ABHANDLUNGEN

Das Vertrauen auf den Fortbestand der höchstrichterlichen Rechtsprechung

Zugleich eine Anmerkung zu BGH NJW 1993, 3323 ff.¹

Von Notarassessor Dr. Peter Veit, Kaiserslautern

In der Entscheidung BGH NJW 1993, 3323 beschäftigt der Bundesgerichtshof sich mit der Frage, inwieweit ein Rechtsberater auf den Fortbestand der höchstrichterlichen Rechtsprechung vertrauen darf. Es handelt sich um einen Haftpflichtfall, dem folgender Sachverhalt zugrunde liegt:

Die Klägerin verkaufte durch notariell beurkundeten Vertrag ein Grundstück. Zugleich erklärten die Parteien die Auflassung. Für die Käuferin wurde eine Eigentumsvormerkung im Grundbuch eingetragen. Die Käuferin hinterlegte einen Teil des Kaufpreises beim beurkundenden Notar; den Rest des Kaufpreises konnte sie jedoch nicht mehr aufbringen. Nach fruchtlosen Vollstreckungsversuchen der Verkäuferin schlossen die Parteien am 9. 2. 1982 im Beisein des Rechtsanwalts der Verkäuferin eine von diesem entworfene privatschriftliche Vereinbarung. Sie lautete auszugsweise:

„1. Herr B (ein Dritter) ist . . . (von seiten der Käuferin) . . . autorisiert, sämtliche Rechtsgeschäfte abzuschließen im Zusammenhang mit der . . . Rückabwicklung des notariellen Kaufvertrages . . .

2. Die . . . (Käuferin) erteilt die Löschungsbewilligung bzgl. der . . . Auflassungsvormerkung . . .

3. Die . . . (Verkäuferin) erklärt die Freigabe der beim Notar . . . hinterlegten Teilkaufpreissumme . . . mit der Maßgabe, daß ein Betrag von . . . an . . . (die Käuferin) ausgezahlt wird. Der verbleibende Restbetrag wird an die . . . (Verkäuferin) ausgezahlt.

4. Mit Erfüllung dieses Vergleiches sind sämtliche wechselseitigen Ansprüche der Parteien ausgeglichen.“

Ein Notar beglaubigte die Unterschrift des B unter einer in getrennter Urkunde erteilten Löschungsbewilligung. Deren Grundbuchvollzug verzögerte sich. Aufgrund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen eines Gläubigers der Käuferin wurde das Grundstück versteigert.

Die Verkäuferin warf ihrem Rechtsanwalt und dem die Löschungsbewilligung beglaubigenden Notar vor, sie nicht darauf hingewiesen zu haben, daß die Vereinbarung vom 9. 2. 1982 wegen des zugunsten der Käuferin begründeten Anwartschaftsrechts nach einer „nahezu unbestrittenen“ Literaturmeinung der notariellen Beurkundung bedurft habe. Diese sei durch die Entscheidung des BGH vom 30. 4. 1982² unter Abweichung von dessen Urteil vom 26. 2. 1964³ bestätigt worden. Bei Wirksamkeit der Vereinbarung wäre das Anwartschaftsrecht der Käuferin entfallen und die Vollstreckungsmaßnahmen wären ins Leere gegangen.

Der BGH hielt die Klage hinsichtlich beider Beklagten für im Ergebnis unbegründet. Die Ausführungen des Gerichts beziehen sich in den wesentlichen Passagen freilich nur auf die Haftpflicht des Rechtsanwalts.

Seien mehrere Wege möglich, um einen erstrebten Erfolg zu erreichen, so habe der Rechtsanwalt denjenigen zu wählen, auf dem er am sichersten erreichbar sei. Wegen der richtungweisenden Bedeutung, die höchstrichterlichen Entscheidungen für die Rechtswirklichkeit zukomme, habe er sich jedoch grundsätzlich an diesen auszurichten und dürfe in der Regel auf ihren Fortbestand vertrauen. Dies gelte insbesondere in den Fällen einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung, weil von einer solchen nur in besonderen Ausnahmefällen abgegangen zu werden pflege. Das gleiche werde für neuere Entscheidungen zutreffen, in denen die jeweilige Problematik behandelt und in einem bestimmten Sinn entschieden worden sei. Auch entgegenstehende Judikatur von Instanzgerichten und abweichende Stimmen im Schrifttum verpflichteten den Rechtsanwalt dann regelmäßig nicht, bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben die abweichende Meinung zu berücksichtigen. Gleichwohl gebe es Grenzen anwaltlichen Vertrauens in den

¹ Der Aufsatz beruht auf dem unter dem Titel „Die Rechtsprognosepflicht des Vertragsjuristen“ soeben im Peter Lang Verlag erschienenen Buch des Verfassers.

² BGHZ 83, 395 ff. = BGH NJW 1982, 1639 f. = MittBayNot 1982, 116 f.

³ BGH WM 1964, 509, 510.

Fortbestand einer höchstrichterlichen Rechtsprechung. Der Anwalt habe die Auswirkungen neuer Gesetze auf eine zu dem alten Rechtszustand ergangene Judikatur zu erwägen. Auch habe er Hinweise eines obersten Gerichts auf die Möglichkeit einer künftigen Änderung seiner Rechtsprechung zu berücksichtigen. Ferner habe er neue Entwicklungen in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, namentlich das Entstehen neuer Rechtsfiguren, zu verfolgen. Entscheidend seien stets die besonderen Umstände des Einzelfalls. Grundsätzlich werde darauf abzustellen sein, mit welchem Grad an Deutlichkeit (Evidenz) eine neue Rechtsentwicklung in eine bestimmte Richtung weise. Ferner werde ins Gewicht fallen, mit welchem Aufwand — auch an Kosten — der neuen Rechtsentwicklung Rechnung getragen werden könne.

Im Streitfall könne von Bedeutung sein, daß in mehreren Kommentaren bereits seit 1979 die Auffassung vertreten worden sei, die Aufhebung eines Kaufvertrages nach Auflassung bzw. Begründung eines Anwartschaftsrechts für den Käufer sei formbedürftig. Gewichtige Stimmen in der Literatur hätten schon vor 1982 angenommen, daß auch die Verpflichtung zur Übertragung des Anwartschaftsrechts beurkundungspflichtig sei. In dem Urteil von 1964 sei die Möglichkeit einer Differenzierung zwischen der Aufhebung eines Grundstückskaufvertrages vor und nach Begründung eines Anwartschaftsrechts nicht einmal angedeutet worden. Die grundlegenden Entscheidungen des BGH zum Anwartschaftsrecht des Auflassungsempfängers seien noch nicht ergangen gewesen. Bei diesem relativ leicht erkennbaren Stand der Rechtsentwicklung könne einiges dafür sprechen, daß der Anwalt in Rechnung habe stellen müssen, der BGH werde bei nächster Gelegenheit von der 18 Jahre zuvor ergangenen und — soweit ersichtlich — von ihm nie bekräftigten Entscheidung abrücken. Eine notarielle Beurkundung sei mit verhältnismäßig geringen Kosten und ohne sonstigen größeren Aufwand möglich gewesen. *Gegen* eine schuldhaftige Pflichtverletzung lasse sich insbesondere anführen, daß nicht endgültig geklärt gewesen sei, ob durch Auflassung und Eintragung einer Vormerkung ein Anwartschaftsrecht entstehe, und daß mit einigem Recht die Auffassung habe vertreten werden können, die Verpflichtung zur Aufhebung eines Anwartschaftsrechts sei derjenigen zu seiner Übertragung nicht gleichzusetzen.

Letztlich bedürfe diese Frage jedoch keiner Beantwortung. Denn dem Text der vom OLG nicht näher ausgelegten Vereinbarung sei mit hinreichender Klarheit zu entnehmen, daß mit ihr *sämtliche* in der notariellen Urkunde enthaltenen Erklärungen mit Einschluß der Auflassung aufgehoben werden sollten. In Nr. 1 sei von sämtlichen Rechtsgeschäften im Zusammenhang mit der Rückabwicklung die Rede. In Nr. 4 werde bekräftigt, daß mit der Erfüllung des Vergleiches sämtliche wechselseitigen Ansprüche ausgeglichen seien. Es habe kein ersichtlicher Grund bestanden, die Auflassung von dieser Rückgängigmachung auszunehmen, zumal der Verkäuferin nach erfolglosen Vollstreckungsversuchen ein Recht zum Rücktritt von dem Kaufvertrag zugestanden habe, mit dessen Ausübung das Anwartschaftsrecht vernichtet worden wäre. Der Anwalt habe 1982 davon ausgehen dürfen, daß die Auflassung formlos aufgehoben werden könne⁴, und er habe annehmen dürfen, daß bei gleichzeitiger Aufhebung von Kaufvertrag und Auflassung auch die Aufhebung des Kaufvertrages ohne Wahrung der notariellen Form wirksam sei.

Diese Wende in der Entscheidungsbegründung überrascht, nachdem der BGH sich so ausführlich mit der Prognoseproblematik beschäftigt hat. Dies gilt um so mehr, als das Ergebnis der Vertragsauslegung durchaus streitig sein dürfte. Ziffer 1 der Vereinbarung enthält zunächst nur die *Tatsachenfeststellung*, daß B zum Abschluß von sämtlichen Rechtsgeschäften im Zusammenhang mit der Rückabwicklung des Kaufvertrages berechtigt ist. Der Vergleich wurde von einem Volljuristen ausgearbeitet und in dessen Beisein abgeschlossen; daher sollte man ein gewisses Mindestmaß an Präzision bei der Formulierung sowie die Beachtung des Abstraktionsprinzips unterstellen. Daß manche Parteien die Auflassung in derselben Situation gleich mit aufgehoben hätten, beweist noch nicht, daß dies auch in diesem konkreten Fall so gewollt war. Möglicherweise betrachtete die Käuferin die Auflassung sogar als eine „Sicherheit“ für die Rückgewähr des nach der Vereinbarung auf sie entfallenden Teils der Hinterlegungssumme. Voraussetzung einer *eigenen* Auslegung durch das Revisionsgericht wäre außerdem gewesen, daß das Berufungsgericht die dazu erforderlichen Feststellungen schon vollständig getroffen hätte⁵; dies wird mit keinem Wort dargelegt. Und schließlich fragt es sich, welche Fälle formbedürftiger Aufhebungsverträge bei einer solchen Auslegung überhaupt noch denkbar wären, oder ob der BGH auf diese Weise seine eigene Rechtsprechung nicht schon wieder ad absurdum führt.

Doch zurück zur Frage der Rechtsprechungsprognose: Hier stellt der BGH zunächst fest, daß auf den Fortbestand der höchstrichterlichen Rechtsprechung „in der Regel“ vertraut werden dürfe, insbesondere auf eine „gefestigte“ Rechtsprechung und neuere Entscheidungen; *dann* müßten auch entgegenstehende Meinungen von Untergerichten und Schrifttum nicht berücksichtigt werden. Daran ist sicher richtig, daß in diesen beiden Fällen mit einer Änderung grundsätzlich selbst dann nicht gerechnet werden muß, wenn eine höchstrichterliche Rechtsprechung umstritten ist. Als problematisch erscheint die Formulierung des BGH jedoch insofern, als darin anklingt, in *anderen* Fällen müsse aufgrund vorgebrachter Kritik stets davon ausgegangen werden, das Höchstgericht könne seine Rechtsprechung wieder ändern.

Die Sonderstellung einer *gefestigten* höchstrichterlichen Judikatur wird in Anlehnung an eine von BGH⁶ und BSG⁷ aufgenommene Rechtsprechung des BAG⁸ begründet, wonach von einer solchen nur abgewichen werden darf, wenn deutlich überwiegende oder gar schlechthin zwingende Gründe dafür sprechen. Der Begriff der „gefestigten“ Rechtsprechung erweist sich in der praktischen Anwendung freilich als sehr unbestimmt. Wieviele Entscheidungen in welchen Abständen ergangen sein müssen und

⁴ Anders später *Lehmann*, Zur Aufhebung des Anwartschaftsrechts an einem Grundstück, DNotZ 1987, 142, 147 f.; dagegen *Tiedtke* (JZ 1994, 526, 528 f.) mit dem — angesichts dessen, daß der BGH (NJW 1993, 3323, 3326) die Frage ausdrücklich dahingestellt sein ließ — erstaunlichen Vorwurf, *Lehmann* „erschleiche“ eine Form.

⁵ BGHZ 65, 107, 112 = BGH NJW 1976, 43 f.; BGH NJW 1991, 1180, 1181.

⁶ BGH DB 1976, 2055, 2056; BGHZ 85, 64, 66; 87, 150, 155 f.; BGH VersR 1984, 276, 277.

⁷ BSGE 40, 292, 296; BSG SozR 3100 § 30 Nr. 11, S. 60.

⁸ BAGE 12, 278, 284 f.; BAG AP Nr. 13 zu § 76 BetrVG; AP Nr. 57 zu § 611 BGB — Gratifikation; BAGE 45, 277, 287 f.

über welche Zeitspanne hinweg diese Rechtsprechung unangefochten bestanden haben muß, läßt sich ohne Willkür kaum festlegen. Bei entsprechender Begründung kann m. E. schon ein einziges Urteil ebenso viel Vertrauen verdienen wie sonst eine ganze Kette von Präjudizien⁹. Insbesondere Entscheidungen von weittragender grundsätzlicher Bedeutung, in denen ein rechtsethisches Postulat sich erstmalig durchsetzt, sonstige praxisändernde Entscheidungen und Entscheidungen in längst bekannten, durch die Rechtswissenschaft bereits in ihrer ganzen Tragweite beleuchteten Kontroversen kommen als Beispiele hierfür in Betracht¹⁰. Wie oft und in welchem Abstand eine Rechtsfrage zur Entscheidung des höchsten Gerichts gelangt, hängt schließlich in erheblichem Maße von Zufällen ab. Daran zeigt sich, daß die Vertrauenswürdigkeit von Präjudizien letztlich nur durch eine sorgfältige Analyse der Entscheidungsbegründungen hinreichend sicher beurteilt werden kann¹¹.

Im Hinblick darauf erscheint übrigens auch jede von der vorgetragenen Argumentation abstrahierende Bewertung literarischer Stellungnahmen als fragwürdig, etwa wenn der BGH¹² als „gewichtige Stimmen der Literatur“ „Kanzleiter, in: MünchKomm“ und „Palandt-Heinrichs“ zitiert. Liegt das Gewicht der Stellungnahme *Kanzleiters* tatsächlich in dessen persönlicher fachlicher Autorität begründet, während dasjenige der Stellungnahme *Heinrichs* aus der Tatsache folgt, im „Palandt“ erschienen zu sein?

Eine Hervorhebung *neuerer* Entscheidungen ist ebenfalls nicht immer gerechtfertigt. Gerade die Tatsache, daß eine bestimmte von der Rechtsprechung entschiedene Streitfrage lange Zeit danach nicht mehr höchstrichterlich erörtert wurde, kann in besonderem Maße Ausdruck der nachhaltigen Überzeugungskraft der ersten Präjudizien sein¹³. Dies belegt schon die Tatsache, daß auch der BGH sich bis in seine neueste Rechtsprechung hinein mitunter ausführlich mit reichsgerichtlichen Erkenntnissen auseinandersetzt. Außerdem beschränkt das geltende Revisionsrecht die erneute Überprüfung einer einmal höchstrichterlich geklärten Rechtsfrage: Sie ist nicht mehr von „grundsätzlicher Bedeutung“¹⁴, so daß im Bereich der zulassungsgebundenen Revision ein Grund für die Zulassung entfällt (§ 546 I 2 Nr. 1 ZPO) und bei zulassungsfreier Revision die Annahme durch das Revisionsgericht abgelehnt werden kann (§§ 554 b I, 566 a III ZPO).

Schon diese wenigen Ausführungen zeigen, daß die Vertrauenswürdigkeit höchstrichterlicher Entscheidungen nicht in erster Linie durch die beiden vom BGH hervorgehobenen Gesichtspunkte bestimmt wird. Insbesondere wird man sich in bestimmten Grenzen auch auf ältere und vereinzelt gebliebene Entscheidungen verlassen dürfen,

obwohl abweichende Meinungen bestehen und bekannt sind. Um den Blick hierfür zu öffnen, sollte man sich von der schematischen Beurteilung der Prognosefrage allein unter dem haftpflichtrechtlichen Gesichtspunkt des „sichersten Weges“ lösen. Das Unbehagen, das der BGH bei dieser Betrachtungsweise wohl selbst verspürt, verrät sich in kuriosen Wortschöpfungen wie derjenigen vom „relativ“ sichersten Weg¹⁵.

Ausgangspunkt sollte die Überlegung sein, daß auch von einem juristischen Berater keine unmögliche Leistung erwartet werden darf¹⁶. Einer möglichen künftigen Rechtsänderung schon heute vorsorglich Rechnung zu tragen, ist ihm nur dann zuzumuten, wenn sie hinreichend deutlich vorhersehbar ist. Angesichts der Ungewißheit, die letztlich allen künftigen Rechtsentwicklungen anhaftet, erscheinen weitergehende Erwartungen des Beratenen als unrealistisch. Aufgrund einer Untersuchung der die Vorhersehbarkeit bestimmenden Faktoren läßt sich die Prognosepflicht durch Bildung von Fallgruppen¹⁷ sachgerecht konkretisieren.

Höchststrichterliche Entscheidungen rechtfertigen in hohem Maße ein Vertrauen in ihren Fortbestand. Während instanzgerichtliche Entscheidungen sich primär an die Parteien richten, geht der Adressatenkreis von Revisionsurteilen weit darüber hinaus; eine besondere Funktion des Instituts der Revision liegt in der Bewahrung und Herstellung der Rechtseinheit und in der Rechtsfortbildung¹⁸. Aufgrund der Ausstattung und organisatorischen Struktur der höchsten Gerichte ist ein hohes Maß an Kontinuität ihrer Judikatur möglich. Im Gegensatz zu bloß in der Literatur vertretenen Meinungen ist eine höchstrichterliche Rechtsprechung mit staatlicher Autorität ausgestattet. Änderungen müssen deshalb *grundsätzlich* nicht vorausgesehen werden.

Anders kann es *ausnahmsweise* dann liegen, wenn die Möglichkeit eines Rechtsprechungswandels aufgrund besonderer Umstände als evident¹⁹ erscheint.

Das wird am ehesten dann anzunehmen sein, wenn das Höchstgericht seine Rechtsprechung selbst mit einem „Vorbehalt“ versehen hat. Ein solcher Vorbehalt liegt in der Ankündigung einer beabsichtigten Praxisänderung oder der Anmeldung von Zweifeln an der Richtigkeit einer bestimmten Judikatur in Form von obiter dicta²⁰. Denn der Vertragsjurist muß die höchstrichterliche Rechtsprechung einschließlich solcher Ankündigungen verfolgen. Ein „Vorbehalt“ kann weiter darin gesehen werden, daß die Entscheidungsgründe ganz auf die Besonderheiten des Einzelfalls abstellen und jede Generalisierung vermeiden. Schließlich mahnt auch eine inhaltlich schwankende, möglicherweise mehrfach unterbrochene Judikatur zur Vorsicht.

⁹ Vgl. auch *Meier-Hayoz*, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, 3. Aufl., Art. 1 ZGB Rdnr. 523.

¹⁰ Vgl. *Meier-Hayoz*, a. a. O. (Fn. 9); *Germann*, Präjudizien als Rechtsquelle, Eine Studie zu den Methoden der Rechtsfindung, S. 46 f.; ders., Probleme und Methoden der Rechtsfindung, S. 267, 270.

¹¹ Vgl. *Germann*, a. a. O. (Fn. 10).

¹² BGH NJW 1993, 3323, 3325.

¹³ *Knittel*, Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung im Steuerrecht, S. 181 f.

¹⁴ *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Albers*, Zivilprozeßordnung mit GVG und anderen Nebengesetzen, 53. Aufl., § 546 Rdnr. 10 m. w. N.

¹⁵ BGH NJW 1993, 3323, 3325.

¹⁶ *Rehbinder*, Richterlicher Aktivismus im Personengesellschaftsrecht und Kautelarjurisprudenz: Ist eine Koexistenz möglich?, in: Festschrift für *Stimpel*, 1985, S. 56; *Vollkommer*, Anwaltschaftsrecht, Rdnr. 180 Fn. 277.

¹⁷ Fallgruppen bilden auch *Köhler* (Rechtsprechungsprognose als Amtspflicht des Notars, zugleich ein Beitrag zur Auslegung des § 17 II BeurkG, in: Festschrift 125 Jahre bayerisches Notariat, 1987, S. 202 ff.) und — ihm folgend — *Schröder* (Der sichere Weg bei der Vertragsgestaltung, S. 118 ff.).

¹⁸ *Grunsky*, Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung, S. 14 ff.

¹⁹ *Rehbinder*, a. a. O. (Fn. 16), S. 56; ders., Vertragsgestaltung, 2. Aufl., S. 28; *Schröder*, a. a. O. (Fn. 17), S. 128.

²⁰ Insoweit zutreffend BGH NJW 1993, 3323, 3324.

Abgesehen davon muß mit einer Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung allenfalls dann gerechnet werden, wenn die Möglichkeit einer Rechtsprechungsänderung sich aus einem anderen Grunde *geradezu aufdrängt*²¹. Der Fall, daß die Entscheidungsbegründung von Anfang an unter einem offensichtlichen Fehler leidet, wird bei höchstrichterlichen Entscheidungen kaum vorkommen. Sofern es sich um eine „Durchbruchentscheidung“, eine praxisändernde Entscheidung, die Bestätigung einer in der Literatur oder von seiten der Untergerichte angegriffenen Rechtsprechung oder eine Entscheidung zu einer längst bekannten Rechtsfrage handelt, scheidet eine Prognosepflicht selbst dann aus. Eher wird noch die Situation vorkommen, daß die Begründung einer Rechtsprechung sich nach einer wesentlichen Veränderung der Verhältnisse als inzwischen nicht *mehr* tragfähig erweist.

In dem vom BGH zu entscheidenden Fall enthielt die frühere Rechtsprechung keinen „Vorbehalt“ im dargelegten Sinne. Die Möglichkeit einer Änderung war in keiner höchstrichterlichen Entscheidung angedeutet worden. Vor der Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1982 findet sich auch keine einzige höchstrichterliche Entscheidung, die einen *nach* Auflassung und *vor* Eintragung geschlossenen Aufhebungsvertrag für formbedürftig erklärt hätte; somit war die frühere Rechtsprechung nicht uneinheitlich. Allenfalls könnte man annehmen, die Begründung des Erkenntnisses von 1964 habe Anfang 1982 offensichtlich nicht *mehr* überzeugen können. Im Hinblick darauf, daß das Rechtsinstitut des Anwartschaftsrechts in der Rechtsprechung des BGH immer mehr an Boden gewann, konnte die Erstreckung des Formerfordernisses des § 313 BGB auf den zum Verlust eines Anwartschaftsrechts führenden Aufhebungsvertrag 1982 sicher nicht mehr überraschen. Eine solche Entwicklung lag vielmehr in der Konsequenz dieser Begriffsbildung und war — wie vom BGH dargelegt wird — durch literarische Stellungnahmen hinreichend vorbereitet. Andererseits war das Anwartschaftsrecht aber ursprünglich zu dem Zweck entwickelt worden, dem Käufer die Übertragung seiner Rechtsstellung auch ohne die Zustimmung des Verkäufers zu ermöglichen. Das hat nichts mit der Rechtslage bei Aufhebung des Kaufvertrages zu tun. Der Käufer macht in diesem Fall von den Möglichkeiten, die ihm das Anwartschaftsrecht bietet, gerade keinen Gebrauch. In der Literatur wurde stets davor gewarnt, aus dem Begriff des Anwartschaftsrechts Folgerungen abzuleiten, die sich nicht ohnehin aus dem Gesetz ergeben²². Daß der BGH dies in einer Frage tun würde, die mit dem ursprünglichen Zweck des Anwartschaftsrechts nichts zu tun hat, kann schwerlich als offensichtlich bezeichnet werden. Hinzu kommt, daß die Ausdehnung des Formerfordernisses zu einigen Ungereimtheiten führt²³, will man das Formerfordernis nicht noch auf die Aufhebung der Auflassung bzw. Löschung der Auflassungsvormerkung erstrecken; bereits das Reichsgericht²⁴ hatte hierauf deutlich hingewiesen. All dies spricht dafür, daß die Rechtsprechungswende nicht vorhergesehen werden mußte.

Der BGH scheint gleichwohl der entgegengesetzten Ansicht zuzuneigen. Welche Zurückhaltung bei der Annahme von Verhaltenspflichten aufgrund denkbarer *künftiger* Rechtsentwicklungen gewahrt werden sollte, illustriert jedoch die Tatsache, daß dem BGH²⁵ schon bei der Feststellung des aktuellen Standes der höchstrichterlichen Rechtsprechung gleich zwei Fehlgriffe unterlaufen: Er übersieht eine — in der amtlichen Sammlung enthaltene — Entscheidung aus dem Jahre 1976²⁶, in der die von dem Anwalt zugrunde gelegte Meinung als die „herrschende“ bezeichnet wird, und wirft ihm vor, der „soweit ersichtlich“ nie bekräftigten Entscheidung aus dem Jahre 1964 gefolgt zu sein. Außerdem setzt er sich in Widerspruch zu der Entscheidung BGHZ 83, 395, 399, wonach sich bereits aus einer Entscheidung von 1966²⁷ ergibt, daß ein Anwartschaftsrecht mit Eintragung einer Auflassungsvormerkung entsteht, und bezeichnet diese Auffassung als im Jahre 1982 höchstrichterlich noch nicht bestätigt.

Nach meinem Dafürhalten hätte der Rechtsanwalt sich auf die Möglichkeit einer Rechtsprechungsänderung allenfalls dann einstellen müssen, wenn es maßgeblich auf den mit der Beachtung der neuen Rechtsmeinung verbundenen Aufwand ankäme. Tatsächlich hält ihm der BGH²⁸ vor, die notarielle Beurkundung sei „mit verhältnismäßig geringen Kosten und ohne sonstigen größeren Aufwand möglich gewesen“.

Eine solche Argumentation vermengt jedoch zwei Gesichtspunkte, die es streng auseinanderzuhalten gilt: Für die Beurteilung der Frage, *ob* der Rechtsberater bei der Gestaltung eines Vertrages der Möglichkeit einer künftigen Rechtsänderung vorsorglich Rechnung tragen muß, kommt es ausschließlich darauf an, ob diese hinreichend deutlich vorhersehbar ist. Jede andere Betrachtungsweise würde dem Vertragsjuristen letztlich doch eine unmögliche Leistung abverlangen. Erst wenn diese Frage bejaht werden kann, stellt sich auf einer *nachgeordneten* Ebene die Frage, *wie* der Berater dieser Pflicht konkret zu entsprechen hat. Häufig werden verschiedene zur Auswahl stehende Gestaltungsvarianten den Zielen der Parteien nicht in gleicher Weise gerecht werden. Die Wahl des „sichersten Weges“ kann zu ökonomischen Einbußen einer Vertragspartei infolge einer tiefgreifenden Verschiebung im Austauschverhältnis von Leistung und Gegenleistung, zu kostenmäßigen Mehrbelastungen, einer Einbuße an Praktikabilität, einem lästigen Zeitverlust bis hin zum „Abspringen“ einer Vertragspartei oder anderen Nachteilen führen. Sowohl in der höchstrichterlichen Rechtsprechung²⁹ wie auch im Schrifttum³⁰ ist anerkannt, daß der Zweckmäßigkeit in solchen Kollisionsfällen der Vorrang vor der Sicherheit zukommen kann. M. E. darf der Berater vom sichersten Weg abweichen, wenn er die Vor- und Nachteile sorgfältig gegeneinander abgewogen hat, die möglichen Vorteile nach seinem Urteil — die Zielvorgaben der Betroffenen zugrunde gelegt — überwiegen, die Betroffenen nach Belehrung über Art und Ausmaß der Risiken damit einverstanden sind und ggf. sich anbietende Maßnahmen zur Risikominimierung

²¹ *Rehbinder*, a. a. O. (Fn. 16), S. 56; ders., *Vertragsgestaltung*, 2. Aufl., S. 28; *Schröder*, a. a. O. (Fn. 17), S. 128; vgl. auch OLG München Stbg 1986, 244, 245.

²² Vgl. nur *Medicus*, *Bürgerliches Recht*, 16. Aufl., Rdnr. 456, 487.

²³ Im Hinblick darauf geht *Tiedtkes* überzogene Kritik in JZ 1994, 526, 527 sogar davon aus, die Entscheidung von 1982 sei evident unrichtig.

²⁴ RG JR 1926 Nr. 8 = *SeuffA* 80 Nr. 42, S. 72, 73.

²⁵ BGH NJW 1993, 3323, 3325.

²⁶ BGHZ 66, 270, 272 = BGH NJW 1976, 1842.

²⁷ BGHZ 45, 186, 190 = BGH NJW 1966, 1019, 1020.

²⁸ BGH NJW 1993, 3323, 3325.

²⁹ BGH VersR 1975, 540, 541; BGHZ 89, 178, 182 ff. = BGH NJW 1984, 791, 792 f.

³⁰ Vgl. nur *Rehbinder*, a. a. O. (Fn. 16), S. 57; *Vollkommer*, *Anwaltschaftsrecht*, Rdnr. 183.

getroffen werden. Einer Belehrung und der Einholung einer Weisung bedarf es nicht, soweit keine Rücksprache möglich ist, nur eine unwesentliche Randfrage betroffen ist oder der Gestaltung ein allgemein anerkannter Vertragstyp zugrunde gelegt wird. Bestehen die Beteiligten nach Belehrung auf einer übermäßig gefährlichen Gestaltung oder einem Verzicht auf risikominimierende Begleitmaßnahmen, so muß der Berater dem entsprechen; der Vorwurf einer Pflichtverletzung kann darauf nicht gegründet werden.

Aufwand und Kosten einer Gestaltungsvariante können nur im Rahmen *dieser* Abwägungen eine Rolle spielen. Die Frage, *wie* man sich angesichts einer möglichen Rechtsprechungsänderung zu verhalten hat, stellt sich aber immer erst, wenn die vorrangige Frage, *ob* mit ihr ernstlich zu rechnen ist, bejaht wurde. Der Vertragsjurist kann eine Rechtsänderung nicht schon deshalb voraussehen müssen, weil ihr verhältnismäßig leicht Rechnung getragen werden kann. Anderenfalls wäre er genötigt, zur Haftungsvermeidung alle möglichen — und nach gegenwärtiger Rechtsprechung überflüssigen — Kautelen in den Vertrag einzubauen. Auf der Strecke blieben die Kunst der Vertragsgestaltung und derjenige, den man eigentlich schützen wollte: der Bürger, der „seinen“ Vertrag nicht mehr verstünde.

Zusammenfassung

Einer möglichen künftigen Rechtsänderung schon heute vorsorglich Rechnung zu tragen, ist dem Vertragsjuristen nur zuzumuten, wenn sie hinreichend deutlich vorhersehbar ist. Für den Fall, daß zu einer Rechtsfrage bereits eine höchstrichterliche Rechtsprechung besteht, darf er auf deren Fortbestand grundsätzlich vertrauen. Dies gilt — entgegen einer mißverständlichen Formulierung des BGH — auch hinsichtlich umstrittener älterer und vereinzelt gebliebener Entscheidungen. Eine Ausnahme kommt nur in Betracht, wenn das Höchstgericht seine Rechtsprechung selbst mit einem „Vorbehalt“ versehen hat — insbesondere durch die Ankündigung einer beabsichtigten Praxisänderung oder die Anmeldung von Zweifeln an der Richtigkeit der bisherigen Judikatur in Form von obiter dicta — oder die Möglichkeit einer Änderung sich aus einem anderen Grunde geradezu aufdrängt. Letzteres wird praktisch nur dann anzunehmen sein, wenn die Begründung der bisherigen Rechtsprechung sich nach einer wesentlichen Veränderung der Verhältnisse als inzwischen nicht mehr tragfähig erweist. Entgegen der Ansicht des BGH kommt es nicht auf den Aufwand an, der mit der Berücksichtigung einer möglichen Änderung verbunden ist.

Perspektiven des elektronischen Rechtsverkehrs¹

Von Notarin a. D. *Sigrun Erber-Faller*, Köln

I. Einführung

In seinem Roman „Briefe in die chinesische Vergangenheit“ läßt *Herbert Rosendorfer*² den Mandarin Kao-Tai mit Hilfe eines Zeitreisekompasses aus dem China des 10. Jahrhunderts in das moderne München im Jahr 1983 gelangen. In seinen Briefen an den in der Vergangenheit zurückgebliebenen Freund setzt sich Kao-Tai wißbegierig und kritisch mit den modernen Errungenschaften von Kultur und Technik auseinander. Der Leser betrachtet mit ihm Selbstverständlichkeiten unseres Alltags einmal aus anderer Perspektive. Er erkennt sich wieder in Kao-Tais Überlegungen zum modernen Gesellschaftsleben, zu seinen Eindrücken von den heutigen geschäftlichen Gepflogenheiten. Auch der Rechtspflege sind Ausführungen gewidmet, die des Nach- und des Weiterdenkens wert sind.

Der Begriff Perspektive³ beinhaltet mehrere Bedeutungen. Neben der räumlichen Betrachtungsweise umfaßt er auch im übertragenen Sinn eine bestimmte Sichtweise, einen speziellen Blickwinkel. Ausblicke in die Zukunft sind nicht nur eine weitere mögliche Bedeutung des Wortes, sondern grundsätzlich auch das, wozu sowohl ein Roman als auch ein Vortrag anregen können.

Wahrscheinlich reichen die Perspektiven des elektronischen Rechtsverkehrs, die ich Ihnen eröffnen darf, in ihrem Unterhaltungswert nicht an die Berichte des Kao-Tai über seine Erlebnisse heran. Einige Parallelen zwischen den Eindrücken des chinesischen Mandarins und unserem Thema sind allerdings angesichts des Vormarsches elektronischer Medien in allen Bereichen unserer Gesellschaft festzustellen: Der Übergang von Jahrtausende alten Techniken zu neuen Medien bringt manche Veränderung insbesondere unseres Rechts- und Wirtschaftslebens mit sich. Gab es bislang bei der Technik des Schreibens keinen grundsätzlichen Unterschied, ob Inhalte auf Stein, Ton oder Papier festgehalten wurden, so hat sich mit der Einführung der elektronischen Medien ein grundsätzlicher Wandel vollzogen:

Herkömmliche Schriftzeichen sind der menschlichen Wahrnehmung unmittelbar zugänglich. Sie sind körperlich auf ihrem jeweiligen Träger mehr oder weniger fest aufgebracht und können von ihm in der Regel nicht ohne Substanzbeschädigung entfernt und auch nicht von ihm getrennt transportiert werden. Damit sind Einschränkungen verbunden, die mit elektronischen Medien überwunden werden können. Durch die enormen Rationalisierungsvorteile hat die elektronische Bearbeitung von Vorgängen jeder Art einen Siegeszug ohne gleichen angetreten. Niemand, der im Rechts- und Wirtschaftsleben steht, könnte sich dem heute entziehen.

Elektronische Medien bringen andererseits ein neues, spezifisches Gefährdungspotential mit sich. Die Notwendigkeit, elektronisch erzeugte Texte zu ihrer Wahrnehmbarkeit durch technische Hilfsmittel sichtbar zu machen, die spurenlose Manipulierbarkeit und die Möglichkeit zur leichten, fast unendlich schnellen und häufigen Vervielfältigung, zum Transport in Sekundenbruchteilen sowie das völlige Fehlen von der persönlichen Handschrift vergleichbaren äußeren individuellen Merkmalen sind Charakteristika der elektronisch übermittelten Erklärung, die zugleich ihre Chancen und ihre Risiken umschreiben⁴.

Beim Umgang mit Papier und Schreibstift im Zusammenhang mit rechtserheblichen Vorgängen haben sich einstmals bestimmte Regeln entwickelt, die so wichtig waren, daß sie im Gesetz niedergelegt wurden. Solche Regeln sind beispielsweise die Vorschriften des BGB über Schriftform, Beglaubigung und Beurkundung, das Beurkundungsgesetz, die Vorschriften der ZPO über die Rolle von Schriftstücken im Prozeß; insbesondere den Urkundsbeweis, strafrechtliche Vorschriften über Urkundenfälschung und viele, viele mehr. Der elektronische Rechtsverkehr als solcher hat ungeachtet seiner wirtschaftlichen Bedeutung bisher in unsere Rechtsordnung erst an einigen wenigen speziellen Stellen Eingang gefunden, etwa im Bereich der kaufmännischen Rechnungslegung⁵, im Blick auf die Einführung des elektronischen Mahnverfahrens⁶ und der elektronischen Führung von Grundbuch⁷ und sonstigen öffentlichen Registern sowie hinsichtlich des Datenschutzes. Allgemeine Regeln für elektronisch erzeugte und übermittelte Willenserklärungen fehlen bisher, so daß die in der Praxis aufgetretenen Probleme entweder bereits Gegenstand von Gerichtsentscheidungen mit teilweise unterschiedlichem Ausgang waren⁸ oder die Beteiligten überhaupt auf eine gerichtliche Klärung, und damit auf die Verfolgung ihres Rechts, verzichten.

¹ Überarbeitete Fassung des Vortrags am 22. 10. 1994 anlässlich der Jahresversammlung des Bayerischen Notarvereins e. V. in Bamberg.

² *Rosendorfer, Herbert*, Briefe in die chinesische Vergangenheit, Deutscher Taschenbuch Verlag GmbH & Co. KG, 19. Auflage 1993.

³ Nach *Duden*, Fremdwörterbuch, 4. Auflage 1982.

⁴ Zur elektronischen Willenserklärung vgl. insb. *Fritzsche/Malzer*, DNotZ 1995, 3 ff.; *Mellulis*, MDR 1994, 109 f.; *Wolfsteiner* in Bundesnotarkammer (Hrsg.), Elektronischer Rechtsverkehr — Digitale Signaturverfahren und Rahmenbedingungen, 25 ff., Köln 1995; zur technischen Problematik vgl. *Herda* in Bundesnotarkammer (Hrsg.) a. a. O., 37 ff.; zu beiden Themenkreisen vgl. GMD (Hrsg.), Bestandsaufnahme über die elektronischen Signaturverfahren, St. Augustin 1992.

⁵ Zu den entsprechenden Vorschriften und den rechtlichen wie praktischen Problemen elektronischer Beleghaltung vgl. etwa *Schuppenhauer*, DB 1994, 2041 ff.; hierzu Erwiderung *Zepf*, DB 1995, 1039.

⁶ *Beckmann*, NJW-CoR 1/94, 37 f.

⁷ *Frenz*, DNotZ 1994, 153 ff.; *Grziwotz*, Das EDV-Grundbuch, CR 1995, 68; *Joachimski*, NJW-CoR 5/94, 280 ff.; *Vossius*, MittBayNot 1994, 10 ff., jeweils m. w. N.

⁸ Beispielhaft sei hier auf die Unübersichtlichkeit der Rechtsprechung zum Thema Telefax hingewiesen. Zur Frage der Formwahrung durch Telefax und zur Beweiskraft von Faxsendeberichten vgl. u. Fn. 8 ff.; Die Frage, welche Beweiskraft einem Telefaxsendebericht zukommt, darf durch die neueste BGH-Rechtsprechung als geklärt betrachtet werden. Ein guter Überblick über die Gefahren beim Telefaxeinsatz in der Anwaltspraxis ist aus JurBüro 1994, 121–123 unter der Rubrik „Haftpflichtdecke“ zu gewinnen.

Sie sind eingeladen, mit auf die gedankliche Reise zu gehen und ein Gebiet zu erkunden, das unsere Zukunft noch stärker bestimmen wird als jetzt schon unsere Gegenwart. Zunächst ist auf einige alltägliche Erscheinungsformen des elektronischen Rechtsverkehrs einzugehen, um daran beispielhaft die Besonderheiten elektronischer Erklärungen zu erläutern (II). In Form eines Zwischenresümees ist die allen diesen Fällen gemeinsame rechtliche Problematik zu skizzieren und technische Lösungsansätze dazu sind kritisch zu betrachten (III). Der nächste Abschnitt soll Überlegungen gewidmet sein, ob und inwiefern der elektronische Rechtsverkehr neue Betätigungsfelder für den Notar schafft (IV). Und schließlich wird die Frage anzusprechen sein, welche Überlegungen darüber hinaus auf nationaler und europäischer Ebene in Gang gesetzt wurden (V).

II. Erscheinungsformen des elektronischen Rechtsverkehrs

1. Das **Telefax** hat sich neben dem Telefon zu dem meistbenutzten elektronischen Kommunikationsmedium entwickelt. Mitteilungen jeder Art, Bestellungen und vieles mehr läßt sich per Telefax erheblich schneller und zum Teil sogar kostengünstiger als per Brief versenden. Die Vorteile im Rahmen der vielfältigen Einsatzmöglichkeiten liegen somit auf der Hand.

Die Praktikabilität des Telefaxes und die Tatsache, daß der Empfänger die Nachricht „auf Papier“ erhält, führen jedoch manchmal dazu, daß die Grenzen seines Einsatzbereichs im Rechtsverkehr verkannt werden. Beim Telefax wird stets nur die Kopie eines Originals, beim Computerfax eine Kopie des Inhalts eines elektronischen Datenspeichers übersandt. Das Original wird — soweit es im zweiten Fall überhaupt ausgedruckt wird — entweder später auf dem herkömmlichen Postweg nachgesandt oder verbleibt — immer häufiger — im Besitz des Absenders. Der vom Empfangsgerät erzeugte Ausdruck trägt keine eigenhändige Unterschrift, sondern gegebenenfalls lediglich eine Kopie bzw. eine elektronisch übermittelte Bilddarstellung derselben und erfüllt somit die Voraussetzungen der Schriftform nach § 126 BGB nicht⁹. Der BGH hatte in seinem Urteil vom 28. 1. 1993¹⁰ Gelegenheit, diese Auffassung zu bestätigen. Er hat dazu ausgeführt, daß bei Übersendung einer Bürgschaftsurkunde per Telefax keine korrekte „Erteilung“ i. S. v. § 766 BGB vorliegt, selbst wenn die Bürgschaftsurkunde zuvor vor einem Notar errichtet worden ist, in dessen Gewahrsam sie sodann verbleibt. Die Übermittlung des Urkundsinhalts durch den Notar per Telefax genügt der erforderlichen Form nicht.

Selbstverständlich steht es den Beteiligten im Bereich der gewillkürten Schriftform frei, eine Formvereinbarung dergestalt zu treffen, daß die Übersendung eines Telefaxes die Form wahrt. Die Beteiligten werden allerdings gut daran tun, das Telefax auch dann nicht zu benutzen, wenn sie auf den Nachweis des Zugangs ihrer Telefaxerklärungen angewiesen sind, der bereits in mehreren Entscheidungen Probleme verursacht hat und zu unterschiedlichen Einschätzungen der Gerichte geführt hat¹¹.

⁹ *Fritzsche/Malzer* a. a. O.; OLG München, CR 1994, 216; OLG Frankfurt, NJW 1991, 2154 f.; a. A.: OLG Düsseldorf, NJW 1992, 1050 f.

¹⁰ BGH, Urt. v. 28. 1. 1993 — IX ZR 259/91 = DNotZ 1994, 440 ff. = CR 1994, 29 ff.

Nachdem in der rechtswissenschaftlichen Literatur¹² und auf Veranstaltungen wie dem Forum „Elektronischer Rechtsverkehr“ der Bundesnotarkammer im Jahr 1993¹³ auf die leichte Manipulierbarkeit von Telefaxnachrichten sowie der Faxsende- und Empfangsberichte hingewiesen wurde, sind in jüngerer Zeit kaum noch Gerichtsentscheidungen ergangen, die Faxprotokolle als ausreichenden Zugangsnachweis ansehen¹⁴.

Eine Sonderrolle im Telefaxverkehr gesteht die Rechtsprechung aus verschiedenen Gründen den bestimmenden Anwaltsschriftsätzen zu¹⁵. Es würde zu weit führen, dieses Thema hier zu vertiefen. Der abschließende Hinweis, daß sich das Telefax für den formgebundenen und beweissicheren Rechtsverkehr im Regelfall nicht eignet, soll daher genügen.

2. Spezifische Werbe- und Vertriebsmethoden und neuartige Verbrauchsweisen haben sich im elektronischen Rechtsverkehr entwickelt.

a) Beim **Teleshopping**¹⁶ werden dem Verbraucher am Bildschirm Produkte vorgeführt. Daran schließt sich die Anforderung an, sofort eine bestimmte Telefonnummer anzurufen und das gezeigte Produkt zu kaufen, die beschriebene Reise zu buchen usw. Die Bequemlichkeit, mit der der Verbraucher rund um die Uhr vom Fernsehsessel aus seinen Bedarf befriedigen kann, hat auch die Frage aufgeworfen, inwieweit diese Form des Vertriebs in neuartiger Weise die Willens- und Entschließungsfreiheit von Bürgern beeinflusst, die — möglicherweise nach ausgiebigem, abendlichen Alkoholkonsum — weder zur Einschätzung eines angemessenen Preises des Produkts fähig sind, noch die Möglichkeit haben, außerhalb der normalen Geschäftszeiten ein Handelsgeschäft aufzusuchen und sich dort über Preise, Qualität, alternative Angebote und weitere relevante Merkmale zu unterrichten, die normalerweise Bestandteil einer Kaufentscheidung sind. Die retardierenden und „unbequemen“ Momente des normalen Geschäftsverkehrs fehlen beim Teleshopping, das sich völlig innerhalb der Privatsphäre abspielt und das nicht zuletzt auch deshalb in Bezug auf die Sicherung ausreichenden Verbraucherschutzes thematisiert wird¹⁷.

b) Eine weitere neue Vertriebsform ist die Möglichkeit, per **Btx** Bestellungen und Käufe zu tätigen sowie Informationen und Programme abzurufen. Erforderlich ist dazu das ent-

¹¹ Für den Zugangsnachweis durch Sendeprotokoll z. B. KG, CR 1994, 164; OLG München, CR 1994, 402 f.; LG Hamburg NJW-RR 1994, 1486; dagegen: LG Darmstadt, CR 1994, 100; OLG München, CR 1994, 98; OLG Dresden, NJW-RR 1994, 1485 f.; jetzt im letzteren Sinn BGH mit Urt. v. 7. 12. 1994 — VIII ZR 153/93 (vgl. Handelsblatt v. 14. 12. 1994) = CR 1995, 143 m. Anm. *Wiebe*.

¹² Etwa *Melullis*, a. a. O., 109.

¹³ *Pohlmann/Ring* in Bundesnotarkammer (Hrsg.) a. a. O., 47 ff.

¹⁴ Die abweichenden Entscheidungen sind überholt durch die neueste BGH-Rechtsprechung, vgl. Fn. 11.

¹⁵ Ständige Rechtsprechung des BGH; Überblick bei *Wolf*, NJW 89, 2592 ff.; die Übersendung einer Berufungsschrift zunächst per Telefax und dann im Original per Post führt jedoch zur mehrfachen Rechtsmitteleinlegung, vgl. BGH CR 1994, 142 f.; die Formerleichterung wird vom BGH nicht auf den Nachweis der Bevollmächtigung gem. § 80 ZPO erstreckt; vgl. BGH EWIR 1994, 1239 f. m. Anm. *Pfeiffer*.

¹⁶ *Eckert*, DB 1994, 717 ff.

¹⁷ *Eckert*, a. a. O., 718; *Wolfsteiner*, a. a. O., 34.

sprechende technische Equipment und ein Btx-Anschluß, für den die Anschlußgebühren sowie laufende Benutzungsgebühren gegenüber dem Netzbetreiber anfallen. Darüber hinaus sind bestimmte Informationen und Programme gegenüber dem jeweiligen Anbieter entgeltspflichtig. Insbesondere der Abruf von Programmen führt daher gelegentlich zu Streitigkeiten, die von der Rechtsprechung vordergründig unter dem Aspekt zu entscheiden sind, ob die dafür erhobenen Entgelte im konkreten Fall verlangt werden können¹⁸. Dahinter verbergen sich allerdings oft Fälle, in denen unklar ist, ob ein Abruf vom Gerät des Beteiligten aus erfolgt ist und wer sich in diesem Fall Zugang zu den Geräten verschafft hat. In der Regel kommen dafür Familienangehörige des Anschlußinhabers, insbesondere seine Kinder in Betracht. Die Fragen des materiellen Rechts lauten dann: Stammt die abgegebene Erklärung von dem, dem sie zugerechnet wird? Können Minderjährige und Geschäftsunfähige vor dem Rechtsgeschäft und seinen Folgen geschützt werden und wen treffen im Zweifelsfall die Folgen? Die Rechtsprechung wendet bisher die Regeln der Duldungs- und der Anscheinsvollmacht an und verurteilt auf dieser Grundlage die Anschlußinhaber zur Zahlung. Der Programmanbieter erhält auf diese Weise einen Schuldner. Der wirksame Schutz Minderjähriger und der Schutz des Btx-Anschlußinhabers vor etwaigen Manipulationen an seinem Gerät bleiben noch zu lösende Fragen.

c) Auch im **Bankbereich** verlagert sich die Geschäftstätigkeit aus der Schalterhalle der Bank heraus in den Verantwortungs- und Einflußbereich des Kunden. Die Abhebung am Geldautomaten mit Hilfe von Magnetstreifenkarte und Eingabe einer PIN-Nummer ist schon zur alltäglichen Transaktion geworden. Homebanking und Telebanking sollen dem Kunden darüber hinaus ermöglichten, weitere Bankgeschäfte automatisiert zu erledigen¹⁹.

Beim **Homebanking** muß der Kunde über einen Btx-Anschluß verfügen. Er erwirbt dazu von der Bank gegen Entgelt eine spezielle Software, um seine Aufträge mit gewissen Sicherungsvorkehrungen versehen an die Bank zu übermitteln.

Beim **Telebanking** erfolgt die Erteilung der Aufträge mündlich oder über die Tastatur eines mehrfrequenzwahlfähigen Telefons²⁰. Eine gewisse Sicherung vor Transaktionen durch nichtautorisierte Personen bietet die Verbindung mit einem Authentifikationsmerkmal, z. B. der korrekten Eingabe einer PIN oder der Angabe der Kontonummer.

Durch die elektronische Übermittlung erlangt die Bank die Daten insbesondere beim Homebanking ohne Medienbruch. Schriftlich erteilte Aufträge müssen demgegenüber personal- und zeitaufwendig in die elektronische Datenverarbeitung eingegeben werden, bevor die Weiterverarbeitung automatisiert möglich ist. Der Kunde erbringt also bei den neuen, elektronischen Verfahren einen Teil der her-

kömmlich vom Bankpersonal erledigten Leistungen. Der Kunde trägt auch Kosten und Risiken, denn er erwirbt und betreibt die erforderliche Technik, er trägt die Übermittlungskosten, die Folgen fehlerhafter Eingaben und Übermittlungen sowie des Verlustes und der Ausforschung seines PIN-Codes.

d) Neue Praktiken haben sich auch bei **Verlosungen** entwickelt. Die bekannte Ziehung mit nummerierten Kugeln oder mit bunten Losen aus einer großen Trommel durch eine Glücksfee gehört bei zahlreichen Veranstaltern bereits der Vergangenheit an. Die moderne elektronische Verlosung geht am Bildschirm vonstatten. Durch den Einsatz einer speziellen Software erfolgt die Zufallsauswahl computergeneriert. Sie kann daher nicht mehr in herkömmlicher Weise nachvollzogen und „notariell beaufsichtigt“ werden.

3. Veränderungen haben sich durch elektronische Medien auch im Bereich von **Industrie und Gewerbe** vollzogen.

Geschäftsverbindungen werden heute häufig vollelektronisch über **EDI (electronic data interchange)**²¹ abgewickelt. Dazu werden integrierte Systeme eingesetzt, die in den Unternehmen alle relevanten Daten verwalten, aus den eingegebenen Informationen über den Produktionsprozeß Bestellmengen und Lieferzeit errechnen, den Abruf der Ware beim Vertragspartner automatisiert vornehmen und schließlich selbständig mit dem Vertragspartner abrechnen können. Größere Unternehmen sind damit in der Lage, alle einmal eingegebenen Daten in allen befaßten Abteilungen des Unternehmens ohne Medienbrüche bereit und verfügbar zu halten und praktisch ohne Lagerhaltung „Just in time“ zu wirtschaften.

Zwischen zwei Unternehmen ist ein Austausch der Daten allerdings nicht ohne technische Vorkehrungen möglich. Kompatible Standards auf Netz-, Hardware- und Softwareebene sind ebenso Voraussetzung wie die Vereinbarung einheitlicher Dokumentformate, die dem Datenempfänger eine automatisierte Weiterverarbeitung ermöglichen. Eine große Rolle spielen daher die sogenannten EDI-Verträge²², mit denen zum einen technische Abreden getroffen werden, darüber hinaus aber auch ein Ausgleich zwischen den verschiedenen rechtlichen Interessen der am Datenaustausch Beteiligten gesucht wird. Im EDI-Vertrag zu klärende Fragen sind beispielsweise die zugelassenen technischen Verfahren, Inhalt und Umfang der Pflicht, EDI tatsächlich zum Nachrichtenaustausch zu benutzen und nicht etwa andere Kommunikationsmittel, die Obliegenheiten der Beteiligten bei technischen Störungen, die Haftung bei Nichtbeachtung der Vertragspflichten und für Versagen der Technik, der Verzicht auf den Einwand der Formunwirksamkeit elektronisch übermittelter Dokumente im Prozeß und vieles mehr. Die Regelungsgegenstände zeigen, wo die potentiellen Problemfelder in EDI-Austauschverhältnissen gesehen werden. Sie zeigen auch, daß die Beteiligten nicht davon ausgehen, daß die herkömmlichen gesetzlichen Regelungen über Willenserklärungen solche Sachverhalte im Rahmen eines Zivilprozesses einer angemessenen Lösung zuführen.

¹⁸ So z. B. OLG Köln, NJW-RR 1994, 177 f. = CR 1994, 552.

¹⁹ Z. B. Konto- und Depotinformationen abfragen, Aufträge und persönliche Nachrichten übermitteln und allgemeine Informationen einholen (so etwa die Broschüre zum 24 Stunden Telefon-Banking der Deutschen Bank, Stand 8/94); zum Telebanking als zukunftssträchtigem Produkt der Banken: Hille, WM 1994, 2230 f.; Poeschke/Bußmann, Die Bank 1995, 30 ff.

²⁰ Besitzt der Kunde kein solches Telefon, kann er von seiner Bank einen separaten Tongeber erwerben, vgl. die in Fn. 19 genannte Broschüre.

²¹ De Soete in Bundesnotarkammer (Hrsg.) a. a. O., 133 ff.

²² Deutscher EDI-Rahmenvertrag, AWV-Schrift 10 548, Eschborn 1994; Schweizerisches EDI-Interchange Agreement/Modellvereinbarung, zu beziehen bei EurOSI net und SWISSPRO; ein ähnlicher Mustervertrag ist auf EU-Ebene in Vorbereitung; vgl. a. Kilian, CR 1994, 657 ff.

Der elektronische Datenaustausch verzichtet auf individualisierende Merkmale und ermöglicht es daher nicht immer, Erklärungen, die zum Teil mehrere Entwicklungsstufen in verschiedenen Abteilungen des Unternehmens durchlaufen haben, auf einen bestimmten Urheber zurückzuführen. Die herkömmlichen handels- und gesellschaftsrechtlichen Strukturen gehen davon aus, daß die Abgabe von rechtswirksamen Erklärungen im Handelsverkehr etwa von Tatbeständen wie Kaufmannseigenschaft, Organschaft oder einer Vollmacht wie z. B. der Prokura und der Handlungsvollmacht abhängen. Diese Regeln passen aber auf automatisiert ausgetauschte Erklärungen im Bereich der Großindustrie nicht mehr. EDI-Verträge regeln daher zwar oft im größtmöglichen Umfang, daß solche Erklärungen nicht abgestritten werden können²³, wenn der Urheber nicht erkennbar ist. Damit ist aber nur der externe Bereich geklärt. Firmenintern sind neuartige Bedürfnisse entstanden, Entscheidungsprozesse zu strukturieren, zu organisieren und transparent zu machen.

4. Auch für die **Rechtspflege** wurden die enormen Rationalisierungs- und Beschleunigungsvorteile der Elektronik schon frühzeitig erkannt.

a) Mit der Arbeit am **Registerverfahrensbeschleunigungsgesetz**²⁴ hat man im Jahr 1992 Überlegungen zur Elektronisierung der staatlichen Register wiederaufgegriffen, die bis in die späten 60er Jahre zurückreichen, als erstmals die Überlastung der Grundbuchämter Anlaß zu Reformüberlegungen gab. Hatte man damals nicht zuletzt aus Gründen der noch weit weniger entwickelten technischen Möglichkeiten von der Umstellung des Grundbuchs auf vollelektronische Führung abgesehen, so wurde im Jahr 1993 nach nur etwa einjähriger Gesetzgebungsarbeit ein Vorhaben möglich, das nicht zu Unrecht als Jahrhundertprojekt bezeichnet werden kann²⁵. Das Grundbuch, und mit ihm die anderen öffentlichen Register, vollziehen in nächster Zeit den Schritt vom Medium Papier zur Elektronik. Grundbuch im Rechtssinne wird künftig der Inhalt eines elektronischen Datenspeichers sein. Die unmittelbare Wahrnehmbarkeit des Grundbuchinhalts wird dann der Vergangenheit angehören. Die Entwicklung des Grundbuchrechts spiegelt die Umstellung wider: Die Sicherung der gespeicherten Daten gegen unbefugte Manipulationen und Verlust, die Gewähr, alle Daten zuverlässig sichtbar machen und ausdrucken zu können, die künftige Regelung der Einsicht in das elektronische Grundbuch und ihrer Kosten sind nur einige Fragen, von deren Lösung der endgültige Erfolg der Umstellung abhängt.

b) Das elektronische Grundbuch sieht nicht nur On-line-Anschlüsse und damit erleichterte Einsichtsmöglichkeiten für Notare vor, es hat auch sonst in mancherlei Hinsicht Perspektiven für den **Einsatz von Elektronik im Notariat** eröffnet: So arbeiten viele Notare zwar bereits seit Jahren automationsunterstützt. In die nach außen dringenden Ergebnisse ihrer Arbeit hat die Elektronik jedoch erst in marginalem Umfang Eingang gefunden. Zum Teil liegt das an der bereits erörterten mangelnden Formqualität elektronischer Erklärungen. Weitere Gründe sind die eingeschränkte Beweiseignung elektronischer Dokumente, die

von den Privilegien des Urkundsbeweises ausgeschlossen sind; die Dienstordnung für Notare sieht die elektronische Archivierung noch nicht vor.

Dennoch läßt die Schaffung einer On-line-Verbindung zum Gericht die vorsichtige Prognose zu — ein Blick auf die Entwicklung in unserem Nachbarland Österreich bestätigt diese Erwartung —, daß über die so geschaffenen Datenverbindungen künftig auch andere Informationen als Grundbuch- und Handelsregisterabfragen transportiert werden²⁶. Sehr bald könnte die vorhandene technische Ausstattung für die Übermittlung sonstiger nicht formgebundener Nachrichten genutzt werden. Dafür kommen etwa Vollzugsmitteilungen in Betracht. Neben den Gerichten könnten auch Finanzämter am Austausch von automatisiert weiterverarbeitbaren Daten interessiert sein. Man denke nur an den Aufwand, den Veräußerungsanzeigen heute verursachen. Sie sind an keine gesetzliche Formvorschrift gebunden. Die Finanzämter können bereits heute, ebenso wie allgemeine Verwaltungsbehörden, Verwaltungsakte automatisiert, d. h. ohne Unterschrift erlassen, was für die Erteilung der elektronischen Unbedenklichkeitsbescheinigung von Bedeutung ist²⁷. Auch im Verkehr der Notare untereinander, im Hinblick auf Anfragen beim Deutschen Notarinstitut und im Verhältnis zu den Banken, um nur einige Beispiele zu nennen, könnten Notare elektronische Medien häufig einsetzen, falls die erforderlichen Vorkehrungen getroffen werden. Untersuchungen haben nachgewiesen, daß die elektronische Vorgangsbearbeitung hohe Einsparungen und eine wesentliche Steigerung der Arbeitsproduktivität ermöglicht²⁸.

Die bereits angedeuteten Sicherheitsbedenken gelten natürlich auch im Notariat und im Hinblick auf die gebotene Sorgfalt und Vorsicht sowie die Pflicht zur beruflichen Verschwiegenheit in besonderem Ausmaß. Allen Vorschlägen, den elektronischen Rechtsverkehr rechtlich und technisch sicher und vertraulich auszugestalten, muß das Notariat daher schon im Hinblick auf eigene Einsatzmöglichkeiten mit Interesse begegnen.

c) Auch in der streitigen Gerichtsbarkeit ist mit der Einführung **elektronischer Mahnverfahren**²⁹ der Schritt zur kostengünstigeren und schnelleren Bearbeitung von Mahnvorgängen vollzogen worden. § 630 Abs. 3 ZPO hat zunächst das Datenträgeraustauschverfahren ermöglicht, bei dem der Anwalt beim Mahngericht eine Diskette mit seinen Anträgen einreicht. Als nächste Stufe im elektronischen Mahnverfahren soll die Datenfernübertragung zugelassen werden. Das bedeutet, daß künftig keine Disketten mehr versandt werden müssen, sondern die Daten ähnlich wie bei der On-line-Grundbuchabfrage über öffentliche Leitungs-

²⁶ Die Bundesnotarkammer führt gegenwärtig in Zusammenarbeit mit dem Sächsischen Staatsministerium der Justiz ein Pilotprojekt durch, das die praktische Realisierbarkeit des elektronischen Austauschs zwischen Notaren und Grundbuchämtern zunächst anhand der Vollzugsmitteilung zeigen soll. In das Projekt einbezogen sind auch Banken und die Sächsische Finanzverwaltung.

²⁷ § 38 IV VwVfG, ebenso die Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder, und § 119 IV 1 AO.

²⁸ Z. B. *Mähler*, Effektive Organisation und moderne Kommunikation in der Anwaltskanzlei, Köln 1989; ähnliche Ergebnisse für die Vorgänge im Notariat hat auch eine von der Bundesnotarkammer durchgeführte, nicht veröffentlichte Studie erbracht.

²⁹ Vgl. Fn. 5.

²³ §§ 9, 10 des deutschen EDI-Mustervertrags.

²⁴ BGBl I v. 24. 12. 1993, 2182 ff.

²⁵ Vgl. hierzu im einzelnen *Frenz und Grziwotz* a. a. O.

netze geschickt werden. Da jedes Versenden von Daten über öffentliche Leitungsnetze aber die Gefahr des Zugriffs Dritter auf die Daten mit sich bringt, stellt sich die Frage nach Möglichkeiten, die berufliche Verschwiegenheit sowie die Integrität und Authentizität der Daten zu sichern. Im elektronischen Mahnverfahren per Datenfernübertragung sind daher entsprechende Vorkehrungen vorgesehen.

d) Bis zur vollständig „**telekooperativen Rechtspflege**“ dürfte indes noch ein Stück Wegs zu bewältigen sein. Wie ein telekooperativ organisiertes Gericht, das intern, mit Anwälten und mit Prozeßbeteiligten elektronisch kommuniziert, organisiert sein kann, wurde gleichwohl bereits in einer Simulationsstudie untersucht³⁰. Dabei konnte sowohl der mögliche enorme Einsparungs- und Beschleunigungseffekt auch im Bereich der Rechtspflege praktisch bestätigt werden. Allerdings haben sich nicht nur unmittelbar einsichtige Vor- und Nachteile des elektronischen Rechtsverkehrs gezeigt, sondern es sind auch unerwartete Mängel aufgetreten, die auf das Fehlen von soziokulturell gewachsenen Umgangsformen mit dem elektronischen Rechtsverkehr zurückzuführen sind. So wurden in der Studie die gleich anschließend zu behandelnden elektronischen Signaturverfahren eingesetzt. Den beteiligten Juristen wurde eingeschärft, daß sie die zur Erzeugung der Signatur benötigte Chipkarte und ihren PIN-Code nicht weitergeben dürften. Dennoch wurde die digitale Signierung von Schriftsätzen und anderen wichtigen Dokumenten, insbesondere in Streßsituationen auf Hilfspersonen delegiert³¹. Für die Versuchspersonen war offenbar das Einstecken einer Chipkarte in ein Lesegerät und das Auslösen eines Computerbefehls nicht dasselbe wie die Unterzeichnung eines Schriftsatzes mittels eigenhändiger Unterschrift.

III. Rechtliche Problematik des elektronischen Rechtsverkehrs und technische Lösungsansätze

1. Dazu vorab noch ein paar Worte zum traditionellen Verfahren: Die **herkömmliche Schriftform**, bestehend aus einem in der Regel auf Papier geschriebenen und handschriftlich unterschriebenen Text, erfüllt verschiedene Funktionen³²:

— Die Unterschrift hat **Identifikationsfunktion**, d. h. sie gibt Auskunft über die Person des Unterzeichners.

— Sie hat **Abschlußfunktion**, d. h. sie beendet den Text räumlich als inhaltlich richtig und vollständig vom Willen des Unterzeichners umfaßt.

— Das Unterschriftserfordernis hat **Warnfunktion**, weil in unserer Rechtsordnung auch juristisch nicht gebildete Laien wissen, daß hinter solchen „Formalien“ rechtserhebliche Sachverhalte stehen.

— Von Bedeutung ist ferner die **Beweisfunktion** der Form. Bereits einfache Privaturkunden eröffnen den Weg zum Urkundsbeweis, der in den Rechtsordnungen des kontinentaleuropäischen Rechtskreises die stärkste Art des Beweises überhaupt ist.

³⁰ provet/GMD, Die Simulationsstudie Rechtspflege, Berlin 1994; Roßnagel, CR 1994, 498 ff.

³¹ Roßnagel, a. a. O., 505.

³² Palandt/Heinrichs, 52. Aufl., § 125 Rdnr. 1 und § 126 Rdnr. 5 ff.; Staudinger/Dilcher, 12. Aufl., § 125 Rdnr. 3 und § 126 Rdnr. 12, MüKo/Förschler, § 125 Rdnr. 3–5 und § 126 Rdnr. 17 ff.; Bettendorf, EDV-Dokumente und Rechtssicherheit, 29 ff., 48 in: XX. Internationaler Kongreß des lateinischen Notariats, Berichte der deutschen Delegation, Köln 1992.

— Als weiterer Formzweck ist im Zusammenhang mit der Schriftform die **Kontrollfunktion**, etwa bei den kartellrechtlichen Verträgen geläufig.

— Schließlich ergibt sich die **Transportfunktion**³³ bei denjenigen Wertpapieren, die das in ihnen verbrieftete Recht so verkörpern, daß die Rechtsübertragung von der Überlegung des Papiers abhängig ist.

2. Vorschläge für eine sichere Gestaltung des elektronischen Rechtsverkehrs setzen bei den beiden Hauptproblemen an, die für alle seine Einsatzbereiche typisch sind: Sie wollen ungewollten und unbefugten Manipulationen vorbeugen und damit die Authentizität der Inhalte schützen. Sie versuchen, den Urheber der Erklärungen sichtbar zu machen, d. h. seine Identifikation zu ermöglichen³⁴. Ein technischer Lösungsansatz muß also zum einen die beschriebenen Risiken vermeiden und zum anderen die von der Schriftform erfüllten Funktionen in ausreichendem Maß erfüllen. Eine identische Abbildung des Papierverfahrens wird die Elektronik zwar nicht bieten, jedoch ist eine weitgehende Funktionsäquivalenz anzustreben. Die **digitalen Signaturverfahren** versuchen, dem Rechnung zu tragen.

Digitale Signaturverfahren³⁵ unterscheiden sich von den herkömmlichen Unterschriften grundsätzlich. Sie sind nicht etwa elektronisch erzeugte Abbilder einer handschriftlichen Unterschrift, sondern basieren auf mathematischen Algorithmen. Durch einen Rechenvorgang wird aus dem elektronischen Speicherinhalt eine charakteristische Quersumme aus dem Text errechnet, die zusammen mit dem Text an den Empfänger des Textes übermittelt wird. Zur Erzeugung der Signatur wird ein Schlüsselpaar benötigt, dessen einer Teil geheim zu halten ist. Er dient zur Signierung. Der andere Teil wird vom Empfänger benötigt, um die Echtheit der Signatur zu überprüfen. Er ist somit öffentlich zugänglich und kann dem Empfänger mit der Nachricht übertragen werden. Die digitale Signatur wird also quasi aus dem signierten Text gebildet. Veränderungen des Textes ändern die Quersumme und werden bei der Prüfung der Signatur ersichtlich.

