichen Betriebes, gleichgültig, ob sie nach dem WohneigFG als entnommen gelten oder nicht. Soweit sie nicht aus anderen Gründen, beispielsweise einer weitestgehenden Verpachtung der landwirtschaftlichen Nutzflächen, bewertungsrechtlich dem Grundvermögen des Betriebsinhabers zuzuordnen sind, werden die Wohngebäude auch weiterhin vom Einheitswert für den land- und forstwirtschaftlichen Betrieb erfaßt.

A. i. N. *Franz Heitzer*,  
Prüfungsabteilung der Notarkasse, München

### Personaländerungen

#### 1. Ehrungen/Ehrenämter:

März 1998:

Notar Jörg Zöbelein, Dachau, Präsidiumsmitglied der Deutschen Sektion der Internationalen Juristenkommission

April 1998:

Notar Prof. Dr. Reinhold Geimer, München, Prüfer für die Juristische Staatsprüfung

Beisitzer am Disziplinargericht für Notare beim Pfälzischen Oberlandesgericht mit Wirkung ab 1.7.1998:

Notar Alfred Kluge, Ludwigshafen

Notar Peter Pres, Kaiserslautern

Notar Roland Schlindwein, Edenkoben

#### 2. Verstorben:

Notar a. D. Dr. Franz Suyter, Augsburg, gest. 5.03.1998

#### 3. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.6.1998

Notar Dr. Adolf Meier, Weißenburg

Notar Heinz Hübner, Nürnberg

Notar Dr. Peter Lichtenberger, München

Mit Wirkung vom 1.10.1998

Notar Friedrich Schmidt, Bayreuth

#### 4. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.5.1998:

Beilngries dem Notarassessor  
Günther Lindner  
(bisher München,  
Notarstellen Höfling/Dr. Mayer)

Markt Erlbach dem Notarassessor  
Stefan Weinmann  
(bisher Würzburg,  
Notarstellen Dr. Grimm/Friederich)

Mindelheim dem Notarassessor  
Wolfgang Friederich  
(bisher Aschaffenburg,  
Notarstellen Dr. Waßner/Schad)

Sulzbach-Rosenberg dem Notarassessor  
Michael Senftleben  
(bisher München,  
Notarstelle von Heynitz)

Tirschenreuth dem Notarassessor  
Robert Heinrich  
(bisher Neu-Ulm,  
Notarstellen Dr. Kanzleiter/  
Dr. Winkler)

Werneck dem Notarassessor  
Christian Leupold  
(bisher München,  
Notarstellen Jungsberger/Dr. Wirner)

Mit Wirkung vom 1.6.1998:

Fürth dem Notarassessor  
(neuerrichtete Jürgen Schmeißer  
Notarstelle) (bisher Erlangen,  
Notarstellen Dr. Sommerhäuser/  
Dr. Rieder)

#### 5. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.4.1998:

Lorenz Spall, Speyer (Notarstellen Dr. Ball/ Kaempfe)

#### 6. Versetzungen und sonstige Veränderungen

Notarassessor Markus Riemenschneider, Landshut (Notarstelle Dr. Schervier), ab 1.04.1998 Landesnotarkammer Bayern

Notarassessor Michael Volmer, Vilshofen (Notarstellen Dr. Huber / Schmidl), ab 14.4.1998 DNotI Würzburg

Notarassessorin Alexandra Dietz, Ebersberg (Notarstelle Stühler) scheidet mit Wirkung zum 1.4.1998 auf ihr Verlangen aus dem Notarassessorendienst aus

Notarassessor Christian Rödl, Kelheim (Notarstelle Lebert) scheidet mit Wirkung zum 1.4.1998 auf sein Verlangen aus dem Notarassessorendienst aus

Notarassessorin Sibylle Wanner, Lindau (Notarstelle Kluy) wurde mit Wirkung vom 10.12.1997 promoviert

#### 7. Neueinstellung von Inspektoren:

Inspektorin Brigitte Deistler, München (Notarstellen Dr. Reintl/Zöller)

Inspektorin Pamela Dreher, Memmingen (Notarstelle Dr. Stumpp)

Inspektorin Sabine Fischer, Regensburg (Notarstellen Dr. Merznicht/ Dr. Gschoßmann)

Inspektorin Anke Frölich, Bad Dürkheim (Notarstellen Unkrich/ Dr. Rieder)

Inspektorin Monika Hackl, Passau (Notarstelle Bächer)

Inspektorin Michaela Hartung, Augsburg (Notarstellen Prof. Dr. Jerschke/ Dr. Bernhardt)

Inspektorin Iwona Heym, Hof (Notarstelle Wasserthal)

Inspektorin Marion Kühnel, Schwabach (Notarstellen Reißmann/ Hagg)

Inspektor Christian Lender, Zwiesel (Notarstelle Dr. Streber)

Inspektorin Bernadette Ludwig, Haag (Notarstelle Metzger)

Inspektorin Petra Maier, München (Notarstellen Dr. Lichtenberger/Dr. Bader)

Inspektor Bernd Modlmair, Ingolstadt (Notarstellen Dr. Kuntz/ Dr. Schmalzl)

Inspektor Andreas Neder, Erlangen (Notarstelle Dr. Giehl)

Inspektor Wolfgang Niederer, Eggenfelden (Notarstelle Feller)

Inspektorin Maria Nüßl, München (Notarstelle Dr. Kreuzer)