Geeignete Verfahren können auch zur Verschlüsselung von Texten eingesetzt werden und ermöglichen dann die vertrauliche Übermittlung.

Sollte aus irgendeinem Grunde der geheime Schlüssel einem Unbefugten bekannt werden, so könnte dieser damit nicht nur Signaturen erzeugen, die fälschlich auf die Identität des berechtigten Schlüsselhabers hinweisen, sondern er könnte auch dessen digital signierte Texte auf dem Übertragungsweg abfangen, verändern und mit einer scheinbar echten Signatur versehen sowie vertraulich übermittelte Texte entschlüsseln.

Das Verfahren hat also zwei offensichtliche Schwachstellen:

— Die erste ist die Wahl des Schlüssels, bei der verhindert werden muß, daß der Schlüssel durch Raten oder Ausprobieren ausgeforscht werden kann.

— Die zweite ist die sichere Aufbewahrung und der Schutz vor unbefugter Verwendung des Schlüssels.

³³ Baumbach-Hefermehl, Wechselgesetz und Scheckgesetz, 11. Aufl., WPR, Rdnr. 3.

³⁴ Herda, a. a. O., 38-41.

³⁵ Glade/Kruse in Bundesnotarkammer (Hrsg.) a. a. O.; Pordesch, DuD 1993, 561 ff.; Seidel, CR 1993, 409 ff. und 484 ff.; von Randow, bild der wissenschaft 1994, 32 ff.

Die **Wahl sicherer Schlüssel** ist so alt wie die Wissenschaft von den Geheimschriften, griechisch: Kryptologie, und mit dieser fast so alt wie die Schrift. Allgemein bekannt ist das Rätselspiel der Frankfurter Allgemeinen Zeitung in ihrem wöchentlichen Magazin. Ein schwierigerer und bis heute ungelöster Fall ist der mysteriöse Code des Thomas Jefferson Beale³⁶, ein Fall aus Amerika, der das Problem illustrieren soll. Beale war als mysteriöser Gast im Jahr 1822 in einem Hotel in Lynchburgh im US-Staat Virginia abgestiegen, das er bald darauf unter dubiosen Umständen wieder verlassen mußte. Zuvor hatte er dem Hotelinhaber jedoch eine Blechdose mit der Anweisung übergeben, sie zu öffnen, falls er nicht innerhalb von 10 Jahren zurückgekommen sei und sie wieder zurückverlangt habe. Im Jahr 1845 schließlich, nachdem er 13 Jahre lang vergeblich gewartet hatte, öffnete der Hotelbesitzer das Behältnis und fand darin einen Brief und weitere drei Blätter. In dem Brief war ausgeführt, daß auf dem ersten der anliegenden Blätter in verschlüsselter Form beschrieben sei, wo Beale Gold, Silber und Edelsteine im Wert von umgerechnet 24 Millionen Mark vergraben habe. Der zweite Bogen enthalte eine genaue Aufzählung der Schätze und der dritte eine Liste mit Namen und Adressen der Goldgräberkumpane von Beale. Dem Hotelinhaber selbst gelang es zu Lebzeiten nicht, das Geheimnis zu enträtseln. Vor seinem Tod im Jahr 1863 weihte er seinen Oberkellner ein, der sich mit der Suche nach dem geheimen Schlüssel nahezu ruinierte, aber lediglich den Bogen entziffern konnte, auf dem die Schätze aufgezählt waren. Er fand heraus, daß zur Erzeugung des Schlüssels die Unabhängigkeitserklärung der Vereinigten Staaten gedient habe, von der die Anfangsbuchstaben ihrer Wörter benutzt wurden. Nach weiteren Schlüsselnsuchen bis heute vergebens u. a. die Mitglieder eines Vereins, der eigens zu diesem Zweck gegründet wurde.

Die digitalen Signaturverfahren arbeiten ebenfalls mit schwer ausforschbaren Schlüsselns. Das bekannte RSA-Verfahren beispielsweise, ein sog. asymmetrisches Verfahren, nutzt die Tatsache, daß es zwar sehr einfach ist, das Produkt aus zwei Primzahlen zu errechnen, daß aber umgekehrt noch keine mathematische Methode bekannt ist, um eine beliebig große Zahl, die das Produkt aus zwei Primzahlen ist, in ihre Primzahlfaktoren zu zerlegen, wenn keiner der Faktoren bekannt ist. Zwar kann die Lösung theoretisch durch Ausprobieren gefunden werden. Bei sehr großen Zahlen soll es jedoch auch unter Einsatz aller verfügbaren Rechnerkapazität nicht möglich sein, mit vertretbarem Aufwand und in vertretbarer Zeit die Faktoren zu errechnen³⁷. Gegenwärtig ist davon auszugehen, daß digitale Signaturen etwa 2–4 Jahre lang als sicher angesehen werden können, dann müssen die Primzahlen erhöht werden. Für die meisten Vorgänge dürfte das genügen. Dabei ist eingerechnet, daß die Rechnerkapazitäten ständig zunehmen. Voraussetzung ist natürlich, daß eine mathematische Lösung der Primzahlzerlegung nicht gefunden wird.

Wird ein digital signierter bzw. verschlüsselter Text übertragen, wird der Empfänger ihn zunächst ggf. „zurückübersetzen“ und dann seine Unversehrtheit prüfen. Über ein

³⁶ Zitiert nach von Randow, a. a. O..

³⁷ In Welt am Sonntag wurde am 3. 4. 1994 unter der Überschrift „Milliarden Jahre schrumpften auf zwei Jahrzehnte“ berichtet, daß es Mathematikern gelungen sei, einen RSA-Schlüssel der Länge 129 zu knacken. Derzeit gelten Schlüsselnsängen von über 730 als sicher.

sog. Zertifikat³⁸ kann eine Verbindung zum Urheber der Erklärung hergestellt werden, denn der öffentliche Teil des Schlüsselnsaars ist grundsätzlich bekannt und kann damit eindeutig dem Inhaber des geheimen Schlüsselns, mit dem der Text signiert bzw. chiffriert wurde, zugeordnet werden. Unter der Voraussetzung, daß der Schlüsselnsinhaber sein Geheimnis nicht weitergegeben hat oder es ihm nicht entwendet wurde, ist er also der Urheber der elektronischen Nachricht. Solche Zertifikate erteilen Einrichtungen, die als „vertrauenswürdige Dritte“ oder als Trustcenter³⁹ bezeichnet werden. Weitere Trustcenterdienstleistungen sind etwa die Erzeugung von Schlüsselnsen und ihre Speicherung auf den Chipkarten, die Speicherung und Verwaltung der erforderlichen Daten und die Ermöglichung der Beweisführung durch Zeugenaussagen oder gutachterliche Äußerungen in Zivilprozessen.

Zusammenfassend läßt sich also sagen, daß die Funktionen von Unterschrift und Schriftform sich teilweise mit digitalen Signaturverfahren realisieren lassen. Dies gilt insbesondere für den Textinhalt, der beim herkömmlichen Dokument heute unter Einsatz moderner Kopier- und Plotverfahren leicht manipulierbar ist. Dies gilt in weniger befriedigendem Maße hinsichtlich der Ausstelleridentität, da — wie wir bereits gesehen haben —, eine Weitergabe der elektronischen Identität durch Übergabe von Chipkarte und PIN leicht möglich ist.

IV. Neue Aufgabenfelder für Notare im elektronischen Rechtsverkehr⁴⁰

1. Dazu vorab ein Blick auf die „klassische Rolle“ des Notars:

Der Notar nimmt als unabhängiger Träger eines öffentlichen Amtes eine wichtige Stellung innerhalb der Rechtspflege ein. Ihm sind als Träger öffentlicher Gewalt Beurkundungs-, Betreuungs- und sonstige gesetzlich umschriebene Aufgaben im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit übertragen⁴¹. Der Schwerpunkt notarieller Tätigkeit hat sich im Laufe der Zeit von der schlichten Bezeugung von Vorgängen immer mehr in Richtung auf Betreuungs- und Beratungsaufgaben verlagert, denen gerade unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes wohl weiterhin zunehmende Bedeutung zukommen wird.

Der elektronische Rechtsverkehr bedient sich im Vergleich zum herkömmlichen Rechtsverkehr auf mündlicher oder in Papierform geführter Basis keiner anderen Rechtsdogmatik, sondern lediglich eines anderen Mediums. Ein Tätigwerden des Notars kommt im elektronischen Rechtsverkehr daher auch außerhalb der herkömmlichen Formzwänge stets in Betracht, wenn die Beteiligten um notarielle Urkunds- oder sonstige Rechtsbetreuungstätigkeit nachsuchen⁴². So wie die Schriftform im herkömmlichen Rechtsverkehr in der überwiegenden Mehrzahl der Geschäfte

³⁸ Seidel in Bundesnotarkammer (Hrsg.), a. a. O., 89 ff.

³⁹ Kowalski in Bundesnotarkammer (Hrsg.), a. a. O., 121 ff.

⁴⁰ Erber-Faller, DuD 1994, 680 ff.

⁴¹ Pützer in Das moderne Notariat, hrsg. von der Bundesnotarkammer, Köln 1993, Bohrer, Das Berufsrecht der Notare, Rdnr. 1 ff., insb. 5; Seybold/Hornig, Bundesnotarordnung, 6. Aufl. und Arndt, Bundesnotarordnung, je zu § 1.

⁴² Zu den Aufgaben des Notars im einzelnen §§ 20 ff. BNotO mit Kommentierungen vgl. Fn. 41.

auch dann eingehalten wird, wenn das Gesetz keine bestimmte Form vorschreibt, kann es Gründe geben, ein Mehr an Form zu wahren: So kann mit der notariellen Beglaubigung die Identität der Beteiligten belegt werden⁴³ und bei notarieller Beurkundung voller Beweis der in der Urkunde bezeugten Tatsachen erbracht werden⁴⁴. In der notariellen Praxis werden häufig vollstreckbare Urkunden errichtet, die nicht in Zusammenhang mit beurkundungspflichtigen Angelegenheiten stehen, wenn es den Beteiligten gerade darauf ankommt, für ihre Ansprüche einen Vollstreckungstitel außerhalb des streitigen Gerichtsverfahrens zu schaffen.

Die bekannten Tätigkeitsfelder des Notars stehen den Beteiligten auch im Rahmen des elektronischen Rechtsverkehrs zur Verfügung, wo das Bedürfnis nach der Erarbeitung von EDI-Musterverträgen⁴⁵ auf nationaler und europäischer Ebene bereits gezeigt hat, daß die freiwillige Einhaltung bestimmter Formen ordnende, regelnde, beweisende und der Rechtssicherheit dienende Funktion hat, also letztlich der Sicherung der Privatautonomie dient.

Und nun zu den Überlegungen im einzelnen:

1. Der Beginn elektronischen Rechtsverkehrs setzt oft die zweifelsfreie **Identitätsfeststellung**⁴⁶ der Beteiligten voraus. Darüber hinaus kann der elektronische Austausch an Bedingungen geknüpft sein.

Die Einschaltung des Notars wird etwa verlangt, wenn sich Vertreter von Software zur Erzeugung digitaler Signaturen über die Identität des Erwerbers Gewißheit verschaffen wollen⁴⁷. Durch die notarielle Beglaubigung erlangt der Erklärungsempfänger so einen unzweifelhaften Nachweis über die Person des Erwerbers. Er kann diesem ferner bestimmte Merkmale, z. B. vergebene Schlüsselpaare, zuordnen.

Notarielle Beteiligung kann auch sinnvoll sein, wenn die Teilnahme am elektronischen Rechtsverkehr mit bestimmten Einschränkungen verbunden werden soll und die Errichtung von Urkunden über derartige Beschränkungen bzw. spezielle Ermächtigungen gewünscht wird⁴⁸.

2. Notare sind dafür zuständig, die Tatsache der Vorlage von Privaturkunden zu beurkunden, damit Nachweis über diese Tatsache und insbesondere über das Datum der Vorlegung geführt werden kann⁴⁹. Das Bedürfnis, derartige Vorgänge zu dokumentieren, kann auch bei elektronisch abgewickelmtem Geschäftsverkehr bestehen. Die entscheidenden Erklärungen wären in solchen Fällen an den Notar als **elektronischen Briefkasten** zu übermitteln. Der Notar hätte wiederum auf herkömmliche Weise schriftlich in einer Urkunde festzuhalten, zu welchem Zeitpunkt er eine be-

stimmte Erklärung empfangen hat. Die Urkunde kann von den Beteiligten dann bei Bedarf als Nachweis gegenüber Vertragspartnern, Behörden oder Gerichten dienen und nach Anweisung der Beteiligten verwendet werden. Die Beteiligten können dem Notar dafür Anweisungen erteilen. Im Interesse der Integrität der Texte wäre für solche Zwecke der Einsatz geeigneter technischer Verfahren wie der digitalen Signatur zu begrüßen, damit Verfälschungen bei der Übermittlung ausgeschlossen werden können. Dafür müßten allerdings erst rechtliche Rahmenbedingungen geschaffen werden.

3. Über die vorgenannte Funktion des Notars als bloßer Empfänger von Erklärungen im fremden Namen hinaus kann der Notar auch aktiven Beistand leisten, um elektronisch übermittelten Erklärungen zu höherer rechtlicher Sicherheit zu verhelfen. So kann der Notar sowohl für Beteiligte **Erklärungen absenden**, als auch **Rücksendebestätigungen entgegennehmen**. Bei sofortiger Rücksendung der Erklärung durch den Empfänger kann der Notar die Übereinstimmung beglaubigen und damit Unterstützung auch dann leisten, wenn digitale Signaturverfahren nicht zum Einsatz gelangen.

Bei Verwendung digitaler Signaturverfahren mit Einschaltung des Notars als Absende- und Empfangsstelle können Schwierigkeiten der Einschätzung des Beweiswerts⁵⁰ einer elektronischen Erklärung vermieden werden, die im Prozeßfall durch die Frage nach der vertrauenswürdigen Signierumgebung entstehen⁵¹.

Grenzen sind der Tätigkeit des Notars lediglich dort gezogen, wo den Beteiligten Sicherheiten vorgetäuscht werden, die in Wahrheit nicht bestehen⁵². Bei geeigneter Beschreibung der dem Notar aufgetragenen Tätigkeiten und Hinweis auf die von ihm zu übernehmende Verantwortung bzw. Erläuterung der nicht in seinen Bereich fallenden Risiken, dürfte das Vortäuschen von Sicherheiten ausgeschlossen sein.

4. Als weiteres Betätigungsfeld ist die **Verwahrung von Disketten und sonstigen nicht papiergebundenen Datenträgern** bereits bekannt.

Von der Archivierung eigener Urkunden unterscheidet sich die Inverwahrungnahme von Gegenständen, die die Beteiligten dem Notar nur zu diesem Zweck, verbunden mit Anweisungen übergeben, wie damit zu verfahren ist. Nur die Verwahrung von Geld, Wertpapieren und Kostbarkeiten ist ausdrücklich geregelt, im übrigen ist der Notar ganz allgemein für die sonstige Betreuung der Beteiligten auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege zuständig. Nach anfänglichen Überlegungen, wie die Verwahrung elektronischer Datenträger durch den Notar im Rahmen dieser Vorgaben zu handhaben sei, da die Begriffe Geld, Wertpapiere und Kostbarkeiten z. T. als davon wesensverschieden verstanden wurden, ist heute unstreitig, daß die Verwahrung elektronischer Datenträger jedenfalls im Rahmen der sonstigen Betreuung der Beteiligten auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege möglich ist. Eine nicht unerhebliche praktische Bedeutung hat diese Art der Rechtsbetreu-

⁴³ Zum Begriff der Beglaubigung *Palandt/Heinrichs*, § 129, Rdnr. 1.

⁴⁴ Zur Beweiskraft inländischer öffentlicher Urkunden *Jansen*, Beurkundungsgesetz, § 1 Rdnr. 43 ff.

⁴⁵ S. Fn. 22.

⁴⁶ *Herda*, a. a. O., 41.

⁴⁷ Ein von der Firma RSA vertriebenes Programm zur Erzeugung digitaler Signaturen wird dem Erwerber ausgehändigt, sobald dieser seine Unterschrift unter der Käuferklärung notariell beglaubigen lassen und die Urkunde dem Unternehmen zugesandt hat.

⁴⁸ *Wolfsteiner*, a. a. O., 32 f.

⁴⁹ §§ 39, 43 BeurkG.

⁵⁰ Zur Problematik des elektronischen Dokuments als Beweismittel vgl. *Bergmann/Streitz*, CR 1994, 77 ff.; *Rihaczek*, DuD 1994, 127 ff.; *Rofnagel* a. a. O., 505.

⁵¹ *provet/GMD-Studie* a.a.O., 227 ff.

⁵² § 10 Abs. 22 RLNot.

ung bereits im Zusammenhang mit der Verwahrung von Quellcodes erlangt. Sie wird in der Regel so praktiziert, daß der Notar ein Protokoll aufnimmt, aus dem sich die tatsächlichen Umstände wie Inverwahrunggabe des Datenträgers, Vorgaben für die sichere Lagerung, genaue Treuhandanweisungen an den Notar und insbesondere eindeutige Maßgaben für die Herausgabe der Datenträger detailliert ergeben⁵³. Sodann veranlaßt der Notar das Erforderliche, um den Auflagen der Beteiligten nachzukommen.

5. Denkbar und naheliegend ist ferner die **unkörperliche Verwahrung** von Daten auf elektronischen Datenträgern des Notars. Fernwartung, On-line-Anschlüsse an gewerbliche Datenbanken, der Erwerb von Software auf elektronischem Wege und ähnliche Vorgänge zeigen allgemein das Bedürfnis des Rechtsverkehrs, Daten unkörperlich zu transportieren und sodann elektronisch zu lagern. Soweit damit zusätzlich treuhänderische, der vorsorgenden Rechtspflege zuzuordnende Ziele verfolgt werden, kann ein Bedürfnis bestehen, den Notar einzuschalten, um solche Vorgänge unparteilich, unabhängig und mit der sich aus dem notariellen Berufsrecht ergebenden Sicherheit zu erledigen. Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung gibt es dafür noch nicht. Die herkömmliche, ausführlich geregelte papiergebundene Vorgehensweise des Notars unterscheidet sich davon jedoch so stark, daß die unkörperliche Verwahrung im Rahmen seiner Amtsgeschäfte ohne ausdrückliche Regelung nicht zuletzt wegen der Gefahr unterschiedlicher Handhabung der vom Notar zu beobachtenden Sicherheitsvorkehrungen derzeit nicht opportun erscheint. Mit Rücksicht auf die Umstellung der Grundbücher und sonstigen öffentlichen Register auf vollelektronische Führung werden aber bald Erfahrungen darüber vorliegen, welche technischen Mittel eine ausreichende Datensicherheit gewährleisten. Der dort verbindlich vorgeschriebene Einsatz von Techniken mit ausreichender Sicherheit, auch der digitalen Signatur, könnte bei der unkörperlichen Verwahrung die erforderlichen Maßstäbe setzen. Die Bundesnotarkammer führt dazu gegenwärtig ein Projekt durch, das Antworten auf die Frage nach den technischen Erfordernissen in Analogie zu den Sicherheitsanforderungen bei der vollelektronischen Grundbuchführung geben soll⁵⁴. Entsprechende Rechtsgrundlagen könnten das Ergebnis der Untersuchung sein.

6. Ein künftiges Einsatzgebiet von besonderer Bedeutung könnten sog. korporative Signaturen sein. Vor allem für größere Unternehmen stellt sich das bereits kurz gestreifte Problem, firmeninterne Autorisierungsvorgänge, die zu externen elektronischen Erklärungen führen sollen, transparent zu machen. Risiken solcher Erklärungen bestehen aus Sicht der Geschäftspartner des Unternehmens, da fraglich ist, wie sich das Unternehmen im Streitfall bei zweifelhafter Autorisierung verhalten wird: Die Zurückverfolgung elektronisch übermittelter Erklärungen auf eine bestimmte Person kann selbst bei Verwendung digitaler Signaturesysteme als äußerst problematisch gelten, da jeder Unbefugte, der über die erforderlichen Kenntnisse bezüglich des Zugangs zum System verfügt, echte digitale Signaturen erzeugen kann. Ein Gegenbeweis läßt sich im Ernstfall nicht führen. Umgekehrt besteht auch für das Unternehmen ein

Bedürfnis, die firmeninterne Berechtigung so zu fixieren, daß etwa arbeitsrechtliche Regreßansprüche wegen mißbräuchlicher Verwendung elektronischer Einrichtungen ausgeschlossen sind. Diesem Bedürfnis kann die korporative Signatur entsprechen. Der Verzicht auf die personenbezogene Unterschrift als Autorisierungsmerkmal im papiergebundenen Verkehr wird kompensiert durch die Offenlegung des Verfahrens zur Erzeugung elektronischer Unterschriften. Dabei obliegt es dem betroffenen Unternehmen, Autorisierungshierarchie und -prozeß firmenintern verbindlich festzulegen. Über diese Vorgänge, einschließlich dazugehöriger Organisations- und Vollzugsmaßnahmen (Aushändigung von PIN-Nummern, Chipkarten etc.), kann der Notar ein Protokoll errichten, das sämtliche wesentlichen Merkmale enthält. Bei Einbeziehung einer solchen Urkunde können Einwände, wie beispielsweise Unzuständigkeit, mangelnde Vertretungsmacht etc. im Fall der elektronischen Kommunikation gegenüber Geschäftspartnern ausgeschlossen werden. Unternehmensintern sind dann alle wesentlichen Vorgänge verbindlich festgelegt, so daß auch den Mitarbeitern Rechtssicherheit geboten ist. Die Verbindung derartiger Regelwerke mit EDI-Verträgen schafft eine umfassende Rechtsgrundlage elektronischer Vertragsbeziehungen, die den Beteiligten kompetenten juristischen Bestand bereits im Vorfeld und eine Art Gütezeichen im Verkehr untereinander bietet.

Der Hauptnachteil elektronischer Dokumente im Prozeß, daß sie als Augenscheinsobjekte der freien Beweiswürdigung des jeweils zuständigen Richters unterliegen⁵⁵, kann so vermieden werden. Urkunden, insbesondere notarielle Urkunden sind demgegenüber privilegiert. Sie unterliegen zum einen festen Beweisregeln, die kraft Gesetzes von einem hohen Beweiswert ausgehen, und erfordern zum anderen nicht grundsätzlich die Einschaltung von Gutachtern, die im elektronischen Bereich meist unumgänglich ist und nicht unerhebliche Kosten verursacht.

7. Der Notar muß selbstverständlich seine Tätigkeitsfelder umfassend kombinieren können und kommt damit grundsätzlich als Träger jedenfalls einiger **Trustcenterfunktionen** in Betracht. So könnte der Notar insbesondere die von ihm beglaubigten oder beurkundeten Erklärungen archivieren, verwalten, im Auftrag der Beteiligten verwenden, sie gegebenenfalls auch elektronisch übermitteln, sich um die Erzeugung und Aushändigung von Schlüsseln, Chipkarten und ähnliches kümmern, solche Vorgänge geeignet dokumentieren und erforderlichenfalls bezeugen. Alternativ und kumulativ ist die Einschaltung des Notars als Sende- und Empfangsstation bzw. als Bevollmächtigter — im Einzelfall oder regelmäßig — bei ausreichender technischer Sicherheit möglich.

V. Legislativer Handlungsbedarf

1. Man könnte sich nach all dem Vorhergesagten zurücklehnen und optimistisch bekräftigen, daß Technologien auf dem Markt sind, mit denen bestimmten Risiken des elektronischen Rechtsverkehrs in gewissem Umfang begegnet werden kann und im übrigen darauf vertrauen, daß die Kräfte des Markts und — wo diese versagen — die Rechtsprechung das Ihre zur Problemlösung beitragen werden. Dagegen sprechen allerdings einige gewichtige Gründe:

⁵³ *Sheffield/Leeven*, CR 1995, 306; zur Frage der Konkursfestigkeit der Softwarehinterlegung bei einem Dritten *Paulus*, CR 1994 83 ff.

⁵⁴ Vgl. Fn. 26.

⁵⁵ *Bergmann/Streitz*, a. a. O., 78.

a) Der mit dem Schritt zur Elektronik vollzogene Eingriff in unser Rechtssystem liegt nicht in der rechtlichen Dogmatik. Die Qualität des BGB hat sich nicht zuletzt darin erwiesen, daß sich mit seiner Rechtsgeschäftslehre bisher alle elektronischen Vorgänge haben erklären lassen⁵⁶. Auch die ZPO hatte keine Mühe, elektronische Dokumente unter die Regeln des Augenscheinbeweises einzuordnen⁵⁷. Die Schwierigkeit liegt vielmehr darin, daß aufgrund der Verschiebung von Risikopotentialen manche mit herkömmlichen Mitteln gefundene Lösungen nicht mehr befriedigen: In vielen Bereichen ist der elektronische Rechtsverkehr ein Muß geworden⁵⁸. In anderen Fällen ist er aus wirtschaftlichen Gründen vorzugswürdig⁵⁹ oder er hat für die Beteiligten sonstige Vorteile. Nimmt man daran teil, steht in der Regel bereits im Vorhinein fest, daß der Streit nach der Beweislast entschieden werden wird. Zwei Gerichtsurteile zu behaupteten fehlerhaften Geldautomatenauszahlungen haben dies anschaulich gezeigt. Im ersten Fall ist es der Klägerin nicht gelungen, nachzuweisen, daß der abgehobene Betrag zwar ihrem Konto belastet, ein Teil des Geldes aber nicht herausgegeben worden sei⁶⁰. Im anderen Fall soll die ausgezahlte Summe einen gefälschten Geldschein enthalten haben⁶¹. Beide Kläger scheiterten mangels Beweisen für ihr Vorbringen, da die beklagten Geldinstitute substantiiert bestritten haben. Die Frage nach dem legislativen Handlungsbedarf stellt sich also im Hinblick auf grundsätzliche zivilrechtliche Interessen- und Beweislastverschiebungen. Für Grundsatzentscheidungen ist aber nach dem Gewaltenteilungsgrundsatz der Gesetzgeber und nicht die Rechtsprechung zuständig.

b) Der legislative Handlungsbedarf ist auch vom rechtspolitischen Standpunkt aus zu bejahen. So sind zwar technische Verfahren auf dem Markt, die einiges zur Verbesserung der rechtlichen wie der technischen Sicherheit des elektronischen Rechtsverkehrs leisten könnten. Es besteht aber kein Anreiz, sie einzusetzen, weil der damit zu erzielende rechtliche Erfolg gegenwärtig aus Sicht der potentiellen Anwender in keinem Verhältnis zu den Investitionskosten steht. Solange digital signierte Erklärungen zivilrechtlich ebenso wie mündliche keiner Form genügen, und solange ihr Beweiswert im Gerichtsverfahren freier Beweiswürdigung unterliegt, hält sich der rechtliche Nutzen ihres Einsatzes trotz ihrer Leistungsfähigkeit aus Sicht der Beteiligten in Grenzen.

⁵⁶ Malzer/Fritzsche, a. a. O., 5; Mellulis, a. a. O., 114, der daraus auf nichtbestehenden Handlungsbedarf schließt.

⁵⁷ Vgl. Fn. 55.

⁵⁸ Die Einschätzung der Banken, daß eine Bank grundsätzlich nicht gezwungen werden könne, bestimmten Personen ein Girokonto zu eröffnen, ist deshalb heftig kritisiert worden, weil kein Girokonto zu haben gleichbedeutend mit sozialer Ausgrenzung geworden sei.

⁵⁹ „Gebühren“ für Barauszahlungen werden von Banken seit dem BGH-Urteil vom 30. 11. 1993 i. a. nicht mehr erhoben, vgl. BGH JZ 1994, 474 mit Urteilsbesprechung Reifner, JZ 1994, 454; Beispiele für funktionierenden elektronischen Rechtsverkehr mit erheblichen Einsparungen sind etwa die EDI-Systeme der Banken untereinander (SWIFT), im Bereich der gewerblichen Wirtschaft (ODETTE etc.) und der freien Berufe (DATEV).

⁶⁰ So der Sachverhalt im Urteil des AG Burgdorf vom 25. 10. 1993, 3 C 532/93; WM 93, 2122.

⁶¹ AG Frankfurt a. M., Urt. v. 30. 3. 1994, WM 1994, 1879.

Man sollte im Auge behalten, daß die Konsequenzen bei unrichtig übermittelten Erklärungen und bei Manipulationen gewöhnlich den Absender treffen. Bei vielen Erscheinungsformen des elektronischen Rechtsverkehrs, wie dem Teleshopping oder dem Electronic Banking ist das der Verbraucher. Der wirtschaftliche Nutzen der Technik wird in diesen Fällen jedoch vorwiegend vom Empfänger erzielt.

c) Manches spricht auch unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten dafür, die Entwicklung sicherer Standards für den elektronischen Rechtsverkehr rechtlich zu fördern. Die Einführung digitaler Signaturverfahren ist in anderen Ländern, insbesondere in Nordamerika, in vollem Gang und wird auch von der Europäischen Union gefördert⁶². Ihre Befürworter verweisen daher gerne auf die Wettbewerbsnachteile, die der deutschen Wirtschaft entstehen würden, wenn sie daran nicht teilhaben könnte.

2. Verschiedene Initiativen wurden daher bereits auf mehreren Ebenen ergriffen:

a) Die Europäische Kommission hat die Brisanz des elektronischen Rechtsverkehrs für den Verbraucherschutz erkannt und einen **Richtlinienvorschlag**⁶³ über den **Abschluß von Verträgen im Fernabsatz** unterbreitet, mit dem mißbräuchliche Praktiken modernen Marketings unter Verwendung von Telekommunikationsmedien verhindert werden sollen. Der Richtlinienentwurf zählt diejenigen Medien, auf die der Text Anwendung finden soll, im einzelnen auf und schreibt sodann die Regeln fest, die beim Vertragsabschluß beachtet werden müssen. So sollen Veräußerer beispielsweise dem Erwerber spätestens mit Zusendung der Ware einen schriftlichen Prospekt übermitteln, aus dem der Erwerber die wesentlichen Angaben über die bestellte Ware entnehmen kann. Erst bei Erhalt des Prospekts soll der Vertrag wirksam werden. Die Rechte der Verbraucher, insbesondere Möglichkeiten, sich bei Verstößen durch Widerruf vom Vertrag zu lösen, legt die Richtlinie im einzelnen fest.

Notariell beurkundete Verträge wurden vom Widerrufsrecht ausdrücklich ausgenommen. Damit wurde klargestellt, daß notarielle Verträge, auch wenn sie in Form von getrennt beurkundeter Angebots- und Annahmeerklärung zustande kommen, den mit der Richtlinie verfolgten Schutzzweck bereits durch die Beurkundung erreichen: Die notarielle Beratung und Belehrung macht ein zusätzliches Widerrufsrecht des Verbrauchers entbehrlich.

3. Auf nationaler Ebene beschränkt sich der legislative Handlungsbedarf nicht auf die künftige Umsetzung der Richtlinie. Vielmehr benötigt der elektronische Rechtsverkehr die von den Beteiligten bisher vermißten **adäquaten Rahmenbedingungen**^{63a}.

⁶² Im Rahmen des TEDIS-Programms organisierte die EU bereits in der Vergangenheit zahlreiche Projekte, die den Einsatz digitaler Signaturen z. B. in den Bereichen Handel, Industrie, Verwaltung und Gesundheitswesen zum Gegenstand hatten. Die Projektberichte sind bei der für das TEDIS-Programm zuständigen Generaldirektion XIII der Europäischen Kommission erhältlich.

⁶³ Kom(92) 11; Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften C 308/18 v. 15. 11. 1993.

^{63a} Die Bundesnotarkammer hat einem Entwurfsvorschlag für ein Gesetz über den elektronischen Rechtsverkehr vorgelegt und am 3. 6. 1995 auf dem XXI. Internationalen Kongreß des Lateinischen Notariats in Berlin der interessierten Fachöffentlichkeit vorgestellt.

Dazu gehört zunächst eine angemessene Einordnung solcher elektronischer Erklärungen in die Formvorschriften des Zivilrechts, die aufgrund geeigneter technischer Verfahren gegen spurenlose Manipulierbarkeit geschützt sind und Rückschlüsse auf die Person des Ausstellers zulassen. Dazu ist in geeigneter Weise abstrakt und unabhängig von Firmen- und Produktbezeichnungen zu definieren, welche technischen Anforderungen an eine solche elektronische Form zu stellen sind. Außerdem ist darauf zu achten, daß die qualifizierte rechtliche Beratung und Unterstützung der Teilnehmer am Beginn des elektronischen Rechtsverkehrs sichergestellt ist. Unter diesen Umständen wäre daran zu denken, die Zurechnung elektronischer Willenserklärungen verstärkt mit der Inhaberschaft von Chipkarte und Schlüssel zu verknüpfen.

Einer elektronischen Form als frei zu wählender Alternative würde sicherlich ebenso wie der gewillkürten Schriftform die überwiegende Bedeutung zukommen, macht letztere doch angeblich die überwiegende Mehrzahl der schriftlichen Vorgänge des täglichen Geschäftslebens aus. Ob und inwieweit eine elektronische Form die Schriftform im obligatorischen Bereich ersetzen kann, mag angesichts der teils besseren, teils schlechteren, jedenfalls aber unterschiedlichen Funktionalität der elektronischen Erklärung noch Gegenstand genauer Untersuchungen sein.

Adäquate Risikozurechnungsnormen für Übermittlung und Zugang im BGB und eine den Möglichkeiten der elektronischen Erklärung entsprechende Berücksichtigung des Beweiswerts in der ZPO würden das zivilrechtliche und zivilprozeßrechtliche Grundgerüst bilden.

Darüber hinaus setzt die digitale Signatur, wie zuvor dargestellt, bestimmten technischen und rechtlichen Support durch einen vertrauenswürdigen Dritten voraus, bei dem es nicht nur auf den exakten Umgang mit Daten, die vertrauenswürdige Verwaltung von Schlüsseln und die zuverlässige Zertifizierung ankommt, sondern es ist auch zu bedenken, daß Fälle von Betriebsaufgabe und Insolvenz des Dienstleisters möglichst nicht vorkommen sollten und — falls es wirklich passiert — eine Regelung unabdingbar ist, was mit den gespeicherten Daten geschehen soll, die die Beteiligten ja weiterhin zur Nachprüfung elektronischer Signaturen als Bestandteil der elektronischen Form benötigen. Die Erbringung derartiger Serviceleistungen durch ein Unternehmen müßte also von der ausreichenden Qualifikation des Betreibers bzw. seiner Organe abhängig gemacht werden und auch eine ausreichende Kapitalausstattung sowie Folgeregelungen für den Fall der Betriebsbeendigung vorsehen.

4. Die Europäische Union fördert außerhalb legislativer Überlegungen schon seit einigen Jahren mit Rücksicht auf die Bedeutung der allgemeinen Rahmenbedingungen für den elektronischen Rechtsverkehr gezielt **Projekte**⁶⁴, die Möglichkeiten und Auswirkungen des Technikeinsatzes untersuchen. Nicht selten schließen die erstellten Studien mit praktischen Vorschlägen. Daraus sollen zwei Beispiele vorgestellt werden, die beide die außerordentliche mögliche Tragweite solcher Projekte zeigen können.

a) Das Projekt eines europäischen **Unternehmensregisters** wurde zunächst nur unter dem Gesichtspunkt seiner technischen Machbarkeit untersucht. Dabei wurde festgestellt,

daß in vielen Ländern der Europäischen Union bereits elektronische Datenbestände vorhanden sind und eine Vernetzung dieser Einrichtungen technisch möglich wäre. Dadurch könnte z. B. der deutsche Notar über seinen künftigen On-line-Anschluß zum Handelsregister Zugang zum Zentralrechner des englischen House of Companies erhalten und dort die Daten abrufen, die er zur Beurkundung eines Grundstückskaufvertrages unter Beteiligung einer englischen Firma benötigt. Durch die Verwendung digitaler Signaturverfahren und sonstiger geeigneter Technik, über die im einzelnen im praktischen Anwendungsfall zu diskutieren sein würde — so das Ergebnis der Projektgruppe —, können Manipulationen und Verfälschungen Unbefugter bei der Übermittlung weitgehend ausgeschlossen werden. Den sehr unterschiedlichen Rechtsvorschriften in den Mitgliedsstaaten der Union über die Auskunft aus öffentlichen Registern soll dadurch Rechnung getragen werden, daß Abfragen einen „doppelten Filter“ durchlaufen. Das bedeutet, daß der Abfrager nur das erfährt, was er bei einer Abfrage sowohl im eigenen als auch im anderen Land erfahren würde.

Gegenwärtig besteht Gelegenheit, aus Benutzersicht mit der Projektgruppe in Kontakt zu treten⁶⁵, um zur Formulierung der Anforderungen der interessierten Kreise an ein europäisches Unternehmensregister beizutragen. Auf welches Interesse das Projekt aus deutscher Sicht stoßen wird, dürfte jedoch nicht zuletzt davon abhängen, welcher rechtliche Wert den daraus abzuleitenden Informationen zukommt.

b) In einem weiteren Projekt untersucht die Europäische Kommission die Frage, inwieweit eine elektronische **Darstellung von Wertpapieren** möglich ist. Die Bedeutung des Projekts für die Wirtschaft liegt etwa im Seehandelsverkehr auf der Hand, wo bislang die Versendung der Konnossemente oft einen der Transportdauer für die Ware vergleichbaren Zeitaufwand beansprucht. Bei elektronischer Übertragung würden sich die Umschlagsmöglichkeiten vervielfältigen.

Ergebnis der rechtlichen Vorprüfung innerhalb der Projektgruppe war, daß ein Wertpapier seine spezifischen Eigenschaften durch die jeweilige Rechtsordnung erhält, die allerdings in wichtigen Fällen — etwa im Wechsel- oder im Scheckrecht — ihre Vorgaben aus internationalen Konventionen bezieht. Entsprechend einheitlich müssen Wertpapiere EU-weit der Schriftform genügen. Europa-, und wahrscheinlich sogar weltweit können die Beteiligten also derzeit keine elektronischen Wertpapiere schaffen, denn das Produkt ihrer Bemühungen wäre eben kein Wertpapier, da es schon das Kriterium der Schriftform nicht erfüllt. Der Weg, der auch zur Entwicklung unserer heutigen Wertpapiere geführt hat, erscheint jedoch für die Praxis gangbar: Den Beteiligten steht es frei, umfassende vertragliche Rechtsverhältnisse für den elektronischen Verkehr zu schaffen, innerhalb deren sie sich wie die Beteiligten am Wertpapierrechtsverhältnis behandeln lassen. Durch die Kombination geeigneter Rahmenvereinbarungen mit vertraglichen Regelungen zugunsten Dritter könnten so Rechtsverhältnisse entstehen, die wertpapierähnliche Verpflichtungen ermöglichen und den Handelsbräuchen nahe kommen, die am Beginn der Entwicklung zu den heutigen Wertpapieren

⁶⁴ Vgl. Fn. 63.

⁶⁵ Das Projekt läuft unter der Bezeichnung „ebridge“ im Rahmen des Programms Infosec der EU.

standen. Das Projekt hat mit der beispielhaften Demonstration eines „elektronischen Schecks“ abgeschlossen⁶⁶ und will damit den Rechtsverkehr ermutigen, Praktiken zu entwickeln, die später die Grundlage zu nationaler Gesetzgebung und internationaler Vereinheitlichung legen können. Der elektronische Scheck soll durch die Verwendung moderner Prozessorchipkarten und den Einsatz digitaler Signaturverfahren abgesichert werden. Auch hier wird also der vertrauenswürdige Dritte gefragt sein.

⁶⁶ Der Abschlußbericht des unter der Bezeichnung „Mandate“ laufenden Projekts liegt vor. Der „elektronische Scheck“ wurde bereits beim Forum Elektronischer Rechtsverkehr am 3. 6. 1995 auf dem XXI. Internationalen Kongreß des Lateinischen Notariats in Berlin demonstriert.

VI. Schlußbemerkungen

Am Ende eines Rundblicks auf die Perspektiven des elektronischen Rechtsverkehrs in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft läßt sich als Ergebnis festhalten, daß der elektronische Rechtsverkehr längst Teil unserer Rechtswirklichkeit ist, und daß es weder möglich noch wünschenswert wäre, ihn zu verhindern. Da wir in vielen Bereichen auf ihn angewiesen sind und seine Vorteile schätzen, ist er im Gegenteil zu fördern, und so zu gestalten, daß möglichst niemand durch ihn zu Schaden kommt.

Die kritische Betrachtungsweise des eingangs erwähnten chinesischen Mandarins Kao-Tai könnte uns dabei helfen, das bereits Vorhandene immer wieder zu durchdenken, daraus zutreffende Folgerungen für die Zukunft abzuleiten und den elektronischen Rechtsverkehr dann in so geringem Umfang wie möglich, aber so weit wie erforderlich zu regeln. Gelingt dies, werden ähnlich wie bei der Einführung der Schriftform und des Urkundsbeweises, manche Rechtsunsicherheiten beseitigt und neue Möglichkeiten geschaffen werden. Sicher ist, daß die Probleme des elektronischen Rechtsverkehrs nicht so zu lösen sein werden, wie Kao-Tai sich aus seiner Situation befreit hat: durch Rückkehr in das 10. Jahrhundert.

Demharter, Johann: Grundbuchordnung, 20. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1995, DM 128,—

Der Kommentar zur Grundbuchordnung von *Demharter* liegt nun in der 21. Auflage vor. Die neue Auflage bringt den Kommentar auf den Stand vom 15. 10. 1994. In der Neuauflage sind berücksichtigt das Registerverfahrensbeschleunigungsgesetz mit der Änderung der Grundbuchordnung, des Grundbuchbereinigungsgesetzes, des Boden-sonderungsgesetzes und die Neufassung der Grundstücksverkehrsverordnung sowie Änderungen der Artikel 231, 233 und 234 EGBGB, berücksichtigt sind weiter das Sachenrechtsänderungsgesetz vom 21. 9. 1994, sowie die Hypothekenablöseverordnung vom 10. 6. 1994 und die Grundbuchvorrangverordnung vom 3. 10. 1994. Dabei wurde nicht nur der Wortlaut der neuen Bestimmungen aufgenommen. Begrüßenswerterweise erfolgte auch bereits eine erste Kommentierung.

Der Kommentar war schon bisher vorzüglich und unentbehrlich und wird es auch in dieser Auflage bleiben, Schrifttum und Rechtsprechung sind umfassend berück-

sichtigt, auch voneinander abweichende Meinungen. Soweit keine Rechtsprechung vorliegt, wird mit eigener Meinung Stellung genommen. Allerdings muß dieses Bestreben bei dem Bemühen, ein Kurzkomentar zu bleiben, an Grenzen stoßen. Es ist beispielsweise bedauerlich, daß bei der Frage, wieweit ein zum Wohnungseigentum gehörendes Sonder-nutzungsrecht mit einer Dienstbarkeit belastet werden kann, die Rechtsprechung zwar vollständig dargestellt wird, die ganz erheblichen Einwände und Bedenken von *Amann* in DNotZ 1990, 496 als solche nicht dargestellt werden (Anhang zu § 3, Rdnr. 49). Bei der Kommentierung der möglichen Beschränkung der Rechtsausübung auf einen Teil des Grundstückes in § 7 Rdnr. 21 fehlt die Stellungnahme zum Nießbrauch. Ebenso wird bei § 17 im Fall der Nichtbeachtung zwar die Rechtsprechung aufgeführt, jedoch fehlt eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob und wieweit diese Bestimmung auf dingliche Anwartschaftsrechte einwirken kann. Diese unvollständigen Anmerkungen sollen jedoch den Wert des Kommentars nicht schmälern. Er ist und bleibt der „Palandt“ des Grundbuchrechtes.

Dr. Hans Herrmann, Notar in Memmingen

Dr. Sebastian Spiegelberger, Vermögensnachfolge. Vorweggenommene Erbfolge, Erbauseinandersetzung und Unternehmer testament — Gestaltung nach Zivil- und Steuerrecht —, Verlag C. H. Beck, 1994, 341 S., DM 128,—

Demjenigen, der es unternimmt, eine zusammenhängende Darstellung der zivil- und steuerrechtlichen Folgen des Übergangs von Vermögen (einer Einzel- oder Gesamtvermögensnachfolge) zu geben, kann man gewiß besonderen Mut nicht absprechen. Gilt es doch bei diesem Unterfangen aus beiden großen Rechtsgebieten eine Fülle von Informationen und jeweils voneinander abhängigen Fakten zusammenzutragen, zu verarbeiten und in einen vernünftigen sachlichen Zusammenhang zu bringen. *Spiegelberger* hat sich in seinem in dieser Art einzigartigen Werk in respektabler Weise dieser großen Mühe unterzogen. Das Ergebnis ist ein auf den Praktiker zugeschnittenes Buch, in dem die bei einer Vermögensnachfolge wesentlichsten und in der Praxis am häufigsten anzutreffenden Fallgestaltungen in zivil- und steuerrechtlicher Hinsicht behandelt werden.

Das Werk enthält drei in sich geschlossene Abschnitte. Der erste, vom Umfang her weitaus größte Teil befaßt sich mit dem Rechtskreis der vorweggenommenen Erbfolge, also mit der Übertragung von Vermögen durch Vertrag zu Lebzeiten des Erblassers, während im zweiten Teil der Vermögensübergang im Erbfall (durch Gesamtrechtsnachfolge nach § 1922 BGB, Vermächtnis usw.) sowie — bei einer Mehrheit von Erben — die Erbauseinandersetzung behandelt werden. Im dritten größeren Abschnitt gibt der Verfasser schließlich Gestaltungsempfehlungen für die Abfassung von Unternehmer testamenten.

Im ersten Teil unterscheidet der Verfasser — was sich wegen der unterschiedlichen steuerrechtlichen Folgen anbietet — zwischen der Übertragung von Privatvermögen einerseits und Betriebsvermögen andererseits und gliedert seine Ausführungen entsprechend. Bei der Übertragung von Privatvermögen spielt die Übertragung von Grundstücken eine entscheidende Rolle. Hier werden die aus steuerrechtlichen Gründen besonders bedeutsamen Fälle des Vorbehaltsnießbrauchs, der Überlassung eines vom Übergeber selbst genutzten Wohngebäudes unter Vereinbarung einer dauernden Last, einer Leib- oder Unterhaltsrente sowie die besondere Problematik der § 10 e-EStG-Objekte ausführlich behandelt. Schließlich werden auch Möglichkeiten von — aus steuerrechtlichen Gründen notwendigen — Ausweichgestaltungen sowie gesellschaftsrechtliche Gestaltungen (Familiengrundstücks-GbR) und die Bildung von Sondervermögen (Stiftung) besprochen.

Auch bei der Darstellung der Übertragung von Betriebsvermögen wird die große Spannweite dieses Buches deutlich. Neben der Betriebsübertragung werden so wichtige Gestaltungen wie der Nießbrauch oder das Dauernutzungsrecht an Einzelunternehmen oder Betriebsvermögen behandelt. Eigene Kapitel sind zudem der Hofübergabe, dem Erb- und Pflichtteilsverzicht zur Sicherung der Unternehmensnachfolge, den Gesellschaftsanteils-Übertragungen sowie der Errichtung einer Familien-Kommanditgesellschaft gewidmet.

Während die vom Verfasser gewählte Detailgliederung zunächst ein wenig verwirrt, ist die Darstellung innerhalb der angesprochenen Fallgruppen sehr gelungen. Unter der Rubrik „Gestaltungsgrundsätze“ bzw. „Gestaltungsvorgabe“ führt der Verfasser zunächst in die besondere Problematik und die Interessenlagen der Vertragsschließenden

Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 516, 528 (Feststellung der Voraussetzungen einer Schenkung im Rahmen vorweggenommener Erbfolge)

Allein dem Hinweis in einem Übergabevertrag zwischen Eltern und ihrem Kind darauf, daß das Hausgrundstück „in Vorwegnahme der Erbfolge“ übergeben werde, läßt sich noch nicht die Unentgeltlichkeit der Übergabe entnehmen.

BGH, Urteil vom 1. 2. 1995 — IV ZR 36/94 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH a. D.

Aus dem Tatbestand:

Die klagende Stadt nimmt den Beklagten aus übergeleitetem Recht auf Rückerstattung eines Geschenks wegen Verarmung der Schenker in Anspruch.

Die Eltern des Beklagten schlossen am 28. 6. 1983 mit ihm einen notariellen Vertrag, der als Übergabevertrag bezeichnet wurde. Darin heißt es nach Beschreibung des den Eltern je zur Hälfte gehörenden Hausgrundstücks:

Die Eheleute B. übergeben das vorgenannte Hausgrundstück ihrem einzigen Sohn D. B. in Vorwegnahme der Erbfolge. Dieser nimmt die Zuwendung unter nachfolgenden Bestimmungen an.

Im folgenden räumte der Beklagte seinen Eltern den unentgeltlichen, unbeschränkten und lebenslangen Nießbrauch an dem übergebenen Grundstück ein. Der Besitz, die Nutzungen und die öffentlichen Lasten und Abgaben sollten vorbehaltlich des Nießbrauchs sofort auf den Erwerber übergehen. Abschließend gaben die Beteiligten die für den Vollzug des Vertrages im Grundbuch erforderlichen Erklärungen ab, insbesondere die Auflassung.

Als die Eltern im Jahre 1989 in ein Altersheim übersiedelten, löste der Beklagte das Nießbrauchsrecht für die Folgezeit durch Zahlung ab. Seit dem 1. 8. 1990 waren die Eltern auf Sozialhilfe angewiesen, die von der Klägerin geleistet wurde. Sie leitete am 25. 9. 1990 Ansprüche der Eltern gegen den Beklagten aus § 528 BGB auf sich über. Der Vater starb am 1. 10. 1990. Die Klägerin fordert von dem Beklagten Zahlung in Höhe ihrer bis Ende 1992 auf 64.961,14 DM angewachsenen Leistungen nebst Zinsen. Sie hält den Übergabevertrag für eine Schenkung.

Der Beklagte meint dagegen, er habe das Grundstück als Lohn für die von ihm bis zum Tag der Übergabe geleisteten und nach der Übergabe fortzusetzenden Dienste erhalten. Hierzu trägt er vor, seine Mutter leide unter der Parkinsonschen Krankheit und sei schon seit 1972/1973 pflegebedürftig gewesen. Seither habe er die Einkäufe für seine Eltern sowie die Instandhaltung des Hauses und des Gartens übernommen. Sein Vater sei nach einer Operation im Jahre 1976 bettlägerig gewesen. In dieser Zeit habe er die Eltern zweimal täglich vor und nach seiner Arbeit sowie zum Teil ganztägig am Wochenende besucht und den Vater gewaschen. Nach vorübergehender Besserung im Jahre 1978 sei es dem Vater infolge einer Diabetes im Jahre 1980 wieder schlechter gegangen. Beide Eltern hätten damals schon unter geistigen Ausfallerscheinungen gelitten. Der Beklagte habe nun auch für den Vater gekocht, wenn die Mutter im Krankenhaus war. Er habe ferner geputzt und die Wäsche gewaschen. Ab 1982 sei eine Putzfrau eingestellt worden, deren Lohn aber im wesentlichen von ihm bezahlt worden sei. Der Zustand der Eltern habe sich weiter verschlechtert. Ab 1987 bis zur Übersiedlung der Eltern ins Altersheim habe er des öfteren bei ihnen übernachtet müssen, da seine Mutter nachts orientierungslos durchs Haus gelaufen sei.

Das Landgericht hat der Klage nach Einholung eines Sachverständigengutachtens über den Grundstückswert in vollem Umfang

stattgegeben, da die Leistungen des Beklagten bei weitem nicht den Wert der Hälfte des Grundstücks erreichten. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Mit seiner Revision erstrebt er die Abweisung der Klage.

Das Rechtsmittel führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Aus den Gründen:

Die aus der Verwendung des Begriffs der vorweggenommenen Erbfolge im Vertragstext gezogenen Folgerungen sind rechtsfehlerhaft, wie die Revision mit Recht rügt. Schon deshalb kann das Berufungsurteil nicht bestehenbleiben.

a) Unter einer Vorwegnahme der Erbfolge versteht man die Übertragung des Vermögens (oder eines wesentlichen Teiles davon) durch den (künftigen) Erblasser auf einen oder mehrere als Erben in Aussicht genommene Empfänger; sie richtet sich im Grundsatz nicht nach Erbrecht, sondern muß sich der Rechtsgeschäfte unter Lebenden bedienen. In diesem Rahmen bestehen für sie vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten (BGHZ 113, 310, 312 f. [= MittBayNot 1991, 111]). Ein typisches Mittel ist der Übergabevertrag. So ist auch der hier zu beurteilende Vertrag vom 28. 6. 1983 benannt worden. Übergabeverträge bestimmen häufig zusätzlich zu der Übertragung von Vermögensgegenständen des Übergebers, daß auch den Übernehmer Verpflichtungen treffen; dabei kann es sich um Abfindungszahlungen an andere Erbberechtigte, aber auch um Verpflichtungen zur Pflege des Übergebers etwa im Sinne eines Altenteils handeln (BGH NJW-RR 1990, 1283, 1284 unter II 1 [= MittBayNot 1990, 358]). Derartige Gegenleistungen aus dem Vermögen des Übernehmers sind entgeltlich. Wenn die Gegenleistung — jedenfalls in der maßgeblichen subjektiven Wertung der Parteien (BGHZ 59, 132, 135 [= DNotZ 1973, 426 = MittBayNot 1972, 303]; 82, 274, 281 [= MittBayNot 1984, 198]) — der Leistung des Übergebers äquivalent ist, liegt keine Schenkung vor. Das ändert nichts daran, daß es auch in solchen Fällen sinnvoll sein kann, als Motiv der Eigentumsübertragung die Rücksicht auf das künftige Erbrecht des Übernehmers im Übergabevertrag festzuhalten. Denn das im Wege vorweggenommener Erbfolge übernommene Vermögen wird beim Zuegwinnausgleich des Übernehmers als Anfangsvermögen im Sinne von § 1374 Abs. 2 BGB behandelt, auch wenn seine Gegenleistungen voraussichtlich den Verkehrswert des übergebenen Objekts erreichen oder gar übersteigen (BGH NJW-RR 1990, 1283, 1284, unter II 1 [= MittBayNot 1990, 358]).

b) Der bloße Hinweis im Übergabevertrag darauf, daß das Haus in Vorwegnahme der Erbfolge übergeben werde, besagt mithin nichts über die Unentgeltlichkeit (*Soergel/M. Wolf*, BGB, 12. Aufl., vor § 2274 Rdnr. 19; *Kollhossler AcP* 1994, 231, 232). Allein das im Vertragstext festgehaltene Motiv, Eigentum in vorweggenommener Erbfolge zu übergeben, entbindet den Tatrichter nicht von der Aufgabe, den Vertrag unter Berücksichtigung aller Umstände auszulegen einschließlich seiner Vorgeschichte und der Interessenlage der Beteiligten.

3. a) Da der Vertrag vom 28. 6. 1983, wie das Berufungsgericht nicht verkennt, außer dem Hinweis auf die Vorwegnahme der Erbfolge sich in seinem Wortlaut nicht zum

Rechtsgrund der Eigentumsübertragung äußert, läßt sich entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts aus der Vermutung der Vollständigkeit der Vertragsurkunde nicht entnehmen, daß der Beklagte die Entgeltlichkeit der Grundstücksübergabe zu beweisen hätte. Vielmehr ist es grundsätzlich Sache der Klägerin, die den Anspruch aus § 528 BGB geltend macht, die (volle oder teilweise) Unentgeltlichkeit der Zuwendung zu beweisen.

b) Eine Vermutung für den Schenkungscharakter von Leistungen unter nahen Verwandten kennt das Gesetz ausschließlich in den engen Grenzen der §§ 685, 1620 BGB (BGH NJW 1987, 890, 892 unter 2). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist aber demjenigen, der sich auf das Vorliegen einer gemischten Schenkung beruft, eine Beweiserleichterung in Form einer tatsächlichen Vermutung zuzubilligen, wenn zwischen Leistung und Gegenleistung ein objektives, über ein geringes Maß deutlich hinausgehendes Mißverhältnis besteht (BGHZ 82, 274, 281 f. [= MittBayNot 1984, 198]; BGH NJW 1987, 890, 892). Die Einschränkung der privatautonomen Bewertung von Leistung und Gegenleistung durch eine derartige Vermutung ist zwar nur gerechtfertigt, wo schutzwürdige Interessen Dritter berührt werden. Dies kann aber nicht nur bei der Anwendung von § 2325 BGB der Fall sein, wie die Revision unter Hinweis auf das Senatsurteil vom 26. 3. 1981 (LM BGB § 516 Nr. 14) meint. Auch im vorliegenden Fall sind durch die Überleitung des Anspruchs aus § 528 BGB auf den Träger der Sozialhilfe Interessen Dritter berührt.

Die Vorinstanzen haben aber nicht festgestellt, daß hier ein grobes Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung gegeben sei. Auch dafür ist die Klägerin beweispflichtig. Ihren Behauptungen steht das Vorbringen des Beklagten über seine Pflegeleistungen entgegen, die er jedenfalls in der Berufungsinstanz hinreichend substantiiert hat. Dabei ist zu berücksichtigen, daß vertragschließende Verwandte in diesem stark von persönlichen Beziehungen geprägten Bereich den ohnehin nur schätzbaren Wert ihrer Leistungen erfahrungsgemäß kaum je exakt kalkulieren (BGH NJW-RR 1990, 1283, 1284 [= MittBayNot 1990, 358]). Der Tatrichter wird daher nach Anhörung der Parteien und eventuell auch Erhebung geeigneter erscheinender Beweise einen bezifferten Wert auf der Grundlage von § 287 Abs. 2 ZPO ermitteln müssen.

4. Bei seiner Vertragsauslegung stützt sich das Berufungsgericht auch darauf, der beurkundende Notar müsse die Absicht der Vertragsparteien im Sinne einer Schenkung verstanden haben. Denn er habe die Erbschaftssteuerstelle des Finanzamts H., die zugleich die Schenkungssteuerstelle sei, von dem Vertrag in Kenntnis gesetzt. Dagegen wendet sich die Revision mit Recht.

Zwar können dem Verhalten des Notars Anhaltspunkte für die Vorstellungen und den Willen der Vertragsparteien zu entnehmen sein. Hier hatte der Beklagte aber in erster Instanz vorgetragen, die Verwendung des Begriffs Vorwegnahme der Erbfolge im Text des Vertrages gehe auf einen Vorschlag des beurkundenden Notars zurück, wobei er und seine Eltern diesem Begriff nur insoweit Bedeutung zugemessen hätten, als damit die Tatsache bezeichnet werde, daß der Beklagte das Grundstück eben schon zu Lebzeiten der Eltern und nicht erst nach deren Tod erhalte. Die Qualifizierung des Vertrages als Schenkung sei damit weder vom Notar noch von den Vertragsparteien beabsichtigt gewesen. Eine Vernehmung des Notars ist, soweit ersichtlich, bisher

nicht beantragt worden. Bei dieser Sachlage läßt sich allein daraus, daß die Erbschaftssteuerstelle (neben einem anderen Finanzamt) am Schluß des notariellen Vertrages u. a. als eine der Stellen bezeichnet wird, die eine Vertragsabschrift erhalten, noch nicht der Schluß ziehen, die Vertragsparteien seien sich über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung einig gewesen.

2. BGB §§ 459, 463 (Zusicherung der Ertragsfähigkeit eines Unternehmens)

Die Ertragsfähigkeit eines verkauften Unternehmens ist zugesicherte Eigenschaft i. S. v. §§ 459, 463 BGB, wenn der Verkäufer nicht nur die bisherigen, in einem nicht zu lange zurückliegenden Zeitraum erzielten Umsätze und Erträge zusammengestellt hat, sondern dem Käufer eine Ertragsvorschau hinsichtlich zukünftiger Netto-Umsatzerlöse vorlegt.

BGH, Urteil vom 8. 2. 1995 — VIII ZR 8/94 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH a. D.

Aus dem Tatbestand:

Durch schriftlichen Kaufvertrag vom 16. 10. 1990 erwarb die Klägerin von dem Beklagten die „komplette Ladeneinrichtung mit Maschinen“ der von dem Beklagten betriebenen Reinigung mit Schuh- und Schlüsseldienst in G. zu einem Kaufpreis von 120.000 DM zuzüglich Mehrwertsteuer. . . . (Wird ausgeführt.) Bereits vor Vertragsschluß hatte die Klägerin von dem durch den Beklagten eingeschalteten Makler N. eine von dem Steuerberater des Beklagten erstellte „Ertragsvorschau“ für die Jahre 1990 bis 1992 erhalten, in der Netto-Umsatzerlöse von 90.000 DM, 120.000 DM und 135.000 DM sowie Bilanzgewinne von 29.000 DM, 41.000 DM und 53.000 DM ausgewiesen waren.

In dem vorliegenden Rechtsstreit hat die Klägerin die Verurteilung des Beklagten zur Rückzahlung des Nettokaufpreises von 120.000 DM nebst Zinsen gegen Rückgabe der Ladeneinrichtung und zur Erstattung von Reparaturkosten in Höhe von weiteren 877,50 DM nebst Zinsen sowie die Feststellung begehrt, daß sich der Beklagte mit der Rücknahme der Ladeneinrichtung in Annahmeverzug befinde. Sie hat behauptet, der Beklagte habe sie über den mangelhaften Zustand der verkauften Maschinen, der eine wirtschaftliche Nutzung ausschließe, getäuscht. . . . (Wird ausgeführt.) Ferner habe der Beklagte in der Ertragsvorschau Umsätze vorgetäuscht, die mit den vorhandenen Maschinen nicht zu erwirtschaften seien. Hilfsweise hat sich die Klägerin auf Wandelung des Kaufvertrages berufen.

Das Landgericht hat der Klage nach Einholung von Sachverständigen-gutachten zum Wert der verkauften Ladeneinrichtung und zur Ertragsfähigkeit des Betriebes mit Ausnahme des Feststellungsbegehrens stattgegeben. Auf die Berufung des Beklagten hat das Berufungsgericht nach Anhörung von Zeugen die Klage auch wegen des Antrags auf Rückzahlung des Kaufpreises abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Revision der Klägerin führte zur Aufhebung und Zurückverweisung, soweit zum Nachteil der Klägerin entschieden worden ist.

Aus den Gründen:

I. 1. Das Berufungsgericht hat einen Schadensersatzanspruch der Klägerin aus § 463 BGB verneint und dazu im wesentlichen ausgeführt:

Der Kaufvertrag vom 16. 10. 1990 beziehe sich nicht nur auf die Ladeneinrichtung und die Maschinen, sondern auf das gesamte Unternehmen des Beklagten in G. Dessen Ertrags-

insbesondere darin, daß die bisher erzielten Umsätze und Erträge durch dem Unternehmen selbst nicht inwov- nende Faktoren (wie den Einsatz und das Geschick des Unternehmens oder die konjunkturelle Entwicklung) beein- flußt sein können (vgl. BGH WM 1979, 102 unter II 1). In- dessen nicht um bisherige Umsätze und Erträge, sondern um die Ertragsfähigkeit des Unternehmens als Grundlage für zukünftige Umsätze und Erträge. Diese ist ohne Ein- schränkung zusicherungsfähig (BGH WM 1977, 712 unter III 2). Insoweit kann der Verkäufer den von außen auf die Ertragsfähigkeit des Unternehmens wirkenden Einflüssen Rechnung tragen, indem er klarstellt, unter welchen Voraus- setzungen die von ihm zugesicherten Umsätze und Erträge zu erzielen sein sollen.

(d) Zu Unrecht hat das Berufungsgesicht dagegen eine Zu- sicherung der in der Ertragsvorschau genannten Umsätze und Erträge durch den Beklagten verneint. Diese Auffas- sung beruht auf einer Verkennung des Sachvortrags der Klägerin.

Das Berufungsgesicht hat aufgrund der Aussage des Zeu- gen N. festgestellt, der Beklagte habe dem Klägerin eine ausdrückliche Zusicherung, daß sie mit dem Geschäft be- stimmte Umsätze und Erträge erzielen werde, nicht geben wollen. Diese Feststellung mag ungeachtet der von der Revi- sion hiergegen erhobenen Einwendungen (zu den Voraus- setzungen einer Eigenschaftszusicherung vgl. *Paulusch*, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Kaufrecht, WM Sonderbeilage Nr. 1 1995, 42 m. w. N.) im Ergebnis durchaus richtig sein. Eine Zusicherung, die den Eintritt zukünftiger Ereignisse in Gestalt bestimmter Umsätze und Erträge als sicher hinstellt, ist — wie auch die Revision ohne weiteres einräumt — naturgemäß nicht möglich.

Um eine solche Zusicherung geht es hier indessen nicht. Die Klägerin hat selbst nicht behauptet, der Beklagte habe ihr zugesichert, daß sie bestimmte Umsätze und Erträge erzielen werde. Sie hat vielmehr geltend gemacht, der Be- klagte habe „in der Ertragsvorschau Umsätze vorgetauscht, die mit den vorhandenen Maschinen nicht zu erwirtschaften seien“. Damit hat sie behauptet, der Beklagte habe ihr — der Wahrheit zuwider — eine Ertragsfähigkeit des Unter-nehmens zugesichert, nach der die in der Ertragsvorschau genannten Umsätze erzielt werden könnten. Dazu, ob der Beklagte diese Zusicherung — ausdrücklich oder konku- dent durch Übergabe der Ertragsvorschau — gemacht hat, hat das Berufungsgesicht keine Feststellungen getroffen. Daher ist in der Revisionsinstanz von einer solchen Zusiche- rung auszugehen. Davon abgesehen könnte hierfür die Aus- sage des Zeugen N. sprechen, der Beklagte habe erklärt, in der Ertragsvorschau genannten Werten entsprechenden) Umsatz von monatlich 10.000 bis 12.000 DM erzielen könne, wenn es so betrieben werde, wie das zu jener Zeit der Fall gewesen sei; er, der Zeuge, habe das so verstanden, daß die Klägerin den Umsatz erreichen könne.

(e) Anders als das Landgericht, das hierzu Sachverständi- genurachten eingeholt hat, hat das Berufungsgesicht keine Feststellungen zu dem Zustand der vorhandenen Maschi- nen und der hierdurch zwangsläufig bedingten Ertrags- fähigkeit des verkauften Unternehmens getroffen. Daher ist in der Revisionsinstanz zu unterstellen, daß gemäß der Behauptung der Klägerin die in der Ertragsvorschau ge- nannten Umsätze mit den vorhandenen Maschinen nicht

(c) Zu Recht geht das Berufungsgesicht weiter davon aus, daß die Ertragsfähigkeit eines Unternehmens bei dessen Veräußerung Gegenstand einer Zusicherung im Sinne der §§ 459 Abs. 2, 463 BGB sein kann (so bereits BGH LM § 459 BGB Nr. 4 unter III 2; WM 1970, 132 unter II 1 a). Der Bundesgerichtshof hat zwar mehrfach entschieden, daß Angaben über die bis zum Verkauf erzielten Umsätze und Erträge grundsätzlich keine zusicherungsähnlichen Eigenschaften eines Unternehmens darstellen, wenn sie sich nicht über einen längeren, mehrjährigen Zeitraum er- strecken und deshalb keinen verlässlichen Anhalt für die Bewertung der Ertragsfähigkeit und damit des Wertes des Unternehmens geben (WM 1970, 132; WM 1977, 999 unter I 2 c; WM 1988, 1700 unter II 2; WM 1990, 1344 unter II, jeweils m. w. N.). Diese Rechtsprechung hat ihren Grund

(WM 1988, 124 unter II 1 b e m. w. N.).

entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (WM 1988, 124 unter II 1 b e m. w. N.).

mennen Unternehmenskauf ist nicht zu beanspruchen. Sie

währleistung für Sachmängel auf den von ihm angenom-

Anwendung der Vorschriften über die kaufrechtliche Ge-

b) Die — vom Berufungsgesicht nicht näher begründete —

Einwendungen.

gericht bindend. Auch die Revision erhebt insoweit keine

lichen Vertragsauslegung und ist daher für das Revisions-

ziehe, beruht auf einer zumindest möglichen färrichter-

sondern auf das gesamte Unternehmen des Beklagten be-

nicht nur auf die Ladeneinrichtung und die Maschinen,

Landgerichts, daß sich der Kaufvertrag vom 16. 10. 1990

a) Die Annahme des Berufungsgesichts wie schon des

Nachprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

2. Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen

sicherungen darstellen.

lich Schätzungen, keineswegs aber haftungsrelevante Zu-

Angaben über die zukünftigen Umsätze und Erträge ledig-

Mängel ausgeschlossen. Dieser Umstand bestätigt, daß die

Parteien die Gewährleistung für offene und verdeckte

Zustand auf die Käuferin übergehen sollten, hätten die

einbarung, daß die Kaufgegenstände in dem vorhandenen

Dem komme hier besondere Bedeutung zu. Durch die Ver-

flussenden Faktoren wie z. B. dem Zustand der Maschinen.

sondern auch von nur schwer oder gar nicht zu beein-

bes hingen nicht nur vom Einsatz des Unternehmens ab,

leben auch unüblich. Denn Umsatz und Ertrag eines Betrie-

und Erträge nicht habe geben wollen. Das sei im Geschäfts-

rin eine ausdrückliche Zusicherung bestimmter Umsätze

Angaben des Zeugen N. folge, daß der Beklagte der Kläge-

schaftsrisikos einen bestimmten Umsatz zusichern. Aus den

aber von jedem selbst abhängen. Niemand könne im Ge-

standen, daß die Klägerin den Umsatz erreichen könne, was

wie bisher betrieben werde. Er, der Zeuge, habe das so ver-

monatlich 10.000 bis 12.000 DM machen, wenn es weiter so

Geschäft könne nach seiner Erfahrung einen Umsatz von

Zeuge N. habe bekundet, daß der Beklagte erklärt habe, das

stimmter Umsätze und Erträge für die Zukunft dar. Der

scheidung gesehen habe, stelle es keine Zusicherung be-

Schnittstück eine verlässliche Grundlage für ihre Kaufent-

einschätzen zu können. Auch wenn die Klägerin in dem

Unternehmens und damit ihr eigenes finanzielles Risiko

übergebene „Ertragsvorschau“ für sie von erheblicher Be-

tragsschluß von dem Makler N. als Vertreter des Beklagten

dürfe angenommen werden, daß die der Klägerin vor Ver-

fähigkeit könne Gegenstand einer Zusicherung sein. Es

erzielt werden können. In diesem Fall fehlt dem verkauften Unternehmen die nach der Behauptung der Klägerin von dem Beklagten zugesicherte Eigenschaft mit der Folge, daß der von der Klägerin geltend gemachte Schadensersatzanspruch aus § 463 BGB begründet ist.

III. Das angefochtene Urteil kann somit keinen Bestand haben. Da es noch verschiedener tatsächlicher Feststellungen bedarf, ist die Sache nicht zur Entscheidung reif (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO). Deswegen war das angefochtene Urteil, soweit es zum Nachteil der Klägerin ergangen ist, aufzuheben und die Sache insoweit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 565 Abs. 1 ZPO).

3. BGB § 505 Abs. 2 (Wirkung der Vereinbarung von Vorfalligkeitszinsen gegenüber dem Vorkaufsberechtigten)

Mit dem Erstkäufer vereinbarte Vorfalligkeitszinsen können unabhängig davon geschuldet und erbracht werden, wann der Kaufpreis nach Ausübung des Vorkaufsrechtes (hier: der Gemeinde) fällig wird. Sie werden deshalb auch vom Vorkaufsberechtigten geschuldet; lediglich ihre Fälligkeit ist danach anzupassen, wann sie der Vorkaufsberechtigte nach Ausübung seines Rechtes frühestens erbringen kann (Abgrenzung des Senatsurteils v. 8. 10. 1982, V ZR 147/81 = NJW 1983, 682 [= DNotZ 1983, 302]).

BGH, Urteil vom 24. 2. 1995 — V ZR 244/93 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH a. D. und *Dr. Dr. Herbert Grziwotz*, Notar in Regem

Aus dem Tatbestand:

Mit notariellem Vertrag vom 5. 3. 1990 verkauften die Kläger ein Grundstück zum Preise von 2.127.000 DM. Der Kaufpreis sollte bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen am 30. 6. 1990 bezahlt werden. Ab Fälligkeit sollte der Käufer Zinsen in Höhe von 6% über dem jeweiligen Bundesbankdiskontsatz zu zahlen haben. Weiter heißt es in der notariellen Urkunde:

„Unabhängig davon ist der Kaufpreis ab 01. 07. 1990 in Höhe von 2% über dem jeweiligen Diskontsatz der Deutschen Bundesbank jährlich zu verzinsen.“

Die Käuferin hatte den Klägern außerdem Vorausleistungen auf Erschließungsbeiträge zu erstatten und entsprechend der Regelung zum Kaufpreis zu verzinsen.

Mit Bescheid vom 6. 6. 1990 übte die Beklagte ihr Vorkaufsrecht aus. Den Widerspruch der Kläger und der Käuferin wies das Landratsamt zurück. Die Käuferin nahm eine von ihr vor dem Verwaltungsgericht eingereichte Klage am 22. 4. 1991 zurück.

Mit notarieller Urkunde vom 11. 6. 1991 erklärten die Kläger die Auflassung an die Beklagte. Diese veranlaßte am 12. 6. 1991 die Überweisung des Kaufpreises in Höhe von 2.127.000 DM sowie die Zahlung von Erschließungskosten in Höhe von 369.680 DM und Zinsen von 8,5% aus beiden Summen für die Zeit vom 23. 4. bis 13. 6. 1991 (51 Zinstage à 589,48 DM).

Die Parteien streiten im wesentlichen darum, ob die Regelung, daß der Kaufpreis unabhängig von der Fälligkeit ab 1. 7. 1990 zu verzinsen sei, auch im Verhältnis zwischen ihnen gilt.

Die Revision der Kläger ist überwiegend begründet.

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, den Klägern stünden die in der Vorurkunde ab 1. 7. 1990 vereinbarten Zinsen nicht zu. Die Beklagte schulde Zinsen aus der Urkunde erst ab dem Zeitpunkt der Klagerücknahme durch die Erstkäuferin im verwaltungsgerichtlichen Verfahren. Der Vorkaufsberechtigte sei, wie der Bundesgerichtshof entschieden habe, nur an die Vertragsgestaltung des Erstvertrages gebunden, deren Erfüllung ihm möglich bleibe. Fälligkeit und damit korrespondierend die Voraussetzung der Zinszahlung könne aber erst nach wirksamer Ausübung des Vorkaufsrechtes, hier also frühestens mit Bestandskraft der Ausübungserklärung am 22. 4. 1991, eintreten. Danach sei der Beklagten noch eine kurze Zeitspanne, hier fünf Tage, zur Bewirkung der Leistung zuzubilligen.

II. Dies hält revisionsrechtlicher Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

Mit Recht wendet sich die Revision gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, aus dem Senatsurteil vom 8. 10. 1982 (NJW 1983, 682 [= DNotZ 1983, 302]) sei zu folgern, daß der Vorkaufsberechtigte vor Fälligkeit des Kaufpreises Zinsen darauf in keinem Falle schulde. In jenem Urteil hat der Senat in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung daran angeknüpft, daß der Vorkaufsberechtigte durch die Ausübung des Vorkaufsrechtes nicht in einen schon bestehenden Kaufvertrag eintritt, sondern einen selbständigen, neuen Kaufvertrag begründet, dessen Inhalt sich allerdings grundsätzlich nach den Bedingungen des Ausgangsvertrages richtet. Nach dem erwähnten Senatsurteil sind diese Bedingungen aber auf den neuen Vertrag nur derart übertragbar, daß sie sich noch (rechtzeitig) erfüllen lassen; andernfalls hätten es die Parteien des Ausgangsvertrages in der Hand, die Ausübung des Vorkaufsrechtes zu vereiteln. Der Vorkaufsberechtigte sei nur an eine solche Vertragsgestaltung gebunden, deren Erfüllung ihm bei rechtzeitiger Ausübung des Vorkaufsrechtes möglich bleibe. Sei nach dem Ausgangsvertrag der Kaufpreis schon vor Ausübung des Vorkaufsrechtes fällig, so sei die Fälligkeitsabrede in dem neuen Kaufvertrag sinnessprechend anzupassen. Fälligkeit des Kaufpreises — und damit auch Verzugs mit der Erfüllung — kann nach dieser Entscheidung immer erst nach Ausübung des Vorkaufsrechtes eintreten.

Im Unterschied dazu geht es hier um Vorfalligkeitszinsen, denn die Zinsen sollten vom 1. 7. 1990 an unabhängig davon geschuldet sein, ob dann auch schon der Kaufpreis fällig wäre. Solche Zinsleistungen stehen in keinem inneren Zusammenhang mit der Überlassung von Nutzungen, sondern werden neben dem Kaufpreis als weitere Gegenleistung geschuldet (vgl. auch Senatsurt. WM 1992, 1411 betr. Fälligkeitszinsen [= MittBayNot 1992, 327]; *Grziwotz*, NVwZ 1994, 215, 218); sie können unabhängig davon geschuldet und erbracht werden, wann der Kaufpreis fällig wird. Das erwähnte Senatsurteil vom 8. 10. 1982 ist nur insofern einschlägig, als auch die Regelung über Vorfalligkeitszinsen im neuen Kaufvertrag so angepaßt werden muß, daß diese Nebenleistung zwar in voller Höhe geschuldet, aber erst zu einem Zeitpunkt fällig wird, zu dem der Vorkaufsberechtigte sie nach Ausübung des Vorkaufsrechtes frühestens erbringen kann. Damit wird einerseits den schutzwürdigen Belangen des Vorkaufsberechtigten Rechnung getragen und andererseits vermieden, daß das im Ausgangsvertrag ver-

wirkliche wirtschaftliche Interesse des Verkäufers durch die Ausübung des Vorkaufsrechts und deren Anfechtung nachhaltig beeinträchtigt wird.

Soweit in der mündlichen Verhandlung die Beklagte aus der Einlegung eines Widerspruchs gegen den Ausübungsbescheid durch die Kläger auf mangelnde Erfüllungsbereitschaft, derentwegen Zinsen dann nicht geschuldet würden, schließen will, geht das schon im Ansatz fehl. Vor Bestandskraft des Bescheides oder Anordnung seiner vorläufigen Vollstreckbarkeit (vgl. § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO; *Schrädter*, BauGB, 5. Aufl., § 28 Rdnr. 7) bestand noch keine Leistungspflicht der Kläger gegenüber der Beklagten.

4. BGB §§ 412, 401, 426 II 1, 1192, 1173 (*Gesetzlicher Anspruch auf Abtretung der Sicherungsgrundschuld für ausgleichsberechtigten Gesamtschuldner*)

Die Grundschuldgläubigerin darf die Abtretung der Grundschuld an einen von mehreren ausgleichsberechtigten Gesamtschuldnern nicht ablehnen, wenn dieser die Tilgung des Kredits anbietet.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

BGH, Beschluß vom 31.1.1995 — XI ZR 30/94 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH a. D.

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger und seine geschiedene Ehefrau waren je zur Hälfte Miteigentümer eines Grundstücks. Sie nahmen als Gesamtschuldner bei der beklagten Sparkasse Darlehen auf und bestellten als Sicherheiten Grundschulden. Der Kläger bot die Tilgung der Kredite mit Hilfe einer Bank gegen Abtretung der Grundschulden an sich allein an. Die Beklagte war lediglich bereit, die Grundschulden an den Kläger und seine geschiedene Ehefrau gemeinschaftlich abzutreten.

Die Vorinstanzen haben die Klage auf Abtretung der Grundschulden Zug um Zug gegen Zahlung der gesicherten Forderungen, hilfsweise danach, sowie auf Feststellung des Annahmeverzuges der Beklagten abgewiesen. Nach Zwangsversteigerung des Grundstücks haben die Parteien übereinstimmend den Rechtsstreit für in der Hauptsache erledigt erklärt. Die Kosten wurden nach billigem Ermessen der Beklagten auferlegt, da sie voraussichtlich im wesentlichen unterlegen wäre.

Aus den Gründen:

1. Die Erwägungen der Vorinstanzen hätten der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht standgehalten. Das Berufungsgericht hat nicht hinreichend unterschieden zwischen dem aus der Sicherungsabrede folgenden vertraglichen Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld, der mehreren Sicherungsgebern gemeinschaftlich zusteht (§ 432 Abs. 1 BGB), und dem gesetzlichen Anspruch auf Abtretung der Sicherungsgrundschuld, den ein ausgleichsberechtigter Gesamtschuldner entsprechend §§ 412, 401 BGB i. V. mit § 426 Abs. 2 Satz 1 BGB nach Befriedigung des Gläubigers hat (vgl. BGHZ 80, 228, 232 f.; 110, 41, 43). Gegenstand des Rechtsstreits war nur der gesetzliche Anspruch.

Dieser steht einem Gesamtschuldner entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts auch dann zu, wenn er — wie der Kläger — nach Erfüllung der gesicherten Forderung zur Hälfte ausgleichsberechtigt ist und die auf Miteigentumsanteilen lastenden Grundschulden mitbestellt hat. Zwar

sind Sicherungsgesamtgrundschulden — als solche sind die genannten Belastungen zu behandeln (§§ 1192 Abs. 1, 1114, 1132 Abs. 1 BGB) — regreßlos ausgestaltet (§§ 1192 Abs. 1, 1173 Abs. 1 BGB; BGHZ 108, 179, 186). Dies gilt jedoch nur für das dingliche Recht. Soweit dem zahlenden Miteigentümer ein Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 BGB zusteht, erwirbt er bei Zahlung auf die Gesamtgrundschuld auch das auf dem Miteigentum des Ausgleichspflichtigen lastende Recht (§ 1173 Abs. 2 BGB), bei Zahlung auf die gesicherte Forderung einen Anspruch gegen den Gläubiger auf Abtretung der Gesamtgrundschuld (BGH WM 1983, 705, 707, 708). Die Ansicht des Berufungsgerichts würde zu dem nicht hinnehmbaren Ergebnis führen, daß der ausgleichsberechtigte Gesamtschuldner nach Tilgung der Gesamtschuld tatenlos zusehen müßte, wie der Ausgleichspflichtige den Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld an beide Gesamtschuldner geltend macht (§ 432 Abs. 1 BGB) und ihm damit entgegen der Zweckbestimmung des § 426 Abs. 2 Satz 1 BGB die Möglichkeit nimmt, sich aus der Grundschuld am Miteigentumsanteil des Ausgleichspflichtigen zu befriedigen.

Fehlerhaft war auch die Begründung des Berufungsgerichts, die Abtretung der Gesamtgrundschulden an den Kläger allein hätte für seine geschiedene Ehefrau unzumutbare Folgen; ihr würden ein neuer Gläubiger und eine Haftung ihres Miteigentumsanteils für ein anderes Darlehen aufgedrängt. Beides trifft ersichtlich nicht zu. Hätte der Kläger für die beabsichtigte Umschuldung allein ein Darlehen aufgenommen, so hätte seine geschiedene Ehefrau daraus nichts geschuldet. Sie hätte für diese Darlehen auch nicht mit ihrem Miteigentumsanteil haftet. Die darauf lastende Gesamtgrundschuld hätte vielmehr auch nach Abtretung an den Kläger und Weiterzession an dessen Kreditgeber nur die gem. § 426 Abs. 2 Satz 1 BGB in Höhe des Ausgleichsanspruchs auf den Kläger übergegangenen, vormals der Beklagten zustehenden Darlehensforderungen gesichert. Die Einwendungen, die die geschiedene Ehefrau des Klägers der Beklagten als Grundschuldgläubigerin entgegenzusetzen konnte, hätten ihr nach Maßgabe des § 1157 BGB auch gegenüber dem Grundschuldner zugestanden (BGHZ 103, 72, 83 [= DNotZ 1988, 492]).

Die Erwägung des Berufungsgerichts, mangels Erfüllung der gesicherten Forderungen bestehe ein Anspruch des Klägers auf Abtretung der Grundschulden an sich allein jedenfalls noch nicht, rechtfertigte nur die Abweisung des Hauptantrags der Klage. Der Hilfsantrag, die Beklagte nach Befriedigung ihrer Ansprüche zur Abtretung der Grundschulden zu verurteilen, berücksichtigte die Vorleistungspflicht des Klägers.

Nicht tragfähig war auch die Erwägung des Landgerichts, daß die geschiedene Ehefrau des Klägers die Abtretung der Gesamtgrundschulden an sich allein verlangen könne, wenn sie die gesicherten Forderungen erfülle. Dies hätte selbst dann nicht zu Schwierigkeiten führen können, wenn die geschiedene Ehefrau des Klägers die Forderungen erst nach Verurteilung der Beklagten zur Abtretung der Grundschulden an den Klägers allein abgelöst hätte. Dann hätte die Bedingung für den ausgeurteilten Abtretungsanspruch, die Erfüllung der gesicherten Forderungen durch den Kläger, nicht mehr eintreten können und die Verurteilung der Beklagten wäre praktisch bedeutungslos geworden.

5. BGB § 1191; AGBG § 3 (*Mehrere Zweckerklärungen bei Grundschuld*)

Sind für eine Grundschuld mehrere zeitlich aufeinander folgende formularmäßige Zweckerklärungen abgegeben worden, so ist bei der Prüfung unter dem Gesichtspunkt des § 3 AGBG auf die jüngste und auf den Anlaß für deren Abgabe abzustellen.

BGH, Urteil vom 28. 3. 1995 — XI ZR 151/94 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH a. D.

Aus dem Tatbestand:

Der Ehemann der Klägerin nahm am 25. 10. 1982 bei der Beklagten (Bank) ein sogenanntes ERP-Existenzgründungsdarlehen in Höhe von 90.000 DM auf. Zur Sicherung des Darlehens bestellten die Klägerin und ihr Ehemann am 26. 4. 1982 zugunsten der Beklagten eine Grundschuld in Höhe von 60.000 DM nebst Zinsen und Nebenleistung an einem Grundstück in R., das damals im hälftigen Miteigentum der Eheleute stand und seit dem Jahre 1988 im Alleineigentum der Klägerin steht.

Die Klägerin und ihr Ehemann unterzeichneten insgesamt drei von der Beklagten vorformulierte Zweckerklärungen. Die erste Zweckerklärung vom 26. 4. 1982 bestimmte, daß die Grundschuld zur Sicherung aller bestehenden und künftigen Ansprüche der Beklagten aus der Geschäftsverbindung mit der W. L. + Co. Gesellschaft für Kraftwerktechnik mit beschränkter Haftung (im folgenden: L. GmbH) dienen sollte. Die zweite Zweckerklärung vom 25. 10. 1982 legte fest, daß die Grundschuld alle bestehenden und künftigen Ansprüche der Beklagten aus der Geschäftsverbindung mit der Klägerin und ihrem Ehemann, den Eheleuten S. und mit der L. GmbH sichern sollte. Die dritte Zweckerklärung vom 27. 12. 1984 nannte als Schuldner der durch die Grundschuld zu sichernden bestehenden und künftigen Ansprüche der Beklagten die Klägerin und ihren Ehemann, die Eheleute S., die L. GmbH und die LI. Rohrleistungs-Montage GmbH.

Der Ehemann der Klägerin zahlte das ERP-Existenzgründungsdarlehen bis Mitte 1988 zurück. Die L. GmbH, bei der der Ehemann der Klägerin einer von drei Gesellschaftern und einer von drei Geschäftsführern ist, geriet inzwischen in Vermögensverfall. Die Beklagte berührt sich ihr gegenüber einer Forderung von 1.786.308,30 DM und betreibt wegen dieser Forderung die Zwangsversteigerung des Grundstücks der Klägerin.

Die Klägerin macht in der Vollstreckungsgegenklage in erster Linie geltend, die im Grundbuch eingetragene Grundschuld sei mangels dinglicher Einigung zwischen ihr und ihrem Ehemann einerseits sowie der Beklagten andererseits in Wahrheit nicht zur Entstehung gelangt. In zweiter Linie beruft sie sich darauf, daß alle drei Zweckerklärungen wegen Verstoßes gegen die §§ 3 und 9 AGBG unwirksam seien und eine Haftung für die Forderung der Beklagten gegen die L. GmbH daher nicht bestehe.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat ihr stattgegeben.

Die Revision führte zur Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat die Zwangsvollstreckung aus der Grundschuldbestellungsurkunde für unzulässig gehalten sowie einen Anspruch der Klägerin auf Löschungsbewilligung und Herausgabe des Grundschuldbriefs bejaht. Zur Begründung hat es im wesentlichen ausgeführt:

Die Beklagte habe die Grundschuld zwar wirksam erworben, weil die zum Grundschulderwerb erforderliche dingliche Einigung keiner besonderen Form bedürfe und aus dem Verhalten der Beklagten geschlossen werden müsse, daß sie mit der Klägerin und deren Ehemann über die Bestellung der Grundschuld einig gewesen sei. Die Zweck-

erklärungen seien jedoch unwirksam, soweit in ihnen die Haftung der Grundschuld auf die Verbindlichkeiten der L. GmbH erstreckt worden sei. Alle drei Zweckerklärungen seien nämlich insoweit sowohl für die Klägerin als auch für ihren Ehemann überraschend im Sinne des § 3 AGBG gewesen. Das ergebe sich daraus, daß die Zweckerklärungen über den Anlaß der Grundschuldbestellung hinausgegangen seien, daß die Klägerin und ihr Ehemann nicht auf die Erweiterung des Sicherungszwecks hingewiesen worden seien und daß eine so enge persönliche und wirtschaftliche Verbindung zu der L. GmbH, wie sie zum Ausschluß der überraschenden Wirkung der Haftungserweiterung erforderlich sei, weder für die Klägerin noch für ihren Ehemann bejaht werden könne.

II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Prüfung in entscheidenden Punkten nicht stand.

1. Die Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht einen wirksamen Erwerb der Grundschuld durch die Beklagte bejaht hat, sind allerdings frei von Rechtsfehlern. Sie werden von der Revision, weil ihr günstig, auch nicht angegriffen.

2. Es kann offenbleiben, ob das Berufungsgericht mit Recht davon ausgegangen ist, daß die Zweckerklärungen vom 26. 4. 1982 und vom 25. 10. 1982 sowohl für die Klägerin als auch für ihren Ehemann überraschend im Sinne des § 3 AGBG waren. Auch wenn nämlich beide Zweckerklärungen unwirksam gewesen sein sollten, so wäre jedenfalls davon auszugehen, daß die Zweckerklärung vom 27. 12. 1984 gegenüber der Klägerin und ihrem Ehemann wirksam war.

a) Überraschenden Charakter im Sinne des § 3 AGBG hat eine Regelung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen dann, wenn sie von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht und dieser mit ihr den Umständen nach vernünftigerweise nicht zu rechnen braucht. Die Erwartungen des Vertragspartners werden dabei von allgemeinen und individuellen Begleitumständen des Vertragsschlusses geprägt. Auf diesen Grundsätzen beruht die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Frage der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit von formularmäßigen Zweckerklärungen bei Sicherungsgrundschulden (Senat WM 1994, 1242 m. w. N. [= MittBayNot 1994, 315 = DNotZ 1994, 551] — zum Abdruck in BGHZ 126, 174 vorgesehen).

Eine formularmäßige Zweckerklärung für Grundschulden kann daher nach § 3 AGBG nur unwirksam sein, wenn und soweit sich feststellen läßt, daß sie von begründeten Erwartungen des Sicherungsgebers deutlich zu dessen Nachteil abweicht. Solche Erwartungen können durch eine bestimmte Darlehensgewährung geprägt sein, wenn zwischen der Darlehensgewährung und der Grundschuldbestellung mit Zweckerklärung ein unmittelbarer zeitlicher und sachlicher Zusammenhang besteht (Senat WM 1992, 563, 565 [= MittBayNot 1992, 258 = DNotZ 1992, 563]). Sind im Laufe der Zeit für eine Grundschuld mehrere Zweckerklärungen abgegeben worden, so muß die Frage des zeitlichen und sachlichen Zusammenhangs mit einer bestimmten Darlehensgewährung für jede Zweckerklärung gesondert geprüft werden. Der erkennende Senat hat daher in einem Urteil vom 14. 7. 1992 (WM 1992, 1648, 1649) bei einer neuen Zweckerklärung für eine bereits vor Jahren bestellte Grundschuld auf den Anlaß für die neue Sicherungsabrede abgestellt und der Darlehensgewährung, die den Anlaß für die Bestellung der Grundschuld gebildet hatte, keine Bedeutung mehr beigemessen.

b) Im vorliegenden Fall lag die Grundschuldbestellung bereits zwei Jahre und acht Monate zurück und waren bereits zwei Zweckerklärungen abgegeben worden, als die Klägerin und ihr Ehemann die Zweckerklärung vom 27. 12. 1984 unterzeichneten. Beide konnten daher vernünftigerweise nicht mehr davon ausgehen, daß die neue Zweckerklärung immer noch und ausschließlich mit dem damals aufgenommenen Darlehen zusammenhing. Darin, daß diese Zweckerklärung über die Absicherung des Darlehens aus dem Jahre 1982 hinausging, kann deshalb keine Überraschung im Sinne des § 3 AGBG gesehen werden.

Die Zweckerklärung vom 27. 12. 1984 könnte daher nach § 3 AGBG nur unwirksam sein, wenn und soweit ihr Inhalt deutlich von den Erwartungen abgewichen sein sollte, die in der Klägerin und ihrem Ehemann durch den Anlaß erweckt wurden, aus dem die Beklagte erneut eine Zweckerklärung verlangte. Zu diesem Anlaß hat die Klägerin, die für die tatsächlichen Voraussetzungen des § 3 AGBG die Darlegungs- und Beweislast trägt, jedoch nichts vorgetragen. Sie hat im Gegenteil ausgeführt, es bleibe im dunkeln, welchen Anlaß außer dem ursprünglichen Darlehen die Zweckerklärung vom 27. 12. 1984 gehabt haben solle. Angesichts dieser eindeutigen Einlassung bestand für das Berufungsgericht entgegen einer in der Revisionsverhandlung erhobenen Rüge auch kein Grund, die anwaltlich vertretene Klägerin auf die Notwendigkeit weiteren Vortrags zum Anlaß der genannten Zweckerklärung hinzuweisen.

c) Die Zweckerklärung vom 27. 12. 1984 ist auch nicht nach § 9 AGBG unwirksam. Da Inhalt und Umfang der schuldrechtlichen Zweckbindung von Grundschulden gesetzlich nicht festgelegt sind, sondern freier Vereinbarung unterliegen, verstößt die formularmäßig vereinbarte Erstreckung des Sicherungszwecks einer Grundschuld auf alle künftigen Forderungen des Gläubigers gegen einen mit dem Sicherungsgeber nicht identischen Kreditnehmer nicht gegen die genannte Vorschrift (BGHZ 100, 82, 84; Senat WM 1991, 1748, 1750 [= MittBayNot 1992, 42 = DNotZ 1992, 94]; a. M. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 7. Aufl., Anh. §§ 9 – 11 Rdnr. 663).

III. Das Berufungsurteil mußte daher aufgehoben werden. Da weitere tatsächliche Feststellungen nicht erforderlich sind, war das landgerichtliche Urteil unter Zurückweisung der Berufung der Klägerin wiederherzustellen (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO).

6. WEG § 5 Abs. 4, § 10 Abs. 1, § 15 Abs. 1; BGB § 1004 (Nutzung von Räumen nur entsprechend der Bezeichnung ihrer Nutzungsart im Aufteilungsplan)

1. Gehören nach der Eintragung im Grundbuch zu einer Wohnung auch Räume, die als Flur und Speicher im Dachgeschoß bezeichnet sind, so dürfen die Räume im Dachgeschoß nur im Rahmen ihrer Beschaffenheit, also nicht zu Wohnzwecken genutzt werden.
2. Wird in einem solchen Fall das Wohnungseigentum unterteilt und werden die Räume im Dachgeschoß als selbständige Raumeinheit mit der Bezeichnung des Sondereigentums als „Räume“ im Grundbuch eingetragen, so ändert sich damit nichts an der zulässigen Nutzungsart.

BayObLG, Beschluß vom 23. 2. 1995 — 2 Z BR 103/94 —, mitgeteilt von Johann Demharter, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Der Antragsteller, die Antragsgegnerin und die weiteren Beteiligten sind die Wohnungseigentümer einer aus drei kleinen Häusern bestehenden Wohnanlage. Dem Antragsteller gehört die Wohnung Nr. 3 im Obergeschoß eines der Häuser, der Antragsgegnerin das im Dachgeschoß darüber liegende Raumeigentum Nr. 13. Der Antragsteller will der Antragsgegnerin die Nutzung der Räume als Wohnung untersagen lassen.

Die Wohnung Nr. 3 und die Räume Nr. 13 bildeten früher ein Wohnungseigentum, das im Grundbuch in Übereinstimmung mit der ursprünglichen Teilungserklärung vom 6. 10. 1986 als „Miteigentumsanteil zu $\frac{90}{1000}$, verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung . . . im Obergeschoß links . . . , einem Flur und einem Speicher im Dachgeschoß“ bezeichnet war. Im Aufteilungsplan für das Dachgeschoß war dort u. a. „SPEICHER ZU WHG 3“ eingetragen. Die damalige Eigentümerin teilte dieses Wohnungseigentum zu notarieller Urkunde vom 14. 1. 1988 in einen Miteigentumsanteil von $\frac{64}{1000}$, verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung im Obergeschoß, und einen „Miteigentumsanteil zu $\frac{26}{1000}$, verbunden mit dem Sondereigentum an den Räumen im Dachgeschoß, alle in dem der heutigen Urkunde beigefügten Lageplan mit der Nr. 13 gekennzeichnet“. In dem Plan war bei dem Vermerk „SPEICHER ZU WHG 3“ vor der Ziffer 3 die Ziffer 1 handschriftlich eingetragen worden. Das neue Raumeigentum wurde am 18. 2. 1988 als „ $\frac{26}{1000}$ Miteigentumsanteil . . . verbunden mit den Räumen Nr. 13 laut Aufteilungsplan“ im Grundbuch gebucht; wegen Gegenstand und Inhalt des Sondereigentums ist auf die Bewilligung vom 6. 10. 1986/14. 1. 1988 Bezug genommen.

Die Räume im Dachgeschoß wurden seit Anfang 1989 zu Wohnzwecken ausgebaut und im April 1989 als Wohnung vermietet. Die Antragsgegnerin kaufte die Räume am 7. 5. 1990 von der ursprünglichen Eigentümerin, deren gesetzliche Vertreterin ihr in dem Verfahren als Streithelferin beigetreten ist. Diese verpflichtete sich in der notariellen Urkunde, „die Änderung des Grundbuchbeschriebs von“ . . . „Sondereigentum an den Räumen Nr. 13“ in „ . . . Sondereigentum an der Wohnung im Dachgeschoß Nr. 13“ durchzuführen. Dies ist bisher nicht geschehen. Die Antragsgegnerin ist seit dem 13. 11. 1990 als Eigentümerin der Einheit im Grundbuch eingetragen.

Der Antragsteller ist der Meinung, daß die Räume mit der Nr. 13 im Dachgeschoß nach der Beschreibung in Teilungserklärung und Grundbuch nicht als Wohnung genutzt werden dürfen und daß eine solche Nutzung in seiner darunter liegenden Wohnung auch mehr störe und beeinträchtige denn die Nutzung als Speicher. Er beantragt, der Antragsgegnerin bei Meidung von Ordnungsgeld bis zu 50 000 DM zu verbieten, die Räume zu Wohnzwecken zu benutzen oder benutzen zu lassen, hilfsweise festzustellen, daß die Antragsgegnerin zu einer solchen Nutzung weder selbst noch durch andere berechtigt sei. Die Antragsgegnerin hält den Antrag für unbegründet; aus der ihrer Meinung nach allein maßgebenden Änderung der Teilungserklärung vom 14. 1. 1988 ergebe sich keine Beschränkung, was die Nutzung der Dachgeschoßräume als Wohnung angehe.

Das Amtsgericht hat den Antrag abgewiesen. Das Landgericht hat die dagegen gerichtete sofortige Beschwerde zurückgewiesen. Die sofortige weitere Beschwerde des Antragstellers war erfolgreich.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel ist zulässig und begründet.

Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Der Antragsteller kann gem. § 15 Abs. 3 WEG, § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB verlangen, daß die Antragsgegnerin die Nutzung ihrer Räume als Wohnung unterläßt, da sie mit der zwischen den Wohnungseigentümern festgelegten Nutzungsart nicht vereinbar ist.

a) In der ursprünglichen Teilungserklärung, die in das Grundbuch eingetragen worden ist, sind die zum Wohnungseigentum Nr. 3 gehörenden Räume im Dachgeschoß als „Flur und Speicher“ bezeichnet. Ob in der Bezeichnung als Speicher eine Zweckbestimmung mit Vereinbarungskarakter (§ 5 Abs. 4, § 8 Abs. 2 Satz 1, § 10 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, § 15 Abs. 1 WEG) liegt, die die Gebrauchsrechte des Eigentümers aus § 13 Abs. 1 WEG in zulässiger Weise einschränkt, oder ob damit nur ein Raum bezeichnet ist, auf den sich das Sondereigentum erstreckt, kann offen bleiben. Auch im letzteren Fall darf nach dem in § 15 Abs. 2 WEG zum Ausdruck gekommenen allgemeinen Rechtsgedanken der im Dachgeschoß gelegene Speicher nur in einem seiner Beschaffenheit entsprechenden Rahmen, also nicht zu Wohnzwecken, genutzt werden. Nichts anderes gilt für den ebenfalls im Dachgeschoß gelegenen Flur; bei ihm handelt es sich nur um einen untergeordneten Zugangsraum zum Speicher (vgl. BayObLG WuM 1994, 560/561). Es ist damit jede Nutzung der Räume unzulässig, die mehr stört oder beeinträchtigt als die für einen Speicher typische Nutzung. Dies ist bei der hier gebotenen „typisierenden“, d. h. verallgemeinernden Betrachtungsweise durch die Nutzung als Wohnung der Fall (vgl. zum Ganzen BayObLG WuM 1993, 697 ff. m. w. N.; WuM 1994, 292 f.). Die Antragsgegnerin räumt auch ein, daß ihre Räume im Dachgeschoß nach der Beschreibung in der ursprünglichen Teilungserklärung nicht als Wohnung genutzt werden dürfen.

b) Daran hat sich entgegen der Ansicht der Vorinstanzen und der Antragsgegnerin durch die Erklärung vom 14. 1. 1988 und die darauf beruhende Grundbucheintragung nichts geändert.

(1) Offen bleiben kann, ob die damalige Eigentümerin der Wohnung Nr. 3 überhaupt berechtigt war, die Gebrauchsregelung für die im Dachgeschoß gelegenen Räume durch einseitige Erklärung zu ändern. Nach der Rechtsprechung des Senats (BayObLGZ 1993, 259/261 f. m. w. N. [= DNotZ 1994, 233]) geht die Befugnis hierzu mit der Eintragung einer Auflassungsvormerkung für den Erwerber eines Wohnungseigentums verloren; die Änderung kann dann nur noch mit seiner Zustimmung vorgenommen werden. Hier wurde nämlich im Zusammenhang mit der Unterteilung der Wohnung Nr. 3 keine Änderung der Gebrauchsregelung für die im Dachgeschoß gelegenen Räume vorgenommen.

(2) Der Senat kann als Rechtsbeschwerdegericht die hier maßgebenden Grundbucheintragungen und -eintragungen selbständig auslegen. Dabei ist auf den Wortlaut und Sinn von Eintragung und Teilungserklärung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als deren nächstliegende Bedeutung ergibt (vgl. BGHZ 92, 351/355 [= MittBayNot 1985, 67]; 113, 374/378 [= DNotZ 1991, 888 = MittBayNot 1991, 116]; BayObLG Rpfleger 1993, 189/190 [= MittBayNot 1993, 17]; Demharter, GBO, 21. Aufl., § 19 Rdnr. 28). Im vorliegenden Fall ergibt sich daraus folgendes: Die Bezeichnung mit „Sondereigentum an den Räumen Nr. 13 laut Aufteilungsplan“ im Grundbuch selbst — damit wird auch klargestellt, daß es sich um Räume im Dachgeschoß handelt — aufgrund der Änderungserklärung vom 14. 1. 1988 stellt keine Zweckbestimmung dar; dafür ist der Begriff „Räume“ viel zu allgemein und unbestimmt (vgl. BayObLG WuM 1994, 98/99; BayObLGZ 1994, 237/241). Mangels ausdrücklicher Änderung gilt die in der ursprünglichen Teilungserklärung enthaltene Rechtslage hinsichtlich der zulässigen Nutzung der

Räume im Dachgeschoß weiter. Der Eintragungsvermerk über das neu gebildete Raumeigentum nimmt wegen Gegenstand und Inhalt des Sondereigentums auf die Bewilligung vom 14. 1. 1988 und vom 6. 10. 1986 Bezug; dadurch wird zum Ausdruck gebracht, daß für das neue Raumeigentum die ursprüngliche Teilungserklärung ihre Bedeutung behält und diese nur insoweit geändert wird, als die Änderungserklärung eindeutig abweichende Regelungen enthält. Die Bewilligung ist nichts anderes als der verfahrensrechtliche Aspekt der Teilungserklärung (vgl. Demharter, GBO, Anhang zu § 3 Rdnr. 29; Augustin, WEG, § 8 Rdnr. 18). Zum in bezug genommenen „Inhalt des Sondereigentums“ gehört auch eine Gebrauchsregelung oder Zweckbestimmung. Da die Änderungserklärung vom 14. 1. 1988 keine ausdrückliche Gebrauchsregelung für die Räume im Dachgeschoß trifft, die ursprüngliche Teilungserklärung in diesem Punkt also nicht abändert, kann und muß diese insoweit weiterhin zur Bestimmung des Inhalts des Sondereigentums herangezogen werden (vgl. BayObLGZ 1987, 390/398). Die Festlegung der zulässigen Nutzungsart als Speicher blieb somit weiterhin rechtsverbindlich.

(3) Der Aufteilungsplan für das Dachgeschoß ist durch doppelte Bezugnahme (§ 7 Abs. 3, § 7 Abs. 4 Nr. 1, § 8 Abs. 2 Satz 1 WEG) gleichfalls Inhalt des Grundbuchs geworden (vgl. BayObLGZ 1980, 226/229 m. w. N. [= MittBayNot 1980, 162]; 1991, 186/190). Auch aus ihm ergibt sich nichts anderes. Im Aufteilungsplan sind die Räume nunmehr mit der Aufschrift „FLUR“ und „SPEICHER ZU WHG 13“ versehen. Aus diesen Vermerken, ausgelegt nach den oben dargelegten Grundsätzen, läßt sich nicht entnehmen, daß die Räume selbst nunmehr als Wohnung genutzt werden dürfen. Der Vermerk ist vielmehr weiterhin so zu verstehen, daß es sich nur um den zu einer anderswo gelegenen Wohnung gehörenden Speicher handelt. Wie aus der ursprünglichen Teilungserklärung und der Änderungserklärung insgesamt hervorgeht, gibt es in den anderen Geschossen dieses Hauses und in den anderen Häusern keine Wohnung Nr. 13; das führt den unbefangenen Leser dieser Erklärungen und des Aufteilungsplans nicht zu dem naheliegenden Schluß, daß die Dachgeschoßräume selbst die Wohnung Nr. 13 darstellen. Es bleibt vielmehr günstigstenfalls ein nicht auflösbarer Widerspruch, aber keine wirksame Ausweisung als Wohnraum. Auf die Frage, inwieweit im Aufteilungsplan überhaupt Gebrauchsregelungen getroffen werden können und was bei Widersprüchen zwischen Teilungserklärung und Aufteilungsplan gilt (vgl. dazu OLG Stuttgart ZMR 1990, 190; OLG Frankfurt ZMR 1993, 125), kommt es somit nicht an.

c) Daß die Nutzung der Dachgeschoßräume als Wohnung nunmehr von der Bauaufsichtsbehörde genehmigt ist, spielt für das Rechtsverhältnis der Wohnungseigentümer untereinander keine Rolle; die baurechtliche Genehmigung berührt die Rechte des Antragstellers nicht.

(...)

Die Antragsgegnerin ist somit entsprechend dem Hauptantrag des Antragstellers zu verpflichten, die Nutzung ihrer Räume als Wohnung zu unterlassen. Um ihr die Möglichkeit einzuräumen, sich in angemessener Zeit auf diese Rechtslage einzustellen, wird die Verpflichtung erst ab 1. 7. 1995 in Kraft gesetzt (vgl. BayObLGZ 1994, 237/244).

7. WEG § 5 Abs. 2 (Sondereigentumsfähigkeit eines Keller-
raums)

**Ein Kellerraum, der den einzigen Zugang zu einem
im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Geräteraum
bildet, kann nicht im Sondereigentum stehen.**

BayObLG, Beschluß vom 16. 3. 1995 — 2 Z BR 12/95 —,
mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Der Beteiligte ist Eigentümer eines Grundstücks, das mit einem Wohnhaus bebaut ist. Zu notarieller Urkunde vom 12. 4. 1994 teilte er das Grundstück gem. § 8 WEG in zwei Wohnungen auf. Im Kellergeschoß befindet sich ein im gemeinschaftlichen Eigentum stehender Raum, der im Aufteilungsplan als Geräteraum bezeichnet ist. Dieser Raum ist nur durch den dem Sondereigentum der Wohnung Nr. 2 zugewiesenen Keller Nr. 2 zu erreichen.

Das Grundbuchamt hat den Antrag, die Teilung zu vollziehen, am 27. 9. 1994 abgewiesen. Das Landgericht hat durch Beschluß vom 2. 1. 1995 die Erinnerung/Beschwerde des Beteiligten zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung stand. Der Antrag, die Teilung nach § 8 WEG zu vollziehen, ist zu Recht abgewiesen worden, weil der Kellerraum Nr. 2 nicht, wie in der Teilungserklärung vorgesehen, im Sondereigentum stehen kann.

a) Grundsätzlich müssen Räumlichkeiten, die den einzigen Zugang zu einem im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Raum bilden, gemeinschaftliches Eigentum sein (BGH Rpfleger 1991, 454; BayObLGZ 1986, 26/28 [= MittBayNot 1986, 78]). Dagegen können solche Räumlichkeiten dann im Sondereigentum stehen, wenn der gemeinschaftliche Raum seiner Beschaffenheit nach nicht dem ständigen Mitgebrauch aller Wohnungseigentümer dient (BayObLGZ 1991, 165/169; BayObLG DNotZ 1992, 490/492 [= MittBayNot 1992, 331]; *Demharter*, GBO, 21. Aufl., Anhang zu § 3 Rdnr. 18; *Henkes/Niedenführ/Schulze*, WEG, 3. Aufl., § 5 Rdnr. 18). Bei dem im Aufteilungsplan als Geräteraum bezeichneten Raum ist indes der Fall.

b) Offenbleiben kann, ob in der Funktionsbezeichnung „Geräteraum“ im Aufteilungsplan eine Zweckbestimmung mit Vereinbarungsscharakter (§ 5 Abs. 4, § 8 Abs. 2, § 10 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, § 15 Abs. 1 WEG) liegt oder ob damit nur ein Raum bezeichnet wird, auf den sich das Sondereigentum nicht erstreckt. Auch im letzteren Fall darf nach dem in § 15 Abs. 2 WEG zum Ausdruck gekommenen allgemeinen Rechtsgedanken der im Keller gelegene Raum nur in einem seiner Beschaffenheit entsprechenden Rahmen genutzt werden. Im Hinblick auf Lage und Größe des Raumes sowie unter Berücksichtigung des Umstandes, daß andere Räume als Wasch- und Heizungsräume vorgesehen sind, liegt eine Nutzung des „Geräteraaumes“ als Aufbewahrungsort für Geräte zur Straßenreinigung, zum Schneeräumen, zur Gartenpflege und zur Instandhaltung des Hauses nahe; darüber hinaus kommt dort aber auch eine Unterbringung von Fahrrädern, Sportgeräten oder ähnlichem in Betracht. Der Raum dient somit dem ständigen Mitgebrauch aller Wohnungseigentümer. Auch muß von vornherein ausgeschlossen sein, daß der gemeinschaftliche Gebrauch an die-

sem Raum und an dem Zugang dazu durch eigenmächtige Verfügungen des Eigentümers der Wohnung Nr. 2 über sein Sondereigentum (§ 13 Abs. 1 WEG) beeinträchtigt wird (BGH Rpfleger 1991, 454; BayObLG DNotZ 1992, 490/492 [= MittBayNot 1992, 331]).

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. zum Problem auch den Beschluß des BayObLG vom 27. 4. 1995 — 2 Z BR 125/94 —, in diesem Heft S. 206.

8. BGB § 158, § 883 (*Rückauflassungsanspruch, der nach dem Tod eines Berechtigten dem Überlebenden allein zustehen soll, durch eine einzige Vormerkung sicherbar*)

Übertragen Eltern im Weg der vorweggenommenen Erbfolge zu ihren Lebzeiten ein Grundstück auf ihre Abkömmlinge und behalten sie sich für bestimmte Fälle einen Anspruch auf Rückübertragung vor, der zunächst ihnen gemeinsam und nach dem Tod des Erstversterbenden dem Überlebenden allein zustehen soll, so liegt ein einziger Anspruch vor, der durch eine einzige Vormerkung gesichert werden kann (Abgrenzung zu BayObLG DNotZ 1991, 892 [= MittBayNot 1990, 243]).

BayObLG, Beschluß vom 6. 4. 1995 — 2 Z BR 17/95 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG, und *Peter Muthig*, Notar in Freising

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten zu 1 und 2, die Eltern des Beteiligten zu 3, sind im Grundbuch als Miteigentümer je zur Hälfte eines Grundstücks eingetragen. Zu notarieller Urkunde vom 21. 4. 1994 ließen die Beteiligten zu 1 und 2 das Grundstück an den Beteiligten zu 3 auf. In Nr. 13 der Urkunde ist bestimmt:

Die Veräußerer behalten sich das Recht vor, die Rückübertragung des Vertragsobjekts auf sich zu gleichen Anteilen zu verlangen, wenn . . .

Lebt nur noch ein Veräußererteil, steht diesem das Recht zu, die Übertragung des gesamten Vertragsobjekts auf sich allein zu verlangen.

. . .

Das Rückübertragungsverlangen kann nur nach Bedingungs-eintritt durch notariell beurkundete Erklärung ausgeübt werden, zu Lebzeiten beider Veräußerer nur von diesen gemeinsam. Sobald die Ausübung beurkundet ist, ist der Übereignungsanspruch vererblich und übertragbar. Vorher ist der Rückübertragungsanspruch weder vererblich noch übertragbar.

Zur Sicherung des bedingten Anspruchs auf Übertragung des Eigentums aus den vorstehenden Vereinbarungen wird bewilligt, eine Vormerkung gem. § 883 BGB im Grundbuch für die Veräußerer zu gleichen Anteilen . . . einzutragen mit der Maßgabe, daß der Anspruch nach dem Tod eines Veräußerers dem Längerlebenden allein zusteht . . .

Den Antrag auf grundbuchamtlichen Vollzug der Urkunde hat das Grundbuchamt am 30. 5. 1994 zurückgewiesen. Die Erinnerung/Beschwerde der Beteiligten hat das Landgericht durch Beschluß vom 16. 12. 1994 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen und zur Zurückverweisung der Sache an das Amtsgericht zur anderweiten Entscheidung über die Eintragungsanträge.

1. Das Landgericht hat ausgeführt: Aufgrund der Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 15. 2. 1990 [= DNotZ 1991, 892 = MittBayNot 1990, 243] sei zweifelhaft geworden, in welchen Fällen ein Anspruch, der zunächst mehreren Personen, insbesondere Ehegatten, und nach dem Tod eines von ihnen dem Überlebenden allein zustehe, durch eine einzige Vormerkung gesichert werden könne. Aufgrund dieser Entscheidung seien im Schrifttum Lösungsvorschläge entwickelt worden, bei welcher Ausgestaltung des Rückübertragungsanspruchs eine einzige Vormerkung ausreiche. Vererblichkeit und Übertragbarkeit des zunächst beiden Ehegatten zustehenden Anspruchs seien im vorliegenden Fall ausdrücklich ausgeschlossen. Auch die Ausgestaltung des Gemeinschaftsverhältnisses lasse keinen Raum für die Annahme, dem Überlebenden solle von Anfang an ein eigener Anspruch zustehen. Schließlich seien auch die Voraussetzungen einer Gesamt- oder Mitgläubigerschaft aufgrund der vertraglichen Gestaltung ausgeschlossen. Nach dieser sei der Rückauflassungsanspruch zwingend von beiden Ehegatten auszuüben und erlösche beim Tod eines von ihnen. Er finde keine Fortsetzung in dem Überlebenden; vielmehr entstehe in seiner Person ein selbständiger Anspruch. Damit lägen insgesamt drei Ansprüche vor, die auch nur durch drei Vormerkungen gesichert werden könnten.

2. Die Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) In dem nicht selten vorkommenden Fall, daß wie hier Eltern ein Grundstück zu ihren Lebzeiten im Weg der vorweggenommenen Erbfolge auf Abkömmlinge übertragen und sich bei Eintritt bestimmter Voraussetzungen einen Rückübertragungsanspruch vorbehalten, der ihnen zunächst gemeinsam und beim Tod eines von ihnen dem Überlebenden allein zustehen soll, wurde in Rechtsprechung und Schrifttum in der Vergangenheit nur ein Anspruch angenommen, zu dessen Sicherung die Eintragung nur einer Vormerkung genüge. Dabei wurde — wie in einem weiteren in Betracht gezogenen Fall (BayObLGZ 1984, 252/256 [= DNotZ 1985, 702 = MittBayNot 1985, 22]) — von einer Sukzessivberechtigung gesprochen. Der Anspruch soll zunächst den übergebenden Eltern gemeinsam zustehen und nach dem Tod eines der beiden Berechtigten zum alleinigen Anspruch des Überlebenden werden (BayObLGZ 1984, 252/256, OLG Zweibrücken Rpfleger 1985, 285 jeweils m. w. N.). Dieser im Anschluß an Entscheidungen des Reichsgerichts (RGZ 76, 89/90 f. und 128, 246/249) und des Kammergerichts (JW 1932, 2445 und DNotZ 1937, 330 f.) entwickelten Ansicht lag die zutreffende Erkenntnis zugrunde, daß eine einzige Vormerkung grundsätzlich nur dann genügen kann, wenn es sich auch nur um einen Anspruch handelt, weil mehrere verschiedene Ansprüche nicht unter dem Dach einer einzigen Vormerkung gesichert werden können, vielmehr ebenso viele Vormerkungen erfordern, wie Ansprüche gegeben sind.

(1) Eine in diesem Sinn verstandene Sukzessivberechtigung, bei der ein einheitlicher Anspruch zunächst mehreren gemeinsam und sodann einem von ihnen allein zusteht, wirft rechtliche Probleme bei der Begründung auf, daß es sich trotz Änderung auf der Berechtigten Seite weiterhin um ein und denselben Anspruch handelt. Geht man dabei davon aus, daß der zunächst beiden Ehegatten gemeinsam zustehende Anspruch befristet oder auflösend bedingt durch den Tod eines von ihnen und der dem Überlebenden allein zustehende Anspruch befristet oder aufschiebend

bedingt durch dasselbe Ereignis ist, führt dies für sich allein betrachtet zu mehreren Ansprüchen, die nicht durch eine einzige Vormerkung gesichert werden könnten. Diesen Gesichtspunkt hat der Senat in dem Beschluß vom 15. 2. 1990 (DNotZ 1991, 892 [= MittBayNot 1990, 243]) in den Vordergrund gestellt. Dort ging es um die Löschung der bei einer ähnlichen vertraglichen Gestaltung wie im vorliegenden Fall im Grundbuch nur zugunsten der inzwischen verstorbenen Ehegatten in Gütergemeinschaft eingetragenen Auflassungsvormerkung zur Sicherung des Rückübertragungsanspruchs. Der Senat hat ausgeführt, in dem Übergabevertrag seien zwei Rückübertragungsansprüche vereinbart worden, nämlich der den Eltern gemeinschaftlich und der dem überlebenden Ehegatten nach dem Tod des anderen allein zustehende Anspruch; durch Vormerkung sei nur der erste Anspruch gesichert worden. Weiter ist ausgeführt, die Bestimmungen in dem Übergabevertrag seien so auszulegen, daß dem Überlebenden mit der Beendigung der Gütergemeinschaft durch den Tod des anderen Ehegatten ein eigener Rückübertragungsanspruch zustehen soll, während der beiden Ehegatten zustehende Anspruch mit der Beendigung der Gütergemeinschaft erlischt. Dies wird sodann weiter begründet.

(2) Die Entscheidung vom 15. 2. 1990 ist im Schrifttum und in der Rechtsprechung überwiegend als Abkehr von der ursprünglichen Annahme nur eines einheitlichen und durch eine einzige Vormerkung sicherbaren Anspruchs in einem Fall, wie er hier zu entscheiden ist, verstanden worden (vgl. *Amann*, MittBayNot 1990, 225; *Liedel*, DNotZ 1991, 855; *Streuer*, Rpfleger 1994, 397; *Rastätter*, BWNotZ 1994, 27; LG Landshut Rpfleger 1992, 338 [= MittBayNot 1992, 276]). Die Entscheidung vom 15. 2. 1990 beruht auf der Auslegung der dort im Zusammenhang mit dem Übereignungsanspruch getroffenen Vereinbarungen und der vorgenommenen Grundbucheintragung. Die dortigen Ausführungen eignen sich daher nicht für eine Verallgemeinerung (so zutreffend *Amann*, MittBayNot 1990, 225). Der Hinweis des Senats, es handle sich um einen Fall der „alternativen“ und „sukzessiven“ Berechtigung, ist unterschiedlich verstanden worden. Von einigen Autoren wird die Meinung vertreten, dabei würden Begriffe vermengt, die Gegensätzliches bedeuteten (vgl. *Amann*, MittBayNot 1990, 225, S. 227; *Rastätter*, BWNotZ 1994, S. 27 f.; *Haegle/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 10. Aufl., Rdnr. 261 b; LG Landshut Rpfleger 1992, 338 [= MittBayNot 1992, 276]), während *Streuer* (Rpfleger 1994, S. 401 f.) darin eine notwendige Korrektur des bisherigen Verständnisses der Begriffe der Sukzessivberechtigung und der Alternativberechtigung sieht. Eine sukzessive Berechtigung sah der Senat insoweit für gegeben, als der Anspruch zunächst den beiden Eheleuten gemeinsam und sodann dem Überlebenden von ihnen allein zustehen sollte, während die alternative Berechtigung darin gesehen wurde, daß je nachdem, welcher der beiden Ehegatten zuerst verstirbt, der Anspruch entweder der Ehefrau oder dem Ehemann zustehen sollte.

b) Der Senat hält dann, wenn der Rückübereignungsanspruch zunächst zwei Berechtigten, insbesondere Eheleuten, gemeinsam und nach dem Tod eines von ihnen dem Überlebenden allein zustehen soll, einen einzigen Anspruch für gegeben, der durch eine einzige Vormerkung gesichert werden kann (ebenso LG Landshut Rpfleger 1992, 338 [= MittBayNot 1992, 276]; *Demharter*, Grundbuchordnung, 21. Aufl., Anhang zu § 44 Rdnr. 108). In der Person

des Überlebenden entsteht nicht ein neuer selbständiger Anspruch. Vielmehr steht derselbe, ihm bereits von Anfang an, allerdings zunächst gemeinsam — sei es in Gütergemeinschaft, sei es in Bruchteilsgemeinschaft — mit dem anderen Berechtigten zustehende Anspruch mit dem Tod des Erstversterbenden nunmehr ihm allein zu. Der Tod eines der beiden Ehegatten führt in der Form einer Befristung oder Bedingung zwar zu einer Änderung in der Berechtigung, jedoch nicht zu einem völligen Auswechseln der Berechtigten in Verbindung mit dem Entstehen eines neuen Anspruchs und dem Erlöschen des bisherigen gemeinschaftlichen Anspruchs.

(1) Das Reichsgericht und das Kammergericht haben in den angeführten Entscheidungen für die Ansicht, daß es sich nur um einen einzigen Anspruch handelt, soweit überhaupt eine nähere Begründung gegeben wurde, auf § 328 BGB und die Grundsätze über den Vertrag zugunsten Dritter verwiesen (vgl. RGZ 128, 246/249; KG DNotZ 1937, 330). Das Ergebnis kann auch damit begründet werden, daß im Weg der Auslegung eine im voraus vereinbarte Abtretung des Hälfteanteils des vorversterbenden Ehegatten zugunsten des Überlebenden für den Fall seines Vorversterbens angenommen wird. Damit wird erreicht, daß dem überlebenden Ehegatten der Rückübertragungsanspruch allein zusteht (vgl. § 398 BGB). Dies ist der Wille der Beteiligten, sodaß der im übrigen vereinbarte Ausschluß der Übertragbarkeit und Vererblichkeit des Rückübertragungsanspruchs nicht entgegensteht. Nicht ausgeschlossen ist es schließlich auch, zu dem von den Beteiligten angestrebten Ergebnis dadurch zu gelangen, daß im Weg der Auslegung unabhängig von dem im Einzelfall gegebenen Gemeinschaftsverhältnis eine Gesamtberechtigung im Sinn des § 428 BGB als vereinbart angenommen wird. Diese ist zunächst von dem in erster Linie, allerdings auflösend bedingt, maßgebenden Gemeinschaftsverhältnis überlagert und wird unter gewissen Voraussetzungen, nämlich dem Vorversterben eines Ehegatten vor Ausübung des Rückübertragungsverlangens, rückwirkend wirksam (vgl. *Amann*, MittBayNot 1990, S. 227 f.; *Rastätter*, BWNotZ 1994, S. 29 f.; *Haegle/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 261 e bis 261 h). Die zuletzt angesprochene Begründung muß dann in Erwägung gezogen werden, wenn im Einzelfall die Annahme einer Vorausabtretung daran scheitert, daß ein Anspruch oder Recht nicht abtretbar ist.

(2) Offenbleiben kann, ob in einem Fall wie hier von einer Sukzessivberechtigung gesprochen werden kann (verneinend *Streuer*, Rpfleger 1994, S. 401). In der Vergangenheit wurde jedenfalls auch ein solcher Fall als Sukzessivberechtigung bezeichnet (vgl. BayObLGZ 1984, 252/256 [= DNotZ 1985, 702 = MittBayNot 1985, 22]). Offenbleiben kann ferner, ob diese Betrachtungsweise auch für den bisher ebenfalls unter den Begriff der Sukzessivberechtigung gebrachten Fall gelten kann, daß ein Recht oder Anspruch zunächst einem Berechtigten allein auflösend bedingt oder befristet durch seinen Tod, durch dasselbe Ereignis aber aufschiebend bedingt oder unter einem Anfangstermin einem anderen Berechtigten allein zusteht (vgl. BayObLGZ a. a. O.).

(3) Der Senat hält nicht zuletzt deshalb an der früheren rechtlichen Beurteilung fest, wonach in einem Fall wie dem vorliegenden sowohl der Anspruch der beiden Ehegatten als auch der des Überlebenden durch eine einzige Vormerkung gesichert werden kann, um bei bestehenden Eintragungen dieser Art die Sicherungswirkung der Vor-

merkung für den Anspruch des Überlebenden nicht zu gefährden. Im übrigen ist es für die Frage der grundbuchmäßigen Buchung nicht von ausschlaggebender Bedeutung, ob es sich nur um einen oder um mehrere Ansprüche handelt. Auch wenn mehrere Ansprüche angenommen würden, ist eine Sicherung der mehreren Ansprüche entweder durch eine einzige Vormerkung oder durch mehrere unter einer Nummer gebuchte Vormerkungen jedenfalls in einem Fall wie dem vorliegenden nicht völlig ausgeschlossen (zutreffend *Streuer*, Rpfleger 1994, S. 402; *Liedel*, DNotZ 1991, S. 873). Unverzichtbar ist in jedem Fall, daß bei der Eintragung der Vormerkung im Grundbuch selbst die vom Tod des erstversterbenden Ehegatten abhängige Erweiterung der Berechtigung auf den Überlebenden zum Ausdruck kommt; gerade daran hat es in dem vom Senat am 15. 2. 1990 entschiedenen Fall gefehlt. Von *Amann* (MittBayNot 1990, S. 229) und *Rastätter* (BWNotZ 1994, S. 29) sind hierzu identische Fassungsvorschläge unterbreitet worden, die auch bei einer Bruchteilsgemeinschaft wie hier entsprechend angewendet werden können.

9. WEG § 5 Abs. 2 (Nur über Sondereigentum erreichbarer Spitzboden kann im gemeinschaftlichen Eigentum stehen)

Geht aus dem Aufteilungsplan hervor, daß ein als gemeinschaftliches Eigentum ausgewiesener Speicherraum (Spitzboden) nach Beschaffenheit und Zugang nicht dem ständigen Mitgebrauch aller Wohnungseigentümer dienen kann, so steht es der Begründung von Wohnungseigentum nicht entgegen, daß der Raum nur über das Sondereigentum eines Wohnungseigentümers zu erreichen ist (Bestätigung von BayObLGZ 1991, 165 und Klarstellung zu BayObLG DNotZ 1989, 433).

BayObLG, Beschluß vom 27. 4. 1995 — 2 Z BR 125/94 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG und Notar *Wolfgang Lindner*, Mallersdorf

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten sind als Miteigentümer zu gleichen Anteilen eines mit einem Zweifamilienhaus bebauten Grundstücks im Grundbuch eingetragen. Sie teilten das Eigentum an dem Grundstück durch notariell beurkundete Erklärung vom 31. 12. 1993 in Wohnungseigentum auf. Ein Miteigentumsanteil von 1/2 sollte mit dem Sondereigentum an der Wohnung im Erdgeschoß, dem dazugehörenden Keller und einem Garagenstellplatz (im Aufteilungsplan jeweils mit Nr. 1 bezeichnet) verbunden werden, ein weiterer Miteigentumsanteil von 1/2 mit dem Sondereigentum an der Wohnung im Dachgeschoß, einem Kellerraum und einem Garagenstellplatz (Nr. 2). Nach der Teilungserklärung sind Gegenstand des gemeinschaftlichen Eigentums u. a. die Räume, die nicht zu Sondereigentum erklärt sind.

Aus dem vorgelegten Aufteilungsplan (Querschnitt und Gebäudeansichten) geht hervor, daß sich unter dem mit 42° geneigten Giebeldach über der Dachgeschoßwohnung ein Dachboden (Speicher, Spitzboden) mit Fenstern an beiden Giebelwänden befindet. Das Grundbuchamt hat den Vollzugsantrag mit Zwischenverfügung vom 5. 8. 1994 beanstandet: Für den Spitzboden fehle ein Aufteilungsplan, so daß nicht ersichtlich sei, ob er vom gemeinschaftlichen Eigentum her zugänglich sei: ein mit Unterschrift und Siegel der Bauordnungsbehörde versehener Plan sei daher nachzureichen.

Den gegen die Zwischenverfügung gerichteten Rechtsbehelf der Beteiligten hat das Landgericht mit Beschluß vom 19. 10. 1994 zurückgewiesen. Die Beteiligten haben dagegen weitere Beschwerde eingelegt.

Aus den Gründen:

Das zulässige Rechtsmittel ist begründet.

(1) Zutreffend ist der rechtliche Ausgangspunkt der Vorinstanzen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Senats müssen Räumlichkeiten, die den einzigen Zugang zu einem im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Raum eröffnen (Treppenhäuser, Dielen, Flure), grundsätzlich ebenfalls zwingend gemeinschaftliches Eigentum sein; denn diese Räume gehören damit ihrerseits zu den Anlagen und Einrichtungen, die dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer dienen (§ 5 Abs. 2 WEG) und ihnen einen ungestörten Gebrauch der gemeinschaftlichen Räume ermöglichen sollen (vgl. BGH NJW 1991, 2909 [= DNotZ 1992, 224 = MittBayNot 1992, 41] für den Zugang zur gemeinschaftlichen Heizanlage und zu den zentralen Versorgungseinrichtungen des Hauses; BayObLGZ 1986, 26 [= DNotZ 1986, 494 = MittBayNot 1986, 78] für den Zugang zum Heizungsraum; BayObLG DNotZ 1992, 490 [= MittBayNot 1992, 331] gleichfalls für den Zugang zum Heizungsraum; Senatsbeschuß vom 16. 3. 1995 2 Z BR 12/95 für den Zugang zum „Geräte- raum“ [in diesem Heft S. 204]; vgl. auch OLG Hamm Rpfleger 1986, 374 f.; OLG Oldenburg Rpfleger 1989, 365). In der von den Vorinstanzen herangezogenen Entscheidung vom 20. 10. 1988 (DNotZ 1989, 433 = Rpfleger 1989, 99) hat der Senat das Grundbuchamt darauf hingewiesen, es werde im weiteren Verfahren zu prüfen haben, ob diese Grundsätze auch anzuwenden sind bei Räumen über der Dachgeschoßwohnung, die in der Teilungserklärung als „Spitzboden“ und „Trempeboden“ bezeichnet und nur über eine im Sondereigentum stehende Wohnung zugänglich sind; entschieden hat er diese Frage dort nicht.

(2) In dem Beschuß vom 8. 5. 1991 (BayObLGZ 1991, 165/169 f.), einer Wohnungseigentumsache, hat der Senat entschieden, daß Räumlichkeiten, die den einzigen Zugang zu einem im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Raum bilden, dann Sondereigentum sein können, wenn der Raum (hier ein nicht ausgebauter Dachspeicher) seiner Beschaffenheit nach nicht dem ständigen Mitgebrauch aller Wohnungseigentümer dient. Bei einem nicht ausgebauten Speicher, an dem ein Mitgebrauch aller Wohnungseigentümer gem. § 13 Abs. 2 WEG von der tatsächlichen Seite her nicht in Betracht komme, spiele der Zugang keine maßgebende Rolle. Der Raum müsse allenfalls für Instandsetzungs- und Instandhaltungsmaßnahmen am Dach betreten werden; § 14 Nr. 4 WEG verpflichte den Wohnungseigentümer, durch dessen Wohnung der im gemeinschaftlichen Eigentum stehende Raum erreicht werden könne, das Betreten und die Benutzung seines Sondereigentums für diesen Fall zu gestatten.

(3) Die in dieser Entscheidung entwickelten Rechtsgrundsätze sind auch im vorliegenden Fall einschlägig. Der Raum über der Dachgeschoßwohnung wird in der Teilungserklärung nicht genannt; er ist somit gemeinschaftliches Eigentum. Aus dem Aufteilungsplan (Querschnitt durch das Haus) läßt sich entnehmen, daß keine Treppe zu ihm führt; er kann daher nur über eine Luke in der Decke der Dachgeschoßwohnung oder des Treppenhauses erreicht werden. Schon diese Ausgestaltung des Zugangs macht den Dachboden ungeeignet zum ständigen Mitgebrauch der Wohnungseigentümer. Hinzu kommt die Ausgestaltung des Raums selbst. Eine lichte Höhe von 2 m erreicht der unter der Dachschräge von 42° gelegene Raum nur auf einer

Breite von rund 2,50 m. Damit kommt ein sinnvoller Mitgebrauch der Wohnungseigentümer an diesem Raum, etwa die Nutzung als Trockenspeicher oder als Hobbyraum, nicht in Betracht. Daß sich, wie aus dem Querschnitt ersichtlich ist, an den Giebelseiten des Speicherraumes jeweils ein Fenster von rund 1 m² Größe befindet, ändert daran nichts. Die Wohnungseigentümer sind auf die Nutzung des Speicherraumes auch nicht angewiesen: Im Kellergeschoß liegen, neben dem Heizungs- und dem Waschräum, zwei weitere rund 20 bis 25 m² große Räume, die im gemeinschaftlichen Eigentum stehen und für gemeinsame Zwecke genutzt werden können.

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. zum Problem auch den Beschuß des BayObLG vom 16. 3. 1995 — 2 Z BR 12/95 —, in diesem Heft S. 204.