Inspektor Volker Petermann, Kempten (Notarstellen Büttel/Dr. Huber)

Inspektorin Ulrike Pieler, Fürth (Notarstelle Schmeißer)

Inspektor Helmut Reinold, Mühldorf (Notarstellen Dr. Döhner/Buchmaier)

Inspektor Jürgen Reisner, München (Notarstellen Kelch/ Dr. Keller)

Inspektorin Beatrice Rüdiger, Nürnberg (Notarstelle Schallock)

Inspektorin Sandra Säckler, Augsburg (Notarstellen Röder/ Dr. Koch)

Inspektorin Doreen Scheffler, Neu-Ulm (Notarstellen Prof. Dr. Kanzleiter/ Dr. Winkler)

Inspektorin Elke Scheitzach, Dachau (Notarstelle Bock)

Inspektorin Judith Schmalenberger, Landstuhl (Notarstelle Schäffling)

Inspektorin Barbara Seitz, Oettingen (Notarstelle Ochs)

Inspektorin Elvira Senftleben, Pegnitz (Notarstelle Heinrich)

Inspektor Josef Walkshäusl, Straubing (Notarstelle Emnet)

Inspektor Fritz Weber, Kempten (Notarstellen Büttel/ Dr. Huber)

Inspektorin Birgit Wieczorek, Frankenthal (Notarstelle Scheerer)

Inspektor Christian Wilhelm, Sonthofen (Notarstellen Strobach/ Dr. Obermaier)

## 8. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung zum 1.1.1998:

*zum Notariatsrat i.N. (VerGr. IIa BAT):*

Roland Hickertseder Rosenheim, (Notarstelle Dr. Spiegelberger)

*zum Oberamtsrat i.N. (VergGr. IIa BAT):*

Herbert Stroka Wolfratshausen, (Notarstelle Dr. Schulz)

Heinrich Kraus Friedberg, (Notarstellen Dr. Schmidt/ Dr. Nawratil)

Michael Gerle München, (Notarstellen Kelch/Dr. Keller)

*zum Amtsrat i.N. (VerGr. III BAT):*

Gosbert Bergmann, Obernburg (Notarstelle Rothkeppel)

Sigo Brandt, Volkach (Notarstelle Siller-Bauer)

Alfred Weiß, Cham (Notarstelle Dr. Schmelz)

Bärbel Eberwein Coburg, (Notarstellen Dr. Dannecker/ Heil)

Heinz Kugler, Nürnberg (Notarstellen Dr. Knauß/ Hille)

Franz Anthofer, Vilshofen (Notarstellen Dr. Huber/ Schmidl)

*zum Amtmann i.N. (VerGr. IVa BAT):*

Rüdiger Seifarth, München (Notarstellen Dr. Cieslar/ Dr. Reiß)

Bruno Priebe, Kitzingen (Notarstellen Dr. Schmied/ Dr. Münch)

Roland Haas, Kempten (Notarstellen Dr. Zechiel/ Müller-Dohle)

Manfred Erhardt, Trostberg (Notarstellen Lehnert/Reinhold)

Peter Müller, Schwabmünchen (Notarstellen Thumerer/ Thallinger)

Siegfried Wild, Bamberg (Notarstellen Weidner/ Wolf)

Stefan Heimerl, Weiden (Notarstellen Knies/ Baumgart)

Raimund Neumann, Bad Dürkheim (Notarstellen Unkrich/ Dr. Rieder)

*zum Oberinspektor i.N. VerGr. IVb BAT):*

Bettina Grimm, Aschaffenburg (Notarstelle Dr. Waßner/ Schad)

Frank Mattern, Ludwigshafen (Notarstellen Draxel-Fischer/ Kluge)

Barbara Wallner, Landshut (Notarstelle Münch)

Thomas Böcklein, Fürth (Notarstellen Roedel/Prof. Dr. Bengel)

Thomas Zimmermann, Burgau (Notarstelle Dr. Reißig)

Gabriele Süßner, Gerolzhofen (Notarstelle Ferstl)

Eva Dietl, Waldmünchen (Notarstelle Diel)

Beate Friedrich, Schwandorf (Notarstelle Predel)

## 9. Ausgeschiedene Angestellte:

Notariatsrat i.N. Theo Demmerle, Kaiserslautern (Notarstellen Pres/Lechner), ab 1.1.1998 in Ruhestand

Oberamtsrat i.N. Werner Wirth, Kempten (Notarstellen Büttel/Dr. Huber), ab 1.1.1998 in Ruhestand

### **Hinweis der Schriftleitung**

Die Einbanddecken für den Jahrgang 1997 sind ab April 1998 beziehbar. Jede Einbanddecke kostet DM 15,- zuzüglich Versandkosten und MwSt.

Bestellungen sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:

E. Mühlthaler's Buch- und Kunstdruckerei GmbH  
Karlstraße 35  
80333 München

---

Schriftleiter: Notarassessor Dr. Hansjörg Heller, Notarassessorin Eva Rumpf, Ottostraße 10, 80333 München ISSN 0941-4193  
Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern,  
Ottostraße 10, 80333 München, Tel.: 089/5 51 66-0, Telefax: 089/55 16 62 34, E-Mail: notare.bayern@t-online.de 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.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:  
E. Mühlthaler's Buch- und Kunstdruckerei GmbH, Karlstraße 35, 80333 München.