10. BGB § 883 (Mehrfach bedingter Rückkauflassungsanspruch durch Vormerkung sicherbar)

1. Bei der Frage, ob ein Anspruch auf Rückübertragung von Grundstückseigentum durch Vormerkung gesichert werden kann, ist zwischen — aufschiebend oder auflösend — bedingten und künftigen Ansprüchen zu unterscheiden.
2. Auch ein mehrfach bedingter Anspruch aus einem Vertrag zugunsten Dritter entsteht bereits im Zeitpunkt der Vereinbarung und bildet somit eine gesicherte Grundlage für die Eintragung der Vormerkung.

(Leitsatz der Schriftleitung)

BayObLG, Beschuß vom 11. 5. 1995 — 2 Z BR 28/95 —, mitgeteilt von Notar Dr. Michael Bohrer, München

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten zu 1 und 2, die Eltern des Beteiligten zu 3, sind im Grundbuch als Miteigentümer je zur Hälfte eines Grundstücks und eines 1/42 Miteigentumsanteils an zwei weiteren Grundstücken eingetragen. Zu notarieller Urkunde ließ der Beteiligte zu 1 seine Miteigentumsanteile an den Beteiligten zu 3 auf. Unter Abschnitt 5.4 der Urkunde behielt sich der Beteiligte zu 1 als Veräußerer das Recht vor, für bestimmte im einzelnen aufgeführte Fälle vom Erwerber die Rücküberweisung des Vertragsgegenstandes verlangen zu können. In Abschnitt 5.4 heißt es:

Dieses Recht kann nur höchstpersönlich ausgeübt werden und ist bis zum Zeitpunkt seiner Ausübung weder vererblich noch übertragbar.

Die Vertragsparteien bewilligten hierfür die Eintragung einer Auflassungsvormerkung zugunsten des Veräußerers. In Abschnitt 5.5 der Urkunde ist bestimmt:

Sollte der Veräußerer vor seiner Ehefrau K. B. — in diesem Abschnitt kurz „Begünstigter“ genannt — versterben, ohne das Rückübertragungsverlangen wirksam ausgeübt zu haben, ist das vorstehend in Abschn. 5.4. begründete bedingte Übereignungsversprechen dem Begünstigten gem. § 328 Abs. 1 BGB mit demselben Inhalt in der Weise zugewendet, daß der heutige Veräußerer zu seinen Lebzeiten beliebig über die in gegenwärtigem Abschnitt begründete Begünstigung verfügen kann.

Zur Sicherung des nach § 328 Abs. 1 BGB dem Begünstigten zugewendeten bedingten Übereignungsanspruchs bewilligen und beantragen die Vertragsteile eine Vormerkung gem. § 883 BGB zugunsten des Berechtigten in das Grundbuch einzutragen.

Den Antrag auf grundbuchamtlichen Vollzug der Urkunde hat das Grundbuchamt durch Zwischenverfügung dahingehend beanstandet, eine Vormerkung zugunsten der Beteiligten zu 2 gem. Abschnitt 5.5 der Urkunde könne nicht eingetragen werden, da der Veräußerer beliebig über die in Abschnitt 5.5 der Urkunde begründete Begünstigung der Beteiligten zu 2 verfügen, sie somit auch wieder aufheben könne. Die Erinnerung/Beschwerde der Beteiligten, mit der sie geltend machen, der Verfügungsvorbehalt in Abschnitt 5.5 der Urkunde beziehe sich auf das Recht des Veräußerers, nach Eintritt eines Rückübereignungsgrundes gegenüber dem Erwerber auf das Recht zur Rückübereignung verzichten zu können, hat das Landgericht zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde der Beteiligten führte zur Aufhebung der Vorentscheidungen und zur Zurückverweisung an das Amtsgericht — Grundbuchamt.

Aus den Gründen:

1. Das Landgericht hat ausgeführt: Die Kammer lege die Urkunde in Abschnitt 5.5 entsprechend den Ausführungen des Notars in der Rechtsmittelbegründung aus. Eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs der Beteiligten zu 2 gem. Abschnitt 5.5 der notariellen Urkunde sei nicht eintragungsfähig. Nach dem Wortlaut der Urkunde entstehe ein Anspruch der Beteiligten zu 2 dann nicht, wenn der Beteiligte zu 1 gegenüber dem Beteiligten zu 3 mit oder ohne Eintritt einer der vorgesehenen Bedingungen zur Rückübereignung auf das Recht der Beteiligten zu 2 verzichte oder ein Aufhebungsvertrag geschlossen werde. Dies komme durch die Formulierung „daß der heutige Veräußerer zu seinen Lebzeiten beliebig über die in gegenwärtigem Abschnitt begründete Begünstigung verfügen kann“ zum Ausdruck. Die in „gegenwärtigem Abschnitt begründete Begünstigung“ sei (auch) diejenige zugunsten der Beteiligten zu 2. Es handle sich um ein künftiges und bedingtes Recht der Beteiligten zu 2, das jederzeit ohne ihre Zustimmung aufgehoben werden könne. Eine gesicherte Rechtsstellung, die die Eintragung einer Vormerkung rechtfertige, liege somit nicht vor.

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Der Auflassungsanspruch der Beteiligten zu 2 ist als bedingter Anspruch vormerkungsfähig.

a) Gegenstand des Beschwerdeverfahrens gegen eine Zwischenverfügung des Grundbuchamts (§ 18 Abs. 1 Satz 1 GBO) ist in beiden Instanzen nur das in der Zwischenverfügung angenommene Eintragungshindernis (BayObLGZ 1986, 208/212; *Demharter*, GBO, 21. Aufl., § 71 Rdnr. 35).

(1) Das Grundbuchamt hat Abschnitt 5.5 der notariellen Urkunde dahin ausgelegt, es solle der Veräußerer über die der Beteiligten zu 2 eingeräumte Begünstigung, daß ihr im Fall seines Vorversterbens und der Nichtausübung eines begründeten Rückübereignungsverlangens ein Auflassungsanspruch zustehe, weiterhin beliebig verfügen, somit die Begünstigung auch wieder aufheben können. Die Entstehung des zu sichernden Anspruchs hält es für zu ungewiß, verneint deshalb die Eintragungsfähigkeit der Auflassungsvormerkung zugunsten der Beteiligten zu 2 und weist auf eine Änderungsmöglichkeit der notariellen Urkunde hin. Nur das aufgrund dieser Auslegung des Grundbuchamts angenommene Eintragungshindernis ist Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens.

(2) Die in Abschnitt 5.5 getroffene Bestimmung, deren Eintragung im Grundbuch beantragt und bewilligt wird, ist als verfahrensrechtliche Erklärung auslegungsfähig. Für die

Auslegung gelten die Grundsätze des § 133 BGB entsprechend. Danach ist auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie sie sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergeben (BGHZ 92, 355; 113, 378; BayObLGZ 1987, 156 [= MittBayNot 1987, 208]; 1993, 189; OLG Düsseldorf Rpfleger 1988, 357; *Demharter*, § 19 Rdnr. 28). Das Nächstliegende ist dabei maßgeblich, solange keine gegenteiligen Anhaltspunkte ersichtlich sind (BayObLG DNotZ 1977, 360).

Wie das Grundbuchamt zu Recht ausführt, hat die Formulierung in Abschnitt 5.5, der heutige Veräußerer könne zu seinen Lebzeiten beliebig „über die im gegenwärtigen Abschnitt“ begründete Begünstigung verfügen, die nächstliegende Bedeutung, daß der Veräußerer beliebig über die in Abschnitt 5.5 der Beteiligten zu 2 eingeräumte Begünstigung verfügen kann, d. h. er soll das der Beteiligten zu 2 eingeräumte Recht auf Auflassung wieder rückgängig machen können. „Gegenwärtiger Abschnitt“ ist Abschnitt 5.5, nicht 5.4. In Abschnitt 5.5 ist zwar auf das in Abschnitt 5.4 enthaltene Rückübereignungsversprechen verwiesen. Es ist aber in Abschnitt 5.5 entgegen den Ausführungen des Notars, denen das Landgericht folgt, nicht geregelt und auch im übrigen in der Form des § 29 GBO nicht nachgewiesen, daß die Beteiligte zu 2 eine Übereignung dann nicht verlangen kann, wenn die Rückübereignungsvoraussetzungen zu Lebzeiten des Veräußerers vorliegen, jedoch Veräußerer und Erwerber den Erlaß der Rückübereignungsverpflichtung vereinbart haben. Sollte dies in Abschnitt 5.5 gewollt sein, müßte die notarielle Urkunde abgeändert werden. Ob ein Anspruch des vom Notar vorgetragenen Inhalts durch eine Vormerkung gesichert werden kann, hat das Rechtsbeschwerdegericht derzeit nicht zu prüfen, da dies nicht Gegenstand der Zwischenverfügung ist.

b) Bei dem der Beteiligten zu 2 in Abschnitt 5.5 zugewendeten Übereignungsanspruch handelt es sich um einen mehrfach bedingten Anspruch. Dieser kann durch eine Vormerkung gesichert werden.

Das Landgericht nimmt an, nach Abschnitt 5.5 solle der Veräußerer „auch“ über die Begünstigung der Beteiligten zu 2 verfügen können; es liege damit ein künftiger, bedingter Anspruch vor, die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung dieses Anspruchs sei nicht möglich. Das Landgericht unterscheidet dabei nicht zwischen einem künftigen und einem bedingten Anspruch. Eine solche Unterscheidung ist jedoch bei der Prüfung, ob für den Anspruch eine Vormerkung eingetragen werden kann, erforderlich.

(1) § 883 Abs. 1 Satz 2 BGB sieht zur Sicherung künftiger oder bedingter Ansprüche die Eintragung einer Vormerkung ohne Einschränkung vor. Aus Gesichtspunkten des Grundbuchverfahrensrechts hat sich jedoch die Rechtsprechung entwickelt, daß nicht jeder nur denkbare Anspruch, der noch nicht besteht, aber möglicherweise entstehen kann, im Grundbuch vorgemerkt werden kann. Dabei ist zu unterscheiden zwischen einem künftigen und einem bedingten Anspruch. Bei einem künftigen Anspruch ist noch keine rechtliche Bindung eingetreten. Diese muß erst noch begründet werden wie z. B. bei einem Vorvertrag, einem Schenkungsversprechen, einem Vermächtnisanspruch, einem privatschriftlichen Kaufvertrag über ein Grundstück und dergleichen. Ein bedingter Anspruch hingegen liegt vor, wenn der Anspruch bereits begründet, entstanden ist, nicht mehr vom Willen des Verpflichteten abhängt, jedoch Wirkungen erst mit dem Eintritt der Bedingungen

(§§ 158 ff. BGB) entstehen oder enden (zur Abgrenzung vgl. BayObLG Rpfleger 1989, 190/191 unter Bezugnahme auf *Ertl*, MittBayNot 1977, 114 ff. und Rpfleger 1977, 345/347 ff. und *Lichtenberger*, NJW 1977, 1755 ff.; Übersicht zum Stand der Rechtsprechung bei *Staudinger/Gursky*, BGB 12. Aufl., § 883 Rdnr. 118 ff.).

Zur Sicherung künftiger Ansprüche kann eine Vormerkung nur eingetragen werden, wenn bereits der Rechtsboden für ihre Entstehung durch ein rechtsverbindliches Angebot oder Abkommen zwischen den künftigen Vertragsparteien soweit vorbereitet ist, daß ihre Entstehung nur noch vom Willen des künftigen Berechtigten, des Auflassungsberechtigten abhängt (RGZ 151, 75/77; BGHZ 12, 115/118 [= DNotZ 1954, 264]; BGH NJW 1981, 446 f.; BayObLGZ 1972, 397/400 [= DNotZ 1973, 298]; Rpfleger 1977, 361; OLG Celle MittRhNotK 1976, 15/18; OLG Hamm MittRhNotK 1986, 195; KG Rpfleger 1971, 312; 1972, 94; 1992, 243 [= MittBayNot 1992, 203]; *Staudinger/Gursky*, § 883 Rdnr. 123 m. w. N.). Zur Begründung wird ausgeführt, das Grundbuch dürfe nicht durch die Eintragung von Vormerkungen zur Sicherung erst künftig möglicherweise entstehender Ansprüche überlastet und damit unübersichtlich werden; die im Grundbuchverkehr erforderliche Rechtsklarheit und Rechtssicherheit müsse gewährleistet bleiben.

Diese für die Sicherung künftiger Ansprüche entwickelte Einschränkung hat die Rechtsprechung früher auch für die Sicherung bedingter Ansprüche angenommen; es wurde nicht klar unterschieden zwischen der Sicherung künftiger und der Sicherung bedingter Ansprüche (vgl. BGHZ 12, 115/118 [= DNotZ 1954, 264]; BayObLGZ 1976, 297/299 [= MittBayNot 1977, 14]; 1977, 103 ff. [= MittBayNot 1977, 113 = DNotZ 1977, 662]; KG DNotZ 1972, 193/194; OLG Celle MittRhNotK 1976, 15 ff.). Auch Grundbuchamt und Landgericht beziehen sich auf diese Rechtsprechung. Nach Hinweisen aus der Praxis (insbesondere *Ertl* und *Lichtenberger* a. a. O.), daß zwischen der Sicherung eines künftigen und derjenigen eines bedingten Anspruchs zu unterscheiden ist, wird nunmehr die Eintragungsfähigkeit der Vormerkung zur Sicherung bedingter Ansprüche ohne die hinsichtlich künftiger Ansprüche bestehenden Einschränkungen bejaht (BayObLGZ 1977, 247/249 [= MittBayNot 1977, 230 = DNotZ 1978, 39]; 1977, 268/272 [= MittBayNot 1977, 232 = DNotZ 1978, 159]; Rpfleger 1989, 190/191 [= MittBayNot 1989, 90 = DNotZ 1989, 370]; OLG Hamm Rpfleger 1978, 137/138; *Haegeler/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 10. Aufl., Rdnr. 1489; MünchKomm-BGB/Wacke, 2. Aufl., § 883 Rdnr. 23; vgl. auch *Staudinger/Gursky*, § 883 Rdnr. 120/122). An dieser Auffassung wird festgehalten, da ein bedingter Anspruch bereits im Zeitpunkt der Vereinbarung entsteht und damit eine gesicherte Grundlage für die Eintragung der Vormerkung gegeben ist.

Der Bundesgerichtshof (BGH DNotZ 1963, 230/232) hat die Vormerkungsfähigkeit bedingter Ansprüche auch ohne weitere Voraussetzungen bejaht. Den früher vom Bundesgerichtshof (BGHZ 12, 115/117 [= DNotZ 1954, 264]) und später vom Kammergericht (DNotZ 1972, 173/174) gemachten Ausführungen, nach Rechtsprechung und Rechtslehre seien künftige und bedingte Ansprüche nur dann vormerkungsfähig, wenn für die künftige Gestaltung des Anspruchs bereits eine feste Grundlage vorhanden sei, schließt sich der Senat an. Die weiteren Ausführungen des Bundesgerichtshofs in dieser Entscheidung, Voraussetzung der Vormerkbarkeit sei, daß die Entstehung des Anspruchs

„nur noch vom Willen des demnächst Berechtigten abhängt“, betrafen den damals gegenständlichen Fall eines künftigen, nicht eines bedingten Auflassungsanspruches. Auch die Entscheidung des Kammergerichts hatte einen künftigen Anspruch zum Gegenstand. Das OLG Celle (MittRhNotK 1976, 15/18) verneint bei einem bedingten Anspruch die Eintragungsfähigkeit der Vormerkung dann, wenn der zu sichernde Anspruch von der Willkür eines erst demnächst Verpflichteten abhängt. Ob dem zu folgen ist, kann offen bleiben, denn eine solche Einschränkung liegt hier nicht vor. Auch die mehrfache Bedingtheit eines Anspruchs hindert grundsätzlich die Vormerkbarkeit des zu sichernden Anspruchs nicht (vgl. BayObLG Rpfleger 1981, 190 [= MittBayNot 1981, 72]; OLG Zweibrücken OLGZ 1981, 167/170).

(2) Der der Beteiligten zu 2 in Abschnitt 5.5 der notariellen Urkunde durch eine vertragliche Regelung zugunsten Dritter gem. § 328 Abs. 1 BGB eingeräumte Anspruch ist mehrfach bedingt. Er ist ihr übertragen für den Fall, daß der Beteiligte zu 1 verstirbt, ein Rückübereignungsgrund vorliegt, der Beteiligte zu 1 jedoch eine Rückübereignung noch nicht verlangt hat. Der Übereignungsanspruch der Beteiligten zu 2 ist damit bereits durch die Vereinbarung entstanden. Er hängt jedoch von den aufschiebenden Bedingungen des Vorversterbens des Beteiligten zu 1 und des Vorliegens eines Rückübereignungsgrundes sowie der sog. Potestativbedingung der Nichtausübung des Rückübereignungsrechts durch den Beteiligte zu 1 ab. Wie ausgeführt, wird die Eintragung einer Vormerkung für derartige Fälle bejaht, da sie bedingte Ansprüche sichern soll (vgl. oben insbesondere BayObLGZ 1977, 268 ff. [= MittBayNot 1977, 232 = DNotZ 1978, 159]).

Nach der Formulierung in Abschnitt 5.5 der notariellen Urkunde darf jedoch der Beteiligte zu 1 auch nicht anderweitig über das Recht der Beteiligten zu 2 verfügt haben, denn es heißt, der Veräußerer, der Beteiligte zu 1, solle beliebig über das der Beteiligten zu 2 eingeräumte Recht verfügen können. Letzteres bedeutet aber nicht, daß das Recht der Beteiligten zu 2 erst in Zukunft begründet werden soll. Vielmehr steht es nur unter einer auflösenden Bedingung, denn die Einschränkung besagt lediglich, daß der Beteiligte zu 1 das Recht der Beteiligten zu 2 wieder rückgängig machen kann. Für die Beteiligte zu 2 ist damit durch den Vertrag nicht nur — wie bei in Zukunft erwarteten Erb- oder Vermächtnisansprüchen — die Hoffnung begründet worden, den Anspruch zu erwerben, vielmehr ist ihr der Anspruch in der Vereinbarung selbst bereits zugewendet. Die Vertragsparteien haben auch durch die im Vertrag bewilligte und beantragte Eintragung des Rechts der Beteiligten zu 2 im Grundbuch zum Ausdruck gebracht, daß der Beteiligte zu 2 sofort und nicht erst in Zukunft ein Übertragungsanspruch eingeräumt werden soll.

(3) Den Vorinstanzen ist zuzugeben, daß der Beteiligten zu 2 zwar nur eine Rechtsposition gewährt ist, die allein durch die Willenserklärung des Veräußerers rückgängig gemacht werden kann. Eine solche Einschränkung stellt als auflösende Bedingung eine echte Bedingung im Sinn des § 158 BGB dar. Sie hindert die Vormerkbarkeit des Auflassungsanspruches nicht, da der zur Übereignung Verpflichtete, der Beteiligte zu 3, seine im Vertrag begründete Verpflichtung jedenfalls einseitig nicht aufheben kann (so *Staudinger/Gursky*, § 883 BGB Rdnr. 126). Der Senat hat bei einem Vorvertrag zugunsten eines Dritten, in dem die Vertragsparteien sich die Befugnis vorbehalten, die zugunsten des

Dritten getroffenen Vereinbarungen wieder aufzuheben oder zu ändern, die Eintragung einer Vormerkung mit der Begründung abgelehnt, das Entstehen des Auflassungsanspruchs hänge nicht allein vom Willen des Berechtigten ab (BayObLGZ 1976, 297 ff. [= MittBayNot 1977, 14]; ebenso *Haegeler/Schöner/Stöber*, Rdnr. 1489 unter Bezugnahme auf diese Entscheidung, die jedoch darauf hinweisen, daß *Staudinger/Gursky* in Rdnr. 126 zu § 883 BGB „mit dem beachtlichen Argument“, daß der Verpflichtete jedenfalls einseitig seine Verpflichtung nicht beseitigen könne, eine andere Auffassung vertritt). Diese Entscheidung betraf jedoch einen künftigen, nicht einen bedingten Anspruch, sodaß sie im vorliegenden Fall nicht einschlägig ist. Wie ausgeführt, hat der Senat in den späteren Entscheidungen (BayObLGZ 1977, 247 ff. [= MittBayNot 1977, 230 = DNotZ 1978, 39]; 1977, 268 ff. [= MittBayNot 1977, 232 = DNotZ 1978, 159]; Rpfleger 1989, 190/91 [= MittBayNot 1989, 190 = DNotZ 1989, 370]) auch klargestellt, daß für die Vormerkbarkeit bedingter Auflassungsansprüche nicht gefordert werden kann, das Entstehen des Anspruchs dürfe nur noch vom Willen des Berechtigten abhängen.

(4) Die Sicherung des bedingten Auflassungsanspruchs der Beteiligten zu 2 stellt auch keine Umgehung der Vorschrift des § 137 Satz 1 BGB dar (vgl. BayObLGZ 1977, 268/272 f. [= MittBayNot 1977, 232 = DNotZ 1978, 159]; OLG Zweibrücken OLGZ 1981, 167 ff. jeweils m. w. N.).

11. GBO §§ 19, 22, 29 (*Grundbuchberichtigung beim Tod eines BGB-Gesellschafters*)

Die Berichtigung des durch den Tod eines Gesellschafters bürgerlichen Rechts unrichtig gewordenen Grundbuches setzt den Nachweis des Inhalts des Gesellschaftsvertrages voraus. Bei einem nicht notariell beglaubigten Gesellschaftsvertrag kann dieser Nachweis auch durch Vorlage eines Gesellschaftsvertrages geführt werden, der der Form des § 29 GBO nicht entspricht.

Pfälzisches Oberlandesgericht Zweibrücken, Beschluß vom 28. 3. 1995 — 3 W 42/95 —, mitgeteilt vom 3. Zivilsenat des Pfälzischen Oberlandesgerichts Zweibrücken

Aus dem Tatbestand:

Im Grundbuch ist der im Rubrum näher bezeichnete Grundbesitz eingetragen als Eigentum des A. und des Dr. B. als Gesellschafter bürgerlichen Rechts. Zugunsten des C. ist des weiteren eine Vormerkung zur Sicherung eines bedingten Übertragungsanspruches eingetragen.

Nach § 4 Abs. 2 des privatschriftlichen Gesellschaftsvertrages vom 20. 3. 1991 kann die Gesellschaft von jedem Gesellschafter mit einer Frist von sechs Monaten gekündigt werden. § 5 Abs. 1 des Vertrages bestimmt, daß beim Tod eines der Gesellschafter der Anteil des Verstorbenen am Gesamthandsvermögen dem anderen Gesellschafter außerhalb des Erbanges anwächst und die Gesellschaft endet. Im Auftrag und aufgrund Generalvollmacht ihres Bruders A. kündigte dessen Schwester den Gesellschaftsvertrag mit Schreiben vom 8. 12. 1993 zum 30. 6. 1994. A. verstarb am 6. 3. 1994.

Der Beteiligte Dr. B. begehrt die Berichtigung des Teileigentumsgrundbuches bezüglich der Eigentümerverhältnisse und der Auflassungsvormerkung und hat beantragt, ihn nach dem Tod seines Mitgesellschafters als Alleineigentümer einzutragen. Die Rechts-

pflegerin beim Amtsgericht Bad Kreuznach hat durch Zwischenverfügung vom 16. 5. 1994 beanstandet, daß der Gesellschaftsvertrag angesichts seiner Kündigung nicht Grundlage für die beantragte Grundbucheintragung sein könne. Nach Nichtabhilfe durch Rechtspflegerin und Referatsrichter hat die Zivilkammer die hiergegen eingelegte Erinnerung/Beschwerde des Beteiligten zurückgewiesen.

Mit seiner hiergegen gerichteten weiteren Beschwerde verfolgt der Beteiligte seinen Eintragungsantrag weiter.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist begründet.

Zur Berichtigung des Grundbuches bedarf es entweder der vorliegend nicht erklärten Bewilligung des durch die Berichtigung Betroffenen nach § 19 GBO oder aber des Nachweises der Grundbuchunrichtigkeit (§ 22 Abs. 1 Satz 1 GBO). Dieser Nachweis ist in der Form des § 29 GBO zu führen, auch wenn die Möglichkeit, eine formgerechte Erklärung abzugeben, im Einzelfall erschwert oder unzumutbar ist oder sogar unmöglich sein sollte; notfalls ist der dingliche Anspruch auf Bewilligung der Berichtigung aus § 894 BGB klageweise durchzusetzen. Nur wenn auch dies nicht möglich ist, muß sich das Grundbuchamt ausnahmsweise mit einem nicht der Form des § 29 entsprechenden Nachweis begnügen (BayObLGZ 1991, 301, 305 [= MittBayNot 1992, 47 = DNotZ 1992, 157 mit zustimmender Anmerkung von *Jaschke* S. 160]; *Demharter*, GBO, 21. Aufl., § 22 Rdnr. 42; zur Testamentsvollstreckung vgl. *KEHE/Eickmann*, GBO, 4. Aufl., § 52 Rdnr. 15). Dies scheint in Rechtsprechung und Literatur außer Streit zu sein. Allein die Möglichkeit des Nachweises der Grundbuchunrichtigkeit in der Form des § 29 GBO bzw. der Durchsetzung des Anspruchs auf Abgabe einer Berichtigungsbewilligung wird bei der Grundbuchberichtigung anlässlich des Todes eines BGB-Gesellschafters unterschiedlich gesehen (vgl. BayObLG a. a. O.; BayObLGZ 1992, 259 = Rpfleger 1993, 105 [= MittBayNot 1993, 363]; OLG Schleswig-Rpfleger 1992, 149 = MittBayNot 1992, 139; *Ertl*, MittBayNot 1992, 11, 14 und 1992, 140; *Haegeler/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 10. Aufl., Rdnr. 983 a, insbesondere Fußn. 44). Der Senat folgt insoweit der überzeugenden Rechtsprechung des BayObLG. Danach hat sich die Zivilkammer zu Unrecht nicht mit einem nicht der Form des § 29 GBO entsprechenden Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit begnügt; es reicht aus, daß der Inhalt des Gesellschaftsvertrages in anderer Weise zur Überzeugung des Grundbuchamtes nachgewiesen wird.

(1) Sind als Eigentümer eines Grundstücks im Grundbuch mehrere Personen als Gesellschafter bürgerlichen Rechts eingetragen, wird das Grundbuch mit dem Tod eines Gesellschafters unrichtig (zu den verschiedenen möglichen Rechtsfolgen vgl. *Eickmann*, Rpfleger 1985, 85, 92; BayObLGZ 1991, 301 = MittBayNot 1992, 47 = DNotZ 1992, 157; a. A.: *Jaschke*, DNotZ 1992, 160, 162 mit Hinweis darauf, daß dem Gesamthänder grundsätzlich keine dingliche Mitberechtigung am gemeinschaftlichen Grundstück zustehe und deshalb die Rechtszuständigkeit und die Identität der Gesamthandsgesellschaft auch bei einem Mitgliederwechsel gewahrt bleibe; es seien lediglich tatsächliche Angaben richtigzustellen, und § 22 GBO komme nicht zur Anwendung. Vgl. dazu auch *Ertl*, MittBayNot 1992, 11, 12 m. w. N.). Dies gilt jedenfalls dann, wenn — wie vorliegend, ausgehend von dem Gesellschaftsvertrag vom 20. 3. 1991 — die Gesellschafter eine sogenannte Fortsetzungsklausel ver-

einbart haben und nach dem Tod eines der Gesellschafter keine Zwei-Personen-Gesellschaft übrigbleibt. Im Falle einer Fortsetzungsklausel wächst der Anteil des durch Tod ausgeschiedenen Gesellschafters den übrigen Gesellschaftern ohne Rechtsänderung hinsichtlich des Gesellschaftsvermögens zu (§ 738 Abs. 1 Satz 1 BGB; vgl. *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., § 45 V 2 = S. 1098 ff). Wenn aber keine Zwei-Personen-Gesellschaft übrigbleibt, erlischt die Gesellschaft, und der allein verbleibende Gesellschafter wird ohne Liquidation der Gesellschaft Alleininhaber des Gesellschaftsvermögens (vgl. *Schlegelberger/Schmidt*, HGB, 5. Aufl., § 138 Rdnr. 25). In § 5 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages vom 20. 3. 1991 ist dies zutreffend formuliert. Hiervon ausgehend ist das Grundbuch nunmehr unrichtig.

(2) Eine Grundbuchberichtigung im Wege des Unrichtigkeitsnachweises setzt beim Tod eines eingetragenen BGB-Gesellschafters den Nachweis voraus, welchen Inhalt der Gesellschaftsvertrag hat. Allein der Beleg der Unrichtigkeit durch den Tod genügt nicht. Nachgewiesen werden muß vielmehr die wirkliche Rechtslage, die im Grundbuch verlautbart werden soll; alle Möglichkeiten, die der Richtigkeit der beantragten neuen Eintragung entgegenstehen würden, müssen ausgeräumt werden. Die Rechtsfolgen beim Tod eines Gesellschafters bürgerlichen Rechts bestimmen sich grundsätzlich nach dem Gesellschaftsvertrag, dessen Inhalt deshalb nachzuweisen ist (so zutreffend BayObLG jeweils a. a. O.; diesem insoweit folgend: OLG Schleswig, Rpfleger 1992, 149 = MittBayNot 1992, 139; *Demharter*, a. a. O., § 22 Rdnr. 37; *Haegle/Schöner/Stöber*; a. a. O., Rdnr. 983 a = S. 398). Ob auf die Vorlegung des Gesellschaftsvertrages dann verzichtet werden kann, wenn es sich bei einer gesellschaftsvertraglichen Abweichung von der gesetzlichen Regel des § 727 Abs. 1 BGB nur um eine ganz entfernt liegende, bloß theoretische Möglichkeit handeln würde (vgl. BayObLGZ 1991, 301, 304 = MittBayNot 1992, 47 = DNotZ 1992, 157), bedarf bei vorliegender Sachverhaltsgestaltung keiner Entscheidung.

(3) Der Gesellschaftsvertrag vom 20. 3. 1991 entspricht nicht der Form des § 29 GBO. Dem Beteiligten ist es auch nicht möglich, den privatschriftlichen Vertrag nachträglich mit dieser Formvorschrift in Einklang zu bringen. § 40 BeurkG geht davon aus, daß die Unterschrift persönlich vor dem Notar vollzogen oder persönlich, also von demjenigen anerkannt wurde, der behauptet, sie geleistet zu haben. Aufgrund der Anerkennung einer fremden Unterschrift darf eine notarielle Unterschriftsbeglaubigung nicht erfolgen (vgl. *Huhn/v. Schuckmann*, Beurkundungsgesetz, 2. Aufl., § 40 Rdnr. 14 m. w. N.). Die von *Ertl* (MittBayNot 1992, 11, 15) vorgeschlagene Bestätigung des Vertragsinhaltes durch die Erben des Verstorbenen steht der öffentlichen Beglaubigung der Unterschrift nicht gleich und vermag lediglich zur Überzeugung des Grundbuchamtes auch ohne Vorlage des Vertrages in grundbuchmäßiger Form beizutragen. Erben, die selbst nicht Vertragspartner sind, werden dazu wohl auch nur unter besonderen Umständen in der Lage sein (zu diesen Bedenken schon: BayObLGZ 1992, 259 = Rpfleger 1993, 105 [= MittBayNot 1993, 363]).

Aber auch eine Grundbuchberichtigung im Wege der Berichtigungsbewilligung scheidet vorliegend aus. Nach § 19 GBO ist zur Bewilligung nur derjenige berufen, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird. Nach den überzeugenden Ausführungen des Bayerischen Obersten

Landesgerichts (BayObLGZ 1992, 259 = Rpfleger 1993, 105 [= MittBayNot 1993, 363] mit ablehnenden Anmerkungen zu *Ertl*, MittBayNot 1992, 11 und 1992, 140) vollzieht sich die Rechtsnachfolge beim Tod eines BGB-Gesellschafters grundsätzlich nicht nach den Regeln des Erbrechts, sondern nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, sodaß die Erben des verstorbenen Gesellschafters nicht ohne weiteres als bewilligungsberechtigt anzusehen sind. Die grundbuchrechtliche Buchposition des Erblassers ist Ausfluß der materiellen Berechtigung, die durch sie verlautbart wird. Vollzieht sich die Rechtsnachfolge aber nicht nach erbrechtlichen Regeln, so gilt dies grundsätzlich auch für die Rechtsnachfolge in die Buchposition. Entgegen der Auffassung der Zivilkammer sind die Erben des verstorbenen Mitgesellschafters zur Bewilligung der Grundbuchberichtigung deshalb nicht befugt und infolgedessen auch nicht im Sinne des § 894 BGB verpflichtet, der Berichtigung zuzustimmen. Die gesellschaftsvertragliche Fortsetzungsklausel führt die Mitgliedschaft am Nachlaß vorbei (vgl. *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., § 45 V 2 b = S. 1099); für die Rechtsnachfolge in die Buchposition gilt dies entsprechend (ebenso wie das BayObLG: *Jaschke*, DNotZ 1992, 160; *Eickmann*, Rpfleger 1985, 85, 92; a. A.: *Ertl* a. a. O.; *Haegle/Schöner/Stöber* a. a. O., Rdnr. 983 a, insbesondere Fußn. 44).

(4) Der Kündigung der Gesellschaft gemäß Schreiben der bevollmächtigten Schwester des Mitgesellschafters A. gemäß Schreiben vom 8. 12. 1993 zum 30. 6. 1994 hat die Zivilkammer angesichts des davor eingetretenen Todes des Mitgesellschafters zu Recht keine Bedeutung beigemessen. Die Gestaltungswirkungen einer Kündigung der Gesellschaft treten nach § 723 Abs. 1 BGB grundsätzlich ein, sobald die Erklärung allen Gesellschaftern zugegangen ist; bei Bestehen einer vertraglichen Kündigungsfrist — wie vorliegend — ist hingegen der Zeitpunkt des Fristablaufs für den Eintritt der Auflösungswirkung maßgebend (vgl. BGH WM 1983, 170, 171; MünchKomm-BGB/*Ulmer*, 2. Aufl., § 723 Rdnr. 12; *Palandt/Thomas*, BGB, 54. Aufl., § 723 Rdnr. 1 und § 736 Rdnr. 1).

Das Grundbuchamt wird nunmehr unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats erneut über den Antrag auf Berichtigung des Teileigentumsgrundbuchs vom 10. 3. 1994 zu befinden haben.

12. ErbbauVO § 5 (Bestellung eines Untererbbbaurechtes)

Bei Bestellung eines Untererbbbaurechtes kann nicht vereinbart werden, daß der Untererbbbauberechtigte zur Veräußerung und Belastung des Untererbbbaurechtes der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf; dies gilt auch dann, wenn das Erbbaurecht nur mit Zustimmung des Grundstückseigentümers veräußert oder belastet werden kann.

LG Augsburg, Beschluß vom 8. 3. 1995 — 4 T 5186/94 —, mitgeteilt von *Dr. Manfred Rapp*, Notar in Landsberg

13. BGB § 1105 (*Anspruch auf Freistellung von Inanspruchnahme aus Reallast durch Reallast sicherbar*)

Wird ein mit einer Reallast belastetes Grundstück veräußert und übernimmt der Erwerber diese zur dinglichen Haftung mit der schuldrechtlichen Verpflichtung des Veräußerers, den Erwerber von jeder Inanspruchnahme aus der Reallast freizustellen, so kann dieser Freistellungsanspruch des Erwerbers durch eine Reallast an einem weiteren Grundstück des Veräußerers gesichert werden.

LG Memmingen, Beschluß vom 22.12.1994 – 4 T 1997/94 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Rapp*, Notar in Landsberg

Aus dem Tatbestand:

In einem Veräußerungsvertrag vereinbarten die Beteiligten folgende Reallast:

„An dem Vertragsgegenstand lastet eine Reallast zugunsten der Ehegatten G. und A. B. Herr G. B. ist zwischenzeitlich verstorben. Diesbezüglich wird die Löschung der Reallast unter Vorlage einer entsprechenden Sterbeurkunde beantragt. Frau A. B. ist nach Angabe des Veräußerers nicht zur Pfandfreigabe des Vertragsbesitzes bereit.

Der Erwerber übernimmt daher diese Reallast zur weiteren Duldung. Auf die Bestimmungen des § 1108 BGB, wonach bei einer Reallast der jeweilige Grundstückseigentümer auch persönlich haftet, wurde vom Notar hingewiesen. Der Veräußerer ist verpflichtet, den Erwerber unverzüglich im Falle der Inanspruchnahme aus der Reallast von sämtlichen Ansprüchen und Forderungen freizustellen.

Zur Sicherung der vorstehenden Freistellungsansprüche des Erwerbers bestellt der Veräußerer für den Erwerber eine Reallast an seinem gesamten übrigen an Ziffer I. bezeichneter Grundbuchblattstelle vorgetragenen Grundbesitz, jedenfalls an seinem gesamten Grundbesitz der Gemarkungen J. und M.

Die Eintragung dieser Reallast an nächstfolgender Rangstelle wird hiermit bewilligt und

beantragt.“

Das Grundbuchamt erließ eine Zwischenverfügung. Die Reallast sei aus folgenden Gründen nicht eintragungsfähig:

Die Reallast werde zugunsten des Erwerbers eingetragen, der Eigentümer des belasteten Grundstücks leiste jedoch an einen Dritten, nämlich an den Gläubiger der übernommenen Reallast. Denn er verpflichte sich, den Erwerber (= Gläubiger der neu einzutragenden Reallast) freizustellen, d. h. nicht an den Erwerber, sondern an den Dritten zu leisten. Diese Ansprüche seien jedoch nicht durch eine Reallast sicherbar.

Gegen diese Zwischenverfügung hat der beurkundende Notar Erinnerung eingelegt. Rechtspfleger und Amtsrichter haben der Erinnerung nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

Die als Beschwerde zu behandelnde Erinnerung ist zulässig und begründet.

Soweit das Grundbuchamt ein Eintragungshindernis darin sieht, daß sich der Veräußerer gegenüber dem Erwerber verpflichtet, den Dritten (Gläubigerin) von der Reallast freizustellen, geht das Amtsgericht unzutreffend davon aus, daß es die Eintragung einer Reallast i. S. d. § 1105 Abs. 1 BGB davon abhängig macht, daß der Schuldner (Veräußerer) nicht an den Erwerber, sondern an den Dritten unmittelbar leisten muß. Diese Auffassung wird durch § 1105 Abs. 1 BGB nicht gedeckt. Der Gesetzeswortlaut geht lediglich davon aus, daß „an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt“ wiederkehrende Leistungen aus dem

Grundstück zu entrichten sind. Damit kommt es nicht darauf an, an wen der Verpflichtete tatsächlich leistet. Entscheidend ist vielmehr, daß wiederkehrende Leistungen an denjenigen, zugunsten dessen die Belastung erfolgt, erbracht werden. Dies bedeutet, daß aufgrund der vorliegenden Vereinbarung der Veräußerer zugunsten des Erwerbers auch dann Leistungen erbringt, wenn er sie unmittelbar an einen Dritten mit Wirkung für den Erwerber bezahlt.

14. FGG § 43 b (*Zuständiges Gericht für Aufhebung der Adoption*)

Für das gerichtliche Verfahren zur Aufhebung einer Adoption ist das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirk die Annehmenden zur Zeit der Antragstellung ihren Wohnsitz haben.

LG Augsburg, Beschluß vom 20.3.1995 – 5 T 892/95 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Rapp*, Notar in Landsberg

Aus dem Tatbestand:

Auf Antrag der Eheleute von B. sprach das Amtsgericht Wedding nach Zustimmung des Kindes und seiner Mutter, die zugleich erklärte, daß der Vater unbekanntes Aufenthalts sei, mit Beschluß vom 11.6.1992 die Annahme des damals 16jährigen polnischen Staatsangehörigen R. G. als gemeinsames Kind der Eheleute von B. aus. Am 1.8.1994 beantragten die Eheleute von B., die inzwischen in L. Wohnsitz genommen hatten, mit notarieller Urkunde beim Amtsgericht L. die Aufhebung der Adoption. Zur Begründung trugen sie vor, der Angenommene habe sie beim Adoptionsantrag über seine Bereitschaft, mit ihnen als Deutscher in einem Eltern-Kind-Verhältnis zu leben, getäuscht. R. habe sich geweigert, dabei mitzuwirken, die Anerkennung der Adoption bei den polnischen Behörden herbeizuführen, und habe sich heimlich einen neuen polnischen Reisepaß auf den Namen R. G. beschafft.

Nach Vollendung seines 18. Lebensjahres habe er den Kontakt zu ihnen abgebrochen, was beweise, daß es dem Jungen und seiner Mutter von Anfang an nur um den Erhalt eines Aufenthaltsrechts in Deutschland gegangen sei. Inzwischen habe man auch erfahren, daß der Aufenthaltsort des Vaters bekannt gewesen sei.

Mit Beschluß vom 22.11.1994 erklärte sich das Amtsgericht L. für unzuständig zur Entscheidung über den Antrag auf Aufhebung der Adoption und gab das Verfahren an das Amtsgericht Wedding ab.

Zur Begründung wurde u. a. ausgeführt, daß die Anfechtung des Adoptionsantrags wegen arglistiger Täuschung gegenüber dem Gericht auszuüben sei, bei dem auch der Antrag gestellt worden war.

Mit Schreiben ihres Bevollmächtigten vom 5.12.1994 legten die Antragsteller gegen den Beschluß des Amtsgerichts L. vom 22.11.1994 Beschwerde ein mit dem Ziel der Aufhebung der Entscheidung. Zur Begründung wurde im wesentlichen vorgetragen, daß das Amtsgericht zur Entscheidung über den Aufhebungsantrag nach § 43 b FGG zuständig sei, da die Annehmenden zur Zeit der Antragstellung ihren Wohnsitz im Bezirk des Amtsgerichts L. hatten.

Mit Verfügung vom 27.2.1995 legte das Amtsgericht L. die Akten dem Landgericht Augsburg zur Entscheidung über die Beschwerde vor.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde der Eheleute von B. ist nach §§ 19, 20 Abs. 1 FGG zulässig und auch begründet.

1. (...)

2. Die Beschwerde ist begründet, da das Amtsgericht L. in dem angefochtenen Beschluß zu Unrecht seine Zuständigkeit verneint hat.

Das Amtsgericht L. ist im vorliegenden Fall zur Entscheidung über den Antrag auf Aufhebung der Adoption gem. § 43 b FGG zuständig, da die Annehmenden jedenfalls zur Zeit der Antragstellung im Bezirk des Amtsgerichts L. wohnhaft waren.

Die Kammer schließt sich der ständigen Rechtsprechung des Bayerischen Obersten Landesgerichts und der herrschenden Meinung in der Literatur an, daß die durch das Adoptionsgesetz vom 2.7.1976 eingefügte Sondervorschrift für Adoptionsverfahren die örtliche Zuständigkeit für alle Angelegenheiten im Zusammenhang mit der Adoption eines Kindes regelt, einschließlich der Aufhebung der Adoption (vgl. BayObLGZ 1977, 175, 176; BayObLGZ 1978, 1 f.; 258, 259; *Staudinger/Frank*, BGB, 12. Aufl., Rdnr. 19 zu § 1759; *Soergel/Liermann*, BGB, 12. Aufl., Rdnr. 8 zu § 1759; MünchKomm-BGB/Lüderitz, 3. Aufl., Rdnr. 6 zu § 1759; BGB-RGRK/Dickescheid, 12. Aufl., Rdnr. 7 zu § 1759; *Keidel/Kuntze/Winkler*, FGG, 13. Aufl., Rdnr. 2 zu § 43 b und Rdnr. 6 zu § 56 f.; *Bumiller/Winkler*, FGG, 5. Aufl., Anm. 1 zu § 43 b).

Die nicht begründete abweichende Ansicht in *Palandt/Diederichsen*, BGB, 53. Aufl., Rdnr. 2 zu § 1759, die Zuständigkeit für die Aufhebung einer Adoption richte sich nach §§ 36, 43 FGG, also dem Wohnsitz des „Mündels“, vermag nicht zu überzeugen.

Der Wortlaut des § 43 b FGG ist sehr weitgehend gefaßt.

Auch wenn der Text und die Entstehungsgeschichte des § 43 b FGG bezüglich einer Einbeziehung der Aufhebungsfälle nicht eindeutig sind (MünchKomm-BGB/Lüderitz, a. a. O.), ist jedenfalls kein sachlicher Grund für eine abweichende Zuständigkeitsregelung im Falle der Aufhebung der Adoption ersichtlich. Das Gericht geht daher mit der herrschenden Meinung davon aus, daß auch die Zuständigkeit für die Aufhebung eines Annahmeverhältnisses von den neuen Sondervorschriften erfaßt werden sollte, wobei maßgeblich für die örtliche Zuständigkeit der Wohnsitz der Annehmenden bei Beginn des Aufhebungsverfahrens ist.

15. BGB § 2312 (Maßgeblicher Zeitpunkt für Pflichtteilsberechnung nach dem Ertragswert)

Für die Anwendung von § 2312 BGB kommt es auf die Verhältnisse beim Erbfall an.

BGH, Beschluß vom 14. 12. 1994 — IV ZR 113/94 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH a. D.

Aus den Gründen:

Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Die Revision hat im Endergebnis auch keine Aussicht auf Erfolg.

1. Im Ergebnis hat das Landgericht mit Recht angenommen, daß im vorliegenden Fall für die Pflichtteilsergänzungsansprüche der Kläger der Verkehrswert maßgeblich ist, weil der Beklagte den zu Lebzeiten des Erblassers übernommenen landwirtschaftlichen Betrieb schon vor dem Erbfall aufgegeben und den größten Teil der Ländereien verkauft hat.

Die Belastung, vor der § 2312 BGB den landwirtschaftlichen Betrieb im öffentlichen Interesse schützen soll (BGHZ 98, 375, 379 m. w. N. [= MittBayNot 1987, 149 = DNotZ 1987, 426]), tritt erst im Erbfall auf. Vorher bestehen weder Pflichtteils- noch Pflichtteilsergänzungsansprüche noch auch der Anspruch aus § 2329 Abs. 1 BGB (arg. § 2317 Abs. 1 BGB). Auch die Frage, ob die Privilegierung des Pflichtteilsberechtigten, der ein Landgut übernimmt, durch die Bewertungsvorschrift des § 2312 BGB gegenüber anderen Pflichtteilsberechtigten mit Art. 3 Abs. 1 GG zu vereinbaren ist (vgl. zu § 1376 Abs. 4 BGB BVerfGE 67, 348, 368 = NJW 1985, 1329, 1330 unter 4.), stellt sich erst beim Erbfall, durch den die dann vorhandenen nahen Angehörigen Pflichtteilsansprüche erwerben. In dieser Situation ist eine Bevorzugung dessen, der das Landgut übernimmt, gem. § 2312 BGB nur gerechtfertigt, wenn der Zweck des § 2312 BGB, nämlich die Erhaltung eines leistungsfähigen landwirtschaftlichen Betriebes in der Hand einer vom Gesetz begünstigten Person (BGHZ 98, 382, 388 [= MittBayNot 1987, 149 = DNotZ 1987, 426]), noch erreicht wird.

Daß dieser Zweck früher einmal, nämlich im Zeitpunkt der Übergabe des Landguts zu Lebzeiten des Erblassers, erreicht worden ist, kann für die Beurteilung der Rechtslage im Erbfall keine Rolle spielen. Auch wenn sich die Übergabe zu Lebzeiten des Erblassers ihrem Zweck nach wie hier als vorweggenommene Erbfolge darstellt, darf diese Einordnung doch nicht den Blick darauf verstellen, daß es im Zeitpunkt der Übergabe noch keinerlei Pflichtteilsansprüche auf das Vermögen des späteren Erblassers gab. Vielmehr konnte dieser frei und durch das Pflichtteilsrecht noch unbeschränkt unter Lebenden über sein Vermögen verfügen. Das allein rechtfertigte die Bevorzugung eines nahen Angehörigen gegenüber anderen vor dem Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG bis zum Erbfall.

2. Gleichwohl bleibt § 2312 BGB anwendbar, wenn das Landgut nicht erst beim Erbfall, sondern schon zu Lebzeiten des Erblassers aufgrund vorweggenommener Erbfolge auf einen (später pflichtteilsberechtigten) nahen Angehörigen übergegangen ist. Nur reicht es nicht aus, wenn die Voraussetzungen des § 2312 BGB zwar im Zeitpunkt der Übergabe vorgelegen haben, nicht aber noch im Zeitpunkt des Erbfalls. Soweit der Rechtsprechung bisher entnommen werden konnte, daß es für die Anwendung von § 2312 BGB bei vorweggenommener Erbfolge auf den Zeitpunkt des Erbfalls nicht mehr ankomme, kann daran nicht festgehalten werden (Urteil des damals für Erbrecht zuständig gewesenen III. Zivilsenats NJW 1964, 1414 unter 4 [= DNotZ 1965, 354]; beiläufig übernommen im Urteil des seither für Erbrecht zuständigen IV. Zivilsenats LM BGB § 2312 Nr. 4 [= MittBayNot 1977, 54]). Im Gegenteil kann § 2312 BGB auch anzuwenden sein, wenn der Übernehmer des zu Lebzeiten des Erblassers übergebenen Grundbesitzes die Voraussetzungen für seine dauerhafte Bewirtschaftung als Landgut erst zum Zeitpunkt des Erbfalls herstellt, etwa wenn die Bewirtschaftung im Zeitpunkt der Übergabe völlig aufgegeben war, der Übernehmer den Betrieb aber künftig selbst oder durch einem Abkömmling dauerhaft wiederaufnehmen will (vgl. Senat BGHR BGB § 2312 Landgut 2).

3. Für die Beurteilung als Landgut im Sinne von § 2312 BGB entscheidend ist mithin, ob der Tatrichter feststellen kann, daß im Zeitpunkt des Erbfalls die — realisierbar erscheinende — Absicht des Übernehmers bestand, hat,

den landwirtschaftlichen Betrieb auf Dauer fortzuführen (Prognose aus der objektivierenden Sicht eines unvoreingenommenen Betrachters, BGHR BGB § 2312 Landgut 2). Auf § 2312 BGB kommt es allerdings nicht mehr an, wenn das Landgut schon mehr als zehn Jahre vor dem Erbfall übergeben worden ist (§ 2325 Abs. 3 BGB) oder die aus dem Pflichtteilsrecht folgenden Ansprüche verjährt sind (§ 2332 BGB). Daraus kann entgegen der Auffassung des Landgerichts im vorliegenden Verfahren und des Oberlandesgerichts im vorausgegangenen Auskunftsprozeß aber nicht der Schluß gezogen werden, daß dem Übernehmer das Privileg des § 2312 BGB nicht mehr abgesprochen werden könne, wenn er den landwirtschaftlichen Betrieb vor dem Erbfall über längere Zeit geführt hat (im vorliegenden Fall sechs Jahre und vier Monate lang). Abgesehen davon, daß sich der nach dieser Auffassung maßgebende Zeitraum nicht eingrenzen läßt, können die Verhältnisse vor dem Erbfall grundsätzlich nicht für die Frage entscheidend sein, wie den Anforderungen von Art. 3 Abs. 1 GG an die gleiche Behandlung der erst durch den Erbfall entstandenen Pflichtteilsansprüche entgegen werden kann.

16. BGB § 2332 (Beginn der Verjährungsfrist beim Pflichtteilsanspruch)

Erkennt der Pflichtteilsberechtigte, daß die Verfügung von Todes wegen wirksam ist und er grundsätzlich Pflichtteilsansprüche geltend machen könnte, steht dem Lauf der Verjährungsfrist des § 2332 Abs. 1 BGB nicht entgegen, daß er sich wegen einer unrichtigen Auslegung der letztwilligen Verfügung über das Ausmaß seiner Beeinträchtigung irrt.

BGH, Urteil vom 25. 1. 1995 — IV ZR 134/94 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH a. D.

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger ist der Sohn der Beklagten. Er ist als einziges Kind aus deren Ehe mit dem am 6. 5. 1984 verstorbenen A. A. (künftig: Erblasser) hervorgegangen. Der Erblasser hatte am 25. 11. 1979 ein eigenhändiges Testament errichtet, in dem es u. a. heißt:

„Nach meinem Tod gehört alles, was ich besitze, meiner Frau H. A.

... Meine Frau und ich tun alles, um Frieden zu erhalten, denn nach dem Tod meiner Frau H. soll (der Kläger) Haus und Hof und alles, was meine Frau zum Leben nicht braucht, als Erbe erhalten, nach dem Willen meiner Frau H. ...“

Bei der Testamentsöffnung am 7. 6. 1984 erklärten die Parteien gegenüber dem Nachlassgericht, sie verstünden das Testament dahin, daß die Beklagte befreite Vorerbin und der Kläger Nacherbe geworden sei. Die Formulierung „nach dem Willen meiner Frau“ weise nicht auf eine — spätere — Willensbildung der Beklagten hin, sondern stelle bereits eine Anordnung des Erblassers dar, wonach der Kläger nach dem Tode der Beklagten „den Nachlaß erhalten soll“. Demgemäß wurde der Beklagten am 4. 7. 1984 ein Erbschein erteilt, der sie als befreite Vorerbin, den Kläger als Nacherben auswies.

Am 4. 12. 1986 beantragte der Kläger die Einziehung des Erbscheins. Er vertrat die Auffassung, die Beklagte sei lediglich nichtbefreite Vorerbin geworden. Gestützt auf diese Ansicht stellte er am 7. 5. 1987 beim Landgericht Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung, mit der seiner Mutter die Veräußerung näher bezeichneter Grundstücke untersagt und die Eintragung eines Veräußerungsverbots in das Grundbuch angeordnet werden sollte. Der Antrag blieb vor dem Landgericht und dem Oberlandesgericht

ohne Erfolg. In den Entscheidungsgründen seines Urteils vom 2. 12. 1987 führte das Oberlandesgericht aus, daß es zu der Annahme neige, der Erblasser habe den Kläger nicht als Nacherben einsetzen, sondern lediglich die beabsichtigte Erbfolge nach dem Tode der Beklagten bekanntgeben wollen.

Durch Beschluß vom 9. 3. 1988 schloß sich das Nachlassgericht dieser Beurteilung an, wies den Einziehungsantrag des Klägers zurück und zog den Erbschein von Amts wegen mit der Begründung ein, der Kläger sei nicht Nacherbe, die Beklagte vielmehr Vollerbin geworden. Daraufhin beantragte die Beklagte am 22. 4. 1988 die Erteilung eines Erbscheins, der sie als Alleinerbin — ohne Anordnung einer Nacherbfolge — ausweist. Nachdem der Kläger der Erteilung eines solchen Erbscheins entgegengetreten war, erhob sie beim Landgericht Klage auf Feststellung, daß sie Alleinerbin geworden sei. Durch Urteil vom 27. 2. 1992 gab das Landgericht der Klage statt. Sein Urteil wurde — infolge Berufungsrücknahme — am 27. 4. 1992 rechtskräftig.

Mit am 17. 11. 1992 beim Landgericht eingereichter Stufenklage macht der Kläger nunmehr gegen die Beklagte Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche geltend. Die Beklagte beruft sich auf Verjährung.

Vor dem Landgericht hatte die Klage auf der ersten Stufe Erfolg. Die Beklagte ist durch Teilurteil zur Auskunft über den Bestand des Nachlasses, zur Vorlage von Wertgutachten für zum Nachlaß gehörende Grundstücke sowie zur Auskunft über Schenkungen des Erblassers an sie — während der Ehezeit — und an Dritte — während der letzten zehn Jahre vor dem Erbfall — verurteilt worden. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage insgesamt wegen Verjährung abgewiesen.

Die Revision führte zur teilweisen Aufhebung des Urteils.

Aus den Gründen:

Die Revision ist teilweise begründet.

I. Das Berufungsgericht hat nicht zwischen Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsanspruch unterschieden. Soweit es den Pflichtteilsanspruch des Klägers für verjährt hält, wendet sich die Revision dagegen ohne Erfolg.

1. Der Pflichtteilsanspruch verjährt in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchem der Pflichtteilsberechtigte von dem Eintritt des Erbfalls und von der ihn beeinträchtigenden Verfügung Kenntnis erlangt hat (§ 2332 Abs. 1 BGB).

a) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Kläger vom Eintritt des Erbfalls noch am Todestag, dem 6. 3. 1984, Kenntnis erhalten. Seit der Testamentsöffnung am 7. 6. 1984 ist ihm das Testament des Erblassers, durch das er von der Erbfolge ausgeschlossen worden ist, im Wortlaut bekannt. Allerdings hat er die letztwillige Verfügung infolge unzutreffender Auslegung zunächst — in Übereinstimmung mit der Beklagten — dahin verstanden, daß er zwar mit dem Tod seines Vaters nicht Erbe, aber immerhin Nacherbe geworden sei und daß deshalb der väterliche Nachlaß nach dem Tod der Vorerbin, der Beklagten, auf ihn übergehen werde. Die Revision meint unter Bezugnahme auf ein Urteil des Kammergerichts (OLGE 30, 238), der Irrtum über den Umfang der von dem Testament ausgehenden nachteiligen Wirkung habe dazu geführt, daß der Kläger zunächst keine Kenntnis der ihn beeinträchtigenden Verfügung gehabt habe. Erst durch das Urteil des Landgerichts vom 27. 2. 1992 habe er die für den Beginn der Verjährungsfrist erforderliche Kenntnis erlangt.

b) Diese Ansicht ist unzutreffend.

Kenntnis im Sinne von § 2332 Abs. 1 BGB setzt voraus, daß der Pflichtteilsberechtigte den wesentlichen Inhalt der

beeinträchtigenden Verfügung erkannt hat. Dazu ist eine in die Einzelheiten gehende Prüfung der Verfügung und eine fehlerfreie Bestimmung ihrer rechtlichen Natur nicht erforderlich (RGZ 70, 360, 362; 115, 27, 30; BGH LM BGB § 2332 Nr. 1). Ebenso wenig kommt es darauf an, ob die Vorstellungen des Pflichtteilsberechtigten über den beim Erbfall vorhandenen Nachlaß und seinen Wert zutreffen (BGH FamRZ 1977, 128, 129 f.). Gleichwohl kann von dem Pflichtteilsberechtigten ein die Verjährung unterbrechendes Handeln erwartet werden (RGZ 140, 75, 76; BGH NJW 1964, 297; Rpfleger 1968, 183 [= DNotZ 1968, 555]). Nach diesem Maßstab hat der Kläger mit der Testamentseröffnung Kenntnis von der beeinträchtigenden Verfügung erlangt.

aa) Mit Recht weist die Revision allerdings darauf hin, daß die erforderliche Kenntnis fehlen kann, wenn der Berechtigte infolge Tatsachen- oder Rechtsirrtums davon ausgeht, die ihm bekannte Verfügung sei unwirksam und entfalte daher für ihn keine beeinträchtigende Wirkung (RGZ 140, 75, 76; BGH Rpfleger 1968, 183 [= DNotZ 1968, 555]). Das gilt jedenfalls dann, wenn Wirksamkeitsbedenken nicht von vornherein von der Hand zu weisen sind (BGH NJW 1963, 297).

bb) Ob auch ein Irrtum bei der Auslegung einer letztwilligen Verfügung, der nicht ihre Wirksamkeit, aber das Ausmaß der Beeinträchtigung des Pflichtteilsberechtigten betrifft, im Rahmen von § 2332 BGB Bedeutung haben kann, hat der Bundesgerichtshof bislang nicht geklärt. In den zum Irrtum über die Wirksamkeit beeinträchtigender Verfügungen ergangenen Entscheidungen des Reichsgerichts ist allerdings wiederholt betont worden, daß diese Sachverhaltsgestaltung von jenen Fällen zu unterscheiden sei, in denen der Berechtigte nur eine unrichtige rechtliche Auffassung vom Inhalt der Verfügung habe. Daß der Gesetzgeber — wie sich aus den Motiven zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches (Bd. V, S. 426) ergebe — den Irrtum über die Auslegung für unbeachtlich gehalten habe, stehe der Anerkennung einer auf Wirksamkeitsbedenken beruhenden Unkenntnis nicht entgegen (RGZ 115, 27, 30; 140, 75, 77).

cc) Das Berufungsgericht führt zutreffend aus, der Gesetzgeber habe „die Möglichkeit einer unrichtigen Auffassung der Verfügung“ bei der Schaffung von § 2332 BGB bedacht und nicht zum Anlaß genommen, die Interessen des Pflichtteilsberechtigten besonders zu schützen. Er hat vielmehr „der Einfachheit wegen und weil die Kenntnis der das Pflichtteilsrecht beeinträchtigenden Verfügung in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle ausreichend erscheint, um die Verletzung zu erkennen“, bewußt „von dem Erfordernisse der Kenntniß der Verletzung abgesehen“ (Motive V, 426).

Auch nach Auffassung der Literatur kommt es für den Lauf der Frist des § 2332 Abs. 1 BGB nicht darauf an, daß der Pflichtteilsberechtigte seine Beeinträchtigung in vollem Umfang erfaßt hat, solange er jedenfalls nicht über das Bestehen seines Pflichtteilsrechts überhaupt oder die Höhe seiner Pflichtteilsquote irrt (*Kipp/Coing*, *Erbrecht*, 14. Bearb., § 9 III 3, S. 66; ihm folgend *Staudinger/Ferid/Cieslar*, BGB, 12. Aufl., § 2332 Rdnr. 13; *Soergel/Dieckmann*, BGB, 12. Aufl., § 2332 Rdnr. 18; *Ebenroth*, *Erbrecht*, Rdnr. 995; wohl auch *RGRK-BGB/Johannsen*, 12. Aufl., § 2332 Rdnr. 7; *MünchKomm-BGB/Frank*, 2. Aufl., § 2332 Rdnr. 7 Fn. 13 a. E.).

dd) Für diese Auffassung spricht der Sinn der kurzen Verjährungsfrist von drei Jahren. Es sollte im Interesse des Verpflichteten „nicht allzu lange in Zweifel“ bleiben, ob und welche Ansprüche erhoben werden. Darüber hinaus wollte der Gesetzgeber die sich mit Zeitablauf mehrenden Schwierigkeiten bei der Feststellung des Nachlasses vermeiden (Motive V, 425). Deshalb muß der Pflichtteilsberechtigte das Risiko tragen, daß erst nach Ablauf der Verjährungsfrist Bedenken gegen die Auslegung der letztwilligen Verfügung auftauchen, die die Grundlage seiner Entscheidung in Frage stellen, den Pflichtteilsanspruch nicht geltend zu machen. Im vorliegenden Fall wußte der Kläger bereits durch die Testamentseröffnung, daß er nicht Erbe, sondern allenfalls Nacherbe seines Vaters geworden war. Er hatte damit jedenfalls Kenntnis von einer Beeinträchtigung seines gesetzlichen Erbrechts, die geeignet war, den Pflichtteilsanspruch auszulösen (§ 2306 Abs. 2 BGB). Einem Pflichtteilsberechtigten, der — wie hier — nur unter gewissen Voraussetzungen bereit ist, den sein gesetzliches Erbrecht beeinträchtigenden letzten Willen des Erblassers hinzunehmen, ist eine besonders sorgfältige Prüfung, ob es weitere, ihm ungünstige Auslegungsgesichtspunkte gibt, auch dann zuzumuten, wenn sie ihm von den anderen Nachlaßbeteiligten zunächst nicht entgegengehalten werden. Die wirksam gewordene und auch erkannte Beeinträchtigung des gesetzlichen Erbrechts gibt dem Pflichtteilsberechtigten unabhängig von ihrem Ausmaß schon hinreichenden Anlaß zum Handeln. Mithin ist im vorliegenden Fall der Pflichtteilsanspruch des Klägers verjährt.

2. Die Berufung der Beklagten auf die Verjährung verstößt nicht gegen Treu und Glauben.

Zwar ist die Beklagte zunächst selbst der Auffassung gewesen, der Kläger sei Nacherbe geworden, und hat diesen dadurch möglicherweise von der Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs abgehalten. Spätestens im April 1988 hat sie aber mit der Beantragung eines Erbscheins, der sie als Vollerbin ausweist, ihre Ansicht — für den Kläger erkennbar — aufgegeben. Damit ist dem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung in jedem Fall die Grundlage entzogen. Der Kläger hätte das Bestreiten seiner Nacherbenstellung zum Anlaß nehmen müssen, seine Rechte innerhalb einer angemessenen, nach Treu und Glauben zu bestimmenden Überlegungsfrist gerichtlich geltend zu machen (vgl. BGH NJW 1991, 974, 975 unter II 4). Dazu wäre er, worauf die Beklagte zu Recht hinweist, ohne weiteres in der Lage gewesen. Von seiner rechtlichen Beurteilung ausgehend hätte er Klage auf Feststellung, daß er Nacherbe geworden sei, erheben und hilfsweise seinen Pflichtteilsanspruch geltend machen können. Der Kläger hat aber erst am 17. 11. 1992 im vorliegenden Verfahren Klage eingereicht.

3. Da der Pflichtteilsanspruch verjährt ist, besteht für eine Auskunft über den Bestand und den Wert des Nachlasses kein Bedürfnis mehr. Das Berufungsgericht hat deshalb die Klageanträge I.1 und 2 zu Recht abgewiesen (vgl. Senat NJW 1985, 384, 385 und BGHZ 103, 333, 334 [= DNotZ 1989, 167]).

II. Erfolg hat die Revision, soweit sie die Abweisung der Klageanträge I.3 und 4 (Auskunft über Schenkungen des Erblassers), II (eidesstattliche Versicherung) und III (unbezifferte Zahlungsklage) angreift.

1. Neben seinem Pflichtteil verlangt der Kläger Pflichtteilsergänzung. Die Auskunftspflicht der Beklagten nach § 2314 Abs. 1 BGB erstreckt sich demgemäß auch auf Schenkungen des Erblassers (BGHZ 33, 373, 374; 89, 24, 27). Daher hätten die Klageanträge I.3 und 4, die ersichtlich der Befreiung eventueller Pflichtteilsergänzungsansprüche dienen, nur abgewiesen werden dürfen, wenn feststünde, daß Ansprüche auf Pflichtteilsergänzung ebenfalls verjährt sind. Das ist indes, wie die Revision zutreffend rügt, nicht der Fall.

a) Auch die Verjährung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs richtet sich nach § 2332 BGB. In diesem Fall kann eine Kenntnis des Berechtigten von der ihn beeinträchtigenden Verfügung jedoch erst angenommen werden, wenn ihm sowohl die Verfügung von Todes wegen als auch die nachteilige Verfügung unter Lebenden bekannt sind. Aus der Verjährung des Pflichtteilsanspruchs folgt deshalb nicht notwendig, daß auch ein Pflichtteilsergänzungsanspruch nicht mehr durchgesetzt werden kann. Beide Ansprüche stehen vielmehr selbständig nebeneinander; sie entstehen unabhängig voneinander (BGHZ 103, 333, 337 [= DNotZ 1989, 167]).

b) Die Beklagte hat nicht behauptet, der Kläger habe bei Klageerhebung bereits länger als drei Jahre von ihm beeinträchtigenden Schenkungen des Erblassers gewußt. Sie hat sich nur pauschal auf Verjährung berufen und dabei auf die Kenntnis des Klägers vom Inhalt der letztwilligen Verfügung abgehoben. Demzufolge enthält das Berufungsurteil auch keine Feststellungen über Kenntnisse des Klägers, die die Annahme, Pflichtteilsergänzungsansprüche seien verjährt, tragen. Dem Kläger geht es mit seinem Auskunftsbegehren gerade darum, die erforderlichen Informationen zu erlangen.

2. Da sich die Auskunftsklage als — zum Teil — begründet erweist, liegen die Voraussetzungen, die es dem Rechtsmittelgericht ausnahmsweise erlauben, auch über die weiteren, im Rahmen der Stufenklage erhobenen Ansprüche zu entscheiden (vgl. hierzu BGHZ 94, 268, 275), nicht vor. Das Berufungsurteil war deshalb auch insoweit aufzuheben, als es die Klageanträge II und III als unbegründet abgewiesen hat.

17. BGB § 181, § 182 Abs. 1, § 2113 Abs. 1, § 2120; GBO § 19, § 51 (*Erfordernis der Bestellung eines Ergänzungspflegers und vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung bei Verfügung des Vorerben, der gesetzlichen Vertreter ist*)

1. Ist der minderjährige Nacherbe zusammen mit seinem gesetzlichen Vertreter und Vorerben zugleich Miterbe und verkauft und veräußert er durch seinen gesetzlichen Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück, so ist der gesetzliche Vertreter von der Erklärung der Zustimmung des Nacherben und der Bewilligung der Löschung des Nacherbenvermerks schon deshalb nicht ausgeschlossen, weil er damit nur eine Verpflichtung des Nacherben aus dem Kaufvertrag erfüllt; der Bestellung eines Ergänzungspflegers bedarf es aus diesem Grunde nicht.

2. Es kann in diesem Fall offen bleiben, ob § 181 i. V. m. § 182 Abs. 1 BGB nur dann eingreift, wenn der Vorerbe und gesetzliche Vertreter die Zustimmungserklärung sich selbst gegenüber abgibt, nicht aber dann, wenn der Erwerber Empfänger dieser Erklärung ist.

BayObLG, Beschluß vom 9. 2. 1995 — 2 Z BR 109/94 = BayObLGZ 1995 Nr. 12 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG und Notar *Friedrich Schmidt*, Bayreuth

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten zu 1 bis 4 sind als Eigentümer von Grundstücken in mehrfacher Erbengemeinschaft im Grundbuch eingetragen. Die Beteiligte zu 3 ist laut Eintragungsvermerk in Abteilung II bezüglich der Hälfte eines Erbteils, der ihr als Erbeserin zusteht, nur Vorerbin. Nacherben für den Fall ihrer Wiederverheiratung sind ihre minderjährigen Söhne, die Beteiligten zu 4.

Die Beteiligten zu 1 bis 4 verkauften zu notarieller Urkunde vom 10. 12. 1993 zwei der Grundstücke an die Beteiligten zu 5; die Beteiligte zu 3 handelte dabei auch als gesetzliche Vertreterin der Beteiligten zu 4. In der Urkunde ist auch die Auflassung erklärt und deren Eintragung sowie die Löschung des Nacherbenvermerks bewilligt. Das zuständige Amtsgericht erteilte mit Beschluß vom 15. 12. 1993 die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zu dem am 10. 12. 1993 abgeschlossenen Kaufvertrag „sowie zur Auflassung und zu allen in der bezeichneten Urkunde enthaltenen genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäften“.

Das Grundbuchamt hat den Antrag, die Auflassung in das Grundbuch einzutragen und den Nacherbenvermerk zu löschen, mit Zwischenverfügung vom 9. 5. 1994 beanstandet. In der Bewilligung, den Nacherbenvermerk zu löschen, sei zugleich die Zustimmung zur Veräußerung der Grundstücke zu sehen. Die Beteiligte zu 3 sei hierbei jedoch von der Vertretung der Beteiligten zu 4 ausgeschlossen gewesen. Es sei die Bestellung eines Ergänzungspflegers erforderlich. Dieser müsse sich durch Vorlage der Bestallungsurkunde ausweisen und die Löschung des Nacherbenvermerks bewilligen. Außerdem sei dazu die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich. Die Löschung ohne Bewilligung der Nacherben aufgrund Unrichtigkeitsnachweises wäre nur möglich, wenn die Beteiligte zu 3 die Grundstücke mit Zustimmung der Beteiligten zu 4 als Nacherben veräußert hätte. Für diese Zustimmung gelte jedoch dasselbe wie für die Zustimmung zur Löschung des Nacherbenvermerks.

Die gegen die erfolglose Erinnerung/Beschwerde erhobene weitere Beschwerde führte zur Aufhebung der Vorentscheidungen.

Aus den Gründen:

...

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Löschung des Nacherbenvermerks kann nicht von der Zustimmung oder Bewilligung eines Ergänzungspflegers und einer weiteren vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung abhängig gemacht werden.

a) Vor Eintritt des Falles der Nacherbfolge (§ 2139 BGB) kann der Nacherbenvermerk (§ 51 GBO) entweder auf die Bewilligung des Nacherben oder gem. § 22 Abs. 1 GBO dann gelöscht werden, wenn er der Rechtslage nicht mehr entspricht und dies in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachgewiesen wird. Der Nacherbenvermerk entspricht nicht mehr der Rechtslage, wenn der von ihm erfaßte Gegenstand endgültig aus der der Nacherbfolge unterliegenden Erbschaft ausgeschieden ist. Dies ist wiederum der Fall, wenn die Verfügung des Vorerben über den Erbschaftsgegenstand mit Zustimmung des Nacherben vorgenommen wird

(BayObLG Rpfleger 1982, 277 [= DNotZ 1983, 318]; 1993, 148 [= DNotZ 1993, 404 = MittBayNot 1993, 28]; BayObLG MittBayNot 1991, 122/123 m. w. N.; OLG Hamm MittBayNot 1990, 361/362; *Horber/Demharter*, GBO, 21. Aufl., Rdnr. 42, KEHE/*Eickmann*, Grundbuchrecht, 4. Aufl., Rdnr. 28, jeweils zu § 51).

(1) Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. In der Bewilligung, den Nacherbenvermerk zu löschen, liegt hier, da sie im Zusammenhang mit der Veräußerung des zur Erbschaft gehörenden Grundstücks und in derselben Urkunde erklärt ist, zugleich die Zustimmung der Beteiligten zu 4 als Nacherben zu dieser Verfügung (vgl. KG HRR 1931 Nr. 838; OLG Hamm NJW 1965, 1489/1490 [= DNotZ 1966, 102], soweit sie nicht schon in der Mitverfügung der Beteiligten zu 4 als Miterben (Erbeserben) gem. § 2040 Abs. 1 BGB zu sehen ist. Die Beteiligte zu 3 konnte die Zustimmung als gesetzliche Vertreterin der Beteiligten zu 4 in deren Namen wirksam erklären; sie war daran nicht gem. § 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1795 Abs. 2, § 181 BGB gehindert, da sie damit nur eine Verbindlichkeit der Beteiligten zu 4 erfüllt hat.

(2) Die Besonderheit des vorliegenden Falles besteht darin, daß die Beteiligten zu 4 nicht nur Nacherben für einen Erbteil der Beteiligten zu 3, sondern zugleich als Erbeserben Miterben und damit an dem zur Erbschaft gehörenden Grundstück mitberechtigt sind (§ 2032 Abs. 1, § 2040 Abs. 1 BGB). Sie gehören damit auch zu den Verkäufern des Grundstücks. Bei dem Verkauf konnte sie ihre Mutter, die Beteiligte zu 3, vertreten, obwohl auch sie als Erbeserbin Miterbin und Mitverkäuferin war; § 181 BGB steht nicht entgegen, da sie ihre Erklärungen beim Verkauf sowohl im eigenen Namen als auch im Namen der Beteiligten zu 4 Dritten, den Beteiligten zu 5, gegenüber abgegeben, aber kein Rechtsgeschäft mit sich selbst abgeschlossen hat (vgl. RGZ 127, 103/105 f.; BGHZ 50, 8/10 [= DNotZ 1968, 543]; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 54. Aufl., § 181 Rdnr. 7). Die zur Wirksamkeit des Kaufvertrags insoweit erforderliche vormundschaftsgerichtliche Genehmigung (§ 1643 Abs. 1, § 1821 Abs. 1 Nr. 1, 4 BGB) ist erteilt und gem. § 1643 Abs. 3, § 1829 Abs. 1 BGB wirksam geworden.

Durch den Kaufvertrag über das Grundstück wurden die Beteiligten zu 4 gem. § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB verpflichtet, den Beteiligten zu 5 das Eigentum am Grundstück frei von Rechten Dritter zu verschaffen (vgl. auch § 434 BGB). Zu diesen Rechten „Dritter“ gehört wegen der Auswirkungen bei Eintritt des Nacherbfalles (§ 2113 Abs. 1 BGB) auch das Recht eines Nacherben (*Palandt/Putzo*, Rdnr. 4, BGB-RGRK/*Mezger*, 12. Aufl., Rdnr. 5, jeweils zu § 434). Das Reichsgericht hat in einem ähnlichen Fall (WarnRspr. 1912 Nr. 399 = JW 1912, 790 = BayObLGZ 13, 28), in dem es den minderjährigen Nacherben — der nicht zugleich Vorerbe war — infolge des Inhalts der notariellen Urkunde als Mitverkäufer des Grundstücks angesehen hat, angenommen, daß allein durch den Verkauf und die sich daraus für den Nacherben ergebende Verpflichtung die zu dessen Gunsten bestehende Verfügungsbeschränkung „als aufgehoben zu gelten“ habe, eine eigene Zustimmung oder Löschungsbewilligung also nicht mehr erforderlich sei. Es kann offen bleiben, ob dem zu folgen wäre oder ob hier nicht die Unterscheidung zwischen dem schuldrechtlichen und dem dinglichen Rechtsgeschäft, zu dessen Vornahme der Nacherbe aufgrund des schuldrechtlichen Geschäfts verpflichtet ist, vernachlässigt wird. Mit der Zustimmung zur Veräußerung und der Bewilligung der Löschung des

Nacherbenvermerks hat die Beteiligte zu 3 jedenfalls nur eine Verpflichtung der Beteiligten zu 4 aus dem Kaufvertrag erfüllt; in diesem Fall ist § 181 BGB nicht einschlägig.

Die Zustimmung der minderjährigen, unter einer aufschiebenden Bedingung eingesetzten Nacherben zur Veräußerung des Grundstücks bedarf ebenso wie die Bewilligung der Löschung des Nacherbenvermerks als Verfügung über die rechtlich gesicherte Anwartschaft der Nacherben auf den Erwerb des Miteigentums am Grundstück gem. § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung (OLG Karlsruhe RJA 17, 22; BayObLGZ 1959, 493/501; BayObLG Rpfleger 1982, 277 [= DNotZ 1983, 318]; OLG Hamm Rpfleger 1984, 312/313; *Palandt/Diederichsen*, BGB, § 1821 Rdnr. 9; *Kanzleiter*, DNotZ 1970, 326/336). Auch sie ist nach dem Wortlaut des Genehmigungsbescheids erteilt; § 1831 BGB gilt für sie nicht (*KEHE/Ertl*, Rdnr. 190, *Meikel/Lichtenberger*, Grundbuchrecht, 7. Aufl., Rdnr. 244, jeweils zu § 19).

b) Gemäß § 182 Abs. 1 BGB kann die Zustimmung des Nacherben zu einer Verfügung des Vorerben sowohl diesem als auch dem Erwerber des Erbschaftsgegenstands gegenüber erklärt werden. Auf die streitige Frage, ob der Vorerbe und gesetzliche Vertreter des Nacherben von dessen Vertretung bei Erklärung der Zustimmung nur dann ausgeschlossen ist, wenn er sie sich selbst gegenüber erklärt (so OLG Hamm NJW 1965, 1489 f. [= DNotZ 1966, 102]; LG Berlin Rpfleger 1987, 457; *Soergel/Harder*, BGB 12. Aufl., § 2113 Rdnr. 9; allgemein für Anwendbarkeit des § 181 nur in diesem Falle RGZ 76, 89; BGHZ 94, 132/137; BayObLGZ 1951, 456; BayObLG Rpfleger 1983, 350 [= DNotZ 1984, 559 = MittBayNot 1983, 173]; BayObLG NJW-RR 1986, 1077 [= MittBayNot 1986, 180]; OLG Düsseldorf NJW 1985, 390 [= DNotZ 1986, 441 = MittBayNot 1984, 258]; *Palandt/Heinrichs*, Rdnr. 8, *Soergel/Leptien*, Rdnr. 25, jeweils zu § 181) oder ob § 181 BGB nach der ratio legis auch eingreift, wenn die Erklärung dem Dritten gegenüber abgegeben wird (so schon BayObLGZ 1913, 22; KG JFG 2, 286 und jetzt die große Mehrheit des Schrifttums), kommt es nicht mehr an, da die gesetzliche Vertreterin mit der Zustimmungserklärung ausschließlich eine Verbindlichkeit der Nacherben erfüllt. Der Senat weicht hier somit nicht von der Entscheidung des OLG Hamm a. a. O. ab; der Vorlage der weiteren Beschwerde an den Bundesgerichtshof bedarf es nicht. Der vorliegende Fall ist auch nicht mit dem Sachverhalt, der der Entscheidung BGHZ 77, 7 zugrunde lag, vergleichbar. Es ist rechtlich auch nicht möglich, alle in der notariellen Urkunde vom 10. 12. 1993 vorgenommenen Rechtsgeschäfte als Einheit aufzufassen mit der Folge, daß von der gesetzlichen Vertretung eines Beteiligten bei allen Teilen des Rechtsgeschäfts ausgeschlossen ist, wer von der Vertretung auch nur bei einem Teil — das wäre hier u. U. bei der Zustimmung der Nacherben zur Verfügung über das Grundstück — ausgeschlossen wäre (vgl. BGHZ 50, 8 ff. [= DNotZ 1968, 543] für den Fall von Erbteilsübertragung und Erbauseinandersetzung, die in einer Urkunde zusammengefaßt waren). Dies verbieten hier die Abstraktheit der dinglichen Rechtsgeschäfte (Übereignung des Grundstücks und Zustimmung des Nacherben dazu) und die Bedingungsfeindlichkeit der Übereignung (§ 925 Abs. 2 BGB). § 181 BGB kann hier ebensowenig wie § 139 BGB auf das Verhältnis von Grundgeschäft und Erfüllungsgeschäft angewandt werden (vgl. BGH NJW 1991, 917/918 m. w. N. [= MittBayNot 1991, 72]). Der Kaufvertrag als Verpflichtungsgeschäft und die Übereignung einschließlich der Zustim-

mung sind vielmehr, auch was die Vertretung der Beteiligten zu 4 und den Ausschluß davon betrifft, jeweils für sich zu beurteilen; die rechtliche Beurteilung ergibt, daß die Beteiligte zu 3 bei keinem der Rechtsgeschäfte von der Vertretung der Beteiligten zu 4 ausgeschlossen ist. Ob das Vormundschaftsgericht der Beteiligten zu 3 gem. § 1629 Abs. 3 Satz 3, § 1796 BGB die gesetzliche Vertretung in dieser Angelegenheit hätte entziehen können oder sollen, ist nunmehr rechtlich nicht mehr von Belang. Denn die von der Beteiligten zu 3 vorgenommenen Rechtsgeschäfte sind mit Wirksamwerden der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung ihrerseits endgültig wirksam geworden; die Genehmigung des Kaufvertrags und der Veräußerung des Grundstücks kann gem. §§ 55, 62 FGG nicht mehr abgeändert oder widerrufen werden.

Das Grundbuchamt hat daher von den in der Zwischenverfügung geäußerten Bedenken Abstand zu nehmen.

18. BGB § 140, § 2275, § 2298; FGG § 19, § 27 Abs. 1 (*Unwirksame vertragsmäßige Verfügung im Erbvertrag in einseitige Verfügung von Todes wegen umdeutbar*)

1. **Hat das Nachlaßgericht einen Vorbescheid erlassen, obwohl kein Erbscheinsantrag gestellt war, so kann das Rechtsbeschwerdegericht einen dem Vorbescheid entsprechenden Erbscheinsantrag, der erst während des Rechtsbeschwerdeverfahrens gestellt worden ist, berücksichtigen und in der Sache entscheiden.**
2. **Ist eine in einem zweiseitigen Erbvertrag enthaltene vertragsmäßige Verfügung des Erblassers als erbvertragliche Verfügung unwirksam, weil der Vertragspartner des Erblassers bei Abschluß des Vertrages nicht geschäftsfähig war, so kann sie in eine einseitige Verfügung von Todes wegen umgedeutet und als solche aufrechterhalten werden, wenn ein entsprechender (mutmaßlicher) Wille des Erblassers festgestellt werden kann.**

BayObLG, Beschluß vom 17. 2. 1995 — 1 Z BR 3/95 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Der Erblasser ist im Alter von 82 Jahren in Nürnberg verstorben. Er war verwitwet und kinderlos. Mit seiner am 16. 12. 1992 verstorbenen Ehefrau hatte er im Jahr 1961 einen Erbvertrag geschlossen, in dem sich die Ehegatten gegenseitig zu Erben eingesetzt hatten. Zu notarieller Urkunde vom 5. 8. 1992 schlossen die Ehegatten als Nachtrag einen weiteren Erbvertrag, in dem sie zunächst die in dem früheren Vertrag getroffenen Verfügungen bestätigten und ergänzend folgendes bestimmten:

II.

Im Wege des Erbvertrages vereinbaren wir ... unter gegenseitiger Annahme was folgt ... :

1.1 Zum alleinigen und ausschließlichen Erben des Zuletztversterbenden von uns bestimmen wir die ... (Beteiligte zu 1). Einen Ersatzerben wollen wir nicht bestimmen.

1.4 Der Überlebende von uns behält sich jedoch das Recht vor, die hier auf Ableben des Zuletztversterbenden von uns getroffenen Verfügungen von Todes wegen nach Ableben des Erstversterbenden von uns jederzeit ganz oder teilweise wieder zu ändern oder aufzuheben, ohne daß dadurch die übrigen Verfügungen von Todes wegen in dieser Urkunde in ihrer Wirksamkeit berührt werden.

Die Abschnitte 1.2 und 1.3 enthalten ein Vermächtnis sowie eine Auflage zur Grabpflege. In Abschnitt II. 2 des Vertrages ist eine im wesentlichen inhaltsgleiche Verfügung für den Fall des gleichzeitigen Ablebens der Ehegatten getroffen.

Zum Nachlaß gehören ein Grundstück in Nürnberg sowie Bankguthaben.

Die Beteiligte zu 1 ist ein gemeinnütziger Verein. Mit Schreiben vom 7. 2. 1994 an das Nachlaßgericht hat sie die Erbschaft angenommen und bezüglich des Grundstücks die Berichtigung des Grundbuchs beantragt. Die Beteiligte zu 2 ist die Tochter eines Bruders des Erblassers und kommt als gesetzliche Alleinerbin in Betracht. Sie hält den Erbvertrag vom 5. 8. 1992 und insbesondere die Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1 für unwirksam, weil die Ehefrau des Erblassers im Zeitpunkt des Vertragsschlusses infolge geistigen Verfalls nicht mehr geschäftsfähig gewesen sei. Außerdem habe der Erblasser beabsichtigt, sie, die Beteiligte zu 2, zur Alleinerbin einzusetzen. Ein Notartermin sei bereits vereinbart gewesen, zur Beurkundung sei es jedoch infolge des Todes des Erblassers nicht mehr gekommen.

Das Nachlaßgericht hat angekündigt, es werde der Beteiligten zu 1 einen Erbschein erteilen, wonach diese den Erblasser allein beerbt habe. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Beteiligten zu 2 hat das Landgericht zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 2. Die Beteiligte zu 1 ist dem Rechtsmittel entgegengetreten. Sie hat einen Erbschein als Alleinerbin beantragt.

Aus den Gründen:

Die zulässige weitere Beschwerde ist nicht begründet.

Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung (§ 27 Abs. 1 FGG, § 550 ZPO) im Ergebnis stand.

a) Die Zulässigkeit der Erstbeschwerde hat das Landgericht zu Recht bejaht. Es hat zwar übersehen, daß das Nachlaßgericht einen Vorbescheid nicht hätte erlassen dürfen, weil noch kein Erbscheinsantrag vorlag (vgl. BayObLGZ 1994, 73/76). Dies ändert jedoch nichts daran, daß das Gericht mit für das weitere Verfahren bindender Wirkung die Erteilung eines Erbscheins mit einem näher bestimmten Inhalt ankündigen wollte und angekündigt hat. Gegen eine solche Verfügung ist nach ständiger Rechtsprechung die Beschwerde eröffnet (BGHZ 20, 255 [= DNotZ 1957, 545]; *Palandt/Edenhofer*, BGB, 54. Aufl., § 2353 Rdnrn. 33 und 36; *Keidel/Kahl*, FGG, 13. Aufl., § 19 Rdnr. 15), und zwar auch dann, wenn im Einzelfall die Voraussetzungen für den Erlaß eines solchen Vorbescheids nicht gegeben waren (vgl. BayObLGZ 1993, 389/391 f. [= DNotZ 1994, 412 = MittBayNot 1994, 233]), etwa weil ein Erbscheinsantrag nicht vorgelegen hat (vgl. BayObLGZ 1994, 73/75).

b) Das Landgericht hätte den Vorbescheid nicht bestätigen dürfen, da die Voraussetzungen für den Erlaß eines Vorbescheids im Zeitpunkt der Beschwerdeentscheidung nicht gegeben waren.

Der Vorbescheid tritt als Zwischenentscheidung an die Stelle der Erbscheinserteilung. Deshalb ist nach der Rechtsprechung des Senats für einen Vorbescheid kein Raum, wenn die Voraussetzungen für eine Erbscheinserteilung nicht gegeben sind, insbesondere wenn nicht wenigstens ein Erbscheinsantrag gestellt ist, über den das Nachlaßgericht zu entscheiden hat (BayObLGZ 1994, 73/76). Hier hatte keiner der Beteiligten einen Erbscheinsantrag gestellt. Insbesondere kann ein Antrag nicht in dem Schreiben der Beteiligten zu 1 vom 7. 2. 1994 gesehen werden. Darin wurde

nur die Annahme der Erbschaft erklärt und eine Berichtigung des Grundbuchs beantragt. Eine solche Berichtigung war hier auch ohne Erbschein zulässig (§ 35 Abs. 1 Satz 2 GBO).

c) Dieser Rechtsfehler führt jedoch nicht zur Aufhebung der Vorentscheidungen. Die Beteiligte zu 1 hat inzwischen einen Erbscheinsantrag gestellt, wie sich aus den Anlagen zum Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 23. 1. 1995 ergibt. Dies kann der Senat auch noch im Rechtsbeschwerdeverfahren berücksichtigen, da der Antrag dem im Vorbescheid angekündigten Erbschein entspricht und deshalb eine Änderung des Verfahrensgegenstands nicht eintritt (vgl. BayObLGZ 1964, 313/316; *Keidel/Amelung*, FGG, § 12 Rdnr. 12).

d) Das Landgericht hat angenommen, daß die letztwillige Verfügung des Erblassers in dem Erbvertrag vom 5. 8. 1992, durch die die Beteiligte zu 1 als Alleinerbin eingesetzt worden ist, wirksam ist, und zwar unabhängig davon, ob die Ehefrau des Erblassers bei Abschluß des Vertrages geschäftsfähig war oder nicht. Hiergegen bestehen keine rechtlichen Bedenken. War die Ehefrau geschäftsfähig, so ist der Erbvertrag und damit auch die Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1 zweifelsfrei rechtsgültig. War die Ehefrau nicht geschäftsfähig, so ist zwar die Erbeinsetzung als erbvertragliche Verfügung nicht wirksam. Sie ist jedoch auf der Grundlage der verfahrensfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Landgerichts, wie dieses zutreffend angenommen, als einseitige testamentarische Verfügung aufrechtzuerhalten.

aa) Die Ehegatten haben am 5. 8. 1992 einen Erbvertrag geschlossen, in dem sie übereinstimmend den Beteiligten zu 1 zum Erben des Letztversterbenden bestimmt und ihn mit einem Vermächtnis und einer Auflage beschwert haben. Dabei wollten sie sich jedenfalls für die Zeit bis zum Tod des Erstversterbenden gegenseitig binden (vgl. auch § 2280 BGB). Dies ergibt sich aus dem Hinweis auf die erbvertragliche Bindung in Abschnitt III der Urkunde und aus dem Umstand, daß die Ehegatten den Überlebenden nach dem Tod des Erstversterbenden ausdrücklich von dieser Bindung freigestellt haben (vgl. Abschnitt II.1.4 der Urkunde). Damit liegt ein zweiseitiger Erbvertrag mit vertragsmäßigen Verfügungen (§ 2278 BGB) vor, für den § 2298 BGB gilt. Daß sich die Eheleute darin, sieht man von der Bestätigung des früheren Erbvertrages ab, nicht gegenseitig bedacht haben, sondern nur jeweils dritte Personen, steht dem nicht entgegen (vgl. *Staudinger/Kanzleiter*, BGB, 12. Aufl., *Dittmann/Reimann/Bengel*, Testament und Erbvertrag, 2. Aufl., jeweils Rdnr. 1 zu § 2298).

bb) War die Ehefrau des Erblassers bei Vertragsschluß nicht geschäftsfähig, so ist die Erbeinsetzung des Beteiligten zu 1 als erbvertragliche Verfügung unwirksam. Dies ergibt sich aus § 2275 Abs. 1 BGB. Denn bei einem zweiseitigen Erbvertrag sind beide Teile Erblasser und unterliegen daher dieser Vorschrift (*Planck/Greif*, BGB, 4. Aufl. und *Leonhard*, BGB — Erbrecht, 2. Aufl., jeweils Anm. 3 zu § 2275). Diese Rechtsfolge ergäbe sich im übrigen auch aus §§ 104, 105 BGB, da auch bei einem einseitigen Erbvertrag der Geschäftspartner des Erblassers geschäftsfähig oder, was hier nicht in Frage steht, ordnungsgemäß vertreten sein muß (vgl. *Staudinger/Kanzleiter*, § 2275 Rdnr. 11). Es entspricht jedoch allgemeiner Meinung, daß die Verfügung eines Erblassers, die als erbvertragliche unwirksam ist, gem. § 140 BGB als einseitige letztwillige Verfügung aufrechterhalten

werden kann, wenn sie die durch das Gesetz für diese vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt und die Aufrechterhaltung dem mutmaßlichen Willen des Erblassers entspricht (für den Fall mangelnder Geschäftsfähigkeit etwa *MünchKommBGB/Musielak*, 2. Aufl., Rdnr. 4, *Dittmann/Reimann/Bengel*, BGB, Rdnr. 2, *Staudinger/Kanzleiter*, BGB, Rdnr. 3, jeweils zu § 2275; *Palandt/Edenhofer*, BGB, Überblick vor § 2274 Rdnr. 9; vgl. auch BayObLG Rpfleger 1982, 286 sowie Senatsbeschuß vom 4. 7. 1994 1 Z BR 139/93 S. 17; allgemein zur Umdeutung unwirksamer Erbverträge in ein wirksames Testament RG LZ 1923, 321; KG OLGE 10, 313 und KGJ 31 A 114; OLG Jena FamRZ 1994, 786). Dies wird zwar häufig nur für den Fall ausgesprochen, daß der Erblasser selbst nicht voll geschäftsfähig ist (BayObLG Rpfleger 1982, 286, *Staudinger/Kanzleiter* a. a. O.; vgl. auch *Staudinger/Kanzleiter*, Vorbemerkung zu §§ 2274 ff. Rdnr. 12), gilt aber in gleicher Weise und erst recht dann, wenn der Erbvertrag infolge der Geschäftsunfähigkeit des Vertragspartners des Erblassers unwirksam ist (vgl. BayObLG Beschuß vom 4. 7. 1994 a. a. O.). Für die Umdeutung spricht keine Vermutung; es wird aber in der Mehrzahl der Fälle dem Willen des Erblassers entsprechen, daß die zunächst als Bestandteil eines Erbvertrages gewollte Verfügung als letztwillige testamentarische Verfügung gelten soll, wenn sie als erbvertragliche nicht wirksam werden kann (*Strohal*, Das deutsche Erbrecht, Band I, S. 377; *Staudinger/Kanzleiter*, § 2275 Rdnr. 3).

Die Einsetzung des Beteiligten zu 1 als Alleinerbe im Erbvertrag vom 5. 8. 1992 erfüllt unter Formgesichtspunkten ohne Einschränkung die Voraussetzungen eines öffentlichen Testaments (§ 2231 Nr. 1, § 2232 BGB). Ihre Wirksamkeit hängt daher im Hinblick auf § 140 BGB davon ab, ob festgestellt werden kann, daß der Erblasser für den Fall der Unwirksamkeit des Erbvertrages wegen Geschäftsunfähigkeit seiner Ehefrau den Willen gehabt hat, diese Verfügung als einseitige letztwillige Verfügung gelten zu lassen. Einen solchen (mutmaßlichen) Willen des Erblassers hat das Landgericht bejaht. Der Senat hat diese tatsächliche Feststellung nur beschränkt, nämlich auf Rechtsfehler nachzuprüfen (vgl. BayObLGZ 1991, 173/176 [= MittBayNot 1991, 174] und 1992, 296/298, ständige Rechtsprechung). Den insoweit zu stellenden Anforderungen wird die Entscheidung des Landgerichts gerecht.

Das Landgericht hat den Inhalt der Urkunde sowie die sonstigen wesentlichen Umstände berücksichtigt. Es hat zutreffend darauf hingewiesen, daß ein besonderer Beweggrund für die gleichlautenden Verfügungen der Eheleute hinsichtlich des Schlußerben nicht ersichtlich ist und eine Bindung an die Verfügungen nur zu Lebzeiten beider Eheleute bestehen sollte. Hieraus konnte das Landgericht entnehmen, daß die Erbeinsetzung des Beteiligten zu 1 in erster Linie dem Willen des jeweils verfügenden Ehegatten selbst entsprach und nicht wesentlich durch den Umstand beeinflusst war, daß auch der andere Ehegatte in gleicher Weise verfügte. Dies spricht dafür, daß der Erblasser den Beteiligten zu 1 auch dann als Schlußerben eingesetzt hätte, wenn er gewußt oder damit gerechnet hätte, daß die Verfügung seiner Ehefrau wegen deren Geschäftsunfähigkeit unwirksam sein sollte.

Der Hinweis der Beteiligten zu 2 auf die Erwähnung des früheren Erbvertrages in der Vertragsurkunde vom 5. 8. 1992 steht dem nicht entgegen. Wie sich aus dem Inhalt des späteren Vertrages eindeutig ergibt, wollten die Eheleute ihre früheren Verfügungen gerade aufrechterhalten und un-

verändert bestehen lassen. Eine unmittelbare Verknüpfung der in den verschiedenen Erbverträgen getroffenen Verfügungen wollten sie daher offensichtlich nicht herstellen.

Das Vorbringen der Beteiligten zu 2 läuft, soweit es sich mit der Frage des Erblasserwillens befaßt, im wesentlichen darauf hinaus, die eigene Beweiswürdigung an die Stelle derjenigen des Landgerichts zu setzen. Damit kann sie im Hinblick auf § 27 Abs. 1 Satz 2 FGG, § 561 Abs. 2 ZPO im Rechtsbeschwerdeverfahren keinen Erfolg haben (BayObLGZ 1991, 173/177 [= MittBayNot 1991, 174]).

cc) Liegt wie hier ein zweiseitiger Erbvertrag vor, so hat gem. § 2298 Abs. 1 BGB die Nichtigkeit einer (vertragsmäßigen) Verfügung grundsätzlich die Unwirksamkeit des ganzen Vertrages, d. h. aller vertragsmäßigen Verfügungen beider Teile (*Staudinger/Kanzleiter*, BGB, § 2298 Rdnr. 6) zur Folge. Ist daher die Verfügung eines der Vertragspartner wegen dessen fehlender Geschäftsfähigkeit nichtig, so werden auch die vertragsmäßigen Verfügungen des anderen Vertragspartners unwirksam (*Palandt/Edenhofer*, Rdnr. 1, *Dittmann/Reimann/Bengel*, Rdnr. 6, *Staudinger/Kanzleiter*, Rdnr. 8, jeweils zu § 2298). Es handelt sich insoweit jedoch um eine Auslegungsregel, die auf dem vermuteten Willen der Vertragsteile beruht und gem. § 2298 Abs. 3 BGB nicht anzuwenden ist, wenn ein anderer Wille der Vertragsteile festgestellt wird (*Staudinger/Kanzleiter*, Rdnr. 21 und *MünchKomm-BGB/Musielak*, Rdnr. 7 f., jeweils zu § 2298). Das Landgericht hat den (mutmaßlichen) Willen des Erblassers bejaht, die Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1 auch im Fall der Unwirksamkeit der entsprechenden Verfügung seiner Ehefrau gelten zu lassen.

e) Der Anspruch der Beteiligten zu 2 auf rechtliches Gehör ist nicht verletzt. Das Landgericht brauchte den weiteren Anregungen und Beweisangeboten nicht nachzugehen. Dies gilt zum einen hinsichtlich der Testierfähigkeit der Ehefrau des Erblassers im Zeitpunkt der Errichtung des Erbvertrages. Denn diese Frage ist, wie dargelegt, für die Entscheidung über den Erbscheinsantrag ohne Bedeutung. Das gilt aber auch für das Vorbringen der Beteiligten zu 2, der Erblasser habe kurz vor seinem Tod anders verfügen wollen. Der Erblasser hat durch den Erbvertrag vom 5. 8. 1992 eine gültige letztwillige Verfügung getroffen. Diese Verfügung konnte er nur in der vorgesehenen Form beseitigen (vgl. §§ 2253 ff. BGB in Verbindung mit dem Vorbehalt im Erbvertrag). Dies hat er nicht getan. Mündliche Äußerungen gegenüber Dritten genügen nicht. Zu der beabsichtigten notariellen Beurkundung ist es nicht gekommen.

19: EGBGB Art. 235 § 1; RAG § 25 Abs. 2; BGB §§ 2084, 2082 (*Rückübertragungsansprüche nach VermG als Nachlaßbestandteile*)

1. § 25 Abs. 2 RAG findet auf Rückübertragungs- und Entschädigungsansprüche nach den §§ 5 ff. VermG keine Anwendung.
2. Ansprüche nach den §§ 3 ff. VermG, die sich auf eine Enteignungsmaßnahme vor dem Erbfall stützen, fallen im Wege der Ersatzsurrogation in den allgemeinen Nachlaß; eine Nachlaßspaltung tritt nicht ein.

3. Eine umfassende testamentarische Erbeinsetzung erstreckt sich ohne weiteres auch auf den Vermögenszuwachs, der dem Erben durch die Möglichkeit der Geltendmachung von Ansprüchen nach den §§ 3 ff. VermG zufällt.

4. Zu den Grenzen einer ergänzenden Testamentsauslegung im Hinblick auf die von dem Erblasser nicht vorausbedachte Möglichkeit der Entstehung von Rückübertragungsansprüchen im Zusammenhang mit der deutschen Vereinigung.

5. Die Frist für die Erklärung einer auf einen Motivirrtum im Sinne des § 2078 Abs. 2 BGB gestützten Testamentsanfechtung beginnt jedenfalls mit dem Inkrafttreten des Einigungsvertrages vom 31. 8. 1990. Auf den Zeitpunkt der späteren Kenntniserlangung des Anfechtenden von einem Verfahren vor dem Amt zur Regelung offener Vermögensfragen kommt es nicht an.

OLG Hamm, Beschluß vom 27. 1. 1995 — 15 W 350/94 —, mitgeteilt von *Dr. Karldieter Schmidt*, Vorsitzender Richter am OLG Hamm

Aus dem Tatbestand:

Der Beteiligte zu 3) (S.) ist der Sohn des Erblassers aus dessen erster, im Jahre 1975 geschiedener Ehe mit der Beteiligten zu 2) (M.). Der Erblasser, der mit der Beteiligten zu 2) in das Gebiet der ehemaligen DDR übersiedelt war, hatte im Jahre 1956 in der Stadt A. zwei Grundstücke erworben, als deren Eigentümer er in den Grundbüchern von . . . Blatt 2248 und 3493 eingetragen worden war. Nachdem der Erblasser mit der Beteiligten zu 2) die ehemalige DDR verlassen hatte, wurden diese Grundstücke zunächst unter staatliche Treuhandverwaltung gestellt und schließlich im Jahre 1971 in Volkseigentum überführt.

Nach seiner zweiten Eheschließung mit der Beteiligten zu 1) (F.) am 12. 05. 1976 errichtete der Erblasser (E.) am 07. 12. 1979 ein notarielles Testament, das folgenden Wortlaut hat:

„I.

Ich bin seit dem 12. 5. 1975 mit F. geborene . . . verheiratet. Wir leben im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft.

Aus unserer Ehe sind keine Kinder hervorgegangen. Aus meiner ersten Ehe habe ich einen Sohn, S.

II.

Ich setze meine Ehefrau F. geborene . . . zur Alleinerbin ein.

III.

Der Wert meines Vermögens wird zur Zeit auf 60.000,00 DM (in Worten: sechzigtausend Deutsche Mark) geschätzt.“

Die Beteiligte zu 1) (F.) beantragte am 18. 05. 1990 bei dem Landesamt zur Regelung offener Vermögensfragen in . . . , ihr die früher auf den Namen des Erblassers eingetragenen Grundstücke zurückzuübertragen. Diesem Antrag hat das Landesamt zunächst durch Bescheide vom 20. bzw. 24. 02. 1992 entsprochen. Das Verfahren über den hiergegen von der Beteiligten zu 2) eingelegten Widerspruch ist noch anhängig.

Der Beteiligte zu 3) (S.) hat in notarieller Urkunde vom 27. 05. 1993 die Anfechtung des Testaments des Erblassers vom 07. 12. 1979 erklärt und gleichzeitig die Erteilung eines (allgemeinen) Erbscheines nach gesetzlicher Erbfolge, hilfsweise eines gegenständlich auf den Grundbesitz in der ehemaligen DDR beschränkten Erbscheines beantragt. In weiterer notarieller Urkunde vom 16. 07. 1993 hat er nur noch die Erteilung eines auf Grundbesitz in der ehemaligen DDR gegenständlich beschränkten Erbscheines dahin beantragt, daß insoweit er und die Beteiligte zu 1) zu je 1/2-Anteil Erben geworden seien. . . .

Die Beteiligte zu 1) (F.) hat ihrerseits in notarieller Urkunde vom 28. 10. 1993 die Erteilung eines (allgemeinen) Erbscheines beantragt, der sie als Alleinerbin ausweisen soll. . . .

Das Amtsgericht hat durch Beschluß vom 17. 01. 1994 einen Vorbescheid erlassen, durch den es die Erteilung eines Erbscheines entsprechend dem Antrag der Beteiligten zu 1) (F.) angekündigt hat.

Gegen diesen Beschluß hat der Beteiligte zu 3) (S.) Beschwerde eingelegt, mit der er die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und die Erteilung eines Erbscheines entsprechend seinem zuletzt gestellten Antrag angestrebt hat.

Gegen den Beschluß des Amtsgerichts hat auch die Beteiligte zu 2) (M.) mit privatschriftlichem Schreiben vom 09. 02. 1994 Beschwerde eingelegt. Sie hat geltend gemacht, der Erblasser habe die Grundstücke in A. ausschließlich mit Mitteln erworben, die sie aus ihrem eigenen Vermögen zur Verfügung gestellt habe. Deshalb stünden die jetzt nach dem Vermögensgesetz zurückzuübertragenden Vermögenswerte allein ihr zu, zumal der Erblasser ihr im Zusammenhang mit der Ehescheidung noch die Unterlagen betreffend die beiden Grundstücke ausgehändigt habe. Es sei nicht der Wille des Erblassers gewesen, die ihr, der Beteiligten zu 2), nach ehelichem Güterrecht zustehenden Vermögenswerte ihr und dem Beteiligten zu 3) als gemeinsamem Sohn zu entziehen.

Das Landgericht hat die Beschwerden der Beteiligten zu 2) und 3) zurückgewiesen.

Die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 3) blieb — von Kostenfragen abgesehen — erfolglos.

Aus den Gründen:

...

In der Sache ist das Rechtsmittel unbegründet, weil die Entscheidung des Landgerichts nicht auf einer Verletzung des Gesetzes beruht (§ 27 Abs. 1 S. 1 FGG).

...

Bei der sachlichen Beurteilung der Erbfolge ist die Kammer zunächst zu Recht davon ausgegangen, daß eine Nachlaßspaltung in Ansehung unbeweglichen Vermögens des Erblassers in der ehemaligen DDR nicht eingetreten ist.

Für Erbfälle, die sich vor dem 03. 10. 1990 ereignet haben, bleibt nach Artikel 236 § 1 EGBGB das bisherige internationale Privatrecht bzw. das innerdeutsche Kollisionsrecht anwendbar. Nach der Rechtsprechung des BGH (NJW 1994, 582) setzt der Einigungsvertrag nicht zwei verschiedene, sondern ein einziges deutsches interlokales Privatrecht voraus. Maßgebend für die Frage, ob das Recht des Beitrittsgebietes (Teilrechtsordnung Ost) oder das im früheren Bundesgebiet geltende Recht (Teilrechtsordnung West) zur Anwendung kommt, ist das interlokale Privatrecht. Diese interlokalen Kollisionsnormen sind nicht gesetzlich normiert. Sie sind in der Rechtsprechung des BGH seit langem entwickelt und lehnen sich als deutsch-deutsche Kollisionsregel an das internationale Privatrecht des EGBGB an, allerdings mit dem Unterschied, daß in deutsch-deutschen Fällen nicht auf das Heimatrecht, sondern stattdessen auf den gewöhnlichen Aufenthalt der Anknüpfungsperson abgestellt wird. An diesen ungeschriebenen Regeln hat sich durch den Einigungsvertrag nichts Grundsätzliches geändert. Im Erbrecht gilt danach einheitlich im gesamten Bundesgebiet die Regel, daß sich die Rechtsnachfolge von Todes wegen nach einem deutschen Erblasser nach den Bestimmungen derjenigen Teilrechtsordnung richtet, in deren Geltungsbereich der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte (BGH a. a. O.). Da der Erblasser bei seinem Tode seinen gewöhnlichen Aufenthalt

im früheren Bundesgebiet hatte, verweist somit das ungeschriebene interlokale Privatrecht auf die Teilrechtsordnung West.

Nach § 25 Abs. 2 des am 01. 01. 1976 in Kraft getretenen Gesetzes über die Anwendung des Rechts auf internationale zivil-, familien- und arbeitsrechtliche Beziehungen sowie auf internationale Wirtschaftsverträge (Rechtsanwendungsgesetz — RAG) bestimmen sich die erbrechtlichen Verhältnisse in bezug auf das Eigentum und andere Rechte an Grundstücken und Gebäuden, die sich in der DDR befinden, nach dem Recht der DDR. Aufgrund dieser Bestimmung des DDR-Rechts, die nach Artikel 235 § 1 EGBGB auch weiterhin wirksam ist, tritt in entsprechender Anwendung des Artikel 28 EGBGB a. F. (jetzt Art. 3 Abs. 3 EGBGB) eine Nachlaßspaltung mit der Folge ein, daß das von § 25 Abs. 2 RAG erfaßte Vermögen als selbständiger Nachlaß anzusehen ist, und daß die Erbfolge für jede Nachlaßmasse nach dem jeweiligen Erbstatut gesondert zu beurteilen ist, für unbewegliches Vermögen in der ehemaligen DDR somit nach dem ZGB-DDR. Dem wird dadurch Rechnung getragen, daß das zuständige Nachlaßgericht auf Antrag einen auf die Nachlaßgegenstände im Sinne des § 25 Abs. 2 RAG beschränkten Erbschein zu erteilen hat (vgl. KG, OLGZ 1992, 279, 283; OLG Zweibrücken, FamRZ 1992, 1474; BayObLG, FamRZ 1994, 723 = ZEV 1994, 47, 48 [= MittBayNot 1994, 152 = DNotZ 1994, 394]; Senatsbeschluß vom 15. 03. 1994 — 15 W 158/93 —; Schotten/Johann, DtZ 1991, 257, 262; Palandt-Edenhofer, BGB, 54. Aufl., § 2353 Rdnr. 7). Der gegenständlich auf unbewegliches Vermögen in der ehemaligen DDR beschränkte Erbschein enthält damit Elemente des § 2369 BGB.

Materiell-rechtliche Voraussetzung für den Eintritt einer Nachlaßspaltung und damit die Feststellung eines Erbrechts auf der Grundlage des ZGB-DDR ist damit, daß sich im Gebiet der ehemaligen DDR Vermögensgegenstände befinden, die vom Anwendungsbereich des § 25 Abs. 2 RAG erfaßt werden. Es muß sich also um das Eigentum an Grundstücken oder andere Rechte an Grundstücken oder Gebäuden handeln, die sich im Gebiet der ehemaligen DDR befinden. Zwischen den Beteiligten ist unstreitig, daß die früher auf den Namen des Erblassers eingetragenen Grundstücke enteignet und in Volkseigentum überführt worden sind, offenbar weil der Erblasser das Gebiet der ehemaligen DDR verlassen hatte. Da die Wirksamkeit der Enteignungsmaßnahme durch den Einigungsvertrag nicht berührt worden ist (Art. 19 des Einigungsvertrages), kommt deshalb im Hinblick auf den früheren Grundbesitz des Erblassers in der ehemaligen DDR nur die Geltendmachung von Rückübertragungsansprüchen nach §§ 3 ff. VermG in Betracht; das insoweit eingeleitete Verfahren ist zur Zeit noch nicht abgeschlossen.

Diese Ansprüche fallen jedoch nicht in den Anwendungsbereich des § 25 Abs. 2 RAG, so daß in Ansehung dieser Ansprüche auch eine Nachlaßspaltung nicht eingetreten sein kann.

Der Senat folgt der weitaus überwiegenden Auffassung, die eine Anwendbarkeit des § 25 Abs. 2 RAG auf Rückübertragungs- bzw. Entschädigungsansprüche nach dem VermG ablehnt (OLG Oldenburg NdsRpfl 1992, 179, 180; OLG Celle DtZ 1992, 355; Schotten/Johann, DtZ 1991, 257, 260; Dressler, DtZ 1993, 229, 230; Bader, DtZ 1994, 22 ff.; Faßbender, DnotZ 1994, 362; Staudinger-Rauscher, BGB, 12. Aufl., Art. 235 EGBGB Rdnr. 9; Erman-Hohloch, BGB,

9. Aufl., Art. 25 EGBGB Rdnr. 59; *Palandt-Heldrich*, BGB, 54. Aufl., Art. 25 EGBGB, Rdnr. 23). Von der Gegenauffassung (*Trittel*, DNotZ 1992, 452; *Casimir*, DtZ 1993, 362, 364) wird zwar im Ausgangspunkt zu Recht hervorgehoben, daß der Anwendungsbereich des § 25 Abs. 2 RAG im Lichte der für das Recht der DDR entwickelten Auslegung zu bestimmen ist. Es ist danach zu berücksichtigen, daß zu den anderen Rechten an einem Grundstück im Sinne des § 25 Abs. 2 RAG auch mit dem Grundstück verbundene Forderungen sowie Guthaben, die aus Haus- bzw. Grundstückserträgen entstanden sind und objektgebunden den devisenrechtlichen Bestimmungen der ehemaligen DDR unterlagen, gerechnet werden. Insoweit handelt es sich jedoch um Rechtspositionen, die an das Eigentum an einem Grundstück oder Gebäude anknüpfen. Dieser Gesichtspunkt reicht deshalb nicht aus, um auch den Rückübertragungsanspruch nach dem VermG bzw. den gegebenenfalls an seine Stelle tretenden Entschädigungsanspruch als ein anderes Recht an einem Grundstück im Sinne des § 25 Abs. 2 RAG zu qualifizieren. Der Rückübertragungsanspruch stellt sich seinem Rechtscharakter nach als (schuldrechtlicher oder wohl richtiger öffentlich-rechtlicher) Anspruch auf Verschaffung des Eigentums an einem Grundstück dar. Bis zu seiner Erfüllung gewährt er dem Berechtigten keine Rechte an dem rückzübertragenden Grundstück selbst. Der Terminus der „Rechtseinheit“, der angeführt wird, um auch Rückübertragungs- und Entschädigungsansprüche dem Anwendungsbereich des § 25 Abs. 2 RAG zu unterwerfen, ist zu undifferenziert, um daraus so weitgehende rechtliche Folgerungen herleiten zu können, wie sie mit der Annahme einer Nachlaßspaltung und der damit verbundenen Anwendung des Erbrechts des ZGB-DDR verbunden sind. Die Nachlaßspaltung führt zu einer Durchbrechung des Grundsatzes der an die Staatsangehörigkeit (bzw. interlokalrechtlich an den gewöhnlichen Aufenthalt) des Erblassers anknüpfenden Nachlaßeinheit. Auch aus der Sicht des DDR-Rechts stellte sich § 25 Abs. 2 RAG als Ausnahmeregelung dar, die auf der Überlegung beruhte, daß die Eigentumsverhältnisse an Grundstücken in untrennbarem Zusammenhang mit der damaligen ökonomischen und sozialen Entwicklung in der früheren DDR standen (*Schotten/Johnen*, a. a. O.; OLG Oldenburg, NdsRPfl 1992, 179). Auf dieser Grundlage besteht jedoch überhaupt kein Anlaß, die Regelung des § 25 Abs. 2 RAG über ihren Wortlaut hinaus auf Rückübertragungsansprüche nach dem VermG anzuwenden, die erst im Zusammenhang mit der deutschen Vereinigung gesetzlich neu geschaffen worden sind und der Restitution von Unrechtsmaßnahmen dient, die in dem politischen System der früheren DDR ihren Grund haben. Damit wäre es unvereinbar, die Bestimmung des Rechtsnachfolgers des geschädigten Eigentümers als Berechtigten, in dessen Person nach § 2 Abs. 1 Satz 1 2. Var. VermG der Anspruch auf Rückübertragung oder Entschädigung entsteht, nach dem Erbrecht des ZGB-DDR vorzunehmen, das in weitgehendem Umfang von demjenigen des BGB abweicht und deshalb im Einzelfall zur Feststellung einer anderen Erbfolge als für den allgemeinen Nachlaß des Erblassers führen kann. Bei einer Einbeziehung der Rückübertragungs- und Entschädigungsansprüche nach dem VermG in den Anwendungsbereich des § 25 Abs. 2 RAG würde dieser Vorschrift mit ihrer Verweisung auf das Erbrecht der ehemaligen DDR eine tragende Bedeutung bei der Bestimmung des Berechtigten für die Geltendmachung der genannten Ansprüche zukommen. Ein solches Ergebnis wäre weder hinnehmbar noch ist die Vorschrift des § 25

Abs. 2 RAG gesetzgeberisch für eine solche Steuerungsfunktion geschaffen worden.

Bedenken begegnen allerdings die an die Bestimmung des Berechtigten des Rückübertragungsanspruchs in § 2 Abs. 1 S. 2 2. Var. VermG anknüpfenden Ausführungen des Landgerichts, diese Ansprüche fielen nicht in den Nachlaß. Denn die Rechtsprechung geht zwischenzeitlich davon aus, daß Rückübertragungs- bzw. Entschädigungsansprüche nach den §§ 3 ff. VermG, die sich auf eine Enteignungsmaßnahme vor dem Erbfall stützen, aber erst in der Person des Erben entstanden sind, im Wege der Ersatzsurrogation nachlaßgebunden sind (BGH NJW 1993, 2176, 2177; BayObLGZ 1994, 40, 45 = NJW-RR 1994, 967). Dieser Gesichtspunkt hat jedoch die weitere sachliche Entscheidung des Landgerichts über die Feststellung des Erbrechts nicht beeinflußt.

Das Landgericht hat sich mit der Auslegung des Testamentes des Erblassers vom 07. 12. 1979 befaßt. Die Kammer ist dabei zu dem Ergebnis gelangt, es könne nicht angenommen werden, daß der Erblasser hinsichtlich des Rückübertragungsanspruches in bezug auf die früher in seinem Eigentum stehenden Grundstücke in abweichend von der Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1) in diesem Testament hätte verfügen wollen.

Die Auslegung von Willenserklärungen und damit auch von Testamenten und Erbverträgen ist ausschließlich Sache des Tatrichters. Die tatrichterliche Auslegung bindet das Rechtsbeschwerdegericht solange, als sie nach den Denkgesetzen und der feststehenden Erfahrung möglich ist, mit den gesetzlichen Auslegungsregeln in Einklang steht, dem klaren Sinn und Wortlaut der Erklärung nicht widerspricht und alle wesentlichen Tatsachen berücksichtigt (vgl. *Keidel/Kuntze*, FGG, § 27 Rdnr. 48 m. w. N.). Einen solchen Rechtsfehler läßt die Entscheidung des Landgerichts nicht erkennen.

Die Kammer ist zunächst bei der erläuternden Testamentsauslegung davon ausgegangen, daß sich die Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1) auf den gesamten Nachlaß des Erblassers erstreckt. Dieser Ausgangspunkt ist entgegen der Auffassung der weiteren Beschwerde rechtlich nicht zu beanstanden. Nach dem unzweideutigen Wortlaut des notariellen Testamentes handelt es sich um eine umfassende Erbeinsetzung auf das gesamte Vermögen des Erblassers. Die inhaltliche Bedeutung einer solchen Erbeinsetzung wird nicht dadurch berührt, welche konkreten Vorstellungen der Erblasser über die Zusammensetzung seines Vermögens und den Wert einzelner Vermögensgegenstände hatte. Dementsprechend beschränkt sich die Bedeutung einer Erbeinsetzung nicht auf das zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung objektiv vorhandene Vermögen bzw. diejenigen Gegenstände, die der Erblasser zum Zeitpunkt der Errichtung seiner letztwilligen Verfügung als zu seinem Vermögen gehörend angesehen hat. Ebenso wie ein nachträglicher Vermögenserwerb werden auch solche Vermögensgegenstände von der Erbeinsetzung umfaßt, die der Erblasser selbst als wertlos angesehen hat, wenn sich durch eine spätere Änderung der Verhältnisse herausstellt, daß ihnen ein erheblicher Vermögenswert zukommt. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob der Erblasser konkret auch über seinen Grundbesitz in der ehemaligen DDR hat verfügen wollen. Die Ausführungen der weiteren Beschwerde werden mit ihrer wiederholten Bezugnahme auf die Entscheidung des OLG Köln (OLGZ 1994, 334 = FamRZ 1994, 591 =

JMBI. NW 1994, 116) von der Vorstellung beeinflusst, es sei eine Nachlaßspaltung eingetreten, so daß im Wege der Testamentsauslegung zunächst festgestellt werden müsse, daß der Erblasser eine letztwillige Verfügung auch für den rechtlich selbständigen Nachlaß in Ansehung seines unbeweglichen Vermögens in der ehemaligen DDR habe treffen wollen. Eine solche Nachlaßspaltung ist hier jedoch — wie bereits ausgeführt — in Ansehung der Rückübertragungsansprüche nach den §§ 3 ff. VermG gerade nicht eingetreten. Daraus folgt zugleich, daß es für die Auslegung des vorliegenden Testamentes bei den allgemeinen Grundsätzen zu verbleiben hat.

Das Landgericht hat eine ergänzende Auslegung im Hinblick darauf erwogen, daß Rückübertragungsansprüche in bezug auf den enteigneten Grundbesitz des Erblassers erst durch die deutsche Vereinigung geschaffen worden sind und der Erblasser möglicherweise eine solche Entwicklung nicht vorausbedacht habe. Eine daran anknüpfende ergänzende Auslegung scheitert jedoch im Ergebnis daran, daß sich für einen für diese Entwicklung abweichenden Erblasserwillen kein hinreichender Anhaltspunkt in dem Testament selbst finde. Auch diese Ausführungen sind rechtsfehlerfrei und werden von der weiteren Beschwerde auch nicht beanstandet. Schon das tatsächliche Vorbringen des Beteiligten zu 3) enthält keine hinreichenden tatsächlichen Anhaltspunkte für einen hypothetischen Erblasserwillen in der Richtung, wie er seine letztwillige Verfügung gestaltet hätte, wenn er die spätere politische Entwicklung und die Möglichkeit der Geltendmachung von Rückübertragungsansprüchen im Hinblick auf seinen enteigneten Grundbesitz vorausbedacht hätte. Dasselbe gilt für das Vorbringen der Beteiligten zu 2) im Erstbeschwerdeverfahren, der Erblasser habe ihr im Zuge der Vermögensauseinandersetzung aus Anlaß der Ehescheidung die Originalunterlagen für die beiden Grundstücke in A. ausgehändigt; es habe nicht seinen Vorstellungen entsprochen, ihr und dem Beteiligten zu 3) das Vermögen in der ehemaligen DDR zu entziehen. Hinsichtlich der Beteiligten zu 2) kann es sich dabei — wie oben bereits ausgeführt — nur um Gesichtspunkte handeln, die eine nachträgliche Vermögensauseinandersetzung berühren würde. Dafür, daß der Erblasser die Beteiligte zu 2) neben seiner zweiten Ehefrau als Erbin hätte einsetzen wollen, bestehen überhaupt keine Anhaltspunkte. Auch im übrigen bleibt völlig ungewiß, in welchem Verhältnis der Erblasser etwa die Beteiligte zu 1) und den Beteiligten zu 3) als seinen Sohn aus erster Ehe hinsichtlich des Vermögens in der ehemaligen DDR erbrechtlich hätte bedenken wollen, wenn er die spätere Entwicklung vorausbedacht hätte. Das Landgericht hat schließlich zu Recht hervorgehoben, daß auch einer ergänzenden Auslegung, die der Berücksichtigung eines — hier nicht feststellbaren — hypothetischen Willens des Erblassers im Hinblick auf die spätere politische Entwicklung dient, die an das Formerfordernis anknüpfende Grenze gesetzt ist, daß ein solcher Wille in dem Testament wenigstens andeutungsweise zum Ausdruck kommen muß (vgl. BGH NJW 1983, 672; BayObLG NJW 1988, 2744; OLG Frankfurt OLGZ 1993, 382 = FamRZ 1993, 857 = DtZ 1993, 216 mit spezifischem Bezug zu einem deutsch-deutschen Nachlaßfall). Daran aber fehlt es, wie das Landgericht zu Recht angenommen hat, bei einem Testament, dessen letztwillige Verfügung sich auf eine inhaltlich eindeutige Einsetzung einer Person als Alleinerbin beschränkt.

Das Landgericht hat darüber hinaus zu Recht angenommen, daß die Testamentsanfechtung von dem Beteiligten zu

3) verspätet erklärt worden ist und schon deshalb ungeachtet des Vorliegens eines Anfechtungsgrundes unwirksam bleiben muß. Nach § 2082 Abs. 1 BGB kann die Anfechtung nur innerhalb einer Jahresfrist erfolgen. Diese beginnt nach Abs. 2 S. 1 der Vorschrift mit dem Zeitpunkt, in welchem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt. Für den Fristbeginn ist deshalb erforderlich die Kenntnis des Anfechtungsberechtigten von allen das Anfechtungsrecht begründenden Tatsachen (vgl. *Palandt-Edenhofer*, BGB, 54. Aufl., § 2082 Rdnr. 2). Der Beteiligte zu 3) hat von dem Inhalt des Testamentes und seinem Ausschluß von der gesetzlichen Erbfolge dadurch Kenntnis erlangt, daß ihm das Amtsgericht Essen nach der am 03. 02. 1988 erfolgten Eröffnung dieses Testamentes eine Abschrift desselben übersandt hat. Von dem Umstand, daß Rückübertragungsansprüche im Hinblick auf den in der ehemaligen DDR enteigneten Grundbesitz geltend gemacht werden können und — hier unterstellt — der Erblasser damit zugleich bei der Errichtung seiner letztwilligen Verfügung einem Irrtum unterlegen ist, weil er diesem Grundbesitz keinerlei Wert mehr beigemessen hat, hat der Beteiligte zu 3) durch die Vorgänge im Zusammenhang mit der deutschen Vereinigung Kenntnis erlangt. Der BGH (NJW 1994, 582 f.) hat insoweit als frühesten Zeitpunkt denjenigen der gemeinsamen Erklärungen der Regierungen der beiden deutschen Staaten zur Regelung offener Vermögensfragen vom 15. 06. 1990 (BGBl. II S. 1237) und deren Nr. 2 über die Rückgabe von Vermögen der sogenannten Republikflüchtlinge angenommen (der Umstand, daß sich die genannte Entscheidung des BGH auf eine Testamentsanfechtung nach der inhaltsgleichen Vorschrift des § 374 Abs. 2 ZGB-DDR bezieht, ist in diesem Zusammenhang ohne Belang). Spätester Zeitpunkt für die Kenntniserlangung von dem Anfechtungsgrund ist jedenfalls derjenige des rechtlichen Wirksamwerdens des Einigungsvertrages vom 31. 08. 1990 (LG Gießen DtZ 1993, 217, 218). Entgegen der Auffassung der weiteren Beschwerde kommt es für den Fristbeginn nicht auf den Zeitpunkt an, zu dem der Beteiligte zu 3) erstmals davon erfahren hat, daß beim Landesamt zur Regelung offener Vermögensfragen ein Verfahren auf Rückübertragung der enteigneten Grundstücke anhängig ist, nach dessen Sachstand zum Zeitpunkt der Kenntniserlangung des Beteiligten zu 3) es lediglich noch der Klärung bedurfte, welche Person Berechtigte des Rückübertragungsanspruches ist. Denn das Verfahren vor dem Landesamt zur Regelung offener Vermögensfragen dient lediglich der Feststellung und der konkreten Einzelfallregelung im Hinblick auf den bereits durch die gesetzlichen Regelungen des Vermögensgesetzes gewährten Rückübertragungsanspruch. Der von dem Beteiligten zu 3) geltend gemachte Motivirrtum des Erblassers im Sinne des § 2078 Abs. 2 BGB bezieht sich jedoch lediglich darauf, daß er seinem enteigneten Grundbesitz in der ehemaligen DDR keinen Wert mehr beigemessen hat, während durch die spätere politische Entwicklung Rückübertragungs- bzw. Entschädigungsansprüche geschaffen worden sind, denen durchaus ein erheblicher Vermögenswert zukommt. Der Beteiligte zu 3) war deshalb durch nichts gehindert, zu einem wesentlich früheren Zeitpunkt die Testamentsanfechtung zu erklären und einen Erbschein zu erwirken, um seinerseits bei dem Amt für offene Vermögensfragen einen Rückübertragungsanspruch anzumelden.

Auf dieser Grundlage war die Anfechtungsfrist des § 2082 Abs. 2 BGB bereits abgelaufen, als die in der notariellen Ur-

kunde vom 27. 05. 1993 enthaltene Anfechtungserklärung des Beteiligten zu 3) bei dem Nachlaßgericht einging. Der Senat hat deshalb keinen Anlaß, auf die weiteren Ausführungen der angefochtenen Entscheidung, durch die das Landgericht auch das Vorliegen eines Anfechtungsgrundes verneint hat, näher einzugehen.

Internationales Privatrecht

20. EGBGB Art. 24, 25; BGB § 2174 (*Keine Anerkennung eines sog. Vindikationslegats in Deutschland*)

Auch wenn das als Erbstatut berufene ausländische Recht einem Vermächtnis beim Erbfall unmittelbar dingliche Wirkung beilegt (Vindikationslegat), begründet das Vermächtnis eines in Deutschland belegenen Grundstücks hier nur einen schuldrechtlichen Anspruch.

BGH, Urteil vom 28. 9. 1994 — IV ZR 95/93 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH a. D.

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger ist durch zwei Vorausvermächtnisse seines Vaters, des am 24. 11. 1980 in B. in Kolumbien verstorbenen Erblassers, mit einem Grundstück in R. in Westfalen bedacht worden. Er meint, mit dem Tod des Erblassers sei er Eigentümer dieses Grundstücks geworden. Der Erblasser war kolumbianischer Staatsangehöriger; Vermächtnisse entfalten nach dortigem Recht unmittelbar dingliche Wirkung (Vindikationslegat). Im Grundbuch sind als Eigentümer nach dem Erblasser aufgrund eines Erbscheins, der inzwischen eingezogen ist, die Witwe des Erblassers und seine Kinder, nämlich die Parteien und deren Schwester, in Erbengemeinschaft eingetragen. Da die anderen Beteiligten nach dem Vortrag des Klägers sein Alleineigentum anerkennen, verlangt er mit dem Hauptantrag nur von dem Beklagten Zustimmung zu einer entsprechenden Berichtigung des Grundbuchs. Hilfsweise beantragt der Kläger, den Beklagten zur Auflassung und Einwilligung in die Grundbuchänderung zu verurteilen.

Der Beklagte hält das vorliegende Verfahren für unzulässig, weil der Kläger schon vor dessen Beginn gemeinsam mit seiner Mutter und Schwester die Erbaueinandersetzung vor einem Zivilgericht in B. eingeleitet habe; auf Einspruch des Beklagten sei dort auch das Grundstück in R. einbezogen worden.

In der Sache wendet sich der Beklagte gegen die Wirksamkeit des zweiten Vermächtnisses. Der Erblasser war zunächst nur als Miterbe nach der Großmutter der Parteien zur Hälfte neben einem Bruder an dem Grundstück berechtigt. Deshalb hatte er nur diesen Anteil in einem in R. errichteten notariellen Testament vom 25. 7. 1978 dem Kläger als Vorausvermächtnis zugewandt. Nach dem Tod des Bruders im Jahre 1979 wurde der Erblasser jedoch Alleineigentümer des Grundstücks. Mit einem eigenhändigen Testament vom 15. 3. 1980, das der Erblasser in B. errichtete, wandte er auch den im Wege der Erbfolge nach seinem Bruder erworbenen Grundstücksanteil dem Kläger als Vorausvermächtnis zu. Der Beklagte hält diese letzte testamentarische Anordnung für unwirksam, weil das kolumbianische Recht eigenhändige Testamente nicht anerkenne. Im übrigen vertritt der Beklagte den Standpunkt, einem Vermächtnis könne in Deutschland keine unmittelbar dingliche Wirkung zukommen.

Die Vorinstanzen haben dem Hauptantrag stattgegeben. Mit der Revision erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage. Das Rechtsmittel hatte hinsichtlich des Hauptantrags Erfolg. Es führte im übrigen zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Aus den Gründen:

A. Mit Recht rügt die Revision, daß nach deutschem Sachenrecht das Eigentum an im Inland belegenen Grundstücken nicht aufgrund ausländischer Vindikationslegats unmittelbar mit dem Erbfall übergeht. Der auf § 894 BGB gestützte Hauptantrag ist daher unbegründet.

I. Insoweit steht der Zulässigkeit der Klage die ausländische Rechtshängigkeit nicht entgegen. Das wäre nur dann der Fall, wenn das ausländische Urteil hier voraussichtlich anzuerkennen sein würde (st. Rspr., vgl. BGH NJW 1986, 2195; NJW-RR 1992, 642). Darüber gibt es keine vertraglichen Vereinbarungen mit Kolumbien (vgl. MünchKomm-ZPO/Gottwald, § 328 Rdnr. 13 – 36 b). Zutreffend kommt das Berufungsgericht zu dem Ergebnis, daß eine Entscheidung im Erbteilungsverfahren in Kolumbien, wenn sie die Grundbuchberichtigung überhaupt einbezieht, hier gem. § 328 Abs. 1 Nr. 1 ZPO jedenfalls deshalb nicht anerkannt werden kann, weil die Bundesrepublik Deutschland entsprechend § 24 ZPO für Klagen auf Grundbuchberichtigung eines hier belegenen Grundstücks die ausschließliche internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte in Anspruch nimmt (MünchKomm-ZPO/Gottwald, § 328 Rdnr. 59; Zöller/Geimer, ZPO, 18. Aufl., IZPR Rdnr. 40; Stein/Jonas/Schumann, ZPO, 21. Aufl., § 24 Rdnr. 3 a).

II. Auf die streitig gewordene Rechtsfrage der Wirksamkeit ausländischer Vindikationslegats in Deutschland kommt es im vorliegenden Fall an, weil die testamentarischen Anordnungen des Erblassers, mit denen er das Grundstück dem Kläger als Vorausvermächtnis zugewandt hat, formgültig und für die Rechtsnachfolge von Todes wegen zu beachten sind.

1. Daß das notarielle Testament vom 25. 7. 1978 auch nach kolumbianischem Recht seiner Form nach nicht zu beanstanden ist, unterliegt selbst aus der Sicht des Beklagten keinem Zweifel. Mit Recht beurteilt das Berufungsgericht die Testamente aber nach dem Haager Testamentsabkommen vom 5. 10. 1961 (BGBl. 1965 II, 1144; vgl. MünchKomm-BGB/Birk, EGBGB, 2. Aufl., Art. 26 Rdnr. 32 ff.). Danach ist auch das eigenhändige Testament vom 15. 3. 1980 in der Bundesrepublik Deutschland als formwirksam anzusehen.

Die Bundesrepublik Deutschland ist diesem Übereinkommen beigetreten; Kolumbien jedoch bisher nicht. Gleichwohl ist das Übereinkommen nach Art. 6 Satz 2 hier anzuwenden ungeachtet der kolumbianischen Staatsangehörigkeit des Erblassers. Das Haager Abkommen verdrängt das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch für letztwillige Verfügungen, die nach dem 31. 12. 1965 errichtet worden sind (MünchKomm-BGB/Birk, a. a. O. Rdnr. 32, 35). Unter Ausschluß von Rück- und Weiterverweisungen knüpft Art. 1 Abs. 1 Buchst. e für die Form einer letztwilligen Verfügung, soweit es sich um unbewegliches Vermögen handelt, zusätzlich an das Recht des Staates an, in dem sich das Grundstück befindet. Damit kann die Formwirksamkeit des eigenhändigen Testaments vom 15. 3. 1980 nach deutschem Recht beurteilt werden; es ist mithin gültig. Welche erbrechtlichen Wirkungen es zeitigt, richtet sich freilich nach dem Erbstatut.

2. Da das eigenhändige Testament des Erblassers nach kolumbianischem Recht nicht gültig ist, meint die Revision, daß ihm jedenfalls aufgrund der sogenannten Günstigkeits-

regelung des Art. 1054 des Zivilgesetzbuchs Kolumbiens (CC) keine Wirkungen beizumessen seien. Das trifft aber nicht zu.

a) Zwar ist das kolumbianische Recht im vorliegenden Fall materielles Erbstatut. Eine vertragliche Regelung über das Internationale Privatrecht gibt es mit Kolumbien nicht (MünchKomm-BGB/*Birk*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 275 ff.). Da der am 24. 11. 1980 gestorbene Erblasser die kolumbianische Staatsangehörigkeit hatte, beurteilt sich seine Rechtsnachfolge von Todes wegen gemäß Art. 24, 25 EGBGB a. F., die nach Art. 220 Abs. 1 EGBGB für Erbfälle vor dem 1. 9. 1986 anwendbar bleiben, nach kolumbianischem Recht (zu Art. 24, 25 EGBGB a. F. vgl. BGH NJW 1980, 2016).

b) Art. 1054 CC sieht vor, daß kolumbianische Staatsangehörige bei der gesetzlichen Erbfolge in den Nachlaß eines Ausländers dieselben Rechte haben, die ihnen nach kolumbianischem Recht bei der gesetzlichen Erbfolge in den Nachlaß eines Kolumbianers zustehen würden; das gleiche gilt nach Abs. 3 dieser Vorschrift für die Beerbung eines Kolumbianers, der im Ausland Vermögen hat (vgl. *Makarov*, Quellen des Internationalen Privatrechts, 2. Aufl. Bd. I). Daß ein Testament errichtet worden ist, schließt die Anwendung des an sich von gesetzlicher Erbfolge ausgehenden Art. 1054 CC nicht aus; vielmehr wird die Vorschrift hauptsächlich bei pflichtteilswidrigen testamentarischen Verfügungen angewandt.

c) Aus dieser Regelung folgt jedoch entgegen der Ansicht der Revision nicht, daß ein eigenhändiges Testament allein wegen seiner dem kolumbianischen Recht fremden Form unbeachtlich sei. Schon das Landgericht hat mit Recht darauf hingewiesen, daß Art. 1054 CC vom deutschen Internationalen Privatrecht nur als Erbstatut berufen wird; die nach dem Haager Testamentsabkommen zu beurteilende Frage der Formgültigkeit bleibe davon unberührt. Die Selbständigkeit der im Haager Testamentsabkommen getroffenen Kollisionsregelung bewirkt, daß für die Frage der Formgültigkeit die Vorschriften des ansonsten als Erbstatut berufenen Rechts außer Betracht bleiben müssen (vgl. BGH NJW 1967, 1177). Diese Rechtsfolge kann nicht mit Hilfe des Erbstatuts umgangen werden. Im übrigen schützt Art. 1054 CC nur kolumbianische Staatsangehörige. Der Beklagte ist aber unstrittig Deutscher.

3. Das Problem der Wirksamkeit ausländischer Vindikationslegats in Deutschland erledigt sich im vorliegenden Fall auch nicht etwa wegen einer Rückverweisung des kolumbianischen Rechts auf deutsches Recht. Zu Unrecht rügt die Revision, diese Frage sei unaufgeklärt geblieben. (*Wird ausgeführt.*)

III. Die testamentarischen Verfügungen des Erblassers bezüglich des streitigen Grundstücks sind als Vorausvermächtnisse anzusehen, denen zwar nach kolumbianischem Recht im Erbfall unmittelbar dingliche Wirkung zukommt, wie das Berufungsgericht zutreffend feststellt. Ein solches Vindikationslegat an einem deutschen Grundstück ist aber im Inland als Damnationislegat gem. § 2174 BGB zu behandeln. Denn ein unmittelbar mit dem Tod des Erblassers eintretender Erwerb des Eigentums an dem vermachten Grundstück durch den Vermächtnisnehmer ist mit dem deutschen Sachenrecht nicht vereinbar. Das Vermächtnis kann hier nur nach den vom deutschen Sachenrecht für die Übertragung eines einzelnen Vermögensstücks bereitgestellten Regeln erfüllt werden.

1. Nach deutschem Internationalen Privatrecht gilt für sachenrechtliche Vorgänge und Verhältnisse kraft Gewohnheitsrechts die *lex rei sitae*, das Recht des Lageorts der Sache. Danach werden sachenrechtliche Tatbestände nach dem Sachstatut beurteilt, in dessen räumlichem Geltungsbereich sich die Sache zum Zeitpunkt des Eintritts des betreffenden Tatbestands befindet (BGHZ 100, 321, 324 m. w. N.).

Schon das Reichsgericht hat entschieden, daß die Frage der Begründung eines dinglichen Rechts an einem inländischen Grundstück nicht nach dem als Erbstatut berufenen ausländischen Recht zu beurteilen sei, sondern im Hinblick auf die *lex rei sitae* nach deutschem Sachenrecht (HRR 1930 Nr. 2066). Dieser Standpunkt wird ganz überwiegend auch von der Literatur vertreten. Selbst wenn das Grundstück zu einem Vermögen gehöre, für das nach deutschem Kollisionsrecht als Gesamtstatut ausländisches Recht maßgebend ist, und dieses im Erbfall unmittelbar dingliche Wirkungen selbst bezüglich einzelner Sachen anordne, könne eine solche Wirkung bei einem hier belegenen Grundstück nur eintreten, wenn auch das maßgebliche Einzelstatut, hier das deutsche Sachenrecht, sie zulasse (so *Lewald*, Das deutsche Internationale Privatrecht, 1930, 178f. unter Bezug auf ältere Literatur sowie eine Entscheidung des OLG Dresden aus dem Jahre 1896; *Nussbaum*, Deutsches Internationales Privatrecht, 1932, S. 301 unter Bezug auf die genannte Entscheidung des RG; *Frankenstein*, Internationales Privatrecht, 1935, S. 483 f.; *M. Wolff*, Das Internationale Privatrecht Deutschlands, 3. Aufl. 1954, S. 228 f.; *Ferid*, Internationales Privatrecht, 3. Aufl. 1986, S. 266 f. Rdnr. 7–33; *Ferid/Firsching*, Internationales Erbrecht, Bd. I Einführung Rdnr. 29; *Staudinger/Firsching*, BGB, 12. Aufl., vor Art. 24–26 EGBGB Rdnr. 221; MünchKomm-BGB/*Birk*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 168; *Erman/Hohloch*, BGB, 9. Aufl., Art. 25 EGBGB Rdnr. 29; *Palandt/Heldrich*, BGB, 53. Aufl., Art. 25 EGBGB Rdnr. 11). Dem ist soweit ersichtlich bisher auch die Rechtsprechung gefolgt (BayObLG 1961, 4, 19 f.; BayObLG 1974, 460, 466; zweifelnd allerdings OLG Hamm, IPRspr. 1989, Nr. 162b, im Erbscheinsverfahren des vorliegenden Falles). Gegen diese seit langem herrschende Meinung bezüglich der Behandlung eines ausländischen Vindikationslegats in Deutschland haben sich nur wenige Autoren ausgesprochen (*Habicht*, Internationales Privatrecht, 1907, S. 192; *Raape*, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 1961, § 56 VII 6 a S. 592; v. *Venrooy*, ZVglRWiss 85, 205 ff.; mißverständlich *Soergel/Kegel*, 11. Aufl., vor Art. 24 EGBGB Rdnr. 25, 84; anders *Kegel*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 1987 § 19 II S. 487 f.).

2. An dieser herrschenden Meinung ist festzuhalten.

a) Der Widerspruch, der in Fällen wie dem vorliegenden zwischen dem Gesamtstatut für das Vermögen des Erblassers einerseits und dem Einzelstatut der sachenrechtlichen *lex rei sitae* andererseits auftritt, wirft Fragen der Qualifikation und Angleichung auf (vgl. dazu allgemein etwa *Soergel/Kegel*, BGB, vor Art. 7 EGBGB Rdnr. 564). Es ist jedenfalls nicht der Sinn der Verweisung des deutschen Kollisionsrechts für die Regelung der Erbfolge auf ausländisches Recht, auf diesem Weg den geschlossenen Kreis der in Deutschland gesetzlich anerkannten dinglichen Rechte um inhaltlich andersartige Rechte zu erweitern. Aus dem gleichen Grund kann es auch für die Frage, auf welche Weise dingliche Rechte an einzelnen Sachen begründet werden können, nicht auf das als Erbstatut berufene

ausländische Recht ankommen. Dieses ist zwar zweifelsfrei berufen für die Frage, welchem Vermächtnisnehmer welcher Gegenstand gebührt, nicht aber auch für die dingliche Vollziehung des Vermächtnisses. Dafür ist vielmehr das deutsche Sachenrecht maßgebend.

b) Die diesem Ansatz folgende Behandlung ausländischer Vindikationslegat in Deutschland ist auch wegen ihrer rechtlichen Auswirkungen der Gegenmeinung vorzuziehen. Dem Willen des Erblassers wird Rechnung getragen, indem das Vindikationslegat einer in Deutschland belegenen Sache einem Damnationslegat gleichgestellt wird. Dies ist das Funktionsäquivalent, das mit der deutschen Sachrechtsordnung vereinbar ist. Durch die Einordnung des Vermächtnisses unter § 2174 BGB werden Schwierigkeiten vermieden, die sich andernfalls für Nachlaßgläubiger ergeben würden. Sie könnten nicht auf das am geeignetsten erscheinende Vermögensstück des Nachlasses zugreifen, sondern müßten sich an den Erben halten oder die Überschuldung des Nachlasses beweisen (zu Möglichkeiten, einem Gläubiger unter dieser Voraussetzung zu helfen, vgl. *van Venrooy*, a. a. O. 232 f.). Das wäre mit der nachrangigen Stellung, die § 226 Abs. 2 Nr. 5 KO den Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen zuweist, nicht zu vereinbaren. Weitere Schwierigkeiten würden dem Rechtsverkehr aus der Anerkennung ausländischer Vindikationslegat dadurch erwachsen, daß der Erwerb des vermachten Gegenstands vom Erben nur nach den Regeln über den Erwerb vom Nichtberechtigten möglich wäre (für Aufnahme des Vindikationslegats in den Erbschein *Soergel/Kegel*, BGB, vor Art. 24 EGBGB Rdnr. 84; dagegen BayObLG 1974, 460, 466; OLG Köln NJW 1983, 525; *van Venrooy*, a. a. O. S. 235). Auch wenn diese Schwierigkeiten nicht unüberwindlich sein mögen, wäre dies kein hinreichender Grund, die tradierte und seit Jahrzehnten ohne erkennbare Unzuträglichkeiten praktizierte Rechtsauffassung aufzugeben (vgl. BGHZ 85, 64, 66; BGHZ 87, 150, 155 f.).

Danach ist der Hauptantrag auf Grundbuchberichtigung abzuweisen.

B. Das Berufungsgericht wird nunmehr über den Hilfsantrag auf Auflassung des Grundstücks zu entscheiden haben.

1. Insofern ergibt sich die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte aus § 23 Satz 1 ZPO. Der von BGHZ 115, 90, 97 f. geforderte Inlandsbezug liegt hier vor.

2. Der Zulässigkeit entgegenstehen könnte allerdings der Einwand anderweitiger Rechtshängigkeit (§ 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO). Gegebenenfalls bleibt ferner zu klären, ob ein kolumbianisches Urteil unter dem Gesichtspunkt der Gegenseitigkeit hier anerkannt werden könnte (nein: *Stein/Jonas/Schumann*, ZPO, 20. Aufl. § 328 Rdnr. 282; ja: MünchKomm-ZPO/*Gottwald*, § 328 Rdnr. 109, jeweils m. w. N.).

3. Der Kläger verlangt nicht nur die Mitwirkung des Beklagten an der Übereignung des Grundstücks durch die Erbengemeinschaft als Gesamthand, sondern Auflassung und Einwilligung in eine entsprechende Änderung des Grundbuchs. In einem solchen Fall braucht die Klage nur dann nicht gegen alle Miterben gerichtet zu werden, wenn die übrigen von vornherein leistungsbereit sind (BGH NJW 1982, 441 unter II 1). Daran kann jedenfalls dann kein Zweifel bestehen, wenn die anderen Miterben bereits vor einem Notar die Auflassung erklärt haben.

Anmerkung:

Die vom Erbstatut einem Vermächtnis zugeordnete *dingliche Wirkung* vermeidet der BGH für inländische (bewegliche oder unbewegliche) Vermächtnisgegenstände, indem er mit der h. M. dingliche Rechtsänderungen aufgrund Verfügungen von Todes wegen des Erblassers aus dem „Zuständigkeitsbereich“ des Erbrechts und damit des Erbstatuts ausklammert und dem des Sachenrechts zuordnet. Damit ist die deutsche *lex rei sitae* anwendbar. Das Erbstatut ist demnach nur berufen für die Frage, welchem Vermächtnisnehmer welcher Gegenstand *gebührt*, für den *sachenrechtlichen Übergang* des Vermächtnisgegenstandes auf den Vermächtnisnehmer ist aber allein die (deutsche) *lex rei sitae* maßgebend. Diese Argumentation ist nicht zwingend. Denn für den Eigentumserwerb durch den *Erben* soll anders als für den Eigentumserwerb durch den *Vermächtnisnehmer* allein das *Erbstatut* maßgeblich sein (näher *Geimer* LM Art. 25 EGBGB Nr. 8).

Ob aus dogmatischer Sicht die Begründung des BGH angreifbar ist, kann dahinstehen. Jedenfalls aus der Sicht der Praxis ist das Urteil zu begrüßen, weil schwierige *Abgrenzungs- und Anpassungsfragen* vermieden werden. Die deutschen Nachlaßgerichte brauchen sich nicht mit der Frage zu beschäftigen, wie ein Vindikationslegat im deutschen Erbschein zu berücksichtigen ist, da es aus deutscher Sicht keine dinglichen Wirkungen hat (vgl. dagegen die komplizierten Fragen, die sich das LG Münster und das OLG Hamm [IPRspr. 1989 Nr. 162] im vorausgegangenen Erbscheinverfahren gestellt hatten). Auch für die deutschen Grundbuchämter ergeben sich keine Anpassungsprobleme in Hinblick auf § 35 GBO.

Der Standpunkt des BGH kommt also den praktischen Bedürfnissen der *freiwilligen Gerichtsbarkeit* entgegen. Dafür verstärken sich die internationalrechtlichen Probleme für die Gerichte der *streitigen Gerichtsbarkeit*. Die Rechtsposition des Vermächtnisnehmers ist — soweit es sich um in Deutschland belegene Vermächtnisgegenstände handelt — schwächer als nach dem Erbstatut. Er muß von dem/den Erben die Übereignung des Vermächtnisgegenstandes verlangen. Notfalls muß er auf Übereignung klagen. Klagt der Vermächtnisnehmer z. B. im Wohnsitzstaat des/der Erben nach der *actor sequitur forum rei* — Regel der §§ 12 ff. ZPO und ergeht dort ein Urteil, dann stellt sich die Anerkennungsfrage (Art. 25 ff. GVÜ kommen wegen Art. 1 II Nr. 1 nicht zur Anwendung, § 328 Abs. 1 Nr. 5 ZPO verlangt Verbürgung der Gegenseitigkeit; näher *Geimer* LM Art. 25 EGBGB Nr. 8).

Von der Verurteilung der Erben zur Übereignung des Vermächtnisgegenstandes im ausländischen Zivilprozeß zu unterscheiden ist die „Zuweisung“ desselben durch das ausländische Nachlaßgericht, wie z. B. nach § 178 des österr. Gesetzes über das gerichtl. Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen. Eine solche ist für den Grundbuchvollzug in Deutschland nicht ausreichend. Vielmehr ist auch hier eine *Auflassung* erforderlich (*Geimer*, Internationales Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., 1993, Rdnr. 2885).

Notar *Prof. Dr. Reinhold Geimer*, München

21. EGBGB Art. 22, 23; BGB §§ 1746 ff.; Código civil (Peru) Art. 21 ff., 378, 386 ff., 421, 2087 (*Anwendbarkeit deutschen Rechts bei der Adoption eines peruanischen Kindes*)

Will ein deutsches Ehepaar ein fast drei Jahre altes Kind peruanischer Staatsangehörigkeit, das sich seit seiner Geburt bei dem Ehepaar in Pflege befindet, als gemeinschaftliches Kind annehmen, so ist aus Gründen des Kindeswohls hinsichtlich der Zustimmung des Kindes und der Personen, zu denen das Kind in einem familienrechtlichen Verhältnis steht, deutsches Recht anzuwenden, wenn das Gericht die Frage, ob und welche Zustimmungen erforderlich sind, nicht in angemessener Zeit und mit vertretbarem Aufwand klären kann, und/oder wenn die Beschaffung der gegebenenfalls erforderlichen Zustimmungen nicht möglich oder nicht zumutbar ist.

BayObLG, Beschluß vom 31. 10. 1994 — 1 Z BR 100/94 — = BayObLGZ 1994 Nr. 64, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten zu 1 und 2 sind Eheleute. Sie hielten sich im Dezember 1991 in Lima auf, um unter Einschaltung der zuständigen Sozial- und Justizbehörden ein Kind zu adoptieren. Während sie das Adoptionsverfahren für das am 4.12.1991 in Lima (Peru) geborene nichteheliche Kind einer Peruanerin, dessen Vater unbekanntes Aufenthalts ist, in Peru betrieben, kam es dort zu Unruhen. Daraufhin reisten die Beteiligten zu 1 und 2 im April 1992 mit dem Kind und dessen Mutter zurück nach Deutschland. Dort erteilte die Mutter zu notarieller Urkunde vom 27. 4. 1992 ihre Einwilligung zur Adoption des Kindes und reiste alsdann nach Peru zurück. Das Kind blieb bei den Beteiligten zu 1 und 2 und lebt seither in deren Familie in Deutschland.

Mit Schreiben vom 28. 4. 1992 hat der Notar die Einwilligungserklärung der Mutter dem für den Wohnsitz der Eheleute zuständigen Vormundschaftsgericht übersandt und beantragt, die Annahme als Kind auszusprechen. Am 7. 5. 1992 hat das zuständige Kreisjugendamt festgestellt, daß im Hinblick auf die Einwilligung der Mutter in die Adoption deren elterliche Gewalt ruhe und das Jugendamt selbst Vormund geworden sei. Am 21. 7. 1992 haben die Beteiligten zu 1 und 2 in notariell beurkundeter Form den Antrag an das Vormundschaftsgericht gestellt, die Annahme des Kindes durch sie als gemeinschaftliches eheliches Kind auszusprechen und in diesem Zusammenhang den Vornamen des Kindes abzuändern. Das Kreisjugendamt ersuchte das Vormundschaftsgericht um Genehmigung der Einwilligung als Vormund in die Adoption, da nach seiner Auffassung die beantragte Annahme dem Wohl des Kindes diene und zwischen den Annehmenden und dem Kind ein Eltern-Kind-Verhältnis gewachsen sei.

Mit Beschluß vom 9. 9. 1993 hat das Vormundschaftsgericht den Adoptionsantrag der Eheleute abgelehnt. Zwar sei das Gericht davon überzeugt, daß die Annahme dem Wohl des Kindes dienen würde. Jedoch hätte zunächst das peruanische Adoptionsverfahren zum Abschluß gebracht werden müssen. Hiergegen haben die Beteiligten zu 1 und 2 Beschwerde eingelegt.

Die weitere Beschwerde gegen die ablehnende Entscheidung des Landgerichts führte zur Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen und zur Zurückverweisung der Sache an das Amtsgericht.

Aus den Gründen:

1. Das Landgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im wesentlichen ausgeführt:

Das international zuständige Vormundschaftsgericht habe den Antrag, die Annahme des Kindes als gemeinschaftliches eheliches Kind auszusprechen, zu Recht abgelehnt.

Zwar lägen die Zulässigkeitsvoraussetzungen der angestrebten Minderjährigenadoption nach dem gem. Art. 22 EGBGB grundsätzlich anzuwendenden deutschem Recht hinsichtlich der Antragsteller vor. Jedoch seien gem. Art. 23 EGBGB zusätzlich die Bestimmungen des Peruanischen Zivilgesetzbuchs (Cc) zu prüfen. Nach den bisherigen Erkenntnissen bestünden Zweifel, ob die Einwilligungserklärung der leiblichen Mutter den Erfordernissen des Art. 378 Nr. 5 Cc entspreche, da nicht feststehe, wer die elterliche Gewalt für das Kind ausüben könne. Denn ausweislich der notariellen Urkunde sei die Mutter im Zeitpunkt der Einwilligungserklärung erst 17 Jahre alt und damit gem. Art. 44 Nr. 1 Cc relativ handlungsunfähig gewesen. Nicht geklärt sei auch, ob gem. Art. 421 Cc die elterliche Gewalt, auch dem Vater des Kindes zustehe. Da das Kind den Namen beider Erzeuger führe, sei gem. Art. 21 Cc von einer Anerkennung der Vaterschaft durch den Vater (Art. 386 ff. Cc) auszugehen. Weitere Ermittlungen könne das Beschwerdegericht nicht durchführen, da aufgrund der vorliegenden Stellungnahmen feststehe, daß diese in Peru nicht zum Erfolg führen könnten. Die Einwilligung könne auch nicht nach deutschem Recht ersetzt werden, da die Voraussetzungen hierfür nicht vorlägen. Ferner fehle die nach Art. 2087 Nr. 3 Buchst. e Cc erforderliche Genehmigung für das Kind, Peru zu verlassen. Art. 23 Satz 2 EGBGB sei nicht anzuwenden, da bereits grundlegende Voraussetzungen für die Annahme des Kindes fehlten und erstmals eine Adoption nach deutschem Recht ausgesprochen werden solle.

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung (§ 27 Abs. 1 FGG, § 550 ZPO) nicht stand.

a) Die Vorinstanzen sind zutreffend davon ausgegangen, daß die deutschen Gerichte international zuständig sind, weil die Eheleute, die das Kind annehmen wollen, deutsche Staatsangehörige sind und ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben (§ 43 b Abs. 1 Satz 1 FGG).

b) Zutreffend hat das Landgericht ferner angenommen, daß sich die Annahme als Kind im vorliegenden Fall im Hinblick auf die deutsche Staatsangehörigkeit der annehmenden Eheleute nach deutschem Recht richtet (Art. 22 Satz 2 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB), daß jedoch darüber hinaus wegen der peruanischen Staatsangehörigkeit des Kindes, die dieses mit seiner Geburt erworben hat (Art. 89 Abs. 1 Satz 1 der peruanischen Verfassung vom 12. 7. 1979, abgedruckt bei *Bergmann/Ferid*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Abschnitt Peru, S. 8), hinsichtlich bestimmter Zustimmungserklärungen gem. Art. 23 Satz 1 EGBGB zusätzlich (vgl. *Lorenz*, IPRax 1994, 193/194) die Anforderungen des peruanischen Rechts zu beachten sind, soweit nicht die Ausnahmeregelung des Art. 23 Satz 2 EGBGB eingreift. Da das peruanische Recht diese Verweisung annimmt (vgl. Art. 2087 Nr. 3 Buchst. c des peruanischen Código civil vom 24. 7. 1984 — Cc —, zitiert nach *Bergmann/Ferid*, S. 24 ff.), kommt es auf die Frage, ob in diesem Zusammenhang eine Rückverweisung zu beachten wäre (vgl. dazu BayObLG FamRZ 1988, 868/870; *Palandt/Heldrich*, BGB, 53. Aufl., Rdnr. 2 und *Münch-Komm-BGB/Klinkhardt*, 2. Aufl. Rdnr. 6 jeweils zu Art. 23 EGBGB; *Hohnerlein*, IPRax 1994, 197) nicht an.

c) Zutreffend ist das Landgericht auch davon ausgegangen, daß die beantragte Annahme als Kind nach dem bisher festgestellten Sachverhalt möglicherweise nach peruanischem Recht der Zustimmung von Personen bedarf, zu denen das Kind in einem familienrechtlichen Verhältnis steht (Art. 23 Satz 1 EGBGB).

aa) Nach peruanischem Recht bedarf die Adoption der Zustimmung der leiblichen Eltern des Angenommenen, wenn dieser unter ihrer elterlichen Gewalt oder Pflegschaft steht (Art. 378 Nr. 5 Cc). Ist ein Elternteil minderjährig, so bedarf dessen Zustimmung der Mitwirkung des Richters, ferner ist die Begleitung durch den Vater oder den sonst Verantwortlichen erforderlich, der ebenfalls seine Zustimmung zu erteilen hat (Art. 5 des Allgemeinen Gesetzes über die Adoption Minderjähriger vom 10. 12. 1992, in Übersetzung abgedruckt in StAZ 1993, 398; die Übergangsbestimmung zu diesem Gesetz, wonach anhängige Adoptionen nach den bisherigen Bestimmungen fortgeführt werden — vgl. StAZ 1993, 401 —, dürfte sich nur auf peruanische Adoptionsverfahren beziehen). Nach den bisherigen Feststellungen des Landgerichts kann nicht abschließend entschieden werden, ob die Voraussetzungen für diese Zustimmungserfordernisse nach peruanischem Recht gegeben sind. Denn bei nichtehelichen Kindern wird das elterliche Gewaltverhältnis, das gem. Art. 378 Nr. 5 Cc Voraussetzung der Zustimmungsbedürftigkeit der Adoption ist, durch Anerkennung begründet (Art. 421 Abs. 1 Cc). Hierbei sind die Anerkennung oder ein Feststellungsurteil die einzigen Mittel zum Beweis der nichtehelichen Abstammung, und zwar sowohl hinsichtlich der Vaterschaft wie hinsichtlich der Mutterschaft (Art. 387 Cc), so daß für das nichteheliche Kind ein Abstammungsverhältnis zum Vater und zur Mutter nur durch freiwillige Anerkennung oder durch gerichtliche Feststellung begründet werden kann (*Bergmann/Ferid* Einleitung Peru, Kap. III A S. 19). Die Anerkennung wird im Geburtenregister, in öffentlicher Urkunde oder in einem Testament bekundet (Art. 390 Cc). Die bloße Eintragung des Kindes im Geburtenregister enthält diese Anerkennung für sich genommen noch nicht, wie sich aus Art. 391 Cc ergibt. Denn nach dieser Vorschrift kann die Anerkennung im Register im Augenblick der Eintragung der Geburt vollzogen werden, aber auch in einer nachfolgenden Erklärung mittels einer von dem Anerkennenden unterzeichneten und von dem entsprechenden Beamten beurkundeten Niederschrift. Daraus, daß im Geburtenregister das Kind unter den ersten Familiennamen des Vaters und der Mutter eingetragen ist, kann ebenfalls nicht auf eine Anerkennung geschlossen werden. Zwar führt das nichteheliche Kind den Familiennamen der Erzeuger, die es anerkannt haben (Art. 21 Cc). Jedoch ist auch das nicht anerkannte neugeborene Kind mit geeigneten Namen einzutragen (vgl. Art. 23 Cc), die auch die Namen der natürlichen Eltern sein können (vgl. die Anmerkung in *Bergmann/Ferid* zu Art. 392 Cc).

Das Landgericht hat Feststellungen zur Anerkennung des Kindes durch die leibliche Mutter nicht getroffen. Hinsichtlich des leiblichen Vaters hält es offenbar eine Anerkennung für wahrscheinlich, aber nicht für erwiesen. Unter diesen Umständen ist es zwar möglich, daß die Voraussetzungen vorliegen, unter denen nach peruanischem Recht Zustimmungserklärungen zur Adoption gem. Art. 23 Satz 1 EGBGB erforderlich sind, die Frage ist jedoch nach den bisher getroffenen Feststellungen nicht abschließend geklärt.

bb) Zu Unrecht verweist das Landgericht allerdings auf Art. 2087 Nr. 3 Buchst. e Cc. Nach dieser Vorschrift obliegt es im Rahmen einer Adoption dem Wohnsitzrecht des Angenommenen, die Genehmigung für den Minderjährigen zum Verlassen des Landes zu regeln. Die Vorschrift besagt als Kollisionsnorm nichts dazu, ob ein Minderjähriger, der

adoptiert werden soll, nach peruanischem Recht einer Genehmigung zum Verlassen des Landes bedarf. Eine solche Genehmigungspflicht wäre im übrigen auch im Rahmen des Art. 23 Satz 1 EGBGB nicht zu berücksichtigen, da diese Vorschrift lediglich die Zustimmung des Kindes und derjenigen Personen, die zu dem Kind in einem familienrechtlichen Verhältnis stehen, betrifft, nicht aber die nach dem Heimatrecht des Kindes unabhängig von diesen Zustimmungen erforderlichen Genehmigungen staatlicher Behörden im Zusammenhang mit der Adoption (*Lorenz*, IPRax 1994, 193/195).

d) Die Vorinstanzen durften jedoch auf der Grundlage der von ihnen getroffenen Feststellungen die Anwendung des Art. 23 Satz 2 EGBGB nicht ablehnen.

aa) Diese Vorschrift gestattet es, bei der Annahme eines Kindes mit ausländischer Staatsangehörigkeit die Erforderlichkeit und die Erteilung bestimmter Zustimmungserklärungen ausschließlich nach deutschem Recht zu beurteilen, selbst wenn hierauf nach dem Grundsatz des Art. 23 Satz 1 EGBGB zusätzlich das Heimatrecht des Kindes anzuwenden wäre. Ziel der Bestimmung ist es insbesondere, die Eingliederung eines ausländischen Kindes in eine Pflegefamilie zu ermöglichen, in deren Obhut es sich befindet (BayObLG FamRZ 1988, 868/870 unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien), etwa in Fällen, in denen das Kind nach Abbruch aller Beziehungen zu seiner Heimat nach Deutschland gekommen ist, um hier adoptiert zu werden (MünchKommBGB/*Klinkhardt*, Art. 23 EGBGB Rdnr. 44). Denn durch die Anwendung des deutschen Rechts, das unter bestimmten Voraussetzungen von derartigen Zustimmungen absieht (vgl. § 1747 Abs. 4 BGB) und auch eine Ersetzung der Zustimmungen zuläßt (vgl. § 1746 Abs. 3, § 1748 BGB), soll die Inlandsadoption minderjähriger Kinder ermöglicht werden, wenn die Zustimmungserfordernisse des gem. Art. 23 Satz 1 EGBGB berufenen Heimatsrechts nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten erfüllt werden können (BayObLG a. a. O. und *Palandt/Heldrich*, Art. 23 EGBGB, Rdnr. 6; vgl. auch *Baumann*, Verfahren und anwendbares Recht bei Adoptionen mit Auslandsberührung, S. 47 m. w. N.). In Betracht kommen insbesondere die Fälle, in denen der Aufenthalt der leiblichen Eltern unbekannt ist (*von Barm*, Internationales Privatrecht, Band 2, § 2 Rdnr. 325 m. w. N.), ferner Fälle, in denen die Zustimmungspflichtigen nach den Verhältnissen in ihrem Land bei der Mitwirkung an der Annahme vor nicht oder nur schwer zu überwindende Schwierigkeiten gestellt werden (*Baumann* a. a. O.). Die als Auffangtatbestand gestaltete Vorschrift des Art. 23 Satz 2 EGBGB erfaßt aber auch andere Fälle, in denen die Anwendung der Grundsätze des Art. 23 Satz 1 EGBGB aus sonstigen Gründen zu mit dem Kindeswohl nicht vereinbarenden Schwierigkeiten führt, etwa weil das ausländische Recht Adoptionen nur in seinem eigenen Geltungsbereich vorsieht (vgl. die redaktionelle Anmerkung *E. J.* in IPRax 1987, 124/125). Die Anwendung der Vorschrift mag vor allem bei der Wiederholung einer unwirksamen oder rechtlich zweifelhaften Auslandsadoption naheliegen (*Staudinger/Henrich*, BGB, 12. Aufl., Art. 23 EGBGB n. F., Rdnr. 32), sie ist aber entgegen der Auffassung des Landgerichts nach Wortlaut und Sinn keinesfalls auf derartige Fallgestaltungen beschränkt (vgl. auch AG Lahnstein, FamRZ 1994, 1350). Allerdings ist Art. 23 Satz 2 EGBGB als Ausnahmenvorschrift eng ausulegen (BayObLG a. a. O.) und nur anzuwenden, wenn auf diese Weise ernsthafte Nachteile von dem Kind abgewendet

werden können, die bei Berücksichtigung des ausländischen Rechts eintreten (OLG Celle StAZ 1989, 9/10).

bb) Diesen Grundsätzen wird die Entscheidung des Landgerichts nicht gerecht.

(1) Für die Entscheidung im Rechtsbeschwerdeverfahren ist zu unterstellen, daß die beantragte Annahme dem Wohl des Kindes entspricht. Das Amtsgericht ist hiervon ausdrücklich ausgegangen. Auch aus den Berichten des zuständigen Kreisjugendamts ergibt sich nichts anderes. Das inzwischen fast drei Jahre alte Kind befindet sich praktisch seit seiner Geburt bei den Adoptionsbewerbern und wird von diesen umsorgt. Es liegt auf der Hand, daß es die Adoptionsbewerber als seine Eltern empfindet. Ohne ein gesichertes rechtliches Verhältnis zu ihnen würde ein andauernder Zustand rechtlicher Unsicherheit bestehen bleiben, der sich auf die weitere Entwicklung des Kindes schädlich auswirken kann. Dem kann im Interesse des Kindes dadurch begegnet werden, daß die Pflegeeltern das Kind auch im rechtlichen Sinn als solches annehmen (vgl. BayObLG FamRZ 1988, 868/870).

(2) Unter diesen Umständen kann von einer Anwendung des Art. 23 Satz 2 EGBGB nur abgesehen werden, wenn die Frage, ob nach peruanischem Recht Zustimmungserklärungen erforderlich sind, in angemessener Zeit beantwortet werden kann und/oder die danach erforderlichen Erklärungen in angemessener Zeit beschafft werden können. Zwar liegt es im Interesse des Kindes, daß entsprechend dem Grundsatz des Art. 23 Satz 1 EGBGB bei einer Adoption die Erfordernisse der Rechtsordnung beachtet werden, zu der es vor der Adoption die stärkeren Beziehungen hat, damit nach Möglichkeit eine „hinkende Adoption“ vermieden wird (von Bar, Rdnr. 322 f.; Baumann S. 48). Ist aber eine Klärung der mit den nach ausländischem Recht erforderlichen Zustimmungen verbundenen Probleme nicht innerhalb angemessener Zeit möglich, so wiegt das Interesse des Kindes an einem im Inland rechtlich gesicherten Status für seine weitere Entwicklung so schwer, daß auf die Erfüllung der möglicherweise gegebenen Zustimmungserfordernisse verzichtet werden muß. Das gilt jedenfalls dann, wenn wie hier die sonstigen Voraussetzungen für eine Adoption eindeutig vorliegen und eine Rückkehr des Kindes in seine ursprüngliche Heimat mit dem Kindeswohl nicht mehr zu vereinbaren wäre. Gerade eine solche alsbaldige Klärung hält das Landgericht jedoch für ausgeschlossen. Denn es stellt fest, daß weitere Ermittlungen in Peru derzeit mit Aussicht auf Erfolg nicht durchgeführt werden können. Dies deckt sich auch mit dem ausführlichen Bericht der Beteiligten zu 1 über ihre Adoptionsbemühungen in Peru, der mit der Begründung der weiteren Beschwerde vorgelegt wurde.

e) Die Entscheidung des Landgerichts beruht auf diesem Rechtsfehler. Denn nach den von ihm getroffenen Feststellungen hätte es bei Beachtung der dargestellten Grundsätze zu einer Anwendung des Art. 23 Satz 2 EGBGB und damit zur Maßgeblichkeit des deutschen Rechts kommen müssen.

f) Die Entscheidung erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 27 Abs. 1 Satz 2 FGG i. V. m. § 563 ZPO). Sie ist daher aufzuheben. Bei Anwendung ausschließlich des deutschen Adoptionsrechts kommt nach dem derzeitigen Stand der Ermittlungen eine Zurückweisung des Antrags nicht in Betracht. Die Einwilligung des nichtehelichen Vaters des Kindes in die Adoption ist nicht erforderlich (vgl. § 1747 Abs. 2 BGB). Auch ist die Einwilligung der Mutter des Kindes nicht deshalb unwirksam, weil

sie im Zeitpunkt der Erklärung in der Geschäftsfähigkeit beschränkt war, ebensowenig bedurfte es der Zustimmung ihres (damaligen) gesetzlichen Vertreters in die Adoption (§ 1750 Abs. 3 Satz 2 BGB; zur Maßgeblichkeit des Adoptionsstatuts in dieser Beziehung MünchKomm-BGB/Klinkhardt, Art. 22 EGBGB Rdnr. 22).

Da die ablehnende Entscheidung des Amtsgerichts ebenfalls darauf beruht, daß Art. 23 Satz 2 EGBGB nicht angewandt worden ist, ist auch sie aufzuheben.

g) Der Senat kann nicht in der Sache selbst entscheiden, da noch weitere Ermittlungen erforderlich sind. Da diese zweckmäßigerweise durch das für das Adoptionsverfahren insgesamt, insbesondere für die Genehmigung gem. § 1746 Abs. 1 Satz 4 BGB zuständige Amtsgericht vorgenommen werden, wird die Sache an dieses zurückverwiesen (vgl. Keidel/Kuntze, FGG 13. Aufl., § 27 Rdnr. 66c).

Nachdem im vorliegenden Fall deutsches Recht anzuwenden sein wird (Art. 23 Satz 2 EGBGB), weist der Senat für das weitere Verfahren auf folgendes hin:

Gemäß § 1750 Abs. 1 Satz 3, Abs. 4 Satz 2 i. V. m. § 1747 Abs. 2 Satz 1 BGB verliert die (unabhängig von der Anerkennung des Kindes durch die Mutter in Peru erforderliche, vgl. Hohnerlein, IPRax 1994, 197) Einwilligung der Mutter in die Annahme als Kind am 30. 4. 1995 ihre Kraft, wenn bis dahin die Annahme nicht ausgesprochen ist.

Anmerkung:

1. Der Beschluß des BayObLG bringt Klarheit in das deutsche internationale Adoptionsrecht, was die Handhabung des Art. 23 S. 2 EGBGB anbelangt. Diese Vorschrift spielt in der Praxis eine wichtige Rolle bei der Inlandsadoption von Ausländerkindern aus Entwicklungsländern. Das IPR knüpft in Art. 22 EGBGB nicht an das Heimatrecht des Anzunehmenden, sondern an das Personalstatut des Annehmenden (bei Ehegatten an das objektive Ehwirkungsstatut) an, vorbehaltlich Rück- oder Weiterverweisung, Art. 4 I 1 EGBGB. Im Lichte dieser Grundentscheidung des deutschen Kollisionsrechts muß Art. 23 S. 2 EGBGB ausgelegt werden. Der Rückgriff auf die Zustimmungserfordernisse nach dem Heimatrecht des Kindes darf nicht dazu führen, daß eine nach dem maßgeblichen deutschen Recht mögliche Annahme als Kind letztlich vereitelt wird, obwohl sie im wohl verstandenen Interesse des Kindes wünschenswert wäre. Denn das deutsche IPR sieht eben keine echte kumulative Anknüpfung vor (für eine solche bei Erwachsenenadoptionen de lege ferenda Stefan Lorenz, IPRax 1994, 194). Hinkende Adoptionen sind zwar unerfreulich. Der äußere Entscheidungseinklang hat jedoch keinen absoluten Vorrang. Daher legt das BayObLG Art. 23 S. 2 EGBGB zutreffend im Ergebnis weit aus, auch wenn dies über den Umweg des „Wohls des Kindes“ geschieht. Das Gericht widerspricht aber verbis expressis nicht der h. M., die eine „enge Auslegung“ befürwortet. So z. B. Kropholler, IPR, 2. Aufl., 1994, S. 368/369, der „Zurückhaltung“ bei der „regelwidrigen Anwendung deutschen Rechts“ gem. Art. 23 S. 2 EGBGB fordert. „Die in der Kumulation liegende Erschwerung der Rechtsanwendung hat der Gesetzgeber bewußt in Kauf genommen. Sie ist der Preis dafür, daß das Kindesrecht nicht bereits Grundstatut ist.“ Für Anlegung strenger Maßstäbe sprechen sich auch Henrich (Internationales Familienrecht, 1989, 304) und Heldrich (Palandt/

Heldrich, BGB, 54. Aufl., 1995, Art. 23 EGBGB Rdnr. 6) aus: „Satz 2 ist eine Ausnahmenvorschrift, die eng auszulegen ist.“

2. Unrichtig war die Vorstellung des Vormundschaftsgerichts, das peruanische Adoptionsverfahren hätte erst zum Abschluß gebracht werden müssen, bevor über den in Deutschland gestellten Antrag auf Ausspruch der Annahme des (peruanischen) Kindes entschieden werden könne. In der Praxis sind deutsche „Zweitadoptionen“ nicht selten; doch rechtssystematisch bleibt festzuhalten, daß die deutsche internationale Zuständigkeit nicht sekundär oder subsidiär ist gegenüber der des Heimatstaates des Kindes. Ist Deutschland nach § 43b FGG international zuständig, so bedeutet dies, daß die deutschen Gerichte sachlich über die beantragte Annahme als Kind entscheiden müssen. Sie dürfen auch nicht aus *forum non conveniens*-Erwägungen eine Sachentscheidung verweigern (Geimer, IZPR, 2. Aufl., 1993, Rz 1068a, 1091a. Anders: MünchKomm-BGB/Klinkhardt, 2. Aufl., Art. 22 EGBGB Rz. 73). Auch ist die Anerkennung der deutschen Adoption im Heimatstaat des Kindes nicht Voraussetzung für die internationale Zuständigkeit Deutschlands. Eine Parallelvorschrift zu § 606a I 1 Nr. 4 ZPO gibt es nicht.

3. Wäre im Heimatstaat des Kindes bereits eine Adoption durchgeführt worden, dann stellte sich aus deutscher Sicht die Anerkennungsfrage. Soweit dort für die Annahme als Kind — ebenso wie in Deutschland — das Dekretsystem gilt, regelt die Anerkennung des ausländischen Hoheitsaktes § 16a FGG. Diese Norm wurde § 328 ZPO nachgebildet. Sie kennt daher ebenso wie ihr Vorbild keine kollisionsrechtliche Kontrolle. Die Anwendung des aus deutscher IPR-Sicht „richtigen Rechts“ ist nicht Voraussetzung für die Anerkennung (Geimer, FS-Ferid, 1988, 92). Daher ist das Fehlen einer nach Art. 23 S. 1 EGBGB erforderlichen Zustimmung des Kindes oder seiner Angehörigen zur Adoption für sich allein kein Grund, dem ausländischen Adoptionsakt die Anerkennung in Deutschland zu verweigern (Kropholler, IPR, S. 370).

Notar Prof. Dr. Reinhold Geimer, München

22. BGB § 2369; EGBGB Art. 25 (Behandlung österreichischer Nachlässe aus deutscher Sicht; gerichtliche Reaktion auf einen unrichtigen oder unklaren Erbscheinsantrag)

1. Auch bei fehlendem Gleichlauf von materiellem und Verfahrensrecht als Voraussetzung der internationalen Zuständigkeit deutscher Nachlaßgerichte ergibt sich diese aus § 2369 BGB, wenn der Antragsteller vorträgt, daß sich einzelne Nachlaßgegenstände im Inland befinden. Ein gegenständlich beschränkter Erbschein setzt das Vorhandensein inländischen Vermögens voraus, bezugt aber nicht dessen Bestehen.
2. Eine endgültige Zurückweisung eines Erbscheinsantrages ist nur bei Vorliegen unbehebbarer Erteilungshindernisse zulässig.

(Leitsatz der Schriftleitung)

BayObLG, Beschluß vom 2. 2. 1995 — 1 Z BR 159/94 —, mitgeteilt von Johann Demharter, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Der am 30. 6. 1992 in München, seinem letzten Wohnort, im Alter von 72 Jahren verstorbene Erblasser war österreichischer Staatsangehöriger. Aus seiner am 4. 10. 1947 geschlossenen und am 26. 1. 1978 in Anwendung österreichischen Rechts geschiedenen Ehe mit der Beteiligten zu 1, die ebenfalls die österreichische Staatsangehörigkeit besitzt, stammt der Beteiligte zu 3. Seit 3. 3. 1978 war der Erblasser mit der Beteiligten zu 2 verheiratet.

In einem vor einem Notar in Berlin errichteten gemeinschaftlichen Testament vom 20. 10. 1949 hatten sich der Erblasser und die Beteiligte zu 1 gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt. Es wurde beim Amtsgericht Charlottenburg amtlich verwahrt und von diesem am 19. 10. 1992 eröffnet. Ein weiteres eigenhändiges Testament des Erblassers vom 8. 8. 1978, in dem er die Beteiligte zu 2 zur Alleinerbin eingesetzt hatte, wurde beim Amtsgericht München amtlich verwahrt. Nachdem es ihm am 31. 7. 1984 zurückgegeben worden war, änderte der Erblasser das Ausstellungsdatum auf diesen Tag, worauf es am selben Tag erneut in die amtliche Verwahrung des Amtsgerichts München gegeben wurde. Eine Eröffnung dieses Testaments lehnte die Rechtspflegerin des Amtsgerichts München am 21. 3. 1994 ab, weil dieses international nicht zuständig sei. Mangels eines inländischen Nachlasses komme die Erteilung eines Fremdrechtserscheins nicht in Betracht. Es ist nicht festgestellt, ob in Österreich, wo der Erblasser keinen Wohnsitz hatte, eine „Verlassenschaftsabhandlung“ stattgefunden hat. Eine „Erbserkklärung“ nach österreichischem Recht ist von der Beteiligten zu 2 bis jetzt nicht abgegeben worden.

Während die Beteiligte zu 2 am 16. 9. 1992 erklärt hatte, sie benötige keinen Erbschein, beantragte die Beteiligte zu 1 mit Schreiben vom 27. 6. 1993 beim Nachlaßgericht München „einen Erbschein“, weil sie die geschiedene Ehefrau des Erblassers und im Besitz eines vollstreckbaren Unterhaltstitels sei. Das Familiengericht München hatte den Erblasser am 29. 1. 1988 rechtskräftig verurteilt, der Beteiligten zu 1 ab 4. 1987 einen Ehegattenunterhalt von monatlich 1.000 DM zu bezahlen. Auf Anfrage des Nachlaßrichters teilte die Beteiligte zu 1 mit, der Erblasser habe in München ein Bankkonto unterhalten und eine Lebensversicherung abgeschlossen gehabt. Außerdem habe er ein Auto sowie Bilder, Möbel und Teppiche besessen. Die Beteiligte zu 2 hingegen erklärte, der Erblasser sei vermögenslos gewesen. Sein gesamtes Inventar habe er ihr bereits 1966 mit Schenkungsurkunden „vermacht“. Mit Verfügung vom 26. 8. 1993 bat der Nachlaßrichter die Beteiligte zu 1, ihren Erbscheinsantrag zu „präzisieren“. Hierauf teilte die Beteiligte zu 1 mit, sie sei vom Familiengericht aufgefordert worden, einen Erbschein zu beantragen.

Der Nachlaßrichter wies den Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1 zurück, da der Antrag unzulässig sei. Die Erbfolge beurteile sich nach österreichischem Recht. Voraussetzung für die Erteilung eines gegenständlich beschränkten Erbscheins gem. § 2369 BGB sei das Vorhandensein eines inländischen Nachlasses, was die Beteiligte zu 1 konkret hätte dargetun müssen. Sie habe aber nur Vermutungen aufgestellt und erklärt, nicht informiert zu sein. Gegen diesen Beschluß legte die Beteiligte zu 1 „Einspruch“ ein, mit dem sie erneut vortrug, der Erblasser habe verschiedene Vermögensgegenstände besessen und sei insbesondere Inhaber eines Bankkontos gewesen. Diese Angaben wurden von der Beteiligten zu 2 bestritten. Der Erblasser habe lediglich eine ca. 32 Jahre alte Foto- und Filmausrüstung hinterlassen. Die Beschwerde zum Landgericht blieb erfolglos. Die weitere Beschwerde führte zur Aufhebung der Vorentscheidungen und zur Zurückverweisung der Sache an das Nachlaßgericht.

Aus den Gründen:

1. ...

2. a) Zutreffend hat das Landgericht die in jeder Verfahrenslage von Amts wegen zu prüfende (ständige Rechtsprechung, vgl. BayObLG FamRZ 1994, 913 m. w. N.) internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte und damit

deren Befugnis bejaht, in der Sache tätig zu werden. Im Hinblick auf die österreichische Staatsangehörigkeit des Erblassers beurteilt sich der Erbfall gem. Art. 25 Abs. 1 EGBGB nach österreichischem Recht (vgl. BayObLGZ 1980, 276/282), dessen Kollisionsnormen (vgl. § 28 Abs. 1, § 9 Abs. 1 Satz 1 IPR-Gesetz vom 15. 6. 1978, abgedruckt bei *Ferid/Firsching*, Internationales Erbrecht, „Österreich“, Texté I Nr. 1, und *Bydlinski*, Österreichische Gesetze Nr. 20) hinsichtlich des beweglichen Nachlasses nicht auf das deutsche Recht zurückverweisen (vgl. Art. 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB; vgl. auch *Soergel/Damrau*, BGB, 12. Aufl., § 2369 Rdnr. 13). Ungeachtet des damit nicht gegebenen Gleichlaufs von materiellem Recht und Verfahrensrecht als Voraussetzung der internationalen Zuständigkeit deutscher Nachlaßgerichte (ständige Rechtsprechung des Senats, vgl. BayObLG Rpfleger 1994, 25 m. w. N.) ergibt sich diese — entgegen der Meinung des Nachlaßgerichts — aus § 2369 BGB (BayObLG a. a. O. und BayObLGZ 1961, 4/8; vgl. auch *Palandt/Edenhofer*, BGB, 54. Aufl., § 2369 Rdnr. 2). Abgesehen davon, daß sich nach den Feststellungen des Landgerichts, die auf den insoweit übereinstimmenden Angaben der Beteiligten zu 1 und 2 beruhen, einzelne Nachlaßgegenstände im Inland befinden, genügt verfahrensrechtlich die Angabe des Antragstellers, daß solche Gegenstände vorhanden sind (vgl. OLG Zweibrücken Rpfleger 1994, 466; *MünchKomm-BGB/Promberger, 2. Aufl., Rdnr. 9, BGB-RGRK/Kregel, 12. Aufl. Rdnr. 3, jeweils zu § 2369), ohne daß es auf dessen Art und Wert ankommt (vgl. *Staudinger/Firsching*, BGB, 12. Aufl., § 2369 Rdnr. 20). Auch wenn ein gegenständlich beschränkter Erbschein das Vorhandensein eines Inlandsvermögens voraussetzt, bezeugt dieser nicht das Bestehen eines solchen Vermögens, sondern nur die Erbfolge (vgl. MünchKomm-BGB/Promberger, § 2353 Rdnr. 22).

b) Das Beschwerdegericht hat in der Regel in der Sache selbst zu entscheiden (MünchKomm-BGB/Promberger, Rdnr. 92; *Palandt/Edenhofer*, Rdnr. 40, jeweils zu § 2353) und darüber zu befinden, ob der beantragte Erbschein zu erteilen ist. Es kann jedoch bei schwerwiegenden Verfahrensmängeln die Entscheidung des Nachlaßgerichts aufheben und die Sache an dieses zurückverweisen (vgl. *Keidel/Kuntze*, FGG, 13. Aufl., § 25 Rdnr. 7). Eine derartige Sachbehandlung ist in der Regel dann geboten, wenn das Erstgericht nur eine Verfahrensentscheidung getroffen (vgl. *Bassenge/Herbst*, FGG/RPflG, 6. Aufl., § 25 FGG Anm. 5a aa) und eine Sachentscheidung aus verfahrensrechtlichen Gründen — beispielsweise mangels internationaler Zuständigkeit — abgelehnt hat (*Jansen*, FGG, 2. Aufl., § 25 Rdnr. 13). Es kann dahinstehen, ob das Landgericht sein ihm insoweit eingeräumtes Ermessen (vgl. *Jansen*, a. a. O.) ausgeübt hat (vgl. *Keidel/Kuntze*, a. a. O. Rdnr. 29). Rechtsfehlerhaft war es jedenfalls, die Unzulässigkeit des Erbscheinsantrags der Beteiligten zu 1 (vgl. MünchKomm-BGB/Promberger, § 2353 Rdnr. 81) statt auf eine fehlende internationale Zuständigkeit des deutschen Nachlaßgerichts auf Mängel des Erbscheinsantrags zu stützen. Mit dieser Begründung hätte das Landgericht die Zurückweisung des Erbscheinsantrags nur dann bestätigen dürfen, wenn die Mängel nicht behebbare gewesen wären, denn nur dann hätte auch das Nachlaßgericht in dieser Weise verfahren dürfen. Das ist aber nicht der Fall.

aa) Es trifft zu, daß die Erteilung eines Erbscheins einen inhaltlich bestimmten Antrag voraussetzt, der das beanspruchte Erbrecht genau bezeichnet (*Palandt/Edenhofer*,

Rdnr. 11; *Staudinger/Firsching*, Rdnr. 55, jeweils zu § 2353), wobei insbesondere der Berufungsgrund anzugeben ist und aus dem Antrag hervorgehen muß, ob ein allgemeiner oder ein gegenständlich beschränkter Erbschein begehrt wird (*Palandt/Edenhofer* a. a. O.). Diesen Anforderungen genügt das Schreiben der Beteiligten zu 1 vom 27. 6. 1993 nicht, denn sie hat darin ohne nähere Darlegungen lediglich „einen Erbschein“ beantragt. Diese Mängel wären aber zu beheben gewesen. Es entspricht allgemeiner Ansicht, daß das Gericht auf Beseitigung von Mängeln hinzuwirken hat, wenn ein Antrag inhaltlich unklar oder unvollständig ist (vgl. BayObLGZ 1985, 82/85; OLG Frankfurt NJW-RR 1989, 5/6; *Keidel/Amelung*, FGG, § 12 Rdnr. 11, 26 und 163; *Jansen*, FGG, Vorbem. §§ 8 bis 18 Rdnr. 11; *Palandt/Edenhofer*, § 2353 Rdnr. 14 und 24; *Staudinger/Firsching*, § 2359 Rdnr. 5; MünchKomm-BGB/Promberger, § 2353 Rdnr. 77 und 105; *Firsching/Graf*, Nachlaßrecht, 7. Aufl., Rdnr. 4.258). Das Vorbringen der Beteiligten zu 1, das Familiengericht habe ihr die Vorlage eines Erbscheins gegeben, und das vorgelegte Urteil im Unterhaltsrechtsstreit gegen den Erblasser legten nahe, daß sie einen Erbschein als Nachlaßgläubigerin gem. §§ 792, 896 ZPO (vgl. BayObLGZ 1983, 153/158; *Staudinger/Firsching*, Rdnr. 46, MünchKomm-BGB/Promberger, Rdnr. 122; *Palandt/Edenhofer*, Rdnr. 12, jeweils zu § 2353) erstrebt, weil nach österreichischem Recht (§ 78 Abs. 1 des Ehegesetzes vom 6. 7. 1938, abgedruckt bei *Bergmann/Ferid*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, „Österreich“, B 3.2 und *Bydlinski*, Österreichische Gesetze Nr. 36), das hier gem. Art. 18 Abs. 4 Satz 1, Art. 17 Abs. 1 Satz 1, Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB, § 18 Abs. 1 Nr. 1 IPRG Anwendung findet (vgl. *Palandt/Heldrich*, Art. 18 EGBGB Rdnr. 12), die Unterhaltspflicht nach dem Tod des Verpflichteten auf die Erben als Nachlaßverbindlichkeit übergeht. Als Erbin kommt aber die Beteiligte zu 2 in Betracht, und zwar aufgrund des gem. § 2247 BGB formwirksamen Testaments vom 31. 7. 1984 (vgl. Art. 26 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EGBGB, Art. 1 Abs. 1 Buchst. a des Haager Übereinkommens über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht vom 5. 10. 1961, BGBl 1965 II S. 1145, abgedruckt u. a. bei *Palandt/Heldrich*, Anhang zu Art. 26 EGBGB). In diesem Zusammenhang kann dahinstehen, ob das gemeinschaftliche Testament vom 20. 10. 1949, das nach dem hierfür maßgeblichen Erbstatut (vgl. *Palandt/Heldrich*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 13; *Schotten*, Rpfleger 1991, 181/187) zulässig ist (§ 1248 des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs — ABGB, abgedruckt bei *Bydlinski*, Österreichische Gesetze Nr. 10), durch die Scheidung der Ehe zwischen dem Erblasser und der Beteiligten zu 1 unwirksam geworden ist (vgl. dazu *Klang/Weiß*, ABGB, 2. Aufl., § 1248 Anm. IV 2; *Kralik*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 3. Aufl., 4. Buch, S. 141) oder durch das Testament vom 31. 7. 1984 gem. §§ 713, 1248 Satz 2 ABGB zulässigerweise (vgl. *Klang/Weiß*, a. a. O. Anm. VIII b; *Kralik*, S. 142; *Ferid/Firsching*, a. a. O., Grundzüge F III Rdnr. 92) widerrufen wurde. Ob die Beteiligte zu 1 einen derartigen Erbschein erstrebt oder ob sie möglicherweise selbst Erbin sein will, hätte vom Nachlaßgericht vor einer Zurückweisung des Erbscheinsantrags geklärt werden müssen.

bb) Eine endgültige Zurückweisung des Erbscheinsantrags wäre nur dann zulässig gewesen, wenn einer Erbscheinserteilung nicht behebbare Hindernisse entgegen stünden. Davon kann aber jedenfalls derzeit nicht ausgegangen werden. Es kann insbesondere nicht angenommen werden, daß

der Erblasser weder von der Beteiligten zu 2 noch von der Beteiligten zu 1 beerbt worden ist. Zwar geht — anders als im deutschen Recht (§ 1922 BGB) — nach österreichischem Recht der Nachlaß nicht ohne weiteres mit dem Erbfall auf den Erben über. Gemäß § 547 Satz 3 ABGB wird vielmehr vor der Annahme des Erben die „Verlassenschaft“ so betrachtet, als wenn sie noch von dem Verstorbenen besessen würde (vgl. BayObLGZ 1967, 197/200). Angenommen wird die Erbschaft durch die „Erbserklärung“, die gem. § 799 ABGB in einem „Abhandlungsverfahren“ abgegeben wird (vgl. BayObLG a. a. O.). Sie ist die regelmäßige Voraussetzung des Erbschaftserwerbs, der sich erst durch die „Einantwortung“ (§§ 797, 819 ABGB) vollzieht (vgl. *Ferid/Firsching*, a. a. O., Grundzüge G II Rdnr. 121), die gem. § 174 des Gesetzes über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen (Außerstreit-Gesetz — AußStrG, abgedruckt bei *Ferid/Firsching*, a. a. O., Texte III Nr. 17 und *Bydlinski*, Österreichische Gesetze Nr. 235) vom „Verlassenschaftsgericht“ beschlossen wird. Hieraus folgt, daß einem Erben, der die Erbschaft durch eine wirksame Erbserklärung noch nicht angenommen hat, kein Erbschein erteilt werden darf (vgl. BayObLG a. a. O. S. 201 und BayObLGZ 1971, 34/44). Es kann jedoch nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß die Beteiligte zu 2 eine derartige Erklärung nicht abgeben wird. Allerdings wird eine Verlassenschaftsabhandlung und damit eine Einantwortung mangels eines zuständigen österreichischen Verlassenschaftsgerichts möglicherweise nicht stattfinden können, weil der Erblasser nicht in Österreich verstorben ist, dort nach Sachlage keinen Wohnsitz hatte und dort auch keine Vermögensgegenstände gelegen sind (vgl. § 106 Jurisdiktionsnorm, abgedruckt bei *Ferid/Firsching*, a. a. O., Texte III Nr. 16 und *Bydlinski*, Österreichische Gesetze Nr. 200). In einem solchen Fall kann aber auf eine Einantwortung verzichtet (vgl. BayObLGZ 1967, 197/201 und 1971, 34/44; LG Köln MittRhNotK 1990, 285 f.; *Firsching*, DNotZ 1963, 329/335 f.; *Ferid/Firsching*, a. a. O., Grundzüge C III Rdnr. 18; *Johnen*, MittRhNotK 1986, 57/65 f.) und die Annahme der Erbschaft auch vor dem deutschen Nachlaßgericht erklärt werden (vgl. dazu BayObLGZ 1971, 34/44).

Anmerkung:

1. Der sehr „bürgerfreundliche“ Beschluß unterstreicht nochmals, daß die Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit alles daran setzen müssen, damit inhaltliche Unklarheiten und Unvollständigkeiten von Anträgen beseitigt werden.
2. Für die internationalverfahrensrechtlichen Bedürfnisse der Praxis entwickelt der I. Zivilsenat das richtige Gespür, wenn er für die Eröffnung der internationalen Zuständigkeit Deutschlands für Erteilung eines gegenständlich beschränkten Erbscheins (§ 2369 BGB) nicht den — gegebenenfalls von Amts wegen (§ 12 FGG) zu erhebenden — Beweis verlangt, daß sich in Deutschland Vermögensgegenstände des Erblassers befinden. Er läßt vielmehr „die Angabe des Antragstellers, daß solche Gegenstände vorhanden sind,“ genügen.
3. Der Beschluß skizziert klar und übersichtlich die Behandlung österreichischer Nachlässe aus deutscher Sicht. Der I. Senat hält an der in wissenschaftlichen Diskussion höchst umstrittenen *Gleichlauftheorie* fest (kritisch zuletzt *Ultsch*, MittBayNot 1995, 6). Obwohl ein nicht unerhebliches praktisches Bedürfnis für eine gesetzliche Regelung besteht, hat es — anders als in Vormundschafts-, Adop-

tions- und Verschollenheitssachen — der deutsche Reformgesetzgeber des Jahres 1986 abgelehnt, die internationale Zuständigkeit zu normieren. Hintergrund dieser gesetzgeberischen Abstinenz ist der Streit zwischen Praxis und Wissenschaft über die Abgrenzung der deutschen internationalen Zuständigkeit in Nachlaßangelegenheiten. Die deutschen Nachlaßgerichte postulieren seit eh und je das *Prinzip des Gleichlaufs zwischen forum und ius*. Danach sind deutsche Nachlaßgerichte immer dann zuständig, wenn in der Sache deutsches Erbrecht zur Anwendung kommt, also auch im Falle der totalen oder partiellen Rückverweisung gemäß Art. 4 I EGBGB (*positiver Gleichlauf*); es genügt in diesem Zusammenhang für die Bejahung der deutschen internationalen Zuständigkeit, daß auf die *Erbfolge* (Zuweisung und Verteilung der Quote) deutsches Recht zur Anwendung kommt, gleichgültig ist, welches Recht den *Erbgang* beherrscht. Beispiel: Eine Deutsche hinterläßt ein Grundstück in Wien. Die internationale Zuständigkeit Deutschlands ist zu bejahen, Art. 25 I EGBGB, auch wenn wir aus deutscher Sicht gemäß Art. 3 III EGBGB bezüglich des Erbgangs, also des *Modus des Eigentumserwerbs* in Wien, § 32 österr. IPR-Gesetz beachten.

Bei *Doppelstaaten* zählt aus deutscher Sicht nur die deutsche Staatsangehörigkeit, Art. 5 I 2 EGBGB. Beispiel: War die Erblasserin in dem vorgenannten Fall Deutsche und Österreicherin oder Italienerin, so ist die internationale Zuständigkeit Deutschlands zu bejahen, ohne Rücksicht auf die Effektivität der deutschen Staatsangehörigkeit.

Weiter bedeutet das Gleichlaufprinzip, daß es bei Maßgeblichkeit deutschen Erbrechts auf die Belegenheit des Nachlasses nicht ankommt, ebenso nicht auf die Anknüpfungspunkte in der Sphäre der Erben bzw. der sonstigen Begünstigten.

Trotz der grundsätzlichen Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit gemäß Art. 25 I EGBGB ist die Staatsangehörigkeit des Erblassers kompetenzrechtlich letztlich nicht entscheidend: Soweit nach Art. 3 III EGBGB Deutsche nach der *lex rei sitae* nach dem Grundsatz „Einzelstatut bricht Gesamtstatut“ beerbt werden, fehlt insoweit eine internationale Zuständigkeit für das Nachlaßverfahren. Umgekehrt wird bei Rück- oder Weiterverweisung auf deutsches Recht (Art. 4 I EGBGB) auch hinsichtlich eines Ausländers (unbeschränkte) internationale Zuständigkeit Deutschlands bejaht und ein sog. Eigenrechtserbschein erteilt.

Bei Nachlaßspaltung infolge partieller Rück- bzw. Weiterverweisung nach Art. 4 bzw. nach Art. 3 III EGBGB sowie in den Fällen der auf deutschen Grundbesitz beschränkten kollisionsrechtlichen Rechtswahl (Art. 25 II EGBGB) des Erblassers besteht demnach eine entsprechende *gegenständlich beschränkte* deutsche internationale Zuständigkeit, nämlich insoweit, als deutsches Erbrecht aus der Sicht des deutschen IPR anzuwenden ist.

Umgekehrt ist grundsätzlich die internationale Zuständigkeit nach der Gleichlauftheorie immer zu verneinen, wenn in der Sache ausländisches Erbrecht zur Anwendung kommt. Von diesem *negativen Gleichlauf* läßt die Praxis nur vereinzelt *Ausnahmen* zu, deren wichtigste sind die Sicherungszuständigkeit für im Inland belegene Gegenstände und die Zuständigkeit zur Erteilung eines *gegenständlich* beschränkten Erbscheins, d. h. für die Gegenstände des Erblassers, die sich in Deutschland befinden. Dabei differenziert § 2369 BGB nicht wie das österreichi-

sche Kompetenzkonzept zwischen unbeweglichem (§ 22 AußStrG) und beweglichem Nachlaß (§§ 23, 24, 25, 140 AußStrG). Es ist daher nicht möglich, daß das deutsche Nachlaßgericht seinen gegenständlich beschränkten Erbschein auf den in Deutschland zu lokalisierenden unbeweglichen Nachlaß beschränkt (*Geimer in Kralik/Rechberger*, Symposium Außerstreitverfahren, 1992, 110 gegen *Hoyer*, IPRax 1986, 345, 347 bei Fußn. 8).

Gleichlauf ist ein eigenartiges Fossil im internationalen Kompetenzrecht, denn in allen sonstigen Bereichen wird — auch von der Rechtsprechung — die Trennung zwischen Verfahren und anwendbarem Recht klar betont, mit der Konsequenz, daß die Frage der internationalen Zuständigkeit selbständig und unabhängig von der Frage des anwendbaren Rechts zu stellen ist. Und hier setzt die Kritik der Wissenschaft ein (vgl. etwa *Ultsch*, MittBayNot 1995, 6ff.). Die Mehrzahl der Stimmen plädiert dafür, die internationale Zuständigkeit aus den Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit des § 73 FGG herzuleiten (Nachweise bei *Palandt/Heldrich*, BGB, 54. Aufl., Art. 25 EGBGB Rdnr. 18).

4. Für die *Modalitäten des Erbschaftserwerbs* (Anfall und Erwerb der Erbschaft = rechtstechnische Konstruktion des Erwerbs des Erben) verweist das deutsche IPR auf das Erbstatut, so daß eine *hereditas iacens* zu beachten ist. Nach vielen Rechtsordnungen ist — anders als nach deutschem Erbrecht, das nur eine Ausschlagung mit *ex tunc*-Wirkung kennt — eine *aditio hereditatis* erforderlich. Hier erwirbt der Berufene die Erbschaft erst durch Antretung. So bedarf es z. B. nach italienischem Recht der Annahme der Erbschaft. Dieser privatrechtsgestaltende Akt ist gegenüber dem Gericht abzugeben. Die Frage, ob das deutsche Nachlaßgericht zur Entgegennahme der Annahmeerklärung international zuständig ist, ist wohl entgegen der h. M. zu bejahen.

Das gleiche gilt für die bei Maßgeblichkeit österreichischen Rechts notwendige Erbserklärung. Bei österreichischem Erbstatut ist jedoch zusätzlich eine *staatliche Einweisung* erforderlich. „Das Erbrecht muß“ — wie § 797 ABGB formuliert — „vor Gericht verhandelt und von demselben die Einantwortung des Nachlasses . . . bewirkt werden“. Die Wirkungen der Universalsukzession treten also trotz des Wortlauts des § 547 ABGB nicht mit *Erbserklärung*, sondern erst mit *Einantwortung* ein. Daher stellt sich aus deutscher Sicht die Frage, ob — bei Maßgeblichkeit österreichischen Erbrechts — ein deutsches Nachlaßgericht eintreten kann. Diese verneint das BayObLG in Übereinstimmung mit der h. M. M. E. sind die Gründe nicht überzeugend (*Geimer*, a. a. O., 124). Die deutsche Praxis ignoriert die Notwendigkeit einer Einantwortung und erteilt Erbscheine auf Grund von Erbserklärungen vor dem deutschen Nachlaßgericht (*Firsching*, DNotZ 1963, 336). Diese Handhabung ist zwar pragmatisch diskutabel. Dogmatisch ist aber kaum zu begründen, wieso auf ein von der *lex causae* vorgeschriebenes Gestaltungsverfahren verzichtet werden kann. Ohne diese gerichtliche Rechtsgestaltung wird eben der Rechtsübergang auf den Erben (der im deutschen Erbschein bezeugt werden soll) grundsätzlich (nach österreichischem Recht gibt es Fälle, in denen eine Einantwortung nicht stattfindet) nicht perfekt.

Das Argument der h. M., das deutsche Nachlaßgericht habe das erforderliche verfahrensrechtliche Instrumentarium nicht, leuchtet nicht ein; denn es ist ja gerade *Wesensmerkmal* der freiwilligen Gerichtsbarkeit, daß das

FG-Verfahren flexibler ist als der förmlich ausgestaltete Zivilprozeß. Aber auch im Bereich des angeblich so förmlichen Zivilprozesses ist (bisher) kein Fall bekannt geworden, in dem die von der *lex causae* verlangte richterliche Tätigkeit für die deutschen Gerichte so *wesensfremd* gewesen wäre, daß sie sie hätten ablehnen müssen. Beispiel: Die *lex causae* sieht einen richterlichen Gestaltungsakt vor, den das deutsche Recht nicht kennt, z. B. bei der *Herabsetzungsklage* der romanischen Rechtsordnungen. Dort hat der Pflichtteilsberechtigte/Noterbe keinen Geldanspruch, sondern ein echtes Noterbrecht, das im Wege der Herabsetzungsklage durchgesetzt werden muß. Wenn z. B. ein Südtiroler mit italienischem Paß, dessen Familie seit Generationen in München wohnt, seine Ehefrau zur Alleinerbin einsetzt und so seine Kinder übergeht, wird die Ehefrau nach Annahme der Erbschaft Alleinerbin, jedoch besteht die Möglichkeit für die Kinder, sich im Wege der Herabsetzungsklage am Nachlaß zu beteiligen und damit die erbrechtliche Position der Ehefrau zu vermindern. Ein solches Gestaltungsurteil kann — wenn die internationale Zuständigkeit Deutschlands nach §§ 12 ff. ZPO (vgl. Art. 1 II Nr. 1 GVÜ) zu bejahen ist — ein deutsches Gericht erlassen (IPG 1975 Nr. 39 (München) betreffend Art. 522 ff. schweizer. ZGB; *Geimer*, Internationales Zivilprozeßrecht, Rdnr. 1987 d).

Notar Prof. Dr. Reinhold Geimer, München

23. EGBGB Art. 15, Art. 27; GBO § 47 (*Keine güterrechtliche Auswirkung einer allgemeinen Rechtswahlklausel im Kaufvertrag*)

1. **Wird in einem Grundstückskaufvertrag mit ausländischen Käufern vereinbart, daß das deutsche Recht maßgeblich sein soll, so haben die Käufer damit keinen Ehevertrag mit der Wahl deutschen Rechts vereinbart.**
2. **Eine Errungenschaftsgemeinschaft nach ausländischem Recht ist ein Berechtigungsverhältnis im Sinne des § 47 GBO und als solches im Grundbuch eintragungsfähig.**

LG Augsburg, Beschluß vom 30.3.1994 — 4 T 1386/94 —, mitgeteilt von Notar *Dr. Manfred Rapp*, Landsberg a. L.

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligte zu 1) ist Alleineigentümerin des im Wohnungsgrundbuch des Amtsgerichts A eingetragenen Wohnungs- u. Teileigentums (Reihenhaus Nr. 2 und TG Stellp. T21). Mit notarieller Urkunde vom 9. 6. 1992 verkaufte die Beteiligte zu 1) den bezeichneten Grundbesitz an die Beteiligten zu 2) und 3) in Errungenschaftsgemeinschaft nach belgischem Recht. Die Käufer sind miteinander verheiratet und belgische Staatsangehörige. Sie hatten vereinbart, daß der notarielle Kaufvertrag deutschem Recht unterliegen solle.

Mit notarieller Urkunde vom 3. 6. 1993 erklärten die Beteiligten zu 1), 2) und 3) die Auflassung. Sie bewilligten und beantragten die Eintragung dieser Rechtsänderung in das Grundbuch.

Der Notar beantragte mit Schreiben vom 2. 3. 1994 die Eintragung aller in der Urkunde enthaltenen Anträge.

Mit Zwischenverfügung des Amtsgerichts A. vom 9. 3. 1994 wurden die Beteiligten zur Beseitigung nachfolgenden Vollzugshindersnisses bis 20. 4. 1994 aufgefordert. Die Eintragung der Käufer könne nicht erfolgen, da nach Auffassung des Grundbuchrichters die Anwendung deutschen Rechts in Betracht komme. Deshalb sei

die Eintragung der Errungenschaftsgemeinschaft nach belgischem Recht nicht möglich. Eine Änderung der Anteilsverhältnisse sei erforderlich.

Hiergegen richtet sich die Erinnerung der Beteiligten, eingelegt mit Schreiben des Notars vom 14.3.1994. Zur Begründung wird ausgeführt, daß die Käufer im gesetzlichen Güterstand nach belgischem Recht leben, das sei die Errungenschaftsgemeinschaft. Eine andere Rechtswahl hinsichtlich des Güterstandes sei nicht getroffen worden. Die Vereinbarung des deutschen Rechts beziehe sich nur darauf, daß zwischen den Vertragsteilen das deutsche Recht maßgeblich sein solle. Ein ehēvertraglicher Inhalt sei mit dieser Regelung nicht verbunden. Die deutschen Formvorschriften über Rechtsgeschäfte bei Grundstücken seien gewahrt.

Die Beschwerde führte zur Aufhebung und Zurückverweisung an das Amtsgericht — Grundbuchamt.

Aus den Gründen:

1. Soweit der Grundbuchrichter auf Art. 11 EGBGB hinweist, bezieht er sich auf die Regelung des deutschen internationalen Privatrechts zur Form von Rechtsgeschäften. Das Grundbuchamt ist selbst nicht der Ansicht, daß diese Formvorschriften nicht eingehalten sind. Sowohl für den Kaufvertrag als auch für die Auflassung wurde die notarielle Form der Beurkundung beachtet.

2. Die Zwischenverfügung bezieht sich auch auf den Vermerk des Grundbuchrichters hinsichtlich der güterrechtlichen Gesichtspunkte. Der Grundbuchrichter meint, daß die Käufer im notariellen Kaufvertrag eine Rechtswahl gem. § 15 Abs. II EGBGB getroffen hätten. Dies ist aber nicht der Fall.

Unter XVIII. des notariellen Kaufvertrages ist folgendes geregelt:

„Die Vertragsteile vereinbaren, daß dieser Vertrag deutschem Recht unterliegen soll; die Ehegatten J. unterwerfen sich wegen aller in dieser Urkunde eingegangenen Verpflichtungen dem deutschen Recht. ...“

Aus dieser Vereinbarung kann nicht der Schluß gezogen werden, daß die Eheleute J. für die güterrechtlichen Wirkungen ihrer Ehe deutsches Recht vereinbaren wollten. Der erste Teil der bezeichneten Vereinbarung bezieht sich auf den Kaufvertrag, nicht aber auf das Güterrecht zwischen ihnen. Im zweiten Halbsatz ist nur die Rede davon, daß sie sich hinsichtlich der eingegangenen Verpflichtungen dem deutschen Recht unterwerfen. Auch hierin kann die Vereinbarung von deutschem Recht hinsichtlich des ehelichen Güterstands der belgischen Ehegatten nicht gesehen werden.

3. Die Beteiligten zu 2) und 3) sollen Eigentümer der bezeichneten Grundstücke in Errungenschaftsgemeinschaft nach belgischem Recht werden. Dies ist ohne weiteres zulässig.

Gem. Art. 15 Abs. 1 EGBGB unterliegen die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe dem bei der Eheschließung für die allgemeinen Wirkungen der Ehe maßgebenden Recht. Dies ist das Recht des Staates, dem beide Ehegatten angehören (Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB).

Beide Eheleute sind belgische Staatsangehörige. Die Käufer leben im gesetzlichen Güterstand, der nach belgischem Recht die Errungenschaftsgemeinschaft ist.

Gem. § 47 GBO gilt folgendes: Soll ein Recht für mehrere gemeinschaftlich eingetragen werden, so soll die Eintragung in der Weise erfolgen, daß das für die Gemeinschaft maßge-

bende Rechtsverhältnis bezeichnet wird. Ein ausländischer Güterstand kann im Rahmen dieser Bestimmung vermerkt werden. Dies gilt insbesondere für eine Errungenschaftsgemeinschaft. Die Gesamthandverhältnisse nach ausländischem Güterrecht können und müssen in das Grundbuch eingetragen werden; dies gilt auch dann, wenn das fremde Rechtsverhältnis dem deutschen Recht unbekannt ist (vgl. *Meikel-Böhringer*, Grundbuchrecht, 7. Aufl., Rdnr. 151 b zu § 47 m. w. N.). Ergibt die Bewilligungs- bzw. Auflassungsurkunde, daß ein Erwerb im gesetzlichen Güterstand des maßgeblichen ausländischen Rechts gewollt ist, so genügt dies als Angabe des Gemeinschaftsverhältnisses, auch wenn gesetzlicher Güterstand eine Art Gütergemeinschaft ist. Das Grundbuchamt hat auf die Eintragung des ausländischen Güterstandes hinzuwirken (a. a. O.).

Aus der Kauf- in Verbindung mit der Auflassungsurkunde ergibt sich, daß die Beteiligten zu 2) und 3) Eigentum an den Grundstücken in Errungenschaftsgemeinschaft nach belgischem Recht erwerben sollten. Nach dem vorstehend Ausgeführten bestehen hiergegen keine Bedenken.

Anmerkung:

Zu Recht hat das LG Augsburg klargestellt, daß die Rechtswahlklausel in der Urkunde die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe der Käufer nicht erfaßt. Es handelt sich nicht um eine Rechtswahl der als Käufer auftretenden Ehegatten gem. Art. 15 Abs. 2 EGBGB, sondern um eine solche nach Art. 27 EGBGB für das Schuldstatut des Kaufvertrages zwischen Verkäufer und Käufer.

Notar Prof. Dr. Reinhold Geimer, München

Hinweis der Schriftleitung:

Für die Gestaltungspraxis gilt: Zur Vermeidung von Auslegungsproblemen sollte bei Aufnahme einer Rechtswahlklausel stets angegeben werden, worauf sich die Klausel bezieht.

Zwangsvollstreckungsrecht

24. AnfG § 3 Abs. 1 Nr. 2, KO § 29; AnfG § 7 Abs. 1, GmbHG § 30 Abs. 1 (*Eintritt der Gläubigerbenachteiligung gemäß Anfechtungsgesetz; Verhältnis von Kapitalerhaltungsgebot bei GmbH und Rückgewähranspruch*)

1. Bei einer nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 AnfG angefochtenen Grundstücksübergang tritt die unmittelbare Gläubigerbenachteiligung bereits in dem Zeitpunkt ein, in dem der Erwerber ein Anwartschaftsrecht auf das Grundeigentum erlangt. Sie wird nicht dadurch beseitigt, daß der Schuldner das Grundstück wertausschöpfend dinglich belastet, bevor der Eigentumswechsel im Grundbuch eingetragen wird. Auch in diesem Falle beginnt die Jahresfrist im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 2 AnfG mit der Eintragung des neuen Eigentümers.
2. Der Grundsatz der Kapitalerhaltung steht einem Rückgewähranspruch aus § 7 Abs. 1 AnfG gegen die GmbH hinsichtlich der anfechtbaren Einlage des Gesellschafters/Schuldners nicht entgegen.

BGH, Urteil vom 15. 12. 1994 — IX ZR 153/93 —, mitgeteilt von D. Bundschuh, Vorsitzender Richter am BGH a. D.

Aus dem Tatbestand:

Die klagende Sparkasse verlangt von der beklagten GmbH nach dem Anfechtungsgesetz Duldung der Zwangsvollstreckung in ein Grundstück wegen einer Titelforderung von 50.000 DM nebst Zinsen.

Der Alleingeschäftsführer und -gesellschafter S. der Beklagten (fortan: Schuldner) unterhielt bis August 1991 eine Geschäftsbeziehung zur Klägerin; diese fordert von ihm Rückzahlung von Krediten in Höhe von etwa 460.000 DM.

Am 27. 12. 1990 kaufte der Schuldner ein unbelastetes Grundstück für 192.840 DM; gleichzeitig wurde die Auflassung erklärt und die Umschreibung des Eigentums im Grundbuch beantragt.

Am 24. 6. 1991 gründete der Schuldner die Beklagte. Deren Stammkapital von 150.000 DM übernahm der Schuldner in der Weise, daß er seine Einlage durch Übereignung des gekauften Grundstücks, dessen Wert auf 195.000 DM veranschlagt wurde, zu leisten hatte; die Beklagte sollte ihm einen Wertausgleich von 45.000 DM zahlen.

Sodann schloß der Schuldner am 24. 6. 1991 mit der beklagten „GmbH in Gründung“, vertreten durch den Schuldner als — von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiter — Geschäftsführer, einen notariell beurkundeten Vertrag, in dem er das Grundstück lastenfrei als Stammeinlage in die Gesellschaft einbrachte; außerdem wurden die Auflassung des Grundstücks erklärt, eine Auflassungsvormerkung bewilligt und die Eintragung dieser Rechtsänderungen beantragt. Am 27. 7. 1991 wurden der Schuldner als Eigentümer des Grundstücks und die Vormerkung zugunsten der Beklagten im Grundbuch eingetragen.

Im August 1991 bewilligte der Schuldner eine Grundsuld von 350.000 DM für die Raiffeisenbank, die im Oktober 1991 im Grundbuch eingetragen wurde. Die Beklagte, die im November 1991 im Handelsregister eingetragen wurde, wurde im Februar 1992 als Grundeigentümerin eingetragen. Sie bewilligte der Raiffeisenbank eine weitere Grundsuld von 350.000 DM, die im April 1992 eingetragen wurde.

Die Klägerin erwirkte im März 1992 ein rechtskräftiges Urteil, nach dem der Schuldner an sie 50.000 DM nebst Zinsen zu zahlen hat. Die Zwangsvollstreckung aufgrund dieses Titels war fruchtlos. Im Februar 1993 versicherte der Schuldner an Eides Statt seine Vermögenslosigkeit.

Die im Oktober 1992 erhobene Anfechtungsklage hatte in den Vorinstanzen Erfolg. Die Revision der Beklagten hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat einen Anfechtungsanspruch der Klägerin aus § 3 Abs. 1 Nr. 2 AnfG angenommen und ausgeführt:

Die Klägerin sei gem. § 2 AnfG zur Anfechtung befugt. Es sei nicht zu erwarten, daß weitere Vollstreckungsversuche in absehbarer Zeit zum Ausgleich der Forderung führen könnten. Da der Schuldner eingeräumt habe, er habe kein Vermögen, in das die Klägerin vollstrecken könne, sei davon auszugehen, daß er — ebenso wie die Klägerin — seinem Geschäftsanteil an der beklagten GmbH sowie seinem Gewinnbezugsrecht zumindest jetzt keinen Wert beimesse.

§ 3 Abs. 1 Nr. 2 AnfG sei auf den Vertrag zwischen dem Schuldner und der Beklagten entsprechend anzuwenden. Indem der Schuldner das Grundstück der Beklagten übereignet habe, sei unmittelbar eine objektive Gläubigerbenachteiligung eingetreten, weil der Klägerin das unbelastete Grundstück als Vollstreckungsobjekt entzogen worden sei. Unerheblich sei, ob der Schuldner gem. der Behauptung der Beklagten den Grundstückskaufpreis mit einem Darlehen der Raiffeisenbank bezahlt habe, und daß der Schuldner aufgrund seines Anwartschaftsrechts schon vor Eintra-

gung als Eigentümer im Grundbuch den Eigentumswechsel vorbereitet habe. Die Gläubigerbenachteiligung entfalle auch nicht, weil dem Schuldner anstelle des Grundstücks der Geschäftsanteil an der Beklagten zugewachsen sei. Dieser habe für die Gläubiger kaum einen Wert. Der gepfändete Anteil wäre nur im Wege der Zwangsversteigerung zu verwerten. Die Klägerin habe die Liquidation der Beklagten nicht erzwingen können, um den Zugriff auf das Grundstück zu ermöglichen. Weder das Gesetz noch der Gesellschaftsvertrag sähen ein Kündigungsrecht des Gesellschafters als Auflösungsgrund vor, das von einem Pfändungsgläubiger ausgeübt werden könnte. Da die Verwaltungsrechte des Schuldners als Gesellschafter einschließlich seines Stimmrechts nicht pfändbar seien, könne die Klägerin auch nicht die Auflösung der Beklagten beschließen. Es gebe für GmbH-Anteile keinen Markt wie für Grundstücke. Die Beklagte behaupte selbst nicht, daß die Verwertung des Anteils im Wege der Zwangsvollstreckung einen Erlös in Höhe des Grundstückswertes erbringe. Die Anfechtungsfrist von einem Jahr seit Eintragung der Beklagten als Grundeigentümerin sei durch die Anfechtungsklage gewahrt worden. Die gesetzliche Vermutung, daß der Schuldner die Benachteiligung seiner Gläubiger beabsichtigt habe und diese Absicht der Beklagten bekannt gewesen sei, sei von dieser nicht widerlegt worden.

Der in § 30 Abs. 1 GmbHG enthaltene Grundsatz der Kapitalerhaltung stehe einem Rückgewähranspruch der Klägerin gegen die Beklagte nicht entgegen.

II. Diese Erwägungen halten einer rechtlichen Nachprüfung stand.

1. Die Revision macht erfolglos geltend, entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts seien die Voraussetzungen des § 2 AnfG für die gerichtliche Verfolgung eines Anfechtungsanspruchs gegen die Beklagte nicht gegeben, weil die Klägerin nicht in den Geschäftsanteil des Schuldners an der beklagten GmbH vollstreckt und deswegen zumindest eine Teilbefriedigung versäumt habe.

Eine Forderung ist auch dann uneinbringlich, wenn voraussehbar eine Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners fruchtlos verlaufen würde (vgl. BGH WM 1966, 140; NJW 1983, 1678 f.). Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei und damit für das Revisionsgericht bindend festgestellt (§ 561 Abs. 2 ZPO), daß der Geschäftsanteil, den die Klägerin nach ihrer unbestrittenen Behauptung am 26. 3. 1992 gepfändet hat, aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen nicht zu verwerten ist. Dagegen erhebt die Revision keinen substantiierten Einwand.

2. Das Berufungsgericht hat im Ergebnis zu Recht angenommen, der Schuldner habe seine Gläubiger unmittelbar benachteiligt.

Nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 AnfG sind anfechtbar die im letzten Jahre vor der Anfechtung geschlossenen entgeltlichen Verträge des Schuldners mit nahen Angehörigen, sofern durch den Abschluß des Vertrages die Gläubiger des Schuldners benachteiligt werden und der andere Teil nicht beweist, daß ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses eine Absicht des Schuldners, seine Gläubiger zu benachteiligen, nicht bekannt war. Das Berufungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, diese Bestimmung sei entsprechend anzuwenden auf den vorliegenden Fall, daß der Schuldner einen anfechtbaren Vertrag mit einer GmbH geschlossen hat, deren einziger Gesellschafter und Geschäftsführer der Schuldner ist.

Für die Konkursanfechtung gem. der Vorschrift des § 31 Nr. 2 KO, die mit § 3 Abs. 1 Nr. 2 AnfG im Wortlaut und Zweck übereinstimmt, ist anerkannt, daß im Konkurs einer natürlichen Person eine GmbH als naher Angehöriger des Gemeinschuldners gilt, wenn dieser Geschäftsführer und Mehrheitsgesellschafter der Gesellschaft ist (BGHZ 96, 352, 358 [= DNotZ 1986, 564]). Dies muß im vorliegenden Falle einer Einzelanfechtung entsprechend gelten. Insoweit erhebt die Revision keinen Einwand.

a) Die objektive Gläubigerbenachteiligung ist unmittelbar durch den Vertragsschluß zwischen dem Schuldner und der Beklagten vom 24. 6. 1991 eingetreten. Denn der Schuldner hat für das Eigentum am Grundstück, das er als Sacheinlage einzubringen hatte, in Form des Gesellschaftsanteils keine vollwertige Gegenleistung erhalten.

Nach Sinn und Zweck der Anfechtungsvorschriften muß für die Frage, ob die Gläubiger im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 2 AnfG durch einen Vertragsabschluß benachteiligt wurden, die Vermögensverschiebung in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung erfaßt und deshalb eine mehrteilige Rechtsübertragung als ein einheitliches Ganzes betrachtet werden; durch den Abschluß des Vertrages werden die Gläubiger unmittelbar benachteiligt, wenn der gesamte rechtsgeschäftliche Vorgang, der sich aus schuldrechtlichem Verpflichtungs- und dinglichem Erfüllungsgeschäft zusammensetzt, die Zugriffsmöglichkeiten der Gläubiger verschlechtert. Dies ist nicht der Fall, wenn der Schuldner für das, was er aufgibt, eine gleichwertige Gegenleistung erhält (RGZ 116, 134, 136 f.; BGH LM KO § 30 Nr. 2; *Böhle-Stamschräder/Kilger*, AnfG, 7. Aufl., § 1 Anm. I 2 b, IV 7 a, § 3 Anm. II 2, 4, 5; vgl. für die Konkursanfechtung *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, 11. Aufl., § 29 Rdnr. 8, 22, 23; *Kilger/K. Schmidt*, KO, 16. Aufl., § 29 Anm. 11, 13, 17; *Hess/Kropshofer*, KO, 4. Aufl., § 29 Rdnr. 19 ff.; kritisch zur sogenannten Einheitstheorie für die Konkursanfechtung *Jaeger/Henckel*, KO, 9. Aufl., § 29 Rdnr. 71).

aa) Die Gläubiger konnten auf das Grundstück zugreifen, nachdem der Schuldner nach der unbeanstandeten Feststellung des Berufungsgerichts ein Anwartschaftsrecht auf den Erwerb des damals unbelasteten Grundstücks erlangt hatte. Dies war der Fall, als die Auflassung erklärt und die Eigentumsumschreibung beantragt worden war (vgl. BGHZ 106, 108, 111). Dieses Anwartschaftsrecht hätte gepfändet und verwertet werden können (§ 857 Abs. 1 ZPO; vgl. BGHZ 49, 197, 203, 206 [= DNotZ 1968, 483]).

Diese Zugriffsmöglichkeit ist — entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts — schon vor der Eintragung der Beklagten als Grundeigentümerin verlorengegangen, als die Beklagte aufgrund der vom Schuldner am 24. 6. 1991 erklärten Auflassung des Grundstücks in Verbindung mit der Eintragung der Vormerkung am 27. 6. 1991 ein Anwartschaftsrecht auf das Grundeigentum erlangt hat (vgl. BGHZ 83, 395, 399 [= MittBayNot 1982, 116 = DNotZ 1982, 619]; 106, 108, 111). Die entsprechende Verfügung des Schuldners wurde rechtswirksam, als er selbst am 27. 6. 1991 mit der Eintragung im Grundbuch Grundeigentümer wurde (§ 185 Abs. 2 BGB); die am 24. 6. 1991 gegründete Beklagte konnte damals als sogenannte Vor-GmbH bereits Rechte erwerben, die mit der Eintragung der Beklagten im Handelsregister auf diese übergegangen sind (vgl. BGHZ 80, 129, 133 f.). Dieses Anwartschaftsrecht ist dem Volleigentum wesensähnlich; es ist eine selbständig verkehrsfähige Vorstufe des Grundeigentums, deren Entwicklung zum Vollrecht nur

noch von der Eintragung in das Grundbuch abhängt, die der Veräußerer nicht mehr verhindern kann (BGHZ 49, 197, 201; 83, 395, 399 [= MittBayNot 1982, 116 = DNotZ 1982, 619]; NJW 1991, 2019 [= DNotZ 1992, 283]). Schon aufgrund ihres Anwartschaftsrechts hätte die Beklagte die Zwangsvollstreckung eines Gläubigers des Schuldners durch die Widerspruchsklage gem. § 771 ZPO abwehren können (vgl. BGHZ 55, 20, 27; BGH WM 1978, 174). Deswegen unterliegt bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung das Eigentum des Schuldners nicht mehr dem Gläubigerzugriff, sobald der Erwerber aufgrund eines Anwartschaftsrechts eine geschützte Rechtsstellung erlangt, die durch den anderen Teil nicht mehr einseitig zerstört werden kann (vgl. OLG München ZIP 1988, 1269, 1270; *Baur/Stürner*, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht — Bd. II Insolvenzrecht — 12. Aufl., S. 241). Mit Begründung des Anwartschaftsrechts ist mangels einer gleichwertigen Gegenleistung, auf die der Gläubiger stattdessen zugreifen könnte, die gläubigerbenachteiligende Wirkung des Gründungsvertrages eingetreten. Die Vollendung des Rechtsgeschäfts ist dafür nicht mehr erforderlich.

Der Schuldner hat dafür, daß er der Beklagten das Anwartschaftsrecht auf das Grundeigentum eingeräumt hat, keine gleichwertige Gegenleistung erhalten. Nach der rechtsfehlerfreien Feststellung des Berufungsgerichts ergab sich kein vollwertiger Ausgleich daraus, daß der Schuldner — mit der Eintragung der beklagten GmbH im Handelsregister — den im Gesellschaftsvertrag festgelegten Geschäftsanteil erworben hat. Ein solcher Geschäftsanteil ist schon schwerer zu verwerten als ein Grundstück. Außerdem standen einem Zugriff auf den Geschäftsanteil die vom Berufungsgericht festgestellten Rechtshindernisse entgegen.

Eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung läge nicht vor, falls der Gründungsvertrag von einer Verpflichtung der Beklagten überlagert gewesen wäre, gegen Einbringung des Grundstücks als Sacheinlage Zug um Zug eine Grundschuld zu bestellen, die den vom Schuldner zur Finanzierung des Grundstückskaufpreises aufgenommenen Kredit absicherte. In dem Falle wären die miteinander verknüpften gegenseitigen Leistungen gleichwertig gewesen. Für eine Vereinbarung dieses Inhalts hat die Beklagte jedoch nichts vorgetragen.

bb) Die objektive Gläubigerbenachteiligung entfällt nicht dadurch, daß der Schuldner das Grundstück wertausschöpfend belastet hat, indem er nach Einräumung des Anwartschaftsrechts an die Beklagte und vor deren Eintragung als Grundeigentümerin der Raiffeisenbank eine Grundschuld von 350.000 DM bestellte.

Allerdings gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich ein aus mehreren Teilen zusammengesetztes Rechtsgeschäft im Sinne des Anfechtungsrechts in dem Zeitpunkt als vorgenommen, zu welchem der das Rechtsgeschäft vollendende Akt stattfindet; für die Bestellung eines Rechts an einem Grundstück ist deswegen im allgemeinen der Zeitpunkt der Eintragung im Grundbuch maßgeblich (vgl. für die Einzelanfechtung BGH WM 1972, 363, 364; ZIP 1983, 32, 33; ZIP 1991, 454 [= MittBayNot 1991, 114 = DNotZ 1992, 38]; *Böhle-Stamschräder/Kilger*, § 3 Anm. I 9; für die Konkursanfechtung BGHZ 41, 17, 18 ff.; *Kilger/K. Schmidt*, § 29 Rdnr. 19 b; *Hess/Kropshofer*, § 29 Rdnr. 29; abweichend stellen *Jaeger/Henckel*, § 29 Rdnr. 29, § 30 Rdnr. 94 ff. und

Kuhn/Uhlenbruck, § 29 Rdnr. 10, 10 a wegen §§ 878 BGB, 15 Satz 2 KO auf den Zeitpunkt der Einreichung des Eintragungsantrags ab, wenn danach das Konkursverfahren eröffnet wird).

Der Zeitpunkt der Eintragung des Eigentumswechsels ist jedoch nicht entscheidend für die Frage, ob die Gläubiger durch eine Rechtshandlung unmittelbar oder mittelbar benachteiligt worden sind. Fordert eine Anfechtungsvorschrift — wie § 3 Abs. 1 Nr. 1, 3, 4 AnfG — lediglich eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung, so genügt es, daß im Zeitpunkt des Schlusses der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz des Anfechtungsprozesses eine Benachteiligung vorliegt, welche ursächlich auf die angefochtene Vermögensverschiebung zurückzuführen ist (RGZ 150, 42, 45; BGH, Urt. WM 1963, 269; *Böhle-Stamschräder/Kilger*, § 1 Anm. IV 7 b, § 3 Anm. I 4). Verlangt das Gesetz — wie § 3 Abs. 1 Nr. 2 AnfG —, daß die Gläubiger durch den anfechtbaren Abschluß eines Vertrages unmittelbar benachteiligt werden, so muß der rechtsgeschäftliche Vorgang nach seinem Gesamtinhalt — ohne das Hinzutreten anderer außerhalb liegender Umstände — die Benachteiligung verursacht haben (vgl. BGH LM KO 30 Nr. 2; *Böhle-Stamschräder/Kilger*, § 1 Anm. IV 7 a, § 3 Anm. II 4). Die einmal eingetretene unmittelbare Gläubigerbenachteiligung kann nicht durch spätere Umstände — vor Vollendung der Vermögensverschiebung — wieder beseitigt werden. Die Rechtsprechung hält grundsätzlich den letzten Teilakt für maßgeblich, um zu gewährleisten, daß eine Vermögensverschiebung zu diesem Zeitpunkt, in dem die Zugriffsmasse endgültig geschmälert wird, noch die Voraussetzungen des Anfechtungstatbestandes erfüllen kann, wenn dies bezüglich der vorangegangenen Teile des — nach dem Willen der Beteiligten einheitlichen — Rechtsvorgangs noch nicht der Fall war. Darin kommt der Anfechtungszweck zum Ausdruck, eine rechtswirksam eingetretene Schmälerung des Schuldnervermögens oder der Konkursmasse im Interesse der Gläubiger wieder rückgängig zu machen (BGHZ 41, 17, 19; BGH LM KO § 30 Nr. 2). Dieser Zweck würde in sein Gegenteil verkehrt, wenn die zugunsten der benachteiligten Gläubiger vorgenommene weite Deutung des Begriffs der anfechtbaren Rechtshandlung dazu führen würde, daß der Schuldner eine bereits entstandene Gläubigerbenachteiligung — und eine damit verbundene Anfechtungsmöglichkeit — willkürlich beseitigen könnte, indem er die Sache vor der Übereignung an einen Dritten wertauserschöpfend belastet.

Im vorliegenden Falle ist maßgeblich, daß durch den Abschluß des Gründungsvertrages die Gläubiger bereits vor der Umschreibung des Grundeigentums unmittelbar benachteiligt worden sind. Sind Leistung und Gegenleistung nicht gleichwertig und hat der Schuldner seine Leistung dem Zugriff der Gläubiger entzogen, so ist die unmittelbare Gläubigerbenachteiligung eingetreten. Die zwischen den Eintragungen von Auflassungsvormerkung und Eigentum bestellte Grundschuld hat hieran schon deshalb nichts geändert, weil den Gläubigern der Zugriff auf das Grundstück nicht wiedereröffnet worden ist. Sollte die Grundschuld Kredite absichern, die die Raiffeisenbank dem Schuldner gewährt hat, so mögen die beiderseitigen Leistungen dieses Kreditgeschäftes gleichwertig und deshalb nicht gläubigerbenachteiligend sein. Auf den Gründungsvertrag hätte dieser Umstand keinen Einfluß, weil er die Ungleichwertigkeit der daraus folgenden beiderseitigen Leistungen unberührt ließe. Im übrigen hat die Beklagte

erhalten, was ihr zustand. Zwar war das Grundstück mit einer Grundschuld in Höhe von 350.000 DM belastet, als sie als Eigentümerin ins Grundbuch eingetragen wurde. Da aber die Vormerkung den Erwerb eines unbelasteten Grundstücks sicherte, war die Raiffeisenbank gegenüber der Beklagten gem. § 888 BGB verpflichtet, die zeitlich nach der Vormerkung eingetragene Grundschuld löschen zu lassen. Sollte die Beklagte auf dieses Recht verzichtet haben, wäre die Rechtslage nicht anders, als wenn sie selbst die Grundschuld bestellt und dadurch die Anwartschaft und ihr Eigentum belastet hätte. Das Anfechtungsrecht des Gläubigers würde dadurch nicht berührt.

cc) Für die Frage, ob die Gläubiger gem. § 3 Abs. 1 Nr. 2 AnfG durch den Vertrag zwischen dem Schuldner und der Beklagten unmittelbar benachteiligt wurden, ist ferner unerheblich, ob der Schuldner gem. der — bestrittenen — Behauptung der Beklagten den Grundstückskaufpreis mit einem Darlehen der Raiffeisenbank bezahlt und dieses durch Bestellung der Grundschuld gesichert hat.

dd) Unerheblich ist entgegen der Ansicht der Revision auch, ob der Schuldner möglicherweise noch vor der Vollstreckung der Klägerin über das Grundstück anderweitig verfügt hätte. Nur gedachte Geschehensabläufe können die wirkliche Ursache der Gläubigerbenachteiligung nicht beseitigen; bei wertender Betrachtung berührt der hypothetische Kausalverlauf („Reserveursache“) die Haftung des Anfechtungsgegners zumindest dann nicht, wenn — wie hier — das Zugriffsobjekt noch im Vermögen des Anfechtungsgegners vorhanden ist (BGHZ 104, 355, 359 ff.; 121, 179, 187; BGH ZIP 1993, 1653, 1655).

b) Das Berufungsgericht hat unbeanstandet und rechtsfehlerfrei angenommen, daß die anfechtbare Rechtshandlung gem. § 3 Abs. 1 Nr. 2 AnfG im letzten Jahre vor der Erhebung der Anfechtungsklage im Oktober 1992 vorgenommen wurde. Bei einem mehraktigen Rechtsgeschäft ist für den Beginn dieser Frist die Vollendung der anfechtbaren Handlung maßgeblich, bei der Übereignung eines Grundstücks also die Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch, sofern diese — wie hier — der Auflassung nachfolgt (BGHZ 99, 274, 286 [= MittBayNot 1987, 81 = DNotZ 1987, 488]; 121, 179, 188). Daran ändert nichts, daß im vorliegenden Falle die Gläubigerbenachteiligung bereits mit der — im Juni 1991 abgeschlossenen — Einräumung des Anwartschaftsrechts auf das Grundeigentum entstanden ist (vgl. BGHZ 121, 179, 188; BGH WM 1988, 798, 799). Erst der Abschluß der Rechtsübertragung führt den gewollten vollständigen und endgültigen Rechtserfolg herbei. Zwar verleiht das Anwartschaftsrecht eine unzerstörbare Rechtsstellung, sodaß es in bestimmten Teilbereichen wie das Vollrecht behandelt wird (BGH NJW 1991, 2019 [= DNotZ 1992, 283]). Das Anwartschaftsrecht steht aber als Vorstufe des Vollrechts diesem nicht gleich. Erst mit dem Übergang des Vollrechts gelangt der volle objektive Sachwert zum Erwerber; vorher muß sich dieser aufgrund seines Anwartschaftsrechts den Sachwert noch mit dem früheren Eigentümer teilen (vgl. BGH NJW 1991, 2019, 2020 [= DNotZ 1992, 283]). Deswegen gebietet der Anfechtungszweck, eine Benachteiligung der Gläubiger durch den Schuldner rückgängig zu machen, daß die Frist des § 3 Abs. 1 Nr. 2 AnfG auch dann erst mit der Vollendung des Rechtserwerbs beginnt, wenn der Anfechtungsgegner bereits zuvor ein Anwartschaftsrecht erlangt hat und die Gläubiger bereits dadurch benachteiligt wurden.

c) Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht ausgeführt, die gesetzliche Vermutung, daß der Schuldner beabsichtigt habe, seine Gläubiger zu benachteiligen, und diese Absicht zur Zeit des Vertragsabschlusses der Beklagten bekannt gewesen sei, sei von dieser nicht widerlegt worden. Dies wird nicht beanstandet.

3. Die Revision geht mit dem Berufungsgericht davon aus, daß das Vermögen der Beklagten zum maßgeblichen Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung im Berufungsverfahren nicht das Stammkapital um die Titelforderung der Klägerin überstiegen hat. Ohne Erfolg beanstandet die Revision jedoch die Ansicht des Berufungsgerichts, der aus §§ 30 ff. GmbHG sich ergebende Grundsatz der Kapitalerhaltung stehe einem Rückgewähranspruch aus § 7 Abs. 1 AnfG gegen die GmbH hinsichtlich der anfechtbaren Einlage des Gesellschafters/Schuldners nicht entgegen.

Dies entspricht der herrschenden Meinung (RGZ 24, 14, 23 f.; 74, 16, 17 f.; LZ 1915, 301; Scholz/Emmerich, GmbHG, 8. Aufl., § 2 Rdnr. 77; Kölner Kommentar/Kraft, AktG, 2. Aufl., § 23 Rdnr. 121 — vgl. § 57 Abs. 1 AktG —; Jaeger/Henckel, KO, 9. Aufl., § 29 Rdnr. 56), der sich der Senat anschließt. § 30 Abs. 1 GmbHG bestimmt, daß das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft nicht an die Gesellschafter ausgezahlt werden darf. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift sind weder nach ihrem Wortlaut noch nach ihrem Sinn und Zweck erfüllt, wenn aufgrund des Anfechtungsanspruchs des Gläubigers eines Gesellschafters ein Gegenstand, den der Gesellschafter/Schuldner in anfechtbarer Weise in das Gesellschaftsvermögen eingebracht hat, dem Zwangszugriff des Gläubigers so zur Verfügung zu stellen ist, als befände sich der Gegenstand noch im Vermögen des Gesellschafters/Schuldners (§§ 7 Abs. 1 AnfG, § 37 Abs. 1 KO). Dabei geht es nicht im Sinne des § 30 Abs. 1 GmbHG um das Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter, sondern um dasjenige der Gesellschaft zu dem Gläubiger eines Gesellschafters, der nicht Gesellschafterrechte, sondern eigene Rechte wegen anfechtbaren Zusammenwirkens zwischen Gesellschaft und Gesellschafter geltend macht (RGZ 74, 16, 18). Ebensovienig wie die Einbringung eines fremden oder dinglich belasteten Gegenstandes in das Gesellschaftsvermögen den Berechtigten hindert, seine Ansprüche gegen die Gesellschaft zu verfolgen, gilt dies auch für die Haftungsunterworfenheit eines Gegenstandes gegenüber dem Anfechtungsgläubiger (RGZ 24, 14, 23 f.). Dahinter müssen die Interessen der Gesellschaftsgläubiger, die durch den anfechtbaren Vermögenszufluß begünstigt werden, zurücktreten (RGZ 74, 16, 18). Der schuldrechtliche Anfechtungsanspruch, der darauf gerichtet ist, den in anfechtbarer Weise weggegebenen Vermögensteil wieder dem Schuldnervermögen zuzuordnen und damit die Gläubigerbenachteiligung rückgängig zu machen (zu § 37 KO: BGHZ 22, 128, 134; BGH ZIP 1990, 246, 247; zu § 7 AnfG: BGHZ 100, 36, 42), stellt weder den Bestand der GmbH noch den Beitritt des Gesellschafters unmittelbar in Frage (Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl., § 2 Rdnr. 134). Nach Rückgewähr des anfechtbar eingebrachten Gegenstandes muß die Gesellschaft gegen den Gesellschafter wegen der nunmehr fehlenden Stammeinlage gem. §§ 19, 21 ff. GmbHG vorgehen (Scholz/Emmerich, § 2, Rdnr. 77).

Die Gegenansicht (Hachenburg/Ulmer, § 2 Rdnr. 135; Rowedder/Rittner, GmbHG, 2. Aufl., § 2 Rdnr. 66) gewährt dem Grundsatz der Kapitalerhaltung den Vorrang auch

gegenüber Rückforderungsansprüchen im Wege der Gläubiger- oder Konkursanfechtung, weil in diesen Fällen die Gesellschaft eine auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage beruhende einseitige Leistung erbringen solle. Dabei wird jedoch außer acht gelassen, daß die Gläubiger der Gesellschaft nicht darauf vertrauen dürfen, die Einlage des Gesellschafters gehöre endgültig zum Gesellschaftsvermögen (Jaeger/Henckel, § 29 Rdnr. 56). Außerdem wären — entgegen dieser Meinung — Gläubiger des Gesellschafters nicht anderweitig hinreichend geschützt, wenn ihnen ein Anfechtungsanspruch bezüglich der anfechtbaren Einlage des Gesellschafters/Schuldners verwehrt würde, um das Stammkapital der Gesellschaft zu erhalten. Das zeigt der vorliegende Fall eindringlich. Der Geschäftsanteil des vermögenslosen Schuldners und Alleingesellschafters der Beklagten, der das gesamte Stammkapital durch Einbringung des Grundstücks aufzubringen hatte, ist nach der tatrichterlichen Feststellung für die Gläubiger wertlos; Ansprüche der Gläubiger gegen Mitgesellschafter aus Anfechtungsrecht und § 826 BGB entfallen. Ein Vorrang des Grundsatzes der Kapitalerhaltung könnte Schuldner dazu verlocken, ihr Vermögen vor dem Zugriff ihrer Gläubiger durch Einbringung in eine GmbH in Sicherheit zu bringen.

Beurkundungs- und Notarrecht

25. DDR: NotVO § 13; BNotO § 39 (*Verweigerung der Bestellung eines am gleichen Ort ansässigen Rechtsanwalts zum Notarvertreter nicht ermessensfehlerhaft*)

1. **Zum Organisationsermessen der Aufsichtsbehörde bei Abwesenheit oder Verhinderung eines Notars.**
2. **Um die im Interesse einer geordneten Rechtspflege erforderliche Abgrenzung zwischen dem Leitbild des hauptberuflichen Notars und dem des Rechtsanwalts zu wahren, kann es sachgerecht sein, auch zur zeitweiligen Vertretung eines Notars vorrangig nur Notare, Notarassessoren, Notaranwärter und Richter a. D. zu bestellen, selbst wenn auf diese Weise in der Regel nicht mehr als eine Dringlichkeitsvertretung gewährleistet ist.**

BGH, Beschluß vom 9. 1. 1995 — NotZ 6/93 —, mitgeteilt von D. Bundschuh, Vorsitzender Richter am BGH a. D.

Aus dem Tatbestand:

Der Antragsteller ist zur hauptberuflichen Amtsausübung bestellter Notar in L. Er übt seinen Beruf allein aus.

Am 13. 10. 1992 bat er den Antragsgegner, während der Zeit seiner urlaubsbedingten Abwesenheit vom 29. 12. 1992 bis 18. 1. 1993 Rechtsanwalt W., der zu der Zeit in demselben Bürogebäude wie der Antragsteller seine Kanzlei betrieb, zu seinem Vertreter zu bestellen. Der Antragsgegner wies den Antrag zurück, weil in den Augen der Bevölkerung der Eindruck erweckt werden könne, beide Büros stünden in einem engen inneren Zusammenhang. Er ist der Auffassung, grundsätzlich komme im Bereich des hauptberuflichen Notariats die Bestellung von Rechtsanwälten zu Notarvertretern nur ausnahmsweise dann in Betracht, wenn andere geeignete Notarvertreter, insbesondere Notare, Notarassessoren/Notaranwärter, Notare a. D. und Richter a. D., nicht zur Verfügung stünden. Ein Rechtsanwalt könne auch nur dann zum Vertreter bestellt werden, wenn er seine Kanzlei außerhalb des engeren räumlichen Amtsbereichs des Notars führe. Dagegen beantragte der Antragsteller gerichtliche Entscheidung.

Das Bezirksgericht hat den Antrag auf gerichtliche Entscheidung zurückgewiesen. Mit den vom Antragsgegner herangezogenen Auswahlkriterien hinsichtlich der für eine Notarvertretung in Betracht kommenden Personen könne den Belangen einer geordneten Rechtspflege entsprochen werden. Die hiergegen gerichtete befristete Beschwerde des Antragstellers, mit der er die Aufhebung des angefochtenen Bescheids und die Feststellung begehrt, daß die Ablehnung des Antrags zur Bestellung eines Vertreters rechtswidrig war, blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

Die befristete Beschwerde ist als Feststellungsantrag zulässig. (*Wird ausgeführt.*) Sie ist aber unbegründet.

Die Entscheidung des Antragsgegners, Rechtsanwalt W. nicht zum Vertreter des Antragstellers zu bestellen, weist keinen Ermessensfehler auf.

1. Dem Notar ist in § 13 Abs. 1 Satz 1 VONot ebensowenig wie in § 39 Abs. 1 BNotO ein Anspruch auf Bestellung eines Vertreters eingeräumt. Es steht im pflichtgemäßen Ermessen der Aufsichtsbehörde, von welchen Voraussetzungen sie die Bestellung eines Vertreters abhängig macht und wen sie zum Vertreter bestellt. Dabei hat sie die allgemeinen Grundsätze des Notarwesens und — entsprechend der Regelung des § 39 Abs. 3 Satz 3 BNotO — das Vorschlagsrecht des Notars zu beachten (vgl. Senat BGHR BNotO § 111 Abs. 1, Feststellungsantrag 4 = DNotZ 1993, 469; Arndt, BNotO, 2. Aufl., § 39 Anm. II 3).

2. Der Senat kann nach § 25 Abs. 1 Satz 3 VONot diese Ermessensentscheidung des Antragsgegners nur darauf überprüfen, ob die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht worden ist. Der angefochtene Bescheid des Antragsgegners enthält derartige Fehler nicht.

a) Der Antragsgegner geht bei der Anwendung von § 13 VONot i. V. m. § 23 Abs. 2 VONot zunächst zutreffend davon aus, daß nach § 23 Abs. 2 Satz 1 VONot zum Verweser oder Vertreter nicht allein ein Notar, sondern auch ein Rechtsanwalt bestellt werden kann (a. A. Schippel, DNotZ 1991, 171, 181). Die Bestellung setzt nicht die Eignung, sondern die Befähigung zum Notaramt voraus. Andernfalls wäre auch die Erstreckung der für Notare geltenden Bestimmungen auf Verweser und Vertreter (§§ 23 Abs. 2 Satz 2, 13 Abs. 1 Satz 1 VONot) unverständlich. Dies entspricht der Regelung des § 39 Abs. 3 Satz 1 BNotO (vgl. Bohrer, Das Berufsrecht der Notare, 1991, Rdnr. 408).

b) Der Antragsteller erkennt an, daß als Vertreter eines Notars vorrangig Notare, Notarassessoren/Notaranwärter, Notare a. D. oder Richter a. D. zu bestellen seien. Er meint jedoch, der Antragsgegner müsse von diesem Grundsatz abweichen. Die Bestellung vorrangig solcher Personen als Vertreter gewährleiste nicht, daß der übliche Geschäftsbetrieb aufrechterhalten werden könne. Regelmäßig sei nur eine Dringlichkeitsvertretung möglich, weil nicht genügend Vertreter zur Verfügung stünden oder diese durch ihre eigenen Notariate ausgelastet seien. Der Antragsteller verkennt, daß der Antragsgegner nicht nur ein Auswahlmessen hinsichtlich der Person des Vertreters hat, sondern daß er nach pflichtgemäßem Ermessen entscheiden muß, ob wegen der Verhinderung eines Notars überhaupt und in welchem Umfang eine Vertretung geboten ist.

aa) Die Justizverwaltung muß genügend Notare bereitstellen, die die Erfüllung der Aufgaben der vorsorgenden

Rechtspflege gewährleisten. Das umfaßt aber nicht die Verpflichtung, dafür zu sorgen, daß den Rechtsuchenden alle Dienste eines bestimmten Notariats jederzeit zur Verfügung stehen. Sie muß auch einem Notar nicht bei jeder Verhinderung die Aufrechterhaltung seiner Geschäfts- und Beurkundungstätigkeit ermöglichen, indem sie einen Vertreter bestellt, der mit ganzer Arbeitskraft zur Verfügung steht.

Die Pflicht zur persönlichen Amtsausübung beruht auf der Übertragung eines öffentlichen Amtes, das nicht der Verfügbarkeit und freien Gestaltung des Notars unterliegt (vgl. Bohrer, Das Berufsrecht der Notare, 1991, Rdnr. 9, 34, 271). Das Notaramt muß nach § 8 Abs. 1 VONot wie nach § 14 Abs. 1 Satz 1 BNotO tatsächlich ausgeübt werden, weil es eine notwendige Einrichtung der vorsorgenden Rechtspflege ist. Die staatliche Rechtspflegeverwaltung muß die Gewähr bieten, daß immer und an jedem Ort eine genügende Anzahl von Notaren den Rechtsuchenden zur Verfügung stehen (vgl. Seybold/Hornig, BNotO, 5. Aufl., § 14 Rdnr. 1). Der Hauptzweck der Vertretung, an dem sich die Ermessensausübung zu orientieren hat, besteht daher darin, den Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege gerecht zu werden, die durch den mehr oder minder lange oder oft eintretenden Ausfall des Notars für die Ausübung seines Amtes im ganzen gestört wird. Dagegen hat sie jedenfalls nicht in erster Linie den Zweck, die Praxis des Notars vor einem Rückgang zu schützen (vgl. BGHZ 67, 296, 298 [= DNotZ 1977, 429]).

Eine Verhinderung des Notars führt nicht notwendig dazu, daß ihm persönlich ein Vertreter bestellt werden muß, wenn gleich es grundsätzlich wünschenswert ist, daß der Amtsbetrieb keine Unterbrechung erleidet (vgl. Seybold/Hornig, § 38 Rdnr. 1). Die Aufsichtsbehörde hat vielmehr ein Einschließungsmessen, ob sie bei Verhinderung eines Notars Maßnahmen trifft, und ein Auswahlmessen, welche der ihr zur Verfügung stehenden Möglichkeiten sie ergreift. Die Aufsichtsbehörde kann bei ihrer Entscheidung davon ausgehen, daß es einer geordneten Rechtspflege regelmäßig nicht zuwiderläuft, wenn bei zeitweiliger Verhinderung des Notars Rechtsuchende nicht uneingeschränkt sein Notariat in Anspruch nehmen können, solange ihren Belangen in angemessener Weise und Zeit entsprochen ist (vgl. auch BGH DNotZ 1958, 33). Daher muß der Notar, dem ein ständiger Vertreter bestellt ist, diesem nicht das Amt übergeben (vgl. Seybold/Hornig, § 38 Rdnr. 4). Er muß die bis zu einer Woche dauernde Verhinderung auch nicht anzeigen (§ 13 Abs. 2 VONot; § 38 Satz 1 BNotO). Selbst bei längerer und genehmigungspflichtiger Abwesenheit vom Amtssitz (§ 13 Abs. 2 VONot; § 38 Satz 2 BNotO) ist regelmäßig nichts zu veranlassen (vgl. Arndt, BNotO, 2. Aufl., § 38 Anm. II 4; Seybold/Hornig, § 38 Rdnr. 5). Den Belangen einer geordneten Rechtspflege kann entsprochen sein, wenn bei einer Verhinderung nicht die Geschäftsstellen- und Beurkundungstätigkeit, sondern nur die Verwaltung des Urkundenbestands aufrechterhalten wird (vgl. § 45 Abs. 1 BNotO). Auch diese kann auf Dringlichkeitsmaßnahmen beschränkt sein, die das Amtsgericht veranlaßt (vgl. § 45 Abs. 3 BNotO).

bb) Die Aufsichtsbehörde hat bei ihrer Entscheidung sowohl Belange des verhinderten Notars, die er besonders mit seinem Vorschlagsrecht zur Person eines geeigneten Vertreters geltend machen kann, als auch der anderen Notare im Amtsbezirk zu beachten. Das wirtschaftliche Interesse des Notars an der Bestellung eines Vertreters ist dabei nur ein Aspekt, der zu beachten ist. Eine Vertretungsregelung

muß gewährleisten, daß keine Belastungen oder Vorteile entstehen, die die Wirtschaftlichkeit einer Stelle ungleich treffen.

Dieses Ziel ist nicht nur mit einer Vertretungsregelung zu erreichen, die bei jedem Verhinderungsfall die Aufrechterhaltung des Geschäfts- und Beurkundungsbetriebs garantiert. Das Gesetz fordert sie nicht. Dem Notar wird weder die volle Ausnutzung seiner Leistungsfähigkeit zugesichert (vgl. BGHZ 73, 54, 61 [= DNotZ 1979, 688]), noch Schutz vor wirtschaftlichen Einbußen während eines Ausfalls seiner Amtstätigkeit gewährt (vgl. BGHZ 67, 296, 298 [= DNotZ 1977, 429]).

cc) Der Antragsgegner kann derzeit aus der dem Leitbild des Notars entsprechenden oder am nächsten kommenden Gruppe der Notare, Notarassessoren/Notaranwärter, Notare a. D. oder Richter a. D. nicht in jedem Verhinderungsfall einen Vertreter bestellen, der zur Aufrechterhaltung der gesamten Geschäfte des verhinderten Notars in der Lage ist. Er hat aber durch eine allgemeine Organisationsmaßnahme Vorsorge getroffen, indem er bei der Bemessung der Anzahl der Notarstellen die üblicherweise bei jedem Notar zu erwartende Abwesenheit berücksichtigt hat. In diesen Fällen sollen sich die Notare in dringlichen Angelegenheiten untereinander vertreten. Bei anderen Verhinderungen bestellt er zunächst Notaranwärter seines Amtsbezirks oder wenn er dies für geboten hält, Rechtsanwälte zu Vertretern, die nicht im engeren räumlichen Amtsbezirk des Notars ihre Kanzlei betreiben.

dd) Die Entscheidung für eine solche Praxis, die gewährleisten soll, daß der Antragsgegner nach Möglichkeit nur auf Personen zurückgreifen muß, deren berufliche Stellung dem Leitbild des hauptberuflichen Notars entspricht, ist nach den §§ 13, 23 Abs. 2 Satz 1 VONot unter den besonderen Umständen in den neuen Bundesländern nicht zu beanstanden. Dort befindet sich die Rechtspflege insgesamt in einer Entwicklungsphase. Sie muß Vertrauen in eine unabhängige, leistungsfähige Justiz, die in der ehemaligen DDR gefehlt hat, schaffen. Der Freistaat Sachsen hat die vorsorgende Rechtspflege nach dem Vorbild des „Bayerischen Notariats“ organisiert (vgl. auch BGHZ 126, 16). Die hohe Qualität der Leistungen, die diese Notariatsform den Rechtsuchenden gewährleistet, ist allgemein anerkannt. Sie fußt wesentlich auf den besonderen Anforderungen, die an die Träger des Notarats gestellt werden. Das hauptberufliche Notariat erhielt wegen der klaren Trennung der grundlegend unterschiedlichen Tätigkeiten des Notars und des Rechtsanwalts gegenüber dem Anwaltsnotariat den Vorzug (vgl. schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses BT-Drucks. 3/2128, S. 2). Die hauptberufliche Ausübung des Notarats als Regelform sichert die Unabhängigkeit des Notars (vgl. BVerfGE 80, 269, 279 = DNotZ 1989, 627), der durch die Beschränkung auf die ausschließliche, unparteiische Wahrnehmung der Aufgaben vorsorgender Rechtspflege dem Richter besonders nahesteht. Die weitgehende Orientierung an diesem Leitbild auch bei der Auswahl der regelmäßig zu seiner Vertretung heranzuziehenden Person wahrt wesentliche Belange einer geordneten Rechtspflege. Der Antragsgegner sieht die gebotene klare, für die Rechtsuchenden durchschaubare Abrenzung nicht gewahrt, wenn im Regelfall Personen zu Notarvertretern bestellt werden, deren berufliche Stellung nicht dem Leitbild des hauptberuflichen Notars entspricht. Diese Praxis entspricht auch der Praxis anderer Bundesländer (vgl. § 24 Abs. 2 nwAVNot; Nr. 3.2.4 rhld-pfAVNot; 4.2.2 bayAVNot; § 13 Abs. 4 saarlNotA).

Einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung, die der Antragsteller vermißt, bedarf es dazu nicht. Ein tragender Gedanke der VONot wie der Bundesnotarordnung, der bei der Auslegung und Anwendung ihrer Vorschriften Leitlinie ist, ist die Rücksichtnahme auf die Erfordernisse einer geordneten Rechtspflege (BGHZ 53, 95, 98 f.; 126, 39 = NJW 1994, 3353 = LM BNotO § 4 Nr. 19; DNotZ 1973, 429). Die für den Antragsgegner maßgeblichen Gründe, sein Ermessen in dieser Weise auszuüben, finden sich auch bei anderen Anforderungen wieder, die an die Personen gestellt werden, die im Bereich des Nur-Notariats das Notaramt versehen sollen. Dem hauptberuflichen Notar ist es im Gegensatz zum Anwaltsnotar untersagt, zu Berufsbildern verfaßte Tätigkeiten, etwa eine Steuerberaterstätigkeit, auszuüben (vgl. Senat DNotZ 1989, 330, 332). Er darf grundsätzlich keine Sozietäten mit rechtsberatenden Berufen eingehen (§ 9 Abs. 2 VONot; § 9 Abs. 2 BNotO). Ständiger Vertreter eines hauptberuflichen Notars soll nur ein Notar, ein Notarassessor oder ein Notar a. D. sein (§ 39 Abs. 3 Satz 2 BNotO).

ee) Die Verfahrensweise des Antragsgegners ist geeignet, Tendenzen, die das Leitbild des Notars beeinträchtigen können, entgegenzutreten. Für eine Übergangszeit, bis eine größere Anzahl Notaranwärter und künftig auch Notare a. D. zur Verfügung stehen, ist den Notaren in den neuen Bundesländern eine Vertretungsregelung zuzumuten, die nicht bei allen Verhinderungen die Aufrechterhaltung eines vollständigen Bürobetriebs bezweckt. Mit dieser Maßgabe hat der Antragsgegner die Notarstellen in seinem Amtsbezirk eingerichtet und vergeben. Weder hat er in einen vorhandenen Bestand im Sinne eines von Art. 14 GG geschützten Geschäftsbetriebs eingegriffen (vgl. BGHZ 67, 348, 351), noch konnten die sich um eine Stelle bewerbenden Notare eine andere Praxis, wie sie etwa wegen der günstigeren Personallage in den „alten Bundesländern“ möglich ist, erwarten. Da der Antragsgegner bei der Stellenbemessung regelmäßige Verhinderungen und deren Ausgleich durch wechselseitige Vertretungen eingeplant hat, ist den grundlegenden wirtschaftlichen Interessen der Notare entsprochen, sodaß alle die Regelung mittragen können. Unter den anderen Notaren im Amtsbezirk des Antragsgegners geschieht dies überwiegend offensichtlich ohne größere Probleme. Dadurch kann die Aufsichtsbehörde die Notaranwärter so einsetzen, daß bei anderen Verhinderungen am ehesten eine effektive Vertretung möglich wird. Da der Antragsgegner in besonderen Fällen auch Rechtsanwälte, die nicht im engeren Amtsbezirk des zu vertretenden Notars ansässig sind, als Vertreter bestellt, vermindert er die Belastung der Notare nochmals. Auch in einem Verhinderungsfall des Antragstellers wurde davon Gebrauch gemacht. Das Ansinnen des Antragstellers, bei der Stellenbemessung von vornherein eine vollwertige Vertretung für die alle Notare gleichmäßig treffenden Verhinderungen einzukalkulieren, zielt daher genauso auf die Aktivierung zusätzlicher Arbeitskraft, wie seine Weigerung, in diesen Fällen Vertretungen für andere Notare zu übernehmen.

c) Nach diesen Grundsätzen mußte Rechtsanwalt W. nicht zum Vertreter des Antragstellers bestellt werden. Dabei kommt es nicht darauf an, ob er mit der nicht zweifelsfreien Begründung abgelehnt werden durfte, ein am gleichen Ort wie der zu vertretende Notar ansässiger Rechtsanwalt könne keinesfalls zu dessen Vertreter bestellt werden.

aa) Der Antragsteller beantragte die Bestellung des Rechtsanwalts W. zum Vertreter, um seinen Erholungsurlaub

antreten zu können. Das ist ein typischer Fall vorhersehbarer, bei jedem Notar zu erwartender Abwesenheit, für die nach der Praxis des Antragsgegners nur eine Dringlichkeitsvertretung durch einen der amtierenden Notare vorgesehen ist. Daß er sich vergeblich um eine solche Vertretung bemüht hat, ist nicht zu ersehen. Die von ihm angeführten Gründe, weshalb ein anderer Vertreter als Rechtsanwalt W. nicht in Betracht komme, überzeugen den Senat nicht. Der Antragsteller hat auch nichts vorgetragen, was darauf hindeuten würde, daß besondere Belange der Rechtspflege, insbesondere Rechtsuchender, in dieser Zeit eine Vertretung nur in der beantragten Weise geboten hätten.

bb) Unabweisbare Belange des Antragstellers erforderten nicht die Bestellung des vorgeschlagenen Vertreters. Der überdurchschnittliche Umfang eines Notariats ist allein kein Grund zur Abweichung von der Praxis. Hinreichend ausgelastete Notariate liegen zwar im allgemeinen Interesse an einer qualitativ hochwertigen notariellen Leistung (vgl. Senatsbeschlüsse BGHZ 59, 274, 281 [= MittBayNot 1973, 37 = DNotZ 1973, 429]; 63, 274, 275 [= DNotZ 1975, 693]; DNotZ 1994, 333). Es ist aber sachgerecht, auf die Entstehung eines gleichmäßigen Notariatswesens zu achten. Andernfalls könnte ein Vorsprung in Ausbildung und Praxis, über die wünschenswerte Förderung des Aufbaus hinaus, zur einseitigen Verlagerung der Notargeschäfte auf einzelne Notare mit der Folge der Aushöhlung von Notarstellen führen und dem Aufbau einer geordneten Rechtspflege schaden. Die wirtschaftliche Unabhängigkeit des Antragstellers wird dadurch ersichtlich nicht beeinträchtigt.

26. GG Art. 80 Abs. 1, BNotO § 113 Teil I Abs. 3 (*Rechtmäßigkeit der Abgabeanforderung durch Notarkasse auf der Grundlage ihrer Abgabensatzung*)

1. Zur Rechtmäßigkeit der Abgabenerhebung durch die Notarkasse.

2. Zu den Anforderungen an die demokratische Legitimation von Organen einer Anstalt des öffentlichen Rechts.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

BGH, Beschluß vom 8. 5. 1995 — NotZ 26/9, 4 —, mitgeteilt von der Notarkasse München

Aus dem Tatbestand:

Der Antragsteller, ein bis zum 25. 6. 1991 mit Amtssitz im Bereich der Notarkasse tätig gewesener Notar, wendet sich gegen eine Abgabeanforderung der Antragsgegnerin für den Zeitraum 1990/1991.

Unter der Bezeichnung „Bayerische Notariatskasse“, später als „Bayerische Notarkasse“, besteht die Antragsgegnerin bereits seit 1925 als rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts. Ihr Tätigkeitsgebiet umfaßt außer Bayern auch den Regierungsbezirk Pfalz von Rheinland-Pfalz. Nach der gesetzlichen Regelung in § 113 Teil I Abs. 3 BNotO gehören zu ihren Aufgaben insbesondere

- die erforderliche Ergänzung im Falle zu geringer Einkommen der Notare,
- die Versorgung der ausgeschiedenen Notare im Alter und bei Amtsunfähigkeit sowie die Versorgung ihrer Hinterbliebenen,
- die einheitliche Durchführung der Haftpflichtversicherung der Notare sowie
- die Bereitstellung der Haushaltsmittel der im Gebiet der Antragsgegnerin gebildeten Notarkammern.

Soweit dies zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist, hat die Antragsgegnerin von den Notaren ihres Tätigkeitsbereichs Abgaben zu erheben (§ 113 Teil I Abs. 7 Satz 1 BNotO). Der Antragsteller hält die Abgabenerhebung der Antragsgegnerin wegen Nichtigkeit der zugrundeliegenden Abgabensatzung für rechtswidrig. Nach seiner Meinung fehlt es an einer rechtswirksamen Ermächtigung zum Erlaß der Abgabensatzung. § 113 Teil I Abs. 7 Satz 1 BNotO werde den Anforderungen des verfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts offensichtlich nicht gerecht, weil es an jeglicher Vorgabe für die Bemessung der Abgaben im Gesetz fehle, die Festlegung der Bemessungsgrundlagen vielmehr den demokratisch nicht legitimierten Gremien der Antragsgegnerin überlassen sei. Auch inhaltlich unterliege die Erhebung einer progressiv ansteigenden Staffellabgabe jedenfalls insoweit, als diese zur Deckung der Kosten der Notarversorgung diene und materiell einen Sozialversicherungsbeitrag darstelle, verfassungsrechtlichen Bedenken unter dem Gesichtspunkt des Art. 14 GG, weil die im Sozialversicherungsrecht geltende Äquivalenz zwischen Beitrag und Versicherungsanwartschaft/Versicherungsleistung verfehlt werde. Eine bundesgesetzliche Regelung der von § 113 BNotO erfaßten Materien widerspreche zudem dem in den Art. 83 ff. GG festgelegten Grundsatz der Verwaltungskompetenz der Länder.

Die Antragsgegnerin hat demgegenüber die Auffassung vertreten, daß die Abgabeanforderung formell und materiell rechtmäßig sei. Die Ermächtigung zum Erlaß der Abgabensatzung hat sie bei Berücksichtigung der historischen Entwicklung und des durch Art. 138 GG geschaffenen Reservatrechts für verfassungsrechtlich unbedenklich gehalten. Sie hat ferner die Erhebung von progressiv ansteigenden Staffellabgaben wegen der beamtenrechtsähnlichen Ausgestaltung der Notarversorgung, die eine Übertragung sozialversicherungsrechtlicher Grundsätze nicht zulasse, auch insofern für verfassungsrechtlich zulässig erachtet, als die Abgaben zur Deckung der versorgungsrechtlichen Kosten erhoben werden.

Durch Beschluß vom 11. 5. 1994 hat das Oberlandesgericht den Antrag auf gerichtliche Entscheidung zurückgewiesen. Es hat die zu seiner Rechtfertigung geltend gemachten verfassungsrechtlichen Bedenken gegen § 113 BNotO und die darin enthaltene Ermächtigung zum Satzungserlaß als unbegründet angesehen.

Die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde des Antragstellers blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

Die sofortige Beschwerde ist unbegründet.

Der Senat folgt dem Oberlandesgericht in der Beurteilung, daß der Antrag auf gerichtliche Entscheidung in seinem zulässigen Umfang unbegründet ist. Die angegriffene Abgabeanforderung ist rechtmäßig.

1. Die vom Antragsteller erhobenen verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Wirksamkeit von § 113 Teil I Abs. 7 BNotO als Rechtsgrundlage für die dem angefochtenen Bescheid zugrundeliegende Abgabensatzung sind unbegründet. Es besteht somit weder Grund noch rechtliche Möglichkeit, das Verfahren auszusetzen und gem. Art. 100 Abs. 1 GG eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtsgültigkeit des § 113 BNotO einzuholen.

a) Die Regelungskompetenz des Bundes für die in § 113 BNotO betroffenen Sachgebiete folgt aus Art. 74 Nr. 1 (Notariat) in Verbindung mit Art. 84 Abs. 1, 2. Halbsatz GG. Die Grenzen der dem Bundesgesetzgeber durch Art. 84 Abs. 1, 2. Halbsatz GG eingeräumten Möglichkeit, im Bereich seiner Gesetzgebungskompetenz nach den Art. 73 ff. GG Ausführungsregelungen über Landesbehörden und das Verwaltungsverfahren zu treffen, sind am Ziel eines wirksamen Gesetzesvollzugs ausgerichtet (BVerfGE 22, 180, 210). Sie dürfen nicht zu eng gezogen werden; dem gesetzgeberischen Ermessen muß ein weiter Spielraum gelassen

werden (vgl. *Lerche* in *Maunz/Dürig*, GG, Art. 84 Rdnr. 16). Dieser ist mit der Vorschrift des § 113 BNotO nicht überschritten worden.

b) Soweit es die weiteren verfassungsrechtlichen Bedenken angeht, welche vom Antragsteller geltend gemacht werden, hat der Senat in einem Verfahren, das die Anfechtung eines Abgabenbescheids der nach dem Vorbild der Antragsgegnerin errichteten Ländernotarkasse in Leipzig betraf, zu vergleichbaren verfassungsrechtlichen Einwendungen in seinem Beschluß vom 25.4.1994 — NotZ 8/93 — [= MittBayNot 1994, 366] eingehend Stellung genommen und die Rechtsgültigkeit von § 39 Abs. 7 VONot, einer § 113 Teil I Abs. 7 BNotO entsprechenden Vorschrift, bejaht. Die jener Entscheidung zugrunde gelegten Grundsätze haben auch für die Beurteilung des vorliegenden Falles Bedeutung; der Senat hält an ihnen trotz der Einwendungen, die der Antragsteller dagegen erhoben hat, fest.

aa) Ebenso wie die von jenem Verfahren betroffene Regelung des § 39 Abs. 7 VONot ermächtigt § 113 Teil I Abs. 7 Satz 1 BNotO zum Erlaß einer Abgabensatzung. Der Übertragung von Satzungsgewalt auf die Antragsgegnerin steht nicht schon deren rechtliche Organisation als Anstalt des öffentlichen Rechts entgegen. Vielmehr entspricht es deutscher Rechtstradition, daß Satzungsautonomie nicht nur körperschaftlich verfaßten juristischen Personen des öffentlichen Rechts, sondern auch Anstalten übertragen werden kann (vgl. BVerfGE 12, 319, 325; 33, 125, 157; 37, 1, 25; *Ossenbühl* in *Isensee/P. Kirchhof*, Handbuch des deutschen Staatsrechts, Bd. III § 66 Rdnr. 12 bis 15). Auch ist nicht unabdingbare Voraussetzung für die Verleihung von Satzungsautonomie, daß die am Normerlaß beteiligten Organe autonomer Verwaltungseinheiten in gleicher weitreichender Weise, wie dies für die kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften nach Art. 28 GG garantiert ist, „demokratisch legitimiert“ sind (vgl. jedoch *Ossenbühl*, a. a. O., § 66 Rdnr. 23 bis 25; *Hendler*, ebenda, Bd. IV, § 106 Rdnr. 48, 49; *Kleine-Cosack*, Berufsständische Autonomie und Grundgesetz, 1986, S. 181 ff.). Zwar verweist das Bundesverfassungsgericht in seinem maßgeblichen, die berufsständische Selbstverwaltung betreffenden „Facharzt-Beschluß“ in BVerfGE 33, 125, 158 f. im Zusammenhang mit der Frage einer Begrenzung der Satzungsautonomie auf die demokratische Bildung der Selbstverwaltungsorgane. Daraus ist jedoch nicht zu folgern, daß damit die demokratische Verfassung im Sinne einer kommunalen Selbstverwaltungskörperschaft zum ausnahmslos geltenden Prinzip für alle berufsständischen Selbstverwaltungseinheiten und zur Voraussetzung für die Ausübung von Satzungsautonomie überhaupt erhoben werden sollte. Die Mitwirkung der Notare an der Bestellung der am Satzungserlaß beteiligten Organe der Antragsgegnerin, nämlich die Wahl der der Aufsichtsbehörde zur Bestellung als Präsident oder Verwaltungsratsmitglieder vorzuschlagenden Notare durch die Mitgliederversammlungen der Landesnotarkammer in Bayern und der Notarkammer Pfalz (Art. 3 Abs. 2 und 3, Art. 5 Abs. 2 Satz 4 der Satzung der Antragsgegnerin vom 23. 10. 1964), gewährt den normunterworfenen Personen einen mittelbaren Einfluß auf die Willensbildung, der trotz der staatlichen Mitwirkungsrechte ausreicht, um die Antragsgegnerin als Selbstverwaltungseinheit und nicht als einen lediglich abgesonderten Teil unmittelbarer Staatsverwaltung zu qualifizieren. Schon hierbei darf nicht außer acht gelassen werden, daß § 113 BNotO nicht die Schaffung einer neuen berufsständischen Selbstverwaltungseinheit,

sondern die Aufrechterhaltung einer jedenfalls ihrem Kernbestand nach vom Grundgesetz anerkannten und unter dem Schutz eines Reservatrechts (Art. 138 GG) stehende Einrichtung des bayerischen Notariatswesens betrifft (vgl. v. *Campenhausen* in v. *Mangold/v. Campenhausen* GG, 3. Aufl., Art. 138 Rdnr. 5; *Holtkotten* in Bonner Kommentar z. GG, Art. 138, Erläuterung II; vgl. ferner Art. 126 a, 126 b, 127 des bayerischen Notariatsgesetzes i. d. F. des Änderungsgesetzes vom 21. 3. 1930, BayGVBl S. 65, 70). Zum Kernbestand dieser Einrichtung gehört aber die Befugnis, in den Grundzügen ihrer vom Grundgesetzgeber vorgefundenen Verfassung ihre inneren Angelegenheiten und die Angelegenheiten der betroffenen Notare durch Satzungen selbst zu regeln.

bb) Als Ermächtigung zum Satzungserlaß unterliegt § 113 Teil I Abs. 7 Satz 1 BNotO grundsätzlich den Beschränkungen des Gesetzesvorbehalts in der speziellen Ausprägung des sogenannten Parlamentsvorbehalts. Danach sind Grenzen insofern gesetzt, als alle wesentlichen Entscheidungen, insbesondere was Eingriffe in den Grundrechtsbereich angeht, in der Ermächtigungsnorm selbst getroffen werden müssen und nicht dem Satzungsgeber überlassen bleiben dürfen (vgl. BVerfGE 33, 125, 158 f.; 47, 46, 79; 61, 260, 275). Dabei sind die Anforderungen an die Bestimmtheit der Ermächtigung um so höher, je weitreichender und intensiver die vorgesehenen Eingriffe sind. Daher müssen insbesondere berufsrechtliche Regelungen, welche die Freiheit der Berufswahl berühren oder das Gesamtbild der Berufsausübung wesentlich prägen, in den Grundzügen vom Gesetzgeber festgelegt werden.

Diesen Anforderungen wird § 113 Teil I Abs. 7 Satz 1 BNotO bei Berücksichtigung seines Sinns und Inhalts gerecht, und zwar selbst dann, wenn man wegen der Besonderheiten in der rechtlichen Organisation der Antragsgegnerin und wegen der Mittelbarkeit der Notarbeteiligung an der Willensbildung dem Parlamentsvorbehalt einen besonders strengen Inhalt geben wollte, der dem Bestimmtheitsgebot der an sich nur für Rechtsverordnungen, nicht aber für Satzungen geltenden Regelung des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG angenähert ist. Die hinreichende Bestimmtheit nach Inhalt, Zweck und Ausmaß erschließt sich nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen aus dem Sinnzusammenhang mit den übrigen Bestimmungen in § 113 BNotO sowie aus dem auf Grund der Entstehungsgeschichte der Norm ermittelten, durch Art. 138 GG mitbestimmten Regelungszweck (vgl. *Maunz* in *Maunz/Dürig*, GG, Art. 80 Rdnr. 31; *Ossenbühl* in *Isensee/P. Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, § 64 Rdnr. 18 m. N. aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts).

Seinem Wortlaut nach enthält § 113 Teil I Abs. 7 Satz 1 BNotO außer der Ermächtigung (und Verpflichtung) zur Erhebung von Notarabgaben freilich keine weitere Vorgabe. Er bleibt damit hinter § 39 Abs. 7 VONot insofern zurück, als durch jene Ermächtigungsnorm als Maßstab für die Abgabenerhebung die Leistungsfähigkeit der Notare festgelegt ist. Jedoch ergibt sich schon aus der Verweisung auf die in § 113 Teil I Abs. 3 BNotO genannten Aufgaben der Finanzierungszweck der Abgaben und daraus zugleich eine Begrenzung des Umfangs der Abgaben durch das Prinzip der Kostendeckung: Die Abgaben sollen nur „soweit“ erhoben werden, als dies zur Erfüllung der Aufgaben der Antragsgegnerin notwendig ist. Für die inhaltliche Bestimmung und Begrenzung der Ermächtigungsvorschrift sind

darüber hinaus die Entstehungsgeschichte der in § 113 BNotO getroffenen Regelungen und die durch Art. 138 GG geschaffene (eingeschränkte) Bestandsgewähr wesentlich.

Der Gesetzgeber der Bundesnotarordnung fand das bayerische Notariatswesen als eine durch § 84 RNotO anerkannte regionale Besonderheit vor. Dazu gehörte als eine wesentliche Einrichtung auch die Notarkasse München, die Antragsgegnerin, mit den für sie typischen Aufgabenstellungen und einem Regelwerk an satzungrechtlichen Vorschriften. Der Gesetzgeber hatte zu beachten, daß das bayerische Notariatswesen jedenfalls im Kernbestand seiner Besonderheiten, zu denen auch die Antragsgegnerin gehört, unter dem Schutz des Art. 138 GG steht (vgl. *v. Campenhausen* in *v. Mangoldt/Klein/v. Campenhausen*, GG, 13. Aufl., Art. 138 Rdnr. 5; *Holtkotten* in Bonner Kommentar zum GG, Art. 138 Erl. II). Daß es bei den in § 113 BNotO getroffenen Regelungen darum ging, einen bereits bestehenden Rechtszustand anzuerkennen und im wesentlichen beizubehalten, geht aus dem Wortlaut von Absatz 1 dieser Vorschrift hinreichend deutlich hervor (vgl. zur Entstehungsgeschichte *Arndt*, BNotO, 2. Aufl., § 113 Anm. I und II). Die Antragsgegnerin sollte als bewährte Einrichtung nach Organisation, Zuständigkeit und Befugnis im wesentlichen aufrechterhalten und nicht mit einer in der Variationsbreite im einzelnen noch unbestimmten satzungrechtlichen Ausgestaltung neu geschaffen werden. Unter diesen Umständen ist es legitim, den Inhalt der Ermächtigungsnorm nach den von der Antragsgegnerin in der Vergangenheit schon durch Satzungserlaß wahrgenommenen Möglichkeiten zu bestimmen.

Vor diesem Hintergrund ist für die Frage der Übertragung von Satzungs Gewalt anzunehmen, daß die Antragsgegnerin jedenfalls den Grundzügen nach in demselben Umfang ermächtigt sein sollte, ihre Angelegenheiten durch Satzungen zu regeln, wie sie das schon vor Inkrafttreten der Bundesnotarordnung durch die dem Gesetzgeber im einzelnen bekannten satzungrechtlichen Regelungen getan hatte. Für den Erlaß einer Abgabensatzung bedeutet dies, daß die Ermächtigungsnorm in § 113 Teil I Abs. 7 Satz 1 BNotO den Inhalt hat, Abgaben in der bisher geübten, für die Antragsgegnerin und ihre Vorläuferin typischen Weise, nämlich in Gestalt progressiv nach dem Gebührenaufkommen der einzelnen Notare ansteigender Staffeln abgaben zu erheben (vgl. *Oberneck*, Das Notariatsrecht, 10. Aufl., S. 50 f., 153 f.). Auch was die inhaltliche Konkretisierung der in § 113 Teil I Abs. 3 BNotO genannten Aufgaben angeht, deren Finanzierung die Abgaben dienen, ist die Art und Weise, wie die Antragsgegnerin die ihr obliegenden Aufgaben vor dem Inkrafttreten der Bundesnotarordnung wahrgenommen hat, mit heranzuziehen.

Nach dem so ermittelten Inhalt der Ermächtigung in § 113 Teil I Abs. 7 BNotO sind entsprechend den Anforderungen des Parlamentsvorbehalts alle für die Abgabenerhebung wesentlichen Entscheidungen, nämlich über den Zweck der Abgaben, über ihre Begrenzung durch das Prinzip der Kostendeckung, aber auch über den Bemessungsmaßstab im Sinne einer progressiv mit dem Gebührenaufkommen ansteigenden Staffeln abgabe, vom Gesetzgeber selbst getroffen. Dabei hat der Senat nicht zu entscheiden, ob die Ermächtigung zum Erlaß einer Abgabensatzung es auch abdecken würde, das Abgabenrecht in einer gegenüber dem früheren Rechtszustand wesentlich veränderten Form zu regeln. Denn eine solche Regelung hat die Antragsgegnerin nicht getroffen. Offenbleiben kann ferner, ob die Ermächti-

gung auch insofern hinreichend bestimmt ist, als es um die Finanzierung künftiger Aufgaben geht, die nicht in § 113 Teil I Abs. 3 BNotO aufgezählt sind, sondern der Antragsgegnerin gem. § 113 Teil II Abs. 3 BNotO von den beteiligten Landesjustizverwaltungen übertragen werden.

cc) Die Ermächtigungsnorm in § 113 Teil I Abs. 7 BNotO und die dazu ergangenen satzungrechtlichen Regelungen der Antragsgegnerin sind auch materiell mit der Verfassung vereinbar.

Daß es verfassungsrechtlich zulässig ist, eine einheitliche progressiv ansteigende Staffeln abgabe zur Finanzierung der in § 113 Teil I Abs. 3 BNotO genannten Aufgaben (mit Ausnahme derjenigen, die durch den sogenannten Besoldungsbeitrag abgedeckt sind) zu erheben, hat der Senat für den insoweit gleichgelagerten Fall der Ländernotarkasse Leipzig in seinem Beschluß vom 25. 4. 1994 — NotZ 8/93 — (BGH MittBayNot 1994, 366) im einzelnen dargelegt. Darauf wird Bezug genommen. Die vom Antragsteller erhobenen Einwendungen geben dem Senat keine Veranlassung für eine davon abweichende Beurteilung. Im einzelnen ist ergänzend zu bemerken:

Soweit die Abgabe im Hinblick auf die in § 113 Teil I Abs. 3 Nr. 1 BNotO genannte Aufgabe der Ergänzung des Berufseinkommens für Notare mit geringem Einkommen (Art. 19 der Satzung der Antragsgegnerin mit Anlage zu Art. 19 Abs. 3 der Satzung) unter dem Gesichtspunkt der Sonderabgabe (vgl. dazu zuletzt BVerfGE 82, 159, 179 ff.; BVerfG NJW 1995, 381, 382 m. w. N.) geprüft und für zulässig befunden worden ist (BGHZ 126, 16, 28 f.), steht dieser rechtlichen Beurteilung nicht entgegen, daß es an einer ausdrücklichen zeitlichen Begrenzung fehlt. Vielmehr ist der Abgabe, soweit sie zur Finanzierung dieser Aufgabe dient, das Moment der zeitlichen Begrenzung insofern immanent, als sie für diesen Zweck nur erhoben wird, wenn und soweit dafür ein Bedürfnis besteht.

Die weitere Zweckbestimmung der Abgabe, die Kosten der Notarversorgung abzudecken (§ 113 Teil I Abs. 3 Nr. 2 BNotO, Art. 20 der Satzung der Antragsgegnerin i. V. m. Anlage I), schließt es wegen der vom Oberlandesgericht im einzelnen zutreffend dargestellten beamtenrechtsähnlichen Ausgestaltung der Notarversorgung aus, verfassungsrechtliche Schranken der sozialversicherungsrechtlichen Regelungen auf sie zu übertragen. Auch insoweit ist die maßgebliche Entscheidung bereits im Gesetz getroffen worden. Die Aufgabenzuweisung in § 113 Teil I Abs. 3 Nr. 2 BNotO ist auf Grund der Entstehungsgeschichte der Norm und des vom Gesetzgeber offenkundig verfolgten Ziels, die Antragsgegnerin als eine das bayerische Notariatswesen prägende Einrichtung jedenfalls in den Grundzügen der für sie typischen Eigenheiten und Aufgabenstellungen zu erhalten, dahin zu konkretisieren, daß die Antragsgegnerin diese Aufgabe in der bisher geübten, geschichtlich gewachsenen Art und Weise, nämlich durch eine beamtenrechtsähnliche Versorgung wahrnehmen darf. Daß damit anders als bei weiteren, in den sogenannten alten Bundesländern anzutreffenden Formen der Notarversorgung (vgl. dazu BGH MittBayNot 1994, 366) nicht die sogenannte versicherungsrechtliche Lösung, sondern ein an der Beamtenversorgung ausgerichtetes Versorgungsmodell gewählt worden ist, hält sich im Rahmen des gesetzgeberischen Ermessens. Die Entscheidung des Gesetzgebers ist durch besondere Umstände in der geschichtlichen Entwicklung bedingt; sie ist zudem wegen der besonderen Nähe des Amtes des „Nurnotars“

zum öffentlichen Dienst sachgerecht. Die daraus folgenden regionalen Unterschiede bedeuten keinen Verstoß gegen das Gleichheitsprinzip in Art. 3 GG (vgl. v. Campenhausen in v. Mangold/Klein/v. Campenhausen, GG, 3. Aufl., Art. 138 Rdnr. 10; Maunz in Maunz/Dürig, GG, Art. 138 Rdnr. 13 m. N.; a. A. Versteyl in v. Münch, GG, Art. 138 Rdnr. 3 und 13).

Daß die Abgabenerhebung in Gestalt einer progressiv ansteigenden Staffelabgabe selbst dann verfassungsrechtlich zulässig ist, wenn die Notarversorgung der Antragsgegnerin trotz ihrer Besonderheiten begrifflich zur Sozialversicherung zu rechnen wäre, hat der Senat für die entsprechenden Verhältnisse der Ländernotarkasse Leipzig in seinem Beschluß vom 25. 4. 1994 — NotZ 8/93 — (MittBayNot 1994, 366, 369) im einzelnen ausgeführt. An dieser Auffassung hält er für die Notarversorgung der Antragsgegnerin trotz der Gegeneinwände des Antragstellers ebenfalls fest. Auch insoweit sind die für den Fall der Ländernotarkasse Leipzig dargelegten besonderen Umstände gegeben, die eine Verletzung des Art. 14 GG ausschließen und die Erhebung eines progressiv ansteigenden Beitrags selbst unter sozialversicherungsrechtlichen Gesichtspunkten gerechtfertigt erscheinen lassen.

27. BNotO § 24 (*Übersendung der Kaufpreismitteilung durch einfachen Brief ausreichend*)

Es besteht keine Amtspflicht des Notars, die Vertragsteile per Einschreibebrief gegen Rückschein oder im Wege der Zustellung vom Vorliegen der Fälligkeitsvoraussetzungen zu verständigen. Ausreichend ist die Übersendung eines einfachen Briefs.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

LG Traunstein, Urteil vom 9.2.1994 — 3 O 4935/93 —

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger verkaufte dem K ein Grundstück. Im notariellen Kaufvertrag war die Kaufpreisfälligkeit nicht (konstitutiv) an eine Mitteilung des Notars geknüpft, sondern die notarielle Mitteilung sollte die Vertragsteile lediglich vom Vorliegen der Fälligkeitsvoraussetzungen in Kenntnis setzen. Der Kläger verlangt vom Beklagten Schadensersatz, weil dieser die Kaufpreisfälligkeit dem K nicht per Einschreibebrief gegen Rückschein, sondern nur durch einfachen Brief mitgeteilt habe. Da der Käufer den Erhalt dieses Briefes in der Folge bestritt, habe sich die Möglichkeit, den K in Zahlungsverzug zu setzen, um fast einen Monat verzögert.

Aus den Gründen:

Die Benachrichtigung vom Vorliegen der Fälligkeitsvoraussetzungen ist an keine Formvorschrift gebunden. Es besteht keine Amtspflicht für den Notar, eine solche Benachrichtigung per Einschreibebrief gegen Rückschein oder im Wege der Zustellung durchzuführen (s. etwa RG JW 1933, 1766; Haug, Die Amtshaftung des Notars, S. 192, Rz. 377; Arndt, BNotO, § 24 II 2, Ziffer 2.2).

Wiedervereinigungsrecht

28. VZOG § 8 (*Umfang der Berechtigung gem. § 8 VZOG*)

§ 8 VZOG deckt auch die Belastungsvollmacht
(*Leitsatz der Schriftleitung*)

LG Potsdam, Beschluß vom 14. 3. 1995 — 5 T 97/95 —, mitgeteilt von Notarin Dr. Katrin Brose-Preuß, Zossen

Aus dem Tatbestand:

Das Grundstück . . . war im Grundbuch eingetragen als Eigentum des Volkes, Rechtsträger: Rat der Gemeinde K. In ihrer Eigenschaft als Verfügungsberechtigte nach § 6 Abs. 1 des Vermögenszuordnungsgesetzes (VZOG) alter Fassung verkaufte die Gemeinde K. mit notariellem Vertrag vom 15. 3. 1993 eine Teilfläche des Grundstücks an die Beteiligten zu 1. und 2., erteilte ihnen eine Belastungsvollmacht und bewilligte die Eintragung einer Auflassungsvormerkung. Die Vormerkung für die Beteiligten zu 1. und 2. wurde am 1. 6. 1993 in das Grundbuch eingetragen.

Die Oberfinanzpräsidentin der Oberfinanzdirektion Cottbus hat durch bestandskräftigen Vermögenszuordnungsbescheid festgestellt, daß das Grundstück Eigentum der Gemeinde K. ist, und das Grundbuchamt um Eintragung der neuen Eigentümerin ersucht.

Die Gemeinde K. ist am 11. 5. 1994 als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen worden.

Die Beteiligten zu 1. und 2. haben in einer notariellen Urkunde vom 1. 8. 1994 aufgrund der ihnen erteilten Belastungsvollmacht die Eintragung einer Grundschuld über 200.000,— DM nebst 15 v. H. jährlichen Zinsen für die B-Bank bewilligt und sich hinsichtlich des Grundstücks und persönlich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen.

Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 30. 9. / 4. 10. 1994 gefordert, eine neue Zustimmung der Gemeinde zu der Grundschuldbestellung sowie eine Genehmigung der kommunalen Aufsichtsbehörde vorzulegen.

Die Erinnerung/Beschwerde führte zur Aufhebung der Zwischenverfügung.

Aus den Gründen:

Die im Vertrag vom 15. 3. 1993 erteilte Belastungsvollmacht wirkt auch über die Unanfechtbarkeit des Vermögenszuordnungsbescheides hinaus und macht eine Genehmigung nach § 86 Abs. 1 der Gemeindeordnung für das Land Brandenburg vom 15. 10. 1993 (GVBl. I, S. 398) nicht erforderlich. Das ergibt sich aus § 6 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 6 Abs. 2 Satz 2 VZOG a. F. Der Begriff der Verfügung im Sinne des § 6 VZOG a. F. ist weit auszulegen. Er umfaßt nicht nur das dingliche Rechtsgeschäft, sondern auch das ihm zugrunde liegende Kausalgeschäft, weil die Verfügungsbefugnis sonst nicht praktikabel wäre (vgl. Böhringer, Besonderheiten des Liegenschaftsrechts in den neuen Bundesländern, Rdnr. 325). Danach gilt der Kaufvertrag vom 15. 3. 1993 als ein Rechtsgeschäft des Berechtigten. Die Gemeinde bedurfte zu seinem Abschluß keiner Genehmigung der Aufsichtsbehörde. In diesem Kaufvertrag ist die Belastungsvollmacht enthalten. Sie wirkt als Teil des Kaufvertrages über den Zeitpunkt der Bestandskraft des Vermögenszuordnungsbescheides hinaus und berechtigt die Antragsteller weiterhin, die Gemeinde bei der Bestellung von Grundpfandrechten zu vertreten, ohne dazu einer Genehmigung der Aufsichtsbehörde zu bedürfen.

Kostenrecht

29. KostO § 30 Abs. 1, § 39 Abs. 1 (*Geschäftswert bei Beurkundung der Abtretung der Rechte aus notariellem Verkaufsangebot und eines GbR-Vertrages*)

1. **Der Geschäftswert für die Beurkundung der Abtretung der Rechte aus notariellen Verkaufsangeboten bestimmt sich gemäß § 30 Abs. 1 KostO nach dem wirtschaftlichen Wert der abgetretenen Rechtsposition. Dieser entspricht in der Regel dem vereinbarten Kaufpreis.**
2. **Der Geschäftswert für die Beurkundung eines (BGB-) Gesellschaftsvertrages bemißt sich nach dem Wert aller Leistungen (Einlagen) der Gesellschafter ohne Schuldenabzug.**

BayObLG, Beschluß vom 29.12.1994 — 3 Z BR 283/94 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Die Beteiligten zu 2) traten zu Urkunde des beteiligten Notars vom 30. 8. 1991 — URNr. A 2162/91 — an die Beteiligte zu 1) die Rechte aus den ihnen von den Grundstückseigentümern gemachten Verkaufsangeboten zum Kaufpreis von 300 000 DM ab. Des weiteren beurkundete der Notar am 30. 8. 1991 — URNr. A 2164/91 — einen Gesellschaftsvertrag zwischen F und der Beteiligten zu 1), wonach die Parteien eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts gründen, deren Zweck und Gegenstand der Erwerb, die Bebauung sowie die gewinnbringende Vermarktung des der Beteiligten zu 1) angebotenen Grundbesitzes sein soll. Das Gesellschaftsvermögen bestand ausschließlich aus den mit Vertrag gleichen Datums abgetretenen notariellen Verkaufsangeboten.

2. Mit Kostenberechnung vom 23. 4. 1992 stellte der Notar der Beteiligten zu 1) für die Abtretung der Rechte aus den Verkaufsangeboten, ausgehend von einem Geschäftswert von 10 905 000 DM, eine Beurkundungsgebühr nach § 36 Abs. 2 KostO in Höhe von 31 474 DM, eine Bescheinigungsgebühr von 15 DM, Auslagen von 80 DM und Mehrwertsteuer in Höhe von 4 419,56 DM, zusammen somit 35 988,66 DM in Rechnung. Für die Beurkundung des Gesellschaftsvertrags forderte der Notar von der Beteiligten zu 1) mit Kostenberechnung vom 23. 4. 1992 unter Zugrundelegung des Höchstgeschäftswerts von 10 Mio. DM nach § 39 Abs. 4 KostO eine Beurkundungsgebühr nach § 36 Abs. 2 KostO von 30 220 DM, eine Bescheinigungsgebühr von 15 DM, Auslagen von 77 DM und Mehrwertsteuer in Höhe von 4 243,68 DM, zusammen 34 555,68 DM. Bei den vom Notar den Kostenberechnungen zugrundegelegten Geschäftswerten handelte es sich um die Summe der Werte der zum Verkauf angebotenen Grundstücke.

3. Die Beteiligte zu 1) hat gegen beide Kostenberechnungen Einwendungen erhoben. Sie verweist darauf, daß sie sich in der beurkundeten Abtretungserklärung nicht zur Annahme der Verkaufsangebote verpflichtet habe. Ihr sei lediglich die Rechtsstellung eines Kaufinteressenten aus einem Optionsvertrag übertragen worden, deren Wert durch den Kaufpreis von 300 000 DM ausgedrückt werde. Dieser Geschäftswert sei auch für die Beurkundung des Gesellschaftsvertrags als Wert der Einlagen der Gesellschafter anzusetzen.

Der Notar hat an seinen Kostenberechnungen festgehalten.

Das Landgericht hat die Beschwerde der Beteiligten zu 1) als unbegründet zurückgewiesen und die weitere Beschwerde zugelassen. Unter Übernahme der Rechtsauffassung der Notarkasse geht das Landgericht davon aus, daß als Geschäftswert für die Abtretung der Rechte aus den Angeboten der Wert der Angebote selbst anzunehmen sei, die auch den Wert der Einlagen der Gesellschafter in die Gesellschaft bildeten. Die Summe der Grundstückswerte sei somit in beiden Kostenberechnungen der richtige Geschäftswert.

Die weitere Beschwerde der Beteiligten führte zur Aufhebung der Entscheidung des Landgerichts und zur Neufestsetzung der Kosten.

Aus den Gründen:

1. . . .

Das zulässige Rechtsmittel ist sachlich begründet.

a) Entgegen der Auffassung des Landgerichts hat der Notar zu URNr. A 2162/91 kein (neues) Verkaufsangebot beurkundet, dessen Geschäftswert gleich dem des zum Abschluß angebotenen Kaufvertrags wäre (BayObLGZ 1975, 450/454; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* — nachfolgend *Korintenberg* — KostO, 12. Aufl., § 37 Rdnr. 9; *Göttlich/Mümmeler*, KostO, 11. Aufl., Stichwort „Vertragsangebot“ S. 1185). Der Notar hat vielmehr lediglich die Abtretung der Rechte aus den gegenüber den Beteiligten zu 2) von den Grundstückseigentümern schon früher abgegebenen und anderweitig beurkundeten Verkaufsangeboten beurkundet, zu deren Annahme sich die Beteiligte zu 1) nicht verpflichtet hat. Hinsichtlich dieser Übertragung der Rechtsstellung eines Kaufinteressenten aus einem Optionsrecht bestimmt sich der Geschäftswert für die Beurkundung gemäß § 30 Abs. 1 KostO nach dem wirtschaftlichen Wert der abgetretenen Rechtsposition (SchlHOLG JurBüro 1986, 82; *Korintenberg*, § 30 Rdnr. 39; *Göttlich/Mümmeler*, Stichwort „Option“ S. 916).

Die h. M. (BayObLGZ 1952, 6; KG JFGerg 23, 28; OLG München DNotZ 1938, 184/185; *Rohs/Wedewer*, KostO, 3. Aufl., § 39 Rdnr. 57; *Göttlich/Mümmeler*, Stichwort „Veränderung eines Rechtsverhältnisses“, S. 1125; *Hartmann*, Kostengesetze, 26. Aufl. § 39 KostO Rdnr. 10; a. A. *Korintenberg*, § 39 Rdnrn. 56 und 57) sieht generell in der Übertragung von Rechten lediglich eine „Veränderung eines Rechtsverhältnisses“ i. S. des § 39 Abs. 1 Satz 2 KostO. Bei der Beurkundung von Veränderungen eines bestehenden Rechtsverhältnisses aber bestimmt sich der Geschäftswert nach dem Wert der Veränderung selbst und nicht etwa nach dem Wert des von der Veränderung betroffenen Rechtsverhältnisses (KG DNotZ 1941, 181; JurBüro 1984, 742; *Rohs/Wedewer*, § 39 Rdnr. 56).

Der Geschäftswert für die Beurkundung zu URNr. A 2162/91 bestimmt sich deshalb gem. § 39 Abs. 1 Satz 1, § 30 Abs. 1 KostO nach dem wirtschaftlichen Wert der abgetretenen Rechte (und nicht nach dem Wert der angebotenen Grundstücke). Dieser wirtschaftliche Wert wird durch den von den Parteien vereinbarten Kaufpreis von 300 000 DM zum Ausdruck gebracht (SchlHOLG a. a. O.). Er entspricht dem Wert der Leistungen beider Vertragsteile nach § 39 Abs. 2 KostO.

b) Für die Beurkundung des Gesellschaftsvertrages zu URNr. A 2164/91 ist ebenfalls ein Geschäftswert von 300 000 DM anzunehmen. Der Geschäftswert bemißt sich insoweit nach dem Wert aller Leistungen (Einlagen) der Gesellschafter ohne Schuldenabzug (*Rohs/Wedewer*, Rdnr. 20, *Korintenberg*, Rdnr. 47, je zu § 39). Nach § 5 Nr. 3 des Gesellschaftsvertrages bestand das Gesellschaftsvermögen ausschließlich aus den mit der Beurkundung zu URNr. A 2162/91 übertragenen Rechten aus den notariellen Verkaufsangeboten, deren Wert durch den Kaufpreis von 300 000 DM ausgedrückt wird.

c) Bei beiden Notarkostenberechnungen ist deshalb von einem Geschäftswert von 300 000 DM auszugehen, was zur Folge hat, daß sich für die Beurkundung URNr. A 2162/91 die Gebühr nach § 36 Abs. 2 KostO auf 1 120 DM und die

Mehrwertsteuer (14%) auf 170,10 DM vermindert, für die Beurkundung URNr. A 2164/91 die Gebühr ebenfalls auf 1.120 DM und die Mehrwertsteuer auf 169,68 DM.

3. Auf die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1) sind deshalb der Beschluß des Landgerichts vom 10. 6. 1994 aufzuheben und die Kostenberechnungen des Notars zu URNr. A 2162/91 auf den Betrag von 1.385,10 DM und zu URNr. A 2164/91 auf den Betrag von 1.381,68 DM herabzusetzen.

Selbst unter Berücksichtigung der Stellungnahme der Notarkasse erscheint es dem Senat bei der gegebenen Rechtslage angemessen, dem Notar die der Beteiligten zu 1) in den beiden Beschwerdeverfahren erwachsenen, zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten aufzuerlegen.

30. KostO §§ 132, 133 Satz 1 (*Gebühren für die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung*)

Die Gebühr nach § 133 Satz 1 KostO fällt auch für die Erteilung der ersten vollstreckbaren Ausfertigung einer Urkunde an, wenn dabei eine Rechtsnachfolge zu prüfen ist. Gebührenfreiheit nach § 132 KostO ist in einem solchen Fall nicht gegeben.

(*Leitsatz des Einsenders*)

LG Amberg, Beschluß vom 15. 3. 1995 — 12 T 45/95 — mitgeteilt von Notar *Nikolaus Klöcker*, München

Aus dem Tatbestand:

Der beteiligte Notar hatte zur Grundschuldbestellungsurkunde seines Amtsvorgängers aus dem Jahr 1984 und zu seiner eigenen Nachtragsurkunde aus dem Jahr 1992 eine Vollstreckungsklausel erteilt und hierfür Kosten nach § 133 Satz 1 KostO in Rechnung gestellt.

Die Grundschuld war an einem Grundstück eingetragen worden, welches das Grundbuchamt entgegen den gestellten Anträgen und entgegen den gesetzlichen Vorschriften durch bestandteilsweise Zuschreibung eines Zuflurstücks zu einem anderen Zuflurstück nach 890 Abs. 2 BGB gebildet hatte. Beantragt und gesetzlich zulässig wäre nur eine Vereinigung nach § 890 Abs. 1 BGB gewesen. Deshalb war die Bestandteilszuschreibung nichtig, das belastete Grundstück, trotz Grundbucheintrag nicht existent und damit auch die Grundschuld nicht wirksam entstanden.

Der Amtsvorgänger hat damals zutreffend keine Vollstreckungsklausel zu der Grundschuld erteilt. Nach den Akten des Notariats O. wurde vom 7. 2. 1985 bis 11. 3. 1988 zwischen Amtsvorgänger und Grundbuchamt verhandelt, bis eine einvernehmliche Lösung gefunden wurde. Seither hat das Notariat immer wieder vergeblich versucht, die Kostenschuldner, die Ehegatten N, in deren eigenem Interesse zur Beurkundung des erforderlichen Nachtrags zu bewegen. Hierzu fanden sich die Kostenschuldner am 8. 7. 1992 bereit. Zwischenzeitlich, nämlich am 30. 6. 1992, war die ursprüngliche Grundschuldgläubigerin, die Raiffeisenbank Schönsee eG, durch Verschmelzung in der jetzigen Raiffeisenbank im Oberpfälzer Wald eG aufgegangen. Nach Beanstandung durch die Kostenschuldner führte der Notar eine Entscheidung nach § 156 Abs. 1 Satz 3 KostO herbei, die seine Auffassung bestätigte.

Aus den Gründen:

Nachdem die zahlungspflichtigen Eheleute N die Kostenrechnung des Notars beanstandet haben, konnte der Notar die Entscheidung des Landgerichts gem. § 156 Abs. 1 Satz 3 KostO beantragen. Die Überprüfung des Antrags des Notars hat ergeben, daß die Beanstandungen der Zahlungsverpflichtigen unbegründet sind.

Der Notar hat zu Recht für die am 30. 8. 1994 erfolgte Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung (Vollstreckungsklausel) der Grundschuldbestellungsurkunde seines Amtsvorgängers eine (1/2) Gebühr aus § 133 Satz 1 KostO angesetzt, weil vor der Erteilung eine Rechtsnachfolge zu prüfen war.

Die Bestellung der Grundschuld über 109.000,— DM am 24. 7. 1984 war zugunsten der Raiffeisenbank Schönsee e. G. erfolgt. Aufgrund der im Antrag des beteiligten Notars vom 13. 1. 1995 näher dargestellten Umstände konnte bis zur Bereinigung der Grundbuchverhältnisse nach Maßgabe der Nachtragsurkunde vom 8. 7. 1992, UR-Nr. 719/92, eine vollstreckbare Ausfertigung nicht erteilt werden. Dies war erst nach Vollzug der genannten Nachtragsurkunde am 8. 6. 1993 möglich.

Inzwischen war (am 30. 6. 1992) die ursprüngliche Grundschuldgläubigerin, die Raiffeisenbank Oberviechtach-Tannesberg, durch Verschmelzung in der jetzigen Raiffeisenbank im Oberpfälzer Wald e. G. mit dem Sitz in Oberviechtach aufgegangen, sodaß der Notar diese Rechtsnachfolge zu prüfen und zu berücksichtigen hatte.

Zwar trifft es zu, daß die Erteilung vollstreckbarer Ausfertigungen notarieller Urkunden grundsätzlich gebührenfrei ist. Hier liegt jedoch, wie bereits ausgeführt, der Ausnahmefall des § 133 Satz 1 KostO vor, daß eine Rechtsnachfolge zu prüfen war. Demnach konnte in diesem Ausnahmefall für die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung der notariellen Urkunde die Hälfte der vollen Gebühr erhoben werden. Hinzu kommt, daß der Notar die vollstreckbare Ausfertigung nicht von sich aus — also ohne Antrag der Beteiligten — erteilt hat, sondern es lag ein ausdrücklicher diesbezüglicher Antrag der Grundstückseigentümer vor. Dieser ist enthalten in der Grundschuldbestellungsurkunde vom 24. 07. 1984 unter Abschnitt E der „weiteren Bestimmungen“, außerdem in der Nachtragsurkunde vom 08. 07. 1992 unter Ziffer 6.

Damit steht dem Notar der geltend gemachte Kostenanspruch in Höhe von 235,75 DM incl. Mehrwertsteuer zu.

Steuerrecht

31. GrEStG 1983 § 1 Abs. 1 Nr. 1, § 8 Abs. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 1 (*Grunderwerbsteuer aus Gesamtpreis auch bei zeitlicher Trennung von Grundstückskauf- und Gebäudeerrichtungsvertrag*)

1. Der objektive enge sachliche Zusammenhang zwischen dem Grundstückskaufvertrag und den zur Errichtung des Gebäudes abgeschlossenen Verträgen, durch den als Gegenstand des Erwerbsvorgangs das bebaute Grundstück bestimmt wird, liegt vor, wenn dem Erwerber ein bestimmtes Gebäude auf einem bestimmten Grundstück zu einem im wesentlichen feststehenden Preis einheitlich angeboten wird und er dieses Angebot als einheitliches annimmt.

2. Diese Voraussetzung kann auch dann erfüllt sein, wenn der Erwerber zunächst den Grundstückskaufvertrag abschließt und erst danach den zur Errichtung des Gebäudes notwendigen Vertrag; eine unumkehrbare Festlegung des Erwerbers im Zeitpunkt des Abschlusses des Grundstückskaufvertrages auf eine bestimmte Bebauung ist nicht erforderlich. Denn bereits die Hinnahme des von der Anbieterseite vorbereiteten Geschehensablaufs seitens des Erwerbers indiziert einen objektiven engen sachlichen Zusammenhang zwischen dem Grundstückskaufvertrag und dem Vertrag über die Gebäudeerrichtung, unabhängig von der zeitlichen Abfolge der Vertragsabschlüsse, und ohne daß es darauf ankommt, ob tatsächlich (oder rechtlich) auch eine andere als die planmäßige Gestaltung hätte vorgenommen werden können (Fortführung des Urteils BFHE 164, 117, BStBl II 1991, 532).

BFH, Urteil vom 23. 11. 1994 — II R 53/94 —

Aus dem Tatbestand:

Die A veräußerte am 28. 9. 1984 ein Grundstück an von Herrn B zu benennende Dritte. In diesen Vertrag trat die C-GmbH & Co. KG in X (C-X) durch notariell beurkundete Erklärung vom 26. 10. 1984 als Vorkaufsberechtigte ein. Durch notariell beurkundete Erklärungen vom selben Tag benannte die C-X die Kläger und Revisionsbeklagten (Kläger) als Erwerber einer Teilfläche von ca. 500 qm aus diesem Grundstück. Die Kläger nahmen das Angebot am selben Tag an. Der Kaufpreis betrug 240 000 DM. Darüber hinaus übernahmen die Kläger in diesem Vertrag die Vermessungskosten, die Provision eines von ihnen nicht beauftragten Maklers in Höhe von 4 v. H. des Kaufpreises sowie anteilige Notarkosten aus der Beurkundung vom 28. 9. 1984. Durch schriftlichen „Kaufvertrag“ vom 29./30. 10. 1984 erwarben die Kläger von der C-GmbH & Co. KG in Y (C-Y) ein schlüsselfertiges Einfamilienhaus zum Preis von 188 580 DM. In der Folge schlossen die Kläger noch einen Baubetreuungsvertrag, einen Architektenvertrag und einen Vertrag über den Kellerausbau mit verschiedenen Unternehmen ab. Mit Schreiben vom 6. 3. 1985 bestätigte C-X den Klägern, daß sie ihnen das Grundstück unabhängig von der Errichtung oder dem Erwerb eines Hauses verkauft hätte. Die Baugenehmigung wurde am 31. 7. 1985 erteilt. Für das Grundstück wurden insgesamt fünf Erwerber benannt, alle diese Erwerber haben Fertighäuser einer der C-Firmen erworben. In einer Tageszeitung vom 18. 11. 1984 wurde das Grundstück von C mit schlüsselfertigen Häusern bebaut zu Komplettpreisen angeboten.

Durch Bescheid vom 2. 5. 1985 setzte der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt — FA —) gegen die Kläger Grunderwerbsteuer in Höhe von je 2 496 DM fest. In die Bemessungsgrundlage zog es dabei anteilig nur den Grundstückskaufpreis und die Maklerprovision ein. Der Bescheid erging unter dem Vorbehalt der Nachprüfung nach § 164 Abs. 1 der Abgabenordnung (AO 1977). Durch Änderungsbescheid vom 20. 6. 1986 setzte das FA nunmehr Grunderwerbsteuer in Höhe von je 5 252 DM gegen die Kläger fest. Es sah nunmehr das Grundstück mit noch zu errichtendem Gebäude als Gegenstand des Erwerbsvorgangs an. Zur Bemessungsgrundlage zog es nunmehr anteilig neben dem Kaufpreis für das Grundstück und der Maklerprovision die Teilungs- und Vermessungskosten sowie die Entgelte für das Fertighaus, den Kellerausbau und die Architektenleistung. Der Bescheid erging vorläufig nach § 165 Abs. 1 AO 1977. Im Einspruchsverfahren setzte das FA die Grunderwerbsteuer auf je 4 403 DM fest. Dabei rechnete es die Entgelte für den Kellerausbau und den Architekten nicht mehr zur Gegenleistung.

Mit der dagegen gerichteten Klage machten die Kläger geltend, daß nur die Aufwendungen für den Erwerb des unbebauten Grundstücks zu besteuern seien.

Das Finanzgericht (FG) gab der Klage statt und änderte die angefochtenen Steuerbescheide entsprechend dem Klageantrag. Gegen-

stand des Erwerbsvorgangs seien nur die Miteigentumsanteile am unbebauten Grundstück gewesen. Dementsprechend könne die Gegenleistung nur aus dem Grundstückskaufvertrag entnommen werden. Die Leistungen aus dem Grundstückskaufvertrag und dem Vertrag über die Errichtung des Hauses seien nicht als einheitliche Leistung zu beurteilen.

Die Revision des beklagten FA führte zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das FG. Der Senat war der Auffassung, daß der für den Umfang der Gegenleistung maßgebliche Gegenstand des Erwerbsvorgangs nicht nur bestimmt werde durch das den Übereignungsanspruch begründende Rechtsgeschäft selbst, sondern — ggf. — auch durch mit diesem Rechtsgeschäft in rechtlichem oder objektiv sachlichem Zusammenhang stehende Vereinbarungen, die insgesamt zu dem Erfolg führen, daß der Erwerber das Grundstück in bebautem Zustand erhält. Bei der — ggf. erforderlichen — Entscheidung über das Vorliegen eines engen sachlichen Zusammenhangs zwischen den von den Klägern geschlossenen Verträgen habe das FG zu berücksichtigen, daß dieser nicht allein dadurch ausgeschlossen werde, daß die zur Errichtung des Gebäudes notwendigen Verträge erst kurz nach Abschluß des Grundstückskaufvertrages abgeschlossen werden. Insoweit verwies der Senat auf sein Urteil vom 6. 3. 1991 (BFHE 164, 117, BStBl II 1991, 532). Die für das Vorliegen eines engen sachlichen Zusammenhangs nach Auffassung des Senats darüber hinaus erforderliche Verbindung zwischen der C-X und der C-Y sei im Streitfall zwar naheliegend, aber bisher nicht ausreichend festgestellt.

Mit dem im zweiten Rechtsgang ergangenen Urteil hat das FG der Klage stattgegeben und die Grunderwerbsteuer in Abänderung der Grunderwerbsteuer-Bescheide und der diese bestätigenden Einspruchsentscheidungen entsprechend dem Klageantrag herabgesetzt. Das Urteil ist in Entscheidungen der Finanzgerichte (EFG) 1995, 131 veröffentlicht.

Die Revision des FA führte zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Abweisung der Klage.

Aus den Gründen:

Entgegen der Auffassung des FG ist im Streitfall der Gegenstand des Erwerbsvorgangs das Grundstück mit noch zu errichtendem Gebäude. Zu Recht hat daher das FA auch die Aufwendungen der Kläger für das Gebäude in die Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 des Grunderwerbsteuergesetzes (GrEStG) 1983 einbezogen.

1. Die Vorentscheidung ist aufzuheben.

a) Der für den Umfang der Gegenleistung i. S. von § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG 1983 maßgebliche Gegenstand des Erwerbsvorgangs wird zunächst durch das den Steuertatbestand des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG 1983 erfüllende (zivilrechtliche) Verpflichtungsgeschäft bestimmt. Ergibt sich die Verpflichtung zur Übereignung des Grundstücks und zur Errichtung des Gebäudes zwar aus zwei (oder mehreren) an sich selbständigen Verträgen, sind diese Verträge jedoch aufgrund ihres rechtlichen Zusammenhangs als einheitlicher Vertrag (gerichtet auf einen einheitlichen Leistungsgegenstand) anzusehen, so ist grunderwerbsteuerrechtlich Gegenstand des Erwerbsvorgangs das Grundstück in bebautem Zustand.

Abgesehen von dem Fall der rechtlichen Bestandsverknüpfung durch den Willen der Parteien ist Gegenstand des Erwerbsvorgangs das Grundstück in bebautem Zustand aber auch dann, wenn zwischen den Verträgen ein so enger sachlicher Zusammenhang besteht, daß der Erwerber bei objektiver Betrachtungsweise als einheitlichen Leistungsgegenstand das bebaute Grundstück erhält. Dies ist der

Fall, wenn dem Erwerber aufgrund einer konkreten und bis (annähernd) zur Baureife gediehenen Vorplanung ein bestimmtes Gebäude auf einem bestimmten Grundstück zu einem im wesentlichen feststehenden Preis angeboten wird und er dieses Angebot als einheitliches annimmt oder nur annehmen kann. Dabei können auf der Veräußererseite auch mehrere Personen als Vertragspartner auftreten. Nicht ausschlaggebend ist, daß der Grundstücksübergangsanspruch und der Anspruch auf Errichtung des Gebäudes sich zivilrechtlich gegen verschiedene Personen richten. Entscheidend ist vielmehr, daß (auch) der den Grundstücksübergangsanspruch begründende Vertrag in ein Vertragsgeflecht miteinbezogen ist, das unter Berücksichtigung aller Umstände darauf gerichtet ist, dem Erwerber als einheitlichen Leistungsgegenstand das Grundstück in bebautem Zustand zu verschaffen. Der Gegenstand des Erwerbsvorgangs ist nach den dargelegten Grundsätzen im Einzelfall unter Heranziehung aller relevanten Umstände zu bestimmen (BFHE 164, 117, BStBl II 91, 532 m. w. N.; s. auch BFHE 169, 480, BStBl II 93, 163).

b) Dem FG kann nicht darin gefolgt werden, daß der erforderliche sachliche Zusammenhang im Streitfall zu verneinen sei, weil es in dem Zeitpunkt, in dem der Grundstückskaufvertrag abgeschlossen worden ist, an einer unumkehrbaren Festlegung des Erwerbers auf eine bestimmte Bebauung gefehlt habe; die Kläger hätten sich vielmehr in der Zeit zwischen dem Abschluß des Grundstücks- und dem Abschluß des Hauskaufvertrages hinsichtlich der Bebauung noch anders entscheiden können. Eine unumkehrbare Festlegung in diesem Sinn könne nur bejaht werden, wenn die Entscheidungsfreiheit des Erwerbers im Zeitpunkt des Abschlusses des Grundstückskaufvertrages auf Null reduziert sei.

Zu Unrecht beruft sich das FG hierfür auf das Urteil in BFHE 164, 117, BStBl II 91, 532, auf das der erkennende Senat im ersten Rechtsgang für die ggf. erforderliche Entscheidung des FG über das Vorliegen eines engen sachlichen Zusammenhangs zwischen den von den Klägern geschlossenen Verträgen hingewiesen hatte. Unter 2. der genannten Entscheidung wird, worauf das FG abhebt, zwar ausgeführt, daß der objektive enge sachliche Zusammenhang mit dem Grundstückskaufvertrag nicht dadurch ausgeschlossen werde, daß der Abschluß der zur Errichtung der Gebäude erforderlichen Verträge zeitlich erst kurz nach dem Abschluß des Grundstückskaufvertrages erfolge. Der objektive enge sachliche Zusammenhang könne in solchen Fällen dann bestehen, wenn der Erwerber (spätestens) mit dem Abschluß des Grundstückskaufvertrages in seiner Entscheidung über das „Ob“ und „Wie“ der Bebauung nicht mehr frei gewesen sei. Eine derartige Einschränkung der sonst für einen Grundstückserwerber bestehenden Entscheidungsfreiheit könne sich aus vorherigen Absprachen oder aus faktischen Zwängen ergeben.

Es kann dahinstehen, ob diese Formulierungen für sich betrachtet die vom FG vorgenommene Beschränkung des sachlichen Zusammenhangs auf solche Gestaltungen rechtfertigen, bei denen es für den Erwerber keine andere Möglichkeit mehr gibt, als auch den Vertrag über die Errichtung des Gebäudes abzuschließen. Jedenfalls zeigen die gesamten, insbesondere die im selben Abschnitt des genannten Urteils den fraglichen Formulierungen vorangestellten allgemeinen Ausführungen, daß es sich dabei nicht um eine abschließende Beschreibung der Umstände handelt, durch

die allein ein sachlicher Zusammenhang in den Fällen begründet werden kann, in denen die Verträge über die Errichtung des Gebäudes zeitlich nach dem Grundstückskaufvertrag geschlossen werden. Vielmehr kann auch in diesen Fällen ein sachlicher Zusammenhang bestehen, wenn dem Erwerber ein bestimmtes Gebäude auf einem bestimmten Grundstück zu einem im wesentlichen feststehenden Preis einheitlich angeboten wird und er dieses Angebot als einheitliches annimmt. Ohne Bedeutung ist es, wenn der Erwerber zunächst den Grundstückskaufvertrag abschließt und erst danach — wenn auch in engem zeitlichen Zusammenhang — den zur Errichtung des Gebäudes notwendigen Vertrag. Denn bereits die Hinnahme des von der Anbieterseite vorbereiteten einheitlichen Angebots durch den Erwerber indiziert einen objektiven engen sachlichen Zusammenhang zwischen dem Grundstückskaufvertrag und dem Vertrag (oder den Verträgen) über die Gebäudeerrichtung, unabhängig von der zeitlichen Abfolge der Vertragsabschlüsse, und ohne daß es darauf ankommt, ob tatsächlich (oder rechtlich) auch eine andere als die planmäßige Gestaltung hätte vorgenommen werden können. Bereits im Urteil vom 18. 10. 1989 (BFHE 158, 483, BStBl II 90, 181) hat der erkennende Senat dementsprechend ausgeführt, daß es der Annahme eines objektiven engen sachlichen Zusammenhangs nicht entgegenstehe, wenn der Erwerber die Möglichkeit gehabt hätte, nach Abschluß des Grundstückskaufvertrages den Vertrag über die Errichtung des Gebäudes nicht abzuschließen. Soweit der Senat eine andere Auffassung vertreten hat (vgl. z. B. BFH/NV 1993, 267; BFH/NV 1993, 687; BFH/NV 1994, 737, und Urteil vom 26. 1. 1994 II R 71/93 — nicht veröffentlicht —), hält er daran nicht mehr fest.

2. Die Sache ist spruchreif; die Klage ist abzuweisen.

Nach dem vom FG festgestellten Sachverhalt haben die miteinander personell verflochtenen C-Gesellschaften den Klägern zu im wesentlichen feststehenden Preisen das baureife Grundstück und ein bestimmtes darauf zu errichtendes Fertighaus einheitlich angeboten. Tatsächlich haben die Kläger dieses Angebot als einheitliches dadurch angenommen, daß sie zunächst den Grundstückskaufvertrag und in engem zeitlichen Zusammenhang damit den Gebäudeerrichtungsvertrag abgeschlossen haben. Nach den dargelegten Grundsätzen besteht mithin ein objektiver enger sachlicher Zusammenhang zwischen beiden Verträgen.

32. GrEStG 1983 § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1, § 1 Abs. 2, § 2 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2; ErbbauV § 1 Abs. 1, §§ 11, 12, 14, 26, 27; BGB § 94 (*Keine Grunderwerbsteuerpflicht bei Erlöschen des Erbbaurechts durch Zeitablauf*)

Weder das Erlöschen des Erbbaurechts durch Zeitablauf noch der damit verbundene Übergang des Eigentums an dem auf dem Erbbaurecht von dem Erbbauberechtigten errichteten Bauwerk auf den Grundstückseigentümer unterliegen der Grunderwerbsteuer.

BFH, Urteil vom 8. 2. 1995 — II R 51/92 —

Aus dem Tatbestand:

Durch notariell beurkundeten Vertrag vom 6. Dezember 1962 hatte die C-GmbH (GmbH) zugunsten des Herrn P an einem unbebauten Grundstück ein Erbbaurecht bestellt. Der Erbbauberechtigte war berechtigt und verpflichtet, auf dem Erbbaugrundstück ein Bürogebäude nach den von der GmbH gebilligten Bauplänen zu errichten und instand zu halten. Ein Erbbauzins sollte nicht erhoben werden. Das Erbbaurecht begann mit der Eintragung in das Grundbuch und sollte am 1. Januar 1985 erlöschen. Beim Erlöschen des Erbbaurechts sollte der Erbbauberechtigte keinerlei Anspruch auf Entschädigung bzw. Vergütung erhalten.

Die Bestellung des Erbbaurechts wurde dem zuständigen Finanzamt mitgeteilt; Grunderwerbsteuer wurde nicht festgesetzt. Das auf dem Erbbaurecht erstellte Bürogebäude wurde an eine Schwestergesellschaft der GmbH vermietet. Mit dem Erlöschen des Erbbaurechts ging das Gebäude entschädigungslos auf die GmbH über.

Die Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt — FA —) beurteilte das Erlöschen des Erbbaurechts durch Zeitablauf als Erwerbsvorgang i. S. des § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 des Grunderwerbsteuergesetzes (GrEStG) 1983.

Auf die von der Klägerin und Revisionsbeklagten (Klägerin) als Rechtsnachfolgerin der GmbH eingelegte Klage hob das Finanzgericht (FG) den Grunderwerbsteuerbescheid sowie die Einspruchsentscheidung auf.

Aus den Gründen:

Die Revision des FA ist unbegründet. Das FG hat zu Recht die Festsetzung der Grunderwerbsteuer durch das FA aufgehoben. Weder das Erlöschen des Erbbaurechts durch Zeitablauf noch der damit verbundene Übergang des Eigentums an dem in Ausübung des Erbbaurechts von dem Erbbauberechtigten errichteten Bauwerk auf den Grundstückseigentümer (§ 12 Abs. 3 der Verordnung über das Erbbaurecht — ErbbaUV —) unterliegen der Grunderwerbsteuer.

Grunderwerbsteuerrechtlich wird das Erbbaurecht durch § 2 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG 1982 einem Grundstück gleichgestellt. Demzufolge unterliegen die Begründung eines neuen und die Übertragung eines bestehenden Erbbaurechts ebenso der Grunderwerbsteuer (BFHE 91, 191, BStBl II 1968, 223) wie die diesen beiden Gestaltungen vergleichbare Verlängerung (§ 27 Abs. 3 ErbbaUV) eines bestehenden Erbbaurechts (BFHE 172, 122, BStBl II 1993, 766 [= MittBayNot 1994, 173]).

Entgegen der Auffassung des FA liegt im Streitfall keine Gestaltung vor, die den den genannten Entscheidungen zugrundeliegenden Sachverhalten entsprechen würde. Im Falle des Erlöschens des Erbbaurechts infolge Zeitablaufs räumt der Erbbauberechtigte dem Grundstückseigentümer insbesondere keine ihm (noch) zustehende Berechtigung an dem Erbbaurecht ein. Es erlischt vielmehr mit dem Eintritt des Endtermins (§ 27 f. ErbbaUV), weil es dem Erbbauberechtigten von vornherein nur mit diesem Inhalt eingeräumt worden war (Hofmann, Kommentar zum Grunderwerb-

steuergesetz, 5. Aufl., § 2 Rdnr. 23; vgl. auch Fischer in Boruttau/Egly/Sigloch, Grunderwerbsteuergesetz, Kommentar, 13. Aufl., § 2 Tz. 137). Das Erbbaurecht ist mit dem zu seinem Inhalt gehörenden Zeitablauf beendet; es ist damit „verbraucht“. Ein Übergang einer Erbbauberechtigung i. S. des § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 i. V. m. § 2 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG 1983 auf den Grundstückseigentümer findet nicht statt.

Hierin liegt auch, wie das FG zutreffend erkannt hat, der rechtlich erhebliche Unterschied zu der vom FA als Vergleichsfall angeführten rechtsgeschäftlichen Aufhebung des Erbbaurechts (§ 26 ErbbaUV; BFHE 118, 480, BStBl II 1976, 470 [= MittBayNot 1976, 150]), denn nach der dieser Entscheidung zugrundeliegenden Gestaltung des Sachverhalts war das Erbbaurecht noch nicht beendet; der Erbbauberechtigte verzichtete aber auf seine noch bestehende Berechtigung an dem Grundstück i. S. des § 1 Abs. 1 ErbbaUV zugunsten des Grundstückseigentümers, der seinerseits das Vollrecht über sein Grundstück (erst) aufgrund des Verzichts des Erbbauberechtigten erlangte.

Auch hinsichtlich des Bauwerks selbst ergibt sich, wie das FG mit zutreffenden Gründen ausgeführt hat, kein Vorgang, der gem. § 1 Abs. 2 GrEStG 1983 (vgl. insoweit BFHE 143, 379, BStBl II 1985, 526) der Grunderwerbsteuer unterliegt. Das von dem Erbbauberechtigten in Ausübung seines Rechts (§ 1 Abs. 1 ErbbaUV) errichtete Bauwerk ist kein Gebäude auf fremdem Boden (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 GrEStG 1983; BFHE 91, 191, BStBl II 1968, 223). Der Erbbauberechtigte errichtet das Bauwerk im Verhältnis zum Grundstückseigentümer nicht auf fremdem, sondern auf „eigenem“ Boden, nämlich „auf dem Erbbaurecht“; das aufgrund des Erbbaurechts errichtete Bauwerk wird wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts (§ 12 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 ErbbaUV, § 94 BGB). Als solcher geht das Bauwerk beim Erlöschen des Erbbaurechts durch Zeitablauf nicht aufgrund einer Verwertungsbefugnis des Erbbauberechtigten i. S. des § 1 Abs. 2 GrEStG 1983 auf den Grundstückseigentümer über. Vielmehr tritt eine — der Vorschrift des § 1 Abs. 2 GrEStG 1983 entzogene — andere Zuordnung des Bauwerks zum Grundstück ein. Das Bauwerk als wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts wird unmittelbar kraft Gesetzes mit dem Erlöschen des Erbbaurechts wesentlicher Bestandteil des Grundstücks (§ 12 Abs. 3 ErbbaUV, § 94 BGB) und damit (rechtliches) Eigentum des Grundstückseigentümers (§§ 903, 94, 93 BGB; vgl. hierzu auch BFHE 91, 191, BStBl II 1968, 223).

Hinweis der Schriftleitung:

Offen bleibt, ob eine Inhaltsänderung des Erbbaurechts dahingehend, daß der Fristablauf des Erbbaurechts verkürzt wird, grunderwerbsteuerpflichtig ist (Stichwort: Anzeigepflicht der Inhaltsänderung!)

1. Grundbuchmäßige Behandlung von Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden und Reallasten in Mark oder anderen nicht mehr geltenden inländischen Währungen

Schreiben des Bundesministeriums der Justiz vom 4. 5. 1995 — I B 4 b — 3580/1 — 130080/95 —

In folgender Frage kann ein Regelungsbedarf nach näherer Prüfung verneint werden:

Es handelt sich darum, wie Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden und Reallasten zu behandeln sind, deren Geldbetrag in Mark nach dem Münzgesetz vom 9. 7. 1873 (RGBl. S. 233) oder noch älteren nicht mehr geltenden inländischen Währungen bezeichnet sind. Das Land Niedersachsen hatte Mark und Taler erwähnt. Zu berücksichtigen sind hier aber auch Gulden süddeutscher Währung oder Mark Lübscher oder Hamburgischer Kurantwährung.

Zu solchen Rechten ist folgendes zu bemerken:

1. Sie sind nach § 2 Satz 1 i. V. m. § 11 des Gesetzes über die Bereinigung der Grundbücher vom 18. 7. 1930 (RGBl. I S. 305) kraft Gesetzes erloschen, wenn nicht bis zum Ablauf des 31. 3. 1931 der Antrag, die Aufwertung der Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld oder Reallast in das Grundbuch einzutragen, gestellt worden ist. Nach § 3 Abs. 1 des Gesetzes vom 18. 7. 1930 war der Antrag bei dem Grundbuchamt zu stellen, bei dem das betreffende Grundbuch geführt wurde.

2. Das Gesetz über die Bereinigung der Grundbücher vom 18. 7. 1930 gilt nicht mehr. Es ist spätestens mit dem Ablauf des 31. 12. 1968 außer Kraft getreten, weil es nicht in den Teil III des Bundesgesetzblatts aufgenommen worden ist. Es konnte daher auch nicht in die neuen Länder erstreckt werden. Beides ist aber für das Erlöschen der auf Mark oder frühere nicht mehr geltende inländische Währungen lautenden Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden und Reallasten ohne Bedeutung. Für ein „Wiedererstehen“ jener Rechte hätte es einer besonderen gesetzlichen Anordnung bedurft, die jedoch nicht ergangen ist.

3. Nach § 2 Satz 2 i. V. m. § 6 des Gesetzes vom 18. 7. 1930 waren die erloschenen Rechte von Amts wegen zu löschen. Diese Vorschrift gilt heute nicht mehr. Das bedeutet aber nur, daß die Grundbuchämter nicht verpflichtet sind, jene Rechte zu löschen. Sie sind aber nach wie vor auch ohne jene Vorschrift berechtigt, die erloschenen Rechte jederzeit auch von Amts wegen im Grundbuch zu löschen. Der Untergang dieser Rechte ist nämlich offenkundig. Er ergibt sich aus § 2 Abs. 1 i. V. m. § 6 des Gesetzes vom 18. 7. 1930 sowie aus dem aus den Akten ersichtlichen Befund, daß der Antrag auf Eintragung der Aufwertung nicht rechtzeitig gestellt worden ist.

4. Es läßt sich theoretisch nicht ganz ausschließen, daß sich in den Grundakten noch ein rechtzeitig eingegangener, aber heute noch nicht erledigter Antrag auf Eintragung der Aufwertung einer Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld oder Reallast befindet, die auf Mark oder eine frühere nicht mehr geltende inländische Währung lautet. Falls dies tatsächlich einmal der Fall sein sollte, wären derartige Hypotheken nicht kraft Gesetzes erloschen. Theoretisch müßten also entsprechende Anträge unter Berücksichtigung allerdings der inzwischen erfolgten Währungsumstellung noch bearbeitet werden. Ich möchte aber einmal vermuten, daß solche Fälle Raritäten darstellen, die sich in der Regel wohl mit der Durchführung eines Aufgebotsverfahrens am besten in den Griff bekommen lassen.

Im Auftrag

Dr. Jürgen Schmidt-Räntsch

2. Inkrafttreten von § 6 Abs. 1 a Grundbuchbereinigungsgesetz in Bayern

(Hinweis der Schriftleitung)

Mit Verordnung vom 5. 4. 1995 hat die Bayerische Staatsregierung die Vorschrift des § 6 des Grundbuchbereinigungsgesetzes insgesamt in Kraft gesetzt (GVBl. v. 13. 4. 1995, Nr. 7/1995). Damit gilt in Bayern — im Unterschied zur seit dem 6. 9. 1994 bestehenden Rechtslage (vgl. dazu MittBayNot 1994, 488) — nunmehr auch § 6 Abs. 1 a GBBerG. Die Verordnung tritt mit Ablauf des 31. 12. 1996 außer Kraft.

§ 6 Abs. 1 a GBBerG erweitert die Möglichkeit des Aufgebotsverfahrens nach den §§ 1104, 1112 BGB bei einem Vorkaufsrecht oder einer Reallast, wenn das Recht vor dem 3. 10. 1990 begründet worden ist, in folgender Weise:

1. Nach § 1104 Abs. 1, § 1112 BGB ist ein Aufgebotsverfahren hinsichtlich eines Vorkaufsrechts oder einer Reallast nur möglich, wenn der Berechtigte unbekannt ist. § 6 Abs. 1 a Satz 1 Grundbuchbereinigungsgesetz gestattet ein Aufgebotsverfahren auch dann, wenn lediglich der Aufenthalt des Berechtigten unbekannt ist.

2. Die Ausschlußmöglichkeit besteht bislang nach § 1104 Abs. 2, § 1112 BGB nur, wenn das Vorkaufsrecht oder die Reallast zugunsten einer bestimmten Person besteht. § 6 Abs. 1 a Satz 2 Grundbuchbereinigungsgesetz läßt ein Aufgebotsverfahren auch dann zu, wenn das Vorkaufsrecht oder die Reallast für den jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks eingetragen ist.

Personaländerungen

1. Verstorben:

Notar Rainer Scholz, München, gest. 7.6.1995

2. Versetzungen und sonstige Veränderungen:

Notar Jürgen Müller, Greding, wurde mit Wirkung zum 18.5.1995 promoviert

Notarassessor Robert Walz, Rosenheim (Notarstelle Dr. Weber), ab 3.4.1995 in Rosenheim (Notarstelle Dr. Spiegelberger)

Oberinspektor i. N. Bernhard Nitschke, München (Notarstelle Pürschel), ab 1. 7. 1995 in Mainburg (Notarstelle Dr. Malzer)

Inspektor i. N. Georg Schiffel, Passau (Notarstellen Dr. Plenk/Prof. Dr. Reimann), ab 1.7.1995 in Altdorf (Notarstelle Weser)

Inspektorin i. N. Petra Achhammer, Altdorf (Notarstelle Weser), ab 1.7.1995 in Markt Erlbach (Notarstelle Dr. Buchta)

Inspektorin i. N. Marion Reif, Altdorf (Notarstellen Wacker/Dr. Wahl), ab 1.6.1995 in Nürnberg (Notarstelle Kleider)